Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

CEZA HUKUKU

Genel Hükümler

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

CEZA HUKUKU

Genel Hükümler

22. BASKI

ADALET YAYINEVİ
Ankara - 2019

ADALET BASIM YAYIM DAĞITIM SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

Ceza Hukuku Genel Hükümler
Hakan Hakeri

Hukuk Yayınları Dizisi – 1863

Yirmiikinci Baskı : Eylül, 2019

ISBN : 978 – 605 – 300 – 809 – 5

ADALET YAYINEVİ

Merkez
Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara
Tel : (0312) 231 17 00
Fax : (0312) 231 17 10

İstanbul Şube
Mustafa Kemal Caddesi No: 60/C
(Anadolu Adliyesi Karşısı) Kartal-İstanbul
Tel : (0216) 305 72 81

Dağıtım
Strazburg Caddesi No: 17/B Sıhhiye-Ankara

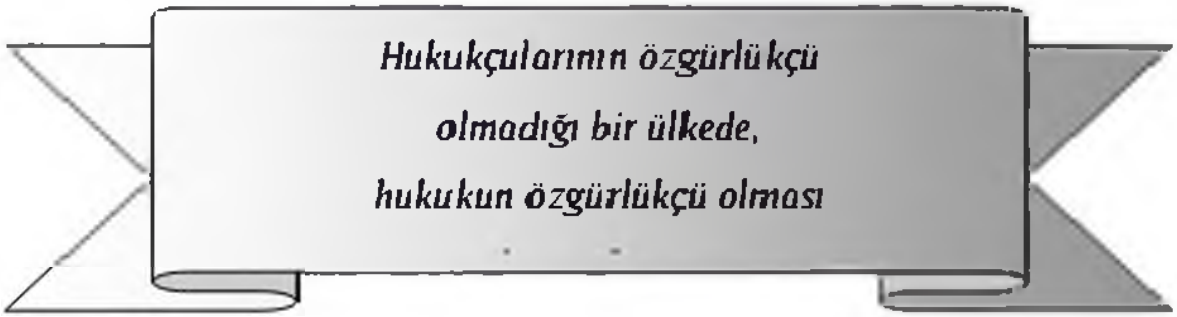
Bursa Şube
Bursa Adliye Sarayı Zemin Kat Bursa

: adalet.com.tr – adaletyayinevi.com
: adalety@adaletyayinevi.com
: facebook.com/adaletyayinevi
: twitter.com/adaletyayinevi

Sayfa Tasarımı:
Nimet Yıldız

Kapak Tasarımı:
Yasin Özbudak

Baskı:
Özdoğan Matbaa Yayın ve Hed. Eşya Ltd. Şti.
Matbaacılar Sitesi 1514. Cad. No.29 İvedik OSB
Tel. 0312 395 8 500-501
www.ozdogandigital.com
Sertifika no. 17021



Geçmiş, mevcut, gelecekteki ve gıyabi[1] tüm öğrencilerime...

[1] Bu kavram gıyabi öğrencim **Sezen Kama**'ya aittir. Bizzat benden ders almadığı halde, kitabımı okuyarak öğrencim olduğunu ifade etmiştir.
Bu arada, Sezen Kama'nın öğrenciliğini vicahiye çevirdik. Kendisi artık, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlisi.

Bir gün Kanuni Sultan Süleyman saray bahçesindeki ağaçların karıncaların dallarını sarması nedeniyle buruştuğunu görür. Karıncaları öldürmenin çözüm olacağını düşünürse de, karıncaların da can taşıdığı aklına gelir. Ö nedenle, bu konuyu danışmak için hocası Ebussuud Efendi'yi aramaya koyulur. Hocasının odasına gider. Ama hocası odada yoktur. Hemen oracıkta bulduğu kâğıt parçasına kafasına takılan soruyu edebî bir üslupla yazar ve hocasının rahlesi üzerine bırakır.

Birkaç saat sonra hocası odasına gelmiş ve rahlenin üzerinde el yazısı ile yazılmış kâğıdı görmüştü. Ebussuud Efendi, talebesinin soruyu yazdığı kâğıdın altına bir şeyler yazdı ve kâğıdı rahleye bıraktı.

Kanunî bir ara tekrar hocasının odasına uğradı. Hocası yine yerinde yoktu; ama rahlenin üzerine bırakmış olduğu kâğıdın üzerine kendi yazısı dışında bir şeylerin daha yazılmış olduğunu gördü. Merakla kâğıdı eline aldı ve okumaya başladı. Yazıyı okuyunca yüzünde bir tebessüm belirdi. Kâğıdın üst kısmında Kanunî'nin hocasına yazdığı sual vardı.

Kanunî şöyle diyordu hocasına:

YİRMİİKİNCİ BASKIYA ÖNSÖZ

Kitabın bu baskısında önemli değişiklikler yaptım. Kitabın bazı bölümlerini yeniden yazdım. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişten kaynaklanan ceza hukukunu ilgilendiren konularda güncellemeler yaptım. Yeni çıkan bazı doktora tezlerinden geniş ölçüde yararlandım. Ayrıca yeni Yargıtay kararlarını işledim. Keza bu baskıya yönelik İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi Şölen Çakıroğlu'nun notlarını metne işledim.

Kitapla ilgili olumlu veya olumsuz bütün eleştirilerinizi veya sorularınızı **cezahukuku@gmail.com** veya **tiphukuku@gmail.com** elektronik posta adresinden iletirseniz sevinirim.

Kitabın, öğrencilere ve ceza hukukuna ilgi duyanlara faydalı olmasını temenni ediyor; kitabın tümünün ayrıntılı tashihini yapan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi Dr. Melik Kartal'a ve Adalet Yayınevi çalışanları başta olmak üzere emeği geçenlere teşekkür ediyorum. 2 Eylül 2019

Hakan Hakeri
Çekmeköy

KISA İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM
SUÇ VE YAPTIRIM HUKUKUNA BAŞLANGIÇ

§1. GİRİŞ 1
I. KAVRAM 1
II. CEZA HUKUKUNUN AMACI 2
III. SİSTEM 5
§2. CEZA KANUNUMUZ 8
§3. CEZA HUKUKUNUN VE SUÇ POLİTİKASININ TEMEL İLKELERİ 10
I. HUKUK DEVLETİ ILKESI 10
II. KANUNİLIK ILKESI 12
III. ORANTILILIK İLKESİ 33
IV. İNSANİLİK İLKESİ 34
V. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESI 35
VI. KUSUR İLKESİ 35
VII. CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSILIĞI İLKESİ 36
VIII. ŞÜPHEDEN ÖZGÜRLÜK YARARLANIR İLKESİ 38
IX. KARİNELERE DAYALI İSPAT YASAKTIR 39
§4. SUÇ OLUŞTURAN FİİLLERİN VE BUNLARA UYGULANACAK YAPTIRIMLARIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SORUNLAR VE İLKELER 39
I. BIR EYLEM NE ZAMAN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARINA TABI KILINMALIDIR? 40
II. KANUN KOYUCU BIR EYLEMİN SUÇ OLUŞTURDUĞUNU BELIRLEMEK KONUSUNDA SERBEST MİDİR? 42
III. KANUN KOYUCU SUÇ OLARAK BELİRLEDİĞİ EYLEME UYGULANACAK CEZANIN MİKTARI KONUSUNDA SERBEST MİDİR? 47
§5. HAKSIZLIK OLUŞTURAN DİĞER FİİLLER VE SUÇLAR 53
I. HAKSIZ FİİLLER VE SUÇLAR 53
II. İDARI YAPTIRIMI GEREKTİREN FİİLLER VE SUÇLAR 55
§6. CEZA NORMUNUN TASNİFİ 65
I. DAVRANIŞ NORMLARI – MÜEYYİDE NORMLARI 65
II. BAĞIMSIZ – BAĞIMLI CEZA NORMLARI 65
§7. CEZA MUHAKEMESİNE KISA BİR BAKIŞ 67

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK CEZA KANUNU'NUN UYGULAMA ALANI

§1. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA 69
I. GEÇMİŞE YÜRÜMEZLİK İLKESİNİN KAPSAMI 71
II. FAİLİN LEHİNE OLAN KANUNUN TESPİTİ 72
III. ÇEŞITLI AÇILARDAN LEHE OLAN KURALLARIN İNCELENMESİ 73
IV. LEHE OLAN HÜKÜMLERİN UYGULANMASINDA USUL 81
V. SUÇUN İŞLENDİĞİ ZAMAN 82

§2. YER BAKIMINDAN UYGULAMA 85
I. SUÇUN İŞLENDİĞİ YER 85
A. Genel Olarak 85
B. Problemli Durumlar 86
C. Özel Hükümler 87
II. SISTEMLER 87
A. Mülkilik (Ülkesellik) Sistemi 88
B. Şahsilik Sistemi 90
C. Koruma (Savunma) Sistemi 93
D. İkame Yargı Sistemi 93
E. Evrensellik Sistemi 94
F. Türkiye'de Yeniden Yargılama Yapılması 96
G. Hak Yoksunluklarının Türkiye'de Geçerli Olması 99
H. Yabancı Ülke Kanununun Göz Önünde Bulundurulması 100
III. YURT DIŞINDA İŞLENEN KABAHATLER BAKIMINDAN TÜRK KANUNLARININ UYGULANABİLİRLİĞİ 101
IV. YABANCILARIN IADESI 102
A. Kavram 102
B. Şartları 102
C. Geri Vermenin Mümkün Olmadığı Haller 103
D. Geri Vermede Özellik İlkesi 104
E. Geri Vermede Usul 104
§3. KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA 105
I. CUMHURBAŞKANI 106
II. YASAMA DOKUNULMAZLIĞI 107
III. ULUSLARARASI YARGI BAĞIŞIKLIĞI 110
IV. YABANCI BAZI ASKER VE SİVİL KİŞİLER İLE YAKINLARININ YARGI BAĞIŞIKLIĞI 111
V. KAMU GÖREVLİLERİ 111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SUÇ

§1. SUÇ GENEL TEORİSİ 113
I. GENEL AÇIKLAMALAR 113
II. HAKSIZLIĞIN VE KUSURUN DIŞINDA KALAN HUSUSLAR 115
A. Kovuşturma Şartları 115
1. Şikâyet 115
a. Genel Olarak 115
b. Şikâyetin Özellikleri 116
2. İzin, Talep ve Karar 121
3. Yabancı Hükümetin Talebi (Şikâyeti) 122
B. Şahsi Cezasızlık Sebepleri/Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler – Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler 123
1. Genel Olarak 123
2. Milletvekilleri Bakımından Şahsi Cezasızlık Sebebi (Mutlak Dokunulmazlık) 124
a. Kapsamı 124
b. İstisnası 125

c. Sonuçlar 125
III. SUÇUN UNSURLARI 126
A. Suçun Kanuni Unsuru (Tipiklik) 128
1. Genel Bilgiler 128
a. Tanım 130
b. Hayal Suç ve Kuruntu Suç 131
c. Fail 132
d. Mağdur 138
e. Suçun Konusu 140
f. Suçun Basit (Temel) Şekli, Basit Suç Tipinden Türeyen Suçlar 140
g. Kanuni Unsur (Tipiklik) ve Hukuka Aykırılık İlişkisi 143
h. Ön Şartlar Sorunu 144
2. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsuru (Fiil) 145
a. Genel Açıklamalar 145
b. Hareket 151
aa. Kavram 151
c. Netice 173
bb. Birden Fazla Neticenin Bir Suç Sayıldığı Durumlar 182
d. Nedensellik Bağı (İlliyet Rabıtası)(Sebebiyet Alakası) 186
3. Tipikliğin Manevi (Sübjektif) Unsuru 216
a. Genel Olarak 216
b. Kaza ve Tesadüf 218
c. Kast ve Taksir 219
d. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar 276
e. Objektif Cezalandırılabilme Şartları 299
f. Yanılma 301
g. Amaç ve Saik 301
B. Hukuka Aykırılık Unsuru 302
1. Genel Açıklamalar 302
2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Ortak Özellikleri 304
3. Hukuka Uygunluk Sebepleri 309
a. TCK 24, 25 ve 26'daki Hukuka Uygunluk Sebepleri 309
b. Ceza Kanununda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Sebebi: Yükümlülüklerin Çatışması 379
4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Yanılgı 380
IV. KUSUR 380
A. Kusur Yeteneği 382
1. Tanım 382
2. Genel Olarak 383
3. Kusur Yeteneğini Etkileyen Sebepler 384
a. Yaşın Kusur Yeteneğine Etkisi 384
b. Sağırlık ve Dilsizlik 392
c. Akıl Hastalığı 393
d. Geçici Nedenler 396
B. Kusuru Etkileyen Sebepler 399
1. Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emir 400
a. Genel Açıklamalar 400

b. Emri Yerine Getirmenin Şartları 401
2. Zorunluluk (Iztırar, Mecburiyet, Zaruret) Hali 404
a. Genel Açıklamalar 405
b. Zorunluluk Halinin Kusurluluğu Kaldıran Sebep Olmasının Sonuçları 408
c. Özel Zorunluluk Halleri 409
d. Zorunluluk Halinin Şartları 410
3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit 423
a. Genel Olarak 423
b. Cebir 424
c. Tehdit 425
4. Ihmali Suçlarda Beklenebilirlik 427
5. Haksız Tahrik 428
a. Kavram 428
b. Haksız Tahrikin Özellikleri 431
c. Haksız Tahrikin Şartları 433
6. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri 441
V. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN SEBEPLERDE SINIRIN AŞILMASI 441
A. Genel Açıklamalar 441
B. Sınırın Aşılması Halleri 442
VI. YANILMA (HATA) 448
A. Giriş 449
B. Kavram 450
1. Fiili Yanılma 450
a. Suç Tipindeki Unsurlarda Yanılma 450
b. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Yanılma 458
2. Şahısta Yanılma 464
a. Genel Olarak 465
b. Şahısta Yanılma Halinde Nitelikli Hallerin Etkisi 467
3. Hukuki Yanılma 467
VII. HEDEFTE SAPMA 471
A. Genel Olarak 471
B. Hedefte Sapmanın Sonuçları 471
C. Çok Neticeli Sapma 474
§2. SUÇUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ 476
I. TEŞEBBÜS 476
A. Kavram 480
B. Şartları 483
C. Teşebbüste Ceza Miktarının Belirlenmesi 496
D. Teşebbüs ile İlgili Bazı Meseleler 499
E. Teşebbüse Elverişli Olmayan Suçlar 503
F. Gönüllü Vazgeçme 506
G. Etkin Pişmanlık 517
H. İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs) 519
II. SUÇLULARIN ÇOKLUĞU 525
A. Çok Failli Suçlar 525

B. Iştırak 526
1. Kavram 527
2. İştirakin Şartları 529
a. Birden Fazla Fail Tarafından Yapılan Birden Çok Hareket 530
b. Hareketlerin Nedensellik Değeri Taşıması 536
c. İştirak İradesi (Suça İştirak Kastı) 541
d. Bir Suçun İcrasına Başlanması 545
e. Suçun Bütün Ortaklar İçin Aynı Olması 546
3. Hukukumuzda İştirakŞekilleri 552
a. Faillik 553
b. Şeriklik 565
4. Nitelikli Hallerin Şeriklere Etkisi 578
5. Kışkırtıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu 582
6. Gerçek Failin Tespit Edilememesinin Sonuçları 586
III. SUÇLARIN İÇTİMAI 590
A. Bileşik Suç 591
1. Genel Bilgiler 592
2. Bileşik Suçlarda Tartışılması Gereken Diğer Hususlar 595
B. Zincirleme Suç 597
1. Genel Açıklamalar 598
2. Şartları 599
3. Zincirleme Suç Kabulünün Sonuçları 612
4. Zincirleme Suçlarda Teşebbüs ve İştirakİlişkisi 612
5. Tek Fiille Birden Fazla Kişiye Karşı Aynı Suçun İşlenmesi 613
6. Zincirleme Suçlar ve Şikâyet, Zamanaşımı, Af, Yetkili Mahkeme, Uzlaşma ve Aynı Fiilden Dolayıİki Kez Yargılama Yapılamaması İlkesi 618
C. Fikri İçtima 620
1. Kavram 620
2. Fikri İçtimanın Şartları 621
3. Fikri İçtima ve Teşebbüs, İştirak ve Diğer Özel Sorunlar 630
D. Görünüşte İçtima 632
1. Özel-Genel Norm İlişkisi 633
2. Asli-Yardımcı Norm İlişkisi 634
3. Tüketen-Tüketilen Norm İlişkisi 637

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
YAPTIRIM

§1. CEZALAR 643
I. HAPİS CEZALARI 644
A. Genel Olarak 644
B. Kısa Süreli Hapis Cezasının Adli Para Cezası ve Seçenek Yaptırımlara Çevrilmesi 645
C. Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı 652
D. Hapis Cezasının Ertelenmesi 653
II. ADLİ PARA CEZASI 661
A. Gün Para Cezası Sistemi 661

B. Süre Tanınması, Taksit ve Ödememenin Sonuçları 663
§2. GÜVENLİK TEDBİRLERİ 665
I. BELLİ HAKLARI KULLANMAKTAN YOKSUN BIRAKILMA 667
II. MÜSADERE 676
III. ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ 684
IV. AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ 685
V. SUÇTA TEKERRÜR VE ÖZEL TEHLİKELİ SUÇLULAR 686
VI. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ 693
VII. ALKOL VEYA UYUŞTURUCU BAĞIMLISI KIŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ 694
VIII. YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ 694
§3. CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ 695
I. CEZANIN BELİRLENMESİ 696
II. CEZANIN HESAPLANMASI 702
III. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ 707
IV. MAHSUP 710
V. CEZALARIN İÇTİMAI 713
§4. DAVA VE CEZA İLİŞKİSİNİ DÜŞÜREN SEBEPLER 714
I. ÖLÜM 715
II. AF 716
III. BELİRLİ BIR SÜRENIN GEÇMESİ (ZAMANAŞIMI) 718
IV. ŞIKÂYETTEN VAZGEÇME 730
V. ÖN ÖDEME 731
§5. KOŞULLU SALIVERİLME 733
I. TANIM 733
II. ŞARTLARI 734
III. USUL 735
§6. ADLİ SİCİL KAYDININ SİLİNMESİ 737
§7. YASAKLANMIŞ HAKLARIN GERİ VERİLMESİ 739

KAYNAKÇA 765

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM
SUÇ VE YAPTIRIM HUKUKUNA BAŞLANGIÇ

§1. GİRİŞ 1
I. KAVRAM 1
II. CEZA HUKUKUNUN AMACI 2
III. SİSTEM 5
§2. CEZA KANUNUMUZ 8
§3. CEZA HUKUKUNUN VE SUÇ POLİTİKASININ TEMEL İLKELERİ 10
I. HUKUK DEVLETİ İLKESİ 10
II. KANUNİLİK İLKESİ 12
A. Genel Olarak 12
B. Kanunilik İlkesinin Sonuçları 15
1. Suç tespit eden ceza normları açık biçimde belirlenmelidir: Belirlilik ilkesi (Requirement of definiteness) 15
2. Örf ve Adet Hukuku Ceza Hukukunda Doğrudan Doğruya Bir Kaynak Niteliği Taşımaz 24
3. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz 25
4. Kıyas Yasağı 29
a. Genel Olarak 29
b. Kıyas Yasağı ve Yorum 30
5. Geçmişe Yürüme Yasağı 31
III. ORANTILILIK İLKESİ 33
IV. İNSANİLİK İLKESİ 34
V. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK ILKESI 35
VI. KUSUR İLKESİ 35
VII. CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ 36
VIII. ŞÜPHEDEN ÖZGÜRLÜK YARARLANIR ILKESİ 38
IX. KARİNELERE DAYALI İSPAT YASAKTIR 39
§4. SUÇ OLUŞTURAN FİİLLERİN VE BUNLARA UYGULANACAK YAPTIRIMLARIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SORUNLAR VE İLKELER 39
I. BIR EYLEM NE ZAMAN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARINA TABİ KILINMALIDIR? 40
A. Bir Eylem Ne Zaman Ceza Hukuku Kapsamında, Ne Zaman Özel Hukuk Kapsamında Değerlendirilmelidir? 40
B. Bir Eylem Ne Zaman Disiplin Suçu, Ne Zaman Suç Olarak Değerlendirilmelidir? 42
II. KANUN KOYUCU BIR EYLEMİN SUÇ OLUŞTURDUĞUNU BELIRLEMEK KONUSUNDA SERBEST MIDIR? 42
III. KANUN KOYUCU SUÇ OLARAK BELİRLEDİĞİ EYLEME UYGULANACAK CEZANIN MİKTARI KONUSUNDA SERBEST MİDİR? 47

§5. HAKSIZLIK OLUŞTURAN DİĞER FİİLLER VE SUÇLAR 53
I. HAKSIZ FİİLLER VE SUÇLAR 53
A. Genel Olarak 53
B. Haksız Fiiller ile Suçların Farkları 54
II. IDARI YAPTIRIMI GEREKTIREN FİİLLER VE SUÇLAR 55
A. Disiplin Suçları ve Suçlar 55
1. Genel Olarak 55
2. Disiplin Suçları ile Suçlar Arasındaki Farklar 56
3. Disiplin Soruşturmasıİle Aynı Anda Ceza Soruşturması/ Kovuşturması Yapılması Durumu 59
B. Zabıta Tedbirlerini Gerektiren Fiiller ve Suçlar 61
C. Kabahatler ve Suçlar 62
1. Genel Olarak 62
2. Suç ve Kabahat Ayrımının Uygulamadaki Önemi ve Sonuçları 63
§6. CEZA NORMUNUN TASNİFİ 65
I. DAVRANIŞ NORMLARI – MÜEYYİDE NORMLARI 65
II. BAĞIMSIZ – BAĞIMLI CEZA NORMLARI 65
A. Tanım 65
B. Bağımsız Ceza Normları 66
1. Tam Ceza Normları 66
2. Eksik Ceza Normları 66
C. Bağımlı Ceza Normları 66
1. İlke Belirleyen Normlar 66
2. Tanım Normları 66
3. Yorum Normları 66
4. Atıf Normları 66
§7. CEZA MUHAKEMESİNE KISA BİR BAKIŞ 67

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NUN UYGULAMA ALANI

§1. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA 69
I. GEÇMIŞE YÜRÜMEZLIK İLKESİNİN KAPSAMI 71
II. FAİLİN LEHİNE OLAN KANUNUN TESPITI 72
III. ÇEŞİTLİ AÇILARDAN LEHE OLAN KURALLARIN İNCELENMESİ 73
A. Geçici veya Süreli Ceza Kanunları Açısından 73
B. Cezanın İnfaz Rejimine İlişkin Kanunlar 74
C. Güvenlik Tedbirleri 76
D. Kabahatler 77
E. Kovuşturma Şartları 78
F. Zamanaşımına İlişkin Kanunlar 78
G. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları 79
H. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarındaki Değişiklikler 80
IV. LEHE OLAN HÜKÜMLERİN UYGULANMASINDA USUL 81
V. SUÇUN İŞLENDİĞİ ZAMAN 82
A. Problem: Hareket mi, Netice mi Esas Alınacak? 82

B. Problem: Kesintisiz Suçlar 82
C. Problem: Zincirleme Suçlar 83
D. Problem: İhmali Suçlar 83
E. Problem: Teşebbüs Halinde Kalan Suçlar 83
F. Problem: Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları İçeren Suçlar 84
§2. YER BAKIMINDAN UYGULAMA 85
I. SUÇUN İŞLENDİĞİ YER 85
A. Genel Olarak 85
B. Problemli Durumlar 86
C. Özel Hükümler 87
II. SİSTEMLER 87
A. Mülkilik (Ülkesellik) Sistemi 88
1. Tanım 88
2. Ülke Neresidir? 89
B. Şahsilik Sistemi 90
1. Faile Göre Şahsilik 90
a. Türk Vatandaşlarının Yabancı Ülkelerde İşlediği Suçlar 91
b. Türkiye Namına Memuriyet veya Görev Yapanların İşledikleri Suçlar 92
2. Mağdura Göre Şahsilik 92
C. Koruma (Savunma) Sistemi 93
D. İkame Yargı Sistemi 93
E. Evrensellik Sistemi 94
F. Türkiye'de Yeniden Yargılama Yapılması 96
1. Genel Olarak 96
2. Mülkilik Sisteminin Uygulandığı Hallerde 96
3. Şahsilik Sisteminin Uygulandığı Hallerde 96
4. Koruma Sisteminin Uygulandığı Hallerde 97
5. İkame Yargı Sisteminin Uygulandığı Hallerde 97
6. Evrensellik Sisteminin Uygulandığı Hallerde 98
G. Hak Yoksunluklarının Türkiye'de Geçerli Olması 99
H. Yabancı Ülke Kanununun Göz Önünde Bulundurulması 100
III. YURT DIŞINDA İŞLENEN KABAHATLER BAKIMINDAN TÜRK KANUNLARININ UYGULANABİLİRLİĞİ 101
IV. YABANCILARIN IADESI 102
A. Kavram 102
B. Şartları 102
C. Geri Vermenin Mümkün Olmadığı Haller 103
1. Siyasi ve Diğer Nedenlerle Kovuşturma veya Kötü Muamele Tehlikesi Halinde Geri Verme Yasağı 103
2. Suçun Nitelikleri Sebebiyle Geri Verilmezlik 103
3. İadesi İstenen Kişinin Kişisel Özellikleri Nedeniyle Geri Verilmezlik 104
D. Geri Vermede Özellik Ilkesi 104
E. Geri Vermede Usul 104

§3. KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA 105
I. CUMHURBAŞKANI 106
II. YASAMA DOKUNULMAZLIĞI 107
A. Sorumsuzluk (Mutlak Dokunulmazlık) 107
B. Kovuşturma Yasağı (Geçici Dokunulmazlık) (AY 83) 107
1. Kapsamı 107
2. İstisnaları 108
3. Sona Ermesi 109
4. Zamanaşımı Sorunu 109
III. ULUSLARARASI YARGI BAĞIŞIKLIĞI 110
IV. YABANCI BAZI ASKER VE SİVİL KİŞİLER İLE YAKINLARININ YARGI BAĞIŞIKLIĞI 111
V. KAMU GÖREVLİLERİ 111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SUÇ

§1. SUÇ GENEL TEORİSİ 113
I. GENEL AÇIKLAMALAR 113
II. HAKSIZLIĞIN VE KUSURUN DIŞINDA KALAN HUSUSLAR 115
A. Kovuşturma Şartları 115
1. Şikâyet 115
a. Genel Olarak 115
b. Şikâyetin Özellikleri 116
2. Izin, Talep ve Karar 121
3. Yabancı Hükümetin Talebi (Şikâyeti) 122
B. Şahsi Cezasızlık Sebepleri/Cezada Indirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler – Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler 123
1. Genel Olarak 123
2. Milletvekilleri Bakımından Şahsi Cezasızlık Sebebi (Mutlak Dokunulmazlık) 124
a. Kapsamı 124
aa. Madde Bakımından 124
bb. Yer Bakımından 125
cc. Kişi Bakımından 125
dd. Zaman Bakımından 125
b. İstisnası 125
c. Sonuçları 125
III. SUÇUN UNSURLARI 126
A. Suçun Kanuni Unsuru (Tipiklik) 128
1. Genel Bilgiler 128
a. Tanım 130
b. Hayal Suç ve Kuruntu Suç 131
c. Fail 132
aa. Genel Olarak 132
bb. Mahsus (Özgü) Suçlar 138
cc. Bizzat İşlenebilen Suçlar 138

d. Mağdur 138
e. Suçun Konusu 140
f. Suçun Basit (Temel) Şekli, Basit Suç Tipinden Türeyen Suçlar 140
aa. Suçun Basit (Temel) Şekli 140
bb. Türeyen Suçlar (Nitelikli Haller) 141
g. Kanuni Unsur (Tipiklik) ve Hukuka Aykırılık İlişkisi 143
h. Ön Şartlar Sorunu 144
2. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsuru (Fiil) 145
a. Genel Açıklamalar 145
aa. Düşünce Suçu Kavramı 145
bb. Düşünce Suçu Kavramıyla Bağlantılı Olarak Tartışılması Gereken Ceza Kanunundaki Bazı Suç Tipleri 150
b. Hareket 151
aa. Kavram 151
bb. Neler Ceza Hukuku Bakımından Hareket Sayılır? 152
cc. Hareketin Sayısı ve Şekilleri Bakımından Suçlar 160
aaa. Tek Hareketli Suçlar 160
bbb. Çok Hareketli Suçlar 160
ccc. Serbest Hareketli Suçlar 160
ddd. Bağlı Hareketli Suçlar 160
eee. Seçenek Hareketli Suçlar 160
fff. İcrai-İhmali Suçlar 161
aaaa. Genel Açıklamalar 161
bbbb. İhmal Kavramı 161
cccc. İhmal-İcra Ayrımı 164
dddd. İhmali Suçların Çeşitleri 165
(1) Saf Ihmali Suçlar (Gerçek İhmali Suçlar) 165
(2) Garantörsel Ihmali Suçlar (Görünüşte Ihmali Suçlar) 167
(a) Genel Olarak 167
(b) Garantörlük 168
(aa) Genel Açıklamalar 168
(bb) Kavram 169
(c) Garantörlük Kaynakları 170
(aa) Kanun 170
(bb) Sözleşme 172
(cc) Öngelen Tehlikeli Eylem 172
c. Netice 173
aa. Neticeye Göre Suçların Tasnifi 174
aaa. Neticesi Harekete Bitişik Suç (Sırf Hareket Suçları) - Neticesi Hareketten Ayrılabilen Suç Ayrımı 174
bbb. Zarar Suçu-Tehlike Suçu Ayrımı 175
ccc. Kalkışma Suç Tipleri (Teşebbüs Suçları) 176
ddd. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar 177
eee. Ani Suç-Kesintisiz Suç Ayrımı 178

aaaa. Genel Açıklamalar 178
bbbb. Kesintisiz Suç ile Diğer Suçlar Arasındaki Farklar 179
(1) Zincirleme Suç ile Farkı 179
(2) İz Bırakan Suç ile Farkı 179
cccc. Suçun Kesintisiz Olmasının Sonuçları 180
bb. Birden Fazla Neticenin Bir Suç Sayıldığı Durumlar 182
d. Nedensellik Bağı (Illiyet Rabıtası)(Sebebiyet Alakası) 186
aa. Genel Olarak 188
bb. Şart Teorisi ve Objektif İsnadiyet 189
aaa. Nedensellik Bağı Yoktur 190
bbb. Normal Nedensellik 191
ccc. Çifte Nedensellik 191
ddd. Toplam (Atipik) Nedensellik 193
eee. Sollayan (Öne Geçen) Nedensellik 198
fff. Varsayılan Nedensellik 200
ggg. Yüklenebilirlik İle İlgili Bazı Sorunlar 201
aaaa. Kişinin Kendisini Tehlikeye Atması 201
bbbb. Egemenlik Alanı Dışında Kalma (Tesadüfi Nedensellik) 202
cccc. Sosyal Nedensellik 203
dddd. Risk Azalması 203
eeee. Normun Koruma Alanı İçinde Olmaması 204
ffff. Rücu Yasağı 206
cc. Diğer Nedensellik Teorileri 206
aaa. Uygun Şart (Sebep) Teorisi 206
bbb. Hukuki Önem (Hukuki Uygunluk) Teorisi 207
ccc. Karma Uygun Sebep Teorisi 207
dd. Bazı Suçlarda Nedensellik Bağı 214
aaa. Teşebbüs Halinde Kalan Suçlarda Nedensellik Bağı 214
bbb. İhmali Suçlarda Nedensellik Bağı 214
3. Tıpikliğin Manevi (Sübjektif) Unsuru 216
a. Genel Olarak 216
b. Kaza ve Tesadüf 218
c. Kast ve Taksir 219
aa. Kast 223
aaa. Kavram 223
bbb. Kastın Unsurları 224
aaaa. Kastta Bilmek Unsuru 224
bbbb. Kastta İstemek Unsuru 227
ccc. Kastın Aranacağı Zaman 232
ddd. Kastın Çeşitleri 233
aaaa. Özel Kast – Genel kast 233
bbbb. Ani Kast-Tasarlama 233
cccc. Doğrudan Kast-Olası Kast 234
(1) Tanım 234
(2) Bilme Unsuru Bakımından Olası Kast .. 237

(3) Olası Kastla İşlenemeyen Suçlar 239
(4) Olası Kast ve Teşebbüs 239
(5) Olası Kastın İspatı 240
(6) Olası Kastta Ceza 248
dddd. Weber Kastı 248
eee. Alternatif Kast 249
fff. İhmali Suçlarda Kast 250
aaaa. İhmali Suçlarda Kastın Niteliği 250
bbbb. İhmali Suçlarda Kastın Konusu 252
bb. Taksir 252
aaa. Tanım 253
bbb. Taksirin Kasttan Farkı 254
ccc. Taksirin Unsurları 256
aaaa. Taksirin Cezalandırılacağı Konusunda Kanunda Hüküm Bulunması 256
bbbb. Dikkat ve Özen Görevinin Yerine Getirilmemesi 257
cccc. Neticeye Sebep Olan Fiilin İradi Olması 258
dddd. Neticenin Öngörülebilir (Tahmin Edilebilir) Olması 259
eeee. Failin Neticeyi İstememiş Bulunması 261
ffff. Hareket ile Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması 262
ddd. Taksir ve Teşebbüs 262
eee. Bilinçli-Bilinçsiz Taksir Ayrımı 262
fff. Bilinçli Taksir- Olası Kast Ayrımı 267
ggg. Üçüncü Kişinin veya Mağdurun Hareketinin Nedensellik Bağına Etkisi (Taksirli Hareketlerin Birleşmesi) 269
aaaa. Üçüncü Kişinin Hareketi 270
bbbb. Mağdurun Hareketi 271
hhh. Taksirli Suçlarda Ceza Verilmemesi Durumu 273
d. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar 276
aa. Kavram 276
bb. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Şartları 279
cc. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Çeşitleri 290
aaa. Gerçek Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar – Gerçek Olmayan Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar 290
bbb. Kastı Aşan Suç- Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç 291
ccc. Kastedilenden Daha Ağır Bir Neticenin Meydana Geldiği Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç- Kastedilenden Daha Başka Bir Neticenin Meydana Geldiği Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç 292
dd. TCK 87/4 Uygulamasında Dikkat Edilecek Hususlar 292
ee. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu 297

e. Objektif Cezalandırılabilme Şartları 299
f. Yanılma 301
g. Amaç ve Saik 301
B. Hukuka Aykırılık Unsuru 302
1. Genel Açıklamalar 302
2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Ortak Özellikleri 304
3. Hukuka Uygunluk Sebepleri 309
a. TCK 24, 25 ve 26'daki Hukuka Uygunluk Sebepleri 309
aa. Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesi 310
bb. Kanun Hükmünü Icra 310
aaa. Genel Olarak 310
bbb. Silah Kullanma Yetkisi 313
ccc. Şikâyet ve İhbar 317
ddd. Devletin Kumar Oynatması 318
cc. Meşru Savunma 319
aaa. Meşru Savunmanın Konusu Olabilecek Haklar 320
bbb. Meşru Savunmanın Şartları 322
aaaa. Saldırıya İlişkin Şartlar 322
(1) Bir Saldırının Varlığı 322
(2) Saldırının Fil Hal Olması 325
(3) Saldırının Haksız Olması 330
bbbb. Savunmaya İlişkin Şartlar 333
(1) Savunmada Zorunluluk Bulunması 333
(2) Saldırı ile Savunma Arasında Oran Olması 336
(a) Araçlar Bakımından Oran 336
(b) Yararlar Bakımından Oran 340
ccc. Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma 341
ddd. Önleyici Meşru Savunma (Offendicula) 343
eee. Meşru Savunma Halinde Üçüncü Kişilerin Zarar Görmesi 345
fff. Tazminat 346
ggg. Meşru Savunmanın Kabulü Halinde Mağdur Hakkında Soruşturma Yapılması 346
hhh. Meşru Savunma ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 347
dd. Hakkın Kullanılması 349
aaa. Eğitim Hakkının Verdiği Yetkiden Kaynaklanan Hareketlerin Hukuka Uygunluğu 350
bbb. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı 353
ccc. Eleştiri Hakkı 355
ddd. Spor Faaliyetleri 355
eee. Bir İş, Meslek, Sanat veya Bilim Faaliyetinin İcrası 355
aaaa. Ticari ve/veya Sınaî Faaliyette Bulunma Hakkının İcrası 356

bbbb. Gazetecilik Mesleğinin İcrası 356
ee. Rıza 359
aaa. Genel Olarak 359
bbb. Tipikliği Kaldıran Rıza 361
ccc. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza ve Geçerli Bir Rızanın Şartları 362
aaaa. Rızaya Ehliyet 363
bbbb. Rıza Açıklaması 365
cccc. Rızanın Konusu 368
(1) Bireyin Tasarruf Yetkisinin Bulunduğu Haklar 369
(2) Bireyin Tasarruf Yetkisinin Bulunmadığı Haklar 371
ddd. Varsayılan Rıza 374
eee. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu 376
b. Ceza Kanununda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Sebebi: Yükümlülüklerin Çatışması 379
4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Yanılgı 380
IV. KUSUR 380
A. Kusur Yeteneği 382
1. Tanım 382
2. Genel Olarak 383
3. Kusur Yeteneğini Etkileyen Sebepler 384
a. Yaşın Kusur Yeteneğine Etkisi 384
aa. Genel Açıklamalar 384
bb. Fiili İşlediği Zaman 12 Yaşını Bitirmemiş Olan Küçükler 385
cc. Fiili İşlediği Zaman 13–15 Yaş Arasında Olan Küçükler .. 387
dd. Fiili İşlediği Zaman 16–18 Yaş Arasında Olanlar 391
ee. Yaş Büyüklüğü 391
b. Sağırlık ve Dilsizlik 392
c. Akıl Hastalığı 393
d. Geçici Nedenler 396
aa. Genel Olarak 396
bb. Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullananlarda Kusur Yeteneği 397
B. Kusuru Etkileyen Sebepler 399
1. Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emir 400
a. Genel Açıklamalar 400
b. Emri Yerine Getirmenin Şartları 401
aa. Bir Emrin Varlığı 401
bb. Emri Verenin Böyle Bir Emri Vermeye Yetkili Olması 401
cc. Emrin Yerine Getirilmesi "Görev Gereği Zorunlu" Olmalıdır 401
dd. Verilen Emrin Suç Oluşturmaması 402
ee. Verilen Emrin Hukuka Aykırı Olması 403
2. Zorunluluk (Iztırar, Mecburiyet, Zaruret) Hali 404

a. Genel Açıklamalar 405
b. Zorunluluk Halinin Kusurluluğu Kaldıran Sebep Olmasının Sonuçları 408
c. Özel Zorunluluk Halleri 409
d. Zorunluluk Halinin Şartları 410
aa. Tehlikeye İlişkin Şartlar 411
aaa. Ağır Bir Tehlikenin Bulunması 411
aaaa. Tehlike Kavramı 411
bbbb. Tehlikenin Muhakkak Olması 412
cccc. Tehlikenin Ağır Olması 413
bbb. Tehlikenin Bir Hakka Yönelik Olması 414
ccc. Tehlikenin Meydana Gelmesine Bilerek Sebebiyet Vermemiş Olmak 414
ddd. Tehlikeye Karşı Koyma Hukuksal Yükümlülüğü 415
bb. Korunmaya İlişkin Şartlar 416
aaa. Başka Türlü Korunma Imkânının Bulunmaması 416
bbb. Tehlikenin Ağırlığı ile Konu ve Kullanılan Vasıta Arasında Orantı Bulunması 417
ccc. Korunma Hareketinin Hukuk Düzeni ile Uyuşabilirliği 419
cc. Üçüncü Kişi Lehine Zorunluluk Hali 419
dd. Tazminat 420
ee. Zorunluluk Hali ile Meşru Savunma Arasındaki Farklar 420
3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit 423
a. Genel Olarak 423
b. Cebir 424
c. Tehdit 425
4. Ihmali Suçlarda Beklenebilirlik 427
5. Haksız Tahrik 428
a. Kavram 428
b. Haksız Tahrikin Özellikleri 431
c. Haksız Tahrikin Şartları 433
6. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri 441
V. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN SEBEPLERDE SINIRIN AŞILMASI 441
A. Genel Açıklamalar 441
B. Sınırın Aşılması Halleri 442
VI. YANILMA (HATA) 448
A. Giriş 449
B. Kavram 450
1. Fiili Yanılma 450
a. Suç Tipindeki Unsurlarda Yanılma 450
aa. Genel Olarak 450
bb. Suçun Nitelikli Hallerinde Yanılma 455
aaa. Cezayı Azaltan Nitelikli Hallerde (Hafifletici Sebeplerde) Yanılma 456
bbb. Cezayı Artıran Nitelikli Hallerde (Ağırlatıcı Sebeplerde) Yanılma 456
cc. Nedensellik Bağında Yanılma 458

b. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Yanılma 458
aa. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma 458
bb. Kusurluluğu Etkileyen Nedenlerde Yanılma 463
2. Şahısta Yanılma 464
a. Genel Olarak 465
b. Şahısta Yanılma Halinde Nitelikli Hallerin Etkisi 467
3. Hukuki Yanılma 467
VII. HEDEFTE SAPMA 471
A. Genel Olarak 471
B. Hedefte Sapmanın Sonuçları 471
C. Çok Neticeli Sapma 474
§2. SUÇUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ 476
I. TEŞEBBÜS 476
A. Kavram 480
B. Şartları 483
1. Suçun Kasten İşlenen Suçlardan Olması 483
2. Elverişli Hareketler 483
3. İcra Hareketlerine Başlanmış Olması 485
a. Genel Olarak 485
b. İcra Hareketleri ile Hazırlık Hareketlerini Birbirinden Ayırmada Ölçüt 489
aa. İcrai Suçlarda 489
bb. Garantörsel İhmali Suçlarda 493
cc. Yargıtay'ın Görüşü 494
4. Suçun Tamamlanmamasının Failin Elinde Olmayan Engelleyici Sebeplerden Kaynaklanması 495
C. Teşebbüste Ceza Miktarının Belirlenmesi 496
D. Teşebbüs ile İlgili Bazı Meseleler 499
E. Teşebbüse Elverişli Olmayan Suçlar 503
1. Cezalandırmak İçin Kastın Aranmadığı Suçlar 503
2. Suç Tiplerinin Yapısı Gereği Teşebbüse Elverişsizlik 504
a. Neticesi Harekete Bitişik Suçlar 504
b. İhmali Suçlar 504
aa. Saf İhmali Suçlar 504
bb. Garantörsel İhmali Suçlar 505
F. Gönüllü Vazgeçme 506
1. Gönüllü Vazgeçmenin Şartları 508
a. Suçun Tamamlanmamış Olması 508
b. Vazgeçmenin Gönüllü Olması 511
2. Failin O Ana Kadar Tamamladığı Diğer Suçtan Cezalandırılması ... 516
G. Etkin Pişmanlık 517
H. İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs) 519
II. SUÇLULARIN ÇOKLUĞU 525
A. Çok Failli Suçlar 525
1. Genel Olarak 525
2. Şartları 526
B. Iştirak 526

1. Kavram 527
2. İştirakin Şartları 529
a. Birden Fazla Fail Tarafından Yapılan Birden Çok Hareket 530
b. Hareketlerin Nedensellik Değeri Taşıması 536
aa. Hareketin Doğrudan Doğruyalığı 536
bb. Soyut-Somut Nedensellik 536
cc. Vazgeçmenin Nedensellik Bağına Etkisi 538
dd. Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları ve Iştirak 540
ee. Uzlaştırma ve İştirak 541
c. İştirak İradesi (Suça İştirak Kastı) 541
aa. Genel Olarak 541
bb. Yan Yana Faillik 543
cc. İştirak İradesinin Önemi 543
d. Bir Suçun Icrasına Başlanması 545
e. Suçun Bütün Ortaklar Için Aynı Olması 546
3. Hukukumuzda İştirakŞekilleri 552
a. Faillik 553
aa. Müşterek Faillik 553
bb. Dolaylı Faillik 560
b. Şeriklik 565
aa. Azmettirme 565
aaa. Kavram 565
bbb. Azmettirmenin Maddi ve Manevi Unsuru 566
ccc. Azmettirmeye İlişkin Bazı Özel Durumlar 567
ddd. Azmettirmenin Diğer İştirak Şekillerinden Farkları 569
aaaa. Dolaylı Faillikten Farkı 569
bbbb. Yardım Etmeden Farkı 570
eee. Azmettirme Türleri 570
fff. Garantörsel Ihmali Suçlarda Azmettirme 571
ggg. Azmettirmenin Cezası 572
hhh. Azmettirenin Ortaya Çıkmasını Sağlama 573
iii. Suç İşlemeye Tahrik Suçunda Azmettirme Nedeniyle Cezalandırılma Durumu 573
bb. Yardım Etme 574
aaa. Maddi Yardım 575
bbb. Manevi Yardım 576
ccc. Yardım Edenin Cezasının Tayini 577
4. Nitelikli Hallerin Şeriklere Etkisi 578
5. Kışkırtıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu 582
6. Gerçek Failin Tespit Edilememesinin Sonuçları 586
III. SUÇLARIN IÇTİMAI 590
A. Bileşik Suç 591
1. Genel Bilgiler 592
2. Bileşik Suçlarda Tartışılması Gereken Diğer Hususlar 595
a. Bileşik Suçlarda Hareket 595
b. Bileşik Suçlarda Amaç 596
c. Bileşik Suç ve Teşebbüs 596

d. Bileşik Suç ve İştirak 596
e. Bileşik Suç ve Şikâyet 596
f. Bileşik Suç ve Uzlaştırma 597
g. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi 597
B. Zincirleme Suç 597
1. Genel Açıklamalar 598
2. Şartları 599
a. Aynı Suçun Birden Fazla İşlenmesi 599
b. Birden Fazla Suçun Bir Tek Suç İşleme Kararıyla İşlenmesi 605
c. Suçun Bir Kişiye Karşı İşlenmesi 608
d. Suçların Değişik Zamanlarda İşlenmiş Olması 611
e. Zincirleme Suçun Kabul Edilemeyeceği Suçlar 611
3. Zincirleme Suç Kabulünün Sonuçları 612
4. Zincirleme Suçlarda Teşebbüs ve İştirak İlişkisi 612
a. Teşebbüs 612
b. İştirak 613
5. Tek Fiille Birden Fazla Kişiye Karşı Aynı Suçun İşlenmesi 613
6. Zincirleme Suçlar ve Şikâyet, Zamanaşımı, Af, Yetkili Mahkeme, Uzlaşma ve Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Yapılamaması İlkesi 618
a. Şikâyet 618
b. Zamanaşımı 618
c. Af 619
d. Yetkili Mahkeme 619
e. Uzlaştırma 619
f. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Yapılamaması İlkesi 619
C. Fikri İçtima 620
1. Kavram 620
2. Fikri İçtimanın Şartları 621
a. Birden Fazla Farklı Suçun Oluşması 621
b. Fiilin Tek Olması 624
3. Fikri İçtima ve Teşebbüs, İştirak ve Diğer Özel Sorunlar 630
a. Teşebbüs 630
b. İştirak 630
c. Şikâyet 630
d. Af 632
e. Zamanaşımı 632
f. Yetkili ve Görevli Mahkeme 632
D. Görünüşte İçtima 632
1. Özel-Genel Norm İlişkisi 633
2. Asli-Yardımcı Norm İlişkisi 634
3. Tüketen-Tüketilen Norm İlişkisi 637

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
YAPTIRIM

§1. CEZALAR 643
I. HAPİS CEZALARI 644
A. Genel Olarak 644
B. Kısa Süreli Hapis Cezasının Adli Para Cezası ve Seçenek Yaptırımlara Çevrilmesi 645
1. Genel Açıklamalar 645
2. Uygulama 649
3. Taksirli Suçlarda Uygulama 652
4. Çevirmenin Sonucu 652
C. Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı 652
D. Hapis Cezasının Ertelenmesi 653
1. Şartları 654
a. Mahkûmiyetin Cinsi ve Süresi 654
b. Daha Önceden Mahkûmiyet Bulunmaması 656
aa. Mahkûmiyet Sayılan Haller 656
bb. Mahkûmiyet Sayılmayan Haller 656
c. Mahkemenin Kanaati 657
d. Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Erteleme 658
2. Erteleme Kararı 658
3. Ertelemenin Şarta Bağlanması 659
4. Denetim Süresi 659
5. Ertelemenin Sonucu 660
6. Erteleme Kararının Düşmesi 660
7. Erteleme Kararının Kamu Görevinden Yasaklanmaya Etkisi 661
II. ADLİ PARA CEZASI 661
A. Gün Para Cezası Sistemi 661
B. Süre Tanınması, Taksit ve Ödememenin Sonuçları 663
§2. GÜVENLİK TEDBİRLERİ 665
I. BELLİ HAKLARI KULLANMAKTAN YOKSUN BIRAKILMA 667
A. Kavram 667
B. Uygulanış Şekli ve Süresi 668
1. Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olan Hak Yoksunluğu 669
a. Kapsamı 669
b. Şartları 670
c. Süresi 671
2. Hâkimin Zorunlu Olarak Hükmetmesiyle Ortaya Çıkan Hak Yoksunluğu 672
a. Kapsamı 672
b. Şartları 672
c. Süresi 675
3. Hâkimin Takdiren Hükmetmesiyle Ortaya Çıkan Hak Yoksunluğu 675
a. Kapsamı 676
b. Şartları 676
c. Süresi 676

II. MÜSADERE 676
A. Tanım 677
B. Müsaderenin Çeşitleri 677
1. Eşya Müsaderesi 677
a. Tanım 677
b. Şartları 678
c. Orantılılık Kuralı 679
d. Kısmi Müsadere 680
e. Suça İştirak Eden Kimsenin Payının Müsaderesi 680
f. Zamanaşımı, Şikâyetten Vazgeçme, Sanığın Ölümü Hallerinde Müsadere 680
g. Delillerin Müsaderesi 681
h. Müsadere Kararı 681
i. Özel Hükümler 681
2. Kazanç Müsaderesi 682
a. Genel Olarak 682
b. Davanın Düşmesi Halinde Kazanç Müsaderesi Kararı Verilebilir mi? 683
III. ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ 684
IV. AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ 685
V. SUÇTA TEKERRÜR VE ÖZEL TEHLİKELİ SUÇLULAR 686
A. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanmasının Şartları 687
1. Bir Ceza Mahkûmiyetinin Bulunması 687
2. Yeni Bir Suçun İşlenmiş Olması 689
3. Tekerrürde Süre 689
B. Tekerrürün Sonuçları 690
1. Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejiminin Uygulanması 690
2. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Uygulanması 691
3. Seçimlik Cezada Hapis Cezasına Hükmolunması 692
C. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanmayacağı Suçlar 692
VI. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ 693
VII. ALKOL VEYA UYUŞTURUCU BAĞIMLISI KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ 694
VIII. YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ 694
§3. CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ 695
I. CEZANIN BELİRLENMESİ 696
A. Giriş 696
B. Cezanın Somut Olarak Tayini 696
1. Ceza Çeşidinin Seçilmesi 696
2. Temel Ceza Miktarının Tayini 697
a. Genel Olarak 697
b. Temel Ceza Miktarını Belirleme Kriterleri 697
c. Mükerrer Değerlendirme Yasağı 701
II. CEZANIN HESAPLANMASI 702
A. Giriş 702
B. Cezaların Ölçü Birimi 703
C. Yukarı ve Aşağı Sınırların Aşılmaması 704
D. Ceza Miktarının Hesaplanmasında Sıra 705

III. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ 707
IV. MAHSUP 710
A. Genel Açıklamalar 710
B. Adli Para Cezalarında, Adli Kontrolde, Denetimli Serbestlikte ve Diğer Özel Durumlarda Mahsup 712
V. CEZALARIN İÇTİMAI 713
§4. DAVA VE CEZA İLİŞKİSİNİ DÜŞÜREN SEBEPLER 714
I. ÖLÜM 715
A. Sanığın Ölümü 715
B. Hükümlünün Ölümü 715
C. Mağdurun Ölümü 716
II. AF 716
A. Genel Af 717
B. Özel Af (TCK 65/2, 3; AY 104) 717
1. TBMM'nin Özel Af Yetkisi 717
2. Cumhurbaşkanının Özel Af Yetkisi 717
III. BELİRLİ BİR SÜRENİN GEÇMESİ (ZAMANAŞIMI) 718
A. Dava Zamanaşımı 719
1. Kavram 720
2. Zamanaşımı Sürelerinde Esas Alınacak Ceza 720
3. Zamanaşımının Başlangıcı 721
a. Tamamlanmış Suçlarda 721
b. Teşebbüs Derecesinde Kalan Suçlarda 721
c. Kesintisiz ve Zincirleme Suçlarda 721
d. Objektif Cezalandırılabilme Şartları İçeren Suçlarda 721
e. On Sekiz Yaşından Küçüklere Karşı İşlenen Suçlarda 721
f. Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlenme Suçlarında 721
g. İftira Suçunda 722
h. Uyarlama Yargılamasında Dava Zamanaşımı 722
ı. Zamanaşımının Başlangıcında Esas Alınacak Gün 722
4. Dava Zamanaşımı Süreleri 722
5. Dava Zamanaşımının Engelleri 723
a. Dava Zamanaşımının Durması 723
aa. Durma Sebepleri 723
bb. Durmanın Etkileri 725
b. Dava Zamanaşımının Kesilmesi 725
aa. Kesilme Sebepleri 725
bb. Kesilmenin Sonuçları 726
6. Dava Zamanaşımının Sonuçları 727
B. Ceza Zamanaşımı 727
1. Kavram 727
2. Süreler 727
3. Başlangıç 728
4. Ceza Zamanaşımı Engelleri 728
5. Ceza Zamanaşımının Sonuçları 729
C. Kabahatlerde Zamanaşımı 729
1. Soruşturma Zamanaşımı 730

2. Yerine Getirme Zamanaşımı 730
IV. ŞIKÂYETTEN VAZGEÇME 730
V. ÖN ÖDEME 731
§5. KOŞULLU SALIVERİLME 733
I. TANIM 733
II. ŞARTLARI 734
A. Cezanın Bir Kısmının İnfaz Edilmiş Olması 734
B. Hükümlünün Kurumda İyi Hal Göstermesi 735
III. USUL 735
A. Talep ve Merci 735
B. Denetim Süresi 736
C. Kararın Geri Alınması 736
§6. ADLİ SİCİL KAYDININ SİLİNMESİ 737
§7. YASAKLANMIŞ HAKLARIN GERİ VERİLMESİ 739

KÜÇÜK SÖZLÜK 745
MADDE DİZİNİ 749
KAVRAMLAR DİZİNİ 759
KAYNAKÇA 765

KISALTMALAR

a.g. : Aksi görüş
AD : Adalet Dergisi
AdSK : Adli Sicil Kanunu
AMKD : Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
ASK CK : Askeri Ceza Kanunu
AY : Anayasa
AYM : Anayasa Mahkemesi
BAM : Bölge Adliye Mahkemesi
BGH : Bundesgerichtshof (Alman Federal Yüksek Mahkemesi Kararı - yandaki sayılar kararın yer aldığı cildi ve sayfa numarasını göstermektedir)
BK : Borçlar Kanunu
BVerfG : Bundesverfassungsgericht (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)
CGTİK : Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK : Ceza Muhakemesi Hukuku
ÇKK : Çocuk Koruma Kanunu
DMK : Devlet Memurları Kanunu
EÜHFD : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HPD : Hukuki Perspektifler Dergisi
İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHukA : Kamu Hukuku Arşivi
KK : Kabahatler Kanunu
MDR : Monatsschrift für Deutsches Recht
MK : Medeni Kanun
NSAS : Netice sebebiyle ağırlaşmış suç
NStZ : Neue Zeitschrift für Strafrecht
NSWCA : New South Wales Crimes Act (Avustralya NSW Eyaleti Ceza Kanunu)
NSWLRC : New South Wales Law Reform Commission
OLG : Oberlandesgericht
PVSK : Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
StV : Strafverteidiger
TCK : Türk Ceza Kanunu
TıpHD : Tıp Hukuku Dergisi
TMK : Terörle Mücadele Kanunu
YGİYön : Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ VE YAPTIRIM HUKUKUNA BAŞLANGIÇ

§1. GİRİŞ

I. KAVRAM

Suç denilen eylemleri ve buna uygulanacak yaptırımı belirleyen hukuk kurallarının tümüne *Suç ve Yaptırım Hukuku* adı verilir.

Uygulama ve öğretide yerleşmiş bulunan ceza hukuku terimi yanlış ve eksik bir terimdir. Bazı yazarlar[1] bu nedenle suç hukuku teriminin kullanılmasından yanadır. Ancak bu da eksik bir tanımlama olmaktadır. Suç ve yaptırım hukuku sadece cezayı değil, suçu da ele almaktadır. Ayrıca cezanın yanı sıra güvenlik tedbirlerini de kapsamaktadır. Bu itibarla bu hukuk dalını ceza hukuku olarak adlandırmak, medeni hukuku aile hukuku olarak adlandırmaya benzer.

Bununla beraber yerleşmiş bir terim olması itibarıyla, bu terimin kullanılmasının yanlış anlamalara yol açtığını söylemek doğru olmaz. Bu sebeple bundan sonra da kullanılmasında, yukarıda yaptığım açıklamalar ışığında bir hata bulunmamaktadır.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde kökeninin Arapça olduğu belirtilerek, "ceza" sözcüğü şöyle tanımlanmaktadır:

1. Uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem veya yaptırım.
2. *Hukuk:* Suç işleyen bir kimsenin yaşantısına, özgürlüğüne, mallarına, onuruna karşı yasaların öngördüğü yaptırım.

Görüldüğü üzere ceza aslında karşılık anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ceza hukukunun özü de karşılıklardır. Hukuk düzeninin karşılık olarak neler öngördüğü bu hukuk dalının özünü oluşturmaktadır. Ancak belki de bundan da önemlisi, karşılık olarak düzenlenen şeylerin, hangi eylemler için öngörüldüğüdür. Bu noktadan bakıldığında da ceza hukuku denildiğinde anlaşılması gereken hususun, suç olarak tanımlanmış eylemler ve bunlara uygulanacak yaptırımlar olduğu anlaşılmaktadır.

---

[1] Özbek / Kanbur / Bacaksız / Doğan / Tepe, 35.

II. CEZA HUKUKUNUN AMACI

Ceza hukukunun günümüzdeki amacı toplum yaşamı bakımından önemli olan değerleri, yararları korumaktır.

Korunan hukuksal yararlar **iki gruba** ayrılabilir: Müstakil bireylerin korunmasına hizmet eden **bireysel hukuksal yararlar** ve öncelikle toplumsal değerlerin korunmasını amaçlayan **genel hukuksal yararlar**. Bu durumda belirleyici olan, her ceza normunun en azından bir tanınan hukuksal yararı korumasıdır. Bu söz konusu olmadığı takdirde, o hüküm anayasaya aykırı olur, zira emir ve yasakları ve yaptırım tehdidi ile bireyin özgürlük alanına müdahale eden ceza hukuku normları ancak belirli ve toplum tarafından tanınan bir hukuksal yarara hizmet ettiği takdirde meşru olur[1].

Bir ceza normunun birden fazla hukuksal yararı koruması da mümkündür[2]:

> ***Örnek:*** İftira suçu sadece haksız olarak ceza kovuşturması tedbirlerine muhatap olmaması gereken vatandaşı değil, bunun dışında yanlış ihbarlarla meşgul edilmemesi gereken devletin yargısal organlarını da korumaktadır. Bu tasnifin pratik önemi de bulunmaktadır. İleride görüleceği üzere, ilgili kişi birçok olayda rızası ile eylemin haksızlığını önleyebilir. Ancak bu tür bir rıza sadece bireysel hukuksal yararlarda geçerli olup, yargı gibi genel hukuksal yararlarda mümkün değildir ve bu nedenle, iftira suçu bakımından rıza önemsizdir.

Hukuk düzeni barışı sağlamak ve uzlaşmazlıkları sınırlamak için değişik araçlar kullanır. Bir norm ihlal edildiğinde, hukuk düzeni, kendiliğinden veya normun uygulanacağına güvenen ilgililerin talebi üzerine, bu norma olan güvenin sarsılmaması için tepki gösterir. Bu tepkilerden biri de ceza hukuku yöntemleridir[3].

Ceza hukukunun amacı, esas itibariyle suç işlenmesini önleme amacı ile gerçekleştirilmeye çalışılır. Genel önleme dediğimizde anlaşılması gereken, suç işleyen kimsenin cezalandırılmasıyla diğer insanlar üzerinde oluşturulan "ibret" etkisidir. Bu şekilde, suç işlememiş bulunan diğer kimseler, suç işleyenlerin cezalandırıldığını görerek, suç işlemekten çekinirler. Özel önleme ise bir yandan suç işleyen kimsenin cezaevinde tutularak tekrar suç işlemesini, öte yandan da suçluyu ıslah ederek ve yeniden sosyalleştirerek bir daha suç işlemesini önlemeyi ifade eder[4]. Kanunumuzun 62/2.maddesinde takdiri hafifletici sebepler uygulanırken ölçüt olarak alınan "cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri" de özel önleme çerçevesinde düşünülmüştür.

Kanaatimce cezanın genel önleme fonksiyonu, özel önleme fonksiyonundan daha önemlidir. Kesinlikle cezalandırılacağını bilen kimse suç işlemez. Bunun için emniyet teşkilatının kuvvetli olması ve adli sistemin de iyi çalışması gerekir. Bundan da önemlisi, af kurumuna kesinlikle başvurulma-

---

1 Heinrich. 3.4.
2 Heinrich. 4.
3 Rehbinder. 181.
4 İçel/Donay. 6 vd.

masıdır. Geleceğe yönelik korkutma, gözdağı (ki konumuz bakımından söz konusu olan, ceza tehdididir) ancak geçmişteki korkutmaların zamanı geldiğinde gerçekten de yerine getirilmesi halinde etkili olur. Bu suretle, cezanın genel önleme amacı gerçekleştirilebilir. Buna karşılık af müessesesi gözdağının etkisini kaybetmesine neden olur ve böylece genel önleme etkisi işlevsiz kalır.

Bu noktada kan davası, namus gibi nedenlerin etkin olduğu hallerde, genel önleme amacının herhangi bir fonksiyonunun olmayacağı söylenebilir. Gerçekten de bu tip suçlarda failin çoğu kez güvenlik güçlerine teslim olduğu da gözlenmektedir. Bu saikle işlenen suçlarda özel önleme fonksiyonunun etkisini şüpheli karşılamak gerekir. Bu nedenle bu suçluların da cezalandırılması daha çok genel önleme fonksiyonu içinde düşünülmelidir. Benzer şekilde intihar bombacıları açısından da ne genel, ne de özel önleme amaçları herhangi bir fonksiyona sahip olamamaktadır.

Bütün bu düşüncelere karşılık, bazen özel önleme amacıyla cezalandırmanın tamamen gereksiz olduğu haller de vardır. Örneğin, meşru savunmada sınırı istemeyerek aşarak saldırgana zarar veren kimsenin cezalandırılmasında özel önleme amacının hiçbir fonksiyonu yoktur. Bu kişinin bir daha meşru savunma durumu ile karşı karşıya kalıp da sınırı aşması ihtimali çok zayıftır. Buradaki asıl fonksiyon genel önleme fonksiyonudur. Bu fonksiyonun işlemesi, buna karşılık özel önleme fonksiyonunun işe yaramayacağı bu tür durumlarda, cezanın ertelenmesi veya adli para cezasına çevrilmesi gibi kurumlara daha geniş ölçüde yer verilmelidir.

Cezaların ağır olmasının da suç işlemeyi önleyip önlemeyeceği tartışmalıdır. Kanımca, cezaların ağırlığı suçların önlenmesinde öncelikli faktör değildir. Nitekim cezaların çok ağır olduğu ve hatta ölüm cezasına hükmedildiği ve cezanın infaz edildiği ABD, dünyada en çok suç işlenen ülkelerden birisidir. Ancak ABD açısından hâkimlerin seçilerek göreve getirilmesinin de cezaların ağırlığı üzerinde etkili olduğu unutulmamalıdır, zira hâkimler bir daha seçilebilmek bakımından halka şirin görünmek ve suçluları ağır cezalandırmak yoluna gidebilmektedirler. Belki de demokrasinin yan etkilerinden birisi!

Kanunumuz 1. maddesinde ceza hukukunun amacını düzenlemektedir: *Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.*

Herhangi bir şekilde bireylere, topluma, topluluklara, devlete, uluslararası düzene zarar veren davranışlar, devletin yaptırım gücüne muhatap olurlar. Bu yaptırım çoğu kez medeni hukuk yaptırımlarıyken, kimi zaman da idare hukuku yaptırımları olabilir ve bazen de bu iki yaptırım türü veya hukuk düzeninin öngördüğü diğer yaptırımlar yeterli olmaz ve işte o anda ceza hukukuna ihtiyaç olur. Örnek bir olay üzerinden konuyu daha ayrıntılı olarak ele alalım:

OLAY: Koleksiyoncu K, antik bir saat sahibi S'yi saatini satması için ikna etmeye çalışmaktadır. S ikna olmayınca, buna sinirlenen K antik saati yere atarak kırılmasına neden olur. K'nın bu hareketine bağlanabilecek sonuçlar neler olabilir?

Özel hukuk, daha özel olarak ifade etmek gerekirse borçlar hukuku S'ye hukuka aykırı olarak verilen zarar için tazminat isteme hakkı vermektedir (Borçlar Kanunu 49 vd.). Ne var ki tazminat hakkı yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Bazı temel değerlerin ve toplumdaki barışın korunması ancak hukuk düzeninin belli sosyal zararlı davranışları "ceza" tehdidiyle yasaklamasıyla mümkün olur. Tazminat tehdidinden korkmayan ya da maddi durumu itibarıyla bu tehditten korkmasına gerek bulunmayan kimseler, ancak hürriyetin sınırlanması tehdidiyle hukuk düzeni ihlallerinden uzak tutulabilirler.

Ayrıca iki alanda, sadece özel hukuk koruması yeterli olmaz. Bunlardan birisi tehlike suçları alanındadır. Örneğin, alkollü araç kullanmak gibi. Bu alan, ileride de ele alınacağı üzere, henüz bir zarar doğmadan, sadece bir tehlikenin cezalandırıldığı bir alandır. Bu nedenle, ortada bir zarar olmadığı için özel hukuk anlamında bir tazminat talebi hakkı da söz konusu olmayacağından, bu alanda ceza hukuku yaptırımları vazgeçilmez olmaktadır. Keza topluma karşı suçlar alanında da örneğin çevrenin kirletilmesi suçlarında olduğu gibi, doğrudan bir zarar görenin söz konusu olmadığı hallerde de benzer durum ortaya çıkmaktadır[1].

Olayımızda K, **TCK** 151'in (mala zarar vermek) yasaklayıcı normuna aykırı harekette bulunmuştur. K mala zarar vermekten dolayı cezalandırılabilir. Mahkûmiyet kararıyla K kendisinin kusurlu haksız hareketinden dolayı hak ettiği sosyal tekdire ve hukuk düzeninin onun hareketine kınayıcı cevabına muhatap olacaktır.

Konuyu kapatırken dikkat çekmek isterim ki, ceza hukuku, bir vatandaşın haksız bir şey yapması durumunda her zaman ve daimi olarak başvurulacak bir yol değildir. Hukuka aykırı ve kusurlu olmasına rağmen; kanun koyucunun, ihlali çok ağır görmemesi nedeniyle ceza hukuku yaptırımlarıyla tepki gösterilmesini gerekli görmeyerek eylemi ceza hukuku yaptırımına bağlamadığı haller de vardır. Bu takdirde, **ceza hukukunun ikincil karakterinden** bahsedilir. Ceza hukukunun kullanılması, başka ifadeyle bir insanın cezalandırılması ancak özellikle sosyal zararlı bir davranış varsa **ultima ratio** (son çare) (criminal law as last resort) olmalıdır[2].

Örnek: Sadece aracını yanlış park eden veya otoyolda izin verilenden 20 km/s daha hızlı süren kimse de hukuka aykırı hareket ediyordur ve bir idari para cezasıyla cezalandırılabilir. Ancak bu ihlaller bunlara ceza hukuku anlamında bir ceza uygulanmasını gerektirecek kadar ağır değildir (ceza hukukunun kabahatler hukukundan ayrılması). Dikkatsizliği sonucu bisikletiyle komşunun arabasına zarar veren kişi de hukuka aykırı hareket ediyordur ve komşunun zararını tazmin etmek durumundadır. Ancak bu nedenle kişinin cezalandırılması söz konusu olmaz, zira kanunumuz sadece kasti zarar vermeleri cezalandırmakta, taksirle bir kimsenin malına zarar verilmesini cezalandırmamaktadır[3].

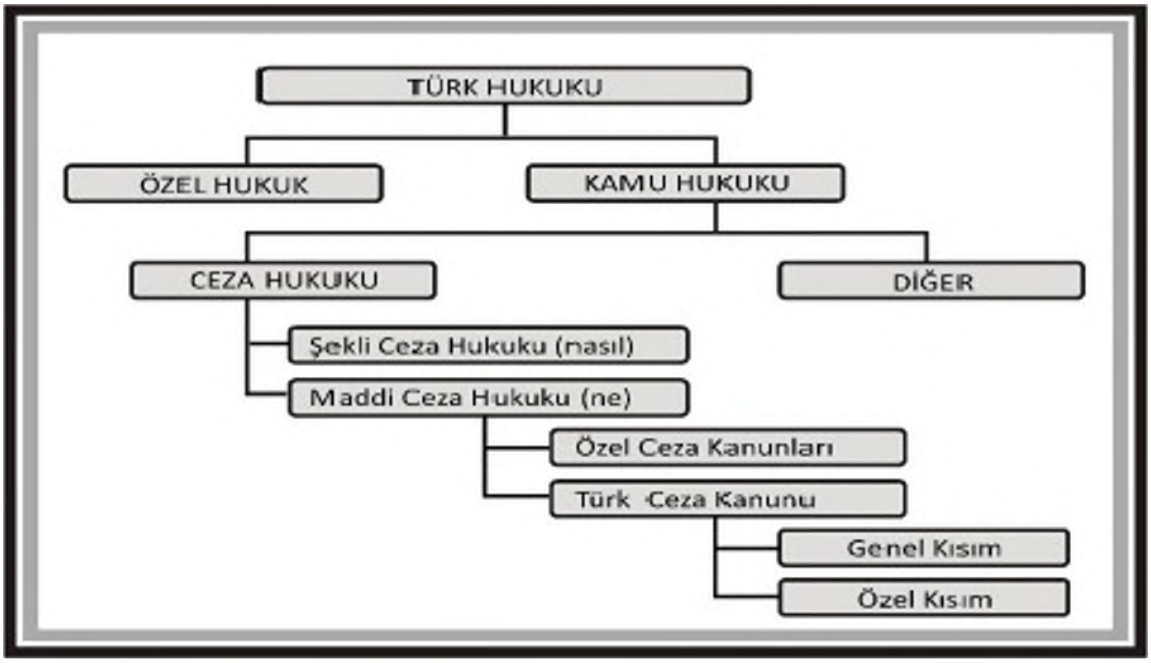
---

1 Heinrich. 2.3.
2 Heinrich. 5.
3 Heinrich. 5.

Ceza hukukunun son çare olması, ceza hukukunun istisnalığı ilkesi olarak da ifade edilmektedir[1]. Bu husus aşağıda ele alacağım orantılılık ilkesinin de bir sonucudur. Orantılılık ilkesinin bir gereği ceza hukukunun son çare olarak kullanılmasıdır. Ceza hukuku zorunlu olduğu hallerde ve zorunlu olduğu ölçüde müdahaleci olmalıdır[2].

III. SİSTEM

Ceza hukukunun anlaşılabilmesi için öncelikle bu hukuk dalının tüm Türk Hukuk Sistemi içindeki yerinin bilinmesi gerekir.



Geniş anlamda ceza hukuku dediğimizde anlaşılması gereken şekli ve maddi ceza hukukudur. Şekli ceza hukuku, ceza muhakemesi hukukunu ifade etmektedir. Orada ceza yargılamasına ilişkin esaslar belirlenmekte, dolayısıyla "nasıl" sorusuna cevap aranmaktadır. Buna karşılık kitabımızın konusunu oluşturan maddi ceza hukukunda, hangi fiillerin suç oluşturduğu ve suçlar için geçerli olan genel esaslar ele alınmaktadır.

Maddi hukuk kavramı ile anlatılmak istenen, bizzat hukuksal durum, başka ifadeyle, hak ve haksızlık değerlendirmesidir. Ceza hukukunda bunun anlamı, ceza kanununda, gerek genel hükümler ve gerekse özel hükümler kısmında yer alan hükümlerdir. Burada bir yandan kim, ne zaman ve nasıl suç oluşturan bir eylemi işlemiştir ve öte yandan da bu eyleme hangi hukuksal sonuçlar bağlanacaktır (adli para cezası, hürriyeti bağlayıcı ceza, güvenlik tedbirleri) sorularına cevap aranır. Buna karşılık şekli hukuka, hukukun uygulanmasına ilişkin hükümler dâhildir. Burada, devletin cezalandırma hakkının nasıl gerçekleştirileceği düzenlenmektedir. Bunun için, Ceza Muhakemesi Kanunu, belli bir şekli muhakemeyi (ceza muhakemesi) sunmakta ve bununla, maddi hukuksal durumun nasıl ortaya konulacağı belirlenmektedir[3].

---

1 Bkz. Demren Dönmez, 69.
2 Zafer, 43, 44.
3 Heinrich, 18.

Geniş anlamda ceza hukuku kapsamında kabahatler de değerlendirilebilir. Esasen öngörülen yaptırımın idari nitelikli olması dolayısıyla idare hukuku alanında da kabul edilebilecek olan kabahatler hukukunda, ceza hukukunun birçok ilke ve kurumunun geçerli bulunması, ceza kanunu ile ceza muhakemesi kanununun bazı hükümlerine atıflarda bulunulması, idari yaptırım kararına karşı sulh ceza hakimliğine, bu karara karşı da Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itirazın mümkün olması dolayısıyla, bu hukuk dalının da geniş anlamda ceza hukuku içinde kabul edilmesi gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu iki ana bölüme ayrılmaktadır (genel ve özel kısım). Birinci kitap **genel hükümler** olarak adlandırılan bölümden oluşmaktadır. Burada temel ilkeler, tanımlar ve ceza kanununun uygulama alanı, ceza sorumluluğunun esasları, teşebbüs, iştirak, suçların içtimaı, cezalar, güvenlik tedbirleri, cezanın belirlenmesi, dava ve cezanın düşürülmesi gibi hususlar düzenlenmiştir. Buna karşılık, ikinci kitap ise özel kısım dediğimiz bölümü oluşturmaktadır. Burada artık ceza hukukunun genel esasları değil, bizzat suçlar, başka ifadeyle, "suç teşkil eden münferit fiilleri ve bu fiillerin neticesi olan cezaları sistemli bir şekilde tanzim eden hükümler yer alır". Ceza hukukunun genel kısmının konusunu teşkil eden birinci tür hükümlerle aynı hukuk dalının özel kısmının konusunu teşkil eden ikinci nevî hükümler arasında esaslı yapı farkı vardır. Nitekim **özel kısım**, hukuk düzenince bir ceza tehdidi ile yasaklanan fiillerin bir tablosunu ortaya koymakta, dolayısıyla özel kısmın konusunu münferit suçlar oluşturmaktadır. Hâlbuki **genel kısım**, bütün suçlar için geçerli olan kurallar bütünüdür, başka ifadeyle özel kısım için geçerli olan ön esaslardan ibarettir. Genel kısımda düzenlenmiş bulunan genel kuralların uygulanma alanı özel kısım (ve özel ceza kanunları) dır[1].

Suçların kanunlarda tek tek sayılması ileride ele alacağımız ve ceza hukukunun en önemli prensibi diyebileceğimiz kanunilik ilkesinin önemli bir sonucu iken, genel kısma yönelik gereklilik ise özel kısımda yer alan suçların hemen hepsini kapsayan kuralların bir arada toplanması, tekrarlardan kaçınılması ve yasama ekonomisinin sağlanması amaçlarından kaynaklanmaktadır. Esasen tarihsel olarak baktığımızda da öncelikle tek tek suçların belirlendiği, kanunlaştırıldığı, ancak daha sonraki bir aşamada bu suçlara yönelik genel hükümlerin ortaya konulduğu görülmektedir[2]. Genel hükümler kısmı oluşturularak, bütün suçlarla ilgili genel prensiplerin burada belirlenmesi, kanunların kazuistik olmasının önüne geçmiştir. Bu suretle, her suçla ilgili ayrı ayrı hükümler belirlenmesi yerine, bütün suçlar için geçerli genel prensipler belirlenerek, kanun koyucunun yükü azaltılmıştır.

Genel hükümlerde genel kuralların, özel hükümlerde suç tiplerinin düzenlenmesi kuralına sıkı sıkıya bağlı kalınmamıştır. Özel hükümler kısmında sadece müstakil suç tipleri değil, ayrıca genel hükümlerdeki düzenlemeleri değiştiren, fakat müstakil suç tipi niteliğinde olmayan başka normlarda yer almaktadır. Ancak bu hükümler, sadece ilgili hükümde belirtilen suçlarla ilgili olarak geçerlidir[3].

---

[1] Toroslu, 25.
[2] Toroslu, 27.
[3] Heinrich, 23, 24.

Örnek: **TCK** 92'de organ veya doku satma suçu bakımından zorunluluk hali yer almaktadır. Hâlbuki zorunluluk hali zaten **TCK** 25/2'de bütün suç tipleriyle ilgili olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme ile genel prensip değiştirilmektedir. Aynı şekilde, **TCK** 29'da haksız tahrik düzenlenmişken, **TCK** 129'da hakaret suçuna ilişkin özel bir haksız tahrik hükmü sevk edilmiştir.

Bu durumda ortaya çıkan sorun, aynı konuda hem genel hükümlerde genel bir düzenleme; hem de özel hükümlerde belli bir suç tipine ilişkin olmak üzere özel bir düzenleme varsa, hangisinin uygulama alanı bulacağıdır. Bu sorunun cevabı, özel hükümlerin önceliği prensibinin geçerli olduğudur. Buna göre, belirli suç tipleri bakımından özel düzenlemeler varsa, bu özel düzenlemeler, genel hükümlerin önüne geçecektir. Genel prensipler, eğer özel hükümlerde farklı düzenlemeler yapılmışsa, geri çekilecektir (lex specialis derogat legi generali)[1].

Türk hukuk düzenindeki bütün suçlar Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. **TCK**'nın dışında diğer birçok kanunda da cezai nitelikli hükümler bulunmaktadır. İşte bu kanunlara özel ceza kanunları adı verilir[2]. Uygulamadaki ceza davalarının yaklaşık %60'ı özel ceza kanunlarında düzenlenmiş suçlarla, %40'ı da Türk Ceza Kanunu'nun özel kısmında düzenlenmiş bulunan suçlarla ilgili olarak açılmaktadır (Özel ceza kanunları nedeniyle açılan davaların %60'ı İcra İflas Kanunu'na ilişkindir). Özel ceza kanunları "suç ve ceza koymak suretiyle, genel ceza hukukunun yanında "tamamlayıcı ceza hukuku"nu meydana getirmektedirler"[3].

Bütün maddi ceza hukukunun ceza kanununda, bütün şekli ceza hukukunun da ceza muhakemesi kanununda düzenlenmesi kuralına, sıkı sıkıya uyulduğu söylenemez. Birçok durumda kesişmeler söz konusu olmaktadır. Örneğin, suçtan zarar görenin şikâyet etmesine ilişkin hükümler, yani fiilin cezalandırılabilirliğiyle esasen hiçbir ilgisi olmayan ceza kovuşturmasının şartlarına ilişkin hükümlerin, ceza kanununda düzenlendiğini görmekteyiz (bkz. **TCK** 73). Keza, bir suçun zamanaşımına uğramasına ilişkin hükümler de (**TCK** 66 vd.), çoğu kez, ceza hukuku ile muhakeme hukukunun ortasında yer alır, zira zamanaşımı, aslında cezalandırılabilir olan bir fiilin, cezasız bir fiil olmasını sonuçlamaz. Zamanaşımı, sadece devletin cezalandırma hakkını icranın artık mümkün olmamasını sonuçlar[4].

Özel kanunlar ile Türk Ceza Kanunu arasındaki ilişki **TCK** 5'te gösterilmiştir: "*Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*". **TCK** 5. maddede özel ceza kanunlarının yanı sıra İcra ve İflas Kanunu gibi ceza içeren kanunlar da kapsama alınmıştır.

Bu suretle, özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlardaki, genel ceza kanununun genel hükümlerine aykırı hükümlerin uygulanması engellenmek istenmiştir. Nitekim madde gerekçesinde bu husus şöyle ifade edil-

---

1 Heinrich, 24.

2 Türkiye'deki sayıyı bilmiyorum. Ancak ceza hukukunun tümüyle kanunla düzenlenmediği İngilterede bile yaklaşık 8000 suç olduğu ifade edilmektedir. Bu suçların çoğu son 150 yılda oluşturulmuş suçlardır, bkz. Brovin vd., 60.

3 Erem/Danışman/Artuk, 89.

4 Heinrich, 19.

mektedir: "*Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir*". Askeri Ceza Kanunu'nun 1. maddesine göre de "*Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar, bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça askeri cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur*".

TCK 5 hükmü 1 Ocak 2009 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlamıştır[1]. Nitekim *Yargıtay* da tüzel kişi hakkında ceza mahkûmiyeti kararı veren yerel mahkeme kararını bozarak **TCK** 5, 20/2 ve 60. maddeleri ile 5252 sayılı Kanun'un geçici 1.maddesi gereğince tüzel kişiler hakkında yaptırım (Yüksek mahkemenin kullandığı "yaptırım" kelimesi hatalıdır, doğrusu "ceza" olacak) uygulanmasına olanak bulunmadığına hükmetmiştir[2].

§2. CEZA KANUNUMUZ

Tarihsel açıdan bakıldığında, Osmanlı Ceza Hukuku'nun esas itibarıyla İslam Hukuku'nun kaynak ve ilkelerine sadık kalmış olduğu belirtilmektedir[3]. Bununla beraber Osmanlı Devleti döneminde çıkarılmış çeşitli ceza kanunlarının bulunduğunu görmekteyiz[4]. Gerçekten de İslam Hukuku'nda yasama organının topluma zarar veren eylemleri suç olarak kabul edip, bunlara yönelik yaptırım belirleme yetkisi bulunduğundan, klasik fıkıh kitaplarındaki suç ve yaptırımların yanı sıra, farklı ve yeni kurallar ortaya konulmuştur[5].

---

[1] Bu hüküm dolayısıyla ilgili kanunlarda birtakım değişiklikler yapılması gerekmekteyse de bu değişikliklerin çoğu Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe gireceği tarihe yetiştirilememiştir (Krş. 31.03.2005 tarih ve 5329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ile Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Bu kanuna eklenen ek 8. madde şöyledir: "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri bu kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu kanunun ferî askeri cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır"). Bu nedenle, 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı kanunun 6. maddesi ile **TCK** 5. madde hükmünün yürürlüğü 31.12.2006 tarihine kadar ertelenmişti. Aralık 2006 değişikliğiyle bu erteleme 31.12.2008 tarihine kadar uzatılmıştı. Bu arada 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı "*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" ile amaçlanan değişiklikler gerçekleştirilmiş bulunmaktadır.

[2] 10. CD. 10.01.2009. 21.

[3] Avcı, Osmanlı. 19.

[4] Ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı. 25 vd.

[5] Avcı, Genel Hükümler. 21.

Önceki Türk Ceza Kanunu ise 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan aynen çevrilmişti. Daha Osmanlı Devleti döneminde, yeni ceza kanunu hazırlığı yapılmış ve bu amaçla 1909 yılında İtalyan Ceza Kanunu Türkçe'ye çevrilmişti. Ancak bu çalışmalar I.Dünya Savaşı nedeniyle tamamlanamamıştı. Cumhuriyet'in kurulmasıyla beraber 1926 yılında yeni bir ceza kanunu hazırlığına da başlanmış, ancak çalışmanın uzun süreceği anlaşılınca, elde hazır bulunan tercümesi nedeniyle 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun iktibas edilmesine karar verilmiştir[1].

Zaman içinde 1926 tarihli bu kanundaki eksikliklerin giderilmesi için değişiklikler yapılmış, ayrıca yeni bir ceza kanunu hazırlanması için komisyonlar da oluşturulmuştu. Ancak bu komisyonların hazırladığı ön tasarılar kanunlaşma fırsatı bulamamıştı. Son olarak 2003 Tasarısı üzerinde TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda yapılan çalışmalar neticesinde ortaya konan metin 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olarak kanunlaşmıştır. Kanun, 181/1 ile 182/1. maddesi hükümleri hariç olmak üzere 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, kanunun 184. maddesi hükmü ise kanunun yayımlandığı tarih olan 12.10.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı kanunun 21. maddesine göre **TCK** 184'üncü maddenin iki ve üçüncü fıkra hükümleri 12.10.2004 tarihinden önce yapılmış yapılarla ilgili olarak uygulanmaz.

Türk Ceza Kanunu genel bir koddur. Sistematik bir yapıya sahiptir. Kanunumuz eski Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak iki kitaptan oluşmaktadır. Bunun nedeni eski Türk Ceza Kanunu'nun üçüncü kitabında yer alan "kabahatlerin" ceza kanunundan çıkarılmış olmasıdır. Ancak, ceza kanunundan çıkarılmış bulunan kabahatlerin bir kısmı "*Kabahatler Kanunu'nda*" yer almışsa da bazı kabahatlerin de "suç" olarak yeni ceza kanununda yer aldığını da belirtmek gerekir[2]. Keza, özellikle büyük kanunlar söz konusu olduğunda, bu kanunun yürürlüğü ile ilgili olarak ek bir kanunun da yapılmaktadır. Bu nedenle, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun çıkarılmıştır.

Kanunumuz şu ana kadar 5328, 5377, 5378, 5560, 5739, 5759, 5841, 5918, 6008, 6086, 6217, 6352, 6456, 6459, 6460, 6462, 6529, 6545, 6638,6698, 6706, 6754, 6763 sayılı kanun, 694 sayılı KHK ve son olarak da 9.7.2018 tarihinde yürürlüğe giren 700 sayılı KHK ile yapılan değişiklik olmak üzere toplam yirmibeş kez değiştirilmiştir.

---

[1] Bkz. Hakeri, Türk Ceza Hukuku'nun Tarihçesi, 90 vd.

[2] Bkz. md. 280, eski TCK md. 530; ayrıca bkz. md. 228, eski TCK md. 567, krş. 229, eski TCK md. 544, 545.

§3. CEZA HUKUKUNUN VE SUÇ POLİTİKASININ TEMEL İLKELERİ

I. Hukuk Devleti İlkesi
II. Kanunilik İlkesi
A. Genel Olarak
B. Kanunilik İlkesinin Sonuçları
1. Suç tespit eden ceza normları açık biçimde belirlenmelidir
2. Örf ve Adet Hukuku Ceza Hukukunda Doğrudan Doğruya Bir Kaynak Niteliği Taşımaz
3. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz
4. Kıyas Yasağı
a. Genel Olarak
b. Kıyas Yasağı ve Yorum
5. Geçmişe Yürüme Yasağı
III. Orantılılık İlkesi
IV. İnsanilik İlkesi
V. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi
VI. Kusur İlkesi
VII. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi
VIII. Şüpheden Özgürlük Yararlanır İlkesi

I. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

"Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir"[1].

Devlet, tüm eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. Hiçbir eylem veya işlem hukuka aykırı yapılamayacağı gibi,

[1] AYM. 13.11.2014, 174.

her eylem veya işlemin bir hukuki dayanağının da bulunması gereklidir. **Hukuka uygunluk** ve **hukuki dayanak** şartları olarak adlandırabileceğimiz bu iki husus, ceza hukukunda diğer hukuk dallarına nazaran *daha kuvvetli* vurgulanır. Nitekim **TCK**'nın 2. ve Anayasamızın 38. maddesi, işlendiği zamanda kanunda suç olarak tespit edilmemiş olan bir fiilden dolayı hiç kimsenin cezalandırılamayacağını amirdirler.

6183 sayılı Kanun'un 111 inci maddesine göre:

"Bu kanuna göre istenen mal bildirimini gerçeğe aykırı surette yapanlarla, *yaşayış tarzları mal bildirimine uymayanlar* üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Bu hükmü, ceza hukukunun temel ilkeleri açısından değerlendiriniz.

Cezalandırmanın şartı olarak bir kanunun varlığının aranmasının yanında, yeni ceza öngören veya mevcut cezaları ağırlaştıran kanunların geçmişe etkili olamayacağı da bu ilkenin (kanunilik ilkesinin) bir sonucudur (Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege = olmaz suç kanunsuz, olmaz ceza kanunsuz). Suçlunun durumunu ağırlaştıran kanunların geçmişe etkili olarak uygulanamayacağı ilkesi (**TCK** 7) maddi ceza hukukunda geçerli olup, ceza usul hukukunda geçerli değildir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik ilkesi"dir. Belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir[1].

---

[1] "Askeri Ceza Kanunu'nun 169. maddesinde, disiplinin ihlâl edildiğini gören her üstün ve tabii amirin, disiplini ihlâl edeni geçici olarak tevkif edebileceği kurala bağlanmıştır. Maddede öngörülen geçici tevkif, disiplini temin için başvurulan bir tedbir olmakla birlikte kişi hürriyetini sınırlayan idari bir işlem niteliğindedir. İtiraz konusu kuralla, disiplin amacıyla kendine özgü geçici bir kontrol altına alma tedbiri düzenlenmiş ancak kuralda kontrol altına alınmanın süresine ilişkin bir sınırlama öngörülmemiştir.... Anayasa'nın 19. maddesinde sayılan ve kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran hâller arasında itiraz konusu geçici tevkif tedbiri sayılmamıştır. Ancak, Anayasa'nın 38. maddesindeki 'İdare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz' genel ilkesinden sonra 'Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir' denilmiştir. Böylelikle Anayasa'nın 38. maddesinin onbirinci fıkrasındaki bu kural ile Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından gerekli olan hâllerde kanunla kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapılmasına imkân tanınmıştır. Bununla birlikte askeri disiplinin müesses hale getirilmesi amacına yönelik itiraz konusu kuralda yer alan tevkif hâli ile, Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan suçluluk hâllerine yönelik kişi hürriyetine müdahale niteliği taşıyan tutuklama kurumunun unsurları ve mahiyetleri itibariyle aynı nitelikte oldukları söylenemez. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devletlir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri

Hâkimin kanuna bağlılığı da daha belirgindir. Buna *kıyas yasağı* adı verilir. Yani özel hukukun aksine, kanunda suç olarak öngörülmemiş bir fiil, suç olarak düzenlenmiş diğer fiillere benzerliği dolayısıyla cezalandırılamaz. Örf ve adet hukuku (yapıla geliş) yoluyla suç ihdas edilemeyeceği gibi, mevcut suçlar da failin aleyhine olacak şekilde ağırlaştırılamaz veya genişletilemez[1]. Konu üzerinde aşağıda daha ayrıntılı durulacaktır.

II. KANUNİLİK İLKESİ

A. Genel Olarak

"Sonığın katılanın işletmekte olduğu lokantada yediği yemeğin parasını vermemesi biçimindeki eyleminin, katılan ile sanık arasındaki hukuki uyuşmazlık(satın alınan hizmet bedelini ödememe)niteliğinde bulunduğu ve özel hukuk hükümlerine göre çözülmesi gereken bir eylem olup suç oluşturmadığı halde, hırsızlık suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi kanuna aykırıdır", 2. CD, 12.02.2014, 8809/3571.

Evrensel bir ilke olan[2] ve Anayasamızda da yer alan (bkz. md. 38)[3] kanunilik ilkesi kanunumuzun da hemen başlarında düzenlenmiştir:

'belirlilik ilkesi'dir. Belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gerekir. İtiraz konusu kuralla disiplini temin amacıyla kendine özgü bir kontrol müessesesi düzenlenmiş olmakla birlikte, kuralda üstün ve tabi amirin, disiplini ihlâl edeni ne kadar süre zarfında tutabileceğine dair bir sınırlama bulunmaması kişilerin belirsiz süreyle özgürlüklerinden mahrum bırakılması tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinin on birinci fıkrasında Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından gerekli olan hallerde kanunla kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapılmasına imkân tanınmışsa da, idareye geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kuralın, süre yönünden öngörülebilir olmadığı gibi ilgiliye idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığı da ortadadır. Bu yönüyle kural, hukuk devleti ilkesinin alt unsuru olan belirlilik ilkesine aykırıdır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır", AYM, 11.10.2012, 147.

[1] Wessels, 10.

[2] Bkz. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: "Hiç kimse işlendiği zaman millî veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamaz" (md. 7).

[3] "Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *'suçların kanuniliği'*, üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek *'cezaların kanuniliği'* ilkesi öngörülmüştür. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *'suçta ve cezada kanunilik'* ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini



TCK2'ye göre, *"kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz".*

Eğer kanunda bir fiil suç olarak düzenlenmemişse, o fiil suç değildir. Kanunun açıkça yasaklamadığı her fiil meşrudur. Ne var ki, fiilin açıkça suç teşkil etmesi yetmez, cezasının da tayin edilmiş olması gerekir. Hâkim, kanunda yazılı olan cezadan başka ve daha ağır bir cezaya hükmedemez (Ancak daha hafif bir ceza verme hususunda takdir yetkisi verilmiştir, bkz. **TCK** 62).

Fiilin işlenmesinden evvel mevcut bir kanun olmadan suç ve ceza olmaz. Suç ve cezanın kanunda yer alması, zaman itibarıyla fiilden (yani fiilin işlenmesinden) önce gerçekleşmelidir.

Kanunilik prensibi doğal bir prensip değildir. Örneğin 1532 tarihli Alman „Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V." (Carolina) bir hakimin, somut olayda açıkça bir ceza öngörülmemiş olsa bile, eylem genel olarak geçerli düzene aykırı ise ceza verme hakkına sahip olduğunu düzenliyordu[1].



Bu ilke daha kapsamlı bir adlandırmayla **suç ve cezada kanunilik ilkesi** olarak zikredilmelidir. Cezada kanunilikten bahsedince, ceza hukuku manasında kabul edilen cezalar söz konusu olur. Bu itibarla "polis mevzuatı içinde yer alan, idari nitelik taşıyan veya disiplin cezası biçiminde kabul edilmiş olan cezalarda kanunilik ilkesi geçerli değildir"[2]. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi disiplin cezaları bakımından da kanunilik ilkesinin geçerli olması gerektiği görüşündedir[3].

Suçu bütün özel unsurları ile gösteren tanıma "suç kalıbı" denir ve her eylemin bu kalıba tıpa tıp uyması gerekir[4].

Kanunilik ilkesi hukuki güvenliği sağlayarak, devlet güçlerini kanuna bağlayarak ve itimadı koruyarak özgürlük haklarının kullanılmasını sağlamaktadır[5]. Bu ilke sayesinde vatandaşlar kendi davranışlarını bir suç oluşturacak fiili işlememek üzere ayarlar ve kendi sorumlulukları içinde hareket edebilirler[6]. Bireyler kişisel özgürlüklerinin sınırlarını bu ilke sayesinde belirleme

---

buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakla ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır". AYM, 11.04.2012, 53.

1 Heinrich, 10.
2 Önder, I, 104.
3 AYM, 19.04.1988, 8.
4 Yüce, 19.
5 BVerfG JZ 1997, 143.
6 BVerfG, JZ 1997, 144.

olanağına sahip olurlar[1]. Böylece bireyin, hayatını özgürlüğünü tehlikeye atmaksızın yaşayabilmesi sağlanmış olur[2]. Toplumsal hayatın gelişimi ve özellikle girişimciliğin önündeki en büyük engel, kişinin hareketlerinden emin olmaması, hareketlerinden hangisinin suç oluşturacağını önceden bilememesidir.

TCK 2 fertlerden çok, hâkimleri ilgilendirmektedir. Gerçekten de hükmün asıl muhatabı hâkimlerdir. Bu bakımdan hâkimler arasında bir ayrım yoktur ve Anayasa Mahkemesi hâkimleri de bu kurala uymak durumundadırlar[3] (AY 148).

Kıyas yoluna başvurmaması hâkime yönelik iken, suçların tereddüde yer vermeyecek kadar açık ve belirli bir şekilde belirlenmesi de kanun koyucuya yöneliktir[4].

Bu ilkenin demokrasi bakımından da önem arz ettiğini belirtmemiz gerekir. Gerçekten de egemenliğin kaynağı halk olduğuna göre, suç ve cezalar da ancak halkın temsilcisi olan kanun koyucu tarafından tayin ve tespit edilmelidir. Yine suçların ve cezaların kanunda önceden açık bir şekilde belirlenmesi ceza kanunlarının genel önleme fonksiyonunu yeterince yerine getirmesi bakımından da önemlidir. Bu şekilde insanlar neyin suç olduğunu önceden kolayca bilebilecekler ve tespit edebilecekler, davranışlarını da bunlara göre ayarlayabileceklerdir[5]. Bu ilke, **kuvvetler ayrılığı** prensibini de ilgilendirmektedir: Bizzat kanun koyucu (hukuku uygulayan hâkim değil), hangi davranışları cezalandırılabilir gördüğünü soyut olarak belirlemelidir[6].

İlkeye öğretide ve mevzuatta bu kadar önem verilmesine, anayasal düzenlemenin mevcudiyetine rağmen, ülkemiz maalesef bu ilkeye aykırılık nedeniyle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkûm edilmiştir. Ecer/Zeyrek davasına konu olayda, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olmayan Terörle Mücadele Kanunu'ndan dolayı mahkûmiyet kararı verilmesi gibi olağanüstü garip bir uygulama nedeniyle Türkiye hakkında ihlal kararı verilmiştir[7].

İçtihat hukukuna dayalı olan Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nin bu açıdan problem oluşturacağı düşünülebilir. Bununla beraber İHAM, önemli olanın bireylerin hangi icra veya ihmallerinin ceza sorumluluğuna neden olacağını bilebilmesi olduğuna ve bunu kanunun lafzından öğrenmesiyle, mahkeme içtihat ve yorumlarından öğrenmesi arasında bir fark olmadığına işaret etmiştir[8].

---

1 Koca/Üzülmez, 38.
2 Fletcher, 81.
3 Erem/Danışman/Artuk, 100.
4 Gölcüklü, 32-34.
5 Gölcüklü, 33.
6 Heinrich, 11.
7 Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok[2], 194.
8 SW v. Birleşik Krallık; CR v. Birleşik Krallık. Kanunilik ilkesine İngiliz mahkemeleri de dikkat etmektedir. Lordlar Kamarası, Kraliyet Mahkemesi'nin nitelikli zimmet ile ilgili verdiği bir kararı, konuya ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme olmadığı ve daha önce başka bir yargılamada da değerlendirilmediği gerekçesiyle, İHAS'ın 7 maddesini gerekçe göstererek bozmuştur, bkz. Demren Dönmez, 40, 41, 62.

Esasen Anglo Sakson Hukukunda da gittikçe artan ölçüde kanunlaştırma hareketlerini gözlemlemek mümkündür. Örneğin Avustralya'da 1991 yılında Model Ceza Kanunu Komitesi, bütün Avustralya kanun koyucuları tarafından iktibas edilebilecek bir model ceza kanunu üzerinde çalışmaya başlamış, genel sosyal adalet politikalarını yansıtan, kolay bulunan, kolay anlaşılan, demokratik yapılan ve değiştirilen bir metin hazırlamayı hedeflemiştir. Eyalet sisteminin geçerli olduğu ve dolayısıyla farklı ceza kanunlarının bulunduğu Avustralya'daki bu hareketin rehber prensibi "zorunlu tekdüzelik değil, gönüllü tutarlılık" olmuştur. Belirtmem gerekir ki, Avustralya'daki federal parlamentonun eyaletlere yönelik ceza kanunu yapma yetkisi bulunmamaktadır[1].

B. Kanunilik İlkesinin Sonuçları

Kanunilik ilkesinin sonuçları olarak aşağıda ele alacağım hususlar, öğretide suçlunun "**Magna Charta**'sı olarak adlandırılmaktadır[2].

Bu sonuçlardan bir kısmı kanun koyucuya, bir kısmı hâkime, bir kısmı ise hem kanun koyucuya hem de hâkime hitap etmektedir. Örneğin, belirlilik ilkesi kanun koyucuya, kıyas yasağı hâkime, ceza kanunlarının geçmişe yürümemesi ilkesi ise hem kanun koyucuya hem de hâkime yöneliktir. Aşağıda belirtilen sonuçların çoğu ceza kanunumuzda açıkça düzenlenmişken, örf ve âdetin kaynak niteliği taşımaması, kanunilik ve belirlilik ilkesinin sonucu olup, bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır[3].



1. Suç tespit eden ceza normları açık biçimde belirlenmelidir: Belirlilik ilkesi (Requirement of definiteness)

"*Temel milli yararlara karşı fiillerde bulunmak maksadıyla veya bu nedenle, yabancı kişi veya kuruluşlardan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendisi veya başkası için maddi yarar sağlayan ...*" cezalandırılır (**TCK** 305/1). "*Temel milli yararlar deyiminden; bağımsızlık, toprak bütünlüğü, milli güvenlik ve Cumhuriyetin Anayasa'da belirtilen temel nitelikleri anlaşılır*" (**TCK** 305/4).

Bir ceza normu olan **TCK** 305 hükmü kişilere kanunilik ilkesinin sağlaması gereken güvenceyi sağlamaktan çok uzaktır. Toprak bütünlüğü kavramı dışında bu maddede yer alan kavramlar belirsizdir ve çok geniş anlamlar taşıyabilir. Bunun sonucu olarak da maddenin uygulanmasında çok farklı kararların ortaya çıkması olasılığı bulunduğu gibi, hâkime çok geniş takdir yetkisi tanınmaktadır[4]. Keza **TCK** 127/1'de geçen "kamu yararı" kavramı da esnek olup, her yöne çekilebilecek bir içeriğe sahiptir. Bu nedenle de kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır[5].

---

1 Brown vd., 145, 146.
2 SS-Eser, §1, kn. 6.
3 Koca/Üzülmez, 40.
4 Koca/Üzülmez, 42.
5 Soyaslan, Özel Hükümler[3], 261.

Bahsedilen bu sakıncaların önüne geçmek için, ceza normlarının **açık ve seçik** olması gerekir. Birey hangi davranışının suç oluşturacağını önceden bilebilmelidir ki, hareketlerine ona göre şekil verebilsin. Ceza hâkiminin takdir yetkisi de suç oluşturan fiilin ayrıntılı ve eksiksiz tanımı suretiyle sınırlanmalıdır. Cezanın alt ve üst sınırlarının tespitinde fazla bir genişliğe yer verilmek suretiyle hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmamalıdır. Ayrıca suçun cezayı artıran nitelikli halleri de kanun tarafından belirlenmelidir[1].

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar[2].

Kanun koyucu genişletilmeye elverişli, birden fazla anlama gelebilecek, her yöne çekilebilecek, tabir yerindeyse elastiki deyimler kullanmaktan kaçınmalı, kullandığı kelimelerin manası açık ve belirli olmalıdır[3]. Belirlilik ilkesine uyma zorunluluğunun kanun koyucunun işini zorlaştırdığında tereddüt yoksa da[4], aksi durumun hukuksal güvenliği zedelediğinde de kuşku yoktur. "**Kötü olan her eylem, hâkimlerin uygun göreceği bir ceza ile cezalandırılır**" şeklindeki bir kanun hükmü kanunilik ilkesinin temel gerekliliğini karşılar. Ancak böyle bir hüküm belirli olmaktan çok uzaktır.

Genel ve içeriği yoruma muhtaç terimlerin kullanılması her ne kadar ceza hukukunda yasaklanmamış ise de ceza normlarının *sınırları ve uygulanma alanı* yeteri kadar belirlenebilir olmalıdır[5]. Bu terimlere örnek olarak "*genel ahlâk kuralları*" terimi gösterilebilir. Almanya'da Nazi döneminde ceza kanununda değişiklik yapılarak "halkın saf ve salim takdirine göre cezalandırılması gereken bir fiil" i işleyen cezalandırılır denilmiştir. Böylece Nazilere karşı olan herkesin bu madde kapsamında cezalandırılabilmesi sağlanmıştır. ABD'de de çok da uzun bir geçmişi olmayan (1955 yılına ait) bir mahkeme kararında, "*doğası itibarıyla ayıp, utanılacak olan ve toplumun ahlakını ve sağlığını etkileyebilecek eylemler*"in cezalandırılabileceğine karar verilmiştir[6]. İngiltere'de de bir mahkeme kararında "kamuya bir zarar vermeye yönelen her türlü eylem veya teşebbüs ceza mahkemeleri önünde kovuşturulabilir" denmiştir[7].

---

1 Jescheck, 21.
2 AYM, 11.04.2012, 53.
3 Önder, I, 114.
4 Baumann/Weber, 118.
5 Wessels, 9.
6 Bkz. Commonwealth v. Mochan.
7 Bkz. Munday, 443.

Ceza normları öyle bir belirlilikte olmalıdır ki, bireyler hangi davranışlarının suç olduğunu bilebilsinler ve böylece cezalandırılma riski ile karşı karşıya kalmasınlar; hâkimler uygulamayı rahatlıkla yapabilsinler ve avukatlar da müvekkillerini savunabilsinler[1]. Belirsizlik, yasalara saygılı bireylerin hangi davranışların yasaklandığını anlayamamalarına ve ikinci olarak da kamu otoritelerinin keyfi ve ayrımcı davranışlarına neden olur[2]. Bu itibarla belirlilik ilkesinin en önemli fonksiyonu hâkimlerin keyfi davranışlarını önlemektir.

Özellikle tahkir suçları ile ilgili olarak belirlilik ilkesi noktasında eleştiriler yapılmaktadır. Keza halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu (**TCK** 216) ile ilgili olarak önceki ceza kanunumuzun hükmü hakkında "suç unsurlarının **açık seçik ve ayrık olarak belirtilmediği, keyfi uygulamalara yer verecek** nitelikte olduğu ve bu bakımdan anayasaya aykırı olduğu" iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, ancak mahkeme, "bu suçun unsurlarının ceza kanununda açık bir şekilde belli edildiği" gerekçesiyle iptal isteğini reddetmiştir[3]. Aynı şekilde görevi kötüye kullanma suçunun da yeterli ölçüde belirli olmadığı gerekçesiyle kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki başvuru "memurların görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuatta gösterildiğinden her davada memurun, bu mevzuatla çizilen sınırları aşıp aşmadığı saptanarak, görevi kötüye kullanma suçunun maddî unsuru belirlenecektir" gerekçesiyle reddedilmiştir[4].

Yine **TCK** 105'de düzenlenen "cinsel taciz" suçunun da belirlilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiştir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'ne başvuran yerel mahkeme, "*her ne kadar 5237 Sayılı **TCK**.nun 105/1. maddesinin gerekçesinde cinsel taciz kavramının ne anlama geldiği yönünde bir tanımlama yapılmış ise de bu tanımlamanın "yasama yorumu" niteliğinde olduğu ve yerel mahkemeler ile yüksek mahkemeleri bağlayıcı olmadığı, öğreti ve uygulamada büyük bir ekseriyetle kabul edilmektedir. Kaldı ki; madde gerekçeleri Resmi Gazete dâhil hiçbir basılı yayında yayımlanmadığı için, madde gerekçesinde geçen cinsel taciz kavramı tanımının vatandaşlar tarafından bilinebilir olacağı ileri sürülemez. Bir başka anlatımla, vatandaşlar ve toplum, hangi eylemleri işlediklerinde bu eylemlerinin "cinsel taciz" sayılacağını ve ceza yaptırımı ile karşılaşacaklarını bilebilecek durumda değillerdir. Yasa koyucu, ceza yaptırımı içeren eylemi suç olarak düzenlerken bu eylemi açık ve net şekilde belirlemeli, hiç olmazsa eylemin sınırlarının belirlenebilir olması gerekmektedir. Hâlbuki 765 Sayılı mülga **TCK**.nun 421. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde dahi, gerek yerel mahkemeler uygulamasında ve gerekse Yargıtay 5. Ceza Dairesinin temyiz incelemeleri sonucu verdiği emsal kararlarda, bugünkü cinsel taciz kavramının o zamandaki karşılığı olan "sarkıntılık" kavramını netleştiremediği, bazı eylemler sarkıntılık olarak değerlendirilirken, diğer bazı benzer eylemlerde ırza tasaddi olarak değerlendirilebilmiştir. Bununla ilgili olarak yüksek mahkemenin geçmişte birbirleri ile çelişkili çok sayıda kararı olduğu, ceza hukuku uygulamacıları tarafından bilinmektedir.*

---

[1] Bkz. Boyce Motor Lines v. United States.
[2] City of Chicago v. Morales.
[3] AYM, 29.01.1964, 9.
[4] AYM, 12.11.2002, 103.

*5237 Sayılı **TCK**.nun 105/1. maddesinde düzenlenen "cinsel taciz" suçunun maddi unsurunun yukarıda ifade edildiği gibi hangi eylemleri içerdiği, kişiden kişiye değişir nitelikte tartışmalı bir mahiyet arz etmektedir. Bir örnek verilecek olursa, kimi ceza hukukçularına göre bir kadına sürekli ve ısrarlı bakışların dahi cinsel taciz suçunu oluşturacağı ileri sürülmekte, kimi ceza hukukçuları da bu maddedeki suçun oluşabilmesi için mutlaka icrai nitelikte bir eylemin varlığının şart olduğunu savunmaktadırlar.*

*Tüm bu açıklamalardan anlaşılabileceği gibi, 5237 Sayılı **TCK**.nun 105/1. maddesinde düzenlenen "cinsel taciz" suçunun hangi eylemleri suç olarak öngördüğü, hangi eylemlerin bu madde kapsamında değerlendirilerek faillerine ceza verileceği hususunda, gerek öğretide ve gerekse de mahkemeler ile Yargıtay uygulamalarında farklılıklar bulunmaktadır"* gerekçesini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise başvuruyu reddederek, "*itiraz konusu kuralda hangi tür davranışların "cinsel taciz" sayılacağı açıklanmamış ise de 5237 sayılı **TCK**'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez"* gerekçesiyle, söz konusu hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır[1].

Kanunumuzun 123.maddesindeki "*sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*" hükmünde yer alan "**aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranış**" ibaresinin kişiden kişiye, toplumdan topluma ve hakimden hakime değiştiği, hangi davranışların hukuka aykırı davranış olduğunun açık, belirgin ve öngörülebilir olmadığı, bölge, kültür ve toplumlara göre farklılık gösterdiği belirtilerek Anayasa'nın 2. ve 38.maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu reddederek, "*kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve maddeyle korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında, itiraz konusu kuralın huzur ve sükunu bozucu nitelik taşıyan hukuk düzenine aykırı davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır*" şeklinde karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye'ye göre, "*suç olarak düzenlenen fiilin farklı hareket biçimleriyle işlenebilir olması, belirsiz olduğu anlamına gelmez. Öte yandan, bir kimsenin sırf huzur ve sükununu bozmak maksadıyla yapılacak "hukuka aykırı davranışlar" çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması zorunluluğundan söz edilemez. Kanun'un, hangi eylemin suç teşkil ettiğinin ve bu eyleme bağlanan yaptırımın ne olduğunun, belli bir açıklık ve kesinlikte öngörülebilmesine imkan verecek şekilde kaleme alınmış olması, kanunilik ilkesinin sağlanması bakımından yeterlidir*"[2].

---

[1] AYM. 25.02.2010, 41.

[2] AYM. 07.09.2016, 153.

Türk Ceza Kanunu'nun 226/4.maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunda kullanılan "**doğal olmayan yoldan**" ibaresinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür: "*Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresinin gayet muğlak, müphem ve yorumlara açık olduğu açıktır. Her yargı mensubunun bu ibareyi nasıl yorumlayacağı ve neye yoracağı karmaşaya neden olmaktadır. Öte yandan konuya ilişkin gelişmiş toplumlarınve ulusların sözleşmelere ilişkin mükteseba t nazara alındığında oral ya da anal ilişkinin yasaklar kapsamına alınarak cezai müeyyideye bağlandığına ilişkin gelişmiş toplumlarda herhangi bir yasağa rastlanılmamaktadır. İki yetişkin karşı cinsinrıza ve istemleri dahilinde oral ve anal ilişki yaşamamaları suç teşkil etmez iken buna ilişkin görüntülerin bilgisayarda ve başka bir gösteri aracında bireysel seyredilmesinin suç teşkil etmesi de olayın tezatlarla dolu bir başka boyutunu oluşturmaktadır*". Anayasa Mahkemesi ise bu hükmü belirlilik ilkesine aykırı görmemiştir[1].

Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin "*Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" biçimindeki (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı iddiasıyla da yüksek mahkemeye başvurulmuşsa da, mahkeme maddeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır:

İtiraz konusu kuralla, "*aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" eylemi suç olarak kabul edilerek, bu suçun unsurları ve şartları açısından aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülükleri, düzenlemenin gerekçesinde atıf yapılan 4721 sayılı Kanun'da düzenlenmiş ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza itiraz konusu kuralla açıkça belirlenmiştir. Itiraz konusu kural ve gerekçesinde yer verilen unsurlar itibariyle, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin somutlaştırılmaya elverişli olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralda bir belirsizlik bulunduğundan söz edilemeyeceği gibi suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır[2].

---

[1] "İtiraz konusu kural gereğince oluşacak müstehcenlik suçu "*doğal olmayan yoldan*" yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin depolanmasını yaptırıma bağlamaktadır. İtiraz konusu kuralla korunmak istenen hukuki yararı ihlal edebilecek nitelikte "*doğal olmayan yoldan*" yapılan cinsel davranışlarçok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından onceden ongorülmesi ve sayılması mümkün değildir. Diğer yandan "*doğal olmayan yol*" ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gosterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında soz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. "*Doğal olmayan yol*" kavramının bu cerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın "*belirlilik*" ve "*kanunilik*" ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır". AYM. 01.04.2015, 35.

[2] AYM, 24.05.2012, 81
Karara karşı görüşte kullanılan üyelerin görüşlerinin isabetli olduğu kanaatindeyim. Bu nedenle, bu görüşleri özetleyerek aktarıyorum
KARŞIOY

233 maddenin (1) numaralı fıkrasında suçun maddi unsuru AİLE hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün ihlalinden ibarettir. Seçimlik bazı ödevlere ilişkin ihmali davranışlar cezai sorumluluk doğurması kapsamında icrai davranış olarak kabul edilmiştir. Ancak atıfta bulunulan medeni yasanın aile hukuku kavramının medeni yasanın ikinci kitabında 118. ve 494. maddeleri arasında geniş bir alanı kapsadığı, suçun unsurlarından sayılan yükümlülüklerin ise çokça maddeyi ilgilendirdiği görülmektedir. Örneğin-anne babanın çocuklarına eğitim yükümlülüğü düzenlemesi (TMK 324, 327, 335, 340, 341, 345, 355, 356) bir çok madde kapsamında yer almaktadır.

Suç nitelenirken yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesinde faillik ve mağdurluk statüsünün tespitinde olduğu gibi çok farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir. 233/1. maddenin tehlike suçu olması, ihmali davranışın varlığının cezalandırılabildiği düşünüldüğünde suçun tanımı ayrı bir önem arzetmekte, nitelemedeki belirsizliğin bu kapsamda ceza sorumluluğunu aşırı genişletmeye olanak verdiği görülmektedir.

Halbuki suç ve cezada kıyas ve kıyasa yol açacak geniş yorum yapılamamaktadır. Hakimin tespit edeceği fiil açık olacak, geniş bir takdir marjında ihtiyaç duyduğu kendi tanımından yola çıkıp dağıtılacak adalet ve hakkaniyet uygulayıcılara göre değişmeyecektir. Cezayı bilmemenin mazeret olmadığı yerde ceza yaptırımına müstelzim fiilinde açık/net/ belirli olması bir hukuk devletinde Anayasal zorunluluktur.

Kural içeriğinde yer alan, evin geçimini sağlamak, çocuklara gereği gibi bakılması, masrafları karşılamak aile birliğinin mutluluğunu sağlamak, sadakat, dayanışma, barınma, kişilik gelişimi, beslenme, eğitim, ruhsal, ahlaki gelişim vb. aile hukuku kavramlarının taraflara getirdiği yükün oranlılı, adil dağılımı, gerekliliği, tarafların yetenekleri, fiziki durumları, statüleri, hukuki konumları, ehliyetleri vb. sayısız nedenlerle ceza hukuku sistematiği ile özdeşmeyecek şekilde çok geniş bir yorum tarzına fırsat vermektedir.

Suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığı altında yer alan Anayasa'nın 38. madde ile tanımlanan ilke bireysel özgürlüğün kanuni güvencesidir ve ceza hukukunun temel nedenidir. Tüm unsurları ile hiçbir belirsizlik ve kıyasa gidecek yol önermeden düzenlenmiş AÇIK ve net tanımlanmamış bir fiil'e dayanmaksızın kişi özgürlüğüne cezai müdahale hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkesi ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık oluşturacaktır.

İptal konusu "Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklindeki kural, yükümlülüğün taraflarını sınırını, oranını, nelerden ibaret olduğunu belirlemeyen ya da fiilde ihlalin derecesi, önem sırası, özel kast, irade dışı hal gibi hiçbir nitelleme yapmayan soyut bir düzenleme olup, yaptırım uygulayıcısını cezai sorumluluğun sınırlarının genişletilmesine iten bir keyfiliğe yönelttiği, tarafını da belirsizlik ve hukuki güvensizlik içinde bıraktığı nedenleri ile Anayasa'nın 2. ve 38. maddesine aykırıdır.

KARŞI OY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kuralda, yer alan aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün, aile hukukunun düzenlendiği Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, "aile" ve "yükümlülük" kavramlarının yer aldığı aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin kapsamının çok geniş olması nedeniyle kimlerin aile bireyi sayılması gerektiğine ve sınırın nerede bittiğine, nelerin bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğünün içinde sayılacağına ve ölçüsünün ne olduğuna, yükümlüler ile bakım, eğitim ve destek olunacakların kimlerden oluşacağına ilişkin konular, belirsizlik içermektedir. Bu belirsizliklerin, fıkrada düzenlenen suçun maddi unsurunun saptanmasında duraksamalara, keyfi uygulamalara ve adaletin gerçek anlamda tesis edilememesine yol açabilecek nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.

Anayasa ve ceza hukukunda öngörülen suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, bunlarla ilgili tanımların açık, seçik ve belirli olmasını gerekli kılar. Aksi takdirde, hukuk düzeninde hukuki güvenlikten söz etmek ve adaleti gerçekleştirmek mümkün olmaz.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

KARŞI OY YAZISI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin iptali istenen"Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" biçimindeki (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığı yolundaki çoğunluk görüşüne, aşağıdaki nedenlerle, "destek olma" ibaresi yönünden katılmamaktayım.

İtiraz eden Mahkemenin başvuru gerekçesinde de belirtildiği gibi, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesinin gerekçesinde de ceza yaptırımı ile koruma altına alınması amaçlanan yükümlülük-

lerin kapsamının Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine gore belirlenmesi gerekeceği öngörülmektedir. Aile hukukundan doğan destek olma yükümlülükleri, evlilik birliği sırasında veya birliğin sona ermesinden sonra dahi soz konusu olabileceği gibi, Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabı (Aile Hukuku)nın İkinci Kısmında düzenlenen "Hısımlık" kurumu kapsamında, örneğin TMK'nun 364. maddesinde yer alan nafaka yükümlülüğü kapsamında da uygulama alanı bulabilecektir.

TMK'nun 185. maddesinde eşlerin hak ve yükümlülükleri genel olarak düzenlenmiş, maddenin üçüncü fıkrasında eşlerin birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorunda oldukları belirtilmiştir. TMK'nun 186. maddesine göre eşlerin oturacakları konutu birlikte seçmeleri, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmaları da kuşkusuz, aile hukukundan doğan yükümlülüklerdir. Kanun'un 195. maddesinde, evlilik birliğinin korunması için evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilecekleri, hakimin, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alacağı belirtilmiştir. Bu alanda görevli mahkeme Aile Mahkemesidir. Destek olma yükümlülüğünün de önceden belli bir tanımının yapılamayacağı, bu desteğin her ailede ve her somut olayda farklı olabileceği, bunlara hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımı tehdidi kullanılarak müdahale edilmesinin aile kurumunu koruyucu nitelikte mi yoksa eşler arasında daha fazla husumete mi yol açacağının en azından tartışılabilir olduğu açıktır. Eşler arasındaki en büyük destek olma yükümlülüğünün, manevi güven ve sadakat olduğu açıktır. Bu yönden bakıldığında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na gore suç sayılmayan zinanın, eşler arasındaki manevi destek olma yükümlülüğünün ihlali kabul edilerek, dolaylı yoldan hapis cezası ile cezalandırılması mümkün olacaktır. Sonuç olarak, "destek olmak" ibaresinin her türlü yoruma açık olması nedeniyle suç ve cezada bulunması gereken açıklığı taşımadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin esaslar düzenlenmiş, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı ilkesi gözetilmiştir. Aile hukukundan doğan destek olma yükümlülükleri öncelikle Aile Mahkemelerinin görev alanına giren ve suçun unsurları belli edilmesine müsait olmayan konular olduğundan, Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suçun kanuni unsurunun açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olması gereğine uymamaktadır.

Bu nedenle kuralın "destek olma" yükümlülüğü bölümünün iptali gerekir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Kanun koyucu suç haline getirmek istediği fiili, yani suçun maddi unsurlarını ve bu fiil karşılığı hükmedilecek cezayı mümkün olduğu kadar açık ve net olarak göstermelidir. Ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirebilmesi "belirlilik ilkesi" adını verdiğimiz, bu kurala uyulması ile yakından ilgilidir. Suçun tanımının yasada açıkça gösterilmemesi, işleyeceği fiilin suç oluşturup oluşturmayacağını bilemeyen ferdi kuşku içinde bırakacağından onun özgürlüğünü tehlikeye düşürecektir. Ayrıca belirlilik ilkesine uygun davranılmaması kıyas uygulamalarına sebebiyet vererek hakimin keyfi davranmasına yol açabilir.

İtiraz konusu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinde "Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." denilmektedir. Suçun maddi unsurunu oluşturan yükümlülüklerin Türk Medeni Kanunu hükümlerine gore tespit edileceği, aile hukukuna ilişkin konuların Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabında düzenlendiği, buradaki aile kavramının farklı kapsamlarda ele alındığı görülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku kitabında yer alan hükümlerin hangisinin bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğü kapsamında olduğu açıkça gösterilmediğinden, itiraz konusu ceza kuralının uygulanması hakimin yorumuna, keyfiliğe varacak takdir yetkisine ve subjektif değerlendirmesine gore olacaktır. Böylece itiraz konusu kuralın ceza hukukundaki belirlilik ilkesine açıkça aykırı olduğu görülmektedir.

İtiraz konusu kuralda suçun unsurlarının oluşabilmesi için Türk Medeni Kanununa atıf yapılmasının bir sakıncası da, kanun koyucu tarafından Ceza Kanunu'na dokunmadan Medeni Kanunda yapılacak değişiklikle, önceden suç olmayan bir fiil suç kapsamına alınabilecek, suç olan bir fiil ise bu kapsamdan çıkarılabilecektir. Bu durum, cezalandırmada keyfiliği önleyen suçların ve cezaların belirliliği ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

KARŞI GÖRÜŞ

Mahkememiz çoğunluk görüşünde, bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüklerinin Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği, verilecek cezaların da ceza kurallarıyla belirlendiği, gerekli açıklığın sağlandığı gerekçesi ile hüküm Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali başlığı*" altında, 233. maddede, aile ilişkisi nedeniyle doğan bazı yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin

ayrıca suç olarak düzenlenmesi, Kanun koyucunun aileye verdiği değeri göstermesi bakımından önemlidir. Benzer düzenlemenin Alman Ceza Kanunu m. 170 ve 171'de de bulunduğunu görüyoruz. Gerçekten, Kanun koyucunun, kuralda belirtilen söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayarak, aileyi ve bu kapsamda bakım, eğitim veya desteğe ihtiyacı olan zayıf konumdaki aile bireylerini korumayı amaçladığını söylemek mümkündür.

Bu şekilde çizilen çerçevede, itiraz konusu kural incelendiğinde, öncelikle, kuralın gerekçesinde de belirtildiği üzere, bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün ihlali suçu açısından, bakım, eğitim veya destek olma yükümlüsünün kim veya kimler olduğunu, bakım, eğitim veya destek olma alacaklısının yahut hak sahibinin kim veya kimler olduğunu, bu yükümlülüklerin kapsamının ne olduğunu, Medeni Kanuna göre belirlemek gerekmektedir. Şüphesiz, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi kapsamında, bir başka kanuna atıf yapılarak da, suç veya ceza düzenlenebilir. Ancak böyle bir durumda da, düzenlenen suçun unsurları, cezası vb hususlar, ilgili maddelerde, açıkça ve tereddüde mahal bırakmayacak şekilde düzenlenmiş olmalıdır.

İtiraz konusu kuralda düzenlenen suçta, "aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün" ihlal edilmesinin suçun maddi unsuru olarak düzenlendiğini görüyoruz. İtiraz konusu kural biraz daha yakından incelendiğinde, söz konusu yükümlülüklerin ihlâlinin, kim tarafından, kime karşı, hangi kapsamda gerçekleşmesi halinde, bunun suç olarak düzenlendiğinin açık, tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlendiği söylenemez. Suçun maddi unsuru düzenlenirken, Medeni Kanun'un ilgili maddelerine atıf yapılarak, hangi yükümlülüğün hangi kapsamdaki ihlalinin suç olarak kabul edildiği düzenlenmeyip; genel olarak "aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün" ihlalinden söz edilmesini, konunun Medeni Kanun'daki düzenleniş şekli ve kapsamı da dikkate alındığında, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi açısından yeterli görmek mümkün değildir.

Öncelikle buradaki "aile hukuku" kavramının açıklığa kavuşturulması zorunludur. Şüphesiz bu kavramı yine Medeni Kanun'a göre açıklığa kavuşturmak gereklidir. Bu açıdan Medeni Kanun'a baktığımızda, ikinci kitabın (m. 118 vd.) başlığının "aile hukuku" olduğunu görüyoruz. Bu başlık altında birinci kısımda evlilik hukuku, ikinci kısımda hısımlık, üçüncü kısımda ise vesayet düzenlenmiştir. Bu kısımlarda düzenlenen tüm bakım, eğitim ve destek olma yükümlükleri, itiraz konusu kural açısından suçun maddi unsurunun kapsamına girecek midir? Hüküm, aile hukukuna atıf yaptığından ve aile hukuku kitabında da söz konusu ilişkiler düzenlendiğinden, belirtilen kısımlardaki ilişkilerden doğan tüm bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüklerinin ihlâlinin, lafzen maddenin kapsamına girmesi gerekir. Oysa bu kısımlarda düzenlenen ilişkilerden doğan tüm eğitim, bakım ve destek olma yükümlülüklerinin kapsama girmesi hükmün amacına aykırı olur. Bu kapsamda nişanlılar birbirine destek olmadığında yahut eşler birbirine destek olmadığında, örneğin eşlerden biri, sadakatsizlik yaptığında yahut hasta olduğu için eşinden boşanmak istediğinde, MK m. 185/III hükmü de dikkate alındığında, bakım ve destek olma suçunu işlemiş sayılacak mıdır ? Medeni Kanun'daki düzenlemeye göre kapsamı itibariyle, "aile hukuku" kavramı son derece geniş olup, suçun maddi unsurlarını tereddüde mahal bırakmayacak şekilde belirlemekten uzaktır.

İtiraz konusu kural da düzenlenen suçun unsurlarını, failini, zarar görenini belirlemek açısından "aile" kavramı kilit rol oynamaktadır. Zira suçun faili, zarar göreni, yükümlülüğün ne olduğu ve kapsamı aileye göre belirlenecektir. Bilindiği gibi aile, dar anlamda aile (çekirdek aile), geniş anlamda aile ve en geniş anlamda aile olarak ele alınıp incelenmekte ve kapsamı belirlenmektedir. Nitekim, Medeni Kanun'da da bu kapsama bağlı olarak farklı hükümler getirilmiş, haklar ve yükümlülükler düzenlenmiştir. İtiraz konusu kural açısından, hangi kapsamdaki ailenin esas alındığı açık değildir.

İtiraz konusu kurala konu edilen, bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin de, niteliklerinin ne olduğu genel olarak anlaşılabilirse de, kapsamlarının ne olduğu ve bu yükümlülükleri ihlalin derecesi açık değildir, bu konularda da belirsizlik bulunmaktadır. Örneğin eğitim yükümlülüğünün ihlalinde, anne babanın, çocuğunun eğitimini karşılaması yükümlülüğü hangi seviyeye kadar maddenin kapsamına dahildir, sadece temel eğitim mi kapsamdadır, üniversite eğitimi kapsama dahil edilebilir mi, Devlet üniversitesini kazanamayıp, bir özel üniversiteyi kazanan çocuğunu, özel üniversiteye göndermeyen baba, bu suçu işlemiş sayılır mı? Görüldüğü gibi, yükümlülüğün kapsamı açısından da hüküm yeterli açıklığa sahip değildir.

Yukarıda belirtildiği şekilde, itiraz konusu kuralda, Anayasa'nın 38. maddesi gereğince "suçların ve cezaların kanuniliği" ilkesi gereğince bulunması gereken açıklık bulunmamakta, büyük bir boşluk bulunmaktadır. Açıklık bulunmayan tüm bu konularda, hâkim çok geniş bir takdir yetkisine sahip olup, itiraz konusu kuralı uygularken ya kıyas yaparak yahut Medeni Kanun m. 1/II gereğince kendisi kanun koyucu gibi hareket edip kural koyarak hükmü uygulamaya çalışacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta da benzer mahkeme kararlarını görmekteyiz. Örneğin Almanya'da hakaret suç tipinin gerekli belirliliği taşımadığına yönelik yapılan itiraz, yüksek mahkeme tarafından 100 yıllık uygulamanın bu belirliliği sağladığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Keza ABD'de de "kadınların bulunduğu yerleri gizlice gözetlemek (röntgenlemek)" şeklinde tanımlanmış bulunan suç tipindeki "gözetleme" ifadesinin belirlilikten uzak olduğu ve böylece anayasaya aykırı olduğu yönündeki itiraz reddedilmiş ve bu suça ilişkin normun uygulamada tatmin edici biçimde daraltıcı şekilde yorumlanması nedeniyle herhangi bir aykırılık görülmemiştir[1].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanunun lafzından, hangi hareket veya ihmalin ceza sorumluluğunu gerektirdiğini teşhis edebilmenin gerekli olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, mahkeme, "hukuk normunu değişen koşullara uydurabilmek için belirli bir "esnekliğin" zorunlu olduğunu kabul etmektedir"[2]. Strasburg Mahkemesi'ne göre[3], suçlar kanunda açık ve belirgin bir biçimde tanımlanmış olmalıdır. Bu gereklilik, ne zaman ki birey söz konusu düzenlemenin lafzından gerektiğinde mahkeme kararlarının yardımıyla da olsa, hangi davranış ve ihmallerinin cezai sorumluluğuna yol açacağını teşhis edebiliyorsa, yerine gelmiş olur[4]. Yüksek Mahkeme, kanun hükümlerinin mutlak bir kesinlik ve açıklıkla formüle edilmesinin imkânsız olduğunu kabul etmektedir. Özellikle toplumun yaygın bakış açısının değiştiği durumlarda bu daha da güçleşmektedir. Mutlak katılığı engellemek ve değişen durumlara ayak uydurmak bakımından müphem kavramların kullanılması mümkündür[5].

Anayasa Mahkemesi, ceza makasının çok geniş olmasını ise belirlilik ilkesine aykırı bulmuştur. Yüksek mahkeme, 500.000 liradan 25.000.000 liraya kadar para cezası öngören İmar Kanunu hükmünü belirlilik ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanının geniş, sınırsız ve ölçüsüz olduğuna; cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekli genişliğinin, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütlerin kanunda gösterilmesi gerekir[6].

Oysa, Anayasa'nın 38. maddesi gereğince, "suçta ve cezada kanunilik" ilkesinin gereği olarak, ceza kuralında, hangi fiillerin suç olduğu ve yasaklandığı, suç sayılan fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

1 In Re Banks, Supreme Court of North Carolina, 1978.
2 Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok², 194.
3 Kokkinakis/Yunanistan kararı.
4 Tezcan/Erdem/Sancakdar, 379.
5 Bkz. Algan, 2247, 2248.
6 AYM, 17.04.2008, 93.

Hemen belirtelim ki, kanunilik ilkesinin düzenlendiği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7.maddesinin 2.fıkrasında sevk edilen "*bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir*" şeklindeki hüküm bizzat, belirlilik ilkesine aykırıdır. Bu hükme dayanılarak, kanunlarda yer almasa bile kişilerin belirsiz bir takım ilkelere göre cezalandırılması mümkün kılınmaktadır.

2. Örf ve Adet Hukuku Ceza Hukukunda Doğrudan Doğruya Bir Kaynak Niteliği Taşımaz

Gelenek hukuku suç yaratamaz, mevcut cezayı artıramaz. ***Cezaevinin kapısını yalnız kanun açar.***

Ne var ki, dört hususta örf ve adet hukuku etkisini gösterir[1]:

- Öncelikle, örf ve adet hukukunun doğrudan kaynak olması yasağı, sadece failin aleyhine olan hallerde geçerlidir. Buna karşılık failin lehine olan durumlarda gelenek hukuku kuralları uygulanabilir[2]. Bunun sonucu olarak, örf ve adet ceza normlarının uygulanmasına, engel olabilmektedir. Örneğin, ramazan davulcusu, Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen gürültü kabahati nedeniyle cezalandırılmamaktadır. Keza Yargıtay bir bahçedeki ağaçtan yemek amacıyla az miktarda fıstık alınması eyleminin gelenek ve göreneklere göre, süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir sonucu olduğu gerekçesiyle, suçun oluşmadığına karar vermiştir[3]. Yine "adet veçhile bayram günü misafirlerin yararlanmasına sunulan şekerlerden az miktarda almanın hırsızlık suçunun yeterliliği açısından nicelik boyutlara ulaşmadığı"na karar verilmiştir[4]. Bunun gibi eski **TCK** 577 hayvanlara karşı insafsızca hareketi cezalandırdığı halde ülkemizin bazı bölgelerinde deve, boğa, horoz dövüşleri mahalli örf ve adetler sebebi ile cezalandırılmamaktadır[5]. Buna karşılık jandarma karakol komutanının, şüpheliler hakkında yasal işlem yapmak yerine tarafları barıştırması eylemi görevi kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilmiştir[6].
- Örf ve adet bir hükmün dar yorumlanmasında da etkili olabilmektedir. Örneğin Yargıtay önemsiz miktarda para ile oynanan ve daha

---

1 Önder, I. 115 vd.
2 Heinrich, 11.
3 11. CD. 11.10.2001. 9309: Buna karşılık, Yargıtay'ın suçun oluştuğunu kabul ettiği, sadece ceza tayini açısından somut olayın göz önünde bulundurulması gerektiğini ongördüğü kararları da vardır: Domates serasından birkaç domates koparıp elindeki ekmekle yemek üzere olay yerine gelen sanığın, henüz bir şey almadan yakınan tarafından fark edilerek yakalandığı iddia, savunma ve dosya kapsamı ile sabit olan olayda; failin psikolojisi, onu harekete geçiren zorunluluk derecesine varmayan durumu ve değeri gerçekten az olan malın çalınmasına özgülenen kastı dikkate alındığında, sanık hakkında diğer hırsızlık faillerine göre daha az bir ceza verilmesi gerektiği. 6. CD. 22.03.2011. 4511.
4 6. CD. 25.03.1986. 3227.
5 Donmezer/Erman, II. 130.
6 4. CD. 19.03.1966. 2398. Çetin. 1052.

çok eğlence niteliğindeki kumarın eski **TCK** 567'deki kumar suçunu[1] unsurlarını oluşturmadığına karar vermiştir. Böylece kahvelerde sıkça çay parasına oynanan oyunların suç oluşturmaması hususunda örf ve adet daraltıcı bir etki göstermiştir.

- Hukukun diğer dallarında geçerli olan örf ve adet, ceza hukukunun bu hukuk dallarına yollama yaptığı hallerde ceza hukuku alanında da etkili olabilir. Örneğin ebeveynin çocuğu terbiye yetkisinin sınırlarını aşıp aşmadığı (**TCK** 232/2), medeni hukuk kuralları çerçevesinde belirlenir.
- Ceza hukukunda bir kavramın açıklanmasında örf ve adet etkili olabilir. Bu hal özellikle genel ahlâk aleyhine işlenen suçlarda görülür. Söz gelimi müstehcenlik (**TCK** 226) ve teşhircilik (**TCK** 225) kavramlarının açıklanabilmesi için örf ve adetten faydalanılır. Yine hakaret suçlarında mahallî ifadelerin tahkir edici olup olmadığı da örf ve âdete göre belirlenir. Bunun nedeni, şeref, onur ve saygınlık gibi kavramların örf ve adet kurallarıyla tanımlanmalarıdır[2]. Bir bölgede "bizim oğlan" tabiri olumlu bir ifade iken, bir başka yörede homoseksüelliği ifade için kullanılmış olabilir[3]. Nitekim "ayna tutma" veya "bıyık bükme" gibi davranışlar, bazı yörelerde, ahlak temizliğine aykırı görülürken, bazı yörelerde böyle algılanmayabilir[4].

3. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz

> *"Veterinerlik faaliyetinde bulunan işyerinde ihbar üzerine yapılan aramada ele geçen ve sanıklara ait olup, besi hayvanlarında gelişmeyi hızlandırıcı maddeler içerdiği tespit edilen yabancı menşeli ilaçların, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın 19.06.2003 gün ve 25143 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren tebliğ hükümlerine göre îmali, ithali, bulundurulmaları ve uygulanmalarının yasaklandığı dikkate alınarak, içerikleri belirlenen dava konusu ilaçları yasaklayan bir kanun hükmünün bulunmadığı gözetilmeden, ilaçların kanunen yasak olduğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır", 7. CD, 11.03.2013, 8371/6020.*

Suç ve cezada kanunilikten bahsedilince, kanunla değil de *idari işlemlerle suç ihdas edilip* edilemeyeceği sorusuyla karşılaşılır. Kanunumuzun 2/2 fıkrası hükmü ile konu açık bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, *"idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz"*. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanunumuz bu kuralını 297. maddenin 2. fıkrasında ihlal ettiğini daha önceki baskılarda ifade etmiştim[5].

---

[1] Bkz. KK 34.
[2] Özen, Hakerel, 95.
[3] Kayançiçek, 69.
[4] Yokuş-Sevük, Cinsel Saldırı, 273.
[5] Maddenin "birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna

Bu kural, kabahatler bakımından da benimsenmiştir: "*Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı ancak kanunla belirlenebilir*" (KK 4/2).

Yeni cumhurbaşkanlığı sisteminde bu konuda bir değişiklik olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Anayasa'nın 104.maddesine göre, "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz". Böylece cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle suç/kabahat, ceza/yaptırım düzenlenemez.

Olağanüstü hal durumunda da bu kural geçerlidir. Her ne kadar Anayasa'nın 119.maddesi, "olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir" hükmünü amir ise de, Anayasa'nın 36.maddesine göre, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri sadece kanunla konulabilir. Kanunda açıkça düzenlenen konularda ise cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz[1].

Uygulamada düzenleyici işlemlerle suç ihdası yoluna gidilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise 1961 Anayasası döneminde "*ekonomi alanında gecikmeden tedbirlerin alınması gerekli olabilir ve bu alanın kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi bazı sakıncalar doğurabilir, zira yasama organı yapısı itibarıyla günlük olayları izleyemeyebilir ve ağır işlemesi yüzünden zamanında müdahale edemeyebilir*" gerekçeleriyle idareye bu yönde yetki verilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir[2]. Öğretide de "*esasen ihdas edilmiş bulunan suçun maddi unsurunu açık bir suretle belirtmek, suç çerçevesini doldurmak*" şeklindeki idari işlemlerin kanunilik ilkesine aykırı olamayacağını savunan yazarlar vardır[3].

Hemen belirtelim ki, ceza kanununa konulan bu hüküm, kanun koyucunun aksi bir düzenleme yapmasına engel değildir. Bir kanun hükmüyle, başka bir kanun hükmüne aykırı bir hüküm konulmasına engel bulunmamaktadır. Ancak esasen Anayasanın 91. maddesinde temel haklar, kişi haklarına ilişkin alanlarda kanun hükmünde kararnameler ile düzenlemeler yapılamayacağı düzenlenmiş olmasına göre, kanun koyucunun tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi normlar hiyerarşisinde daha alt sırada yer alan düzenleyici işlemlerle ceza hukuku alanına müdahale etmesi evleviyetle mümkün olmamak

---

veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklindeki ikinci fıkra hükmü, daha öncesi baskılarda belirttiğim bu görüşe uygun olarak, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. bkz. AYM, 07.07.2011 tarih ve 116 sayılı kararı. İptal nedeniyle madde kanunilik ilkesine uygun olarak yeniden tanzim edilmiştir.

1 Özgenç[4], 124.

2 AYM, 28.03.1963, 71.

3 Gölcüklü, İdari, 123, 124; ayrıca krş. Dönmezer/Erman, I, 162, 166.

gerekir. Nitekim 82 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığını taşıyan 38. maddesinin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girdiğini, yürütme organının düzenleme olanakları ve biçimleri kanun hükmünde kararnamelere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idari düzenlemelerle kimi eylemleri suç saymasının anayasaya aykırı olacağına karar vermiştir[1]. Söz konusu karara konu olayda bir malın ithal veya ihracının Bakanlar Kurulu'nca yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktaydı. Böylece eylemin suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi **15 Şubat 2006** tarihli bir kararıyla da idari işlemlerle suç ve ceza ihdas edilemeyeceği yönündeki içtihadını kuvvetlendirmiştir. Karara konu olan hüküm ile mevzuata aykırı harekette bulunan özel öğretim kurumlarının Milli Eğitim Bakanlığı'nca geçici veya sürekli olarak kapatılabileceği açıklanmaktaydı. Anayasa Mahkemesi, idari bir yaptırım da olsa, bu hükmü Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen "kanunilik" ilkesine aykırı bulmuştur. Yüksek mahkemeye göre, "yasa, tüzük, yönetmelik veya umumi emir gibi idari tasarruflarla yasaklanan eylemlerin suç kabul edilmesi yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, bu eylemlerin neler olduğunun da yasada yer alması, cezanın da geçici veya sürekli tanımlamasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi gerekir. Bu gerekliliğin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğunda duraksanamaz. Bu durumda itiraz konusu kuralla, tüzük, yönetmelik veya umumi emirle aykırılığın suç sayılması ve bunlara uygulanacak cezanın da belirli bir süreyle sınırlandırılmaması, suç ve cezanın yasallığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır"[2].

Benzer bir kararında yüksek mahkeme, 4733 sayılı Kanun'da yer alan "*ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası*" şeklindeki hükmü Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Bu hüküm, satış belgesi almadan satış yapanlar için bu cezayı öngörmekte, ancak ceza miktarının saptanmasında ölçü olarak alınan ruhsat harcı bir yönetmelikte belirlenmekteydi. Böylece nihai ceza miktarı yönetmelikteki miktara göre hesaplanmaktaydı. Anayasa Mahkemesi, cezanın bu yönetmeliğe göre belirlenmesinin Anayasa'nın 38.maddesindeki cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir[3].

Yeni bir kararında da Anayasa Mahkemesi suç oluşturan fiilin idari organ tarafından belirlenmesini ve bu belirlemenin Resmi Gazete'de yayınlanmamasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur[4].

---

[1] AYM. 06.07.1993. 25.

[2] AYM. 15.02.2006. 20.

[3] AYM. 19.01.2006. 8.

[4] Koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahale yapan ya da yaptıranların cezalandırılması öngörülmekledir. Burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşai ve fiziki müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması

Bireysel bir başvuru üzerine konuyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlarda da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin İHAS'ın 6.maddesinin koruma alanı kapsamında yer aldığına işaret etmiştir. Yüksek mahkemeye göre, "kamu otoritesinin ve bunun bir sonucu olan ceza verme yetkisinin keyfi ve hukuk dışı amaçlarla kullanılmasının önlenebilmesi, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kamu otoritesini temsil eden yasama, yürütme ve yargı erklerinin, bu ilkeye saygılı hareket etmeleri; suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemler ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir". Somut başvuru konusu olayda, genelge, kabahat ihdas edilmesi sonucunu doğurduğundan, Anayasa'nın 38.maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "suç ve cezada kanunilik" ilkesi ile bağdaşmadığına karar verilmiştir[1].

Yargıtay da Bakanlar Kurulu'nun kanun hükmünde kararname ile bazı kimselerin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına ilişkin ve ceza hükmü niteliğinde düzenleme yapmasının mümkün olmadığına karar vermiştir[2]. Bir başka kararında da *yüksek mahkeme*, toplu kaçakçılık nedeniyle açılan davada, Bakanlar Kurulu kararı ile Kaçakçılık Kanunu'ndaki 30 milyonluk sınır 565 milyon liraya çıkarılmış ise de bu değişikliğin kanunla yapılmaması nedeniyle geçerli olmayacağını vurgulamıştır[3].

---

gerekli taşınmaza yapılan hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun'un 57. maddesinin. birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına verilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır.

Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

AYM. 11.04.2012. 53.

[1] AYM. Başvuru Numarası. 2013/849. Karar Tarihi: 15.04.2014.

[2] 4. CD. 23.03.2004. 2409.

[3] 7. CD. 09.12.1998. 10367.

4. Kıyas Yasağı

a. Genel Olarak

Somut olayda uygulaması gereken 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48/1. maddesinde ise '37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar' düzenlemesi yer almaktadır.

Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun "açıkça" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp, bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.

İtiraz konusu kuralla, Kanun'un 37 ilâ 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak da disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesi belirsizliğe neden olmaktadır. Zira, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular, hangi fiilleri işlerlerse haklarında disiplin cezası uygulanabileceği konusunda duraksamaya sevk edilmektedir. Bu şekilde bir belirsizliğin kabul edilmesi ise hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, gerçekleşen fiilin suç olarak tanımlanmadığı, buna karşın Kanun'da belirlenmiş diğer fiillere uydurulabilmesi imkânını veren kural, uygulayıcıyı kıyas yapmaya yönlendirmektedir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, Kanun'da tanımlanmayan bir fiilin, benzeri bir fiille karşılaştırılarak kıyas yapılmak suretiyle ceza tayinine imkân tanınmaktadır. Bu durum suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. ***(AYM, 03.10.2013, 106).***

Kıyas yasağı kanunumuzda açık bir şekilde düzenlenmiştir. **TCK** 2/3'te *"kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz"* denmektedir. Bu hükmün doğal sonucu olarak hâkim ceza hukukunda boşluk doldurma yetkisine sahip değildir.

Ceza hukukunda *kıyas* yoluyla yeni suçlar oluşturulmasına imkân yoktur. Böylece örneğin, otobüste yanında oturan kimsenin gazetesini göz ucuyla okumak, başkasının taşınabilir bir malından rızası olmaksızın faydalanmak olabilir, ancak hırsızlık suçuna benziyor diye, bu eylemi hırsızlık olarak cezalandırmak mümkün olmaz.

Cezalar alanında olduğu gibi güvenlik tedbirleri alanında da kıyas yasağı geçerlidir. Kanunumuz sadece suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında kıyas yasağından bahsetmekteyse de Anayasa'nın 38/3. maddesinde ve **TCK** 2/1. maddesinde güvenlik tedbirlerinin de sadece kanunla konulabileceği ifade edildiğinden, güvenlik tedbirleri bakımından da kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı uygulanacaktır[1].

[1] Koca/Üzülmez, 44.

Kıyasın failin lehine veya aleyhine olması arasında fark bulunmamaktadır. Öğretide ceza kanununun genel kısmı için kıyas yasağının geçerli olmadığı yönünde fikirler beyan edilmektedir. Bunun ön şartı kanun koyucunun iradesine, kanunun genel sistemine aykırı bir uygulamaya yer verilmemesidir.

Kıyas bazı ülkelerde ceza hukukunda dahi uygulanmıştır. Örneğin, Sovyetler Birliği'nde 1958 yılına; Çin'de ise 1998 yılına kadar kıyas yasağı bulunmamaktaydı[1].

b. Kıyas Yasağı ve Yorum

Kıyas yasağı söz konusu olduğunda, ceza hukukunda yorum yapmanın da yasak olup, olmadığı sorusu ile karşı karşıya kalınır. Hemen belirtmek gerekir ki, ceza hukukunda yasak olan kıyas olup, yorum yapmak her hukuk dalında olduğu gibi ceza hukukunda da serbesttir ve hatta zorunludur. "Yargı organları kanunları tatbik ederken onlara bir mana vermek mecburiyetindedirler"[2]. Yorum yapılmaksızın hiçbir hukuk kuralı adil olarak uygulanamaz[3]. Yorum, mevcut bir hükmü hâkimin değerlendirmesi, somut olay bakımından hükmün anlamını kavramaya çalışmasını ifade eder.

Yorumun amacı, kanunun amacını ortaya koymak ve kanunun değişen ihtiyaçlara uydurulmasını sağlamaktır. Kıyasın amacı ise kanunun boşluklarını, genişletmek ve hukuk yaratmak suretiyle doldurmaktır. Yorum ile kıyas, gerek fonksiyonu ve gerekse yöntemleri bakımından birbirine benzemektedir. Her ikisi de bir hukuk normu ile belli bir durum arasındaki ilişki konusunda karar verme görevini üstlenmiştir[4].

Yorumun ceza hukukunda yasaklanmamış olmasının bazı sakıncaları da olabilir. Hâkim yorum konusunu öyle abartabilir, kendisine verilen yorum yetkisini öyle aşabilir ki, sonuçta yorum değil, kıyas söz konusu olabilir. Nitekim uygulamada da zaman zaman yüksek mahkemeler de dâhil olmak üzere, mahkemelerin yorum görüntüsü altında kıyas yaptıkları görülmektedir. Bu uygulama, ceza hukukunun evrensel ilkelerine açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenledir ki, yeni kanunumuza "*suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*" şeklinde açık bir hüküm ek-

---

1 Bkz. Dressler, 101.

2 Tosun, 24.

3 Unver, 125.

4 Wessels/Beulke, kn. 56: Uygulamanın nasıl yapılacağı konusunda kanunda hüküm bulunmadığı hallerde "yasaların hak, adalet ve yasa koyucunun amacına uygun şekilde yorumlanması Yargıtay'ın görevleri arasındadır. Yorum, bir yasa hükmünün anlamını, yasa koyucunun amacını, iradesini ortaya çıkarmaya yönelik zihin faaliyetidir. Yasada mevcut bir normun ne anlama geldiği hususunda düşünsel bir faaliyette bulunulmasıdır. Adaletsizlik yorumla giderilmelidir. Yargıtay'ın bir görevi de Ceza Yasasının bütünlüğü ve sistematiği içinde yasa koyucunun amacını, mevcut düzenlemeyi gözeterek sanık aleyhine yani genişletici yoruma neden olmayacak şekilde değerlendirme yapmaktır...Adaletsizliği daraltıcı ve düzeltici yorumla gidermek uygulayıcının başta gelen görevlerindendir. Yorum yapılırken birden fazla yorum yapılabiliyorsa, lehe olan yorum kabul edilmelidir. (İBK-30.06.1995-1/1) 5237 sayılı TCK nun 2/3 maddesinde 'suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı' hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, yapılacak yorum sanık aleyhine olmayıp yasa koyucunun iradesine, değişikliğin amacına, yargının adaletle uygulama yapma fonksiyonuna uygun olmalıdır". CGK, 12.02.2013, 15-1364/51 kararında S.Bakıcı'nın karşı oy yazısından.

lenmiştir (**TCK** 2/3, 2. cümle). Bu açık hükme rağmen hâkimlerimizde hukuk devleti bilinci gelişmediği müddetçe, uygulamada kıyas niteliğinde geniş yorumlara rastlanmasını engellemek mümkün değildir. Zira mahkemelerimiz kıyası yorum kılıfı altında yapmaktadırlar. Bunu önlemek bakımından kanun koyucuya düşen asıl görev, belirlilik ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmasıdır.

Aşağıdaki örnek, yabancı ülke mahkemelerinin kıyas yasağına gösterdiği hassasiyet ile Türk Yargısının bu alandaki tutumunu karşılaştırmak bakımından ilginçtir. 1899 yılında Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, başkasının elektriğini kullanmanın hırsızlık olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu ile karşı karşıya kalmıştı. Yüksek mahkeme, elektriğin, bünyesi bulunan bir şey olmadığı ve bu nedenle de Alman CK 242 anlamında eşya olarak kabul edilemeyeceğine karar verdi. Her ne kadar başkasının elektriğini kullanmak, bir eşyanın çalınması kadar sosyal açıdan zararlı ise ve haksızlık içeriği bakımından benzer şekilde karar verilmesi gerekiyorsa da bu durumda failin cezalandırılması ancak Alman CK 242'nin kıyas suretiyle uygulanması ile mümkün olur ki, bu da kıyas yasağına aykırılık oluşturur.Sonuç olarak, yüksek mahkeme ceza vermeyi reddetmiş ve kanun koyucu da bir yıl sonra bugünkü Alman CK 248c maddesini vaz ederek, elektrik hırsızlığını ceza hukuku kapsamına sokmayı sağlamıştır[1].

Buna karşılık, bu karardan yaklaşık 90 yıl sonra Yargıtayımız, aksi yönde bir karar vererek, yorum adı altında kıyas yasağını ihlal etmiştir. Karara konu olayda, sanık, bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle telefon görüşmesi yapmış ve böylece başkasına fatura gelmesini temin ederek haksız bir kazanç sağlamıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 765 sayılı "*Türk Ceza Kanununun 491/1. (hırsızlık suçu) maddesindeki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığının kabulü gerekli görülmüştür. Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalınamaz*" görüşüyle, kıyasa yol açacak biçimde genişletici yorum yapmıştır[2].

5. Geçmişe Yürüme Yasağı

Ceza kanunları *geçmişe etkili* olarak kabul edilemezler; bunun tek istisnası, failin yararına olan kanunun geçmişe yönelik uygulanmasıdır.

Ceza kanunları geçmişe yürüyemeyeceği gibi, failin cezasını artıran değişiklikler de geçmişe yürüyemez. Bu noktada esas alınan, hareketin yapıldığı andır.

> **Örnek: Faik,** büyük bir şehrin yaya bölgesinde, bulaşan kimselerde bir yıl sonra acı verici, ancak öldürücü olmayan bir hastalığa neden olan bir virüs bulaştırır. Bu durum ortaya çıkınca –ki bu arada bir kaç kişiye bu virüs bulaşmıştır-, kanun koyucu yaralama suçuna ilişkin maddeye cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal ekler: "virüs yayılması suretiyle ağır tehlikeli yaralama". Faik, bu hüküm yürürlüğe girdikten çok sonra hastalık ortaya çıkacak olsa bile buna göre cezalandırılamaz, zira hareketi (yani virüs yayımı) yeni kanunun çıkmasından önce gerçekleştirilmiştir[3].

---

1 Heinrich, 15, 16.
2 IBK. 06.04.1990, 2/3.
3 Heinrich, 13.

Geçmişe yürüme yasağı, maddi ceza hukuku açısından geçerli olup, ceza muhakemesi hukuku açısından "derhal uygulama" prensibi uygulanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, uluslararası suçlar konusunda kanunilik ilkesine bir istisna getirmektedir. 1949 yılında sivilleri SSCB'ye nakletmekten ötürü insanlığa karşı suç işleyen kişilerin, o tarihte bu suçlara mevzuatta açıkça yer verilmemesine rağmen, 2003 yılında mahkûm edilmelerini sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Yine, Strasburg Mahkemesi, kanunilik ilkesinin lehe kanunun geçmişe yürümesini gerektirmediği görüşündedir. Dolayısıyla bu sonuç, kanunilik ilkesinin zorunlu sonuçlarından değildir[1]. Ancak İHAM suçun işlendiği tarihten sonra kabul edilen lehteki kanun hükmünün geriye yürümesi hakkını AİHS'nin 7. maddesinin güvence altına almadığı yönündeki bu görüşünü değiştirmiştir. Mahkemeye göre, bu ilke, Avrupa Temel Şartı da dâhil temel bütün metinlerde tanınmakta, artık Avrupa ceza hukuku geleneğinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme, "hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince hâkimin, suç oluşturan eyleme kanun koyucunun orantılı bir ceza olarak belirlediği cezayı vermesinin tutarlı olduğunu, suç işleyene sadece suç işlediği tarihte daha ağır bir ceza öngörüldüğü gerekçesi ile ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini, lehte olan ceza hükmünün geriye yürümesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğunu, buna göre, eğer suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise, hâkimin, sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirtmiştir" (bkz. *Scoppola/İtalya* no. 2,B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 105-109)[2].

Konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Bayar ve Menderes ile arkadaşları anayasal düzeni zorla değiştirerek diktatörlük kurmaya "cebren teşebbüs" suçundan yargılanacaktı. "Vatana hıyanet suçları"ndan biri sayılan bu suçun cezası, o zamanki Türk Ceza Kanunu'nun 146.maddesine göre "idam"dı. Daha hafif ceza yoktu. Ya beraat ya da idam!

Yassıada'yı insan mezbahasına çevirmeyi göze alamadılar.

Bir de Celal Bayar 65 yaşını geçtiği için idam edilemezdi, onu da idam edebilmek lazımdı!

Bu iki soruna çözümü yine ***hukuk uleması*** *buldu: TCK'nın 146.maddesine yeni bir fıkra eklenecek, "fer'an iştirak" yani ikinci derece iştirak ya da yardımcı olmak diye yeni bir suç tanımı yapılacak, 5-15 sene ağır hapis öngörülecekti.* ***Geçmişe yürütülerek*** *idamlıklar dışındaki DP'lilere bu ceza verilecekti! İdam için 65 yaş sınırı da kaldırılacaktı!*

Hukuk profesörleri *bu yönde yazdıkları fetvada, gerekçe olarak, ihtilal zamanlarında böyle uygulamalar yapılabileceğini söylüyorlar, Fransa'da Nazi işbirlikçisi Petain hükümetinin de böyle geçmişe yürüyen kanunlarla yargılanmasını emsal gösteriyorlardı! Sıddık Sami Onar başkanlığında komisyonda 16 hukuk profesörü bu utanç verici raporu imzalamıştır*[3].

---

[1] Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 196.

[2] Bkz. AYM, Başvuru Numarası: 2012/731, Karar Tarihi: 15/10/2014

[3] İsimler: Komisyon Başkanı Sıddık Sami Onar, üyeler İlhan Arsel, Faruk Erem, İsmet Giritli, Burhan Kon, Nurullah Kunter, Bahri Savcı, Tarık Zafer Tunaya, Muammer Aksoy, Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Feyyaz Gölcüklü, Hüseyin Nail Kubalı, Ragıp Sarıca, Naci Şensoy, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu.

Siyaseti hukukun üstünde tutmak, hukuk profesörlerine bile neler yaptırıyor!

Geçmişe yürüyen ceza ihdas edilemeyeceği ilkesi hukukun en temel birkaç kuralından birisidir. Bunu ihlal etmek ***dehşet verici bir yüz karasıdır.*** *Elbette bu profesörler geçmişe yürüyen ceza olamayacağı, yargı bağımsızlığı, doğal hakim, masumiyet karinesi ilkelerini herkesten iyi biliyorlardı. Fakat hukuk yüksek bir değer olarak algılanmayıp siyasetin hizmetinde bir araç gibi görülünce, böyle yüz kızartıcı fetvalar çıkıyordu[1]!*

III. ORANTILILIK İLKESİ

Hukuk devleti ilkesine bağlı olan bir diğer ilke de *orantılılık* ilkesidir. Buna göre ağır fiile ağır ceza verilmelidir. Adam öldürme suçunun cezası ile hırsızlığın cezası bir olmamalıdır.

*"Sanık Ferhat'ta net 18 gram, sanık Hasan'da ise net 2700 gram esrar ele geçirilmiş olmasına göre, **TCK** 3/1 maddesinde öngörülen "**orantılılık**" ilkesine aykırı olarak, hukuki dayanağı bulunmayan matematiksel hesaplamalar sonucu temel gün para cezasının alt sınır çok aşılmak suretiyle 5003 gün olarak belirlenmesi yasaya aykırıdır" (10. CD, 17.04.2008, 6310).*

Orantılılık ilkesine, kanunumuzun çeşitli hükümlerinde yer verdiği görülmektedir. Örneğin **TCK** 3/1. maddede "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" denilmekte; **TCK** 54/3. maddede "*suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında*" müsadereye hükmedilmeyebileceği açıklanmak suretiyle orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Keza **TCK** 60/3. maddede de tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirleri bakımından orantılılık ilkesini gözeten bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

***Yerel mahkemece temel ceza belirlenirken, "suçun işleniş biçimi suçun işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri meydana gelen zararın miktarı, sanığın kusuru amaç ve saiki ile fiilin diğer özellikleri, suç işleme kastının yoğunluğu" şeklinde kullanılan alt** sınırdan uzaklaşma gerekçesinin TCK'nun 61. maddesi anlamında kanuni, yeterli ve dosya içeriğine uygun olduğunda ve buna bağlı olarak alt sınırdan uzaklaşılarak ceza tayin edilmesinin yerinde bir uygulama olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak, tüm dosya içeriği göz önüne alındığında, TCK'nun 204/1. maddesi gereğince 2 ila 5 yıl hapis cezasını gerektiren resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulurken temel hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırdan 5 yıl olarak belirlenmiş olması, aynı kanunun 3/1. maddesinde düzenlenen "orantılılık" ilkesi ve dosya kapsamıyla bağdaşmamaktadır", CGK, 11.06.2013, 292.*

(Bu profesorlerden **Faruk Erem**, **Nurullah Kunter**, **Sulhi Donmezer**, **Sahir Erman**, **Feyyaz Gölcüklü** ve **Naci Şensoy** ceza hukukçusudur).

Akyol, 284, 285.

IV. İNSANİLİK İLKESİ

Suç politikasının esaslarından bir diğeri de insanilik ilkesidir. Anayasamızın 17. maddesine göre "*kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*"[1].

Cezaların infazında da bu amaç göz önünde tutulmalı ve suç işleyen insanın sosyalleştirilmesi hedeflenmelidir. Bu kapsamda hücre hapsi, hadım etme gibi yaptırımlara yer verilmemelidir[2].

Nitekim Anayasa Mahkemesi, **8 Kasım 2006** tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 25.11.2005 tarihli 91 sayılı kararıyla Askeri Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin son fıkrasındaki "ceza rütbenin kıtası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir" şeklindeki hükmü Anayasa'nın 17. maddesine aykırı görerek iptal etmiştir. Karar şöyledir:

"Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" *denilerek, bireyi başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz.*

Erbaşlar hakkında, bir kısım askeri suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu yasa kuralı Anayasa'ya aykırıdır, iptali gerekir".

Yine bu ilkenin bir sonucu da kişinin haklarından ömür boyu mahrum edilmemesidir[3]. Önceki kanunumuzda ömür boyu haklardan mahrumiyet öngörülmüşken, yeni Türk Ceza Kanunu sadece süreli mahrumiyeti benimsemiştir (bkz. **TCK** 53; krş. DMK 48/A-5).

---

[1] Aynı yönde bkz. ABD Anayasası Eighth Amendment "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted".

[2] İçel/Donay, 72, 73.

[3] Bkz. ABD Anayasası Fifth Amendment.

Ölüm cezasının mevzuatımızda yer aldığı dönemde, bu cezanın anayasaya aykırılığı sorunu çıkmamıştı, zira söz konusu cezaya Anayasa'da yer verilmişti. ABD'de ise bazı eyaletlerde bu ceza uygulanmaktadır ve ABD Yüksek Mahkemesi bu cezanın barbarca veya orantısız olmadığına işaret ederek cezayı anayasaya uygun bulmuştur[1].

V. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESİ

Kanunumuzun 3/2. maddesine göre, *"ceza kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz"*.

Böylece kanun uygulanırken kişiler arasında ayrım yapılmaması gerektiği açıklanmış olmaktadır.

VI. KUSUR İLKESİ

Kusur ilkesi, failin, ancak fiili ona yüklenilebilecekse cezalandırılmasını öngörmektedir. Fail kusurlu hareket etmiş olmalıdır ki, sorumlu olsun. İleride ele alacağımız gibi bunun için failin isnat kabiliyetine (kusur yeteneği) sahip olması ve fiili de bilerek ve isteyerek işlemesi gerekir. Kişinin taksiri dahi yoksa cezalandırılamaz.

"Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek "kusursuz suç olmaz" anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir[2].

Kusur prensibinden çıkan sonuçlardan birisi, **kusursuz ceza olmayacağıdır** (Nulla poena sine culpa = olmaz ceza kusursuz). Buna göre sadece sonuçtan doğan bir sorumluluk (*objektif sorumluluk*) kabul edilemez. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin en azından taksirinin olması gerekir (md. 23).

Keza, akıl hastasının adam öldürmesi ya da zorlama altında adam öldürme hallerinde ceza sorumluluğu yoktur. İkinci olarak da ceza, kusur oranını aşamaz. Taksir halinde kast gibi ceza verilemez. Kusurun esası da failin daha önceki kusurlu ve kötü hayatı olamaz. Hayat kusuru kabul edilmez, aksine failin somut olayda kusurlu olması gerekir, buna da *fiil kusuru* adı verilir[3].

Kanunumuzun 270. maddesine göre, yetkili makamlara gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildiren kimse cezalandırılır. Ancak bu suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi halinde; verilecek cezanın dörtte üçü indirilebileceği gibi tamamen

---

1 Coker v. Georgia
2 AYM, 19.02.2009, 24
3 Jescheck, 18, 20

de kaldırılabilir. İşte burada kişinin kusurunun azaldığı veya kalktığı düşünülmekte ve bu nedenle cezası indirilmekte veya kaldırılmaktadır. Bu hüküm de kusur ilkesinin bir sonucudur (Benzer bir hüküm **TCK** 273/1-a).

Bir trafik suçu nedeniyle yapılan yargılamada araç sahibinin söz konusu suça ilişkin yargılamada, trafik kazasına neden olan araç sürücüsü belgesi olmayan kişiye bilerek aracına verip vermediği değerlendirmeleri, bu değerlendirmede kanunkoyucunun iradesine aykırı bir biçimde kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlayarak, bir hüküm oluşturmaya çalışması, hukuka aykırıdır. Yani yargılamayı yapan yerel mahkemenin iddia konusu fiilin kanunun öngördüğü sınırlar içersinde olup olmadığını açık ve yeterli biçimde irdelemeden kanunla belirlenmiş mevcut düzenlemenin kapsamını **objektif sorumluluk** esaslarına göre yani varsayıma dayalı bir biçimde genişleterek ilgili tarafca ileri sürülen talebin reddine karar verilmesi Anayasanın 38. maddesini ihlal eder[1].

VII. CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ

Sanığın savunmasında elektrik tesisatı ile birlikte yapılacak işleri götürü olarak diğer sanık Erkan'a verdiğini iddia etmesi, bu iddianın diğer sanık Erkan tarafından da kabul edilmiş olması ve kaçak tüketime konu endüstri meslek lisesinin tadilat işlerini üstlenen sanığın hukuki sorumluluğu bulunsa dahi, cezaların şahsiliği ilkesinden dolayı kaçak elektrik kullanmak suçuna iştirak ettiğine dair savunmasının aksini ispatlayacak hiçbir delil elde olunmadığından...beraat kararı verilmesi gerekir" (2. CD, 07.11.2007, 14541)

"Birisinin hatasıyla, başkası veya akrabası hatakâr olmaz; cezaya müstehak olmaz".Bu husus cezaların şahsi olması gerektiğini ifade etmektedir.

Yukarıda ele aldığımız kusur ilkesi ile de bağlantılı olarak, ancak kusurlu kimsenin cezalandırılması prensibinin bir sonucu olarak anayasamızın 38. ve ceza kanunumuzun 20/1. maddesinde de ceza sorumluluğunun şahsi olduğu esası kabul edilmiştir.

Yargıtay da idari para cezalarıyla ilgili bir kararında bu ilkeye atıf yapmıştır[2]: "İdari para cezası, neticede bir cezai yaptırım olup, cezaların şahsiliği ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkelerine göre alt işverenle birlikte, asıl işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir". Keza, mal beyanı dilekçesini borçlu sanığın vekilinin verdiği bu nedenle sanığın sorumlu tutulmayacağı göz önünde bulundurulmadan beraati yerine mahkumiyet kararı verilmesi hatalıdır[3].

Bu ilkenin sonucu olarak tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacak, ancak güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilecektir (**TCK** md. 20/2). Ancak Kabahatler Kanunu'na Haziran 2006'da yapılan bir

[1] AYM. Bireysel Başvuru. 7.5.2015. 2014/3134.
[2] 10. HD. 13.06.2011. 8689.
[3] 7. CD. 18.4.2002. 2915

ekle, kanunda belirtilen suçlar nedeniyle tüzel kişilere idari para cezası uygulanmasına olanak tanınmıştır (md. 43/A). Yargıtay da tüzel kişi hakkında ceza mahkûmiyeti kararı veren yerel mahkeme kararını bozarak **TCK** 20/2 ve 60. maddeleri gereğince tüzel kişiler hakkında yaptırım (doğrusu "ceza" olacak, zira güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir) uygulanmasına olanak bulunmadığına hükmetmiştir[1].

Anayasa Mahkemesi de 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun basın yayın yoluyla işlenen suçlarda, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahiplerini de cezalandıran hükmünü, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir[2]. 2012 yılında verilen bir kararında da Anayasa Mahkemesi karara gerekçe olarak cezaların şahsiliği ilkesini almıştır:

İtiraz konusu kuralda, sürücü belgesi olmadan araç kullanan kimsenin aynı zamanda araç sahibi olmadığı durumlarda, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenleneceği belirtilmekte, araç sahibinin kusurunun bulunup bulunmadığı, aracı sürücü belgesi olmayan kişiye bilerek verip vermediği değerlendirilmeden idare tarafından yaptırım uygulanmaktadır. Bu durum ise işlemediği bir fiilden dolayı araç sahibine yaptırım uygulanmasına neden olabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, sürücü belgesiz araç kullanılması ve sürücünün araç sahibi olmaması halinde tescil plakası sahiplerine sadece ruhsat sahibi olmaları nedeniyle yaptırım uygulanması cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır[3].

Anayasa Mahkemesi, korsan taksi sürücülerinin yanısıra araç sahiplerine de idari para cezası uygulanmasını öngören Karayolları Trafik Kanunu hükmünü cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulmuştur[4].

Bu ilkenin bir sonucu olarak, her ne kadar tazminat hukuku alanında çocuklarının verdikleri zarardan ebeveynler sorumlu tutulabilecekse de, ceza hukuku açısından ebeveynler çocuklarının suçuna iştirak etmedikleri müddetçe sorumlu tutulamaz. Karşılaştırmalı hukukta, Avustralya'nın NSW eyaletinde, bir çocuğun bir suçtan dolayı mahkumiyeti halinde, kasti ihmali olan, doğrudan katkıda bulunan veya maddi yardımda bulunan ebeveyn de suçun işlenmesinden sorumlu tutulmaktadır (Children Protection and Parental Responsibility Act 1997 Section 11)[5].

---

1 10. CD. 10.01.2009. 21.

2 AYM. 18.06.2009. 90.

3 AYM. 29.11.2012. 190. İptale konu hüküm 13.10.1983 günlü. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesinin. 21.05.1997 günlü. 4262 sayılı Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasının "*Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse, ayrıca tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir*" biçimindeki 4. cümlesi.

4 "Anayasa ve ceza hukukunun temel kuralları uyarınca, kişilere ceza verilebilmesi için aranan koşullardan biri hukuka aykırı eylemin kanunda belirtilmiş olmasını, diğeri de bu eylemin o kişi tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun kanıtlanmasını gerektirir. İtiraz konusu kuralda araç sahiplerinin hangi eylemleri suç sayıldığı için başkasının eyleminden sorumlu tutulduğu açık bir şekilde gösterilmediği gibi araç sahibi olma ile suç arasındaki illiyet bağının da ne suretle oluştuğu belirtilmemiştir. Kural bu yönleriyle açık ve belirgin değildir. Bu nedenlerle itiraz konusu kuralın birinci cümlesinde yer alan "*... araç sahibine...*" ibaresi ile ikinci cümlesindeki "*araç sahibine*" ibaresi yönünden cezaların şahsiliği ilkesine aykırıdır". AYM. 11.09.2014. 139.

5 Bkz. Brown vd., 153.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Karar Sayısı : 2013/168

Karar Günü : 26.12.2013

Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, "Ceza sorumluluğu şahsidir." hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.

2918 sayılı Kanun'un amacı, 1. maddesinde, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi olarak ifade edilmiştir. Fahri trafik müfettişleri tarafından tutulan suç tutanakları iradi ve kusurlu olan sürücülerin eylemlerine dayanmaktadır. Ancak sürücünün kimliğinin belirlenmesinde, fahri trafik müfettişleri tarafından suç tutanağı düzenlenebilecek ihlallerin niteliğinden kaynaklanan güçlükler bulunduğundan, trafik ihlaline ilişkin tutanak, aracın tescil plakasına göre düzenlenmektedir. Ayrıca kural ihlali yapan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçların plâkasından başka saptanabilecek ayırt edici bir özelliğinin bulunmadığı, ancak plâka ile araç sahibine ulaşılabileceği de açıktır. Fahri trafik müfettişleri tarafından 2918 sayılı Kanun'un suç saydığı fiiller nedeniyle, sürücüsü tespit edilemeyen araçların tescil plakalarına göre suç tutanağının düzenlenmesi, bir trafik kuralının ihlal edildiğine dair suç isnadı niteliğinde olup cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı değildir.

VIII. ŞÜPHEDEN ÖZGÜRLÜK YARARLANIR İLKESİ

Demokratik toplumlarda, metinlerin yorumlanmasında "şüpheden özgürlük yararlanır" kuralı geçerlidir[1]. Bunun anlamı, yorumun mümkün olduğunca kısıtlayıcı değil, özgürlükler lehine yapılmasıdır. Özellikle düşünce açıklama suçlarında bu ilkenin önemle gözetilmesi gerekir.

Bu ilke özellikle ceza kanununda yer alan ve doğası itibarıyla çok açık olmayan ve belirlilik ilkesi bakımından sorunlu olabilecek suçlarda, örneğin tahkir suçlarında çok daha büyük bir öneme sahiptir. Bu normların yorumu noktasında hâkime büyük görev düştüğünden, hâkimin bu ilkeyi gözetmesi gerekir[2].

---

[1] Sancar, Temel, 324.

[2] Algan, 2247.

IX. KARİNELERE DAYALI İSPAT YASAKTIR

Belirtmek gerekir ki, hukukun diğer dallarında olduğu gibi ceza hukukunda da zaman zaman karinelere dayanılmaktadır. Ancak ceza hukukunun özelliği nedeniyle bunun çok sınırlı olması, mümkün olduğunca fail aleyhine olmaması ve özellikle de bir eylemin ispatı noktasında karinelerin esas alınmaması gerekir.

Karşılaştırmalı hukukta, tarihsel gelişim içinde değişik karinelere yer verildiği görülmektedir. Özellikle Anglo Sakson Hukukunda yer alan bu karinelerin çoğu günümüzde kaldırılmıştır. Örneğin, 14 yaşındaki bir erkek çocuğunun ırza geçme suçunu fiziksel olarak işlemesinin gelişimi itibarıyla mümkün olmayacağı şeklinde bir karine önceleri kabul edilmişti. Yine evlilik ilişkisinin bir gereği olarak kocanın, karısına yönelik cinsel saldırı suçunun faili olamayacağı common lawda kabul edilmişti. Hukukumuzda da önceki kanunumuz döneminde Yargıtay evlilik ilişkisinin cinsel ilişkiyi de kapsaması nedeniyle kocanın ırza geçme suçunun faili olamayacağını kabul etmekteydi. Yine kocasının bulunduğu bir ortamda suç işleyen bir kadının bunu rızasıyla yapmış olamayacağı, dolayısıyla kocasının zorlaması altında olduğu karinesinin kabulüyle, sorumlu tutulmayacağı da bir dönem kabul görmüştür. Bu karinelerin bir dönem uygulandığı Avustralya'da NSW eyaletinde bunlar kaldırılmıştır[1]. Bu karinenin nedeni, o dönemde kadınların bağımsız bir statüye sahip olmamasaydı. Kadınlar oy kullanamamakta, mal sahibi olamamakta ve çalışamamaktaydı[2].

§4. SUÇ OLUŞTURAN FİİLLERİN VE BUNLARA UYGULANACAK YAPTIRIMLARIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SORUNLAR VE İLKELER

I. Bir Eylem Ne Zaman Ceza Hukuku Yaptırımlarına Tabi Kılınmalıdır?
- **A. Bir Eylem Ne Zaman Ceza Hukuku Kapsamında, Ne Zaman Özel Hukuk Kapsamında Değerlendirilmelidir?**
- **B. Bir Eylem Ne Zaman Disiplin Suçu, Ne Zaman Suç Olarak Değerlendirilmelidir?**

II. Kanun Koyucu Bir Eylemin Suç Oluşturduğunu Belirlemek Konusunda Serbest midir?

III. Kanun Koyucu Suç Olarak Belirlediği Eyleme Uygulanacak Cezanın Miktarı Konusunda Serbest midir?

Burada üç ayrı konu üzerinde duracağım:

1. İlkin, bir eylem ne zaman ceza hukukunun ilgi alanına girer;
2. ikinci olarak, kanun koyucunun bu konuda serbest olup olmadığı ve
3. son olarak ceza miktarının tayini konusunda kanun koyucunun uymak zorunda olduğu sınırlar nelerdir.

---

[1] Brown vd., 153
[2] Brown vd., 942

Konuya ilişkin olarak iç hukukumuza ilişkin tespitler yapmadan önce belirtmek gerekir ki, bu konu ülkemizde fazla tartışılmamakla birlikte, karşılaştırmalı hukukta, ceza hukukunun sınırlarının nerede olduğu, ceza hukukunun aşırı kullanımının söz konusu olup olmadığı tartışılmaktadır[1]. Keza İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de konuyu tartışmıştır. Kasten öldürme suçunu işleyenlerin de kapsama girdiği bir af kanunu ile ilgili olarak, maktullerin yakını mahkemeye müracaatla, 2.maddenin (yaşam hakkı) ihlal edildiğini ileri sürmüşlerse de Strasburg Mahkemesi, genel af kanununun istisnai bir uygulama olduğu, devletin yasal çıkarları ile kişilerin kanunla korunan yaşam haklarının bağdaştırılması kaydıyla bir devletin **suç siyasetini belirlemede özgür olduğuna** ve bu konuda takdir hakkını değerlendirme yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir[2].

I. BİR EYLEM NE ZAMAN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARINA TABİ KILINMALIDIR?

A. Bir Eylem Ne Zaman Ceza Hukuku Kapsamında, Ne Zaman Özel Hukuk Kapsamında Değerlendirilmelidir?

"Cezanın fonksiyonu" ile doğrudan bağlantılı olarak, burada önemle incelenmesi gereken husus, **bir eylemin ne zaman ceza hukuku çerçevesinde, ne zaman özel hukuk uyuşmazlığı çerçevesinde belirlenmesi gerekeceği**dir.

Konuyu ayrıntılı olarak incelemeden önce ceza hukukuyla yeni tanışan öğrenciler açısından belirtmek gerekir ki, hukuk düzeni her zaman özel hukuk yaptırımlarıyla ceza hukuku yaptırımları arasında bir tercih yapmak durumunda değildir. Zaman zaman her ikisi de uygulanabilir. Örneğin hırsızlık durumunda, hem ceza hukuku hem özel hukuk yaptırımları uygulanır. Hatta bu bir okulda örneğin bir öğrenci tarafından gerçekleştirilmişse ayrıca disiplin hukuku yaptırımları da uygulanabilir. Buna karşılık, bazen yaptırım sadece özel hukuk yaptırımı olabilir. Örneğin, sözleşme ihlalinin ceza hukukunda bir yaptırımı yoktur. Bazen de sadece ceza hukuku yaptırımı uygulanır, uyuşturucu madde kullanımında olduğu gibi.

Özel hukuk ile ceza hukuku arasındaki sınırın çizilmesi yukarıdaki örneklerde olduğu gibi her zaman bu kadar kolay değildir. Örneğin bir DVD-Clup'a üye olarak DVD kiralayan bir kimsenin, kiraladığı DVD'yi iade etmemesi durumunda uyuşmazlık hukuki nitelikte mi kabul edilecektir, yoksa güveni kötüye kullanma suçu mu işlenmiş olacaktır?

Nitekim bu problem uygulamada da ortaya çıkmış ve konu Ceza Genel Kurulu önüne gelmiş ve mahkeme eylemin bir özel hukuk problemi olduğuna ve güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir[3]. Keza taraflar arasında miktarı ve geri ödenip ödenmediği belli olmayan parasal bir anlaşmazlığın bulunduğu bir olayda, ceza hukukunu ilgilendiren bir yönün söz konusu olmadığına karar verilmiştir[4]. Aralarındaki sözleşmeye

---

1 Brown ve diğerleri, 46 vd.
2 Tezcan/Erdem/Sancakdar, 209.
3 CGK, 27.10.1986, 472.
4 CGK, 31.10.1994, 258.

aykırı olarak Cine5 şifre çözücüsünü, evi dışındaki işyerinde kullandığı iddia edilen sanığın eyleminde, güveni kötüye kullanmak suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, ihtilafın hukuki nitelikte bulunduğu gözetilmeden, mahkûmiyetine hükmolunması, yasaya aykırıdır[1].

"Sanık tüm savunmalarında davaya konu pulluğu şikâyetçiden emaneten aldığını, ancak evin önünde dururken kaybolduğunu ifade ederek bedelini ödemeyi kabul etmiş bulunması karşısında, müsnet suçun yasal unsurları itibarıyla oluşmadığı ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuki nitelik arz ettiği gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi, yasaya aykırıdır"[2]. Sanığın suç konusu eşyayı, alacağına karşılık elinde tuttuğunu belirttiği bir olayda, gizleme ve inkâr bulunmadığından sanığa isnat edilen güveni kötüye kullanma suçunun oluşmadığı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuki nitelikte bulunduğuna karar verilmiştir[3]. Ortak sınırda bulunan ve sanık tarafından kesilen kavak ağaçlarının mülkiyetinin ihtilaflı olduğu, olayın hukuki bir uyuşmazlık niteliğinde bulunduğu gözetilmeden, hırsızlık dolayısıyla hükümlülüğe karar verilmesi kanuna aykırı bulunmuştur[4]. Buna karşılık, gayrimenkulü parselleyerek satması konusunda yetki verilen sanığın, sattığı parsellerden aldığı parayı müştekiye vermeyerek şahsi yararına kullanmış olduğu olayda, anlaşmazlığın hukuki nitelikte olduğundan bahisle beraat kararı veren yerel mahkemenin kararı bozulmuştur[5]. Benzer şekilde hayvanların üç yıl süre ile bakımını yaptıktan sonra üreyen malların bölüşülmesi konusunda yapılan yazılı anlaşmaya aykırı olarak, hayvanları bir yıl sonra başkasına satan kimsenin eyleminin özel hukuk yanında, ceza hukukunu da ilgilendirdiğine karar verilmiştir[6].

> *"Yapı Kredi Bankası ile 21 milyon lira limitli visa kartı sözleşmesi yapan sanığın aldığı bu kartla limitin üzerinde alım yapmaktan ibaret eyleminin hukuki mahiyette olduğu gözetilmeden hükümlülüğe karar verilmesi, yasaya aykırıdır" (6. CD, 15.02.1999, 385).*

Yine lokantasında dinlettiği müzik nedeniyle hakkında ceza davası açılan sanık hakkında, uyuşmazlığın ceza hukuku değil, özel hukuk uyuşmazlığı olduğuna karar verilmiştir:

Açıklanan nedenlerle, yayın akışı ve koşulları hususunda hiçbir tasarruf yetkisi bulunmaksızın, bir müzik eserini televizyondan/radyodan yapılan yayın aracılığıyla "...Restaurant" isimli işletmesinde müşterilerine dinletmekten/izletmekten ibaret eylemin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu nazara alındığında sanığın tazmini anlamda sorumluluğundan bahsedilebilir ise de, cezai yönden suç kastı bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır"[7].

---

[1] 11. CD. 02.12.1996. 2490. Bugün için bkz. TCK 163/2. Aynı yönde. 2.CD. 12.02.2014. 10462/3569.
[2] 9. CD. 28.02.1992. 1191.
[3] 9. CD. 15.12.1992. 11049.
[4] 6. CD. 13.06.1991. 4582.
[5] 6. CD. 26.02.1976. 1392.
[6] 11. CD. 20.05.2002. 4434.
[7] 19.CD. 25.06.2018. 15697/7671.

Özellikle dolandırıcılık suçu bakımından uygulamada, hukuka aykırı eylemin suç oluşturup oluşturmadığı konusunda tereddüt yaşanabilmektedir[1].

B. Bir Eylem Ne Zaman Disiplin Suçu, Ne Zaman Suç Olarak Değerlendirilmelidir?

Burada ele alınması gereken bir sorun da bir eylemin **ne zaman disiplin suçu, ne zaman suç** oluşturacağıdır.

Bu konuda genel geçerli bir kural ortaya koymak güçlük arz etmektedir. Nitekim uygulamada da somut olayın özelliklerine göre değişik kararlar verildiği görülmektedir. Örneğin, bir kararında *Yargıtay* "yöresel töre gereği Ramazan Bayramı günü bayramlaşmak üzere karakola gelen kimi köylülerin bir kısım yiyecek ve sigara ile şeker almak üzere bıraktıkları parayı kabul etme eyleminin" disiplin suçu niteliğinde olduğuna, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağına karar vermiştir[2]. Bir başka kararda da icra memur yardımcısının hacze giderken otomobile bir bayanı alması ve hacizden dönüşte bu bayanla cinsel ilişkide bulunmasının yaptığı görevle ilgili olmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı, ancak disiplin cezası verilebileceğine hükmedilmiştir[3].

II. KANUN KOYUCU BİR EYLEMİN SUÇ OLUŞTURDUĞUNU BELİRLEMEK KONUSUNDA SERBEST MİDİR?

Hemen yukarıdaki sorun ile bağlantılı olarak tartışılması gereken bir konu ise yasa koyucunun **hangi eylemleri ceza hukuku kapsamına dâhil edeceği** konusunda serbest olup olmadığıdır. Örneğin, yasa koyucu AİDS hastası olmayı veya fahişe olmayı cezalandırabilir mi[4]? Bazı batı ülkelerinde

---

[1] Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için: failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanılma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.
Somut olayda, Kalkandere Asliye Hukuk Mahkemesinin 01.04.2005 tarih ve 2004/24-9 sayılı kesinleşmiş ilamıyla boşanmalarına karar verilen sanıklar Fatma T. ve Muzaffer T.'in, gerçekte birarada yaşamaya devam ederek muvazaalı boşanma yaptıklarından ve bu boşanma kararına istinaden sanık Fatma'nın babasından kalan yetim maaşını almak suretiyle kamu kurumu niteliğinde olan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nı 6.581,00 TL zarara uğrattıklarından bahisle dolandırıcılık suçundan cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasında, sanıkların kesinleşmiş bir Mahkeme kararı ile boşandıkları, sanıkların böyle bir kararın varlığına rağmen birarada yaşayıp yaşamama hususunda özgür iradeleri ile davranabilecekleri, bu durumda hak sahibine maaş bağlanıp bağlanılmaması hususunun kurumun takdirinde bulunduğu ve **usulsüz yapılan bir ödeme ve zarar var ise bunun idare tarafından Hukuk Mahkemelerinde açılabilecek davalar yoluyla tazmin edilebileceği**, bu nedenle sanıklara isnat edilen dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının suç konusu olayda oluşmadığına yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir". 15. CD. 20.06.2012. 39626.

[2] 4. CD. 16.02.1993. 1140.

[3] 4. CD. 03.11.1989.

[4] Örnekler için bkz. Dressler, 712.

yakın geçmişe kadar ve halen de bir takım ülkelerde eşcinsel ilişkiler cezalandırılmaktadır. Kanun koyucu yetişkinler arasında rızayla gerçekleşen bu tür bir ilişkiyi cezalandırabilir mi?

Hayatınızda hiç suç işlediniz mi diye soracak olsam, çoğunluk, trafik kurallarının ihlalinin de suç olup olmadığını soracaktır. Trafikteki ihlaller de suç mudur? Bu durumda, bir eylemi suç olarak belirlemenin kriterleri nedir? Trafik ihlallerinin, hırsızlık, uyuşturucu suçları, yaralama ile ortak yönleri nelerdir?[1].

Karşılaştırmalı hukukta, bu konuda bazı kıstaslar öngörülmüştür. Buna göre, ceza hukuku mümkün olduğunca az devreye girmelidir. Ceza hukuku, sosyal savunma amacına yönelik olarak kullanılmalı ve ancak icrai fiillerden dolayı sorumluluk öngörmeli, ihmalden dolayı değil. Sosyal sorumluluğu temin edici düzenlemeler de ceza hukuku vasıtasıyla getirilebilir. Son olarak zorunluluk ve ölçülülük ceza hukukunun kullanılmasının şartları olmalıdır[2].

Esasen kanun koyucu istediği her fiili suç olarak tanımlama özgürlüğüne sahiptir[3]. Bu konuda getirilmiş olan tek sınır, Anayasa'ya aykırı bir düzenleme yapılmamasıdır. Bununla beraber, kanun koyucunun, her türlü fiili suç haline getirmesinde yarar da bulunmamaktadır. O nedenle, bir eylem ancak toplumsal düzenin sağlanması ve korunması bakımından vazgeçilmez nitelikteki yararların korunmasına yönelik ve son çare olarak suç haline getirilmelidir. Bu bakımdan ortaya çıkan sorun, Anayasa Mahkemesi'nin sadece Anayasa'ya aykırılık denetimi yapma yetkisinin mi bulunduğu, yoksa bir eylemin suç haline getirilmesinde toplumsal yarar, zorunluluk bulunup bulunmadığı gibi konularda bir denetim yapıp yapamayacağıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin istikrarlı kararlarında;

> *"Anayasanın suç ve ceza konularında, bir eylemin ancak kanunla suç sayılabileceği, cezalarla ceza tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir eyleminden dolayı cezalandırılamayacağı; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan ağır bir ceza verilemeyeceği; kimsenin, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını cezalandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı, ceza sorumunun şahsiliği (AY madde 38) ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamayacağı (1982 AY madde 17/3) gibi başlıca birkaç ceza ilkesini belirtmekle yetinerek, bunların dışında kalan ceza konularının ve özellikle belli bir zamanda ne gibi eylemlerin suç sayılacağının ve o suçlara ne miktar, ne çeşit ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne yolda uygulanacağının saptanmasını yasa koyucuya bırakmış bulunmaktadır. Kanun koyucu bu konuda Anayasa kuralları, ceza hukuku ilkeleri ve toplum yaşantısının zorunluluk ve yararlarının gerekleri ile bağlı kalarak, değerlendirme yetkisini kullanabilecektir"[4];*

---

[1] Brovm ve diğerleri. 47.
[2] Brovm ve diğerleri. 64
[3] A.g. Koca/Üzülmez. 39.
[4] 06.04.1971. 36.



"Yasa koyucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği; hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Esasen ceza hukuku, yapısı yönünden toplumun kültürel ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısı ile yakından ilgili bulunması ve ancak devletçe konulabilir ve biçimlendirilebilir olması nedenleriyle siyasal bir nitelik de taşıyan bir hukuk dalıdır. Olayda yasa koyucunun, toplumun gereksinmelerini karşılamak; dirlik - düzenlik ve güvenliğini daha etkili biçimde sağlamak amacıyla kişinin özgürlüğüne ve beden tamamlığına yönelmek suretiyle malının cebir ve şiddet kullanmak ve tehdit etmek suretiyle gasp edilmesi biçiminde işlenen suçlarda, malın kıymetinin hafif veya pek hafif olmasının cezanın eksiltilmesine neden saymaması, başka bir anlatımla bu tür suçlara uygulanacak cezalarda bir alt sınır kabul etmesi devletin ceza siyaseti ile ilgili bulunduğundan yasama organının takdir alanına girdiği kuşkusuzdur"[1];



"Anayasa'da, bu sayılan kurallar dışında ayrıca buyurucu veya yasaklayıcı bir kural bulunmadığından, suçlar ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak yasa koyucunun yetkisi içinde kalmaktadır. Anayasa, suç ve cezaya ilişkin olarak belirlediği bu ilkeler dışında kalan, özellikle, ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür ceza verileceği, nelerin cezayı ağırlaştıracağı veya hafifletici neden sayılacağı gibi konularda bir kural koymamış, bunların saptanmasını yasa koyucuya bırakmıştır. Şu halde yasa koyucu, Anayasa'ya göre kendi yetki alanına giren bu konularda takdir hakkına sahiptir. Yasa koyucunun da bu yetkiyi kullanırken Anayasa'nın 38. ve 17. maddelerindeki ilkeleri gözeterek cezaları, suçların ağırlık derecelerini ve yeniden suç işlenmesini önleme ve suçluyu ıslah amaçlarını da göz önünde tutarak koyması gerekir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda değişik suçlar için değişik cezalar öngörüldüğü gibi daha hafif suçlar için daha ağır cezalar da bulunmaktadır. Kimi kez de aynı suç için değişik tür ve ağırlıkta cezalara yer verilmiştir[2]" denilmekteydi.

Nitekim **Askeri Yargıtay** da bazı suçlar hakkında şartla salıverme ve erteleme hükümlerinin uygulanmasına ilişkin özel olarak çıkarılan bir kanun (4616 sayılı kanun) kapsamına Askeri Ceza Kanunu'nun bazı hükümlerinin alınmaması dolayısıyla yapılan Anayasa'ya aykırılık itirazına karşılık, kanun koyucunun ceza hukuku alanında yapacağı düzenlemelerde göz önünde bulunduracağı temel kuralların Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlendiğini, burada düzenlenen ilkeler dışında, ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür ceza verileceği, nelerin cezayı ağırlaştırıcı

[1] 11.12.1980, 68.
[2] 12.01.1989, 3.

veya hafifletici neden sayılacağı gibi maddi ceza hukukuna ilişkin konuların, yasa koyucunun takdir alanı içinde bulunduğunu, suç ve ceza yönünden sınırları belirtilen bu takdir alanının, ceza hukukunun tamamlayıcı bölümünü oluşturan infaz hukuku için de geçerli olduğunu, bu nedenle, yasa koyucunun, hükümlünün şartla salıvermeden yararlanma koşullarını suç türüne göre ayrım yaparak ve zaman içinde toplumun gelişmesine göre serbestçe ve farklı biçimde takdir edebileceğini ifade etmiştir[1].

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilen istikrarlı kararlarından ayrıldığını gösteren bir karar vermiştir. Söz konusu kanun hükümleri ile ilgili olarak, kapsam dışı bırakılan hükümler bakımından Anayasa Mahkemesi bir değerlendirme yapmış ve benzer suçların yasa kapsamına alındığı halde, benzer nitelikteki daha ağır suçları işleyenler için getirilmiş olanakların daha hafif suçlar bakımından tanınmamış olmasını kanun koyucunun takdirinde görmemiş ve hukuk devleti ilkesine (AY md. 2) aykırı ve dolayısıyla adaletsiz bir hüküm olduğuna karar vermiştir[2]. Mahkeme bu kararında eylemlerin ağırlığı ve ilgili suç tipleriyle korunan hukuki yararı da gözeterek, esasen kanun koyucunun bu konudaki takdirine doğrudan müdahalede bulunmuştur. Keza mahkemenin bazı suç tiplerine yönelik iptal istemini reddederken belirttiği *"aynı tür içinde kabul edilemeyecek suçlara da yer verilmesi ve itiraz konusu maddedeki suçun topluma yönelik olması, yaratacağı tehlikeler gözetildiğinde..."* gerekçesi de kanun koyucunun yerine geçerek karar verdiğini göstermektedir. Nitekim bu durum, bu kararda birçok suç tipi ile ilgili olarak sübjektif değerlendirmelerin yapıldığı, karşı oylara neden olmuştur. Bununla beraber, mahkeme bazı suç tipleri bakımından haklı olarak anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık dolayısıyla iptal kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2001 yılında belirlediği çizgiyi son olarak Kabahatler Kanunu ile ilgili olarak vermiş olduğu 01.03.2006 tarihli kararında da devam ettirdiğini görmekteyiz. Kabahatler Kanunu'nun *"bu kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır"* şeklindeki 3. madde hükmü, mahkeme tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Mahkeme burada da takdirilik denetimi yapmaktadır: "Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, *"idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" denilmektedir. Bu kurallara göre, Anayasa'da idarî ve adlî yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adlî yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir"*[3].

---

[1] Ask. Yargıtay. 5. D. 14.02.2001. 109.
[2] 18.07.2001. 332.
[3] AYM. 01.03.2006. 35.

2006'nın sonunda verilen bir kararda da Anayasa Mahkemesi bu konuyla ilgili olarak çizgi değişikliğine gideceğinin sinyallerini vermektedir: "*Yasa koyucu, Anayasanın 2. ve 5. maddelerinde öngörüldüğü üzere Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına almak zorunda olduğu gibi, toplumsal ve siyasal yapıyı korumak amacıyla da bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamak suretiyle suç yaratabilir. Yasa koyucu bu çerçevede suç yaratırken koruma yükümünün gerekleriyle bağlı olduğu gibi, yaratılan suçla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı durumda 13. maddedeki kayıtlarla bağlıdır. Yaratılan suçlara uygulanacak ceza miktarı da Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ceza hukukunun ana ilkeleri ile ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Bu nedenle yasa koyucunun ceza politikasının, öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine ve 38. maddedeki güvencelere uygun olması gerekir. Bu doğrultuda ceza önlemiyle toplumsal barışı amaçlayan Anayasa, suçların niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi gözeterek ne miktar ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne yolda uygulanacağının saptanmasını yasa koyucuya bırakmıştır. Yasaların kamu düzeninin kurulması ve korunması, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir*"[1]. Aynı yönde: "*Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır*"[2].

Yargıtay da Anayasa Mahkemesi'nin yeni içtihadına uygun olarak "*ceza normu koyma açısından devlete sübjektif bir hak tanıyan anlayışı kısmen de olsa terk etmek eğiliminin ilk işaretlerini vermiştir*"[3]. Nitekim Yargıtay'a göre, "*cezalandırma veya cezalandırmama yetkisi devlete ait olup, bu konuda kurallar koyma yetkisinin yasa koyucu tarafından kullanılacağı doğaldır. Fakat bu yetkinin kullanılmasında, ortada toplumdan kaynaklanan bir gereksinim olmalı ve bu gereksinimin giderilmesinde "insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesi" ve bunun bir sonucu olarak da adalete uygunluk ölçüsü gözetilmelidir*"[4].

Amerika Birleşik Devletleri'nde polisin yaptığı kontrol sırasında kollarında uyuşturucu izleri bulunan bir kimse mahkûm edilmiş, Federal Anayasa Mahkemesi bir "durum"un cezalandırıldığı bu tür suçların Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir (Önceki kanunumuzda da kişinin üzerinde kendinin olduğu ispat olunamayan eşyayı (hırsızlık ürünü olması ihtimali bulunan) taşıması suçu bulunmaktaydı). Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre, burada cezalandırılan uyuşturucu kullanılması, satışı veya bundan kaynaklanan anti sosyal davranışlar değildir. Burada uyuşturucu bağımlısı olmak cezalandırılmaktadır. Böylece ortaya çıkan bir sorun da bir şeye bağımlı olmanın cezalandırılıp cezalandı-

[1] AYM. 27.09.2006. 94.
[2] AYM. 05.03.2009. 42.
[3] Unver. Hukuksal Değer. 5-89.
[4] CGK. 27.03.2001. 37.

nlamayacağıdır. Örneğin alkolik olmak suç haline getirilebilir mi? Yüksek mahkeme bu tür bir eylemin suç haline getirilmesini Anayasaya aykırı bulmuştur[1]. Buna karşılık Amerikan Yüksek Mahkemesi, altı yıl sonra önüne gelen 1952 tarihli Texas Ceza Kanunu'nun "kamuya açık bir alanda veya kendi evi dışındaki bir evde sarhoş olan veya sarhoş durumda bulunan kimse cezalandırılır" şeklindeki hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır[2].

Yine karşılaştırmalı hukukta, ceza hukukunun sadece önemli ihlallerde kınama amacıyla fonksiyon görmesi ve eşitlik ve ölçülülük ilkelerinin gözetilmesi gerektiği özellikle vurgulanmaktadır[3].

Kanun koyucunun suç belirleme konusundaki tekelini sınırlayıcı tek şey anayasal hükümlerdir. Bu çerçevede de en önemli prensip "kusur prensibi"dir. Bu nedenle, anayasaya mutlaka "**ceza sorumluluğunun esası kusurdur**" şeklinde bir hükmün eklenmesinde zorunluluk vardır. Aksi takdirde, yukarıdaki örneklerde de olduğu gibi, bir kimsenin evsiz-barksız olması, işsiz olması, fahişe olması, belirli hastalıklarının bulunması gibi "durum" içeren ve kişinin kusurunun bulunmayabileceği haller de cezalandırılabilecektir.

III. KANUN KOYUCU SUÇ OLARAK BELİRLEDİĞİ EYLEME UYGULANACAK CEZANIN MİKTARI KONUSUNDA SERBEST MİDİR?

Burada incelemek istediğim bir diğer sorun da kanun koyucunun suç olarak belirlediği eylemlere uygulanacak **cezanın miktarını belirleme** konusundaki yetkisinin yerindelik denetimine tabi tutulup tutulamayacağıdır. Anayasa Mahkemesi, "*yasa koyucu, cezayı saptarken, ceza yaptırımının suçlu üzerinde doğuracağı elem ve acının, bu suçun toplumda neden olduğu tepkiyle orantılı bulunması gereğini göz önünde tutmak durumundadır*" demekteyse de[4], birçok kararında eşitlik ilkesi dışında, bu konudaki takdir yetkisini denetlememektedir.

TARTIŞINIZ:

Kanun koyucunun yerinde olsaydınız "hırsızlık" suçunun cezasını belirlerken, ne tür bir ceza (hürriyeti bağlayıcı, para, haklardan yoksunluk, emniyet tedbiri vs) ve ne miktarda(1 yıl, 2 yıl, 3 yıl vs.) bir ceza öngörürdünüz? Bu konudaki ölçütleriniz neler olurdu?

Anayasa Mahkemesi'nin yerinde olsaydınız ve sorun önünüze gelseydi, meclisin bu konuda yaptığı belirlemeleri nasıl denetlerdiniz?

Yasa koyucunun suç ve cezaların tayininde takdir yetkisi konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararına ilişkin olarak verilen aşağıya aynen aktardığım karşı oy yazısındaki görüşlerin esas alınması gerektiğini düşünüyorum: "*Mahkemelerce, yargılanarak suçluluğu sabit görülüp hü-*

---

[1] Eighth and Fourteenth Amendments: Zalim ve alışılmadık ceza uygulama yasağı ve temel haklar. Robinson v. California. 1962.

[2] Powell v. Texas. 1968.

[3] Bkz. Brown vd., 62.

[4] 18.11.1980, 58.

küm giyenlerin, aldıkları hapis cezasını çekmeleri ve böylece topluma yeniden kazandırılmaları ceza hukukunun temel kurallarındandır. Yasaların yasakladığı her eylem için, bu eylemin işlendiği sırada yürürlükte olan Yasa'da gösterilen ceza verilir ve bu cezanın nerede ve ne tarzda infaz edileceği de önceden belirlenir. Aslolan mahkemelerce tayin edilen hürriyeti bağlayıcı cezaların tamamen infaz edilmesidir. Çok istisnai hallerde, çıkartılması gereken af yasalarından, hangi suçluların ne kadar yararlanacaklarının takdiri ise yasa koyucuya aittir. Toplu af suçlu için temel hak ve hürriyetlerden olmadığına göre, suçları veya suçluları birbiriyle mukayese ederek yasa koyucunun bu alandaki geniş takdir hakkına müdahale edilemez. Yasa koyucu, Anayasa ile yasaklanan alanlara girmedikçe af yasasının kapsamının tayininde herhangi bir kısıtlayıcı kurala tabi değildir.

Anayasa Mahkemesi'nce verilen kimi kararlarda belirtildiği gibi, Anayasa'nın 38. maddesinde ceza hukuku alanında suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerde uyulması gereken temel ilkeler belirlenmiş olup, bu ilkelerin gözetilmesi koşuluyla ne tür eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne türde ceza verileceği, nelerin cezayı ağırlaştırıcı ya da hafifletici neden sayılacağı yasa koyucunun takdir alanı içine girmektedir. Kuşkusuz ki, yasa koyucunun af konusundaki takdir hakkı cezaların tayinindekinden daha geniştir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasa koyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak hüküm kuramaz. Anayasa'nın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasa koyucunun isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi iptal nedeni olamaz. İsterse yer verilip isterse yer verilmeyecek bu tür noksanlıklar, yasa koyucunun takdir yetkisi içindedir. Yasa maddesine içindeki kimi sözcükleri ayıklayarak yeni bir kural niteliği vermek Anayasa'ya uygunluk denetimiyle bağdaşmaz. Bir kuralın, uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptali istenemez. Yasa koyucunun dilediği zaman giderebileceği noksan düzenleme, anayasal zorunluluk dışında; Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Yasa koyucunun takdir alanı içine giren bir konuda getirilen bir kuralın denetimi yerindelik denetimi olur. Oysa Anayasa yargısında yerindelik denetime yer yoktur.

Ayrıca, 4616 sayılı Yasa kapsamı dışında bırakılan kuralların, kapsama alınan kurallarla karşılaştırılarak iptaline karar vermek, kendini yasa koyucu yerine koymaktan farksızdır. Kabul edilmelidir ki Anayasamızda gösterilen temel hak ve özgürlükler arasında aftan yararlanma diye bir hakka yer verilmemiştir. Bu nedenledir ki, yargılanarak suçluluğu sabit görülenler, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Yasak alana girmediği sürece affa yetkili olan yasa koyucu, çıkaracağı affın kapsamını da belirlemeye yetkilidir".

Anayasa Mahkememiz yeni kararlarında da aynı bakış açısını sürdürmektedir:

"Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ko-

nularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır. Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasa koyucu, değişik eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Nitekim yasa koyucunun cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek neticeyi dikkate alarak tercihini bu yönde kullandığı ve buna göre bir cezalandırma sistemini benimsediği anlaşılmaktadır[1]. Yasa koyucunun cinsel istismar suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel istismar sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü olduğunu kabul ederek bu suça "Kişilere karşı suçlar" bölümünde yer verdiği görülmektedir. Cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olduğu ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu olabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca en az taksirle hareket etmesinin yeterli olduğu dikkate alındığında, "en az taksir düzeyi"nde kabul edilebilen bir hareketin hafif veya ağır olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Öte yandan, cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumu, asıl suçtan bağımsız bir suç türü olmayıp, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halidir. Burada faile gerçekleşen neticeden dolayı ikinci bir ceza verilmemekte, fakat bundan dolayı failin cezası artırılmaktadır. Yasa koyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur" şeklinde karar vermiştir[2].

---

* 6545 sayılı Kanun ile TCK 102 ve 103'te yer alan bu nitelikli hal kaldırılmıştır.

[2] AYM, 26.02.2009, 34: "Kanun'un 106. maddesinin gerekçesinde, tehdit suçunda kişilerin huzur ve sükûnu ile karar verme ve hareket etme hürriyeti korunarak kişilerde güvensizlik duygusunun meydana gelmesinin engellendiği, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinde tehdidin kapsadığı korkutma gücünün ağırlığı ve yoğunluğu nedeniyle mağdurda ciddi kaygılar meydana geldiği ve suçun silahla işlenmesi hâlinde meydana gelen korkunun çok daha yoğun ve kolay olacağı belirtilmiştir. Buna göre kanun koyucunun, takdir yetkisine dayanarak ve kuralla korunmak istenen hukuki yararı, suçun niteliğini, meydana gelen neticeyi de dikkate alarak düzenlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Başvuran Mahkeme, silahla basit yaralama suçunda verilen ceza ile silahla tehdit suçuna verilen cezayı karşılaştırarak, bu hususun suç ve ceza dengesini bozduğunu ileri sürmüş ise de, itiraz konusu kural uyarınca silahla tehdit suçunun işlenmesi hâlinde verilecek cezayı belirlemek kanun koyucunun takdirinde olup, ceza miktarının Kanun'da belirtilen yaralama suçu ile karşılaştırılarak değerlendirmede bulunulması anayasal denetime esas oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir". AYM, 20.03.2013, 46.

Keza, **TCK** 103/3'te çocukların cinsel istismarı suçunda, suçun failinin üvey baba olması halinde cezanın artırılması, ancak üvey anne olması halinde herhangi bir artırımın öngörülmemiş olması da eşitlik ilkesine aykırılık savıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş, ancak mahkeme, "*yapılan bu düzenlemeyle, cinsel istismar suçunun "üvey anne" tarafından işlenmesi hali suç olarak varlığını devam ettirmekle birlikte, yasa koyucu bu durumu ayrıca ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul etmemiştir. Söz konusu düzenlemenin, cinsel istismar suçunun daha ziyade erkekler tarafından işlendiği ve erkeklerin kadınlara göre daha fazla fiziksel güç kullanma potansiyeline sahip olmaları dikkate alınarak, böylece bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi ve çocuğun daha etkin bir koruma altına alınması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Yasa koyucunun takdir yetkisine dayanarak ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak yaptığı bu düzenlemenin, hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur*"[1]. kararını vermiştir[2].

Anayasa Mahkememiz, "*suç sayılan eylemler arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıklar da bulunabilir. Kimi benzerliklere rağmen eylemin toplumda yarattığı infial, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, işlenme oranındaki artış ve azalma gibi faktörlere bağlı olarak daha ağır cezayla yaptırıma bağlanması veya bu sonucu doğuracak biçimde indirim nedenlerine yer verilmemesi yasa koyucunun takdirindedir*" istikrarlı görüşünü yinelemiştir[3].

---

[1] AYM. 05.03.2009, 41.

[2] Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırılık görmemesine rağmen, kanun koyucu 6545 sayılı Kanun ile Haziran 2014'te 102 ve 103.maddelere, nitelikli hal olarak, suçun üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesini nitelikli hal olarak kabul etmiştir.

[3] AYM. 05.03.2009, 43; aynı yönde, AYM. 25.02.2010, 42. Anayasa Mahkemesi, 30.06.2011 tarihinde verdiği bir kararında da aynı çizgiyi koruduğunu göstermiştir.

'Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece suçun temel şeklini esas alarak ve suçun temel şekli için öngörülen ceza miktarlarını suçun nitelikli halleri ile kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil, o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.

Yasa'nın 106. maddesinin gerekçesinde, tehdit suçunda kişilerin huzur ve sükûnu ile karar verme ve hareket etme hürriyeti korunarak kişilerde güvensizlik duygusunun meydana gelmesinin engellendiği, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinde tehdidin kapsadığı korkutma gücünün ağırlığı ve yoğunluğu nedeniyle mağdurda ciddi kaygılar meydana geldiği ve suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde meydana gelen korkunun çok daha yoğun olacağı belirtilmiştir. Buna göre Yasakoyucunun, takdir yetkisine dayanarak ve meydana gelen neticeyi de dikkate alarak düzenlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır (AYM. 30.06.2011, 114).

Anayasa Mahkemesi yeni tarihli bir kararında konuya ilişkin geniş bir değerlendirme yaparak, ceza kanunumuzdaki düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuştur[*].

---

[*] AYM, 17.11.2011, 154. 5237 sayılı Kanun'da "*adliyeye karşı suçlar*" başlığı altında 267. maddede düzenlenen iftira suçunun temel şeklinin yer aldığı maddenin (1) numaralı fıkrasında, yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişinin bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, suçun nitelikli hallerinden olan mağdurun iftira neticesinde hapis cezasıyla cezalandırılmasının düzenlendiği maddenin (5) numaralı fıkrasında ise mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına, süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Maddenin itiraz konusu (7) numaralı fıkrasında ise mağdur hakkında hapis cezası dışında adlî veya idarî bir yaptırım uygulanmış olması birlikte değerlendirilmiş ve iftira eden kişinin, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını da dikkate almak zorundadır. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yaratılığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.

Yasakoyucu, iftira suçunun temel şekli ve nitelikli halleri ile failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri düzenlerken iftira sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü de dikkate alması gerekir. İşlemediğini bildiği hâlde bir suç isnat ederek mağdurun mahkum olmasına neden olan sanıklar hakkında, mağdurun hapis cezasıyla cezalandırılması halinde, Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince mahkum olunan hapis cezasının üçte ikisi kadar mağdura uygulanan bu hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi halinde ise Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince 3 ila 7 yıl arası hapis cezası öngörülmesi, sanıklar açısından ceza adaletine uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, iftira neticesinde mağdurun işlemediği bir suçtan yargılanıp hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan kişi, Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince (mahkûm olunan cezanın üçte ikisi) asgari 20 gün hapis cezası ile cezalandırılacakken, mahkemece mağdur hakkında uygulanan hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması halinde ise iftira eden kişinin Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince asgari 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılması gerekecektir. İtiraz konusu fıkra uyarınca, mağdur hakkında uygulanan hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya seçimlik olarak hapis cezası ve adli para cezası öngörülen suçlar bakımından da adli para cezasının tercih edilmesi hapis cezasına mahkum edilmesine oranla daha ağır bir şekilde cezalandırılma sonucunu doğurmaktadır.

Öte yandan, hapis cezası dışındaki adli yaptırımlar ile idari yaptırımlar kişi üzerindeki etkileri bakımından değerlendirildiğinde, hapis cezası dışındaki adli yaptırımların idari yaptırımlara göre daha ağır sonuçlarının olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca ihlalin niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibariyle de idari yaptırımlar ile adli yaptırımlar arasında kapsamlı farklılıklar bulunmaktadır. Oysa yasakoyucu, iftira sonucunda mağdur hakkında konusu suç teşkil etmeyen ve genellikle kişiye görev ve yükümlülüklerinin hatırlatılmasından ibaret olan idari yaptırımların uygulanması haliyle, hapis cezası dışındaki adli yaptırımların uygulanması halini aynı ağırlıkta görerek, her iki durum için de aynı miktarda cezalar öngörmüştür. Bu açıdan itiraz konusu fıkrada suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengenin korunamadığı ve bu haliyle de adalet duygularını zedeleyen bir durum bulunduğu açıktır.

İtiraz konusu fıkranın, suçun niteliği, mağdurun uğradığı zararın ağırlığı, mağdur hakkında uygulanan yaptırımın çeşidi ve suçla korunan hukuki fayda bakımından değerlendirilmesi yapıldığında, iftira neticesinde mağdur hakkında hapis cezası uygulanması halinde öngörülen ceza ile mağdur hakkında hapis cezası dışında adli yaptırım veya idari yaptırım uygulanması halinde öngörülen cezalar arasında kabuledilebilir bir oranlı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle de

Amerika Birleşik Devletleri'nde, Anayasa aşırı, orantısız ceza verilmesini yasakladığından, ırza geçme (nitelikli cinsel saldırı) suçu karşılığında ölüm cezasının öngörülmesini Yüksek Mahkeme tartışmış ve ABD Anayasası'na aykırı bulmuştur[1]. Benzer şekilde, bu kez bazı eyaletlerin çocukların ırzına geçilmesi halinde ölüm cezası öngörmelerini de Yüksek Mahkeme, orantılı bir ceza olmaması nedeniyle anayasaya aykırı görmüştür[2]. Buna karşılık, şartlı salıverilme imkânı olmak kaydıyla, toplam üç suç (suçlar şiddet suçu, ağır suçlar vs. olmasa da) işleyen kimsenin ömür boyu hapis veya 25 yıl hapis cezasına çarptırılması, Yüksek Mahkeme'nin aynı yönde verdiği birçok kararında Anayasa'ya uygun bulunmuştur[3].

İşaret etmek isterim ki, cezaların miktarlarının belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken bir husus da, caydırıcı olması açısından çok ağır cezalar öngörülmesinin tam tersi bir etki yapabilmesidir. Cezalar fiile göre çok ağır olduğunda hakimlerin vicdanında yer bulamamakta ve bu kez hakim, mümkün olduğunca ceza tayini yoluna gitmemekte ve böylece tam tersi bir sonuç ortaya çıkarak, sanıklar cezasız kalabilmektedir.

---

itiraz konusu fıkranın hukuk devletinde olması gereken adalet ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Aynı yönde yeni bir karar:

"Kanun koyucu takdir yetkisi olmakla beraber, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate alınmak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı etkinin, suçtan zarar görenin kişiliğinin ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğunun da dikkate alınması gerekir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesi"nin bir gereği olarak ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "ölçülülük ilkesi" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur...Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması sureliyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi, fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkanını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir netliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle, kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır". AYM, 12.11.2015, 100.

[1] Coker v. Georgia.

[2] Houston Chronicle, 26.06.2008.

[3] Bkz. Ewing v. California.

§5. HAKSIZLIK OLUŞTURAN DİĞER FİİLLER VE SUÇLAR

I. Haksız Fiiller ve Suçlar
A. Genel Olarak
B. Haksız Fiiller ile Suçların Farkları
II. İdari Yaptırımı Gerektiren Fiiller ve Suçlar
A. Disiplin Suçları ve Suçlar
B. Zabıta Tedbirlerini Gerektiren Fiiller ve Suçlar
C. Kabahatler ve Suçlar

Ceza hukuku manasında suç olmayan diğer hukuk dallarına ait suçlarla ceza hukukundaki suçları birbirinden ayırma zorunluluğu bulunmaktadır. Ceza hukuku kapsamındaki eylemler "ceza ile tehdit edilen eylem"lerdir. Böylece "teknik manada ceza" ile tehdit edilmeyen suçların da bulunduğu ortaya çıkmaktadır ki, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi disiplin suçları buna bir örnek olarak gösterilebilir. Disiplin suçlarına verilen ceza ancak bir disiplin cezası olabilir, yoksa "ceza hukukundaki teknik anlamıyla bir ceza" olamaz.

Gerçekten de haksızlık oluşturan her hukuka aykırı fiil "ceza hukuku" anlamında suç değildir. Bir fiilin suç olabilmesi için, bir ceza **kanununun** tipine uygun ve hukuka aykırı olması şarttır. Dolayısıyla hukuka aykırı olmalarına rağmen bazı fiillerin bir ceza kanununda suç olarak düzenlenmemiş olmaları dolayısıyla suç kavramı kapsamı içine girmedikleri ve fakat hukukun *diğer dallarındaki* yaptırımlarla karşılandıkları görülmektedir[1]. Bu noktada hukuka aykırı fiiller arasında suç olan ve olmayan fiilleri birbirinden ayırma problemiyle karşılaşılır.

I. HAKSIZ FİİLLER VE SUÇLAR

A. Genel Olarak

Haksız fiil terimi bir özel hukuk terimidir. Borçlar hukuku alanında hukuka aykırı bir suretle başkasına zarar veren her türlü fiil şeklinde anlaşılır ve borç doğuran iki büyük kaynaktan birini oluşturur. Borç doğuran ilk kaynak, sözleşmeye riayet edilmemesi, yani sözleşmeden doğan hukuki sorumluluk; diğeri ise herhangi bir sözleşmenin dışında kalan fakat hukukun korumadığı bir fiil ile başkasına zarar veren kimsenin hareketi, yani haksız fiil sorumluluğudur (BK 49)[2]. Haksız fiillere *medeni suç* adını veren yazarlar da vardır[3].

Bir fiili haksız fiil veya suç olarak nitelemek yukarıda da belirttiğim gibi, tamamen kanun koyucunun yetkisi dâhilindedir. Nitekim hukuka aykırı bir fiil kanun tarafından özel olarak tarif edilmiş ve bu fiile bir ceza da bağlanmışsa,

---

1 Yenisey, 5.
2 Donmezer/Erman, I, 335.
3 Gölcüklü, 23.

o fiil suçtur, aksi halde haksız fiildir. Kanun koyucu belirli hukuki hak ve menfaatleri daha esaslı, daha enerjik ve daha ağır müeyyidelerle korumaya değer görüyorsa, bunları ceza müeyyidesi altına almak suretiyle kamu hukukunun konusu yaparken, ceza gibi ağır bir müeyyide ile değil de tazminat gibi bir yöntem ile korumak istediği hakları ise özel hukukun konusu yaparak haksız fiil olarak nitelendirir[1].

B. Haksız Fiiller ile Suçların Farkları

Haksız fiiller ile suçlar arasındaki farklar şöylece özetlenebilir:

1. Kırmızı ışık yandığı halde trafik kurallarına aykırı olarak karşıya geçmek, süratli araba kullanmak gibi fiiller çeşitli kanunlar tarafından kabahat veya suç olarak kabul edildiği halde, zarar unsuru bulunmadığından dolayı haksız fiil oluşturmazlar[2]. Dolayısıyla haksız fiillerde zarar unsuru aranmaktadır. Buna karşılık suçlarda tehlike suçları da vardır.
2. Haksız fiiller açısından kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı geçerli değildir. Maddi ve manevi tazminatı gerektiren her fiilin kanunda tek tek ve açıkça gösterilmesi gerekliliği yoktur.
3. Ceza hukukunda suçlara teşebbüs cezalandırılırken, haksız fiillere teşebbüs tazminat gerektirmemektedir. Ortada bir zarar yoksa haksız fiil de yoktur.
4. Ceza hukukunda erteleme, af gibi infazı engelleyen veya kesen müesseseler bulunduğu halde, haksız fiiller bakımından mağdurun feragati olmadıkça, tazminat talebini kaldırıcı bir yol bulunmamaktadır[3].
5. Ceza hukukunda devletin cezalandırma hakkının icrası için daima bir mahkeme kararı veya en azından savcılık tarafından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla bir suç işleyen kimsenin gönüllü olarak adli para cezasını ödemesi veya ben hapse geldim deyip, içeri girmesi mümkün değildir. Zira ceza kanunları çoğu kez (krş. TCK 81, 82), sadece soyut cezayı belirlemekte, somut cezanın belirlenmesi hâkime kalmaktadır.
6. Devlet organlarının kural olarak kendi serbest takdirlerine göre, muhakemeden, cezadan veya infazdan vazgeçme hakları bulunmamaktadır. Buna karşılık haksız bir fiile muhatap olan kişi, tazminat talep etmeyebileceği gibi, sonradan vazgeçme hakkına da sahiptir. Aynı şekilde, haksız fiili gerçekleştiren kişinin doğrudan zararı tazmin etmesi de mümkündür[4].



---

1 Donmezer/Erman, I, 338, 339.
2 Akcan, 70.
3 Belgesay, 30.
4 Bkz. Heinrich, 19.

7. Haksız fiillerle suçlar arasındaki en esaslı fark yaptırım bakımındandır. Cezanın amacı genel ve özel önleme iken, tazminatın amacı mağdurun uğradığı zarar telafi etmek, karşılamaktır. Dolayısıyla tazminat sadece malvarlığına ilişkin olduğu halde; ceza, malvarlığına veya özgürlüğe yönelik olabilir. Malvarlığına ilişkin olduğundan adli para cezası ile tazminat birbirine benzemekte ise de aralarında şu farklar da mevcuttur[1]:

   a) Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak adli para cezasına ancak açık bir kanun hükmünün bulunması halinde hükmedilebildiği halde, tazminat hususunda Borçlar Kanunu'ndaki genel bir hüküm yeterli olup, tazminat gerektiren fiillerin tek tek ayrıca sayılmasına gerek yoktur.

   b) Adli para cezasına re'sen, tazminata ise talep üzerine hükmedilir.

   c) Adli para cezasında ödeme devlete yapılır. Tazminatta ise ödeme mağdura yapılır.

   d) Kaç tane fail varsa o kadar da ayrı ayrı adli para cezası söz konusu olur. Buna karşılık tek bir tazminat, bütün failler açısından söz konusudur. Yani bir haksız fiil karşısında bir tazminata hükmolunur. Failler birden fazla ise tazminat bunlar arasında paylaşılır.

II. İDARİ YAPTIRIMI GEREKTİREN FİİLLER VE SUÇLAR

A. Disiplin Suçları ve Suçlar

1. Genel Olarak

Ceza hukuku anlamında suç olmamakla beraber, hukuka aykırı olan fiillerden bazılarının "disiplin suçu" olarak düzenlendiği görülmektedir. Nitekim işine geç gelmesi veya iş sahiplerine saygılı davranmaması dolayısıyla bir kamu görevlisi, ceza kanunu hükümlerine göre bir suç işlemiş olmamakta, disiplin mevzuatına aykırı davranmış olmaktadır[2]. Disiplin hukukuna *belirli grupların ceza hukuku* (meslek grubu veya öğrenci gibi) adı da verilebilir[3]. "İdare, kendi personeline (örneğin memurlara), kendisinin varlık nedeni olan mensuplarına (örneğin kamu kurumu niteliğinde meslek teşekkülü üyelerine) veya hizmet sunduğu bireylere (örneğin öğrencilere) yaptırım uygulama yetkisine sahiptir"[4].

Disiplin hukuku özel bir ilişki ile hiyerarşi yetkisinin bulunduğu (kamu görevlileri) veya bulunmadığı (avukatlar) bir topluluğa bağlı olmaktan doğmaktadır. Suçlar ise kaynağını, devlet ülkesinde yaşama ve bulunma olayından ileri gelen genel bir itaat yükümünden almaktadır. Disiplin cezasını gerektiren fiiller, bir kimsenin rızası ile tabi olduğu belirli bir topluluğa karşı

---

1 İçel/Donay, 29, 30.
2 Yenisey, 6.
3 Gölcüklü, 23.
4 Yıldırım, 101.

olan özel bağlılık yükümüne karşı gelmesi halinde ortaya çıkar[1]. Böylece, bir toplumda örgütlenmiş diğer sosyal grupların yaşaması için gerekli bulunan ve iç düzenlerini korumak amacına yönelik normlara disiplin normları adı verilir[2].

Disiplin hukuku ilk önce kamu görevlileri bakımından söz konusudur[3]. Keza öğrenciler açısından da disiplin hukuku vardır ve üniversite öğrencilerinin disiplin hukukuna ilişkin düzenlemeler Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde yapılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2/1-l bendinde disiplin hapsinin tanımı yapılmakta ve sonuçları açıklanmaktadır:

"Kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis"[4].

2. Disiplin Suçları ile Suçlar Arasındaki Farklar

Yukarıda da izah edildiği gibi disiplin suçları ile suçlar arasındaki temel farklılık, genel sosyal düzene karşı işlenen fiillerin suç; kısmi bir düzene karşı işlenen fiillerin ise disiplin suçlarını oluşturmalarıdır. Bu temel farklılığın sonuçları ise kısaca şöylece özetlenebilir[5]:

1. Fail bakımından: Suçlar herkes tarafından işlenebilirken, disiplin suçlarını ancak belirli bir gruba mensup kimseler işleyebilir.
2. Kanunilik ilkesi bakımından:

---

1 Donmezer/Erman. I. 340.
2 Yenisey. 6
3 Devlet Memurları Kanunu md. 125
4 Disiplin veya tazyik hapsinde, denetimlik serbestliğe ilişkin hükümler uygulanamaz. Ödeme şartını ihlal suçu nedeniyle, İcra ve İflas Kanunu uyarınca 3 aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılan kişinin, kararın kesinleşerek infaza verilmesini müteakip, hükümlü tarafından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi ile eklenen geçici 4 ve 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1 ve 2. maddesi ile eklenen geçici 3 ve 105/A maddelerinden yararlanma talebinde bulunulması üzerine, mahkeme, söz konusu talebin kabulü ile hükümlünün cezasının hak ederek salıverilme tarihine kadar denetimli serbestlik tedbiri uyulanmak suretiyle infazına karar verilmiştir. Yargıtay ise haklı olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesinde, suç karşılığı uygulanacak yaptırımların, hapis ve adli para cezası olarak belirlendiği, diğer taraftan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 1. maddesinde bu Kanunun amacının, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olduğunun belirtildiği, bu haliyle 5275 sayılı Kanun'un ceza ve güvenlik tedbirlerine dair hususları kapsamakla olup tazyik hapislerine ilişkin bir hususa yer vermediği, keza Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 193/4. maddesinde yer alan 'disiplin hapsi ve tazyik hapsi kararları, tekerrüre esas olmaz, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz ve adli sicil kayıtlarına işlenmez" hükmü ile Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14/11/2006 tarihli ve 2006/16-220-231 sayılı ilamı birlikte değerlendirildiğinde, disiplin ve tazyik hapsinin bir "hapis" cezası olmadığı, CMK 2. maddede tanımlanan "disiplin hapsi" kavramı içinde kaldığı ve kısmi bir düzeni korumak amacıyla getirildiği, kişinin kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirdiği takdirde de serbest kalacağının anlaşılmasına göre, hükmün bozulmasına karar verilmiştir. 11. CD. 21.03.2013. 4666
5 Yenisey. 7; Donmezer/Erman. I. 341-345.

- Suçlar kanunilik ilkesinin bir gereği olarak kanunda ayrıntılı bir şekilde tarif edilip, genel terimler kullanılmaz iken; disiplin cezasını gerektiren fiiller hakkında ise genellikle ayrıntılı tarifler yerine "meslek şeref ve haysiyetine yakışmayan davranışlar" gibi genel ibareler kullanılır, bu fiillerin hangileri olduğu ayrıca belirtilmez. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, disiplin suç ve cezaları bakımından da kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği görüşündedir: *"Yönetim, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. Düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetsel yaptırımlar, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi zorunlu olanlarındandır. Suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim, kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz. Bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırma (çıkarma) da programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de "uymama"nın tanımı yapılmamış hangi eylemlerin "uymama" sayılacağı açıklanmamıştır. İçeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli "uymamak" kavramı, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki, haksızlık doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfiliğe dönüşmesine olanak verecek, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır. Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin konuyla ilgili birinci fıkrası "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemez." hükmünü taşımaktadır. İncelenen yasa "Hizmet içi eğitim programına uymamak" gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirerek Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratmakla kalmamış, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok geniş takdir yetkisi vererek "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak konunla konulur" diyen Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırı düşmüştür"*[1].

[1] AYM. 19.04.1988. 8.

- Ayrıca disiplin suç ve cezaları idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenebilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi 1991 tarihli bir kararında disiplin cezalarının kanun hükmünde kararnameler ile dahi düzenlenemeyeceğine karar vermiştir: "*Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır... Anayasa'nın, "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesi, İkinci Kısmı'nın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan haklar ve ödevler Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girmektedir*"[1]. Buna karşılık Danıştay, disiplin suç ve cezalarının idarenin iç işleyişinden sayıldığı ve sadece bu işleyişle ilgili yaptırımlar idare alanına girdiği için Anayasanın 38. maddesine aykırılığın bulunmadığı görüşündedir[2].

3. Yaptırımı uygulayan organ bakımından: Suç işleyenlerin cezalarına hükmetme yetkisi sadece mahkemelere aittir. Buna karşılık disiplin yaptırımları hâkimlik sıfatı, bağımsızlığı ve teminatı olmayan makamlar ve kurumlar tarafından tayin edilir.

4. Yaptırım bakımından: Suçun müeyyidesi olan ceza korkutucu nitelikte ve ağır iken, disiplin cezaları ise uyarma, kınama, maaş kesme, sınıf indirme gibi uslandırıcı veya meslekten çıkarma gibi tasfiye edici niteliktedirler. Hemen belirtelim ki, meslekten çıkarma gibi disiplin cezaları yerine göre kimi hafif ceza hukuku kapsamındaki cezalardan daha ağır niteliklidir.

5. Adli sicil kaydı bakımından: Cezalar kişinin bütün sosyal hayatına etki edip, adli sicile kaydolundukları halde; disiplin müeyyideleri sadece belirli bir teşekküle etki yapar ve adli sicile geçmezler (Adli Sicil Kanunu md. 5). Öğrencilerin fakültede veya öğrenci yurdunda idari soruşturma neticesinde aldığı cezalar, örneğin kamu görevliliğine girişte herhangi bir engel oluşturmaz.

6. Uygulanacak yargılama kuralları bakımından: Ceza yargılamasında CMK uygulanırken, disiplin yargılamasında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

---

[1] AYM. 04.04.1991, 7.

[2] Bkz. Danıştay 4. Dairesi, Anayasa'ya aykırılık gerekçesi, AYM. 25.05.1993, 20.

3. Disiplin Soruşturmasıİle Aynı Anda Ceza Soruşturması/ Kovuşturması Yapılması Durumu

Bazı fiiller hem ceza hukuku açısından hem de disiplin hukuku açısından bir müeyyideye tabi tutulabilirler. Yani suç teşkil eden fiil, failin mensup olduğu grup bakımından disiplin cezasını da gerektirebilir. Örneğin bir üniversite öğrencisinin yasa dışı bir faaliyeti, aynı zamanda bir disiplin suçu oluşturabilir. Bu noktada ortaya aynı fiilden dolayı iki ayrı kovuşturma yapılıp yapılamayacağı sorunu çıkar. CMK 223/7'de düzenlenmiş olan *ne bis in idem* (aynı konuda iki kez yargılama yapılamaması) ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır.

> *"Ceza muhakemesi hukuku ve disiplin hukuku farklı kural ve ilkelere tabi disiplinlerdir. Kamu görevlisinin davranışı, suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür. Ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir" (AYM, 13.06.2013, Başvuru Numarası: 2012/665).*

Bu konu Devlet Memurları Kanunu'nun 131/I de düzenlenmiş bulunan "aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez" hükmü ile açıklığa kavuşturulmuştur. Bu suretle ceza davası ile disiplin soruşturmasının kural olarak birbirinden bağımsız olacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu durumda ceza kovuşturmasının başlayıp başlamaması, disiplin soruşturmasını; disiplin soruşturmasının başlayıp başlamaması da ceza kovuşturmasını etkilemeyecektir. Ancak hemen işaret etmek gerekir ki, DMK 140 haklarında mahkemelerce ceza kovuşturması yapılan devlet memurlarının görevlerinden uzaklaştırılabilmelerini kabul etmektedir. Bu durumda yetkili amir ilgilinin durumunu her iki ayda bir inceleyerek görevine dönüp dönmemesi hakkında bir karar verir (DMK 145/2).

Aynı şekilde ceza kovuşturmasının zamanaşımı veya af ile düşmesi de disiplin kovuşturmasını etkilemez.

Bunun da ötesinde DMK 131/II de "memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olmaz" denilmektedir. Böylece söz gelimi memur mahkemede beraat etse bile, disiplin soruşturması neticesinde disiplin cezasına çarptırılabilecektir. Ceza yargılaması sonucunda beraat etmiş olmak, disiplin cezası ile cezalandırılma açısından bağlayıcı değildir[1]. Bununla beraber, her ne kadar disiplin soruştur-

---

[1] DANIŞTAY, İDARİ DAVA DAİRELERİ GENEL KURULU, 21.04.2011, 1391/273:
ÖZET : Dava, Gümrük Muhafaza Memuru olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E (g) maddesi uyarınca "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Olayda, Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğünde gümrük muhafaza memur olarak görev yapan davacının Arena programında yayınlanan, personelin iş sahipleri ile para alışverişi ve rüşvet olaylarına ilişkin görüntülerde yer aldığının saptanması üzerine disiplin soruşturması başlatıldığı, soruşturma sonucu düzenlenen raporda, davacı ile bir miktar para aldığı iş takipçisi tarafından, görüntülerdeki kişilerin kendileri olduğunun kabul edildiği, bu hale göre, davacının kayıt işlemleri sırasında iş takipçisi olan kişi

ması, ceza kovuşturmasından bağımsız ise de mahkeme kararının fiilin sabit olup olmaması ile ilgili kısmı, disiplin cezası vermek yetkisini haiz olan komisyonu bağlar. Bu durumda mahkeme suçun memur tarafından işlenmediğine karar vermişse, disiplin komisyonu aynı fiilin memur tarafından işlendiğine karar veremez[1]. Aynı şekilde mahkeme fiili sabit görerek memuru belirli bir fiilden dola-

---

ve başka bir şahıs tarafından çekmecesine bırakılan parayı aldığının açıkça görülmesi karşısında, davacı ile iş takipçisi ve başka bir şahıs arasındaki para alışverişinin sabit olduğu, bu fiilin davacı açısından memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketle bulunmak niteliğinde olduğu sonucuna varıldığı; bu durumda, disiplin soruşturması neticesi davacının sübuta eren bu eylemi nedeniyle Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

DANIŞTAY, İDARİ DAVA DAİRELERİ GENEL KURULU, 21.04.2011, 1391/273:

İzmir 2. İdare Mahkemesi kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E (g) maddesine gore, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmanın Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirdiği, 130. maddesinin 2. fıkrasında da, memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması hallerinin, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamayacağı hükmüne yer verildiği olayda, İzmir Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğünde gümrük muhafaza memur olarak gorev yapan davacının 11.05.1999 günü Arena programında yayınlanan, personelin iş sahipleri ile para alışverişi ve rüşvet olaylarına ilişkin görüntülerde yer aldığının saptanması üzerine disiplin soruşturması başlatıldığı, soruşturma sonucu düzenlenen raporda, davacı ile bir miktar para aldığı iş takipçisi tarafından, görüntülerdeki kişilerin kendileri olduğunun kabul edildiği, bu hale göre, davacının kayıt işlemleri sırasında iş takipçisi olan kişi ve başka bir şahıs tarafından çekmecesine bırakılan parayı aldığının açıkça görülmesi karşısında, davacı ile iş takipçisi ve başka bir şahıs arasındaki para alışverişinin sabit olduğu, bu fiilin davacı açısından memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketle bulunmak niteliğinde olduğu sonucuna varıldığı; bu durumda, disiplin soruşturması neticesi davacının sübuta eren bu eylemi nedeniyle Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, her ne kadar, davacı tarafından, ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı ve ağır ceza mahkemesinde yapılan yargılamada beraat etliği iddia edilmekte ise de, yargı sürecinin uzaması ve mevzuat değişiklikleri nedeniyle geçen sürenin ceza zamanaşımına bir etkisinin bulunmadığı, diğer yandan, ceza yargılaması sonucunda davacının beraatine hükmedilen İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin kararında, dosyada kaset dışında delil bulunmadığı, kasetin suçun oluşmasında ve unsurlarının gerçekleşmesinde yeterli olmadığı ve unsurları oluşmayan suçtan davacının beraatine karar verildiği, bu kararda suçun unsurlarının oluşmaması durumunun delil yetersizliğine bağlandığı, bu nedenle ceza yargılaması yönünden delil yetersizliğine bağlı olarak verilen bu hükmün, yapılan soruşturma sonucu sübuta eren memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunma eylemini ortadan kaldırmadığı, söz konusu kararda isnat edilen eylemlerin kesin olarak davacı tarafından gerçekleştirilmediği yönünde bir belirleme olmadığı,sadece davacının ceza hukuku yönünden cezalandırılabilmesi için kasetin yeterli delil olamayacağının hüküm altına alındığı, dolayısıyla anılan Ceza Mahkemesi kararının davacının disiplin cezası ile cezalandırılması açısından bağlayıcı olmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay Onikinci Dairesi İzmir İdare Mahkemesi kararını bozarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E g maddesinde, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak fiilinin devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılacağı hükmüne yer verildiği, İzmir Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü'nde Gümrük Muayene memuru olarak görev yapan davacının, 11.05.1999 günü Kanal D Televizyonu "Arena" programında yayınlanan görüntülerde, iş takipçisi olan bir kişinin bıraktığı parayı aldığının görülmesi üzerine açılan soruşturma sonucunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 125/E g maddesi hükmüne gore devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırıldığı; öte yandan, basit rüşvet almak, haksız mal edinmek suçlarından yapılan yargılama sonucunda, İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 18.12.2002 günlü, E: 1999/486, K:2002/510 sayılı kararı ile, suçun unsurları oluşmadığı gerekçesiyle beraatine karar verildiği, kararın Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 24.06.2004 günlü, E:2003/2066, K:2004/5231 sayılı kararı ile onandığı; **bir kamu görevlisinin işlediği iddia edilen disiplin suçunun aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde olması ve ceza yargılaması sonucunda**

yı mahkûm etmişse, disiplin komisyonu aynı fiilin memur tarafından işlenmediğine karar veremez. Bunun nedeni mahkemenin delilleri takdir yetkisinin, disiplin komisyonuna göre çok daha geniş olmasıdır[1].

Benzer bir hüküm 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu'nun 72. maddesinde de bulunmaktadır: "*Hâkim ve savcılar hakkında ceza soruşturması veya kovuşturmasına başlanmış olması, aynı olaydan dolayı disiplin soruşturmasını gerektirmeyeceği gibi, ilgilinin mahkûm olması veya olmaması ayrıca disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez*".

Avukatlık Kanunu'nda da konuya ilişkin bir hüküm sevk edilmiştir (md. 140):

"*Avukat hakkında başlamış olan ceza kovuşturması, disiplin işlem ve kararlarının uygulanmasına engel olmaz.*

Şu kadar ki, disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemlerden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise avukat hakkındaki disiplin kovuşturması, ceza davasının sonuna kadar bekletilir. Bu halde yönetim kurulunun isteği üzerine disiplin kurulu, avukatın işten yasaklanmasına yer olup olmadığı hakkında 153 ve 154 üncü maddeler uyarınca bir karar vermek zorundadır.

Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatle sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır.

Baro yönetim kurulları hükümlülükle sonuçlanan bir ceza davasının konusunu teşkil eden eylemlerden dolayı ayrıca disiplin kovuşturması açmak zorundadırlar".

B. Zabıta Tedbirlerini Gerektiren Fiiller ve Suçlar

Zabıta suçları, diğer suçlardan maksat ve konularının önleme olması yönünden ayrılırlar. Bu amaç, faaliyetin devamını yasaklama şeklinde ortaya çıkmaktadır: Zabıta yetkisini haiz olan organ, faaliyetin devamına engel olmak için sarhoşu yakalamakta (PVSK 13), kumar oynatılan yeri kapatmakta (PVSK 8), zararlı sayılan yabancıyı sınır dışı etmekte[2], yargılamanın disiplinini bozduğu için dışarı çıkarılan kişi buna direnir veya karışıklıklara neden olursa dört güne kadar disiplin hapsine koyabilmektedir (CMK 203/3).

---

suçun unsurlarının oluşmadığı ya da suçun işlenmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle kişinin beraatine karar verilmesi durumunda, bu beraat kararının disiplin hukuku yönünden idari yargı yerlerince yapılacak yargılamada bağlayıcı nitelik taşıyacağı; bu durumda, davacının devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına neden olan rüşvet almak suçundan dolayı İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda suçun unsurları oluşmadığından beraatine karar verilmiş olduğundan aynı suçtan verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesince, bozma kararına uyulmayarak davanın reddi yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, İzmir 2. İdare Mahkemesinin kararının onanmasına...".

1 Donmezer/Erman I. 344. 345.

2 Donmezer/Erman I. 349.

Zabıta müeyyideleri suçları önlemeye yönelik olduğu için, tenkil (=örnek olacak bir ceza verme) amacını güden müeyyidelerin hukuki sonuçlarını doğurmaz; mesela bu müeyyideler adli sicile kaydedilmez (Adli Sicil Kanunu md. 5), tekerrüre esas olmaz; hapis cezasının ertelenmesine engel teşkil etmez[1].

C. Kabahatler ve Suçlar

1. Genel Olarak

Ceza kanununda yer alan ve belirli ağırlıkta olmaları dolayısıyla "suç" olarak düzenlenen eylemlerin yanı sıra, ceza kanunu dışında düzenlenen ve genel prensipleri "Kabahatler Kanunu"nda belirlenen ve suçlardan farklı olarak idari para cezası ve idari tedbir yaptırımı ile karşılanan eylemlere "kabahat" adını vermekteyiz.

Kabahatler idari ceza hukukunu oluşturmaktadır. Bu yönüyle hem ceza hukuku hem de idare hukuku karakteri söz konusu olmaktadır.

Kabahatlerde, suçlara ilişkin genel ilkelere tabi olması yönüyle ceza hukuku; yaptırıma idarenin karar vermesi yönüyle de idare hukukunun karakteristik özellikleri vardır[2].

Esasen suçlar ile kabahatler arasında yapılan ayrım suni bir ayrımdır. Bu ayrım olmasa dahi önemli bir eksiklik söz konusu olmayacaktı. Bu nedenle hangi eylemi suç, hangisini kabahat olarak tayin etme hususunda bir kıstas dahi ortaya konmayabilir. Burada takdir tamamen kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Bizim kanun koyucumuz da bazı fiillerin ihtiva ettiği haksızlık ve toplum düzenindeki önemini göz önünde tutmak suretiyle, bunları suç; hafif zarar veya tehlike teşkil eden fiilleri de kabahat olarak kabul etmiştir[3]. Nitekim bir eylem, her zaman için, kabahatken suç ya da tam tersi yapılabilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu ayrıma bağlanan sonuçlar da vardır ki, bu konu üzerinde esasen ayrıntılı olarak durulmasını gerektiren husus budur.

Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde kabahat şöyle tanımlanmıştır: "*Kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*".

Suçlar ceza hukuku kapsamında ele alınırken, kabahatler, kabahatler hukuku kapsamında ele alınmaktadır. Böylece basit nitelikli düzene aykırılıklar idari yaptırım ile karşılanmakta ve esasen idari ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır.

Mevzuatımızdaki bütün suçlar Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmediği gibi, bütün kabahatler de Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Kabahatler Kanunu'nda sadece 12 kabahat düzenlenmiştir: Emre aykırı davranış, dilencilik, kumar, sarhoşluk, gürültü, rahatsız etme, işgal, tütün mamullerinin tüketilmesi, kimliği bildirmeme, çevreyi kirletme, afiş asma, silah taşıma.

Kabahatlerin düzenlendiği Kabahatler Kanunu da ceza kanunu gibi genel nitelikli bir kanundur (KK 3). Buna göre, Kabahatler Kanunu'nun,

---

1 Donmezer/Erman, I. 349.
2 Zafer, 119.
3 Önder, II. 143; Jescheck, 49.

a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır.

2. Suç ve Kabahat Ayrımının Uygulamadaki Önemi ve Sonuçları



Bir. Suçlar hakkında **kanunilik** ilkesi mutlak olarak uygulanırken (**TCK** 2/2), kabahatler açısından kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurması olanağı tanınmıştır (KK 4/1; 32).

İki. Zaman bakımından uygulamada, suçlarda lehe kanun uygulaması geçerliyken, kabahatlerde, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından **derhal uygulama kuralı** geçerlidir (KK 5/1).

Üç. **Yurt dışında işlenen** eylemlerden dolayı Türkiye'de kovuşturma yapılabilmesi için bu eylemlerin suç niteliğinde olması gerekir. Kabahatlerin yurt dışında işlenmesi durumunda Türkiye'de cezalandırılması kural olarak mümkün değildir (bkz.**TCK** 10–13; KK 6).

Dört. Suçlarda failin cezalandırılabilmesi için kural olarak kast aranırken, kabahatler kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem taksirle işlenebilir (KK 9). Böylece taksirle işlenen kabahatler aksine hüküm bulunmadığı müddetçe cezalandırılabilecektir. Karşılaştırmalı hukukta da cezanın hafif olması ve hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmemesi kaydıyla, kusurluluk açısından kabahatler bakımından gevşetmenin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir[1].

Beş. Suçlar bakımından **cezai sorumluluk yaşı** 12 olarak kabul edilmişken, kabahatler bakımından bu sınır yükseltilerek 15 olarak benimsenmiştir (KK 11/1, **TCK** 31/1).

Altı. **Teşebbüs** bakımından suç ve kabahat ayrımı önemlidir. Teşebbüs hükümleri genişletici nitelik arz ederler. Normalde netice gerçekleşmediği halde, failin sorumlu tutulması söz konusudur. Ne var ki, sorumluluğun bu tür genişletilmesi, sadece suçlarla sınırlı tutulmuştur. Kabahatler Kanunu'nun 13. maddesine göre, *"kabahate teşebbüs cezalandırılmaz"*. Kabahatlerin cezalandırılabilmesi için, fiilin tamamlanması, yani neticenin gerçekleşmesi gerekir. Ancak kabahate teşebbüsün de cezalandırılabileceğine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanunu'nun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.

---

[1] Bkz. United States v. Cordoba-Hincapie

Yedi. **İştirak**te suçlar bakımından ikilik prensibi benimsenmişken, kabahatler bakımından eşitlik prensibi benimsenmiştir (**TCK** 37 vd.; KK 14/1).

Sekiz. Suçlarda yargılama **mahkeme** tarafından yapılırken, kabahatlerde kural olarak idari kurul, makam veya kamu görevlileri, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde savcı ve kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde de mahkeme idari yaptırım kararı vermeye yetkili kılınmıştır (KK 22–24). Eylem ister adli yaptırımı gerektiren suç, isterse idari yaptırımı gerektiren kabahat oluştursun, Kabahatler Kanunu'nun 24.maddesine göre kovuşturma konusu (hakkında bir mahkemede dava açılmış) eylem kabahat ise mahkeme tarafından yargılama yapılmalıdır. Böylece her iki halde de yargılama yaparak kovuşturma konusu fiili değerlendirme ve gerektirdiği yaptırımı belirleme görevi adli mercie aittir[*].

Dokuz. Suçlara ilişkin mahkemelerin verdiği kararlara karşı **kanun yolu** olarak istinafa/temyize başvurma olanağı varken, kabahatler bakımından kural olarak sulh ceza hakimliğine başvuru yolu olanağı tanınmıştır (KK 27).

On. **Tekerrür** hükümlerinin uygulanması bakımından suçlar ancak kendi aralarında göz önünde tutulurlar. Dolayısıyla suçtan kabahate, kabahatten suça tekerrür söz konusu olamaz (**TCK** 58). Yani bir suç işleyen kimse, bir kabahat işlerse tekerrürden dolayı cezası ağırlaştırılamaz. Keza kabahat işleyen kimsenin sonradan bir suç işlemesi durumunda da tekerrürden bahsetmek söz konusu olmayacaktır.

Bir kabahat işleyen kimsenin tekrar bir kabahat işlemesi durumunda tekerrür hükümlerinin uygulanacağı Kabahatler Kanunu Tasarısı'nın 22. maddesinde öngörülmüştü. Ne var ki, bu hüküm kanunlaşmamıştır. Bu nedenle, kabahat işledikten sonra tekrar bir kabahat işleyen kimse hakkında tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Bununla beraber, mevzuatımızda bu konuya ilişkin bazı özel hükümler de sevk edilmiş bulunmaktadır. Örneğin, 7402 sayılı Kanun'un 16, 17 ve 19 uncu maddelerinde "*fiilin tekrarı halinde para cezasının iki katı verilir*" denilmek suretiyle aynı kabahatin tekrarı durumunda cezanın artırılması öngörülmüştür.

Onbir. **Güvenlik tedbirleri** sadece suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. Kabahatler için öngörülmüş bir güvenlik tedbiri mevcut olmayıp, yaptırım olarak müsadereye benzeyen "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" müessesesi kabul edilmiştir (KK 18).

Oniki. Suçlar bakımından **hükmün açıklanmasının geri bırakılması** ve **erteleme** mümkün iken, kabahatler bakımından mümkün değildir.

---

[*] CGK. 27.03.2007, 74.

Onüç. **Zamanaşımı** süreleri ile engelleri suçlar ve kabahatler bakımından farklı düzenlenmiştir (**TCK** 66–72, KK 20, 21). *Yargıtay* da idari para cezasının miktarı itibarıyla iki yıllık soruşturma zamanaşımına tabi olduğu bir olayda, zamanaşımı karar tarihinde dolduğu için sarhoşluk nedeniyle idari para cezası tayinine yer olmadığına karar vermiştir[1].

Ondört. Suçlar dolayısıyla hükmedilen ceza ve güvenlik tedbirleri **adli sicile** kaydedilirken, kabahatler dolayısıyla uygulanan yaptırımlar adli sicile kaydedilmez (AdSK 4, 5).

Onbeş. Bazı fiillerin suç olarak kabul edilebilmesi için, işlenmiş olan önsuçun teknik anlamda suç olması gerekir. Örneğin, **TCK** 278. maddenin uygulanabilmesi için, işlenmekte olan bir suç söz konusu olmak gerekir. Buna karşılık işlenmekte olan bir kabahatin yetkili makamlara bildirilmemesi bu suçu oluşturmaz. Yine bir kabahatin delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme de suç değildir, zira delilleri gizlenen eylem kabahat ise **TCK** 281 ihlal edilmiş olmaz. Keza kabahat mahsulü bir malvarlığı değerinin aklanması da (**TCK** 282) suç teşkil etmez.

§6. CEZA NORMUNUN TASNİFİ

Ceza normları çok değişik tasniflere tabi tutulabilir. Ancak ceza normları ile ilgili genel bir fikir verebilmek bakımından öğretide yapılan bir tasnife[2] kısaca değinmekte yarar görüyorum:

I. DAVRANIŞ NORMLARI – MÜEYYİDE NORMLARI

Ceza normları, bir hükümden ve hükmü güvenceye alan müeyyideden oluşmaktadır. Dolayısıyla, ceza normu öncelikle bir davranışı emreden veya yasaklayan bir kuralı; bilahare de bu kurala uyulmamasının müeyyidesini içermektedir.

II. BAĞIMSIZ – BAĞIMLI CEZA NORMLARI

A. Tanım

Asıl ceza normları da denilen, bağımsız ceza normları, ceza kanununun özel hükümler kısmında veya özel ceza kanunlarında yer alan normlardır. Bu normlarda tek tek suçlar düzenlenmiştir.

Buna karşılık bağımlı ceza normları asıl ceza normlarını tamamlayan nitelikte olan normlardır ki, bunlar da ceza kanununun genel hükümler kısmında düzenlenmiştir.

---

[1] 2. CD. 14.01.2008. 118.

[2] Hafızoğulları/Özen. 62 vd.

B. Bağımsız Ceza Normları

Bağımsız ceza normları tam ve eksik ceza normları olmak üzere ikiye ayrılabilir:

1. Tam Ceza Normları

Hem hükmün hem de müeyyidenin yer aldığı normlar tam ceza normlarıdır. Örneğin, **TCK** 81.

2. Eksik Ceza Normları

Hüküm veya müeyyide kısmında eksiklikler olan normlar eksik ceza normlarıdır. Örneğin, yürürlükten kaldırılan **TCK** 222'de[1], hükmün içeriği doldurulmamış olup hüküm kısmı eksikti.

Yürürlükten kaldırılan HUMK 493. madde hükmü de her ne kadar bir özel hukuk düzenlemesi olsa da bir ceza normu içermekte; ancak hüküm kısmı bulunan norm, müeyyide kısmı bakımından ceza kanununa atıfta bulunmaktaydı: "*Gebe kalmak için lazımgelen zaman içinde cinsi bir münasebette bulunmadığı bir erkek aleyhine bilerek babalık davası ikame eden kadına Ceza Kanunu mucibince müfteri cezası tayin olunur*".

C. Bağımlı Ceza Normları

Bağımlı ceza normları da dört başlık altında incelenebilir:

1. İlke Belirleyen Normlar

Bu normlar, belirli bir alanda izlenmesi gereken prensipleri belirlemektedir. Örneğin, **TCK** 1,2,3 ve 4. maddeleri.

2. Tanım Normları

Kanunun uygulanmasına ilişkin tanımlar içeren normlar tanım normlarıdır. Örneğin, **TCK** 6.

3. Yorum Normları

Başka normlara verilmesi gereken anlamı belirleyen veya kanunun yorumunda uygulanması gereken esasları saptayan kurallar yorum normlarıdır. Örneğin, **TCK** 2/3.maddenin son cümlesi.

4. Atıf Normları

Başka bir hukuk normuna atıfta bulunan normlar atıf normlarıdır. Örneğin, **TCK** 19.

---

[1] Madde şoyleydi: 25.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 01.11.1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklere aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

§7. CEZA MUHAKEMESİNE KISA BİR BAKIŞ



Maddi ceza hukukunun temel konuları üzerinde ayrıntılı bilgi vermeden önce, esasen ceza muhakemesi hukuku içinde ele alınacak bazı konular hakkında özet bilgi vermenin yararlı olduğunu düşünüyorum. Böylece öğrenci esasen iki sene sonra ele alınacak olan ceza muhakemesinin yürüyüşü hakkında genel bir bilgi sahibi olarak, maddi ceza hukukunda edindiği bilgilerin, ceza muhakemesinde nasıl somutlaştığını tasavvur edebilecektir[1].

Ceza muhakemesi suç haberinin alınmasından, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Böylece suçun işlenmesi ile değil, suç haberinin ilgili mercilere ulaşmasıyla ceza muhakemesi faaliyeti başlar. Bu faaliyet uzun bir süreci müteakiben verilen hükmün bütün yollar tükendikten sonra kesinleşmesiyle sona erer. Bundan sonra ise verilen hükmün infazına geçilir.

Ceza muhakemesinin iki ana safhası vardır. Birinci derece ve ikinci derece muhakeme. Birinci derece muhakeme olaya ilk defa bakan yargılama makamının yaptığı muhakemedir. Muhakeme faaliyeti kural olarak suçun işlendiği yerde başlar ve sonuçta bir karara ulaşılır ve bu karar ile birinci derece muhakeme sona erer. Bu kararı beğenmeyen herhangi bir tarafın, olayı bir üst merci önüne götürmesiyle de ikinci derece muhakeme başlar.

Birinci derece muhakeme de ikiye ayrılır. Soruşturma ve kovuşturma evreleri. Soruşturma kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; kovuşturma ise iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir.

Soruşturma aşamasında suç şüphesi üzerinde araştırmalar yapılır ve bu aşamada asıl yetkili organ savcılıktır. Bu araştırmalar neticesinde savcılık esas itibarıyla iki türlü karar verebilir.

1. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı
2. İddianame ile kamu davasının açılması

[1] Bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2013.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile savcılık başka delil bulunmadığı müddetçe olayı mahkemeye götürmeye gerek olmadığı görüşünde olduğunu belirtmiş olur. Buna karşılık yeterli delil olduğu düşüncesiyle iddianame düzenlendiğinde, ceza davası açılmış olur ve iddianame eksik bulunarak iade edilmezse, artık iş mahkemenin yetki alanına girer ve bu andan itibaren kovuşturma aşaması başlamış olur. Asıl kamuya açık yargılama işte bu andan itibaren başlar ve duruşma aşaması da bu noktada söz konusu olur. Duruşmalar sonucunda mahkeme bir karar verir ve böylece birinci derece muhakeme bitmiş olur.

Mahkemenin verdiği karar bir üst mercie götürülmediği takdirde, karar kesinleşir ve infazına geçilir. Buna karşılık taraflardan birisi (sanık, savcı, mağdur) bu kararın hukuka aykırı olduğunu düşündüğü takdirde, bir üst mercie götürür ve bu noktada da ikinci derece muhakeme başlar. Üst merci kararı hukuka uygun bulursa onaylar ve böylece kural olarak karar kesinleşir. Üst merci kararı hukuka aykırı bulduğunda ise kararı tekrar ilk veren mahkemeye gönderir. Bu mahkeme ya üst mercii haklı görerek, kararını bu yönde düzeltir ya da ilk kararını daha doğru bulur ve bunda ısrar eder. Mahkemenin kararında ısrar etmesi halinde, bu karar da üst mercie götürülebilir ve bu üst merci artık Ceza Genel Kurulu olur. Ceza Genel Kurulu'nun verdiği karar kesindir.

Ceza muhakemesi sistemimizde jüri bulunmamaktadır. Ayrıca askeri yargılama hariç, meslekten olmayan hâkimler de görev yapmazlar. Bütün hâkimler hukukçudur.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NUN UYGULAMA ALANI



§1. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA

OLAY[1]:

Ali 01.01.2007 tarihinde okeyde yenildiği oyun arkadaşı Veli'ye kahvede katil der. Bir gemide çalışan Veli de 08.01.2007 tarihinde gemi uluslararası sularda olduğu bir sırada savcılığa çektiği bir telgrafla Ali'nin 2 yıl önce İstanbul'da Celil'i bıçakla öldürdüğünü iddia eder. Ali'nin işlediği suçun cezası 1 yıl hapis ve 90 TL para cezası iken, 05.01.2007 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun ile 2 yıl hapis ve 20 TL para cezası olarak değiştirilmiştir. Öte yandan, Veli'nin işlediği suç re'sen kovuşturulurken, 01.09.2007 tarihinde yapılan bir kanun değişikliği ile şikâyet üzerine kovuşturulması esası getirilmiştir. Keza Veli'nin işlediği suç ile ilgili olarak savcılık Türkiye'de dava açılamayacağını ileri sürer.

I. Geçmişe Yürümezlik İlkesinin Kapsamı
II. Failin Lehine Olan Kanunun Tespiti
III. Çeşitli Açılardan Lehe Olan Kuralların İncelenmesi
A. Geçici veya Süreli Ceza Kanunları Açısından
B. Cezanın İnfaz Rejimine İlişkin Kanunlar
C. Güvenlik Tedbirleri
D. Kabahatler
E. Kovuşturma Şartları
F. Zamanaşımına İlişkin Kanunlar
G. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları

[1] Bu ve diğer örnekler için bkz. Haker/Akbulut/Aksan, Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları, 7.B., Konya 2013.

H. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarındaki Değişiklikler
IV. Lehe Olan Hükümlerin Uygulanmasında Usul
V. Suçun İşlendiği Zaman
A. Problem: Hareket mi, Netice mi Esas Alınacak?
B. Problem: Kesintisiz Suçlar
C. Problem: Zincirleme Suçlar
D. Problem: İhmali Suçlar
E. Problem: Teşebbüs Halinde Kalan Suçlar

Türk Ceza Kanunu suçun, işlendiği zamanın kanununa tabi oluşu prensibini kabul etmiştir. Kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren, ilgili oldukları olaylar hakkında **derhal** uygulanırlar. Ancak:

1. Yeni suç ihdas eden veya failin durumunu ağırlaştıran ceza hukuku kuralları geçmişe yürümez.
2. Failin lehine olan kanunlar geçmişe yürür
3. Bazı kanunlar ileri yürür[1].

Ceza kanununun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin üç ilke bulunmaktadır:

1. *TEMEL İLKE: DERHAL UYGULAMA. Ceza kanunları (infaz rejimine ilişkin olanlar dâhil) kural olarak yürürlüğe girdiği andan itibaren işlenen suçlara uygulanırlar.*
2. *İSTİSNA 1: GEÇMİŞE YÜRÜME. Lehe olan ceza kanunları geriye yürür.*
3. *İSTİSNA 2: İLERİYE YÜRÜME: Geçici ve süreli ceza kanunları, yürürlükten kalkmasına rağmen uygulanmaya devam eder.*

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması açısından önemle işaret etmek gerekir ki, yayınlansa bile yürürlüğe girmeyen kanunlar bu bakımdan göz önünde bulundurulamaz. Göz önünde bulundurulacak kanunlar, yürürlüğe giren kanunlardır. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Eylül 2004'te yayınlanmış, kanunda, takdiri hafifletici sebeplerde indirim oranı konusunda hâkime 1/5 oranında cezada indirim yapma yetkisi tanınmış, ancak kanun yürürlüğe girmeden, tekrar 1/6'lık oran kabul edilmiştir. Dolayısıyla "*neşir olunsa da yürürlüğe girmeyen metnin kanun olarak kabul edilemeyeceği dolayısıyla uygulanamayacağı*" dikkate alınmalıdır[2].

Anayasa Mahkemesi, lehe kanunun geçmişe yürümesini engelleyici nitelikli kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir. Yüksek mahkemenin bu isabetli kararında, yürürlükten kaldırılan kanun döneminde

[1] Koca/Üzülmez, 60.
[2] Bkz. 3. CD. 05.03.2007, 1985.

işlenmiş ve anılan kanun yürürlükte iken ceza davası açılmış suçlar hakkında önceki ve sonraki kanun hükümlerinden lehe olan kanunun tespitine ve sonraki kanun hükümlerinin lehe olması durumunda bunların uygulanmasına imkan vermeyen düzenlemenin, suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında olan lehe kanunun uygulanması ilkesine aykırılık oluşturduğuna işaret edilmiştir:

"Diğer yandan uluslararası hukukta lehe kanun uygulamasının suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir unsuru olarak görüldüğü konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de de fiilin işlenmesinden sonra kanunlarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda fiili işleyene bu ikinci cezanın uygulanacağı ifade edilerek anılan ilke açıkça düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasıyla benzer içerikte olan Sözleşme'nin 7. maddesinin birinci paragrafına ilişkin içtihadında lehe kanunun uygulanması ilkesinin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı dâhil bütün temel insan hakları metinlerinde tanındığını, artık Avrupa ve uluslararası ceza hukukunun temel bir ilkesi olduğunu, yargılama yapan mahkemenin suç oluşturan eyleme kanun koyucunun orantılı olarak belirlediği cezayı vermesinin 7. maddenin temel bir unsuru olan hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca suç işleyene sadece suç işlediği tarihte öngörüldüğü gerekçesi ile daha ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini, lehe olan ceza hükmünün geriye yürümesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğunu, buna göre suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise hâkimin sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirtmiştir *(Scoppola/İtalya (no, 2)* [BD], B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 105-109)"[1].

I. GEÇMİŞE YÜRÜMEZLİK İLKESİNİN KAPSAMI

Geçmişe yürümezlik kuralı mutlak olarak uygulanır. Buna karşılık, cezayı kaldıran veya hafifleten kural,

- ✓ henüz yargılanmamış suçlar ile
- ✓ kesin hükme bağlanmış mahkûmiyetler,
- ✓ yargılanmış ve hatta cezası çekilmekte olan suçlar hakkında da uygulanarak, geçmişe yürür.

Önemli olan cezanın infazının bitmemiş olmasıdır. Cezanın infazının tamamlanmasına bir gün kalsa bile, lehe olan kanun dolayısıyla hükümlü derhal salıverilir. Hükümlü koşullu salıverilmiş olsa bile, lehe kanun söz konusu olduğundan, kalan sürenin tespitinde de lehe kanun göz önünde bulundurulur.

[1] AYM. 11.04.2019. 27.

Failin lehine olan kanun uygulaması ertelenmiş mahkûmiyet hükümleri bakımından da yapılmalıdır[1].

Kanun koyucu bu genel kurala istisna getirebilir. Nitekim 2006 yılında çıkarılan 5560 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi ile "bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hükme bağlanmış olmakla beraber henüz kesinleşmemiş olan dosyalarda, uzlaşma kapsamının genişlediğinden bahisle bozma kararı verilemez" hükmü sevk edilmek suretiyle, uzlaşma nedeniyle lehe kanunun uygulanması ancak hükme bağlanmamış dosyalarla sınırlı olmak üzere kabul edilmiştir.

AŞAĞIDAKİ BÜTÜN AŞAMALARDA LEHE KANUN UYGULAMASI YAPILIR:

- *YARGILAMA BAŞLAMIŞ*
- *YARGILAMA DEVAM EDİYOR*
- *YARGILAMA BİTMİŞ*
- *HÜKÜM KESİNLEŞMEMİŞ*
- *HÜKÜM KESİNLEŞMİŞ*
- *İNFAZ BAŞLAMIŞ*
- *İNFAZ DEVAM EDİYOR*
- *KOŞULLU SALIVERİLME GERÇEKLEŞMİŞ*

Tabii ki kendiliğinden ortadan kalkacak kanuni neticeler cezai neticeler olup, örneğin disiplin hukukuna ilişkin sonuçlar varlığını korur[2].

Her ne kadar hükmün infazıyla lehe kanun uygulaması söz konusu olamayacaksa da, başka sonuçları itibarıyla infazdan sonra da uyarlama yapılabilir[3].

II. FAİLİN LEHİNE OLAN KANUNUN TESPİTİ

Bir fiili suç olmaktan çıkaran kanun lehe kanundur.

Adli para cezası öngören kanun, hapis cezası öngören kanuna göre lehe kanundur. Daha az hapis veya adli para cezası öngören kanun lehe kanundur. Eski kanundaki hapis cezası yeni kanunda adli para cezası olarak değiştirilmişse, adli para cezasını ihtiva eden kanun lehedir.

Suça teşebbüs halinde genel hükümlerin uygulanmasına ilişkin hükümlere istisna getirilerek, teşebbüs halinde kalan suçların tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasına olanak veren hüküm failin aleyhinedir (bkz. **TCK** 79/1'e eklenen ek cümle)[4].

Nitelik ve türü aynı olan cezaların aşağı yukarı sınırı varsa:

- ✓ Yukarı sınır aynı, aşağı sınır farklı ise örneğin A kanunu 3–6 yıl; B kanunu ise 4–6 yıl hapis cezası öngörüyorsa, aşağı sınırı az olan A kanunu lehedir.
- ✓ Aşağı sınır aynı, yukarı sınır farklı ise örneğin A kanunu 1–4 yıl; B kanunu 1–6 yıl hapis cezası öngörmüşse, yukarı sınırı az olan, yani A kanunu lehe kanundur.

---

1 4. CD. 19.06.2007, 5804
2 Öztürk/Erdem/Özbek, 87.
3 14. CD. 03.03.2016, 2097.
4 8. CD. 12.03.2007, 1891.

- ✓ Hem aşağı hem yukarı sınırlar farklı ise örneğin A kanunu 1–8, B kanunu 3–6 yıl hapis cezası öngörmüşse, yani iki kanunun da kendine göre lehe olan kısımları bulunuyorsa lehe kanunun nasıl tespit edileceği tartışmalıdır: Bir görüşe göre, iki kanunun karması yapılarak lehe olan kanunun tespiti "bir üçüncü kanunun oluşturulması anlamını taşıyacağından kabul edilemez"[1]. Bir diğer görüşe göre ise her iki kanundaki lehe olan ceza sınırları birlikte dikkate alınmalıdır[2]. Kanaatimce, lehe olan kanun, aşağı sınırı az olan A kanunudur[3]. Bir karma yapılmasına kanunumuz müsait değildir. Olması gereken hukuk açısından ise faile tercih hakkının tanınması düşünülebilir. Ayrıca her iki kanundaki cezalar dışında, mesela manevi unsur, yanılma, isnat yeteneği, mağdurun rızası, cezayı düşüren sebepler gibi hususlar da göz önünde bulundurularak, somut bir değerlendirme yapılarak da lehe olan kanun tespit edilmelidir[4]. Yargıtay da 765 sayılı **TCK**'nın 5237 sayılı **TCK**'ya nazaran sanıklar lehine olduğu kabul edilmesine karşın, 5237 sayılı **TCK** uyarınca kamu haklarından yoksunluğa, mahsuba ve ertelemeye hükmolunarak karma uygulama yapılmasını kanuna aykırı bulmuştur[5].

5252 sayılı, 04.11.2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9/3 maddesi de karma uygulamayı yasaklamaktadır. Buna göre, "*lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir*". Ancak hüküm verilinceye kadarki aşama bakımından bir değerlendirme, infaz aşaması bakımından ayrı bir değerlendirme yaparak çapraz uygulama mümkündür[6]. Yani, ceza normları bakımından lehe kanun örneğin A kanunu olarak belirlenirken; infaz normları bakımından lehe kanun B kanunu olarak belirlenebilecektir. Her ikisi bakımından aynı kanunun bir bütün olarak lehe kanun olarak belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. *Yüksek Mahkememiz de* lehe kanun uygulamasında infaz hükümlerinin ayrı, maddi ceza hukuku hükümlerinin de ayrı bir paket halinde değerlendirilerek, içtima ve infaza ilişkin hükümler dikkate alınmaksızın, her bir suç yönünden lehe kanunun belirlenmesi ve ona göre hüküm kurulması gerektiğini açıklamıştır[7].

III. ÇEŞİTLİ AÇILARDAN LEHE OLAN KURALLARIN İNCELENMESİ

A. Geçici veya Süreli Ceza Kanunları Açısından

"Kanun metninde yürürlükte kalacağı süre belirtilmiş ise bu kanuna *süreli kanun*" adı verilir. Belirli bir olayın devamı müddetince yürürlükte kalacağı belirtilen kanunlar da *geçici kanun*lardır. 6 ay yürürlükte kalacağı belirtilen

---

1 Bkz. Önder, I. 143
2 İçel/Donay, 105
3 Aynı görüşte Yargıtay, CGK, 21.02.1994, 4/7–36, Malkoç/Güler, I. 40
4 Önder, I. 143
5 8. CD, 04.07.2007, 5254
6 Özgenç², 125
7 CGK, 17.04.2007, 97

kanun, süreli; olağanüstü halin veya savaşın devamı müddetince yürürlükte kalacağı belirtilen kanun ise geçici kanundur[1]. Geçici kanunlar da fiilen süreli olmakla beraber, süre önceden bilinmemektedir[2].

Bu tür kanunlar bakımından öğretide tartışılan husus, bunların yürürlükte kaldıkları süre içinde işlenmiş suçlara, bunlar yürürlükten kalktıktan sonra da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Zira kanunilik prensibi gereğince, bu kanunlar yürürlükten kalktığında, o dönemde işlenmiş ve suç teşkil eden eylemler artık cezalandırılmıyor demektir. Bu da yeni durumun failin lehine olduğu anlamına gelmekte ve geçmişe yürümezlik kuralının uygulanması gerektiği ileri sürülmekteydi.

Öğretideki bu görüşe rağmen, uygulamada oluşabilecek olası tereddütleri önlemek bakımından **TCK** 7/4 hükmü konulmuştur. **TCK** 7/4 gereğince, "*geçici veya süreli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir*". Buna göre, geçici veya süreli kanunlar bakımından lehe kanun geçmişe yürür kuralı geçerli değildir. Bu itibarla bu tür kanunların yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında, yürürlük süreleri bittikten sonra da uygulanmalarına devam edilir[3]. Bunlar bakımından lehe kanun geçmişe yürür kuralının geçerli olmamasının üç sebebi vardır[4]:

- Geçici ceza hukuku kurallarının kabul edilmesine yol açan olayların ağırlığı, meydana geldikleri zamana göre düşünülmelidir,
- Geçici kanunun otoritesinin sarsılmasını önlemek suretiyle hukuki barış tesis edilmelidir,
- Geçici kanunun uygulandığı süre içinde kaçabilmiş faillerin, kanunun uygulandığı sırada yakalananların cezalandırılması karşısında, cezasız bırakılması kabul edilemez.

Zamanaşımı hükümleri ise elbette ki, bu suçlar bakımından da geçerlidir (7. madde gerekçesi).

B. Cezanın İnfaz Rejimine İlişkin Kanunlar

İnfaz ile ilgili hükümlerde de failin lehine olan düzenlemeler geçmişe yürüyecektir[5].

Ancak, cezaların tenfiz rejimlerini değiştiren kanunlar, *bunların niteliklerini değiştirmemek şartıyla,* ister suçlunun lehine, ister aleyhine olsun, çekilmekte bulunan cezalar hakkında derhal infaz edilir[6].

Hükümlülerin infaz kurumunda yürürlükteki sisteme nazaran daha fazla tutulmasını gerektiren kurallar, artık infaz normları değil, ceza hukuku normlarıdır. *Yargıtay* koşullu salıverilme ile ilgili olarak verdiği bir kararında cezayı

---

1 Önder, I. 156.
2 Donmezer/Erman, II. 211.
3 A.g. Erem/Danışman/Arluk, 135.
4 Öztürk/Erdem/Özbek, 88, 89.
5 CGK. 05.06.2007, 127.
6 Donmezer/Erman, II. 215.

ağırlaştıran yeni kanun hükmü, infaza ait olsa dahi, failin aleyhinde ise derhal uygulanamayacağını belirtmiştir. Mesela cezaevinden kaçan ve 2/3 nispetindeki cezasını da çekmiş bulunan hükümlülerin, şartlı salıverilmeleri için, sonradan getirilen 4/5 oranındaki ceza çekme hükmü uygulanamayacaktır[1]. Bu itibarla, "bir hüküm infaz kanununda olsa dahi, nitelik bakımından maddi ceza hukukuna ait ise", **TCK** 7/2 gereğince lehe olan hüküm sanık hakkında uygulanacaktır[2].

Bütün bu hususları açıklığa kavuşturmak maksadıyla, kanunumuzun 7. maddesinde 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı kanun ile bir değişiklik yapılmış ve 7. maddenin 3. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

"Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır".

Yargıtay'a göre, *"lehe yasa, sabit kabul edilen maddi olaya eski yasalar ile yeni yasaların, yekdiğerinin hiçbir hükmü karıştırılmadan bir bütün olarak uygulanarak, uygulama sonucunda ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle saptanmasını gerektirmektedir. Ancak bu karşılaştırmada, hükmün tesisi aşamasında uygulanması gereken normlarla, hükmün infazına ilişkin normlar birlikte değil, ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu değerlendirmede hükmün tesisi aşamasında uygulanması gereken düzenlemelerin aynı yasa kapsamında bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, sadece bir yasa değil, bir kurumla ilgili düzenlemelerin yer aldığı yasalar birlikte değerlendirilmeli, bu kapsamda 765 sayılı Kanun'da cezada artırım nedeni olarak öngörülen tekerrür hükümleri de lehe yasanın saptanması aşamasında dikkate alınmalıdır.*

*Buna karşılık, 5237 sayılı Kanun'da tekerrür hükümlerinin koşullu salıverilme süresini de etkileyecek şekilde bir infaz rejimi kurumu olarak düzenlenmesi nedeniyle, cezanın tayin ve tespiti aşamasında dikkate alınmayacak olan 5237 sayılı **TCK**.nun 58. maddesinin, yapılan karşılaştırmada da nazara alınmasına olanak bulunmadığından, 5237 sayılı **TCK** hükümleri lehe kabul edilerek uygulama yapıldığı taktirde, 5237 sayılı **TCK**.nun 58. maddesi uyarınca cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilemez"*[3].

Bu konuyla ilgili olarak uygulamada şöyle bir sorun ile karşı karşıya kalınabilmektedir. Hükümlü, önceki kanun hükümlerine göre yargılanmış, mahkûm olmuş ve bilahare koşullu salıverilmiştir. Bu sırada yeniden suç işleyen bu hükümlünün mahkûm olduğu suçun cezası ise yeni kanunda, ön-

---

[1] İBK. 28.01.1974. 1: 6. CD. 05.07.1973. 6535.

[2] Önder. I. 164. 165.

[3] CGK. 27.04.2010. 91: Sanığın, kasten yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, uyuşmazlık, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlarda lehe olması nedeniyle 5237 sayılı TCY'nın uygulandığı hallerde, hükmolunacak cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesinin olanaklı olup olmadığına ilişkindir. Tekerrür, 765 sayılı kanunda cezanın artırım nedeni olarak öngörülmüş iken, yeni sistemde koşullu salıverilme süresini de etkileyecek şekilde bir infaz rejimi kurumu olarak düzenlenmiştir. Belirtilen sebeple, 5237 sayılı Yasa lehe kabul edilerek yapılan uygulamalarda, suç tarihinde yürürlükte bulunmayan, aleyhe olan ve infazı ilgilendiren bu hükmün uygulama olanağı bulunmamaktadır". CGK. 06.07.2010. 3-138/166.

ceki kanuna göre daha azdır. Örneğin yağma suçundan dolayı mahkûm olmuş olan bir kimse, koşullu salıverme süresi içinde yeni bir suç işlemiştir ve bu durumda ortaya çıkan sorun, çektirilecek olan kalan sürenin yeni kanuna göre mi, yoksa önceki kanuna göre mi hesaplanacağıdır. Bir kere bu durumda lehe kanunun uygulanması **TCK** 7/3 hükmünün bir gereğidir. Kanunumuz lehe kanunun infaz olunacağını öngördüğünden ve koşullu salıverme süresi içinde henüz hükmün infazı bitmemiş bulunduğundan, lehe kanunun mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

C. Güvenlik Tedbirleri

7. maddenin ilk şeklinde, 3. fıkrada *"Güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır"* hükmü bulunmaktaydı. 2003 Tasarısı'ndan alınan ve 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanun ile bilahare kanunumuzdan çıkarılan bu hükme ilişkin tasarı gerekçesinde, *"güvenlik tedbirleri hakkında, infaz usul ve uygulamaları yönünden hüküm zamanında yürürlükte olan hükümlerin geçerli olacağı belirtilmiş ve böylece, tedbirlerin "iyileştirme" işlevi vurgulanmıştır"* denmekteydi (madde gerekçesi).

Bu değişikliğin sonuçlarını ortaya koyabilmek bakımından konunun ikili bir ayrım içinde ele alınması gerekir:

Esasen bir suçla ilgili olarak daha önce öngörülmemiş bulunan bir güvenlik tedbirinin yeni kanunla öngörülmüş olması durumunda, yeni kanun aleyhe olacağından uygulanamaz[1]. Bu bakımdan geçmişe yürümezlik ilkesi mutlak olarak geçerlidir. Öğretide ise aksi yönde görüşler ileri sürülmektedir: Buna göre, güvenlik tedbirlerine ilişkin kanunlar derhal uygulanmalıdır[2]. Güvenlik tedbirlerinin ceza olmaması, tehlikeli kişilere karşı toplumun korunması amacıyla uygulanması ve failin yararının bunu gerektirdiği ileri sürülmektedir. Buna göre, "hüküm zamanı kabul edilmiş bulunan, fiilin işlendiği zaman ise mevcut olmayan bir güvenlik tedbirinin uygulanmaması, tehlike hali gösteren kişiye karşı toplumun korunamamasını sonuçlar ki, bunu kabul imkânsızdır"[3]. Önemle ifade edeyim ki, güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olan kanunilik ilkesi karşısında bu görüşlerin anayasamız veya kanunumuz ile bağdaştırılması olanaklı değildir.

Buna karşılık infaz rejimi yönünden derhal uygulama ilkesi kabul edilebilir. Yeni Ceza Kanunumuzun 7. maddesine ilişkin değişiklik gerekçesinde de bu husus ifade edilmektedir: "Yeni Türk Ceza Kanununun benimsediği yaptırım sisteminde amaç hükümlüyü ıslah ederek yeniden topluma kazandırmak, hükümlünün toplum açısından oluşturduğu tehlikeyi azaltmak olduğuna göre, aralarında bir ayrım yapmaksızın, ***ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı bakımından derhal uygulama kuralı*** benimsenmiştir. Bu kuralı açık bir şekilde ifade edebilmek için, Kanunun 7'nci maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılması gereği hâsıl olmuştur. Ne var ki, bu düzenlemede hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin hükümler ba-

---

1 8. CD. 10.10.2006, 7404; krş. 11. CD. 29.09.2006, 7639, Meran2, 70.
2 Donmezer/Erman, II, 217; Centel/Zafer/Çakmut, 113; Özbek, İzmir Şerhi, 207.
3 Önder, I, 165, 166.

kımından, bu kuraldan ayrılınmıştır. Kanunun sisteminde bir ceza infaz rejimi olarak kabul edilen hapis cezasının ertelenmesi ile koşullu salıverilme ve mükerrirlere özgü infaz rejimi bakımından, birinci ve ikinci fıkralardaki zaman bakımından uygulama kuralları uygulanacaktır".

> "Sonuç olarak, güvenlik tedbirleri açısından da geçerli olan ilke; kanunilik ilkesinin kaçınılmaz, doğal bir neticesi olarak, **geçmişe yürümezlik ilkesi** olup; cezalarda olduğu gibi güvenlik tedbirlerinin de infaz rejimi konusunda ise **derhal uygulama ilkesi** uygulama alanı bulacaktır".

Belirtelim ki, Almanya, güvenlik tedbirleri bakımından geçmişe yürümezlik ilkesini kabul etmeyen yasal düzenlemeleri nedeniyle, AİHM tarafından mahkum edilmiştir[1]. Dolayısıyla, kanunumuzdaki düzenleme Avrupa Insan Hakları Sözleşmesi ile uyumludur.

D. Kabahatler

Kabahatler Kanunu'na göre, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların infazı bakımından da derhal uygulama kuralı geçerlidir. Buna karşılık yeni bir kabahatin ihdası, kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda ise ceza kanununun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel kurallar kabahatler bakımından da uygulanacaktır (KK 5/1). Dolayısıyla, cezanın henüz infaz edilmemiş olduğu hallerde, lehe kanun uygulaması yapılmalıdır[2].

Danıştay da aynı yönde karar vermiştir: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddesinde düzenlenmiş olan; suç işlendiği zaman yürürlükte

---

[1] AİHM, NStZ 2010, 263. Strasburg Mahkemesi, her ne kadar güvenlik tedbiri olarak adlandırılsa da, Almanya'daki uygulamada, güvenlik tedbirlerinin Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında bir ceza olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, güvenlik tedbiri Alman Hukuku'nda bir ceza olarak görülmese bile, ana hatlarıyla bir ceza gibi infaz edilmektedir.

[2] "5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler açısından da uygulanacak, ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerli olacaktır. Anılan maddede öngörülen *"derhal uygulama"* kuralı, idari yaptırım kararının infazı yöntemiyle ilgilidir. Dolayısıyla, infaz aşamasında da olsa, kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinde, Anayasa'nın 38/1. maddesinde düzenlenen *"kanunilik ilkesi"*nin sonuçlarından biri olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddesinde yer alan *"lehe kanunun geriye yürümesi"* kuralının uygulanması gerekir.
Başvuruya konu olayda, kabahat nedeniyle başvurucuya bir yaptırım uygulanmış, ancak henüz bu yaptırım kararı yerine getirilmeden, sonradan yürürlüğe giren kanunla, isnat edilen suçun unsurlarında ve cezasında lehe olacak şekilde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik, suçun içeriği, diğer bir ifadeyle maddi yapısıyla ilgili olup, kararların yerine getirilme şekli ile ilgili değildir. Buna göre, lehe kanun değerlendirmesinde maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulama kurallarının geçerli olması ve Mahkemece, cezası henüz infaz edilmemiş olan başvurucu hakkında lehe kanun uygulamasının yapılması gerektiği anlaşılmaktadır". AYM, Başvuru Numarası: 2012/731, Karar Tarihi: 15/10/2014
İdari para cezasının kesinleşmesinden sonra, infaz aşamasında yeni çıkan kanun ile idari para cezasının miktarının indirilmesi halinde lehe kanun uyarlaması yapılabilir. Kesinleşmiş ancak infaz edilmemiş idari yaptırımlar hakkında da sonradan yürürlüğe giren lehe kanunun uygulanması gerekir. 7. CD, 23.12.2014, 22335.

bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümlerinin farklı olması halinde, failin lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz olunacağına dair hüküm idari para cezaları için de geçerlidir[1].

E. Kovuşturma Şartları

Kovuşturma şartlarının başlıcaları, *şikâyet, talep, izin* ve *karardır*. Bu şartlar hakkında değişiklik yapan kanunların geçmişe yürürlü olarak uygulanıp uygulanmayacakları bir problemdir.

Kovuşturma şartları açısından da failin lehine olan kanunun uygulanması yoluna gidilmelidir. Söz gelimi,



- ✓ **Şikâyete** tabi olan bir suç, **re'sen** kovuşturulabilen bir suç haline getirilirse ikili ayrıma gidilmelidir[2]:
  - ➢ Eğer süresi içinde şikâyette bulunulmuş ise kovuşturmaya re'sen devam edilir.
  - ➢ Süresi içinde şikâyette bulunulmamışsa, kovuşturmaya re'sen başlanılması mümkün olmaz[3]. Bu şikâyet müessesesinin esasına aykırı olacağı gibi, failin aleyhine bir sonuç da doğuracaktır.
- ✓ **Re'sen** kovuşturulan bir suç, **şikâyet** ile kovuşturulabilen bir suç haline getirilirse, bu durumda savcının hareketini kısıtlayan, dolayısıyla fail lehine bir kanun söz konusu olacağından geçmişe yönelik uygulanması gerekir[4]. Bu durumda[5]:
  - ➢ Kovuşturmaya başlanmamış ise şikâyet olmadığı sürece kovuşturmaya başlanamaz. Şikâyet süresi de suçu şikâyete tabi hale getiren kanunun yürürlüğe girmesi ile başlar.
  - ➢ Kovuşturmaya başlanmışsa, şikâyetçinin şikâyet etmesi beklenmeli, şikâyet etmemesi durumunda düşme kararı verilmelidir[6].

F. Zamanaşımına İlişkin Kanunlar

Öğretide zamanaşımının bir ceza muhakemesi kurumu olduğu ileri sürülerek, zaman bakımından uygulanması açısından ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan "derhal uygulama" prensibine tabi olması gerektiğini ileri süren yazarlar vardır. Ancak zamanaşımı maddi ceza hukukuna ait bir kurumdur. Kaldı ki, Anayasa'nın 38/2. maddesi de açık bir şekilde "suç ve ceza zamanaşımı" konusunda da genel hükümlerin uygulanması gerektiğini düzenlemiş bulunmaktadır. Bu açık hüküm karşısında[7], zamanaşımına ilişkin

---

1 Danıştay 14. D. 14.03.2012. 8080/1713.
2 Önder. I. 160. 161.
3 Bkz. 2. CD. 29.09.2005. 19971, Parlar/Hatipoğlu. 606.
4 Donmezer/Erman. I. 218.
5 Önder. I. 161. 162.
6 9. CD. 18.06.2007. 5381.
7 Koca/Üzülmez. 58.

kanun değişikliklerinde, değişikliğin failin lehine olup olmadığına bakılarak **TCK** 7 uygulanacaktır[1]. Bu husus, zamanaşımını durduran veya kesen sebepler bakımından da geçerlidir.

Yargıtay da yeni kanunun dava zamanaşımına ilişkin hükümlerinin lehe olması durumunda uygulanması gerektiğine hükmetmiştir[2]. Keza, zamanaşımının dolması nedeniyle sanığa ceza verilebilme olanağını tamamen ortadan kaldıran yasanın, ceza miktarı açısından daha lehe hükümler içeren ancak zamanaşımı süresi dolmadığı için cezalandırmaya olanak sağlayan yasadan daha lehe olduğunun kabulü zorunludur. Gerçekten de *Yargıtay*'ın duraksamasız içtihatlarına göre, içerdiği ceza miktarı ne olursa olsun zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle düşme kararı verilmesini gerektiren kanun, bunu gerektirmeyen kanundan daha lehedir[3].

Yüksek mahkememiz, kesinleşen hükümden sonra yürürlüğe giren bir kanunun daha az cezayı öngörmesi ve buna bağlı olarak da suçun daha kısa bir zamanaşımı süresini gerektirmesi halinde dahi, sonradan yapılan uyarlama yargılamasında dava zamanaşımının önceki yargılama sırasında dolması nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verilebileceğine hükmetmiştir[4]. Bu karar genel hükümler itibarıyla doğrudur. Yüksek Mahkeme, zamanaşımı bakımından da lehe kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği prensibini ortaya koymaktadır. Ancak önemle işaret etmek gerekir ki, kesinleşmiş hükümlerle ilgili açık bir yasal hüküm bulunmaktadır: 5252 sayılı **TCK** Yürürlük Kanunu'nun 9/4 maddesine göre, "*kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama (uyarlama yargılaması) bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmaz*". Bu açık hüküm karşısında, Yargıtay'ın bu kararı isabetli değildir[5]. Yeni kararlarında ise Yargıtay, kanuna uygun görüş belirtmiştir[6].

G. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları

Anayasanın 153/5. maddesine göre "*iptal kararları geriye yürümez*". Böylece bir suç tipinin Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmesi durumunda, bu suç tipinin yürürlükte olduğu dönemde suç işleyenler bu iptalden yararlanamazlar.

Hüküm iptal edildikten sonra suç işleyenler bakımından ise ihlal edilen suç tipine ilişkin hükmün uygulanmayacağında kuşku yoktur. Ancak burada ortaya çıkan bir sorun, Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırması durumunda, esasen iptal edilmiş olan ve fakat boşluk doğmaması için bir müddet daha yürürlükte kalacak olan bu

---

[1] Aynı görüşte Zafer, 77.
[2] Bkz. CGK. 15.11.2005. 125, Yalvaç, 527, 528.
[3] CGK. 15.06.2010.152; CGK. 13.04.2010. 90.
[4] CGK. 08.04.2008. 77.
[5] Bkz. 11.CD. 04.12.2007. 8802. krş. CGK. 25.12.2007. 279, Yalvaç, 529, 525 vd.
[6] "Kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmaz" hükmü gözetilmeden, uyarlama konusunda bir karar verilmesi gerekirken, sanık hakkındaki kesinleşmiş hükümle ilgili kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine hükmolunması yasaya aykırı olup.... 10. CD. 27.06.2011. 5267.

hükme dayanılarak o dönemde suç işleyen kimselerin cezalandırılıp cezalandırılmayacaklarıdır. Bu sorunun cevabı olumlu olmak, yani bu kimselerin bu dönemde cezalandırılmaya devam edileceği olmak gerekir. Ancak uygulamada *Yargıtay* her ne kadar henüz yürürlükte ise de iptal edilmiş, başka anlatımla Anayasa'ya aykırılığı belirlenmiş bir hükme dayanılarak bir kimsenin cezalandırılmasının mümkün olmayacağına karar vermiştir[1]. Karar anlayışla karşılanabilirse de Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır. Dolayısıyla suç ve ceza içeren hükümlerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinde, ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kaideler göz önünde bulundurulmalı ve bu konuya ilişkin açık bir Anayasa hükmü ile sorun çözülene kadar, iptal edilen hüküm dolayısıyla ortaya çıkan durum failin lehine ise, bu doğrultuda sonuca ulaşılmalıdır. Aksi takdirde, artık suç oluşturmayan bir eylemden dolayı kişilerin cezaevine girmeleri gibi kabul edilemez ve adil olmayan bir sonuç ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu nedenle, Yargıtay'ın yorumu her ne kadar Anayasa'ya aykırı ise de, ceza hukukunun kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin temel ilkelerine uygundur.

H. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarındaki Değişiklikler

Yargıtay'ın içtihadında bir değişiklik yapması, hükümlülerin lehine bir sonuç doğurmaz. Ancak İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bir değişiklik yapılmasının lehe sonuç doğurup doğurmayacağı ayrıca ele alınmak gerekir. *Yargıtay* 1949 yılında verdiği bir kararında doğrudan olmasa da bu konuya da temas ederek, lehe kararların geriye yürümeyeceğine karar vermiştir[2]. Ancak bu karar öğretide eleştirilerek[3], kanunlar lehe olduğu takdirde geçmişe yürürken, bu kararların geçmişe yürümemesinin kabul edilemeyeceği haklı olarak ifade edilmiştir.

Alman Hukuku'nda içtihat değişiklikleri bakımından geçmişe yürüme yasağının geçerli olmadığı, içtihadın failin aleyhine değiştiği hallerde bile, bu içtihadın faile uygulanacağı, zira kanunun değişmediği kabul edilmektedir. Ancak bu takdirde fail bakımından kaçınılmaz bir hukuksal yanılgı (**TCK** 30/4) olduğu kabul edilebilecektir[4].

SORU: Hangi kanun değişiklikleri derhal uygulanır?
CEVAP: Cezanın ve güvenlik tedbirlerinin infaz rejimine ilişkin kanunlar, mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin kanunlar, yargılama usulüne ilişkin kanunlar ve kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımların infazına ilişkin kurallar.

SORU: Failin lehine olunca geçmişe uygulanan kanunlar hangileridir?
CEVAP: Cezanın infaz rejimine ilişkin kanunlardan cezanın niteliğini değiştiren kanunlar (erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin kanunlar), kovuşturma şartlarına ilişkin değişikliklerden cezalandırma açısından failin lehine olanlar, zamanaşımına ilişkin kanunlar ve derhal uygulama prensibinin geçerli olmadığı diğer lehe kanun değişiklikleri.

[1] S. CD. 09.03.1998, 854.
[2] İBK. 15.06.1949, 11.
[3] Demirbaş, 135; Centel/Zafer/Çakmut, 106
[4] Heinrich, 14, 15.

IV. LEHE OLAN HÜKÜMLERİN UYGULANMASINDA USUL

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük Kanunu'nun 9/1. maddesine göre, Türk Ceza Kanunu'nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde duruşma yapılmaksızın karar verilebilir. Ancak, lehe kanunun saptanıp uygulanmasında (uyarlama) araştırma, kanıt toplama, takdir hakkının kullanılması veya cezanın kişiselleştirilmesi gerekiyorsa yargılama duruşmalı yapılır. Bununla beraber, duruşma açılarak yargılama yapılsa bile, bu yargılamanın sonraki kanunun lehe hükümlerinin saptanması ve uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi ile sınırlı ve kendine özgü bir yargılama olduğunun unutulmaması ve lehe kanunun tespiti amacıyla yapılan yargılamada, mahkemelerce önceki karar dışına çıkılmaması, kesinleşen kararda suça uygulanması olanağı bulunan yeni ceza kanunu hükümlerinin tamamının uygulanması suretiyle bulunacak cezaların karşılaştırılıp, lehe kanunun saptanması ile yetinilmelidir[1]. Unutulmamalıdır ki, sınırlı amaçla ve istisnai olarak başvurulsa da bu yargılama faaliyeti sonunda verilen ve hüküm niteliğine sahip olan yeni kararın, Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre hüküm fıkrasında bulunması zorunlu unsurları taşıması, bünyesinde noksan husus bırakmaması ve infaz sırasında karışıklığa meydan vermemesi gerekir[2]. Belirtelim ki, bu kararlara karşı temyiz yoluna gidilebilir[3]. *Yargıtay* dosya üzerinden verilen uyarlama kararına karşı ise temyiz değil itiraz yoluna gidilebileceği görüşündedir[4]. *Yüksek mahkeme*'ye göre, *"uyarlama kararlarına karşı başvuru temyiz niteliğinde bulunduğundan, itiraz merciince, incelemenin temyiz mahkemesine ait olduğunu saptayıp dosyayı anılan mercie gönderme yerine, kendisini yetkili sayarak hüküm vermesi ve bu hüküm üzerine gerek özel dairece, gerekse yerel mahkemece verilen tüm kararlar ve yapılan yargılama faaliyetleri hukuki değerden yoksundur"*[5].

Önemle belirtmek gerekir ki, uyarlama yargılamasında kazanılmış hak olmaz.

"İnfazı tamamlanmış olan hükümlerin uyarlama yargılamasına konu edilip edilemeyeceği hususunda açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, infaz edilmiş hükümlerin uyarlama yargılamasına konu edilip edilemeyeceği kuşkulara yol açmış ise de, yasanın infaz edilmiş hükümlere infazdan sonra da bir takım sonuçlar bağladığı, bu anlamda lehe yasanın belirlenerek uygulanmasının, hakkındaki hüküm infaz edilmiş olan hükümlüler açısından da "lehe durumlar oluşturabileceği" ve hükümlünün böyle bir istemde bulunmasında hukuki yararı bulunacağı, sonraki yasanın, cezası infaz edilmiş hükümlü açısından lehe bir durum oluşturup oluşturmayacağının her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekeceğinden "infaz edilmiş bulunan hükümlerle ilgili olarak uyarlama yargılaması yapılamaz" şeklinde bir ilke konulmasının kabul edilemez". Dolayısıyla, infaz edilmiş olsa dahi sonradan değişen yasa nedeniyle uyarlama yapılmasında sanığın hukuki yararı vardır[6].

---

[1] CGK. 28.03.2006. 58.
[2] CGK. 07.02.2006. 12.
[3] CGK. 24.01.2006. 11-136.
[4] 6. CD. 05.12.2005. 11216.
[5] CGK. 03.04.2007. 81.
[6] 14. CD. 03.03.2016. 2097. 3. CD. 11.04.2018. 6583.

V. SUÇUN İŞLENDİĞİ ZAMAN

A. Problem: Hareket mi, Netice mi Esas Alınacak?

Suçun işlendiği zaman, o fiile uygulanacak kanunun hangisi olduğunu tespit açısından önem arz eder. Genelde hareket yapılmasıyla sonuç da gerçekleşir ve böylece hareketin yapıldığı zaman suçun işlendiği zaman olarak göz önüne alınır ve herhangi bir problem ile karşılaşılmaz. Hareket ile sonucun aynı anda meydana geldiği suçlara *ani suçlar* adı verilir. Söz gelimi, yaralama.

Ne var ki, suçun hareket unsurunun yapılmasından kısa veya uzun bir süre geçtikten sonra sonuç meydana geldiği hallerde, suçun ne zaman işlenmiş sayılacağının tayini bir **problem**dir[1]. Örneğin fail F, 31 Mayıs 2005'te öldürmek için mağdur M'ye ateş etmekte, fakat M yaralanmakta, kaldırıldığı hastanede ancak 10 Haziran 2005 tarihinde ölmektedir. 31 Mayıs'ta yürürlükte bulunan kanun 24 yıl hapis cezası öngörürken, **TCK** değiştirilerek **1** Haziran 2005'te adam öldürmenin cezası artırılarak müebbet hapis cezası olarak belirlenmiş olabilir.

Burada suçun işlenme zamanı olarak ya hareketin ya da neticenin gerçekleştiği zaman esas olarak ele alınabilir. Öğretide bugün egemen olan görüş, suçun **hareketin yapıldığı zaman** işlenmiş olduğunu kabul eden hareket teorisidir[2].

B. Problem: Kesintisiz Suçlar

İkinci bir **problem** *kesintisiz* yani devam ede gelen suçlar (sürekli suçlar) açısından söz konusu olur[3]. Bunlar hem hareketin hem de neticenin devam ettiği suçlardır, ruhsatsız silah taşımak, kişi hürriyetini tahdit gibi. Bu halde **kesintinin gerçekleştiği anda** (devamlılığın sona erdiği anda) suç işlenmiş sayılır[4]. Kesintisiz suçlarda, bu suç işlenmeye devam ettiği müddetçe hukuka aykırı durum devam etmektedir. Bu itibarla, sürekliliğin başlangıcı ile sona ermesi arasında kanun değişse dahi, süreklilik devam ederken yürürlüğe girmiş olan kanun uygulanacaktır, "zira bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da kesintisiz olan suç işlenmektedir"[2]. Buna göre bir kişiyi kaçırarak bir yere hapseden kişi, bu kişinin salıverildiği ya da güvenlik güçlerince kurtarıldığı tarihte suçu işlemiş sayılacaktır. 15 Mart'ta mağdur kaçırılmış ve o tarihteki kanun 1 yıl hapis cezası öngörüyorsa, 1 Nisan'da yeni bir kanun çıkarak hapis cezasını 5 yıla çıkarmışsa ve fail de 10 Nisan'da yakalanmışsa, bu durumda suçun işlendiği tarih sayılan 10 Nisan'da yürürlükte bulunan ve eski kanuna nazaran daha ağır hapis cezası öngören 1 Nisan tarihli kanun uygulanacaktır.

---

[1] Önder, I. 141; Soyaslan, 108; Centel, 71; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 231.
[2] Önder, I. 141.

C. Problem: Zincirleme Suçlar

"Zincirleme suçlarda teselsülün 5237 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra bitmesi durumunda, suç yeni yasa zamanında işlenmiş sayılacağından, TCK'nın zaman bakımından uygulama alanını gösteren 7/1-2 maddesi gereğince 765 sayılı önceki yasa lehe dahi olsa uygulama olanağının bulunmadığı" (5. CD, 13.03.2006, 1792).

Diğer bir problem kaynağı da zincirleme suçlardır. **TCK** 43/1'e göre, kanunun aynı hükmünün aynı suç işleme kararına bağlı olarak değişik zamanlarda birden fazla ihlal edilmesi halinde zincirleme suç söz konusu olur.

Bu suç türü tamamen kanun koyucunun bir tercihinin ürünüdür. Kanun koyucu bu tercihi yapmasaydı, diğer birçok yabancı ülke kanununda olduğu gibi, fail aynı suçu birden fazla işlemiş olmaktan dolayı cezalandırılacaktı. Ancak **TCK** 43 dolayısıyla fail, tek bir suç işlemiş gibi cezalandırılır, fakat cezası artırılır.

Buna örnek olarak zimmet suçunun aşağıdaki şekilde işlenmesi gösterilebilir. Bir resmi dairenin mutemedi, toplam 1000 TL'yi zimmetine geçirmek istemektedir. Bu suç işleme kararının icrası için, suçun hemen anlaşılmaması açısından bir günde 1000 TL'yi almak yerine, her ayın 15 inde 100 TL'yi zimmetine geçirmektedir. Böylece 15 Ocak'ta başladığı eylemine 15 Ekim'de son vermektedir. Bu durumda kural, **son suçun işlendiği anda** suçun işlendiğinin kabul edilmesidir. Örnek olayda da bu tarih 15 Ekim'dir.

"Sanığın, kızı olan mağdure ile 1999 yılında ilk kez cinsel ilişkide bulunup kızlığını bozmasından sonra bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda eylemlerini zincirleme surette Aralık 2006 yılına kadar sürdürdüğü ve teselsülün son bulduğu suç tarihi itibarıyla sanık hakkında 5237 sayılı kanun hükümlerine gore uygulama yapılması gerektiği...", 5.CD, 15.09.2008, 7752.

D. Problem: İhmali Suçlar

Saf ihmali suçlarda (örn. **TCK** 98) veya garantörsel ihmali suçlarda (bebeği emzirmemek suretiyle öldürmek) failin hukuki yükümlülüğü sebebiyle **harekette bulunması gerektiği zamanda** suç işlenmiş sayılacaktır.

E. Problem: Teşebbüs Halinde Kalan Suçlar

Teşebbüs halinde kalan suçlarda ise **son icra hareketinin yapıldığı an** suçun işlendiği zamandır. Zira teşebbüsün devam ettiği süre, suçun "işlenme zamanı"na dâhildir.

F. Problem: Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları İçeren Suçlar

Bir suçta objektif cezalandırılabilirlik şartı varsa, ortaya çıkan sorun, suçun işlenme anı olarak, suçun unsurlarının gerçekleştiği anı mı, yoksa objektif cezalandırılabilirlik şartının gerçekleştiği anın mı kabul edileceğidir.

Bu tür suçlarda, suçun işlendiği zaman olarak objektif cezalandırılabilirlik şartının gerçekleştiği zamanı kabul etmek gerektiği kanaatindeyim. Örneğin, hileli iflas suçunda, iflas kararının verilmesi bir objektif cezalandırılabilirlik şartıdır. Bu suçlarda suçun işlendiği zaman olarak, şartın gerçekleştiği an kabul edilmediği takdirde, hileli iflasa ilişkin işlemleri yapan kişilerin, iflas kararının çok geç bir tarihte alınması durumunda, eylemleri zamanaşımına gireceğinden, cezalandırılamamak gibi bir durum ile karşı karşıya kalınacaktır. Yine hileli iflasa neden olacak eylemleri seneler önce yapan, ancak zamanaşımı süresince bu durumun ortaya çıkmasını engelleyecek hareketleri gerçekleştiren kişiler, iflas kararının alınması durumunda cezalandırılamayacaktır. Bu durumda, zaten hileli iflas yoluna gitmekle kötü niyetini gösteren kişilerin bu kötü niyeti kanun tarafından korunmuş olacaktır.

Yargıtay da, suçun işlendiği zaman olarak objektif cezalandırılabilirlik şartının gerçekleştiği zamanı esas almaktadır: *Suç tarihi ne tipik eylemlerin yapıldığı ne de davanın açıldığı tarih olarak kabul edilemez. Suç tarihi iflas kararının verildiği tarihtir ve dava zamanaşımı bu tarihten itibaren başlar*[1].

Objektif cezalandırılabilme şartlarının arandığı suçlarda, bu şartların gerçekleşmemesi halinde, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması söz konusu olamaz[2]. Ancak, cezalandırılabilme şartları içeren suçlara da teşebbüs mümkündür. Örneğin, **TCK** 161'de düzenlenmiş olan hileli iflas suçunda, failin hileli tasarruflara ilişkin icra hareketlerine başlamış olması ancak bu hareketleri tamamlayamamış olması halinde teşebbüs söz konusu olur. Burada sorun oluşturabilecek husus, failin henüz icra hareketlerini tamamlamamış olmasına rağmen, iflasa karar verilmiş olması halinde, sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir? Kanaatimce bu takdirde genel kurallardan ayrılmayı gerekli kılan haklı bir neden yoktur ve bu nedenle, objektif cezalandırılabilme şartları gerçekleşmiş olsa bile, henüz icra hareketleri tamamlanmış olmadığından, faili teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekir[3].

---

[1] 11.CD. 25.03.2008. 1731. Suçun unsurların gerçekleşmesi ile tamamlandığı, objektif koşulun değil, unsurların gerçekleştiği anda işlenmiş sayılacağı hakkındaki aksi yöndeki görüş için bkz. Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s.168.

[2] İçel/Evik, 21.

[3] A.g. Koca/Üzülmez, 305.

§2. YER BAKIMINDAN UYGULAMA

I. Suçun İşlendiği Yer
II. Sistemler
A. Mülkilik (Ülkesellik) Sistemi
B. Şahsilik Sistemi
1. Faile Göre Şahsilik
2. Mağdura Göre Şahsilik
C. Koruma (Savunma) Sistemi
D. İkame Yargı Sistemi
E. Evrensellik Sistemi
F. Türkiye'de Yeniden Yargılama Yapılması
G. Hak Yoksunluklarının Türkiye'de Geçerli Olması
H. Yabancı Ülke Kanununun Göz Önünde Bulundurulması
III. Yurt Dışında İşlenen Kabahatler Bakımından Türk Kanunlarının Uygulanabilirliği
IV. Yabancıların Geri Verilmesi

I. SUÇUN İŞLENDİĞİ YER

A. Genel Olarak

Ceza kanununun nerede işlenmiş bulunan suçlar hakkında uygulanacağı problemi ile ilgili olarak kanunumuzun sistemine geçmeden önce, "suçun işlendiği yer" denildiğinde neresinin anlaşıldığı üzerinde durmak gerekir.

Gerçekten de suçların birçoğunda suçun işlendiği yeri tespitte bir güçlük bulunmazken, bazı suçlarda suçun işlendiği yerin neresi olduğunu belirleme sorun oluşturabilir. Nitekim neticesi harekete bitişik suçlarda, bir başka deyişle **ani suçlarda** sorun yoktur; hareketin yapıldığı yer suçun işlendiği yerdir. Örneğin hakaret, hırsızlık, yaralama gibi suçlar neticesi harekete bitişik olan suçlardır. Buna karşılık neticesi hareketten ayrılabilen, başka deyişle **mesafe suçları**nda, hareket ve netice farklı yerlerde gerçekleşebileceğinden, suçun işlendiği yeri net olarak tespit etmek problem olabilir. Mesela dolandırıcılık suçunun (**TCK** 157) işlenebilmesi için hileli davranışların yapılması ve haksız yararın elde edilmesi gerekir. Bir Türk dolandırıcılık çetesi, Almanya'da Alman vatandaşlarını, Türkiye'de yazlık satmak üzere kandırmakta, bu sebeple yollanılan paraları ise Türkiye'de tahsil etmektedir.

Keza internet üzerinden işlenen suçlarda da suçun işlendiği yeri belirlemek problem oluşturabilir. Örneğin, Almanya'da hazırlanan bir çocuk pornosu sitesine İstanbul'dan girilmesi durumunda suçun nerede işlenmiş sayılacağı belirlenmek gerekir.

Ceza kanunumuz, suçun işlendiği yere ilişkin tartışmalara son vermek maksadıyla açık bir hüküm belirlemiştir: Fiilin kısmen veya tamamen **Türkiye'de işlenmesi** veya neticenin **Türkiye'de gerçekleşmesi** halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır (md. 8/1). Bu suretle hareketin veya neticenin tamamının veya bir kısmının Türkiye'de gerçekleşmiş olması halinde suçun işlendiği yer Türkiye kabul edilmek suretiyle, mülkilik sisteminin uygulama alanı genişletilmekte ve Türk mahkemelerinin yetkili kılınması amaçlanmaktadır. Böylece yeni kanunumuzun karma teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır.

B. Problemli Durumlar

> *"Sanıklara yüklenen dolandırıcılık suçunun icra hareketlerinin Türkiye'de yapılması ve yurt dışında bulunan banka görevlilerinin yanıltılarak Türkiye'deki banka şubelerine havale yapılmasının sağlanması, dolandırıcılık suçunun; haksız çıkarın Türkiye'de elde edilmesiyle tamamlanması karşısında yargılamaya devam olunarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde, suçtan zarar görenlerin yabancı banka olup suç yerinin yabancı ülke olduğunun kabulü yasaya aykırı..." (11. CD, 13.07.2006, 6680)*

Burada tartışmaya açık bir sorun, Türkiye'de neticenin gerçekleşmesi için yabancı bir ülkede teşebbüs edilen bir suçun Türkiye'de işlenmiş sayılıp sayılmayacağıdır. Örneğin, ABD'nin Houston kentinden Samsun'a gönderilen zehirli bir mektubun, henüz ABD'den çıkmadan FBI tarafından belirlenerek imha edilmesi halinde, suç Türkiye'de işlenmiş sayılacak mıdır? Öğretide teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, neticenin gerçekleşmesinin istenildiği yerde de suçun işlenmiş sayılacağını savunan yazarlar[1] bulunmakla birlikte, benim de görüşüne katıldığım diğer bazı yazarlar da[2] bu takdirde suçun Türkiye'de işlendiğini kabul etmenin mümkün olmadığını savunmaktadır. Gerçekten de henüz hareketin veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmediği bu örnekte, suçun sadece ABD'de işlenmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yerde suç işlenmiş sayılacaksa da (bkz. CMK 12/2), bu hüküm mahkemelerin yetkisini belirlemek amacıyla sevk edilmiş olup, son suç yurt dışında işlenmiş olsa bile, diğer suçlardan en azından bir tanesi Türkiye'de işlenmişse, TCK 8/1 karşısında suçun Türkiye'de işlendiğini kabul etmek gerekir. İştirak halinde işlenen suçlarda ise fail veya müşterek failin Türkiye'de olması, şeriklerin (azmettiren veya yardım eden) yurt dışında olması durumunda, suç Türkiye'de işlenmiş sayılacak ve şerikler hakkında da Türk Ceza Kanunu uygulanacaktır. Buna karşılık, şeriklerin Türkiye'den suça iştirak etmesi, ancak fail veya müşterek failin yabancı ülkede suçu işlemesi halinde, suç Türkiye'de işlenmiş sayılamayacaktır. Bu kişiler şartları

---

1 Özbek, İzmir Şerhi, 226.
2 Koca/Üzülmez, 65.

gerçekleşmişse, yabancı ülkede işlenmiş bir suç dolayısıyla sadece **TCK** 10-13 hükümleri çerçevesinde Türkiye'de yargılanabilir[1].

Transit suçlarda, transit ülkelerden en az birinin Türkiye olması halinde, suç Türkiye'de işlenmiş sayılır[2]. Transit suça örnek olarak, ABD'den zehirli mektubun Türkiye üzerinden Pakistan'a gönderilmesi verilebilir. Suç kısmen de olsa Türkiye'de de işlendiğinden, **TCK** 8 hükmü karşısında Türk Ceza Kanunu uygulanabilecektir. Ancak *Yargıtay*'ın önceki kanun döneminde verilmiş olan ve suçun Türkiye'de işlendiğini kabul veya ret eden kararları bulunmaktadır. Örneğin, Türkiye'den transit geçen sanıkta, geçirdiği trafik kazası neticesinde müstehcen filmlerinbulunduğunun anlaşıldığı olayda, Yüksek Mahkeme, filmlerin Türkiye'de dağıtımı veya gösterilmesi amacı bulunmadığından mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini açıklarken[3]; gemideki kaçak silahları Türkiye'ye sokabilme olanağının varlığı ve geminin Türkiye'den transit geçmesi nedeniyle suçun Türkiye'de işlendiğine karar vermiştir[4].

Objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleştiği yer de suçun işlendiği yer sayılır[5].

C. Özel Hükümler

Suçun işlendiği yer konusunda mevzuatımızda özel bazı hükümlerin de sevk edildiği görülmektedir: 29.04.1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5 inci maddesine göre, "*kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın, spor müsabakaları ile ilişkili olarak sabit ihtimalli veya müşterek bahis oynatanlar, oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.*

Yurt dışında oynatılan her çeşit bahis veya şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır".

Esasen, oyunun Türkiye'den oynanmasına imkân sağlanması nedeniyle, suç Türkiye'de işlenmiş sayılacaksa da oyunun yurt dışında hazırlanması nedeniyle oluşabilecek tereddütleri gidermek bakımından böyle ayrı bir hükme gerek görülmüştür.

II. SİSTEMLER

Suçun işlendiği yeri belirledikten sonra, acaba bir ülkenin ceza kanunu, "nerede işlenmiş olan suçlara uygulanmalıdır" sorusu ile karşı karşıya kalınız.

Ceza kanununun uygulanacağı yer sorunu, suç Türkiye'de işlenmiş ve fail/mağdur Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ise ortaya çıkmaz. Bu sorun, da-

---

1 Koca/Üzülmez, 67, 68; a.g., Erem/Danışman/Artuk, 167.
2 A.g., Koca/Üzülmez, 68.
3 5. CD, 05.04.1978, 1137
4 CGK, 19.06.1978, 245
5 Trondle/Fischer, §9, kn. 4. Bu şartlara yer veren suçlarda, suçun işlendiği yerin, şartın gerçekleştiği yer olarak kabul edilmesinin bu şartların, ne harekete ne de neticeye olması sebebiyle kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği hakkındaki görüş için bkz. Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, 172.

ha çok bir yabancı ülke bağlantısının varlığı halinde karşımıza çıkar. Örneğin, suçun yabancı ülkede işlenmiş olması ya da fail ve/veya mağdurun yabancı ülke vatandaşı olması gibi.

Ceza kanunlarının ülke bakımından uygulanmasında çeşitli sistemler benimsenebilir:

- Öncelikle suçun ülkede işlenmesi hali için bir kural konulabilir. Gerçekten de asıl olan, her ülke ceza kanununun o ülkede işlenmiş suçlara uygulanmasıdır.
- Bununla beraber suçun yabancı ülkede işlendiği hallerde de ülke kanununun uygulanması ihtimali düşünülebilir. Bu durumda ise sadece suçun yabancı ülkede işlenmiş olması ile yetinilmez, failin Türk ya da mağdurun Türk olması ihtimalleri göz önünde bulundurulabilir.
- Bunun dışında suçun nerede veya kim tarafından işlendiği göz önünde tutulmaksızın, devletin korunması esası kabul edilebilir ve
- son olarak da suçun evrensel bir kötülük olması dolayısıyla herkesi ilgilendirmesi nedeniyle cezalandırılması esası benimsenebilir.

Kanunumuz bu dört sistemin bir karmasından ibaret olmakla beraber, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması konusunda ceza kanunlarının ülkesel olması ve ceza kanunlarının şahsi olması diye adlandırılan iki sistemin daha çok uygulama alanı bulduğunu da belirtmek gerekir.

Böylece:

- ⇒ Türkiye'de suç işleyen herkes (Türk ya da yabancı) Türk kanunlarına göre cezalandırılır (**TCK** 8/1).
- ⇒ Yabancı memlekette Türk tarafından (**TCK** 10 ve 11) veya Türkiye/Türk aleyhine (**TCK** 12/1 ve 2) işlenen suçlar Türk kanunlarına göre cezalandırılır.
- ⇒ 13. maddede sayılmış olan suçlar, yabancı memlekette kim tarafından işlenirse işlensin Türk kanunlarına göre cezalandırılır (**TCK** 13).
- ⇒ Yabancı memlekette bir yabancı tarafından ve bir yabancıya karşı işlenen suçlara da bazı şartlar altında Türk kanunları uygulanabilir (**TCK** 12/3).

Burada önemle belirtmek gerekir ki, yurt dışında işlenen suçlara Türk Ceza Kanunu'nun uygulandığı hallerde, Türk soruşturma ve kovuşturma organları kural olarak yurt dışında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisini haiz değildir. İlgili ülkenin izniyle ve soruşturma/kovuşturma makamlarının gözetiminde bazı usuli işlemler yapılması ise mümkündür.

A. Mülkilik (Ülkesellik) Sistemi

1. Tanım

"Failin veya mağdurun vatandaşlığı dikkate alınmaksızın, ülkesinde suç işlenen devletin ceza kanununun uygulanmasına *mülkilik* sistemi denmektedir". Kanunumuzun asıl kabul ettiği sistem **TCK** 8'de düzenlenmiş bulunan mülkilik sistemidir. Ancak kanun, yabancı ülkelerde işlenen suçlarda da ken-

dini yetkili gördüğü hallerde faile ve mağdura göre şahsilik, koruma, ikame yetki ve evrensellik sistemlerine de yer vermiştir. Bu nedenle, bu sistemin tam mülkilik değil, yarı mülkilik sistemi olduğu da ifade edilmektedir.

2. Ülke Neresidir?

Ülkede işlenen suçlara o ülkenin ceza kanunu uygulanacağına göre, ülkenin ne olduğunun tespiti gerekir.

ÜLKE: Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasuları[1]. Suçun Türkiye'de işlenilmesinden anlaşılması gereken budur (**TCK** 8/2-a).

⇒ Hava ülkesinin hangi yüksekliğe kadar söz konusu olacağı henüz bir uluslararası sözleşme ile belirlenmiş değildir. Ancak her halükarda uçakların erişebildiği yükseklik hava sahası olarak kabul edilmektedir[2].

⇒ Karasularımız, 1982 tarihli Karasuları Kanunu ile belirlenmiş, Bakanlar Kurulu, kendisine verilen yetkiye dayanarak karasularını Ege Denizi'nde 6 mil (9,6 km), Karadeniz ve Akdeniz'de 12 mil (19,2 km) olarak belirlemiştir.

ÜLKE DIŞINDA:

- Başka bir ülkenin kara, hava sahası veya karasuları içinde işlenmişse, suç yabancı ülkede işlenmiştir.
  - ✓ Ancak başka bir ülkenin kara, hava sahası veya karasuları içinde ve fakat Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla işlenmişse, suç Türkiye'de işlenmiş sayılır (**TCK** 8/2-c; yetkili mahkeme konusunda bkz. CMK 15).
- Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında işlenmişse:
  - ✓ Türk sivil deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenmişse, suç Türkiye'de işlenmiş sayılır (**TCK** 8/2-b; yetkili mahkeme konusunda bkz. CMK 15)
  - ✓ Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla işlenmişse, suç Türkiye'de işlenmiş sayılır (**TCK** 8/2-c; yetkili mahkeme konusunda bkz. CMK 15)
- Suç, Türkiye'nin kıt'a sahanlığında[3] veya münhasır ekonomik bölgesinde[4] tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlendiğinde de Türkiye'de işlenmiş sayılır (**TCK** 8/2-d).



[1] Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasuları, esasen Türkiye ülkesini oluşturmaktadır. O nedenle bendin sonunda buraların da Türkiye sayılacağının belirtilmesi gereksizdir. Hafızoğulları/Özen, 39.

[2] Doğan, 240.

[3] 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne göre, kara ülkesinin doğal uzantısı boyunca karasularının ötesinde kıta kenarının dış sınırına kadar uzanan veya kıta kenarının dış sınırının 200 mile kadar uzanmadığı yerlerde, karasularının ölçülmeğe başlandığı esas hatlardan itibaren 200 mile kadar uzanan sualtı alanlarının deniz yatağı ve toprak altı.

[4] 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne göre, karasularının ötesinde ve ona bitişik olup, 200 mile kadar olan alan.

Görüldüğü üzere yukarıdaki tabloda suçun işlendiği yer bakımından üçlü bir belirleme yapılmıştır:

1. Suçun Türkiye'de işlenmesi
2. Suçun Türkiye'de işlenmiş sayılması
3. Suçun yabancı ülkede işlenmesi.

Bu konuya değinmişken, akla gelen şu soruyu da cevap arayalım:

Büyükelçiliklerde işlenen suç büyükelçiliğin ait olduğu ülkede mi işlenmiş sayılır? Hayır. Büyükelçiliklerin dokunulmazlığı olmakla beraber, büyükelçilikler de ülke toprağıdır. Dolayısıyla Türkiye'deki büyükelçiliklerde işlenen suçlarda da Türk kanunları uygulanır. Aynı şekilde, Türkiye'nin örneğin Kazakistan'daki büyükelçiliğinde bir suç işlendiği takdirde, bu suç Kazakistan'da işlenmiştir ve dolayısıyla yetki Kazakistan mahkemelerindedir.

B. Şahsilik Sistemi

"Mülkilik sisteminin, suçun işlendiği ülke kanununun uygulanmasını gerektirmesi, devletlerin yurt dışına giden vatandaşlarını gittikleri ülkeyi idare edenlerin insafına terk etmesi sonucunu doğuruyordu. Saf mülkilik sistemi teknolojik gelişmeye paralel olarak mütemadiyen küçülen dünyada mevcut milletlerarası düzen ile bağdaşmıyordu. Bu nedenle şahsilik sistemi ile yumuşatılması cihetine gidildi ve bu suretle iki sistem doğdu: Faile göre şahsilik ve mağdura göre şahsilik"[1]. Bu sistemde "ulusal kanun yurttaşı izler"[2].

Çifte vatandaşlık durumunda, vatandaşlıklardan birisinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı olması halinde, kişiye vatandaş işlemi uygulanır[3].

1. Faile Göre Şahsilik

Suç işleyen kimsenin, yani failin vatandaşlığı göz önünde tutulmak suretiyle, vatandaşların yabancı ülkelerde işledikleri belirli suçlardan dolayı, vatandaşı oldukları devletin ceza kanununun haklarında uygulanması sistemine *faile göre şahsilik* (aktif şahsilik) denilmektedir[4]. Yurt dışında suç işleyip Türkiye'ye kaçan vatandaş kural olarak iade edilmediğine göre (AY 38/son; **TCK** 18/2) ülkesinde yargılanmalıdır. Ayrıca vatandaş, işlediği suçlardan dolayı kendi mahkemeleri huzurunda hesap vermelidir gibi gerekçeler şahsilik sistemi lehinde ileri sürülmektedir[5].

TCK 10 ve 11'de faile göre şahsilik ilkesi dile getirilmiştir. **TCK** 10'un uygulanabilmesi için failin Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olması gerekirken, **TCK** 11 açısından böyle bir sınırlama yoktur:

---

1 Öztürk/Erdem/Özbek, 68.
2 Erem/Danışman/Artuk, 152.
3 Donmezer/Erman, III, 385.
4 Donmezer/Erman, I, 250.
5 Öztürk/Erdem/Özbek, 68.

- o Görev suçları bakımından ⇒ **TCK** 10
- o Diğer suçlar bakımından ⇒ **TCK** 11

a. Türk Vatandaşlarının Yabancı Ülkelerde İşlediği Suçlar

Yabancı ülkede Türk vatandaşları tarafından işlenen suçların **TCK**'ya göre Türkiye'de cezalandırılabilmesi için;

1) Fail fiili işlediği sırada **Türk vatandaşı** olmalıdır. Fiilin işlendiği sırada Türk vatandaşı olmak, bu maddenin uygulanması için yeterli olacaktır. Dolayısıyla örneğin, fiili işlediği sırada vatandaş olup, sonradan vatandaşlıktan çıkan kimse hakkında madde uygulanacaktır. Buna karşılık fiili işlediği zaman vatandaş olmayan bir kimsenin, sonradan Türk vatandaşı olması halinde bu ilke uygulama alanı bulamayacaktır. Nitekim kanunumuzun 6/1-a maddesinde de ceza kanunlarının uygulanmasında, vatandaş deyiminden, fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişinin anlaşılacağı açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır.

2) Suç, **TCK** 13'te yazılı olanlardan **başkası** olmalıdır,

3) Ceza,

a) **en az hapis cezası** olmalı, adli para cezası olmamalıdır. Soruşturma konusu suçun yer aldığı kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise soruşturma veya kovuşturma açılmaz (**TCK** 14).

b) bu hapis cezası

aa) 1 yıldan az değilse yargılama re'sen yapılır,

bb) 1 yıldan az ise zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyeti aranır. Bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye'ye girdiği tarihten itibaren 6 ay içinde yapılmalıdır (**TCK** 11/2).

1 yıllık hapis cezasının tayininde, soruşturma evresinde ileri sürülen kanuni ağırlaştırıcı nedenlerin aşağı sınırı ve kanuni hafifletici nedenlerin yukarı sınırı göz önünde bulundurularak hesaplanacak (**TCK** 15) ve bu da Türk kanununa göre tespit edilecektir.

4) Mağdur yabancı ise Türk'ün yabancı ülkede işlediği fiilin, işlediği yer kanununa göre de **suç sayılması** gerekir (11. madde gerekçesi). Bu koşul madde metninde bulunmamakta olup, gerekçede belirtilmiştir. Bu önemli bir eksikliktir, mutlaka madde metnine alınması gerekmektedir. Her ne kadar *Yargıtay* madde metni ile çelişmeyen gerekçenin, bir maddenin yorumunda dikkate alınması gerektiğini savunmaktaysa da[1], bu husus düzeltilmelidir.

5) Fail **Türkiye'de bulunmalı**dır. Madde gerekçesinde, failin Türkiye'de yargılanabilmesi için Türkiye'de bulunması gerektiği ve bunun bir kovuşturma şartı niteliğinde olduğu açıklanmaktadır. Böylece fail Türkiye'de olmasa dahi hakkında dava açılabilecek ve fakat yargılama yapılamayacaktır.

6) Bu suçtan dolayı yabancı ülkede **hüküm verilmemiş** olmalıdır.

---

[1] Bkz. CGK, 20.06.2006, 163

7) Türkiye'de **kovuşturulabilirlik** bulunmalıdır. Bunun belirlenmesinde Türk kanunları göz önünde bulundurulacaktır (11. madde gerekçesi). Örneğin, suçun dava zamanaşımına uğramış olması veya şikâyet şartının gerçekleşmemiş olması halinde, kovuşturulabilirlik yoktur. Yurt dışında işlenen suçun siyasi suç olması, Türkiye'de yargılama yapılmasına engel değildir[1].

b. Türkiye Namına Memuriyet veya Görev Yapanların İşledikleri Suçlar

Öğretide, yurt dışında işlenen görev suçları ağırlıklı olarak faile göre şahsilik sistemi içinde incelenmektedir. Ancak görev suçlarını koruma ilkesinin bir sonucu olarak gören yazarlar da vardır[2].

Yabancı ülkelerde Türk vatandaşlarının işledikleri suçların Türkiye'de yargılanabilmesi için yukarıdaki koşullar getirilmişken, Türkiye adına memuriyet veya görev üstlenmiş olan kimselerin yabancı memleketlerde işledikleri görev suçları bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

TCK 10gereğince yabancı ülkede suç işleyen kimsenin Türkiye'de cezalandırılabilmesi için Türkiye namına memuriyet veya vazife yapması ve işlediği suçun bu memuriyet veya vazifeden kaynaklanması gerekmektedir.

Türkiye namına memuriyet yapan kişinin Türk vatandaşı olması gerekiyorsa da Türkiye namına görev yapan kişi Türk vatandaşı olmayabilir. Örneğin, uluslararası bir yargı organı önünde Türkiye'yi temsil eden bir hukukçu veya danışman, Türkiye namına görev yapan bir yabancı olabilir[3].

Yabancı ülkelerde bulunup da diplomatik bağışıklıktan yararlanan Türk kamu görevlilerinin işledikleri suçlardan dolayı yetkili mahkeme Ankara mahkemesidir (CMK 14/4).

2. Mağdura Göre Şahsilik

"Mülkilik sisteminin tamamlanmasını sağlayan, şahsilik prensibinin diğer bir unsuru da mağdurdaki sıfatın, yabancı ülkede işlenen suç bakımından, mağdurun vatandaşı olduğu devlet kanununun uygulanmasını gerektirmesidir"[4]. Mağdurun milliyeti esas alınarak, yabancı uyruklu fail hakkında, mağdurun vatandaşı bulunduğu devlet kanununun uygulanmasını gerektiren sisteme *mağdura göre şahsilik* (pasif şahsilik) sistemi adı verilir[5].

Faile göre şahsilik sisteminde olduğu gibi, bu sistem gereğince **TCK** hükümlerinin uygulanması bazı koşullara bağlanmıştır. **TCK** 12/1 ve 2'de düzenlenmiş bulunan ve faile göre şahsilik sistemine nazaran daha fazla sayıda olan koşullar şunlardır:

1) Fail fiili işlediği sırada **yabancı** olmalıdır. Failin de Türk olması durumunda **TCK** 11 uygulanacaktır, zira 12. maddede ön plana çıkarılan husus, failin yabancı olmasıdır (bkz. madde başlığı: "yabancı tarafından işlenen suç").

2) Suç, **TCK** 13'te gösterilenden **başka** olmalıdır,

---

1 A.g., Koca/Üzülmez[3], 86.
2 Koca/Üzülmez[3], 91.
3 İçel/Donay, 177.
4 Donmezer/Erman, II, 251.
5 Öztürk/Erdem/Özbek, 73.

3) Ceza,

a) **en az hapis cezası** olmalı, adli para cezası olmamalıdır. Soruşturma konusu suçun yer aldığı kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise soruşturma veya kovuşturma açılmaz (**TCK** 14).

b) **aşağı sınırı en az bir yıl** olmalıdır. 1 yıllık hapis cezasının tayininde, soruşturma evresinde ileri sürülen kanuni ağırlaştırıcı nedenlerin aşağı sınırı ve kanuni hafifletici nedenlerin yukarı sınırı göz önünde bulundurularak hesaplanacak (**TCK** 15) ve bu da Türk kanununa göre tespit edilecektir.

4) Mağdur, bir **Türk vatandaşı** ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş **özel hukuk tüzel kişisi** olmalıdır.

5) Fail **Türkiye'de bulunmalıdır.**

6) Adalet bakanının **talebi** veya suçtan zarar görenin **şikâyeti** bulunmalıdır.

C. Koruma (Savunma) Sistemi

"Devletin kendi varlığına yönelik suçların yurt dışında işlenmesi halinde, devletin bunları cezalandırmasına olanak tanıyan sisteme *koruma sistemi* denmektedir" (**TCK** 12/1 ve 13/1-b).

TCK 12/1'e göre, **TCK** 13'te sayılan suçların dışındaki bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işleyen yabancı, adalet bakanının talebi üzerine (rüşvet ve nüfuz ticareti suçlarından dolayı yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlı değildir, md. 12/5) Türkiye'de yargılanacaktır. Bunun için ayrıca, işlenen suçun aşağı sınırının en az bir yıl hapis cezasını gerektirmesi ve failin Türkiye'de bulunması gerekmektedir.

Koruma sisteminin düzenlendiği bir diğer hüküm ise **TCK** 13/1. maddenin b bendidir. Bu bentte sayılan suçların da yurt dışında işlenmesi durumunda suçu işleyen ister Türk ister yabancı olsun Türk kanunları uygulanacak ve Türkiye'de doğrudan yargılama yapılabilecektir. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, dördüncü kısım altındaki üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci bölümlerde yer alanlar hariç, yukarıda belirtilen suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması adalet bakanının talebine bağlıdır (**TCK** 13/2).

D. İkame Yargı Sistemi

Suçun faili ve mağduru Türk olmamasına, suç da Türkiye ülkesinde işlenmemesine rağmen, yine de TCK'nın uygulanmasını gerektiren sisteme *ikame yargı sistemi* denir[1].

Kenyalı (K)'nın Ugandalı (U)'yu, Tanzanya'da öldürmesi ve Türkiye'de bulunması halinde Türk kanunlarına göre Türkiye'de yargılanmasını sağlayan ilke, bu ilkedir.

"Bu ilkeye göre, her devlet suç nerede ve kime karşı işlenmiş olursa olsun faili cezalandırmalıdır. Suç bütün insanlığa yönelik bir fiil olunca, diğer ilkelerin uygulanamadığı durumlarda devlet faili cezalandırmalıdır"[2]. Bu ilke,

---

[1] Turhan, HPD, 201 vd.
[2] Önder, I, 239.

Türkiye'nin imzalamış bulunduğu birçok uluslararası sözleşmede de kabul edilmiştir. Bu sözleşmelerde benimsenmiş bulunan ilke, "**ya geri ver, ya da cezalandır**" ilkesidir. Bu sistem **TCK** 12/3'te ifadesini bulmuştur[1].

TCK 12/3'te öngörülen şartlar şunlardır:

1) Fail, fiilin işlediği sırada **yabancı** olmalıdır.
2) Mağdur da filin işlendiği sırada **yabancı** (bir devlet veya kişi) olmalıdır.
3) Suç, **TCK** 13'te gösterilenden **başka bir suç** olmalıdır.
4) Ceza
   a) **en az hapis cezası** olmalı, adli para cezası olmamalıdır. Soruşturma konusu suçun yer aldığı kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise soruşturma veya kovuşturma açılmaz (**TCK** 14).
   b) **aşağı sınırı 3 yıldan az olmamalıdır**. 3 yıllık hapis cezasının tayininde, soruşturma evresinde ileri sürülen kanuni ağırlaştırıcı nedenlerin aşağı sınırı ve kanuni hafifletici nedenlerin yukarı sınırı göz önünde bulundurularak hesaplanacak (**TCK** 15) ve bu da Türk kanununa göre tespit edilecektir.
5) Fail **Türkiye'de bulunmalıdır**.
6) Adalet bakanının **istemi** bulunmalıdır.
7) Suçluların geri verilmesi **anlaşması bulunmamalı** veya geri verilme istemi suçun işlendiği ülkenin veya failin uyruğunda bulunduğu devletin hükümeti tarafından **kabul edilmemiş olmalıdır**.

E. Evrensellik Sistemi

Her suçun evrensel bir aykırılık olduğu düşüncesine dayanan **TCK** 13'te ise yurt dışında suçu işleyenin vatandaş olmaması halinde de Türk kanunlarının uygulanması öngörülmüş bulunmaktadır. Kanunumuzun yurt dışında kim tarafından işlenirse işlensin Türk kanunlarının uygulanacağını öngördüğü suçlar, 13. maddede sınırlı olarak sayılmıştır:

1. İkinci kitap, birinci kısım altında yer alan suçlar (soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti)
2. Uluslararası suçlar,
3. Millete ve devlete karşı suçların bir kısmı,
4. İşkence,
5. Çevrenin kasten kirletilmesi,
6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma,
7. Parada sahtecilik, para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti, mühürde sahtecilik,
8. Fuhuş,
9. Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme suçları.

[1] Öztürk/Erdem/Özbek, 75.

Böylece dünyanın neresinde ve kim tarafından işlenirse işlensin, maddede sayılan suçlardan ötürü (örneğin işkence veya soykırım suçlarından dolayı) failin Türkiye'de bulunması ve ikame yargı sisteminin düzenlendiği **TCK** 12/3'teki diğer şartlar aranmaksızın Türk kanunları uygulanabilecektir. Ancak bu suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması adalet bakanının talebine bağlıdır (**TCK** 13/2).

Bu hüküm, Bosnalı Sırpların işledikleri suçlar bakımından önem kazanmıştır. Eylemlerin soykırım veya insanlığa karşı suç kabul edilmesi durumunda, eylem Bosna'da gerçekleşmiş ve mağdurlar Bosnalı müslümanlar olsa bile, Türkiye'de yargılama yapılabilecektir[1].

Adalet Bakanı'nın talebi yargılamaya, yani kovuşturma safhasına yönelik olup, soruşturma için talebe gerek yoktur[2].

Olması gereken hukuk açısından, **TCK** 13 çerçevesinde yargılama yapılabilmesi açısından Türk vatandaşı ile yabancılar arasında ayrım yapılarak, Türk vatandaşı hakkında re'sen kovuşturma yapılması; yabancı açısından ise savcıya soruşturma yapmak konusunda takdir yetkisi verilmesi daha uygun olurdu[3].

Hatırlatmak isterim ki, ülkemizin tarafı olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde de belirli suçları işleyen kişilerle ilgili olarak evrensellik ilkesinin uygulanması öngörülmüştür. Örneğin, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Uyuşturucu Maddelere İlişkin TEK Sözleşmesi gibi.

Konunun girişinde verilen örnek olayda, ceza kanununun yer bakımından uygulanması ile ilgili olarak şunlar söylenebilir:

VELİ'nin işlediği suçun öncelikle nerede işlendiğini belirlemek gerekir.

Burada öncelikle öğretide ileri sürülen iki görüşü ele almak gerekir: Bir görüş hareketin yapıldığı yeri, diğeri ise neticenin gerçekleştiği yeri esas almaktadır. Yeni kanunumuz ise bu konuyu açıkça düzenleyerek, tartışmalara son vermiştir. Kanunumuza göre, fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç Türkiye'de işlenmiş sayılır (**TCK** 8/1). Bu durumda hareketin yapıldığı yere bakılacak olursa suç uluslararası sularda işlenmiştir. **TCK** 8/2-b gereğince, açık denizde Türk deniz araçlarında işlenen suçlarda suç Türkiye'de işlenmiş sayılacaktır. Geminin Türk gemisi olmaması durumunda ise, suç yabancı ülkede işlenmiş sayılacak ve bu kez faile göre şahsilik ilkesi gereğince, **TCK** 11 uygulanarak failin bu maddedeki koşullar çerçevesinde yine Türkiye'de yargılanması mümkün olacaktır. Neticenin gerçekleştiği yere bakılacak olursa, netice Türkiye'de gerçekleştiğinden **TCK** 8/1 gereğince Türk kanunları uygulanacaktır. Sonuçta her halükarda Türk kanunları uygulanacaktır.

---

1 Heinrich (Ed. Ünver). 46.
2 Özgenç[4]. 795.
3 Turhan, HPD. 211.

F. Türkiye'de Yeniden Yargılama Yapılması

OLAY:

(A), ALMANYA'DA BİR ALMAN VATANDAŞINI YARALAMAKTAN ÖTÜRÜ 5 YIL HAPİS CEZASINA MAHKÛM OLMUŞ VE CEZASINI ÇEKEREK TÜRKİYE'YE DÖNMÜŞTÜR.

1. Genel Olarak

Türkiye'de veya yurt dışında işlenmiş bir suçla ilgili olarak yurt dışında yargılama yapılması durumunda, Türkiye'de yeniden yargılama yapılıp yapılamayacağı sorunu ile karşı karşıya kalınır. Özellikle "*aynı olaydan ötürü iki defa yargılama olmaz*" şeklinde ifade edilen ilke karşısında ikinci yargılamanın mümkün olup olmadığının açıkça ortaya konması gerekmektedir.

Kanunumuzdaki düzenlemeye baktığımızda, konunun çeşitli ilkeler esas alınarak ele alınmasının daha didaktik olacağı görülmektedir:

2. Mülkilik Sisteminin Uygulandığı Hallerde

Mülkilik sisteminin geçerli olduğu hallerde, yani Türkiye'de bir suçun işlendiği durumlarda, **TCK** 9'a göre, "*Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye'de yeniden yargılanır*". Bu suretle yukarıda belirttiğimiz ilkeye, kanunumuzun Türkiye'de işlenen suçlar bakımından değer tanımadığı anlaşılmaktadır.

3. Şahsilik Sisteminin Uygulandığı Hallerde

Şahsilik ilkesinin uygulandığı haller bakımından ayrım yapmak gerekir. Failin Türk olduğu hallerde, eğer işlenen suç bir görev suçu ise "*bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, fail Türkiye'de yeniden yargılanır*" (**TCK** 10). Kanunun bu dolambaçlı ifadesinden anlaşılması gereken husus, yabancı ülkede verilen hüküm, mahkûmiyet, beraat, düşme, ret bile olsa, Türkiye'de yeniden yargılama yapılacağıdır[1]. Failin yurt dışında işlediği suç şahsi suç ise bu kez kanunumuzun yukarıdaki iki durumdan farklı olarak "aynı eylemden dolayı iki kez yargılanma yasağı"nı göz önünde tuttuğu anlaşılmaktadır: Yabancı ülkede hüküm verilmiş olması halinde fail artık Türkiye'de yargılanmayacaktır (**TCK** 11/1).

Mağdura göre şahsilik ilkesinin uygulama alanı bulduğu durumlarda da faile göre şahsilik ilkesinde şahsi suçlar açısından getirilen düzenlemeye paralel bir düzenleme yapıldığı gözlenmektedir: Fail, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Dolayısıyla, yurt dışında bu suçtan dolayı yargılanan kimse hakkında Türkiye'de yeniden yargılama yapılamaz (**TCK** 12/2).

---

[1] Koca/Üzülmez[3], 92.

4. Koruma Sisteminin Uygulandığı Hallerde

Koruma ilkesinin uygulandığı hallerde, yargılama yapılması adalet bakanının istemine bağlı kılınmıştır. Dolayısıyla kişi yurt dışında yargılanmış olsun veya olmasın bakanın istemi halinde Türkiye'de yargılama yapılabilecektir (**TCK** 12/1). Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre ise yabancı mahkemece mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında bakanın istemi üzerine Türkiye'de **yeniden** yargılama yapılır (**TCK** 12/4). Böylece koruma ilkesinin uygulama alanı bulduğu herhalde Türkiye'de ilk defa veya yeniden yargılanma mümkündür ve fakat bunun için adalet bakanının istemi aranmaktadır. Rüşvet ve nüfuz ticareti suçlarında ise bu istem aranmayacaktır (**TCK** 12/5).

TCK 13/1. fıkranın b bendinde düzenlenen olasılıklar bakımından ise yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, adalet bakanının talebi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılır.

Bu noktada, yabancı ülkede verilen karar beraat veya mahkûmiyet olmayıp, örneğin düşme veya davanın reddi kararı olduğu takdirde, Türkiye'de yargılama yapılamayacağı öğretide ileri sürülmekteyse de[2], mahkumiyet veya beraat kararı halinde dahi Türkiye'de yargılama yapılabilirken, düşme veya davanın reddi kararlarının verildiği hallerde evleviyetle yargılama yapılabilecektir.

Rüşvet suçunun düzenlendiği TCK 252.maddenin onuncu fıkrasında konuya ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiştir:

Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte;

a) Türkiye'nin,

b) Türkiye'deki bir kamu kurumunun,

c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin,

d) Türk vatandaşının,

tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi halinde, rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye'de bulundukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır.

5. İkame Yargı Sisteminin Uygulandığı Hallerde

Son olarak ikame yargı sisteminin kabul ediliş nedenine bakıldığında, esasen yurt dışında yargılanamayan kimselerin Türkiye'de yargılanmasının amaçlandığı söylenebilir. Dolayısıyla kanunumuz **TCK** 12/3 kapsamında fail ve mağdurun yabancı olduğu ve suçun yurt dışında işlendiği hallerde failin Türkiye'de adalet bakanının talebi üzerine yargılanmasını öngörmüş bulunmaktadır. Maddede açıkça düzenlenmemekle beraber, bu faillerin zayıf bir olasılık olmasına rağmen yurt dışında yargılanmış olmaları durumunda dahi Türkiye'de yeniden yargılanacakları anlaşılmaktadır.

---

[2] Koca/Üzülmez[3], 90.

6. Evrensellik Sisteminin Uygulandığı Hallerde

TCK 13/1. fıkranın a ve b bentleri dışındaki bentlerde yer alan suçların Türkiye'de yeniden yargılanmasına ilişkin olarak da açık bir hüküm bulunmamakla beraber, **TCK** 12/3'te olduğu gibi burada da adalet bakanının talebinin bulunduğu hallerde Türkiye'de yeniden yargılamanın mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Konu girişinde verilen örnek olayın **Yeniden Yargılamaya** ilişkin çözümü:

(A), Almanya'da bir Alman vatandaşına karşı işlediği kasten yaralama suçundan dolayı 5 yıl hapis cezasına mahkûm olmuş ve cezasını çekerek Türkiye'ye dönmüştür. Almanya'da işlenen kasten yaralama suçu 13. maddede sayılan suçlardan değildir. Türk vatandaşının yabancı ülkede işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede mahkûmiyet ya da beraat kararı verilmiş olması halinde, artık Türkiye'de yeniden yargılama yapılamaz. Böylece ***"non bis in idem"*** ilkesine uluslararası geçerlilik tanınmıştır. Olayda, (A) hakkında Almanya'da işlediği suçtan ötürü yargılama yapılmış, mahkûmiyet kararı verilmiş ve ceza infaz edilmiştir. (A), bu suçtan dolayı Türkiye'de yeniden yargılanamaz (TCK 11).

TÜRKİYE'DE VEYA YURT DIŞINDA İŞLENEN SUÇLARDA TÜRKİYE'DE YENİDEN YARGILAMA YAPILMASI:

Mülkilik *TCK 9: Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, hiçbir şarta bağlı olmaksızın Türkiye'de yeniden yargılanır.*

Faile göre ***şahsilik*** *(görev suçu),* ***TCK*** *10: Yabancı ülkede verilen hüküm ne olursa olsun, Türkiye'de yeniden yargılanır.*

Faile göre ***şahsilik*** *(şahsi suç),* ***TCK*** *11/1: Yabancı ülkede hüküm verilmişse artık yeniden yargılama yapılamaz.*

Mağdura göre ***şahsilik*** ***TCK*** *12/2: Yabancı ülkede hüküm verilmişse, artık yeniden yargılama yapılamaz.*

Koruma,

1. ***TCK*** *12/1, 4: Adalet bakanının istemi üzerine yeniden yargılama yapılır (istisna rüşvet ve nüfuz ticareti suçları, TCK 12/5)*

2. ***TCK*** *13/3: Adalet bakanının istemi üzerine yeniden yargılama yapılır.*

İkame Yargı

TCK *12/3: Adalet bakanının istemi ile yargılama yapılır.*

Evrensellik,

TCK *13/1-c-i: Adalet bakanının istemi üzerine yargılama yapılır.*

G. Hak Yoksunluklarının Türkiye'de Geçerli Olması

Önceki kanunumuzun 8. maddesinde yer almış bulunan bu hüküm, ikinci fıkrası hariç olmak üzere bazı değişikliklerle yeni kanunumuza aktarılmıştır (**TCK** 17).

Öncelikle **TCK**'nın 17. maddesindeki hak yoksunluğu kavramından ne anlaşılması gerektiğini tartışmak gerekir. Doktrinde bu hak yoksunluğu kavramından **TCK**'nın 53. maddesinde yer alan hak yoksunluğunun anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir[1]. Bu görüş doğru olmakla birlikte eksik kalmaktadır. Çünkü maddede yabancı mahkeme hükmünün "Türk kanunlarına" göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesinden sözedilmekte sadece Türk Ceza Kanununa göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi şartı aranmamaktadır. Diğer taraftan Adli Sicil Kanunu'nun 4/1-f. maddesinde yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının "Türk *hukuku*" bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak verilen kararın adli sicile kaydedileceğinden bahsedilmektedir. Bu nedenle **TCK** dışında hak yoksunluğu doğuran ilgili hükümler de bu hak yoksunluğu kavramına dâhil sayılmalıdır. **TCK** 53 dışında örneğin, Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesi, Devlet Memurları Kanunun 48. maddesi gibi özel kanunlarda da gerek ismen belirtilen suçlardan mahkûmiyete gerekse mahkûm olunan cezanın tür ve süresine göre hak yoksunlukları öngörülmektedir. Dolayısıyla hukukumuzda **TCK**'dan başka öngörülen bu hak yoksunluğu halleri de 17. madde kapsamında değerlendirilmelidir[2].

Yabancı ülkede verilen bir mahkûmiyet hükmünün içerdiği hak yoksunlukları otomatikman Türkiye'de geçerli olmayacaktır. Bu hak yoksunluklarının Türkiye'de uygulanması bazı koşullara tabi kılınmıştır:

i. Öncelikle ortada sadece yabancı mahkeme tarafından verilmiş bir hüküm bulunmalıdır. Bu itibarla Türkiye'de yeniden yargılama yapılmasının mümkün olduğu hallerde artık Türk mahkemesince verilen bir hüküm bulunacağı, dolayısıyla hak yoksunlukları bakımından Türk mahkemesinin hükmü dikkate alınacağı için **TCK**'nın 17. maddesi uygulanma alanı bulamayacaktır[3].

ii. Yabancı mahkeme tarafından verilen hüküm Türk hukuk düzenine aykırı olmamalıdır. Örneğin, hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerine saygı, eşitlik, kanunilik ve kusur ilkelerine aykırı hükümler Türkiye'de geçerli olamaz[4].

iii. Bu hüküm Türk kanunlarına göre bir hak yoksunluğu gerektirmelidir. Ancak kanaatimce yeni **TCK** açısından önceki kanunumuzda olduğu gibi yabancı mahkemece verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı olmayan hükme bağlı olarak Türk kanunlarına göre bir hak yoksunluğuna karar verilebilmesi için yabancı mahkeme hükmünün de hak yoksunlukları içermesi şart değildir[5]. Bu itibarla önceki kanunumuz-

---

1 Koca/Üzülmez[3], 94; Özbek[4], 187.
2 Aksan, 326.
3 Bkz. Koca/Üzülmez[3], 93; Özbek[4], 186; Aksan, 325-326.
4 Koca/Üzülmez[3], 94.
5 Aksan, 327; a.g. için bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya[4], 1070; Şen, 52.

da aranan yabancı mahkeme hükmünde de hak yoksunlukları bulunması şartı yeni **TCK**'nın 17. maddesinin uygulanması açısından aranmamalıdır.

iv. Cumhuriyet savcısı istemde bulunmalıdır. Savcının istemi olmaksızın 17. maddesinin işletilmesi mümkün değildir.

v. Mahkeme karar vermelidir. Mahkemeye bu konuda takdir hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle yapılan inceleme sonucunda maddede aranan şartların gerçekleşmiş olduğunun anlaşılması halinde mahkeme, yabancı mahkûmiyetin Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar vermek zorundadır. Mahkemece Türk vatandaşı hakkında verilen bu karar Adli Sicil Kanunu'nun 4/1-f. maddesi gereğince de adli sicile kaydedilecektir.

H. Yabancı Ülke Kanununun Göz Önünde Bulundurulması

TCK 19'a göre, yabancı ülkede işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken (sadece faile göre şahsilik, ikame yargı, evrensellik ve kısmen koruma sistemleri bakımından) Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamayacaktır.

Mülkilik ve **mağdura göre şahsilik** ile **koruma** sisteminin uygulandığı hallerde, bu hüküm uygulanmayacaktır. Ancak koruma sisteminin geçerli olduğu bütün suç tipleri bakımından değil, sadece Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak işlenen suçlarda 19. madde uygulanamayacaktır. Keza Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla, bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı da ceza belirlenirken yabancı kanun göz önünde bulundurulmayacaktır.

TCK 19 hükmü, Türkiye'de yapılacak yargılamalarda yalnız Türk Ceza Kanunu'nun uygulanacağına ilişkin genel kuralı değiştirmemekte, sadece Türk kanunlarının uygulanması sonucunda belirlenen ceza açısından, yabancı kanunda yargılama konusu suçla ilgili olarak öngörülen soyut cezanın azami ölçü olarak alınması gerekmektedir. Dolayısıyla Almanya'da işlenen bir suç ile ilgili olarak **TCK**'da yer alan "müebbet ağır hapis cezası" yerine, Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye itibar edilerek "ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza" ile mahkûmiyete karar verilmesi kanuna aykırıdır[1]. *"Hiç kuşku yok ki, ceza miktarı bakımından lehe olan yabancı kanunun, bütün unsurları ve şekliyle uygulanması düşünülemez. Zira Türk mahkemesinde ancak milli kanun uygulanır. Burada amaçlanan husus, hükümde cezanın nev'i ve miktarı bakımından failin lehine olan şeklin göz önüne alınmasıdır. Böylece, hakkında yabancı memlekette hüküm verilmiş ve Türk kanunlarının gerektirdiği cezadan daha az ceza almış olan kimse ile yabancı ülkede yabancı aleyhine işlediği suçtan dolayı Türkiye'de yargılanan kimsenin hukuki durumları dengelenmektedir"*[2].

---

1 1. CD. 22.04.2004, 1373.
2 6. CD. 29.11.1998, 12822.

Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki, eylemin gerçekleştirildiği ülkede fiilin suç teşkil etmemesi durumunda **TCK** 19 uygulama alanı bulmayacak, fail hakkında doğrudan ceza kanunumuzda öngörülmüş olan ceza uygulanacaktır[1]. Aksinin kabulü, yani eylemin yabancı ülkede suç teşkil etmemesi durumunda failin otomatik olarak cezalandırılmayacağı görüşü kabul gördüğü takdirde, yabancı kanun koyucunun Türk Kanun Koyucusu yerine hâkimiyet yetkisini kullanması gibi bir durum ortaya çıkar ki, bu durumun Anayasa'ya da aykırı olacağına dikkat çekmek isterim.

Maddenin uygulanması bakımından, suçun işlendiği yer devletinin Türkiye tarafından tanınması koşulu bulunmamaktadır. Bu itibarla, Türkiye tarafından tanınmayan bir ülkede işlenen suçlar bakımından da o ülke kanununda yargılama konusu eylem için öngörülmüş olan cezanın üst sınırının göz önünde bulundurulması gerekecektir.

Madde gözetilerek kurulan hüküm örneğin şöyle olmalıdır: "*TCK'nın 81, 29 ve 62. maddelerine uygun eylemde bu suç tipine uyan ve uygulamada lehte sonuç verecek olan Alman Ceza Kanunu'nun 213. maddesindeki cezalanın azami süresi olan 5 yılın en yakın ceza oluşu nedeniyle **TCK** 19. maddesi uyarınca 5 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına..*"[2].

III. YURT DIŞINDA İŞLENEN KABAHATLER BAKIMINDAN TÜRK KANUNLARININ UYGULANABİLİRLİĞİ

Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulama alanı ele alınırken, akla kabahatlerle ilgili olarak şöyle bir soru gelmektedir: Yurt dışında işlenen kabahatlerden dolayı Türk kanunları uygulanabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Kabahatler Kanunu'nun 6. maddesi kabahatler bakımından **TCK** 8. maddesi hükümlerinin uygulanacağını amirdir. Bu maddeye göre sadece Türkiye'de işlenen suçlarda Türk kanunları uygulanır. Bu nedenle, ancak Türkiye'de işlenen kabahatlerle ilgili olarak Türk Kabahatler Kanunu uygulanacak, yurt dışında işlenen kabahatler dolayısıyla Türkiye'de idari ceza uygulanmayacaktır. Kaldı ki, **TCK** 11'de yurt dışında işlenen suçlardan ancak hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili olarak Türk kanunlarının uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu maddeden çıkan sonuç da

- ilkin sadece suçlardan dolayı Türk kanunlarının uygulanacağı,
- ikinci olarak yurt dışında işlenen ve idari para cezasının uygulanması gereken hallerde Türk kanunlarının uygulanmayacağıdır.

Bununla beraber, Kabahatler Kanunu'nun 6. maddesine göre, kanunlarda aksine bir hüküm bulunan hallerde yabancı ülkelerde işlenen kabahatlerde de Türk Kabahatler Kanunu'nun uygulanması mümkündür. Ne var ki, bunun için buna ilişkin açık hüküm bulunması gerekmektedir[3].

---

[1] TCK 11.maddenin gerekçesinde, Türk vatandaşının yabancı ülkede işlediği suçta mağdurun da yabancı olması durumunda, Türk kanunlarına göre yargılama yapılabilmesi için, fiilin işlendiği ülke devleti kanununa göre de suç teşkil etmesi gerektiği şartı arandığından, bu olasılıkta eylem o ülkede suç oluşturmuyorsa, fail hakkında doğrudan ceza kanunumuzda öngörülmüş olan cezanın da uygulanamayacağına dikkat çekmek isterim.

[2] Krş. 1. CD. 01.07.1998. 2470.

[3] Hakeri / Akbulut. 198.

IV. YABANCILARIN İADESİ

A. Kavram

Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza soruşturma ya da kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancının, talep üzerine, soruşturma ya da kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla talep eden ülkeye geri verilmesi kanunumuzun 18. maddesinde düzenlenmiş iken, bu madde yürürlükten kaldırılarak konu 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nda oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Kurumu "yabancıların geri verilmesi" olarak adlandırmamın nedeni, kural olarak vatandaşın Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilememesi (AY 38/son, CKUAİK 11/1-a)nedeniyle geri vermeye konu olan suçluların esas itibarıyla yabancılar olmasıdır. Halihazırda ülkemiz Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmadığından, zaten sadece yabancılar iade edilebilmektedir.

Yabancıların geri verilmesinin, kanunumuzun 59. maddesinde düzenlenen yabancıların sınır dışı edilmesiyle ortak yönü, işleme konu olan kimsenin kural olarak yabancı olması ve her iki işlemin de işlenmiş bir suç ile ilgili olarak yapılmasıdır.

Buna karşılık, sınır dışı etmede yabancının istediği ülkeye serbestçe gidebilmesi[1], geri verilmede ise talep eden bir ülke bulunması ve yabancının bu ülkeye gönderilmesi noktalarında iki müessese birbirinden ayrılmaktadır.

Geri verme konusunda 6706 sayılı Kanun hükümleri dışında, çeşitli ülkelerle yapılmış bulunan ikili iade antlaşmaları ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi de uygulama alanı bulmaktadır[2]. Ayrıca 15 Ağustos 2017 tarih ve 694 sayılı KHK'nın 74. maddesi ile 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre Türk vatandaşları hariç olmak üzere tutuklu veya hükümlü bulunanlar; ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılamayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi olamayacağı ya da kötü muameleye maruz kalmayacağını ilişkin güvencelerin bulunması kaydıyla, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanı'nın talebi üzerine Adalet Bakanı'nın teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayıyla başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir.

6706 sayılı Kanun'da rızaya dayalı iade usulü ile Türkiye'nin iade talep ve şartları da ayrıca düzenlenmiştir. Aşağıda sadece yabancıların Türkiye tarafından iadesi ele alınacaktır.

B. Şartları

Öncelikle yabancıların geri verilmesi, yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç ile ilgili olarak söz konusu olabilecektir. Bu itibarla,

---

1 Önder, I. 249.

2 Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesinin koşulları ve bu koşulların Alman mahkemelerince uygulanması hakkında bkz. Turhan, Alman, 79 vd.

geri verme talebine esas teşkil eden fiil, Türk kanunlarına göre suç değilse[1] veya Türkiye Devleti'nin güvenliğine karşı, Türkiye Devleti'nin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse, Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç ise ya da zamanaşımına veya affa uğramış ise yahut iadesi talep edilen kişi hakkında, talebe konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye'de beraat veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması halinde geri verme talebi kabul edilmez (CKUAİK 11). Yargıtay da yurt dışında işlediği suçlar dolayısıyla Almanya'nın iadesini talep ettiği bir Alman vatandaşının, 2001 yılından bu yana Türkiye'de ikamet ettiğini beyan etmesi karşısında, "iddia olunan suçların işlendiği yer ve tarih tespit edilerek, Türkiye'de işlendiğinin saptanması halinde bu mağdurlara yönelik eylemler nedeniyle Türk Mahkemelerinin yargılama yetkisine sahip olduğu da dikkate alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiğine" karar vermiştir[2].

C. Geri Vermenin Mümkün Olmadığı Haller

1. Siyasi ve Diğer Nedenlerle Kovuşturma veya Kötü Muamele Tehlikesi Halinde Geri Verme Yasağı

Kural olarak vatandaşın geri verilmediğine yukarıda işaret etmiştim. Vatandaşlığın belirlenmesi konusunda fiilin işlendiği sıradaki vatandaşlık değil (**TCK**6/1-a), geri verme anındaki vatandaşlık esas alınacaktır[3]. Ceza kanunundaki vatandaşlık tanımı (**TCK**6) geri vermede bu sonucu kabule engel değildir.

İkinci olarak, *"iadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması" halinde"* talep kabul edilmez (CKUAİK 11/1-b).

2. Suçun Nitelikleri Sebebiyle Geri Verilmezlik

Geri verme talebine esas teşkil eden fiil, düşünce suçu, siyasî suç veya siyasî suçla bağlantılı bir suç yahut sırf askeri suç niteliğinde ise geri verme talebi kabul edilmez (CKUAİK 11/1-c-1,2). Kanunda düşünce suçunun tarifi yapılmamıştır. Kanaatimce, demokratik bir toplumda düşünce açıklama özgürlüğü içinde kabul edilebilecek olmalarına rağmen, bazı ülkelerde suç oldukları kabul edilen eylemleri bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Öğretide de[4] **TCK** 216, 301 ve 318. maddelerinde düzenlenen suçlar bu anlamda düşünce suçuolarak nitelendirilmektedir. Esasen bunların siyasi suç olarak da geri verme kapsamı dışında tutulabilecekleri açıktır.

---

[1] "Talep eden devlet hukuku ile Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan dolayı iade talebi kabul edilebilir. Kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bakımından iade talebinin kabul edilebilmesi için hükmolunan cezanın en az dört ay hürriyeti bağlayıcı ceza olması gerekir. İadesi istenen kişinin birden fazla suçu bulunması hâlinde, bunlardan bazılarının cezası belirtilen sürelerin altında olsa dahi birlikte iadeye konu edilebilir". CKUAİK 10/2.

[2] 11. CD. 16.11.2005. 11516.

[3] Toroslu, Ceza Hukuku, 50.

[4] Koca/Üzülmez, 98.

"Ancak belirtmek gerekir ki, ceza kanunlarında esasen suç olarak tanımlanan ve suç oluşturduğu hususunda bütün insanlığın fikir birliği içinde bulunduğu fiillerin bu istisna kapsamında mütalaa edilmesi mümkün değildir" (madde gerekçesi).

İade talebinin, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza gerektiren suçlara ilişkin olması halinde de iade mümkün değildir (CKUAİK 11/1-d).

3. İadesi İstenen Kişinin Kişisel Özellikleri Nedeniyle Geri Verilmezlik

İadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması, uzun zamandan beri Türkiye'de bulunuyor olması veya evli bulunması gibi kişisel hâlleri nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması durumunda iade talebi kabul edilmeyebilir (CKUAİK 11/4).

D. Geri Vermede Özellik İlkesi

"Iadede hususilik" ya da "geri verilmede ihtisas prensibi" adları da verilen bu ilkeye göre; geri verme talebinde bulunan devlet, teslim aldığı kişiyi yalnızca geri verilmeye konu olan suçtan yargılayabilecek veya kişi hükümlü ise ancak geri verilme talebindeki cezası infaz edilebilecektir[1]. Bu durum kanunda şu şekilde ifade edilmektedir (CKUAIK 10/4):

"Iade hâlinde, kişi ancak iade kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya kişinin mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir".

E. Geri Vermede Usul

Merkezî Makam (Adalet Bakanlığı), iade taleplerini inceleyerek, lüzum görmesi hâlinde ek bilgi ve belge talebinde bulunabilir ve gerekli şartları taşımayan talepleri reddeder.Gerekli şartları taşıyan talepler, yetkili ağır ceza mahkemesi nezdindeki Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (CKUAİK 13).

Cumhuriyet başsavcılığı, iade talebine ilişkin karar vermek üzere ağır ceza mahkemesinden talepte bulunur (CKUAIK 15/2).

Geri verme talebi hakkında karar verecek olan merci öncelikle "kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesidir". Kişinin bulunduğu yer belli değilse, Ankara ağır ceza mahkemesi yetkilidir (CKUAIK 15/1).

Mahkeme iki türlü karar verebilir. Geri verme talebini kabul edilebilir bulursa, bu kez Dışişleri ve İçişleri bakanlıklarının görüşü alınarak Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayına ihtiyaç vardır (CKUAİK 19). Başbakan bu kararın yerine getirilip getirilmemesi konusunda takdir yetkisine sahiptir.Mahkeme, geri verme talebini reddederse, başbakanın bu konuda karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

---

[1] Demirbaş, 183.

Mahkeme geri verme talebini uygun görürse, yabancının doğrudan geri verilmesine karar veremez. Bu konudaki yetki başbakanın takdirine bağlı olduğundan, mahkeme ancak "geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna" karar verebilir[1]. *"...Geri verme talebinin incelenmesi ve iade kararı verilmesi hususlarında yargı ve idari makamları ayrı ayrı görevlendirerek karma geri verme sisteminin kabul edildiği, mahkemenin bu madde ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmelere göre geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar vermesinden sonra bu kararın yerine getirilip getirilmemesinin Bakanlar Kurulu'nun (yeni kanuna göre başbakanın) takdirine bağlı olduğu nazara alınarak; tüm deliller toplandıktan sonra "geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna" karar verilmesiyle yetinilmesi yerine, doğrudan "iadesine" karar verilmesi, yasaya aykırıdır"*[2].

Mahkemenin kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Yargıtay bu başvuruları üç ay içinde sonuçlandırır (CKUAIK 18/4).

İadesi istenen kişi geçici olarak tutuklanabilir (CKUAİK 14).

Ağır ceza mahkemesi iade sürecinin her aşamasında iadesi talep edilen kişi hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uyarınca koruma tedbirlerine karar verebilir. Iade sürecinde kişinin tutuklanması durumunda teslime kadar geçen süre içindeki tutukluluk durumu, ağır ceza mahkemesince en geç otuzar günlük sürelerle incelenir. Ağır ceza mahkemesinin iade talebinin kabulüne ilişkin kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde 19 uncu maddeye göre iade kararı verilmemesi hâlinde kişi hakkındaki koruma tedbirleri kaldırılır. Toplam tutukluluk süresi, kişinin iade talebine konu suçtan dolayı alabileceği veya mahkûm olduğu cezanın infaz süresini geçemez (CKUAIK 16).

CMK hükümlerine göre tutuklama kararı verilmesi durumunda bu karara karşı itiraz hakkının olduğu açıktır.

§3. KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA

I. Cumhurbaşkanı
II. Yasama Dokunulmazlığı
A. Sorumsuzluk (Mutlak Dokunulmazlık)
B. Kovuşturma Yasağı (Geçici Dokunulmazlık) (AY 83)
III. Uluslararası Yargı Bağışıklığı
IV. Yabancı Bazı Asker ve Sivil Kişiler ile Yakınlarının Yargı Bağışıklığı
V. Kamu Görevlileri

Bir ülkede geçerli olan ceza kanunları, kural olarak, hükümlerini ihlal eden bütün kişiler bakımından herhangi bir ayrım yapılmaksızın uygulanır. Kişilerin birbirlerine karşı işleyecekleri suçlar dolayısıyla ceza kanununun

[1] 5. CD. 18.09.2006. 7032. 11. CD. 09.04.2008. 2710.
[2] 5. CD. 12.02.2007. 853.

kendilerine uygulanmaması hususunda kendi aralarında yapacakları anlaşmaların hukuki değeri yoktur. Buna **ceza kurallarının mecburiliği prensibi** adı verilir. Türk Ceza Hukuku bu prensipten dört grup kişiyi kısmen istisna etmiştir[1]. Kamu görevlileri de bu gruba dâhil edilecek olursa, bunlar,

- devlet başkanları,
- milletvekilleri,
- uluslararası yargı bağışıklığı,
- yabancı bazı asker ve sivil kişiler ile
- kamu görevlileridir.

I. CUMHURBAŞKANI

Ceza kurallarının herkese zorunlu olarak uygulanması kuralının ilk istisnası hukukumuzda cumhurbaşkanıdır.

Anayasamız cumhurbaşkanı ile ilgili istisnai düzenlemeler öngörmüştür (md. 105):

Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.

Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer.

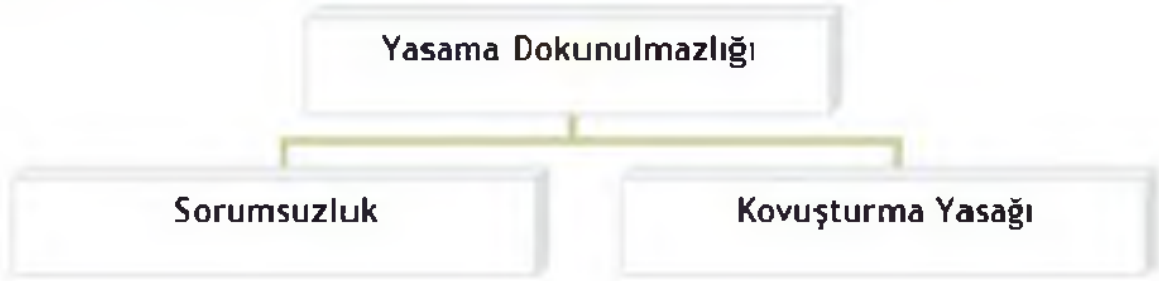
Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır.

---

[1] Donmezer/Erman, II. 257.

II. YASAMA DOKUNULMAZLIĞI

Anayasanın 83. maddesi iki çeşit dokunulmazlık kabul etmiştir. Sorumsuzluk (mutlak dokunulmazlık/yasama dokunulmazlığı) ve kovuşturma yasağı (muvakkat dokunulmazlık):



Sorumsuzlukta, sorumsuzluktan faydalanan hiçbir şekilde ve hiçbir zaman sorumlu tutulamazken; kovuşturma yasağı, yasak devam ettiği müddetçe geçerli olup, bu yasaktan o an için faydalanan kimsenin bilahare yargılanması olanaklıdır.

A. Sorumsuzluk (Mutlak Dokunulmazlık)

Milletvekili sorumsuzluğu şahsi cezasızlık sebebi olduğundan aşağıda ilgili kısımda ele alınacaktır.

B. Kovuşturma Yasağı (Geçici Dokunulmazlık) (AY 83)

Geçici dokunulmazlık, milletvekilleri hakkında, mutlak dokunulmazlığa girmeyen ve suç olan fiillerinden dolayı, meclisin kararı olmadan kovuşturma yapılamaması demektir[1].

1. Kapsamı

1) Geçici dokunulmazlık, meclis üyesinin seçiminden önce ve sonra işlediği suçlara ilişkindir. Nitekim *Yargıtay*, seçimden önce işlenen hükümetin manevi şahsiyetini tahkir suçu dolayısıyla milletvekilinin cezalandırılmasına ilişkin hükmü, Anayasa'nın 83. maddesi karşısında bozmuştur[2]. *"Sanık M'nin 18.04.1999 günü yapılan seçimde milletvekili seçildiği ve evrakının tefrik edilerek 27.09.1999 tarihli oturumda TBMM Başkanlığı'na gönderildiği halde, milletvekili sıfatının sona erip ermediği ve durma kararının akıbeti araştırılma-*

Sanık C.K. hakkında ihaleye fesat karıştırmak ve suç işlemek için kurulan teşekküle yardım etmek suçlarından kurulan hükümde ise hükümden sonra ve 30.07.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan YSK kararına göre sanığın Ağrı Milletvekili seçildiğinin anlaşılması karşısında Anayasa'nın 83. ve CMK.nun 223/8. maddeleri gereğince durma kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...(5.CD, 22.10.2009, 11135/11823)

[1] Donmezer/Erman I. 272.
[2] 9.CD. 09.02.1996. 710.

dan adı geçen sanık hakkında yargılama yapılması hukuka aykırıdır"[1].

2) AY 83 gereğince böyle bir suçtan dolayı, meclisin kararı bulunmadıkça, üye tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Bu sayılanların dışındaki muhakeme hukuku işlemlerinin yapılması ise mümkündür. Söz gelimi arama[2].

3) Geçici dokunulmazlık sadece ceza kovuşturması açısından geçerli olup, milletvekiline karşı hukuk davası açılabileceği gibi, cebri icra yoluna gidilmesine de engel yoktur[3].

4) Geçici dokunulmazlık kabahatler bakımından geçerli değildir. Milletvekili hakkında işlediği bir kabahatten dolayı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanabilir. Zira dokunulmazlık sadece suç oluşturan fiiller bakımından öngörülmüş bulunmaktadır[4].

5) Geçici dokunulmazlık bütün üyelik süresince ve meclis tatilde bulunduğu sırada da devam eder[5].

2. İstisnaları

Ω Ağır cezayı gerektiren suçüstü durumlarında savcılar milletvekili hakkında derhal soruşturma başlatabilecek ve kamu davası açabileceklerdir. Yeni **TCK**'da cezalar arasında ağırlığına göre bir ayrım yapılmadığından, bu ifadeyi ağır ceza mahkemesi görev alanına giren suçlar olarak anlamak gerekir.

Ω İkinci bir istisna ise

1. seçimlerden önce işlenmiş ve
2. soruşturmasına da seçimlerden önce başlanılmış olmak kaydıyla

> ***"Sanığın yurtdışında yayın yapan özel bir televizyonun canlı yayınına telefonla bağlanarak silahlı terör örgütünün ve kurucusunun propagandasını yapma şeklinde gerçekleşen eylemi, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesinde belirtilen suçu oluşturur. Bu suç, niteliği itibarı ile devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelik olduğundan yasama dokunulmazlığının kapsamına girmez" (9.CD, 04.02.2008, 617).***

AY 14'teki durumlardır. AY 14'te devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Türk Devleti ile Cumhuriyeti'nin varlığına, temel hak ve hürri-

---

1 11.CD. 11.05.2006, 4112.
2 Donmezer/Erman, II. 272, 273.
3 İçel/Donay, I. 145.
4 Uygulamada Emniyet Genel Müdürlüğü'nün çıkardığı yasal dayanaktan yoksun bir genelge nedeniyle milletvekilleri hakkındaki trafik cezaları pratikte uygulanamamaktadır. Bu nedenle öğretide Kabahatler Kanunu'na şöyle bir ek yapılması önerilmektedir.
"Dokunulmazlık ve İdari Para Cezasına İlişkin Kararın Yerine Getirilmesi"
Madde 31/a: Taşıdığı sıfat nedeniyle dokunulmazlıktan yararlanan kişilerin işlemiş bulundukları kabahatler dolayısıyla verilen idari para cezasına ilişkin kararların, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre cebri icra yoluyla yerine getirilmesi, dokunulmazlıktan yararlanmayı gerektiren sıfat ortadan kalkıncaya kadar erteleneir. Ancak, bu zaman zarfında yerine getirmeye ilişkin zamanaşımı süresi işlemez." Özgenç², 586.
5 Donmezer/Erman, II. 273.

yetlere yönelik fiiller ile devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini sağlamak ve dil, ırk, din ve mezhep ayrımına yönelik devlet düzeni kurma amacıyla hareket edilen fiillerden bahsedilmektedir. Buradaki soruşturmayı iddianame ile kamu davasının açılmış olması şeklinde anlamak gerekir. CMK ile Anayasa'mızda kullanılan soruşturma kavramları aynı anlamda olmayıp, Anayasa'da kullanılan soruşturma kavramını CMK anlamında geniş olarak değerlendirecek olursak[1], soruşturma makamlarının bu istisnayı temin anlamında bazı işlemler gerçekleştirmeleri kolaylıkla mümkün olabileceğinden, dokunulmazlık, Anayasanın amacına aykırı olarak sınırlanmış olacaktır. Soruşturma neticesinde milletvekili mahkûm edilirse, kesinleşen mahkeme kararının TBMM Genel Kurulu'na bildirilmesi ile milletvekilliği düşecektir[2].

3. Sona Ermesi

Geçici dokunulmazlık, üyelik süresinin bitmesi veya üyelik sıfatının düşme sebeplerinden biri ile sona ermesi (AY 84) ve dokunulmazlığın meclis tarafından kaldırılması halinde sona erer.

Dokunulmazlık kaldırılırsa üye hakkında CMK ve diğer kanunların müsaade ettiği bütün tedbirlere başvurulabilir. Ancak üye hakkında sadece yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararında gösterilen fiilden dolayı kovuşturmada bulunulabilir. Yargılama sonucu üye AY 76'da belirtilen bir suçtan ötürü mahkûm edilir ve mahkûmiyeti kesinleşirse üyelik sıfatı düşer ve hükmedilen cezanın infazına girişilir[3] (AY 84). Diğer hallerde cezanın infazı üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır ve tabii olarak üyelik süresince ceza zamanaşımı durur (AY 83/III).

Dokunulmazlığın kaldırılması kararı aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir (AY 85).

4. Zamanaşımı Sorunu

Anayasa'nın 83/3. maddesine göre, "üyelik süresince zamanaşımı işlemez". Öğretide bu hükmün, sadece ceza zamanaşımına ilişkin olduğunu savunan azınlık görüşü bulunmakla beraber, baskın görüş, bu hükmün hem ceza, hem de dava zamanaşımını kapsadığı yönündedir[4]. Askeri Yargıtay ise azınlık görüşü yönünde karar vermiş olup, hükmün sadece ceza zamanaşımına ilişkin olduğunu savunmaktadır[5].

Kanaatimce, Anayasa'daki düzenlenişi itibarıyla zamanaşımının sadece ceza zamanaşımına ilişkin olarak işlemeyeceğinin düşünülmesi mümkün ise de Anayasa'nın konuyu kötü bir ifadeyle düzenlediği, zamanaşımının durması bakımından ceza zamanaşımı ile dava zamanaşımı arasında bir ayrım yapılmasını gerektiren bir hususun bulunmadığı, Anayasa'daki ifadenin her iki zamanaşımını da kapsar şekilde anlaşılmasına da bir engel olmadığından, üyelik süresince her iki zamanaşımının da duracağını kabul etmek gerekir. Bu takdirde, zamanaşımı ancak dokunulmazlığın kaldırılması yönünde bir başvuru olduğu

---

1 Bu görüşle. Arslan, Yasama Dokunulmazlığı 47. dn. 34.
2 İçel/Donay. 147. 148.
3 İçel/Donay. 148.
4 Bkz. Arslan, Yasama Dokunulmazlığı 58 vd.
5 Ask. Yargıtay. Daireler Kurulu. 08.06.2000. 114.

takdirde duracaktır. Kovuşturmanın bir karara bağlı olduğu hallerde, zamanaşımı ancak bu karar için başvurulması halinde durur. Anayasa Mahkememiz ise Anayasa'daki hükmün hem dava hem ceza zamanaşımına yönelik olduğunu kabul etmekle beraber, dava zamanaşımının yasama dokunulmazlığı süresince herhangi bir işleme gerek olmaksızın otomatik olarak duracağını benimsemiştir[1]. Benzer şekilde *Yargıtay* da Anayasa'daki zamanaşımı ifadesinin dava zamanaşımını da kapsadığını kabul etmekte, ancak dava zamanaşımının dokunulmazlığın kaldırılmasının talep edildiği tarihten itibaren değil, yasama dokunulmazlığı süresince kendiliğinden duracağını açıklamaktadır[2].

III. ULUSLARARASI YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Devlet başkanı, hükümet üyesi, uluslararası örgüt temsilcileri ve diplomatların uluslararası hukuktan kaynaklanan yargı bağışıklığı bulunmaktadır.

Uluslararası yargı bağışıklığı, daha çok yabancı ülkede suç işleyen kişileri ilgilendirmektedir. Ancak bu bağışıklık, kendi ülkesinde suç işleyen kimsenin de kendi ülkesi dışında, başka ifadeyle bulunduğu veya görev yaptığı ülkede yargılanamamasını da ifade etmektedir.

Buradaki durum aslında milletvekillerinin sorumsuzluğuna değil, geçici dokunulmazlığa benzemektedir. Dolayısıyla aslında söz konusu olan *yargı bağışıklığı*dır. Bu itibarla uluslararası yargı bağışıklığı, kişinin kendi ülkesi dışında yargılanamamasını ifade etmektedir. Yoksa bu kimseler kendi ülkesinde pekâlâ yargılanabilir. Nitekim CMK 14/4'te "*yabancı ülkelerde bulunup da diplomatik bağışıklıktan yararlanan Türk kamu görevlilerinin işledikleri suçlardan dolayı yetkili mahkeme Ankara mahkemesidir*" denilmektedir.

Devletler hukukunda, devlet başkanı, "görevi süresince hem görevine hem de özel hayatına ilişkin konularda yabancı devletlere karşı yargı bağışıklığından yararlanır". Bu bağışıklık, aile fertleri için de geçerlidir. Bu bağışıklık görev sona erdikten sonra da devam eder[3].

Devlet başkanlarının dışında dışişleri bakanı ile diğer hükümet üyelerinin de görevde oldukları sürece yabancı ülkede yargı bağışıklığından yararlanacağı genel olarak kabul gören bir prensiptir[4]. Uluslararası örgüt temsilcileri, Birleşmiş Milletler'deki devlet temsilci ve ajanları, uluslararası mahkemelerde görev yapan hâkimler, Adalet Divanı üyeleri ve resmi konferanslara devleti temsil etmek üzere gönderilen delegeler de yargı bağışıklığından istifade ederler[5].

Diplomat dokunulmazlığı ilk kez 1815 tarihli Viyana Kongresi'nde kabul edilmiştir (Viyana Diplomatik İlişkilerde Yargı Dokunulmazlıkları Sözleşmesi).

Diplomasi muafiyet ve dokunulmazlığından yararlanacak kişiler diplomasi temsilcileri (büyükelçi, elçi, ortaelçi, maslahatgüzar) ve maiyetleridir (müsteşar, ateşe, hukuk müşaviri, doktor, eş ve çocuklar)[6].

Diplomatlar, ülkesine giderken geçtiği ülkelerde de yargı bağışıklığından yararlanır[7].

---

1 AYM -Yüce Divan- 23.06.2006, 3.
2 9. CD, 30.01.2006, 243; 11. CD, 23.10.2002, 8295.
3 Doğan, 202.
4 Doğan, 202.
5 Donmezer/Erman, I, 286; Doğan, 203.
6 Öztürk/Erdem/Özbek, 99.

Diplomatik dokunulmazlıktan, kişisel olarak vazgeçmek mümkün değildir. Dokunulmazlık **devamlıdır.** Yani diplomat görevinden ayrılsa veya emekli olsa bile bu sıfatı taşıdığı sırada işlediği suçlar nedeniyle sorumlu olmayacaktır. Dokunulmazlıktan yararlanacak kişinin hakkında her türlü usuli işlemler yapılması olanaksız olduğu gibi, bu yalnız onun kişiliğini değil, bulunduğu yer ve malını da kapsamaktadır[2].

Yukarıda belirtilen yargı bağışıklığına zaman zaman istisnalar tanındığı görülmektedir. Hükümet üyeleri ile diplomatların dokunulmazlığının tanınmadığı bir örnek, Nürnberg Savaş Suçları Mahkemesi uygulamasıdır. Keza soykırım gibi suçlarla ilgili olarak istisnalar tanınabilmektedir. Nitekim Yugoslavya eski devlet başkanı Miloseviç'in yargılanması ile Şili eski devlet başkanı Pinochet'in İngiltere'de gözaltına alınması bu çerçevede gerçekleşmiştir[3].

Yargı bağışıklığı halinde şahsi cezasızlık sebebi söz konusu olup, bu takdirde sanık diplomat hakkında verilmesi gereken karar CMK 223/4 gereğince, ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır. *Yargıtay* ise hatalı olarak düşme kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[4].

IV. YABANCI BAZI ASKER VE SİVİL KİŞİLER İLE YAKINLARININ YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Türkiye imzaladığı bazı ikili anlaşmalar ve NATO (Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme) anlaşmaları çerçevesinde ülkesinde görev yapan bazı asker ve sivil kişiler ile yakınlarını Türk yargı yetkisinin dışında tutmuştur. Böylece bu tip kimseler hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Şartı'nın 105. maddesi de BM adına yabancı ülkelerde görev yapanların muafiyetlerden yararlanacaklarını açıklamaktadır[5].

Burada da diplomasi temsilcilerinde olduğu gibi *yargı bağışıklığı* söz konusudur, yoksa yargı dokunulmazlığında olduğu gibi teknik anlamda bir dokunulmazlık söz konusu değildir.

V. KAMU GÖREVLİLERİ



Kamu görevlilerinin işledikleri şahsi suçlar konusunda genel hükümler geçerlidir. Ancak 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereğince, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı savcıların doğrudan dava açmaları mümkün olmayıp, yetkili mercilerin izin vermesi gerekmektedir.

---

1 Doğan. 203.
2 İçel/Donay. 152, 153.
3 Doğan. 202, 203, ayrıca bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi yetki alanı.
4 9.CD., 15.07.2009, 8685.
5 Doğan. 204.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında bir kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği bir suçtan dolayı dava açılabilmesi için soruşturma izni verilmesi gerekmektedir. Bu izin kural olarak kaymakam/vali tarafından verilir.

Soruşturma izni verilmesi durumunda, bu karara karşı hakkında inceleme yapılan kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesi durumunda da başsavcılık veya şikâyetçi itiraz yoluna gidebilir. İtiraza Danıştay İkinci Dairesi/Bölge İdare Mahkemesi bakar. Verilen kararlar kesindir.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu genel kurala getirilen birçok **istisna** bulunmaktadır. Örneğin, 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri gereğince, bu kanunda ve Bankalar Kanunu'nda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı kanun hükümleri uygulanmaz. Böylece bu durumda savcılık doğrudan dava açabilecektir. Ne var ki, bu hüküm müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanmaz.

Yüksek Öğretim Kanunu'nun 53. maddesinin 7. fıkrasında da bir **istisna** sevk edilmiştir. Buna göre, *"ideolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar".*

Ayrıca açıklamak gerekir ki, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tâbi olan kamu görevlileri de vardır. Bunlara örnek olarak yüksek yargı organları başkan ve üyeleri gösterilebilir.

Avukatlar da kamu görevlisi sayıldığından, görevleriyle ilgili suçlar bakımından özel hükümlere tabidir: *"Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz"* (Avukatlık Kanunu md. 58).

Hukukumuzda ceza soruşturma ve kovuşturmasının TBMM Başkanı'nın iznine tabi tutulduğu haller de vardır. 28.09.2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 33. maddesine göre, baş denetçi ve denetçilerin görevleri sebebiyle bir suç işledikleri öne sürüldüğü takdirde haklarında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın iznine bağlıdır. İzin verilmesi veya verilmemesine ilişkin karara karşı itiraz mercii, Danıştay'ın ilgili dairesidir (md. 33/1). Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ilişkin suçüstü hâli genel hükümlere tâbidir (md. 33/4).



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇ



Suçun ne olduğu kanunumuzda tarif edilmiş değildir. Ceza kanunumuz sadece hangi fiillerin suç oluşturduğunu göstermiş, ayrıca bir tanım vermemiştir. Öğretide suç hususunda çok ayrıntılı tarifler verilmekte olup, aşağıda bunlara değineceğiz. Ancak burada çok özet ve kısa bir tarif vermek gerekirse suç, *kanunun bir ceza hukuku yaptırımı ile karşıladığı fiildir* diyebiliriz.

Aslında suçun tarifinin kanuna konması da şart değildir. Önemli olan "suçların özel tanımlarıdır". Bunlar her suçun ayrı ayrı tanımıdır[1].

§1. SUÇ GENEL TEORİSİ

I. GENEL AÇIKLAMALAR

"Modern Ceza Hukuku, suçu, failini ve fiilini birbirinden ayırarak inceler ve fiili esas alarak, bunun üzerine genel suç teorisini kurar. Ceza Hukukunda sorumlu olan suçu gerçekleştiren kişi, yani suçun faili ise de sorumluluğunun hukuki esası, hukuk düzenini ihlal eden fiilidir. Kişinin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık tespit edildikten sonradır ki, bu haksızlık bakımından kusurun bulunup bulunmadığı araştırılabilir. Ceza Hukuku, haksızlığın, yani hukuka aykırılığın bulunmadığı yerde kusurluluğun var olup olmadığı ile ilgilenemez veya diğer bir ifade ile haksızlığın bulunmadığı yerde kusurun mevcut olabileceğini kabul etmez. Bunun aksi ise geçerlidir ve haksızlığın (hukuka aykırılığın) bulunduğu yerde kusurluluktan söz edilememesi, örneğin isnat yeteneği (kusur yeteneği)(kusur ehliyeti) bulunmayan kişinin fiilinde olduğu gibi mümkündür"[2].

Bu kısımda suçun unsurları ele alınacaktır. Bunlara esasen suçun **genel unsurları** adı da verilebilir. Böylece her suçta bulunması gereken unsurlar kastedilir. Bunlardan birinin yokluğu halinde suç oluşmaz. Bu çerçevede hak-

---

[1] Yüce, 19.
[2] Önder/Haken, 230.

sızlık kapsamında olan unsurlar ele alınacaktır. Bunların dışında her suça özgü olan ve ilgili suç tipinde belirtilmiş olan bazı unsurlar da bulunmaktadır. Bunlara da suçun **özel unsurları** denilmektedir. Mesela hırsızlık suçu bakımından tipiklik, hareket, hukuka aykırılık gibi genel unsurlar dışında, ayrıca çalınan şeyin taşınır olması, başkasına ait olması vb. gibi özel unsurların da bulunması gerekir[1]. Ancak bazen bir suçun var olabilmesi için bu unsurların dışında kalan hususların da varlığı aranır. Bunlara "unsurlar dışında kalan hususlar" adı verilir ki, bunlar ceza muhakemesi şartları (kovuşturma şartları) ve şahsi cezasızlık sebepleri/cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler-cezayı kaldıran şahsi sebeplerdir. Yine bu kapsamda değerlendirilebilecek olan "objektif cezalandırılabilme şartları"nı, yakın ilgisi nedeniyle tipikliğin manevi unsuru bahsinde ele alacağım. Öğretide ise bütün bu hususlan "cezalandırılabilirliğin diğer şartları" başlığı altında unsurlardan bağımsız olarak ele alan yazarlar da bulunmaktadır[2].

Burada ele alınacak konuları kısaca birer örnekle açıklamakta yarar görüyorum:

- Faik, eşi Faike'ye küfreder, ancak Faike şikayetçi olmadığını söyler.
- Faik, borcunu ödemeyince savcı onun hakkında soruşturma başlatır, ancak Faik bunun suç olmadığını söyler.
- Faik, yatak odasında eşi Faike'yi boğarak öldürür, ancak o sırada uykuda olduğunu söyler.
- Faik, Faike'yi öldürmek için ateş ederse de, yaralanan Faike kaldırıldığı hastanenin depremde yıkılması üzerine ölür.
- Faik, Faike'ye ateş ederek öldürmüştür, ancak istemeyerek olduğunu, silahı temizlerken ateş aldığını söyler.
- Faik, eşi ve oğluyla bindikleri geminin batması üzerine cankurtaran sandalında tek kişilik yer olduğundan oğlu Masum'u alır, Faike ölür.
- Faik, sosyal güvencesi olmayan ve ağır hasta olan Faike'yi hastaneye götürür ve komşunun sağlık karnesini kullanır.
- Faik, kendisinden habersiz arabayı kullanırken bir yayaya çarparak yaralanmasına sebebiyet veren oğlu Masum'un 12 yaşından küçük olduğunu söyler.
- Faik, ölümlü trafik kazasına neden olmakla suçlandığı mahkemede, o sırada sarhoş olduğunu ne yaptığını bilmediğini söyler.
- Faik, yanlışlıkla oğlu Masum'u öldürür, ama aslında Faike'yi öldürmek istediğini, Masum'u kazayla öldürdüğünü söyler.
- Faik, Faike ile birlikte olur. Faike'nin şikayeti üzerine yargılandığı mahkemede, Faike'nin rızası var sanıyordum der.
- Faik, Faike'yi öldürmek için ateş eder, ama isabet ettiremez, Faike kurtulur. Faik, Faike'nin olaydan hiç haberdar dahi olmadığını, dolayısıyla kendisinin ceza almasının haksızlık olacağını söyler.

---

1 Gölcüklü, 22.

2 Bkz. Koca/Üzülmez[3], s. 347 vd.; ayrıca bkz. Özgenç[6], s. 533 vd.

- Faik ve Masum, Faike'yi beraber öldürür. Hakim iki fail olduğundan cezayı ikiye böleceğini söyler.
- Faik, öldürmek için ateş ettiği Faike'nin hastaneye kaldırılıp kurtarıldığını duyunca, hastaneye gidip öldürür.

II. HAKSIZLIĞIN VE KUSURUN DIŞINDA KALAN HUSUSLAR

Haksızlık ile kusurun dışında kalmakla beraber, belirli bazı suçlarda failin cezalandırılması için ayrıca varlığı gerekli bazı hususlar aranmaktadır. Örneğin haksızlık gerçekleştiği ve kusur söz konusu olduğu halde, fail hakkında kovuşturma başlatılıp, onun cezalandırılabilmesi için, yine failin dışında kalan bir organ veya kişi tarafından bu yolda bir irade açıklaması aranabilmektedir (şikâyette olduğu gibi). İşte haksızlığın ve kusurluluğun dışında kalan bu hususlara kovuşturma şartları adı verilmektedir. Keza, şahsi cezasızlık sebepleri ile cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler de vardır. Bu kapsamda incelenebilecek, öğretide tartışmalı olan bir grup daha vardır ki, bunlara da ön şartlar adı verilmektedir. Aşağıda önce kovuşturma şartları ile şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri ele alacağım. Önşartlar konusuna ise tipiklik bahsi içinde kısaca değineceğim.

A. Kovuşturma Şartları

Suç işlemiş bir kimse hakkında kovuşturma yapılabilmesi için aranan şartlara kovuşturma şartları adı verilir. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde ceza yargılaması yapılamaz. Bunlar ceza muhakemesinin yapılıp yapılmamasını ve böylece de sonuç itibariyle ceza verilip verilmemesini ilgilendirdiğinden, ceza hukukunda ele alınmalarında yarar vardır.

1. Şikâyet

a. Genel Olarak

Şikâyet, suçtan zarar gören kimsenin kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda ilgili makamlara suçun kovuşturulması iradesini bildirmesidir.

Bazı suçlar kanun koyucu tarafından önemli görülmediğinden (örneğin, mala zarar verme, **TCK** 151; kasten hafif yaralama, **TCK** 86/2), diğer bazı suçlar ise daha çok suç mağdurunu ilgilendirdiği için (örneğin, hakaret gibi, **TCK** 131) ya da hukukun yerli yersiz, kişilerin aile hayatına müdahale etmemesi için (örneğin, eşe karşı cinsel saldırı, **TCK** 102/2) takip edilmeleri suçtan zarar görenin suçun kovuşturulması hususundaki istemine bağlanmıştır. İşte bu tür fiillerden zarar gören kimselerin, süresi içinde (6 ay, **TCK** 73) yetkili makamlardan bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını talep etmeleri, başka ifadeyle kovuşturmaya müsaade etmeleri şikâyettir.

Hukukumuzda kural olarak suçlar re'sen kovuşturulur. Buna karşılık suçların şikâyete bağlı olmaları istisna oluşturmaktadır ve bu nedenle bu istisna-

nın ilgili suç tiplerinde açıkça gösterilmesi gerekir[1]. Bir suçun sadece temel şeklinin şikâyete bağlı olarak düzenlendiği hallerde bu suçun nitelikli halleri ile netice sebebiyle ağırlaşmış halleri ayrıca açıkça düzenlenmedikçe şikâyete bağlı olamaz[2].

Şikâyet, re'sen kovuşturulması mümkün olmayan suçlarda aranan bir kovuşturma şartı olmakla beraber, re'sen kovuşturulan suçların, bazı hallerde, şikâyete bağlı tutuldukları da görülür. Mesela hırsızlık, re'sen kovuşturulan bir suçtur, ancak bu suç **TCK** 167/2'de yazılı olan akrabalar arasında işlenirse, kovuşturulması şikâyete bağlı olur.

b. Şikâyetin Özellikleri

1- Şikâyete hakkı olan kişi **suçtan zarar gören**dir. Birden fazla kişi suçtan zarar görmüşse, bu durumda bunların hepsinin şikâyet etmesi gerekmez. Bunlardan sadece birinin şikâyeti, şikâyet konusu suçtan dolayı kovuşturma yapılması için yeterlidir[3]. Şikâyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, bu hak başkaları tarafından kullanılamaz. Suçtan zarar görenin şikâyetçi olamadan ölmesi halinde, açılmış bir dava varsa, düşme kararı verilmesi gerekir[4]. 15 yaşından büyük, 18 yaşından küçükler mümeyyiz ise şikâyet hakkını kanuni temsilcilerinden bağımsız olarak kullanabilirler[5]. 15.04.1942 tarih ve 14/9 sayılı İBK'ya göre mümeyyiz küçükler, kanuni tem-

---

[1] Ceza kanunumuzdaki takibi şikâyete bağlı suçlar şunlardır:
- ✓ Md. 11 (vatandaş tarafından yurt dışında işlenen suç),
- ✓ 12 (yabancı tarafından yurt dışında işlenen suç),
- ✓ 89 (taksirle yaralama),
- ✓ 102/1 (basit cinsel saldırı),
- ✓ 102/2 (eşe karşı cinsel saldırı),
- ✓ 104/1 (reşit olmayanla cinsel ilişki),
- ✓ 105/1 (basit cinsel taciz, krş. madde gerekçesi),
- ✓ 106 (malvarlığına yönelik zarar bahsiyle tehdit),
- ✓ 116 (konut dokunulmazlığını ihlal),
- ✓ 117 (iş ve çalışma hürriyetinin ihlâli),
- ✓ 123 (kişilerin huzur ve sükûnunu bozma),
- ✓ 131 (kamu görevlisine karşı görevi dışında hakaret-mirasçıların şikâyet hakkı),
- ✓ 139 (özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar),
- ✓ 144 (hafif hırsızlık),
- ✓ 146 (kullanma hırsızlığı),
- ✓ 151 (mala zarar verme),
- ✓ 155 (güveni kötüye kullanma),
- ✓ 156 (bedelsiz senedi kullanma),
- ✓ 159 (hafif dolandırıcılık),
- ✓ 160 (kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf),
- ✓ 167 (yakın akrabalar arasında mala karşı işlenen suçlar),
- ✓ 209 (açığa imzanın kötüye kullanılması),
- ✓ 233 (aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlâli),
- ✓ 239 (ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması),
- ✓ 340/2 (yabancı devlet başkanına karşı suç),
- ✓ 341 (yabancı devlet bayrağına karşı hakaret),
- ✓ 342/2 (yabancı devlet temsilcilerine hakaret).

[2] 14. CD. 14.10.2014, 10982.

[3] Öztürk/Erdem/Özbek, 117; a.g. Kunter/Yenisey, 5.9.V.

[4] 1. CD. 18.04.2007, 2956.

[5] 1. CD. 22.11.2007, 8442.

silcilerinin rızası olsun ya da olmasın doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptir. Ancak şikâyetten vazgeçme ya da feragat etme açısından, kanuni temsilcilerinin de buna muvafakat etmesi lazımdır. Bununla beraber, sadece kanuni temsilcinin vazgeçmesi yetmez. Vazgeçme kişiye sıkı şekilde bağlı olduğundan bu hak evvela suçtan zarar gören mümeyyiz küçüğe aittir[1].

Kanunumuzun 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, ilişkide bulunanların her ikisi de reşit değilse, suçun mağduru, dolayısıyla şikâyet hakkına sahip olan kişi belirsizdir[2]. Kanımca bu takdirde, bir kimse bir suçta hem fail hem mağdur olamayacağından, her ikisi de 15-18 yaş arasında olup, rızayla cinsel ilişkide bulunan kimseler cezalandırılamayacaktır.

Uygulamada, 15 yaşından küçükler bakımından şikâyet hakkını kullanmaya ehil olup olmadığının araştırılması gerektiğine[3]; buna karşılık 16 yaşında olan suçtan zarar görenin şahsa sıkı sıkıya bağlı şikayet hakkını kullanabileceği[4] ve şikâyetten vazgeçmesinin de geçerli olduğuna karar verilmektedir[5]. Yüksek Mahkeme'ye göre, Medeni Kanun'un 16. maddesinde mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessilin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacakları açıklandığından, mümeyyiz mağdurlar şikâyetten vazgeçebilir[6].

Suçtan zarar görenin yargılama devam ederken ölmesi durumunda, yasal mirasçısının sanıktan şikâyetçi olmadığını ve davayı takip etmeyeceğini belirtmesi halinde, kamu davasının düşmesine karar verilmelidir[7].

6 yaşından küçük çocuğunu dövmesi nedeniyle aile mahkemesi kararı ile koruma altına alınan mağduru temsile yetkili olan Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu sanığın cezalandırılmasını istemiş ve davaya katılmışsa, artık küçük mağdurun şikâyetten vazgeçtiği gerekçesiyle davanın düşmesine karar verilemez[8]. Alt soya yönelik yaralama şikayete tabi olmadığından, ebeveynden bir taraf bile fail olsa, soruşturma ve kovuşturma için diğer tarafın şikayetine gerek yoktur[9]. Buna karşılık, Yargıtay'ın menfaat çatışması nedeniyle kayyım atanması gerektiğini öngören kararları da bulunmaktadır[10].

---

[1] 5. CD. 1991. 2908. 5. CD 28.12.1989. 6737.

[2] Eski kanunumuzun benzer hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönündeki başvuru. Anayasa Mahkemesi'nce reddedilmişti. 25.03.2004. 38.

[3] 2. CD. 06.02.2006. 1274.

[4] "Suç tarihinde 16 yaş içinde bulunan mağdur Bekir'in suç tarihi itibariyle mağdurun kişiye sıkı sıkıya bağlı olan şikayet hakkını tek başına kullabileceği...", 14. CD. 22.10.2014. 11483.

[5] 5. CD. 01.06.2006. 4762.

[6] 2. CD. 17.05.2007. 7094.

[7] 1. CD. 05.06.2007. 4452.

[8] 3. CD. 20.03.2006. 2109. Esasen TCK 86/3 gereğince altsoya yönelik yaralama suçlarının soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi değildir.

[9] Akıl hastası olduğu ileri sürülen sanığın, yaşları on sekizden küçük çocukları Servet ve Sevda'yı, çöpleri biriktirdiği evde sağlıksız yaşam koşulları altında tuttuğu, çıplak gezdirdiği, gerekli sağlık ve bakım koşullarını gerçekleştirmediği, şiddet uyguladığı, bakımlarını yapmadığı, eve hapsettiği, beş yıl boyunca mağdur çocukların sosyal hayatla irtibatlarının kesildiği, her türlü kötü muameleye tabi tuttuğu, bu şekilde TCK 96 maddesinde tanımlanan eziyet suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada,
08.10.1989 ve 01.05.1992 doğum tarihli olup, suç tarihinde on sekiz yaşından küçük olan mağdurlar Servet ve Sevda'nın, annelerinden ayrı yaşadıkları, ikisinde de mental retardasyon denilen akıl hastalığının bulunduğu, her ne kadar mağdurlara CMK'nın 234. maddesi gereğince ba-

Küçük kişilerin sahibi olduğu şikâyet hakkı, velayet hakkını kullanan kişi tarafından kullanılır. Türk Medeni Kanunu'nun 336/1. maddesine göre, evlilik devam ettiği sürece ebeveyn velayet hakkını birlikte kullanır. Sadece bir ebeveynin iradesiyle işlem yapılmamalıdır[2].

2- **TCK** 73 *suç hakkında şikâyet* edilmesinden söz etmektedir. Şikâyet bir *suç* hakkında yapıldığından, ağır basan özelliği, **fiile ilişkin olması** ve fakat esas itibariyle faillerle alâkalı olmamasıdır. Bu esastan üç sonuç ortaya çıkmaktadır[3]:

a. İlkin, suçtan zarar gören, suç faili olarak *belirli bir kimseyi* göstermek zorunda değildir ve hatta failler konusundaki yanılgısı da önemsizdir.

b. Şikâyetin fiile ilişkin olmasından çıkan ikinci sonuç, *şikâyet edenin fiil hakkındaki nitelendirmesinin herhangi bir öneminin olmamasıdır.* Şikâyet eden fiili şikâyet eder, fiili hukuken vasıflandırması mümkün olamayabilir. Bu, hâkimin görevidir. Örneğin şikâyetçi hırsızlık şikâyetinde bulunur, ancak aslında fiil emniyeti suiistimal veya yağma suçunu oluşturabilir ve bu hata şikâyetin geçerli olmasını engellemez.

c. Şikâyetin fiil hakkında olmasının üçüncü sonucu, *şikâyetin bölünememesi*dir. Şikâyet edilen husus bir fiil olduğundan, fiili işleyenler birden fazla ise şikâyet bölünerek birkaçı şikâyet edilerek, birkaçı hariç tutulamaz. Şikâyet diğer şeriklere kendiliğinden sirayet eder. Buna **şikâyetin sirayeti** ilkesi (şikâyetin yayılma etkisi) denir. Nitekim **TCK** 73/5'e göre, "*iştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar*". Yargıtay da suçtan zarar görenin, soruşturma aşamasında her iki sanıktan şikâyetçi olduğunu söyleyip, duruşmada ise sanıklardan biri hakkında şikâyetten vazgeçmesi karşısında, hakkında şikâyetten vazgeçilmeyen diğer sanık hakkında da davanın düşmesi kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[4]. Önemle işaret etmek gerekir ki, birden fazla sanığın söz

---

rodan vekil atanmış ise de, mağdurların şikayet hakkını kullanacak fiil ehliyetine sahip olmadıkları, velayeti altında bulundukları babalarının da sanık olarak yargılandığı dikkate alındığında, Öncelikle anneleri Bilginin usulüne uygun şekilde mahkemeye getirilerek davadan haberdar edilmesinin sağlanması, mümkün olmadığı takdirde ise mağdurların haklarının korunması ve mahkeme önünde hukuki temsilinin sağlanması için 4721 sayılı Medeni Kanunun 426 ve devamı maddeleri gereğince kayyım atanması, şikayet hakkının veli ya da kayyım aracılığıyla kullanılarak, bundan sonra CMK 234 maddesi gereğince vekil tayin edilmesi gerektiği düşünülmeden, şikayet hakkını kullanacak fiil ehliyetine sahip olmayan mağdurlara doğrudan vekil atanarak temsil ve şikayet haklarının kısıtlanması, yasaya aykırı. 4. CD. 05.07.2010. 13024

"Suç tarihinde 13 yaşı içerisinde bulunan mağdur A...nin yaşı gereği şikâyet iradesinde bulunamayacağı, velisi olan annesinin de, babanın sanık olması nedeniyle mağduru temsilde menfaat çatışması bulunacağından 4721 sayılı TMK.nın 426. maddesine göre temsil kayyımı atanması ve davada mağduru bu kayyımın temsil etmesi gerekmekte..." 14. CD. 22.10.2014. 1778/11483. Ayrıca bkz. İstanbul BAM. 20. CD. 11.4.2017. 819.

2 9. CD. 14.04.2010. 4290.

3 Donmezer/Erman. I. 326-329.

4 3. CD. 06.11.2006. 8054. 10. CD. 08.10.2007. 11429. Ayrıca bkz. "mağdur ...nun kovuşturma aşamasında 25/09/2012 tarihli duruşmadaki ifadesinde, sanık ... hakkında şikayetçi olup, davaya katılmak istediğini ve sanıklardan Necati dışındakilerden şikayetçi olduğunu beyan ettiğinin görüldüğü, mağdurun sanık ... hakkındaki şikayetinden vazgeçmesinin, 5237 sayılı TCK'nin 73/5. maddesi uyarınca iştirak halinde suç işlediği anlaşılan diğer sanık ...ye de sirayet edeceği

konusu olduğu olaylarda, kanunun açık hükmü karşısında, sanıklar arasında iştirak ilişkisi yoksa sanıkların bir kısmı hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğer sanıklara sirayet etmez[1].

3- Suçtan zarar gören kimse, kendisi aleyhinde işlenen suçun re'sen kovuşturulduğu zannı ile ihbarda bulunsa, fakat yapılan soruşturma veya duruşma sonucunda, sanığa isnat edilen suçun kovuşturması şikâyete bağlı suçlardan olduğu anlaşılsa, **ihbar şikâyet yerine geçer** ve fail yine cezalandırılır[2].

4- Şikâyet **6 ay** içinde yapılmalıdır (**TCK** 73/1). Süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği andan itibaren başlar (**TCK** 73/2). Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez (**TCK** 73/3).

İcra ve İflas Kanunu (md. 347), ceza kanunumuzdan farklı olarak IIK'nın onuncu babında yer alan fiillerden dolayı şikâyet hakkının, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren **üç ay** ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşeceğini düzenlemiştir.

5- Şikâyet, **yazılı** olarak veya tutanağa geçirilecek bir **beyan** ile yapılabilir (CMK 158/5).

6- Şikâyetin yapılabileceği makamlar, **Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamları**dır. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da şikâyette bulunulabilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir (CMK 158/1-4). Uygulamada, suçtan zarar görenin, ilköğretim okulu müdürlüğüne verilen dilekçeler ile muhakkike verilen ifadede şikâyetçi olduklarını belirtmiş olmalarının hukuki sonuç doğurmayacağına karar verilmiştir[3]. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, eylem bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olduğundan, kararın hatalı olduğu kanaatindeyim.

7- **Şartlı şikâyet** de şikâyettir. Nitekim *Yargıtay*, suçtan zarar görenin kolluktaki ifadesinde "zararımı karşılarlarsa şikâyetimden vazgeçerim, eğer zararımı karşılamazlarsa şikâyetçiyim" şeklindeki ifadesinin şikâyet şartının gerçekleştiği olarak kabul edilerek yargılamaya devam edilmesi gerektiğine karar vermiştir[4].

8- **Şikâyetten vazgeçme** ve **şikâyetten feragat** mümkündür. Feragat henüz yapılmamış bulunan bir şikâyetin, henüz süresi dolmamış olmasına

---

bu haliyle sanıklardan şikayetten vazgeçmeyi kabul edip etmedikleri hususu da sorularak sonucuna göre, mağdur ...'e yönelik soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan TCK'nin 86/2. maddesi uyarınca kasten basit yaralama suçlarından TCK'nin 73/4-5 ve CMK'nin 223/8. maddeleri uyarınca kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi gerekip gerekmediği değerlendirilmeden, yazılı şekilde sanıkların mahkumiyetlerine dair karar verilmesi hukuka aykırıdır". 3. CD. 18.09.2018, 5246/13100.

1 2. CD. 14.02.2007, 1965; 2. CD. 31.10.2006, 17167.

2 Bkz. CGK. 09.01.1950, 22.

3 5. CD. 26.09.2005, 20226.

4 9. CD. 04.10.2006, 5033.

rağmen artık yapılmayacağının suçtan zarar gören kimse tarafından açıklanması iken; vazgeçme ise yapılmış şikâyetin geçersiz sayılmasının istenmesidir. İkisi de yazılı veya tutanağa geçirilmek kaydıyla sözlü yapılabilir. Kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz (**TCK** 73/4). Bu itibarla, vazgeçme ancak hüküm kesinleşinceye kadar yapıldığı takdirde etkisini gösterir[1]. Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur (CMK 158/6). Bu hüküm ile şikâyet konusundaki genel kurallara istisna getirilmiş olmaktadır.

"Takibi şikayete bağlı suçlarda, şikayetten vazgeçme, soruşturmanın başlamasına, başlamış soruşturmada ise soruşturmanın devamına engel olan bir kovuşturma şartıdır. Şikayetten vazgeçme, her türlü delille ispatlanabilen, özgür irade ile yapıldığı takdirde geri alınması, dönülmesi, cayılması mümkün olmayan, şarta bağlanamayan, hukuki sonuçları bulunan fiili bir durumdur. Birbirinden bağımsız olan ve bu nedenle bölünebilen eylemlerde her bir eylem için ayrı ayrı şikayetçi olmak ya da şikayetten vazgeçmek mümkündür. Takibi şikayete bağlı bir suçta, şikayetten vazgeçmenin kovuşturma aşamasında düşme şeklinde hukuki sonuç doğurabilmesi, **TCK**'nın 73/6. maddesine göre sanığın kabulüne bağlı iken, soruşturma aşamasında şikayetten vazgeçmenin hukuki sonuç doğurması, şüphelinin kabulüne bağlı tutulmamıştır"[2].

Dolayısıyla, şikâyetten feragat kabule bağlı olmayan, tek taraflı irade beyanıyken; şikâyetten vazgeçme iki taraflı bir işlemdir[3]. O nedenle, şikâyetten vazgeçmeyi kabul etmeyen sanık hakkında yargılamaya devam edilerek toplanan delillere göre karar verilmesi gerekirken, davanın düşürülmesine hükmedilmesi kanuna aykırıdır[4]. Sanığın beraat edeceği düşüncesiyle vazgeçmeyi kabul etmemesi halinde, yapılan yargılama sonucunda suçun sübutu durumunda, şikâyetten vazgeçildiği gözetilerek sanık hakkında ceza uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekir. Mahkûmiyet kararı verilmesi kanuna aykırıdır[5]. Vazgeçmeden vazgeçme, feragatten feragat olmaz[6].

Şikâyetten vazgeçme açık yapılmalıdır. Keşif sırasında "davaya katılmak istemiyorum" şeklindeki beyan, vazgeçme olarak kabul edilemez[7].

---

1 2. CD. 04.07.2006, 12921.

2 4.CD. 02.11.2015, 36887.

3 'Takibi şikayete bağlı basit yaralama suçundan mahkumiyet kararından sonra katılanın 15.04.2014 tarihli dilekçeyle şikayetinden vazgeçtiğini bildirmesi karşısında, sanıktan vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulup sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesinde zorunluluk bulunması...'. 3.CD. 14.05.2014, 18915.

4 11. CD. 25.09.2007, 5881.

5 5. CD. 27.11.1997, 4305. Daha yeni tarihli bir kararında Yargıtay düşme veya beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir: 'Takibi şikayete bağlı suçlarda, mağdurun şikayetten vazgeçmesi halinde mahkemece, sanığa şikayetten vazgeçme beyanını kabul edip etmediği sorulmalı, vazgeçmenin sanık tarafından kabul edilmemesi halinde davaya devam edilerek suçun sübutu kabul edilirse düşme kararı, kabul edilmezse beraat kararı verilmelidir.' 15. CD. 09.04.2015, 23344.

6 2. CD. 21.11.2005, 26094.

7 9. CD. 28.05.2007, 7556.

Suçtan zarar görenin birden fazla olması durumunda, hepsinin şikâyetten vazgeçmesi gerekir. Sadece bir kişinin şikâyetten vazgeçmesi yeterli değildir: "*Karı koca olan şikâyetçilerden koca şikâyetten vazgeçmiş ise de aynı evde oturan kadının daha önce sanıktan şikâyetçi olduğu gözetilerek, şikâyetinin devam edip etmediği araştırılmadan şikâyetten vazgeçme nedeniyle davanın düşürülmesi doğru değildir*"[1].

Fiil hem şikayete tabi zarar suçu hem de re'sen kovuşturulan tehlike suçunu oluşturuyor ve şikayete tabi zarar suçunda mağdur şikayetinden vazgeçiyorsa, re'sen kovuşturulan tehlike suçu nedeniyle yargılamaya devam edilmelidir (Konunun iyi anlaşılabilmesi bakımından aşağıda içtima bahsinde asli-yardımcı norm ilişkisi bahsine bakılmalıdır) [2].

9- Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada **şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış** ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz (**TCK** 73/7).

10- Şikâyete bağlı suçlardan dolayı açılmış olan davanın **ön ödeme** nedeniyle düşürülmesine karar verilemez[3].

2. İzin, Talep ve Karar

Bazı suçların kovuşturulabilmesi için kanun, adalet bakanının yetkili savcıya yönelik dava açmasına olanak veren bir irade beyanında bulunmasını istemiştir. Yerine göre **izin** veya **talep** adını alan bu irade beyanı olmadıkça savcı davayı açamaz ve her nasılsa açmış olup da duruşmada suçun takibinin izin veya talebe bağlı olduğu anlaşılırsa, izin veya talebin gerçekleşmesi beklenir ve CMK 223/8 gereğince muhakemenin durması kararı verilir. Muhakemenin durması kararı geçici niteliktedir. İzin verildiği ya da talepte bulunulduğu takdirde, soruşturma ve duruşma kaldığı yerden başlamak üzere devam eder ve izin verilmesi veya talepte bulunulması için başvurulduğu süre ile izin verilene veya talepte bulunulana kadar geçen sürede zamanaşımı durur (**TCK** 67). Buna karşılık izin verilmez veya talep vaki olmazsa, dava kesin olarak sona erer ve bu takdirde CMK 223/8 gereğince davanın düşmesine karar verilir[4].

Kovuşturması izne bağlı olan suçlar, **TCK** 299/3, 301, 305/3, 306/5'te yazılı olan suçlardır. **TCK** 301 bakımından Adalet Bakanı'na izin yetkisinin

---

1 2. CD. 17.07.2008. 13513

2 Olaydan yaklaşık iki saat sonra yapılan ölçümde 257 promil alkollü olduğu tespit edilen sanığın idaresindeki aracıyla yaralamalı trafik kazasına sebebiyet verdiği. 5237 sayılı TCK'nın "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma" başlıklı 179. maddesinin 3. fıkrasında alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek olan kişinin araç kullanma halinin suç olarak düzenlendiği, maddede belirtilen suçun tehlike suçu olduğu, somut olayda ise bir kişinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilir derecede yaralanmış olması sebebiyle bilinçli taksirle işlenmesi halinde bile şikayete bağlı ve 5237 sayılı TCK'nın 89/1. maddesi kapsamında olan zarar suçundan şikayetten vazgeçilmiş olması nedeniyle sanık hakkında CMK'nın 226. maddesi uyarınca 5237 sayılı TCK'nın 179/3 maddesi uyarınca ek savunma hakkı tanınarak bu suçtan mahkum edilmesi gerektiği halde, yanlış değerlendirme ile taksirle yaralama suçundan şikayetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesine karar verilmesi. 12. CD. 19.12.2012. 27729

3 1. CD. 20.04.2007. 3031.

4 Donmezer/Erman. I. 324

verilmiş olması Anayasa'ya aykırılık iddiasına konu olmuşsa da Anayasa Mahkemesi, "itiraz konusu kuralla ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır" gerekçesiyle, maddeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır[1].

Kovuşturması izne bağlı diğer bir suç grubu ise Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun[2] gereğince memur ve kamu görevlilerinin görev nedeniyle işlemiş oldukları suçlardır (görev suçları). Ancak burada diğer kovuşturulması izne bağlı suçlardan farklı olarak, izni verecek makam adalet bakanı değil, kamu görevlisinin bağlı bulunduğu kurumun üst amiridir.

Kovuşturması talebe bağlı olan suçlar **TCK** 12 ve 13/2'de gösterilen ve yabancı ülkede işlenip de Türkiye'de kovuşturulabilen suçlardan ibarettir[3]. 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 4/5. maddesine göre, "suçun, yabancı bir devlet veya uluslararası bir kuruluş aleyhine işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlıdır".

Kovuşturması **karar** alınmasına bağlı suçlar ise milletvekili ve parlamento üyesi olmayan bakanların geçici yasama dokunulmazlıklarına (kovuşturma yasağı) giren suçlardır.

SORU: Talep, izin ve kararla, şikâyet arasındaki nitelik farkı nedir?

CEVAP: Talep, izin ve karar hallerinde söz konusu olan, kamu yararının yerinde ve yine kamuya zarar vermeyecek surette kullanılmasıdır. Şikâyet halinde ise aranan şey, kişisel yararla kamu yararı arasında bir uygunluk olup olmadığıdır (Dönmezer/Erman, I, 326).

3. Yabancı Hükümetin Talebi (Şikâyeti)

TCK 11/2 gereğince bir Türk vatandaşının yabancı bir ülkede işlediği suçun aşağı haddi bir seneden az hapis cezasını gerektiriyorsa, yargılama yapılabilmesi zarar gören şahsın veya yabancı hükümetin talebine, kanunun deyimiyle şikâyetine bağlıdır.

TCK 340/1'de düzenlenmiş bulunan yabancı devlet başkanına karşı fiil, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan ise soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikâyetine bağlıdır (**TCK** 340/2). Keza yabancı devlet bayrağına karşı hakaret suçundan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması da ilgili devletin şikâyetine bağlıdır (**TCK** 341/2).

---

1 AYM. 03.06.2009, 38/70.

2 4483 s., 02.12.1999 t.

3 Kanun koyucu 12. maddede "işlem" kavramını kullanırken, 13 maddede "talep" kavramını kullanmıştır ki, bu farklılığın bilinçli olmadığı, iki kavramın aynı anlamda kullanıldığı açıktır.

B. Şahsi Cezasızlık Sebepleri/Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler – Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler

1. Genel Olarak

Suçun icrası sırasında bulunan ve izlenen suç siyasetinin bir gereği olarak failin cezalandırılmamasını veya cezasında indirim yapılmasını gerektiren[1] ve sadece sebebin kendisinde bulunan kimsenin yararlandığı sebeplere, şahsi cezasızlık sebebi/cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep adını vermekteyiz. Bu sebeplere "şahsi" (kişisel) adının verilmesinin nedeni de sadece o sebebin kendisinde bulunduğu kişinin bu sebeplerden yararlanması, başka "şahısların" yararlanamamasıdır. Nitekim **TCK** 40/1'de "*suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*" denilmektedir.

Şahsi cezasızlık sebepleri, fiil işlenirken mevcut olması gereken ve daha baştan itibaren cezasızlığa neden olan sebeplerdir. Milletvekili sorumsuzluğu buna örnek olarak gösterilebilir[2].

Kişinin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilmesi için onun varlığını bilmesine gerek yoktur (**TCK** 21. madde gerekçesi).

Türk Ceza Kanunu'ndaki şahsi cezasızlık sebeplerine örnek olarak şunlar gösterilebilir[3]:

1. Taksirli suçlarda meydana gelen neticenin münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ceza hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması (bilinçli taksir halinde, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep) (**TCK** 22/6).

2. Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun (**TCK** 245/1), aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerden birinin malvarlığına karşı işlenmiş olması (**TCK** 245/4).

3. Yalan tanıklık suçunda, kişinin belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerle ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması (**TCK** 273/1).

4. Kişinin kendi işlediği veya işlenmesine iştirak ettiği suçla ilgili olarak suç delillerini yok etmesi, gizlemesi veya değiştirmesi (**TCK** 281/1).

5. Suçluyu kayırma suçunun, belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerle ilgili olarak işlenmesi (**TCK** 283/3).

6. Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunun, belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerle ilgili olarak işlenmesi (**TCK** 284/4).

Şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı durumunda, kişi cezalandırılamaz. Ancak fiil suç olma özelliğini devam ettirdiğinden, verilecek karar beraat değil, "ceza verilmesine yer olmadığı" kararıdır (CMK 223/4-b).

---

[1] Özgenç[2], 535.
[2] Wessels/Beulke, kn. 494.
[3] Özgenç[2], 535 vd.

Cezayı kaldıran/cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenler, suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve hali hazırda oluşan cezalandırılabilirliği kaldıran veya cezada indiren nedenlerdir. Etkin pişmanlık buna örnek olarak gösterilebilir[1]. Keza azmettirmede azmettirenin ortaya çıkarılması da bu niteliktedir (**TCK** 38/3).

2. Milletvekilleri Bakımından Şahsi Cezasızlık Sebebi (Mutlak Dokunulmazlık)

Sorumsuzluk, yasama dokunulmazlığına sahip olanların, meclis çalışmaları sırasındaki oy ve sözlerinden sorumlu tutulamamalarıdır. Yine, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanı'nın teklifi üzerine meclisçe başka bir karar alınmadıkça, bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan da sorumlu tutulmaları olanaksızdır (AY 83/I).

Milletvekili sorumsuzluğunun ceza hukuku bakımından niteliği şahsi cezasızlık sebebidir[2].

a. Kapsamı

aa. Madde Bakımından

Sözler, oylar, sözleri kuvvetlendiren el, yüz vs. hareketleri, bağırma, küfretme bu sorumsuzluk kapsamındadır. Bu suretle işlenebilecek olan suçlara örnek olarak meclis kürsüsünden, örneğin yasaklanan bilgileri açıklama (**TCK** 336); cumhurbaşkanına hakaret etme (**TCK** 299); Türklüğü, Cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama (**TCK** 301); yabancı devlet bayrağına hakaret etme (**TCK** 341) gösterilebilir. Bütün bu suçları işleyenler hiçbir zaman için bu suçlardan dolayı sorumlu tutulamazlar[3]. Ne var ki, *Yargıtay* Ceza Genel Kurulu 1999 yılında verdiği bir kararında, milletvekili olan sanığın meclis kulisinde bulunduğu bir sırada gazete muhabirine verdiği "*bu mecliste oturamıyorum, bu meclisten tiksiniyorum*" şeklindeki sözlerinin "oy, söz veya düşünce açıklaması niteliğini taşımadığı, söylenen sözlerin meclis çalışmaları sırasında da söylenmediği, bu nedenle yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği"ni açıklamıştır. Yasama sorumsuzluğunu çok dar anlayan ve yorumlayan bu kararın isabetli olmadığı açıktır. Türkiye'nin kararın verildiği zaman içinde bulunduğu durumun etkisiyle verilmiş olan bu kararın emsal teşkil etmemesi gerekir.

Öğretide savunulan bir görüş, kişisel nedenlerden dolayı, yani görev ile ilgili olmaksızın yapılan hakaret ve sövme fiillerinde sorumsuzluğun bulunmadığını kabul etmektedir[4]. Ancak Türk öğretisindeki ağırlıklı görüş, ileri sürülen düşüncelerin yasama görevi ile ilgili olmaması halinde dahi sorumsuzluğu kabul etmektedir[5]. *Yargıtay* ise mecliste söylenen ve hakaret oluşturan sözler ile ilgili açılan tazminat davasında, "*madde ile güvence altına alı-*

---

1 Wessels/Beulke, kn. 495; Bkz. TCK 93, 110, 168, 184/5, 192, 201, 221, 248, 254, 269, 274, 281/3, 282/5, 289/2, 293, 297/4, 316/2. Özgenç[3], 545 vd.

2 Bkz. Özgenç[3], 536; Koca/Üzülmez, 307.

3 Öztürk/Erdem/Özbek, 97.

4 Erem/Danışman/Artuk, 176.

5 Donmezer/Erman, I, 268, 269; İçel/Donay, 140.

nan ve dokunulmazlığı sağlanan, salt yasama faaliyeti ile sınırlı olan eylemlerdir. Bu faaliyetin sınırı dışına çıkılması durumunda, dokunulmazlığın korunmasına yönelik amaç ortadan kalkar... Davalının sözleri, yasama faaliyeti ile uyumluluk teşkil etmeyip, doğrudan davacının kişiliğini hedef alan, onur ve saygınlığına saldırı oluşturan hakaret niteliğindedir... Bu nedenle yasama dokunulmazlığı sınırları içinde değerlendirilemez" şeklinde görüş açıklamıştır[1].

bb. Yer Bakımından

Öğreti, AY 83/I de geçen meclis tabirinin geniş manada değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Böylece genel kurul salonu, meclisin salonları, koridorları, yemekhaneleri, tuvaletleri, komisyonlar hep bu kapsamda kabul edilmek gerekir. Keza meclis faaliyetinin, meclis dışında yapıldığı hallerde (örn. Araştırma komisyonu gibi) bunların çalıştıkları yerler de meclis tabiri içinde mütalaa edilir[2].

cc. Kişi Bakımından

Bu tür dokunulmazlıktan TBMM üyeleri ve meclis dışından atanan bakanlar yararlanır (AY 83, 112/son).

dd. Zaman Bakımından

Sorumsuzluk süreklidir. Bu itibarla milletvekilliği süresi dolduktan sonra ya da kovuşturma yasağı kaldırılsa da milletvekili sorumsuzluktan yararlanmaya devam eder. Hakkında herhangi bir ceza kovuşturması yapılması olanaklı değildir.

b. İstisnası

Başkanlık divanının teklifi üzerine, meclis gizli oturum kararı almışsa, burada söylenenleri dışarıya taşıyanlar sorumsuzluktan yararlanamazlar. Ne var ki, bunlar kovuşturma yasağından istifade ederler[3].

c. Sonuçları

1. Genel ve daimidir[4].

2. Sorumsuzluk, mutlak dokunulmazlığa giren fiillerin ceza ve hukuk yönünden neticelerini kapsar. Böylece örneğin tazminat talebine de engel olur[5]. Yargıtay bazı kararlarında sorumsuzluğu hukuk davaları yönünden de onayladığı halde[6], genelde ağırlıklı olarak mutlak dokunulmazlık çerçevesindeki fiiller dolayısıyla tazminata hükmolunmasını kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre, mutlak dokunulmazlığa ilişkin hüküm kötüye kullanılma-

---

1 4 HD. 01.10.2001. 8768.
2 İçel/Donay. 141.
3 İçel/Donay. 142. 143.
4 Donmezer/Erman. I. 266.
5 Donmezer/Erman. I. 266. İçel/Donay. 143.
6 Bkz. Erem/Danışman/Artuk. 173.

malıdır: Bir milletvekili sırf kişisel kinini tatmin için bir başkasının kişilik değerlerine saldırır, hakaret ederse, bu kişinin milletvekili dokunulmazlığından yararlandırılması dokunulmazlık kurumunun var oluş amacı ve nedeni ile bağdaşmaz[1].

3. TBMM üyesi bu sorumsuzluktan vazgeçemez[2].

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Kanuni Unsuru (Tipiklik)
- **1. Genel Bilgiler**
- **2. Tipikliğin Maddi Unsuru**
- **3. Tipikliğin Manevi Unsuru**

B. Hukuka Aykırılık Unsuru





Suç, karşılığında ceza yaptırımı öngörülmüş haksızlıklardır.

Suç kavramı, tipik ve hukuka aykırı eylemi ifade etmektedir. Buna karşılık kanunun "hukuka aykırı fiil" kavramını kullandığı da vardır (**TCK** 40/1). Hukuka aykırı eylem, tipik ve hukuka aykırı olmakla birlikte, somut olayda kusurlu bir hareketin söz konusu olmadığı hallerde gündeme gelebilir. Bu ayrım, "haksızlık" ve "kusur" ayrımıyla da bağlantılıdır. Suç kavramıyla, sadece kusurlu bir hareketle gerçekleştirilmiş olan haksızlıklar kast edilirken, hukuka aykırı eylem kavramı, kusurlu olmayan hareketlerle de gerçekleştirilen haksızlıkları da içermektedir[3].

---

1 4. HD. 01.10.2001. 8768.
2 Donmezer/Erman. I. 267.
3 Wessels/Beulke. kn. 13.

Haksızlık ve kusur ayrımı ve haksızlığın kusurdan önce incelenmesi, haksızlık unsurunun işin doğası gereği kusurluluk öncesi ortaya çıkması gereğinden kaynaklanmaktadır. Kusurluluğun olmadığı haksızlıklar mümkündür (akıl hastalarının suç işlemesi halinde olduğu gibi). Ama haksızlığa dayanmayan kusurluluk hali söz konusu olamaz. Bir haksızlık gerçekleştirmeyen kişinin kusurundan bahsedilemez. Öncelikle haksızlık gerçekleştirilmelidir ki, arkasından kusur tartışması yapılabilsin[1].

Bir suçtan bahsedilebilmesi için kanundaki tipe uygun, hukuka aykırı ve kasten veya taksirle gerçekleştirilen bir fiilin bulunması gerekir. Suçun bu geniş tanımından suçun yapısal, kurucu unsurları da çıkarılır: Kanuni unsur (tipiklik), tipikliğin maddi ve manevi unsurları ve hukuka aykırılık unsuru.

Bir eylemin suç teşkil edebilmesi için bütün bu unsurların gerçekleşmesi gerekir. Bu unsurlardan bir tanesinin bile eksik olması, fiilin suç olmasına engel teşkil eder[2].

Önceki kanunumuz döneminde, öğretide suç teorisi hemen hemen aynı tasnif esas alınarak incelenmekteydi. Klasik suç teorisi adı verilen bu sistemde, suçun unsurları dörde ayrılmakta ve kast, taksir ve hata konuları manevi unsur içinde tartışılmaktaydı. Kast ve taksir kusurun bir parçası, şekli olarak görülmekteydi. Hali hazırda da yeni ceza kanunumuzun yürürlüğe girmesinden sonra yayınlanan bazı kitaplarda bu sistemin takip edildiğini görmekteyiz[3].

Buna karşılık Yeni Ceza Kanunumuzun yürürlüğe girmesiyle birlikte yeni kanunun sistemi gereği, suç teorisinin farklı ele alınması gerektiğini kabul ederek, daha değişik bir sistematik içinde konuyu inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu çerçevede **Artuk/Gökcen/Yenidünya,** suçun unsurlarını tipiklik, maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsuru olarak ayırmakla beraber, kusur yeteneği, cebir, korkutma ve tehdit, mücbir sebep, kaza ve tesadüf, hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, haksız tahrik ve hata gibi konuları, unsurların dışında kalan hallerden "kusurluluk" başlığı altında değerlendirmektedir (benzer şekilde bkz. **Özgenç**).

Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe de suçun yapısal unsurlarını tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üçe ayırmakta, tipe uygunluk başlığı altında ise objektif ve sübjektif nitelikli unsurlar ayrımını yapmaktadır.

Koca ve **Üzülmez** ise bu konuda Alman Öğretisi'ni de esas alarak ve yeni kanun hükümlerinin arkasındaki teorik düşünceleri mümkün olduğunca gözetme kaygısıyla başka bir suç teorisi sistematiğini esas almış bulunmak-

---

1 Heinrich (Ed. Ünver), 58.

2 Belirtmek gerekir ki, haksızlığın gerçekleşmesi halinde, yani tipik ve hukuka aykırı bir fiilin bulunması durumunda, fail sonuçla kınanamıyorsa, yani kusurlu görülemiyorsa cezalandırılamayacaktır. Ancak buna rağmen tipik ve hukuka aykırı bir fiilin varlığının bazı sonuçları olmaktadır. Örneğin, tipik ve hukuka aykırı bir fiil gerçekleştiren kişiye karşı hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanılabilir. Keza tipik ve hukuka aykırı bir fiile yönelik azmettirme ve yardımda bulunma da mümkündür. Heinrich (Ed. Ünver), 57, 58.

3 Bkz. Soyaslan, Centel/Zafer/Çakmut, krş. maddi (hareket) unsur ile tipikliği beraber inceleyen yazarlar, İçel/Evik, Demirbaş Hafızoğulları/Özen de, suçun unsurlarını, fiil, ihlal (hukuka aykırılık) ve kusur şeklinde ayırarak incelemektedir.

tadır. Yazarlar beşli bir ayrım içinde konuyu tartışmaktadır: Fiil, tipe uygunluk, hukuka aykırılık, kusurluluk ve cezalandırılabilirliğin diğer şartları. Böylece suçun ana unsurunu haksızlık oluşturmaktadır. Haksızlık kapsamında fiil, tipe uygunluk ve hukuka aykırılık incelenmektedir. Burada dikkat çeken husus ise tipe uygunluğun maddi ve manevi unsurlar olmak üzere ikiye ayrılması ve kast, taksir ve hata konularının tipe uygunluğun manevi unsurları içinde ele alınmasıdır. Kusurluluk bahsi içinde ise kusur ehliyeti ile kusurluluğu etkileyen haller (amirin emri, zorunluluk hali, sınırın aşılması, cebir, tehdit, korkutma, haksız tahrik, kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hata ve haksızlık yanılgısı, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler) tartışılmaktadır.

Zafer, suçun unsurlarını, tipiklik, suçun maddi unsuru, suçun manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru şeklinde ayırmaktadır.

Ülkemiz ceza hukuku öğretisine kazandırılan yeni kitaplardan birinin yazarı olan **Akbulut** da suçun unsurlarını tipiklik ve hukuka aykırılık olmak üzere ikiye ayırmaktadır[1].

Şimdi yeni kanunun sistematiğini de göz önünde bulundurarak tek tek suçun unsurlarını ele alalım:

A. Suçun Kanuni Unsuru (Tipiklik)

a. Tanım
b. Hayal Suç ve Kuruntu Suç
c. Fail
d. Mağdur
e. Suçun Konusu
f. Suçun Basit (Temel) Şekli, Basit Suç Tipinden Türeyen Suçlar
g. Kanuni Unsur (Tipiklik) ve Hukuka Aykırılık İlişkisi
h. Ön Şartlar Sorunu

1. Genel Bilgiler

Suçun unsurlarından en önemlisinin tipiklik unsuru olduğu söylenebilir.

Bir suçun haksızlık içeriği eylemin neticesine (suçun konusunun zarar görmesi veya tehlikeye maruz kalması) ve harekete (hareketin gerçekleştiriliş türü ve şekli) göre belirlenir ve her ikisi de objektif ve sübjektif unsurlar içerir. Buna karşılık, eylemin kusur içeriği, o eylem ile ifade edilen tutumun kınanabilirliğinin ölçüsüne göre belirlenir. Bu tutum, bu duruş, failin hukuk düzeninin davranış normlarına yönelik olarak yanlış yerde bulunması ve failin hukuk anlayışının eksikliğine işaret eder. Hareketin türü ve şekli öncelikle kasten veya taksirle (sübjektif unsurlar) işlenmesi şeklinde karşımıza çıkar. Kasten öldürme suçları örneğini alacak olursak, hareketin türüne ilişkin objektif unsurlar ise örneğin eziyet çektirerek öldürmek olabilir. Kusur içeriği

[1] Akbulut[5], 226 vd.

kasten işlenen suçlarda failin bilinçli olarak kanuna aykırı davranmasıyken, taksirli suçlarda, özensizliği sonucu kanuna aykırı davranmasıyla ortaya çıkmaktadır. Töre saikiyle bir kimseyi öldürmede kusur içeriği artarken, kendi alacağını almak için hırsızlıkta bu içerik azalmaktadır[1]. Bu son belirtilen hususlar, kanun koyucu tarafından cezayı artıran veya azaltan nitelikli haller belirlenirken göz önünde bulundurulur.

Böylece tipiklik unsuru, objektif (maddi unsur) ve sübjektif (manevi unsur) nitelikli alt unsurlardan oluşmaktadır.

Objektif (dış) unsurlar, eylemin dış görünüşü belirleyen, maddi olarak ortaya çıkan durumlardır. Bu unsurlar tanımlayıcı, değerlendirici, faile veya fiile ilişkin olabilir. Örneğin, fail, eylemin konusu, icra hareketleri, özel işleniş şekilleri, eylemde kullanılan araç ve diğer eyleme ilişkin değişik durumlar gibi. Bir neticenin meydana gelmesi de hareketin dış etkisidir. Bu tür suçlarda, hareket ile netice arasında bir nedensellik bağının bulunması da objektif unsurlardandır[2].

Cezalandırılabilirlik şartları da aslında objektif unsurlara dâhildir. Ancak, cezalandırılabilirlik şartlarının ana özelliği, objektif olmalarıdır. Buradaki "objektif" kelimesi ile vurgulanmak istenen, bu unsurların suçun objektif unsurlara dâhil olduğu değil, kastın bu unsurları kapsamasının gerekmemesidir. Boylece bu şartlar gerçekleştiğinde objektif olarak, yani kişinin onları istemiş olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır. Bu nedenle, aslında tipikliğin objektif unsurları arasında da ele alınabilecek olan bu şartlar, kastın bunları kapsamasının gerekmediğine bir işaret olarak, tipikliğin sübjektif unsurları arasında ele alınacaktır.

Kast, objektif unsurları kapsamalı, içermelidir. Kasten işlenen suçlarda objektif unsurların önemi bu noktada kendisini gösterir. Bu alandaki hata, kastı ortadan kaldırır.

Sübjektif unsurlar ise suç failinin psikolojik-ruhsal alanında yer alan ve öngörülerine dahil olan suç unsurlarıdır. Bu unsurlar arasında kast ve diğer manevi unsurlar yer almaktadır[3].

Hukuka aykırılık ise suçun genel unsurlarından olup, objektif unsurlardan değildir. Bununla beraber, bazı suç tiplerinde özellikle "hukuka aykırı olarak" kavramına yer verildiği görülmektedir. Bunun iki anlamı olabilir ki, konu üzerinde hukuka aykırılık bahsinde durulacaktır[4].

Aşağıda öncelikle tipiklik unsuru ile ilgili genel bilgiler verilecek, bilahare de tipiklik unsurunun maddi ve manevi unsurlarına değinilecektir. Son olarak da tipiklikte yer alan unsurlarda hata bahsi üzerinde durulacaktır.

---

1 Wessels/Beulke, kn. 15, 16.
2 Wessels/Beulke, kn. 133.
3 Heinrich (Ed. Ünver), 80.
4 Wessels/Beulke, kn. 135; Heinrich (Ed. Ünver), 82, 83.

a. Tanım



Yukarıda belirtilen Türk Ceza Kanunu hükümlerinde kullanılan "**suçun kanuni tanımı**" ifadeleri, suçun kanuni unsurunu, başka ifadeyle tipiklik unsurunu ifade etmektedir.

Tipiklik ile anlaşılması gereken bir fiili suç sayan ve buna bir yaptırım öngörmüş bulunan bir *kanun maddesinin* var olmasıdır[1]. Bir fiilin suç oluşturabilmesi için, somut fiilin kanunda tarif edilmiş olması ve cezayla tehdit edilen bir hareketin soyut unsurlarına uyması gerekir[2]. Ceza haksızlığının temeli, kanuni unsurların gerçekleştirilmesidir[3]. Bu nedenle de tipiklik konusunda esas alınması gereken **bizzat kanun**dur[4].

Böylece işlenen fiilin kanundaki tarife objektif olarak uymasına kanuni unsur denir. Aslında tipiklik dediğimiz şey, cezalandırmanın kanuni şartlarından başka bir şey değildir.

Gerçekten de kanuni unsurun kapsamı bir kimsenin cezalandırılmasının kanuni şartları çerçevesinde belirlenir. Böylece kanuni unsur; bir davranışı cinayet, cinsel saldırı, hırsızlık vs. olarak karakterize eden kanuni tarifleri, yani kısaca kanunda belirlenmiş ve cezalandırılan fiilleri cezalandırılmayan fiillerden ayıran bütün şartları içerir. Bir hareket, bir suçun bütün unsurlarını gerçekleştirirse, o zaman o hareketin tipik, kanundaki tipe uygun olduğu söylenir[5].

Suçun kanuni unsuru çoğunlukla ceza kanununun *özel kısmı* ile bağlantılı olarak ele alınır[6]. Bir fiilin suç oluşturabilmesi için kanunda tarif edilmiş bir suç tipine uygun olması gerektiğinden, kanuni unsurun gerçekleşmesinden kasıt özel kısımda tek tek ele alınmış suçlardan birinin gerçekleşmiş olmasıdır. Özel kısma ilişkin bu değerlendirme yapılıp da kanuni unsurun gerçekleştiği neticesine varıldıktan sonradır ki, genel kısımda düzenlenmiş olup da her suç açısından geçerli olan hukuka aykırılık ve kusur gibi unsurlar gözden geçirilir.

Her ceza normu, varlığı fiilin cezalandırılabilmesinin şartı olan "fiil" ve "faile" ilişkin unsurları içerir.

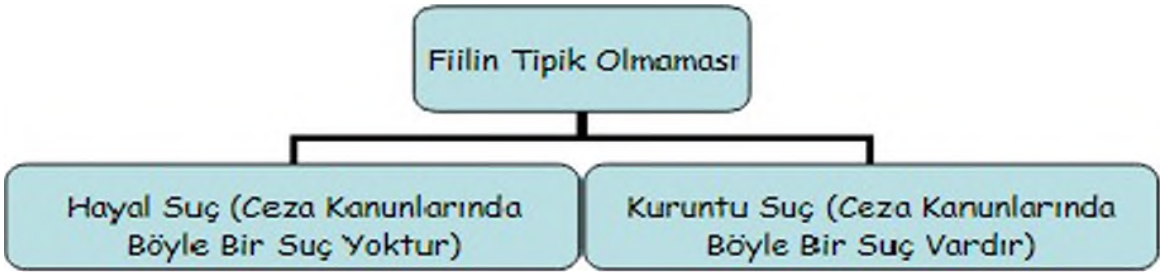
---

1 Gölcüklü, 24.
2 Richter, 8.
3 Wessels, 33.
4 Gölcüklü, 24.
5 Stralenwerth, 69, 70.
6 Baumann/Weber, 123.

İhmali suçlarda da ihmali hareketin tipik olması, başka ifadeyle, tipik bir ihmal durumu, yani failin hareketsiz kalmak durumunda olduğu bir konumun söz konusu olması gerekir. Garantörsel ihmali suçlarda tipikliğe garantörlük de dâhildir.

Tipiklik noktasında ele alındığında, suçların bazı ayrımlara tabi tutulmaları ve sistematik değerlendirmesinin yapılması mümkündür:

b. Hayal Suç ve Kuruntu Suç



Failin bir suç işlediğini sanması, buna karşılık fiilinin suç teşkil etmemesi iki olasılık dâhilinde söz konusu olabilir. İlkin, failin işlediğini sandığı suç esasen ceza kanunlarında yoktur. İkinci olarak, failin işlediğini sandığı suç, ceza kanunlarında vardır, ancak somut olayda, failin fiili tipik değildir. Şimdi bu olasılıkları ayrıntılı olarak ele alalım:

Hareketi suç olarak nitelendiren herhangi bir kaynağın olmaması, yani fiilin herhangi bir kanunda tarif edilmemiş olması, ancak kişinin bir suç tipini ihlal ettiğini sanması halinde hayal suç (mefruz-sözde suç) söz konusu olur[1]. Bu olasılıkta, aslında ortada bir suç yoktur, fiil kanunda suç olarak düzenlenmemiştir, ancak fail fiilinin suç olduğunu sanmaktadır. Söz gelimi doğum kontrol hapı alan bir bayan bunun suç olduğunu sanmakta veya iki reşit kişi eşcinsel ilişkide bulunmakta ve bunun suç olduğunu zannetmektedir. Gerçekte homoseksüel ilişkiyi cezalandıran yürürlükte olan bir norm olmadığı halde, yani tipiklik mevcut olmadığı halde, kişi, hareketinin, olmayan bir normu ihlal ettiğini zannetmektedir. Gerçekte, tipiklik olmadığına göre failin hareketinin tipi ihlal ettiğinden söz edilemez. Mevcut olmayan bir norma göre cezalandırma düşünülemez. Aynı şekilde fücur (ensest) kanunumuzda suç olarak düzenlenmemiştir[2]. Yani evlenmeleri yasak olan akrabalar arasında gerçekleşen cinsel ilişki durumunda, bu kişiler bir suç işlediklerini zannedebilirler, ancak cezalandırılabilmeleri mümkün değildir; zira bu fiili cezalandıran bir hüküm yoktur.

---

[1] Önder, II, 130.

[2] 15 yaşından küçüklerle rızayla veya rıza dışı gerçekleştirilen ensest ilişki suçtur. 6545 sayılı Kanun ile Haziran 2014'te TCK 104/2'ye eklenen şu hüküm ile de 15-18 yaş grubunun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi bakımından ensest, cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.
'Suçun mağdur ile evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikayet aranmaksızın, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.' Reşit kişilerin rızasıyla ensest ilişkiye girmesi ise suç değildir.

Buna karşılık ikinci bir olasılıkta, failin işlediğini sandığı suç esasen hukuk sisteminde vardır. Bununla beraber, her ne kadar fail o suç tipini ihlal ettiğini düşünüyorsa da somut olayda tipiklik gerçekleşmemiştir. Söz gelimi hırsızlık suçu kanunumuzda düzenlenmiştir. Bir kimse kendisine miras kalan eşyayı terekeden almasının hırsızlık olduğunu zannederek alsa burada bir yanılma söz konusu olur (*hukuki yanılma*). 18 yaşından küçük biriyle rızasıyla cinsel ilişki suçtur. 18 yaşından küçük sanarak örneğin 20 yaşında biriyle cinsel ilişkide bulunulması halinde de bir yanılma söz konusu olur (*fiili yanılma*). İşte bir suç tipinin gerçekte var olduğu, ancak kişinin hareketinin bu suç tipini ihlal etmediği halde, failin bir suç işlediği kanısında olduğu hallerde kuruntu suç söz konusu olur. Failin işlediğini sandığı suç kanunda vardır, ancak somut olayda fiil tipik değildir. Kuruntu suçun bulunması halinde nasıl davranılacağına ilişkin kanunumuzda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanuni unsurun, başka ifadeyle tipikliğin bulunmaması sebebiyle kuruntu suç cezalandırılamaz[1]. Öğretide bu takdirde işlenemez suç hükümleri tatbik edilerek failin cezalandırılmayacağı da savunulmaktadır[2]. Amerikan Hukuku'nda da bu konu, ileride teşebbüs bahsinde ele alınacak olan, "işlenemez suç" kuralları çerçevesinde çözümlenmektedir[3].

c. Fail

aa. Genel Olarak



Fail kavramının kökeni "fiil"dir. Yani fiili işleyen, fiili gerçekleştiren kimseye "fail" adı verilmektedir. Nitekim **TCK** 37/1'deki düzenlemeden suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişinin fail olarak tanımlandığı sonucunu çıkarabiliriz.

Hayvanlar ceza hukuku anlamında fail olarak değerlendirilemez. Konu hareket kısmında ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak Ortaçağ'da değişik ülkelerde, hayvanların sorumlu tutularak, yargılandıkları ve cezalandırıldıkları bir vakıadır[4].

Ülkemiz uygulamasında özellikle araçlarla işlenen suçlarda ortaya çıkan bir sorun, uygulamada daima araç sürücüsünün fail olarak kabul edilmesidir. Bu uygulama hatalıdır. Örnekle izah etmek gerekirse: Siz aracınızla yolunuzda giderken, birisi yaya olarak üstünüze üstünüze gelse ve siz yine de olası bir kötü sonuçtan kaçınmak için direksiyonu çevirseniz, sağa veya sola kaçsanız ve üzerinize gelen kişi yine de yan taraftan size çarpsa, burada ceza hukuku bakımından sorulması gereken temel soru, böyle bir olayda failin kim olduğudur. Keza örneğin yola aniden, dikkatsizce çıkan bir kimseye otomobil

---

1 Önder, II. 130, 131.
2 Koca/Üzülmez[6], 248.
3 Hukuki imkânsızlık. People v. Thousand. 2001
4 Örneğin 14 Haziran 1494'te bir domuz bir çocuğun yüzünü ısırması nedeniyle yargılanmış, şahitler dinlenilmiş ve hakim "fiilin iğrençliği ve korkunçluğu karşısında, bir örnek olması bakımından, tuluklu bulunan domuzun asılmasına" karar vermiştir. 1394 yılında da yine bir domuz kutsanmış bir gofreti yediği için asılmıştır. Bir domuz hakkındaki iddianamede ise bir çocuğun etini Cuma günü yemiş olması nedeniyle cezalandırılması istenmiştir. Brown vd., 155.

sürücüsü çarpsa ve ölümüne ya da yaralanmasına yol açsa, bu olayda fail kim olacaktır?

Bu örneklerin de gösterdiği gibi, doğrudan araç sürücüsünün fail olarak kabul edilmesi hukuka aykırıdır. Verilen örneklerde fiili gerçekleştiren kişi bizzat mağdurdur. Ceza hukuku faili böyle tanımlamaktadır. Aksi durum, bütün araç kullananları doğrudan, hiçbir şey araştırmaksızın fail olarak kabul etmekle sonuçlanır ki, bu da ceza hukukunun esaslarına, cezaların şahsiliği ilkesine, kusur ilkesine aykırı olur. Nitekim önceki kanun döneminde yayanın 6/8, sürücünün 2/8 kusurlu olduğu olaylarda sürücünün cezalandırıldığı mahkeme kararları vardır. Keza yayanın dikkatsizce yola fırlayarak, sürücünün direksiyonu kırması sonucu başka bir araca çarparak bir kimsenin ölümüne neden olması halinde de yayanın değil, sürücünün cezalandırıldığını görmekteyiz. Hâlbuki bu örneklerde, fail bizzat yayadır[1]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu önceki baskılarda savunduğum bu görüşe uygun olarak yeni bir kararında yayaların da fail olabileceğini kabul etmeyen özel daire kararını bozarak, yayaların da fail olabileceğine hükmetmiştir[2]:

---

1 Konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz., Yaşar/Gökcan/Artuç[2], C. 2, 2841 vd.

2 Özel Daire kararı, kararın karşı oy gerekçeleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının gerekçeleri şöyledir: "... Olay tarihinde sanık yayanın aniden yola çıkarak trafik kazasına sebebiyet vererek mobilet sürücüsü A...'ın taksirle ölümüne sebebiyet verdiğinden hakkında kamu davası açılmış ve yapılan yargılama sonunda sanığın mahkumiyetine karar verilmiştir.

Yayanın sebebiyet verdiği trafik kazasından dolayı sanık olup olamayacağı sorununun öncelikle çözümlenmesi gerekmektedir.

Yayanın karşıdan karşıya geçerken kendisine motorlu bir vasıtanın çarpacağı ve bu vasıtada bulunanların yaralanacağını öngörebilmesinin kabulü toplumda yaygın olan ortak düşünceye aykırıdır. Yayaların motorlu taşıt sürücülerine zarar vereceklerini, bu nedenle daha fazla basiretli davranmaları gerektiğini bildikleri ve cezalandırılmaları gerektiği kabul edilemez. İntihar etmek için kendisini hızla gelen otomobilin altına atan ve kazaya neden olan şahsın amacı, kendi yaşamına son vermek olup sürücünün yaralanabileceğini de önceden görebileceği söylenemez. Bu nedenle taksirin 'neticenin öngörülebilmesi' unsuru bu gibi olaylarda gerçekleşmemiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 46-67. maddelerinde sürücülerin uyacakları kurallar, 68-70. maddelerde ise yayalar, hayvanla çekilen veya elle sürülen araçlarla hayvan sürücülerinin ve yarışlar hakkında kurallar düzenlenmiştir. Yayalarla ilgili düzenlemelerde uyacakları kurallar belirtilmiş, ışıklı işaret veya yetkili kişilerin bulunmadığı geçitlerde veya kavşaklarda güvenlikleri açısından araçların uzaklık ve hızını göz önüne almaları, yolu kontrol ederek kendi güvenliklerini sağladıktan sonra en kısa zamanda taşıt yolunu geçebilecekleri hükme bağlanmıştır. Belirtilen kurallara uymayanlar hakkında ise idari para cezasına hükmolunacaktır. Kanun koyucu tarafından da yayanın kendi can güvenliğini sağlaması için bir takım kurallar konulmuş, trafik kazaları ile ilgili 81. madde ve devamı maddelerinde sadece sürücülerden bahsedilmiş, yayaların motorlu taşıt sürücülerine veya başkalarına verebilecekleri zararlardan dolayı cezai sorumlukları yönüne gidilmemiştir. Ayrıca ister kasdi, isterse taksirli olsun, bir fiilin cezalandırılabilmesi için uygunluk, elverişlilik, yeterlilik koşulları gerçekleşmelidir. Bir yayanın motorlu taşıt vasıtasına çarpmasında bu koşulların gerçekleştiği öne sürülemez. Örneğin, bir yayanın otobüse çarpması halinde meydana gelen kazada otobüs içindekilerin ölmesinde veya yaralanmasında, aranılan bu yeterlilik, elverişlilik ve uygunluk koşulları yoktur. Bu nedenle trafik kazasına karışan yayanın TCK'nun 85 veya 89. maddeleri gereğince cezalandırılması ceza hukukunun vurgulanan bu temel kriterlerine aykırıdır.

Bir olayda hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluk farklı olup taksirli cezai sorumluluk daha dar olarak düzenlenmiş ve bunun çerçevesi TCK'nun 22. maddesinde çizilmiştir. Trafik kazasında yayanın hukuki sorumluluğunun bulunması cezai yönden de sorumlu olmasını gerektirmez. Yayanın kusurlu olması, yeni Türk Ceza Kanunu uygulamasında sürücünün cezasının belirlenmesinde ve hakkında lehe hükümlerin uygulanmasında nazara alınıp adaletli bir cezalandırma sağlanmaya çalışılmaktadır.

Yayaların kusurlu olmaları tazmini sorumluluğu gerektirir. Meydana gelen kazadan dolayı cezai sorumluluğun var olduğu kabul edilemez.
Bununla beraber Ceza Genel Kurulunun 21.10.1997 gün ve 1997/2-99-202 sayılı kararında sürücüler yanında yayaların da sanık olabileceğini kabul eden tek bir kararı bulunsa da, Ceza Genel Kurulunun gerek bu karardan önce ve gerekse bu karardan sonraki kararları ile ceza dairelerinin istikrarlı uygulamaları yayaların kusurlu davranışları ile birlikte trafik kazasına sebebiyet vermeleri durumunda sadece sürücüler hakkında kamu davası açılmakta ve sanık olarak bunlar gösterilmektedirler.
Her ne kadar Adli Tıp Kurumu Başkanlığı yaya M... 'nin olayda asli kusurlu olduğunu belirtse bile tüm açıklanan bu nedenlerden dolayı sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi...
Daire Üyeleri G. Yalvaç ve A. Yağcı;
Daire çoğunluğunu sanığın cezalandırılamayacağı sonucuna götüren nedenler kararda ayrıntılı olarak izah edilmekle birlikte
a) Yayalar açısından öngörme unsurunun gerçekleşmeyeceği,
b) Yayaların cezalandırılmasının ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olacağı,
c) Bu güne kadarki uygulamaların da bu şekilde olduğu
Şeklinde özetlenebilir.
Taksirli öldürme suçları gerek 765 gerekse 5237 sayılı TCK'da açıkça düzenlenip yaptırıma bağlanmıştır. Fail yaya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle geçmemesi gereken bir yerden geçmiştir. Failin bu davranışı hem ortak tecrübe kurallarına hem de pozitif hukuk kurallarına aykırıdır. Zira fail yoldan karşıdan karşıya geçerken Trafik Kanununun 68 ve Yönetmeliğin 138. maddelerine açıkça aykırı davranmıştır. Fail hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir. Yola başkası tarafından itilmiş veya yola çıkmak için zorlanmış değildir. Akan bir trafiğe yayanın kendisini atması halinde, bu hareketin trafikte tehlike veya zararlı bir sonuca yol açacağı, makul orta zekâdaki her insan tarafından kabul edilebilecek bir durumdur. Şüphesiz ki doğan sonuç fail tarafından istenmiş değildir, zaten istenmiş olsaydı, taksirden dolayı değil kasten sorumluluğu söz konusu olacaktı. Yayanın hareketi ile doğan sonuç arasında da illiyet bağı bulunmakta, dolayısıyla failin taksirli suçtan cezalandırılması için yasanın aradığı tüm koşullar gerçekleşmiştir.
Ancak burada, taksirli davranışta bulunanın bu davranışı nedeniyle yalnızca kendisinin zarar görmesi hali ile somut olaydaki durum karıştırılmamalıdır. Yerleşik uygulamada, yayalar hakkında davanın açılmaması, fiilin sonucunda yayaların kendilerinin zarar görmesinden kaynaklanmaktadır, yoksa yasada yayaların bu suçun faili olamayacağında veya yayanın davranışlarının taksiri oluşturmayacağından değildir. Zira mevcut yasamızda, taksirli suçlarda faillik açısından hiçbir sınırlama bulunmamaktadır. Elbette kişi intihar etmek için yola atlar ve sonuç gerçekleşirse, meydana gelen sonuçtan yalnızca kendisi zarar gördüğünden bu eylemden dolayı cezalandırılamayacaktır. Peki, bu eylemden yaya değil de, başkaları zarar görürse yine de yayanın cezalandırılamayacağını söyleyebilecek miyiz? Kaldı ki, taksirli suçlardan cezalandırılabilmek için mutlaka sürücü olmaya da gerek bulunmamaktadır. Aracını yol kenarına usulsüz bırakıp da giden kişi bu eyleminden zararlı bir sonuç doğduğunda cezalandırılmamakta mıdır? Sürüyü yoldan geçiren çoban, bu eylemi nedeniyle bir zarara yol açmışsa cezalandırılmamakta mıdır?
Karayolları Trafik Kanununun 3. maddesi ile 'Trafik' kavramının yayaların, hayvanların ve araçların karayolları üzerindeki hal ve hareketleriyle açıklandığı, sanığın kusurunun tespitinde bu kanunun belirleyici olduğu ve ceza kanunlarının sadece araç-alet kullananları değil 'kusuru' cezalandırdığı da dikkate alındığında sanığın eyleminin karşılıksız kalması da yasa koyucunun amacına ve toplumsal adalete aykırı düşecektir.
Sanık meydana gelen ölüm olayında asli kusurludur, meydana gelen sonuç öngörülebilir bir sonuç olup, fiil ile sonuç arasında da illiyet bağı bulunmaktadır' görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 07.02.2012 gün ve 108714 sayı ile;
'Sanık olay günü yaya geçidi olmayan mahalde seyir halinde olan araçların geçişini beklemeden refuj aralığından sol şerit içerisine geçmek suretiyle yola çıkmış, oluşa uygun Adli Tıp Kurumu Başkanlığının raporuna göre asli kusurla araç sürücüsünün kaza yapmasına ve ölümüne neden olmuştur.
5237 sayılı TCK uyarınca kanunda ancak taksirle işlenebileceği kabul edilen suçlarda eylemin cezalandırılabileceği, TCK'nun İkinci Kısım, Birinci Bölümünde yer alan hayata karşı suçların kasten veya taksirle işlenebileceği, böylelikle suçun tipiklik unsurunun varlığı ortadadır.
Eylemin kabahat olarak da yaptırıma bağlanması onun TCK kapsamında suç olmasına engel teşkil etmeyecek, tek eylemin bu şekilde varlığı halinde TCK'nun 44. maddesinin tatbiki ile sorunun çözümüne gidilmesi gerekecektir.

"Sanığın taksirle bir kişinin ölümüne neden olmak suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire Çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; bir kişinin ölümü ile sonuçlanan trafik kazasında, asli kusurlu olduğu tespit edilen sanığın yaya olması ve herhangi bir trafik aracını kullanmaması nedeniyle, taksirle ölüme neden olma suçundan cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Ne Karayolları Trafik Kanunu ne de Karayolları Trafik Yönetmeliğinin münhasıran taşıtlara özgülenen kurallardan ibaret olduğu söylenemeyecektir. Zira kanunda bizzat "yayaların, hayvanların ve araçların karayolları üzerindeki hal ve hareketleri" olarak tanımlanan trafiğin tüm unsurlarının sorumlulukları ile ilgili düzenlemeler ayrıntılı bir şekilde öngörülmüştür. Belirtilen kanun ve yönetmeliğin amacı, karayollarında can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemek olduğundan, bu hükümler sadece yayaların güvenliği için değil, tüm trafik güvenliğini ve düzenini sağlamak için kabul edilmiştir. Yayaların karşıdan karşıya nereden ve nasıl geçecekleri, karayollarında nasıl hareket edecekleri, ilk geçiş hakkının kime ait olduğu gibi hususlar kanuni düzenleme ile açıklanmak suretiyle yayalar da dahil olmak üzere herkesin uymakla yükümlü olduğu hükümler oluşturulmuştur. Bu kapsamda, trafikte kazaya karışmış olan kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğundan söz edilebilmesi için karayolu trafiği için belirlenmiş olan bu kurallardan en az birini ihlal etmiş olması gerekmektedir.

Diğer taraftan, 5237 sayılı TCK'nun "Taksirle öldürme" başlıklı 85 ve "Taksirle yaralama" başlıklı 89. maddelerindeki hükümler, münhasıran nakil vasıtaları ile işlenen ya da araç sürücüleri tarafından gerçekleştirilen eylemler için kabul edilmediğinden fail herkes olabilecektir. Nitekim 85. maddede; "Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi...", 89. maddede ise; "Taksirle başkasının ... neden olan kişi" denmek suretiyle, bu suçun herkes tarafından işlenebileceği kabul edilmiş ve failin herkes olabileceği ortaya konulmuştur. Bu hükümlerde belirli niteliklere sahip faile özgülenmiş suç tipi düzenlenmediğinden, bahse konu suçların münhasıran nakil vasıtaları ile işlenebileceği ya da sadece araç sürücülerinin gerçekleştirdiği eylemlerin taksirle yaralama ya da öldürme suçlarını oluşturacağı ileri sürülemeyecek, kategorik şekilde yayaların bu suçların sanığı olamayacaklarına ilişkin ön kabul de isabetli olmayacaktır.

Kendileri için öngörülen trafik kurallarına uymamak suretiyle kusurlu hareket eden yayalar çoğunlukla bizatihi suçtan zarar görmüş oldukları için, örneğin kusurlu olan yayanın hareketi sonucunda kendi ölümü gerçekleştiği ya da ağır şekilde yaralandığı için yayaların sanık olarak yargılandığı uygulamaların sayıca az olduğu görülmektedir. Ancak bu durum, kusurlu hareket eden ve davranışı sonucunda başkalarının zararına neden olan yayanın tak-

---

Sanık yaya asli kusurla trafik düzenine aykırı davranmış olup, eylemde "işi gereği gibi yapmama, eksik ve kusurlu davranma" haliyle taksirin unsuru gerçekleşmiştir. Yayanın doğabilecek neticeyi öngörmesi beklenebilir nitelikte olduğundan sorumlu olacağında kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca sanığı sorumluluktan kurtaracak üçüncü kişi veya mağdurun, hareket ve netice arasındaki illiyet bağını tamamen kesecek nitelikte kusurlu davranışı yoktur. Bu durumda sanığın neticeye etkili ortak kusuru bulunduğu, cezai yönden sorumluluğu da söz konusu olacağından, bozma ilamının bu kısmı yerinde görülmemiştir".

sirle öldürme ya da taksirle yaralama suçlarından sanık olamayacağı anlamına gelmemektedir. Sürücü ya da yayanın, kurallara aykırı hareket ettiğinde bir trafik kazasının meydana gelebileceğini tahmin etme imkanının bulunduğu hallerde öngörülebilirlik şartının gerçekleştiği ve buna bağlı olarak kişinin taksirli hareketinden dolayı sorumlu olması gerektiği kabul edilmelidir.

Nitekim 5237 sayılı TCK'nun 22. maddesinin gerekçesinde de açıkça; "...bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir..." denilmek suretiyle meydana gelen trafik kazalarında yayaların da taksirle hareket edebilecekleri belirtilmiştir.

Kaldı ki, taksirli suçlarda öngörülebilir sonucun tüm detaylarının öngörülmesi ya da öngörülebilir olması da şart değildir, yayanın trafik kurallarını ihlal etmek suretiyle aniden yola çıkması halinde bir aracın ona çarpabileceği ya da çarpmamak için direksiyonu kırması nedeniyle trafik düzeninin bozulabileceği, böylelikle de başkalarının hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik olarak yaralanma ya da ölüm olayının gerçekleşebileceği herkes için öngörülebilir bir durumdur. Gerçekleşen neticenin bütün ayrıntı ve inceliklerinin tahmin edilebilir olmasına gerek bulunmayıp, sonucun genel olarak öngörülebilir olması taksirin varlığı için yeterlidir. Bunun yanında yayaların zarara uğrama ihtimalinin daha yüksek olması, araç yoluna kontrolsüz giren yayanın başkalarına zarar vermek suretiyle tehlikeye neden olacağının öngörülebilir olması gerçeğini değiştirmeyecektir.

Benzer uyuşmazlık, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Ceza Genel Kurulu kararlarına konu olmuş, 13.12.1993 gün 221-317 sayılı kararda taksirle ölüme ya da yaralanmaya neden olma suçlarında taksirin önceden öngörülebilir olma şartı gerçekleşmediğinden yayaların ceza sorumluluklarının bulunmadığı kabul edilmişken, 21.10.1997 gün ve 99-202 sayılı kararda ise yayaların ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilerek önceki karardan dönülmüştür.

Öte yandan, yayaların trafik kurallarına uymamaları nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılmalarının hüküm altına alınmış olması, TCK'nun 85 veya 89. maddeleri ile cezalandırılmalarına engel teşkil etmemektedir. Trafik kurallarına uymama nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılabilir olma durumu araç sürücüleri için de söz konusu olduğundan bu hususun cezai sorumluluk ile karıştırılmaması gerekir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Suç tarihinde sanığın seyir halinde olan araçların geçişini beklemeden sol taraf orta refüj aralığından yola inip sol şerite geçmek suretiyle motosiklet sürücüsü A...'ın kendisine çarpmasına ve meydana gelen kaza sonucu ölümüne neden olduğu olayda, yolun karşı tarafına geçmeden önce seyir halinde olan araçları dikkate alma ve geçiş için emniyetli ortamın oluşmasını taşıt yolunun dışında bekleme yükümlülüğü olduğu halde, bu yükümlülüğe uymayarak ve böylece kendisi için öngörülmüş trafik kurallarını ihlal etmek suretiyle yola çıkan sanık, bu davranışı ile bir kazaya sebep olacağını, bir aracın kendisine çarpabileceği gibi, çarpmamak için direksiyonu kırmak sure-

tiyle seyir düzenini bozup başka bir yaya veya araca da çarpabileceğini, böylece kendisi dışındaki kişilerin yaralanma veya ölüm sonucunun meydana gelme ihtimalini düşünüp bu konuda gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekirken söz konusu yükümlülüğe uymamış, böylelikle trafiğin tüm unsurlarının sorumlulukları ile ilgili düzenlemeler öngören ve hem yayaların hem sürücülerin can güvenliklerini koruma amacı güden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle ortak hayat tecrübesine göre öngörülebilir ölüm neticesini öngörmeden hareket etmiştir.

Sanığın yola inme hareketinin iradi olması ve fakat meydana gelen ölüm neticesinin iradi olmaması, hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması, olayın oluş şekline göre öngörülebilir olmasına rağmen sanık tarafından ölüm neticesinin öngörülememiş olması ve Türk Ceza Kanununda öldürme suçunun taksirle de işlenebileceğinin hüküm altına alınmış bulunmasına göre, somut olayda, 5237 sayılı TCK'nun 22. maddesi uyarınca taksirin şartları ve 85. maddesi uyarınca taksirle ölüme neden olma suçunun unsurları gerçekleşmiş olduğundan yaya olan asli kusurlu sanığın hukuki sorumluluğunun yanında cezai sorumluluğunun da mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Bu nedenle, yerel mahkemece sanığın taksirle ölüme neden olma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi usul ve kanuna uygun olup, bir kişinin ölümü ile sonuçlanan trafik kazasında, asli kusurlu olduğu tespit edilen sanığın yaya olması ve herhangi bir trafik aracını kullanmaması nedeniyle, taksirle ölüme neden olma suçundan ceza sorumluluğu bulunmadığından bahisle hükmün bozulmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetsizdir"[1].

Suçun faili sadece gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler adına işlenen suçlarda da suçu işleyen bir gerçek kişi vardır. Tüzel kişiler fail olamaz[2]. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu yoktur. Bununla beraber aşağıda yaptırım kısmında ele alınacağı üzere, özel hukuk tüzel kişilerinin güvenlik tedbiri sorumluluğu vardır. Keza Kabahatler Kanunu 43/A[3] maddesi çerçevesinde, belirli suçlarla ilgili olarak özel hukuk tüzel kişilerinin idari yaptırım sorumluluğu da bulunmaktadır.

---

[1] CGK. 18.02.2014, 12-10/80; aynı yönde CGK. 09.02.2016, 12-67/45; Ayrıca İkrş. 12.CD. 17.12.2014, 1130/25833: "Ancak yayanın sorumluluğu belirlenirken hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluğunun sınırları birbirine karıştırılmamalı, yayaya kusur izafe edilen her olayda cezai sorumluluğu cihetine gidilmemeli, yayanın cezai yönden sorumluluğu belirlenirken, taksirli suçların diğer unsurları yanında özellikle, sonuç üzerinde yayanın etkin bir davranışının bulunup bulunmadığı, bu davranışının sonucun doğmasına veya ağırlaşmasına etkisi değerlendirilmelidir. Yayanın sonuç üzerinde etkin bir davranışının bulunmadığı hallerde ise kusurlu olduğu saptansa dahi cezai sorumluluğuna gidilmemelidir".

[2] A.g. Soyaslan, 223.

[3] "Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından:
a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun;
1) 157 nci ve 158 inci maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun,
2) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun,
3) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun,
4) 252 nci maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun,
5) 282 nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun.
b) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçunun,
c) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarının,

bb. Mahsus (Özgü) Suçlar

Herkes tarafından işlenmesi mümkün olmayan, ancak belirli bir sıfata veya niteliğe sahip kimseler tarafından işlenebilen suçlara *mahsus suçlar* adı verilmektedir. Bu tip bir suçu işleyebilmek için bazı doğal veya hukuki niteliklerin bulunması gerekir. Doğal niteliğe örnek olarak cinsiyet gösterilebilir. Çocuk düşürme suçunun faili ancak bir kadın olabilir. Hukuki niteliğe örnek olarak da vatandaşlık ve kamu görevlisi olma gösterilebilir. Bazı suçları ancak vatandaşlar (bazı seçim suçları gibi), bazılarını da ancak kamu görevlileri işleyebilir (rüşvet gibi)[1]. Kanunumuzun 292. maddesinde düzenlenmiş olan hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu da özgü suçtur, zira ancak hükümlü veya tutuklular tarafından işlenebilir. Keza TCK 230/1'de düzenlenen "birden fazla evlilik" suçu da ancak evliler tarafından işlenebilir.

İşkence suçu (TCK 94) kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir suç iken (özgü suç), eziyet suçu (TCK 96) herkes tarafından işlenebilir.

cc. Bizzat İşlenebilen Suçlar

Suç tipinin ancak bizzat fail tarafından işlenebildiği suçlara "bizzat işlenebilen suçlar" adı verilmektedir. Örneğin yalan yere yemin suçunu bir başkası işleyemez. Yine alkollü araç kullanma suçunu ancak sarhoş olarak araç kullanan kişi işleyebilir. Onun yanında seyahat eden kişi bu suçun faili olamaz. Bunun sonucu olarak, bu suçlar bakımından müşterek faillik ve dolaylı faillik söz konusu olamaz. Sadece bu suçlara azmettirme veya yardım etme mümkündür[2].

d. Mağdur

OLAY:

ANNE VE BABASI ÖLMÜŞ OLAN (A)'NIN VASİSİ VE AMCASI B, İDARESİ KENDİSİNE VERİLMİŞ OLAN A'YA AİT MİRASTAN KİŞİSEL HARCAMALAR YAPMAKTADIR. B, MİRASA KONABİLMEK İÇİN A'YI ÖLDÜRMEK İSTER. B; BU AMAÇLA D, E VE F İLE ANLAŞIR. B; AYRICA A'NIN DAYISI C'Yİ, MİRASI PAYLAŞACAKLARINI SÖYLEYEREK PUSU KURULACAK YERE A'YI GÖTÜRMESİ KONUSUNDA İKNA EDER. C, A'YI PUSU YERİNE GETİRİR. D GÖZCÜLÜK YAPARKEN; E VE F, A'NIN ÜZERİNE ATEŞ EDERLER. KURŞUNLAR A'YA İSABET ETMEZSE DE HENÜZ PUSU YERİNDEN AYRILMAMIŞ OLAN C YARALANIR VE SOL GÖZÜ KÖR OLUR.

Mağdur, suçun zarar verdiği değerin sahibi, başka ifadeyle, suçun maddi konusunun ait olduğu kişidir[3].

ç) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suçun,

d) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun,

tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

1 Donmezer/Erman, II, 424, 425.

2 Heinrich (Ed. Ünver), 98, 99.

3 Soyaslan, 224; Artuk/Gokcen/Yenidünya³, 444.

Mağdur dışında suçtan zarar gören kavramı üzerinde de durmak gerekir. Mağdur ve suçtan zarar gören zaman zaman farklı kişiler olabilir. Nitekim CMK 253/7'de bu iki kavram aynı hüküm içinde kullanılmıştır[1].

Çoğu suçta mağdur ile suçtan zarar gören aynı kişidir. Örneğin, hırsızlık suçunda suçun mağduru, malı çalınan kişidir. Bu kimse aynı zamanda suçtan zarar görendir. Buna karşılık bazı suçlarda suçtan zarar gören ile mağdur kavramının birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Örneğin, insan öldürme suçunda mağdur, maktul iken; suçtan zarar gören, maktulün mirasçılarıdır. Böylece, bir suçun maddi konusuna sahip olmasa bile, dolaylı olarak suçtan mağdur olan kimselere suçtan zarar gören adını vermekteyiz.

Mağdur sadece gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler, devlet vb. sadece suçtan zarar gören olabilir[2].

Kanunda zaman zaman mağdur için çoğul ifadelerin kullanıldığı görülse de, bu ifadeler mağdurun birden fazla olmasını gerektirmeyebilmektedir. Örneğin **TCK** 123'ün başlığında "kişilerin huzur ve sükununu bozma", **TCK** 103'ün başlığında "çocukların cinsel istismarı" ve **TCK** 261'in başlığında "kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf" ifadeleri kullanılmaktadır. Oysa bu düzenlemelerde kastedilen mağdur, tek kişidir[3].

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir kimse bir suçta hem fail hem mağdur olamaz. Dolayısıyla bir kimsenin kendini öldürmesi veya kendine hakaret etmesi suç değildir. Keza, bazı suçların doğrudan mağduru olmayabilir. Örneğin uyuşturucu madde kullanma gibi. Esasen bu suçlarda da fail ile mağdur aynı kişidir. Ancak bu tür suçlarda mağdurun toplum olduğu kabul edildiğinden, fail yine de cezalandırılmaktadır[4].

Bir kimse, mağduru olduğu suça iştirak nedeniyle sorumlu tutulamaz. 19. Yüzyılda, 16 yaşından küçük bir kız hakkında, kendisiyle cinsel ilişkiye giren kimsenin suç oluşturan bu eylemine azmettirdiği ve yardım ettiği gerekçesiyle dava açılmış, ancak mahkeme, bu yaştaki kızları cinsel ilişkiden korumaya yönelik bir suç tipi nedeniyle kızın iştirakten cezalandırılamayacağına karar vermiştir[5].

> Avustralya'da kişinin mağduru olduğu suça iştirakten sorumlu tutulmamasına ilişkin bir kanun önerisi yapılmıştır (NSWLRC 2010, Chapter 3, 3.1 (7)):
>
> *Bir kişi, o suçun kendi yararı veya onun korunması için sevk edildiği hallerde, o suça yardım veya teşvikten sorumlu tutulamaz.*

Bununla beraber, kendi lehine verilen bir mahkeme kararının ihlaline yardım gibi hallerde, kişinin de bu suça iştirakten sorumlu tutulmasını öngören mahkeme kararları vardır. Örneğin Avustralya'da ülkemizde olduğu gibi aile içi şiddet nedeniyle mahkeme kara-

---

[1] Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

[2] Ünver, Hukuksal Değer, 141.

[3] Gülşen, Recep, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu.

[4] Krş. "Sanığın 3. bir kişiye değil de kendisine ait olan mala zarar vermesi halinde koşulları da varsa 5237 sayılı TCY'nın 170. maddesinde düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun oluşacağı..." 6. CD. 05.03.2009, 4563.

[5] Tyrell (1894) 1 QB 710.

rıyla tedbir uygulaması vardır. Bu mahkeme kararında öngörülen tedbirlerin ihlali suçtur. Bir olayda, tedbir kararı verilen kimsenin bu tedbiri ihlal etmesine yardım ettiği gerekçesiyle, lehine tedbir uygulanan kimse de cezalandırılmıştır[1].

Konunun başında verilen olay bakımından, B, D, E, F, C'den, C'ye yönelik kasten öldürmeye teşebbüs söz konusudur. Ancak bir kimse hem fail hem mağdur olamayacağından, fail olarak sadece B, D, E ve F sorumlu olacaktır. C kendisine yönelik eylemden dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulamayacaktır.

(Belirtmek gerekir ki, burada failler kasten hareket ettiğinden, kasten bir insanı öldürmek veya yaralamak istediğinden, sonuçta da bir insan öldüğünden veya yaralandığından, taksirinden bahsetmek mümkün olmaz. Ayrıca doğrudan bir kimsenin ölümünü istediklerinden, doğrudan kast vardır)

e. Suçun Konusu

Yeri gelmişken suçun konusu kavramı üzerinde de durmakta yarar görüyorum. Suçun konusu, "hareketin yöneldiği kişi ya da şey"dir[2]. İnsan öldürme suçunda mağdur ile suçun konusu aynıdır. Ancak çoğu suçta suçun konusu ile mağdur birbirinden farklıdır. Örneğin hırsızlık suçunda suçun konusu çalınan eşya iken, mağduru çalınan eşyanın sahibidir.

f. Suçun Basit (Temel) Şekli, Basit Suç Tipinden Türeyen Suçlar

aa. Suçun Basit (Temel) Şekli

Cezaya müstehak haksızlığın oluşması için varlığı zorunlu olan temel unsurları taşıyan suç tipi, o suçun basit, temel şeklini oluşturmaktadır[3].

Bir suçu meşru bir fiilden veya başka bir suçtan ayırmaya yarayan hususlar suçun nitelikli halini değil, basit şeklini, başka ifadeyle suçun unsurunu oluşturur[4].

Ceza normlarının tespitinde temel ve çıkış noktası korunan hukuki yararlardır. Ceza kanununun özel kısmının sistematiği ceza normlarını sınıflandırma açısından kullanılan bu prensibe dayanmaktadır[5]. Gerçekten de "ceza kanunlarında tespit edilen ve birbiri yanında bir düzenlemeye tabi tutulan suç

1 Keane (1997) 95 A Crim R 593.
2 Artuk/Gökcen/Yenidünya[3], 441.
3 Koca/Üzülmez[2], 174.
4 Toroslu, 2010, 246.
5 Wessels, 29.

tiplerinde, bu düzenleme gelişigüzel yapılmaz. Hareketin yönelik olduğu konu esas alınarak bir düzenleme gerçekleştirilir ve korunmak istenilen yararlann önce basit şekli esas alınır". Oluşturulan bu suç tipine "suçun basit –temel- şekli" adını vermekteyiz[1]. Mesela hırsızlık suçlarında, bu suçun basit şekli **TCK** 141/1'deki "*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan...*" cezalandırılır şeklindeki hükümdür. Kasten öldürme suçunda suçun basit tipi **TCK** 81'de "*bir insanı kasten öldüren kişi*" cezalandırılır şeklidir.

bb. Türeyen Suçlar (Nitelikli Haller)



Kanunumuz genel hükümler kısmında "*bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri*"nden (md. 6/1-h; 43/1) veya "*bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri*"nden (md. 30/2; 61/4; ayrıca bkz. 66/3) ve keza "*kanuni ağırlaştırıcı neden*", "*kanuni hafifletici neden*" (md. 15) yahut "*ağırlaştırıcı neden*"lerden (md. 42/1) bahsetmekte; özel hükümler kısmında da 82., 137. ve 152. madde başlıklarında "*nitelikli hal*" terimlerini kullanmaktadır. Kanunda bu şekilde ifade edilen bütün bu hallere öğretide "türeyen suçlar" adı verilmektedir.

Kanun koyucu suçun basit şekline ilave ettiği bazı hallerle, bu suçtan aynı nitelikte daha başka suç tipleri türetebilir. Mesela **TCK** 81'de düzenlenen kasten öldürme suçunun basit şekline **TCK** 82'de, yapılan fiilin "tasarlayarak" gerçekleştirilmiş olması ilave edilerek, kasten öldürme suçunun ağırlaşmış şekli oluşturulmuştur. "Hukukumuzda basit suça ilave edilen ve basit suçtan türetilen suçun bu şekline "*suça etkili olan haller*" (suça tesir eden sebepler) denilmektedir"[2]. Kanunumuz ise bu durumlar için **nitelikli haller** deyimini kullanmaktadır.

Nitelikli haller, "suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara *eklenen* ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da temel cezanın arttırılıp indirilmesini gerektiren fakat bulunmamaları halinde *suçun varlığına zarar vermeyen* ve bulundukları zaman da suçun hukuki vasfının değişmesine yol açmayan sebeplerdir"[3]. Suçun nitelikli hallerinde, suçun basit şeklinde mevcut tüm unsurların yanı sıra, en

[1] Önder, II, 70.
[2] Önder, II, 70.
[3] Donmezer/Erman, II, 339.

azından bir tane de özel unsur bulunmaktadır[1]. Nitelikli haller cezanın artırılmasını veya hafifletilmesini sonuçlar.

Suçun basit şekline yapılan ilavelerle oluşturulan suç tipinde suçun basit şeklinin hukuki niteliği yine de egemendir. Yapılan eklerle suçun basit şekli genişletilmekte ve fakat suçun basit şeklinden türetilen suç tiplerinde, basit şeklin bütün unsurları bulunmaktadır. "Suçun basit şekli ve bundan türeyen suç tipinde suçun ihdası ile korunmak istenen yarar ve bu iki suçun objektif unsurları aynıdır. İkisi arasındaki fark, türeyen suç tipi, çeşitli şekillerde yapılan ilavelerle elde edilen suç tipidir"[2].

Böylece suçun basit şekline yapılan ve değişik sebeplere dayanan bu ilaveler, suçun basit şeklindeki haksızlığın yoğunluğuna etkili olarak, "suçun basit şeklinden ya daha ağır veya daha hafif olarak ortaya çıkmasına sebep olur. Bu ayrıma suça etkili hafifletici sebepler veya suça etkili ağırlatıcı sebepler denilmektedir. Suçun basit şekline yapılan bu ilaveler, suçun basit şeklini daha hafif veya daha ağır suç niteliğine büründürdüğü için, cezaları da basit suçun cezasından daha ağır veya daha hafif olur" (Örn: **TCK** 86, 86/2, 88/1)[3].

"Suçun basit şeklinden türetilen suç tipi ve bu şekilde suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını gerektiren haller değişik sebeplere dayanır. Suçun faili göz önünde bulundurulabilir; mesela, adam öldürme suçunda failin üstsoy veya altsoy olması gibi (**TCK** 82/1-d). Suçun konusuna ait olabilir; mesela, çalınan eşya bir afet veya genel bir felâketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanmış olabilir (**TCK** 142/1-d); fiilin işlendiği yer ve zamana göre basitten ağıra yönelik suçlar türetilebilir; mesela, fiilin gece vakti olması (**TCK** 143); hareketin objektif olarak gerçekleştiriliş biçimi; mesela, alenen işlenmiş olması gibi (**TCK** 125/4); kullanılan araç da aynı şekilde etkili olabilmektedir; mesela, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi (**TCK** 86/3-e) gibi"[4]. Ceza kanunumuzda en çok yer verilen nitelikli haller, daha çok fiilin işleniş şeklinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, fiilin cebir veya tehdit kullanarak, birden fazla kişi ile birlikte, vücuda organ veya sair bir cisim sokulmak suretiyle işlenmesi gibi[5].

Bazen düzenleniş yeri itibarıyla suçun basit haline nazaran ağırlaşmış hali hükme bağlanmış gibi gözüken bazı durumların aslında müstakil bir suç tipi olarak kanunda yer aldıkları da gözlenmektedir. Örneğin, **TCK** 102/2'de "cinsel saldırı" başlığı altında cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmiş olması hali düzenlenmiştir. Şüphesiz, buradaki düzenleme madde başlığı ne olursa olsun, aslında müstakil bir cinsel saldırı suçudur[6]. Bu itibarla, cinsel saldırının bu şeklinde, doğrudan bu hüküm uygulanacaktır.

---

1 Koca/Üzülmez, 175.
2 Önder, II. 70, 71
3 Önder, II. 72.
4 Önder, II. 71.
5 Koca/Üzülmez, 156
6 Doktrinde aksi görüş de savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için ceza hukuku özel hükümler kitaplarına bakılmalıdır.

Kanunumuz, göçmen kaçakçılığı, organ veya doku ticareti, tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, fuhuş, dilencilik, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama gibi suçların *örgüt faaliyeti altında* işlenmesini cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlemiştir.

Bu noktada, **cezanın ağırlaştırılmasını sonuçlayan nitelikli haller** ile **netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar** arasındaki *farka* dikkat çekmek gerekir. Cezayı artıran nitelikli hallerden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için failin bu hallere yönelik kastının bulunması gerekir. Başka ifadeyle, cezayı artıran nitelikli hali bilmesi ve istemesi gerekir. Örneğin, silahın cezayı artıran nitelikli hal olduğu durumlarda, failin silah kullanmayı bilmesi ve istemesi gerekir. Buna karşılık netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda meydana gelen daha ağır veya başka neticeden sorumluluk bakımından failin bu neticeyi kast etmesi şart değildir. Fail, bu neticeler bakımından taksirle hareket etmesi halinde bile belli şartlar altında bu neticeden sorumlu tutulabilmektedir (TCK 23)[1]. *İkinci fark*, netice sebebiyle ağırlaşmış suçların suçun basit şekline eklenen özelliklerle oluşmaması, nitelikli hallere nazaran daha müstakil bir özellik arz etmesi ve meydana gelen neticenin farklılığı veya ağırlığı ile ilgili olmasıdır[2].

Yeni kanunumuz cezayı artıran nitelikli hallere geniş ölçüde yer vermiş, buna karşılık birçok suç bakımından cezayı azaltan nitelikli haller düzenlenmemiştir.

Belirtmek gerekir ki, kanunda öngörülen bir nitelikli halin uygulanabilmesi için, nedensellik bağı bulunmalıdır. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun silahla işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli haldir. Bir kimsenin elinde silah ile açık bulunan kapıdan konuta girmesi halinde bu nitelikli hal uygulanamaz; zira suçun işleniş şekli ile nitelikli hal arasında bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Kişinin sadece silahlı olması bu bakımdan yeterli değildir, zira kanunumuz konut dokunulmazlığını ihlal eyleminin "silah ile" gerçekleştirilmesini aramaktadır[3].

g. Kanuni Unsur (Tipiklik) ve Hukuka Aykırılık İlişkisi

Tipikliğin gerçekleşmesi demek fiilin de *aynı zamanda ve mutlak* olarak hukuka aykırı olduğunu göstermez[4]. Tipiklik sadece ceza hukuku bakımından yapılan bir değerlendirmedir. Buna karşılık, hukuka aykırılıkta bütün hukuk düzeni açısından bir değerlendirme yapılır.

Tipiklik ihlal edildiği hallerde otomatik olarak hukuka aykırılık da vardır denilemeyeceğinden, bu konuya ilişkin değişik olasılıklar üzerinde durulmak gerekir[5]:

---

1 Yıldız, 45.
2 Koca/Üzülmez, 157.
3 Krş. 4. CD. 20.09.1994, 6822; CGK. 05.02.1990, 11.
4 Wessels, 33.
5 Önder, II, 46.

İlkin tipiklik mevcut olduğu halde, hukuka aykırılık bulunmayabilir (meşru müdafaa halinde adam öldürme örneğinde olduğu gibi).

İkinci olarak tipiklik mevcut olmadığı halde, hukuka aykırılık bulunabilir (fiilin medeni hukuk manasında bir haksız fiil olması, ancak suç teşkil etmemesi gibi).

Son olarak da hem tipiklik hem de hukuka aykırılık söz konusu olabilir (herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın bir suçun işlenmesi gibi).

"Tipe uygun olan bir eylem, kural olarak hukuka aykırılık unsurunu da bünyesinde taşır. Bununla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması durumunda, eylem tipe uygun olsa da hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecektir"[1]. Görüldüğü üzere, kural olarak hareket tipik ise aynı zamanda hukuka da aykırıdır. Böylece "tipiklik *bir dereceye kadar* hukuka aykırılığı da gösterir". Dolayısıyla **tipiklik aynı zamanda hukuka aykırılığın bir karinesidir**. Fakat bu karinenin her zaman aksi ispat olunabilir. Dolayısıyla, kural olarak tipik olduğundan aynı zamanda hukuka da aykırı olan fiil, bir hukuka uygunluk sebebiyle hukuka uygun hale getirilebilir. Yani kural olarak suç tipleri hukuka aykırılığı açıklamaktadır. "Bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça tipiklik aynı zamanda hukuka aykırılığı da belirler"[2].

Bu açıklamalardan çıkan bir diğer sonuç ise bir olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmasının tipikliğin mevcudiyetini engellemeyeceğidir. Bu takdirde "tipiklik mevcut ancak fiil hukuka aykırı değildir" denir.

Sonuç olarak, bir hareketin haksız olarak nitelendirilebilmesi için **iki aşamalı** bir değerlendirme yapılmalıdır. İlkin hareketin tipikliği (kanundaki tarif açısından değerlendirme), ikinci olarak bir hukuka uygunluk nedeninin yokluğunun tespiti (tüm hukuk düzeni açısından değerlendirme)[3]. Bütün bunlardan sonra, yani hem eylem tipik, hem de hukuka aykırı ise artık haksızlıktan bahsedilir. Ancak aşağıda da ele alınacağı üzere, cezalandırma için haksızlık yeterli olmaz, ayrıca kusurluluk söz konusu olmalıdır.

b. Ön Şartlar Sorunu

Çocuk düşürtme suçunun gerçekleşebilmesi için kadının gebe olması; zimmet suçunda failin kamu görevlisi olması gibi şartlar öğretide bazı yazarlarca ön şartlar olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık bazı yazarlar ön şartların unsurlardan başka bir şey olmadığını ileri sürmektedirler. Aslında bu şartlar, bir fiilin belirli bir suçu teşkil edebilmesi için aranan mantıki ve hukuki gereklerdir[4]. Dolayısıyla aslında bu hususlar, tipiklikte veya tipikliğin maddi

---

1 CGK. 11.07.2006, 184.
2 Önder, II. 47.
3 Wessels. 33.
4 Donmezer/Erman, II. 312, 313.

unsurunda yer alan hususlardan farklı bir şey değildir. Bu nedenle, ayrıca ele alınmasına dahi gerek yoktur. Bu nedenle bu konuya bu kadar değinmekle yetiniyorum.



ARAŞTIRMA SORUSU: Üfürükçülük ve büyücülük yapanlar hukukumuza göre cezalandırılabilirler mi?

2. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsuru (Fiil)

a. Hareket
b. Netice
c. Nedensellik Bağı

a. Genel Açıklamalar

Ceza hukuku, insanların şeytanca düşüncelerini veya niyetlerini cezalandırmaz[1]. Bu nedenle, dış âlemde bir değişiklik meydana getirmeye yönelik icrai veya ihmali bir hareket bulunmadıkça, bir suçun varlığı ileri sürülemez. İşte tipikliğin maddi unsuru dediğimiz şey, *ortada bir fiilin bulunması* şartından başka bir şey değildir. "Böylece dış âlemde bir hareketle belirmeyen, bir **fiil** şeklinde ortaya çıkmayan bir fikir veya niyet, ne kadar kötü olursa olsun, ceza hukukunun dışında kalır ve suç teşkil etmez"[2]. Gerçekten de "haricileşmemiş, yani objektif bir varlık kazanmamış bulunan fikir suç teşkil etmez". Bu itibarla, tipikliğin maddi unsuru keyfi suçlamaları önleme vazifesini de gören önemli bir teminat oluşturmaktadır[3].

aa. Düşünce Suçu Kavramı

Düşünce suçu terimi yanlış bir terimdir. Zira düşüncenin cezalandırılması söz konusu olamaz[4]. Öte yandan şunu da düşünmek gerekir: İleride teknolojinin gelişmesiyle birlikte, düşünceler okunabilirse ve düşüncelerin kötü olduğu belirlenirse, kişiler cezalandırılmalı mıdır?[5]. Bu sorunun cevabı "hayır" olmalıdır. Kötü düşünceleri belirleyebilme olanağımız olsa bile, bu düşüncelerin sahiplerini cezalandırmayı, ne kısas ne de önleme amaçlarıyla izah edemeyiz. Böyle bir cezalandırmanın faydası da olmaz.

Cezalandırılan olsa olsa düşüncenin açıklanması ve yayılması olabilir. Dolayısıyla bugün düşünce suçları teriminden anlaşılması gereken düşüncenin açıklanması suçu veya başka ifadeyle, düşüncenin açıklanması suretiyle işlenen suç olmak gerekir. Bu nedenledir ki, yani düşünce özgürlüğünün özü-

---

1 Allen, 20.
2 Donmezer/Erman, I. 366; Jescheck, 245.
3 Gölcüklü, 22.
4 1995 yılında bir kişinin Kenya'da "devlet başkanının ölümünü hayal ettiği" gerekçesiyle gözaltına alındığı aktarılmaktadır. Dressler, 127.
5 Dressler, 128.

nü, başka ifadeyle asıl içeriğini düşünceyi açıklama özgürlüğü oluşturduğundan, düşünce özgürlüğünü belirtmek bakımından "ifade özgürlüğü" kavramı da kullanılmaktadır[1].



Düşüncenin açıklanmasının cezalandırılması, düşünce özgürlüğü (söz azatlığı) çerçevesinde kalmak ve evrensel normlara uygun olmak şartıyla birçok demokratik hukuk devletinde de görülen bir uygulamadır. Bunun sebebi, belirli birtakım düşüncelerin açıklanış biçimleri bakımından toplumdaki insanları eyleme sürükleyebilecek **yakın ve halen mevcut** bir tehlike taşıması ve bu bakımdan toplum için zararlı olmasıdır. Bu itibarla bu gibi düşünceleri yayanlar cezalandırılabilir[2]. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin düşünce açıklaması konusunda esas aldığı ölçüt, düşünce açıklamasının şiddet propagandası içermesi veya şiddete tahrik veya teşvik içermesidir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine göre, *"terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi cezalandırılır"*. Esasen belli bir sembolün, bayrağın vs. taşınması da düşünce özgürlüğü içinde değerlendirilir. Bununla beraber, bu özgürlüğün terör örgütlerine yönelik olarak kullanılmaması gerekir. Nitekim Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/b maddesine göre,

"Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1. Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması,

2. Slogan atılması,

3. Ses cihazları ile yayın yapılması,

4. Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi" cezalandırılmaktadır.

Bunun dışındaki düşünce açıklamaları, ne kadar itici olursa olsun, cezalandırılmamalıdır[3]. Bu ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde, şiddet propa-

---

1 Özek, 27.

2 Donmezer/Erman, II, 367.

3 Yargıtay, Atatürk hakkındaki Mustafa filmi ile ilgili kararında konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapmıştır.
"AİHS'nin 10. maddesi "İfade özgürlüğü" kenar başlığını taşımakta olup, anılan maddede, "1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.
2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir" denilmektedir.
İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birisi olup, toplumsal ilerlemenin ve her kişinin gelişiminin başlıca koşullarından birini teşkil etmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü, yalnızca iyi karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olduğu düşünülen değil, aynı zamanda kırıcı, hoş karşılanmayan ya da kaygı

gandası içermese dahi halkı askerlik hizmetinden soğutacak şekilde propaganda yapanların cezalandırılmasını öngören TCK 318, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne aykırıdır[1]. Keza örneğin aktif ötanazi uyguladığı için bir hekimin övülmesinin cezalandırılması da (TCK 215)[2] sözleşme ile uyum içinde değildir[3].

---

uyandıran "bilgiler" ya da "düşünceler" için de geçerlidir. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık düşünce bunu gerektirir ve bunlar olmaksızın demokratik bir toplum olamaz. İfade özgürlüğü güvenceleri anayasal demokrasilerin kilit taşıdır. Bu özgürlük demokratik bir toplumda "kamusal" tartışmaya serbestçe katılımın temelini oluşturur.
AİHM, ifade özgürlüğünün demokrasi bakımından ifade ettiği özel önemi birçok kararında vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, "ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü bireylerin kendilerini geliştirmelerinin olduğu kadar demokrasinin gelişmesinin de temel şartlarından biri olduğu için 'demokratik bir toplumun asli temellerindendir. Demokrasinin başarısı ifade özgürlüğünün güvence altında olmasına bağlıdır."
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 02.12.1998 tarihli Gemici-Türkiye kararındaki "İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerinden olup toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin başlıca koşullarından birini oluşturur. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına tabi olmak kaydıyla bu özgürlük, yalnızca olumlu karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olarak algılanan 'bilgi' ve 'fikirler' için değil, şok edici, zedeleyici yahut kaygı verici bilgi ve fikirler içinde geçerlidir.
'Demokratik toplumun' vazgeçilmezleri olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri bunlardır." ve 21.02.2006 tarihli Odabaşı-Gemici kararındaki "'Demokratik bir toplum için zorunluluk" kıstası AİHM'yi "müdahalenin" "sosyal bir zorunluluğu karşılayıp karşılamadığını", izlenen meşru amaç ile orantılı olup olmadığını ve bu amacın meşru sayılması için ulusal makamlar tarafından sunulan gerekçelerin yerinde ve yeterli olup olmadığını incelemeye götürmektedir. "Sosyal" bir ihtiyacın varlığını ve alınan önlemleri değerlendirmek bakımından ulusal yetkililerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki sınırsız olmayıp, kısıtlamanın 10. madde ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai karar yetkisine sahip olan AİHM denetimine tabidir. İç hukuk mercilerinin vermiş oldukları kararlardaki gerekçelerin başvuranların ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin yerinde ve yeterli olduğunu teyit edemeyeceği hükmüne varmaktadır" şeklinde ortaya koyduğu görüşleri ile şiddet kullanımını özendirmeyen, silahlı direnişe çağrı yapmayan ve isyana teşvik etmeyen ifadeleri düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği, sözleşmenin 10. maddesinin 2.fıkrasındaki istisnaların dar yorumlanması gerektiği, somut olayımızda ise şüphelinin subjektif görüşlerini yansıtan eserin, bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere Türk iç hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi sonucu unsurları oluşmayan suçtan Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, tarihinde oybirliğiyle karar verildi". 9. CD. 03.11.2011. 28383

[1] TCK 318 maddede Nisan 2013'te yapılan değişiklikle, halkı her türlü askerlikten soğutma değil, ancak askerlik hizmetini yapanları firara sevk edecek veya askerlik hizmetine katılacak olanları bu hizmeti yapmaktan vazgeçirecek şekilde teşvik ve telkinde bulunmak suç haline getirilmiştir. Bu değişiklikle maddenin uygulama alanı esaslı biçimde daraltılmış olmakla birlikte, özellikle askerlik hizmetine katılacak olanları herhangi bir şiddet teşviki olmaksızın bu hizmetten vazgeçirmenin suç olması yine İHAS'ye aykırıdır.

[2] TCK 215 maddede Nisan 2013'te yapılan değişiklikle maddeye "bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde" ibaresi eklenmiştir. Bu bakımdan maddenin hakimler tarafından nasıl anlaşılıp uygulanacağı büyük önem taşımaktadır.

[3] "İşlenmiş bir suçun" veya "işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişinin" alenen övülmesi TCK'nın 215. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Kişinin, işlediği suç nedeniyle övülmesi, bu kişinin işlediği suçun da övülduğünü göstermektedir.
Türkiye Cumhuriyet Anayasası'nın 90/5. maddesinde yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarda kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmü uyarınca 19.03.1954 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Yasa ile onaylanmış bulunan "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi" (AİHS), iç hukukumuzun uyulması zorunlu bir parçası haline gelmiştir.
Sözleşmenin 9. maddesinde din ve inanç hürriyeti, 10. maddesinde ifade hürriyeti, 11. maddesinde örgütlenme hürriyeti düzenlenmiştir. Bu üç madde, sözleşmenin genel amacı olan çoğulcu

demokratik rejim için toplumda hoşgörünün sağlanarak çoğulcu demokrasinin yerleştirilmesi ve geliştirilmesine yönelik hükümlerdir.

İfade hürriyeti, bilgi verme ve bilgi edinme hürriyeti sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahaleleri olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü, haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar" ikinci fıkrasında ise, "Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir." denilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında, kamuyu ilgilendiren sorunların kamuya açık olarak tam bir serbestlik içerisinde tartışılabilmesi, şiddeti teşvik eden eylemler hariç bu tartışmanın boyutlarının Devlet organları tarafından maksimuma çıkarılması gerektiği vurgulanmaktadır. Süreklilik gösteren bu kararlarda, kamuoyunun bir bölümünün ve hatta çoğunluğun hoşuna gitmeyen, ürkütücü, şok edici, hoşa gitmeyen fikirlerin de sözleşmenin 10. maddesi tarafından korunduğu belirtilmektedir (Handyside/Birleşik Krallık, Castells/İspanya vb. Kararlar).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında, ifade hürriyetinin iki istisnası olduğuna işaret edilmektedir. Birinci istisna şiddeti teşvik edici ve övücü söylemler, ikinci istisna ise azınlıklara karşı nefret söylemidir. Bunun için önce yazı veya sözün içeriğine bakılmalıdır.

Yazı veya Sözler,

a) Şiddet, bir araç olarak öngörülüyorsa,

b) Kişileri hedef gösterip kanlı bir intikam istiyorsa,

c) Benimsenen düşünceler için şiddete başvurmanın meşru olduğu ileri sürülüyorsa,

d) İnsanda saldırgan duygular uyandıracak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtıyorsa

İfade hürriyetinden yararlanmayabilir (Sürek/Türkiye, no. 1, Büyük Daire, no 26682/95, Güzel ve Özer/Türkiye, 6 Temmuz 2010 kararı).

Yazı veya sözün kim tarafından, nerede, nasıl bir ortamda, hangi koşullar altında yazıldığı veya söylendiği değerlendirilmelidir. Mahkeme "yakın ve mevcut tehlike" ölçütüne yaklaşarak sözleri söyleyen kişinin ne kadar etkili olduğu, söylenilen yer ve zaman bakımından söylenenlerin şiddet yaratmaya müsait olup olmadığına bakılması gerektiğini kabul etmektedir (Zana/Türkiye, 25 Kasım 1997 kararı).

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturup, toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin gelişimi için temel koşullardan biridir. İfade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan "haber" ve "düşünceler" için değil, fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olup, bunlar olmaksızın "demokratik toplum" olamaz. Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, bu özgürlüğün istisnaları vardır, ancak bu istisnalar dar yorumlanmalıdır (23.09.1994 tarihli Jersild - Danimarka kararı; 21.01.1999 tarihli Janowski-Polonya kararı; 25.11.1999 tarihli Nilsen ve Johnsen-Norveç kararı; 25.07.2001 tarihli Perna-İtalya kararı).

Bu kapsamda şiddete, silahlı direnmeye veya isyana teşvik niteliği taşıyan yaklaşımlar ile azınlıklara yönelik nefret söylemi içeren açıklamalar sözleşmenin koruduğu ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez (02.10.2003 tarihli Kızılyaprak-Türkiye kararı; 27.05.2004 tarihli Yurttaş-Türkiye kararı; 09.03.2004 tarihli Abdullah Aydın-Türkiye kararı).

Yazının içeriğine, şiddeti teşvik edip etmediğine, yazının hangi bağlamda yayınlandığına, yani şiddeti yaratmaya elverişli olup olmadığına bakılmalıdır (Gözel ve Özel/Türkiye, 6 Temmuz 2010 kararı).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13, 14, 25, 26 ve AİHS'nin 9/2, 10/2, 17. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Devlet yahut halkın bir bölümü için rahatsız edici, hoşa gitmeyen, kural dışı, endişe verici, fakat şiddet ve şiddet kışkırtıcılığı içermeyen nitelikteki sözler de ifade hürriyeti kapsamındadır.

Somut olayda, sanık tarafından kaleme alınan dilekçede, cezaevinde yatan bir hükümlünün sağlığına ilişkin birtakım endişelerden söz edilerek, bu kapsamda bazı taleplerde bulunulmuştur. Şiddeti, silahlı direnmeyi veya ayaklanmayı teşvik eden ifadelerin kullanılmadığı, işlenen bir su-

Esasen mevzuatımızda düşünce açıklama özgürlüğü yönünde önemli iyileştirmeler yapılmış olmakla beraber, uygulamamızın bu değişiklikleri benimsemediği gözlenmektedir. "*Üzüntü vericidir ki; karşı fikrin serbestçe ve korkusuz biçimde söylenmesinden, demokratik Cumhuriyet Türkiyesi'nde hala korkulmakta, söylemine izin verildiğinde o görüşlerin kabullenilmiş sayılacağı ve yandaş toplayacağı düşünülmektedir. Bu büyük bir yanılgıdır. Demokrasi, hakaret ve kavgaya davet gibi çok zorunlu kısıtlamaların dışında her görüşün serbestçe dile getirilmesini olanaklı kılmasıyla da diğer yönetim biçimlerine üstün hale gelen rejimin adıdır.. Altı çizilmeli ve zihinlere öylece kaydedilmelidir ki; yargılanan ve cezaevi yolculuğuna çıkartılan hiçbir düşünce ölmemiştir. Aksine mağdur duruma düşmüş, ya yandaş bulmuş ya da söyletilmesi yasaklanınca karanlıklara inmiştir*"[1].

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraf ülkelerin bazılarında yapılan/yapılması düşünülen (sözde) "Ermeni soykırımının inkârını cezalandıran" düzenlemelerin sözleşmeye aykırı olduğuna daha önceki baskılarda işaret etmiştim. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu yönde karar vermiştir (bkz. Perinçek vs. Switzerland).

Bu arada belirtmek gerekir ki, kişileri veya kurumları tahkir de düşünce özgürlüğü korumasından faydalanamaz.

çu yahut işlediği suç nedeniyle kişiyi övücü nitelikte bulunmayan, başka bir hükümlü hakkında "sayın" denilerek onun sağlığı ile ilgili kendi değer yargısını içeren düşüncelerini açıklayan sanığın eyleminde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/5 maddesi uyarınca uygulanması gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Skaka/Polonya - 27 Mayıs 2003, Korku/Türkiye - 23 Eylül 2003 tarihli kararları da gözetildiğinde yüklenen suçun yasal unsurları oluşmadığından mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar verilmelidir". 8. CD. 23.05.2012. 17738. Aynı yönde. 8. CD. 10.07.2013. 20425 Yargıtay'ın son dönemde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarını da dikkate alarak verdiği başka kararlar da vardır.

[1] "1- Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı üzerindeki hakları olup, bu suçun oluşabilmesi için fiilin, gerçek bir kişinin belirtilen kişilik haklarını rencide edecek şekilde işlenmesi gerekmektedir. Hakaret suçu, Anayasanın 24 ila 30. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9 ve 10. maddelerinde düzenlenen ifade hürriyetinin sınırlarını oluşturmaktadır. Suçu oluşturan eylem bakımından failin ifade hürriyeti, mağdur yönünden ise onur, şeref ve saygınlığı ile din, vicdan ve kanaat hürriyetine ilişkin temel kişilik hakları çatışmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü, sözü edilen karşılıklı hakların dengelenmesini gerektirmektedir. Ancak, ileri sürülen bir düşünceyle bağlantısı bulunmayan, esasında düşünce açıklaması vasfında da görülemeyen sövme niteliğindeki fiillerin ifade özgürlüğünden yararlanamayacağı açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), içtihatlarında Sözleşme bağlamında ulusalüstü insan hakları hukukunu yorumlarken, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken fonksiyonlarını etkilemeyi ve saygınlıklarına zarar vermeyi amaçlayan aşağılayıcı saldırılara karşı korunmalarının zorunlu olduğunu (AİHM Busuioç-Moldova kararı, 2004, prg. 64), bununla birlikte görevlerini yerine getirirken icra ettikleri eylem ve sözlerine yönelik eleştirilere karşı daha fazla hoşgörü göstermeleri gerektiğini (bkz. AİHM Steur-Hollanda kararı, 2003, prg. 39) belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ayrıca, fiil isnadına dayanmayan ve ispat gerektirmeyen değer yargılarından ibaret sözlerin sarsıcı olsa bile eleştiri hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmektedir (bkz. AİHM Hriko- Slovakya kararı, 2004, prg. 40, 45; Jeruselam-Avusturya kararı, 2001, prg. 44, Sokolowski-Polonya kararı, 2005, prg. 47, Paturel-Fransa kararı, 2005, prg. 37, Harris/Boyle/Bates/Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013, sy.518-520)". 4. CD. 18.09.2013. 22648.

[*] O. Şirin ve M. Tatar, CGK. 11.07.2006 tarihli kararına karşı oy yazısı.

bb. Düşünce Suçu Kavramıyla Bağlantılı Olarak Tartışılması Gereken Ceza Kanunundaki Bazı Suç Tipleri

TCK 316 (suç için anlaşma) ve 220 (suç işlemek amacıyla örgüt kurma) maddelerinde belirli bir suç işlemek için aralarında anlaşanlar, başkasına bir zarar vereceğini bildirerek tehditte (**TCK** 106) bulunanlar, suç sayılan fiilleri övenler (**TCK** 215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik edenler (**TCK** 216) cezalandırılmaktadır. Burada cezalandırılan hususun bir düşünce ve niyet olduğu düşünülebilir; çünkü kanun belirli bir faaliyette bulunmak için birleşenleri veya belirli bir zarar vereceğini önceden bildirenleri, henüz o faaliyette bulunmadan veya vereceğini bildirdiği zararı vermeden cezalandırmakta, diğer bir deyişle sırf kötü bir niyetin varlığını yeterli görmektedir. Ancak burada dikkat çekilmesi gereken nokta, kötü niyetin yukarıda gösterilen bütün bu hallerle, yani birleşme, dernek kurma fiilleriyle **açığa vurulmuş olması** ve bu açığa vuruş biçiminin de kamu düzenini bozacak nitelikte bulunmasıdır.

Dolayısıyla suç için anlaşma, örgüt kurma, tahrik, tehdit gibi fiiller düşünce açıklama suçu olarak kabul edilemez.

İlkin burada cezalandırılan bir düşünce değildir, zira bu suçlarda tehdit etme, bir araya gelme, birtakım merasimler yapma gibi dış hareketler cezalandırılmaktadır.

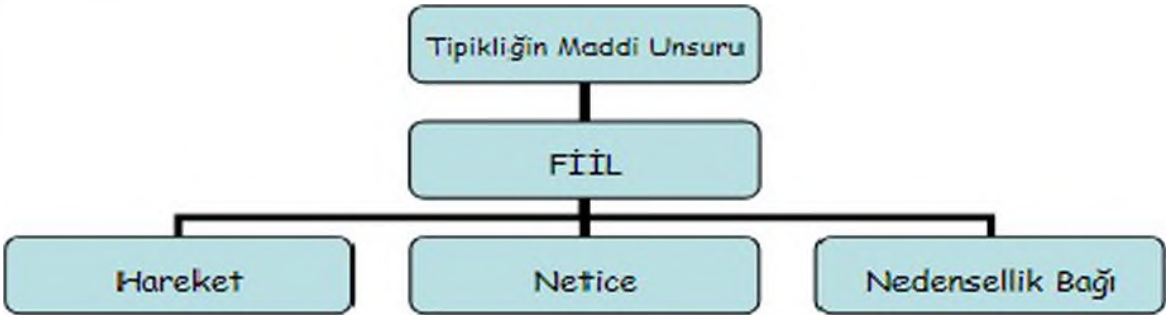
İkinci olarak bu fiillerin cezalandırılma nedeni, failin bu suretle kötü fikir ve düşüncesini sosyal düzeni bozacak, insanları eyleme teşvik edici, açık ve halen mevcut bir tehlike yaratacak surette açığa vurmasıdır. Mesela bir kimseyi öldüreceğinden bahisle onu tehdit eden kişi adam öldürme suçunun değil, tehdit suçunun cezasına maruz kalır. Bu tip suçlar marifetiyle, suçlunun tehlikeli halinin gerçekleşmesinin önlenmesi amacı güdülmektedir[1].

Suç işlemek için anlaşmanın suç olarak kabulü ve cezalandırılmasının, Common Law'da yediyüz yıllık bir geçmişi olduğu ifade edilmektedir. Bu geçmişin tamamen tartışmasız olmadığı, siyasi amaçların da bu tartışmalarda rol oynadığı söylenebilir. Nitekim Avustralya'da bu suç tipinin belirsizliği ve esnekliği, siyasi gruplar, sendikalar ve sevilmeyen kişilere karşı kullanılmasına neden olmuştur[2].

Tipikliğin maddi unsuru "**fiil**"den ibarettir. Ceza hukukunda fiil denilince de "hareket", "netice" ve hareketle netice arasında bulunması gereken "nedensellik bağı" anlaşılır. Tabancanın mağdura yöneltilip ateşlenmesi hareket, dış dünyada mağdurun ölümü gibi bir değişikliğin meydana gelmesi netice, bu neticenin silahın ateşlenmesi hareketinden dolayı doğması ise nedensellik bağını teşkil etmektedir.

---

[1] Donmezer/Erman, I, 368.
[2] Brown vd., 1179, 1180, 1202 vd.



b. Hareket

aa. Kavram
bb. Neler Ceza Hukuku Bakımından Hareket Sayılır?
cc. Hareketin Sayısı ve Şekilleri Bakımından Suçlar
aaa. Tek Hareketli Suçlar
bbb. Çok Hareketli Suçlar
ccc. Serbest Hareketli Suçlar
ddd. Bağlı Hareketli Suçlar
eee. Seçenek Hareketli Suçlar
fff. İcrai-İhmali Suçlar
aaaa. Genel Açıklamalar
bbbb. İhmal Kavramı
cccc. İcra-İhmal Ayrımı
dddd. İhmali Suçların Çeşitleri
(1) Saf İhmali Suçlar (Gerçek İhmali Suçlar)
(2) Garantörsel İhmali Suçlar (Görünüşte İhmali Suçlar)
(a) Genel Olarak
(b) Garantörlük
(c) Garantörlük Kaynakları
(aa) Kanun
(bb) Sözleşme
(cc) Öngelen Tehlikeli Eylem

aa. Kavram

Hareket, kanunun suç saydığı neticeye sebep olan, insan bedeninin iradi bir işidir[1]. Suçun temel unsuru, belkemiği harekettir. Tipiklik, hukuka aykırılık

[1] Donmezer/Erman I. 370

ve kusur tek başına hiçbir anlamı olmayan unsurlardır. Bu üç unsur, ancak hareketin bir özelliği olarak anlam kazanır. Hareket olmayan bir şeyin ceza hukuku açısından hiçbir önemi yoktur[1].

Ceza hukuku, fail ceza hukuku olmayıp, fiil ceza hukukudur. Bu itibarla, insanların düşünceleri, duyguları ve planları ceza hukuku değerlendirmesinin konusu olamaz. Ceza hukukunun ele alacağı husus, sadece hareket olabilir[2].

Hareketsiz suç olmaz. İcrai ya da ihmali bir hareketin mutlaka olması gerekir. Önceki kanunumuzda, kaynağını izah edemediği para veya mal ile yakalanma şeklinde bir suç tipi bulunmaktaydı[3]. Bu tür suçlarda hareketin şart olmadığı, bir durumun cezalandırıldığı tartışmaları yapılmakla beraber, burada da o eşya veya parayı taşıma hareketi, suçu oluşturan harekettir[4].

Öğretide ve kanunda "hareket" kavramı dışında, "davranış" kavramının da kullanıldığını görmekteyiz. Öğretide, "fiil"in insana izafe edilen bir davranış olduğu; buna karşılık, "hareket" ile insan arasında zorunlu bir bağın bulunmadığı; insan dışı varlıkların da hareket edebileceği belirtilmektedir[5].

Kanun koyucunun kafasının ise karışık olduğu görülmektedir. Bazen "davranış" kavramı kullanılırken (örneğin, md. 22/2, 31/2, 32, 34/1, 83, 88, 94, 96/1, 102/1, 103/1, 112/1, 113/1, 114/2, 115/2, 117/1, 157/1, 235/2, 250/2), bazen de "hareket" (örneğin, 22/6, 23, 30/1, 35/1, 67/6, 225, 223/3, 257/1, 319/1, 321, 323/4) kavramını kullanmaktadır.

Öğretide ağırlıklı olarak "davranış" değil, "hareket" kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Ben de "hareket" kavramını tercih ediyorum.

bb. Neler Ceza Hukuku Bakımından Hareket Sayılır?

Öncelikle ifade etmeliyim ki, ceza hukuku anlamında bir hareketi yapabilecek durumda olan herkesin hareket yeteneği vardır. Böylece, yaşına ve ruhsal durumuna bakılmaksızın her gerçek kişinin hareket yeteneği vardır[6].

> Bir kişi, iradesini kullanmasından bağımsız olarak gerçekleşen bir icrai veya ihmali hareketten dolayı sorumlu değildir (Batı Avustralya Ceza Kanunu md. 23).

---

1 Werle, I.34.

2 LK[11], vor §13, 3.

3 Madde 578 - Bir kimse, dilencilikle veya hırsızlık ve yağma ve garet ve yol kesmek veya dolandırıcılık ve hırsız yataklığı ile mahkum olduktan sonra üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan para ve eşya zuhur eder ve bunlara meşru surette malik olduğunu isbat edemezse iki aya kadar hafif hapis cezasına mahkum olur.
Böyle bir kimse üzerinde taklit ve tağyir olunmuş veya yaptırılmış anahtar veya kilitleri açmağa veya zorlamağa mahsus alat ve maymuncuk zuhur eder ve bunları o anda meşru surette nerede kullanacağını tayin edemezse iki aya kadar ve eğer bunlar gece vakti elinde zuhur etmiş ise iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezasına mahkum olur ve üzerinde zuhur eden eşya müsadere olunur.

4 Ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğundan mevzuatımızdan kaldırılan bu hükme benzer hükümler, bazı batı ülkelerinde bulunmaktadır. Örneğin Avustralya Ceza Kanunu daha önce mahkum olan kişilerin suç işleme niyetiyle kamusal yerlerde veya yakınında bulunmasını, çocuklara cinsel saldırı suçu nedeniyle mahkum olmuş bir kimsenin makul bir gerekçe olmaksızın çocuklar tarafından sıkça kullanılan kamusal yerlerde veya yakınlarında bulunmasını cezalandırmaktadır (NSW Eyaleti Ceza Kanunu, md. 546B ve Summary Offences Act 11G).

5 Özgenç[5], 159.

6 Wessels/Beulke, kn. 94.

Ceza hukuku manasında hareket sayılan şeyler sayıldığında, hareket kavramının negatif fonksiyonu da kendiliğinden anlaşılmaktadır. Buna göre, insanlar tarafından hükmedilemeyen hareketler, ceza hukuku manasında hareket sayılmaz[1]. Insanların fiziki katılımıyla gerçekleşmesine rağmen, ruhsal bir katkının bulunmadığı eylemler, hareket sayılmaz[2]. Bunlar ceza hukukunun ilgi alanına girmeyen fiziksel olaylardan, vakıalardan ibarettir[3]. Dolayısıyla, ceza sorumluluğu için olması gereken husus, hareketin bedenin eserinden ziyade, iradenin eseri olmasıdır. İradenin eseri olmayan hareketler, hareket sayılmaz. Böyle bir durumda failin hareket ettiği söylenemez.

Bir örnekle açıklamak gerekirse:

Dışarıdan bakıldığında, bir kimsenin kolunu yukarı kaldırdığı görülmektedir. Burada şu düşünülebilir:

1. Kişi kolunu kaldırdı.
2. Kişinin kolu yukarıya kalktı.

Görünüşte bu ikisi arasında bir fark yoktur. Sonuçta kol yukarıya kalkmıştır. Ancak ceza hukuku bakımından bu ikisi arasında ayrım yapmak gerekir. Nitekim kişinin kolunu kaldırmış olması, kişinin kolunun yukarıya kalktığını gösterir. Ancak kişinin kolunun yukarıya kalkması, onun kolunu yukarıya kaldırdığını göstermez. Gerçekten de kolun yukarıya kalkması, rüzgârın kaldırması veya bir başka kimsenin kaldırmasıyla da gerçekleşmiş olabilir. Bu nedenle bu ikisi ceza hukuku bakımından aynı sonuçlara tabi tutulamaz[4].

Öncelikle Avustralya'da gerçekleşen ve bir mahkeme kararına konu olan olayda, sanığın savunmasıyla başlayalım. Söz konusu olayda, Penelope Woodbridge, aracıyla kaza yaparak bir kişinin ölmesine bir kişinin de ağır yaralanmasına yol açmıştır. Kaza sonrasında açılan davada, sanık, olay sırasında aracı isteyerek kullanmadığını, yaptığının iradi bir şey olmadığını iddia etmiştir. Bunun nedeni, o sabah eski kocasından gelen iki kötü, tacizkar telefon ve alkollü olmasıdır. Dolayısıyla bu durum onun davranışını iradi olmayan bir davranış haline dönüştürmüştür[5].

Almanya'da mahkeme kararına konu olan bir olayda ise fail aracıyla bir viraj alırken aracın içine giren bir sineğin gözüne konması üzerine, bir eliyle sineği kovmak isterken diğer eli direksiyondayken, direksiyondaki eli hareket etmiş ve aracın yoldan çıkarak karşıdan gelen bir başka araçla çarpışmasına neden olmuştur (OLG Hamm NJW 1975, 657).

Şimdi "Neler Ceza Hukuku Bakımından Hareket Sayılır" sorusunu bir başka olay eşliğinde cevaplayalım[6]:



OLAY: Uzaktan kumanda ile bir vinci kullanan V, bir büyük demir parçasını vinç ile kaldırır. O sırada gözkapağına konan bir yaban arısı V'yi ısırır. V içgüdüsel bir hareketle kumanda aletini bırakır. Serbest kalan demir parçası düşerek orada çalışmakta olan işçi İ'yi yaralar.

---

1 LK[11]. vor§13. kn. 35
2 Kühl. §2. kn. 4
3 State v. Utler
4 Bkz. Dressler. 129
5 Gerek yerel mahkeme ve gerekse yüksek mahkeme bu savunmayı kabul etmemiştir. Woodbridge (2010) NSWCCA 185
6 Alpmann / Schmidt. 22 vd.

V, TCK 89'da düzenlenmiş olan taksirle yaralama suçunu işlemiş olabilir. Kumanda aletini bırakmak suretiyle İ'nin sağlığına zarar vermiş, onu yaralamıştır. Burada tereddüt uyandıran husus, V'nin içgüdüsel olarak kumanda aletini bırakmasının ceza hukuku manasında bir hareket sayılıp sayılmayacağıdır. Öğretide savunulan hareket teorilerine göre, ceza hukuku manasında bir hareketin asgarî şartları şunlardır:

(1) Bir insan hareketi. Böylece, sadece gerçek kişiler cezalandırılabilir. Tüzel kişilerde hareket eden organ veya temsilcilerdir. Ayrıca tabii olaylar ve hayvan hareketleri de hareket sayılmaz. Ne var ki, bir köpeği bir insanın üzerine saldırtan kimsenin ya da köpeği gereğince kontrol etmeyen kimsenin de hareket ettiği kabul edilmektedir.



"Sanığın başıboş bıraktığı köpeğin, mağdura saldırarak ısırmak suretiyle yaralanmasına yol açması şeklinde gerçekleşen eylem, TCK 89/1'deki taksirle yaralama suçunu oluşturur"[1].

(2) İhmali de olsa bir dış hareket, bir vücut hareketi şarttır. Bu manada hareket sayılmayan hususlar insanın iç dünyasındaki düşünceler, niyetler ve dilekler gibi hususlardır.



Söz de bir harekettir. Dolayısıyla insanlar konuşarak da suç işleyebilirler.

(3) Hareketin iradi olması, başka ifadeyle iradenin harekete hâkim olması gerekir. Küçük çocuklar, akıl hastaları veya sarhoşların da hareketleri ceza hukuku manasında harekettir. Bunlar ancak kusur kısmında, kusur yeteneği açısından, bu kimselerin sorumluluğu bakımından önem arz edebilir.

Bir terastan ani kuvvetli bir rüzgâr etkisiyle düşen ve kurtulmak için içgüdüsel olarak bir başka kimseyi tutarak onu da boşluğa çeken kimsenin hareketinde mücbir sebep söz konusu olmayıp, hareket iradi olmadığından, ceza hukuku anlamında hareket söz konusu değildir[2].

Bu konuyla ilgili olarak şu hususa dikkat çekmek isterim. Hareket unsuru aslında tipikliğin maddi unsurunu, objektif yönünü ilgilendiren bir hususdur. Buna karşılık irade, tipikliğin manevi unsurunu, sübjektif yönünü ilgilendirmektedir. Bu bakımdan bir karışıklığa meydan vermemek açısından ifade etmek gerekir ki, hareketin iradi olması şartının aranması, hareket unsurunu tipikliğin manevi unsurunun bir parçası haline getirmemektedir. Her ne kadar, burada manevi unsurla alakalı bir hususun şart olarak aranması söz konusuysa da hareket unsuruna hâkim olan şey, hareketin, neticeye sebep olması ve insan bedeninin işi olmasıdır. Ancak bir hareketin cezalandırılabilmesi için iradi olması gerekir. Bu husus, aşağıda ele alacağımız kast unsurundan da farklıdır. Kastta neticenin istenmesi söz konusu iken, hareket unsurunda irade, hareketin istenmesi anlamına gelmektedir.

Bir örnekle konuyu açıklamakta yarar görüyorum[3]: Carl, bir hedef tahtasının önünde silahını hazırlar ve ateş eder. Ancak tam o sırada önceden öngörülemeyecek bir biçimde Dorothy hedef tahtasının önünde yürür ve Carl'ın silahından çıkan kurşunla yaralanır. Burada tipikliğin maddi unsuru bakımından değerlendirdiği-

---

1 2. CD. 12.04.2007. 5448.
2 Krş. Gülşen. Ceza. 124. dn. 97.
3 Örnek için bkz. Dressler. 133.

mizde ceza hukuku anlamında bir hareket vardır, zira Carl iradi olarak silahı ateşlemiştir. Ancak tipikliğin manevi unsuru açısından değerlendirdiğimizde Carl, Dorothy'nin yaralanmasını istememiştir ve bu nedenle kastı yoktur. Bu neticeye dikkatsizliği sonucu (taksir) sebebiyet verip vermediği de araştırılır ve taksiri varsa cezalandırılır, taksiri yoksa ceza da verilmez. Dolayısıyla iradi harekete rağmen bir kişi başka nedenlerden ötürü cezalandırılmayabilir.

Ceza hukuku manasında hareket sayılmayan şeyler ise şunlardır:

(1) Tam bir şuur kaybı halinde yapılan hareketler. Örneğin derin uykudaki vücut reaksiyonları, ya da bayılma sırasında yapılan hareketler. Hipnoz etkisi altında iken yapılan hareketler hususu tartışmalıdır. Bir görüş bunları ceza hukuku manasında hareket kabul etmezken, diğer bir görüş bunlar açısından isnat kabiliyetinin (kusur yeteneğinin) olmadığını savunmaktadır. Kanımca burada iradenin bulunmadığı söylenebiliyorsa, ceza hukuku açısından hareket de söz konusu olmayacaktır.

Yine, sara hastası olan bir kişinin vitrini seyrederken sara nöbeti söz konusu olur da başını çarparak vitrin camını kırarsa, mala zarar verme suçundan (TCK 151) dolayı sorumlu tutulamaz.

İngiltere'de gerçekleşen bir olayda, bayan Katrina Curtis sanıkla beraber evinde film seyrederken kanepede uyuya kalmış ve sanığın kafasına vurduğu şişeyle uyanmıştır. Sanık mağdura vurmaya devam etmiş ve boğazını sıkarken, kadın "seni seviyorum" deyince uyanmış ve ambulans çağırmıştır. Burada ceza hukuku anlamında hareket olmadığı savunmasını kabul etmeyen mahkeme akıl hastalığı gerekçesiyle ceza vermemiş ve tedavi tedbirine hükmetmiştir. Yüksek mahkeme de bu kararı onaylamıştır. Mahkemeye göre uyur gezerlik akıl hastalığı değilse de, uyurgezerken şiddet kullanmak normal değildir ve iç etkenlerle oluşan bir akıl hastalığıdır (Burgess v. R (1991) 2 WLR 1206)

Uyku halinde yarı çıplak gezen uyurgezer, eski kanunumuzun 547. m.'de düzenlenmiş bulunan suçu işlemiş sayılmamaktaydı. Bu madde itidal ve muvazene harici hareketleri cezalandırıyordu. Uyurgezerin yarı çıplak gezmesi itidal ve muvazene harici, dengesiz bir harekettir, ancak irade dışıdır.

(2) Karşı koyulamayan bir kuvvetin etkisi ile yapılan mekanik hareketler. Söz gelimi birisinin yumruğu üzerine yere düşen kimsenin düşme hareketi. Burada mutlak kuvvet anlamında cebir söz konusu olmaktadır (vis absoluta). "*Cebir ve şiddet, maddi kuvvet olup, zor kullanılarak mağdurun iradesini kullanmaktan yoksun bırakılmasıdır*"[1]. Kişi maddi zorlama karşısında suç işlemek zorunda kalıyorsa, cebir, şiddet vardır. Örneğin, bir yere kapatılarak görevini yapması engellenen kişinin bu suretle görevi ihmal suçunu işlemesinde veya bir kimsenin eline zorla silah tutuşturulması, parmağının zorla tetiğe sokulması ve bastırılan parmağın tetiği düşürmesi suretiyle bir kişinin öldürülmesinde olduğu gibi.

Buna mukabil iradeye yönelik cebir sonucu yapılan hareketler ceza hukuku manasında harekettir (vis compulsiva) (zorlayıcı kuvvet). Söz gelimi işkence sonucu attırılan imza. Cebrin bu türü üzerinde aşağıda "Kusurluluğu Kaldıran Sebepler" bahsinde duracağım.

Öğretide genellikle kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak değerlendirilen "mücbir sebep" halinde de ceza hukuku manasında bir hareket söz konusu değildir:

[1] CGK 23.05.2000, 115.

Mücbir sebep, başka ifadeyle zorlayıcı neden, "faile yabancı olan ve onu karşı konulamaz ve önlenemez biçimde belli bir davranışa zorlayan bütün doğal güçleri ifade eder"[1]. Bu durumda insan hareket etmemekte, hareket ettirilmektedir[2].

Mücbir sebepte fail bakımından manevi bir alternatifsizlik söz konusudur.

İnsanın önleyemeyeceği; kuvvetli rüzgâr, deprem, toprak kayması, yanardağın faaliyete geçmesi, yıldırım düşmesi gibi karşı konulamayan hatta bazen sezilemeyen olayların etkisiyle bir neticenin gerçekleşmesi durumunda mücbir sebepten söz edilmektedir[3]. İnşaatta kurulan bir iskelede çalışan kimse o sırada esen kuvvetli bir rüzgârın etkisiyle aşağıya düşerek, oradan geçmekte olan bir kimsenin ölümüne neden olursa, mücbir sebep, zorlayıcı nedenden bahsedilir[4]. Örneğin, araç kullanırken dağdan kopan bir kaya parçasının aracına çarpması sonucu uçuruma yuvarlanarak bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına neden olan sürücünün mücbir sebep içinde bulunduğu kabul edilmelidir[5].

Mücbir sebepte fail iradesine aykırı bir şekilde hareket etmeye zorlanmaktadır. Bu hareketi yapmayı istememektedir, ancak karşı koyamadığı bir sebep dolayısıyla başka türlü hareket edememektedir: *"Sanığın 5 günlük özel izin süresinin bitiminde aksi sabit olmayan mücbir sebebe binaen cezaevine yetişemeyeceğini bildirerek emniyet müdürlüğüne teslim olduğu anlaşıldığı cihetle eyleminde firar suçunun kast unsuru bulunmamaktadır"*[6].

Doğa olayları dışında örneğin, otobüs şoförünün ani ve sert fren yapması nedeniyle, önündeki koltukta oturan adamın kucağına düşen bir kadın cinsel saldırı veya yaralama nedeniyle sorumlu tutulamaz. Bu takdirde, cinsel saldırı açısından olmasa bile yaralama nedeniyle taksir sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu sorumluluğun dayanağı, otobüsün ani fren yapması ihtimaline karşı gerekli tedbirlerin alınmaması olabilir.

Ancak burada failin alet olarak kullanılmasını sağlayan bir **maddi cebir yoktur**. Aksi takdirde aşağıda ele alacağım ve kusurluluğu kaldıran bir diğer sebep olan cebir söz konusu olur[7]. Mesela, işine gitmek için zamanında evinden ayrılan hat bekçisi, yolun aniden tıkanması yüzünden işine geç kalsa başka türlü hareket etmek imkânına sahip olmadığı için mücbir sebeple karşı karşıyadır. Hat bekçisi neticeyi öngörse bile, meydana gelen zararlı neticeden sorumlu tutulamaz[8]. Meydana gelen deprem nedeniyle tahsil ettiği paraları zamanında yatıramayan veznedarın zimmet suçu dolayısıyla sorumlu tutulması düşünülemez[9].

Yargıtay, depremin ceza sorumluluğunu kaldırabilmesinin mümkün olacağını bir kararında şöylece kabul etmiş bulunmaktadır: *"Harici bir olay olan depremin illiyet bağını kesecek derecede kaçınılmaz hal sayılarak ceza sorumluluğunu bertaraf edebilmesi için, oluşan zararlı sonucu insan faktörünün etkilememesi, yani yapının kuralllara uygun olarak yapılması ve sonradan değişiklikte bulunulması*

---

1 Toroslu, Ceza Hukuku, 156.
2 Krş. Gözübüyük, 24.
3 Toroslu, Ceza Hukuku, 156.
4 Krş. 2. CD. 16.05.1989, 4310.
5 4. CD. 02.03.1982, Yener, 94.
6 Donmezer/Erman, II, 309, 310.
7 İçel, Taksir, 232.
8 5. CD. 22.04.1999, 1625.

halinde de bu değişikliklerin statik değerlere müdahale ve esaslı müdahale olmaması gerekir"[1].

Failin bilinç ve iradesinin sonucu bulunan, korku, heyecan, kin ve ihtiras gibi hususlar mücbir sebep sayılamaz[2].

Mücbir sebep halinde, kast ve taksirin yokluğu nedeniyle fail sanık hakkında beraat kararı verilir (CMK 223/2, c bendi).

SORU: Mücbir sebeple kaza-tesadüf arasındaki fark nedir?

CEVAP: Mücbir sebepte fail iradesine aykırı olarak davranmak durumunda kaldığının farkında iken, kaza ve tesadüfte farkında değildir. Örneğin yukarıdaki hat bekçisi örneğinde, hat bekçisi iradesine aykırı olarak işine gidememekte olduğunun farkındadır. Buna karşılık, ışığın yanlış yansıması yüzünden kırmızı işareti yeşil görerek yoluna devam eden tren makinisti, iradesine aykırı bir iş yaptığının farkında değildir[3].

Keza, iki kurum arasındaki farkın kaza halinde öngörülemezlik özelliğinin, buna karşılık mücbir sebep halinde ise kaçınılamazlık, sakınılamazlık ve karşı konulamazlık özelliğinin söz konusu olmasından ibaret olduğu da savunulmaktadır[4].

SORU: Mücbir sebeple, korkutma ve tehdit arasındaki fark nedir?

CEVAP: Mücbir sebepte, faile tercih imkânı tanınmış değildir. Pencereden bakmakta iken şiddetli bir rüzgârın etkisiyle pencereden düşen ve yoldan geçmekte olan birisini yaralayan kişi, herhangi bir tercih yapmak durumunda değilken; ikrah ve tehditte korkutulan kimse, kendisinden işlemesi istenilen suçu işlemek veya tehdidin konusunu oluşturan zarara razı olmak konusunda bir tercih yapabilir[5].

SORU: Mücbir sebeple, zorunluluk hali arasındaki fark nedir?

CEVAP: Mücbir sebepte bir zorlanma durumu varken, zorunluluk halinde kişi zorlanmış değildir. Zorunluluk halinde fail hukuk düzeninin kendisine vermiş olduğu yetkiyi kullanarak kendisini feda etmek yerine, başkasına zarar vermektedir. İsterse, kendini feda etmek imkânına her zaman sahiptir. Mücbir sebepte ise böyle bir durum söz konusu değildir[6].

(3) Psikolojik bir etkenin etkisi sonucu ve iradeden bağımsız, gayri iradi yapılan refleks hareketleri de (kramp gibi) hareket sayılmaz. Buna karşılık şiddetli ve ani heyecan ya da kısa devre hareketleri adı verilen ve kişinin hareketinde bilme unsurunu devreye soktuğu, ancak kararın hızı dolayısıyla hareket eden açısından hareket etmeme imkânının söz konusu olamadığı hallerde de (ani sinirlenme sonucu hareket hali gibi) hareket vardır. Otomatik hareketlerde de hareket kabul edilir[7]. Her ne kadar devamlı tekrardan dolayı, hareket bilinçaltındaki dürtü ile yapılıyorsa da refleksten farklı olarak karşı bilinç ile hareketin etkilenmesi mümkündür.

---

1 CGK 09.07.1984, 1983/1-432, krş. 2. CD 21.03.2001
2 Donmezer/Erman, II, 310
3 Donmezer/Erman, II, 309
4 Gülşen, Ceza, 179
5 Donmezer/Erman, II, 309
6 Donmezer/Erman, II, 309, 310
7 Aksi yönde bkz. Slate v. Utter

Yine bir kimsenin hareketlerini kontrol edememesi halinde de hareket vardır. Burada akıl hastalığı yönünden bir problem olmadığı müddetçe, ceza hukuku yönünden hareket vardır ve ceza sorumluluğu da söz konusu olur. Failin, kendine engel olamaması, kendini kontrol edememesi, kendini tutamaması gibi durumlar, yaptığı hareketin ceza hukuku anlamında hareket olmadığı anlamına gelmez[1].

Yine yolda aniden rahatsızlanıp, kendini tutamayarak kusup, sokağı kirleten kimse de eski kanunumuzun 558. maddesinde yer alan suçtan dolayı sorumlu tutulamamaktaydı.

Önüne aniden çıkan bir hayvana çarpmamak için direksiyonu kıran sürücünün hareketi ise ceza hukuku anlamında harekettir.

Olayımıza gelince. V'nin hareketi istenmeden yapılan bir savunma reaksiyonudur. Bir psikolojik etken (arının sokmasının verdiği acı) direkt olarak motorsal bir reaksiyonu (içgüdüsel olarak eli serbest bırakma) sonuçlamaktadır. Bu nedenle iradi bir hareket bulunmamaktadır. V cezalandırılamaz. Suçun unsurlarından olan maddi unsur gerçekleşmemiştir.

Dış görünüş itibarıyla ihmali bir hareket izlenimi uyandırsa dahi, ceza hukuku manasında hareket sayılmayan davranışların, ihmali bir hareket sayılması da mümkün değildir. Bu itibarla refleks hareketleri, uyku ve bilinçsizlik durumu, cebir durumu veya sara nöbeti sırasında yapılan hareketler gibi hareketler ihmali nitelikte de olsa, tipikliği oluşturamaz, zira hareketin ceza hukuku manasında bir hareket olması gerekir. Hemen işaret edelim ki, ceza hukuku manasında hareketin bulunmadığı kabul edilen bu durumlarda, ihmali suçlar açısından gerekli olan, aktif hareketin esasen mümkün olması (hareket olanağı) koşulunun da gerçekleşmediği açıktır.

Amerika Model Ceza Kanunu'nda nelerin ceza hukuku anlamında hareket sayılmayacağı açıkça belirtilmiştir (md. 2.01). Buna göre:

Bir kimse iradi bir hareketi olmadığı müddetçe bir suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Aşağıdaki hallerde hareket iradi değildir:

1. Refleks veya çırpınma (kasılma),
2. Baygınlık veya uyku halindeki beden hareketleri,
3. Hipnoz sırasında veya hipnozda verilen emir nedeniyle yapılan hareketler,
4. İster bilincin ister alışkanlığın sonucu olsun, herhangi bir şekilde kişinin bir eforunun veya belirlemesinin sonucu olmayan beden hareketleri.



Hareketin var olmadığı kabul edilirse, bu kez daha önceki bir harekete dayanılarak cezalandırmanın mümkün olup olmadığı da araştırılmalıdır. Söz gelimi kamyon şoförü Ş yorgunluk ve uyku belirtilerine rağmen durup da dinlenmez, aracı kullanmaya devam eder ve yolda uykuya dalıp kaza yaparsa, bu takdirde taksirle öldürme suçu söz konusu olabilir. Buradaki dayanak, uykuda araba kullanmak değil, uykulu şekilde araba kullanmaya devam etmedir (özen yükümlülüğüne aykırılık = taksir). Uykusuz kimsenin, durup uyuması gere-

[1] Bkz. Bratty v Attorney General for Northern Ireland (1963) AC 386.

kirdi. Nitekim İtalyan Yargıtayı, 25.02.1965 tarihli bir kararında[1], ani uyku veya ani rahatsızlığın normal olarak önceden haber veren işaretleri olduğu halde, kendi sağlık durumunun bilincinde olmasına rağmen araç kullanmakta devam eden kimsenin kusurlu olduğunu açıklamıştır.

Benzer şekilde Avustralya Hukuku'nda da, araç sürücüsünün uykuya dalması durumunda, hareketlerinin bilinçli veya iradi olmadığı ve dolayısıyla ceza hukuku açısından aslında sorumlu tutulamayacağı; bununla beraber, şoförün uykuya dalma riskini fark ettiği veya fark etmesi gerektiği anda, aracı kullanmaya devam ederek gerekli özeni göstermediği ve buradaki hareketin uykuya dalmadan önceki araç kullanma hareketi olduğu belirtilmektedir[2].

OLAY (People v. Decina): 14 Mart 1955'te güneşli bir günde Emil Decina, Buffalo şehrinin kuzeyinde aracında tek başına seyir halindedir. Saatte 35-40 mil hızla seyrederken, araç birden sola kayarak karşı şeride geçmiş, daha sonra tekrar sağa dönmüş, hızı yaklaşık 50-60 mile ulaşmış ve o sırada kaldırımda yürümekte olan dört çocuğa arkadan çarpmıştır. 6-12 yaşlarındaki üç çocuk olay yerinde, 7 yaşındaki diğeri ise iki gün sonra hastanede hayatını kaybetmiştir. Çocuklara çarptıktan sonra araç yoluna devam etmiş, tekrar yolun karşısına geçmiş ve bilahare bir sokak lambası direğine çarparak devirmiş, bir yandan korna çalarken nihayet bir dükkânın duvarına çarparak bir müşterinin yaralanmasına ve dükkânın zarar görmesine neden olarak durmuştur. Decina, arabada baygın halde, elleri direksiyonun üzerinde bulunmuştur. Emil Decina'nın sara hastası olduğu, bu hastalığını bildiği ve olayın araç kullanırken sara nöbeti geçirmesinden kaynaklandığı anlaşılmıştır.

Yine silahını dikkatsiz bir şekilde beline takan bir kimse, silahın kendiliğinden düşüp de ateş alıp birini yaralaması halinde, düşme olayı kendi hareketi olmasa dahi, burada daha önceki silahı dikkatsizce yerleştirme hareketinden dolayı taksirle yaralamadan sorumlu tutulur.

Alkolün etkisiyle ne yaptığını bilmeden hareket eden kimseler bakımından sorumluluk ise aşağıda kusurluluk bahsinde, kusur yeteneği başlığı altında ele alınacaktır.

Avustralya'da gerçekleşen bir olayda benzinliği soymak isteyen Ryan, bir eliyle dolu silahı benzincinin kafasına dayarken, diğer eliyle elini bağlamak istemiş, bu sırada benzincinin hareket etmesi üzerine silah ateş almıştır. Ryan bu olayda iradi bir hareketi olmadığını, silahın kazayla ateş aldığını, hareketinin bir refleks hareketi olduğunu iddia eder. Bu olayda, mahkeme, silahın ateş aldığı anda sanığın ceza hukuku anlamında bir hareketi olmasa bile, iradi hareketinin silahın ateş almasından önceki hareketlerinde söz konusu olduğuna karar vermiştir[3].

Esasen kusur bahsini ilgilendiren bir husus ile konuyu kapatmak istiyorum: Yukarıda da belirttiğim gibi, ceza sorumluluğunun esası, kişinin fiil kusurudur. Yani bir hareketten kaynaklanan sorumluluktur. Bunun zıddı, hayat kusurudur. Kişinin somut olaydaki kusuru değil de hayatını nasıl sürdürdüğü,

[1] Gülşen, Ceza, 87.
[2] Jiminez v R (1992) 173 CLR 572
[3] Ryan v R (1967) 121 CLR 205.

geçmişte neler yaptığının esas alınarak ceza sorumluluğunun tayini anlamına gelen hayat kusuru, ceza hukuku anlamında bir hareket bulunsa bile, bir kimsenin cezalandırılabilmesi için yeterli olamaz.

cc. Hareketin Sayısı ve Şekilleri Bakımından Suçlar

aaa. Tek Hareketli Suçlar

Suçun oluşması için tek hareketin yeterli olduğu suç tipleridir. Örneğin, öldürme, hırsızlık gibi.

bbb. Çok Hareketli Suçlar

Kanuni tipte birden çok hareketin yer aldığı ve suçun oluşması için suç tipindeki hareketlerin hepsinin yapılmasının gerekli olduğu suç tipleridir. Örneğin yağma.

ccc. Serbest Hareketli Suçlar

Suçun oluşması için bir hareket gerekliyse de bu hareketin nasıl olması gerektiği konusunda bir belirleme yapılmamışsa, serbest hareketli suç söz konusu olur. Örneğin kasten öldürme suçu. Öldürme, bıçakla, boğarak, elektrikle vs. işlenebilir. Mutlaka belirli bir şekilde işlenmesi aranmamaktadır.

ddd. Bağlı Hareketli Suçlar

Serbest hareketli suçlardan farklı olarak hareketin kanun tarafından özellikle belirlendiği ve bu hareket dışında bir hareket ile suçun işlenmesinin mümkün olmadığı suçlardır. Örneğin yağma suçu ancak cebir veya tehdit ile işlenebilir.

eee. Seçenek Hareketli Suçlar

Suçun, suç tanımındaki hareketlerden bir veya birkaçının gerçekleştirilmesiyle işlenebildiği suçlara seçenek (seçimlik) hareketli suçlar adı verilmektedir. Bu hareketlerin bir tanesinin yapılmasıyla suç işlenebildiği gibi, bunlardan herhangi bir kaçının yapılmasıyla da suç işlenebilmektedir. Bu nedenle, bu tür suçlara "seçenek hareketli" suç adı verilmektedir. Örneğin: Hakaret, resmi belgede sahtecilik, güveni kötüye kullanma, bilişim sistemini engelleme suçu.

Seçenek hareketlerden birkaçının yapılmış olması suçun birden fazla olmasını gerektirmemektedir. Keza bu takdirde zincirleme suç kuralları da tatbik edilemeyecek, faile tek bir suçun cezası verilecektir: "*Seçenek hareketli suçlardan olan nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği kabul olunan sanıklardan Ömer'in, mağdurenin cinsel organına önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde zincirleme suç hükümleri uygulanamaz*"[1]. Bu durumda, fail tek bir cinsel saldırı suçundan ötürü cezalandırılacaktır.

---

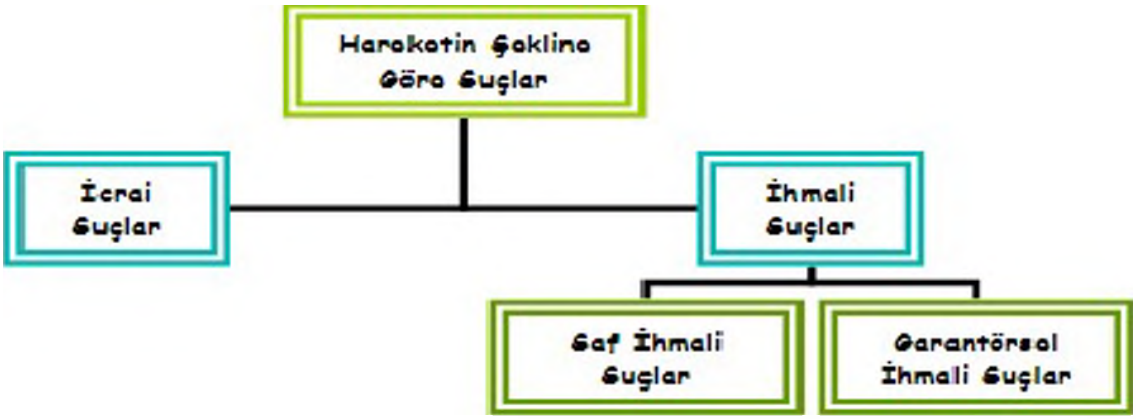
[1] 5. CD. 02.12.2008, 10675.

Seçenek hareketli cezayı artıran nitelikli hallerden de bahsedilebilir. Örneğin, **TCK** 82'de sayılmış olan nitelikli haller, seçenekli olarak sayılmıştır. Dolayısıyla bu nitelikli hallerden birden fazlası gerçekleşmiş olsa bile, fail sadece bir kez **TCK** 82 nedeniyle cezalandırılacaktır.

fff. İcrai-İhmali Suçlar

aaaa. Genel Açıklamalar

Hukuksal yararlara riayet edilmesi gereği iki şekilde ihlâl edilebilir[1]: İlkin bir hukuki yarara tecavüz teşkil eden bir hareketin yapılması (icrai hareket), ikinci olarak da hukuki yararı koruyan hareketin yapılmaması suretiyle (ihmali hareket). Başka ifadeyle, hareket açısından bakıldığında, insanın dış dünya ile olan ilişkisinin çeşitli nedensel süreçler vasıtasıyla gerçekleştiğini söylemek olanaklıdır. Bu nedensel süreçler ise iki türlü olabilir: İlkin bu sürecin harekete geçirilmesi suretiyle (aktif davranış) ya da bu sürecin akışına bırakılması suretiyle (pasif davranış).



bbbb. İhmal Kavramı

İhmalin, sözlük anlamı Türkçe sözlükte "gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme" olarak açıklanmaktadır. Bu kavram Osmanlıca-Türkçe sözlükte "önem vermeme", "üste düşeni yapmama" olarak tanımlanırken, Türk Hukuk Lûgatı'nda irade tezahürlerinin bir çeşidi olarak "iradi olan, yani gerek kasten ve gerek ihmal suretiyle yapılan imtinalar"dan bahsedilmektedir.

Türk Hukuku'nda ihmal ve icrayı kapsayan üst kavram olarak hareket kavramı kullanılmaktadır. Ihmali ifade etmek üzere, olumsuz, menfi, negatif hareket; icrayı ifade etmek üzere olumlu, müspet, pozitif hareket terimlerine rastlanılmaktadır. Türk Ceza Hukuku terminolojisinde de ihmal ve icrayı kapsamak üzere "davranış" terimi kullanılabilirse de, öteden beri "davranış"tan ziyade, "hareket" kavramı tercih edilmektedir. *Yargıtay* ise nispeten yeni tarihli kararlarında eylemin "etkin olmayan"[2], "edilgin" (pasif, menfi) ve "etkin" (aktif, müspet) olmasından bahsetmektedir[3].

---

[1] Ayrıntılı bilgi için bkz. Haken, İhmal, 21-34.
[2] 4. CD. 19.09.1995. 5753.
[3] 4. CD. 22.12.1997. 11404. 4. CD. 25.01.1996. 591.

Bir hareketin yapılmaması da ceza kanununa göre suç sayılabilir. Ceza kanununun özel kısmında düzenlenmiş bulunan suç tiplerine baktığımızda ise ancak çok az sayıda suç tipinin açık bir şekilde ihmali bir hareketle işlenecek şekilde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz: Görevi ihmal suçu (**TCK** 257/2) gibi. Bunların dışında bazı suç tiplerinin de hem icrai hem ihmali hareketle işlenebilecek şekilde kanunda yer aldığını da tespit etmek mümkündür, örneğin konut dokunulmazlığını ihlâl suçunda olduğu gibi (**TCK** 116). Buna karşılık bu suçların dışındaki çoğunluğu oluşturan suçların ilk bakışta sadece icrai bir hareketle işlenebileceği izlenimi doğmaktadır. Nitekim öldürme suçunda **TCK**81 "bir insanı kasten öldüren"den bahsederek bu suçun icrai bir hareketi gerektirdiğini ifade etmek istemiş gibidir. Ne var ki, bugün için gerek Türk Hukuk Sistemi'nde ve gerekse yabancı hukuk sistemlerinde kabul gören görüş, bu izlenimin yanlış olduğu yönündedir. Bu itibarla her ne kadar ilk bakışta icrai bir hareketin suçun tipikliğine uyduğu düşünülse de ihmali bir hareketle de bu tip suçların işlenmesine bir engel yoktur, zira suç tipindeki neticenin pozitif veya negatif bir hareketle meydana getirilmesi arasında ilke olarak ayrım yapılmamaktadır.

Nitekim günlük dilde de bir suçun işlenmesinden bahsedilir. İster ihmali bir hareketle ister icrai bir hareketle işlenmiş olsun, suçla ilgili olarak her zaman "işleme" kavramı kullanılır. "Öldürme suçunu işledi" derken, işleme terimiyle icrai bir hareket ifade edilirken, "yardım ihmali suçunu işledi"[1] derken ise ihmali bir hareket anlatılmak istenir, fakat "yardımı ihmal etti" denmez. Daha teknik olarak ifade edileceği zaman, suçun ihmal suretiyle mi icra suretiyle mi işlendiği de vurgulanır.

İhmal kavramından anlaşılması gereken de bir kimsenin kendi yeteneğine ve mevcut araçlara göre somut ve bireysel olarak yapması mümkün olan belli bir iradi hareketi yapmamasıdır. İhmali suçlar denildiğinde akla gelen husus da bir kimsenin ya özel bir yükümlülüğe aykırı olarak (garantörsel ihmali suç) ya da genel bir hareket yükümlülüğüne aykırı olarak (saf ihmali suç) belirli bir hareketi yapmayı ihmal etmek suretiyle işlediği suçlardır.

İhmal kavramı devamlı bir hareket ile ilintili olarak ele alınmaktadır. Gerçekten de burada bir faaliyet vardır ve bu faaliyet gerçekten yapılmamakta, sadece düşünülmektedir. Dolayısıyla her ihmal zorunlu olarak bir hareket ile ilişkilendirilmektedir[2]. Nitekim belli bir "**hareket**"in ihmal edildiği söylenmek suretiyle, o hareket göz önünde tutularak, ihmal belirtilmektedir. Bu itibarla çok çarpıcı bir ifade kullanmak gerekirse[3], aslında ihmal bizzat yoktur ve fakat belli bir hareket sayesinde varlık kazanmaktadır.

Ceza kanunlarının doğal yapısı itibarıyla ağırlıklı olan normlar, yasak normlarıdır[4]. Örneğin ceza kanunumuz bireylere, suçları ihbar hususunda, genel bir yükümlülük getirmemiştir. Ne var ki, işlenmekte olan bir suçu ve işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen

---

[1] Kısaca "yardımın ihmali suçu" adını verdiğim ve **TCK** 98'de düzenlenmiş bulunan bu suç tipi için, kanunumuz "yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi" suçu demektedir.

[2] Welzel, 200.

[3] Traeger, 7.

[4] Jescheck/Weigend, 602. Bu bakımdan Anglo Sakson Hukukunun Kıta Avrupası Hukukuna nazaran daha muhafazakar olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin yabancı bir kimseyi kurtarma gibi bir yükümlülük öngörülmemiştir. bkz. Brown vd., 159, 160.

mümkün bulunan bir suçu (bkz. **TCK** 278) bildirme yükümlülüğü vardır. Ayrıca bazı özel nitelikli kimseler (söz gelimi, **TCK** 279, 280) bakımından böyle bir yükümlülük öngörülmüştür. Hatta polisten soyut kaçmak (suç işlemeksizin) dahi suç olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla suç işleme şüphesi altında bulunan kimselere polise teslim olma yükümlülüğü dahi yüklenmemiş, sadece tutuklu veya hükümlüye kaçmama yükümlülüğü getirilmiştir (**TCK** 292). Bir suçtan sanık veya hükümlü olup da hakkında yakalama veya tutuklama müzekkeresi çıkarılmış olan bir kimsenin saklı bulunduğu yeri bildirme zorunluluğu ise ilkin 1971 yılında önceki yasaya eklenmişti (765 s. **TCK** 296; krş. 5237 s. **TCK** 283, 284).

Bu belirlemelerden sonra, kanımca ihmali suçlar, kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar veya hukuksal olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önlemesi mümkün olduğu ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suçlar olarak tanımlanabilir.

Bu arada, ihmali hareketin cezalandırılması ile ilgili olarak şu özet belirlemeyi baştan yapmakta yarar görüyorum: Genel sosyal dayanışma içerisinde mütalâa edilebilecek ihmal cezalandırılmaz. Örneğin, tehlikesiz bir soğuk algınlığında hastaya yardım etmeme gibi. Acil yardım gerekliliğine dayanan dayanışma içerisinde mütalâa edilebilecek ihmal az bir ceza ile cezalandırılır (**TCK** 98) (Saf ihmali suçlar). Özel bir dayanışma ilişkisi içerisinde mütalâa edilebilecek yükümlülüğe aykırı ihmal ise icrai harekete denk sayılır ve aynı ceza ile cezalandırılır (garantörsel ihmali suçlar)[1].

Konuyu daha ayrıntılı olarak ele almadan önce belirtmek gerekir ki, ihmalden dolayı sorumlu tutulabilmek için "**hareket olanağı**"nın olması gerekir. Kusur bahsinde ele alacağımız "beklenebilirlik"ten farklı olarak hareket olanağı, kişinin hareket edebilmesini ifade eder. Örneğin, yüzme bilmeyen bir kimsenin, boğulmakta olan bir kişiyi kurtarmak için hareket olanağı yoktur. *Yargıtay* da bir kararında bu hususa işaret etmiştir[2].

Kişi olayın etkisiyle girdiği şok nedeniyle kendisinden beklenen hareketi yapamayacak durumdaysa, hareket olanağı yoktur:

"Her ne kadar, sanığın trafik kazası sonucu yaralanan kişinin bir an önce tedavi edilmesini sağlama konusunda yardım yükümlülüğü mevcut ise de, dosya kapsamına göre, sanığın ölene çarptıktan sonra olayın oluşu nedeniyle şoka girdiği bu nedenle bir süre yavaşlayıp durmayarak kaza yerini terk ettiği, bu sırada olay yerinden geçmekte olan tanık Cavit ve arkadaşlarının hemen ölenin yanına gelerek ambulans çağırıp öleni hastaneye gönderdikleri, buna rağmen ölümün vuku bulduğu, sanığın da aynı gün jandarma tarafından yakalandığı şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın gerçekleşen eyleminin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 82. maddesinde, "Trafik Kazalarında Yükümlülük" başlığı altında düzenlenen idari para cezasını gerektirir ka-

---

[1] Lampe. 175.

[2] Yardım ya da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi anında zararlı sonucun/neticenin sınırlandırılmasına olanak bulunmalıdır. Böyle bir olanak yoksa suçun oluşması söz konusu olmayacaktır. 2. CD. 06.12.2010. 32787.

bahat olarak kabulü gerekirken, 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde tanımlanan ve unsurları itibariyle oluşmayan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sanığın mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır"[1].

cccc. İhmal-İcra Ayrımı

Bir hareketin ihmali mi, yoksa icrai mi bir hareket olduğunu belirlemek aslında sorun oluşturmaz. Bununla beraber, öyle örnekler karşımıza çıkabilir ki, gerçekten de hareketin ihmali mi yoksa icrai mi olduğu çok açık olmayabilir. Örneğin, geceleyin herhangi bir ışığı olmaksızın bisiklet kullanan bir kimsenin bir yayaya çarparak onu yaralaması halinde, failin taksirli hareketi icrai midir (ışıksız bisikletle bir yayaya çarpmak) yoksa ihmali midir (ışık kullanmamak veya ışığı açmamak)[2]?

Bu ve benzeri olaylarda daha çok değerlendirici bir yargı ile hareketin ağırlık noktası belirlenerek, hareketin ihmali mi yoksa icrai mi olduğu ortaya konmalıdır[3]. Örneğin bir annenin yeni doğmuş çocuğunu bir yere bırakıp ayrılması aslında icrai bir harekettir. Ancak hareketin ağırlık noktası ihmaldedir[4].

Benzer bir örnek üzerinden konuyu açıklığa kavuşturmaya çalışırsak[5]: Hastayı kurtarmaya yönelik hareketlerin artık anlamı kalmadığı ve hastanın kurtarılmasının artık mümkün olmaması nedeniyle, hastaya müdahaleyi bırakan hekimin hareketi icrai midir, ihmali midir? Hekim suni teneffüsü bırakırsa, hastanın hayatı için artık anlamı olmayan bir hareketi ihmal etmiş olur. Hekimin bir aleti kullanmayı bırakması durumunda da sonuç farklı olmaz. Bu durumda da bir ihmal söz konusu olur. Hatta hekimin hastaya bağlı bir aleti aktif bir hareketle kapatması halinde dahi, hareketin normatif değerlendirilmesinde, hastayı kurtarıcı hareketlerin ihmali söz konusu olduğundan, yine ihmali bir hareketin varlığını kabul etmek gerekecektir. Buna karşılık örneğin bu aleti bir üçüncü kişi kapatırsa, burada hareketin ağırlık noktasının ihmal olduğu söylenemeyeceğinden, yani bu kişinin hareketi tedavinin kesilmesine yönelik olmadığından, hareketi icrai hareket olarak kabul etmek gerekir.

Yargıtay kararına konu bir olayda, nişanlı iken ilişkiye girmeleri nedeniyle, evlendikten 3 ay sonra doğum vaktinin gelmesi ve bunun çevrede hoş karşılanmayacağı düşüncesiyle yeni doğan çocuğu öldürmek maksadıyla, şehir dışında ıssız bir yerdeki kullanılmayan tuğla fabrikasına giderek, bebeği ağzı ve yüzü battaniye ile sarılı bir şekilde bahçe duvarı kenarına bırakıp

---

1 12. CD. 14.06.2012. 15000.

2 Wessels/Beulke. kn. 700.

3 Bkz. Hakeri, İhmal, 81 vd.

4 "Oluşa, dosya içeriğine ve gösterilen gerekçeye göre, gayrı meşru ilişki sonucu başkasından hamile kalan sanığın, olay gecesi evinde doğurduğu bebeğini emzirip beze sardıktan sonra ailesinin bu durumu öğrenmemesi maksadıyla evinin yakınındaki boş bir arsaya bıraktığı, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 27.01.2010 tarih ve 328 karar sayılı raporunda otopside belirtilen bulguların ölümden önce mi veya sonra mı oluştuğunun çürüme nedeniyle ayırt edilemediği ve ileri derecede çürüme nedeniyle ölüm sebebinin tespit edilemediğinin belirtildiği olayda, sanığın eyleminin ihmal sureliyle öldürme suçunu oluşturduğunu kabul eden mahkemenin takdirinde isabetsizlik görülmediğinden...". 1. CD. 07.05.2012. 3639.

5 Wessels/Beulke. kn. 703.

üzerine tuğla parçaları koyarak eve dönen babanın eylemini, ihmal kabul ederek TCK 83 nedeniyle cezalandıran yerel mahkemenin kararı bozularak, sanığın icrai adam öldürme nedeniyle cezalandırılması gerektiğine karar verilmiştir[1]. Yine babasını evden alarak ıssız bir alana götürüp bırakıp evine dönen kişinin sorumluluğunun da ihmali hareketten kaynaklandığına karar verilmiştir[2].

Aşağıdaki kararda da hareket icrai bir hareket gibi görünmekteyse de, kanaatimce ihmali bir hareket söz konusudur:

"Dosya içeriğine göre; sanığın olay tarihinde, gündüz saat 13.00 sıralarında yönetimindeki otomobille çarptığı yaralıyı olay yerinde toplanan kişilere hastaneye götüreceğini ifade ederek otomobiline alıp olay yerinden uzaklaştığı, ancak hastaneye götürmeyerek ıssız ve ormanlık alanda yol üzerinde bıraktığı, yaralının kolluk tarafından saat 15.30'da bulunup saat 17.50'de hastaneye ulaştırıldığı ertesi günü saat 03.45 sıralarında öldüğünün anlaşılması karşısında, her ne kadar Adli Tıp Kurumu tarafından ölenin daha erken hastaneye ulaştırılması halinde de kurtulmasının kesin olmadığı yönünde görüş bildirilmiş olup bozmadan sonra dinlenen ve yaralıya müdahale eden doktor tanıkların yaralı zamanında getirilse idi bu durumun ölen şahsın lehine olabileceği yönünde beyanda bulundukları, sanığın yaralı şahsı kaza mahallinden yaklaşık 15 km uzaklıkta bulunan ve kendi yerleşim yerleri olan Cebeci köyüne yakın bir yerde ölüme terk etmiş olduğu değerlendirildiğinde, sanığın eyleminin kasten adam öldürme suçu kapsamında kalabileceği...."[3].

dddd. İhmali Suçların Çeşitleri



İhmali suçları ikiye ayırmaktayız: Saf ihmali suçlar ve garantörsel ihmali suçlar (gerçek olmayan ihmali suçlar – görünüşte ihmali suçlar) olmak üzere.

(1) Saf İhmali Suçlar (Gerçek İhmali Suçlar)

Kanunun kişiden icrai bir hareket beklediği yerde, bu hareketi yapmamak suretiyle işlenen ve sırf hareketin yapılmamasının suçun oluşması bakımından yeterli olduğu, ayrıca garantörlük şartının öngörülmediği suçlara saf

[1] 1. CD. 11.05.2010. 3459.
[2] 1.CD. 20.2.2013. 1230.
[3] 12.CD. 23.02.2012. 7535/5104.

ihmali suçlar (gerçek ihmali suçlar) adını vermekteyiz. Bu tür suçlarda fail kanunda belirtilen bir ihmali hareketi yapmakla suç işlemektedir ve bunun için garantör olması da gerekmemektedir[1]. Örneğin, yardımın ihmali suçu (**TCK** 98[2]).

Bu tarif değişik hükümlerde farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de **TCK** 116'da olduğu gibi suç tipini gerçekleştiren ihmali hareket – evden çıkmama- çoğunlukla kanunda açıkça belirtilmiş olmakla beraber, bazı suç tiplerinde de failin nasıl bir ihmali hareket göstermesi gerektiği çok açık olarak da belirtilmemiştir. Örneğin **TCK** 257/2'de düzenlenmiş bulunan görevin ihmali suretiyle kötüye kullanılması suçunda, görevin nasıl ihmal edileceği ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.

---

[1] TCK'nın 98. maddesindeki: "yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi", 175. maddesindeki, "akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali", 176. maddedeki, "inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirlerin alınmaması", 177. maddesindeki, "gözetimi altında bulunan hayvanın kontrol altına alınmasında ihmal gösterilmesi", 178. maddesindeki, "herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engellerin konulmaması", 257/2. maddesindeki, "görevinin gereklerinin yapılmasında ihmal veya gecikme gösterilmesi", 278. maddesindeki, "işlenmekte olan bir suçun yetkili makamlara bildirmemesi", 279. maddedeki: "kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunulmasının ihmal edilmesi veya bu hususta gecikme gösterilmesi", 280. maddesindeki, "sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi", 284. maddesindeki, "hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yerin bildiği halde yetkili makamlara bildirilmemesi" saf ihmali suçlardandır. CGK. 16.05.2017. 278.

[2] 23/03/2007 tarihinde İzmir'den Ankara'ya gitmekte olan ve sanığın kullandığı otobüsün 5-6 numaralı koltuğunda olen ile katılan kızının oturmakta olduklan. Uşak ili çıkışında ölenin göğsünün sıkışması üzerine, katılan kızının muavinden su ve kolonya istediği, ayrıca ölenin muavine göğsünün sıkıştığını, iyi olmadığını, en yakın hastanenin Uşak ilinde olması nedeniyle geri dönmeleri gerektiğini söylemesine rağmen, durumun iletildiği sanık şoförün 'olmaz güzergah değiştirmek yasak, geri dönemeyiz' diyerek reddettiği, ölenin kalp çarpıntılarının devam etmesine rağmen yola devam eden sanığın, bir süre sonra yolcu almak için durduğu, mola verildiğini düşünen katılanın ve ölenin otobüsten inmek için kapıya yaklaştıkları sırada yolcu alma işlemini tamamlayan sanığın kapıları kapatıp yola devam ettiği, ölenin yerine dönmesinden kısa bir süre sonra, bazı yolcuların lavabo (tuvalet) ihtiyaçları nedeniyle durmasını talep ettikleri sanığın, bir petrol istasyonunda mola vermesi üzerine, ölenin de yüzünü yıkamak ve rahatlamak amacıyla otobüsten inip lavaboya gittiği ve otobüse dönerken yere düştüğü, bir süre beklenilmesine rağmen ambulansın gelmemesi üzerine, istasyonda çalışan tanığın aracıyla önce sağlık ocağına, daha sonra da Banaz Devlet Hastanesine götürüldüğü, ancak burada yapılan tüm müdahalelere rağmen kurtarılamayarak öldüğü şeklinde gelişen olayda: TCK'nın 98. maddesi (1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen yada durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. 2- Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur ve yine, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunun 7. maddesi 'Taşımacı, yolcuların sağlıklı, rahat ve güvenli bir yolculuk yapmasını sağlayacak tedbirleri almak, yolcu ve eşyayı taahhüt ettiği yere kadar götürmekle yükümlüdür' şeklindeki amir hükümleri dikkate alındığında, Sanık şoförün, gelişen olay nedeniyle otobüs içinde hastalanan ölenin ve kızının ikazlarına rağmen, olayın başında Uşak iline yakın yerde seyir halinde iken dönmemekle ve devam eden süreçte durumu yolda ilgili sağlık birimi ve emniyet güçlerine haber vererek yardım almayı sağlamamak şeklinde gelişen eyleminde, TCK'nın 98. maddesinde belirtilen suçun unsurlarının oluştuğu dikkate alınmadan, eylemin taksirle ölüme neden olma olarak kabulü ile yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi. 12.CD. 31.05.2012. 13727.

Saf ihmali suçlar, garantörsel ihmali suçlarda ele alınmayan özel bir problem oluşturmamaktadır. Ancak garantörsel ihmali suçlardan farklı olarak burada ek bir şart söz konusu değildir. Yani garantörsel ihmali suçlardaki ek koşullar, yani garantörlük burada aranmamaktadır. Sadece basit bir hareket yükümlülüğünden söz edilebilir.

Bu bakımdan ele alınması gereken bir suç tipi, kanunumuzun özel hükümler kısmında yer alan "**kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi**" suçudur (**TCK** 83). Esas itibarıyla garantörsel ihmali suç düzenlemesine ilişkin hükümler içeren bu düzenleme, düzenleniş şekli ve yeri itibarıyla saf ihmali suç niteliği arz etmektedir. Bu maddede belirtilen garantörlük kaynaklarını aşağıda ele alacağım. Ancak kısaca belirtmek isterim ki, maddenin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini düzenlemesi karşısında, taksirli öldürmenin ihmali şekli bakımından hangi hüküm uygulanacak şeklinde tereddütlere yol açması olasılığı vardır[1]. Bununla beraber, genel hükümlerde yer almasını arzu ettiğimiz böyle bir düzenlemenin, bu haliyle de hukukumuzdaki önemli bir boşluğu dolduracağı açıktır.

(2) Garantörsel İhmali Suçlar (Görünüşte İhmali Suçlar)

(a) Genel Olarak

Garantörsel ihmali suçlarda (Gerçek Olmayan – Görünüşte İhmali Suçlar – İhmal Suretiyle İcra Suçları) ceza kanununda düzenlenmiş bulunan ve ilke olarak icrai bir hareketle işlenebilen bir suç tipinin ihmali bir hareketle işlenmesi söz konusudur.

Saf ihmali suçların temel özelliği, icrai şekilde işlenememesi ve herkes tarafından (özgü suçlar hariç) işlenebilmesidir. Buna karşılık garantörsel ihmali suçların icrai şekilleri de bulunmaktadır ve ancak bir garantör tarafından işlenebilir.

Bu tip suçlarda failin neticeye neden olan pozitif bir hareketinden söz etmek mümkün değilse de fail, sözü geçen neticenin meydana gelmesini istediğinden hareketsiz kalmakta ve kanunda öngörülmüş bulunan netice de fail sayesinde meydana gelmektedir. Burada neticeden sorumluluğun nedenini müdahale eksikliğinde aramak gerekir. Bu suretle, özet olarak ifade etmek gerekirse, failin fiilinin bir nevi hareketsizlik arz etmesine rağmen bir suç işlediğinin kabul edilmesinin arkasında yatan neden, bir hareket etme yükümlülüğüne uymaması ve kanunun suç olarak düzenlediği neticenin meydana gelmesinde etken olmasıdır. Böylece garantörsel ihmali suçlarda hem icra hem de ihmal haksızlığının mevcut olduğu söylenebilir.

Garantörsel ihmali suçların çıkış ve bağlantı noktası icrai suç tipleridir. Bir icrai suç tipi esas alınarak, bu icrai suç tipinin ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi cezalandırılmaktadır. Bu itibarla tipiklik noktasında esas alınan husus, icrai bir suç tipidir. Dolayısıyla garantörsel ihmali suçlarda icrai suçlara kıyas uygulayarak suç tipi belirlemesi yapılır. Bu kıyas uygulaması ise iki esas üzerinden yapılır. Bu iki esas aynı zamanda garantörsel ihmali suçların özel unsurlarını teşkil etmektedir. Nitekim garantörsel ihmali suçlar,

---

[1] Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Türk Ceza Kanunu Reformu, 122, 123.

1. ilgili maddi suçun tipikliğinin gerçekleştirilmesi ve
2. bu suçlara ilişkin özel şartın bir araya gelmesi suretiyle işlenir.

Bu özel şart, garantörlüktür.

Garantörsel ihmali suçlar hususunda Türk Hukuku'nda genel nitelikli herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanunumuzun özel hükümler kısmında öldürme, yaralama ve işkence suçları bakımından açık bir düzenleme yapılmıştır (bkz.TCK 83, 88, 94/5). Buna karşılık, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümler kısmında bütün kabahatler açısından geçerli olacak bir hükme yer verilmiştir:

"*İhmali davranışla işlenmiş bir kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığı gereklidir*" (md. 7).

Bu düzenlemeler karşısında ve genel nitelikli bir hükmün eksikliği nedeniyle, öğretide söz konusu suçlar dışındaki suçların ihmali suretle işlendiği takdirde cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda tereddüt oluşmuştur. Kitabın önceki baskılarında bütün suçların garantörsel ihmali suç şeklinde işlenebileceğini savunmuştum. Ancak, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 212. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nda yapılan değişiklik ile artık mevzuatımızda garantörsel ihmali suçların sadece kanunda açıkça gösterilen hallerde söz konusu olabileceğini kabul etmek zorunlu olmuştur. 6831 sayılı Orman Kanunu açıkça garantörlük yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlalinden ötürü sorumluluğu belirlemiştir (md. 105/2): "*Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170 inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır*". Böylece yeni bir garantörsel ihmali suç ihdas edilmiştir ve kanun koyucu genel bir hüküm yerine bu şekilde özel hükümler sevk etmek suretiyle garantörsel ihmali suçların ancak kanunda açıkça düzenlenmesi halinde söz konusu olabileceği yönünde iradesini göstermiştir.

(b) Garantörlük

(aa) Genel Açıklamalar

A'nın küçük çocuğunun İstanbul Göztepe'de havuza düştüğünü ve bu çocuğun ölümünü herhangi bir insanın kurtarma hareketi yaparak önleyebileceğini varsayalım. Bu örnek icrai suçlar ile garantörsel ihmali suçların fail bakımından farklılığını ortaya koymaktadır. Hukuki yararı ihlâl edici hareketler herkese yasaklanmış iken, hukuki yararı takviye edici hareketler her halükârda ve herkese emredilmemiştir. Gerçekten de "başkasını öldürme" şeklindeki yasak herkese yönelik olabilirken, herkesten bir hukuki yararın ihlâlinde engelleyici vazife görmesi istenemez. Böyle bir talebin suç politikası bakımından da yanlış olduğunu ifade etmek gerekir. Aksi takdirde her kişi bütün hukuki yararlar için yetkili ve sınırsız araçlara sahip özel polis olarak atanmış, herkes bir nev'i vasi haline getirilmiş olurdu. Bu, aslında otoriter nitelikteki siyasi sistemlerde çok sevilen bir şey olsa da çoğulcu-liberal sistemlerle uyuşması mümkün olmayan bir yükümlülüktür. Böylece garantörsel ihmali suçlarda genel faillik unsurlarının yanı sıra bir de garantörlük koşulunun gerçekleşmiş olması gerekir.

Anayasamızdaki "*temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*" hükmünden (md. 12/II) veya ceza kanununun özel kısmındaki müstakil suç tiplerinin dayandığı "insanlara zarar vermemeye yönelik genel emir"den, yine ceza kanunu tarafından garanti altına alınmış ve herkese yönelik bir "ceza kanununun özel kısmındaki müstakil suç tiplerinde açıklanmış bulunan neticeyi önleme yükümlülüğü" çıkarılamazsa da kanun koyucu bazı özel hallerde, böyle bir yükümlülüğü öngörmeyi uygun bulmakta ve fakat bunun için ek birtakım koşulların gerçekleşmesini aramaktadır. İşte garantörlük bu ek koşulların başında gelen hususdur.

Garantörlüğün suçun unsurlarından hangisine dâhil olduğuna da değinilmelidir. Ceza Kanunumuzun 83. madde hükmü karşısında garantörlük, garantörsel ihmali suçların, objektif unsurlarına, tipikliğine dâhil bir unsur olarak kabul edilmelidir.

(bb) Kavramı

"Garantörlük" normalde olsa olsa yardımın ihmali suçundan (TCK 98) dolayı cezalandırılacak olan bir kimsenin, hemen hemen bir icrai fail gibi cezalandırılmasını sağlayan kavramın adıdır. Hareketsiz kalan bir kimseyi bir neticeden dolayı hukuken sorumlu tutmaya müsaade eden "yakın ilişki"ye garantörlük adı verilmektedir. Bir başka tanıma göre de garantörlük, garantörsel ihmali suçlardaki özel yükümlülük ilişkilerine verilen isimdir. Alman Ceza Kanunu'nu (md. 13) esas alarak bir tanım yapacak olursak, "garantörlük, tipik neticenin meydana gelmesini önlemek konusunda hukuken yükümlü tutulmak" demektir.

Bir kimsenin düşmanını silahla ateş ederek öldürmesi ile aynı kimsenin boğulurken onu seyretmesi arasında ahlâki kötülük bakımından bir fark yoktur. Ne var ki, ahlâkın bize yüklediği zor durumda olan kimseye yardım etme yükümlülüğünü hukuk alanına taşımak, insanları çok fazla zorlamak manasına gelir. "Böyle bir telâkki, hâlihazır sosyal vaziyetle kabili telif değildir". İşte bu nedenledir ki, başkalarına kötülük yapılmamasını temin etmeyi asıl görev edinmiş bulunan ceza hukukunun, istisnaen başkalarına iyilik yapmayı da emrettiği haller için ek bir şartın kabul edilmesi gereği açıktır. Bu da garantörlük müessesesidir.

Gerçekten de garantörsel ihmali suçlarda mümkün bir hareketin yapılması halinde neticenin engellenecek olması, her hareket yeteneğine sahip olanı sorumlu tutmak için yeterli olmaz, zira ceza ile donatılmış bir "ihtiyaç duyulan her yerde yardım etmek yükümlülüğü" kabul edilemez. Bu nedenle öteden beri tanınan husus, hukuk düzeninin vatandaşlara ancak üçüncü kişilerin hukuki yararlarına zarar verebilecek *aktif* bir hareketi ihmal yükümlülüğü yükleyebileceğidir. Dolayısıyla, eğer bir kişi istisnaen pozitif harekette bulunmayı ihmal ettiğinden dolayı sorumlu tutulacak ise bunun için "özel bir hukuksal neden" gösterilmelidir. Bunun içindir ki, pozitif hareketin ihmal ile eşit tutulması, failin neticenin önlenmesi bakımından "garantör" konumunda olmasını gerektirmektedir. Yani ihmali suçun faili ancak garantörlük yükümlülüğünün sahibi olabilir. Bundan dolayı Alman Ceza Kanunu 13. madde neticeye sebebiyet alanında icrai hareketin ihmali hareket ile eşit tutulması için, failin "neticenin meydana gelmemesi hususunda hukuksal olarak garantör,

yükümlü" durumunda olmasını aramaktadır. Sadece garantör olan bir kimse bir garantörsel ihmali suçun faili olabileceğinden, bu suçlar gerçek özgü suçlardır. Gerçekten de fail olarak söz konusu olabilecek kişiler ancak ihlâl edilen hukuki yarar ile belirli bir yakın ilişki içinde olan kimselerdir.

(c) Garantörlük Kaynakları

İngiliz Hukuku'nda hareket yükümlülüğünün kaynağı olarak, sözleşme (contract), yakın akrabalık (relationship), gönüllü üstlenme (assumption of care for another) ve öngelen tehlikeli eylem (creation of a dangerous situation) kabul edilmektedir[1].

Garantörlük kategorileri konusunda geleneksel eğilim; kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli eylem ayrımı yapmaktadır. Kanunumuz da 83. maddede bu ayrımı benimsemiştir. Buna göre, ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.

Aşağıda TCK 83/2'de belirlenen bu garantörlük kaynakları ele alınacaktır:

(aa) Kanun

Medeni Kanunumuza göre, anne-baba çocuklarına her türlü yardımı yapmakla yükümlüdür[2]. Çocuklar da ebeveynini korumakla yükümlüdür[3].Yine

---

[1] Allen. 27 vd. 'Sanığın yaşadığı cinsel ilişki sonucu hamile kaldığı, hamile olduğunu ailesinden ve çevresinden gizlediği, ailesiyle birlikte oturduğu evin banyosunda doğum yaptığı, bir süre dinlendikten sonra bebeğini, göbek kordonunu kesmeden plesanta ile birlikte yüzü açık kalacak şekilde bir havluya sardığı, evlerinin karşısında bulunan çöp konteynırına saat 6.30 gibi bırakıp ikametine döndüğü, balkona çıkıp baktığında bebeğin halen kıpırdadığını gördüğü, ailesinin durumu farketmemesi için hazırlanıp çalıştığı hastaneye gittiği, gece 24.00 civarında temizlik görevlilerinin çöp konteynırını çöp arabasına boşalttıkları ve çöpleri presledikleri sırada yere dökülen kan damlalarını görünce durumu polisiye kuvvetlerine bildirdikleri olayda, sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirmemesi nedeniyle, kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediği anlaşılmakla, TCK 83 uyarınca cezalandırılması gerekirken, bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulması kanuna aykırıdır'. 1. CD. 08.11.2013. 6037.

[2] 'Sakat ve 5 yaşında olan maktulün bakımıyla görevli annesi sanığın, kalorifer ve soba bulunmayan, tutanaklara göre normal ev eşyası olmayan evde, kış mevsiminde tek başına terk etmek suretiyle ölümüne neden olunduğu anlaşıldığından, 765 Sayılı TCK.nun 450/1. maddesi ile 5237 sayılı Yasanın 83/2 maddesinin somut olarak karşılaştırılmak suretiyle cezalandırılması...'. 1. CD. 13.02.2007. 382.

[3] 'Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın, 80 yaşında ve rahatsızlığı nedeniyle ancak bastonla yürüyebilen maktul babasının bakımını yıllardır eşiyle birlikte üstlendiği ve birlikte aynı evde yaşadıkları, bir süre sonra bakımında güçlük çekmesi ve eşinin daha fazla bakmayı istememesi nedeniyle, olay günü akşam saatlerine doğru babasını evden alarak otomobiliyle ikamet ettikleri eve 22 km. uzaklıkta bulunan ormanlık ve ıssız bir alana götürüp bırakıp sonrasında evine döndüğü, maktulün, olaydan iki gün sonra bırakıldığı yere kısa bir mesafede bulunan dere yatağında kendisinde önceden var olan kronik kalp-damar ve akciğer hastalığı nedeniyle ölü olarak bulunduğu, ölümü ile sanığın eylemi arasında nedensellik bağının bulunduğunun Adli Tıp Kurumu'nun 25.01.2012 günlü raporuyla belirlendiği olay-

PVSK gereğince polis vatandaşın, malını, ırzını, canını korumakla yükümlüdür. Böylece bu yasal hükümlerle anne-baba, polis, gardiyan gibi kimseler garantör olmaktadırlar. Keza 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun'un 14. maddesine göre, *"her kaptan, denizde, can tehlikesine uğramış olarak rast geldiği kimselere, düşman bile olsa, kendi gemisini, gemi adamlarını ve yolcusunu ciddi bir tehlikeye atmaksızın elinden gelen her yardımı yapmakla ödevlidir". Yine "başka gemiden imdat işareti alan bir geminin kaptanı tehlikede bulunan kimselerin yardımına bütün hızı ile gitmek ödevindedir"* (md. 15). Bu hükümler dolayısıyla da gemi kaptanları garantördürler.

Evlilik birliği nedeniyle, eşler de birbirine karşı garantördür. Sanığın hastalığı nedeniyle fazla hareket edemeyen ve temizliği sorun olan karısını 13 ay tuvalet yakınındaki tahtada ve sandalye üzerinde oturmaya tabi tuttuğu, temizliği ve bakımının gereğince yapılmadığı, bu nedenle maktulün vücudunda yaralar oluştuğu halde, son üç ay boyunca gereken tedavinin de sağlanmaması nedeniyle yaralardaki enfeksiyonun vücuda yayılmasına bağlı ölümün gerçekleştiği ve Adli Tıp raporuna göre ölüm ile uzun süre yatmaya bağlı yaralar arasında nedensellik bağının bulunduğunun belirlendiği olayda, *Yargıtay* isabetli olarak, sanığın Medeni Kanundan (TMK 185/3) doğan eşine karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi dolayısıyla TCK'nın 83/2-a maddesi uyarınca cezalandırılmasını isabetli bulmuştur[1]. Buna karşılık, *Yargıtay*, bir kimsenin evlilik dışı yaşadığı kişiye karşı garantör olmadığına haklı olarak karar vermiştir[2].

Öğretide yargı kararlarının da hukuki yükümlülük kaynağı olarak kabul edilmesi veya geniş anlamda kanuni düzenleme ölçütü içinde varsayılması gerektiği ileri sürülmekteyse de[3], kanunumuz açıkça kanuni düzenleme gerekliliğinden bahsettiğinden, yargı kararları bu kapsamda kabul edilemez. Ayrıca bu hükmün bu yönde genişletilmesi de doğru olmayacaktır. Zira bura-

---

da. TCK'nun 83.maddesinde düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun "Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olma" halini düzenlediği somut olayda: sanığın, maktul babasına karşı olan bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi ve terk etmesinden öte, yaşlı, uzun mesafe yürüyemeyen ve kendini tek başına idare edemeyecek durumda olan maktulü, mevsim ve hava koşulları itibariyle soğuk bir havada başka kişiler tarafından sıklıkla kullanılmayan, dağlık ve ormanlık bir araziye bıraktığı, maktulün, kişisel durumu itibariyle mevcut hava ve arazi şartlarına karşı mücadele edip, hayatta kalamayacağını öngördüğü ve doğabilecek bütün neticeleri kabullendiği böylece olası kastla ölümüne sebebiyet verdiği'. 1.CD. 20.2.2013. 1230.

1 1.CD. 14.03.2018. 1201.

2 "...Başkasıyla resmen evli, 6 çocuklu ve Hatay'dan Gaziantep'e 15-20 günde bir gelerek 2-3 gün süre ile bekar olan sanık Hülya ile birlikte yaşayan, olay günü sanık Hülya'nın kendisine ait evin üst katını sanık Gökhan'a kiraya verilmesi sebebi ile sanık Hülya ile tartışan ve kiraya verilen evin terasına çıkan maktulün, sanık Gökhan'a fokal atması nedeni ile çıkan tartışma sırasında sanıklar Gökhan ve Ömer tarafından öldürüldüğü olayda: sanık Hülya'nın, maktule yasal düzenlemeden veya sözleşmeden kaynaklanan yardım yükümlülüğünün bulunmadığı, bu durumda 5237 sayılı TCK.nun 83/3 maddesindeki suçun oluşmadığı, ancak eylemin 98. maddesi kapsamında tartışılması gerektiği...'. 1.CD. 10.02.2010. 752. Amerika Birleşik Devletlerinde de benzer yönde karar verilmiştir. Sanık ve mağdur bütün hafta sonunu sanığın evinde geçirmiş ve Pazar öğleden sonrasına kadar alkol almışlardır. Mağdurun ayrıca aşırı dozda uyuşturucu aldığı anlaşılmaktadır ve sanığın kendisini bir komşusuna bırakmasından sonra ölmüştür. Sanığın insan öldürme suçundan mahkum edilmesine karşılık, Michigan Yüksek Mahkemesi, mağdurun sanığın karısı veya çocuğu olmadığı, sanığın mağdurun velisi veya muhafızı olmadığını; mağdurun yetişkin olduğunu ve sanıkla rızasıyla kaldığını; mağdurun kadın olmasının da bu bakımdan farklı olmadığını, sanığın mağdura yönelik herhangi bir yasal yükümlülüğü olmaması nedeniyle sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. People v. Beardsley.

3 Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu, 127.

da çok ağır bir sorumluluk vardır ve yargı kararlarıyla garantörlük kurulması ceza hukukunun güvence fonksiyonuna aykırılık oluşturacakır.



(bb) Sözleşme

Yazılı veya sözlü bir sözleşme ile bazı kimselere bakma veya koruma yükümlülüğü üstlenenler de garantördür. Örneğin, cankurtaran, çocuk bakıcısı, korumalar, hekim vs.

(cc) Öngelen Tehlikeli Eylem

İlkin tehlikeli bir öngelen eylem ile başkaları için tehlikeli ve garantörün bertaraf etmek zorunda olduğu durumlar meydana getirilebilir. Örneğin dikkatsizce yola fırlayan bir yayaya, yoldan geçmekte olan bir motosikletlinin çarpmamak için yoldan çıktığı olayda, yola fırlayan kimse, motosikletliye yardım ile yükümlü olmuştur. Bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, ihmal suretiyle öldürmeden veya yaralamadan dolayı sorumlu tutulabilir.



Fail, trafik kazası sonucu bir kişinin yaralanmasına neden olur. Önce aracına alıp hastahaneye götürmek istemiş, ancak daha sonra bundan vazgeçerek mağduru ormanlık bir alana bırakmıştır. Mağdurun bırakıldığı yer insanların çok gelip geçtiği bir yer değildir. Yaklaşık dört saat sonra birileri mağduru yaralı halde bulmuş ve hastaneye kaldırılırken mağdur ölmüştür.

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararı ise hatalıdır: Karara konu olayda sanığın karısının bakım ve tedavisini yapmaması nedeniyle oluşan enfeksiyon sonucu öldüğü olayda kanundan kaynaklanan garantörlüğü kabul edilirken aynı evde oturan mağdurun kayınpederi ve kayınvalidesi de kadının evde bu şekilde muamele görmesine neden olmaları ve son üç ayda tedavisini sağlamamaları (önceden tehlikeli davranışlan) nedeniyle TCK 83/2-b gereğince cezalandırılmalarına karar verilmiştir [1]. Bu kararda öngelen tehlikeli hareket nedeniyle garantörlüğün kabul edilebilmesi için, kayınpeder ve kayınvalide, gelinlerinin bu tehlikeli duruma düşmelerinin sebebi olmalıdır. Olayda kayınpeder ve kayınvalide kendi oğullarıyla birlikte iştirak iradesiyle hareket etmiş ise bu takdirde de garantörsel ihmali suça iştirak söz konusu olabilirdi. Halbuki olayda olsa olsa TCK 98 gereğince sorumluluk daha olası ihtimal olarak görünmektedir.

"Sanığın otomobiliyle yolda seyir halindeyken, kendi otomobilini yolun kenarına park edip bagajından eşya almaya çalışan maktule, asli ve tam kusurlu olarak çarparak kaçtığı.... Sanığın kendi kusuruyla yarattığı tehlikeli duruma ilişkin bulunan yardım ve bildirim yükümlülüğüne uymama eyleminin, TCK 83'te düzenlenen belli bir yükümlülüğün ihlali ile ölüme neden olma suçunun unsurunu oluşturabileceği, TCK 98'de düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunda ise yükümlülüğün, olaya sebebiyet vermeyen üçüncü kişilere ait olduğu...", 1.CD, 26.12.2012, 9989.

[1] 1.CD, 14.03.2018, 1201.

Bir sürücünün yanlışlıkla bir yayanın ayağını ezmesi ve yayanın uyarısından sonra farkedince de aracı yayanın ayağının üzerinden kaldırmaması halinde, önce taksirle icrai hareketle, bilahare kasten ihmali hareketle yaralama nedeniyle sorumlu olacaktır. Bu yönüyle sorun ayrıca içtima bahsini de ilgilendirmektedir.

c. Netice

aa. Neticeye Göre Suçların Tasnifi

aaa. Neticesi Harekete Bitişik Suç (Sırf Hareket Suçları) - Neticesi Hareketten Ayrılabilen Suç Ayrımı

bbb. Zarar Suçu-Tehlike Suçu Ayrımı

ccc. Kalkışma Suç Tipleri (Teşebbüs Suçları)

ddd. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

eee. Ani Suç-Kesintisiz Suç Ayrımı

aaaa. Genel Açıklamalar

bbbb. Kesintisiz Suç ile Diğer Suçlar Arasındaki Farklar

cccc. Suçun Kesintisiz Olmasının Sonuçları

bb. Birden Fazla Neticenin Bir Suç Sayıldığı Durumlar

Netice kendisine hukuken değer ve önem tanınan, yapılmak (icrai) veya engel olunmamak (ihmali) suretiyle oluşturulan hareketle meydana gelen dış âlemdeki değişikliktir. Böylece "ceza hukukunda netice, suç tipinde belirtilmiş olan ve gerçekleşen somut bir unsurdur. Hukukçu olarak bizi ilgilendiren netice, **suç tiplerinde belirtilmiş olan neticedir**"[1]. Nitekim bir hareketten, doğal olarak birden fazla netice meydana gelebilir. Bütün bu neticeler ceza hukukunun ilgi sahasına girmez. Ceza hukukunu ilgilendiren sadece suç tipindeki neticedir[2]. Somut olayda bunun dışında *bazı başka neticeler daha* ortaya çıkmış olabilir; örneğin, insan öldürme suçunda, kanuni tarifte yer alan netice mağdurun ölmesidir; ancak bu ölüm akrabaları mânen ve maddeten perişan etmiş olabilir[2]. Bu da dış âlemde bir değişikliği belirtir; yine bu olaylardan her biri ile failin hareketi arasında nedensellik bağı vardır. Fakat bunlardan sadece biri ceza hukuku açısından önemlidir ve suç tipinde tarif edilmiştir; bu da mağdurun ölmesinden ibarettir. Böylece adam öldürme suçu bakımından bizi ilgilendiren netice, yalnızca kanuni tarifte yer alan neticedir.

Bu konuda İtalyan yazarlardan Bettiol'un örneği ilginçtir: Silahını mağdura yöneltip tetiği çeken kimsenin bu hareketinden sonra "barutun ateşlenmesini, merminin namludan çıkmasını, hava tabakasının yer değiştirmesini, merminin elbiselerden içeri girmesini ve mağdurun vücuduna saplanmasını, mağdurun ölmesini, akrabalarının ıstıraba düçar olmasını, iktisâden perişan olmalarını ve belki de intihar etmelerini" bağımsız bir netice olarak kabul edecek miyiz?[3].

---

[1] Önder, II, 92.
[2] Öztürk/Erdem/Özbek, 136.
[3] Alacakaptan, 41.

Neticenin sadece maddi olması lazım değildir. Acı, öfke; sövmede, üzüntü ve onur kırıklığı gibi moral değişiklikler de neticedir[1].

Netice, ceza hukukunda birçok konu bakımından önem arz etmektedir. Özellikle kast, netice sebebiyle ağırlaşmış suç, taksir, teşebbüs, nedensellik bağı, zamanaşımının başlaması, kesintisiz suç, suçun işlendiği yer ve zaman, suç sayısı, içtima gibi hususlarda netice kavramına başvurmak gerekmektedir[2].

Aşağıda öncelikle suçlar arasında netice unsuru göz önünde bulundurularak yapılan ayrımlara yer verilecek, daha sonra da neticenin suç sayısının belirlenmesindeki önemi ele alınacaktır.

aa. Neticeye Göre Suçların Tasnifi

aaa. Neticesi Harekete Bitişik Suç (Sırf Hareket Suçları) - Neticesi Hareketten Ayrılabilen Suç Ayrımı

Neticesi harekete bitişik suçlarda (sırf hareket suçları), hareketin yapılması ile netice de gerçekleşmiş olur. Zaman ve yer bakımından hareket ile neticenin birbirinden ayrılması mümkün olmaz.

Neticenin zaman ve yer bakımından hareketin içinde bulunduğu, onunla kaynaşmış olduğu hallerde neticesi harekete bitişik suç (şekli suç); neticenin zaman ve yer bakımından hareketten sonra meydana geldiği hallerde ise neticesi hareketten ayrılabilen suç (maddi suç) söz konusudur[3].

Nasıl hareketsiz suç olmaz ise neticesiz suç diye bir şey de yoktur. Şekli suçlarda sadece netice harekete bitişiktir. Yoksa onlarda da *netice vardır*.

Neticesi harekete bitişik suçlara örnek olarak adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs, hakaret, sövme ve yalan yere tanıklık suçlarını gösterebiliriz. Bir kimseye hakaret oluşturan sözlerin söylenmesiyle, yani hareketi oluşturan sözlerin sarf edilmesiyle, hakaret neticesi de gerçekleşmiş olur. Neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda ise hareket ile netice birbirinden yer ve zaman bakımından ayrılabilir. Söz gelimi bir kimseye ateş etmek şeklindeki hareket bugün gerçekleştirilip, mağdurun ölmesi şeklindeki netice ise yarın gerçekleşebilir. Aynı şekilde ateş etme Türkiye'den yapılıp, netice ise Suriye'de gerçekleşebilir.

Bu ayrım, önemini



⇒ suçun işlendiği yer

⇒ suçun işlendiği zaman ve

⇒ icra hareketlerinin tamamlanıp da neticenin gerçekleşmemesi açısından gösterir.

Neticesi harekete bitişik suçlarda (sırf hareket suçları), ihlali belirten hareket yapılır yapılmaz suç da tamam olmuştur; bu itibarla suç, hareketin yapıldığı zaman ve yerde işlenmiş; zamanaşımı da o andan itibaren işlemeye

---

[1] Yüce, 29.
[2] Erem/Danışman/Artuk, 285.
[3] Erem/Danışman/Artuk, 267.

başlamıştır. Bu tip suçlarda icra hareketlerinin tamamlanıp da neticenin gerçekleşmemesi asla mümkün olmaz, zira icra hareketleri tamamlandığı anda netice de gerçekleşir. Neticesi harekete bitişik suçlara sadece bazı istisnaî durumlarda teşebbüs mümkün olabilir.

Buna karşılık neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda (maddi suç), suçun neticenin gerçekleştiği yer ve zamanda işlenmiş ve zamanaşımının da o andan itibaren işlemeye başlamış olduğunu kabul eden yazarlar bulunmakla beraber, ben **hareketin yapıldığı zaman ve yeri** esas alıyorum. Bu suçlarda netice hareketten ayrı olduğundan, hareket tamamlandığı halde neticenin meydana gelmemesi mümkündür[1].

bbb. Zarar Suçu-Tehlike Suçu Ayrımı

Ceza kanunundaki suçlar incelendiğinde görülmektedir ki, kural olarak bir zararın meydana gelmesi halinde suçun oluştuğu kabul edilirken, bazı suçlarda ise bir zarar meydana gelmeden de sadece bir tehlikenin meydana gelmesi de yeterli kabul edilmektedir. Bu tespit çerçevesinde suçları zarar suçu ve tehlike suçu şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Belirtelim ki, nasıl ki, ceza kanunundaki suçların çoğu icrai suçlar olup, ihmali suçlar azınlıkta ise; benzer şekilde suçların çoğu zarar suçu olup, tehlike suçları azınlıktadır.

"Zarar suçlarında hareketin yönelmiş olduğu konuda bir zararın meydana gelmiş olması arandığı halde, tehlike suçlarında suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi netice olarak yeterlidir". Söz gelimi adam öldürme suçu bir "zarar suçudur". Çünkü failin silah veya bıçak kullanması yeterli olmayıp; bunun dışında tipte gösterilen "öldürürse" neticesinin de meydana gelmesi gerekir. "Tehlike suçlarında ise hareketin yönelik olduğu konunun gerçekten zarara uğramış olması şart değildir; bu konunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesi ile karşılaşmış olması, yani hareketin suçun konusu üzerinde zarar tehlikesini yaratabilme imkânının varlığı suç tipinin ihlal edilmiş olması için yeterlidir"[2]. Örneğin, **TCK** 170/1-b'de düzenlenmiş bulunan "sele neden olma" suçunda bir kimsenin su basmasına kasten sebebiyet vererek başkasının malını tehlikeye maruz bırakması cezalandırılmaktadır. Burada gerçekten de bir başkasının malının zarara uğraması şartı aranmamakta, zarara uğramadan da sadece malın zarar tehlikesine maruz bırakılması yeterli görülerek cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla bu suç tiplerinde; failin, henüz bir zarar doğmadığından kendisinin cezalandırılamayacağı savunması geçerli olmaz, zira esasen aranan da bir zarar değil, sadece tehlikeye yol açılmış olmasıdır.

Keza hakaret suçu da bir tehlike suçudur. Suçun oluşması için mağdurun aşağılanmış olması gerekmemektedir, aşağılanma, tahkir olma tehlikesi suçun oluşması için yeterlidir[3].

---

[1] Donmezer/Erman. I. 384.
[2] Önder. II. 59. 60.
[3] Bkz. Özen. Hakeret. 97.

Bu ayrımın önemi; bir tehlikeye sebebiyet verilmesinin suç olduğu hallerde, aynı eylem nedeniyle ayrıca bir zararın da meydana gelmesi halinde ortaya çıkar. İleride suçların içtimaı bahsinde de göreceğimiz üzere, bu takdirde artık sadece meydana gelen zarardan ötürü ceza verilir ve ayrıca tehlike suçundan cezalandırma söz konusu olmaz.

Tehlike suçları da ikiye ayrılır:

- Somut tehlike suçları
- Soyut tehlike suçları.

Somut tehlike suçlarında, gerçek bir zarar tehlikesinin meydana gelmiş olması gerekirken, ***soyut tehlike*** suçlarında hareketin yapılması yeterli olup, ayrıca somut bir tehlikenin gerçekten de meydana gelmiş olmasına gerek yoktur[1]. Örneğin, hızlı araç kullanan cezalandırılır şeklinde bir hüküm olsa, bu bir soyut tehlike suçunu düzenliyor demektir. Buna karşılık, hızlı araç kullanarak başkalarını tehlikeye sokanlar cezalandırılır şeklindeki bir suç tipi somut tehlike suçudur.

Kanun koyucu somut tehlike suçlarını düzenlerken, "... ve bu şekilde bir insanın vücudu veya hayatını vs. tehlikeye düşürürse" şeklinde bir ifade kullanır[2].

Soyut tehlike suçlarında tehlike suçun unsuru değildir. Kanun koyucu, bir davranış biçimini baştan o kadar tehlikeli görmektedir ki, bu suçlarda somut bir tehlikenin ortaya çıkmasını aramamaktadır[3].

Kanunumuzdan birer örnekle açıklayacak olursak, **TCK** 170/1-b hükmünün tatbik edilebilmesi için, sele neden olma hareketinin başkasının malı üzerinde somut bir tehlike oluşturması gerekirken, **TCK** 170/2'de düzenlenmiş bulunan "yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olma" suçunun oluşması için, herhangi bir kimse bakımından bu fiiller dolayısıyla somut bir tehlike meydana gelmesi gerekmemektedir.

ccc. Kalkışma Suç Tipleri (Teşebbüs Suçları)

Nasıl ki yukarıda kural olarak kanundaki suçların zarar suçu niteliğinde olduğu tespitini yapmışsak, yine kanundaki suçların kural olarak tamamlanmış suç tipleri olarak belirlendiğini de söylemek olanaklıdır. Bununla beraber, kanun koyucu korumak istediği yararın önemini göz önünde tutarak, failin cezalandırılabilmesini daha ön bir safhaya çekmek amacıyla, suç tipinin hazırlık hareketlerini veya teşebbüs durumunu tamamlanmış suç gibi cezalandırabilir[4].

---

1 İçel, Suç Teorisi, 68.
2 Heinrich (Ed. Ünver), 93.
3 Heinrich (Ed. Ünver), 94.
4 Önder, II, 63.

Belirtelim ki, nasıl ki, ceza kanunundaki suçların çoğu icrai suçlar olup, ihmali suçlar azınlıkta ve suçların çoğu zarar suçu olup, tehlike suçları azınlıktaysa, benzer şekilde kanunumuzda kalkışma suçlarını belirten hükümler, çok fazla sayıda olmayıp, istisnaî niteliktedir. Örneğin, **TCK** 262, 309 ve 310/1'de olduğu gibi, kalkışma suçunu suçun tamamlanmış hali için öngörülmüş ceza ile cezalandıran hükümler bulunmaktadır.

Keza, göçmen kaçakçılığı suçunda da "*suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağı*" açıkça hükme bağlanmıştır (**TCK** 79).

Bunların dışında, kalkışma suçlarında suç işlenmeden veya soruşturmaya başlanmadan önce, failin vazgeçmesini, çekilmesini cezasızlık sebebi olarak açıkça tespit eden hükümler de kanunumuzda bulunmaktadır (örn. **TCK** 316/2).

Bir suçun teşebbüs suçu olması ancak kanuni tanımla mümkün olabilir. Yargıtay'ın, hukuka, eşitlik ilkesine, hak ve nesafet ilkesine uygun düşeceği gerekçesiyle, bir suçu teşebbüs suçu olarak kabul etmesi doğru değildir[1].

ddd. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

Netice sebebiyle ağırlaşan suçlara burada kısaca değineceğiz. Konunun diğer özelliklerini ileride manevi unsur bahsinde ele alacağız.

> Bu suçlar iki aşamalıdır:
> Fail suç tipindeki neticeyi kasten veya taksirle gerçekleştirir ve **birinci aşama** gerçekleşince esas suç tipi oluşur.
> **İkinci aşama** failin gerçekleştirdiği birinci neticeye eklenen ağırlaşmış şekli belirtir ve fail bu ikinci neticeyi kural olarak istememektedir (Önder, II, 64).

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç, adından da anlaşılacağı gibi, suçun meydana gelen netice sebebiyle ağırlaşmasını ve dolayısıyla failin daha ağır bir cezayla cezalandırılmasını ifade eder. Suçun basit şekli için belirli bir neticenin gerçekleşmesi şarttır. Bu neticenin gerçekleşmesi açısından failin kast veya en azından taksiri aranır. Bununla beraber, daha ağır neticenin gerçekleştiği durumlarda, kanun failin bu netice bakımından en azından taksirinin bulunmasını aramaktadır (**TCK** 23).

Genellikle ağırlaşmış netice mağdurun ölümüdür. Mesela yaralama sonucu (**TCK** 87/4) veya terk sonucu (**TCK** 97/2) mağdurun ölmesi gibi. Bununla birlikte, **TCK** 109/4'te öngörülen, hürriyetten mahrumiyet suçunun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde de netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusudur (109. madde gerekçesi).

---

[1] "Dairemizin yeni kabul ve uygulamasına göre, sanığın devlet ormanı sayılan yerde orman örtüsünü kaldırmak suretiyle bina yaptığının tespit edilmesi halinde inşaat devam etse dahi eylemin tamamlanmış sayılmasının hukuka, eşitlik ilkesine, hak ve nesafet ilkesine uygun düşeceğinin kabulü ile teşebbüs hükümleri uygulanmaksızın sanık hakkında açma eyleminden dolayı ceza tayini gerekir", 3. CD. 05.12.2011, 20752.

eee. Ani Suç-Kesintisiz Suç Ayrımı

aaaa. Genel Açıklamalar

Bir suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağı birçok yönden büyük önemi olan bir konudur. Nitekim örneğin, zamanaşımı süresinin başlatılabilmesi için suçun tamamlanma anını bilmek gerekir. Keza suç tamamlandıktan sonra artık o suça iştirak mümkün olmaz. Dolayısıyla bir suç tipinin ihlalinin ne zaman gerçekleştiğini, başka ifadeyle suçun ne zaman tamamlanmış olduğunu belirlemek bir zorunluluktur.

Bu çerçevede burada ele alınması gereken sorun, hareketin ve/veya neticenin bütün suçlarda bir anda gerçekleşerek mi tamamlandığı, yoksa hareketin ve/veya neticenin bir anda tamamlanmadığı, aksine bir müddet süregeldiği suçların bulunup bulunmadığıdır.

Bu konuda bize yardımcı olacak ölçüt, o suçta belirtilmiş olan neticedir. Netice gerçekleşmişse o suç da tamamlanmıştır.

"Her suçta netice bir olaydır ve bunu kanun koyucu suç tiplerinde değişik şekillerde belirtmiştir. Öyle ise suç tipinde belirtilmiş olan bu olayın gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olacaktır". Ne var ki, "suç tipleri arasında öyleleri vardır ki, suç tamamlandığı halde, bitmemiştir. Neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanan ve biten suçlara **ani**, neticenin gerçekleşip de devam ettiği suçlara **kesintisiz suç**lar denmektedir"[1]. Söz gelimi adam öldürme suçu ani suçtur, zira bu suç ölüm neticesinin gerçekleşmesiyle tamamlanır ve biter. Buna karşı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (**TCK** 109) kesintisiz suçtur. Kişisel hürriyetten yoksun bırakma kavramı, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerir; hukuken kabul edilebilecek bir zaman süresince fiilin sürmesini gerektirir. Bu suç, failin eyleminin korunan hukuki yararı bir süre hukuka aykırı olarak ihlal edip devam ettirmesi ve sonucun birden sona ermeyip zaman içinde sürmesi nedeniyle zorunlu olarak kesintisiz bir suçtur[2].

ANİ SUÇ: Hareketten doğan neticenin devam etmeyip derhal sona erdiği suçlardır.

KESİNTİSİZ SUÇ: Hareketten doğan neticenin bir süre devam ettiği suçlardır.

Kesintisiz suçlarda belirli bir durumun oluşturulması yetmemekte, bu durumun devam etmesi de aranmaktadır[3].

---

[1] Önder, II. 77, 78.
[2] Gülşen, 57, 58.
[3] Heinrich (Ed. Ünver), 95.

Kesintisiz suçlara *tamamlanmış halde devam edebilen* suçlar denilebilir. Kesintisiz suç, suçun kanuni tanımındaki devamlılıktan anlaşılır[1]. Ani suçlarda suç yolunda geri dönme mümkün değildir (sadece gönüllü vazgeçme mümkün olabilir). Buna karşılık kesintisiz suçlarda suçu oluşturan neticeye istenildiği zaman son verilebilir. Mesela, hakkı olmadan resmi elbise taşımak kesintisiz bir suçtur (**TCK** 264) ve bu suça fiilin devamı süresince her an son verilebilir[2].

Kesintisiz suçlara öğretide gösterilen örnekler, suçun hukuki konusunun derhal ve bir anda ihlali mümkün olmayan fiillerdir[3]. Mesela, **TCK** 220'deki suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma, **TCK** 262'deki kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi fiilleri birer kesintisiz suçtur. Kanunumuzdaki suçların çoğu ani suç olup, kesintisiz suç sayısı sınırlıdır. Yine eziyet, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma, taşınması yasak eşyaları taşımak (6136 sayılı kanun) kesintisiz suçtur. Keza insan ticareti suçu da (**TCK** 80) kesintisiz suçtur.



"Bazı suçlar kesintisiz suç gibi görünse dahi, gerçekte bu suçların kesintisiz değil, ani işlenen suçlardan olduğu; zira suç tipinin gerçekleşmesi ile bu suçların tamamlanacağı ve biteceği" dikkatten kaçmamalıdır. Mesela, birden çok evlilik suçu kesintisiz suç değildir (**TCK** 230/1) ve "failin ikinci kez evlenmesi ile bu suç tamamlanmış ve bitmiş olur. Evliliğin devamı suç tipinde belirtilen devamlılık değildir"[4]. Yargıtay da bir kararında hukuka aykırı bir durumun devam etmesinin ani suçu kesintisiz suç haline getirmeyeceğini -kiraların dondurulmuş olduğu dönemlerde- kira ihtikârı konusunu nazara alarak, fazla kira alma fiilinin akit tarihinde tamamlanan ani bir suç olduğunu kabul etmiştir[5].

bbbb. Kesintisiz Suç ile Diğer Suçlar Arasındaki Farklar

(1) Zincirleme Suç ile Farkı

Kesintisiz suçta suçun maddi hareketinin ve neticenin aralıksız devam etmesine mukabil, zincirleme suçu meydana getiren hareketler bir defa suç unsurlarını ihlal edip suç **tamamlandıktan sonra tekrar** edilmektedir[6]. "Zincirleme suçta devam eden husus suç işleme kararı olmakta, suçun maddi unsurlarında aralıklar bulunmaktadır. Hâlbuki kesintisiz suçta suçun maddi unsurlarında da devamlılık hali mevcuttur"[7].

(2) İz Bırakan Suç ile Farkı

Ani suç-kesintisiz suç ayrımı konusunda karıştırılmaması gereken bir konu, suçun neticesi ile; suç ile meydana gelen iz, eser, durum arasında ayrım yapılması gereğidir. Bunun önemi, *suç ile meydana gelen iz, eser veya du-*

---

1 Erem/Danışman/Arluk, 352.
2 Gölcüklü, 74.
3 Donmezer/Erman, I, 385.
4 Onder, II, 79.
5 5. CD. 07.04.1951. Donmezer/Erman, I, 389.
6 Onder, Mütemadi, 91.
7 Onder, Mütemadi, 93.

rumun devam etmesinin, ani suçu kesintisiz suç haline getirmeyeceğidir. Söz gelimi A, B'nin yüzüne odunla vursa; odun yüze indiği anda netice gerçekleşmiş; suç tamam olmuştur; bunun sonucunda çehrede sabit eser meydana gelmesi (**TCK** 87/1-c) netice değil, suç ile meydana gelen iz ve eserdir[1] ve bu suç, suçun hukuki konusunu teşkil eden beden bütünlüğü zarar görür görmez işlenmiştir. Gerçekten suçtan doğan **hukuka aykırı durumun devam edip etmemesi**, bu durumun ilk olarak çıktığı anda tamamlanmış, bitmiş olan suça yeni bir şey eklemez[2].

İz bırakan suça klasik misal olarak yaralama suçu gösterilmektedir. Bu suçta netice devam etmediğinden, bu suç bir ani suçtur. Ancak suç devam etmemekte ise de suçtan meydana gelen kötülük devamlılık arz etmektedir. Dolayısıyla yaralama, hareketin yapılmasıyla gerçekleştiği halde, meydana gelen netice mesela çehrede sabit eser, devam etmektedir.

İz bırakan suçlarda suçun izinin devam etmesinin önemi olmayıp, bu, cezayı arttıran ya da suçun daha vahim sayılmasını gerektiren bir etkiye sahip olabilir[3].

Burada önemle altı çizilmesi gereken konu, neticenin etkisinin devamı ile suçun devamının aynı şey olmadığıdır. Bir ani suçun iz ve eseri de devam edebilir. Dolayısıyla örneğin yaralama suçunda neden olunan hastalığın devamı, aslında ani suç olan yaralamanın kesintisiz suç olmasını gerektirmez[4]. "Eğer hukukun ihlali bir anda oluyorsa, adam öldürmede, yaralamada olduğu gibi, suç anidir. Bunlarda sadece suçtan *husule gelen fenalık* devam eder"[5]. Bu tip suçlara **iz bırakan suçlar** adı verilmektedir[6].

cccc. Suçun Kesintisiz Olmasının Sonuçları

1. Kesintisiz suçlarda tek bir suçtan dolayı ceza verilir. Hareketin tekrarlanması birden fazla suçtan cezalandırmayı gerektirmez[7].
2. Suçun işlendiği yer ve zaman bakımından suçun kesintisiz olması ile ani suç olması arasında farklılıklar vardır. Kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer ve zamanda suç işlenmiş sayılır. Gerçekten de

---

1 Öztürk/Erdem/Özbek, 138.
2 Donmezer/Erman, I, 385.
3 Önder, Müteradi, 92.
4 Kunter, 96.
5 Kunter, 98.
6 Önder, Müteradi, 91.
7 6136 sayılı Kanun'a aykırı silah taşıma ve bulundurma suçu ile patlayıcı madde bulundurma suçunun müteradi suçlardan olduğu ve teradinin kesildiği tarihe kadar gerçekleştirilen eylemlerin tek suç oluşturacağı gözetilerek sanığın, suça konu vahim nitelikteki silahı bir süre taşıma ve niteliksiz tabancayı da bulundururken yakalanma olayında silahların sayı ve niteliği de gözetilerek bir kez 6136 sayılı Kanun'un 13/2. maddesi uyarınca, patlayıcı nitelikteki maddeleri değişik tarihlerde bulundurma olayında ise patlayıcı maddelerin miktarı ve niteliği de gözetilerek bir kez TCK'nın 174/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasıyla yetinilmesi gerekirken, dört kez patlayıcı madde bulundurma ve iki kez 6136 sayılı Kanun'a aykırılık suçundan hüküm kurulması..., 9. CD, 22.09.2011, 27205.

ani suçlarda tamamlanma anı söz konusu iken, kesintisiz suçlarda bir tamamlanma aşaması söz konusudur. Bu aşamanın da bir başı ve bir sonu olabilir. İşte kesintisiz suç bakımından sorun, bu aşamada, bu zaman birimindeki hangi noktanın suçun tamamlanma anı olarak kabul edileceğidir ve kanunlar bu aşamanın sonunu dikkate almaktadır. Bu da isabetli bir tercihtir, zira hukukun ihlalinin devamı sona ermedikçe suçun işlendiğinin kabul edilmesi doğru olmaz[1].

3. Dava zamanaşımının başlangıcı kesintisiz suçlarda önemlidir. Kesintisiz suçlarda dava zamanaşımı süresi kesintinin gerçekleştiği günden itibaren başlar (**TCK** 66/6). Yasanın düzenlemesi yerindedir. Kesintisiz suçlarda "suçun tamamlanması ile bitmesi birbirinden farklı zamanlarda gerçekleştiğine göre, suçun tamamlanmasından itibaren zamanaşımı süresinin başlayacağını kabul etmek tutarsız sonuçlar meydana getirecek", özellikle uzun süre devam eden suçlarda, "suçun işlenmesi devam ederken zamanaşımı süresi geçmiş olabilecektir"[2].

4. Kesintisiz suçun kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu hallerde, dava zamanaşımı ile ilgili olarak belirttiğimiz mantık içinde, şikâyet süresinin kesintinin gerçekleşmesinden itibaren başlaması gerekir. Ne var ki, eski kanunumuzun uygulamasında yüksek mahkeme değişik görüşte olup, eski kanunumuzun 108. maddesinde kesintisiz veya zincirleme suçtan söz edilmediği, zamanaşımı bakımından açık hüküm bulunduğu, bu sebeple şikâyete bağlı kesintisiz suçlarda şikâyet süresinin mağdurun fail ve fiili öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı yönünde kararlar vermişti[3]. "Böyle bir uygulamanın tutarsızlıklar meydana getireceği açıktır". Zira bu görüşe uyulduğu takdirde, "suç işlenmeye devam ederken, şikâyet süresi de işlemeye başlayacak" ve suçun 6 aydan fazla sürdüğü hallerde, şikâyet süresi suç işlenirken geçmiş olacaktır. Bu sebeple, şikâyete bağlı kesintisiz suçlarda şikâyet süresinin kesintinin gerçekleştiği andan itibaren başlaması gerekir[4].

5. Suçun kesintisiz oluşu iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından da önem arz eder. Neticenin gerçekleşmesinden, yani suçun tamamlanmasından sonra suça iştirak mümkün değildir. Bu aşamadan sonra olsa olsa, "suçluyu kayırma" (**TCK** 283) suçu söz konusu olabilir. Ancak kesintisiz suçta tamamlanma ile bitme arasında bir zaman aralığı söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, kesintisiz suç, kesinti gerçekleşinceye kadar işlenmekte olan bir suç olduğundan, "bu suçun tamamlanmış olmasından sonra bitimine kadar", azmettirme ve suçun işlenmesinden önce yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak dışında, iştirakin bütün şekillerinin uygulanabilmesi mümkündür[5].

---

1 Erem/Danışman/Arıluk 354.
2 Önder, II, 82.
3 CGK, 10.10.1948: 4. CD, 09.02.1949, Önder, II, 83.
4 Önder, II, 83.
5 Bkz. Önder, II, 83.

6. Kesintisiz suçlara teşebbüs mümkündür[1]. Ancak suçun kesintisiz olması, hareket yapılmaya ve netice gerçekleşmeye devam ederken suça elde olmayan sebeplerle son verilmesi halinde teşebbüsün kabulünü intaç etmez. Örneğin, ruhsatsız silahı Samsun'dan Rize'ye götürmek üzere yanına alarak yola çıkan kimsenin, Trabzon'da yakalanması durumunda ruhsatsız silah taşıma suçu tamamlanmıştır.

7. Ani suçlarda olduğu gibi, kesintisiz suçlarda da yaş ve isnat yeteneğinin tespiti önem arz edebilir. Ani suçlarda netice devam etmediğinden, yaş ve isnat yeteneği noktasında neticenin gerçekleştiği an göz önünde tutulur. Ne var ki, kesintisiz suçta, netice devam ettiğinden, hangi zaman aralığındaki yaş ve isnat yeteneğinin belirleyici olacağı hususunun çözüme kavuşturulması gerekir. *Yargıtay* yaş ve isnat yeteneğinin saptanmasında sürekliliğin başladığı tarihe değil de son bulduğu tarihe bakılacağını, sürekliliğin başlaması anında eski **TCK** 54'e giren failin durumunun temadinin son bulması tarihinde eski **TCK** 55'e uyduğu takdirde, bu son maddenin uygulanması gerektiğini haklı olarak kabul etmiştir[2].

> *"Anayasal düzeni cebren ortadan kaldırmaya kalkışma niteliğinde görülen öldürme ve yaralama eylemlerinin gerçekleştiği tarihte 16 yaşının içinde bulunan sanığın, başkaca bir eyleme katılmaksızın 18 yaşını bitirdikten sonra da örgütsel faaliyetini sürdürmüş olması, yaş küçüklüğüne dayalı ceza indirimine engel değildir" (CGK. 26.12.2006, 322).*

8. Suç işlenmeye devam ettiği müddetçe meşru savunma da mümkün olacaktır[3].

bb. Birden Fazla Neticenin Bir Suç Sayıldığı Durumlar

Ceza hukukunda geçerli olan kural fiil sayısı kadar suç olduğudur. Ancak hareketlerin sayısı ile suçun sayısı her zaman için birbiriyle örtüşen hususlar değildir. Bir kimsenin başkasına üç yumruk atması halinde, üç hareket, üç netice söz konusu iken, tek bir yaralama suçunun gerçekleştiği kabul edilir. Buna karşılık, bir yere bomba atılıp da 3 kişinin ölmesi olayında da tek bir hareket olmasına rağmen üç insan öldürme suçunun gerçekleştiği kabul edilir[4].

Hareket birden fazla olsa bile, hukuki anlamda fiilin tekliği esas alınmalıdır. Bir suçun meydana getirilmesi için zaman ve mekân birliği içinde tekrarlanan hareketler, müstakil birer suç olarak kabul edilmez. Hareketlerin dıştan fazla sayıda olmasına rağmen ceza hukukunun birden fazla suçu bir tek suç sayması, yani birleştirmesi mümkündür[5].

---

1 Koca/Üzülmez, 142.
2 5. CD. 19.03.1966, Donmezer/Erman, I: 389.
3 İçel, Suç Teorisi, 70.
4 Bkz. Tablo No. 1.
5 Aksi yönde, 1. CD. 19.03.2003, 323.

Mağdurenin soruşturma aşamasındaki beyanlarına, mağdurenin bu beyanları ile uyumlu adli raporları içeriğine ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın olay tarihinde önce mağdure eşine tabakla vurmak suretiyle yaraladığı, mağdurenin bu olay ile ilgili olarak kolluğa ifade verdikten sonra eve döndüğü, sanık ile mağdure arasında çıkan tartışmada sanığın bu kez de mağdurenin bacağına tekme atmak suretiyle mağdureyi ikinci kez yaraladığı anlaşılmakla, sanığın mağdure eşine yönelik eylemlerinin iki ayrı kasten yaralama suçunu oluşturduğu ve her bir kasten yaralama suçundan ayrı hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle 5237 sayılı TCK'nin 43/3. maddesine aykırı davranılması..." 3.CD, 20.01.2014, 8003/1335.

Burada önemli olan, birden fazla hareket söz konusu olsa bile, bunların bir hareket bütünlüğü, hukuki anlamda fiil tekliği oluşturmasıdır. Bunun için de hareketlerin tek bir karara dayanması ve aynı olay, aynı süreç içinde aynı suç tipini doğrudan birbirini takip eder şekilde aşamalı olarak veya tekrarlayarak gerçekleştirmeleri gerekir. Aşamalı, adım adım gerçekleştirmeye örnek olarak, bir kimseyi öldürmek isteyenin, önce dövmesi, sonra kafasına bir cisimle vurması ve son olarak da boğması gösterilebilir. Tekrarlayan hareketler ise bir eve hırsızlık için giren kimsenin önce para, sonra cep telefonu, bilahare saat alarak evden çıkması örnek olarak verilebilir[1].

Nitekim Yargıtay da "*aynı suç işleme kastının icrası cümlesinden mağdureye yönelik olarak birkaç dakika ara ile tekrarlanan öldürmeye matuf eylemlerin tek bir suçu oluşturacağı gözetilmeden, aynı suçtan iki kere uygulama yapılması suretiyle fazla ceza tayini*"ni haklı olarak bozma sebebi yapmıştır[2]. Yine "*sanığın bir apartmanın üçüncü katında oturan mağdurun evine penceresinden girerek para ve bir kısım eşya ile birlikte aldığı otomobil anahtarıyla evden çıkıp hemen evin önünde otoparkta bulunan aracı çalması eyleminde, araya zaman aralığının girmemesi ve fiilin kesintiye uğramadan devam etmesi birlikte değerlendirildiğinde, eylem bütün halinde tek bir hırsızlık suçu oluşturur*"[3]. Buna karşılık, öldürmek istediği kişinin yaralanarak hastaneye kaldırıldığı ve hastanede tedavi altında olan maktulenin iki gün sonra aynı kişi tarafından öldürüldüğü olayda, iki ayrı suç vardır[4]. Keza, yayınlanan bir karikatür dolayısıyla hakaret suçundan ötürü verilen mahkûmiyet hükmünden sonra, aynı karikatürün tekrar yayınlanması durumunda ikinci bir suç söz konusu olur[5]. Yağma (senedin yağması) suçu işlenirken birden fazla hareket yapılsa olsa bile, sonuçta alınacak para tek para ise, tek suç kabul edilir[6].

---

[1] Wessels/Beulke, kn. 763.

[2] 1. CD. 22.10.2003. 2459.

[3] CGK. 02.10.2007. 197. 2 CD. 02.12.2015. 22167.

[4] 1. CD. 15.11.2006. 4942.

[5] 9. CD. 25.02.1994. 1012.

[6] "Somut olayda sanık ve diğer faillerin silahla tehdit ederek katılan N.Lee'yi asıl borçlu olarak gösterdikleri senedi zorla imzalattıktan sonra olay yerinde bulunan diğer katılan P.Margareti de aynı şekilde tehdit ederek senedin arkasına zorla adını yazdırıp imza attırmak suretiyle adı geçen katılanı senet borcuna karşılık ciranta konumuna getirdikleri ve borç altına soktukları anlaşılıp kabul edildiğine göre, suça konu senet ile her iki katılana yönelik takip işlemi yapılabilse bile, sonuçta alınabilecek paranın tek olduğu, her bir katılandan ayrı ayrı bedelin tahsil edilemeyece-

Garantörsel ihmali suçlarda da ihmali fail, birden fazla kurtarma hareketini ihmal etmiş olabilir. Ancak yukarıda belirtilen şartlar altında, örneğin kocasını boğulurken seyrederek öldürmek isteyen kadın, eline geçen cankurtarma simidini atmaması ve buna ek olarak da o sırada oradan geçen birisinden yardım istememesi halinde, tek bir ihmali hareketten dolayı sorumlu tutulacaktır.

Birden fazla neticenin söz konusu olduğu halde de ortada tek bir hareket olsa bile, belirleyici olan neticenin sayısıdır. Böylece örneğin "bir kişiyi yaralamak isteyen bir şahıs bunların arka arkaya durdukları sırada bir tek mermi atarak ikisini yaralasa, iki yaralama suçu olduğu kabul edilecektir"[1].

"Kural olarak, dış dünyada meydana gelen, kanuni tarifte yer alan ve failin hareketi ile nedensellik ilişkisi içinde bulunan her netice bir suça vücut verir" (Bkz. Tablo No: 1) (Öztürk/Erdem/Özbek, 136). Ne var ki, bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bunlar zincirleme suçlar, bileşik suçlar ve fikri içtimadır (Ayrıca bkz. görünüşte içtima).

Bunlar içtima bahsinde daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Burada bunlar hakkında kısa bilgi vermeden önce, bir tabloyla konunun anlaşılmasında yarar olduğuna inanıyorum:



TABLO NO 1: NE ZAMAN TEK NE ZAMAN BİRDEN FAZLA SUÇ VARDIR?

FİİL SAYISI KADAR SUÇ VARDIR

Fiil hareket ve neticeden oluşmaktadır.

TEMEL KURAL: Kaç netice varsa, o kadar da suç vardır.

İSTİSNALAR: Doğal manada suç çokluğunun, hukuki manada tekliğe dönüştürülmesi.

1. Zincirleme suç (Tek suç olarak kabul edilmese bile, tek suçmuş gibi cezalandırılıp cezanın artırılması söz konusudur).
2. Bileşik suç.

YAN KURAL: Kaç hareket varsa, o kadar da suç vardır

ği ve eylemin tek bir mal varlığına yöneldiği ve tek bir yağma suçunu oluşturduğu düşünülmeden, yazılı biçimde uygulama yapılması kanuna aykırıdır". 6. CD. 30.05.2011. 7794. Kunter. 19.

İSTİSNALAR:

1. Hukuki fiil tekliği (bkz. temel kural): Aynı suçu işlemeye yönelik hareketlerin tekrarı suçu birden fazla yapmaz. Örneğin bir kimseyi yaralamak isteyen önce bıçakla, sonra tabancayla yaralasa, birden fazla netice olsa bile tek suç vardır. Müstakil hareketler, tek suçun işlemleri sayılır[1]. Burada *zaman ve amaç ölçüsünün*, birden fazla hareketi tek suç olarak kabul etmemizde önemli olduğu da unutulmamalıdır. Aynı zamanda veya yakın zaman aralığında ve aynı amaçla yapılan hareketlerin birden fazla olması önemsiz olup, bu durum suçun da birden fazla olduğunu kabul etmemizi gerektirmez.
2. Neticenin birden fazla olması (bkz. temel kural): Bir kurşunla iki kişinin yaralanması halinde hareket tek, ancak netice birden fazladır, öyleyse o kadar suç vardır. Fail hareketi ile ne kadar netice meydana getirmişse o kadar suç işlemiş sayılır.
3. Kesintisiz suç: Kanun birden fazla hareketin mevcudiyetine rağmen (suçun devamı için devamlı hareket yapılması gerektiği hallerde), tek suç olarak kabul etmektedir.
4. Fikri içtima: Tek hareket ile iki ayrı suç işlenmiş olmakta, ancak kanun tek bir suçtan cezalandırmayı uygun görmektedir.

Zincirleme Suç

Her neticenin ayrı bir suç teşkil etmesinin ve failin kaç netice meydana getirmişse, o kadar suç işlemiş sayılarak, her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalara çarptırılmasının istisnalarından biri de müteselsil suç adı da verilen zincirleme suçlardır (TCK 43/1)[2].

Bu suça örnek olarak, bir veznedarın kasadan 1000 TL çalma kararı alıp da fiilin açığa çıkmaması açısından her ay 50 TL alarak 1000 TL'yi tamamlaması halinde, aslında 20 kez işlenmiş olan hırsızlık suçu, tek hırsızlık suçu olarak kabul edilir ve tayin edilecek ceza TCK 43/1 gereğince dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

Bileşik Suç

Her neticenin bağımsız bir suç olmasının ikinci istisnası bileşik suçlardır. Bileşik suç iki ayrı suçtan meydana gelir. Bu suçlardan biri diğerinin ya unsuru ya da ağırlatıcı sebebidir.

Birincisinde, biri diğerinin unsurunu teşkil eden iki suç vardır. Örneğin yağma suçu (TCK 148) iki suçun kaynaşması ile meydana gelir: Hırsızlık (TCK 141) ve cebir (TCK 108) veya tehdit (TCK 106) suçları. Bu iki suçtan biri diğerinin unsurudur. Bunlar birbirleriyle öyle kaynaşmaktadır, birleşmektedirler ki, isimlerini bile kaybederek müştereken yağma suçu olarak adlandırılmaktadır.

İkinci halde, bir suç diğerinin ağırlatıcı sebebini oluşturmaktadır. Bu durumda, kendisinde ağırlatıcı sebep bulunan suçun niteliğinde ve adında herhangi bir değ-

---

[1] "İhlal edilen hak bir olduğu ve fiillerin hepsi bir hareket içinde birleştiği için her biri başlı başına bir suç sayılabilecek olan fiillerden dolayı ayrı ayrı ceza verilmesi doğru görülmemiş ve hepsi bir tek suç sayılmıştır. Yaralamada tokadın, sövmede küfrün, hırsızlıkta çalınan şeyin çokluğu gibi". Kunter, Fikri İçtima, 367, 368.

[2] Donmezer/Erman, I, 391.

şiklik gözlenmez. Ancak artık bu suçun basit şekli değil, nitelikli şekli söz konusu olmaktadır[1]. Konutta yağma suçu (TCK 149/1-d) yağma (TCK 148) ve konut dokunulmazlığını ihlal (TCK 116) suçlarının birbiriyle kaynaşmalarından oluşmuştur. Ancak sonuçta suçun niteliği de adı da değişmemektedir: Yağma. Keza suçun ağır hale gelmesine neden olan konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da ayrıca bir ceza tayini söz konusu olmamaktadır.

Fikri İçtima

Fikri içtima TCK 44'te düzenlenmektedir. Buna göre, fikri içtimayı "bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verme" şeklinde tanımlamak mümkündür. Fikri içtima durumunda kanun koyucu failin ihlal ettiği birden fazla hükümden en ağır cezayı gerektiren hükmün cezası ile cezalandırılmasının yeterli olacağını açıklamıştır.

Yargıtay'ın bir kararında, "Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde 'kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza' kuralı geçerlidir. Ancak; 'Suç ve Cezada Orantılılık ilkesi' uyarınca bu kuralın, bileşik suç (TCK m. 42), zincirleme suç (TCK m. 43/1) ve fikri içtima (Fikri içtima; aynı-TCK m. 43/2-neviden fikri içtima ve farklı-TCK m. 44- neviden fikri içtima olmak üzere ikiye ayrılır.) dan ibaret olmak üzere üç ayrı istisnası kabul edilmiştir" denmiştir[2]. Belirtmek gerekir ki, bu tespit doğru değildir. Bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima müesseselerinin suç ve cezada orantılılık ile bağlantısı bulunmamaktadır. Bugün için bu müesseseler kaldırılsa ve her eylem için ayrı bir ceza verilse, bu durumun orantılılık ilkesine aykırı olduğu söylenemez, zira aslolan da esasen her eylem için ayrı ceza öngörülmesidir. Kanun koyucu böyle bir sistemi benimsemek zorunda olmadığı halde, özellikle zincirleme suç ve fikri içtima bakımından failin lehine olması için böyle bir düzenleme yapmıştır.

d. Nedensellik Bağı (İlliyet Rabıtası)(Sebebiyet Alakası)

aa. Genel Olarak

bb. Şart Teorisi ve Objektif İsnadiyet

aaa. Nedensellik Bağı Yoktur

bbb. Normal Nedensellik

ccc. Toplam (Atipik) Nedensellik

ddd. Sollayan (Öne Geçen) Nedensellik

eee. Varsayılan Nedensellik

fff. Yüklenebilirlik İle İlgili Bazı Sorunlar

aaaa. Kişinin Kendisini Tehlikeye Atması

bbbb. Egemenlik Alanı Dışında Kalma (Tesadüfî Nedensellik)

cccc. Sosyal Nedensellik

[1] Donmezer/Erman, II. 407.

[2] Bkz. CGK, 11.06.2013, 13-303/296 sayılı kararındaki özel daire görüşü.

dddd. **Risk Azalması**

eeee. **Normun Koruma Alanı İçinde Olmaması**

ffff. **Rücu Yasağı**

cc. Diğer Nedensellik Teorileri

aaa. Uygun Şart (Sebep) Teorisi

bbb. Hukuki Önem (Hukuki Uygunluk) Teorisi

ccc. Karma Uygun Sebep Teorisi

dd. Bazı Suçlarda Nedensellik Bağı

aaa. Teşebbüs Halinde Kalan Suçlarda Nedensellik Bağı

bbb. İhmali Suçlarda Nedensellik Bağı

OLAY:

KOCASI İLE ARASINDA ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK BULUNAN VE KOCASINDAN YEDİĞİ DAYAKLARDAN BIKAN A, YİNE ÇIKAN BİR TARTIŞMADA MUTFAKTAN ALDIĞI BIÇAKLA KOCASI B'Yİ ÖLDÜRMEK İSTERKEN, BIÇAK B'NİN KUCAĞINDA BULUNAN ÜÇ YAŞINDAKİ OĞLU C'YE SAPLANIR. HASTANEYE KALDIRILAN C, YOLDA AMBULANSIN KAZA YAPMASI SONUCU ÖLÜR.

BUNUN ÜZERİNE KARISINDAN KURTULMAK İSTEYEN B, KARISI A'YA "SENİN GİBİ ANNE OLMAZ OLSUN, ÖLÜMÜ HAK EDİYORSUN, OLSEN DE HEPİMİZ KURTULSAK" ŞEKLİNDE BAĞIRIR. OĞLUNUN ÖLÜMÜ DOLAYISIYLA ZATEN PSİKOLOJİK BUNALIM İÇİNDE OLAN A, BU SÖZLER ÜZERİNE APARTMANIN ÇATISINA ÇIKARAK İNTİHAR EDER VE ÖLÜR.

"Yakın arkadaş olup, aynı evde kalan Recep ile Şükrü'nün olay gecesi parkta karşılaşmaları ve sarhoş olan Şükrü'ye, Recep'in haydi gel eve gidelim demesi üzerine, Şükrü'nün Recep'e sövmesi nedeniyle Recep'in amzına yumruk vurmak suretiyle Şükrü'yü 2,5 m. yükseklikten, içerisinde 50-60 cm. su bulunan havuzun içine düşürmesi ve oradan ayrılması, akabinde de havuzun içinden çıkamayan Şükrü'nün belirlenemeyen bir nedenle ölmesi..."

Yargıtay 1. CD ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Yargıtay CGK'nca çözülmesi gereken hukuki ihtilafın; sanığın eylemi ile maktulün havuza düşmesi sonucu gerçekleşen olayda; eylemin yerel mahkemece benimsendiği gibi kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunu mu, yoksa Yargıtay 1. CD tarafından değerlendirildiği üzere kasten yaralama suçunu mu oluşturduğu, dolayısıyla suç vasfının belirlenmesinden ibaret bulunduğu,

Genel Kurul'ca yapılan değerlendirmede;

Maktulün, havuza düştükten sonra kendi başına havuzdan çıkamadığı ve orada bulunanlarca havuzdan çıkarıldıktan hemen sonra havuzun kenarında öldüğü,

Sürekli alkol aldığı, sol kolunu felç nedeniyle kullanamadığı, kalp ve şeker hastası olduğu, bağırsaklarında ve midesinde rahatsızlıklarının bulunduğu,

Kesin ölüm nedeni belirlenemediği,

Anlaşılması karşısında, sanığın aynı zamanda sarhoş, hasta ve sakat olduğunu bildiği maktulü bu durumda bırakarak biraz ilerideki mısır tezgâhının başına gitmesi, araya gider gitmez de havuzun başında bir kalabalık görerek bunun maktulle ilgili olabileceğini düşünüp üzülmesi, hatta kendisinin de ifade ettiği gibi üzüntüden birahaneye gidip, bir bira içip tekrar dönmesi biçiminde havuza düşme ile ölümün gerçekleşmesi arasındaki olayların kesintisiz olarak birbirini takip etmesi, sanığın maktule karşı eylemiyle, maktulün ölümü arasına illiyeti kesen başka bir olayın girmediğini göstermektedir. Bununla birlikte, maktulün kesin ölüm sebebi belirlenememiş olsa da ölümün sanığın eylemi sonucu havuza düşmekten kaynaklandığı hususunda kuşku yoktur.

Bu durumda, maktul ister başını çarpmış olsun, ister asfiksi sonucu ölmüş olsun, ister kalp krizi geçirmiş olsun, isterse şu an belirlenemeyen başka bir nedenle ölmüş olsun, sonucun değişmeyeceği, belirlenemeyen bu nedenin ancak ve sadece sanığın eylemine eklenen sebep olarak değerlendirilebileceği, kaldı ki söz konusu değerlendirmenin yerel mahkemece yaptırılmış olduğu, Adli Tıp Kurumu tarafından tıbbi açıdan ölüm nedeninin kesin olarak belirlenememiş olmasının, illiyet bağının adli soruşturma ile ispatlanmasına engel teşkil etmediği, adli soruşturma sonucunda varılan noktada ise ölüm ile sanığın eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu konusunda şüphe kalmadığı,

Görüş ve kanaati benimsenmiş olmakla; ölüm neticesi ile sanığın eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu belirlenen olayda, eylemin kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunu oluşturacağı...

İlliyet bağının bulunduğu konusundaki çoğunluk görüşüne katılmayan bir kısım Genel Kurul üyesi ise "maktulün ölüm nedeninin kesin olarak belirlenememesi nedeniyle illiyet bağının bulunmadığını" ileri sürerek özel daire kararının isabetli olduğu yönünde karşı oy kullanmışlardır[1].

aa. Genel Olarak

Bir kimsenin ceza hukuku sorumluluğu için, herhangi bir hareketin herhangi bir netice ile bir araya gelmesi yeterli değildir.

Neticenin failin eseri olması gerekir.

Ceza hukukunda geçerli olan şahsilik ilkesi karşısında, failin sorumlu tutulabilmesi için, neticenin kendi eseri olması mutlak bir zorunluluktur (AY 38). Gerçekten de "kimse irade dışı hareketlerle, üçüncü kişilerin meydana getirdiği neticelerden ya da doğa olaylarının neden olduğu sonuçlardan sorumlu tutulamaz"[2].

"Dış dünyada meydana gelen değişikliğin, yani neticenin bir kimseye yüklenebilmesi ve dolayısıyla onun sorumlu olabilmesi, söz konusu değişikliğin **o kimsenin hareketinden** meydana gelmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle hareket ile netice arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Şayet hareket ile netice arasında böyle bir bağ yoksa yani, netice hareketten meydana gelmemişse, kısaca nedensellik bağlantısı yoksa neticenin faile yüklenebilmesi mümkün değildir"[3].

"Gerçekte nedensellik bağı ve bunun tespiti hukuki bir konu ve kavram değildir; mantık ve insan yaşamına ait, deneylere dayanan ve kazanılan bir kavramdır. Nedensellik bağı konusunda verdiğimiz hüküm, hayat kural ve deneyimlerimizden edindiğimiz bilgiler sonunda vardığımız ve mantığı ilgilendiren bir sorun olmaktadır. Diğer ifade ile olayları ve etkilerini algılarız ve hayatın bizlere kazandırdığı deneyimlerimize göre bir sonuca vararak, hareket ve netice ilişkisini tespit ederiz"[4]. Nitekim kanunumuzda nedensellik bağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu bunun tespitini uygulama ve öğretiye bırakmıştır.



[1] CGK. 20.03.2007, 68.
[2] İçel, Suç Teorisi, 71.
[3] Artuk, 200.
[4] Önder, II, 93.

Doğal bir belirlemenin kanunlarda düzenlenmesine gerek de yoktur. Buna karşılık nedensellik bağına ilişkin bir hüküm içeren nadir kanunlardan birisi Texas Ceza Kanunu'dur (md. 6.04.(a)): *Bir kimsenin hareketi olmasaydı, netice meydana gelmeyecek idiyse, o kimse ceza hukuku bakımından sorumlu olur. Ancak neticeyi meydana getiren birden fazla neden varsa, bu takdirde bu kimsenin sorumlu tutulabilmesi için diğer nedenin neticeyi meydana getirmek bakımından açıkça yeterli olması ve bu kimsenin hareketinin ise açıkça yetersiz olması gerekir*[1].

Bir hareket ile netice arasındaki bağlantıyı ifade eden ve bir ceza hukuku kurumu olarak nedensellik ile kastedilen, esasen doğa bilimleri manasındaki nedenselliktir. Bu itibarla hareket ile netice arasında doğa kanunlarına göre açıklanacak bir bağlantı olmalıdır. Bu bağlantı, hukukçu olarak çoğunlukla bizim tecrübelerimize göre bizzat belirleyebileceğimiz bir husustur. Ne var ki, zaman zaman bu konuda bilirkişiye başvurma gereği ortaya çıkabilir, örneğin bir tıp uzmanına, hastaya verilen ilacın öldürücü etkisinin olup olmadığı sorulabilir[2].

bb. Şart Teorisi ve Objektif İsnadiyet

Nedensellik bağı hususunda 2 tane problemsiz
4 tane de problemli olay grubu bulunmaktadır.

Problem oluşturan husus, sebeplerin çokluğu halidir. Sebeplerin çokluğu halinde nasıl bir çözüme ulaşılacağı hususunda birçok teori ortaya atılmıştır. Ben, örneklerle[3] ve benimsediğim teoriye (şart teorisi) uygun ve çok basit bir şekilde konuyu ortaya koymaya çalışacağım:

Öncelikle, hareket ile netice arasındaki bağ failin "*eseri*" olmalıdır. Bu bağı ortaya koymak açısından kural olarak iki yol vardır. Ya hareketten (=sebep) neticeye (=etki), ya da neticeden harekete gidilir. Burada gidiş yolları farklıdır. İlk yoldan klasik suç teorisi gitmektedir. İkinci yoldan ise modern ceza hukuku öğretisi gitmektedir. Burada neticenin harekete yüklenip yüklenemeyeceği araştırılır.

En iyi yöntem, bu iki yolu birleştirmektir. İlk önce failin hareketinin netice açısından bir sebep (=şart) olup olmadığı araştırılır. Bu meşhur "conditio sine qua non" formülüyle (conditio= şart, sine= onsuz, qua=o, non= olmaz) (c.s.q.n.) yapılır. Yani o olmazsa olmaz. Bunun manası şudur[4]:

NETİCENİN OLUŞMASI AÇISINDAN
ONSUZ OLMAYAN HER ŞART CEZA HUKUKU MANASINDA NEDENSELDİR

---

[1] Common Law'da geçmişte bu konuya ilişkin bir kural geliştirilmiş ve öldürme suçlarında nedensellik bağının kabul edilebilmesi için ölümün, eylemin gerçekleştirilmesinden sonra en fazla bir sene sonra gerçekleşmesi şartı aranmıştır. Aksi takdirde nedensellik bağının bulunmadığı kabul edilmiştir. bkz. Brown vd., 807.

[2] Kühl5, §4, kn. 6.

[3] Örnek olaylar için bkz. Ünver, 240 vd.; Özbek, C.II, 205 vd.; Roxin[4], 350 vd.

[4] ABD'de de mahkemeler nedensellik bağı açısından şart teorisini kabul etmektedir. Bkz. Velazquez v. State, 1990; ayrıca bkz. Texas Ceza Kanunu md. 6.04 (a).

Bu formülün uygulanmasından sonra, bu kez, doğal olarak tespit edilen nedenselliğin failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmadığına önemle işaret etmek gerekir. Gerçekten de ortaya çıkan sonucun çok ileri gittiği, çok geniş olduğu anlaşılırsa (katilin annesi onu dünyaya getiren kişi olarak katilin öldürdüğü kimsenin ölümünden sorumludur; Hz. Havva elmayı yemeseydi, biz de cennette kalırdık, bu neticeler gerçekleşmezdi), bu kez bu sebebin faile yüklenip yüklenemeyeceği, failin nedensel olan hareketinden sorumlu tutulup tutulmayacağı veya hangi çerçevede sorumlu tutulacağı araştırılır.

Şart teorisi, *Engisch* tarafından geliştirilen kanuni şart formülü şeklinde benimsenmektedir. Buna göre neticenin hareket olmadan da gerçekleşip gerçekleşmeyeceği araştırılmaz. Aksine somut hareketin somut olayda gerçekten etken olup olmadığı araştırılır.

DOĞAL, MANTIKİ DEĞERLENDİRME: ŞART TEORİSİ
HUKUKSAL DEĞERLENDİRME: YÜKLENEBİLİRLİK

Sonuç olarak denebilir ki, kusur prensibinin hâkim olduğu ceza hukukunda, sadece doğa kanunlarına göre belirlenecek bağlantılar yeterli olmaz. İnsan davranışı bakımından değerlendirici bakış açısı daha önemlidir. Bu bakış açısının esası da nedenselliği tartışılan şartın, hareketin hukuki ölçütlere göre netice bakımından önemi bulunup bulunmadığıdır[1].

Bu tespitler aşağıdaki örnek olaylarda şöylece somutlaştırılabilir:

⇒ İlkin problemsiz örnekler:

aaa. Nedensellik Bağı Yoktur

Olay 1: Faik televizyonu açar, tam o anda Tokyo'da Bay Toyodaki ölür.

Bu olayda hareket ile neticenin birbiriyle hiçbir alakası bulunmamaktadır.

Hareket	Netice
Televizyonu açmak	Tokyo'da Bay Toyodaki'nin ölümü (ölüm)

[1] BGH 11. 7. Yargıtay çoğu kararında bu tür bir tartışma yapmamakta, ancak sonuç itibarıyla farklı gerekçelerle dahi olsa aynı sonuçlara ulaşmaktadır. "Ticari taksi sürücüsü olan sanık A. G.'in trafikte seyir halinde iken daha önceden tanıdığı, sürücü belgesi bulunmayan ve ısrarla direksiyona geçmek isteyen sanık Erhan Duman'ın aracı kullanmasına izin verdiği, kendisinin de sağ ön koltuğa oturduğu, bir süre sonra sanık Erhan'ın meskun mahalde aşırı hız yapması, sevk ve idare hatası nedeniyle direksiyon hakimiyetini kaybederek kaldırıma çıkıp iki kişinin ölümüne ve bir kişinin de yaralanmasına sebep olduğu somut olayda: hakkında verilen mahkumiyet kararı Özel Dairece onanmak suretiyle kesinleşen sanık Erhan'ın sürücü belgesi bulunmadığı halde aracı kullanması ve yerleşim birimleri içinde hızını trafik akışına uydurmayarak direksiyon hakimiyetini kaybetmesi nedeniyle asli, sanık Ali'nin ise ticari taksi şoförü olmasına ve trafikte seyir halindeyken aracın kullanımını diğer sanığa bırakmasında zorunlu bir durum bulunmamasına rağmen dikkatsiz ve tedbirsizce davranarak ehliyetinin olup olmadığını kontrol etmediği ve araç kullanma konusunda yeterli tecrübesi olduğunu bilmediği diğer sanığın etrafta yayaların bulunduğu meskun mahalde aracı kullanmasına müsaade etmesi ve hızlı gitmesine engel olmaması nedeniyle tali kusurlu olduğu, taksirli davranışları ile netice arasında nedensellik bağının da bulunduğu kabul edilmelidir". CGK. 28.04.2015, 790/146

ÇÖZÜM:

Televizyonu açmak netice açısından olmazsa olmaz bir şart değildir. Değerlendirme sona ermiştir. Nedensellik bağı yoktur.

"Sanığın, müteahhitliğini yapıp, 3 yıl önce teslim ettiği binadaki bacanın üzerinde bulunan taş parçasının fırtına nedeniyle düşmesi sonucu yan taraftaki gecekondunun çatısı delinip mağdurun yaralanması şeklinde gerçekleşen olayda, baca üzerine beton taşın sanık tarafından konulmadığının anlaşılması karşısında, sonuç ile eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı..."[1].

bbb. Normal Nedensellik

Olay 2: Faik, kansı Faike'nin çayına öldürücü miktarda zehir katar. Faike zehrin etkisini göstermesi sonucu ölür.

Hareket	Netice
Faik çaya zehir koyuyor	Faike zehirden dolayı ölüyor (ölüm)

ÇÖZÜM:

Zehrin çaya katılması ölüm için olmazsa olmaz bir şarttır. Nedensellik bağı vardır ve **TCK** 81 gerçekleşmiştir.

⇒ Şimdi *problemli* örnekler:

Günlük yaşamda karşılaştığımız olaylar yukarıdaki iki olayda görüldüğü gibi nedensellik bağı bakımından açık olmayabilir. Nedensellik bağı bakımından problem teşkil eden olaylar daha çok belli bir neticeyi meydana getiren sebeplerin birden fazla olması halinde karşımıza çıkmaktadır. Buna "sebeplerin çokluğu" adını vermekteyiz.

- SORU:
- Kral David, göz koyduğu Batşeba'yı elde edebilmek için kocasını savaşta cepheye gönderir(2 Samuel 11: 2-17). Kocanın savaşta ölmesi durumunda kral David'in sorumluluğu nedir? (örnek için bkz. Dressler, 896).

Bu çerçevede ikinci sebebin, herhangi bir insan hareketine bağlanamayacak sebepler olması (bakkala gönderilen çocuğa yıldırım çarpması), üçüncü bir kişinin hareketinden kaynaklanması (kazazedeyi götüren ambulansa bir kamyonun çarpması) veya bizzat mağdurun hareketi (yaralının hastaneye gitmeyerek, iltihap sonucu ölmesi veya Yahova Şahidi olan yaralının kan naklini reddederek ölmesi)[2] olması mümkündür.

ccc. Çifte Nedensellik

Olay 3: Faik, Faike'nin çayına öldürücü miktarda zehir katıyor. Mahcup da aynı miktarda zehri çaya katıyor. İkisi de birbirinden habersizdir. Zehirler aynı anda etki ediyor.

---

[1] 9. CD. 12.03.2007, 1960. Esasen bu olayda, sanığın bir fiili yoktur. Dolayısıyla sanık, fail değildir. Ancak Yargıtay bu hususu atlayarak, nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi gerekliğine hükmetmiştir.

[2] Bkz. Regina v. Blaue, Dressler, 227'den.

İki tane birbirinden bağımsız hareket aynı zamanda neticeye sebebiyet veriyorlar. Her biri tek başına da o neticeyi gerçekleştirebilir niteliktedir.



ÇÖZÜM:

Faik'in hareketi neticenin oluşması açısından onsuz olmayan bir şart değildir. Bu hareket değerlendirmeye katılmasa bile netice meydana gelecektir. Öyleyse nedensellik bağı yok mudur? Yanlış. Bu tip olaylarda c.s.q.n. (olmazsa olmaz) formülü şu şekilde ele alınır: Bir hareket olmasa da diğer bir hareketin aynı neticeyi doğuracağı olgusu, nedensellik ilişkisinin varlığını etkilemez[1]. Birden fazla şarttan alternatif olarak onsuz olunabilen, ancak zincirleme olarak onsuz olunamayan her şart nedenseldir. Formülün bu şekilde değiştirilmesinin nedeni aksi takdirde ulaşılacak saçma sonuçtur. Burada hem Faik'in hem de Mahcup'un hareketi olmazsa olmaz değildir. Böylece de olmazsa olmaz hareketlerin nedensel olmadığı sonucuna varmak gerekir. Ne var ki bu, açık bir şekilde hatalı bir sonuç olur, zira iki hareket de aslında nedenseldir. Dolayısıyla sonuçta her iki hareketin de nedensel olduğu sonucuna varılmalıdır.

"Bu nedenle, bu gibi durumlar için şöyle bir formül geliştirilmiştir: Alternatif olan birçok koşuldan birisinin yokluğu varsayıldığında netice meydana gelecek idi ise bu takdirde her koşul netice bakımından nedenseldir". Başka anlatımla, her bir hareket netice bakımından yeterli ise yani neticenin meydana gelmesi için hareketlerin birleşmesi gerekmiyorsa, her bir hareket nedenseldir[2]. Bununla beraber, bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesini de göz önünde bulundurarak, tereddüt edilen hallerde teşebbüs nedeniyle hüküm kurmak daha isabetli olacaktır.

Amerikan Hukuku'nda da bu tür durumlar için geliştirilen formül "esaslı faktör" formülüdür. Buna göre, failin hareketi meydana gelen netice bakımından esaslı faktör ise nedensellik bağı vardır. Örnek olayda olduğu gibi her failin hareketi birbirinden bağımsız olarak ve fakat aynı anda neticeye neden oluyorsa, başka ifadeyle neticenin meydana gelmesinde asıl faktörü oluşturuyorsa meydana gelen netice ile hareket arasında nedensellik ilişkisi vardır[3].

"Maktul ve sanıkların aynı yerde birlikte içki aldıkları sırada tartışmaya başladıkları ve maktulün küfretmesi üzerine sanık M'nin tabakla başına vurduğu, bir süre daha maktul oturduktan sonra kalkıp çıktığında dışarıda bu defa diğer sanık C ile aynı nedenle kavga ettiği, sanık C'nin de kafa vurması üzerine yere düşüp başını çarptığı, maktulün daha sonra fenalaşıp öldüğü... Adli tıp raporlarına göre, her bir yaranın ayrı ayrı ölümü meydana getiren beyin harabiyeti ve komalara neden olabileceği dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Bu oluş çerçevesinde her bir sanığın eylemi ölümü meydana getirebilir nitelikte ise de birbirlerine eklenerek ölümü meydana getirmesi mümkün ve

---

1 Centel/Zafer/Çakmut[5]. 265.
2 Ünver. 242. 243.
3 Velazquez v. State. 1990.

*muhtemel olduğundan şüphenin lehe kabulü ile sanıkların ayrı ayrı TCK 452/2 (**yeni kanunumuza göre yaralama kastı varsa TCK 87/4[1].; öldürme kastı varsa öldürmeye teşebbüsten**) den dolayı cezalandırılması gerekmektedir"*[2].

Yargıtay kararına konu olan ve önce bir aracın daha sonra başka bir aracın çarptığı bir kişinin ölmesi olayıyla ilgili olarak mağdura çarpan her iki sanığın fiili ile netice arasında nedensellik bağının bulunduğu ve her ikisinin birlikte ölüm sonucunu meydana getirdiği belirtilmiştir[3].

ddd. Toplam (Atipik) Nedensellik

Olay 4: Faik, Faike'nin çayına ölüm neticesi için gerekli olan miktarın yarısı kadar bir zehri katıyor. Bu miktarın yeterli olduğunu sanıyor. Mahcup da aynı şekilde gerekli miktarın yarısı kadar zehir katıyor ve o da bu miktarın yeterli olduğunu sanıyor. Her iki zehrin etkisi birleşerek Faike'nin ölümünü sağlıyor.



İki tane birbirinden bağımsız hareket aynı zamanda neticeye sebebiyet veriyorlar. Her biri tek başına o neticeye sebebiyet veremezdi.

Faik çaya ½ zehir bırakıyor →

Mahcup çaya ½ zehir bırakıyor →

Faike ölüyor

---

[1] Belirtmek gerekir ki, burada TCK 87/4'ün de uygulanmaması gerekebilir. Somut olayda her iki failin hareketi de nedenseldir. Ancak neticeye hangi failin hareketinin sebebiyet verdiği tam olarak belirlenemediğinden *şüpheden sanık yararlanır ilkesi* gereği faillerin doğrudan ölüm neticesinden sorumlu tutulmaları söz konusu olamayacaktır. Somut olayda işlenen fiil, TCK 87/4'te düzenlenmiş olan kasten yaralama sonucu ölüme neden olmadır. Netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenmiş olan bu suçta ölüm neticesine istenmeyerek yani taksirle sebebiyet verilmiştir. Kast+taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeye taksirle sebebiyet verildiğinden ve taksirle sebebiyet verilen neticelere teşebbüs söz konusu olmadığından (bkz. aşağıda Teşebbüs bahsinde, Teşebbüse Elverişli Olmayan Suçlar başlığı altında, Cezalandırmak İçin Kastın Aranmadığı Suçlar konusu), burada failler, TCK 87/4'te düzenlenmiş olan kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçuna teşebbüsten değil sadece kasten yaralama suçundan sorumlu tutulmalıdır. Topçu, 367.

[2] 1. CD, 10.06.1998, 2051. Benzer bir olay Almanya'da gerçekleşmiştir.
B, eşi E ve üvey kızı K'ya yıllarca şiddet uygulamaktadır. Bir gün K, üvey babasının kafasına arkadan birkaç kez ağır bir tavayla vurur. B, bayılarak yere düşünce, K polise haber vermek üzere gider. O sırada gelen E de tavayı alarak en azından bir kere B'ye vurur. E'nin hareketinin B'nin ölümünü hızlandırıp hızlandırmadığı, adli tıp tarafından belirlenemez. E ve K arasında iştirak ilişkisi de bulunmamaktadır.
Bu olayda mahkeme, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, E bakımından, eyleminin B'nin ölümünü hızlandırmadığına dolayısıyla sadece adam öldürmeye teşebbüsün söz konusu olduğuna, K bakımından ise E'nin eyleminin B'nin ölümünü hızlandırmış olabileceğine karar vererek, K'yı da adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırmıştır. BGH NJW 66, 1823.
Öğretide bu karar eleştirilerek, E'nin, K tarafından oluşturulan durumu kullandığı ve onun oluşturduğu yaralamaya dâhil olduğu, K'nın eylemi olmasaydı, E'nin B'ye saldırmayacağı, adli tıbbın, E'nin eyleminin B'nin ölümünü hızlandırdığını tespit etmesi halinde dahi, durumun değişmeyeceği, bunun olsa olsa toplam nedensellik olacağı belirtilmektedir. Wessels/Beulke, kn. 165.
Vurgulamak gerekir ki bu olayda sonuçta nedensellik bağı varsa da ölüm neticesi yüklenemez ve sorumluluk ancak teşebbüsten olabilir.

[3] CGK, 01.04.1997, 2/62-76.

ÇÖZÜM:

a. Faik'in hareketini yok sayarsak, Faike'nin ölümü gerçekleşmeyecekti. Mahcup'un ½ zehri yetmeyecekti. Dolayısıyla Faik'in hareketi onsuz olmaz şarttır. Dolayısıyla hem Faik'in hem de Mahcup'un hareketi nedenseldir.

b. Ancak bu noktada nedensel bir hareketin, faile yüklenmesinin her zaman adil bir sonuç vermeyeceğini görüyoruz. Dolayısıyla nedensel bir hareketin faile yüklenip yüklenmeyeceği veya hangi kapsamda yükleneceğinin tartışılması gerekir. Somut olaya baktığımızda; neticenin olayların **normal, alışılmış gelişimine ve genel hayat tecrübelerine göre** kişiye yüklenip yüklenemeyeceği ele alınmalıdır. Olayda iki kişinin birbirinden bağımsız olarak aynı anda bir üçüncü kişiye zehir vermelerinin ve bunun da o kişinin ölümüne yol açmasının tamamıyla alışılmamış olduğu söylenebilir. Bu nedenle de bu hareketler Faik'e yüklenemez. Dolayısıyla tamamlanmış bir suç yoktur. Fakat bu kez tamamlanmış bir suç olarak faile yüklenemeyen hareketin acaba başka bir kapsamda yüklenip yüklenmeyeceğinin de ele alınması gerekir. Dolayısıyla fail gerçekleştirdiği kısımdan sorumlu tutulmalıdır. Nitekim somut olaya baktığımızda Faik'in**teşebbüsten**dolayı sorumlu tutulmasına engel bir hususun olmadığını görürüz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Olayda failler şerik değildir. Yani aralarında**iştirak iradesi** bulunmamakta, tamamen birbirinden habersiz hareket etmektedirler. Eğer iştirak iradesi olursa, teşebbüsten değil, tamamlanmış neticeden sorumlu olurlar. Bu konu üzerinde ileride iştirak bahsinde etraflı bir şekilde duracağım.

Sol elini prese kaptırarak parmaklarından yaralanan işçi, kazadan sonra hastaneye kaldırılmış, ancak tetanos serumu yapılmamıştır, işçi hayatını kaybetmiştir. Olayda vaktinde serum yapılsa idi, işçi bu

Yargıtay'ın şu kararlarında da doğrudan veya kapalı olarak atipiklik değerlendirmesi yaparak nedensellik bağı konusunda karar verdiği görülmektedir:

"Nedenselilik bağının bulunup bulunmadığını saptayabilmek için, fiilin hareketinin oluşan sonucu oluşturabilme olanağına sahip olup olmadığı veya bu hareketin sonuç bakımından tamamen tesadüf niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemek gerekir. Sanığın hareketi yerden aldığı taşı mağdura yöneltmekten ibarettir. Mağdura taş fırlatmış veya onu iteleyerek yere düşürmüş ya da bir başka eylemde bulunmuş değildir. Mağdurda oluşan yara (sonuç) onun kaçarken takılıp düşmesiyle meydana gelmiştir. Bu itibarla mağdurdaki yaralanma sonucu ile sanığın yerden taş alıp mağdura yöneltmekten ibaret eylemi arasında uygun nedensellik bağı bulunmamaktadır. Bu nedenle sanık mağdurun yaralanmasından dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak sanık yerden taş alarak mağdura doğru yönelmekle yaralama suçuna teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır (CGK, 4.10.1993, 215).

Krş. Royall (1991) 172 CLR 378; Avustralya NSW Eyaleti Yüksek Mahkemesi bu tür olaylarda mağdurun hareketinin makul olup olmadığının araştırılması gerektiğini savunmaktadır. Maktulün hareketi makul bir hareket ise bu sonuç faile yüklenir (bkz, Brown vd., 818, 819; Aynca krş. Zanker v. Vartzokos, (1988) 34 A Crim R 11).

"Sanık ile mağdurun kavga sırasında yere düştüklerinde seyir halindeki bir kamyonun tekerleğinin mağdurun üzerinden geçtiği ve kırığı oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında, sanığın eylemi ile mağdurun ayağının kırılması arasında nedensellik bağının söz konusu olmadığı" (4.CD,10.05.1994, 4206).

yaralardan ölmeyeceğinden *Yargıtay*, işveren ve ustabaşı olan sanıkların eylemlerinin, yaralamaya sebebiyet derecesinde kaldığına ve kusurlu davranışları ile ölüm arasında doğrudan nedensellik bağı bulunmadığından, taksirle öldürme neden olmadan dolayı hüküm kurulamayacağına karar vermiştir[1]. Ancak bu takdirde taksirle yaralamadan ötürü ceza verilebilecektir.

Motosikletli Dursun'a, kaçarken arkasından birkaç el ateş eden ancak isabet ettiremeyen failin (Yaşar), Dursun'un bu ateşlerden etkilenip, motosiklete kapaklanması ve işlek otoyolda dengesini kaybetmesi sonucu yola düştüğü ve otoyoldan geçen diğer araçlar tarafından peş peşe ezilerek öldüğü olayda, *Yargıtay*, "maktul Dursun'un sürüş dengesini kaybedip düşmesi ve geçen otoların altında kalarak ezilmesi olayı ile sanık Yaşar'ın yaptığı tevcihli atışlar arasında nedensellik bağı bulunduğunun kabulü gerektiği, maktule isabet eden herhangi bir mermi olmayışının, bu sebep-sonuç ilişkisini kaldırmayacağı, bu eylemin yarattığı korku ve panik neticesi dengesini dolaylı olarak kaybedip otoban zeminine düşen maktule oto çarpmasının ve ezerek öldürmesinin "önceden umulmayan ahvalin eklenmesi" mahiyetinde yorumlanması icap edeceğine" karar vermiştir[2]. Kanımca olayda failin kastının öldürme olarak belirlenmesi durumunda, sonradan eklenen sebeplerin etkisiyle ölüm gerçekleştiğinden, failin eylemini öldürmeye teşebbüs olarak nitelemek gerekir. Bununla beraber, bu eylemin otoyolda gerçekleştirilmesi dolayısıyla, yoğun trafiğin bulunduğu bir otoyolda düşecek motosikletlinin ezilmesi durumu öngörülebilir, olağan, hayatın akışı içinde normal bir netice olduğundan, failin tamamlanmış öldürmeden ötürü sorumlu tutulması da mümkündür.

Yargıtay kararına konu bu olayı "*Dursun, otoyoldan geçen araçların altında kalarak değil de o sırada motorunun durması nedeniyle otoyolun üzerinde düşen bir helikopterin altında kalarak ölür*" şeklinde değiştirirsek sorumluluk nasıl belirlenecektir? Bu takdirde, helikopterin bu şekilde tam da otoyolun üzerinde düşmesi ve tam da Dursun'un orada bulunması nedeniyle ölmesi, hayatın akışı içinde olağanüstü bir durum olduğundan, fail bundan dolayı sorumlu tutulamaz.

Avustralya'da gerçekleşen bir olayda, yaralayıp sahilde baygın halde bıraktığı kişinin, suların yükselmesi sonucu ölmesi olayında, suların yükselmesinin atipik olmadığı, öngörülebilir bir sonuç olması nedeniyle, nedensellik bağı kabul edilmiştir. Kararda, ilginç örnekler verilmektedir: Bir kimse bir başkasına bir binanın dibinde vursa ve vurduğu kişi bayılsa, bina da deprem sonucu yıkılarak bu kişinin ölümüne sebebiyet verse, burada bu ölüm, "Allah'ın işi" (Act of God) olarak kabul edilir. Buna karşılık, gelgit olan bir yerde durum farklıdır. Burada mağdurun ölümü failin hareketinin doğal bir sonucudur. Bina örneğinde ise ölüm anormal ve öngörülemez bir sonuçtur[3].

Bir başka mahkeme kararına konu bir olayda A, bir kadına saldırır ve kadının kolunu yaralar ve burnunu kırar. Kadın korkuya kapılır ve saldırı henüz bitmediği için kendi odasına kaçar ve balkona çıkar. Balkondan başka bir odanın balkonuna atlamaya çalışır. Atladığı sırada kadın düşerek yaralanır ve

---

[1] 9. CD. 30.12.1982. 4456.
[2] 1. CD. 24.12.1996. 4157.
[3] Bkz. Hallett (1969) SASR 141. Allen, 43.

söz konusu yaraları nedeni ile ölür. İlk derece mahkemesi faili ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan mahkum eder. Yüksek mahkeme ise ölüm neticesini öngörülebilir bir netice olarak kabul etmiş ancak olayda yaralama suçu ile ölüm neticesi arasında doğrudan bağlantının bulunmadığı ifade edilmiştir. Fail tarafından meydana getirilen yaraların doğrudan ölüm neticesine neden olabilecek nitelikte olmadığına karar verilmiştir"[1].

Toplam nedensellik ihmali suçlarda da söz konusu olabilir. Garantör olan iki kişinin, birbirlerinden bağımsız olarak neticeyi önlememeleri halinde, bunlardan birisinin ihmali harekette bulunmaması halinde netice meydana gelmezdi denilebiliyorsa, nedensellik bağı vardır. Örneğin, yüzme bilmeyen 4 yaşındaki Fatma, havuza atlar. Buna karşın Fatma'nın ne babası Faik, ne annesi Faike ne de cankurtaran çocuğa yardım etmediğinden, çocuk boğularak ölür. Bu olayda, bu üç kişiden birisinin kurtarma hareketi, neticenin meydana gelmesini önleyeceğinden, her üçü de ihmal suretiyle insan öldürme sucudan dolayı sorumlu tutulacaktır[2].

Olay 4a: Faik, kan davalısı Abdülcabbar'a öldürme kastıyla ateş ediyor. Ancak kurşun sadece sıyırıyor. Abdülcabbar'da hemofili hastalığı bulunduğundan kanı pıhtılaşmıyor ve ölüyor. Faik'in Abdülcabbar'ın hemofili hastası olduğundan haberi yoktur.



---

[1] BGH 30.09.1970. (*NJW* 1971. s. 152). Ozenbaş. Tarihi. 930. dn. 63'ten. Benzer bir olayda "biraz sarhoş olan A. Romen bir genç kızı bazı yalanlarla kandırarak üçüncü kattaki evine getirir. Evin kapısını anahtarla kilitleyerek kızın evden kaçmasını engellemeyi planlar. Daha sonra kıza tecavüz eder ve kıza aslında öyle bir şey olmamasına rağmen beş arkadaşının daha kendisine tecavüz etmek için gelmek üzere olduklarını soyler. A ayrıca beş arkadaşından birini telefonla arama numarası da yaparak daha inandırıcı olmaya çalışır. A. yatak odasından bir süreliğine uzaklaştığında kız kaçmak amacıyla üçüncü katta bulunan ve A tarafından açık bırakılan ve yatağa yakın olan evin penceresinden atlar. Bunun sonucunda kızın bir omuru, topukları ve bacakları kırılmıştır.

Olay mahkemesi A'yı ağır yaralama nedeniyle ağırlaşmış cinsel saldırı suçundan sorumlu bulmuştur. Yüksek mahkeme, olay mahkemesinin kararını onaylar. Ağırlaşmış neticeden taksirli sorumluluk için, normal taksirde gerekli olan ölçütlerin uygulanması gerekir. Bunun için ağırlaşmış neticenin objektif ve sübjektif öngörülebilirliğinin ve faile bu neticenin objektif yüklenebilirliğinin de bulunması gerekir.

Yüksek mahkemeye göre objektif öngörülebilirlik, uygunluk bağlantısı ile aynı şeyi ifade eder ve somut olayda objektif öngörülebilirlik bulunmaktadır. Çünkü somut olaydaki nedensellik ilişkisi günlük hayat tecrübelerinin dışında kalmamaktadır. Olayın oluş biçiminin en küçük ayrıntısına kadar öngörülmesi şart değildir. Sadece neticenin günlük hayat deneyimlerinin dışında kalmaması yeterlidir. Ayrıca tecavüze uğramış ve tekrar tecavüze uğrayacağı yönünde tehdit edilmiş olan mağdurun kapının da kilitli olması nedeniyle içinde bulunduğu korku ve endişenin de etkisi ile kaçmak için camdan atlaması hayat tecrübelerine tamamen aykırı bir davranış değildir.

Neticenin faile objektif isnadiyeti bakımından ise yüksek mahkemeye göre tehlike bağlantısı mağdurun hareketi ile kesilmemiştir. Çünkü mağdur kendi rızası ile hayatı için boylesine büyük bir tehlike yaratan bir duruma atılmamıştır. Mağdurun davranışı, mağdurla aynı durumda bulunan sağduyulu bir insanın davranışlarına nazaran tamamen mantıksız, gereksiz bir davranış değildir". OGH 04.05.1995 (JBl 1996, 804). Ozenbaş. Tarihi. s. 942. dn. 91'den.

[2] Heinrich (Ed. Ünver). 138.

ÇÖZÜM 4a:

a. Eğer Faik ateş etmeseydi, kanama başlamayacaktı. Demek ki, olmazsa olmaz şart vardır. Dolayısıyla Faik'in hareketi nedenseldir.

b. Ancak burada da yukarıda 4 no.lu olayın çözümünde olduğu gibi, nedensel kabul ettiğimiz hareketten dolayı failin ne ölçüde ve hangi kapsamda sorumlu tutulması gerektiğini ele almak gerekir. Bunun için, burada da tartışılması gereken husus, neticenin olayların normal, alışılmış gelişimine ve genel hayat tecrübelerine göre kişiye yüklenip yüklenemeyeceğidir. Olayda bir kimsenin hemofili hastası olmasının tamamıyla alışılmadık olduğu söylenebilir. Ancak bir başkası da burada bunun alışıldık olduğunu söyleyebilir. Nitekim öğretide [1] run anormal yapısı (kan pıhtılaşmaması hastası olması) veya neticenin kurallara aykırı, atipik nedensel gelişime dayanmasının, nedensellik bağı bakımından önemsiz olduğunu savunanlar da vardır. Bu itibarla, baştan bir karar vermenin zor olduğu görüldüğünden, somut olaya göre bir sonuca varmak ve geçerli gerekçelerle bu sonucun açıklanması gerekir. Sonuç olarak denilebilir ki, bu durum alışıldık değilse netice yüklenemeyecek, alışıldık ise netice yüklenebilecektir.

Yargıtay şu kararında da atipik nedenselliğe işaret etmektedir:

*"Ceza sorumluluğu yönünden bir insan davranışının ortaya çıkan bir sonucun nedeni sayılabilmesi için, bu davranışın o sonucun zorunlu şartı olması, yani bu davranış olmadan gerçekleşmemesi gerekir. Ayrıca sonucun **istisnai etkenlerden** ileri gelmemiş olması, yani davranışın gerçekleştirildiği anda dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre, o sonucun davranışın **olağan sonucu olarak öngörülebilir** olması aranır. Aksi takdirde failin tutumu ile sonuç arasında doğal, uygun ve insani nedensellik bağının bulunduğu söylenemez (CGK, 16.05.2000, 110).*

Yargıtay kararlarında "**failin eyleminin neticeden bağımsız olmaması**" gibi bir gerekçe kullanmaktadır. Örneğin, sanığın mağduru öldürmek kastıyla silahla karnından yaraladığı bir olayda, mağdura hastanede hepatitli kan verilmesi nedeniyle mağdur hayatını kaybetmiştir. Yargıtay failin eylemi neticeden bağımsız olmadığından eylemin kasten öldürme olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir[2]. Aslında Yargıtay bu kararında hepatitli kan verilmesini tipik, alışıldık gördüğünü ifade etmiş olmaktadır. Kanımca, hastanede hepatitli kan verilmesi günlük hayatta sık rastlanan, tipik bir durum değildir. Bu nedenle, failin tamamlanmış öldürme suçundan sorumlu tutulması isabetli olmamıştır.

Belirtmek gerekir ki, tamamlanmış neticenin faile yüklenemediği hallerde, failin teşebbüs hükümleri gereğince sorumlu tutulabileceğini unutmamak gerekir. Gerçekten de fail gerçekleştirdiği kısımdan sorumlu olacaktır.

Yaralanan bir kimsenin doktora gitmemesi[3] veya tedavi reddetmesi nedeniyle ölümü olayında[1] artık, tipik değil, atipik bir gelişim olacağından bu netice faile yüklenemez.

---

[1] Wessels/Beulke, kn. 163
[2] CGK, 02.06.2009.147
[3] Bkz. 1. CD, 27.10.1942, 2705

Trafik kazası sonucunda yaralanan kişinin ameliyatta yapılan hata sonucunda ölmesi halinde, fail ölüm neticesinden değil, yaralama neticesinden sorumlu tutulur[2].

Bir başka örnek: A, öldürmek amacıyla B ye ateş eder ve hafif yaralanan B, hastanede çıkan yangın nedeniyle ölür[3]. Bu örnekte, failin atışı gerçi mağdurun ölümünde izin verilmeyen bir tehlikeye sebebiyet vermiştir; ancak ateşli silah yaralamasından kaynaklanan tehlike, hastane yangınında gerçekleşmemiştir ve bu nedenle meydana gelen netice faile tamamlanmış ölüm olarak yüklenemez. Tehlike yaratma söz konusu değilse sonuç cezasızlık olacakken, hukuksal yararın tipik ihlalinde tehlikenin gerçekleştirilmesinin söz konusu olmaması ise suçun tamamlanmasını engeller ve bunun sonucu olarak sadece teşebbüsten ötürü ceza verilebilir[4].

Bush, öldürmek amacıyla mağdura ateş eder, yaralanan mağdur, tedavi için gittiği hastanede, doktordan kaptığı hastalık neticesinde ölür. Mahkemeye göre, yaralama tek başına ölümü meydana getirecek nitelikte ise Bush ölüm neticesinden sorumludur. Buna karşılık yaralama tek başına ölüme neden olmayacak idiyse, Bush ölüm neticesinden sorumlu olmaz (Bush v. Commonwealth, 1880).

eee. Sollayan (Öne Geçen) Nedensellik

Olay 5: Faik, Faike'nin çayına zehir katıyor. Zehir etkisini göstermeden önce Mahcup tabancayla vurarak annesini öldürüyor.

İlk hareket neticeye sebep olabilirdi. Ancak bir başka hareket geliyor ve ilk hareket neticeye sebep olmadan önce, neticeyi meydana getiriyor. Örneğin, Faik Mahcup'u Faike'yi öldürmesi için azmettiriyor, fakat Faike kalp krizi geçirerek ölüyor ya da Faik, Faike'yi zehirliyor, zehir etkisini göstermeden önce Faike kalp krizi geçirerek ölüyor veya

Faik Faike'yi zehirliyor →
Mahcup Faike'yi vuruyor → Faike vurularak ölüyor

ÇÖZÜM 5:

Bir başkasının hareketinin, kural olarak nedensel süreci etkilemeyeceğini yukarıda belirtmiştim. Ancak bir başkasının hareketi, mevcut nedensel süreç-

---

[1] Yahova Şahidi olan kişinin kan nakli yapılsaydı kurtulabilecekken, dini inanışları nedeniyle kan naklini reddederek ölmesi ile ilgili olarak bkz. Blaue (1975) 3 All ER 446.

[2] "Trafik kazası sonucu karın ağrısı, karında ekimoz bulgularıyla özel hastaneye yatırılan olenin burada ameliyat edildiği ve akabinde kazadan iki gün sonra öldüğü, yapılan klasik otopsi sonucunda Adli Tıp Morg İhtisas Dairesi tarafından düzenlenen 21.12.2006 tarihli raporda "kişinin ölümünün yapılan cerrahi operasyon sırasında operasyon sahasındaki 9.ve 10. sırt omurları arasından kırılarak ayrılan kemik parçasının vücudun en büyük atardamarı olan aortu yırtmasına bağlı iç kanama sonucu meydana geldiğinin" belirtildiğinin anlaşılması karşısında, kaza ile ölüm arasında illiyet bulunmadığı, sanığın eyleminin taksirle birden çok kişinin yaralanması sucunu oluşturduğu...". 12.CD. 20.11.2012. 24620.

[3] Roxin[4], 371.

[4] Roxin[4], 373.

ten tamamen bağımsız olarak yeni bir nedensel süreç oluşturur ve neticeye tek başına sebebiyet verirse, artık nedensel sürecin kesilmesinden, başka ifadeyle sollayan nedensellikten bahsedilir[1].

ÖRNEK: Nancy, hayatta kalmasına yetecek kadar miktarda su ile çölü aşabileceğini göstermek için bir denemeye girişir. Onu öldürmek isteyen Oscar, suyun içine zehir katar. Çölde kendisi de susuz kalmış olan Petunia, Nancy'in suyunu çalar ve Nancy susuzluktan dolayı ölür. Bu örnekte Petunia ve Nancy'nin ölümünden dolayı sorumluluk kime aittir? (örnek için bkz. Dressler, 216).

Zehirleme olayı olmasa bile netice gerçekleşecekti. Öyleyse zehirleme onsuz olmaz bir şart değil. Bu itibarla da tamamlanan bir netice ile hareket arasında nedensellik bağı yoktur. Ancak teşebbüs söz konusu olabilir.

"Dosyada mevcut Adli Tıp Kurumu raporunda, "ateşli silah yarasının; damar ve bağırsak yaralanması nedeniyle başlı başına ölüme yol açacak nitelikte olmakla birlikte gerekli cerrahi onarımın gerçekleştirildiği, tedavi sırasında verilen kan ürünlerinin birinde hepatit virüsü saptandığı; yaralanma ve tedavi sonrası yapılan tıbbi incelemelerde hepatit tanısı konduğu ve kan ürünü verilmesi ile hastalık gelişiminin uyumlu olduğu dikkate alındığında; ölümün ateşli silah yaralanmasının tedavisi için hepatit virüslü kan verilmesi sonucu gelişen akut hepatitten ileri geldiğinin kabulü gerektiği; ateşli silah yaralanması ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, hepatit virüslü kan verilmesi ve hepatit gelişiminin failin iradesi dışında eklenen bir sebep olduğu" şeklinde görüş bildirildiği tespit edilmiştir.

*Bu oluş ve rapor birlikte değerlendirildiğinde, sanığın öldürme kastıyla hareket ettiği ve ölümün de yapılan bu fiilin doğal neticesi olarak meydana geldiğinin yine bu bağlamda fiil ile netice arasında uygun nedensellik bağının da mevcut olduğu hususları dikkate alındığında; oluşan suçun unsurları itibarıyla **TCK** 81'de öngörülen kasten adam öldürme suçunu oluşturacağı..."*[2].

"Sanıklar Bülent ve Mustafa'nın köydeki satıcılardan süt alma konusunda çıkan anlaşmazlık üzerine kamyonetinde bulunan Mustafa'ya taş ve sopa ile saldırmaları üzerine bu şahsın kamyoneti ile kaçmak için geri manevra yapmak isterken bankette bulunan çocuğa çarpıp ölmesine neden olması şeklinde gelişen olayda, hareketleri ile ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunmadığı gözetilmeden beraatleri yerine yazılı gerekçe ile mahkûmiyetlerine karar verilmesi..."(9.CD, 3830/5579)

Esasen bu olayda, her ne kadar yaralama olayı ile ölüm arasında nedensellik bağı varsa da, sonuçta, ölüm hepatitten kaynaklanmış, böylece yaralama nedeniyle ölüm gerçekleşmeden, hepatitli kan verilmesi nedeniyle ölüm gerçekleşmiştir. Bu nedenle, atipik nedensellikte de olduğu gibi burada tamamlanmış ölüm neticesinin faile yüklenmemesi, failin kasten öldürmeye teşebbüsten ötürü sorumlu tutulması gerekirdi (bkz. Çifte Nedensellik başlığı altında sanık M örneği).

---

[1] Wessels/Beulke, kn. 167.
[2] 1. CD. 13.03.2007. 1384.

Belirtmek gerekir ki, önceki hareketin nedenselliğinin netice ortaya çıkana kadar etkisinin devam ettiği hallerde, ilk hareketin nedenselliği ve bu nedenle de teşebbüs halinde kalan eylemden değil, tamamlanmış suçtan cezalandırılması da tartışılabilir[1]. Örneğin, Faik, eşi Faike'yi zehirler. Bu esnada yanına gelen oğlu Mahcup, kıvranan annesine acıma duyusuyla ateş ederek öldürür. Burada sadece Mahcup'un değil, Faik'in hareketinin de nedensel olduğu, zira Mahcup'un hareketinin, Faik'in hareketine bağlı olduğu, zehirleme hareketi olmasa, neticenin de ortaya çıkmayacağı görülmektedir. Faik zehirlemese, Mahcup bakımından annesini öldürmek için bir neden kalmayacaktı.

fff. Varsayılan Nedensellik

Olay 6: Faik öldürücü miktarda zehri çaya katıyor. Faike zehirlenerek ölüyor. Ancak Faike zehirlenmeseydi dahi, o gün yer ayırttığı uçağa binecekti ve o uçak da düşecek, yolculardan kurtulan olmayacaktı.

Bir başka örnek[2]: Bir kimse, otomobilin içindeki bir şahsa ateş ederek öldürür. Ancak fail ateş etmeseydi dahi, arabasından inmek üzere olan şahıs, arabanın kapısına yerleştirilen bombanın, kapının açılmasıyla patlamasıyla zaten ölecekti.

Failin hareketi neticeye sebep olmaktadır. Bir başka sebep de aynı neticeyi çok kısa bir müddet sonra doğuracaktı.

Faik Faike'yi zehirliyor ——————→ Faike zehirlenerek ölüyor



Faike ölmeseydi binecek olduğu uçak düşecekti.

ÇÖZÜM 6:

Zehirleme olayı ölüm neticesi açısından olmazsa olmaz bir şarttır. Gerçi Faike öyle ya da böyle ölecekti, ancak daha değişik şekilde. Kaldı ki, biz hepimiz de er ya da geç bir gün öleceğiz. Bu bakımdan da nedensellik mevcuttur.

Bu itibarla, neticenin ortaya çıkışının hızlandırılması da nedensel kabul edilir. Dolayısıyla daha fazla ıstırap çekmesini istemediği ölümcül bir hastayı öldüren kişinin hareketi de nedenseldir[3].

Nedensellik bağı bakımından olayın gerçekten nasıl geliştiği ve somut netice esas alınır. Yedek sebepler, olası ihtimaller bu bakımdan göz önünde bulundurulmaz[4].

Cezaevi yöneticisi olan A, uzun süreli mahkumiyeti bulunan, yüksek tehlikeli, kaçma şüphesi olan ve izin talebi o güne kadar devamlı reddedilen B'nin izin talebini, durumunu bilmesine rağmen onaylar. B izin sonrası dönmemiş ve bir kadını öldürmüştür. B yakalandığında, cezaevi güvenliğindeki eksiklik ve hücre penceresinin çürümüş parmaklıkları nedeniyle izin olmasaydı da zaten kaçıp kadını öldürecek olduğunu söyler. Bu olayda yüksek mahkeme, A açısından taksirle öldürme suçlaması ile ilgili olarak nedenselliğin bulunduğunu, varsayımsal durumların nedensellik değerlendirmesine dahil edilmeyeceğine karar vermiştir[5].

[5] Heinrich (Ed. Ünver), 140.

[1] Krş. Heinrich (Ed. Ünver), 142.
[2] Ünver, 240.
[3] Heinrich (Ed. Ünver), 141.
[4] Wessels/Beulke, kn. 161.

ggg. Yüklenebilirlik İle İlgili Bazı Sorunlar

aaaa. Kişinin Kendisini Tehlikeye Atması

> *"Failin hazırladığı uyuşturucu maddeyi kullanıcıya bizzat enjekte etmesi veya uyuşturucu maddeyi birer kullanımlık ölçekte hazırlayıp, bu durumu belirterek satması sonucu, kendisine uyuşturucu madde enjekte edilen veya bir ölçek uyuşturucu maddeyi kullanan kişinin sağlığının bozulması veya ölmesi durumunda, failin fiili ile sağlığın bozulması ya da ölüm arasında belirtilen anlamda nedensellik bağı vardır. Buna karşılık, 20 gram uyuşturucu madde satın alan ve bunun 5 gramını bir doz olarak veya birer kullanımlık dozlardan ikisini birlikte kullanan kişinin sağlığının bozulması ya da ölmesi durumunda satıcının fiili ile sağlığın bozulması veya ölüm arasında değinilen biçimde nedensellik bağı yoktur. Eva'nın ölümü ile sanığın fiili arasında yukarıda belirtilen anlamda bir nedensellik bağı bulunmamaktadır, ölüm Eva'nın fazla miktarda eroin kullanmasından, dolayısı ile kendi fiilinden meydana gelmiştir" (10. CD, 10133/1221).* İngiliz Hukuku'ndan benzer bir karar için bkz. Khan and Khan (1998) Crim LR 830, Allen, 27'den.

Kendi sorumluluğunun bilincinde hareket eden bir kimsenin hareketine başka etkenler de neden olsalar, bu hareketleri yapanlara bu hareketler yüklenemez. Örneğin, bir kimseye araba yarışı yapalım mı diye teklif götüren kimse, araba yarışı sırasında teklif götürdüğü kişinin ölmesi durumunda bu ölümden sorumlu tutulamaz.

Kendi sorumluluğunda hareket eden bir başka kimsenin doğrudan meydana getirmiş olduğu tehlikeye sadece dolaylı bir katkıda bulunan kişi, ilke olarak sorumlu değildir.

Bir kimsenin kendi sorumluluğunun bilincinde olarak ve isteyerek gerçekleştirdiği kendine zarar verme eylemlerine neden olan kimse cezalandırılamaz. Aksi takdirde bir kimseye içki satan barmenin de içki içenin trafik kazası yapması halinde sorumlu olacağını kabul etmek gerekir.

Bu tür olaylarda nedensellik bağı mevcut ise de bu netice faile yüklenemez, zira kişi kendi sorumluluğunun bilincinde olarak hareket etmiştir.

Netice fail tarafından yaratılan tehlikenin gerçekleştirilmesi olarak ortaya çıkıyorsa, kural olarak yüklenebilir ve bu durumda objektif unsurlar gerçekleşmiştir. Bununla beraber istisnaen, tipikliğin maddi unsuru bu tür tehlikelerin ve etkilerinin engellenmesini kapsamıyorsa yüklenebilirlik söz konusu olmaz. Örneğin A, B'yi Himalaya dağlarına tırmanma konusunda ikna etse ve B de (A'nın öngördüğü gibi) dağlarda ölse, A sadece B'nin ölümüne sebep olmamış, aynı zamanda B'nin ölümünde A tarafından neden olunan tehlike gerçekleşmiştir. Ama buna rağmen A cezalandırılabilir bir adam öldürme suçu işlememiştir. Zira yürürlükteki hukuka göre kendini tehlikeye atmak cezalandırılmamaktadır. Kasten ve taksirle öldürme suçları kişinin kasten kendisini tehlikeye atması eylemlerini kapsamamaktadır ve bu nedenle meydana gelen netice, sebebiyet verene yüklenemez[1].

[1] Roxin[4], 373

Benden ayrıldığın takdirde intihar ederim diyen sevgilisinden kurtulmak için ayrılan kişi, sevgilinin intihar etmesi halinde ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz. Burada kasten ve nedensel olarak sevgilisinin ölümüne neden olmasına rağmen, sevgilinin kendi özgür iradesiyle ve sorumluluğuyla gerçekleştirdiği bir netice failin eseri olarak kabul edilemez[1].

"Sanık ile eşi sekiz yıldır evli olup, üç tane çocukları vardır. Eşi daha önce de kendisini dövmüştür. 12.02.1978 günü sanık eşini dövüp, o evde istenmediğini söylemiş, bir arkadaşının evine giden mağdure geri dönmüş, eşi onu yine dövmüştür. Eşinin barışma teklifini de reddetmesi üzerine bir kutu hap alıp intihara teşebbüs etmiş, ancak başarılı olamamıştır. 14.02.1978 günü tanık Şükran'a telefon edip, "kayınvalidesi, kayınpederi ve kocası tarafından eve kapatıldığını babasına haber vermesini" söyledikten sonra, 15.02.1978 günü saat 14.30 sularında odasına kapanarak asmak suretiyle kendisini öldürmüştür. Eşi yerel mahkeme tarafından 30 yıl hapis cezasına çarptırılmış, kastın aşılması suretiyle öldürme olduğu gerekçesiyle karar Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay C. Başsavcılığının itirazı üzerine de olay Ceza Genel Kurulu önüne gelmiştir. Kurul, bir kimse, egemenlik ve tasarruf alanının dışında kalan ve bu sebeple tahmini kendisinden beklenemeyen bir neticeden sorumlu tutulamaz şeklinde karar vermiştir. Yüksek mahkemeye göre, sanığın yaralaması ile ölüm olayı arasına mağdurenin intiharı gibi başka bir eylemin girmesi nedeniyle nedensellik bağının kesildiği, başka deyişle ölüm ile sanığın eylemi arasında bir maddi sebebiyet bağlantısı olmadığı anlaşıldığından hüküm bozulmalıdır"[2].

bbbb. Egemenlik Alanı Dışında Kalma (Tesadüfi Nedensellik)

Netice insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa veya genel hayat riski içinde ise kasta rağmen netice yüklenemez. Örneğin, biraz dışarı çıkıp hava almasını tavsiye ettiği kişiye, dışarıda tecavüz edilmesi gibi. Hayatın genel riskleri kimseye yüklenemez. Yine bir kimsenin anne babasının bir çocuk dünyaya getirmeleri, çocuklarının işlediği bir cinayet durumunda isnat edilebilir bir hareket değildir. Zira burada çocuğun hareketi üzerinde egemenlik söz konusu değildir.

Ceza hukukundaki eski görüşler nedensellik ile beraber objektif unsurların gerçekleştiğini kabul etmekteydi. Buna karşılık cezalandırmanın adil olmayacağının gözüktüğü hallerde kasten işlenen icrai suçlarda kastın bulunmadığı ileri sürülerek ceza verilmemekteydi. Örneğin, fırtınalı bir havada yıldırım çarpması ümidiyle bir kimseyi ormana yollayan kişi bakımından, mağdurun gerçekten de yıldırım çarpması sonucu ölmesi durumunda, şart teorisine göre nedensellik bağının gerçekleştiğinde hiç şüphe yoktur. Böylece objektif unsurun gerçekleştiği kabul edilebilecekse, cezalandırma ancak kastın reddi ile mümkün olurdu. Böylece öğretide aslında kastın değil, bir ümidin, dileğin bulunduğu ileri sürülerek ceza verilmeyeceği savunulurdu. Ancak bu görüş ikna edici değildir. Fail tam da kast ettiğine ulaşmıştır. Burada cezalandırmamanın nedeni olayın gerçekleşmesindeki tesadüftür. Saf tesadüfi

---

[1] Krş. Heinrich (Ed. Ünver). 159.
[2] CGK. 12.05.1980, 206.

bir ölüme neden olma[1], hukuki anlamda öldürme olarak kabul edilemez ve buna yönelik kast da öldürme kastı olmayıp, cezasız bir şeye yöneliktir[2]. Hareket eden tarafından sebebiyet verilen bir netice, ancak failin davranışının hareket objesi için izin verilen risk çerçevesinde olmayan bir tehlike yaratması ve bu tehlikenin somut olayda gerçekleşmesi halinde objektif unsura dâhil savılır. Bu nedenle yukarıda verdiğimiz ormana gönderme örneğinde TCK 81 anlamında bir öldürme söz konusu değildir, zira ormana gönderme hukuken önemli bir ölüm tehlikesi yaratmamaktadır[3].

cccc. Sosyal Nedensellik

Zararlı bir sonucun tamamıyla önceden öngörülebildiği, ancak hukuk düzeni tarafından insanların bir arada yaşayabilmeleri açısından göz yumulduğu sosyal açıdan uygun bir davranış hukuken tasvip edilmeyebilir. Örneğin araç trafiği gibi. Bu tehlikeli olmakla beraber, devlet tarafından izin verilen risk içinde kalmaktadır ve müsaade edilmektedir. Örnek: Grip olan yeğen, öldüğü takdirde mirası kendisine kalacak olan teyzesini ziyarete gider. Böylece grip ona geçsin de ölsün düşüncesindedir. Bu durumda teyzeye grip bulaşıp ölse dahi, sorumluluk yoktur, zira grip gibi bulaşıcı bir hastalığa yakalananların dolaşımını yasaklayan bir kural yoktur. Ne var ki, teyzenin çok yaşlı olup da yaşından ve sıhhi durumundan dolayı vücudun mikroplara karşı dayanma ihtimalinin az olduğu olaylarda sorumluluk düşünülebilir.

dddd. Risk Azalması

Risk azaltılması bakış açısı altında, failin normalde gerçekleşebilecek daha ağır neticeleri önlemek için sebebiyet verdiği neticeler yüklenemez[4]. Risk azalması halleri hukuken tasvip edilmektedir. Yani failin hedefe ulaşmak için yeni fakat başka bir çeşit tehlike yaratmadan, tehdit eden ağır bir neticeyi zayıflatması veya zamansal olarak ileriye itmesi halleri. Örneğin, kurtarıcı, mağdura yönelen, hayati tehlike oluşturabilecek ve kafaya yönelik darbeyi engelleyerek omzundan yaralanmasına sebebiyet verir. Baba, dumandan boğulmak üzere olan çocuğunu yüksekten yere bırakarak, yaralanmasına sebebiyet verir. Akıl hastası A, kendini yaralamak durumundadır. Bunu engellemek için bakıcı B onu zincirler.

Failin nedensel süreçte mağdur için mevcut tehlikeyi azaltması, hareket objesinin durumunu iyileştirmesi halinde risk yaratma ve dolayısıyla isnadiyet yoktur. Örneğin bir kimsenin kafasına doğru gelmekte olan bir taşı, o kimsenin daha az zararlı olabilecek bir bölgesine yönlendiren kimse yaralamadan sorumlu olmayacağı gibi, tıbbi müdahalesi ile kaçınılmaz olan ölümü sadece geciktiren hekim de sorumlu olmaz. Bu olaylarda uygun nedensellik teorisi bize yardımcı olmaz, zira bu olaylardaki nedensel süreç fail tarafından tamamıyla öngörülebilirdir, hatta çoğunlukla da istenmektedir. Ancak neticenin yüklenmesini reddetmek gerekir, zira korunan hukuksal yararın durumu-

---

1 Aynı yönde. bkz. CGK. 04.10.1993. 215
2 Roxin[4]. 371; a.g.. Özbek. 215
3 Roxin[4]. 372
4 Jescheck. 258

nu kötüleştirmeyen, aksine iyileştiren hareketleri yasaklamak anlamsız olurdu[1].

Burada şuna da dikkat etmek gerekir: İlgili davranış, önceden başlatılmış bir nedensel sürecin etkilerini hafifletiyorsa yüklenemez. Ama hukuken kınanabilir, yeni ve bağımsız bir tehlike oluşturuluyorsa, bu tehlike daha hafif bir saldırı şeklinde ortaya çıksa bile yüklenebilir. Örneğin yolcu treninin heyelan gerçekleşen bölgeye gittiğini gören demiryolu işçisinin, treni başka türlü durdurma imkanı kalmadığı için makas değiştirerek, bakım işiyle uğraşan işçilerin bulunduğu yere yönlendirmesi ve işçilerin ölümüne sebebiyet vermesi halinde, bu ölüm neticesi onun somut bir eseri olarak kendisine yüklenebilir. (Ancak bu kez burada zorunluluk hali kurumu uygulanmak suretiyle cezalandırmanın önüne geçilebilir)[2].

eeee. Normun Koruma Alanı İçinde Olmaması

Her ne kadar fail bir tehlike oluşturmuş ise de meydana gelen netice kanuni tarifte yasaklanan değil de başka bir riski oluşturmuş ve böylece de netice, ihlal edilen kuralın koruma alanı dışında ise meydana gelen netice yüklenemez. Örnek: Öldürülmek istenen kişi hastaneye götürülürken, trafik kazasında ölüyor. Ambulansın kaza yapması olasılığı daima vardır. Ancak bu olasılıktan kaçınmak öldürme suçunun düzenlenmesinin amacı değildir[3]. Bu nedenle fail öldürme suçundan değil, öldürme suçuna teşebbüsten ötürü sorumlu tutulur.

Netice, normun koruduğu alanın dışında kalıyorsa, objektif isnadiyet yoktur. Burada netice ile failin hareketi ile yaratılan değil; failin hareketi ile ihlal edilen normun koruma alanı dışında bir risk gerçekleşmektedir[4].

"Hekim olan Armin, Berta üzerinde tıbbi açıdan gerekli bir ameliyatı gerçekleştirir. Armin bu ameliyatı –tıbben savunulabilir bir durum olarak- tam narkoz altında yaparsa da, bunun için bir iç hastalıkları uzmanının da yardımıyla gerçekleştirmesi gerekli incelemeleri ihmal eder. Berta, ameliyatın tam narkoz altında yapılması nedeniyle, daha önceden bilinmeyen bir kalp sıkıntısından dolayı yaşamını kaybeder. Berta'nın kalbindeki bu rahatsızlık, tam narkoza dair inceleme gereğince yapılmış olsaydı dahi, hiçbir surette fark edilemeyecek yapıdadır. Bu incelemelerin yapılmış olması halinde, tam narkoz uygulaması sadece bir kaç gün ötelenmiş olacaktır. Bu olay bakımından, Armin'in yapılması gerekli incelemelere yönelik ihmali, ortaya çıkış biçimi itibarıyla netice bakımından nedenseldir. Çünkü bu incelemeler yerine getirilmiş olsaydı, Berta bir kaç gün daha fazla hayatta kalacaktı. Ancak hekim Armin'in taksirle öldürme suçundan dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Zira Armin tarafından ihlal edilen özen yükümlülüğüne dair düzenleme (gerekli incelemelerin yapılması), hastayı ilerleyen bir zaman diliminde gerçekleşecek bir ölümden korumaya yönelik olmayıp, hasta açısından tehli-

---

1 Roxin[4], 375, 376. Esasen verilen örnekte zorunluluk hali nedeniyle de failin cezalandırılmaması söz konusu olabilir. Alman Hukuku'nda ise zorunluluk halinden ziyade, nedensellik bağı yönünden sorunun çözülmesi gerektiği savunulmaktadır.

2 Heinrich (Ed. Ünver), 152, 153.

3 Jescheck, 258; Özbek, C II, 220.

4 Jescheck, 258.

keli olabilecek bir narkozu ilke olarak engellemeyi amaçlamaktadır. Oysa gerekli incelemeler yapılmış olsaydı dahi, bu amaca ulaşmak mümkün olmayacaktı"[1].

"Failler yaptıkları plana uygun olarak tren hareket ettiği ve henüz hızlanmadığı sırada vagonda oturmakta olan mağdurun kucağındaki çantayı alarak trenden atlamış ve kaçmaya başlamışlardır. Mağdur ise kaçan sanıkların yakalayabilmek ve çantasını alabilmek için sanıkların peşlerinden koşmuş ve trenin hızlanmasına rağmen trenden yere atlamış ve bu atlamanın etkisiyle yere düşüp, kafasını yerdeki taşa çarparak beyin kanaması sonucu ölmüştür. Burada sanıkların amacı hırsızlık suçunu işlemektir. Herhangi bir şekilde öldürme amaçları olmadığı gibi, ölene karşı yaralamada, hatta fiziki temasta dahi bulunmamışlardır. Çantanın alınması amacıyla ölenin sürüklenmesi veya itişme sırasında ölenin trenden düşmesi söz konusu olmayıp, sanıklar trenden atladıktan sonra kendi özgür iradesiyle ve sanıkların bir eylemi olmaksızın onların peşlerinden gitmek amacıyla trenden atlayan mağdurun ölmesi ile sanıkların hırsızlık eylemleri arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır. İlliyet bağının kesilmesi nedeniyle, sanıkların eylemleri taksirli ölüme neden olma suçunu da oluşturmayacaktır"[2].

*"Olay günü istihbarat ve sorgulama kısım amirliğinde görevli komiser S ve kısım nöbetçisi R tarafından kepenk kapatma eylemi nedeniyle sorgulanmak üzere gözaltına alınan A'ya işkence ve kötü muamelede bulunulduğu konusunda kuşku bulunmamakta ise de ölümün işkence ve kötü muameleden değil, ölenin üçüncü kattan atlamasından kaynaklandığı, ölüm ile kötü muamele arasında nedensellik bağı bulunmadığı, **TCK**'nın 243.maddesi uyarınca meydana gelen sonuçtan sorumlu olunabilmesi için eylemlerle, meydana gelen sonuç arasında nedensellik bağının bulunması, başka bir anlatımla sonucun sanık veya sanıkların eylemlerinden kaynaklanması gerekmektedir. En aleyhte tanık beyanı D'nin anlatımları dikkate alındığında dahi, ölenin atlaması ile kendisine yapılan kötü muamele arasında 5 dakikalık süre bulunduğu, işkencenin tekrarlanacağı veya ölenin işkenceden kurtulmak için 3. kattan atladığına ilişkin herhangi bir kanıtın elde olunamadığı anlaşılmıştır"*[3].

Yargıtay, sanığın başıboş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısının uygulanmasından sonra, kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ansafalit sonucu gelişen dolaşım ve solunum yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle öldüğü bir olayda, köpek sahibi sanığın, kuduz aşısına ve bu aşının tatbik şekline ilişkin bir kusurunun bulunmaması dolayısıyla ölümden değil, yaralanmadan sorumlu tutulacağına hükmetmiştir[4]. Burada meydana gelen netice sanığa yüklenemeyeceğinden, sonuçta Yüksek Mahkeme'nin verdiği karar isabetlidir.

Uyuşmazlık konusu husus, *"...kuyuya düşen kızını kurtarmak için bu kuyuya atlayan kişinin ölümünde sanığa izafe edilebilecek bir kusur, başka bir deyimle, sanığın eylemiyle ölüm olayı arasında doğrudan doğruya bir illiyet bağının mevcut olup olmadığı hususudur. Küçük Alev'in kuyuya düşmesi ve*

---

1 Heinrich (Ed. Ünver). 139. 140.
2 CGK. 18.04.2000. 81.
3 CGK. 30.01.2001. 1-250/1.
4 2. CD. 20.11.1991. 11895.

yaralanması olayında, yaralanma olayı ile sanığın kendisine ait kuyuya insanların düşmesini önleyecek tedbirleri gereği gibi almaması nedeniyle, illiyet bağı bulunmamaktadır. Alev'in babası Abdurrahman kuyuyu ve kızının bu kuyuya düştüğünü görmüş, buna rağmen kendi iradi hareketiyle kuyuya atlamış ve bu sebepten yaralanarak ölmüştür. Bu durumda, sanığın tedbirsizlik olarak nitelendirilebilecek eylemiyle, Abdurrahman'ın ölümü olayı arasında, doğrudan doğruya bir illiyet bağının bulunduğunu kabule olanak bulunmadığından"[1]. Bu kararda da Yargıtay'ın isabetli bir görüş açıkladığı açıktır.

Son olarak Yargıtay'ın isabetli bir kararına konu olayda sanık, özel aracını kapılarını kilitlemeden park etmiş, 5 yaşındaki yeğeni araca binerek kapıları içten kilitlemiş, araba içinde çakmak ile oynayarak çıkardığı yangın sonucu kısmen yanarak, kısmen de boğularak ölmüştür. Her ne kadar sanığın aracını kilitlememesi trafik mevzuatına göre kurallara aykırı ise de ölenin otomobil içinde normal kullanım dışında olmak üzere, ateşle oynama gibi beklenmeyecek davranışları sonucu ölümüne neden olan yangını çıkartmış olması karşısında, sanığın aracın kapılarını kilitlememesi ile ölüm arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır[2].

ffff. Rücu Yasağı

Polis A, akşam eve geldiğinde silahını masanın üzerine koyar. Komşusunu öldürmek için fırsat kollayan eşi E, silahı alarak komşusunu öldürür.

Bu örnekte şart teorisi çerçevesinde A'nın hareketinin nedensel olduğunda şüphe yoktur. Ancak öğretide kabul edilen "rücu yasağı" prensibine göre, bir kimsenin taksirli hareketinden sonra gerçekleştirilen kasti veya taksirli eylemlerde meydana gelen netice, taksirli ilk hareketi gerçekleştirene yüklenemez. İştirakin söz konusu olmadığı bu tür olaylarda, sorumluluk ikinci hareketi yapan ve suç tipindeki neticeyi gerçekleştiren kişiye aittir[3].

cc. Diğer Nedensellik Teorileri

aaa. Uygun Şart (Sebep) Teorisi

Yukarıda şart teorisinin nedenselliğin alanını aşırı genişletmesini objektif isnadiyet değerlendirmesiyle sınırladık. Öğretide bu sınırlamayı daha nedensellik alanında sağlamayı amaçlayan yazarlar uygun şart teorisini benimsemiştir. Buna göre ceza hukukunda sadece suç tipine uygun şartlar nedensel sayılmalıdır. Böylece hareketin neticeye kesinlik sınırında bir olasılıkla neden olup olmayacağına bakılır. Eğer hareket belli bir neticenin gerçekleşme olasılığını önemli derecede artırmışsa o zaman uygun şart olarak kabul edilir. Hayatın olağan akışına göre, gündelik deneyimlere göre olağandışı nedensel süreçler nedensel kabul edilmez. Dolayısıyla kural dışı ve atipik nedensel süreçler daha nedensellik aşamasında ceza hukuku dışında kalır[4].

---

[1] CGK. 22.04.1985, 228.
[2] 2. CD. 04.04.1994, 2642.
[3] Özbek, 329; İçel/Evik, 74; Demirbaş, 227, 228.
[4] Heinrich (Ed. Ünver), 132.

bbb. Hukuki Önem (Hukuki Uygunluk) Teorisi

Bu teori şart teorisini esas almaktadır. Buna göre de bütün şartlar eşdeğerdedir. Ancak şartı gerçekleştiren kimsenin ceza hukuku sorumluluğu için şart teşkil eden hareketin hukuken önemli olması gerekir. Teori üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır: İlkin, şart teorisi uygulanarak her şart bir neden olarak kabul edilir. İkinci olarak bu hareketin ihlal ettiği suç bakımından onu ihlale elverişli olup olmadığına bakılır. Son olarak failin gerçekleşen netice bakımından kusuru incelenir. Teori şart teorisinden hareket etmekle beraber, uygun sebep teorisine yaklaşmaktadır[1].

ccc. Karma Uygun Sebep Teorisi

Bu teori, hareketin gerçekleşen neticeyi meydana getirmesinin normal ve alışılmış sayılıp sayılamayacağı yönünde bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir. Değerlendirme bir yandan değerlendirmeyi yapan kişinin kendi tecrübe ve bilgisine göre yapılırken; somut olaydaki fail bakımından da aynı değerlendirme yapılır. Nedensellik bağının kabul edilebilmesi için her ikisinin de aynı sonuca ulaşması gerekir. Dolayısıyla önce objektif bir değerlendirme, sonra sübjektif bir değerlendirme yapılır[2].

....Partisi ilçe yöneticileri veya Belediye görevlileri tarafından, kürt kökenli vatandaşların yoğun olarak yaşadıkları şehir ve kasabalarda farklı zamanlarda icra edildiği şekilde; Varto ...teşkilat yöneticisi aynı zamanda kent meclisi eş başkanı olan sanığın, okuduğu basın açıklamasında; "Kendimizi ve kentimizi yönetmek istiyoruz, rejim ve kurumlarını meşru görmüyoruz. Bugünden itibaren kendimizi yönetiyoruz" şeklindeki ifadeyle, Devletin çıkarmış olduğu yasalara ve hükümetin atadığı kamu görevlilerinin emir ve talimatlarına uymayarak kendi yönetimlerini oluşturacaklarını ilan etmek suretiyle, yöre halkına da merkezi otoriteyi tanımama çağrısı yapıldığı açıktır. Basın açıklaması şeklinde gerçekleşen "öz yönetime" davet olarak isimlendirilen açıklamaların bu süreçte bir çok il ve ilçede yapıldığı görülmektedir. Bu açıklamalardan kısa süre sonra, PKK/KCK terör örgütünün şehirlerdeki milisleri ve kırsal alandaki örgüt mensupları silahları ile şehir merkezlerine gizlice girerek halkın arasına karıştıkları, zaman zaman bir kısım belediyelerin araç ve gereçleri kullanmak suretiyle insanların yoğun olarak yaşadıkları sokaklara, mahallellere hendekler kazılarak el yapımı bomba ve yerleştirdikleri, umumun kullandığı karayollarına ise mayın döşenerek patlamaya hazır hale getirdikleri bilinmektedir. Ayrıca tonlarca patlayıcı yüklü kamyonlar, iş makineleri ve diğer araçlarla canlı bomba saldırıları için hazırlanılmıştır. Güvenlik güçlerinin kamu düzenini ve bu yörede yaşayan vatandaşların güvenliğini sağlamak için operasyon yapma zorunluluğu sonucunda, örgüt mensuplarıyla güvenlik güçleri arasında çıkan çatışmalar sırasında daha önce yerleştirilen patlayıcıların infilak ettirilmesi ve bireysel ya da araçlarla gerçekleştirilen canlı bomba saldırılarıyla çok sayıda sivil vatandaş, kamu görevlisi ve güvenlik güçlerinin ölüm ve yaralanmasına sebebiyet verilmiştir. Bu süreçte yöre halkının oturduğu evleri terk etmeleri cebren engellenerek canlı kalkan göre-

[1] Ünver, İzin Verilen Risk, 251, 252.
[2] Ünver, İzin Verilen Risk, 252, 253.

vi üstlendirilmiştir. Yerleşim alanlarının teröristlerden ve patlayıcılardan temizlenmesi için sürdürülen operasyonlar haftalarca sürmüş, çok sayıda ev, işyeri, kamu konutları, okul, hastahane gibi binalar ve şehrin alt yapı tesisleri ağır hasar görerek kullanılamaz duruma gelmiştir. Bölge halkının büyük bir çoğunluğunun terör örgütünün bu yasalara ve devlet oteritesine itaatsizlik çağrısına itibar etmemesiyle, silahlı çatışmaya giren birçok örgüt mensubu etkisiz hale getirilerek, yerleşim alanları, örgütün işgalinden ve patlayıcılardan temizlenerek, kamu düzeninin sağlandığına dair, yerel mahkemenin karar gerekçesindeki kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Yerel mahkeme "öz yönetim" açıklaması sonrası meydana gelen yukarıda izah edilen olaylar arasında nedensellik bağının bulunduğunu, bu nedenle sanığın meydana gelen sonuçtan sorumlu olup, esasen basın açıklamasının "vahim eylem" niteliğinde olduğunu, bu şekilde sanığın, Devletin birliğini ve ülkenin bütünlüğünü bozma eyleminin sabit olmakla mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği, sonucuna varmıştır.

Yerel mahkemenin kararını hukuki yönden denetlemekle yükümlü olan dairemizce; sanığın hareketi (öz yönetim açıklaması) ile meydana gelen netice (ölüm, nitelikli yaralanma, patlayıcı bulundurma, mala zarar verme gibi araç suçlar ile amaç suç olan Devletin birliği ve ülke bütünlüğünü bozma) arasındaki nedensellik bağının bulunup bulunmadığı, örgütlü suçlarda illiyet bağı, değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve tespiti gerekmiştir.

Suçun unsurları:

Genel olarak maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrıldığı, maddi unsurların içinde; fiil, netice, nedensellik bağı, fail, suçun konusu ve mağdur yer almaktadır.

Tartışılması gereken husus nedensellik bağıdır. Kanuni tarifte fiillerin icrasının yanı sıra bir neticenin gerçekleşmesine yer verilen suçlarda, bu netice ile icra edilen fiil arasında nedensellik bağının bulunması failin sorumluluğu için şarttır. Nedensellik bağı tamamen doğal olgudur. Kısacası, faile sebebiyet verdiği netice isnat edilebilir.

Nedensellik (illiyet) bağının varlığını tespit bakımından doktrin ve uygulamada üç teori öne çıkmıştır.

a-Şart Teorisi: Hareketle, netice arasındaki nedensellik bağını tamamen doğal olgu olarak kabul eder. Netice bir çok şartın birleşmesiyle meydana gelmesiyle gerçekleşirse, bu şartlardan her biri neticenin oluşumu açısından zorunludur. Bu şartlardan biri ortadan kalkarsa netice meydana gelmez. Netice tüm bu şartların bir araya gelmesiyle gerçekleşmektedir. Neticenin sebebini, tüm bu şartların birleşmesi oluşturmaktadır. O halde her şart, sebebin bir parçasını teşkil etmektedir. Şartlardan herhangi birini gerçekleştiren kimsenin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı vardır. Neticeyi meydana getiren her şart eşit değerdedir. Aralarında önemli; önemsiz, uzak, yakın gibi ayrımlar yapılmaz. Dolayısıyla faillerin hareketinden önce veya sonra eklenen

şartlarda sebep değerini taşır. Neticenin meydana gelmesi bakımından onsuz olmayan her şart ceza hukuku anlamında sebeptir (olmazsa, olmaz koşulu).

Bu teoriye göre, bir hareketin nedensellik değerini kaybetmesi ancak kendisinden bağımsız bir sebepler serisinin ortaya çıkmasıyla mümkündür. Bağımsız yeni serinin varlığını anlamak için; "Hareket yapılmasaydı, netice meydana gelmeyecek idiyse, hareket netice bakımından nedenseldir. Buna karşılık, hareket yapılmasaydı dahi netice meydana gelecek idiyse, o hareket netice bakımından nedensel değildir" testine tabi tutulacaktır.

Bu teorinin sorumluluk alanını çok genişlettiği, sonsuz şekilde sebep - sonuç ilişkisine yol açtığı, bazı hususlarda tatmin edici sonuçlara götürmediği; özel problemlere neden olduğu eleştirisi yapılmıştır.

b-Uygun Sebep Teorisi: Nedensellik bağını doğal bir olgu değil, hukuki bir fenomen olarak kabul etmektedir. Neticeyi meydana getirmeye sebebiyet veren hareketlerden yalnızca elverişli olan hareket veya hareketler nedenseldir. Bir hareketin hukuki anlamda nedensellik değeri taşıyabilmesi, o hareketin neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli olmasına bağlıdır. Bu elverişliliğin tespitindeki ölçüt ne olacaktır. Ülkemizde Ceza Hukukunda etkisini devam ettiren uygun illiyet teorisini esas alan "karma uygunluk teorisi"ne göre; neticenin isnat edilebilirliği bakımından, nedensellik bağı gerekli fakat yeterli değildir. Meydana gelen neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gereklidir. Objektif isnadiyet; Hareketin yapıldığı koşullara gidilir ve o anki somut koşullara göre üçüncü kişinin bilgi ve tecrübesine göre gerçekleştirilen hareketin söz konusu neticeyi oluşturmaya elverişli olup olmadığı belirlenir. Subjektif olarak ise failin kişisel bilgisi ve tecrübesi araştırılır. Her iki değerlendirme uyumlu ise hem nedensellik bağı hem de kusurluluk meselesi çözülmüş olacaktır. Objektif değerlendirme ile subjektif tasavvur birbiri ile uyumlu değil ise eğer fail objektif olarak öngörülmeyen bir neticeyi öngörmüşse nedenselliğin varlığı kabul edilecek, objektif olarak öngörülen husus sanık tarafından öngörülmemiş hareket ile netice arasındaki öngörmeme durumunda sanığın kusuru mevcut ise fail neticeden sorumlu kabul edilecek, aksi halde neticenin tahmininde sanığın kusuru yoksa cezalandırma söz konusu olmayacaktır.

c-Objektif İsnadiyet Teorisi: Şart teorisinde neticeye neden olan her hareketi eşit olarak gören anlayışın sakıncalarını gidermek amacındadır. Fail tipik neticeyi gerçekleştirirken hukuken önemli bir tehlike veya risk yaratmış ise netice objektif olarak faile isnat edilebilir. Netice "failin eseri" olmalı üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri olmamalıdır. Neticenin faile yüklenebilmesi için; hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Her türlü hayat tecrübesi dışında kalan atipik bir gelişme olmamalıdır. Fail olayın gelişimine egemen olabilmelidir. Fail tarafından yaratılan tehlike tipte öngörülen neticede gerçekleştirilmiş olmalıdır. Netice, normun koruma alanı dışında olmamalıdır.

Her üç teori değerlendirilip özellikle ceza hukukumuzda kabul edilen karma uygunluk teorisine göre somut olayda nedensellik bağı değerlendirilirse; İlliyet bağı açısından sorumluluk alanını çok genişlettiği için eleştirilen

Ceza Hukukumuzda uygulama alanı bulamayan şart teorisinde de; "Hareket yapılmasaydı dahi, netice meydana gelecek idiyse, o hareket netice bakımından nedensel değildir." Sanık, öz yönetim açıklaması yapmasaydı, örgüt mensupları bu terör eylemlerini gerçekleştirmezlerdi, açıklama yapıldığı için eylemler yapıldı, sonucuna varılacak ise nedensellik bağının varlığı kabul edilebilirdi. Bu açıklamanın örgüt üzerinde hakimiyeti bulunan sözde lideri veya üst düzey yöneticileri tarafından yapılsaydı meydana gelen sonuç açısından bile illiyet bağının varlığı kabul edilebilirdi. Ancak dosya kapsamındaki delillere göre terör örgütü üzerinde hakimiyeti bulunmayan, kendisine tevdi edilen görevi ifa eden sanığın hareketiyle sonuç arasında illiyet bağı kurulmasına yasal olanak yoktur.

Karma uygunluk teorisi açısından; o hareketin neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli olmasına bağlıdır. Söz konusu açıklamanın ölüm ya da yaralama gibi suçları oluşturmayacağı tartışmadan varestedir.

Objektif isnadiyet teorisinde ise failin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için netice, "failin eseri olmalıdır." Üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri olmaması icap eder. Somut olayda meydana gelen neticenin failin eseri olmadığı anlaşılmaktadır.

Sorumluluk alanını çok genişlettiği kabul edilen şart teorisi dahil olmak üzere her üç teoriye göre illiyet bağının bulunmadığı anlaşılmaktadır, 16.CD, 31.01.2017, 6118/361.

ÖZET (Wessels, 46 vd.):

Şart teorisine göre neticenin gerçekleşebilmesi açısından onsuz olunamayan her şart ceza hukuku manasında neticenin sebebidir. Latincesi "conditio sine qua non" olan bu formül bütün şartların eşitliğinden hareket etmektedir. Bu itibarla da şartların eşitliği teorisi adı da verilmektedir.

Bu teorinin zayıf noktası birden fazla şart söz konusu olup da bunların her biri tek başına neticeyi meydana getirebilecek iken, bir araya gelerek neticeye sebep vermeleri halidir (Çifte nedensellik). A ve B birbirinden bağımsız olarak, yeterli dozda zehri mağdurun çayına katmaktadırlar ve her bir zehir miktarı tek başına öldürücüdür. Bu takdirde A'nın hareketi neticenin gerçekleşmesi açısından onsuz olabilir bir şarttır. Zira A'nın hareketi olmasa dahi netice gerçekleşecekti. Aynı şey B'nin hareketi açısından da geçerlidir. Bu durumda ortaya çıkan sonuç her ikisinin de hareketinin netice bakımından illi olmadığıdır. Bu neticeyi önlemek için şöyle bir formül ortaya konmuştur: Birden fazla şarttan alternatif olarak onsuz olunabilen, ancak zincirleme özellik arz eden şartlar, nedenseldir.

Şart teorisi açısından ayrıca şunlar söylenebilir:

a) Ölçüt olarak esas alınacak husus, olayın gerçek akışı ile somut olay arasındaki nedensellik bağıdır. Sosyal açıdan zararlı sonucun, başka olaylar veya başka bir surette de ortaya çıkacak olması, nedensellik bağını etkilemez. Böylece zaten düşecek olan uçağa binip de ölecek kimseyi öldürme, idam cezasına mahkûm olanı öldürme hallerinde de nedensellik bağı mevcuttur.

b) Nedensellik açısından neticenin meydana gelmesinde mağdurun anormal yapısının veya diğer herhangi bir atipik gelişimin önemi yoktur.

Şart teorisinin uçsuz bucaksız sorumluluk anlayışı dolayısıyla sınırlandırılması gerekmiştir. Bu da "yüklenebilme teorisinin" geliştirilmesine yol açmıştır. Buna göre, tenkil edici müeyyideleriyle kendini gösteren ceza hukuku için sadece sebep-sonuç ilişkisi yeterli değildir. Ondan da önemlisi, sosyal zararlı neticenin faile insan olmak özelliğinden kaynaklanan kabiliyet durumuna göre kendi "eseri" olarak yüklenip yüklenemeyeceğidir.

Buna göre harekette bulunan neticeye ihmali veya icrai bir hareket ile en azından "beraber sebebiyet vermiş" olmalıdır. Onun dışında netice objektif olarak öngörülebilir ve önlenebilir olmalıdır. Son olarak da hukuk düzenince onanmayan bir tehlikenin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği araştırılır.

Netice faile şu hallerde yüklenemez:

- Çok alışılmadık, atipik olaylarda;
- genel hayat tecrübesinin dışında kalan olaylarda;
- insanın hâkimiyet alanı dışında kalan olaylarda.

OLAY:

Duran, Durmuş ve Doktor Durdu

Duran ve Durmuş bir namus meselesini yumruklarla halletmeye karar verirler. Ancak Duran iri yapılı olan Durmuş'tan korkarak bir bıçak alır ve öldürme kastıyla Durmuş'a saldırır. Durmuş iki bıçak yarası aldıktan sonra, oradan geçenler bunları ayırır. Durmuş hastaneye götürülür, ameliyata alınır. Çok kan kaybeden Durmuş'a serum takılması gerekir. Doktor Durdu yeni bir karışımı enfekte etmeye karar verir. Ancak karışıma ilişkin açıklamalarda dikkatsizlik sonucu yan etkilere ilişkin kısmı okumaz. Kısa bir süre sonra verilen serum sonucu Durmuş alerjik şoka girer ve ölür. Otopside hangi maddenin alerjiye sebep olduğu anlaşılamaz. Ancak başka bir serumun verilmesi halinde Durmuş'un ölmeyeceği tespit edilir. Bununla beraber, otopside Durmuş'ta ayrıca kısa bir süre sonra zaten ölümüne yol açacak, ilerlemiş düzeyde kalp hastalığı bulunduğu tespit edilir. Duran'ın cezalandırılabilirliğini tespit ediniz.

Bıçaklayarak adam öldürme (**TCK** 81)?

(a) Her ceza hukuku sorumluluğunun temelinde hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı yatmaktadır. Baskın görüş olan şart teorisine göre, neticenin gerçekleşmesi açısından onsuz olunamayan her hareket illidir. Netice açısından c.s.q.n. (olmazsa olmaz) olan her şart eşit değerdedir.

Neticenin hareket olmadan da gerçekleşip gerçekleşmeyeceği araştırılmaz. Aksine somut hareketin somut olayda gerçekten etken olup olmadığı araştırılır.

(aa) Duran Durmuş'u bıçaklamasaydı, hastaneye kaldırılmayacak ve ameliyata alınmayacaktı. Ameliyata alınmayınca da o serum gerekli olmayacak ve Durmuş alerjik şok sonucu ölmeyecekti. Dolayısıyla Duran'ın hareketi netice açısından onsuz olmayan bir şarttır.

(bb) Hangi maddenin ölüme neden olduğunun tespit edilememesi, diğer ölüm nedenleri ihtimal dışı olduğu müddetçe, nedensellik açısından önemsizdir.

(cc) Nedensellik bağına Durmuş'un kısa bir süre sonra kalp hastalığından dolayı zaten öleceği hususunun bir etkisi yoktur. Yedek sebepler ve farazi illi gelişmelerin illi hareket yerine düşünülmesi mümkün değildir. Önemli olan somut neticenin hareket olmasa idi aynı şekilde, aynı şartlar altında ve aynı anda gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir.

(dd) Bıçaklamanın, Durdu tarafından hatalı serum verilmesi hareketinin sadece ön şartı olması nedensellik bağını kesmez. Aynı şekilde neticeyi meydana getiren bir üçüncü kişinin ya da mağdurun hareketine bir sebebin bağlanması halinde de ön şart, neticenin meydana gelmesi anına kadar devam ederse, illi olmakta devam eder. Nedensellik bağının kesilmesinden daha çok, daha sonraki bir olayın önceki illi zinciri bertaraf edip tek başına yeni bir illi zincir oluşturarak neticeye neden olması halinde söz edilir. Bu yeni ve neticenin meydana gelmesine kadar devam eden illi zincire "sollayan nedensellik" adı verilir.

Olayımızda da Duran tarafından başlatılan illi zincir devam etmiştir, zira alerjik şokun meydana gelmesi ancak yeni serumun verilmesi ile mümkün olmuş, bütün bunlar ise Durmuş'un bıçak darbeleri ile ve bunu takip eden ameliyat sonucunda çok kan kaybetmesi nedeniyle yapılmıştır.

(ee) Her ne kadar alerjik şok bir ölüm nedeni olarak alışılmadık ve seyrek ise de bu husus, nedensellik bağı açısından bir şey değiştirmez.

(b) Şart teorisinin, sorumluluğu çok genişlettiği tartışılmayan bir gerçektir. Doktrinde bir kısım yazarların aksine, sorumluluğun kast ve öngörülebilirlik açısından değil de tipiklik içinde daraltılması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre belli bazı hareketlerin değerlendirilmesi suretiyle, her ne kadar bunlar belli bir sonuç için nedensel ise de ceza hukuku açısından önemsiz olması dolayısıyla ayrı tutulması gerekir. Bu gelişme; uygunluk teorisi, önem teorisi ve son olarak da objektif yüklenebilirlik teorisine vücut vermiştir.

Objektif yüklenebilirlik teorisi şöyle demektedir:

Bir insan hareketi ile sebep olunan netice, ancak hareketin hukuk tarafından tasvip edilmeyen bir tehlike yaratması ve kendini tipik olarak neticede gerçekleştirmiş olması halinde objektif olarak yüklenebilir. Kasten işlenen fiiller açısından bunun arkasında şu olay grupları bulunmaktadır:

Hukuken önemli olan risk aşağıdaki hallerde yoktur:

Netice insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa

Zararlı bir sonucun tamamıyla önceden öngörülebildiği, ancak hukuk düzeni tarafından insanların bir arada yaşayabilmeleri açısından göz yumulduğu sosyal açıdan uygun bir davranış hukuken tasvip edilmeyebilir.

Risk azalması halleri hukuken tasvip edilmektedir.

Risk ilişkisinden anlaşılması gerekenler ise şunlardır:

Fail hukuken önem verilen bir tehlike oluştursa bile, eğer tamamıyla alışılmadık, atipik bir sonuç söz konusu ise veya olayın gelişimi o kadar hayat tecrübelerinin dışında kalıyor ki, artık bu netice kimsenin aklına gelmeyecek ise netice faile yüklenemez. Örnek: Yaralı, yarası dolayısıyla olay yerinden ayrılamaz ve buraya da yıldırım düşerek ölüme sebebiyet verir.

Her ne kadar fail bir tehlike oluşturmuş ise de meydana gelen netice kanuni tarifte yasaklanan değil de başka bir riski oluşturmuş ve böylece de netice ihlal edilen kuralın koruma alanı dışında ise risk ilişkisi yoktur. Örnek: Öldürülmek istenen kişi hastaneye götürülürken, trafik kazasında ölüyor.

Son olarak, risk ilişkisi mağdurun veya üçüncü kişinin ilk failin tehlikeli hareketine bağlanması ve zarardan kendisinin sorumlu olması halinde de söz konusu olmaz. Bunun gerekçesi herkesin hareketlerini başka hukuki yararlara zarar vermemeye göre yönlendirdiği, ama başkasının bunu yapmamasını esas almadığıdır.

Olayımıza gelince; Duran, bıçak darbeleriyle Durmuş'u hukuken tasvip edilmeyen bir tehlikeye maruz bırakmıştır. Bu tehlike iç kanamalar veya diğer yan etkiler neticesinde ölümdür. Gerçekleşen ölüm olayı ise yanlış tedavinin sonucudur. Bu tip doktor hataları neticesinde ölümün meydana gelebileceği öngörülebilir bir hususdur. Yeni serumun verilmesi, bıçak darbeleriyle de ilişki içindedir, zira ancak bu nedenden dolayı yeni serumun verilmesine gerek duyulmuştur. Ne var ki, Durmuş'un ölümü sadece doktor Durdu'nun sorumlulu-

ğunda değildir (Tabii ki Durdu **TCK** 85'ten sorumludur). Bir tehlike yaratan kimse, bir başka kimsenin o tehlikeyi bertaraf etmeye çalışırken hata yapmasına dayanarak kendini sorumluluktan kurtaramaz. Böylece Duran tarafından yaratılan tehlike, risk, kendini Durmuş'un ölümünde gerçekleştirmiştir. Ölüm bıçak darbelerinin kişiye yüklenebilecek bir sonucudur. Bu itibarla da **TCK** 81 açısından tipiklik ve maddi unsur gerçekleşmiştir[1]. Buna karşılık, serumun ölüme neden olmasının atipik bir netice olması nedeniyle, faile yüklenemeyeceği ve ancak teşebbüsten ötürü sorumlu tutulabileceği de söylenebilir.

dd. Bazı Suçlarda Nedensellik Bağı

aaa. Teşebbüs Halinde Kalan Suçlarda Nedensellik Bağı

Teşebbüs halinde kalan suçlarda da nedensellik bağı bulunmalıdır. Ancak bu suçlarda nedensellik bağı gerçekleşmemiş netice ile hareket arasında değil, yapılan hareketle gerçekleşmesi mümkün olan netice arasında aranmalıdır[2].

bbb. İhmali Suçlarda Nedensellik Bağı

Saf ihmali suçlarda nedensellik bağı önemli bir sorun oluşturmaz. Buradaki nedensellik bağını **birincil nedensellik** olarak adlandırıyorum. Bir yaralıya rastlayıp da gerekli yardımı yapmayan kimsenin hareketsizliği ile yardım edilmeme neticesi arasında nedensel bir ilişki olduğu hususunda tereddüt yoktur. İhmali hareket ile yardım edilmeme neticesi arasında bir bağlantı vardır. İhmali fail hareket etseydi, yardım edilme neticesi gerçekleşeceğinden; ihmal ile yardım edilmeme neticesi arasında nedensellik bağı vardır. Aynı husus görevi ihmal suçu bakımından da söylenebilir: Kamu görevlisi görevi gereği yapması gereken bir şeyi yapmamak suretiyle, görevini ihmal etmektedir ve yapmama ile görevin ihmali neticesi arasında birincil bir nedensellik mevcuttur.

Garantörsel ihmali suçlarda ise nedensellik bağı daha değişik ele alınmalıdır, zira bu tip suçlarda daha önceden başkaları veya doğal güçler vasıtasıyla başlatılmış bulunan bir nedensel süreç zaten mevcuttur. Burada ihmali davranışın bu nedensel süreç ile herhangi bir alâkası olamaz. Dolayısıyla birincil nedensellik ihmali hareket yapan failden bağımsız olarak vardır. Garantörsel ihmali harekette bulunan failden istenen ise **ikincil nedenselliktir** (suni nedensellik). Başka anlatımla hukuk düzeni, bu failden, birincil nedenselliğe müdahale etmesini, birincil nedenselliği kesmesini, neticeyi önlemesini istemektedir. Bu isteğin yerine getirilmemesi halinde, sadece bu birincil nedenselliğe dayanılarak, ikincil nedenselliğin bulunduğu söylenmektedir. Bu nedenselliğin ikincil olmasının sebebi, ihmali hareket yapan failin asli nedensellikten dolayı değil, tali nedensellikten dolayı sorumlu tutulmasıdır. Bu tamamen kanun koyucunun bir tercihi olarak ortaya çıkmakta ve ceza hukukunda, kural birincil nedensellikten sorumluluk olmasına rağmen, istisnaen garantörsel ihmali suçlarda ikincil nedenselliğin mevcudiyeti de, sözü geçen suçta cezalandırılabilirliğin bir şartı olan nedensellik bağının mevcudiyeti bakımından yeterli görülmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, oğlunun suya girip boğulmak üzere

---

1 Alpmann/Schmidt, 26-31.
2 Donmezer/Erman, I, 472.

olduğunu gören baba, oğlunun kendi hareketiyle başlatmış olduğu nedensel sürece müdahale etmekle yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla buradaki nedensellik, başlamış bulunan nedensel sürece müdahale etmemek suretiyle neticenin gerçekleşmesine neden olma şeklinde kendini göstermektedir. Netice, ihmali harekette bulunanın doğrudan eseri olmasa dahi, ikincil nedensellik dolayısıyla, ihmal ile netice arasında **suni** bir bağ bulunduğu kabul edilmektedir.

Bu itibarla, garantörsel ihmali suçlarda nedensellik tabii manada ele alınamaz. Zira tabii manada nedensellik ihmalde bulunanın eseri değildir. Süreç herhangi bir şekilde başlamıştır ve hareket ile netice arasındaki bağ, ihmali faille ilgili bir şey değildir. Burada fail müdahale etseydi netice gerçekleşmeyecekti şeklindeki mülâhaza bizim izah ettiğimiz ikincil, normatif nedenselliğe çıkmaktadır. Bütün bunların ne önemi vardır? Bunların önemi nedensellik bağının bu manada garantörsel ihmali suçlarda problem oluşturmadığı şeklindedir. Nitekim nedensel süreç başlamış ve kişi bu nedensel süreci kesmemiş ise, ikincil nedenselliğin varlığı açıktır ve burada ikincil nedensellik yeterli görülmekte ve fail sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla ihmali hareketin nedenselliğinin olup olamayacağı yönündeki şüpheler, ancak ikincil nedenselliğin kabulü suretiyle kaldırılabilir. İkincil nedensellik düşünüldüğünde nedenselliğin mevcudiyetinde herhangi bir tereddüt olmayacaktır, zira birincil nedenselliğin mevcudiyeti açıktır, ikincil nedensellik de bu birincil nedenselliği kesmemek şeklinde kendini gösterdiğinden bunun da normatif manada nedenselliği açıktır.

Garantörsel ihmali suçlarda -çok nadir de olsa- nedensel süreci, ihmali failin bizzat kendisinin de başlatması söz konusu olabilir. Örneğin annenin çocuğunu doğar doğmaz emzirmemesi. Ancak bu örnekte de nedensel süreci başlatan olayın "doğum" olayı olduğu söylenebilir. Esasen annenin bizzat başlattığının da kabulüne engel yoktur. O zaman bu tip hallerde nedensellik bağı zaten problem oluşturmaz, anne birincil nedensellikten dolayı sorumlu olur. Keza annenin ölüm kararı alıp da, emzirmeyi kesmesi halinde de birincil nedensellik vardır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, **ihmali suçlarda ihmal edilen hareket yapılsaydı, netice kesinlik sınırında bir olasılıkla engellenebilecekti denebiliyorsa, ihmal nedenseldir**[1]. Nitekim Yargıtay da aşağıdaki kararda bu hususa işaret etmektedir: "*Ateşli silah mermi çekirdeği ile yaralanıp kaldırıldığı Ankara Hastanesi'nde çene ve boyun solundaki yaralarına dikiş atılıp evine gönderilen ve yakınmalarının artması üzerine ertesi gün tekrar aynı hastaneye başvurulduğunda sol göğüs omuru dış kısmında yumuşak dokuları arasında mermi çekirdeği bulunduğu fark edilip Hacettepe Hastanesine sevk edilen ve aynı gün orada ölen C.T.nin otopsi raporuna göre ölümünün ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı birinci göğüs omur kırığı ile birlikte omurilik zedelenmesi sonucu meydana geldiği ve kişiye bir adet mermi çekirdeği isabet ettiği ve müstakilen öldürücü nitelikte olduğu belirtilmesi karşısında, yaralandığı gün kaldırıldığı Ankara Hastanesinde ateşli silah yarası tespit edilerek gereken şekilde müdahale ve tedaviye devam edilmesi halinde yaralının kurtulmasının tıbben mümkün olup olmadığı, diğer bir ifade ile sanığın eylemi ile sonuç arasındaki illiyet ilişkisinin kesilip kesilmeyeceği, tedavideki yanılma ve geç müdahalenin ölümün hususlünde etkisi bulunup bulunmadığı, etkisi varsa kime hangi nedenlerle sorumluluk tahmil edilebileceği hususlarının illiyet*

[1] Hakeri, İhmal, 223 vd.

ilişkisinin kesilmesi söz konusu olduğu ahvalde de sanığın bu ana kadar ki eylemi sonucu yaralananın iş ve güçten kalma süresinin, ölene ait rapor ve otopsi zabıtları Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek sorulmak suretiyle araştırılıp, tespitiyle hâsıl olacak sonucuna göre sanığın ve belirlenecek yeni sorumluların hukuki durumunun tayin ve tespiti gerektiği gözetilmeden noksan araştırmayla karar verilmesi yasaya aykırıdır"[*].

Konunun girişinde verilen örnek olayda,

Ambulansın kaza yapıp (C)'nin ölümüyle (A)'nın fiili arasında nedensellik bağı bulunmaktaysa da gerçekleşen sonuç faile isnat edilemez. Failin yaptığı hareket korunan hukuki değer açısından tehlike yaratmakla beraber, ortaya çıkan netice bu tehlikenin sonucu olarak değil, tesadüfen failin fiili ile bağlantı içinde gerçekleştiğinden netice faile objektif olarak isnat edilemez. Ancak fail gerçekleştirdiği kısımdan sorumludur (Atipik olarak ortaya çıkan başka bir olayın neden olduğu neticeden failin sorumlu tutulması düşünülemez). Bu durumda A'nın kastı yaralama olduğu takdirde yaralamadan, öldürme olduğu takdirde ise kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekmektedir.

B bakımından: B'nin hareketi hukuki yarar açısından hukuken önemli bir tehlike oluşturmadığından dolayı objektif yüklenebilirlik ortadan kalkmıştır. Hukuken önemli tehlike oluşturmayan ve gerçekleşen netice başka birinin iradesine bağlı olduğundan, yani tesadüfe kaldığından, yüklenebilirlik söz konusu değildir. Toplumsal bakımdan normal ve genel olarak tehlikesiz sayılan davranış modelleri yasaklanamayacağından somut olayda bu tür bir davranış hukuki yarar ihlali bakımından nedensel değer taşısa da o suç tipine ilişkin bir hareketin olmadığı kabul edilir ve isnadiyet ortadan kalkar. Dolayısıyla B intihar suçundan dolayı sorumlu tutulamaz (Hakeri/Akbulut5, 304, 305).

3. Tipikliğin Manevi (Sübjektif) Unsuru

a. Genel Olarak
b. Kast ve Taksir
aa. Kast
bb. Taksir
c. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar (Kast-Taksir Kombinasyonu)
d. Objektif Cezalandırılabilme Şartları
e. Tipikliğin Unsurlarında Yanılgı
f. Amaç ve Saik

a. Genel Olarak

Hatırlanacağı üzere, tipikliğin maddi unsuru kısmında, bir hareketin bulunması gerektiğini ve hareketin de ceza hukuku anlamında hareket olması gerektiğini ele almıştık. Ceza hukuku sorumluluğu için hareketin iradi olması gerektiği gibi, manevi unsurun da gerçekleşmiş olması gerekir. İradi olarak

[*] 2. CD. 24.05.1995, 6186.

gerçekleştirilmeyen hareketlerde artık manevi unsuru araştırmaya gerek yoktur, zira ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Hareket ceza hukuku anlamında bir hareketse, sorumluluk için bu yeterli olmayacak, failin cezalandırılabilmesi için ayrıca kast veya taksirinin bulunması gerekecektir. Dolayısıyla, suçun objektif unsurları olan, kanundaki tipe uygun bir fiil failin sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bu unsurlara **sübjektif nitelikte** bir unsurun eklenmesi gerekir. Bu üçüncü unsur, "manevi unsur", veya "sübjektif unsur" şeklinde isimlendirilmektedir[1]. Karşılaştırmalı hukukta maddi ve manevi unsurun gerekliliği şöyle ifade edilmektedir: Suçun oluşması için kötülük isteyen beyin ve kötülüğü yapan el gereklidir (evil meaning mind and evil doing hand)[2].

Sübjektif (iç) unsurlar, psikolojik, ruhsal alana, failin iç dünyasına ilişkin olan unsurlardır[3]. Örneğin, başkasına ait bir malın geçici bir süre için kullanılmak üzere mi alındığı (TCK 146) yoksa mal edinmek için mi alındığı (TCK 141) sübjektif unsuru ilgilendirmektedir.

Suç tiplerinde sadece objektif nitelikli unsurların belirtilmesi yeterli olmamaktadır. Nitekim (A)'nın (B)'yi öldürmüş olması durumu, bu hareketin TCK 81 (kasten öldürme) çerçevesinde mi yoksa md. 85 (taksirle öldürme) çerçevesinde mi değerlendirileceği konusunda yeterli verileri bize vermemektedir. Keza (A)'nın (B)'ye ait taşınabilir bir eşyayı almış olması, (A) hakkında hırsızlık (mal edinme saiki, TCK 141) mı yoksa kullanma hırsızlığı (iade etme saiki, TCK 146) suçundan dolayı mı ceza tayin edileceği hususunda bize yardımcı olmamaktadır. Dolayısıyla burada, suçun objektif unsurları dışında birtakım unsurlara gereksinim bulunmaktadır[4]. Benzer husus, bir çocuğu öpen kimse ile ilgili olarak da söylenebilir. Bu sevgi dolu bir öpme olabileceği gibi, cinsel amaçlı da olabilir.

Failin sorumlu tutulabilmesi için fiili ile psişik bağlantının kurulması gerekir. Failin hareketinde kast veya taksirden söz edilemiyorsa, bu kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğu düşünülemez. Ceza hukukunda nasıl, kanunsuz suç ve ceza olamıyorsa, kast veya taksirsiz cezalandırma da olmaz.

Kast ve taksir de tipikliğin sübjektif unsurları arasında olup, bir kusur şekli değildir. Bugün tipiklik sadece objektif olarak ele alınmamakta, tipikliğin içinde sübjektif unsurların da bulunduğu kabul edilmektedir. Böyle olunca da, kast ve taksir artık kusur içinde değil; tipiklikte, ancak tipikliğin sübjektif unsuru olarak incelenmektedir. Böylece haksızlık sadece objektif olarak değil, sübjektif olarak da belirlenmelidir. Ne yaptığını bilmeyen kişinin veya bu noktada dikkatsizlik veya özensizliği olmayan kişinin haksızlık yaptığından da bahsedilemez. O nedenle, kast ve taksir tipik haksızlık içindedir.

Tipikliğin manevi unsuru ile ifade edilmek istenen, failin işlediği fiilin ona yüklenebilmesi, onun fiilinden manen sorumlu tutulabilmesidir[5].

Kanunumuz da bu esasları kabul etmiştir. Failin kast veya taksiri yoksa eylem suç teşkil etmez. Ayrıca faile verilecek ceza da kast veya taksirin bulunmasına göre değişir.

---

1 Artuk, 215.
2 State v. Jefferies, 1994.
3 Wessels/Beulke, kn. 138.
4 Kühl, § 78, kn. 3.
5 Gölcüklü, 22.

Hemen belirtelim ki, dünyanın ileri gelen demokrasilerinden sayılan ve (Guantanamo'daki hukuksuzluklar bir yana bırakılacak olursa) hukuk devleti ve insan haklarına saygılı olduğu iddiasında olan ABD'nin 29 eyaletinde *"reşit olmayan küçüklerle rızayla cinsel ilişki suçu"* açısından kast veya taksir aranmamaktadır. 14 yaşından küçük biriyle rızasıyla da olsa cinsel ilişkiye giren kendisinden 4 yaş ve daha yaşlı kimseler, küçüğün yaşını bilmeseler veya küçük olduğundan daha yaşlı gösterse dahi, sorumlu tutulmaktadır. 18 eyalette de fail, küçüğün reşit olduğunu zannettiğini ileri sürse dahi, çocuk çok gençse bu savunma kabul edilmemektedir[1]. Kast veya taksir olmazsa sorumluluğun kabul edilemeyeceğine ilişkin olarak Maryland Yüksek Mahkemesi'ne yapılan itiraz, kanunun bu suçun gerçekleşmesi için ilgili suç tipinde açıkça "kusur" aramaması dolayısıyla reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu düzenleme, kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir, zira bu suretle küçüklerin yetişkinler tarafından sömürülmesi, bekâretlerini kaybetmeleri, fiziksel yaralanmalarını ve mağdurun kız olması halinde de hamileliği önlemek amaçlanmaktadır[2].

b. Kaza ve Tesadüf

OLAY: (A), *trafiğe çıkmaya herhangi bir engeli bulunmayan, bakımını düzenli yaptırdığı aracıyla bütün trafik kurallarına uygun seyrederken, tekerinin aniden patlayarak aracının yoldan çıkması üzerine araçta bulunan yolculardan birinin ölümüne neden olur.*

Ceza hukuku manasında, başka ifadeyle teknik anlamda kaza ve tesadüf (beklenmeyen durum), fail veya üçüncü kişiler tarafından öngörülmesi mümkün olmayan neticedir. Üçüncü kişi tarafından dahi öngörülemeyen bir neticeden faili sorumlu tutmak kabul edilemez[3].

Taksirde kişi öngörülebilir, tahmin edilebilir bir neticeyi öngörmemekte veya öngörmekte, ancak yine de neticeyi istememektedir. Burada ise netice esasen öngörülebilir, tahmin edilebilir değildir. Dolayısıyla taksir ile kaza arasındaki fark, bu sonuncusunda neticenin öngörülebilir olmamasıdır.

Teknik manada kaza ve tesadüften söz edebilmek için bir insan hareketinin bulunması aranır. Şu halde, deprem, güneş çarpması, yılan ısırması gibi tabii olaylar, kaza ve tesadüf olarak nitelendirilemez. İnsan hareketi söz konusu olduğunda neticenin öngörülebilir olup olmadığına bakılır. Netice öngörülebilir olmadığı takdirde, ne kast ne de taksir bulunacağı için, kaza ve tesadüf vardır[4].

Kanunumuz kaza ve tesadüften ayrıca söz etmiş değildir.

Yargıtay bütün kontrollerini düzenli olarak yaptırdığı ve gerekli tedbirleri aldığı benzinlikte çıkan yangın ve patlama dolayısıyla hakkında taksirle patlama ve yangına neden olmak suçu nedeniyle mahkûmiyet kararı verilen benzinlik sahibi hakkındaki bu hükmü, *"tamamen teknik bir sebepten kaynaklanan, olaydan önce tesisi işleten konumundaki sanık tarafından* ***öngörü***-

---

1 Bkz. Dressler, 191.
2 Garnett v. State, 1993 tarihli karar.
3 Önder, II, 371.
4 Donmezer/Erman, II, 306.

lebilecek ve önlenebilecek nitelikte kusur yüklenmesini gerektirecek" bir hareketi bulunmadığı ve "sanığa izafe edilebilecek **kusur bulunmadığı** ve dolayısıyla sonucun sanık tarafından öngörülebilir ve önlenebilir nitelikte bulunmaması" nedeniyle bozmuştur[1].

Yargıtay çoğu kararında kaza ve tesadüf konusunu nedensellik bağı çerçevesinde değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre örneğin, sanığın kamyonunda yolcu olan mağdurun intihar etmek amacıyla kamyondan kendisini atması sonucu ölmesi halinde, ölüm ile sanığın eylemi arasında illiyet bağı yoktur. *Yargıtay* başka bir kararında da sanığın, kuşu vurmak üzere ayağa kalkarak tüfeğin horozunu kaldırıp 1-1,5 metre kadar gerildiği anda bölgede 50 cm kalınlığında kar bulunması ve olay yerinde %30 derecede meyilli bir yamaç olması nedeniyle ayağının kayıp yüzüstü düşmesi sonucu horozu kaldırmış vaziyetteki av tüfeğinin ateşlendiği ve çıkan kurşunun karşısında bulunan mağdurun göğsüne isabetle yaralayıp ölmesine neden olduğu olayda, olay önüne geçilmesi mümkün olmayan bir biçimde sanığın iradesi dışında yani ayağının ani olarak kayması sonucu meydana gelmiştir. Bu itibarla sanığın eylemi ile ölüm arasında illiyet bağı kurmak olanaksızdır şeklinde karar vermiştir. Buna karşılık, doktrinde, böyle olaylarda, mağdurun ve ölenin taksirli hareketine failin daha önceki taksirli hareketinin neden olması dolayısıyla failin sorumlu tutulması gerektiği de ileri sürülmekteyse de aslında öngörülmesi mümkün olmayan bir netice söz konusu olduğundan, kaza vardır ve bu nedenle failin kusurluluğu kalkmıştır[2].

c. Kast ve Taksir

aa. Kast
aaa. Kavram
bbb. Kastın Unsurları
aaaa. Kastta Bilmek Unsuru
bbbb. Kastta İstemek Unsuru
ccc. Kastın Aranacağı Zaman
ddd. Kastın Çeşitleri
aaaa. Özel Kast – Genel kast

---

[1] CGK. 16.05.2000. 110. Ayrıca bkz. ZEMİN RENGİ SİLİNECEK'oluşa ve mahkemenin kabulüne göre, sanık ...'ın yönetimindeki otobüs ile seyir halinde iken kaçan topu yakalamak için sokak arasından aniden yola fırlayan mağdur Abdülkerim K'a çarpması şeklinde gelişen olayda yerel mahkemece, olay günü dikkatsiz ve özensiz bir şekilde her an mahalle arasındaki yol kenarından bir kişinin yola fırlayabileceğini kestiremeyerek araç kullanıp mağdurun yaralanmasına sebebiyet verdiği, olayda bu nedenle tali derecede kusurlu olduğu kanaatine varılarak sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ise de, sanığın "çocuğun yola birden fırladığı, hemen fren basmasına rağmen mesafe yakın olduğu için duramadığı" şeklindeki aşamalarda değişmeyen savunması ve bu savunmayı doğrulayan tanık ...'in hemen olayın akabinde alınan "çocuğun sokak arasından topun peşinden birden fırladığı" şeklindeki beyanı dikkate alındığında sanığın kısa mesafeden seyir yoluna koşarak giren mağdur yayaya karşın fren tedbirine başvurduğu mevcut şartlarda alabileceği başkaca bir önlemin bulunmadığı kabul edilerek beraatine karar verilmesi gerekir". 12.CD. 22.03.2017. 75/2257.

[2] Bkz. Gülşen, Ceza, 51.

bbbb.	Ani Kast-Tasarlama
cccc.	Doğrudan Kast-Olası Kast
dddd.	Weber Kastı
eee.	Kast ve Saik
fff.	İhmali Suçlarda Kast

Kast ve taksir; failin, fiili ile olan sübjektif ilişkisidir[1].

Bir kimsenin işlediği fiilden dolayı cezai sorumluluğunun bulunabilmesi için hareketi ile kanun tarafından cezalandırılan netice arasında **maddi** bir nedensellik bağının varlığı yetmemekte, ayrıca faille fiili arasında **manevi** bir bağın bulunması da gerekmektedir. Söz konusu bu bağın kurulabilmesi failin kusurlu bir hareketinin bulunmasına bağlıdır[2]. Dolayısıyla failin somut olayda iradesinin kusurlu olduğunun ortaya konması gerekir[3].

BELİRTMEK GEREKİR Kİ, failin hayatı, kişiliği tamamen de önemsiz değildir. Failin kişiliği, geçmişteki yaşama tarzı da göz önünde bulundurulmak gerekir. Bununla beraber, bunların değerlendirilmesi manevi unsur yönünden değil de cezanın bireye uydurulması, bireye en uygun cezanın tayini noktasında önem arz etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu da suçlunun yaşayışına, geçmişteki eylemlerine tamamen kayıtsız kalamaz. Sözgelimi tekrar suç işleyen ve suçtan elde edilen eşyayı satın alan kimsenin cezasının artırılması hep bu düşüncelerin sonucudur. Tekrar ifade etmek gerekir ki, burada cezanın artırılmasının nedeni, kişinin fiil ile olan sübjektif ilişkisi değil, geçmişteki davranışları dolayısıyla daha tehlikeli görülmesidir (Dönmezer/Erman, II, 208).

Suç teşkil eden bir fiilin, bir kimse tarafından bilerek ve isteyerek (kasten) veya *en azından* bilerek (taksirle) yapılması gerekir[4].

Ceza hukukunda manevi unsurdan bahsedilince, fail değil, fiil esas alınır. Manevi unsur, suçun bir unsuru olarak, sadece işlenen fiile mahsus olarak ele alınır. Bundan dolayı, aynı fail, belirli bir fiilde tipikliğin manevi unsurunu gerçekleştirirken, bir başka fiilde manevi unsur gerçekleşmemiş olabilir. Böylece manevi unsur fiile ilişkin olup, o fiilin dışında kalan hususları kapsamına almamaktadır. Dolayısıyla olayda failin bütün hayatı, yaşama tarzı tartışma konusu yapılmamakta, sadece yapmış olduğu hareket, hayatının yalnız o bölüm ve kısmı değerlendirilmeye alınmakta ve buna göre bir haksızlığın söz konusu olup olmadığına karar verilmektedir. Failin bütün yaşamı göz önünde bulundurulduğunda, yaşamının bu parçası, tamamıyla geçici, tesadüfî veya istisnai olabilir. Fakat sorumluluk için hayatının bu parçası yeterlidir. Tam tersi yönden bakıldığında, geçmişinde başka suçlar işlemiş bulunan, kötü ve ahlâk dışı nitelik gösteren failin olaydaki manevi unsur bakımından söz konusu geçmişinin esas alınması doğru değildir. Bu

[1] Önder, II, 287.
[2] Artuk, 221.
[3] Alacakaptan, 68.
[4] Öztürk/Erdem/Özbek, 200.

nedenle failin sadece somut olaydaki psikolojik durumu incelenir. Sonuç olarak manevi unsuru fiile münhasır bir şekilde anlamak zorunludur[1]. İnsanın geçmişi bir kınanabilirlik karinesi olarak kabul edilemez[2]. Bu itibarla bir "fail ceza hukuku"ndan değil de "**fiil ceza hukuku**"ndan söz etmek daha uygun olur.

Konuya ilişkin olarak bir Amerikan mahkeme kararından örnek vermek istiyorum. Sanık Pedro M. Hernandez bir trafik kazası yapmış ve çarptığı arabadaki bir kimsenin ölümüne ve iki kişinin de yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Sanığın arabasında içki içilmesi ve alkollü araç kullanılmasına ilişkin bazı çıkartmalar vardır ve örnek olarak bir tanesinde şöyle denilmektedir: "**Ne kadar alkol alırsan, o kadar yakışıklı görünürsün**". Sanığın da kaza sırasında alkollü olduğu belirlenmiştir. Fiil ceza hukukunun bir sonucu olarak burada failin alkolü öven yazılar bulundurması, onun alkollü araç kullandığını göstermez. Dolayısıyla bu yazılara rağmen, alkollü olduğu tespit edilmediği takdirde, sanık bundan dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak yargılama sürecinde savcılık bu yazıları sanık aleyhine kullanmak istemiş ve sanık fiil ceza hukuku hususunu ileri sürerek buna karşı çıkmıştır. Bununla beraber savcılık şu noktalarda haklı olarak bu yazıları kullanmak istemiştir. Bir kez bu yapıştırmalar sanığın alkollü araç kullanmanın riskleri konusunda bilgi sahibi olduğunu göstermektedir (bu husus ileride göreceğimiz, bilinçli taksir bakımından önem taşır). İkinci olarak savcılık, bu çıkartmaların sanığın yanlışlıkla veya istemeyerek alkol almadığını, aksine isteyerek alkol aldığını gösterdiğini ileri sürmüştür (konu aşağıda ele alınacak olan alkol ve uyuşturucunun kusur yeteneğine etkisi bakımından önem arz etmektedir)[3]. Görüldüğü üzere, kişinin alkolü sevmesi, reklamını yapması vb. gibi hususlar tek başına kişinin kastı olduğunu göstermez. Aksinin kabulü hayat ceza hukukunun kabulü anlamına gelir. Ancak bu olgular, somut olayda bazı hususların belirlenmesi, ispatı bakımından kullanılabilir ki, bu fiil ceza hukuku prensibine aykırılık oluşturmaz.

> *1972 yılında siyah bir Amerikalı, bir hamburgercide kendisine zenci diye hitap eden bir beyazı öldürür. Yargılama sırasında sanığın karşı konulamayan bir dürtünün etkisiyle suçu işlediği, bu dürtünün de sanığın California'da geçirdiği sosyal ve ekonomik bakımdan sorunlu çocukluğun sonucu olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, sanık çocukluğunda babası tarafından terk edilmiş, ekonomik bakımdan büyük zorluklar çekmiş, annesinden ilgi ve sevgi görmemiş ve ırkçı davranışlara muhatap olmuştur (bkz. United States v. Alexander, 1972).*

TCK 21/1'de "*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*";**TCK** 22/1'de de "*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*"; **TCK** 23'te ise "*bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir*" denilmektedir.

---

1 Krş. Donmezer/Erman. II. 206.
2 Erem/Danışman/Artuk. 434.
3 Bkz. State v. Hernandez.

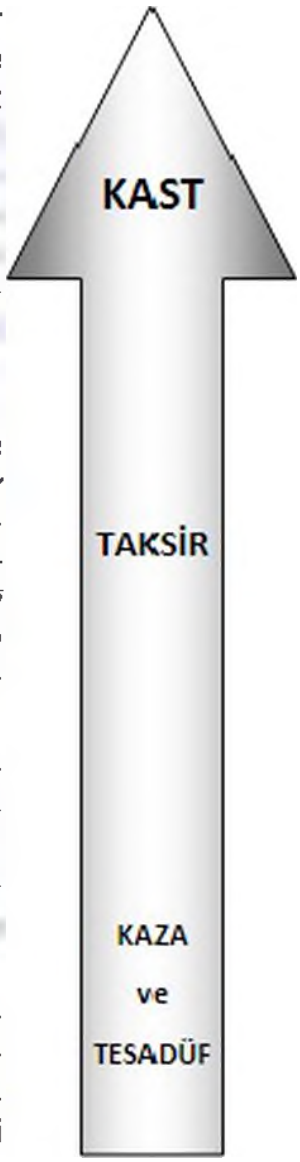
Böylece bir kimsenin suç teşkil eden bir eylemden dolayı cezalandırılabilmesi için öncelikle "kast" ile hareket etmesi gerekmekte, ancak kastının olmadığı iki halde de sorumlu tutulabileceği açıklanmış bulunmaktadır. Kişinin kastı olmasa da cezalandırılabileceği haller şunlardır:

- Kişi taksirle hareket etmiştir veya
- daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet verme bakımından en azından taksiri vardır.

Bir kimsenin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kasten ya da taksirle hareket etmiş olması gerekir. Kast ya da taksirin bulunmadığı hallerde eylem suç oluşturmaz. Kişinin daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde ise (netice sebebiyle ağırlaşmış suç) en azından taksirle hareket etmişse, meydana gelen daha ağır veya başka neticeden dolayı sorumlu tutulması mümkün olur.

Şu örneklerle konunun daha iyi anlaşılacağını düşünüyorum:

- Faik, Faike'yi öldürmek için arabasına biner, Faike bir caddede karşıdan karşıya geçerken üzerine sürer ve çarparak onu öldürür (**kasten** işlenen bir suç). Tanık 1: "Nevşehir istikametine gitmekte olan kırmızı renkli bir minibüs olay yerine yaklaşınca yavaşladı, daha sonra süratlenip yolun sol tarafında gitmekte olan şahsın üzerine sürüp çarptı. Daha sonra olay yerinden uzaklaştı". Tanık 2: "Kırmızı renkli minibüs bizim bulunduğumuz yere yaklaşınca birden hızlandı. Normal seyretmekte olduğu yolun sağ tarafından soluna doğru geçerek süratlendi ve o anda bir gürültü duyduk. Koşarak gidip baktığımızda bir insanın yaralı vaziyette yatmakta olduğunu gördük". Yargıtay kararı: *"Olay tarihinde hava açık ve zemin kurudur. Sanığın önünde sollaması gereken bir araç bulunmamaktadır. Sanığın arabasını tamir ettirmek suretiyle suç delillerini gizlemeye çalışması da göz önünde tutularak sanığın eyleminin **kast**en öldürme olarak nitelendirilmesi gerekir"*[1].
- Faik, bir okulun önünden arabasıyla giderken, çocukların çıktığını ve hız tabelasında da 30 yazdığını görmesine rağmen, 70 ile gider ve okuldan çıkmakta olan çocuklardan birine çarparak istemeyerek ölümüne sebep olur (**taksirle** işlenen bir suç)(halk arasında kaza denilen husus).
- Faik bütün trafik kurallarına riayet eder, hız sınırlarına uyar, aracında herhangi bir eksiklik bulunmamaktadır, lastiklerinin profili kanuni sınırlar düzeyindedir, kendisi olay anında dikkatlidir, ancak park etmiş iki



[1] CGK. 28.06.1982, 303

aracın arasından arkadaşının kovaladığı bir çocuk aniden önüne çıkar, Faik frene bassa da istemeyerek çocuğa çarpar ve çocuk ölür (hukuki manada bir **kaza**; kast veya taksir söz konusu değil).

Kast, manevi unsur skalasının en üst sınırıdır. En alt sınır ise taksirdir.



Esasen kanunumuzun olası kast ve bilinçli taksiri de açıkça düzenlemiş olması karşısında, bu tabloyu şu şekilde ayrıntılı hale getirmek mümkündür:

Böylece bu kısımda ilkin kast ve taksir, ikinci olarak netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar ele alınacaktır. Öğretide çoğunlukla suçun unsurları dışında kalan hususlar bahsinde ele alınan "*objektif cezalandırılabilirlik şartları*"nı da bu şartların ana özelliğinin, failin cezalandırılması için kastının bu şartları içermesinin gerekmemesi nedeniyle bu bahiste ele alacağım.

aa. Kast

> *Sanığın, kendisine ait olup namlusunda mermi olduğunu bildiği tabancayı maktulün kafasına yönelttiği ve tetiği çektiği, alnının ortasından kurşun isabet eden maktulün yere düştüğü olayda, öldürme kastı açıkça belli olduğu halde, kasten adam öldürme suçu yerine taksirle yaralamadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır (1. CD, 02.10.2007, 7096).*

aaa. Kavram

Tipikliğin sübjektif unsuru denildiğinde, ilk akla gelen kasttır. Eski kanunumuzun 45. maddesinde kastın bulunmamasının cezayı kaldıracağı hükme bağlanmışken, **TCK** 21'de suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olacağı ifade edilmektedir. Şurası muhakkak ki, bu ifade, birinci suçun kasten işlenmediği hallerde, ikinci suçun cezalandırılmasında tereddütlere yol açacaktır (bkz. **TCK** 278, 280). Zira taksirle işlenen eylemlerde, **TCK** 21 karşısında suç oluşmamıştır. Böylece örneğin, taksirli bir suçun delillerini yok eden kimse 281. madde gereğince cezalandırılamayacaktır. Bu nedenle "**suçun cezalandırılması kastın varlığına bağlıdır**" ifadesi daha doğru olurdu.

Kural olarak suçlar kasten işlenildiği takdirde cezalandırılırlar ve dolayısıyla suç tiplerinde ayrıca kasttan bahsetmeye gerek yoktur. Bu bakımdan bir suç tipinde "kasten" ifadesine yer verilmişse, bu husus o suç tipinin taksirli

şeklinin de bulunduğunu gösterir. Örneğin, "kasten öldürme" ve "kasten yaralama" suçlarında olduğu gibi (**TCK** 81, 86).

Kanunumuz kastı tarif de etmiştir: Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

Kast, öğretide değişik şekilde tarif edilmektedir. Bir tarife göre, "*öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade*"ye kast denir[1]. Bir başka tanıma göre kast, "*suçu oluşturan hareketin sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesidir*"[2]. Başka bir yazar "*kanunun suç saydığı bir fiili ve neticelerini bilerek ve isteyerek işlemek iradesi*"dir şeklinde tanımlamaktadır[3]. Bir başka tanımda "*failin neticeyi düşünmesi ve gerçekleştirmeye karar vererek hareket etmiş olması kasttır*" denilmektedir[4]. Diğer bir tarife göre de "*kast, yasada öngörülmüş objektif suç unsurlarının somut olayda bilinmesi ve istenmesi ile oluşur*"[5].

Bugün öğretide hâkim olan görüşe göre kast, "tipiklikte yer alan objektif unsurların failce bilinmesi ve istenmesi" veya "tipiklikteki objektif unsurların bilmeye dayalı olarak istenmesi" şeklinde tanımlanmaktadır[6]. Demek ki kast, fiilin ceza kanunundaki soyut tasvirinde, yani tipiklikte yer alan objektif unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir. Öyleyse kast iki unsurdan oluşmaktadır:

BİLME VE İSTEME

bbb. Kastın Unsurları

Kastın unsurları bilme ve istemedir[7]. Öğretide buna düşünme ve öngörme unsuru ile irade unsuru adını veren yazarlar vardır[8].

aaaa. Kastta Bilmek Unsuru

{ Failin tipiklikte belirtilen objektif nitelikteki bütün unsurları **bilmesi** gerekir. }

Buna göre fail,

---

1 Donmezer/Erman, II, 216.
2 Erem/Danışman/Artuk, 446.
3 Alacakaptan, 93.
4 Önder, II, 298.
5 İçel, Suç Teorisi, 230.
6 Önder, II, 291.
7 Öğretide kast için bilmenin yeterli olduğu, ayrıca istemenin aranmasına gerek olmadığı görüşü de savunulmaktadır. Bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyim. Nitekim, İngiliz Hukukunda verilen bir örneği aktaralım: Bir kimsenin akşam on bardak sek şarap içmesi halinde ertesi sabah baş ağrısı ile kalkacağını bilmesi mümkündür, ama bu husus onun başağrısı ile kalkmayı kast ettiği anlamına gelmez. Demren Donmez, 131.
8 Donmezer/Erman, II, 216, 219.

- ☑ "suç tipinde belirtilmiş ve kendisi bakımından gösterilmiş olan nitelikleri bilmeli,
- ☑ suç tipinde mağdur ile ilgili olarak gösterilmiş olan özellikleri bilmeli,
- ☑ gerçekleştirdiği fiili ve bunun kanunda belirtilmiş olan şekilleri ile ilgili özellikleri de bilmeli"[1].

Bunları açacak olursak: Fail yapacağı hareketi düşünüp öngörmelidir. Suçun maddi konusu bilinmelidir. Öldürdüğü yaratığın insan olduğunu bilmeyen kimsenin kasten öldürme suçunun faili olamaması gibi, aldığı şeyin başkasına ait olduğunu bilmeyen kimse de hırsızlık suçunu işlemiş sayılmaz. Failin neticeyi de düşünmüş ve öngörmüş olması gerekir.

Bunların dışında, tipik hareket, suçun konusu, özel suç aleti, suçun işlendiği yer ve zamana yönelik özel unsurlar da bilinmelidir[2]. "Öperek kendisine sarkıntılık yapan ve ardından banyoya kaçan maktule, onunla konuşarak yerini saptayabileceği ahvalde, kapalı banyo kapısının 120 cm. yüksekliğinden atış yapmak ve öldürmek mahiyetindeki olayda, sanığın maktulü öldürebileceği düşüncesiyle hareket ettiğini kabul etmek ve **öngörülen sonucun kasta dâhil olduğu** görüşüyle uygulama yapmak gerekir"[3].

Failin bilmesi, fiile ilişkin olguları hukuksal ve toplumsal anlamı itibarıyla bilmesi anlamındadır. Yoksa yasal olgulardan kastın ne olduğunu bilmek, kanun koyucu tarafından aranmamaktadır. Failden, kanunda kullanılan kavramlar çerçevesinde bir "bilme" aranmamaktadır. Örneğin, bir otomobilin tekerinin havasını boşaltan kimse, mala zarar verme suçunu (TCK 151) işlemediğini, zira otomobile bir zarar vermediğini iddia edebilir. Ne var ki, burada failin kast için gerekli olan "bilme"sinin mevcut olduğu açıktır, zira fail fiili ile aracın geçici de olsa kullanılamayacağını bilmektedir. Bu da hukuken "zarar verme" olarak anlaşılmaktadır. Fail, yaptığının farkındadır ve fakat bunu "zarar" olarak görmemektedir. Ancak bu tür yanlış bir değerlendirme failin kastına etki etmez[4].

Önemle belirtmek gerekir ki, failin ilgili tasavvura zaten sahip olması gerektiği şeklindeki bir kabul, "bilme" nin yerine geçemez[5]. Zaman zaman uygulamada bu tür bir varsayımdan yola çıkılarak kastın bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır ki, bu asla kabul edilemez.

Kastın bilme unsurunun kapsamına *nedensellik bağı* da dâhildir. Bu noktada fail tarafından öngörülmesi gereken şeyin, hareketinden doğacak netice olduğu, yoksa bu neticenin nasıl doğacağı olmadığına dikkat çekmek gerekir. Fail nedensellik bağı hususunda yanılabilir; fakat öngördüğü, bildiği netice yaptığı hareketten doğmuşsa, bu yanılmasının önemi olamaz (bkz. aşağıda "Weber Kastı").

---

1 Onder. II. 307
2 LK[11]. §16. kn. 5
3 1. CD. 13.11.2000. 3126
4 Kühl. §5. kn. 94. 95; Heinrich (Ed. Ünver). 173.
5 Wessels-Beulke. kn. 240

Bu itibarla nedensellik bağının gerçekleşiş şeklindeki önemsiz sapmaların failde kastın bulunduğunu kabul etmemize engel değildir. Mesela, fail öldürmek istediği kişiye ateş eder, bunun üzerine yere düşen mağdurun öldüğünü zannederek, cesedi ortadan kaldırmak için denize atar; gerçekte ölmemiş olan mağdur, suda boğulmak suretiyle ölür.

Buradaki genel kasttan, yani öldürme kastından hareket ederek bu neticenin gerçekleşmesinde gelişen nedensellik bağının önemli olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre neticenin failin düşündüğü şekilde gerçekleşmemiş olmasının önemi yoktur. Sonuçta failin kastettiği netice gerçekleşmiştir. Dolayısıyla neticenin kast sorumluluğu içinde olduğu söylenebilir (Önder, II, 307, 308).

Cezayı artıran nitelikli hallerin de failce bilinmesi gerekir[1]. Örneğin, karısını öldüren kimseye ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için, öldürdüğü kimsenin karısı olduğunu bilmesi gerekir. Keza, suç tipinde ağır netice belirtilmiş ise failin bunu da bilmesi gerekir (**TCK** 23). Yargıtay da bu hususa dikkat çekmektedir: "*Manavgat Devlet Hastanesi'nde alınan 28.11.2004 tarihli rapora göre mental retardasyon (zekâ geriliği) bulunduğu bildirilen mağdurenin, Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek, maruz kaldığı fiillere karşı mukavemet edemeyecek derecede akıl hastası olup olmadığı, akıl hastası veya zekâ geriliğinin var olduğunun belirlenmesi halinde ise ifadelerine itibar edilip edilmeyeceği, mevcut rahatsızlığının hekim olmayanlarca da* ***bilinip bilinmeyeceği*** *konularında rapor alınması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir*"[2].

Cezayı hafifleten nitelikli sebeplerin failce bilinmesine gerek yoktur. Bilmese de fail bundan faydalanır.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin kastı temel suçu kapsamalı, ancak ağır neticeye yönelik de en azından taksiri bulunmalıdır.

Kanun metninde açıkça hukuka aykırılıktan bahsedilmediği hallerde, failin hukuka aykırılığı da bilmesi zorunlu değildir ve bilmemesi kastının varlığını engellemez[3], zira hukuka aykırılık, tipikliğin unsuru değildir. Haksızlık bilinci, başka ifadeyle, hukuka aykırılık bilinci, kastın değil, kusurun bir unsurudur. Bu bilincin eksikliği halinde, kastın varlığı değil, kastın kınanabilirliği tartışılır[4].

Öğretide, suçun kanuni tanımında "hukuka aykırılık" unsuruna açıkça yer verildiği takdirde[5], kastın hukuka aykırılığı da kapsaması gerektiği genel kabul gören görüştür[6]. Benim de katıldığım azınlıktaki görüş ise suç tipinde hukuka aykırılık unsuruna açıkça yer verilmesine rağmen ayrım yapılması

---

1 Önder, II, 308.
2 5. CD, 27.04.2006, 3582.
3 Bu itibarla, kanunumuz öğretide kabul edilen hususlardan farklı bir düzenleme getirmemiştir. a.g., G.Ü. Raporu, 294.
4 Wessels/Beulke, kn. 241.
5 Bkz. TCK 91/2, 109, 120, 124, 132/2, 135/1, 2, 136, 209.
6 Soyaslan, 418; Artuk/Gokcen/Yenidünya[3], 458; Özgenç[2], 278.

gerektiğini ve hukuka aykırılığa ilişkin belirlemelerin suç tipindeki belirli bir unsura ilişkin olduğu hallerde, kastın bunu da kapsaması gerektiğini, buna karşılık hukuka aykırılığa ilişkin belirlemenin suç tipinin tümüne ilişkin olması durumunda, ayrıca kastın buna yönelik olmasının gerekmediğini savunmaktadır. Örneğin **TCK** 244/4'te düzenlenen suçta belirtilen "haksız çıkar", tipikliğin bir unsuru olduğundan, kast çıkarın haksızlığını kapsamalıdır. Buna karşılık, **TCK** 109/1, 124/1, 135, 136 ve 243/1. maddelerde belirtilen "hukuka aykırı olarak" ifadesi suçun tümünü nitelendirmekte olup, kastın ayrıca hukuka aykırılığı kapsaması gerekmemektedir[1].

Yargıtay ise suç tipinde suçun "hukuka aykırı olarak" işlenmesinin arandığı hallerde (örn. **TCK** 109), hukuka aykırılık suç tipinde ayrıca gösterildiği için "hukuka özel aykırılık" halinin söz konusu olacağını belirtmekte[2] ve bu takdirde de genel kastın varlığını aramaktadır.

"Bilme" unsuru ile ilgili olarak ortaya çıkan bir sorun, kişinin bir suçun unsurunu doğrudan bilmemekle beraber, bilinçli olarak bilmek istememesinin nasıl değerlendirileceğidir. Örneğin, 18 yaşından küçük biriyle isteğiyle cinsel ilişkiye giren kişi, küçüğün yaşının 18 yaşından küçük olduğunu kesin olarak bilmemekle beraber, özellikle bu konuda bilgisiz kalmak isterse, bu suç bakımından kastından söz edilebilir mi?

Konuyu bir mahkeme kararı ile açıklamaya çalışalım: ABD'de gerçekleşen bir olayda Sandra Nations, bir gece kulübü işletmektedir ve gece kulübünde 17 yaşından küçük bir kızı striptizci olarak çalıştırırken yakalanmış ve cezalandırılmıştır. Sanık hükmü temyiz ederek, kendisinin "*çocuğun 17 yaşından küçük olduğunu bildiğinin ispatlanması gerektiğini*", bu husus ispatlanmadığından hükmün hatalı olduğunu iddia etmiştir. Gerçekten de ilgili ceza normu, "bilerek" 17 yaşından küçük bir kimsenin çalıştırılmasını cezalandırmaktadır. Yargılama sonucunda, sanığın çalıştırdığı kızın 17 yaşından küçük olduğunu "doğrudan" bilmediği; ancak "bilmek istemediği" anlaşılmıştır. Mahkeme, failin "bilmemek için gözlerini kapatmasaydı, suçun objektif unsurunu bilecek olduğu" (iradi körlük) (devekuşu duruşu) hallerde, bilmekten bahsedilemeyeceğine karar vermiştir. Daha açık ifadeyle, fail, bilmiş olmamak için, kızın yaşını araştırmamıştır. Böylece mahkeme, kanunda "bilme" şartının arandığı yerde, doğrudan bir bilmeyi aramaktadır[3]. Fail kızın yaşının muhtemelen küçük çıkacağını öngördüğü için bilmek istememiştir. Böylece doğrudan bir "bilme" yok ise de suçun objektif unsurunu öngörüp, bunu kabullenerek yine de eylemin gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, kanımca burada da olası kasttan bahsedilebilir. Konu üzerinde aşağıda doğrudan kast-olası kast ayrımı bahsinde duracağım.

bbbb. Kastta İstemek Unsuru

Kastın bilme unsurundan aslında kastın isteme unsuru da ortaya çıkar. Zira bir insan ancak bilebildiği bir şeyi isteyebilir. Hareketiyle bir suçun unsurunun gerçekleştirileceğini bilen kişi, aslında onu istiyordur. İstemeseydi, hareketi yapmazdı[4]. Bu nedenle öğretide, önceki kanun döneminde geçerli

---

[1] Koca/Üzülmez, 130, 175.
[2] CGK, 23.01.2007, 9.
[3] State v. Nations.
[4] Heinrich (Ed. Ünver), 170, 171.

olan klasik suç teorisi nedeniyle kastın bilme unsurunun yanısıra isteme unsuruna da yer verildiği, halbuki, istemenin kastın bir unsurunu oluşturmadığı savunulmaktadır[1].

Bu görüş kabul edilemez. Kastın mevcudiyeti için kanuni tarifte, tipiklikte yer alan hareketin ve neticenin bilinmesi, düşünülmesi ve öngörülmesi yeterli değildir, bunların istenmesi de gerekir. Bu neticelerin istenmiş olmaması halinde kast da yoktur. Örneğin, mağdureyi kaçırmak için evine gelen ve kapıya vuran, açılmayınca cama vuran sanığın bu eylemi neticesinde camın kırılması durumunda sanığın kastının bulunmadığı, camın istemeyerek kırıldığına karar verilmiştir.

Yargıtay'a göre, "cama vurulmasının nedeni, sesi işiterek mağdurenin gelmesi ve kapıyı açmasıdır. Sanık, kapıya vurulduğunu duymayan mağdurenin dikkatini çekmek, geldiğini ona bildirebilmek amacıyla cama vurmuştur. Yoksa sanıkta eve girmek maksadıyla camı kırmak ve zarar vermek bilinç ve iradesi bulunmamaktadır. Bu nedenle mala zarar verme suçunun yasal unsurları oluşmamıştır"[2]. "Sanığın tartıştığı oğluna kızarak attığı taşın, evin camına gelip içerideki torunu mağdurenin gözünden organ kaybı niteliğinde yaralanmasına yol açmaktan ibaret eyleminin, olay yerinde keşif yapılmak ve cam ile taşın hedeflediği kişinin yeri saptanmak suretiyle taksirle yaralama sayılıp sayılmayacağı tartışılmalıdır"[3]. Benzer şekilde, "sanığın kuşa attığı taşın, terk edilmiş vaziyette duran müştekiye ait minibüsün camına isabet edip kırmasından ibaret olan eylemde mala zarar verme suçunun manevi unsuru (kast) bulunmadığı"na karar verilmiştir[4].

Kasttaki isteme unsuru tipiklikte yer alan hareket ve neticeye ilişkindir. Suç tanımındaki bütün unsurların istenmesi gerekmez. Örneğin, çalınan malın başkasına ait olduğunu bilmek yeterli olup, bunun istenmesi diye bir koşul söz konusu olamaz[5]. Yine cinsel ilişkiye gireceği çocuğun 18 yaşından küçük olduğunu bilmek veya bilmemeyi istemek (devekuşu örneği) yeterli olup, bunun istenmesi ayrıca aranmaz.

Bu noktada bazı problemlerle karşılaşılır: Örneğin, acilen paraya ihtiyacı olduğundan doğalgaz saatini çalarak satan kişi, saatin çıkarılması neticesinde gazın evin içine girerek evdeki kimselerin ölümüne neden olması halinde, ayrıca ölümden dolayı sorumlu tutulacak mıdır?[6]. Keza pencere camını kırmak için boş pencereye ateş eden kimsenin, o sırada pencerenin arkasına gelen kimseyi öldürmesi halinde acaba ölüm neticesi istenmiş midir? Yine renin arkasında ev sahibinin durduğunu gören kimsenin, pencereyi kırmak için ateş etmesi halinde, pencerenin arkasındaki kişiyi öldürme açısından kastı var mıdır? Ya da tavşana ateş edip onu vurmayı isterken mermiyi bir insana isabet ettiren kimse

It is permissible to infer that one intends natural and probable consequences of his act (Smallwood v. State, 1995).

Kişinin, kendi hareketinin doğal ve olası sonuçlarını da istediği kabul edilebilir.

1 Özgenç[5], 238, 239.
2 CGK, 27.03.1995, 88.
3 4. CD, 28.06.1999, 6896.
4 9. CD, 15.11.1985, 5195.
5 Koca/Üzülmez, 167.
6 Olay için bkz. Regina v. Cunningham.

açısından isteme unsuru gerçekleşmiş midir? Veyahut sigortadan para almak için uçağa bomba koyan kişi, bombanın patlaması sonucu uçakta ölen kişileri öldürmeyi istememiş midir? **Bu verilen örnekler gösteriyor ki, kasttaki "isteme unsuru"nun çerçevesi, kapsamı iyi tayin edilmek gerekir.** *Özellikle birden fazla neticenin söz konusu olduğu hallerde bu unsurun hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin kriterler konulmalıdır.*

Öncelikle şu belirlemeyi yapmak gerekir: Failin hareketinden, asıl amaçladığının, kastettiğinin dışında ikinci derecede neticeler doğuyor ve fail ikinci derecedeki bu neticelerin hepsinin gerçekleşmesini istemiş veya öngördüğü neticelerden herhangi birinin gerçekleşmesi bakımından aralarında fark gözetmemişse, yukarıdaki soruya verilecek cevabı bulmakta güçlük çekmeyiz: Failin iradesi bu neticelerin hepsini kapsamına aldığından, gerçekleşen netice veya neticelerin kasten meydana getirildiklerinden şüphe edilemez[1].

Birden fazla netice söz konusu ise istemek unsuru bakımından iki durum ortaya çıkar:

1. Failin asıl istediği netice veya neticelerin gerçekleşmesi için başka bazı neticelerin daha gerçekleşmesi **zorunlu** (MUHAKKAK) ise fail bu diğer neticeleri de istemiş demektir. Örneğin A, B'yi tabanca ile öldürmek istese, B'nin önüne geçip onu korumak isteyen C, A'ya ateş etmemesini söylese ve A buna rağmen ateş etse ve C'yi delip geçen kurşunla B de ölse, A'nın C'yi de öldürmeyi istediği açıktır. Dolayısıyla C açısından da adam öldürme kastı vardır. Bu tür kasta *doğrudan kast* adı verilir[2]. Kalabalık bir yerde makineli tüfek atışı ile ateş etme halinde de zorunlu neticelerden bahsedilebilir. Zorunlu neticeler gerçekleşmese bile, fail teşebbüsten sorumlu olur. Örneğin, olayımızda, C ölmeyip de yaralanırsa, öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır. Yine A atacağı kurşunun C'ye de isabet ederek onu da öldüreceğini öngörür de ancak sonuçta kurşun C'ye isabet etmez ise fail C'yi öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulur[3].	2. Failin asıl istediği netice veya neticelerin gerçekleşmesi için başka bazı neticelerin daha gerçekleşmesi **zorunlu değil** ve fakat fail tarafından başka bazı neticelerin daha gerçekleşebileceği bilinmiş, tasavvur edilebilmiş, buna rağmen asıl istenilen netice veya neticeleri gerçekleştirecek hareketi yapmışsa, somut olayda gerçekleşen diğer neticeleri de fail istemiş demektir. Burada bunların gerçekleşmesi konusunda yalnızca bir ihtimal bulunmaktadır. Bu olasılıkta gerçekleştirilmek istenilen neticeler bakımından muayyen, öngörülen diğer neticeler bakımından ise *muhtemel (olası) kast* vardır. Buna örnek olarak öldürmek istediği kişinin bulunduğu araçta başka kişiler olmasına rağmen ateş ederek düşmanını öldürmeye kalkışma gösterilebilir. Böyle birbirine yakın oturan kişilerin bulunduğu bir yerde, silahla ateş etme sonucu başka kimselerin de ölmesi söz konusu olabilir. Ancak kişi buna rağmen, bu eyleme girişir de diğer insanlar da ölürse, bunlar açısından da kastı vardır[1].

[1] Donmezer/Erman II. 220.

[2] Bu durumu olası kast olarak kabul eden. Ozansu. 145. Sanık Erdal'ın. 03.01.2008 tarihinde şehir merkezinde insanların çokça bulunduğu işlek bir caddede, hedeflediği askeri servis otobüsünün geçtiği sırada bomba yüklü aracı uzaktan kumanda ile patlatarak aracın yakınlarında bulunan 7 kişiyi öldürdüğü olayda, insanların yoğun olarak bulunduğu bir caddede böylesine güçlü bir bombanın patlaması halinde çevrede bulunan insanların da öleceği sonucunun muhakkak olduğu ve bu durumda doğrudan kastla hareket etliği kabul edilerek buna göre cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı gerekçe ile eylemin olası kastla işlendiği kabul edilerek TCK'nın 21/2. maddesi uyarınca indirim yapılması hukuka aykırıdır. 9. CD. 22.09.2011. 27205.

[3] Ünver. Kusurluluk. 52. Koca/Üzülmez[2]. 194. Karakehya. 104.

	Dikkate değer ki, kastın olası olması, kasta bağlanan sonuçlar bakımından herhangi bir farklılık oluşturmaz. Başka ifadeyle, kast doğrudan da olsa, olası da olsa, failin kastı vardır ve sorumluluğu ona göre tayin edilir[1]. Olası kastta da sorumluluk sadece gerçekleşen neticeler açısından söz konusu olur; gerçekleşmeyen neticeler dolayısıyla teşebbüsten dolayı cezalandırma yoluna gidilmez[3].

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında isabetli tespitler yapmıştır: "*Failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da, açıkça istenmese dahi doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerine göre diğer bazı sonuçları da doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da, doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir... Sanığın etkili mesafeden hedef alarak yan yana duran maktul ve mağdura doğru iki tabanca ile çok sayıda ateş ettiği, bu durumda hem maktul hem de mağdur için neticenin muhakkak olduğu, mağdurdaki yaraların yeri ve niteliği de nazara alındığında, aralarında husumet bulunmasa da sanığın mağdura yönelik eylemini zorunlu ve kaçınılmaz sonuçlarını bilerek gerçekleştirdiğinin ve olay sırasında mağdura yönelik olarak da öldürme kastıyla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir*"[4].

Bir kimsenin iyi niyetle veya mağdurun rızasıyla gerçekleştirdiği fiillerde de kastı söz konusu olabilir. Örneğin, kan kardeş olmak için bir kimsenin bileğinin kesilmesinde kast vardır. Burada yaralamanın amacı ne olursa olsun, yaralama kastı vardır. Bu nedenle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "kan kardeş olmak amacıyla, mağdurun isteği üzerine bıçakla kan çıkacak kadar çizik atmak isterken aldığı alkolün doğurduğu kontrolsüzlükle bileğini biraz derinden kesip beş gün iş ve gücüne engel biçimde yaralanmasına neden olan sanığın etkili eyleme ilişkin sorumluluğu özensiz davranış biçiminde beliren taksire dayalıdır" şeklindeki kararı[5] hatalıdır. Sanık başka saikle de olsa, mağduru yaralamak istemiştir ve bu nedenle eylemi kasten işlemiştir[6].

Silahın, çocukların eline geçmemesi için taşınması halinde de kast vardır: "*Sanık Abdullah'ın olay akşamı şehir dışında çalışmakta olan oğlunun telefon ederek "evde nişan var, tabancayı bulunduğu yerden al, çocukların eline geçmesin" demesi üzerine, oğluna ait bulundurma ruhsatlı tabancayı beline takarak çıktığı, Jandarmanın köy kahvesinde yaptığı aramada silahın bulunduğu,*

---

1 Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku, 36, 37.

2 "Hasım telâkki ettiği kişiden başka kimselerin de var olduğu lokantaya girerek önceden tartışmış olduğu Yüksel'e tevcihen tabancasını 4 el ateşleyen, Yüksel'in yanı ve arka bölümünde bulunan kişileri de görmesi nedeniyle onlardan bir veya birkaçının isabet alıp ölebileceğini öngörür durumda atışlarını tevaddi ettirerek maktul Fatih'in isabet almasına ve ölmesine neden olan sanık...".

3 Krş. TCK 21/2 –cezada indirim.

4 Aksi görüşte, Karakehya, 141.

5 CGK, 26.05.2015, 618/164.

6 CGK, 01.02.2005, 3.

7 Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, 632 vd.

kahvehane ile sanığın evi arasındaki mesafenin 500 m. civarında olduğu anlaşılmaktadır. Sanığın silahı üzerinde taşıdığı sabittir, sanık silah taşıma eylemine kolluk görevlileri tarafından yakalanıncaya kadar devam etmiştir... Olayın oluş şekli de göz önünde bulundurulduğunda, oğlu adına evde bulundurma ruhsatlı olan silahın, bulundurulmasına izin verilen yer dışında sanığın iradesi dâhilinde, 1 veya 1,5 saat süreyle, 500 metrelik mesafe boyunca ruhsatsız olarak taşınması nedeniyle... ruhsatsız silah taşıma unsurunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir"[1]. Karar, kast yönüyle isabetli olmakla beraber, bir tehlikenin önlenmesi açısından başka olanak yoksa kusurluluğu kaldıran sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışılması gerekirdi.

Bir kimsenin denemek amacıyla veya bir şeyi ispatlamak amacıyla bir suç işlemesi halinde de kast vardır. Aşağıda da inceleneceği üzere ceza hukukunda saik (kişinin hangi amaçla suçu işlediği) kural olarak önemsizdir. Örneğin, bir eve girip bir şeyi çalmanın kolay olduğunu ispatlamak için eve giren kimse, sonradan aldığı eşyayı sahibine iade etse bile fiili kasten işlemiştir. Aynı şekilde dünyada (belki de) ilk defa bilgisayar virüsü yayan kişi de deneme amacıyla bunu yapmıştır:

> *Robert T. Morris, 1988 yılında Cornell Üniversitesi Bilgisayar Bölümü'nde doktora öğrencisidir. Yaptığı bir çalışmada, internet üzerinden bir programın (virüsün) kendi kendine yayılabileceğini göstermek istemiştir. Bu amaçla hazırladığı programı 2 Kasım 1988'de Massachuesetts Institute of Technology'den yaymaya başlamıştır. Ancak beklediğinden daha hızlı bir şekilde yayılması üzerine, virüsün nasıl öldürüleceğine ilişkin bir mesaj yollamış, fakat bu arada üniversiteler, askeri siteler, tıbbi siteler de dâhil olmak üzere birçok bilgisayarın çökmesine neden olmuştur. Muhtemel zararın bilgisayar başına 200 ile 53000 dolar arasında olduğu tahmin edilmektedir. Morris, kendisinin denemek amacıyla hareket ettiği, kimseye zarar vermek kastının bulunmadığı yönünde savunma yapmışsa da mahkûm olmuştur (United States v. Morris)(Morris cezası bittikten sonra kendisine çok büyük meblağlar teklif eden bilgisayar şirketlerini reddederek, Massachusetts Institute of Technology'de çalışmaya başlamıştır. "Morris worm" şeklindeki bir ders, bilgisayar derslerinde okutulmaktadır).*

Dıştan bakıldığında suç işleme kastıyla söylenmiş gibi görünen ifadelerin, söylendiği ortama, söyleniş şekline de bakarak, suç kastının olup olmadığını belirlemek gerekebilir. Kişi neticeyi gerçekten istemediği halde bazı ifadeler kullanmış olabilir. Bu takdirde kastın olmadığı söylenebilir: "Sanığın sabah işten evine geldiğinde, reşit olmayan kızı mağdur Z...'nın erkek arkadaşından hamile kalarak bir kız çocuğu doğurduğunu öğrendiği, duyduğu derin üzüntü ve kapıldığı infial ile mağdurun da annesi olan eşi tanık N...'a *"Zeliha'ya söyle, kardeşlerini, annesini, babasını düşünüyorsa kıysın canına, intihar etsin"* diyerek mağdura mesaj gönderdiği anlaşılmış ise de; davaya konu sözlerin kızgınlıkla tepkisini göstermek için söylendiği, sözleri mağdura ileten annesi N...'nin kızına aynı zamanda "kafana takma" diyerek bu sözleri ciddeye almaması gerektiğini belirttiği, mağdurun da sanığın sözlerini önemsemediğinin anlaşıldığı olayda; sanığın suç işleme kastı bulunmadığından beraatine karar verilmesi gerekir"[2].

---

[1] CGK. 19.09.2006. 190

[2] 1.CD. 13/11/2013. 6272

ccc. Kastın Aranacağı Zaman

Kişide suç işleme kastı herhangi bir zaman aralığında bulunabilir. Ancak bu yeterli değildir. Faildeki suç işleme kastı, fiili gerçekleştirirken mevcut olmalıdır. Başka anlatımla, hareket ve kast birbiri yanında ve aynı zamanda bulunmalıdır[1]. Herhangi bir suç tipini ihlale yönelik failde kast bulunduğu halde bu suç tipini ihlale yönelik herhangi bir fiil gerçekleştirilmediği sürece failin kasten hareket etmiş olduğu söylenemez. Aynı şekilde hareket yapıldıktan sonra, failin geride kalan bu hareket bakımından ortaya çıkabilecek kastı ceza hukuku bakımından önemsizdir. Bu sebepledir ki, karısını kasten öldürmeyi düşünen koca, silahını temizlerken taksirli yaptığı bir hareket ile odaya giren karısını öldürürse kasten öldürme suçundan sorumlu tutulamayacağı gibi, yine karısını öldürmeyi düşünen koca bir av partisinde av zannı ile karısını öldürdüğü halde de kasten öldürme suçunu işlemiş olmaz"[2].

Kastın aranacağı zaman konusunda esas alınan, hareketin yapıldığı andır. Dolayısıyla kastın bulunması gereken zaman hareketin yapıldığı zamandır.

Fail hareketi taksirle gerçekleştirdikten sonra, hareketi veya hareketsizliği ile neticenin devamını isteyebilir ve/veya bu andan itibaren fiil suç teşkil edebilir. Örneğin dikkatsizlikle bir hastaya yanlış ilaç verip, böylece onu taksirle zehirleyen hemşire, yaptığı işin farkına vardığı halde, neticeye engel olucu bir tedbire başvurmazsa, hareket taksirli olarak başlamış, fakat netice gerçekleşmeden, kast eklenmiştir. Bu eklenen kast, o andan önceki taksirin kast halini almasını gerektirmez; ancak kastın eklenmesinden sonra yapılan hareketler başlı başına suç teşkil etmekteyse, fail bu hareketlerden dolayı ve kastı dolayısıyla cezalandırılır. Yerine göre ilk suç (taksirle yaralama) ile sonraki suç (kasten öldürme, garantör olduğundan) arasında içtima kurallarının uygulanması da mümkündür[3]. Yine aynı şekilde rıza ile girilen bir evden rızaya aykırı olarak çıkılmaması halinde de konut dokunulmazlığını ihlal kastı vardır (**TCK** 116).

Bir başka ihtimalde hareket belirli bir neticeye yönelmiş olarak başlar, sonradan ve henüz netice gerçekleşmeden, fail maksadını değiştirir ve başka bir neticeyi gerçekleştirmeye koyulur. Örneğin, hasmını sadece yaralamak maksadıyla hareket eden fail, kavga esnasında fikrini değiştirip, onu öldürebilir. Bu durumda sonuç aynıdır, "bu gibi hallerde suç daima kasten işlenmiş ve *daha ağır neticeye yönelen kast*, bu daha ağır neticenin faile yüklenmesi için yeterli sayılmış olur"[4]. Yargıtay da bir olayda aynı şekilde karar vermiştir: *"A, B ile nişanlı olan kızının C tarafından rahatsız edildiğini öğrenir. Yanına D isimli bir yakınını da alarak C yi gezinti maksadıyla minibüse davet eder. Kasaba dışına çıkıldığında A, B ve D gerçek amaçlarını C ye açıklayıp kızı rahatsız etmemesini söyleyerek dövmeye başlarlar. Hatta bu arada A, C'ye fiili livata yapmak isterse de bu hareketine D engel olur. Müessir fiil (yaralama) devam ederken A, B'ye C'nin cebindeki parasını da almasını söy-*

---

[1] Anglo Sakson Hukukunda da bu husus, hareket ve manevi unsurun çakışması gerektiği şeklinde ifade edilmektedir. Coincidence of actus reus and mens rea. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brown vd., 156 vd.

[2] Önder, II. 312, 313.

[3] Donmezer/Erman, II. 228.

[4] Donmezer/Erman, II. 228.

ler; bu istek yerine getirilerek B, C'nin cebindeki parayı alır". Görüldüğü gibi, olay baştan itibaren müessir fiil şeklinde geliştiği ve faillerin kastları müessir fiile yönelik olduğu halde, daha sonra mağdurun parasının alınması şeklini alır. *Yüksek Mahkeme* burada fiili yağma olarak nitelendirir ve gerekçe olarak şu hususu gösterir: *"Olayın akışı içinde A kastını yenilemiş, mağdurun parasını almaya karar vermiş, sanık B, A'nın bu kararına katılmış, cebir, şiddet ve tehditle maddi tazyik altında tutulan mağdurun cebinden parayı alarak A ya vermiş, böylece bu aşamada yenilenen kastla, icraya başlarken gerçekleşmesini öngörüp istedikleri neticeyi elde etmişlerdir. Sanıkların başlangıçtan beri süre gelen eylemlerini kül halinde ele alıp değerlendirmek gerekmektedir. Müessir fiil ve tehditle başlayan eylem bunlardan daha ağır ve fakat bu eylemleri de unsur olarak içine alan başka bir eyleme dönüşmüş ve bunun sonucu alınmıştır. Bu durumda, daha ağır neticeye yönelen kast, bu daha ağır neticenin sanıklara yüklenmesi için yeterlidir. Bu fiili hırsızlık olarak nitelendirmek mümkün değildir. Sanıkların oluşan eylemi, cebir, şiddet veya tehditle işlenen bir nev'i hırsızlık suçu olan gasptır"*[1].

Kasten gerçekleştirilmemiş bir eylemin sonradan kabullenilmesi halinde de kast kabul edilemez. Örneğin, arkadaşından ikinci el bir fotoğraf makinesi satın alan kişi, sonradan bunun hırsızlık konusu bir fotoğraf makinesi olduğunu öğrense ve hiçbir eylemde bulunmazsa, suç eşyasını satın alma suçundan dolayı cezalandırılamaz. Zira fail, satın alma anı itibarıyla malın hırsızlık ürünü olduğunu bilmemektedir. Sonradan bunun öğrenilmiş olması, fiilin gerçekleştirildiği anda olmayan kastın sonradan kabul edilmesi için yeterli değildir[2].

ddd. Kastın Çeşitleri

aaaa. Özel Kast – Genel kast

Yeni kanunumuzda yer almamakla beraber, eski kanun döneminde yapılan bir ayrım, failin belirli bir amaçla hareket etmesi gerektiğinin kanun tarafından arandığı hallerde, özel kastın söz konusu olacağı; buna karşılık, kanun koyucunun failin amacını veya saikini önemsemediği hallerde, suçun genel kastla işlenmesinden bahsedileceği esasına dayanmaktaydı.

Yargıtay da hala kimi kararlarında suçun özel kastla mı yoksa genel kastla mı işlenmiş olmasının aranacağına değinmektedir.

bbbb. Ani Kast-Tasarlama

Failin verdiği ani bir kararla bir suçu işlemiş olması halinde ani kasttan söz edilir. Buna karşılık, suç kararı alındıktan sonra bir plan yapılmış, vasıtalar hazırlanmış, etraflı düşünülmüş ve sonra harekete geçilmişse kastın en ağır şekli sayılan tasarlamadan bahsedilir. Kural olarak, ceza kanunumuz suçların ani bir kararla veya taammüden işlenmesi arasında bir fark gözetmezken, failin daha tehlikeli ruh halini ortaya koyan ve suçun başarılı bir sonuca varmasını mümkün kılan tasarlama, bu nitelikleri nedeniyle kasten öldürme (**TCK** 82/1-a) suçunda ağırlaştırıcı bir neden teşkil eder[3].

---

[1] CGK. 22.10.1984. 326.

[2] Heinrich (Ed. Ünver). 182.

[3] Artuk. 222. 223.

cccc. Doğrudan Kast-Olası Kast

(1) Tanım

"Kalabalığa silahla ateş eden kişi, öldürmeyi istemiş olduğuna göre, öldürülmek istenen kişinin belirsiz olması, adam öldürme kastının yokluğu anlamına gelmez ve fiil taksirle değil, kasten işlenmiştir"[1]. Bu karar, olası kastın da kast olduğuna işaret etmektedir. Böylece kastı, arzu edilen neticelerin niteliğine göre, doğrudan ve olası olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Doğrudan kastın da birinci dereceden doğrudan kast ve ikinci dereceden doğrudan kast olarak ikiye ayrıldığına Türk Öğretisi'nde ve karşılaştırmalı hukukta rastlanmaktadır. Birinci dereceden doğrudan kastta, failin belirli bir amaca yönelik hareketi ve bununla bağlantılı neticeleri doğrudan istemesi söz konusu iken; ikinci dereceden doğrudan kastta, yukarıda da ele aldığım gibi, failin belirli bir amaca yönelik hareketine bağlı olarak gerçekleşmesi zorunlu neticeler açısından söz konusu olan kasttır[2].

Belirli bir netice veya neticeler fail tarafından isteniyorsa doğrudan (direkt) kasttan söz edilir: "Sanığın, bayan arkadaşına yardım eden maktul Hasan'a hakaret edip tartışmayı başlatmasının ardından ısrarla takip ederek ve maktul ve arkadaşlarının bulunduğu araçları araştırarak, maktulü bulduğunda araçtan indirip yere yatmasını istediği, maktulün bacağına ateş ettiği, maktulün aracın arkasına geçmesi üzerine tekrar diğer bacağına ateş ettiği olayda, sanığın doğrudan kastla maktulü öldürmekten sorumlu tutulması yerine, vasıfta hata ile olası kastla hareket ettiğinin kabulü" yasaya aykırıdır[3].

Failin gerçekleştirmeyi istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeleri öngördüğü hallerde kastı bu neticeler bakımından da doğrudan kasttır. Örneğin bir uçağı düşürüp sigorta parası almak için havaya uçuran kimse, mürettebatın ölmesini arzu etmese dahi göze alır. Zorunlu bu yan neticeler bakımından da kastı doğrudan kasttır.

Oluşa ve dosya içeriğine göre, maktul Mustafa'nın, olay öncesinde şizofren akıl hastalığı bulunan ve kendisine yönelik eyleme mukavemet edemeyecek durumda olan Hatice'ye cinsel saldırıda bulunduğu, bu olayın ölüm nedeniyle takipsizlikle sonuçlandığı, Hatice'nin kardeşi olan sanığın, olay günü av tüfeğini alarak fındık bahçesine gitmek için evden ayrılıp kardeşinin işlettiği bakkala uğradığı, kardeşi Ayhan, tanıklar Sezai, Birol ve Sinan'la konuştukları sırada maktul Mustafa'yı kucağında omzunun üstünden baş kısmı görünecek şekilde tuttuğu torunu maktul Emirhan olduğu halde yolda giderken arkasından gördüğü, duvarın kenarına dayadığı tüfeği alarak peşinden koşmaya başladığı, tanıkların "Aydın sakın yapma çocuk var" diye bağırmalarına rağmen, "Mustafa" diye bağırıp, kendisine tam olarak dönmesini beklemeden av tüfeği ile iki kez ateş ederek Mustafa'yı ve kucağındaki Emirhan'ı vurarak öldürdüğü, her iki maktulde de iki atışla mümkün av tüfeği saçma taneleri giriş yaralarının mevcut olduğu anlaşılmakla;

a) Sanığın, maktul Emirhan'ın hayati bölgesinden isabet almasının muhakkak olduğunu öngördüğü halde ateş etmesi, küçük maktul Emirhan'dan kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan söz ve davranış bulunmaması da dikkate alınarak, 5237 sayılı TCK'nın 82/1-e, 62 ve 53. maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerekirken, suçun niteliğinde hataya düşülerek, aynı Yasa'nın 30/2, 81, 29, 62 ve 53. maddeleri uyarınca ceza tayin edilmesi, 1. CD, 23.03.2011, 1798

---

1 CGK. 19.04.1982, 147.
2 Karakehya, 43 vd.; Ozansü, 141 vd.
3 1. CD. 18.12.2007, 9582.

Buna karşılık failin hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngördüğü halde, bu hareketi yapmaktan kaçınmaması, olursa olsun demesi halinde artık direkt kastı değil, muhtemel kastı (gayri muayyen kast – olası kast) söz konusu olur. Esasen burada açık ve seçik bir isteme yoksa da sonuçta aynı şey olan "istememiş olmama" söz konusudur[1]. Örneğin, evde çocuğa bakan bakıcının çocuğuna nasıl davrandığını izlemek için evine gizli kamera yerleştiren kişi, doğrudan onu istememiş olsa bile, kameranın bakıcının özel hayatına ilişkin bir görüntüyü kaydetmesi durumunda olası kastla özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu (**TCK** 134/1, 2. cümle) işlemiş olacaktır[2] (bakıcı aynı evde özel yaşamını da sürdürüyorsa, o zaman doğrudan kast söz konusu olacaktır). Yine, öldürmek istediği kişiye ateş eden kimse, kurşunun söz konusu kişinin yanındaki kimseye isabet edebileceğini öngörmesine rağmen, isabet ederse etsin diyerek ateş etmeye devamederse, olası kastı (olursa-olsun kastı) vardır.

Amerikan Model Ceza Kanunu'nun 2.02.(2)(c) maddesinde "olası kast" tanımlanmıştır. Buna göre, bir kimsenin önemli ve haksız bir risk karşısında bilinçli olarak aldırmaz tutum takınması olası kasttır.

Olası kasta ilişkin bir kaç Yargıtay kararı ile konu daha da açıklığa kavuşacaktır:

" *"Maktul P ile sevişme ve cinsel ilişki pozisyonunda gördüğü gelini S'yi de yaralayıp öldürebileceğinin bilinci ile yaptığı çok sayıda atış sonucu maktul P'yi 10 mermi isabetiyle, maktule S'yi ise başına isabet eden bir mermi isabetiyle öldüren sanığın kastını sınırlamak mümkün olamayacağından ve sadece P'yi öldürmeyi amaçladığına yönelik savunmaya, bu oluşum tablosu karşısında itibar edebilmek mümkün görülmediğinden, aynı kasıt altında ve aynı saikin sevki ile her ikisini öldürdüğünün kabulü gerekir"*[3].

" *Babasına ait binayı yakan sanık, yangının müşteki Mehmet'in evine sirayet etmesi nedeniyle, olası kastla yangın çıkarma suretiyle mala zarar verme suçundan dolayı sorumlu olur*[4].

" *"Sanığın öldürmeye elverişli tüfeğiyle yakın mesafeden maktul İsmail'in kullandığı, maktul Kemal ile mağdur Celal'in de üzerinde olduğu motosiklete öldürmek kastıyla bir el ateş ettiği, ona ateş ederken maktullerin de orada olduğunu gördüğü ve onların da vurulabileceğini öngörebilecek durumda bulunduğu dosya kapsamından anlaşıldığına göre, maktullerden her birine karşı eyleminden ayrı ayrı kasten öldürme dolayısıyla cezalandırılması gerekir"*[5].

" *"Kalabalık şahısların bulunduğu kahvehanelerin önünde hedef aldığı kişilere ateş ederken başkalarının da yaralanabileceğinin öngörülebildiği ortamda başkalarını sakınmadan ateş eden sanığın iradi hare-*

---

[1] Donmezer/Erman II. 223.
[2] Keklik. 191.
[3] 1. CD. 12.02.1996. 345.
[4] 8. CD. 27.02.2007. 1586.
[5] 1. CD. 18.04.2002. 1460.

ketinin sonucundan sorumlu tutularak olası kastla mağdurları yaralamasından da mahkûmiyeti gerekirken, onlara özel kastı bulunmadığından bahisle beraatine hükmolunması kanuna aykırıdır"[1].

" *"Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktulün gayrı resmi eşi olan katılan D...'in, babasından kalan emekli maaşını almak istemesine kardeşi sanık Ş... ve onun oğulları olan sanıklar Ö... ve C.'un karşı çıktıkları, olaydan bir gün önce, akşam saat 21.00 sıralarında, Gaziantep ili Şahinbey ilçesinde oturan ve kardeşi olan sanıklar Ö... ve C.'un, maaşını aldırmakta ısrarcı olan katılan D...'in gayrı resmi eşi maktulü öldürmek için, Kilis ili Musabeyli ilçesi Ç... köyünde, maktulle aynı köyde oturan, halaları S...'in eşi olan sanık A...'in evine geldikleri, sanıklar Ö... ve C.'un, sanık A... ve eşi S...'e yakın köyde bulunan arazilerinde çalışmak için geldiklerini söyledikleri, sabah saat 08.00 sıralarında sanık A...'in bir gün önce arıza yapması nedeniyle tarlasında bıraktığı traktörünün yanına gittiği, bir müddet sonra da, öğrenci servisi taşımacılığı yapan maktulün kullandığı minibüste katılan D... ve oğlu olan katılan O... da olduğu halde, mutad olduğu üzere, sanık A...'in evinin önündeki köy yolundan arazinin eğimli olması nedeniyle yavaş şekilde ilerlediği sırada, pusu kuran sanıklardan CL.'in av tüfeğiyle aracın önüne geçerek maktule doğru birkaç kez ateş ettiği ve bu atışlar sırasında araçta bulunan mağdur D...'in yaralandığı, maktul ve katılan O...'in araçtan inerek kaçtıkları, sanık Ö...'in av tüfeğiyle sanık C.'un ise tabancayla arkasından ateş ederek maktulü vurarak öldürdükleri, bu esnada aracın içinde oturan katılan D...'i gören sanıklar Ö... ve C.'un, mağdur D...'e hitaben "sıra sana geldi, lanet olsun senin gibi kadına" diyerek olay yerinden ayrılıp sanık A...'in evine doğru yürüdükleri, tarlada silah seslerini duyan sanık A...'in olay yerine gelip sanık Ö...1 kovması üzerine sanıklar Ö... ve C.'un kaçarak uzaklaştıkları olayda; Maktulün kullandığı minibüsün önüne geçen, hayati bölgeleri hedef alarak, maktule av tüfeğiyle birden fazla ateş eden sanığın, araç içerisinde bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen, atışlarına devam ederek katılan D...'i yaraladığı olayda, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir*[2].

Kanunumuz 21/2. maddede olası kastın tanımını yapmaktadır: *"Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, olası kast vardır"*. Kanımca, bu tanım eksiktir ve bilinçli taksir ile olası kast farkını iyi bir şekilde ortaya koyamamaktadır. Gerçekten, olası kastta unsurların gerçekleşebileceğini öngörmek yeterli olmayıp, bilinçli taksirden farklı olarak, bu neticelerin gerçekleşmesini de kabullenmek söz konusudur. Hâlbuki tanımda, kastın isteme unsuru vurgulanmamıştır.

---

[1] 1. CD. 05.12.2006, 5453. Olayla ilgisi bulunmayan mağdur A. G.'ün iftar hazırlığı yapmak için mangal kömürü almaya gittiği sırada, sanıklar ile diğer şikayetçiler arasında geçen olayı gördüğü, olay yerine yaklaşık 10-15 metre mesafede bulunduğu esnada sanığın ateşlediği mermilerden birinin mağdur A.'e isabet ettiğinin anlaşılması karşısında sanığın eyleminin TCK'nin 21/2. maddesi olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu...". 3. CD. 21.01.2014, 1666.

[2] 1. CD. 09.12.2010, 7890.

Karşılaştırmalı hukukta, olası kastın tanımına yer veren kanunlar irade (isteme) unsuruna da yer vermektedir:

Örneğin, Avusturya Ceza Kanunu "*öngörülen unsurların kabullenilmesi*" (md.5/1); Polonya Ceza Kanunu "*gerçekleşmesi imkânının öngörülmesi ve kabullenilmesi*" (md. 9/1); Rus Ceza Kanunu da "*öngörülen sonuçların bilinçli bir şekilde kabul edilmesi veya onlara kayıtsız kalınması*" (md. 25/3) gibi ifadelerle kastın bu şeklinde kabullenme unsuruna yer vermiştir[1].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin olası kast ile ilgili olarak istikrarlı kararlarında benimsediği tanım şudur: Fail, öngördüğü neticeyi onaylar veya kabullenirse, o neticeyi istememiş olsa bile olası kast (dolus eventualis) vardır[2].

(2) Bilme Unsuru Bakımından Olası Kast

Şu ana kadar olası kastı hep "istemek" unsuru bakımından ele aldık ve geleneksel olarak öğreti ve uygulamamızda olası kast kurumu devamlı bu şekilde incelenmiştir. Ancak yukarıda kastın "bilmek" unsurunda tartıştığımız gibi, kişinin suçun objektif nitelikli unsurlarını doğrudan bilmese bile bunları öngörmesi ve buna rağmen fiili işlemesi söz konusu olabilmektedir. Bu tip hallerde de kastın varlığından söz etmek mümkün olacak mıdır?

Öğretide, bir kimse suçun objektif unsurlarına dâhil olan bir hususu bilmek konusunda "iradi, bilinçli körlük" yapıyorsa, bu takdirde o unsuru bildiğinin kabul edileceği savunulmaktadır. Bu durum "*devekuşu tutumu*" olarak adlandırılabilir[3]. Aynı sonuç, Avustralya Hukukunda da kabul edilmektedir. Sanığa Türkiye'de havaalanında verilen ve Avustralya'ya vardığında havaalanında kendisinden alınacağı söylenen bir semaverde 200 gr eroin yakalanmıştır. Sanık Bahri Kural, semaverin içinde ne olduğunu bilmediğini söylemişse de, mahkeme, sanığın doğrudan semaverin içinde ne olduğunu bilmese bile, içinde muhtemelen narkotik madde olduğunu tahmin etmesinin yeterli olduğuna karar vererek, sanığı mahkum etmiştir. Mahkemeye göre, sanık ya semaverin içinde bir şey olduğunu ve bunun da eroin olduğunu biliyordu ya da ne olduğunu bilmiyordu, ama bilmeyi de istememişti[4].



Kanaatimce deve kuşu tutumu örneğinde de "olası kast"tan bahsetmek olanaklıdır. Failin suçun objektif unsurlarına dâhil bir hususu doğrudan bilmemesi, ancak "olasılık dâhilinde olduğunu görmesi" ve buna rağmen "esaslı ve haksız bir riski üstlenerek" fiili gerçekleştirmesi hallerinde de [5] kastı ğunu kabul etmek gerekecektir.

---

1 Bkz. Artuk/Gokcen/Yenidünya⁴, 328.
2 BGH NJW 2002, 1058; BGH NStZ 2002, 315, 316; BGH NStZ-RR 2000, 327; BGH 36, 1.2.10.
3 Bkz. Dressler, 165; Aynı sonuç Avustralya Hukukunda da kabul edilmektedir (wilful blindness), Brown vd., 183.
4 Bahri Kural v The Queen (1987) 162 CLR 502.
5 Bkz. State v. Nations.

Örnek[1]: Bar sahibi, striptizci kız aramaktadır. Dört kişi müracaat eder ve biri işe alınır. Bar sahibi yaşı küçük kızların çalıştırılmasının suç olduğunu bilmekte, ama bunu araştırmamaktadır, önemli olan kazandığı paradır. Bu durumda da yine doğrudan bir bilme yoktur. Bunun için kızın kimlik belgesinden yaşının küçük olduğunu görmesi ve buna rağmen çalıştırması gerekir. Buna karşılık, kızın yaşının küçük olabileceğini düşünmesine rağmen, riski üstlenerek çalıştırması halinde olası kastı vardır.

Striptizci örneğinde; bar sahibi, kızın yaşının küçük olabileceğini düşünmekte, öngörmekte, ancak hiçbir araştırmaya girmeksizin, kızı yine de çalıştırmaktadır. Kızın yaşını doğrudan bilmemekte, ancak tahmin etmektedir. Hemen belirteyim ki, somut olayda kızın yaşça çok büyük göstermesi nedeniyle, sorma gereği hissedilmemişse, o takdirde yanılgı kuralları uygulanacaktır. Ayrıca önemle vurgulamak isterim ki, burada da "istemek" unsurunda olduğu gibi sadece öngörmeyi yeterli görmemekte ve ayrıca risk üstlenilmesinin söz konusu olmasını aramaktayım. Dolayısıyla yukarıda verdiğim 16 yaşındaki kızın striptizci olarak çalıştırılması örneğinde sorumluluk için, kızın 17 yaşından küçük olduğunu öngörmek yeterli olmayıp, gerekli araştırma içine girmeksizin, bu riski üstlenerek kızı yine de çalıştırmak gerekir.

Bu noktada şu sorunun çözülmesi gerekir. Kanunumuzun olası kast tanımı, yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, kastın "bilmek" unsuru bakımından da uygulanabilir mi? Tanıma tekrar bakacak olursak: "Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, olası kast vardır". Bu tanım kanımca, bilmek unsuru bakımından da olası kastın kabulüne engel değildir. Yine striptizci kız örneği üzerinden gidecek olursak, burada suçun kanuni tanımındaki unsurlardan birisi "kızın 17 yaşından küçük olması"dır. Kızın 17 yaşından küçük olabileceğini öngörmesine rağmen (ve ayrıca bu riski üstlenerek) kızı çalıştıran kimsenin, kastın "bilmek" unsurunu doğrudan olmasa bile gerçekleştireceğini söyleyebiliriz.

Bu bakımdan başka bir sorunla da karşılaşmaktayız: Nitelikli haller bakımından da olası kasta hareket edilmesi mümkündür. Bu durumda örneğin fail, bir nitelikli halin var olduğunu bilebilecek durumdayken, sırf bilmemek için gerekli araştırmayı yapmıyorsa, o nitelikli halin faile tatbik edileceği, yani failin o nitelikli hal bakımından olası kastla hareket ettiği sonucuna ulaşmaktayım. Ancak buradaki problem, olası kast halinde kanunun öngördüğü ceza indiriminin uygulanmasında ortaya çıkmaktadır. Örneğin: fail yaralama fiili bakımından doğrudan kastla hareket etsin (Fail, mağdura yumruk atar). Bu fiile ilişkin nitelikli hal bakımından ise olası kastla hareket etsin (mağdurun beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak biri olduğunu bilebilecek durumdadır ancak bunu bilmek istemediği için gerekli araştırmayı yapmaz). Bu takdirde TCK 61 ve TCK 22/2 son cümlede yer alan düzenlemeler dikkate alındığında; temel ceza doğrudan kastla hareket ettiği için verilecek ve bu cezada indirim yapılmayacaktır. Bilahare nitelikli hal uygulanarak cezadan artırım yapılacak, ancak bu cezada olası kast indirimi yapılamayacaktır. Zira hem TCK 22/2, son cümle hem de TCK 61'deki düzenleme, olası kast indiri-

[1] Bkz. Dressler, 164.

minin "temel ceza" üzerinden yapılmasına imkan vermekte olup, verilen örnekte fail doğrudan kastla hareket ettiği için indirim yapılamamaktadır. Dolayısıyla fail hakkında olası kast indirimi, suçun kanuni tanımındaki unsurlardan sadece "netice" bakımından olası kastla hareket etmesi halinde mümkündür. Diğer unsurlar bakımından olası kastla hareket etmesi halinde, 22/2 uyarınca indirim mümkün olmamaktadır.

(3) Olası Kastla İşlenemeyen Suçlar

Bazı suçlar olası kast ile işlenemez. Örneğin, iftira suçu (**TCK** 267) ancak doğrudan kastla işlenebilir, zira iftira suçunun gerçekleşebilmesi için, kendisine hukuka aykırı bir fiil yüklenen kimsenin, bu fiili işlemediğinin bilinmesi gerekir (aynı şekilde, bkz. **TCK** 154/2, 197/2, 207/2, 315).

Hakaret suçunun, neticesi harekete bitişik şekli suçlardan olması, suç kastının varlığı için eylemin iradi olarak gerçekleştirilmesinin yeterli olması ve kanunda öngörülen neticenin hareketin gerçekleşmesi ile zorunlu olarak doğması nedeniyle, olası kast ile işlenemeyecek suçlardan olduğu gözetilmeden, TCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezada indirim yapılması kanuna aykırıdır (2. CD, 08.02.2012, 2455).

(4) Olası Kast ve Teşebbüs

Olası kastta failin sorumluluğu, meydana gelen neticelerden olacaktır. Buna karşılık failin gerçekleşmesini göze aldığı, ancak gerçekleşmeyen neticelerden ötürü sorumlu tutulması söz konusu olamaz. *Yargıtay* da istikrarlı kararlarında aynı görüşü savunmaktadır[1]. Hemen belirtmeliyim ki, *Yargıtay* bir kararında en azından isabet alan kişiler bakımından faili olası kastla işlenen suça teşebbüsten sorumlu tutmuştur: Sanıkların silahlı geldiklerini gören ev sakinlerinin demir kapıyı kapatmaları üzerine sanığın kapıya doğru birkaç el ateş etmesi sonucunda, kapının arkasında bulunan bir kimsenin yaralanması halinde olası kastla öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olur: "*..Kapı arkasında ve avlu içinde gerek ev sakinleri gerekse trafik kazası sebebiyle geçmiş olsun dileği ile gelenlerin bulunmasına, avluda bulunan mağdurenin de bu amaçla eve gelen misafir konumundaki şahıs olup kurşun isabetiyle başından ağır şekilde yaralanmasına, müteaddit el kapıya doğru ateş sırasında kapı arkasındakilerin veya avluda bulunan şahısların isabet alabileceklerinin öngörülebilmesine göre sanığın olası kastla öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı cezalandırılması gerekir*"[2].

---

[1] *Rastgele yapılan bir ateş sonucu mermilerin araçtakilere isabeti sonucunda, araçtakilerin ölmesi halinde, gayri muayyen (belirsiz) kast kuralları uyarınca sanık meydana gelen sonuçtan yani öldürmeden sorumlu ise de, ölümün meydana gelmemesi halinde, öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamaz, aksi kabul* ***belirsiz kast (gayri muayyen kast) durumunda kastın sınırlarını öngörülemeyecek derecede genişletme sonucunu doğurur***. CGK. 27.12.2005, 167; 1. CD. 16.10.2012, 7613.

[2] 1. CD. 19.12.2006, 5813.

Bu noktada şu soru üzerinde durmak istiyorum: HIV virüsü taşıyor olduğunu bildiği halde bir kadınla zorla cinsel ilişkiye giren kimsenin sorumluluğu nasıl belirlenecektir? Burada, AIDS hastası olan bir kimsenin cinsel ilişkiye girmesi halinde, diğer tarafın bu hastalığı kapması olasılığı üzerinde durmak gerekir. Korunmasız cinsel ilişkilerin hepsinde bu hastalık bulaşacaksa, o takdirde, mağdura bu virüsün bulaşması "zorunlu" bir neticedir ve doğrudan kast vardır. Buna karşılık, bulaşma, zorunlu değil de ihtimal dâhilinde ise o takdirde bu ihtimali göze aldığı için fail, olası kast nedeniyle sorumlu olur. Ancak burada şu noktaya dikkat etmek gerekir: Bulaşma ihtimal dâhilinde olmasına rağmen, mağdura herhangi bir hastalık bulaşmamışsa, o takdirde "kasten öldürmeye teşebbüs" söz konusu olmayacaktır. Zira olası kastta, sadece meydana gelen neticelerden dolayı sorumluluğun benimsendiğini yukarıda belirtmiştim. Mağdura hastalık bulaştığı takdirde ise kasten öldürmeye teşebbüs kabul edilebilir[1]; mağdur öldüğü takdirde de kasten öldürme suçunun oluşacağında tereddüt yoktur[2].

(5) Olası Kastın İspatı

Alman Ceza Hukuku'nda savunulan bir görüş, olası kastın ispatı noktasında şöyle bir araştırma yapılmasını önermektedir: Kast, kişinin iç dünyasına ilişkin olduğuna göre, tecrübe kurallarından, eylemin manevi unsuruna yönelik çıkarımlar yapılmalıdır. Bu bakımdan da fail esaslı bir yaklaşım daha isabetli görünmektedir. Bunun anlamı şudur: Böyle bir failden (yani önceki yaşantısı, soruşturma aşamasındaki tutumu vs. itibarıyla) kasten hareket etmiş olması beklenebilir mi?[3].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin olası kastın tespiti bakımından "kabullenme"nin olup olmadığına ilişkin olarak geliştirdiği ölçütler ise şunlardır:

Fail, eyleminin iyi şekilde sonuçlanacağına ilişkin hiçbir veri olmamasına rağmen, tehlikeliliğine rağmen eylemi gerçekleştiriyorsa veya öngördüğü tehlikenin gerçekleşmesini veya gerçekleşmemesini tesadüfe bırakıyorsa, kabullenme vardır[4]. Başka ifadeyle, fail, planını, fevkalade tehlikeye rağmen uyguluyor ve sonucun iyi olacağına güveni gerektiren bir husus yoksa ve tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmemesini tesadüfe bırakmışsa, olası kast vardır. Ancak Alman Hukuku'nda öldürme suçunda olası kastın kabulü daha sıkı şartlara tabi kılınmaktadır. Fail, ölüm neticesini öngörmüş olmakla beraber, ciddi olarak, neticenin meydana gelmeyeceğine güvenmişse, olası kast değil, bilinçli taksir vardır. Buna karşılık şiddet içeren oldukça tehlikeli hareketlerde, ölüm neticesi çok yakın bir ihtimal ise ve ancak şans eseri gerçekleşecek bir tesadüfle söz konusu olmayacaksa, ölümün gerçekleşmeyeceğine

---

1 Aksi yönde. krş. Smallwood v. State, 1995, mahkeme öldürme kastı net olarak ortaya konmadıkça, öldürmeye teşebbüsün kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.

2 Alman Yüksek Mahkemesi benzer bir olayda, fail bakımından yaralamaya yönelik olası kastı kabul etmiş, ancak öldürmeye yönelik olası kastı reddetmiştir. Mahkemeye göre, failin hastalığı uzun süreli kuluçka süresine sahip olup, bu hastalığa karşı bir tedavi edici ilacın geliştirileceğine güvendiğinden, öldürme kastı kabul edilemez. BGH 36, 1. Heinrich (Ed. Ünver), 174'ten.

3 Stratenwerth[4], 149.

4 BGH NStZ 2002, 541; BGH 19.07.2001, 4 StR 144/01.

ilişkin bir güvenin bulunmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, kalbe bıçak saplamada olduğu gibi[1].

"Ölümcül bir neticenin ortaya çıkmayacağına yönelik güvenme hali, hareket sonucu öngörülen süreçte, ölüm neticesinin ortaya çıkmasının akla yatkın olması ve bunun gerçekleşmemesinin ancak mucizelere kalması halinde ilke olarak reddedilmelidir. Özetle denilebilir ki, ölüm neticesine yönelik ihtimalin olasılık derecesi arttıkça, suç failinin ortaya çıkan ölümü istemediğine dair iddiası zayıflayacaktır"[2].

Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre, insan öldürme suçlarında olası kast, faliin ölüm neticesinin gerçekleşmesini, kendi hareketinin olası, uzak olmayan bir sonucu olduğunu görmesi (bilme unsuru) ve bunu onaylaması veya en azından bunun karşısında olmamasını (isteme unsuru) gerektirmektedir. Neticenin meydana gelmesinin fail açısından önemsiz olması veya fail tarafından istenmemiş olmasının önemi yoktur. Failin bu hukuki ölçütlere göre olası kastının olup olmadığı kapsamlı olarak değerlendirilmeli ve fiili vakalarla ispatlanmalıdır. Kastın mı yoksa (bilinçli) taksirin mi var olduğu, özellikle yaralama ve öldürme suçlarında hakimin dış dünyadaki olgulardan, failin iç dünyasına ilişkin sonuçlar çıkarmasını gerektirdiğinden, objektif ve sübjektif bütün unsurların bütüncül bir değerlendirmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda, hedeflenmemiş olsa da, mağdurun ölümüne yönelik kayıtsızlık veya kabullenme olgusu, olası kastın kabulünü haklı kılar. Bu bütüncül değerlendirmede özellikle hareketin objektif tehlikeliliği, failin somut saldırı şekli, psikolojik durumu ve amacı da dikkate alınmalıdır. Yerleşik içtihatlarda, failin aşırı tehlikeli şiddet hareketlerinde, mağdurun ölümünü hesaba kattığı ve buna rağmen devam etmesi nedeniyle, sonucu kabullendiği kabul edilmektedir. Ancak hareketin tehlikeliliği ve sonucun meydana gelme olasılığının derecesi failin olası kast ile hareket edip etmediğini belirlemek bakımından tek başına yeterli ölçütler olmayıp, çok tehlikeli hareketlerde de somut durumu değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla olası kastın ispatı açısından, tüm objektif ve sübjektif olgular ile failin lehine ve aleyhine durumlar değerlendirilerek, bireysel ve bütüncül bir değerlendirmeyle karar verilmelidir[3].

Bugün için kamuoyunda büyük tepki gören, düğünlerde, maç sonrasında havaya ateş etme sonucu bazı kimselerin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet verilmesi olaylarına ilişkin kararlarda, son dönem tepkilerin etkisiyle olası kast yönünde bir eğilimin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1985 yılında verilen bir Ceza Genel Kurulu kararında "husumet olmaksızın düğünde sarhoş olarak rastgele ateş edilmesi sonucu adam öldürmeler, olayın cereyan tarzına göre neticenin istenmemesi ve "muayyen" yahut "gayri muayyen" kasıtla hareket etmek de söz konusu olmadığından" eylem isabetli bir şekilde taksirle öldürme olarak kabul edilmiştir[4].

Buna karşılık nispeten daha yeni bir olayda olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ince sınırın iyi ayırt edilemediğini gösteren bir karar verilmiştir:

---

[1] Wessels/Beulke, kn. 223, 224.
[2] Heinrich (Ed. Ünver), 193.
[3] BGH 2 StR 377/18 - Urteil vom 24. April 2019 (LG Marburg)
[4] CGK. 28.01.1985. 45 aynı yönde. 12 CD. 23.2.2012. 5120.

"Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, olayın geçtiği düğün evindeki oda fazla geniş olmadığı halde, içerde 15–16 kişilik bir topluluk vardır. Maktul ile beraber 5–6 kişi de odanın içinde ve pencerenin önünde yerden 40 cm. kadar yüksekteki seki üzerinde oturmaktadır. Tanık beyanlarına göre çizilen kroki ve çekilen temsili resimlerden sanığın oturduğu yerden pencere istikametine doğru ateş ederken silahını yere paralel denebilecek bir açıyla tuttuğu ve sanıkla seki üzerinde oturanlar arasında takribi 3 metre mesafe olduğu anlaşılmaktadır. Belirtilen şekilde yapılan atış sonucu objektif olarak ölüm neticesinin meydana gelebileceği doğal görüldüğünden sanığın sorumluluğu "gayrimuayyen kast"a dayanan bir sorumluluktur"[1].

Bu kararın hatalı olduğunu düşünüyorum. Kastın belirlenmesinde "*objektif olarak ölüm neticesinin meydana gelmesinin doğal görülmesi*" gibi bir kıstas benimsenirse, kaza ve tesadüf dışındaki bütün olaylarda kastın var olduğunu kabul etmek gerekir ve bu durumda taksir müessesesinin içi boşaltılmış olur. Olası kastın varlığı için neticenin öngörülmüş olması veya bu tür olaylara ülkemizde sıkça rastlanması yeterli değildir. Somut olayda failin gerçekten de neticeyi kabullenmiş olduğunun, "*ne olursa olsun*" düşüncesiyle hareket ettiğinin, başka ifadeyle neticeyi göze aldığının ispatlanması gerekir. Aksi takdirde neticenin öngörülmüş olması olayda bilinçli taksire işaret eder. Bu takdirde de örneğin taksirle öldürme halinde temel ceza 6 yıl olarak belirlenip, bilinçli taksir dolayısıyla bu ceza **TCK** 22/3 hükmü gereğince yarısına kadar artırılarak failin 9 yıl hapis cezasına mahkûm edilmesi mümkün olabilir. Bu suretle hem adil bir cezalandırma sağlanmış hem de ceza hukukunun temel kavramları yanlış yorumlanmamış veya ispat kuralları, özellikle şüpheden sanık yararlanır kuralı ihlal edilmemiş olur.

Şu kararda da *Yargıtay* sadece öngörmeyi esas alarak "olası kast"ın varlığını kabul etmiştir. Hâlbuki olası kast için sadece öngörme yeterli değildir, ayrıca neticenin kabullenildiğinin de ortaya konulması gerekir: "*Sanığın, gasp amacıyla uyutucu-uyuşturucu madde yedirdikleri maktulün üzerinden kredi kartı, seyahat çeki ve parasını alıp, maktulü göl kıyısında bırakıp ayrıldıkları yolundaki savunmaları karşısında Adli Tıp Uzmanının raporu da gözetilerek, maktulün zorla veya batırılarak öldürüldüğüne dair tıbbi ve adli kesin delillerin bulunmadığı, fakat uyuşmuş durumdaki maktulün bir şekilde göle düşüp boğularak olebileceğinin öngörüldüğü ortamda onu göl kıyısında bırakıp ayrılmaları sonucu maktulün boğularak ölmesinde olası kastla adam öldürme suçu oluşmuştur*"[2].

Buna karşılık aşağıdaki kararında *Yüksek Mahkeme* sadece öngörmeden bahsetmekle beraber, atış sayısının çokluğu karşısında, sanığın meydana gelen neticeleri kabullendiğinin de söylenebileceği kanaatindeyim: "*Alkollü olan sanığın, düğün yerinde, kalabalık insan topluluğu olmasına rağmen, tabancasını çekerek ateş etmeye başladığı, bu atışları sırasında düğün yerinde bulunan insanların isabet alarak yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen ateş etmeye devam ettiği, sanığın toplam 54 el ateş ettiği, bu atışları sonucu olay yerinde bulunan maktulün öldüğü olayda, sanığın olası kastla insan öldürme suçunu işlediğinin kabulü...*"[3].

---

1 CGK. 06.02.1996, 1-339/10.
2 1. CD. 24.11.2006, 5159.
3 1. CD. 25.12.2007, 9718.

İşaret etmek isterim ki, uygulamada *Yargıtay*'ın TCK 21. madde gerekçesinde verilen kırmızı ışıkta geçme örneğinin aksine, bilinçli taksiri kabul ettiği de görülmektedir. Kararda açık olmamakla beraber, *Yüksek Mahkeme*'nin, gerekçenin mutlak ifadesine katılmayarak, "kabullenme" olgusunu ayrıca aradığı söylenebilir. Karar şöyledir: *"Sanığın, ışıklı kavşakta kendisine kırmızı ışık yanarken geçip, katılan yayaya çarpması şeklinde gelişen olayda, bilinçli taksir koşullarının oluştuğu... gözetilmeden karar verilmesi..."*[1]; Yüksek Mahkeme'nin kırmızı ışıkta geçme noktasında verdiği kararların artık bir istikrara kavuştuğu görülmektedir. *Yargıtay*, kırmızı ışıkta geçme olaylarında bilinçli taksirin bulunduğunu son kararlarında kabul etmektedir[2]. Buna karşılık daha yeni tarihli yandaki kutuda aktardığım kararda, olası kast kabul edilmiştir. Ancak burada hem sanığın alkollü oluşu, hem de çarpmadan sonra kaçması yüksek mahkemenin kararında etkili olmuş olabilir. Bununla beraber, bu kararda dahi, kabullenme olgusunun ispatlanması gerekir.

Alkollü olan sanığın, yaralanmayla ya da ölümle sonuçlanabileceğini öngörmesine karşın aracın hızını kesmeyerek kırmızı ışıkta geçerek kavşağa girdiği, yaya geçidinden geçmekte olan maktule çarpıp kaçtığı ve maktulün çarpmanın etkisi ile öldüğü anlaşıldığına göre, eylemin olası kastla insan öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü gerekir (1. CD, 31.12.2007, 9996).

Aşağıdaki olayda ise *Yargıtay* bilinçli taksirin bulunduğuna karar vermiş olmakla beraber, kanaatimce, olayda failin olası kast ile hareket ettiğinin düşünülmesi gerekirdi. Olay ve karar şöyledir: *"Sanığın silah tehdidiyle ve cebir ve şiddetle ellerini bağlayıp maktulü arabanın bagajına kapattıktan sonra polislerin takibinden kurtulmak için hızla kullandığı aracın hâkimiyetini kaybederek trafik kazası sonucunda maktulün ölümüne sebebiyet verdiğinin oluş ve delillerden anlaşılmasına göre suçun bilinçli taksirle ölüme sebebiyet olarak kabulü suretiyle hüküm tesisi gerekir"*[3]. Failin, polisten kaçabilmek için, kendisi de içinde olsa bile, neticesi ne olursa olsun düşüncesiyle aracı hızlı kullandığı, bu arada mağdurun bagajda zarar görebileceği ve kendisinin de kaza yapabileceği ve dolayısıyla ölüm neticesinin gerçekleşmesini kabullendiği hususu özellikle araştırılmalıydı[4].

---

[1] 9. CD. 27.06.2006. 3686.

[2] 9. CD. 15.02.2007. 1080. 9. CD. 31.10.2007. 7650. 9. CD. 05.11.2007. 7881.

[3] 9. CD. 27.06.2006. 3686.

[4] Krş. "sanığın, üzerinde taşıdığı tabancayı mağdura şaka amaçlı doğrulttuğu sırada bir kez ateş almasıyla mağdurun batın bölgesinden hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanması ve sanık ile tanığın mağduru hemen hastaneye götürerek tedavisini yaptırması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık ile mağdurun 20 yıllık arkadaş olup aralarında herhangi bir husumetin bulunmadığı, olay esnasında da herhangi bir olumsuzluğun yaşanmadığı, sanığın, şaka amaçlı tabancayı doğrulttuğu sırada birden patladığı yönündeki savunmasının aksine, kasten ateş ettiğini ispatlar nitelikte bir delilin de bulunmadığı, ancak içerisinde mermi olan tabancayı mağdura doğrulttuğu sırada ateş alabileceğini ve mağdurun yaralanabileceğini öngördüğü halde öngörülen bu muhtemel neticenin meydana gelmesini istememesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden dolayı neticenin meydana gelmesini engelleyemediği anlaşıldığından, sanığın eyleminin bilinçli taksir niteliğinde olduğu kabul edilmelidir". CGK. 25.03.2014. 135.
Aşağıdaki Genel Kurul kararının isabeti olduğu kanaatindeyim:
Sanığın olası kastla öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Da-

ire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve çözümlenmesi gereken uyuşmazlık sanığın öldürme eylemini kasten mi, olası kastla mı, yoksa bilinçli taksirle mi gerçekleştirdiğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamına göre;

Sanık ile maktulün akraba oldukları, birlikte aynı yerlerde çobanlık yaptıkları, her iki aile arasında başkalarına ait olup sahipleri tarafından kullanılmayan arazilerde koyun otlatma meselesi nedeniyle anlaşmazlık bulunduğu, sanık ile maktul arasında olay tarihinden oluz gün önce aynı mesele nedeniyle tartışma yaşandığı, ancak aralarındaki anlaşmazlığın husumet doğuracak boyutta olmadığı, sanık ve ağabeyinin köyde av tüfeği ile dolaştıkları arkadaşlarına doğrultup şaka mahiyetinde, "seni vururum" dedikleri, bu durumun tedirginliğe yol açtığı, hatta babalarının uyarıldığı,

Otopsi raporuna göre maktulün ölüm sebebinin, av tüfeği yaralanmasına bağlı femoral arter ve vende oluşan yaralanma sonucu gelişen dış kanama olduğu,

Anlaşılmaktadır.

Katılan A. G. soruşturma aşamasında, maktulün babası olduğunu ve geçimlerini hayvancılıkla sağladığını, oğlunun olay sabahı her zaman olduğu gibi koyunlarını alarak evden çıktığını, bir süre sonra telefonla bir koyununun öldüğünü bildirdiklerini, olay yerine gittiğinde oğlunun yerde yatlığını gördüğünü, sanığın anne ve babasının oğlunu kaldırmaya çalıştıklarını, oğlunun sağ olduğunu ve vurulduğunu söylediğini, oğlunu hastaneye götürdüklerini, hastanede öldüğünü, sanık ile oğlunun iyi arkadaş olduklarını, her gün birlikte koyun otlattıklarını, sanığın babası ile bir arazi meselesi nedeniyle iki yıldır küs olduklarını, ancak selamlaştıklarını, bir ay önce eşinden oğlu ile sanığın tartıştığını duyduğunu, oğlunun kendisine bir şey söylemediğini, "çocuklar arasında böyle tartışmalar olur" dediklerini ve olayı büyütmediklerini,

Duruşmada; sanığın babasıyla akraba olduklarını, iki yıl önceki bir tartışma esnasında söylediği sözler nedeniyle konuşmadıklarını, ancak selamlaştıklarını, sanığın tüfekle gezdiğini, daha önce bir kaç kişiye tüfek çektiğini, sanığın babasını uyardıklarını, olaydan yirmi gün önce sanığın babasıyla yine hayvanlarını otlattıkları arazilerle ilgili konuştuklarını, ancak bir tartışma yaşanmadığını, birbirlerine kötü söz söylemediklerini, aynı gün eve döndüğünü, durumu oğluna sorduğunu, eşinin; oğlu ile maktulün tartışıklarını anlattığını, oğluna kimseyle tartışmamasını, bir sorun yaşandığında kendisine anlatmasını söylediğini, sanığın ve oğlunun çoban olmaları nedeniyle arazide konuşmalarının normal olduğunu, ancak bir samimiyetlerinin bulunmadığını, sanıktan şikâyetçi olduğunu ifade etmiş,

Katılan Ş. G.; maktulün annesi olduğunu, oğlu ile sanığın arkadaş olduklarını, her gün koyun otlatmaya gittiklerini, yirmi gün önce oğluyla sanık arasında tartışma meydana geldiğini, oğluna sanığın tüfeği olduğunu, kendisine uymaması gerektiğini söylediğini, olaydan bir gün önce oğluna sanık ile aralarında sorun olup olmadığını sorduğunu, oğlunun herhangi bir sorunları olmadığını söylediğini, sanığın ailesi ile aralarında yayla meselesi nedeniyle iki yıldır küslük bulunduğunu, sanıktan şikayetçi olduğunu dile getirmiş,

Tanık S. D. olay mahallinde, maktul ve sanık ile koyun otlattıklarını, havanın sisli olduğunu, ısınmak için ateş yaktıklarını, sanığın av tüfeği taşıdığını, maktulün yakasından tutup "seni vururum" dediğini, diğer eliyle omzundan tüfeği alıp karşısında bulunan maktulün bacağına doğrulttuğunu, maktulün gülerek sanığı ittiğini, "fişek vardır beni vurursun" dediğini, kendisinin de; "doğrultma, içinde mermi olabilir" şeklindeki sözlerle sanığı uyardığını, sanığın, "tüfekte fişek yok" şeklinde karşılık verip tetiği çektiğini, silahın ateşlendiğini, fişeğin maktulün bacağına isabet ettiğini, olaydan önce sanığın maktule bu şekilde şaka yaptığını, olay sırasında "vururum" sözünü şakayla söylediğini, olay anında ya da önceki tarihlerde aralarında tartışma veya kavga olduğunu görmediğini, sanığın babası ile maktulün babası arasında bir hafta kadar önce mera yüzünden tartışma olduğunu,

Cumhuriyet savcılığında; maktul ve sanık ile arkadaş olduklarını, her gün koyunlarını otlatmaya götürdüklerini, olay tarihinde koyunlarını otlattıklarını ve ateş yaktıklarını, çantasını almaya gittiği sırada sanığın ayağa kalkıp ateşte ellerini ısıttığını, maktulün de ayağa kalktığını, sanığın maktulün yakasından tutup "seni vururum" dediğini, omzunda asılı bulunan tüfeği alıp maktulün bacağına doğrultluğunu, maktulün sanığı geriye doğru ittiğini, kendisinin de "yapma, fişek vardır" şeklindeki sözlerle sanığı uyardığını, iki üç saniye sonra tüfeğin ateşlendiğini ve fişeğin maktulün bacağına isabet etliğini, maktulün düştüğünü, kalkıp yürümeye çalıştığını, on metre sonra da bayıldığını, kendileriyle konuşmadığını, köye gidip annesine durumu anlattığını, annesi ve komşularıyla birlikte olay yerine doğru yola çıktıklarını, yolda karşılaştıkları araca bindiklerini, olay yerine vardıklarında sanık ile anne ve babasının da olay yerinde bulunduğunu gördüğünü, maktulün yatar vaziyetle olduğunu, nefes aldığını, ancak konuşup konuşmadığını bilmediğini, bir süre sonra maktulün babasının geldiğini, birlikte maktulü araca bindirdiklerini, ateş etmeden önce sanık ile maktul arasında bir tartışma veya kavga olmadığını, olaydan önce sanığın maktule tü-

fek doğrulttuğunu görmediğini, ancak on gün kadar önce aralarında tartışma veya kavga olmadığı halde sanığın tüfeği kendisine de doğrultup "seni vururum" dediğini, bunu şaka olarak yaptığını düşündüğünü, olay anında tüfeğini maktule doğrultan sanığı: "dur yapma, fişek vardır" diyerek uyardığını, sanığın cevap vermediğini, maktulün "tüfekte fişek vardır, beni vurursun" dediğini duymadığını, sadece sanığı ilettiğini, sonrasında bir söz söylemediğini, minibüs şoförüne sanığın maktule "buraya koyunlarınızı getirme" dediği yönünde bir beyanda bulunmadığını, olay öncesinde sanık ile maktul arasında düşmanlık ya da kırgınlık olmadığını.

Duruşmada maktul ile çobanlık yaptıklarını, koyunlarını aynı yerde otlattıklarını, ara sıra sanığın da koyunlarını bulundukları yere getirdiğini, sanıkla maktulün olaydan önce kavga etmediklerini, ancak sanığın ağabeyi ile maktul arasında bir tartışma yaşandığını, iki yıl önce maktulün babası ile sanığın babası arasında hayvan otlatılacak yerlerde hak iddiaları nedeniyle tartışma olduğunu, bir araya gelmediklerini, ancak karşılaştıklarında konuştuklarını, olay günü maktul ile hayvanlarını meraya götürdüklerini, sanığın da aynı yerde bulunduğunu, aralarında herhangi bir tartışma yaşanmadığını, akşamüzeri maktul ile olay yerine geçtiklerini, ateş yakıp ısındıklarını, sanığın omzunda av tüfeği bulunduğu halde yanlarına geldiğini, maktulün ayağa kalktığını, sanığın maktulün yakasından tuttuğunu, tüfeği omzundan indirip namlusunu maktule doğrultuğunu, sanığa "yapma, tüfekte fişek vardır patlar" dediğini, sanığın bir elinin maktulün yakasında, diğerinin tüfeğinde olduğunu, bu sırada tüfeğin patladığını ve maktulün düştüğünü, ardından ayağa kalkıp biraz yürüdüğünü, tekrar düştüğünü ve bir daha kalkamadığını, maktulün yanına gidip seslendiğini, yüzüne su serptiğini, telefon etmeye çalıştığını, sanığın tüfeğini yere atıp telefon açtığını, babasına ulaştığını, kendisinin de köye gittiğini, annesiyle yola çıktıklarını, olay yerine vardıklarında sanığın, annesinin ve babasının da olay yerinde olduğunu, maktulün yüzünü yıkadıklarını, ardından maktulün babasının geldiğini, sanığın bazen kendilerine tüfeğini doğrultup "seni vururum" dediğini, hatta olaydan bir hafta önce aynı yerde kendisine karşı da benzer şekilde davrandığını, ancak olay esnasında maktule bu şekilde bir söz söylemediğini, minibüsün şoförüne sanığın maktule, "buraya gelme, koyunları da getirme" dediği yönünde bir anlatımda bulunmadığını, zaten minibüsle ancak elli metre kadar gittiklerini beyan etmiş.

Tanık Y. D.: olay tarihinde muhtarın arayarak maktulü hastaneye götürmesini istediğini, minibüsüyle olay yerine doğru yola çıktıklarını, yolda karşılaşıp aracına aldığı tanık S. D.'ın maktulün koyunlarını getirdiğini, sanığın maktule "koyunlarını buraya getirme" dediğini, aralarında bir tartışma yaşandığını anlattığını, olay yerine ulaştığında sanığın anne ve babasının maktulün yanında bulunduğunu, yaralı bacağını bağladıklarını gördüğünü, maktulün hayatta olduğunu, bir süre sonra babasının geldiğini, maktulü aracına bindirip yola çıktıklarını, yolda maktulü ambulansa aldıklarını, olayın meydana geldiği arazinin koyun otlatanlar arasında ihtilaflı olduğunu, sanık ve ağabeyinin bu araziye başkalarının gelmesini istemediklerini, bir yıl önce sanığın ağabeyinin bir arazi meselesi yüzünden köpeklere ve atlara ateş ettiğini söylemiş.

Tanık F. D.: maktulün halası, sanığın ise yengesi olduğunu, olay günü oğlunun anlatması üzerine olay yerine gittiğinde yerde yatmakta olan maktulü gördüğünü, sanığın anne ve babasının da maktulün yanında olduklarını ve yüzüne su serptiklerini, başörtüsünü maktulün bacağına sarıp minibüse bindirdiklerini, yanına otururak kafasını tuttuğunu, yeğeninin hayatta olduğunu ve "hala beni yatır, su ver" şeklinde sözler söylediğini, hastanede ölmüş olduğunu öğrendiklerini anlatmış.

Tanık Y. D.'un aracıyla olay yerine giden tanıklar, olayı kendilerine bildiren S. D.'ın sanığın maktulü vurduğunu söylediğini, ancak olayın nasıl meydana geldiğine ilişkin bir beyanda bulunmadığını, gerek kendilerine, gerekse minibüs şoförüne sanığın maktule "buraya gelme, koyunları getirme" dediğini ve aralarında bir tartışma yaşandığını anlatmadığını belirtmiş.

Sanık Ş. D. kollukta kendilerine ait koyunların çobanlığını yaptığını, maktulün akrabası ve arkadaşı olduğunu, olay günü koyunlarını alıp araziye çıktığını, maktulün de kendi hayvanlarını getirdiğini, oyun oynayıp güreş tuttuklarını, ardından amcasının oğlunun geldiğini, bir süre sonra sis nedeniyle amcasının oğlu ile maktulün hayvanlarını götürdüklerini, kendisinin de aynı yere gittiğini, ateş yaktıklarını ve yemek yediklerini, dağılan koyunlarını toparladıktan sonra amcasının oğlu ile maktulün kendisini çağırdıklarını, ateşin yanına gidip biraz ısındığını, maktulle güreş tuttuklarını, dedesinden kalan tüfeğin sırtında asılı vaziyette bulunduğunu, güreş bittikten sonra tüfeğini çapraza aldığını, maktulün karşısında bir metre uzağında bulunduğunu, tüfeğin birden ateş aldığını ve maktulün bacağından vurulduğunu, tüfeği maktul ile buluşmadan önce doldurduğunu, olay sırasında dolu olduğunu unuttuğunu, maktulün dizini tutarak on metre kadar yürüdüğünü, ardından düştüğünü, yanına gidip kemeniyle yaranın alt kısmını bağlayarak kanı durdurmaya çalıştığını, amcasının oğlundan yardım çağırmasını istediğini, cep telefonunun çektiği bir yere giderek amcasını ve babasını aradığını, maktulün yanına geldiğinde bayıldığını gördüğünü, yüzünü yıkadığını, ancak ayılmadığını, olay yerine önce kendi annesi ve babasının, ardından maktulün babasının geldiğini, maktulü minibüsle hastaneye götürdüklerini.

Cumhuriyet savcılığında, olay günü maktulle enselerini tutmak suretiyle güreştiklerini, ancak yere yatmadıklarını, koyunlarını korumak amacıyla taşıdığı tüfeğin de sırtında olduğunu, güreş bittikten sonra tüfeği çıkarıp çapraz halde tuttuğunu, sırtından yiyecek çantasını aldığını, maktulün ateşin karşısında bulunduğunu, tüfeğinin namlusunun aşağıya gelecek şekilde olduğu sırada horozunun açık olduğunu fark etmeden tetiği çektiğini, tüfeğin patladığını, tetiğe bastığı sırada tüfeğin namlusunun ucunun baktığı istikamette maktulün bulunduğunu, fişeğin bacağına isabet ettiğini, maktulün bacağını tutarak iki üç adım gittiğini, ardından düştüğünü, amcasını ve babasını arayarak haber verdiğini, amcasının oğlunu yardım çağırmak üzere koye gönderdiğini, maktulün bacağını bağlayıp kanını durdurmaya çalıştığını, ayıltmak için yüzüne su serptiğini, maktul ile aralarında gerek olay sırasında, gerekse olaydan önce herhangi bir kavga ve tartışma yaşanmadığını, aileleri arasında da husumet bulunmadığını, olayın kazaen meydana geldiğini.
Sorguda, tüfeğini omzuna alacağı sırada, horozun çekik olduğunu fark etmeden elinin tetiğe değdiğini, maktulün bacağından yaralandığını, maktulün arkadaşı olduğunu ve aralarında önceye dayalı bir husumet bulunmadığını, pişman olduğunu.
Duruşmada, maktul ve ailesiyle arasında husumet bulunmadığını, olay tarihinde koyun otlattıklarını, amcasının oğlu ile maktulün ateş yakıp kendisini de çağırdıklarını, tüfeğin sırtında olduğunu, çantasını almak için tüfeğini çıkarıp dipçiğini yere dayadığını, namlusunun kendisine doğru olduğunu, tüfeği yeniden eline aldığını, horozun açık olduğunu bilmediğini, namlusunun kimsenin bulunmadığı yöne dönük olduğunu, sağa dönünce elinin tetiğine değdiğini ve tüfeğin patladığını, olayın kazayla meydana geldiğini, korkudan ne yapacağını bilemediğini, babasını ve amcasını arayıp ambulans çağırmalarını istediğini, maktulün bacağını sardığını, ancak kanını durduramadığını, maktul ile arkadaş olduğunu, olaydan üç gün önce çekilmiş samimi resimleri bulunduğunu, şakalaşırken maktulü vurduğunu, çok pişman olduğunu savunmuştur.
Uyuşmazlık konusunda isabetli bir hukuki çözüme ulaşılabilmesi için, kast, olası kast, taksir ve bilinçli taksir kavramları üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır.
5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21. maddesi;
"1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir.
2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır" şeklinde düzenlenerek, birinci fıkranın ikinci cümlesinde doğrudan kast tanımlanmış, ikinci fıkrasında, öğreti ve uygulamada "dolaylı kast, belirli olmayan kast, gayrimuayyen kast, olursa olsun kastı" olarak da adlandırılan "olası kast" tanımına yer verilmiştir.
Buna göre, doğrudan kast, öngörülen ve suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olup, kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini bilmesi ve istemesi halinde doğrudan kastla hareket etmiş olacak, buna karşın işlemiş olduğu fiilin muhtemel bazı neticeleri meydana getirebileceğini öngörmesine ve bu neticelerin gerçekleşmesini mümkün ve muhtemel olarak tasavvur etmesine rağmen muhtemel neticeyi kabullenerek fiili işlemesi halinde olası kast söz konusu olacaktır.
Olası kast ile doğrudan kast arasındaki farkı ortaya koyan en belirgin unsur, doğrudan kastlaki bilme unsurudur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini biliyorsa doğrudan kasıtla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Yine failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da, açıkça istenmese dahi doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerine göre diğer bir kısım neticeleri de doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir.
Olası kastı doğrudan kasttan ayıran diğer ölçüt, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşmesinin muhakkak olmayıp, muhtemel olmasıdır. Fail, böyle bir durumda muhakkak değil ama, büyük bir ihtimalle gerçekleşecek olan neticenin meydana gelmesini kabullenmekte ve "olursa olsun" düşüncesi ile göze almakta, neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba göstermemektedir. Olası kastta fiilin kanunda tanımlanan bir sonucun gerçekleşmesine neden olacağı muhtemel görülmesine karşın, bu neticenin meydana gelmesi fail tarafından kabul edilmektedir.
Kural olarak suç, ancak kastla, kanunda açıkça gösterilen hallerde ise taksirle işlenir. İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksirde, failin cezalandırılabilmesi için mutlaka kanunda açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir. TCK'nun 22/2. maddesinde taksir "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun yasal tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır.
Ceza Genel Kurulunun birçok kararında vurgulandığı ve öğretide benimsendiği üzere, taksirin unsurları;
1- Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması.

2- Hareketin iradi olması.
3- Sonucun istenmemesi.
4- Hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması.
5- Sonucun öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olması.
Şeklinde kabul edilmektedir.
Taksirli suçlarda, gerek icrai, gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.
Sonucun gerçekleşmesinde mağdurun taksirli davranışının da etkisinin olması halinde, diğer taksirli davranış nedensellik bağını kesmediği sürece bu durum, failin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, taksirin niteliğini de değiştirmeyecektir. Türk Ceza Kanununda kusurun derecelendirilmesi suretiyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından, bu hal ancak temel cezanın tayininde dikkate alınabilecektir.
Türk Ceza Kanununda taksir; "basit" ve "bilinçli" taksir olarak ikili bir ayrıma tâbi tutulmuş, 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli taksir, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" şeklinde tanımlanmış, bu halde taksirli suça ilişkin cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı öngörülmüştür.
Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırdedici ölçüt, taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır.
Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlikelilik hali, bunu öngörememiş olan kimsenin tehlikelilik hali ile bir tutulamayacaktır. Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.
5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21. maddesinin ikinci fıkrasında; "öngörmesine rağmen, fiili işlemesi" şeklinde tanımlanıp başkaca ayırıcı unsura yer verilmeyen olası kast ile aynı kanunun 22. maddesinin üçüncü fıkrasında; "öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır" biçiminde tanımlanan bilinçli taksirin karıştırılacağı hususu öğretide dile getirilmiş, kanun koyucu da madde metninde yer vermediği "kabullenme" ölçüsünü aynı maddenin gerekçesinde, "olası kast halinde suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir, diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir" şeklinde açıklamak suretiyle, olası kastı bilinçli taksirden ayıracak kıstası ortaya koymuştur.
Kast, olası kast, taksir ve bilinçli taksir arasındaki ilişkiyi kısaca özetlemek gerekirse, gerçekleşmesi muhakkak görünen neticenin failce bilinmesi ve istenmesi halinde doğrudan kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle sonucun meydana gelmesinin engellenemediği ahvalde bilinçli taksir, öngörülebilir neticenin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması nedeniyle öngörülmediği hallerde ise basit taksir söz konusu olacaktır.
Olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüleri ise yargısal kararlar ve öğretideki görüşlerden yararlanmak suretiyle şu şekilde belirlemek mümkündür. Gerek olası kast, gerekse bilinçli taksirde netice fail tarafından öngörülmektedir. Bilinçli taksirde, öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği umit edilmekte, olası kastta ise bu netice fail tarafından göze alınmakta ve kabullenilmektedir. Olası kastta fail öngördüğü neticenin meydana gelmesini kabullenerek, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almazken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine rağmen, şansa veya başka etkenlere, hatta kendi bilgi veya becerisine güvenerek öngörülen sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.06.2011 gün ve 54-120 ile 06.07.2010 gün ve 51- 162 sayılı kararlarında da bu hususlar vurgulanmıştır.
Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde:
Suç tarihinde koyunlarını otlatmakta olan sanık, tanık ve maktulün yaktıkları ateşte ısındıkları sırada sanığın, karşısında bulunan maktulün yakasını tutup "seni vururum" dediği, tüfeğini maktulün bacağına doğrultarak, maktul ve tanığın tüfekte fişek bulunabileceğine dair uyarılarına rağmen boş olduğunu söyleyerek tetiğine bastığı, tüfeğin bir kez patladığı, maktulün sağ bacağının üst tarafından yaralandığı, on metre kadar yürüdükten sonra düştüğü, gerek sanığın, gerekse tanığın akrabalarını arayarak yardım istedikleri, sanığın maktulün bacağını sardığı, olay yerine gelenler tarafından hastaneye götürülen maktulün hastaneye ulaştırılamadan öldüğü anlaşılan olayda, dosya içeriği itibarıyla sanığın maktulü doğrudan öldürmek amacıyla bilerek ve

(6) Olası Kastta Ceza

Olası kast, kastın en zayıf türüdür[1]. Olası kastta da ceza hukuku manasında bir kast söz konusudur ve bu kast failin suçu direkt kast ile işlemiş gibi cezalandırılması için yeterlidir. Bununla beraber, bu nevi kastın haksızlık içeriğinin diğer kast çeşitlerine göre az olduğuna dikkat çekmek gerekir. Zira fail her ne kadar neticenin meydana geleceğini öngörmüş ise de ne neticenin meydana gelmesi için gayret göstermiştir, ne de neticenin meydana geleceğinden emindir, sadece neticeye karşı bir umursamazlık içindedir. Bu itibarla faile cezanın asgari haddi verilebileceği gibi, takdiri indirim sebepleri de uygulanabilir[2]. Ceza kanunumuzda ise bu düşüncelerle olsa gerek, olası kast halinde cezanın indirileceği hükme bağlanmıştır (md. 21/2).

Son olarak belirteyim ki, olası kastın bulunduğu hallerde şartları oluşmuşsa haksız tahrik hükümlerinin ve cezayı artıran veya azaltan nitelikli hallerin uygulanmasına bir engel yoktur.

dddd. Weber Kastı

OLAY: *Sanıkların enişteşi maktul M'nin evde herkese küfür etmesine sinirlenen N, eline geçirdiği soba küreği ile rastgele maktulün başına vurur. Bu darbeden dolayı bayılan enişteşlerinin öldüğü kanısına kapılan N ve kardeşi A, onu evden çıkararak otoyol üst geçidinden aşağı atarlar. Mağdur ise gerçekte otoyol zeminine çarparak ölmüştür*[3].

Fail bir neticeyi gerçekleştirmek için hareket eder ve o netice gerçekleşmez; ancak, fail o neticenin gerçekleştiğini sanarak ikinci bir hareket yaparak o neticeye neden olursa[4], öğretide "Weber Kastı" adı verilen ve aşağıda nedensellik bağında yanılma bahsinde de incelediğimiz kast türü söz konusu olur.

Yukarıdaki olaydan hareketle konuyu inceleyecek olduğumuzda, bu durumda failin öncelikle (olası kastla) kasten öldürme suçunu işlemek istediği, ancak bu fiilin teşebbüs derecesinde kaldığı söylenebilir (Dikkat: olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs, savunduğum görüşe göre mümkün değildir), zira mağdur ölmemiştir. Bu durumda kasten öldürme suçuna teşebbüs söz konu-

---

isteyerek harekel etliğine ilişkin, her türlü şüpheden uzak, somut, yeterli, kesin ve inandırıcı delil bulunmamaktadır.
Ancak, kullanılan silahın niteliği, etki alanı, öldürmeye elverişliliği ile atış mesafesi göz önünde bulundurulduğunda, olay yerine gelmeden önce doldurduğunu unuttuğunu söylediği av tüfeğini, maktulün ve tanığın av tüfeğinin dolu olabileceği uyarılarına aldırmadan maktulün bacağına doğrultup ateş eden sanığın, saçma tanelerinin maktulün hedef alınan bacağına isabet edebileceğini ve atış mesafesine göre ölümcül bir etki meydana getirebileceğini, olay yerinin sağlık kuruluşlarına uzaklığı gözetildiğinde, hastaneye ulaşmanın zaman alabileceğini ve dolayısıyla ölümün mümkün ve muhtemel olduğunu bilmesine rağmen, ateş etmek suretiyle, öngördüğü muhtemel neticeyi istememekle birlikte göze alıp kabullendiği ve sonucunda maktulün ölümüne neden olduğu olayda, eyleminin "olası kastla öldürme" suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.
Bu itibarla, usul ve kanuna uygun bulunan yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir", CGK. 23.09.2014, 389.

[1] Schmidt, 80.
[2] Artuk, 223, 224.
[3] 1. CD. 17.11.1987, 4006.
[4] Demirbaş[6], 356.

sudur. Daha sonraki bir hareketiyle de fail, halen canlı olan mağdurun taksirle ölümüne sebebiyet vermiş olmaktadır. Bu durumda da ayrı ayrı ceza tayin etmek gerekecektir[1]. Aksi görüşte olan yazarlar da vardır. Bunlara göre, örnek olaydaki bütün fiiller "doğal bir bağ içinde birlik gösterir ve netice bazı değişikliklerle failin tasavvur ve iradesine uymaktadır". Bu itibarla da olayda tek suç vardır ve bu da kasti suçtur[2]. Ben de bu son görüşe katılıyor ve failin sorumluluğunun sadece **tek bir kasten öldürme**den dolayı olduğunu kabul ediyorum.

Yukarıdaki örneği biraz değiştirerek, failin yaralama kastı ile hareket edip de mağdurun öldüğünü düşünerek cesedini atması halinde ise daha farklı bir sonuca ulaşmak gerekir. Bu durumda netice failin tasavvuruna uymamaktadır. O nedenle, kasten yaralama ve taksirle öldürme suçlarından ötürü ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilmelidir.

Benzer husus, **İngiliz Hukuku**'nda da tartışılmaktadır. Orada tartışmalı olan husus, kişinin kastının eyleminin bütün alt hareketlerini kapsayıp kapsamayacağına yöneliktir. Yüksek mahkeme kararına konu olay şöyle gerçekleşmiştir: Fail, mağduru öldürme kastıyla kafasına vurur ve kaza sonucu ölüm süsü vermek için uçurumdan aşağı iter. Ancak mağdur, kafaya aldığı darbe nedeniyle değil, düşme sonucu ölür. Buradaki soru, her eylem için kastın bulunmadığı hallerde -ki, burada da baştaki vurma eylemi için öldürme kastı varsa da sonraki uçurumdan atma eylemi için kast yoktur- failin nasıl sorumlu tutulacağıdır. Yerel mahkeme burada öldürmeye teşebbüsten hüküm kurarken, yüksek mahkeme burada tamamlanmış kasten insan öldürmeden hüküm kurmuştur. Mahkemeye göre, kişinin baştan öldürme kastı vardır ve bu neticeye ulaşmak için elinden geleni yapmıştır, bunun nasıl gerçekleştiğinin önemi yoktur[3].

eee. Alternatif Kast

Kastın bu türünde, fail, bir hareketi yaparken, iki neticeden birini gerçekleştirme ihtimalini görmekte ve her ikisini de kabullenmektedir. Neticelerden sadece biri gerçekleşebilecektir. Biri gerçekleştiğinde, diğerinin gerçekleşmesi ihtimali yoktur. Örneğin, A, polis köpeğiyle kendisini takip eden polis P'den kaçmaktadır. A'nın tek bir kurşunu kalmıştır ve kendisini takip edenlere yönelik olarak ateş eder. Amacı polisi veya en azından köpeği öldürmektir. Failin kastı her iki neticeye yönelik olsa da ancak bir netice gerçekleşebilecektir[4].

Bu takdirde, failin her iki neticeye yönelik olası kastı vardır. Her iki neticenin de gerçekleşmesini kabullenmiştir. Bu durumda, olası kasta teşebbüs cezalandırılmadığından, fail gerçekleşen tamamlanmış neticeden sorumlu tutulacaktır. Olası kast nedeniyle de cezasında indirim yapılacaktır (TCK 21/2)[5].

---

1 Donmezer/Erman. II. 229.
2 Onder. II. 325.
3 Thabo Meli (1954) 1 WLR 228. Allen. 50'den.
4 Wessels/Beulke. kn. 231 vd.
5 Alman Hukukunda bu örnekte, hedeflerin eşdeğer olup olmamasına göre ayrım yapılmaktadır. Hedefin tamamı eşdeğer ise (hepsinin insan olması gibi) ve fail sadece bir tanesini yaralamak veya

fff. İhmali Suçlarda Kast

aaaa. İhmali Suçlarda Kastın Niteliği

İhmali suçlarda kast bakımından ihtilaflı olan husus, bu tür suçlarda kastın hangi şekilde söz konusu olabileceği, yani kastın niteliği noktasındadır. İhmali suçlarda kasttan anlaşılması gereken, failin objektif unsurları bilerek, hareketsiz kalma, hiçbir şey yapmama hususunda karar almasıdır. Ne var ki, failin durumun farkında olarak sadece herhangi bir şey yapma konusunda karar almaması da söz konusu olabilir. Bu tip bir durumda öğretideki egemen görüş durumun bilinmesini kast için yeterli görmektedir.

Konuyu şu olasılıklar çerçevesinde izah etmeye çalışmakta yarar vardır: İlk olasılıkta fail tipik durum karşısında ve kendi hareket kabiliyetinin de bilincinde olarak, hareket etmeme kararı alabilir. Burada fail hareketsiz kalma kararı almaktadır. Örnekler: Hekim hastanede hiç boş yatak olmadığından, geceleyin trafik kazası geçirmiş olan yaralıyı hastaneye almamaya karar verir. Birkaç genç erkeğin bir kızla taksisine binip ücra bir tarlaya gittiği taksi sürücüsü, kendi arabasında vûku bulacak olan ırza geçmeyi engellememeye karar verir, zira konu kendisini ilgilendirmemektedir. Bütün bu olaylarda isteme ve irade aynen icrai suçlarda olduğu gibi tespit ve ayırt edilebilir. Hekim hastayı, taksi sürücüsü mağduru kaderine terk etmek *istemektedir* ve her ikisi de ne olduğunu tam olarak bilmektedir[1].

İkinci olasılıkta failin hareketsiz kalma hususunda bir kararı ispat edilemeyebilir, ancak fail tipik durumun ve hareket kabiliyetinin bilincinde olarak olayı sadece kendi akışına bırakmış olabilir[2]. Tehlikeli bir gelişim karşısında olayı kendi akışına bırakma kararı, özellikle de olayın daha vahim duruma gelmemesi, aksine tedricen olgunlaşması hallerinde, her zaman ispatlanamayabilir. Örnekler: Evli kadın, evlilik dışı ilişki kurduğu sevgilisinin, kocasını öldürmeyi planladığını zamanla fark eder, ancak cinayeti önlemek için hiçbir şey yapmaz. Bu tip olaylarda hareketsiz kalmaya yönelik ve irade kararı olarak anlaşılabilecek bir karardan söz etmek zordur. Burada kast daha çok tipik durumun **bilinmesi** ve kendi hareket yeteneğinin **bilincinden** ibarettir. İhmale iradenin katılması artık söz konusu değildir[3]. Burada ihmalde bulunan failin kastı, tipik bir neticenin meydana gelebilecek olmasına rağmen, olayın gelişimini kendi akışına bırakma kararında kendini göstermekte olup[4], bu tip hallerde failin objektif unsurları bilmesi kast için yeterlidir.

öldürmek istemişse, kastının sadece isabet alan hedefe yönelik olduğu ve diğer hedefler bakımından söz konusu alternatif kastın bu kast içinde eridiği kabul edilmektedir. Buna karşılık hedeflerin eşdeğer olmaması halinde şu ayrım yapılmaktadır. Fiil daha yüksek dereceli bir hukuksal değerin zarar görmesine neden olmuşsa (insan) artık daha az dereceli hukuksal değer bakımından teşebbüs gündeme gelmemekte ve sadece kasten insan öldürmeden sorumluluk benimsenmektedir. Buna karşılık fiil daha az değerli bir hukuksal değerin zarar görmesine neden olmuşsa (köpeğin ölmesi), bu takdirde tamamlanmış kasten mala zarar vermenin yanısıra, insan öldürmeye teşebbüs kabul edilmekte ve her iki suçla ilgili olarak fikri içtima kuralları uygulanmaktadır. Heinrich (Ed. Ünver), 184.

1 Jescheck/Weigend, 631.

2 Grünwald, 289, 294 vd.

3 Jescheck/Weigend, 632.

4 Kühl, §5, 568.

TCK 83'ün uygulanabilmesi bakımından, mutlak olarak failin kasten hareket etmiş olması gerekir. Bu nedenle, eşi öldürülürken, aniden gelişen olay karşısında, eşine yardım etmeyen kadın hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğine ilişkin *Yargıtay* kararı isabetlidir[1]. Failin ihmal kastı yoksa TCK 83 uygulanamayacak, bu durumda taksirle öldürme nedeniyle hüküm kurulacaktır[2].

---

[1] Sanık Ayten'in, maktulün eşi, sanıklar Ali ve İsmail'in ise sanık Ayten ve maktulün çocukları olduğu, aynı evde oturdukları, maktulün baba ve eş olarak yasaların ve sosyal yaşamın kendisine yüklediği sorumluluklardan yerine getirmediği, eşi sanık Ayten'e, sanıklar Ali ve İsmail ile diğer çocuklarına karşı gerekli şevkat ve ilgiyi göstermediği, evin ihtiyaçlarını karşılamadığı, eşi sanık Ayten'i ve çocuklarını sürekli dövdüğü ve kendilerine hakaret ettiği, sanık Ayten'in küçük çocukları olması nedeni ile bu şiddete ve hakaretlere katlandığı, olay günü akşamı maktulün sanık İsmail'e dersaneye devam edip etmediğini sorduğu, sanığın 'devam ediyorum, devam etmeyecek olsam niye o kadar parayı vereyim" demesi üzerine sanığa, "diliniz bir karış oldu, zamanı gelince sizi süründüreceğim" dediği, bu nedenle aralarında tartışıldığı, maktulün, sanık Ayten'e hakaret edip, öldüreceğini söyleyerek dövmeye başladığı, sanıklar Ali ve İsmail'in araya girerek anneleri olan Ayten'i maktulün elinden kurtarmaya çalıştıkları, bunun üzerine maktulün sanık Ayten'i bırakarak, sanıklar Ali ve İsmail'i dövmeye ve kendilerine hakaret etmeye başladığı, sanıklar İsmail ve Ali'nin de birlikte hareket ederek maktulü darp edip, yere yıktıkları, sanık İsmail'in maktulün el ve ayaklarından tuttuğu, bağırmaması için bir eliyle maktulün ağzını kapattığı, sanık Ali'nin de maktulün boğazından sıktığı, maktulün bir süre sonra hareketsiz kalması ölmesi üzerine, maktulü battaniyeye sararak gece vakti organize sanayi bölgesinde tenha bir yere götürdükleri, burada sanık Ali'nin, yanında bulunan bıçakla maktulün boğazını üç yerinden boğazlama tarzında kestiği, maktulün kesici delici alet yaralanmasına bağlı boğazlama tarzında iç ve dış kanamaya bağlı hipovolemik şok ve aspirasyon pinomonisi sonucu olduğu, olaya gasp süsü vermek amacıyla maktulün cebinde bulunan paraları alıp, maktulü kendisine ait araç içinde aracın kapıları açık ve araç içinde dağılmış vaziyette bir miktar para bırakarak ayrıldıkları, sanıklar Ali ve İsmail maktulü alıp evden götürdükleri sırada evde kalan sanık Ayten'in olay sırasında koltuk üzerine kan sıçraması nedeni ile kan lekeli olan koltuk örtüleri ve maktule ait kazak ile sanıklar Ali ve İsmail'e ait üzerinde kan lekesi bulunan pantolonları yıkayarak kan lekesini temizlediği olayda:

Sanıklar Ali ve İsmail'in eylem ve irade birliği içinde babaları olan maktule saldırıp, kendisini darp ettikleri, öldürdükleri ve daha sonra evden alıp ıssız yere götürüp bıçakladıkları sırada, sanık Ayten'in, diğer sanıklarla fikir ve irade birliği içinde olduğunu gösterir delil bulunmadığı, aniden gelişen ve kısa bir süre devam eden olayın etkisiyle şoka girip çocukları olan sanıklar Ali ve İsmail'e engel olamadığı, olayın oluşuna göre sanık Ayten'in olay sırasında hareketsiz kalıp, müdahalede bulunmaması şeklindeki eyleminde 5237 sayılı TCK.nun 83. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarının bulunmadığı...". 1 CD, 02.06.2009, 3174.

[2] "Her ikisi de başka şahıslarla evli olan sanık ile maktulenin telefon aracılığıyla tesadüfen tanıştıkları sonra aralarında gelişen ilişki sonrası sanığın maktuleyi Patu İlçesinden alarak yaşadığı yere getirip ayrı ev açtığı, olay tarihine kadar birlikte yaşadıkları, sanığın bu arada resmi nikahlı eşinin evine de arada bir gidip-geldiği, olay günü her ikisi de şeker hastası olan sanık ile maktule arasında maktulenin sigara içmesine karışan sanığa maktulenin "sen bana karışamazsın, kocam değilsin' demesi üzerine tartışma çıktığı, tartışma sırasında sanığın maktuleyi basit şekilde darp ettiği, maktulenin darp sonrası kendini kaybettiği, vücudunun kasılmaya başladığı, ağzından köpük geldiği, kendisi de şeker hastası olan sanığın maktulenin şekerinin düştüğünü düşünerek dışarı çıkıp bakkaldan meyve suyu getirerek maktuleye içirmeye çalıştığı ancak maktulenin meyve suyunu içemediği, sanığın da maktuleyi zamanla düzeleceği inancıyla yatağa yatırıp oradan ayrıldığı, resmi nikahlı eşinin evine gidip gece vardiyasından çıkmış olması nedeniyle yatıp uyuduğu, akşam saatlerinde uyandığında ise tekrar maktuleyi kontrol etmeye gittiğinde maktulenin öldüğünü görmesi üzerine 112 Acil servisi aradığı, yargılama esnasında alınan Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu raporunda maktulenin hipoglisemi krizindeyken şekerli sıvı verilmesi, hastaneye götürülmesi veya 112 Acil servise haber verilmesi halinde hayatının kurtulabileceği, hipoglisemi komasına müdahale edilmemesi durumunda ise ölümün meydana gelebileceğinin bildirildiği olayda, kendisi de şeker hastası olan sanığın maktulenin kasılmaya başlaması ve ağzından köpük gelmesi üzerine dışarıya çıkıp bakkaldan meyve suyu alarak maktuleye içirmeye çalışmış olması, daha sonra ise, gece vardiyasındaki işinden de yeni dönmüş ve yorgun olan sanığın kasten değil, meyve suyunu içmek istemeyen maktulenin dinlenerek iyileşebileceğini düşündüğü için evden ayrılmış olması ve akşam üzeri uyandığında yeniden maktuleyi kontrol etmeye geldiğinde onun ölmüş olduğunu farketmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın şeker hastası olan maktulenin olebileceğini öngörmesine rağmen istemediği bu sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla onu geçici olarak terketmiş olması nedeniyle bilinçli taksirle öldürme

bbbb. İhmali Suçlarda Kastın Konusu

İcrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da kast bütün objektif unsurları kapsamalıdır. İhmali suçların objektif unsurlarına tipik durum, emredilen hareketin yapılmaması ve somut durumda bireysel hareket yeteneği girmektedir[1]. İhmali fail, tipik neticenin meydana gelmek durumunda olduğunu, beklenen ve uygun kurtarma hareketinin yapılmadığını görmeli, bilmelidir. Ayrıca gerçekleşmek üzere olan neticeyi önlemenin kendisi açısından mümkün olduğunun da bilincinde olmalıdır[2].

Burada ayrıca ele alınması gereken bir konu, garantörlük yükümlülüğünün de ihmali suçların objektif unsurları arasında sayılıp sayılamayacağıdır. Bu husus, ihmal kastının bunu kapsamasının gerekip gerekmediği noktasında önem arz etmektedir. Garantörsel ihmali suçlarda da fail suç tipine ait unsurları bilmelidir. Dolayısıyla garantörlüğüne neden olan durumları, başka anlatımla garantörlüğü kuran fiili olayları bilmelidir. Bilmiyorsa kastı yoktur ve fakat koşulları gerçekleşmişse taksirden dolayı sorumluluk söz konusu olabilir. Biliyorsa ve fakat garantörlüğünden kaynaklanan yükümlülüğünü bilmiyorsa, bu durumda haksızlık bilinci yoktur, yani emir yanılgısı vardır ki, bu da icrai suçlardaki hukuksal yanılgıya denk düşmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, B sahilde güneşlenmektedir ve suda çırpınan bir çocuğun yardım çağrısını duymasına rağmen yardımına gitmez. Sonradan anlaşılır ki, çırpınan çocuk B'nin oğludur. Burada her ne kadar B garantör ise de boğulmakta olan çocuğun kendi çocuğu olduğunu bilmediğinden, kendisiyle kurtarılmaya muhtaç mağdur arasındaki sıkı ailesel ilişkiyi bilmiyordur, dolayısıyla garantörlüğü kuran vakıayı, fiili olayı, bilmiyordur. Bu suretle garantörlük bakımından kastı yoktur, başka ifadeyle kastı kaldıran bir fiili yanılgı söz konusudur. Buna karşılık garantörlük durumundan kaynaklanan garantörlük yükümlülüğü fiili bir unsur değil, aksine mesela hukuka aykırılık gibi bir genel suç unsurudur. Fail hukuk düzeninden farklı bir değerlendirme yapar, garantörlüğünü kuran vakıaları bilmesine rağmen, yanılarak garantör olarak müdahaleye yükümlü olmadığını zannederse, hukuki yanılgı söz konusudur ve bu emir yanılgısı olarak da nitelendirilmektedir. Bu hata failin kusurunu ancak sakınamama (kaçınamama) halinde kaldırır, failin kastı ise kalır. Dolayısıyla söz gelimi baba boğulmakta olan çocuğun kendi çocuğu olduğunu fark eder ve fakat yardım etmek zorunda olmadığını, zira oğlunun ona defalarca teklif edilen yüzme dersini kabul etmediğini düşünürse, bir emir yanılgısı vardır[3].

bb. Taksir

aaa.	Tanım
bbb.	Taksirin Kasttan Farkı
ccc.	Taksirin Unsurları

suçundan cezalandırılması yerine, yazılı şekilde maktuleyi kasten terketmeyen sanık hakkında olayda uygulama yeri bulunmayan TCK'nun 83. maddesi uyarınca hüküm kurulması" kanuna aykırıdır. 1. CD, 11.02.2014, 3311/633.

1 SK-Rudolphi, vor §13, kn. 25.

2 Lackner/Kuhl, §15, kn. 7.

3 SK-Rudolphi, vor §13, kn. 25; S/S-Cramer, § 15, kn. 96.

aaaa. Taksirin Cezalandırılacağı Konusunda Kanunda Hüküm Bulunması
bbbb. Dikkat ve Özen Görevinin Yerine Getirilmemesi
cccc. Neticeye Sebep Olan Fiilin İradi Olması
dddd. Neticenin Öngörülebilir (Tahmin Edilebilir) Olması
eeee. Failin Neticeyi İstememiş Bulunması
ffff. Hareket ile Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması
ddd. Taksir ve Teşebbüs
eee. Bilinçli-Bilinçsiz Taksir Ayrımı
fff. Bilinçli Taksir- Olası Kast Ayrımı
ggg. Üçüncü Kişinin veya Mağdurun Hareketinin Nedensellik Bağına Etkisi
hhh. Taksirli Suçlarda Ceza Verilmemesi Durumu

aaa. Tanım

İsteyerek yapılan fiilden dolayı meydana gelen istenmeyen neticelerden sorumluluk

Dikkat ve özen görevinin ihlali

Arapça bir kelime olan ve sözlük anlamı itibarıyla kısaltma, bir işi eksik yapma, kusur etme manasına gelen taksir ceza kanununda tarif edilmiştir (**TCK** 22/2):

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

Öğretide de çeşitli tarifler yapılmaktadır.

Bir tanıma göre "işlediği fiilde "kusurlu" görülen failin istemediği "sonuç"tan "sorumlu" tutulması "taksir"dir"[1]. Başka ifadeyle, isteyerek işlenen bir fiilden, istenmeyen neticelerin meydana gelmesi halinde taksirden söz edilir.

Bir başka tarife göre, "kişinin suç tipindeki neticeye yönelik kast içinde olmadan ve fakat zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmesi mümkün bulunmayan hallerde, tespit edilmiş suç tipini hukuka aykın olarak ihlal etmesi durumunda taksirden söz edilir" ve "her ne kadar fail suç tipindeki neticeye yönelik bir irade ile hareket etmemekte ise de toplum düzeninin zarar göreceği düşüncesi ve uyulması gerekli kurallara karşı, zorunlu olan ve *beklenen özenin gösterilmemiş olması*, failin sorumluluğunun esasını oluşturur"[2].

Amerikan Model Ceza Kanunu'nun 210.3. maddesinde de taksirle öldürme "dikkatsizlikle öldürme" olarak belirtilmiştir.

---

[1] Erem/Danışman/Artuk, 456.
[2] Önder, II, 329.

Gerçekten de taksirli suçların cezalandırılmasıyla insanların gitgide yoğunlaşan toplumsal yaşam içinde daha dikkatli davranmaları temin edilmek istenmektedir. Bu suretle, kişiler isteyerek yaptıkları bir hareketten doğan ve fakat gerçekleşmesini istemedikleri neticelerden de sorumlu tutulmaktadırlar. Taksirin özünde dikkat ve özen görevinin yerine getirilmemesi yatar. Ne var ki, bunun için de bu görevin, yani dikkat ve ihtimam görevinin yerine getirilebilmesi mümkün olmalıdır. Bu da neticenin öngörülebilir olması demektir[2].

Taksirle öldürme ve taksirle yaralamaya ilişkin eski **TCK** hükümlerinden hareketle yapılan diğer bir tarife göre ise taksir, tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik ve nizam, emirlere ve talimata riayetsizlik gibi bir kusurluluğu belirtmektedir.

bbb. Taksirin Kasttan Farkı

Taksirin bir sınırının "kast", diğerinin de "kaza" olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Acaba taksir ile kast arasındaki farklar nelerdir?

TCK 21 ve 22'de kast ve taksir sorumluluğunun düzenlendiği görülmektedir. Bu maddelere bakıldığında, ceza hukukundaki sorumluluk için kural olarak kastın şart olduğu, buna karşılık taksirin kasta nazaran istisnai nitelikte olduğu görülür. Dolayısıyla taksir ile kast arasındaki ilk fark bu noktadadır. Taksir istisnaen kişinin sorumlu tutulmasına yol açtığındandır ki, bir kimsenin taksirinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kanunda açık bir hüküm bulunması gerekirken, kasttan dolayı sorumluluk için ayrıca bir hükme gerek bulunmamaktadır.

Kast kural, taksir istisnadır.

Kanunda düzenlenmiş bulunan birçok suç tipi gerek kasten ve gerekse taksirle ihlal edilebilmektedir. Bu durumda kanun koyucunun bunlardan taksirle işlenenlerin ancak bir kısmını cezalandırma yoluna gitmesinin nedeni nedir? Kast gibi taksirde de toplum hayatının kurallarına riayet edilmemesi söz konusudur. Ancak taksirli suçların kastlı suçlara oranla daha az önemli ve daha az tehlikeli oldukları kabul edilir. Bunun sebebi, kasti suçlarda failin toplum hayatı için zararlı veya tehlikeli neticeyi bilerek ve isteyerek işlemesi; taksirli suçlarda ise failin iradesinin söz konusu düzen karşısında umursamazlık, aldırmazlık biçiminde görünüşündendir. Kastta riayeti gerekli kurallar bilinerek ve istenerek ihlal edilir. Failin kusurlu iradesi hem harekete hem de neticeye yöneliktir. Taksirli suçlarda ise irade sadece harekete yönelik olup, neticeye yönelik değildir. Diğer bir deyişle taksirde fail sadece hareketi bilmekte ve istemekte, yani hareketi iradi olarak yapmakta ve fakat neticenin meydana gelmesini istememektedir. Onun sorumluluğunun nedeni kastta olduğu gibi toplum kurallarına karşı gelmek iradesinden değil, söz konusu kurallara dikkat etmemesi, onlara aldırmaması, onları umursamaması, neticeyi engelleyecek bir davranış içinde olmaması, hareketinin neticeyi gerçek-

[2] İçel, Taksir, 104, 105.

leştireceğini düşünmemesi sebebiyledir[1]. Gerçekten de taksirde fail suç işlemeyi istememekte, ancak **hukuk düzeninin gereklerine** de **aldırmamaktadır**[2]. Demek oluyor ki, taksir ile kast arasındaki en önemli fark, neticenin istenip istenmemesinde ortaya çıkmaktadır.

> Fail, sonucun meydana geleceğini kesin olarak bilseydi, yine de hareketi yapacak idiyse, kast; aksi takdirde taksir söz konusudur (Yüce, 62).

Dikkate değer ki, haksızlığın istisnai bir türü olması ve failin neticeyi istememesi noktasında farklılık arz eden taksir, hareketin niteliği bakımından kasti suçlardaki hareketten herhangi bir fark göstermez. Nitekim *harekette bulunması gereken nitelikler* taksirli suçlarda da kasti suçlarda olduğu gibi olmalı ve özellikle de *hareket iradi* olmalıdır. Bundan başka, hareket ile netice arasında *nedensellik bağı* da bulunmalıdır. Taksirli ve kasti suç tiplerinde *hukuka aykırılık* da aynıdır. "Bir kimsenin kasten öldürülmesi ile gereken özenin gösterilmemesi sonucu ölümüne sebebiyet verilmiş olması arasında, hukuka aykırılık bir farklılık göstermez"[3].

Netice olarak denilebilir ki, taksirli suçlar, kastlı suçların

1. BİR OLAYDA HEM KAST HEM TAKSİR OLABİLİR Mİ?

Bir olayda hem kast hem taksir olabilirse de aynı olayda, aynı suç tipi bakımından, aynı konu veya mağdur ve aynı netice ile ilgili olarak aynı anda hem kasten hem de taksirle hareket edilemez (Koca/Üzülmez, 158, 159) (krş. **TCK 23**).

Buna karşılık, aynı fail, tek bir fiil çerçevesinde aynı suç tipini bir kişiye karşı kasten, diğer bir kişiye karşı taksirle gerçekleştirebilir:

Faik, A'nın Ferrarisi ile yanından büyük bir gürültüyle geçtiğini görür ve aniden silahını çekerek, onu vurur. Sürücüsüz kalan araç, tesadüfen oradan geçmekte olan B'yi ezerek ölümüne neden olur. Faik, hareketini gerçekleştirirken bu ikinci ölümü hesaba katmamıştır. Faik, A bakımından kasten öldürme; B bakımından taksirle öldürme nedeniyle cezalandırılır (Heinrich (Ed. Ünver), 168).

2. BİR OLAYDA KAST ÇEŞİTLİ MAĞDURLAR BAKIMINDAN BÖLÜNEBİLİR Mİ?

Bu konuyla bağlantılı olarak akla gelen bu sorunun cevabı, kişinin aynı ve tek eylem içinde kastını çeşitli mağdurlar bakımından bölmesinin düşünülemeyeceğidir. Bu nedenle, yönetimindeki otomobili uçuruma yuvarlamak suretiyle araçta bulunan eşinin ölümünü istediği kabul edilerek mahkûmiyet kararı verilmesi, buna karşılık oğlu bakımından ölümünü istemediğinden yaralamanın kabul edilerek hüküm verilmesi yanlış olur. Bu tip hallerde, her iki mağdur bakımından da öldürme kastı vardır. Ancak failin eşi bakımından doğrudan kastının, oğlu bakımından ise olası kastının varlığını kabul etmek gerekir (oğlunun ölümü zorunlu netice ise, o takdirde oğlu açısından da doğrudan kast vardır). Nitekim *Yargıtay* da bu olayda, "eşi ve oğlunun birlikte ölümünü istediği açık olan sanığın eşi ve oğlunun farklı akıbetlere uğramalarını istediğini düşünerek kastını bölmenin aynı ve tek eylemle fiilini icra etmesi nedeniyle kabul edilemeyeceğine" isabetli olarak karar vermiştir (1. CD, 15.11.1999, 3714).

---

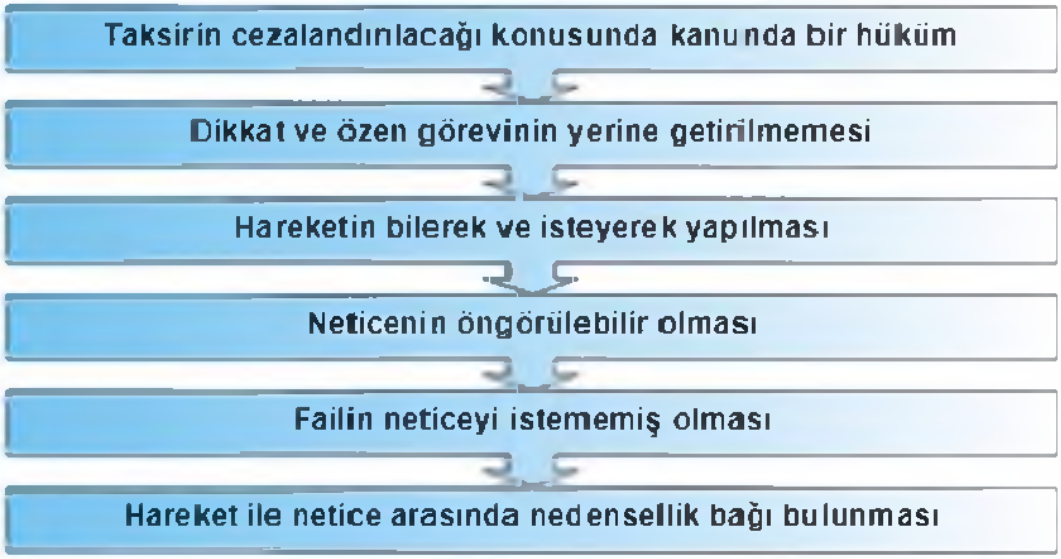
1 Artuk, 227, 228.
2 Yüce, 61.
3 Önder, II, 329, 330.

hafifletilmiş şekli olmayıp, ondan bağımsızdırlar. "Failin kasten hareket etmediği hallerde, her zaman, taksirle hareket etmiş olabileceğinin zorunlu olarak aranması imkânsızdır"[1].

KAST:
Hareket biliniyor ve isteniyor
Netice biliniyor ve isteniyor
TAKSİR:
Hareket biliniyor ve isteniyor
Netice biliniyor (veya bilinmiyor) (öngörme) fakat istenmiyor

ccc. Taksirin Unsurları

İsviçre Ceza Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesinde taksir şöyle tarif edilmiştir: "*Fiil, failin kendisinden beklenilene aykırı olarak, hareketinin neticesini öngörmemesinden veya bunu göz önünde tutmamasından ileri gelmişse, fail suçu taksirle işlemiş sayılır*". Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.11.1979 tarihli kararında taksirin şartlarını belirtmiştir[2]. Buna göre taksirin unsurları şunlardır:



aaaa. Taksirin Cezalandırılacağı Konusunda Kanunda Hüküm Bulunması

Taksirin en önemli şartlarından birisi, taksirle işlenen fiilin cezalandırılacağına ilişkin bir hükmün bulunmasıdır. Bu şart, taksirin kasta nazaran istisnai bir özellik taşımasının sonucudur. Nitekim **TCK** 22/1'de taksirli bir fiilin cezalandırılabilmesi için kanunda buna ilişkin açık bir hüküm bulunması ge-

[1] Önder, II. 330.
[2] Artuk, 229, 230.

reğine işaret edilmiştir. Taksirli hareketi açıkça cezalandıran bir hüküm bulunmadıkça, taksirin cezalandırılması imkânsızdır. Bu itibarla, kanunda açıkça gösterilen haller dışında taksirle işlenen fiiller suç teşkil etmez. Bir suçun varlığında kanuni tanımda kastın aranacağına ilişkin bir hüküm olmasa da kast bulunmak ve aranmak gerektiği halde, taksirli fiillerin cezalandırılmaları kanunda açık bir hükmün bulunmasına bağlıdır[1]. Taksirle işlendikleri takdirde cezalandırılabilen suçlar, şu maddelerde yer almıştır: 85, 89, 162, 171, 173/2, 180, 182, 307/3, 322/2, 329/3, 336/3, 338.

bbbb. Dikkat ve Özen Görevinin Yerine Getirilmemesi

"Kanun veya müşterek tecrübenin sonucu olarak kendisine toplum tarafından yüklenen dikkat ve ihtimam vazifesini ihlal eden ve zararlı bir neticeye sebep olan fert, sorumludur"[2]. "Taksir zorunlu ve gerekli özenin gösterilmemesi sebebiyle, öngörülmesi mümkün olan neticenin öngörülmemesi"dir. "Taksirin cezalandırılma sebebi, failin neticeyi öngörmesi mümkün iken, özen vazifesine aykırı olarak, bu neticeyi öngörmemiş olması esasına dayanır"[3].

> *"Olay tarihinde 9 yaşında olan Ahmet'in 1.50 cm. yükseklikte duvarlarla çevrili, demir kapı ile kapatılmış bahçeye girerek burada bulunan havuza düşerek ölmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığın alabileceği başkaca bir önlem olmadığı, bu nedenle de kusur izafe edilemeyeceği..." (9. CD, 08.02.2007, 875).*

Failden beklenen özeni göstermiş olup olmadığı kime göre tespit edilecektir? Failden beklenen özen, objektif ve failden bağımsız olarak değil, aksine somut olay göz önünde tutularak, failin kişiliği, bilgisi ve tecrübesine göre tespit edilecektir. Dolayısıyla beklenen özen "kişiden kişiye değişebileceğinden, ölçü somut olaydaki faildir"[4]. Değerlendirme olayın başındaki duruma göre yapılır. Olaydan sonra bir üçüncü kişinin değerlendirmesine göre yapılamaz.



Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir: Evine su getirmek için çeşmeye giderken henüz altı aylık bulunan çocuğunun zeminle aynı seviyedeki tandıra düşmemesi için içinde su bulunan kazan ile tandırın ağzını kapamış olmasına rağmen, çocuğun emekleyerek kazanın bulunduğu yere gelerek bu kez kazana düşerek boğulduğu olayda, henüz 19 yaşında bulunan sanık annenin **tecrübesi ve idrak seviyesi ile uygun olarak aldığı tedbir** dışında kendisine başkaca tedbirsizlik atıf ve isnadı kabil olmadığından anne sorumlu görülmemiştir[5]. Yağan fazla yağmur ve şiddetli

---

[1] Donmezer/Erman, II, 256; Artuk, 230.
[2] Artuk, 231.
[3] Önder, II, 331, 333.
[4] Önder, II, 334, 335.
[5] 4. CD, 27.01.1953, 786; Ayrıca bkz. ZEMİN RENGİ SİLİNECEK oluşa ve mahkemenin kabulüne göre; sanık ...'ın yönetimindeki otobüs ile seyir halinde iken kaçan topu yakalamak için sokak arasından aniden yola fırlayan mağdur Abdülkerim K.a çarpması şeklinde gelişen olayda yerel mahkemece, olay günü dikkatsiz ve özensiz bir şekilde her an mahalle arasındaki yol ke-

fırtınanın etkisiyle üzerlerindeki toprak yüküne dayanamayarak çöken tavanın altında kalan evdeki çocuklardan birinin öldüğü, diğerinin yaralandığı olayda *Yargıtay'a* göre, hafif şiddette bir depremin veya sel basmasıyla yerle bir olan köy ve kasabalarımızda hayatta kalan bina sahiplerine "sen bu binayı çürük yaptın, sık sık kirişlerini değiştirmedin, kontrol etmedin, bu yüzden yıkıldı. Betonarme yapsaydın yıkılmazdı" diye söyleyip sorumlu tutmak mümkün değildir[1]. Keza, enfeksiyonel bir hastalıktan ölen küçük çocuklarını doktora geç götürmekten ibaret olan eylem dolayısıyla ebeveyn sorumlu tutulamaz, zira içinde bulundukları yaşam koşulları, kültür düzeyleri, maddi imkânsızlıkları göz önüne alındığında kusur izafesi mümkün olmaz[2].

cccc. Neticeye Sebep Olan Fiilin İradi Olması

Failin neticeyi meydana getiren hareketi bilerek ve isteyerek yapması önemli bir şarttır. Neticeyi istemeyen bir kimseyi sorumlu tutabilmek için, özen görevini yerine getirmemesinin dışında, hareketinin de iradi olması şartını aramak gerekir. Dolayısıyla hareketi iradi olmayan bir kimseyi sorumlu tutmak düşünülemez.

Taksirli icra suçlarında, öldürme gibi, hareketin iradiliğini tespit kolaydır. Ancak taksirli ihmali suçlarda, ihmali hareketin iradiliğini tespit etmek güçlük arz edebilir. Gerçekten de sokakta bir çukur açıp da gereken levha ve işaretleri koymayı unutan görevlinin, bu unutkanlığı isteyerek yaptığı söylenemez denmiştir. Buna karşı, taksirli ihmali suçlarda da hareket iradi olabilir. Unutkanlık, dikkatsizlik halinde de fail dikkatli davranmak, özeni göstermek istememiştir. "Bir insan dikkatli olmayı isteyince, dikkatli davranır; bir şeyi unutmuşsa, bunun sebebi yeteri kadar dikkatli davranmak istemediğindendir"[3].

İhmali suçların kasten olduğu gibi taksirle de işlenebileceği öğretide kabul edilmektedir. Taksirli garantörsel ihmali suç, bir garantörün önlenebilir bir neticeyi istemeden ve özene aykırı olarak engellememesidir. Taksirle işlenen ihmali suçlarda, ihmali hareket ile kasti olmaksızın, ancak öngörülebilir, önlenebilir ve objektif olarak yüklenebilir bir yükseltilmiş tehlike yaratılmakta ve böylece suç tipi gerçekleştirilmektedir[4]. Örneğin, babanın çocuğun devamlı balkondan sarktığını görmesine rağmen, bugün yarın diyerek balkon korkuluğunu yükseltmeyi ihmal etmesi ve çocuğun

---

narından bir kişinin yola fırlayabileceğini kestirmeyerek araç kullanıp mağdurun yaralanmasına sebebiyet verdiği, olayda bu nedenle tali derecede kusurlu olduğu kanaatine varılarak sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ise de, sanığın "çocuğun yola birden fırladığı, hemen fren basmasına rağmen mesafe yakın olduğu için duramadığı" şeklindeki aşamalarda değişmeyen savunması ve bu savunmayı doğrulayan tanık ...'in hemen olayın akabinde alınan "çocuğun sokak arasından topun peşinden birden fırladığı" şeklindeki beyanı dikkate alındığında sanığın kısa mesafeden seyir yoluna koşarak giren mağdur yayaya karşın fren tedbirine başvurduğu mevcut şartlarda alabileceği başkaca bir önlemin bulunmadığı kabul edilerek beraatine karar verilmesi gerekir". 12 CD. 22.03.2017. 75/2257.

[1] CGK. 16.09.1985, 455.

[2] 2. CD. 17.04.1990, 4146.

[3] Donmezer/Erman, II, 257.

[4] Hakeri, İhmal, 242 vd.

balkondan sarkarak düşüp ölmesi. Tabi bu takdirde uygulanacak hüküm **TCK** 83 değil, **TCK** 85 olacaktır.

dddd. Neticenin Öngörülebilir (Tahmin Edilebilir) Olması



A, beraber olmak için bir hayat kadını ile anlaşır. Gece kulübünde yiyip içip, alkollü olarak odalarına çıkar ve orada da esrar alırlar. A, erken boşalma sorunu olduğundan geciktirme amaçlı olarak cinsel organına, genelde sünnet sırasında o bölgeyi uyuşturması için kullanılan bir lokal anestezi kremi sürer. Hayat kadını olan bayan oral seks yapar ve sonra uyurlar. Ancak A'nın sürdüğü krem kadının dilini uyuşturur, uyku esnasında kadının dili içeri kaçar ve nefes borusu tıkanır. Beyni 20-25 dk. oksijensiz kalır ve 2 ay yoğun bakımda kaldıktan sonra ölür. A hakkında bilinçli taksirle ölüme sebebiyet vermek suçlamasıyla dava açılır.

(Olay Türkiye'de gerçekleşmiştir).

Failin öngörülebilir bir neticeyi öngörmesi gerekirken bunu yapmaması, toplumun kendisini kınamasının sebebidir. "Her ne kadar failin iradesi ile netice arasında psikolojik bir bağ kurulamasa da", yani netice fail tarafından istenmemiş ise de neticenin öngörülmemesi faile yüklenebilmektedir.

Toplumun kendisine yüklediği dikkat ve özen vazifesini ihlal ederek zararlı neticeye sebep olan ferdin cezalandırılacağını belirtmiştik. Söz konusu vazifenin yerine getirilmesi, her vazifenin yerine getirilmesinde aranan bir imkânın varlığına bağlıdır. İşte bu imkân neticenin öngörülebilir nitelikte olmasıdır. Bu bakımdan öngörebilmenin imkânsız olması durumunda taksirden söz edilemez. Gerçekten öngörülemeyen bir neticeye engel olunabilmesi de düşünülemez. Engel olunabilmesi düşünülemeyen bir neticeden de faili sorumlu tutmak mümkün değildir.

Nitekim *Yargıtay* da aynı yönde karar vermiştir: *"Olay yeri ve kaza ile ilgili olarak düzenlenen kroki nazara alındığında, en sağ şeritte seyreden ve orta kaldırımda mevcut bariyerler sebebiyle, daha sola kaçma **imkânı olmayan** sanığın; düzenlenen kaza raporunda herhangi bir fren izinden de bahsedilmemesi karşısında, süratli intikal müddeti içinde **ani olarak yola çıkan mağdura** çarpmamak için alacağı bir önlem bulunmadığı"* nazara alınarak

beraat kararı verilmelidir[1].

Yine bir yayanın, araba çarpması sonucu, arabadakilerin yaralanacağını veya öleceğini öngörmesi mümkün değildir: *"Yayaların karşıdan karşıya geçerken kendilerine bir motorlu aracın çarpacağı ve araçtakilerin yaralanacağı veya öleceği hayatın olağan akışına göre düşünülemeyeceğinden, sanığın üzerine atılı taksirli suçta neticenin öngörülmesi unsurunun olayda gerçekleşmediği..."*[2]. *Yargıtay*[3], aynı gerekçeyle, intihar etmek için kendisini hızla gelen otomobilin altına atan ve kazaya neden olan şahsın amacı, kendi yaşamına son vermek olduğundan, sürücünün yaralanabileceğini önceden öngörebileceğinin söylenemeyeceği gerekçesiyle, taksirin öngörme unsurunun gerçekleşmediğine karar vermiştir ki, bu görüşe katılmıyorum. Burada bir arabanın önüne bir insanın kendisini atması sonucu kaza meydana gelmesi öngörülebilir bir neticedir. Somut olayda intihar teşebbüsünde bulunan kişinin bunu öngörmüş olup olmamasının bu bakımdan bir önemi bulunmamaktadır.

> *Olay, sanık Hakan Erdoğdu'nun ellerindeki siğil (Verruca Vulgaris) için kullandığı ilacı ölen 2,5 yaşındaki Özcan Mercan'ın içip ölmesinden ibaret olup, ölenin babası olan sanık Celal'in; evde ayrı bir odada misafir olarak kalan ve başkaları tarafından bilinen, devamlı ilaç kullanmasını gerektiren bir hastalığı bulunmayan diğer sanık Hakan Erdoğdu'nun ilaç kullanıp kullanmadığını kontrol etme gibi bir basireti göstermesi gerektiğinin kendisinden beklenmesinin; sanık Hakan Erdoğdu'nun ise 15 yaşında olup misafir olarak kaldığı evde kendisine tahsis edilen odada kullandığı ilaç şişesini kapatıp sehpa üzerine bırakmaktan ibaret eyleminde, ölen çocuğun odaya girip sehpa üzerindeki ilaç şişesini açarak ilacı içebileceğini düşünmesini beklemenin de sanığın yaşı, sosyal yapısı ve bulunduğu ortam nazara alındığında, hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği bu nedenle de her iki sanığın beraatlerine karar verilmesi gerektiği... (9.CD, 05.11.2008, 11946).*

Amerikan Hukuku'nda neticenin gerçekleşeceği konusunda "yüksek olasılık" (high degree of probability) aranmaktadır[4].

Taksirin unsurlarından birini teşkil eden öngörebilmenin tespitinde failin şahsi nitelikleri örneğin, tecrübesi, yaşı, zekâ derecesi, görgüsü, mali durumu, beden kusurları, cinsiyeti ve sosyal seviyesi nazara alınır[5]. Yani öngörmenin tespiti bakımından esas alınacak olan kişi, failin dışındaki orta kabiliyetli veya failin bulunduğu sosyal gruptan orta kabiliyetli bir kişi değil, *"failin bütün kabiliyet ve niteliklerini üzerinde toplamış"* bir kişidir[6]. Yargıtay da aynı görüşü benimsemektedir: *"Bir köylü olan maznunun atı yedeğinde götürmek suretiyle, at genç bir hayvan olduğundan yapması muhtemel bir huysuzluğa karşı **kendi görgüsü ve içtimai seviyesine uygun** ikinci bir tedbir olarak da harmandakilere (çekilin, atı da biraz uzaklaştırın, belki vurur) ihtarını da yapmış olduğuna göre,... **kendi bilgi ve görgü seviyesi ölçüsünde** bütün tedbirleri almış bulunan... maznuna atıf ve isnadı kabil bir tedbirsizlik ve dik-*

---

1 9. CD. 16.02.1982, 738.
2 9. CD. 16.05.2005, 2052.
3 Karar No 2011/1530Kaynak: UYAP
4 Bkz. People v. Nieto Benitez
5 İçel, Taksir, 153; Artuk, 231
6 İçel, Taksir, 109.

katsizlik ve evamir nizamata riayetsizlik görülmemiş olmasına binaen..."[1]. Sanığın evine 70 m. uzaklıkta 2 m. derinlikte çukur açması ve çukurun üzerini kapatmadığı gibi, uyarıcı ve önleyici tedbir almadığı ve yağan yağmurlardan suyla dolan çukurun fark edilemez hale gelmesi ve bir çocuğun bu çukura düşerek boğulduğu bir başka olayda, *Yargıtay*, 65 yaşında olan sanığın **yaşı, hayat tecrübeleri, sosyal durumu itibarıyla** evlere yakın ve yola on metre mesafede, herkesin gelip geçtiği, çocukların oynamakta bulunduğu bir alanda açtığı çukura çocukların ve hatta gece karanlığında büyüklerin de düşebileceğini tayin ve takdir edebilecek halde olduğu; bu nedenle öngörülebilir tehlikeye rağmen yol kenarında çukur açıp hiçbir önlem almayan sanığın tedbirsizce hareket ettiğine karar vermiştir[2].

"Meydana gelen netice her türlü öngörebilme yeteneğinin dışında ve kimse tarafından öngörülemeyecek durumda bulunuyorsa, taksirin değil, kaza ve tesadüfün bulunduğunu kabul etmek gerekir". Hiç kimsenin öngöremeyeceği bir şey faile de yüklenemez.

"Şu halde **neticenin öngörülebilir olup olmaması, kaza ve tesadüfle** taksiri ayırt eden sınırdır ve kaza ve tesadüf halinde **sorumluluk bulunmaz**"[3].

Trafikte tüm kurallara uygun olarak seyreden sürücü, iki arabanın önünden aniden çıkan bir çocuğa çarparak ölümüne neden olması halinde, ortada teknik manada bir kaza olduğundan cezalandırılamaz. Taksir şeklinde dahi kusurluluğu bulunmamaktadır. Buna karşın aynı sürücünün yolun kenarında oynayan çocukları görmesi halinde durum değişir. Zira bu takdirde öngörülebilirlik şartı gerçekleşmiş olur. Yolun kenarında oynayan çocukların mevcudiyeti, bunların her an yola fırlaması ihtimalini de ortaya çıkarır. Bu durumda trafik kazası öngörülebilir olur. Keza büyükbaş bir hayvana çarparak, kafasının karşı şeritte kurallara uygun bir şekilde kendi şeridinde seyreden bir aracın camından içeri girerek bu araç sürücüsünün kaza yaparak başka insanların ölümüne sebebiyet vermesi halinde de kaza ve tesadüf söz konusudur.

Olayın, ölen 6 yaşındaki kulağı ağır işiten Eda'nın park halindeki aracın önünden yola aniden fırlaması ile meydana geldiğinin anlaşılması karşısında, sanığın beraatine karar verilmelidir (9. CD, 30.10.2007, 7635).

"Öngörülebilirlik" taksiri kaza ve tesadüften ayırdığı gibi, ayrıca, bilinçli-bilinçsiz taksir ayrımında da önem arz etmektedir.

eeee. Failin Neticeyi İstememiş Bulunması

Failin bilerek ve isteyerek yaptığı hareketten doğan hukuka aykırı neticeyi istememiş olması gerekir.

---

[1] CGK. 24.04.1960. İçel. Taksir. 100. dn. 212.
[2] CGK. 24.04.1995. 134.
[3] Donmezer/Erman. II. 263.

Neticenin istenmemesi taksiri kasttan ve özellikle de olası kasttan ayırmaktadır.

Neticenin istenmemesi ile neticenin öngörülmüş olması birbirinden farklı hususlardır. Netice somut olayda öngörülmüş olmasına rağmen, istenmemiş olabilir. Mesela bir okuldan öğrencilerin çıktığını gören sürücünün, hızlı gitmesi halinde çocuklardan birine çarpabileceğini öngörmesi mümkündür. Ancak buna rağmen hızlı gitmesi, onlardan birisine çarpmayı istediği manasına gelmez. Fakat bu halde, taksir bilinçlidir.

ffff. Hareket ile Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Hareket ile netice arasında bir nedensellik bağının varlığı, cezalandırmanın şartını teşkil eder.

Üçüncü şahsın ve mağdurun hareketlerinin nedensellik bağına etkisi aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

ddd. Taksir ve Teşebbüs

> Taksirli suça teşebbüs cezalandırılmaz

Taksirli suçlardan dolayı sorumluluk için neticenin meydana gelmiş olması gerekir. Şu halde, taksirli fiile teşebbüs cezalandırılmamaktadır.

Ceza hukuku açısından geçerli olan bu kuralın, başka hukuk dallarında geçerli olmaması mümkündür. Nitekim trafik mevzuatında, hukuka aykırı zararlı netice meydana gelmemiş olmasına rağmen failin cezalandırıldığına rastlamak mümkündür. Örneğin, hız kurallarına uymama. Bu gibi durumlarda taksirli bir suçtan değil, kurallara aykırılığı ayrıca ve tek başına cezalandıran suçlardan bahsedilir (**TCK** 179)[1].

eee. Bilinçli-Bilinçsiz Taksir Ayrımı



Öğretide öngörülü taksir olarak da adlandırılan[2] bilinçli taksir ile bilinçsiz taksir ayrımını izaha başlamadan önce, tekrar hatırlatılması gereken husus, taksir sorumluluğu için neticenin öngörülebilir (tahmin edilebilir) olmasının gerektiğidir. Netice öngörülebilir ise taksir söz konusu olabilecek; aksi takdirde taksirden bahsolunamayacaktır (kaza, tesadüf).

Somut olayda netice öngörülebilir ise bu kez ikili bir ayrıma gidilir: Acaba fail, öngörülebilir neticeyi öngörmüş müdür, yoksa öngörmemiş midir? İşte bilinçli-bilinçsiz taksir ayrımındaki kıstas budur. Eğer fail, neticeyi ön-

[1] Artuk. 231.
[2] Toroslu, Ceza Hukuku. 152.

görmüş ise bilinçli (=öngörülü) taksirden[1]; öngörmemiş ise bilinçsiz (=öngörüsüz) taksirden söz edilir. Bilinçli taksirde fail, normalde öngörülebilir neticeyi, somut olayda da öngörmüş, buna rağmen her ne kadar öngördüğü neticeyi istemese de yine de hareketi yapmıştır. Bilinçsiz taksirde ise fail normalde öngörülebilir neticeyi, somut olayda öngörmemiştir[2].

Bilinçli taksir kanunumuzda "*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi*" şeklinde tanımlanmıştır (**TCK** 22/3).

Bilinçli taksirde fail her ne kadar neticeyi genel hatlarıyla öngörebilmekte ise de o olayda neticenin meydana gelmeyeceğini kabul etmektedir. Tabancayı boş zannederek tetiğini çeken kimse, bir kişinin ölümüne neden olursa, öngörülebilecek neticeyi öngörmemiştir: Bilinçsiz taksir. Buna karşın dolu bir tabancayı ustalığına güvenerek ateşleyen kimse, her ne kadar neticeyi istememiş ise de neticeyi öngörmüştür. Ancak somut olayda gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır: Bilinçli taksir[3].

Örneğin, karlı bir günde köy yolunda gitmekte iken domuzların arkadaşına saldırması üzerine, üzerine yüklenen domuzdan ölen arkadaşını kurtarmak için domuza ateş eden ve fakat bu arada kurşunlardan birinin arkadaşına isabetiyle ölümüne sebebiyet veren kimsenin bilinçli taksirle hareket ettiği açıktır. Fail neticeyi öngörmekte, fakat asla istememektedir[4]. Keza tek yönlü yolda ters yönde araç kullanmak sonucunda meydana gelen kazada bilinçli taksir vardır[5]. Burada da kişi ters yönde araç kullanmanın sonuçlarını öngörmekte, ancak her-

---

[1] "Mağdurenin yurttan kaçtıktan sonra arkadaşının tanıştırdığı sanığın evinde kalmaya başladığı 3. günün akşamı aynı evde oldukları sırada, sanığın alkol alırken mağdureye kendisine eşlik etmesini istediği, mağdurenin de alkolü kolaya kanşlınp biraz içince başının dönmeye başladığı, sanığın masada otururken mağdureye "Bu gece benimle birlikte yatsana" dediği, mağdurenin "Sen ne diyorsun abi" diyerek masadan kalktığı sırada sanığın "Sigaramı yak"demesi üzerine mağdurenin sanığın sigarasını yakarken sanığın kendisine sarılması üzerine mağdurenin odadan çıkarak evin dış kapısını açmaya çalıştığı ancak kilitli olduğunu anlayınca bu kez dış kapıya vurarak yardım istediği, sanığın ise masadan kalkıp "Etrafları duyan olacak" diyerek mağdureye kızarak alkolün etkisiyle yere düşen mağdureye sarılmaya çalıştığı bu esnada "Benimle yatacaksın, sürekli benim yanımda kalacaksın" dediği, sanığın cinsel istismarından kurtulmak amacıyla mağdurenin mutfağa kaçtığı, sanığın da "Yanıma gel, kucağıma otur" diyerek arkasından gittiği, mağdurenin önce mutfakta eline bıçak aldığı ancak bunu kullanamayacağını düşünerek bırakıp mutfağın açık olan penceresine çıkarak olay yerinden geçmekte olan tanık C.'dan yardım edip, bir yerleri aramasını istediği, sanığın da mutfağa gelmesi üzerine mağdurenin yaklaşması halinde aşağıya atlayacağını sanığa söylediği, sanığın ise "Birşey yapamazsın, atlarsan seni yine yurda teslim ederler" deyip mağdureyi ellerinden tutup pencereden içeriye çekmeye çalıştığı, ancak başarılı olmayınca bu kez mağdurenin ellerini bırakıp silkelediği esnada ayaklarıyla pencereden kendisini sarkıtmış olan mağdurenin 3. kattan düştüğü, düşme neticesinde mağdurenin vücudunda ağır derecede kemik kırıkları oluştuğu, somut olayda korku ve panik içerisinde, pencereden kendisini sarkıtmış, yaklaşırsa atlayacağı söyleyen mağdurenin üzerine giden sanığın, mağdurenin düşebileceğini öngörmesine rağmen, gücüne ve onu gen içeri çekebileceğine güvenerek yukarda ifade edildiği biçimde davranmak suretiyle bilinçli taksirle mağdurenin yaralanmasına sebebiyet verdiği...". 14. CD. 19.01.2015, 887/329.

[2] "Olay günü onbir yaşındaki akrabası tanık E. K. ile birlikte evine gelen üç yaşındaki N.'in, yatak odasına girip güvenlik amacıyla dolu olarak pencere yanındaki perdenin arkasına bırakılan 113 cm. uzunluğunda ve 3,5 kg. ağırlığındaki av tüfeğini bulup sürükleyerek hole getirdiğini gören sanığın, doğabilecek tehlikeyi önlemek için panik ve telaş içerisinde tüfeği almaya çalıştığı sırada tüfeğin patlaması sonucunda küçük N.'in ölümüne neden olduğu olayda, sanığın tüfeğin dolu olduğunu gözetmeksizin panikleyerek dikkatsiz şekilde tüfeği ölenin elinden almaya çalışması ve tüfeği alırken tetik kısmından tutması sebebiyle kusurlu ise de, sosyal çevre, bilgi ve kültür düzeyi de göz önüne alındığında meydana gelen ve öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmediği anlaşıldığından bilinçli taksirin şartları oluşmamıştır". CGK. 2.6.2015, 12-470/188.

[3] Erem/Danışman/Arluk, 468, 469.

[4] 9. CD. 06.12.1983, olayda mahkeme isabetli olarak zorunluluk hali dolayısıyla sanığı cezalandırmamıştır.

[5] 9. CD. 06.05.2006, 3094, aynı yönde, 9. CD. 01.11.2006, 5611.

Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır.

Öğretide ve uygulamada taksirin unsurları;

a- Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması,

b- Hareketin iradiliği,

c- Neticenin iradi olmaması,

d- Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,

e- Neticenin öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olması, şeklinde kabul edilmektedir.

Bilinçli taksir ise 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesinde, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" olarak tanımlanmıştır. Taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır.

Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekettebulunmamakla yükümlüdür.

Tüm açıklamalar çerçevesinde;

Sanığın idaresindeki hayvan gübresi yüklü kamyonla gece vakti yağışlı havada, ıslak zeminde çift yönlü, yokuş aşağı eğimli, sola doğru sert virajlı yolda seyrederken hızını yol şartlarına ayarlamamaktan dolayı şerit ihlali yaparak karşı şeride taşması ile karşıdan gelen katılanların içinde bulunduğu araca çarpması şeklinde gelişen bir kişinin öldüğü üç kişinin yaralanmasıyla sonuçlanan olayda bilinçli taksirin şartlarının bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırı..." (12.CD, 23.01.2013, 2056).

hangi bir şey olmayacağı inancıyla hareket etmektedir. Aşırı alkollü ve uykusuz araç kullanılması halinde[1], hatalı sollama durumunda da bilinçli taksir vardır[2].

Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlara bakıldığında, **neredeyse bilinçli taksirin kural, basit taksirin istisna olduğu anlaşılmaktadır ki, bu uygulamanın isabetli olmadığı kanaatindeyim.**

Belirtmek gerekir ki, suçun "basit taksirle mi" yoksa "bilinçli taksirle mi" işlendiğinin belirlenmesi açısından, ölenin de kusurlu olup olmamasının hiçbir

---

[1] 9. CD. 26.09.2005. 6440.

[2] "Sanık sürücünün yönetimindeki araç ile yerleşim yeri dışında, 7 metre genişliğinde, aydınlatmanın olmadığı, iki yönlü, virajlı, eğimsiz, kuru, asfalt kaplama yolda seyir halinde iken, karşı istikamet şeridine girerek idaresindeki otomobilin ön kısımları ile seyir halinde olan diğer sürücü idaresindeki otobüsün ön kısımlarına çarpması sonucu aracında bulunanların vefatı ve birden fazla kişinin yaralanması ile sonuçlanan olayda, sollama yasağı olduğunu gösterir düz şerit çizgisine ve sollama yasağı levhasına rağmen önündeki aracı sollamak sureti ile kazaya neden olduğu tanık beyanları ile tüm dosya kapsamından sabit olan sanığın eylemini bilinçli taksir ile işlediğinin kabulü ve hakkında TCK'nın 22/3. maddesinin uygulanması sureti ile bir hüküm kurulması gerekirken, eylemin basit taksirle işlendiğinin kabulü sureti ile ve suç niteliğinde yanılgıya düşülerek sanık hakkında eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiştir. 12.CD. 19.9.2017. 1417/6429.

önemi bulunmamaktadır. Çünkü kusurun olup olmadığının veya derecesinin tespiti, hâkim tarafından cezanın belirlenmesi aşamasında yapılması gereken bir işlemdir[1].

Tıp hukuku alanında bilinçli taksir, öğreti ve kanunda yapılan tanımlar bire bir göz önünde bulundurulacak olursa, hekimin hemen her tıbbi müdahalesinde söz konusu olacaktır. Gerçekten de, hekim tıbbi müdahalede bulunurken meydana gelebilecek olumsuz neticeleri de çoğu kez öngörmektedir. Bu nedenle, kanımca bilinçli taksirin hekimin tıbbi müdahalesinde kabulü için ilave birtakım koşulların aranması gerekmektedir. Dolayısıyla hekimin neticeyi öngörmesi yeterli görülmeyip, örneğin hekimin mesleki cüret vb. nedenlerle yapmaması gereken bir tıbbi müdahaleye girişmesi halinde bilinçli taksiri kabul etmek gerekecektir. Buna karşılık, her türlü taksirli neticede, "*nasılsa netice hekim tarafından öngörülmüştür*" şeklinde bir ön kabul söz konusu olmamalıdır. Keza hekimin sarhoş olduğu halde tıbbi müdahalede bulunması durumunda da bilinçli taksir vardır. Öğretide de, hastanın ısrarla "*kendisinin neredeyse tüm ağrı kesici ilaçlara karşı alerjisi olduğunu, bu ilaçlardan herhangi birini aldığında yüzünün gözünün şiştiğini, nefes almakta zorlandığını*" ifade ederken, hekimin "*korkma, bir şey olmaz inşallah*" gibi bir yaklaşımla önlem almaksızın hastaya analjeziği uygulaması sonucunda hastanın hayati tehlike geçirmesi veya ölmesi durumunda bilinçli taksirin bulunduğuna işaret edilmektedir[2].

> *Sanık oturduğu sitenin kenarındaki orta refüjle bölünmüş yolda kendi beyanına göre güneş ışıklarının tam karşı yönden gözüne gelmesi nedeniyle önünü iyi göremediği halde ters yönde ve mağdurdaki yaralanmanın şekli ve neticelerine bakıldığında yavaş sayılamayacak bir hızla araç kullanmış ve orta refüjden karşıya geçmeye çalışan mağdura çarparak yaralanmasına neden olmuştur. Sanık acil işi olduğundan doğru istikamette gidip yolu uzatmak istememiş, kısa bir mesafeyi ters yönden giderek kestirmeden anayola çıkmaya çalışmıştır. Daha önce kendisinin ve sitede oturan bir çok kişinin sorunsuz bir şekilde benzer şekilde davranmaları da kararında etkili olmuştur. Sanık ters yönde araç kullandığından yoldan geçmek isteyen bir kişinin kendisini fark edemeyebileceğini ve karşı istikametten gelen güneş ışıkları nedeniyle görüş mesafesinin yetersizliğinden çarpmaya engel olabilecek bir mesafede aracını durduramayabileceğini ve sonuçta da birisine çarparak yaralayabileceğini öngörmüş, ancak gideceği mesafenin kısa olmasına, tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, özellikle de şansına ve yoldan geçenlerin kendilerini araçtan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmiş ve böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek öngördüğü, ancak istemediği neticeye neden olmuştur.*
>
> *Bu nedenle sanığın eylemini bilinçli taksirle yaralama olarak vasıflandıran yerel mahkeme hükmünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır", CGK, 25.03.2014, 12-11/139.*

Benzer şekilde, diğer meslek alanlarında da, o mesleği icra etmek nedeniyle, meydana gelebilecek sonuçları önceden bilir durumda olmanın, bilinçli taksir açısından yeterli olmadığı kanaatindeyim. Bilinçli taksir sorumluluğu için, failin, örneğin "*bu kez de yola çıkalım, aracı sonra bakıma alırız*", "*bir kerelikten bir şey olmaz*" gibi düşüncelerle hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde, baştan genel bir

[1] CGK, 24.11.2009, 9-185/273.
[2] Bkz. Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013, 716.

kabul ile mesleki bilgi nedeniyle fail zaten bunları öngörebilir, dolayısıyla da baştan zaten bunların bilinçli taksiri vardır şeklindeki bir çıkarsama hatalı olur. Böyle bir uygulama mesleki taksir alanında doğrudan bilinçli taksir karinesine yol açacaktır.

Öğretide de iş kazaları örnek gösterilerek, işyerlerinde gerçekleşen kazalarının büyük çoğunluğunun işverenler tarafından öngörülebilecek düzeyde olmaları nedeniyle, işverenin sorumluluğunun bilinçli taksir olabileceği görüşüne karşılık, "*işverenin bu kuralları ihlali sonucunda bir iş kazasının meydana gelmesi olayında, işverenin bu kuralara uymamasının sonucunda bir iş kazası meydana gelebileceğini öngörmesi, ancak yeteneğine güvenerek bunun olmayacağına inanması şeklinde, bilinçli taksir yapısını buraya uygulamak pek mümkün görünmemektedir*" denilmektedir[1]. Doktrinde verilen bu örnekte de görüldüğü üzere bilinçli taksir bakımından neticeyi öngörebilmek, bilmek tek başına yetmemekte, ayrıca yeteneğine güvenerek veya diğer bazı ek şartlar altında neticeye sebebiyet vermek gerekmektedir.

Yargıtay uygulamalarının da aynı yönde olduğu görülmektedir:

2918 sayılı Yasanın 65. maddesinin 1. fıkrasının (c) ve (g) bentlerinde belirtilen düzenlemeye aykırı olarak, kamyon kasasını aşacak şekilde dolgu malzemesi yükletilip, bu yükün üzeri branda çekilerek kapatılmadan ve başkaca tedbir de alınmadan şehirlerarası yola çıkılması, normal yaşam kuralları gereği sarsıntının da etkisiyle kamyondaki taşların düşebileceğinin ve başka araçlara veya olayımızda olduğu gibi yol kenarında yürümekte olan insana çarparak yaralama ve ölümlere yol açabileceğinin kamyon sürücüsü tarafından öngörülmesi gereken bir husus olması ve buna rağmen sözü edilen hatalı taşıma işinin zaman ve emekten tasarruf sağlanması ve bu yöntemle ilgili geçmiş deneyimlerinin şansla sonuçlanması gibi nedenlerle sanığın bu riski göze aldığının anlaşılması karşısında; olayda bilinçli taksir halinin bulunduğunun kabulü gerekir[2]. Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında kamyondaki taşların düşebileceğinin ve insanların ölümüne sebebiyet verebileceğinin öngörülebilir bir husus olmasını yeterli görmemekte, gerçekten de somut olayda kamyon şoförü tarafından öngörülmüş müdür, onu araştırmaktadır: "*...Sözü edilen hatalı taşıma işinin zaman ve emekten tasarruf sağlanması ve bu yöntemle ilgili geçmiş deneyimlerinin şansla sonuçlanması gibi nedenlerle sanığın bu riski göze aldığının anlaşılması karşısında...*".

---

1 Özen/Tozman, 228.

2 CGK. 06.10.2009, 220. Yine benzer bir kararında Yargıtay aynı hususa işaret etmektedir: "*Bilinçli taksir 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesinde, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" olarak tanımlanmıştır. Taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır.*
Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz, neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür". Görüldüğü üzere bu kararda da Yargıtay, neticenin genel olarak öngörülebilir olmasını değil, somut olayda öngörülen neticenin, şans, beceri, bilgi vs. gibi etkenlere bağlı olarak gerçekleşmeyeceğine inanç ile hareket edilmesini aramaktadır. 12.CD, 23.01.2013, 2056.

Nitekim Yargıtay da trafik alanındaki bir kararına ehliyetsiz araç kullanmanın tek başına bilinçli taksir sonucunu doğurmayacağına isabetli olarak karar vermiştir[1].

Bu nedenle mesleki taksirin söz konusu olduğu olaylarda, doğrudan bilinçli taksir kanaatine varılacak olursa, bütün bu olaylarda yukarıda belirttiğim hususlar tartışılmaksızın otomatik olarak bilinçli taksir kabulü gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Son olarak bilinçli-bilinçsiz taksir **ayrımının** bizim hukukumuz açısından **öneminе** temas etmek istiyorum:

1- Bilinçli taksir halinde, taksirli suça ilişkin ceza artırılır (**TCK** 22/3). Bilinçsiz taksirin daha hafif cezalandırılmasının nedeni ise failin neticenin gerçekleşebileceğini tahmin edememesidir. Tahmin ettiği halde hareketin yapılması, faildeki kusurluluğun daha yoğun olduğunu gösterir.

2- Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez. Ancak bilinçli taksirde ise sadece cezada indirim yapılır (**TCK** 22/6).

3- Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa, bu ceza adli para cezasına çevrilebileceği halde, bilinçli taksir halinde hapis cezası ancak kısa süreli olduğu takdirde adli para cezasına çevrilebilecektir (**TCK** 50/4).

4- Taksirle yaralama suçunun soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlıdır. Bilinçli taksir durumunda ise basit yaralama dışındaki yaralamalarda soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır (**TCK** 89/5).

fff. Bilinçli Taksir- Olası Kast Ayrımı

Bugün ceza hukuku öğretisinde en çok tartışılan konulardan birisi olası kast ile bilinçli taksir ayrımıdır[2]. Çünkü her ikisinde de neticenin öngörülmüş olması söz konusudur. Dolayısıyla ikisi arasında çok ince bir çizgi vardır ve bu çizgi iyi belirlenmediği takdirde kolaylıkla yanlış kararlara varılabilir.

Suç failinin, kastın BİLME alanında, hareketiyle ilgili suçu gerçekleştireceğini bir ihtimal olarak hesaba kattığı; buna karşın kastın İSTEME alanında, suçun gerçekleşmesini önemsemediği hallerde, hem olası kast, hem de bilinçli taksir söz konusu olabilir[3].

Olası kast bilinçli taksire benzetilebilir. Olası kastta da fail hareketinin hukuka aykırı bir netice meydana getirebileceğini öngörmektedir. Bilinçli taksirde fail öngördüğü neticenin meydana gelmeyeceği kanısındadır, neticenin meydana gelmesini istemez. Gerçekleşmemesi için gerekeni yapar. Örneğin kalabalık caddede süratli motosiklet kullanan bir kimse, bir kimseye

---

[1] 9 CD. 17.03.2009. 3112.
[2] Heinrich. 106.
[3] Heinrich (Ed. Ünver). 186.

çarpabileceğini öngörür, düşünür, ancak kendi maharetine güvendiğinden kaza yapmayacağına inanır, kaza neticesini istemez. Neticenin gerçekleşme ihtimalinin varlığını kabul ettiği anda, hareketi yapmaktan, motosikleti sürmekten vazgeçer.

Belirtilmesi gereken husus bu kavramlardan birinin kastın, diğerinin ise taksirin bir çeşidi olduğudur. Bundan çıkan temel sonuç odur ki, bilinçli taksirde neticenin istenmemesi söz konusu olmak gerekir iken; olası kastta fail neticeyi doğrudan istememekte ise de istememe de bulunmamaktadır. Bu karışık ifadeyi açacak olursak: Fail olası kastta, kendi istediği neticenin dışındaki neticelerin de meydana geleceğini öngörür, bu neticelerin gerçekleşip gerçekleşmemesi karşısında kayıtsızdır, önemli olan ne pahasına olursa olsun gerçekleşmesini istediği bir netice vardır ve bu neticeye bağlı olarak gerçekleşmesi olası olan neticeleri de kabullenir, göze alır. Bu kabullenme, olası kastta püf noktasını oluşturmaktadır. Kişi neticeleri doğrudan istemiyorsa da gerçekleşmesini de kabullenmektedir. Buna karşılık bilinçli taksirde de fail neticeyi öngörür. Yani neticelerin gerçekleşebileceğini bilir. Ancak bu neticelerin gerçekleşmesini ASLA istemez. Olası kast ile bilinçli taksirdeki ortak nokta olan "öngörme" bu ikisini birbirinden ayırt etmekte güçlüğe yol açmaktadır. Ancak bu müşterek noktaya rağmen, ikisinin ayrıldığı nokta neticenin kabullenilip kabullenilmemesi noktasıdır. Öngörülen netice kabulleniliyorsa olası kast, kabullenilmiyorsa bilinçli taksir vardır[1].

Somut bir örnek vermek gerekirse, fail düşmanını işyerinde bulunduğu sırada öldürecektir. Ancak işyerinde müşterilerin de isabet alması tehlikesi vardır. Ama failin müşterilerle bir alıp veremediği yoktur. Onun sorunu düşmanıyladır. Fakat onu mutlaka orada öldürmek istemektedir, zira başka bir yer veya zamanda belki bu kadar elverişli bir fırsat eline geçmeyecektir. Ancak bu fırsatın da bir dezavantajı vardır ki, aslında ölmeleriyle bir fayda elde edemeyeceği kimselerin de ölmesi OLASILIĞI vardır. Bununla beraber fail bu fırsatı kaçırmamak için diğer kimselerin ölmesini doğrudan istemese de ölmelerini KABULLENİR ve düşmana orada ateş eder. Düşmanının yanı sıra müşterilerden biri de ölür. İşte düşman açısından doğrudan kast, müşteri bakımından ise olası kast vardır[2].

Bilinçli taksire bir örnek şöyle verilebilir. Fail işine geç kalmıştır ve bu nedenle çok süratli araç kullanır. O sırada bir okulun dağıldığını ve öğrencilerin çıkmakta olduğunu görür. Kendisinin de süratli olması dolayısıyla bunların yola çıkması durumunda onlara çarpabileceğini düşünür (öngörme unsuru). Ancak araç kullanmaktaki maharetine güvenerek, hızını azaltmaz. Nasılsa fren yaparım, ya da kornaya basarım, çok zorda kalırsam direksiyonu kıranım vs. gibi düşüncelerle kötü bir şey olmayacağı düşüncesiyle yoluna devam eder, ancak yola fırlayan bir çocuğa çarpar ve ölümüne neden olur. Burada

---

[1] Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku, 36, 37.

[2] "Hasım telâkki ettiği kişiden başka kimselerin de var olduğu lokantaya girerek onceden tanışmış olduğu Yüksel'e tevcihen tabancasını 4 el ateşleyen, Yüksel'in yanı ve arka bölümünde bulunan kişileri de görmesi nedeniyle onlardan bir veya birkaçının isabet alıp ölebileceğini öngörür durumda atışlarını tevaddi ettirerek maktul Fatih'in isabet almasına ve ölmesine neden olan sanığın, eyleminin Yüksel'i öldürmeye eksik kalkışmak ve Fatih'i gayrimuayyen kasıtla öldürmek olduğundan kuşku bulunmadığı...". (1. CD., 18.02.2004, 364).

fail çocuğun ölümünü istemediği gibi, kabullenmemektedir de. Bu nedenle olası kastından değil, bilinçli taksirinden bahsetmek gerekir[1].

Aşağıdaki *Yargıtay* karar bilinçli taksir olası kast ayrımını ortaya koymak bakımından ilginç bir olaya ilişkindir:

"Sanığın kaçar umuduyla arabayı mağdurun üzerine sürdüğü ve fakat onu yaralamaktan kurtaramadığı kanısına ulaşılırsa eylemin bilinçli (öngörülü) taksirle işlendiğinin ve taksirle yaralama olarak kabulünün gerekeceği..."[2].

Görüldüğü üzere sanık aracını mağdurun üzerine sürmekte, ancak onun yaralanmasını göze almamakta, kaçıp kurtulacağını düşünmektedir. Kesin çarpacağını düşünecek olursa, aracını mağdurun üzerine sürmeyecektir.

Bir başka karar: "*Sanığa ait olan, orijinal imalinde kuru sıkı ya da gaz fişeği atmak için yapılmış ancak sonradan yivli/setli namlu takılmak suretiyle 7,65 mm mermi atar hale getirilmiş tabancanın çalışıp çalışmadığı konusunda sanıkla maktul arasında geçen konuşma sonrasında, sanığın atışa salih ve içinde mermi olduğunu bildiği tabancayı emniyet mandalının açık olup olmadığını kontrol etmeden maktulün şakağına dayayarak ateş etmek suretiyle öldürmek eyleminde sanığın sonucu kabullenerek tetiği çekmesinin bilinçli taksir değil, olası kastla insan öldürmek suçunu oluşturduğu...*"[3].



ÖZETLE, BİLİNÇLİ TAKSİRDE FAİL KENDİ KENDİNE,

***"YOK CANIM BİR ŞEY OLMAZ"* DERKEN;**

OLASI KASTTA KENDİ KENDİNE,

***"OLMAZ, OLMAYABİLİR, AMA OLURSA DA OLSUN"* DER.**

TABLO NO: 2[4]

DOĞRUDAN KAST	**ÖLÜMÜ HAK ETMİŞTİ**
OLASI KAST	HAK ETMEDİ, AMA ÖLÜRSE ÖLSÜN
BİLİNÇLİ TAKSİR	**BEN BECERİRİM, BİR ŞEY OLMAZ.**
BİLİNÇSİZ TAKSİR	ÖLMÜŞ MÜ?, ÇOK ÇOK ÜZGÜNÜM.

ggg. Üçüncü Kişinin veya Mağdurun Hareketinin Nedensellik Bağına Etkisi (Taksirli Hareketlerin Birleşmesi)

Taksirli suçlarda neticenin sadece failin hareketi sonucunda değil de bazen de üçüncü bir kimsenin veya mağdurun hareketinin de etkisi ile meydana gelmesi söz konusu olabilir.

---

1 Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku, 37, 38

2 4. CD. 25.03.1996, 2577.

3 1. CD. 30.05.2007, 4308.

4 Bkz. Savaş, 193.

Nedensellik bağlantısına yapılan etkinin sorumluluk doğurması için üçüncü kişinin hareketi kusurlu olmalıdır. Aksi takdirde yalnızca taksirli hareketin faili sorumlu olacaktır[1].

Konuya aşağıdaki tabloda kuşbakışı baktıktan sonra, neticenin oluşmasına hareketiyle neden olan, faillin dışındaki kişinin üçüncü kişi veya mağdur olmasına göre ihtimalleri değerlendirelim[2].

TABLO NO: 3

	3. Kişi	Mağdur
Kusurlu	Hem fail hem 3. kişi ayrı ayrı taksirden sorumlu	(TCK 22/4)
Kusursuz	**Sadece fail sorumlu**	Sadece fail sorumlu

aaaa. Üçüncü Kişinin Hareketi

Taksirli suçlara iştirak mümkün değildir (Aksi görüşü savunan yazarlar vardır).

Üçüncü kişinin kusursuz olduğu durumlarda, sadece fail cezalandırılır. Örneğin, ev sahibi mutfakta her zaman tuzun bulunduğu yere dikkatsizlikle arsenik koysa ve aşçı da tuz alıyorum düşüncesiyle yemeğe arsenik koyarak ölüme neden olsa, sorumlu ev sahibi olur, aşçının taksiri yoktur[3]. Nitekim "yapılan manevra sırasında kazayı önlemek maksadıyla bu işlerden anlayan bir şahsın gözcü olarak vasıtanın arkasını kontrol için bırakılmış olması ve onun kumandasına göre manevra yapması halinde vûku bulan kazada sanığın kusuru yoktur"[4]. Failin taksirli hareketi, bir başka kimsenin daha önceki taksirli hareketinden kaynaklanıyorsa, failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı yoktur. Nedensellik bağı artık, faili taksirli harekete sevk eden hareket ile netice arasında mevcuttur. Örneğin sürücü kursu öğretmeni, öğrenciyi yanlış yönlendirerek kaza yapmasına neden olursa, öğrencinin herhangi bir taksirli hareketi olmadığı takdirde, meydana gelen netice ile nedensellik bağı yoktur.

---

1 İçel, Genel Hükümler, 412.

2 Öğretide konuyu farklı ele alan yazarlar da vardır. Buna göre
Nedensellik bağı, mağdurun kusurlu hareketi veya bir üçüncü kişinin kasti veya taksirli hareketiyle nedensel sürece müdahalesiyle kesilmez. Önemli olan, ilk hareketin, neticenin gerçekleşmesine kadar etkisini devam ettirmesidir. Sürece daha sonra dâhil olan kişi, önceden başlayan sürece dâhil olması durumunda (ve özellikle önceden oluşturulan durumdan yararlanması durumunda), ilk hareketin neticenin gerçekleşmesine kadar etkisini devam ettirdiği söylenir. Wessels / Beulke, kn. 164. Mahkeme kararına konu bir olayda, A, iki kişiyi öldürdükten sonra, M'ye ateş etmiş ve bedenini diğer iki cesedin yanına koymuştur. Bu sırada olay yerine gelen B, inildeyen M'yi son bir atışla öldürmüştür. Burada A ve B, tamamlanmış kasten öldürme nedeniyle cezalandırılmıştır. Burada A'nın adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerektiği düşünülebilir. Ancak mahkeme, A'nın eyleminin, B'nin eylemine neden olduğunu, bu nedenle A'nın tamamlanmış adam öldürmeden sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. BGH MDR/D 56, 526.

3 İçel, Taksir, 172, 173.

4 1. CD, 12.03.1958, 646.

Buna karşın, fail zaten taksirli hareket ediyor ve bir başkasının da taksirli hareketi buna ekleniyorsa, failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı mevcut olmaya devam eder. Bu durumda mesele artık nedensellik bağı meselesi değil, failin ve üçüncü kişinin taksirinin tespiti meselesidir[1]. Örneğin yukarıdaki örnekte hem sürücü kursu öğretmeni öğrenciyi yanlış yönlendirmiş, hem de öğrenci hatalı bir hareket yapmışsa, o takdirde her ikisinin hareketi de nedenseldir. Keza bir inşaatın yıkımı sırasında yoldan gelip geçenlere zarar verilmemesi hususunda gerekli tertibatı almayan, örneğin yıkım alanını tahta perdeyle çevirmeyen müteahhit, iki işçisinin binadan sökülen kalası dikkatsizce sokağa atmaları sonucu meydana gelen neticeden her iki işçisiyle beraber taksirinden dolayı sorumludur[2]. Kanunumuzda bu husus açık bir düzenlemeye kavuşturulmuştur: "*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*" (TCK 22/5).

bbbb. Mağdurun Hareketi

Fail ile mağdurun hareketi bir araya gelirse, başka ifadeyle, iki hareket neticeye beraber neden olursa, nedensellik bağının tespiti problemi ile karşılaşılır.

Mağdurun hareketi **normal bir hareket** ise yani akla uygun, normal bir insanın aynı durumda yapacağı bir hareket ise nedensellik bağı failin hareketi ile netice arasındadır[3]. Yargıtay bir kararında mağdurun hareketini normal olarak nitelendirmiş ve bu nedenle de failin hareketinin nedensel olduğuna karar vermiştir. Bu olayda mağdur bir kamyonda yolcudur. Kamyon, şoförün tehlikeli sürüşü sonucunda kaymaya başlar ve mağdur da paniğe kapılarak, kamyondan atlar ve ölür[4]. Mağdurun hareketi normal olmakla beraber, failin de kasti veya taksirli bir hareketi olmayabilir. Bu takdirde kaza-tesadüften bahsedilir: "*Olay tarihinde kamyon şoförü olan sanığın, yasa dışı silahlı bir örgütün eylemini önlemek amacıyla hareket eden köy muhtarının emri üzerine, geçici köy korucularını aracına bindirip götürmekte iken silah seslerinin gelmesi üzerine tehlikeye düştüklerini düşünen kamyon kasasındaki geçici köy korucularının korunmak amacıyla kamyondan yere atlamaya çalıştıkları, bu arada ölenin ayağının takılması sonucu kafası üzerine düşerek öldüğünün anlaşılmasına göre, taksirle öldürmeden dolayı mahkûmiyet tesisi yasaya aykırıdır*"[5]. Öğretide ise bu takdirde failin kamyon kasasına yolcu almak ve hızlı gitmek şeklinde taksirli hareketi bulunduğundan, failin kusuruna göre neticeden sorumlu tutulması gerektiği de savunulmaktadır[6].

Yargıtay, sara nöbeti geçiren yolcuya yardım etmek isterken, aracını bariyerlere çarpan sürücünün eyleminde, ölenin aniden rahatsızlanıp sara nöbeti geçirmesi ve sanığın da ölene yardım amacıyla dikkatini yola veremeyerek aracını bariyerlere çarpması şeklinde cereyan eden olayda; ölenin, sanığın sevk ve idaresini imkânsız kılacak davranışından söz edilmemesi sebebiyle sanığın kusursuz kabulünün oluşa uygunluğunda kuşku yarattığına dikkat

---

1 Hafızoğulları, 199 vd.
2 İçel, Suç Teorisi, 175; Artuk, 233.
3 Dönmezer, 116; İçel, Taksir, 176.
4 2. CD, 05.06.1990, Keskin, 53.
5 2. CD, 20.12.1994, 12873.
6 Koca/Üzülmez, 213.

çekerek, olayın oluş şekline uygun düşmeyen kusursuzluğun kabulü ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur[1].

Mağdurun hareketi normal olmamakla beraber, **kasten veya taksirle hareket etmemiş veya hareketi hukuka aykırı değil**se, yine failin hareketi nedenseldir[2]. Örneğin intiharı düşünen bir kimse eczacıdan reçetesiz olarak zehir talep ederse, bu durumda sırf mağdur zehri kendisi istediği için eczacının hareketinin nedensel olmadığı söylenemez[3]. Buna karşılık bir çukur açılması ile ölüm arasında nedensellik bağı şu olayda yoktur. Hırsız geceleyin bir eve girmek ister ve bahçe duvarını aştıktan sonra, bahçede açılmış çukura düşerek ölür[4].

Yukarıdaki iki grupta da mağdurun taksirli hareketi söz konusu değildi. Bu durumda mağdurun da **taksirinin** olduğu hallerde nasıl karar vermek gerekir? Mağdurun da **taksirli** hareket ettiği hallerde **TCK** 22/4 hükmü göz önünde bulundurulacaktır. Buna göre, "*taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir*". Madde gerekçesiyle beraber bu hüküm yorumlandığında, kusurun ağırlığı ve diğer sebepler de göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, meydana gelen netice tamamen mağdurun taksirli hareketinden kaynaklanıyorsa, başka bir kimsenin bu neticeden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Dolayısıyla, taksirli suçlarda nedensellik bağının varlığının kabulü için, failin hareketinden bağımsız bir etkenin sonuca tek başına neden olmaması gerekir. Sağlam basket potaları varken ayak demirleri çürüdüğü için kısmen eğik durumda bulunan ve tamirat altına alınmış potada oynayan ve potanın çemberine asılarak, potanın yıkılması sonucu altında kalarak ölen kimsenin eyleminden, sahanın sahibinin veya tamiratını yapan kişinin sorumlu olmadığına karar verilmiştir[5].

Esasen mağdurun hareketinin normal olup olmamasına bakılmaksızın, failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağlantısının kurulup kurulamayacağı değerlendirmesinin yapılması daha isabetlidir. Nitekim *Yargıtay* bir kararında bu şekilde bir değerlendirme yapmıştır: "*Olayın vuku bulduğu yer, etrafı iki metre beton duvarla çevrili ve üzerinde üç sıra tel örgü bulunan, dışarıdan başkalarının girmesine yasak olan havaalanı sahası olup, ölenin tırmandığı duvar üzerindeki tel örgülerin arasından geçmek suretiyle olay yerine izinsiz ve görevlilerin bilgisi haricinde girdiğinin anlaşılması karşısında, sanıkların eylemi ile olay arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı, kendi kusurlu hareketi ile ölümün meydana geldiği...*"[6].

---

1 2. CD. 15.03.1995, 3214.
2 Donmezer, 117.
3 Keskin, 54.
4 Okay/Aslan, 1725.
5 CGK, 16.10.2007, 211.
6 9. CD, 30.11.2006, 6759.

hhh. Taksirli Suçlarda Ceza Verilmemesi Durumu

> *"Sanık Kadem ile ölen Uğur'un kardeş oldukları, aynı binada anne ve babalarıyla oturup birlikte tuhafiyecilik yaptıkları, olay günü de kışlık yakacak ihtiyaçlarını sağlamak için babalarının köydeki kavak ağaçlarını kestikleri sırada devrilen gövdenin karşıdaki ağaca çarparak dört parçaya ayrıldığı, parçalardan birinin başına isabet etmesi sonucu Uğur'un beyin kanaması nedeniyle öldüğü, sanıktan on yaş büyük olan Uğur'un ölümünden sonra altı yaşındaki ikiz çocuklarının ve dul kalan eşinin ekonomik ihtiyaçlarının sanık tarafından karşılanmaya devam edildiği, SGK'ya olan önemli miktardaki birikmiş borcunun da sanık tarafından üstlenildiği ve taksitle ödenmeye çalışıldığı, taksirli suç nedeniyle ortaya çıkan ölüm neticesinin diğer tüm aile fertleri gibi sanığı da ciddi bir üzüntüye sevk edip mağduriyetine yol açtığı, aile yapısı, geçmişte ve halen sürdürdüğü ilişkileri ve yükümlülükleri yönünden sanığın cezalandırılmasının ölenin eşi ve çocukları bakımından da ayrıca yeni bir mağduriyete yol açacağı, bu nedenle de sanığın kişisel ve ailevi mağduriyetinin kendisine ceza verilmesini gereksiz kılacak bir düzeye ulaştığı anlaşıldığından..." (9.CD, 30.12.2008, 14593).*

Kanunumuz 22/6. maddede kişinin gerçekleştirdiği hareket sonucu meydana gelen neticeden kendisinin zarar görmesi nedeniyle ayrıca cezalandırılmamasını düzenlemekte ve böylece bir **şahsi cezasızlık sebebi** sevk etmektedir.

Genellikle verilen basit bir örneği aktaralım: (A), taksirli bir davranışı sonucu bir trafik kazasına sebep olmuş, bu kazada yaralanarak ömür boyu özürlü kalmıştır ya da (A)'nın yaptığı bu trafik kazasında aracında bulunan çocuğu ölmüş veya yaralanmıştır. Nitekim madde gerekçesinde de uygulamada ortaya çıkan iki durumun bu hükmün konulmasının sebebi olduğu belirtilmektedir. İlki kırsal alanlarda, çok çocuklu kadınların çocuklarına gerekli dikkat ve özeni gösterememeleri nedeniyle çocukların zarar görmeleri ve ikincisi ise yukarıda belirttiğim trafik kazalarında failin ailesinin zarar görmesi durumudur.

Kanunumuz 22. maddenin 6. fıkrasında "*taksirli hareket sonucu neden olunan netice...*" ifadesini kullanarak, bu hükmün yalnız taksirli suçlarda uygulanabileceğini belirtmektedir. Madde metninde bilinçli taksirle ilgili bir açıklama da yer almaktadır. Buna göre, taksir bilinçli ise failin cezasızlıktan yararlanabilmesi mümkün olmayacak, sadece verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilecektir. Uygulamada "*vicdan rahatlatan hüküm*" olarak nitelenen bu hüküm, öğretide eleştirilmekte, bu durumu kanuni bir cezasızlık sebebi saymaktansa, bu konuda hâkime takdir yetkisinin tanınmasının çok daha uygun olacağı belirtilmektedir[1].

Bu hüküm eş bakımından uygulama alanı bulacaktır. Resmi nikahlı olmayan eş bakımından ise Yargıtay uygulamayı reddetmemekle beraber, somut olayın da araştırılmasını istemektedir[2]. Nişanlı açısından ise madde uygulanmamaktadır[3].

---

[1] Erman/Özek, 83

[2] "Meydana gelen kaza sonucunda sanığın birlikte yaşadığı gayri resmi eşinin ölümüne neden olması halinde de, TCK'nın 22/6. maddesi gereğince münhasıran kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açа-

Maddenin uygulanmasına yönelik ortaya çıkan bazı sorular bulunmaktadır. Örneğin, kanun kişisel ve ailevi durumdan bahsetmektedir. Bu durumda failin çok yakın arkadaşının ölümüne sebebiyet vermesi durumunda, bu da kişisel bir durum olarak kabul edilebilecek midir? Keza kişi örneğin eşinin ölümünün yanı sıra, bir de bir yayanın ölümüne neden olmuşsa, yine bu maddeden yararlanabilecek midir?

Öğretide her iki durumda da bu hükmün uygulanamayacağı savunulmaktadır[2]. Madde dar yorumlanacak olursa, kişisel durumun kişinin bizzat kendisinin zarar görmesi olarak anlaşılması gerektiği; üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda ise kanun "münhasıran" dediğinden maddenin uygulanamayacağı sonucuna varılabilir. Kanımca bu konuyu olay hâkimine bırakarak, maddeyi baştan daraltmamakta yarar vardır. Somut olayda hâkim olayı ve sonuçlarını göz önünde bulundurarak maddeyi uygulayıp uygulamayacağına karar vermelidir. Yargıtay ise "bu fıkranın uygulanması bağlamında, aile kavramını çok geniş tutmanın sakıncaları yanında, bir ailenin kimlerden oluşacağının "sınırlı" olarak sayılması da doğru değildir. Burada yapılması gereken, fail ile mağdurun aynı aileden olup olmadığının her somut olayın özelliklerine göre ayrıca değerlendirilmesidir. Zira bazı durumlarda, kişilerin aynı aileden olup olmadıkları hususu sadece akrabalık bağının derecesine göre değil, tüm diğer bilgi ve belgelerle birlikte çözümlenmeli, belli bir derecede akrabalık bağının bulunması ise her zaman bu fıkranın uygulanması gerektirecek bir karine olarak değerlendirilmemelidir. (Örneğin, haklarında ayrılık kararı bulunan karı-kocanın durumu veya aralarında husumet bulunan iki kardeşin durumu gibi) Bu hususla ilgili olarak; failin, sadece kendisine değil, aynı ailede yer aldığı başka bir kişiye zarar vermek suretiyle "ailevi hayatına" da zarar vermesi gerekir. Bunun dışında, taksirli olayda, aynı aileden olmayan bir kişinin zarar görmesi de zaman zaman kişinin ailevi hayatını derinden etkileyebilirse de, böylesine dolaylı bir zarar, 22. maddenin 6. fıkrasının uygulanmasını gerektirmez. (Örneğin, failin otomobil kullanırken, kusurlu hareketiyle eşinin çok sevdiği bir arkadaşının veya akrabasının ölümüne neden olmasından ötürü, eşiyle boşanmak zorunda kalmaları gibi...) " şeklinde karar vermiştir3. Yargıtay, sanığın eşi ile birlikte ayrıca arkadaşının da öldüğü olayda, maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir[4]. Aynı şekilde sanığın enişteşinin ölmesinin de sanık hakkında cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sonuçtan

---

cağından ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebileceği, ancak dosyada bulunan 20/11/2008 tarihli sosyal inceleme raporunda, sanığın olenden once iki farklı kişi ile farklı zamanlarda evlilik birliği kurduğu ve ilk eşinin felç olması nedeniyle iki yıl sonra ayrıldığı, ikinci evliliğinin 5 yıl sürdüğü ve bu evliliği sırasında ölen ile tanıştığı ve oleni kaçırıp, daha sonra da ikinci evliliğini sonlandırdığı anlaşılmakla, sanığın meydana gelen kaza sonucunda kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmadığı, her ne kadar mahkeme tarafından sanık hakkında ölen ile resmi nikâhının olmaması sebebiyle TCK'nın 22/6. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de, mevcut uygulama karşısında sonuç değişmeyeceğinden, bu husus bozma nedeni yapılmamıştır". 12.CD. 12.12.2012 27023

"Her ne kadar olayda nişanlısı ölen sanık N.Ç.'nin manevi olarak zarar gördüğü ve üzüntü yaşadığı kabul edilmesi gerekir ise de, yaşadığı üzüntünün münhasıran kişisel ve ailevî durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmadığı, asıl mağduriyeti olenin ailesinin yaşadığı anlaşıldığından, sanık N.Ç.'nin cezalandırılması yerine hakkında TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanarak yazılı şekilde hüküm kurulması...". 12.CD. 21.12.2011, 9139

[2] Artuk/Gökcen/Yenidünya[3], 518; Ozbek, İzmir Şerhi, 303; Koca/Üzülmez, 214

[3] CGK, 23.11.2010, 228.

[4] 9. CD, 15.05.2007, 4178.

mağdur olduğunu kabule yeterli olmadığı görüşü savunulmaktadır[1]. Buna karşılık kayınpeder açısından durumun araştırılması gerektiğine hükmedilmiştir: "*Mağdur ile iddianamede kayınpederi olduğu bildirilen sanık arasındaki akrabalık ilişkisi araştırılarak, 5237 sayılı **TCK**.nun 22/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartışıldıktan sonra...*"[2]. Keza üvey kız ile ilgili olarak da maddenin uygulanması gerektiğine karar verilmiştir[3]. Teyze bakımından ise Yargıtay, maddenin uygulanamayacağı kanaatindedir[4].

Yeni tarihli bir kararında Yargıtay, resmi araçta kaza yaparak, araçtaki diğer polis memurunun ölümüne neden olan, kendisi de ağır yaralanan polis memuru hakkında bu hükmü uygulamıştır. Mahkemenin gerekçesi şöyledir[5]:

Adalet Komisyonunca hazırlanan TCK'nın genel gerekçesinde "*madde başlığı ve gerekçesi, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır*" ve aynı Kanunun 22. madde gerekçesinde 6. fıkra bakımından "*başka bir netice de meydana gelmişse bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır*" açıklamaları bulunsa bile gerekçeler kanun hükmüne dahil olmayıp ilgili hükmün anlam ve kapsamının belirlenmesinde bir yorum aracıdır . Yine aynı şekilde TCK'nın 2/3. maddesindeki "*suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*" hükmünden hareketle burada sorumluluğu genişletici değil dar yorumlamak gerektiği de birlikte değerlendirildiğinde davaya konu trafik kazası sonrası sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından, Adli Tıp raporu, mahkemenin gözlemi ve oluşan başka bir netice bakımından da olay değerlendirildiğinde artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sanığın mağdur olduğu ve mahkemenin ceza verilmesine yer olmadığına dair uygulamasının da yerinde olduğu...".

Uygulamada, polis olan babasının silahını babasına vermek için yerinden alan ve silahın şarjörünün çıkık vaziyette ve horozunun kurulu olduğunu gören ve şarjörü yerine takıp, başparmağı ile silahın horozunu indirmek isterken tabanca ateş alarak babaannesini öldüren bir genç hakkında yerel mahkeme bu hükmü uygulayarak "*neden olunan netice ailevi durumları bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sanıkların mağdur olmalarına yol açtığından*" ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir[6]. Keza taksirli hareket sonucu yanan evin sanığa ait olup, suçtan bir başkasının somut bir zarar görmemesi nedeniyle, **TCK** 22/6'nın uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerektiğine hükmedilmiştir[7].

Kanundaki şartlar gerçekleşmiş olsa bile somut olayın şartları nedeniyle madde uygulanmayabilir: "5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanabilmesi için taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık hakkında bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması gerekmekte olup, sanığın aracının gazına fazla yüklendiğinde aracının arkasında

---

[1] 9. CD. 30.05.2007. 4851
[2] 9. CD. 26.11.2007. 4584/8621. Artuç. Mustafa/Akkaya. Çetin/Gedikli. Cemil. 2006. 2007. 2008 İçtihatları ile Türk Ceza Kanunu. 2.B. Ankara 2008. s. 112.
[3] 9. CD. 19.12.2006. 5431/7415
[4] 12.CD. 22.1.2014. 1152
[5] 12. CD. 29.09.2011. 2020
[6] Beyşehir Asl. CM. 28.07.2005. 155
[7] 9. CD. 15.03.2007. 2135

alkollü vaziyette yolcu olarak bulunan kardeşi G.Ö.'ın dengesini kaybederek motorsikletten düşerek öldüğü, kardeşinin öldüğünü anlayan sanığın kardeşini olay yerinde bırakarak önce kahveye daha sonra eve gittiği olayda anılan maddede öngörülen koşulların oluşmaması nedeniyle uygulanamayacağının gözetilmemesi..."[1].

TCK 22/6 maddenin uygulandığı hallerde, doğrudan ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Önce ceza tayin edilip, daha sonra ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi yasaya aykırıdır[2].

Bu hükmün uygulanmasında, taksirli fiil nedeniyle, failin kendisi ve/veya yakınları zarar görmekle beraber, herhangi bir ailevi bağın bulunmadığı üçüncü kişilerin de zarar görmesi durumunda, eylem bölünerek, kişinin kendisi ve yakınları bakımından TCK 22/6'nın uygulanması, diğer kimseler bakımından uygulanmamasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Esasen, bu tip bir bölünerek uygulamaya engel bulunmamaktadır. Meydana gelen birden fazla neticenin tek bir hareketten oluşması da buna engel değildir. Bununla beraber, bu tür hallerde TCK 85/2 hükmünün bu bölünmeye fiilen engel olacağına dikkat çekmek isterim. Zira bu hüküm bir bütün olarak uygulanmak durumundadır. Nitekim Yargıtay da taksirli eylemden doğan neticelerin bölünemeyeceğine karar vermiştir[3]. Ancak bu takdirde de, hakimin alt sınırdan ceza tayinine engel bir husus bulunmamaktadır.

d. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

OLAY:

A, B'YE BORÇLANIR. BORÇLARINI ÖDEYEMEYEN VE ÖDEMESİ İÇİN İKAZ EDİLEN A'YA, YOLDA YÜRÜRKEN B TARAFINDAN ARABADAN AYAĞINA ATEŞ EDİLİR. KURŞUN A'YA DEĞİL KALABALIK YOLDAN GEÇEN Z'YE İSABET EDER. HEMOFİLİ HASTASI OLAN Z HASTANEYE YETİŞTİRİLEMEDEN ÖLÜR.

aa. Kavram

Belli bir suçun oluşması için yeterli olan neticenin dışında daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi dolayısıyla cezanın artırılmasını gerektiren suçlara netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar (NSAS) adını veriyoruz.

Kişinin gerçekleştirmek istediği neticeden daha ağır ya da başka bir neticenin meydana gelmesi halinde, meydana gelen bu ağır ya da başka neticeden sorumlu tutulabilmesinin hukuki esası "kast + taksir kombinasyonu"dur[4]. Kast + taksir kombinasyonunda, birinci kademeyi kasten işlenen

---

1 12. CD. 19.12.2011, 8965.

2 9. CD. 27.02.2007, 1526.

3 9. CD. 31.03.2010, 3764: "5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanabilmesi için, fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı neticenin meydana gelmiş olması gerektiği, böyle bir netice ile birlikte söz konusu durumlara ilişkin bulunmayan başka bir neticenin de meydana gelmiş olması halinde anılan fıkra ile uygulama yapılamayacağı, ayrıca taksirli eylemden doğan neticelerin bölünerek bir kısmı bakımından ceza verilmesine yer olmadığına, bir kısmı bakımından ise mahkumiyete karar verilemeyeceği, bu nedenle katılan sanığın iki kişinin ölümünden sorumlu tutularak 5237 sayılı TCK'nın 85/2. maddesi yerine suç vasfında yanılgıya düşülerek anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi, hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına...". Aksi yönde, 12. CD. 08.11.2012, 23372.

4 Topçu, 56.

temel suçun, ikinci kademeyi ise taksirle sebebiyet verilen ağır neticenin oluşturduğu iki kademe mevcuttur[1].

Aynı apartmanda komşu olan Bayan (A) ile komşusu Bay (K) tartışmaya başlar ve (K), (A)'nın üzerine yürür. (A)'nın oğlu (O) ise annesini korumak için orada bulduğu bir terliği (K)'ya fırlatır. Terlik (K)'nın cinsel organına isabet eder, ayrıca (K) kalbinden de rahatsız olduğundan, bu fiil sonucu ölür. Olayda (O)'nun kastı yaralamaya yöneliktir. Ne var ki, kastı dışında başka bir netice meydana gelmiştir.



Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipleri, hem failin işlemek istediği *temel suça* hem de meydana gelen *daha ağır ya da başka neticeye* ilişkin maddi unsurlara bünyesinde yer vermektedir. Aynı şekilde bu tür suç tiplerinde fail, suç teşkil eden bir neticenin gerçekleşmesi *kastıyla* hareket etmekte ancak daha ağır ya da başka bir neticenin gerçekleşmesine *en azından taksirle* sebebiyet vermektedir. Örneğin kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunda (m.87/4) hem kasten yaralama suçunun unsurlarına hem de taksirle öldürme suçunun unsurlarına bir arada yer verilmiştir[2]. O halde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların, *karma bir nitelik arz eden suç tipleri* olduğunu söylemek mümkündür[3].

Yukarıda da ifade ettiğim gibi bir olayda hem kast hem taksir olabilirse de aynı olayda, aynı suç tipi bakımından, aynı konu veya mağdur ve aynı netice ile ilgili olarak aynı anda hem kasten hem de taksirle hareket edilemez. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, biri failin işlemeyi kastettiği temel suçun neticesi; diğeri de kastedileni aşan daha ağır ya da başka suçun neticesi olmak üzere muhtevasında "çift" netice barındıran suçlardır. **TCK** 23'e göre bu suç türünde fail, aynı hareketle temel suçun neticesi bakımından kasten, ağırlaşmış netice bakımından ise en azından taksirle hareket etmektedir. Örneğin yaşlı bir kişiye karşı cinsel saldırı fiilini işleyen ve bu fiil neticesinde mağdurun kalp krizi geçirerek ölümüne neden olan failin, cinsel saldırı fiili bakımından kasten, ölüm neticesi bakımından ise taksirle hareket etmesinde olduğu gibi (**TCK** 102/5). Bu bağlamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda aynı mağdur üzerinde hem kasten hem de taksirle iki ayrı neticeye sebebiyet verilebileceğini öngören 23. maddedeki kast + taksir kombinasyonu esasına dayalı düzenlemede bu bakımdan bir sorun bulunmamaktadır[4].

---

1 Topçu, 55.

2 "Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur".

3 Topçu, 20. Öğretide Erdem, bu sorumluluk türünü 'karışık' (Netice Yüzünden, 106); Koca-Üzülmez (2.B., 231-233) ve Erdağ (s. 34) ise 'karma' olarak nitelendirmektedir. Öğretide Doğan'a göre de "bünyesinde bir temel suç tipini ve ona bağlı olarak gerçekleşen özel bir neticeyi barındıran karma tipiklik şeklidir". Doğan, Koray, 17.

4 Topçu, 66. Aynı maddi konuda hem kast hem de taksirle hareket edilemeyeceği ve bu nedenle **TCK** 23'teki düzenlemenin kast + taksir kombinasyonu şeklinde düzenlenmesinin yerinde olmadığı şeklindeki eleştiriler için bkz. Ünver, Avrupa, 298; Doğan, Koray, 6-7.

Aslında bir kimseyi yaralamak isterken ölümüne sebebiyet verme, **tek hareket ile hem kasten yaralama hem de taksirle öldürme suçlarının gerçekleşmesi anlamına gelir ve fikri içtima**[1] kuralları uygulanarak kural olarak taksirle öldürmeden sorumluluğu gerektirir[2]. Ancak kanunumuz bunu yeterli görmediğinden **TCK** 87/4 hükmünü sevk etmiş ve bunun için de **TCK** 23 hükmünden yararlanılmasını istemiştir[3].

Nitekim TCK'da yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipleri incelendiğinde, bu suç tipleri için kanunda öngörülen cezaların, "failin işlemeyi kastettiği suç tipi için" ve "istemeden sebebiyet verdiği neticenin bağımsız olarak düzenlendiği suç tipi için" kanunda öngörülen cezaların toplamından daha ağır olduğu görülmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu şekilde daha ağır cezalandırılmasının nedeni, istenmeyen neticeye bir suç işleme kastıyla hareket etmesi sonucunda sebebiyet vermiş olmasıdır. İstenmeyen neticeye bu şekilde sebebiyet verilmesi, işlenen fiilin haksızlığını arttırmaktadır[4].

> *"... İşkence suçunda netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenleyen TCK'nın 95.maddesine benzer bir düzenlemenin eziyet suçunda yer almayıp, TCK'nın 96.maddesinin 2. fıkrasında nitelikli hallerin belirtilmiş bulunması karşısında, sonuçta meydana gelen yaraların niteliği gözetilerek TCK'nın 44.maddesi uyarınca sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde TCK'nın 96/2-a maddesinde yaptırıma bağlanan eziyet suçunu oluşturacağı...." (8.CD, 18.6.2012, 20031)*

• • •

Karşılaştırmalı hukukta, Texas Ceza Kanunu'nda kişinin kast ettiğinden farklı bir suçun gerçekleşmiş olması halinde, bu durumun ceza sorumluluğunu kaldırmaya cağı belirtilmekte (md. 6.04 (b) (1)), ancak ne tür bir sorumluluğun söz konusu olacağı açıklanmamaktadır.

• • •

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda bu suçu oluşturan temel suça ve daha ağır ya da başka neticenin unsurlarına, ayrı bir düzenleme içerisinde ve bir suç tipi şeklinde yer verilmektedir. Bu suçlarda temel ceza, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipi için öngörülen

---

[1] Netice sebebiyle ağırlaşmış suçların tamamında fikri içtima kurallarının uygulanabilir olmadığı konusunda bkz. Özenbaş, 386.

[2] Avustralya'nın North South Wales eyaletinde, bu suç tipi ilkin 30 Ocak 2014 tarihli bir kanun ile 1900 tarihli Ceza Kanununa eklenmiştir, bkz., Quilter, 81.

[3] Kabahatler bakımından TCK 23'ün karşılığı bir hüküm olmadığından, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kabahatler söz konusu olursa, kişinin kast ettiği kabahat ile gerçekleşen daha ağır veya başka kabahat arasında fikri içtima kuralları (Kabahatler Kanunu md. 15/1) uygulaması yapılmak gerekir, aksi görüşte, Kangal, Kabahatler, 116.

[4] Topçu, 21. Bununla beraber, ölüm halinde müebbet hapis cezasını öngören örneğin TCK 95/4, 102/5, 103/7 veya çok yüksek hapis cezası öngören 95/3, 99/3, 103/6 maddeler, çok aşırı ceza öngörmüş bulunmaktadır, Özbek, Neticesi, 230; Kangal, İsnadiyet, 179. Böylece örneğin, işkence eylemi neticesinde ölüme sebebiyet verilmesi halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür. Halbuki bu hüküm olmasaydı dahi, öldürmenin eziyet çektirerek işlenmesi halini düzenleyen TCK 82/1-b uygulanacak ve yine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir. İlk örnekte fail işkence yaparken, mağdurun ölümünü istememekte, ikincisinde ise istemektedir. Halbuki cezalar aynıdır. Bu sureltle, kusur bakımından bir ayrım yapılmayarak, kanun koyucunun eşitlik ilkesini gözetmediği anlaşılmaktadır, bkz., Doğan, Koray, 58; Özenbaş, 354; Kangal, İsnadiyet, 184.

cezadır. Görevli mahkeme, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipi için öngörülen ceza miktarı göz önünde tutularak belirlenmektedir. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların *bağımsız bir hukuki nitelik arz ettiği* görülmektedir[1].

bb. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Şartları

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için gerekli şartlar şunlardır:

Bir. Kasta dayalı sorumluluğun istisnasını teşkil eden neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların cezalandırılabileceğine ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmalıdır (**TCK** 23).

Hangi suçlar bakımından meydana gelen daha ağır veya başka neticenin netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak belirleneceği, tamamen kanun koyucunun takdirindedir[2]. Bu ağır veya başka netice ancak kanun tarafından öngörülmesi halinde faile yüklenebilir[3]. Örneğin TCK 96'da yer alan eziyet suçu bakımından netice sebebiyle ağırlaşmış hallere yer verilmediğinden, eziyet suçu işlenirken daha ağır veya başka bir neticeye sebebiyet verilmiş olması halinde, genel kurallara göre hareket edilecek, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin kurallar uygulanmayacaktır[4].

Zira **TCK** 21'e göre, "suçun oluşması, kastın varlığına bağlıdır". Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinde ise fail, kastını aşan ve gerçekleşmesini istemediği bir neticeden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Failin kastetmediği bir neticeden sorumlu tutulması, ceza sorumluluğunun kasta dayalı olduğunu ifade eden bu düzenlemenin bir istisnasını teşkil ettiğinden, özel hükümlerde yer verilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinin cezalandırılabilmesi için yasada buna dayanak teşkil edecek ayrı bir düzenlemeye yer verilmiş olması gerekir[5]. İşte **TCK** 23, gerçekleşen neticeye yönelik bir kastı bulunmayan failin, bu neticeden dolayı sorumluluğuna gidilmesinin yasal dayanağını oluşturmaktadır.

İki. Temel suçun ve daha ağır ya da başka neticenin suç tipinde belirtilmiş olması gerekir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bir temel suç tipi bir de daha ağır ya da başka neticeden oluşur. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipinde ilk gerçekleşen suç ile ikinci gerçekleşen suçun unsurlarıyla belirtilmiş olması gerekmektedir[6]. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, hangi temel suçun işlenmesi sonucunda meydana gelen hangi daha ağır ya da başka neticenin bu suç tipi kapsamında cezalandırılacağının neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipinde gösterilmesi gerekmekte olup[7], bunların her somut olaya

---

[1] Topçu, 22. Öğretide Koca/Üzülmez ve Özen ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bağımsız bir suç niteliğinde değil de temel suça etki ederek faile verilecek cezayı ağırlaştıran bir niteliğe sahip olduğu kanaatindedir Koca-Üzülmez[2], 236; Özen, 215.

[2] Kaymaz, 12; Kangal, İsnadiyet, 155.

[3] Bkz. Yıldız, 46.

[4] Kangal, İsnadiyet, 155.

[5] Topçu, 23; Gokcan, 46.

[6] Onder, 177-178.

[7] Topçu, 27.

göre mahkeme tarafından ya da kıyas yoluyla belirlenebilmesi mümkün değildir[1].

Örneğin işlenen fiilin **TCK** 87/4 kapsamında kabul edilebilmesi için, failin işlemeyi kastettiği suçun, **TCK** 86/1'de düzenlenmiş olan kasten yaralama suçunu oluşturması gerekmektedir. İşlenmesi kastedilen fiil her ne kadar mağdur üzerinde onun vücuduna acı veren, sağlığını ya da algılama yeteneğini bozan bir netice doğursa da bu fiilin yasada başka bir suç adı altında düzenlenmiş olması mümkündür. Bu suçların işlenmesi sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde failin **TCK** 87/4 uyarınca sorumlu tutulması, ancak söz konusu suça ilişkin düzenlemede buna ilişkin bir atfın varlığı halinde söz konusu olabilecektir. Böyle bir atfın söz konusu olmaması halinde ise ölüm neticesi bakımından sorumluluk, **TCK** 85'te düzenlemiş olan taksirle öldürme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin kısırlaştırma suçunun düzenlendiği **TCK** 101'de yer alan düzenlemede işlenen fiil, mağdurun vücudu üzerinde vücuda acı veren, onun sağlığını ya da algılama yeteneğini bozan neticelere sebebiyet vermektedir. Ancak bu düzenlemede 87. maddeye atıfta bulunulmamış olması nedeniyle, bu suçların işlenişi sonucunda meydana gelen ölüm neticesi **TCK** 87/4 kapsamında değerlendirilemeyecek, fail ölüm neticesi bakımından koşulları varsa 85. madde kapsamında sorumlu tutulabilecektir[2].

Failin kast ettiği neticeden daha ağır veya başka bir suçun meydana gelmesi halinde, sadece meydana gelen diğer veya daha ağır suçtan ötürü cezalandırma söz konusu olur. Bununla beraber, mevzuatımızda failin sadece netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, ayrıca hedeflediği neticeden de cezalandırılmasını öngören özel düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110. maddesinde taksirle veya kasten orman yakan kişinin cezalandırılması öngörülmüş ve maddenin son fıkrasında "*bu maddede yazılı suçların işlenmesi sebebiyle, ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmolunur*" hükmü sevk edilerek, failin hem taksirle/kasten orman yakma hem de öldürme veya yaralama suçlarından ötürü cezalandırılmasına imkân sağlanmıştır.

Üç. İlk hareket ile ağırlaşan netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

Öncelikle kasten yapılan bir ilk hareket olmalıdır. Failin maktule yönelik herhangi bir eylemi yoksa, TCK 23'ün uygulanması söz konusu olamaz: "Olay tarihinde muhtarlığa giderek seçmen kartını isteyen ancak araştırılmasına rağmen bulunamaması üzerine buna sinirlenerek evine giden maktulün rahatsızlanması üzerine kaldırıldığı hastanede hayatını kaybettiği, yapılan otopside maktulün vücudunda herhangi bir darp, cebir ve mücadele izine rastla-

---

[1] Topçu. 27. Amerikan Ceza Hukuku'nda ise 'temel suça' ilişkin bu belirlemeyi bazı eyaletlerde yasa koyucu yapmaktayken bazı eyaletlerde ise mahkemeler yapmaktadır. Ancak ceza adaleti ve güvenliği açısından hangi suç tipinin işlenmesi neticesinde meydana gelen hangi daha ağır ya da başka neticenin, o suçun taksirli şekline oranla daha ağır cezalandırılacağı, sadece yasa koyucu tarafından belirlenmelidir. Amerikan Ceza Hukuku'nda olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suçun belirlenmesinin çoğunlukla uygulamaya bırakılması, suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Topçu. 27-36.

[2] Topçu. 191 vd.

nılmadığının belirtildiği, mahalle muhtarı olan sanığın maktule vurduğuna dair şikayetçinin ve katılanın soyut iddiası dışında hükümlülüğüne yeter nitelik ve derecede delil bulunmadığı anlaşıldığı halde, sanığın beraati gerekir"[1].

Daha ağır ya da başka netice, temel suçun işlenmesi amacıyla yapılmış hareketin sonucunda gerçekleşmeli, ilk hareket ile daha ağır ya da başka netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu bakımdan temel suçun işlenmesine yönelik hareket yapılmamış olsaydı daha ağır ya da başka netice gerçekleşmeyecekti denilebilmesi ve ağırlaşmış neticenin objektif olarak faile isnad edilebilmesi gerekmektedir.

Burada, uygulamada da kabul edilen[2] ve öğretide de savunulan[3] "**doğrudan doğruyalık bağlantısı**"na da değinmek gerekir. Bu yaklaşıma göre failin, aynı neticenin taksirli suç şeklinde düzenlenmiş halinden değil de daha ağır bir müeyyide öngören neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipine göre cezalandırılabilmesinin adil olabilmesi için, istenmeyen neticeden sorumluluk bakımından en azından taksir düzeyinde bir kusurun varlığının aranması yetmeyecektir[4]. Bunun yanında, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda meydana gelen ve failce istenmeyen daha ağır ya da başka neticeye, failin kasten yapmış olduğu hareketin içerisinde bulunan *karakteristik tehlikenin* neden olmuş olması, başka ifadeyle yaralama hareketinin ölüm neticesini doğrudan etkilemesi gerekir[5]. Örneğin işlenen fiilin TCK 87/4'te düzenlenen neticesi

---

[1] 1.CD. 16.06.2009, 3537.

[2] Yargıtay aşağıdaki kararında hem hareketin netice bakımından özel bir tehlike gerçekleştirmesi hem de doğrudan o neticeye sebebiyet vermesi görüşlerini savunmuştur: "...Nedensellik bağı meydana gelen netice açısından varlığı zorunlu ise de tek başına yeterli olmayıp neticenin ayrıca faile yüklenip yüklenmeyeceği değerlendirilmelidir. Bu kapsamda ağır neticenin objektif olarak faile yüklenebilir olması için, bu ağır ve başka neticenin temel suç tipinin işlenmesine bağlı, ona bitişik, ona özgü olan özel tehlikenin gerçekleşmesi ve doğrudan sonucu olması halinde mümkündür. Örneğin, göze yapılan darbe sonucu görme kaybına neden olunması halinde failin görme kaybının gerçekleşebileceğini öngördüğü kabul edilerek, gerçekleşen ağır sonuçtan sorumlu tutulacaktır...". 3.CD. 01.10.2012, 32108, Krş. Kangal, İsnadiyet, 229. Önceki kanunumuz döneminde ise Yargıtay oğlunun saldırısından kaçarken, bahçeden uzatılan merdiven ile balkondan inmek isterken, merdivenin kısa gelmesi üzerine kendisini aşağıya bırakarak kurtulmak isteyen annenin yaralanmasında, oğlunun hareketi nedensel görülmüş ve oğlu sorumlu tutulmuştur. CGK. 04.04.1983, 153.

[3] Üzülmez, Vücut, 62; Kaymaz, 90.

[4] Doğan, Koray, 154.

[5] Ferschl, 138 vd. Ayrıca Almanya'da savunulan doğrudan doğruyalık bağlantılarına ilişkin tüm kuramlar bakımından bkz. Aygormez, 49 vd. Öğretide diğer bir görüşe göre ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç türünün ortaya çıkış sebebi, hukuka aykırı hareket eden faile, bu hareketi ile nedensel değer taşıyan diğer neticeleri de yükleme anlayışıdır. Bu anlayışa göre önemli olan, failin hukuka aykırı bir davranış sergileme kastıyla hareket etmesi ve ağırlaşmış netice ile bu hareket arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. TCK'da düzenlenmiş olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinde yer alan "sonucunda" sırasında, neden olması halinde" gibi ifadelerle de vurgulanan husus "nedensellik"tir. TCK'daki mevcut düzenlemelerde, bu suç tipinin oluşması için "ağırlaşmış neticenin temel suça mündemiç bir tehlikenin ortaya çıkmasından kaynaklanması" gerektiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla her ne kadar cezalandırmayı adil kılma için ortaya konsa da bu suç tipinin oluşması için nedensellik bağına işaret eden madde metnindeki açık ifadelere rağmen meydana gelen ağırlaşmış netice bakımından "doğrudan doğruyalık bağlantısı"nın da aranmasının yasal dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle böyle bir sınırlamanın tatbiki için ya söz konusu suç tiplerinin bu sınırlamayı kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması (örneğin m.102/5'de "ölüm neticesinin, cinsel saldırının failinin vücutla oluşturduğu tahribatın doğrudan bir sonucu olarak meydana gelmesi halinde ..." gibi) ya da bu konuda 23. maddeye "bu suçun tipinin oluşması için daha ağır ya da başka neticenin, temel suça mün-

sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında değerlendirilebilmesi için, ölüm neticesinin, yaralama hareketinin herhangi bir sonucu şeklinde değil de yaralama fiiline mündemiç ölüme yol açabilme tehlikesinin gerçekleşmesinin bir sonucu olarak meydana gelmesi gerekmektedir. Alman Federal Mahkemesi, vermiş olduğu konuya ilişkin bir kararında (Rötzel Olayı), doğrudan doğruyalık bağlantısı yaklaşımını olaya tatbik etmiştir. Söz konusu kararda sanık T annesinin evinde çalışan R'ye evin üst katında saldırmış, onu kolundan yaralamış ve onun burnunu kırmıştır. T'nin devam eden saldırılarından kurtulmak için korkuya kapılan R, odasının penceresinden bir balkona kaçmak isterken yere düşmüş, ciddi bir şekilde yaralanmış ve bunun sonucunda hayatını kaybetmiştir. Federal mahkeme, *failin hareketi ile ölüm neticesi arasında doğrudan doğruyalık bağlantısının bulunmadığını, ölüm neticesinin, mağdura tatbik edilen yaralama fiiline mündemiç ölüme yol açabilme tehlikesinin gerçekleşmesi şeklinde meydana gelmediğini* belirterek, sanığın ölüm neticesinden sorumluluğunun taksirle öldürme suçundan olması gerektiğini öngörmüştür[1].

Nedensellik konusunu kapatmadan önce önemli bir ön tespit yapmak istiyorum:

TCK 23 çerçevesinde yapılan değerlendirmelerde öncelikle hareket ile netice arasında nedensellik bağının araştırılması gerekmektedir. Ancak hareket ile meydana gelen ağır netice arasında nedensellik bağı tespit edildikten sonra **TCK** 23'te belirtilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmelidir: "Failin iteklemesi üzerine yere düşüp, yarım saat sonra rahatsızlanarak hastaneye kaldırılan maktul, yapılan tıbbi müdahaleye rağmen üç gün sonra ölmüştür. Olayla ilgili olarak adli tıp mütalaasında "*itmeden müteveffit bir kanamanın meydana geldiğinin tıbbi delillerle bulunamadığı*" belirtilmiş olmasına göre, nedensellik bağının bulunup bulunmadığı araştırılmak"[2], nedensellik bağının bulunduğu tespit edildiği takdirde, meydana gelen netice bakımından failin taksirli hareket edip etmediği incelenmek gerekir.

Dört. Fail, belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik ilk hareketini *kural olarak* kasten gerçekleştirmelidir.

TCK'nın 23. maddesinde "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâli" olarak ifade edilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin düzenlemede yasa koyucu, "kastedilenden" ibaresini kullanmak suretiyle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suçun kasten işlenebileceğini açık bir şekilde ifade etmiştir. Bu düzenlemedeki kastedilenden ifadesi, hem doğrudan kastı hem de olası kastı kapsamaktadır[3].

Ancak her ne kadar kanunumuz 23. maddede "kastedilen" kavramını kullanmışsa da, özel hükümler kısmında taksirli işlenen suçlarda da netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlemek suretiyle, taksirle işlenen suçlarda da bu müessesenin uygulanmasına imkân tanımış bulunmaktadır (TCK 85/2,

---

demiç tehlikenin gerçekleşmesi sonucunda meydana gelmesi gerekir' şeklinde bir ilave yapılması gerekmektedir. Topçu, 41-42.

1 BGH NJW 1971, 152. Bu karara ilişkin olarak ayrıca bkz., Topçu, 127; Kangal, İsnadiyet, 219. Öğretide Gülşen bu tür durumlarda, failin sorumlu tutulmamasının nedeni nedensellik ilişkisinin yokluğu değil, taksirinin bulunmamasıdır. Zira fail özel neticenin mağdurun davranışıyla oluşacağını öngörememektedir. Ceza, 196.

2 1. CD. 05.04.1983, 1124.

3 Topçu, 55-56.

89/2-4). Bu bakımdan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar taksir-taksir kombinasyonu şeklinde de olabilir[1].

Beş. Failin kasten gerçekleştirdiği bu hareketinden dolayı, daha ağır veya başka bir netice meydana gelmelidir.

Örneğin, 87. maddenin 4. fıkrasında "*kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, ... cezasına hükmolunur*" denmektedir. Burada failin kastı yaralama iken, sonuçta *dahabaşka* (ağır) bir netice olan ölüm neticesi meydana gelmektedir. Yine yumruk attığı birinin istemediği halde görme duyusunun işlevini yitirmesine neden olan failin kastı basit yaralama iken, sonuçta *daha ağır* bir netice meydana gelmektedir (TCK 87/2-b)

Altı. İşlenen fiilin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında değerlendirilebilmesi için, temel suçun üzerinde işlendiği kişi ile ağırlaşan neticenin üzerinde gerçekleştiği kişi aynı olmalıdır[2].

Bu noktada ortaya çıkabilecek sorun, hedefte sapma sonucu kişinin hedeflediğinin dışında bir kimsenin isabet alması halinde nasıl bir uygulama yapılması gerekeceğidir. Esasen bu noktada failin kasten yaraladığı kişi ile ölen kişinin aynı olması yeterlidir. İleride yanılgı ve hedefta sapma bahislerinde ele alınacağı üzere kişide yanılgı veya hedefte tek neticeli sapmanın bir önemi yoktur. Dolayısıyla, örneğin Yargıtay kararına konu olayda olduğu gibi, kızına vurmak isterken araya giren karısına vuran ve bu darbe sonucu karısının öldüğü olayda, fail yine TCK 87/4 ve 23 hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır. Bu bakımdan, hedefte sapmanın önemi yoktur. Fail bir kimseyi yaralamak istemiş, bir kimse de yaralanmış ve darbenin sonucunda da ölmüştür. Bu durumda da netice sebebiyle ağırlaşmış öldürme hükümleri uygulanacaktır. Ceza hukukunda kişiye göre uygulama olsa olsa nitelikli haller bakımından önem kazanabilir. Yoksa kişinin kim olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Fali bir insanı yaralamak istemiş ve bir insan da yara neticesinde ölmüştür.

Buna karşılık Ceza Genel Kurulu kararına konu olan olayda, Yargıtay C. Başsavcılığı hatalı olarak Yargıtay dairesinin kararına itiraz etmiştir.

---

[1] Akbulut, 255; Soyaslan, 430. Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise TCK 23'e göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, failin *kastettiğinden* daha ağır ya da başka neticeye sebebiyet vermesidir. Dolayısıyla temel suçun kasten işlenmesi gerektiği, 23. maddede açıkça belirtilmiştir. Temel suçun taksirle işlenmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun yapısına da uygun değildir. Zira 23. maddedeki "öngörebilme" kriterinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlendiği ileri sürülen TCK 89/2-4 ve 85/2'de yer alan düzenlemelere uygulanması mümkün görünmemektedir. Örneğin uykusuz bir şekilde trafiğe çıkan bir kamyon şoförü dikkatini toplayamadığı için sürücüsü hamile bir otomobile çarpmış ve gebe kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olmuşsa (TCK 89/2-f) burada kamyon şoförüne sadece taksirle yaralamanın basit şeklinden (TCK 89/1) sorumlu tutmamız gerekecektir. Zira kamyon şoförünün, yola uykusuz çıkması halinde trafik kazasına sebep olarak yaralanmaya sebebiyet verebileceğini öngörmesini bekleyebilirsek de yaraladığı kişilerden birinin gebe olduğuna ve çocuğun vaktinden önce doğmasına sebebiyet verebileceğini öngörmesini beklememiz mümkün değildir. Bu nedenle de TCK 85/2 ve 89/2-4'le düzenlenmiş olan suçları neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul ettiğimiz takdirde, hemen her olayda faile sadece suçun basit şeklinden ceza vermemiz gerekecektir ki –TCK 85/1 ve 89/1'de belirtilmiş olan ceza miktarları dikkate alındığında- bunun adil olmayacağı ortadadır. Bu gerekçelerle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksir – taksir kombinasyonu söz konusu olmayıp, TCK 85/2 ve 89/2-4'le yer alan düzenlemeler, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerini teşkil etmemektedir. Topçu 56–58; Doğan, Koray, 7; Kangal, İsnadiyet, 161.

[2] Topçu, 42.

"Sanığın bir anlık öfke ile ve kendisini sinirlendiren kızı B.'ın üzerine doğru giderken, B.'ın arkasına sığınan veya araya girmek isteyen maktul anneye değil kızı B.'a doğru atılan sert bir tokadın kazara maktul anneye vurulması söz konusu olmadığından hareket iradi olmayıp, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymamaktır. İradi bir hareketle kızına attığı yumruk veya tokat, kızı B.'a değil de ölene değmiş ve öleni yaralanmıştır. Ancak gerçekleşen sonucu yani ölümü öngörememiştir. Diğer bir anlatımla, sanığın kastı, ölene yönelik kasten yaralamaya ilişkin olmayıp, meydana gelen ağır sonuç olan 'ölüme' yönelik değildir. Kızına sinirlenen şüpheli, kızının kafasına veya vücut bütünlüğüne atılan yumruğun mağduru yaralayacağı objektif olarak öngörülebilir bir sonuç olmasına karşın, araya giren annesine değen darbenin meydana gelen ölümü öngörememiştir. Failin maktulü yaralama kastıyla hareket ettiğine dair hiçbir somut delil bulunmadığı gibi böyle bir iddiada bulmamaktadır. Sanığın olayda meydana gelen ağır netice olan ölümden taksirle sorumlu tutulması gerekir".

Bu gerekçe hatalıdır. Bir yumruk neticesinde ölümün meydana gelip gelmeyeceği öngörülebilir ise yumruğun yöneldiği kişinin bu bakımdan önemi yoktur. Yumruğun farklı kişiye yönelmiş olması kişinin kastının olmadığı veya neticenin artık öngörülemeyeceği anlamına gelmez. Failin kızı olunca öngörülebilirdir; ancak karısı olunca öngörülemezdir diye bir ayrım yapılamaz. Bu konudaki değerlendirme kişilerden bağımsız, objektif olarak yapılmalıdır. Yumruğun hangi şartlar altında ve hangi şiddette atıldığı önemlidir. Burada hedefte sapma şu ihtimalde farklı bir değerlendirmeye yol açabilir: Yumruk, sağlıklı, güçlü, kuvvetli bir erkeğe atılırken, yanlışlıkla örneğin bir bebeğe isabet etmiştir. Bu takdirde normalde ölüme neden olmayacak bir yumruk ölüme neden olmuş olabilir. Işte bu tür durumlar dışında hedefte sapmanın veya yanılmanın önemi yoktur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da isabetli bir karar vermiştir:

"Sanığın, annesinin arkasına saklanan kızına vurmak istediği sırada kontrolsüz biçimde savurduğu yumruğun karşısında bulunan annesinin isabet alarak yaralanabileceğini bilmesine rağmen hareketine devam ederek şiddetli bir şekilde savurduğu yumruğun başına isabet etmesi sonucu yaralanan maktulenin kaldırıldığı hastanede 13 gün sonra aldığı bu darbeye bağlı olarak öldüğü, maktulenin başının arka kısmına isabet eden bu darbenin TCK'nun 86/1. maddesi kapsamında basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyeceği ve yaşamını tehlikeye soktuğu anlaşıldığından, kızını darp etmek suretiyle yaralamak isteyen ancak aralarında bulunan maktulenin de isabet alarak yaralanabileceğini bildiği halde sert bir şekilde savurduğu yumruğunun maktuleye isabeti sonucu yaralanmasına neden olan sanığın kasten hareket ettiğinin kabulü gerekir. Maktulenin yaralanmasının basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek nitelikli olması ve ölüm ile sanığın eylemi arasında doğrudan illiyet bağının bulunması karşısında, TCK'nun 86/3. maddesi yollamasıyla aynı kanunun 87/4. maddesi uyarınca hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır"[1].

Yedi. Failin daha ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen bu neticeye yönelik en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir[2].

Yukarıda verdiğim ilk bilgisayar virüsünü geliştiren kişi örneğinde[3], kişinin amacı sadece bilgisayar virüsünün internet aracılığıyla bilgisayarlar ara-

---

[1] CGK. 25.02.2014. 92.

[2] Bazı kanunlar "en azından taksir" ifadesi yerine "neticenin öngörülebilir" olmasını esas almıştır. bkz.. Rusya. Danimarka. Polonya. Slovenya ve Güney Kore ceza kanunları. Kangal. İsnadiyet. 242.

[3] Bkz. United States v. Morris.

sında yayılıp yayılmayacağını görmek iken, istediğinden daha ağır bir netice gerçekleşmiş ve birçok bilgisayar zarar görmüştür. Burada kişi, başkasının bilgisayarına izinsiz olarak girme eylemini isteyerek gerçekleştirmiş, ancak zarar neticesini istememiştir. Dolayısıyla burada tartışılması gereken konu, izinsiz girme eyleminden cezalandırılacak olan Morris'in ayrıca meydana gelen zarardan dolayı da cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır.

Temel suçun işlenmesine yönelmiş hareket ile meydana gelen daha ağır ya da başka netice arasındaki nedensellik bağının varlığı tespit edildikten sonra bu tip durumlarda nasıl bir karar verilmesi gerektiği 23. maddede açıklanmaktadır:

"Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya daha başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle **hareket etmesi gerekir".**

Bundan çıkan sonuç, failin istemiş bulunduğu neticenin dışında veya daha ağır neticelerin meydana gelmesi durumunda failin bu neticelere yönelik kastı veya en azından taksiri aranmaksızın, sadece hareket ile netice arasında nedensellik bağı yeterli görülerek sorumlu tutulmasının mümkün olmayacağıdır. Bu bakımdan meydana gelen başka veya daha ağır netice, sırf vuku bulduğundan faile yüklenemeyecek, failin böyle bir neticenin meydana gelmesindeki sorumluluğu araştırılacaktır. Bunun için de kastının olması aranmayacak (elbette fail bu neticelerin de gerçekleşmesini istiyorsa veya kabulleniyorsa, bu neticelerden doğrudan sorumlu olacaktır –kasten öldürme ve yaralama gibi-), taksiri de yeterli görülecektir. Taksirden anlaşılması gereken ise failin meydana gelen başka veya daha ağır neticeleri öngörmesi gerekirken öngörmemiş olmasıdır. Örneğin, hamile olduğunu bilmediği bir kadını iten kimse kadının düşerek çocuğunu kaybetmesi halinde, her ne kadar netice sebebiyle ağırlaşmış suç (TCK 87/2-e) söz konusu ise de çocuğun düşmesinden dolayı sorumlu tutulamaz, zira mağdurun hamile olduğunu bilmemektedir. Bu itibarla, öngörülebilir bir neticeden de bahsetmek mümkün olmaz.

23. maddenin esas aldığı husus, bir suçu gerçekleştirmek isteyen kimsenin, daha ağır veya daha başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, ancak bu neticelerin yaşam tecrübelerine göre tipik ve fail için önceden görülebilir olması durumunda sorumlu tutulabilmesidir[1].

Konuya uygulamadan bir örnekle devam edelim: Alkollü olan (A), metronun girişinde, eşi ve çocuğuyla beraber bir eğlenceden dönen (M)'ye "iyi kutladınız mı" diye sorar. (M) de iyi eğlendiklerini ve şimdi eve gitmek istediklerini söyleyerek, eşi ve çocuğuyla birlikte metroya binmek üzere merdivenden aşağı iner. Önce yukarıda kalan (A) alkolün de etkisiyle birden (M)'ye saldırmaya karar verir. Hızlıca merdivenlerden aşağı inerek, durumdan haberdar olmayan (M)'nin üzerine atlar. Dengesini kaybeden (M), başını 1–2 metre uzaktaki duvara çarparak bayılır. Sonra kendine gelen (M) eve gider, sabah fenalaşır, hastanede ameliyata alınırsa da beyin kanaması sonucu ölür. Bu olayda yerel mahkeme (A)'yı sadece kasten yaralamadan dolayı mahkûm etmiş, buna gerekçe olarak da (A)'nın alkolün etkisi dolayısıyla, ittiği kimsenin 1–2 metre uzaktaki duvara çarparak ağır beyin yaralamasına maruz kalacağını öngörmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Buna karşılık temyize başvurulması üze-

[1] LK11. §18. 1.

rine, Yüksek Mahkeme, burada basit yaralamadan mı, yoksa netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan mı ceza verileceği konusunda ölçütün, failin somut durumuna, kişisel bilgilerine ve yeteneklerine göre mağdurun ölebileceğini öngörüp öngöremeyeceği olduğuna işaret etmiştir. Bu noktada da failin alkollü olmasının da bu öngörme yeteneğine etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Yüksek Mahkeme, somut olayda failin merdivenden bütün hızıyla inip, mağdurun üstüne saldırmasının dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca mağdurun saldırı beklememesi, dolayısıyla kendini korumak için herhangi bir hareket yapamaması da göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle bir durumda olan kimseye yukarıdan saldıran kişi, elleriyle bir kimseyi iten kişiye nazaran eyleminin sonuçlarının daha ağır olacağını öngörebilecek durumdadır. Failin alkollü olması olayın gelişiminin bilincinde olmasını ve olayın değerlendirmesini engellememiştir. Bu nedenle, alkolün etkisiyle neticenin öngörülemeyeceği iddiası üzerinde daha ayrıntılı durmak gerekir.

Bu gerekçelerle yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. Netice fail tarafından öngörülebilir nitelikte olduğundan ve hayatın normal akışının tamamen dışında bulunmadığından, failin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan dolayı cezalandırılması gerekmektedir[1].

23. maddede "taksir" ifadesinin kullanılması nedeniyle istenmeyen netice bakımından taksirin tüm unsurlarının varlığının aranıp aranmayacağı hususu ile ilgili olarak öğretide, burada sadece taksirin unsurlarından "öngörülebilirlik" bakımından bir değerlendirmenin yapılacağı, temel suçun işlenmesine yönelik hareketin icra edilmesiyle, aynı zamanda m.22/2'de taksirin unsurları arasında belirtilen "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık" unsurunun da gerçekleştiği ifade edilmektedir[2].

Failin daha ağır netice bakımından doğrudan veya olası kastının bulunduğu hallerde fail meydana gelen ağır neticeden dolayı ***doğrudan*** sorumlu olur:

OLASI KAST

Nitekim *Yargıtay* da çeşmeden faydalanma konusunda başlayan tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine hamile mağdura vurarak sert zemine düşüren ve yerdeki mağdurun karnına çıkıp oturarak, 7-8 haftalık hamile olan mağdurun çocuğunun düşmesine yol açan sanık ile ilgili olarak verdiği kararda, hamile olduğunu bildiği mağdurun karnına oturan sanığın, bu hareketinin mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngördüğünü ve bu nedenle olası kastla hareket ettiğini kabul etmiştir[3]. Böylece fail netice sebebiyle laşmış yaralama nedeniyle değil (**TCK** 87/2-e), doğrudan çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır (**TCK** 99). Olası kast durumunda nitelikli hal değil, doğrudan ilgili suç tipi uygulanacaktır. Bu örnekte yüksek mahkememiz failin olası kast ile hareket ettiğini belirlerken; aşağıdaki olayda ise bu kez doğrudan kastın varlığını kabul etmiştir: "*Olay günü adliyeye getirilen sanığın, tutuklanmasına tepki olarak saldırgan davranışlarda bulunup çevresine tekme atmaya başladığı, attığı tekmelerden birinin katılan mağdurun sağ el 1.parmağına isabet ederek*

DOĞRUDAN KAST

[1] BGH. NStZ 2001. 478, 479.
[2] Topcu, 65.
[3] 3. CD. 29.11.2006, 9059.

kırılmasına neden olduğu olayda, sanık işlediği fiilin (tekme atıp saldırgan davranışlarda bulunmak) günlük hayat tecrübelerine göre muhakkak surette yaralamaya sebebiyet vereceğini öngörmüş olup, meydana gelen bu netice bakımından doğrudan kast ile hareket ettiğinin kabul edilerek cezalandırılmasına karar verilmesi gerekir"[1].

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, yukarıda belirttiğimiz üzere kast-taksir, taksir-taksir kombinasyonu şeklinde olabileceği gibi kast-kast, kast-olası kast kombinasyonunun varlığı da söz konusu olabilir[2] (**TCK** 91/8).

TCK'da düzenlenmiş olan bazı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda yasa koyucu, daha ağır ya da başka neticeye taksirle, olası kastla ya da doğrudan kastla sebebiyet verilmesi arasında bir ayrım gözetmemiş ve faile, aynı kanun hükmünün uygulanmasını kabul etmiştir (Örneğin **TCK** 87/1-2-3, 109/4, 267/4, 272/5 gibi). Örneğin bir kişiye, onun tutuklanacağını bilerek iftira atan kişiye de bu neticeyi ihtimal dâhilinde gören ve kabullenen kişiye de bu neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesi gerekirken öngöremeyen kişiye de **TCK** 267/4 hükmü uygulanacaktır[3].

Yine yasa koyucu, TCK'da yer alan bazı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinde ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde failin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmasını öngörmüştür. Örneğin TCK 91/8'de yer alan "neticesi sebebiyle ağırlaşmış organ ve doku ticareti suçu ilişkin düzenlemeye göre; bir kişiden, hukuken geçerli rızası olmaksızın organ veya doku alınması sonucu onun ölümüne neden olunması halinde, fail hakkında "kasten öldürme" suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır[4]. Burada fail kasten kişiden hu-

---

[1] 3. CD. 19.09.2007, 6263.

[2] Akbulut, 255.

[3] Topçu, 60-61. Öğretide neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kast-kast kombinasyonunun söz konusu olmayacağını savunan görüşe göre **TCK** 23'te yer alan düzenlemenin başlığı, "netice sebebiyle ağırlaşmış suç"tur. İkinci neticenin gerçekleşmesine yönelmiş bir kastın varlığı söz konusu olduğunda artık ağırlaşan bir neticeden değil, arzulanılan veya kabullenilen bir neticenin varlığından söz edilebilir. Dolayısıyla da böyle bir durumda ortada "netice sebebiyle ağırlaşmış suç" ifadesini karşılayan "ağırlaşan bir netice" bulunmamaktadır. Topçu, 63. Yazara göre **TCK** 87/1-2-3, 109/4, 267/4, 272/5'teki düzenlemelerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kast - olası kast ya da kast - kast kombinasyonlarının mümkün olduğunu göstermemekte, buradaki durum yasa koyucunun, bu suçların nitelikli hali ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini aynı metin üzerinde düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre işlenen fiilin hukuki niteliği, failin kusuruna göre belirlenecektir. Bu bağlamda işlenen fiilde ağır neticeye yönelmiş kastın varlığı halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu oluşturan "temel suç" ve "daha ağır ya da başka netice" değil, bir suçun "basit şekli" ve "nitelikli hali" söz konusudur ve failin bu neticeden sorumluluğu **TCK** 21 kapsamında değerlendirilecektir. Ağır neticeye yönelik taksirinin olması halinde ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin var olduğu kabul edilecek ve failin bu neticeden sorumluluğu **TCK** 23 kapsamında değerlendirilecektir. Topçu, 61.

[4] Topçu, 63. Öğretide, **TCK** 91/8'deki bu düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kast-kast düzenlemesinin bir örneğini teşkil etmediği savunulmuştur. Buna göre **TCK** 91/1'de yer alan suç, esasında kasten yaralama suçunun hukuka aykırı bir şekilde ve belli bir saikle işlenmesinden ibarettir. Normal şartlarda bu suç, bir kasten yaralama suçu niteliğinde olup, işlenmesi sonucu mağdurun hayatını kaybetmesi halinde, failin **TCK** 87/4 uyarınca sorumlu tutulması gerekir. Ancak yasa koyucu, işlenen fiilin ağırlığını ve toplumda uyandırdığı etkiyi göz önünde bulundurarak, bu suçu, kasten yaralama suçuna oranla daha ağır bir yaptırım belirlemek suretiyle ayrı bir suç olarak düzenlemiş ve ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde de fail hakkında **TCK** 87/4'ün değil, kasten öldürme suçunun (**TCK** 81) müeyyidesinin uygulanmasını öngörmüştür. Burada yasa koyucunun **TCK** 87/4 yerine **TCK** 81'e atıf yapmasının nedeni, işlenen fiilin ağırlığı ve toplumda uyandırdığı etkidir. Söz konusu fıkrada kasten öldürme

kuka aykırı olarak organ almakta ve bu eylemi nedeniyle mağdurun ölmesi durumunda doğrudan kasten öldürmeden sorumlu tutulmaktadır.

Mağdurun özel durumunun nedenselliğe etkisi: Fail yaralama kastıyla hareket ederken, mağdurun özel durumu nedeniyle ölüm gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, kronik kalp yetmezliği gibi. Fail bu durumu bilmiyorsa, diğer hallerde olduğu gibi, ağır netice bakımından taksiri olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak fail bu durumu biliyorsa, iki ihtimal söz konusu olabilir. İlkin, fail bu durumdan yararlanmak istemiş olabilir. Bu takdirde artık doğrudan kastı vardır ve bundan sorumlu olur. Yani örneğin, ben buna vursam bile benim komşum, senelerdir tanıyorum, kalbi var ve dayanamaz ölür düşüncesiyle vurmuşsa, artık kasten öldürmeden sorumlu olur. Doğrudan ölümü istemeyip, kalp hastalığını düşünerek, ölüm neticesine göze almışsa, olası kastla öldürmeden sorumluluk gündeme gelecektir. Kalp hastalığını bilmesine rağmen, sadece bir yaralama ile bir şey olmaz düşüncesiyle hareket etmişse, taksiri vardır ve şartları gerçekleşmişse TCK 87/4 uygulanacaktır. Yargıtay ise bu özel durumu bilme hallerinde doğrudan bilinçli taksir nedeniyle hüküm kurmaktadır[1].

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda istenmeyen netice açısından failin, bilinçsiz ya da bilinçli taksirle hareket etmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. İstenmeyen neticeye bilinçli taksirle sebebiyet verilmesi halinde taksirli suça ilişkin cezanın belli bir oranda arttırılarak tatbik edileceğini öngören **TCK** 22/3 hükmünün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerine yönelik uygulanması söz konusu değildir. Zira bu suç türünde temel suça kasten, daha ağır ya da başka neticeye taksirle sebebiyet verilmekte olup bu suç tipleri, "kasıtlı suçlar" kategorisinde kabul edilmektedir. Ancak bu durum, faile verilecek cezanın alt ve üst sınırının tayininde göz önünde bulundurulmalıdır[2].

Sekiz. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipinde hem temel suçun hem de ağırlaşan neticenin, zarar suçu ya da tehlike suçu şeklinde düzenlenebilmesi mümkündür[3].

---

suçuna yönelik atıf, sadece bu suçun müeyyide kısmına ilişkin olarak anlaşılmalıdır. Fail kastettiği netice dışında daha ağır ya da başka bir neticenin de gerçekleşme olasılığını öngörmesine rağmen bu neticenin gerçekleşmesini kabullenerek hareket ederse ya da bu neticenin de gerçekleşmesini isterse, artık burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olmayıp, olası ya da doğrudan kastla işlenmiş *ayrı bir suçun varlığı* söz konusu olacaktır. Bu bakımdan **söz konusu suçta ölüm neticesine yönelik olası kastın ya da doğrudan kastın varlığı halinde fail hakkında, TCK 91/1 ve 81 hükümlerinin içtima hükümleri çerçevesinde tatbik edilmesi gerekmektedir,** Topçu, 64.

1 CD, 25.05.2006, 2130; 3 CD, 01.10.2012.32108. Öğretide de, esasen failin cezalandırılabilmesi için taksirin bilinçli olması gerektiği, neticenin öngörülebilir olmasının yeterli olmayacağı, gerçekten de failin somut olayda neticeyi öngörmüş olması gerektiği görüşü savunulmaktadır, Özansü, 191.

2 Topçu, 66-67.

3 Öğretide Erdem, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suçun ancak "zarar" suçu olabileceğini görüşündedir (Netice Yüzünden, 106). Toroslu ve Özen ise daha ağır ya da başka neticenin "zarar suçu" ya da "tehlike suçu" olabileceği düşüncesindedir (Toroslu, 2009, 209; Ozen, Objektif Sorumluluk, 183). Topçu ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suçun ve ağırlaşan neticenin, ancak zarar suçu şeklinde düzenlenebileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre tehlike/zarar suçları, birer neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç değildir. Zira tehlike/zarar suçları ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar; ortaya çıkış gayeleri, sorumluluğun belirlenmesine ilişkin uy-

TCK 97'de yer alan düzenleme, temel suçun tehlike suçu şeklinde düzenlenebileceğine bir örnek teşkil etmektedir[1]. **TCK** 97 "yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk" etme fiilini cezalandırmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için kast şarttır ve failin hem hareketi hem de terk neticesini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. İkinci fıkrada ise terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunacağı açıklanmaktadır. Burada da failin kastı terk iken, başka bir netice (yaralama veya ölüm) gerçekleşmektedir. 23. madde gereğince, terk netice-

---

gulanacak hükümler ve teşebbüs hükümlerinin tatbiki bakımından farklılık arz etmektedir. Özellikle de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların düzenlendiği 23. maddenin ifadesinden, failin bir zarar neticesi gerçekleştirme kastıyla hareket etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Tehlike suçları ise neticesiz suçlardır. Bu gerekçelerle de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda *temel suç* ancak bir zarar suçu olabilir. Topçu, 74-77. Yazara göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda daha ağır ya da başka netice de ancak zarar suçu şeklinde düzenlenmelidir. Zira 23. maddedeki "... kastedilenden daha ağır ya da başka neticeye sebebiyet vermesi ..." ifadesinden, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun teşkili için daha ağır ya da başka bir neticeye sebebiyet verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Tehlike suçları neticesiz suçlar olduğundan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç türünde daha ağır ya da başka neticenin tehlike suçu olması mümkün değildir. Bu nedenle TCK'da düzenlenmiş olan askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma (**TCK** 307/2-b), devletin güvenliğine ilişkin belgeler (**TCK** 326/2), devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme (**TCK** 327/2) suçuna ilişkin düzenlemeler, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipini teşkil etmemektedir.Topçu, 82-83.

Öğretide Topçu'ya göre **TCK** 97'de düzenlenmiş olan terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlenmiş olması, birkaç açıdan sorun teşkil etmektedir. İlk olarak 23. maddedeki failin bir "netice" meydana getirme kastıyla hareket etmesine ilişkin düzenlemeye rağmen yasa koyucunun "neticesiz suç" niteliğindeki bir tehlike suçu olan terk suçunu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlemesi; genel hüküm niteliğindeki 23. madde hükmü ile özel hüküm niteliğindeki terk suçuna ilişkin düzenleme arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkarmıştır. Yasa koyucunun bu şekilde bir düzenlemeye yer vermesi özellikle teşebbüs hükümlerinin tatbikinde sorun doğurabilecektir. Zira tehlike suçuna teşebbüs söz konusu değildir. Yargıtay da terk suçuna ilişkin vermiş olduğu kararlarında bu suça teşebbüsün söz konusu olamayacağına karar vermiştir (8. CD. 26.11.2007, 8240). Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise temel suça teşebbüs mümkün olduğundan terk fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı bir olayda bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul edilerek failin terk suçuna teşebbüsten cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Söz konusu düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipinde bulunması gereken unsurları da taşımadığı görülmektedir. Zira bu suç tiplerinde "temel suçun, ağır neticenin ve uygulanacak müeyyidenin gösterilmesi gerekmekte" olup, söz konusu madde hükmünün bu koşulları taşımadığı görülmektedir. Bu husus, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Yasa koyucunun terk suçu için 23. madde hükümleri gereği hüküm kurulmasını ongörmesinin pratikte de bir önemi bulunmamaktadır. Zira her iki durumda da istenmeyen neticeden dolayı sorumlulukla cezalandırılabilirlik sınırı "taksir"dir. Başka bir anlatımla, terk suçunu düzenleyen 97. maddenin 2. fıkrası, "*terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur*" şeklinde düzenlenmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda istenmeyen neticeden sorumluluk için de en azından taksirle hareket edilmesi gerekir (**TCK** 23). Tehlike/zarar suçlarında da failin zarar neticesi bakımından taksiri yoksa bu neticeden sorumlu tutulması söz konusu değildir. Bir tehlike suçu olan "genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması" suçunu düzenleyen TCK 170'in gerekçesinde de belirtildiği üzere "bu fiillerin işlenmesiyle bir zarar neticesinin meydana gelmesi hâlinde, meydana gelen zarara ve bu zararın meydana gelmesi açısından failin kast veya taksirine göre başka suçlar oluşacaktır". Görüleceği üzere burada da meydana gelen zarar neticesinden sorumluluk için, failin en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla da yasa koyucunun terk suçu için 23. madde hükümleri gereği hüküm kurulmasını ongörmesinin, kusura dayalı ceza sorumluluğu bakımında pratikte de bir önemi bulunmamaktadır.Topçu, 79-82.

sinde meydana gelen neticelerden sorumlu tutulabilmesi için, failin en azından taksirli hareketinin olması gerekir. Yani, fail, fiili neticesinde mağdur üzerinde kanunda belirtilen ve öngörülebilir nitelikteki neticelerin meydana geleceğini öngörmesi gerekirken, öngörmemiş olmalıdır. Bu durumda, fail netice sebebiyle ağırlaşmış terk suçundan sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, netice öngörülebilecek bir netice değilse, fail sadece terk suçundan cezalandırılacaktır. Son olarak, fail, fiili neticesinde mağdurun sağlığında bir zarar meydana gelebileceğini veya ölebileceğini öngörmüş ve bu neticeyi de kabullenmişse, o takdirde muhtemel kastı dolayısıyla kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bu vesileyle önemle belirtelim ki, bahsedilen bu iki halde de fail doğal olarak, sadece kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılacak, ayrıca terk fiilinden ötürü cezalandırılmayacaktır, zira 97/1 bir tehlike suçu iken, 97/2 bir zarar suçudur ve tehlike suçları, zarar suçlarına nazaran tâli norm (yardımcı norm) niteliğindedir. Böylece asli normun uygulama alanı bulduğu yerde, yardımcı norm geri çekilmek durumundadır.

cc. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Çeşitleri

aaa. Gerçek Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar – Gerçek Olmayan Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

Öğretide Koca-Üzülmez, ağır netice bakımından failin yalnızca taksirle hareket etmesi gereken neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları "gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar"; ağır netice bakımından taksirle de kasten de hareket edebileceği neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları ise "gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar" şeklinde ifade etmektediir[1].

Önder'e göre ise failin kastının dışında gerçekleşen suç tipi, gerçekleştirilmek istenen suç tipi ile aynı nitelikte ise "gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç" (765 sy TCK m.452), aynı nitelikte değilse "gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç"un varlığı söz konusudur (765 sy TCK m.418)[2]. Yine ilkinde temel suç sadece kasten işlenebilirken gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç hem kasten hem de taksirle işlenebilecektir[3].

Öğretide bu ayrımı benimseyen Centel/Zafer/Çakmut'a göre; gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda istenmeyen netice, kastedilenden "daha ağır" neticedir (m.87/3). Gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise kastedilenin yanı sıra "başka bir netice"nin daha oluşması söz konusudur (m.102/5, m.97/2). Yine yazarlara göre ilkinde iki netice arasında ağırlık farkı varken gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda nitelik farkı vardır. Ayrıca ilkinde gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla bağımsız bir suç tipi ortaya çıkmakta iken gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda aşırı netice nedeniyle temel suçun niteliği aynı kalmakta, sadece ceza ağırlaştırılmaktadır[4]..

---

[1] Koca-Üzülmez[2], 234.
[2] Önder, 177-178.
[3] Önder, 356-358.
[4] Centel-Zafer-Çakmut, 416-420.

Öğretide, yapılan bu ayrımda, ikinci kategorinin "gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç" olarak nitelendirilmesinin isabetli bir yaklaşım olmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre, bu kategori, 23. maddede "daha ağır ya da başka bir neticenin" şeklinde ifade edilmiştir. Diğer bir ifade ile bu halde de ortada 23. madde anlamında bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç vardır ve bu kategorinin "gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç" olarak adlandırılması, onun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun dışında ve farklı esaslara tabi bir kategoriymiş gibi algılanmasına yol açabilecektir[1].

bbb. Kastı Aşan Suç- Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Önceki ceza kanunumuzun yürürlükte olduğu dönemde benimsenen bu ayrım, bugün öğretide Içel/Evik tarafından sürdürülmekte ve kastı aşan suça TCK 87/4, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ise TCK 102/5 örnek verilmektedir[2].

Failin kastettiğinden daha ağır bir neticeden sorumluluğu olarak tanımlanabilecek *kastı aşan suçun* unsurları öğretide; "failin kasıtlı bir suç işleme iradesiyle hareket etmesi", "kastedilen neticeden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi", "hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması" ve "ağır neticeden sorumlu tutulacağına ilişkin yasada açık bir düzenlemenin mevcudiyeti" olarak sayılmaktaydı ve tek örnek olarak da 765 sy TCK'nın 452. maddesi örnek gösterilmekteydi. Suçun oluşması için aranan

---

[1] Nitekim Yargıtay CGK'nın 20.11.2007, 5-142/240 sayılı kararında bu durum görülmektedir. Söz konusu kararda CGK, 2014 yılında yürürlükten kaldırılan "suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezası öngören" TCK 103/6'da düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli üzerinden zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını, bu maddedeki düzenlemenin hukuki niteliğinin gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda olduğu gibi "bağımsız bir suç" değil, "cezayı ağırlaştıran hal" olduğuna karar vermiştir. Yargıtay'a göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bu türünde temel ceza, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç üzerinden değil (mülga TCK 103/6), suçun temel şekli üzerinden (TCK 103/2) belirlenmelidir. Oysa bu iki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç türünün tabi olduğu esaslar ve uygulama şekilleri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile nasıl kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu (m.87/4) bakımından temel ceza, temel suçun düzenlendiği m.86 üzerinden değil de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipinin düzenlendiği m.87/4 üzerinden belirlenmekte ise aynı husus m.103/6'da düzenlenmiş olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipi için de geçerlidir. Bu suçta da temel cezanın (mülga) m.103/6 üzerinden belirlenmesi ve yapılacak artırım ve indirimler belirlenen bu ceza üzerinden yapılması gerekmektedir. Bunlardan ilkini gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, ikincisini ise gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul etmenin ve farklı hükümlere tabi tutmasının ne neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun düzenlendiği 23. maddede ne de ceza mevzuatında yer alan başka bir maddede hukuki bir dayanağı bulunmaktadır. Ayrıca Yargıtay'ın bu yaklaşımından, bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç "türünün" hukuki niteliğini "suçun nitelikli hali" olarak da kabul etmediği görülmektedir. Zira TCK 61'de yer alan düzenleme uyarınca zincirleme suça ilişkin artırım, suçun nitelikli hali uygulandıktan sonra belirlenen ceza üzerinden yapılmalıdır. Yargıtay ise TCK 103/2 üzerinden belirlediği temel cezaya (8 yıl) önce madde 103/4'te düzenlenen nitelikli halin tatbik edilmesini (8 yıl + 4 yıl = 12 yıl), elde edilen bu ceza miktarına, zincirleme suça ilişkin (m.43/1) artırım oranının (1/4) uygulanmasından elde edilecek sonucun (12 yıl x ¼ / 100 = 3 yıl) ise (mülga) 103/6. madde ile belirlenen ceza miktarı (15 yıl) üzerine eklenmesi sonucunda (15 yıl + 3 yıl) cezanın belirlenmesi (15 yıl + 3 yıl=18 yıl) gerektiğine karar vermiştir. Oysa Yargıtay'ın ne bağımsız bir suç türü ne de suçun nitelikli bir hali olarak görmediği (TCK 61/4), "cezayı ağırlaştıran hal" olarak gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kategorisinde değerlendirdiği bu suçların, cezaların belirlenmesine ilişkin hususların düzenlendiği m.61'de bir karşılığı bulunmamaktadır. Zaten bunun bir sonucu olarak da Yargıtay, m. 61'e dayanmayan ve anlaşılması güç bir hesaplama yöntemi geliştirmiştir. Topçu, 84-85.

[2] Içel/Evik, 212.

neticeden daha başka bir neticenin de gerçekleşmesi halinde failin cezasının ağırlaştırılması olarak tanımlanabilecek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun unsurları ise öğretide; "temel suçun kasten de taksirle de işlenebileceği", "temel suç ile ikinci netice arasında nitelik farkı olduğu", hareket ile netice arasında nedensellik bağının mevcudiyeti" olarak belirtilmekteydi (Ör: 765 sy TCK m.429, m.439, m.471, m.456/3, m.473)[1].

ccc. Kastedilenden Daha Ağır Bir Neticenin Meydana Geldiği Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç– Kastedilenden Daha Başka Bir Neticenin Meydana Geldiği Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Son olarak öğretide neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, "fiilin kastedilenden daha ağır neticenin oluşumuna sebebiyet verilmesi" ve "failin istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermesi" şeklinde bir ayrıma gidildiği görülmektedir[2]. Yapılan bu ayrımda "daha ağır" ibaresinden anlaşılması gereken, failin kastettiği suç ile meydana gelen neticenin aynı "hukuki yararı" koruması; ancak istenmeyen zararın, aynı hukuki yarar üzerinde meydana gelen zararı ağırlaştırmasıdır. "Daha başka neticeden" kasıt ise meydana gelen istenmeyen neticenin, failin kastettiği neticeden daha farklı bir "hukuki yararın" zarar görmesine neden olmasıdır (Daha ağır netice" için m.87/1-2-3, m.95/1-2-3, m.243/3; "daha başka netice" için de m.87/4, m.90/5, m.91/8, m.95/4, m.99/3-4, m.102/5-6, m.103/6-7, m.109/4, m.267, m.272, m.298/3 örnek olarak gösterilebilir)[3].

dd. TCK 87/4 Uygulamasında Dikkat Edilecek Hususlar

>**TCK** 87/4. maddede "yukarıdaki madde"den (birinci ve üçüncü fıkraları) bahsedilmektedir. Bu itibarla, kasten yaralama 86. maddenin 2. fıkrasında belirtilen "*basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif*" olduğu takdirde, hiçbir zaman için 87/4. madde uygulama alanı bulamayacak, şartları gerçekleştiği takdirde olsa olsa taksirle öldürme kabul edilebilecektir. Ne var ki, 31.03.2005 değişikliğinde, 88/1. maddede düzenlenen "**kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması**" hali, 86. maddenin 2. fıkrası olarak düzenlenince (5328 s. k. md. 4), artık yukarıdaki sonucu kabul etmenin mümkün olmayacağı; başka ifadeyle, basit tıbbi müdahalelik bir yaralama sonucunda da ölüm neticesi meydana gelmiş ise 87/4. maddenin uygulanabileceği düşünülebilirdi. Bununla beraber aynı değişiklikte 87. maddenin 4. fıkrasındaki "ikinci" ibaresi, "üçüncü" şeklinde değiştirilmiştir (5328 s. k. md. 5). Böylece kanun koyucunun son haliyle 86. maddenin 2. fıkrasındaki hallerde 87/4. maddenin uygulanmasını yine kabul etmediği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak

---

1 Topçu, 86.

2 Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, 475.

3 Topçu, 87. Yazara göre 23. madde, kastedilenin dışında meydana gelen "daha ağır netice" ve "daha başka neticeyi", "neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç" başlığı adı altında düzenlemiş ve aynı esaslara tabi kılmıştır. Bu bağlamda yapılan bu ayrım, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları sınıflandırma bakımından bir anlam ifade etmekle ve bu suçların farklı esaslara tabi tutulması anlamına gelmemektedir.

kanunda yapılan değişikliklere rağmen 87/4 ve basit tıbbi müdahalelik durumların uygulanması noktasında bir farklılık söz konusu değildir.

> *"Maktul İzzettin, eşi Remziye de yanında olduğu halde kapısı açılan uçaktan önce inme meselesi yüzünden sanık ile tartıştıkları, sanığın maktule tekme ile vurduğu, aralarında boğuşma yaşandığı, daha sonra kalp rahatsızlığı olan maktulün uçağın merdivenlerinde geçirdiği kalp krizi ile düşüp öldüğü olayda, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun raporuna göre, olay ile ölüm arasında geçen süre dikkate alındığında olayın efor ve stresin kişinin kendisinde mevcut kalp damar hastalığını artırarak ölümde etkili olduğu, dolayısıyla olay ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu bildirildiğinden, 5237 sayılı **TCK'nın** 86.maddesi kapsamında Adli Tıp Kurumu'ndan rapor aldırılıp, sonucuna göre; a) Rapor 5237 sayılı **TCK'nın** 86/2. maddesi kapsamında ise, aynı yasanın 86/2, 22/2. maddeleri yollaması ile 85/1. maddesi, b) Rapor 5237 sayılı **TCK'nın** 86/1 kapsamında ise, aynı yasanın 87/4. maddesine göre hüküm kurulması (1.CD, 22.02.2008, 1274).*

Nitekim Yargıtay da önceki basılarda da savunduğum bu görüşe uygun bir içtihat geliştirmiş bulunmaktadır: *"Sanığın tekme ve yumrukla vurmak suretiyle maktulü darp etmesi sonucu maktuldeki kronik kalp, damar hastalığının aktif hale gelerek ölümün gerçekleştiği olayda, maktuldeki yaralanma ile ilgili olarak 5237 sayılı **TCK**'nın 86. maddesi kapsamında rapor aldırılması, yaralanmanın 86/2. madde kapsamında kalması halinde, sanığın maktulün kalp hastası olduğunu bilmesi nedeniyle, 5237 sayılı **TCK**'nın 22/3 ve 85. maddeleri kapsamında bilinçli taksir sonucu adam öldürme suçunun oluşacağı; yaralanmanın 86/1 kapsamında kalması halinde ise 5237 sayılı **TCK**'nın 87/4. maddesinde düzenlenen kastın aşılması suretiyle öldürme suçunun oluşacağı gözetilmelidir"*[2]. *"5237 sayılı **TCK**'nın 86/2 maddesi kapsamında kalan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olan ve sanıklarca meydana getirilen kasten yaralama eylemlerinin sanıklar tarafından önceden bilinmeyen maktulde mevcut epilepsi hastalığını aktif hale getirdiği, maktulün, status epileptikus (devamlı epileptik kriz) ve gelişen komplikasyonlar nedeniyle öldüğü olayda, sanıkların 5237 sayılı **TCK**'nın 22., 86/2. maddeleri göndermesiyle 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan mahkûmiyeti..."*[3]

> Yasa koyucunun bu suçun oluşabilmesi için yaralama fiilinin belli bir ağırlıkta olmasını araması ve m.86/2'de düzenlenmiş olan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ağırlıktaki yaralama fiilini bu suçun kapsamı dışında tutması, ortaya çıkan haksızlık ve m.87/4'te öngörülen ceza miktarları göz önünde bulundurulduğunda oldukça yerindedir[4].

Bu düzenleme, yasa koyucunun, *bu ağırlıktaki bir yaralama sonucunda ölüme neden olma fiilinin aynı neticenin taksirli suç olarak düzenlenmiş şekline oranla daha ağır cezalandırmayı gerektirecek derecede bir haksızlık teşkil etmediği* kanaatinde olduğunu göstermektedir. Öğretide bir görüşe göre ise

---

[1] 1. CD. 28.11.2006. 5255.
[2] 1. CD. 19.11.2007. 8540.
[3] 1. CD. 28.06.2007. 5310.
[4] Topçu. 443.

yasa koyucunun bu şekilde bir düzenleme yapmasının nedeni, "*basit tıbbi müdahale ile etkisi giderilebilecek bir kasten yaralama eyleminden ölüm sonucunun doğabilme olasılığını kabul etmemesi*"dir[1]. Ancak bu görüşün isabetli olduğu söylenemez. TCK'da yer alan bütün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinde, ağır neticenin gerçekleşme olasılığının temel suçun içerisinde bulunduğu görülmektedir. Ancak bu, işlenmesi halinde daha ağır bir neticenin gerçekleşmesi tehlikesini bünyesinde barındıran her suçun, TCK'da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlendiği anlamına gelmeyecektir. Aynı şekilde bir suç işleme kastıyla yapılan hareketin sonucunda aynı mağdur üzerinde meydana gelen daha ağır ya da başka neticenin cezalandırılmasının tek yolu, bu fiilin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlenmesi değildir[2].

> Basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ağırlıktaki bir yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde hem kasten yaralama (**TCK** 86/2) hem de taksirle öldürme (**TCK** 85) suçunun unsurlarının oluşması, diğer bir ifade ile her iki suç tipinin de işlenmiş olması söz konusudur. Somut olayda, işlenen bir fiil neticesinde birden fazla farklı suçun işlenmesi söz konusu olduğundan fail, fikri içtima (**TCK** 44) hükümleri uyarınca bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren "Taksirle Öldürme (m.85)" suçundan cezalandırılacaktır. Eğer somut olayda ölüm neticesinin gerçekleşebileceği öngörülebilir değilse, **TCK** 85'te düzenlenmiş olan taksirle öldürme suçu, manevi unsur eksikliği nedeniyle oluşmayacaktır. Böyle bir durumda ortada, sadece kasten işlenen yaralama fiili bulunacağından fail, sadece **TCK** 86/2 uyarınca kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır[3].

Belirtmek gerekir ki, kasten gerçekleştirilen yaralama eylemi nedeniyle gerçekleşen öngörülemeyen ölüm neticesi nedeniyle, taksirle öldürmeden değil, kasten yaralamadan ötürü ceza verilecektir. Bu olasılıkta, taksirle öldürme nedeniyle ceza verilmesi sadece yukarıda belirtilen basit tıbbi müdahalelik yaralamalar bakımından söz konusu olacaktır. Bu durumda, kasten hareket eden ile taksir ile hareket eden ayrımı yapılmadan aynı hüküm nedeniyle cezalandırıldığı düşünülebilirse de, basit bir tıbbi müdahaleyi gerektiren bir hareket nedeniyle, taksirle öldürmeden daha da ağır bir ceza ile cezalandırmanın da adil olmayacağı düşünülmelidir.

>**TCK** 87/1-3'de belirtilen olasılıklarda mağdurun ölmesi halinde yine **TCK** 87/4 uygulanacaktır. **TCK** 87/4'te sadece **TCK** 86'ya atıf yapılmış olması bu uygulamaya engel değildir[4].

> Öğretide "basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama fiili sonucunda mağdurun hayatını kaybetmesi halinde failin taksirle öldürme (m.85) suçundan sorumlu tutulmasının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, yasa koyucunun bu fiilin işlenmesi sonucunda meydana gelebilecek ölüm neticesine sonuç bağlamamış olduğu, fail hakkında m.85 hükmünün uygulamasının yasal boşluğun kıyas yolu ile doldurulması anlamına geldiği" kanaatinde olan yazarlar vardır[5]. Ancak kanaatimizce bu fiilin işlenmesi sonucunda meydana

1 Keskin-Kiziroğlu, 201.
2 Topçu, 141.
3 Topçu, 143.
4 Kaymaz/Bozbayındır, 90.
5 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, C II, 433; Donay, 137; Kangal, İsnadiyel, 157.

gelen *öngörülebilir* ölüm neticesinden, *bu fiil neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipi şeklinde düzenlenmediği için*, faili sorumlu tutmama cihetine gitmemiz kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Zira neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinin ortaya çıkışının temelinde, *hukuka aykırı bir hareket yapma kastıyla hareket eden kişiyi, yapmış olduğu bu hareket ile nedensel değer taşıyan ağırlaşmış neticeden de sorumlu tutma anlayışı* vardır. Bir fiilin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenmesinin nedeni, suç işleme kastıyla yapılan bir hareket neticesinde meydana gelen istenmeyen neticeden dolayı sorumluluğu, ***sadece*** *o neticenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipi şeklinde düzenlenmiş olduğu suçlarla sınırlamak* ***değildir***[1].

> İşlenen yaralama fiilinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ağırlıkta olup olmadığının tespitinin tıp ilmi ile ilgili bir konu olduğunu söylememiz mümkündür. Hâkimin bu konuda uzman bilirkişinin yardımdan faydalanması gerekmektedir (CMK 63)[2]. Adli Tıp Kurumu, adlî tıp hizmeti sunan sağlık personelinin bilgilendirilmesi amacıyla, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adlî Tıp Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı bir çalışma yapmış olup; somut olayda yaralamanın hangi ağırlıkta olduğu, bu çalışma sonucu elde edilen çizelge ışığında belirlenmektedir[3]. Yargıtay, yaralamanın hangi ağırlıkta olduğunun tespitine önem vermekte ve bu tespit yapılmadan verilen kararları "eksik inceleme" yapıldığı gerekçesiyle bozmaktadır[4]: "*...Otopsideki bulgular dikkate alınarak 5237 Sayılı TCK'nın 86. maddesi kapsamında Adli Tıp Kurumundan rapor aldırılıp, sonucuna göre; Rapor 5237 Sayılı TCK'nın 86/2. maddesi kapsamında ise aynı yasanın 86/2, 22/2. maddeleri yollaması ile 85/1. maddesi, Rapor 5237 Sayılı TCK'nın 86/1. maddesi kapsamında ise aynı yasanın 87/4. maddesine göre ... hüküm kurulması gerekirken,* ***eksik inceleme ile hüküm kurulması...***"[5].

> Kasten yaralama sonucunda meydana gelen ölüm neticesinin *fiilden önce var olup da failce bilinmeyen hallerin birleşmesi veya failin iradesi dışında ve beklenilmeyen sebeplerin eklenmesiyle meydana gelmesi halinde faile daha az ceza verilmesini öngören* 765 sy TCK m.452/2'de yer alan düzenlemenin 5237 sayılı TCK m.87/4'e alınmaması isabetli olmuştur. Zira 5237 sayılı TCK'nın hem 23. maddeye yer vererek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda sorumluluğu kusura dayalı kılması hem de failce bilinmeyen veya failin iradesi dışında gerçekleşen hallerin birleşmesi sonucu meydana gelen ve dolayısıyla da öngörülmesi mümkün olmayan bir neticeden failin sorumlu tutulacağına ilişkin bir düzenlemeye yer vermesi, kanunun kendi içinde çelişmesine neden olacaktı[6]. 5237 s. **TCK** 23'te öngörülen bu düzenleme çerçevesinde önceden mevcut olan ya da sonradan eklenen bir sebebin failin yaralama hareketi ile birleşerek ölüm neticesine neden olması halinde failin sorumluluğu, bu neticenin faile objektif olarak isnad edilebilir olmasına ve bu neticenin gerçekleşebileceğinin öngörülebilir olmasına bağlıdır.

---

[1] Topçu, 144
[2] Topçu, 179
[3] "Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adlî Tıp Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı bu çalışma için bkz. http://www.atk.gov.tr/Pdf/tckyaralama.pdf Erişim tarihi: 02.07.2013
[4] Topçu, 178
[5] 1.CD, 07.12.2007, 9219
[6] Topçu, 443-444

> Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili olarak öğretide haklı olarak işaret edilen bir tehlikeye dikkat çekmek isterim: "Bu tür suçlar yönünden objektif sorumluluğu bertaraf etmek amacıyla failin en azından taksirli olması aranmakta ise de suçu ağırlaştıran sonuç yönünden taksirin belirlenmesindeki güçlük nedeniyle, uygulamada taksir karinesinin kabulü ve dolayısıyla objektif sorumluluk sonucuna varılması tehlikesine karşı dikkatli olmak gerekmektedir"[1]. Nitekim uygulamada da "taksir"in tahliline girişilmeksizin, hüküm verme yoluna gidildiği anlaşılmaktadır:

"Sanık ve kardeşlerinin, maktulün işlettiği kahvehanede tanık Ünal ve arkadaşlarıyla tartışıp kavga etmeleri üzerine maktulün kavgaya müdahale ettiği, sanığın da maktule vurup iterek yere düşürdüğü, kendinden geçen maktulün kaldırıldığı hastanede öldüğü olayda, maktulün ölümünden olayın efor ve stresi ile kendinde bulunan kronik kalp rahatsızlığının akut hale geçmesinden gelişen solunum dolaşım durması sonucu meydana gelmiş olduğu anlaşılmakla, maktul yönünden 5237 sy TCK'nın 86 ve 87. maddeleri kapsamında yeniden rapor alınmak ve sanığın maktuldeki kronik kalp damar hastalığını önceden bilip bilmediği hususu araştırıldıktan sonra, ***a) yaralamanın, 86/1. maddeye uygun olması halinde maktulün eylemine uyan 87/4 maddesi uyarınca; b) yaralamanın 86/2 kapsamında kalması halinde maktuldeki kronik kalp damar hastalığını önceden bilmiyor ise 86/2 ve 22 delaletiyle 85/1 gereğince taksirle öldürme suçundan; şayet biliyorsa ise 86/2 ve 22/3 maddeleri delaletiyle 85/1 gereğince bilinçli taksirle öldürme suçundan*** mahkumiyeti yerine vasıfta hataya düşülerek fazla ceza tayini..."[2].

Yargıtay, **TCK** 86/2 kapsamındaki yaralama neticesinde mağdurun ölmesi halinde fail hakkında taksirle öldürme suçunun düzenlendiği 85. madde hükmünü uyguladığı kararlarda, mağdurda mevcut olup da failin hareketiyle birleşerek mağdurun ölümüne neden olan sebeplerin fail tarafından bilinip bilmediğine göre bir ayrıma gitmektedir. Yargıtay, mağdurdaki mevcut sebebin fail tarafından bilinip bilinmediğinin araştırılmasını söz konusu sebeplerin fail tarafından bilinmemesi halinde fail hakkında **TCK** 22 ve 85 uyarınca normal (bilinçsiz) taksirden ceza verilmesini; bilmesi halinde ise 85. madde gereğince verilecek cezanın m.22/3'te düzenlenen bilinçli taksir hükümleri uyarınca arttırılmasını istemektedir.

İfade etmek isteriz ki failin, önceden mevcut bulunan ve kendi hareketi ile birleşerek mağdurun ölüme sebebiyet veren hallerin ***varlığını bildiği hallerde***, taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulması mümkündür. Zira örneğin kalp hastası olduğunu bildiği bir kişiye yönelik uygulanan müessir fiilin, onun üzerinde oluşturacağı acı ve stresin etkisiyle mevcut kalp rahatsızlığını tetikleyeceği öngörülebilir bir durumdur.

Önceden mevcut olan hallerin ***varlığının fail tarafından bilinmediği hallerde*** failin bilinçsiz taksirle öldürmeden sorumlu tutulması yönündeki kararların ise hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Zira öngörebilme, failin, yapmış olduğu hareketin hangi neticelerin doğmasına sebebiyet verebileceğini hesap etmesi, aklından geçirmesi, önceden düşünebilmesidir. Dolayısıyla ***ölüm neticesine sebebiyet veren mağdurdaki halin fail tarafından bilinmemesi ve bilmesinin kendisinden beklen-***

[1] Toroslu, 154; Özenbaş, 342.
[2] 1.CD.10.06.2008, 4853.

memesi, bu neticenin fail tarafından öngörülebilir olma olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Taksirli suçların manevi unsurunu istenmeyen neticenin öngörülebilir olması oluşturmaktadır. Istenmeyen neticenin öngörülebilir olmaması halinde ise artık ortada manevi unsur eksikliğinden dolayı taksir de bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla ölüm neticesi, fail tarafından öngörülebilir bir netice olmadığından taksirle öldürme suçunun unsurları oluşmamıştır. Buna rağmen failin meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması "objektif sorumluluğa" dayalı sorumluluk anlayışını yansıtmaktadır[1].

> Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç tipi, yasada açıkça düzenlenmiş olmak kaydıyla ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin 88. maddede, kasten yaralama suçunun ihmali davranışla da işlenebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda 88. maddenin, 86. maddeye yaptığı bu atıf nedeniyle m.87/4'te düzenlenmiş olan kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunun "temel suç"u olan kasten yaralama suçunun ihmal suretiyle işlenebileceğini, bu ihmali hareket sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde m.87/4'te düzenlenmiş olan suç tipinin oluşabileceğini söylememiz mümkündür. Bu halde m. 88'de yer alan düzenleme gereği m.87/4 uyarınca faile verilecek ceza indirime gidilecektir[2].

ee. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Konuyu kapatırken belirtelim ki, **TCK** 23'ün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur[3].

---

[1] Topçu. 148-152.

[2] Topçu 139.

[3] Başvurunun gerekçesi şöyledir: *"5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 87/4 maddesindeki düzenleme ile 23 maddesindeki düzenleme birbiri ile çelişmektedir.*
5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinde kasıtlı bir suçtan bahsedilmiş, yaralama kastı ile hareket eden failin istemediği bir ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde ceza sorumluluğu belirlenmiştir. Bu maddedeki düzenleme sanığın kastından farklı bir neticenin meydana gelmesine ilişkin bir düzenlemedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23 maddesinde aynı konuda bir düzenlemeye gidilmiş, failin sorumlu tutulabilmesi için en azından netice bakımından taksirle hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21/1 maddesinde "kast suçu kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22/2 maddesinde ise "taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamalar ışığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesine ve 23 maddesine baktığımızda iki maddenin birbiri ile açıkça çeliştiği görülecektir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinde kasıtla işlenen bir suçun özel düzenlemesi mevcuttur. Kastın ve taksirin yapılan tanımına ve birbirinden farklı müesseseler olmasına göre aynı olayda bir araya gelmeleri, olayda hem kastın hem de taksirin bulunması mümkün değildir.
5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinden bir şahsı cezalandırılabilmek için mutlaka yaralama kastının bulunması ancak ölüm neticesinin istenmemiş olması gerekir. Ölüm neticesinin istenmediği bir durumda taksirin varlığı nasıl belirlenecektir. En azından taksirle hareket etmesi gerekir cümlesinin neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suçlarda uygulama kabiliyeti bulunmamakla birlikte bu maddedeki düzenleme karışıklığa sebebiyet verecek bir düzenlemedir ve bir çelişkidir. Kastı sadece yaralamak olan bir şahsın eylemi sonucunda ölüm neticecisinin meydana gelmesi halinde taksirle hareket nasıl olacaktır. Taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olarak tanımlandığına göre sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ne şekilde ispatlanacaktır. Olayımızda olduğu gibi olay yerinde bulunanların yaralı şahsı hemen hastaneye götürmeleri halinde ne şekilde sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek netice açısından taksirle hareket ettiği söylenebilecektir.
Neticesi sebebi ile ağırlaşmış suçlarda kastın özel bir hali söz konusudur. Neticesi sebebi ile ağırlaşmış suçlarda fiilin hiçbir aşamasında taksirin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zi-

Önceki kanunumuzun 452. maddesinde kanun koyucu öngörülebilir olsun veya olmasın kastı aşan neticeyi faile yüklemekteydi.

Ülkemizde gerçekleşen bir olayda, intihar teşebbüsünde bulunan bir şahıs, kendisini otobüsün önüne atar. Ancak şoför şahsı fark edip, zamanında fren yaparak, durur. Kızgınlıkla araçtan inen şoför, adama bir tokat atar. Adam kalp krizi geçirerek ölür. Şoför bu olayda önceki kanunumuz döneminde yargılanarak, 8 yıl ceza alır. Halbuki çarpsaydı, ya ceza almayacak ya da en fazla taksirle öldürme nedeniyle 2 yıl ceza alacaktı.

Kastı aşan kısmın sorumluluğu yeni kanunda taksirde arandığından meydana gelen neticenin öngörülebilir olup olmadığını saptamak ve öngörülemeyen hallerde faili kastı aşan suçtan sorumlu tutmamak gerekmektedir (Krş, Erem, 258).

Anayasa Mahkemesi, "*çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek "kusursuz suç olmaz" anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir.*

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da bu doğrultuda düzenleme yapılarak 23. maddede kusurun en hafif şekli olan taksire yer verilmiştir. Buna göre, fail ağır neticeden, bu ağır netice öngörülebilir olmasına rağmen özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle meydana gelmesi durumunda sorumlu tutulabilecektir. Hiç kimse tarafından öngörülmesi mümkün olmayan veya öngörülebilir olmakla birlikte önlenmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı bir kimse sorumlu tutulamayacaktır. Failin istemiş

---

ra taksirin varlığı kabul edilecekse sanık farklı bir maddede düzenlenmiş olan taksir ile ölüme sebebiyet vermek suçundan cezalandırılacaktır. Sanığın müdahale edemeyeceği durumlarda ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde sanığa ne şekilde dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenecektir. Taksirle hareket etmek fiilen mümkün olmadığına göre neticesi sebebi ile ağırlaşmış öldürme fiilinde sanıkdan öldürme suçundan ne şekilde sorumlu tutabileceğiz.

Kanun koyucu 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 452/2 maddesinde yer verdiği objektif sorumluluk ilkesinden uzaklaşmak amacı ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde bu düzenlemeyi getirmiş, ancak bu elde edilmek istenen amaca uygun bir düzenleme olmamıştır. Failin hareketi sonucunda meydana gelen netice öngörülemiyor ise neticesi sebebi ile ağırlaşmış ölümden fail sorumlu tutulmak istenmemiş, ancak 23. maddede ki bu hüküm ile sonuç alınamayacak bir düzenlemeye gidilmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti; insan haklarına dayanan, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, kişilere hukuk güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bu olduğu bilincinde olan bir devlettir.

Yukarıda açıklandığı üzere anılan kanun hükümleri arasındaki çelişkiler ve birinin ötekini uygulanabilir olmaktan çıkartması ve bu şekilde adalet duygusu ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilmesi adil bir hukuk düzeni kurmak ve kişilere hukuk güvenliği sağlamakla yükümlü bir hukuk devletinde kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle mahkememizin bakmakta olduğu 2005/104 esas sayılı dosyasında uygulanması ihtimali bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinin aynı Kanunun 87/4 maddesine aykırılık teşkil etmesi ve çelişmesi itibari ile Anayasanın hukuk devleti ilkesine yer veren 2. maddesine aykırı olduğu kanaati ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinin İPTALİNE karar verilmesi itirazen arz olunur".

bulunduğu neticenin dışında ya da daha ağır neticelerin meydana gelmesi durumunda, failin bu neticelere yönelik kastı veya en azından taksiri aranmaksızın, sadece hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı yeterli görülerek sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 23. maddesi, genel hükümler arasında yer alan ve amacı kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun olarak objektif sorumluluğu ortadan kaldırarak sistemi çağdaş ceza hukuku anlayışına kavuşturmak olan genel bir düzenlemedir.

Kanun'un özel hükümlere yer veren ikinci kitabının kişilere karşı suçları düzenleyen ikinci kısmının vücut dokunulmazlığına karşı suçları düzenleyen ikinci bölümündeki 87. maddesinin (4) numaralı fıkrası ise 23. maddedeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili genel ilkeyi yaralama suçları açısından özel olarak ve ayrıca düzenleyen bir kuraldır. 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, sadece 86. maddenin (1) numaralı fıkrasında öngörülen temel yaralama eylemleri ve bu eylemlerin (3) numaralı fıkrada öngörülen şekillerde işlenmesine ilişkin olarak uygulanması öngörülmüştür. Bu anlamda 23. madde ile bu kural arasında bir çelişki de bulunmamaktadır" gerekçesiyle, iptal istemini reddetmiştir[1].

Konuyu şöylece özetleyebiliriz: Belirli bir neticeyi gerçekleştirmek kastıyla hareket eden kimse, o neticeden daha ağır bir neticenin meydana gelmesine neden olmuş ise, şu olasılıklara göre karar vermek gerekir:

- Meydana gelen ağır netice öngörülebilir bir netice değildir. Bu takdirde **kaza tesadüf** söz konusu olur ve fail sadece kast ettiği neticeden ötürü sorumlu tutulabilir.
- Meydana gelen netice öngörülebilir bir neticedir. Ancak fail bu neticeyi öngörmemiş ve ağır neticeye sebebiyet vermiştir. Bu takdirde **taksiri** vardır ve bu ağır netice kendisine yüklenir.
- Meydana gelen netice öngörülebilirdir, fail de bu neticeyi öngörmüş, hatta doğrudan istemese bile, göze almış, kabullenmiştir. Bu takdirde failin **olası kastı** vardır ve bu netice kendisine doğrudan yüklenir.

Konunun başında verilen olay bakımından, (Z) hemofili hastasıdır. (B)'nin meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekir (**TCK** 23). Ne var ki, olayda, (B)'nin yoldan geçen bir kişinin hemofili hastası olduğunu öngörmesi mümkün olmadığı için taksirinden söz edilemez. Dolayısıyla (B) ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz. Ancak (B), yaralama neticesinden sorumlu tutulacaktır.

[1] AYM. 19.02.2009. 24

e. Objektif Cezalandırılabilme Şartları

Bazen kanun, suçun bütün unsurları gerçekleşmiş bulunduğu halde, failin cezalandırılabilmesi için ayrıca, gerçekleşmesi failin elinde olmayan, meydana gelip gelmemesi şüpheli bulunan bir olayın gerçekleşmesini bekler; bu olay gerçekleşirse fail ceza görmekte, aksi halde cezalandırılmamaktadır (yabancı ülkede suç işleyen kimsenin cezalandırılabilmesi için Türkiye'de bulunması şartı gibi, bkz. 11. madde gerekçesi)[1].

Cezalandırılabilme şartları, suçun bütün unsurları gerçekleştikten sonra söz konusu olabilen ve gerçekleşmemeleri failin cezalandırılmasına engel olan şartlardır[2]. Örneğin belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olma suçunda, kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması bir objektif cezalandırılabilme şartıdır (**TCK** 240). Ceza Kanunumuzda objektif cezalandırılabilme şartları içeren daha başka suç tipleri de vardır: 161, 162, 306/2, 3, 4 maddeler örnek olarak gösterilebilir[3].

> Objektif cezalandırılabilme şartları ile şahsi cezasızlık sebepleri/cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler/cezayı kaldıran şahsi sebepler arasındaki fark, objektif cezalandırılabilirlik şartlarının gerçekleşmemesi halinde, suça katılan hiç kimsenin cezalandırılamamasıdır. Şahsi nitelikli diğer sebeplerden ise, ancak bu sebepler kendisinde bulunan yararlanabilir.

Cezalandırılabilme şartlarının önemli bir özelliği bunların objektif nitelikli olmalarıdır. Objektif nitelikli olmanın sonucu, failin bunlara yönelik kast veya taksirinin bulunmasının gerekmemesidir. Bu itibarla, bu şartlar gerçekleştiğinde fail cezalandırılabilir, failin bu şartları istemiş olması aranmaz. Nitekim **TCK** 2003 Tasarısı'nın 20/3.maddesinde açıkça, "*kanunun, failin cezalandırılmasını bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tuttuğu suçlarda, bu koşul istenmemiş olsa da fail cezalandırılır*" denmekteydi.

Bu durum, bir hususun suçun unsuru mu yoksa cezalandırılabilme şartı mı olduğu konusundaki ayrım için de belirleyicidir. Nitekim bir suç tipinde düzenlenmiş olan bir husus, ancak failin kasti bir hareketiyle buna sebebiyet vermesi halinde kendisine yüklenebiliyorsa, unsur; buna karşılık, bu hususun failin sorumlu tutulabilmesi için failin kastının olması aranmıyorsa, yani fail o durumu istemese bile kanun onu cezalandırmakta ise cezalandırılabilme şartı söz konusu olur[4]. Bununla birlikte Kanun'da yer alan ifadenin

---

[1] Failin Türkiye'de bulunmasının muhakeme koşulu olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, 181, 182.

[2] Öztürk/Erdem/Ozbek, 111.

[3] TCK 240'da aranan kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasının suçun unsurlarından nelice olduğu ve TCK 306'da yer alan suçun tehlike suçu olduğu ve yine özellik arz eden hususun unsurlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, 273 vd.; 288 vd.

[4] Donmezer/Erman, II, 318.

unsur mu yoksa objektif cezalandırılabilme koşulu mu olduğu konusunda net bir ölçüt mevcut değildir. Bir hususun unsur olarak kabul edilmesi, failin kast ve taksirinin aranması nedeniyle fail bakımından lehe bir sonuç doğuracaktır. Ancak buradan hareket ederek ilgili husus hakkında unsur veya objektif koşul şeklinde bir belirleme yapmak ise sonucundan yola çıkmak anlamına gelecektir. Bu nedenle söz konusu suç tipinin,maddenin lafzı, madde metninin oluşum süreci ve pratik ihtiyaçlar ile birlikte yorumlanması neticesinde bir sonuca ulaşılmalıdır[1].

f. Yanılma

Tipikliğin unsurlarında yanılgı, tipikliğin sübjektif unsurlarının sonunda ele alınabilir. Ancak ben konunun bir bütünlük içinde bütün yanılgı türlerini kapsayacak şekilde kusur bahsinde ele alınmasının didaktik açıdan daha uygun olacağı kanaatinde olduğumdan, konu bahsedilen yerde ayrıntılı tartışılacaktır.

Keza yanılmanın özel türleri olarak adlandırılabilecek olan şahısta yanılma ile hedefte sapma da burada sübjektif unsurlar kısımında ele alınabilir. Ancak bu kavramları da bir bütünlük arz etmesi bakımından ilgili kısımda inceleyeceğim.

g. Amaç ve Saik

Suçun manevi unsurlarına ayrıca amaç ve saik de dahildir.

Amaç, failin suç ile hedeflediği hususdur. Bazen kanun koyucu bundan açıkça bahseder: Örneğin, "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak **amacıyla** (TCK 82/1-h) öldürme suçunun işlenmesi.

Saik konusunda kanunumuzda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak saiki, bir kimseyi suç işlemeye iten neden, çıkar olarak tanımlayabiliriz. Örneğin, öldürme suçunda, kişinin düşmanı olduğu için bir kimseyi öldürmesinde, saik düşmanlıktır.

Saik, kasttan ayrı, haksızlığın özel bir sübjektif unsurudur[2].

Saik, kasttan farklıdır. Kast, suçu işleme iradesiyken; saik, kişiyi somut suçu işlemeye sevk eden histir. Suçların kural olarak kasten işlenmesi gerektiği kanunumuzda hükme bağlanmıştır (**TCK** 21). Dolayısıyla bir suçun nedensiz işlenmesi saikin bulunmaması anlamına gelirse de kişinin suç işlemek için bir nedeninin bulunmaması, kastının da bulunmadığı manasına gelmez. Bu itibarla, kişinin örneğin belgede sahteciliği zevk için veya belgeyi birisine vermek için yapmasının önemi yoktur. Gerçekten de saikin ne olduğu ile kanun koyucu kural olarak ilgilenmemektedir[3]. Bununla beraber, bazı suçlar açısından kanunun saikin ne olduğuna önem atfettiği de görülmektedir. Örneğin kasten öldürme suçunda, suçun kan gütme veya töre saikiyle işlenmesi (**TCK** 82/1-j ve k), mala zarar verme suçunun görevinden ötürü öç almak

---

1 Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, 30 vd.

2 Koca/Üzülmez[3], 251.

3 Avustralya'da da aynı kabul geçerlidir. "The general position at common law is that motive is irrelevant to criminal liability". Brown vd., 179.

amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak işlenmiş olması (**TCK** 152/1-g), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi (**TCK** 109/5) cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Saik ayrıca **TCK** 61 gereğince cezanın belirlenmesinde de göz önünde bulundurulacaktır.

İngiliz Hukuku'nda da saikin sorumluluk için kural olarak önemsiz olduğu açıklanmaktadır[1].

B. Hukuka Aykırılık Unsuru

1. **Genel Açıklamalar**
2. **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Ortak Özellikleri**
3. **Hukuka Uygunluk Sebepleri**
   - a. **TCK 24, 25 ve 26'daki Hukuka Uygunluk Sebepleri**
     - aa. **Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesi**
     - bb. **Kanun Hükmünü İcra**
     - cc. **Meşru Savunma**
     - dd. **Hakkın Kullanılması**
     - ee. **Rıza**
   - b. **Ceza Kanununda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Sebebi: Yükümlülüklerin Çatışması**

1. Genel Açıklamalar

Failin tipikliği gerçekleştirmesiyle, henüz onun cezalandırılabilir hale geldiği de söylenemez. Cezalandırılabilme failin tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde hareket etmesi halinde söz konusu olur.

Hukuka uygunluk sebeplerinin anlamı şudur: Bir suçun oluşabilmesi için, başka deyimle, bir haksızlıktan bahsedebilmek için tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmiş olması yetmez. Ayrıca o eylemin herhangi bir hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaması gerekir. Dolayısıyla, örneğin öldürme suçunu aslında şöyle yazmak gerekirdi: "Bir kimseyi, meşru müdafaa durumunda olmaksızın, bir kanun hükmünü veya yetkili merciin bir emrini ifa amacı bulunmaksızın öldüren kimse... cezalandırılır".

Hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı, bütün hukuk düzeni bakımından araştırılır.

> Hukuka aykırılık = Hukuk düzeni ile çatışma

Bundan çıkan sonuç, bütün hukuk düzeni bağlamında bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığına karar verilmesi gerektiğidir. Değerlendirme sadece Türk Ceza Kanunu ile sınırlanamaz. Bir fiil ya hukuka uygundur ya da değil-

[1] Allen, 69, 70.

dir. Türk Ceza Kanunu açısından biraz hukuka aykırılık, onun dışında hukuka uygunluk, nasıl "biraz barış-biraz savaş" mümkün değilse, mümkün değildir.

KURAL: HUKUK DÜZENİNİN BİRLİĞİ

Tipikliğin gerçekleştirilmesinin hukuka aykırılığın karinesi olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Ancak istisnai hallerde hukuk düzeni tipiklikte formüle edilmiş olan yasağı hukuka uygunluk nedenleri denilen müsaade edici durumların mevcudiyeti halinde kaldırır. Böylece bir fiilin hukuka aykırı olduğu hususundaki kesin hüküm ancak herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin somut olayda **mevcut olmaması** halinde verilebilir. Dolayısıyla suçun üçüncü unsuru olan hukuka aykırılık unsuru daha maksada uygun bir şekilde **hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması unsuru** olarak ifade edilebilir.

Bir hareketi uygun gören veya emreden başka bir hukuk kuralının mevcudiyeti halinde, fiili suç olmaktan çıkaran bir haklılık sebebi vardır denilir[1].

Kanun koyucu, suç tiplerini oluştururken, başka ifadeyle, hukuksal yararların hangi saldırılara karşı korunması gerektiği ve ceza tehdidinin bu hukuksal yararın korunması için gerekli, uygun ve ölçülü bir araç olup olmadığını göz önünde bulundururken; genel bir yasağın somut bir olayda istisnasının olup olamayacağını ve böylece yasak bir davranışa belirli şartlar altında müsaade edilip edilemeyeceğini değerlendirir[2]. İşte bu değerlendirme sonucunda ortaya çıkan kurum, başka ifadeyle belirlenen istisnalar, hukuka uygunluk sebepleridir.

Gerçekten de "ceza koyan normların kural, hukuka uygunluk sebeplerinin istisna olduğu" söylenebilir[3]. Nitekim suç tipleri ile hukuka uygunluk sebepleri arasında kural-istisna ilişkisi mevcuttur. Kural, tipik olan fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Ne var ki, istisna hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetidir. Bu takdirde fiil tipik olsa dahi hukuka aykırı değildir.

Bir olayda bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olması demek, failin fiili ile toplumun çıkarları arasında herhangi bir çatışmanın bulunmaması demektir. Çatışmanın bulunmaması da sosyal bir zararın bulunmaması anlamına gelir. Dolayısıyla, zarar olmayınca hukuka aykırılık da olmaz[4].

Tipik bir eylemin hukuka aykırı olması durumunda, failin bir haksızlık yaptığı anlaşılmış olur. Bu bağlamda, hukuka aykırılık ile haksızlık kavramlarının eş anlamlı kullanıldığı görülmekle birlikte, aslında bu iki kavram arasında fark vardır: Eylem hukuka aykırı ise hukuk normları ile bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu görülür. Hukuka aykırılık ise derecelendirilemez. Buna karşılık haksızlık derecelendirilebilir. Öldürmenin haksızlığı, mala zarar verme veya yaralamanın haksızlığından çok daha fazladır, ağırdır. Dolayısıyla haksızlık kavramı, hukuka aykırı fiil ile bağlantılı olarak ortaya çıkan sosyal etik değersizliği ifade etmektedir. Ancak her iki kavramın da ortak yönü vardır o da somut eylemin değerlere aykırılığıdır[5].

---

1 Gölcüklü, 25.
2 Wessels/Beulke, kn. 273.
3 Önder, II, 163.
4 Artuk, 64.
5 Wessels/Beulke, kn. 281.

Haksızlık denildiğinde, hareketin ve neticenin haksızlığı şeklinde bir ayrım yapılabilir. Hareketin haksızlığı hukuk düzeni tarafından onaylanmayan bir hareketin var olması durumunda; neticenin haksızlığı ise hukuk düzeni tarafından onaylanmayan bir neticenin var olması durumunda söz konusu olur. Ancak sadece hareketin haksızlığının yeterli olduğunu, neticenin haksızlığının ayrıca aranmaması gerektiği, neticenin haksızlığının haksızlığı artırmayacağı da haklı olarak savunulmaktadır. Bu ayrım teşebbüs bakımından bir anlam kazanabilir. Teşebbüs halinde kalan suçlarda hareketin haksızlığı gerçekleşmiş ise de, neticenin haksızlığı gerçekleşmemiştir ve bu nedenle cezada indirime gidilir[2].

Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılmamıştır; örf ve adet hukuku ile de ortaya çıkabilir. Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, hukuka uygunluk sebeplerinin örf ve adet hukuku esas alınarak genişletilmesi, kıyas yasağına aykırılık teşkil etmez. Keza belirlilik ilkesi bakımından da hukuka uygunluk sebepleri tipiklikte yer alan unsurlara nazaran daha gevşek gerekliliklere tâbidir[2].

hukuka uygunluk nedenlerinin hepsinin tek bir prensibe dayanılarak açıklanması zordur. Bununla beraber yardımcı olması açısından basit bir ikili ayrım yapılabilir: İhlal edilen hukuki yarara nazaran daha ağır basan bir yarar lehine faile tecavüz veya müdahale için müsaade edilen haller. Meşru müdafaa gibi. İkinci olarak da tasarruf yetkisine sahip olanın ceza kanunu tarafından garanti altına alınmış korumaya ilgi duymaması halleri. Rıza, varsayılan rıza gibi.

2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Ortak Özellikleri

1. Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı değildir. Bu nedenlerin kesin bir listesi bulunmamaktadır. Failin lehine olmaları nedeniyle de kıyas yasağı kapsamında değildir. Örneğin Almanya'da kendisinden önceki yöneticinin anayasal düzeni ağır bir biçimde ihlal ettiğini öğrenen idarecinin, bir gazeteye durumu aktararak meslek sırrını ihlal suçunu işlediği bir olayda, Alman Federal Yüksek Mahkemesi yazılı olmayan bir ihbar hakkı geliştirerek, idarecinin hukuka uygun hareket ettiğine karar vermiştir[3].

2. Hukuka aykırılık suçun genel unsurlarındandır, tipikliğe ilişkin bir unsur değildir. Bununla beraber, bazı suç tiplerinde özellikle "hukuka aykırı olarak" kavramına yer verildiği görülmektedir. Bunun anlamı iki türlü olabilir[4]:

   Bir. Çoğunlukla bu kavram, genel hukuka uygunluk sebebinin yokluğuna işaret etmek üzere, gereksiz yere kullanılmaktadır. Burada kanun koyucu hâkimi, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusu üzerinde hassasiyetle durması konusunda uyarmaktadır. Bu

---

[1] Bkz. Heinrich[4], 57, 58.
[2] LK[11], vor §32, 127, 130.
[3] Heinrich (Ed. Ünver), 209, 210.
[4] Wessels/Beulke, kn. 135.

tür hukuka aykırılığın kastın kapsamında olması gerekmemektedir. Örneğin, TCK 124/1 deki, "kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur" hükmündeki "hukuka aykırı" ifadesi bu anlamda kullanılmıştır. Yine, TCK 136/1 deki "kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmündeki "hukuka aykırı" ifadesi de bu anlamdadır.

İki. Buna karşılık, nadiren bu kavram ilgili suç tipindeki bir durumun niteliği olarak belirtilmiş olabilir ve bu durumda, bu husus suçun unsurudur ve kastın bu unsuru da içermesi gerekir. Örneğin, TCK 123'de belirtilen "hukuka aykırı başka bir davranış" ifadesi bu şekilde yorumlanmalıdır.

3. Hukuka uygunluk sebepleri, fiil tipik olmasına rağmen, hukuka uygun olması itibariyle failin cezalandırılmasını engeller ve bu özelliğiyle cezaya engel olan diğer sebeplerden aşağıdaki noktalarda ayrılır:

Bir. "Kusurluluğu kaldıran sebepler, failin iradesine yapılmış olan etkiden dolayı kusurlu hareket edebilmeye engel sebeplerdir". Kanunumuz, zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran sebep olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

İki. "Şahsi cezasızlık sebeplerinde fiil tipe uygun ve hukuka aykırıdır; ancak failde mevcut bir şahsi sebepten dolayı ceza verilmemektedir".

. "Cezalandırılabilme şartları ise kusur ve hukuka aykırılıkla ilgili olmayan, yalnız failin cezalandırılabilmesine engel teşkil eden objektif nitelikte sebeplerdir".

İ rt. Kovuşturma şartları ise "suç bütün unsurları ile gerçekleştikten sonra fail hakkında kovuşturma yapılabilmesi için bulunması gereken şartlardır"[1].

4. Hukuka uygunluk sebepleri arasında bir sıralama, derecelendirme yapmak mümkün değildir. Bir olayda hukuka uygunluk sebebi vardır veya yoktur; varlığı kabul edilince şeklinin etki derecesinde fark yapılamaz. Birden fazla hukuka uygunluk sebebinin aynı olayda söz konusu olması durumunda ise "bunlar birbirleri yanında göz önünde bulundurulur"[2], zira hukuka uygunluk sebepleri kural olarak birbirlerinden bağımsızdır[3]. Bir mahkeme kararına konu olayda, taksiye binen müşteri yolculuk sonunda parası ol-

[1] Onder, II, 172.
[2] Onder, II, 174.
[3] LK[11], vor §32, 132.

madığını söylemiş, eve giderek para alma veya adresine fatura gönderilmesi teklifini reddederek kaçmaya çalışmış ve bunun üzerine taksi şoförü, para ödemeden gitmek isteyen müşterisini, kolunu bükerek kimliğini tespit etmek amacıyla alıkoymuştur. Mahkeme olayda hukuka uygunluk sebebinin gerçekleştiğine karar vermiştir[1]. Olayda kanun hükmünü icranın (CMK 90) yanı sıra, mal için meşru savunma da vardır.

Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, CMK 90 kapsamındaki yakalama yetkisi ile meşru savunma arasında yetki ve savunma hareketinin kapsamı bakımından farklılık vardır. CMK 90 kapsamında sivil kişiler silah kullanamaz. Buna karşılık, meşru savunma halinde silah kullanma yetkisi vardır. Yine CMK 90 kapsamında bir kimsenin ağır yaralanmasına veya öldürülmesine müsaade edilmemektedir. Buna karşılık, meşru savunma halinde yaralama veya öldürme mümkündür[2].

5. Kişinin hukuka uygunluk sebebi bilinci ile hareket etmesi gerekip gerekmediği konusunda görüşler ikiye ayrılmaktadır. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk sebepleri objektif nitelikli olduklarından, fail o bilinçle hareket etmese bile, meydana gelen neticeden sorumlu tutulmaz[3]. Buna karşılık görüşlerine katıldığımız diğer yazarlar, hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilmek için failin bu bilinç ile hareket etmiş olması gerektiğini savunmaktadır[4]. Böylece, bir kimse, düşmanını gece yarısı pusu kurarak öldürse ve sonradan, maktulün tam o sırada yoldan geçmekte olan bir başka kişiye ateş etmek üzere olduğu anlaşılsa[5], kişi üçüncü kişi lehine meşru savunma bilinci ile hareket etmediğinden, bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz (Kişinin, hukuka uygunluk sebebinin varlığından haberdar olup olmaması yanılgı konusunu ilgilendirir, bkz. "hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma" bahsi).

Hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilmek için, sübjektif unsurun da bulunması gerektiğini, başka ifadeyle hukuka uygun hareket etme bilinci içinde hareket etmiş olmak gerektiğini savunan bazı yazarlar, bu bilincin olmadığı hallerde, failin ancak teşebbüs nedeniyle cezalandırılması gerektiği görüşündedir[6].

6. Failin hukuka uygunluk sebebini kasten oluşturarak, bu durumdan faydalanmak istemesi halinde, hukuka uygunluk sebebinden faydalanması mümkün olmaz. Fail bir olaya veya bir duruma kendisi sebebiyet vererek, bir hukuka uygunluk sebebi içinde

---

1 OLG Düsseldorf, NStZ 1991, 600.
2 Heinrich (Ed. Ünver), 225.
3 Önder II, 176; Demirbaş[3], 378.
4 Özgenç[2], 409; Artuk/Gökcen/Yenidünya[3], 690; Koca, YTCK, 122; Özbek, İzmir Şerhi, 335; ancak krş. aynı yazar, s. 394; Koca/Üzülmez, 235, 236; İngiliz Hukuku'nda da aynı görüş hâkimdir, bkz. Allen, 204, 205.
5 Örnek için bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya[3], 690.
6 Wessels/Beulke, kn. 279.

"başkasının hak ve yararına, cezalandırılmadan saldırmak istemiş olabilir. Fail bu durumu, hukuka uygunluk sebebinden yararlanmak için kasten gerçekleştirmiş ise artık hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilemez; zira kanun haklı yararı korur ve hileli bir şekilde başkasının hak ve yararına saldırıda bulunulabilmesi için kişiye açık çek vermez"[1].

7. Failin esasen hukuka uygun hareket ettiği hallerde, bu harekete bağlı olan hangi hareketlerin hukuka uygunluk sebebinden faydalanacağı ele alınmalıdır. Bu konudaki ölçüt, failin hukuka uygun hareketi ile **doğal bağlantı** içinde olan hareketlerdir. Bu bağ içinde olmayan hareketler, diğer hareketler hukuka uygun olsa bile, hukuka aykırıdır. Mesela, ruhsatsız silah taşıyan bu silahla meşru müdafaa halinde kalarak saldırganı öldürürse, öldürme fiili bakımından mevcut hukuka uygunluk sebebi, ruhsatsız silah taşımaktan dolayı failin cezalandırılmasına engel teşkil etmez. Yine suçüstü halinde kanunun verdiği yakalama yetkisini kullanan kişi, yakaladığı kişiye hakaret ederse, yakalama açısından geçerli olan hukuka uygunluk, hakaret açısından geçerli değildir[2]. Nitekim *Yargıtay* da sanıkların küçük mağduru, bahçelerinden salatalık kopardıktan sonra yakalayıp bunları bir mendil içinde mağdurun eline verip zincirle bağlamaları, yanlarında bekçi de olduğu halde doğruca onu köye getirip orada ellerini çözmeleri halinde fiilleri CMUK'un 127. (yeni CMK 90) maddesi gereğince meşru ise de faillerin mağdura yönelik eylemleri nedeniyle yaralama suçundan ötürü cezalandırılmaları gerektiğine karar vermiştir[3].

„Mağdurun olay gecesi sanığın eşi ile onun evinde ilişkiye girdiklerini beyan etmesi, savunma, tanık anlatımları ve tüm dosya kapsamına göre sanığın, kendi evlerine ait yatak odasında eşi ile mağdur ...'yi çıplak şekilde yakaladıktan sonra mağdurun kaçmasını engellemek için iple bağlayıp olay yerine çağrılan polislere teslim ettiği anlaşılan olayda sanığın, mağduru kendisine karşı gerçekleştirdiği konut dokunulmazlığının ihlali suçu sırasında yakaladığı, 5271 sayılı CMK'nın 90/1. maddesine göre, kişiye suçu işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması hallerinde, herkesin geçici olarak yakalama yapabileceği, buna göre, kendisine karşı gerçekleştirilen eylem sırasında mağdurun kaçmasını engellemek maksadıyla iple bağlayıp polise teslim eden sanığın eyleminde hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan, hakkında atılı suçtan beraat kararı verilmesi gerekir", 14.CD, 05.10.2017, 11680/4542.

---

[1] Onder. II. 173.

[2] Onder. II. 173.

[3] 8. CD. 11.01.1978. 195. O halde. (yeni CMK 90.) maddesinde hükme bağlanan koşullara uygun olarak katılanı yakalayan sanıkların eylemi hukuka uygun olup, olayda (yeni TCK 109.) maddesi uyarınca "gayrimeşru suretle" özgürlüğün sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı açıktır. Ancak, yakalama sırasında, yasanın tanıdığı zor kullanma sınırları aşılarak, sanıklar tarafından olayın kızgınlığı ile katılana karşı etkili eylemde bulunulması yasaya aykırı olduğundan bu suçtan dolayı cezalandırılmaları isabetlidir. CGK. 11.03.2003. 35.

8. "Hukuka uygunluk içinde hareket eden bir şahsın bu davranışına karşı, hukuka uygunluk sebebi içinde bulunulamaz"[1]. Buna muhatap olanların, bu eyleme katlanma yükümlülüğü vardır. Zira hukuk düzeni hukuka uygunluk sebebi içinde hareket edene bir hak tanımıştır ve bu hakka karşı tekrar bir başka hakkın kullanılması mantıksal olarak düşünülemez. Aksi takdirde, hukuka uygun hareket etme durumu sonsuz seçenekte söz konusu olabilirdi. Dolayısıyla örneğin meşru müdafaa halinde bulunana karşı meşru müdafaa olmaz. Zira meşru müdafaa haksız bir hareket değildir. *Yargıtay* kararına konu bir olayda, maktul, Alâeddin'e tabancasıyla ateş etmiş, ancak araya giren Alâeddin'in babasını öldürmüş, Alâeddin'in maktule ateş ederek onu ayağından yaralaması üzerine, maktul yenilenen kastla Alâeddin'e ateş etmiştir. *Yargıtay* haklı olarak maktulün Alâeddin'e yönelik atışının meşru müdafaa olarak değerlendirilemeyeceğine, **kişinin nefis savunmasına soktuğu hasmının kendisine yönelttiği karşı saldırı hallerini def için o kişiye yönelttiği şahsa veya cana yönelik eylemlerde** meşru müdafaa hükümlerinin uygulanamayacağının süreklilik kazanan bir içtihat olduğuna karar vermiştir[2].

Ne var ki, bunun için sınırın aşılmaması gerekir. Örneğin CMK 90'da tanınan "herkesin yakalama yetkisi"ni kullanan kişi, bu yetkide sınırları aşar da yakaladığı kişiyi yaralamaya kalkarsa, mağdurun meşru savunma hakkı doğar. Aynı şekilde lokantada hesabı ödeyemeyen müşteriye zorla bulaşık yıkatmak isteyen lokantacıya karşı müşterinin direnme hakkı vardır, zira lokantacı ancak kimliğini tespit etmek veya polise teslim etmek üzere müşteriyi tutabilir[3]. Keza, hırsızı suçüstü yakalayan kimsenin, hırsıza vurması veya linç girişiminde bulunulması durumunda, hırsızın meşru savunma hakkı vardır. Sonuç olarak, hukuka uygunluk sebebi içinde hareket eden kimse sınırı aştığı takdirde, bu harekete karşı yapılan eylem hukuka uygun olur. Örneğin, **Texas Ceza Kanunu** da hukuka aykırı olduğu düşünülse bile, bir kolluk görevlisinin yaptığı yakalama veya aramaya karşı meşru savunma gerekçesiyle direnmenin hukuka uygun sayılmayacağını açık bir şekilde hükme bağlamıştır (md. 9.31.(b)(2)). Aynı maddenin (c) bendinde ise kolluğun kendisine yönelik bir direnme olmamasına rağmen gereğinden fazla güç kullanması halinde yakalama veya aramaya karşı direnilmesinin hukuka uygun olacağı açıklanmıştır.

Benzer şekilde **Yunan Ceza Kanunu**'nda, zor kullanan memura karşı belirli şartlar altında meşru müdafaanın mümkün olabileceği açıkça düzenlenmiştir[4].

---

[1] Önder, II, 173.
[2] 1. CD, 15.11.2000, 3179.
[3] Kühl, §7, kn. 62.
[4] Uzulmez, İşkence, 154, dn. 846.

Zorunluluk hali, kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğundan, zorunluluk haline karşı hukuka uygunluk sebebi içinde hareket etmek mümkündür[1]. Dolayısıyla, aşağıda zorunluluk hali bahsinde vereceğim tayfa örneğinde, tayfa kendisine yönelik saldırıya karşı meşru savunma hükümlerinden yararlanabilir.

9. Hukuka uygunluk sebepleri ile iştirak ilişkisinin de ele alınması gerekir. Iştirakin şartlarından birisi, asli failin kasten hareket etmesi iken, ikinci şartı da asli failin hareketinin hukuka aykırı olmasıdır (**TCK** 40/1: Bağlılık Kuralı). Bunun içindir ki, fiil hukuka uygun olduğu takdirde, iştirak hükümleri uygulanamaz[2]. Bununla beraber, hukuka uygun hareket eden doğrudan faili kullanan kişilerin dolaylı fail olarak cezalandırılabilmeleri söz konusu olabilir[3].

10. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı durumunda faile ceza verilemeyeceği gibi, fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanması da mümkün değildir[4].

3. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuk sistemimizdeki hukuka uygunluk sebepleri incelendiğinde görülmektedir ki, bütün hukuka uygunluk sebepleri kanunlarda düzenlenmiş değildir. Bazı hukuka uygunluk sebepleri kanunlarda yazılı olmamasına rağmen uygulanmaktadır. Kanunlarda düzenlenmiş bulunan hukuka uygunluk sebeplerinin hepsi de Türk Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Bunlardan bir kısmı **TCK** dışındaki kanunlarda düzenlenmiştir. Burada sadece ceza kanunumuzda düzenlenmiş bulunan hukuka uygunluk sebepleri ele alınacaktır.

a. TCK 24, 25 ve 26'daki Hukuka Uygunluk Sebepleri

aa. Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesi
bb. Kanun Hükmünü İcra
aaa. Genel Olarak
bbb. Silah Kullanma Yetkisi
ccc. Şikâyet ve İhbar
ddd. Devletin Kumar Oynatması
cc. Meşru Savunma
dd. Hakkın Kullanılması
ee. Rıza

TCK 24, 25 ve 26'da yer alan hukuka uygunluk sebepleri,

- Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi
- Kanun hükmünün yerine getirilmesi,

---

1 Heinrich (Ed. Ünver), 203, 204.
2 Bkz. United States v. Lopez, 1987.
3 Bkz. aşağıda dolaylı faillik bahsi.
4 LK[11], vor§32, kn. 65.

- Meşru savunma,
- Hakkın kullanılması ve
- İlgilinin rızasıdır.

aa. Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesi

Kanunumuz 24/2.maddede, "*yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*" demektedir.

Bu hükümden çıkan ilk sonuç, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı olan emri yerine getiren kamu görevlisinin kusurluluğu kalktığından cezalandırılmayacağıdır. Bu konuya aşağıda "kusurluluğu kaldıran nedenler" kısmında temas edeceğim.

Bu hükümden çıkan ikinci sonuç ise yetkili bir merciden verilip de yerine getirilmesi zorunlu olan emrin hukuka uygun olması halinde, yine emri yerine getiren kamu görevlisinin bu hüküm gereğince cezalandırılamayacağı, ancak cezasızlığının nedeni emir hukuka uygun olduğundan, hukuka uygun bir emri yerine getirenin de hukuka uygun hareket ettiğinin kabul edilmesidir. Böylece hukuka uygun emri yerine getirme de bir hukuka uygunluk sebebidir.

Hemen belirtelim ki, **TCK** 24/2 hükmü açıkça bu ayrımı yapmamaktadır. Ancak hüküm bu şekilde yorumlanmaktadır[1].

Amirin emri hukuka uygun olur da yerine getiren ast tarafından sınır aşılırsa, sorumluluk emri verene değil, emri uygulayana ait olur[2]. Konu üzerinde aşağıda "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Sebeplerde Sınırın Aşılması" bahsinde daha ayrıntılı duracağım.

bb. Kanun Hükmünü İcra

20 Temmuz 1931 tarih ve 1850 sayılı Kanun.

***Madde 1**: Erciş, Zilan, Ağrı dağ havalisinde vuku bulan isyanda, bunu müteakip Birinci Umumi Müfettişlik mıntıkası ve Erzincan Pülümür kazası dahilinde yapılan takip ve te'dip hareketleri münasebetiyle 20 Haziran 1930'dan 1 Kanun-ı Evvel 1930 tarihine kadar askeri kuvvetler ve devlet memurları ve bunlar ile birlikte hareket eden bekçi, korucu, milis ve ahali tarafından isyanın ve bu isyanla alakadar vak'aların tenkili emrinde gerek müstakilen ve gerekse müştereken işlenmiş ef'al ve hareket suç sayılmaz.*

***Madde 2**: Bu kanun neşri tarihinden itibaren muteberdir.*

***Madde 3**: Bu kanunu icrasına Adliye ve Dahiliye vekilleri memurdur.*

aaa. Genel Olarak

TCK 24/1'e göre, kanunun bir hükmünü yerine getirme suretiyle işlenilen fiillerden dolayı faile ceza verilemez. Kanun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk sebebi olarak kanunda düzenlenmiş olması doğal bir sonuçtur. Zira kişilere bir yandan kanunla birtakım görev ve yetkilerin verilmesi, öte yandan da bunun gereklerini yerine getirenlerin cezalandırılması düşünülemez[3].

---

[1] Bkz. Özgenç[2], 380 vd; Koca/Üzülmez, 263 vd.; Artuk/Gökcen/Yenidünya[3], 636 vd.

[2] 1. CD. 12.12.2002. 4665.

[3] Malkoç/Güler, I. 301.

Böylece mesela,

- Takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyet hakkını kullanan şikâyetçinin (CMK 158),
- bilirkişilik yapan bilirkişinin (**TCK** 276, CMK 62 vd.),
- terbiye yetkisini (**TCK** 232/2) kullanan, mesela anne, baba, öğretmen veya ustanın,
- Medeni Kanun 432 vd. hükümlerine göre akıl hastası olan bir kimsenin tedavisi için hastaneye yatırılmasına karar veren hâkimin,
- İcra İflas Kanunu'na göre haciz işlemi yapan icra memurunun (İİK md. 78),
- CMK 90'a göre kaçmak isteyen kişinin arabasının anahtarını alıkoyan bir kimsenin[1],

---

[1] Wessels/Beulke, kn. 355. Olay tarihi öncesinde ev ve cep telefonları aranarak rahatsız edilen sanık Hüseyin 04.10.1999 tarihinde C.Savcılığına başvurup, belirleyebildiği bir kısım telefon numaralarını da bildirmek suretiyle bu konuda şikâyetçi olmuştur. Olay gecesi saat 23.00 sıralarında üniversite kampüsünün önündeki ankesorlu telefondan sanık Hüseyin'in telefonunu arayarak konuşmadan kapattığı, arayan yerin Pamukkale Üniversitesi kampusu önünde bulunan ankesörlü telefon olduğunu, önceden tespit ettikleri numaralardan anlayan sanıkların, birlikte bu yere gittiklerinde dolmuşa binmekte olan katılan Kenan'ı görerek, aralarında önceye dayalı husumet bulunması nedeniyle onu araçlan etkili eylemde bulunmak suretiyle indirdikleri ve kendi otomobillerine bindirerek anayoldan hareketle şehir merkezine geldikleri, burada tanık Mehmet ile katılanı karakola götürüp teslim konusunda yardımcı olması için konuştuklan sırada kolluk görevlilerince yakalandıklan.

Sanıklara yüklenen özgürlüğü sınırlama cürmü (önceki) Türk Ceza Yasasının 179. maddesinde düzenlenmiştir.

Öte yandan (önceki) CYUY'nın "Meşhut Cürümde Yakalama, Meşhut Suç" başlığını taşıyan 127. maddesinin 1. fıkrası, "Meşhut cürüm sırasında rastlanan veya meşhut cürümden dolayı takip olunan şahsın firarı umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa tutuklama müzekkeresi olmaksızın dahi o şahsı herkes muvakkaten yakalayabilir...";

Sayılan bu koşulların gerçekleşmesi halinde, fail muvakkaten yakalanabilir ve en kısa zamanda kolluk görevlilerine teslim edilir.

Bu açıklamaların ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde:

Sanıklardan Hüseyin telefonla rahatsız edilmesi nedeniyle C.Savcılığına şikâyetçi olduğu ve telefon numarasını belirlediği kişilerin kimler olduklarının bulunarak cezalandırılmalarını talep ettiği, bildirdiği cep telefonu numaralarından bir tanesinin de katılan Kenan'a ait olduğu dosya kapsamı ile sabittir. Sanık Hüseyin Karla ve yakını olan diğer sanığın, rahatsızlık veren kişilerin kimliklerin saptamak için çaba sarf ettikleri sırada, olay gecesi katılan Kenan'ın telefonla arayarak konuşmadan telefonu kapatması üzerine bu aramanın hangi telefondan yapıldığını cep telefonu ekranında çıkan numaradan belirledikleri ve otomobil ile hızla bu yere gittiklerinde katılan Kenan'ı görünce telefonla arayan kişinin o olduğunu tespit ettikleri anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi, sanıklar rahatsız edilmelerinin akabinde telefon edilen yere süratle giderek bir araca bindiğini gördükleri katılanın kaçmasını engellemek için onu yakalamışlardır. Katılanın eylemi ile ilgili şikâyet koşulu da olay öncesinde gerçekleşmiştir. Nitekim, olay sonrasında katılan Kenan bu eylemi nedeniyle Denizli 2. Sulh Ceza Mahkemesince 25.10.1999 günlü karar ile TCY.nın 547. 119/5. maddeleri uyarınca cezalandırılmış ve bu cezası kesinleşmiştir. Yakalanan kişinin kolluk görevlilerine teslimi için otomobile bindirilerek şehir merkezine getirildiği ve burada sözü geçen bir kişi olduğu, sanıklara şikâyetçi olmaları konusunda tavsiye ve telkinde bulunduğu anlaşılan tanık Mehmet iyilikçi'den karakolda yardımcı olmasının istendiği, tanık ile konuştukları esnada da, olaydan haberdar olan kolluk görevlilerinin sanıkları ve katılan Kenan'ı otomobil içerisinde yakaladıkları da sabittir. O halde, CYUY'nın 127. maddesinde hükme bağlanan koşullara uygun olarak katılanı yakalayan sanıkların eylemi hukuka uygun olup, olayda TCY'nin 179. maddesi uyarınca "gayrimeşru surette" özgürlüğün sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla da anılan suçun manevi unsurunun oluşmadığı açıktır. Ancak, yakalama sırasında, yasanın tanıdığı zor kullanma sınırları aşılarak, sanıklar tarafından olayın kızgınlığı ile katılana karşı etkili eylemde bulunulması yasaya aykırı olduğundan bu suçtan dolayı cezalandırılmaları isabetlidir". CGK. 11.03.2003. 35.

- savunmasını yapan bir müdafiin (CMK 149 vd., **TCK** 128),
- disiplin (Devlet Memurlan Kanunu 124 vd.) ve ceza soruşturması (CMK 1 vd.) yapan kimsenin,
- gizli soruşturmacı olarak görev yapan kamu görevlisinin (CMK 139) veya
- gizli soruşturmacıya sahte nüfus cüzdanı hazırlayan ilgililerin (CMK 139/2)

söz konusu fiilleri usulüne uygun olarak yapmasından dolayı cezalandırılması mümkün değildir.

Ayrıca tutuklama (CMK 100 vd.), yakalama emri (CMK 98), şüpheli veya sanığın zorla getirilmesi (CMK 146), şartları içinde gerçekleştirilen arama (CMK 116 vd.), davada delil olarak kullanılacak araçlara el konulması (CMK 123), hallerinde de kanun hükmünü icra söz konusudur. "Belirtilen bütün bu hallerde kişilerin malına, hürriyetine, sırlarına karşı bir eylem gerçekleşmekte" ve bunlar esasen ceza kanununda düzenlenmiş bulunan bir suç tipini ihlal etmesine rağmen, hukuka uygun olmakta, "zira bu fiilleri gerçekleştiren, kanunun kendisine verdiği bir emri veya yetkiyi kullanmaktadır. Hatta bu emir ve yetkiyi kullanan kişiye karşı girişimler hukuka aykırıdır; zira bu fiiller hukuka uygundur"[1].

TCK 24/1'de kullanılan "kanun" deyimiyle anlaşılması gereken "hukuk kuralı"dır. Dolayısıyla yerine getirilen hükmün mutlaka ceza kanununda yer alması gerekmediği gibi, kanun şeklinde olmayan diğer metinlerde yer alması da mümkündür. Ancak burada önemli olan husus, emri yerine getirilen normun, dini veya ahlâki nitelikli olmaması gereğidir[2].

„Dosya kapsamına göre, olay günü kabahatlinin bisikletten düşerek yararlanan kızını Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Acil Tıp Bilim Dalı Çocuk Acil Servisinde tedavi ettirmek için aracıyla seyir halinde iken hız ihlali yaptığı, Karayolları Trafik Yönetmeliğinin "Geçiş üstünlüğüne sahip araçlar" başlıklı 141. maddenin a fıkrasındaki "**Yaralı veya acil hastaların taşınması ve bunlara ilk ve acil yardımın yapılması için kullanılan cankurtaran ve özel amaçlı taşıtlarla, yaralı ve acil hasta taşıyan diğer araçlar**" şeklinde düzenleme uyarınca muterizin geçiş üstünlüğüne sahip olduğu ve trafik kısıtlamalarına ve yasaklarına bağlı olmadığı gözetilmeksizin, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediği", 19.CD, 18.6.2015, 3027.

Borçlar Kanunu da 63.maddede, kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz hükmünü amirdir[3].

Yargıtay bir olayda, suçüstü halinde yakaladıktan kişiyi kolluk görevlilerine teslim etmek için otomobile bindirerek şehire getiren kişilerin eyleminde (suçun manevi unsurunun bulunmadığı gerekçesiyle) özgürlüğü kısıtlama suçunun oluşmadığına karar vermiştir. CGK. 11.03.2003. 35. Esasen suçun manevi unsuru oluşmuş, ancak failler hukuka uygun hareket etmişlerdir.

1 Önder, II. 184.

2 Donmezer/Erman, II. 83.

3 Bu maddede düzenlenen diğer hukuka uygunluk sebepleri: mağdurun rızası, üstün yarar, haklı savunma, hakkın icrası ve zorunluluk halidir.

"Sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören 36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun dürüstlük ve güven ilkelerini öngören 34. ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesi sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK'nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir", 4.CD, 14.11.2011, 21017.

Hukuk kuralının belirli bir şekilde hareket etme görevini sadece belirli kişi ve kamu görevlilerine yüklemesi halinde, ancak bu kişiler bakımından hukuka uygunluk sebebi söz konusu olur. Bunlar dışında kalan kişiler, kanun hükmünü yerine getirdiklerini ileri sürerek, hukuka uygun hareket ettiklerini iddia edemezler. Böylece haciz işlemi için bir konuta giren icra memuru konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemezse de başka bir kişinin konuta girmesi halinde aynı şey söylenemez. Söz gelimi silah kullanma yetkisi polise, jandarmaya, bekçilere, cezaevi müdür ve memurlarına, sıkıyönetimde görev alanlara tanınmıştır. Bunların dışında silah kullananlar hukuka uygunluk sebebinden faydalanamazlar[1].

Özetle, bu hukuka uygunluk sebebinin geçerli olabilmesi için, kişinin kanun hükmünü yerine getirmeye yetkili olması, kanun hükmü çerçevesinde hareket etmesi ve orantılılık ilkesine riayet etmesi gerekir[2].

Aşağıda bu çerçevede söz konusu olabilecek bazı durumlar hakkında bilgi vermek istiyorum:

bbb. Silah Kullanma Yetkisi

Silah kullanmak yetkisi kanunla kendilerine tanınmış olan kolluk kuvvetleri bakımından da hukuka uygunluk sebebi söz konusudur. Silah kullanma yetkisi Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda polise; Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da jandarmaya, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda askere, Orman Kanunu'nda 77. madde gereğince silah taşımaya yetkili olanlara, Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'da polis ve jandarmaya, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yetkili memurlara, Köy Kanunu'nda bekçi ve koruculara verilmiştir. Bu kanunlarda silah kullanma yetkisinin hangi hallerde doğacağı ve hangi şartlar altında kullanılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu şartlara uyulduğu takdirde, ilgili kimselerin eylemleri hukuka uygun olacaktır.

---

[1] Donmezer/Erman II. 84. 85.
[2] LK[11]. vor§32. kn. 143. 144.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16.maddesine göre, polis, "*zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.*

Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.

Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,

d) Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde,

silah kullanmaya yetkilidir".

Silah kullanma en son başvurulacak yöntem olmalıdır. Nitekim ilgili mevzuatta da "başka suretle ele geçirilmesi kabil olmazsa", "başka suretle def'e imkân olmamışsa", "başka çare kalmamışsa" gibi ifadelerle bu husus vurgulanmıştır[1].

3 Ekim 1974'te gece 22.45 civarında Memphis'te polis memuru Elton Hymon ve Leslie Wright telsizle bir yere yönlendirilirler. Vardıkları yerde bir bayan yandaki evde birilerinin kapıyı kırdığını söyler. Polislerden Hymon, evin arkasına gider ve bir kimsenin kaçmakta olduğunu görür. Kaçan kişinin silahlı olmadığını gören Hymon, "polis, dur" diye ikaz eder. Ancak 15 yaşındaki Garner yakalanmamak için duvara tırmanarak kaçmaya teşebbüs eder. Hymon kaçmasını önlemek için ateş eder ve kafasından isabet alan Garner ölür.

Tennessee eyaleti kanunlarına göre, "dur ihtarından sonra kaçan veya şiddet kullanarak direnen kişiye karşı zorunlu tedbirler uygulanabilir". Bu çerçevede hırsızlık olaylarında dahi ölümcül atış yapılabilmektedir.

Garner'ın babası olayı Federal Anayasa Mahkemesi'ne götürür. Supreme Court of the United States

1. Öldürücü silah kullanımının "mâkul" olması gerektiğine,

2. Öldürücü silah kullanımının ancak kaçmayı önlemek ve polis memuru veya başkalarına yönelik ölüm veya ciddî fizikî yaralanma tehdidinin bulunması halinde yasal olacağına,

3. Silahsız ve tehlikesiz kaçmayı önlemeye yönelik öldürücü silah kullanımına izin veren düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir (Tennessee v. Garner, 1985)

[1] Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 90

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, başka çare yoksa öldürme amacıyla silah kullanılmasına olanak tanımaktadır. Ancak öncelikle ölüme neden olmadan amaca ulaşmaya çalışmak gerekir. Mahkeme'ye göre, yaşama hakkından mahrumiyete yol açacak şartlar çok katı biçimde yorumlanmalıdır[*]. Dolayısıyla kanunlarda verilen silah kullanma, ateş etme yetkisinin ancak çok sınırlı hallerde ve ağır şartlar altında öldürme yetkisi anlamına geldiği unutulmamalıdır.

Esasen Anayasa'mızın silah kullanma yetkisi konusunda sorunlu bir hüküm içerdiği kanaatindeyim. 17/son maddeye göre, "*meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır*".

Böylece Anayasamız, meşru müdafaa hali dışında da öldürme yetkisi vermektedir. Halbuki, kolluk görevlisinin kendisine veya bir üçüncü kişinin hayatına veya vücuduna yönelik bir saldırı olmadığı müddetçe, öldürme yetkisi veren bir düzenleme İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde korunan yaşam hakkına aykırıdır. O nedenle, söz konusu maddede

[*] Jordan vs. İngiltere

"Görevli polis memuru sanığın ve ekip arkadaşı tanık A...'in, sanığın yönetimindeki motosiklet ile durumlarından şüphelendikleri, üzerinde yolcu olarak tanık H...'in de bulunduğu ve maktulün kullandığı motosiklete dur ikazı yaptıkları, yapılan ikaza rağmen durmayan motosikleti takibe başladıkları, takip sonucu durdurulan motosikletten tanık H...in inerek polis memurlarına doğru yöneldiği sırada,maktulün tekrar motosikletiyle kaçmaya başladığı, bunun üzerine, sanığın da peşinden koşarak maktule dur ihtarında bulunduğu, herhangi bir suç şüphesi altında bulunmayan maktulün, hakkında yakalama, gözaltına alma, zorla getirme gibi bir karar bulunmadığı, maktulün suç teşkil etmeyen soyut kaçma eylemi dışında polis memurları sanık ve arkadaşı tanık A...'e yönelik herhangi bir direnme eylemi de bulunmadığı, maktulün kullandığı motosiklette yolcu olarak bulunan tanık H...in yakalandığı, bu itibarla maktulün açık kimlik ve adres bilgilerine her an ulaşılabilmesi olanağının bulunduğu, yine maktulün kaçtığı motosikletin plakasının okunabilir durumda olduğu, bu şekilde kaçış istikametine doğru ilerideki bir noktada telsiz irtibatı ile durdurulabilme olasılığının ve sanığın kullandığı motosikletin teknik özellikleri itibariyle maktulün kullandığı motosikletten üstün olması nedeniyle takip sonucu yakalanabilmesinin mümkün olduğu, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunun 5681 sayılı Yasa ile değişik 16. maddesinde belirtilen silah kullanılmasını gerektiren herhangi bir durum bulunmadığı, ...ili Y.. Mahallesi .... Sokak üzerinde, gündüz sayılan zaman dilimi içerisinde saat 15:00 sıralarında, kaçan maktulü durdurmak için, maktule doğru iki el ateş ettiği, maktulün ense kısmına aldığı bir adet ateşli silah yaralanması sonucu hayatını kaybettiği olayda; 12 yıldan 16 yıla kadar hapis cezası öngören 5237 sayılı TCK.nun 87/4 maddesi uyarınca yapılan uygulama sırasında, üst sınırdan ceza tayini yerine yazılı şekilde 12 yıl hapis cezasına hükmolunmak suretiyle eksik ceza tayini...", 1.CD, 17.02.2014, 6158/788

sayılan meşru müdafaa dışında öldürme yetkisi veren hüküm kaldırılmalıdır.

Yargıtay, şüphelileri yakalamak kastıyla silah kullanma yetkisinin verilmiş olmasına rağmen, silah kullanmaktan başka çare kalmadığı hallerde, suçlunun öldürülmesinden ziyade yaralanarak yakalanmasına dikkat edilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir[1].

"Somut olayda maktulün etkisiz hale getirilip yakalanması sırasında, öldürücü gücü yüksek Kalaşnikof tüfeğin seri atış pozisyonuna getirilerek maktulün kafa bölgesine yöneltilip atışa hazır halde tutulması, silahın **ancak ve sadece** başka çare kalmadığı hallerde ateşlenebileceği kuralının göz ardı edilmesi ateşleme zorunluluğu doğduğunda da **kişinin öldürülmeden yakalanması özen gösterilmesi** gereğine uyulmaması..."[2].

"Olay tarihinde jandarmanın görev ve yetkilerini düzenleyen 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile 03.11.1983 tarihli Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetki Yönetmeliği'ne ve ayrıca 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na uygun olarak devriye görevini yürütürken, asker firarisi olan maktulü yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarı yapıp, onun ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra yakalanana doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı da olmayan sanığın **TCK** 49/1 (YTCK 24/1) maddesi anlamında, kanunun hükümlerini icra etmek suretiyle sonu öldürmeye varan atış emrini verdiği, emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğü, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arz ettiği düşünülmeden, sanık hakkında **TCK** 49/1 gereğince ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi gerekir"[3]. "Yasa dışı örgüt mensubu kişiye yer göstermesi için götürüldüğünde kaçmaya kalkışması üzerine dur ikazı yapıldığı, dur ihtarına uymadığı gibi ateş açıldığı esnada sanığın da 1402 sayılı kanunun 4. maddesi Jandarma Teşkilat ve Görev Yetkileri Yönetmeliği'nin 39. maddesine göre ateş ettiği anlaşıldığından **TCK** 49/1 (YTCK 24/1) maddesi gereğince karar verilmesi gerekirken **TCK** 455 (taksirle öldürme) uygulanarak ceza verilmesi bozmayı gerektirmiştir"[4].

Bu konuda özetle şu hususlara dikkat çekilebilir:

- Silah kullanmanın 3. kişiyi tehlikeye sokma ihtimali halinde silah kullanılmamalıdır.
- Kaçan kişiye karşı, öldürme kastıyla atış yapılamaz.
- Saldırgana karşı, öldürme kastıyla atış yapılabilir.
- Çocuklara karşı silah kullanılmamasına gayret edilmelidir[5].

---

[1] CGK. 23.03.1999. 47. "Şüpheli kimse polisin elinden kaçsa dahi, yakalama hakkı ilgili kişinin belli araç ve yöntemlerle özgürlüğünün kısıtlanmasına, yani sadece 'yakalanmasına imkan veren bir haktır. Hukuka uygun biçimde bu hak icra edilirken dahi, ilgili kişi bazen yaralanabilir. Ancak, yakalamak amacı ve silah kullanma hak ve yetkilerinin koşulları gözardı edilerek, kaçan sanığın öldürülerek durdurulması hukuka aykırıdır". CGK. 22.03.2005. 35.

[2] CGK. 20.04.2004. 101.

[3] 1. CD. 12.12.2002. 4665.

[4] 1. CD. 14.05.2001. 2090.

[5] Kolluğun zor ve silah kullanımına ilişkin başarı ölçütleri için bkz. Eryılmaz/Bozlak. 270 vd.

ccc. Şikâyet ve İhbar

Kişiler şikâyet veya ihbarda bulunurken, bir kimse hakkında örneğin hakaret niteliğinde ifadeler kullanabilirler. Ancak burada kişiler kendilerine kanunla verilmiş bir hakkı kullandıklarından, bu eylemleri hukuka uygunluk sebebi oluşturacaktır.

Kural olarak suçların kovuşturulması maksadı ile yetkili makamlara yapılacak şikâyetler hukuka aykırı sayılmaz. Ancak Anayasa teminatı altında bulunan her hak ve özgürlük gibi, hak arama özgürlüğü de sınırsız değildir. Şikâyet hakkının kişilerin aleyhine ve kötüye kullanılamayacağı Anayasanın 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle hak arama hürriyetini kullanabileceği ifade olunarak açıklanmıştır. Şikâyet hakkının hukuka aykırı olarak kullanıldığından söz edilebilmesi için, şikâyeti haklı gösterecek olguların bulunmaması veya şikâyet hakkının kasten kötüye kullanılmış olması gerekir. Elinde şikâyet veya başvuruyu destekleyen bazı emare (belirti) bulunan kişinin eyleminin hukuka aykırılığından söz edilemez[1].

"Benzinlikte para ödemeksizin kaçan kişilerin polise bildirilmesi üzerine, polisin kişileri tespit ettiği, ancak aracı hızlı sürerek kaçmaya başladıkları ve sanığın içerisinde bulunduğu araca çarpıp kaçtığı sırada, sanığın tabancası ile dört beş el ateş ettiği, katılanın vücuduna isabet eden üç mermi çekirdeği sonucu hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı olayda, katılanın aracı ile kaçmak dışında herhangi bir fiili saldırısı olmadığı, sarhoş durumda olan katılanın aracı ile kaçtığı sırada, sanığın içerisinde bulunduğu sivil ekip otosuna bilerek çarptığına ilişkin delilin bulunmadığı gibi, sanık polis memurunun korku, kaygı ve paniğe kapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı ve katılana isabet eden mermi çekirdeklerinin giriş yerleri gözetildiğinde sanığın aracın tekerine doğru ateş etmediği sonucuna varılması karşısında...." 3.CD, 26.02.2015, 7413.

Buna göre, "*eğer sanıklar, katılanın davranışlarından kuşkulanarak ve eylemlerinin suç ya da ahlaka aykırı ve insan onurunu örseleyici olduğuna inanarak, C. Başsavcılığı, kolluk gibi kovuşturma yapabilecek makamlara suç duyurusunda bulunmuşlar ve suçlamaları kuşkulandıkları çerçeve içinde kalmışsa, bu yöntem "yasal araç ve yollardan yararlanma" çerçevesine giren*

---

[1] Hukuk Genel Kurulu, 29.01.2003, 37: "Somut olayda davalı, pazaryerinde alış veriş yaptığı sırada davacı tarafından sıkıştırıldığını hissettiğini ve sonrasında da cüzdanının çalındığını fark ettiğini, durumu polise bildirmek için gittiğinde arkadaşından davalıyı izlemesini istediğini söylemiş, bu yön, tanıklar Fatma Bilgiç ve Yakup Sezer tarafından doğrulanmıştır. Şu haliyle davalı, bizzat yaşadığı bir olayı şikayet konusu yapmış ve ayrıntıya ilişkin noktalar da tanıklarca aynı biçimde ifade edilmiştir. Somut olayın özellikleri göz önünde tutulduğunda, davalının şikayet hakkını kullanması bakımından yeterli emarenin varlığı benimsenmelidir. Yukarıda belirtilen ilkeler ve saptanan olgular ışığında, davalı yönünden hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Mahkemece, delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir", 4 HD, 02.05.2005, 10554/4675. Buna karşılık, *Carrefoursa*'nın, müşteri tarafından verilen 50 dolarlık banknotu, gelişmiş aletlerle uzmanlarına incelettirmeden kuşku üzerine sahtecilik iddiasıyla karakola şikâyet ettiği olayda, dövizin sahte olmadığının anlaşılması üzerine, şikâyet hakkının aşırılığa kaçmış olduğuna karar verilmiştir, 13 HD, 19.04.2004, 15454/5470.

bir "iddia" dolayısıyla hukuka uygun olup hakaret/sövme ya da iftira cürümlerinde hukuka aykırılık öğesi bulunmayacağından, davranışları suç oluşturmayacaktır"[1].

Diğer bütün hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi burada da sınırın aşılmaması gerekir: "Sanığın, savcılığa verdiği şikâyet dilekçesi, tazminat davası sırasında mahkemeye verdiği cevap dilekçesi ve beyanlarında, şahsi davacıya yönelik "*çok kısa ve yırtmaçlı etekler giyerek, bacak bacak üstüne atarak kasıklarına kadar bacaklarının tamamını edebe aykırı şekilde bize göstermekteler, huzurumuzu kaçırıp bizi iğrendirmekte ve halkın kendilerini nasıl kerhen seyrettiklerini umursamamaktadırlar*" dediği ve bu sözlerin şahsi davacının şeref ve haysiyetini zedeleyici, iddia ve şikâyet hakkının hududunu aşar nitelikte olduğu..."[2].

Devlet Memurlarının Şikâyet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik'in[3] 10. maddesine göre, "*şikâyet haklarını kullanan devlet memurlarına şikâyetlerinden dolayı bir ceza verilemez. Ancak, şikâyet haklarını bu yönetmelikte tespit edilen usul ve esaslara aykırı surette kullananların veya her ne surette olursa olsun bu haklarını kullanırken bir suç işleyenlerin sorumlulukları saklıdır*".

Keza, **TCK 132/3**'te "**kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa etme**" suçu düzenlenmektedir. Kendisine gönderilen mektuplarda hakaret içeren ifadelerin bulunması halinde, savcılığa ihbarda bulunan veya mektubun içeriğini açıklayan kişi bu suçu işlemiş olmayacaktır.

Yine bu kapsamda ele alınması gereken bir husus da yargılama makamları önünde yapılan tanıklık sırasında işlenen hakaret gibi suçların nasıl değerlendirileceğidir. Gerçekten de tanığın sanığı kast ederek, söz gelimi "*onun fahişelik yaptığını gördüm*" demesi aslında hakaret suçunu oluşturur. Öte yandan, maddi gerçeğin ortaya konması açısından, tanığın tanıklık yapması, bildiklerini yargılama makamlarına aktarması da bir gerekliliktir. Bu durumda, tanığın eyleminin bir suç oluştursa bile hukuka uygun olduğunu kabul etmek gereklidir[4].

ddd. Devletin Kumar Oynatması



Kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması suçtur (**TCK 228**). Ne var ki, devlet, denetim altına almak ve bazı yararlı amaçlara yönelik olarak kullanmak için piyangoyu bir kanunla düzenlemiştir. Bu amaçla 3670 sayı ve 1939 tarihli Milli Piyango Teşkiline Dair Kanun çıkarılmıştır. Yasaklanmadan önce yabancılar için belirli yerlerde oynanmak şartıyla kumara da müsaade edilmişti. Böylece bu kanunlar kumar suçu bakımından hukuka uygunluk sebebi oluşturmuş olmaktadır[5].

---

[1] 4. CD. 19.10.1995, 6689.
[2] 2. CD. 06.04.2006, 6926.
[3] RG. 12.01.1983.
[4] Önder, II. 207.
[5] Yüce. 48. 49.

cc. Meşru Savunma

aaa. Meşru Savunmanın Konusu Olabilecek Haklar

bbb. Meşru Savunmanın Şartları

aaaa. Saldırıya İlişkin Şartlar

(1) Bir Saldırının Varlığı

(2) Saldırının Fil Hal Olması

(3) Saldırının Haksız Olması

bbbb. Savunmaya İlişkin Şartlar

(1) Savunmada zorunluluk bulunması

(2) Saldırı ile Savunma Arasında Oran Olması

(a) Araçlar Bakımından Oran

(b) Yararlar Bakımından Oran

ccc. Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma

ddd. Önleyici Meşru Savunma (Offendicula)

eee. Meşru Savunma Halinde Üçüncü Kişilerin Zarar Görmesi

fff. Tazminat

ggg. Meşru Savunmanın Kabulü Halinde Mağdur Hakkında Soruşturma Yapılması

hhh. Meşru Savunma ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

TCK 25/1'e göre "*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenilen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*"[1].

Özel bir meşru savunma hali kanunumuzun yabancı devlet aleyhine asker toplama suçunu düzenleyen 306. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre "*bu madde hükümleri, yabancı devlet aleyhine asker toplama, fiili savaş halinde ülke topraklarının tamamını veya bir kısmını işgal eden yabancı devlet kuvvetlerine karşı meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri hakkında uygulanmaz*".

[1] Avustralya'nın NSW Eyaletinde meşru müdafaa konusunda 2002 yılına kadar common law kuralları uygulanmıştır. Ancak 2001 yılında ceza kanununa eklenen 418 vd maddeleriyle meşru müdafaa ilk defa kanuni bir dayanağa kavuşturulmuştur.

"Oluşa, dosya içeriğine ve tanık anlatımlarına göre; sanık A....'in kızı N....'ın olay tarihinden yaklaşık iki gün kadar önce aralarındaki problemler nedeniyle maktul eşi E..... tarafından babasının evine bırakıldığı, eşi N....'ı tekrar evine götürmek isteyen maktulün olay tarihinde gece saat 24.00-24.30 sularında sanığın evine geldiği, eşini geri götürme isteğine olumsuz cevap aldığı, kendisini geçirmek amacıyla avluya çıkan kayınvalidesi H....'yi arabasından aldığı av tüfeğiyle ateş ederek öldürdüğü, sonrasında eve doğru yönelen maktulün evin kilitli kapısını tekmeleyerek açmaya çalıştığı ve av tüfeğiyle ateş ederek sanığı sol el ve sağ alt bölgesinden yaralaması, maktulün ateş etmeye devam etmesi üzerine sanığın evinde bulundurduğu av tüfeğiyle kapıda meydana gelen açıklığa doğru ateş ederek maktulü öldürdüğü olayda; sanığın, kendisine yönelmiş gerçekleşen ve tekrarı muhakkak olan haksız saldırıyı o anındaki hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetme zorunluluğu ile eylemini meşru savunma koşulları altında gerçekleştirdiği ve sanığın kapıyı açtıktan sonra evinden çıkarak dışarıda bulunan maktule ateş ettiğinin de somut delilinin bulunmadığı, böylelikle meşru savunmada aşırıya kaçılmadığı anlaşıldığından...", (1. CD, 28.02.2011, 1043)

Meşru müdafaa halinde işlenen fiil, hukuka uygundur ve bunun sebebini hukuk düzeninin hakkın tecavüze uğramasına izin vermeyeceği esasında aramak gerekir. Hukuk esasen haksızlığı yenmek, adaletsizliği, saldırıları yasaklamak amacını güder; hukukun yaşaması, muzaffer olabilmesi için haksızlıkla, saldırılarla savaşması gereklidir. Hukuku korumak, haksızlığı yenmek için savaşan kimsenin hareketini ise hiçbir hukuk düzeni hukuka aykırı olarak kabul edemez; bu sebepledir ki, müdafaanın meşruluğu, hukukun kendi görev kavramlarından doğmaktadır. Kaldı ki, savunmada bulunmak, her varlığın ve bu arada insanın kendisini ve mensup olduğu türü korumak tepkisinin sonucudur: Bu tepki aynı zamanda toplumun yararlarına da uygundur ve cezadan korkmayan bir takım kabadayıların karşılaşabilecekleri özel tepkilerden çekindikleri de bilinmektedir.Kuvvet kullanmak suretiyle haksız bir saldırıyı uzaklaştıran kimse, yalnız ahlak bakımından ayıplanması mümkün bulunmayan bir hareket yapmış, hukuk için savaşmış olmakla kalmaz, fakat topluma da hizmet etmiş aynı zamanda sosyal savunmaya katılmış olur[1]. Kişinin kendini savunması ilkel bir dürtü olarak değil, doğal hukukun tanıdığı içsel bir hak olarak görülmektedir[2].

Temel Fikir:

Hak, haksızlığa boyun eğmemelidir.

aaa. Meşru Savunmanın Konusu Olabilecek Haklar

Kanunumuz meşru savunma konusu olabilecek hakları sınırlamamıştır. Bu suretle, hayata, vücut bütünlüğüne, cinsel özgürlüğe karşı saldırılarda olduğu gibi, hürriyete karşı

Avustralya'da meşru müdafaa konusu olabilecek haklar kanun tarafından tek tek sayılmıştır:

Kişinin kendisi, özgürlüğü, malvarlığı ve konut (mülk) dokunulmazlığı (NSWCA md.418).

[1] CGK. 03.06.1985, 331; CGK. 18.02.1991, 39; CGK. 03.12.1990, 323.
[2] State v. Norman.

saldırı halinde ve keza malvarlığı haklarına yönelik saldırılarda da meşru müdafaa hükümlerinin uygulanması olanağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla kalabalık içinde sarkıntılık eden kimseyi tokatlama halinde nasıl meşru müdafaa varsa, kendisini veya başkasını bir eve hapseden kimseyi yaralayarak kapatıldığı yerden çıkan ve böylece hürriyete karşı yapılan saldırıyı uzaklaştıran kimse de meşru müdafaa halinde bulunmaktadır. Bu iki deyimin dar bir şekilde anlaşılması halinde, söz gelimi bir kadın kendisine elle sarkıntılık eden ve duruma göre esasen daha ileri derecede bir saldırıyı yapabilmesine imkân bulunmayan bir kimsenin elini tutup, büküp, kıvırıp itemeyecek ya da kafasına çantası ile vuramayacak yahut ona hakaret edemeyecektir[1].

Zilyetlik de eşya hukukunun temellerinden biridir ve zilyede elinde bulundurduğu şeyi korumak ve savunmak hakkını da içerir[2]. Bu konuda ana örnek olarak, bisikleti çalmış olan hırsızdan bisikletin zorla alınması hareketi gösterilebilir[3]. Aynı şekilde, çaldığı mal ile kaçan hırsıza karşı meşru müdafaa mümkündür[4].

Haksız aramaya karşı meşru müdafaada bulunulabilir[5].

---

[1] Donmezer/Erman. II. 111. 112.

[2] Donmezer/Erman. II. 38.

[3] Kühl. §9. kn. 7.

[4] Wessels/Beulke. kn. 328: Olay gecesi. maktul Cihangir ve arkadaşları, düz kontak yapmak suretiyle çaldıkları araçla tanık Yücel'e ait tekel bayisinin kilidini demir kesme makasıyla keserek. bayii içinden tekel malzemelerini ve yazar kasanın bozuk para çekmecesini aldıkları, arabanın bagajına koyduktan sonra aynı araçla saat 05.00 sularında sanığın marketinin önüne geldikleri, demir kesme makasıyla kilidi keserek marketin kepengini açmaya çalıştıkları, bu sırada sanık İbrahim Halil'in kendisine ait ve evinin alt katında bulunan marketin kepenklerinin açıldığını duyması üzerine, uyanarak evinin balkonuna çıktığı, marketin önünde bir aracın kapıları açık halde park etmiş, maktul ve arkadaşlarının kepenklerinin yarısına kadar açık olan marketten eşyaları taşıyarak araca yüklediklerini gördüğü, "ne yapıyorsunuz o malları bırakın" diye bağırmak suretiyle kaçmalarını sağlamak istediği, ancak maktul ve arkadaşlarının sanığa küfür ederek eylemlerine devam ettikleri, maktul Cihangir'in daha sonra aracın içinde ele geçen sallama tabir edilen elindeki bıçağı balkondan bağırmak suretiyle eylemlerinden vazgeçirmeye çalışan sanığa gösterip, küfür ederek "gir içeri" diye karşılık vermesi üzerine sanığın evin içine girip, evde bulunan ruhsatlı silahını alarak balkona tekrar çıktığı, şahıslara bağırarak önce havaya üç el ateş ettiği, maktulün arkadaşlarının silah sesiyle olay yerinden kaçtıkları, maktul Cihangir ise kaçmayarak marketten taşıdıkları tekel malzemelerinin yüklü olduğu araca binerek hareket ettirdiği, sanığın araçla mallarının da götürüldüğünü görmesi üzerine aracın arkasından araca doğru ateş ettiği, araçta giriş delikleri oluşturan mermilerin aracın içinde şoför koltuğunda oturan maktulün sırt bölgesine isabet etmesi sonucu maktulün yaralanarak öldüğü olayda,
Sanık İbrahim Halil'in maktul Cihangir ve arkadaşlarının hırsızlık suçunu işlemek amacıyla marketin kepenginin açılmasından itibaren, bu suçun gerçekleşmemesi ve vazgeçmeleri için çabalamasına rağmen saldırıyı defedememesi karşısında ve kendisine ait malları korunmak amacıyla, olay yerinden mallarıyla kaçan maktulün bulunduğu araca ateş etmesinde yasal savunma koşullarının gerçekleştiği ve yasal savunmada aşırıya kaçmadığı, maktul Cihangir'in yaralanarak ölmesinin yasal savunma kapsamında kaldığı ve sanığın bu suçtan sorumlu tutulamayacağı anlaşılmakla, TCK'nın 25/1 ve CMK'nun 223/2-d maddeleri uyarınca sanık İbrahim Halil hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sanığın maktul Cihangir'e karşı eylemini yasal savunma sınırının aşılması suretiyle işlediğinden bahisle TCK'nın 27/2 maddesi uyarınca ceza tertibine yer olmadığına karar vermesi bozmayı gerektirmiştir". 1 CD. 10.10.2013. 5664.

[5] Sanığın, üzerini aramak isteyen yakınan polis memuruna yumrukla vurmak suretiyle direndiğinin iddia ve kabul edilmesi, CYY'nin 119. maddesi uyarınca sanığın üzerinde kural olarak hakim kararı olmadan arama yapılamaması, tanıklar Ali ve İrfan ile yakınanın, sanığı aramak istediklerinde kendisine mahkeme kararı gösterdiklerini söylemelerine karşın bahsi geçen kararın dosyada mevcut olmaması karşısında; yakınanın yerine getirmesi gereken hukuka uygun bir görev bulunup bulunma-

Yargıtay önceki kanun döneminde verdiği bir kararında konut dokunulmazlığına yönelik saldırıya karşı meşru savunmayı kabul etmişti: "*Olayda müşteki ve yanındakiler, sanığın konut dokunulmazlığına karşı haksız bir saldırıda bulunmuşlardır... Sanık, konut dokunulmazlığını bozan ve bunda direnen müşteki ve yanındakilere tabanca çekerek evini terk etmelerini sağlamıştır. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu, hürriyete karşı işlenen suçlardandır ve konut dokunulmazlığı kişiler için bir nev'i hürriyet niteliğinde görülerek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmiştir. Maddenin özünde fiziki varlığı ve mal niteliği değil, kişilerin güvenlik içinde barınabilecekleri bir yuva özelliği öngörülerek bu kavramın güven ve huzuru korunmak istenmiştir. Bu durum karşısında konut dokunulmazlığı saldırıya uğrayan sanığın bunu koruma ve sağlamaya yönelik hareketleri meşru savunma sınırları içinde kalmaktadır*"[1].

Bir kimseyi elindeki fotoğrafları ifşa etmekle tehdit ederek haksız bir menfaat temin etmek isteyen kişinin evine girerek bu fotoğrafların çalınması halinde, irade özgürlüğüne ve malvarlığına yönelik bir saldırı söz konusu olduğundan, meşru savunma hükümleri uygulanabilir[2].

bbb. Meşru Savunmanın Şartları

Meşru savunmanın şartları, saldırı ve savunmaya ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayrılabilir.



aaaa. Saldırıya İlişkin Şartlar

Saldırıya ilişkin şartlar, bir saldırının varlığı, saldırının fiil hal olması ve haksız olmasıdır.

(1) Bir Saldırının Varlığı

Meşru müdafaanın varlığı için öncelikle bir saldırı mevcut olmalıdır. Saldırıdan anlaşılması gereken herhangi bir hakka karşı gerçekleştirilen hareketlerdir.

---

dığının tespiti açısından sanığa gösterildiği ifade edilen mahkeme kararının varsa dosyaya konulması ve kanıtlar birlikte tartışılarak sonucuna göre TCY'nin 29. ya da 25/1. maddelerinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı da değerlendirildikten sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi" tarihinde oybirliğiyle karar verildi. 4. CD. 08.06.2011. 8079.

[1] CGK. 28.12.1987. 695.

[2] Heinrich (Ed. Ünver). 223.

Öncelikle, saldırı bireysel değerler ve menfaatlere karşı olmalıdır. Meşru savunma kapsamında toplumsal hukuksal değerlerin savunulması mümkün değildir. Kamu düzeni veya hukuk düzenine yönelik saldırılara karşı savunma devlet organlarının işidir[1]. Bu nedenle "günahkar" isimli erotik filmi gösteren sinemaya tepkileri nedeniyle salonu basarak içeriye koku bombası atan kişilerin meşru savunma içinde hareket ettikleri kabul edilmemiştir[2]. Kaldı ki, burada eylem, içeride bulunan seyircilere yönelik olduğundan ve bu seyircilerden bir saldırı kaynaklanmadığından, meşru savunmanın diğer şartları da yerine gelmemiştir.

Saldırının "zarar verecek veya tehlike oluşturacak biçimde ve derecede olması gerekir"[3]. Bu itibarla, yumrukla vuran ve üzerine yürüyen bir kimseyi kürekle yaralayan kişinin hareketi meşru savunmadır. Dolayısıyla bu olayda meşru savunmayı kabul etmeyen Yargıtay kararı[4] isabetli değildir. Saldırının ağır olması gerekmez ise de[5] maddi bir şekilde ortaya çıkması gerekir. Bu itibarla, sözle yapılan saldırılara karşı meşru müdafaa olmaz[6]. Nitekim *Yargıtay* da şehirden 2,5 km. uzakta meskûn olmayan bir yerde, yaşlı annesi ve küçük çocuğu ile oturmakta bulunan bir kadının kapısına gündüz mektup bırakan ve gece 24.00 sularında evin önüne gelerek kapı ve penceresine taş atmak suretiyle, kadının kapıya çıkmasını sağlayarak onunla sevişmek istediğini belirten ve bu hususta ısrarlı olduğunu vurgulayan kişiyi, av tüfeği ile evin dışına çıkarak ateş edip öldüren kadının meşru savunma içinde olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, ortada herhangi bir saldırı yoktur; ölenin konuta girme teşebbüsü de bulunmamaktadır ve kadının av tüfeği ile çıkması üzerine de maktul geri çekilerek kaçmaya çalışmıştır. Evli ve mazbut bir yaşam süren sanığa sevişme önerisi, bir saldırı olmayıp, haksız tahrik niteliğindedir[7].

Texas Ceza Kanunu bu konuda açık bir hüküm içermektedir (md. 9.31.(b).(1)). Buna göre, sadece sözlü bir kışkırtmaya karşı güç kullanılması hukuka uygun değildir. Bununla beraber "bayıltılan, uyuşturucu madde verilen ve bu suretle ırzına tecavüze kalkışılan durumlarda, buna maruz kalana bir saldırının varlığı kabul edilmektedir"[8].

Önemsiz derecedeki veya sosyal bakımdan alışılmış nitelikteki hareketler saldırı olarak kabul edilemez. Örneğin el, kol şakaları veya büyük bir kalabalıktaki itişip kakışma ve vücut temasları gibi[9]. Gerçek tabanca görüntüsü veren kurusıkı tabanca ile sanığı kovalayan kişinin, öldürüleceği korkusuyla sanık tarafından geriye dönerek ateş edip öldürüldüğü olayda, meşru savunma vardır[10].

---

[1] Heinrich (Ed. Ünver), 221.
[2] BGH 5, 245.
[3] Önder, II, 209.
[4] 2. CD. 03.03.1993, 2757.
[5] Alman Hukuku'nda tamamen dolu bir tramvayda bir durakta çabucak inebilmek için bir çok yolcuya hafifçe omuzuyla çarpan kimsenin hareketinin saldırı olarak kabul edilemeyeceği, her ne kadar bu harekete katlanmak zorunluluğu yoksa da, bu tür hafif olaylarda bir saldırının varlığı reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır. Heinrich (Ed. Ünver), 218.
[6] Donmezer/Erman, II, 113.
[7] 1. CD. 01.03.2004, 565.
[8] Malkoç/Güler, I, 305.
[9] Kühl, §7, kn. 188.
[10] CGK, 26.09.1995, 256.

Saldırı icrai veya ihmali bir *insan hareketi* olmalıdır. Tahliye emrine karşı mahkûmun cezaevinden salıverilmemesi, ihmali hareketle saldırıya örnek olarak belirtilebilir[1].

Doğa olayları meşru müdafaa hakkı vermez. Olsa olsa zorunluluk hali söz konusu olabilir[2]. Saldırının bir hayvandan gelmesi halinde de şartları varsa *zorunluluk hali* söz konusu olabilir, ne var ki, meşru müdafaa yoktur. Ancak hayvanlar insanlar tarafından saldırıda bir araç olarak kullanılmışlarsa, meşru müdafaadan bahsedilir[3]. Şu örnek, hem hayvan hareketinin hem insan hareketinin söz konusu olduğu bir saldırıya örnektir: Yoldan geçenlere saldıran köpeğini engellemeyen kimseye karşı meşru müdafaa mümkündür. Burada insan hareketinin ihmali şekilde olduğu da gözden kaçırılmamalıdır[4].

Ceza hukuku anlamında hareket sayılmayan hareketler de saldırı niteliği taşıyabilir. Örneğin, uyurgezer kimsenin saldırısına karşı da meşru savunma mümkündür.

Karşılıklı çatışma ve kavga hallerinde meşru müdafaanın bulunup bulunmadığını tespit için esasta saldırıyı kimin *başlattığını* belirlemek gerekir. Her iki tarafın da çatışma için hazırlandığı ve saldırıya ilk geçenin kim olduğunun belirlenemediği hallerde her iki tarafı da savunma halinde olarak kabul etmek ve meşru müdafaayı her ikisi için de uygulamak gerekir. Gerçekten ilk saldırıya geçenin kim olduğunun sabit olmaması dolayısıyla her iki taraf bakımından da meşru müdafaayı reddetmek ve meşru müdafaa halinde olanı da mahkûm etmek adalete aykırı olur. Hâkim bu gibi hallerde ilk olarak saldırıya geçeni tayin için elden geleni yapmalıdır. Durumun tayininin mümkün olmadığı hallerde ise her iki taraf bakımından meşru müdafaayı kabulden başka çare kalmaz[5]. Öğretide bu tip hallerde meşru müdafaa kurallarının uygulanamayacağını savunan yazarlar da vardır[6]. *Yargıtay* da bu sonuncu görüşü savunmaktadır: "İlk silahlı saldırının öldürülenden geldiğinin kesinlikle saptanamaması halinde, sanığa **TCK** 25/1 (Eski **TCK** 49/2) uygulanamaz; bu durumda **TCK** 29 (Eski **TCK** 51/2) ile cezadan indirim yapılmalıdır"[7]. Kanımca bu görüş "*şüpheden sanık faydalanır*" ilkesine aykırıdır. Taraflardan birisi meşru müdafaa halinde olduğuna göre, ikisine de haksız tahrik hükümlerini uygulamak, meşru müdafaa halinde bulunup da durumu tespit edilemeyen kişi bakımından adaletsizlik olacaktır. *Yargıtay* bu yerleşik içtihadını şüpheden sanık yararlanır kuralını uygulamayı da reddederek hatalı bir biçimde devam ettirmektedir: "İlk silahlı saldırıyı hangi tarafın başlattığının saptanamadığı hallerde, yerleşmiş uygulamaya uygun olarak sanık hakkında ağır tahrik altında kasten öldürme suçundan hüküm kurulması yerine, kuşkunun sanık lehine yorumlandığından söz edilerek, 5237 sayılı **TCK**'nın meşru savunmaya ilişkin 25/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması yasaya aykırıdır"[8].

---

1 Koca/Üzülmez, 241, dn. 596.
2 Önder, II, 210.
3 Artuk, 211.
4 LK[11], §32, kn. 46.
5 Donmezer/Erman, II, 111; Krş. Heinrich (Ed. Ünver), 210.
6 Önder, II, 209; Özbek, İzmir Şerhi, 349.
7 CGK, 12.11.1984, 375; 1. CD, 14.06.2004, 2315; 2. CD, 28.11.2007, 15961.
8 1. CD, 23.03.2007, 1916. Meşru savunma yerine haksız tahrik hükümlerinin uygulandığı hallerde, mahkemenin sanıklar hakkında uygulanacak indirim oranlarında farklılık yapması kabul edilemez. Sanık Necati ve sanık Coşkun'un karşılıklı olarak birbirlerine tabanca çekip ateş ederek

Önemle vurgulamak isterim ki, *Yüksek Mahkeme*, haksız tahrikte, meşru savunmadan farklı olarak, kavgaya sebebiyet veren tarafın kesin olarak belirlenemediği bir olayda, şüphenin lehe yorumlanması ilkesi gözetilerek sanıklar lehine TCK 29'un uygulanması gerektiğine karar vermiştir[1].

Yargıtay birçok kararında, hatalı olarak, ortada bir saldırı olmasına rağmen hiçbir şekilde meşru savunma hükümlerini tartışmaksızın, doğrudan haksız tahrik hükümlerini uygulamaktadır: *"Olay günü maktulün Sadık'ın yanına giderek küfretmeye başladığı, akabinde aldığı sopa ile Sadık'a ve babası sanığa vurup her ikisini de basit tıbbi tedavi ile giderilebilecek düzeyde yaralaması üzerine sanığın aracına giderek aracında bulunan namlusu 12,5 cm olan bıçağı alıp sopayla üzerine doğru gelmekte olan maktulün göğüs bölgesine vurmak suretiyle öldürdüğü olayda, maktulden kaynaklanan ve tahrik teşkil eden haksız davranışlar dikkate"* alınmalıdır[2]. Hâlbuki olaydan da açıkça görüldüğü üzere, önce küfür eden maktul, bilahare sanığı ve oğlunu yaralamış, arkasından da sopayla üzerlerine yürümüştür. Burada savunmada sınırın aşılması tartışılabilirdi. Ancak bir saldırıya rağmen hiçbir şekilde meşru savunma hükümlerinin tartışılmaması isabetli olmamıştır.

Buna karşılık yeni tarihli bir kararında *Yargıtay*, yerel mahkemenin, meşru müdafaa yerine haksız tahrik hükümlerini uygulamasını hukuka aykırı bulmuştur: Gerekçede olay günü maktulün üzerinde tabanca ve bıçak olacak şekilde sanığı telefonu ile tehdit ederek oturduğu kahveye gelip küfür etmesi ve elini beline atarak sanığın üzerine yürümesi üzerine, sanığın maktule silahla ateş ederek öldürdüğü olayda ... belirtildiği, bu kabule göre, meşru savunma tarif edildiği halde, hafif tahrik altında kasten insan öldürme suçundan hüküm kurularak gerekçe ile hüküm arasında çelişki yaratılması hukuka aykırıdır[3].

(2) Saldırının Fiil Hal Olması

> *"Maktulün aynı gün tartıştığı sanıkla karşılaştığı ve üzerine yürüdüğü, sanığın gelmemesi için uyarmasına rağmen gelip bastonuyla vurduğu ve 4 m. mesafeden sanığa doğru iki el ateş ettiği, öldürüleceği korkusuna kapılan sanığın üzerinde taşıdığı tabancasını çekerek silahlı saldırının devamı sırasında ateş ettiği, maktulün biri diz üzerinden biri göbek sağ tarafta olmak üzere iki yerinden yaralandığı ve batındaki büyük damar parçalanması sonucu öldüğü anlaşıldığına göre, öldürme eyleminde meşru savunma koşulları gerçekleşmiştir" (1. CD. 05.12.2007, 9115).*

---

birbirlerini vurma olayında, hangisinin önce silah çektiğinin tesbit edilememesi ve aynı anda birbirlerine ateş etmeleri kabul edilmesine göre, tahrik nedeniyle makul oranda indirim yapılması gerekirken, sanık Necati yönünden 1/2, sanık Coşkun yönünden 3/4 oranında indirim yapılması. 1. CD. 14.07.2008, 5895. Bu kararda da görüldüğü üzere, hem ilk saldırıyı başlatanın belirlenememesinden bahsedip, hem de sanıkların cezalarında yapılacak indirimin değişik oranlarda yapılması açık bir çelişkidir.

[1] 1. CD. 26.12.2006, 6029, aynı yönde, 3. CD. 01.11.2006, 7900.

[2] 1. CD. 02.05.2007, 3384.

[3] 1. CD. 03.03.2010, 1289.

Saldırının fil hal olmasından kasıt, saldırı ile savunmanın aynı anda olması, başka ifadeyle savunma anında bir saldırının halen mevcut olmasıdır. Başlaması yakın ve muhakkak olan, hali hazırda başlamış olan veya devam etmekte olan saldırı fil haldir.

Bu durumda, saldırı başlamadan savunma olmayacağı gibi, saldırı bittikten sonra da savunma kabul edilemez.

Sona ermiş bir saldırı, başarısız olan, vazgeçilen veya sonuna kadar icra edilmiş bir saldırıdır[1]. Nitekim *Yargıtay*, maktul tarafından hayati tehlike oluşturacak derecede yaralanan sanığın, maktulden bıçağı alıp, onu kovalayarak sırtından bir darbe vurmak suretiyle onu öldürmesi olayında, bıçağı elinden alınan maktulün sanığa ağır bir zarar vereceği düşünülemeyeceğinden meşru müdafaayı isabetli olarak kabul etmemiştir[2].

Saldırı başlamadan yapılacak hareketler bizzat saldırı teşkil eder ve bu kez buna karşı meşru savunma hakkı doğar. Kaldı ki, gelecekteki bir saldırıya karşı resmi mercilere başvurmak veya başka şekilde kaçınmak imkânı vardır. Keza saldırı bittikten sonra yapılacak hareketler de savunma değil, intikam olur[3].

Kronolojik bir sıra içinde şu ayrımlar düşünülebilir:

- Saldırının fil hal olduğunu kabul için saldırının başlamış ve mevcut olması şart değildir. Savunma hareketini zora sokmamak açısından saldırı hazırlığı da yeterli görülmelidir. Dolayısıyla, henüz başlamamış olmakla beraber, **gerçekleşmesi muhakkak olan saldırı** da fil haldir. Bu durumda saldırının "*eli kulağında*" olduğu söylenebilir. Saldırının fiilen başlamasının beklenmesi zorunlu görüldüğü takdirde, meşru müdafaa imkânı ortadan kalkabilir ve kişi kendini yeterince savunamayabilir[4]. "Saldırıya karşı savunma ancak "şimdi olabilir" ve "beklendiği takdirde savunma imkânsızlaşabilecektir", denilebildiği halde, saldırının fil hal olma niteliği kabul edilecektir". Mesela, silahlı bir saldırganın, silahını atması ihtarına aldırış etmemesi halinde saldırının her an başlayabileceği kabul edilmelidir[5]. Keza karısının sevgilisi olduğunu düşündüğü kimseyi bürosuna çağırarak ilişkiyi itiraf ettiren kocanın "şerefsiz" diyerek ayağa kalktığı ve ceketinden silahının gö-

---

1 Wessels/Beulke, kn. 328.
2 1. CD, 26.03.2003, 406.
3 Donmezer/Erman, II, 113.
4 "Sanık Ş... ile mağdur Os...'ın komşu oldukları, olay tarihinden bir süre önce mağdur tarafından sanığın eşi olan tanık Lü...'nin elle ve sözle birkaç kez taciz edildiği, mağdurun tacizlerine telefonla devam etmesi ve durumu sanığa iletmemesi için tehditle bulunması üzerine, Lü...'nin evini terkettiği ve durumu eşi olan sanığa telefonla bildirdiği, olay günü de sanık ile mağdurun oturdukları binanın merdivenlerinde karşılaştıkları, sanığın mağdura hitaben "karıma ne yaptın" diye sorduğu, mağdurun ise "sattım lan" diyerek cevap verdiği ve belinden tabancasını çıkararak doldur-boşalt yapmaya çalıştığı, bunun üzerine sanığın kendisine yönelmiş haksız saldırıyı defetmek için üzerinde bulunan bıçak ile bir tanesi batına nafiz olup ince bağırsakta yaralanmaya ve hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde birden fazla darbe ile mağduru yaraladığı olayda; sanığın meşru savunma sınırları içerisinde kalan eyleminden dolayı 5237 sayılı TCK'nın 25/1 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/2 maddeleri uyarınca beraati yerine yazılı şekilde haksız tahrik altında kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi...". 1. CD, 20.10.2014, 4613.
5 Önder, II, 212, 213.

ründüğü anda, silahını çekmesini engellemek için tutmaya çalışan kimsenin meşru savunma içinde olduğu kabul edilmelidir.

Bu noktada uygulamada ortaya çıkan sorun, kendisine karşı devamlı şiddet kullanan kocasını, uyurken veya henüz bir saldırısı söz konusu yokken öldüren eşin, meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Karşılaştırmalı hukukta, ortada henüz bir saldırı olmadığından, bu durumda meşru savunmanın reddedildiğine yönelik mahkeme kararlarının bulunduğunu görmekteyiz[1]. Avustralya'da da konu çok tartışılmış, "hırpalanmış kadın sendromu" tartışmaları yapılmış, ancak mahkemeler genelde meşru savunmanın şartlarının gerçekleşmediğini kabul etmiştir. Öğretide ise meşru savunmanın kanunda çok esnek düzenlendiği ve uygulanabileceği ifade edilmektedir[2].

- Başlamış ve **gerçekleşen** saldırı da fil haldir. "Saldırı mutlak şekilde sona erinceye kadar savunma mümkündür. Ancak saldırı sona ermiş, mesela saldırgan kaçmaya başlamışsa ve saldırının tekrarından endişe etmek için sebep kalmamışsa, artık saldırının fil hallik niteliği kalmamıştır"[3]. Burada özellikle mala karşı saldırılarda meşru savunmanın ne zamana kadar mümkün olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, A, dul kadın K'nin evine zorla girer ve değerli eşyalarını alarak kaçar. Bunu gören B, A'yı takip der, 500 metre sonra ona yetişir ve arkasından vurarak düşürür. Burada saldırının devam edip etmediği konusunda ölçüt olarak, suça ilişkin hareket ile ona karşı yapılan hareket arasında belirgin, açık bir zaman aralığı olup olmadığı esas alınmaktadır. Böyle bir zaman aralığı olmadığı sürece (örneğin kaçırılan şey henüz güvenceye alınmamışsa) saldırı hala devam etmektedir[4]. Yine meyve bahçesinden çaldığı meyvelerle kaçan kişilere müdahale imkanı olduğu müddetçe saldırı fiilhal kabul edilir. Bahçe sahibi onları gördüğü müddetçe saldırı hali devam ediyordur[5].
- Bitmiş olmasına rağmen tekrarı beklenen, **tekrarı muhakkak olan**, tekrarından korkulan saldırı da henüz sona ermemiş sayılır[6].

---

1 BGH, 25.03.2003, 1StR 483/02: State v. Norman.
2 Bkz. Brown vd., 921 vd.
3 Önder, II, 213.
4 Heinrich (Ed. Ünver), 223.
5 Bkz. RGSt 55, 82.
6 Malkoç/Güler, I, 305. Dosya içeriğine göre; sanık Banu'nun maktulün öz kızı olduğu, sanığın, D.Mehmet ile 24.08.2004 tarihinde evlendiği; maktulün, 23.09.2004 tarihinde damadına karşı yaralama, sövme ve tehdit suçlarını, 09.11.2005 tarihinde yaralama ve tehdit suçlarını, 14.11.2005'te kendi evini kasıtlı olarak yakma suçunu işlediği iddiası ile Afşin Asliye Ceza Mahkemesi'nde kamu davaları açıldığı, davaların suç tarihinde derdest olduğu, maktulün, kızı olan sanığa evliliği süresince "10 tane çocuğun da olsa seni bu kişiden ayırıp yanıma alacağım, isteyen olursa da vermeyeceğim" şeklinde sözler söylediği, tüm bu olaylardan sonra sanığın, eşinden boşandığı ve baba evine döndüğü; maktulün, olay tarihinden önceki 6 ay boyunca, evlilik geçirmiş ve 22 yaşında olan sanık kızını diğer aile bireyleri içinde dahi kucağına almak, kalçasına ve göğsüne dokunmak sureti ile taciz ettiği, aynı odada kalan 14 yaşındaki diğer kızı Bahar'ın uyuduğundan emin olduğunda odaya girip Banu'nun kalçalarına ve göğsüne dokunarak taciz ettiği, tabancayı sanığın kafasına dayamak sureti ile tehdit ederek, onunla birden çok kez ve rızası dışında cinsel ilişkide bulunduğu, yaşanan bu ilişkiler sonucu sanığın hamile kaldığı; kadın doğum uzmanı Dr. Semin'in özel muayenehanesinde

Olay anında birkaç saniye önce öldürülen sanığın kardeşini tabanca ile ateş ederek öldürmüş; amcası oğlunu ağır şekilde yaralamıştır. Sanık, öldürülene taşla vurup silahını ve kendisini yere düşürmüşse de, bu aşamada olay bitmiş sayılmaz. Öldürülende ikinci bir tabanca bulunup bulunmadığı, saldırısına devam edip edemeyeceği belli değildir. Sanığın kısa sürede cereyan eden olaylar nedeniyle paniğe kapılması doğaldır. Bu nedenle meşru müdafaa şartları içine öldürülene ateş ettiğini kabulde zorunluluk olmakla beraber, öldürülenin hayati önemi olmayan bölgelerine, örneğin ayaklarına ateş edip, onu durdurması, hiç olmazsa öldürülenin yaralandığını gördükten sonra ateş etmeğe devam etmemesi gerekirken böyle yapmayarak, ardı ardına ateş ederek, çeşitli yerlerinden yaralayarak öldürmesine göre zoruret sınırını aşmak suretiyle öldürme suçunu işlemiştir, CGK, 03.06.1985, 331.

Görüldüğü gibi, saldırının fil halliğinden anlaşılması gereken saldırının o an mevcut olması ise de başlaması kesin veya tekran beklenen saldırıların da fil hal olduğunu kabul etmek zorunluluğu vardır.

Yargıtay aşağıdaki kararında haklı olarak saldırının bulunmadığına, dolayısıyla meşru savunma hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir: "*Sanığın, maktulün elindeki tabancayı zorla aldıktan ve böylece kendisine veya yakınlarının hayatına yönelik mutlak tehlike hali zâil olduktan sonra ateş edip sırttan giren ve öldürücü etki yapan mermi de dâhil onu üç yerinden vurup öldürdüğünün, mermi isabet yerlerinden ve dosya kapsamından anlaşılmasına, başlangıçta mevcut bulunan yasal savunma halinin maktulün*

16.04.2008 tarihinde kürtaj yaptırdığı, maktulün, 27.06.2008 günü eve geç geldiklerini bahane ederek sanığı, eşini ve diğer kızı Bahar'ı evden kovduğu, sanığın annesi ve küçük kız kardeşi ile beraber işletmekte oldukları bazlama dükkanında geceledikleri, maktulün, ertesi gün işyerine giderek diğerlerini eve gelmemeleri konusunda tehdit ederek, Banu'yu kolundan tutup eve götürdüğü ve evde silah zoru ile tekrar cinsel ilişkiye girdiği, sanığın, o gün evde kalıp ertesi gün işe gittiği, olaydan bir gün önce 29.06.2008 tarihinde saat 20.00 sıralarında annesi Cezvenur ve kardeşi ile beraber eve girdikleri, maktulün, eve gelmelerine ses çıkarmadığı, televizyon izlemekle olan maktulün, eşinin uyumasından sonra arada mutfağa girip çıkmak sureti ile kızlarının odasını gözetleyerek küçük Bahar'ın uyumasını kolladığı, Bahar'ın ve sanığın uyumasından sonra saat 24.00 sıralarında kızı Banu'nun yanına gidip eli ile kalçasına ve göğüslerine dokunmak sureti ile tacizde bulunduğu ve uyanan sanığa "salona gel" dediği, sanığın "Ben senin kanındanım canındanım" demesi üzerine "seni istiyorum, kaçışın yok, sen benim olacaksın, tersten bir kere birlikte olalım" diyerek eli ile gerçekleştirdiği tacizlerini devam ettirdiği, sanığın bağıracağını ve annesini çağıracağını söylemesi üzerine "Tamam ben sabrederim, bugün olmazsa yarın seni mutlaka elde edeceğim ve seninle birlikte olacağım" diyerek odadan çıktığı; maktulün, her zaman yaptığı gibi, gece tekrar taciz ve tecavüz için gelebileceği ve ertesi gün annesini ve kız kardeşini evden uzaklaştırdıktan sonra kendisine silah tehdidi ile tecavüz edeceği endişesiyle korkuya kapılan sanığın, maktule ait silahı yerinden alıp yastığının altına koyduğu, sabah saat 07.30 sıralarında annesinin mutfakta olması nedeni ile babasının yalnız olarak uyumakta olduğu odaya girip, çaresizlikten kaynaklanan korku ve panikle ona ikisi enseye ve bir adedi sırt bölgesine olmak üzere 3 el ateş etmek suretiyle öldürdüğü olayda: açıklanan olaylar zincirinden içinde ırzına yönelik ısrarlı saldırılardan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak, meşru savunma koşulları içinde, *ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak* maktulü öldüren sanık hakkında TCK'nın 27/2 ve CMK'nın 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek TCK'nın 82/1-d, 29, 62 maddeleri ile hüküm kurulması...". 1 CD, 13.07.2011, 4491.

elinden tabanca alındıktan sonra ortadan kalkmış bulunmasına göre, eylemin yasal savunma veya bunun aşılması suretiyle değil ağır tahrik altında gerçekleştirildiğinin kabulü gerekir"[1].

Şu kararda da Yüksek Mahkememiz isabetli bir görüş oluşturmuştur: "*Maktulün tabancasından çıkıp sanığın belinin sağ tarafından giren ve sol tarafından çıkan merminin yumuşak dokuda seyretmesi, sanığın da olay yerinden hemen kaçma imkânı bulunduğu halde böyle yapmayıp tabancasının namlusu içindeki mermi, tetiğe basılmasına rağmen patlamaması nedeniyle, daha fazla atış olanağı kalmayan maktule ateş etmesi savunmada aşırılık olarak değerlendirilmiş ise de bu değerlendirme ve gerekçeye katılınmamıştır. Çünkü maktulün tabancasından çıkan mermilerden birisi ile yukarıda belirtilen şekilde yaralanan sanığın o anda içinde bulunduğu ruh haliyle ve psikolojik durumun etkisiyle yerel mahkeme kararında belirtilen biçimde mantıklı düşünüp davranamayacağı açıktır. Yine sanık, maktulün ateşi kesmesinin, onun tabancasının tutukluk yapmasından kaynaklandığını bilmemekte ve bilebilecek durum ve yerde de bulunmamaktadır. Ve yukarıda açıklandığı gibi, olaya sanığın içinde bulunduğu ruh hali ile bakıldığında "sona eren silahlı saldırının tekrar edilmesi tehlikesi her an mevcuttur". Açıklanan oluşa göre, sanığın yasal savunma sınırını aşmadığı, öldürme fiilini, meşru savunma koşulları altında işlediği anlaşılmıştır"*[2].

18 Mart 2003 yılında Sidney Opera Binasının duvarlarına "SAVAŞA HAYIR" yazan 34 ve 43 yaşlarındaki David Robert Burgess ve Will Saunders, mala zarar vermekten dolayı mahkum olmuştur (Burgess; Saunders, (2005) NSWCCA 52.

Olayı temyize götüren sanıklar, meşru müdafaa halinde olduklarını belirterek, o tarihte Avustralya Hükümetinin başka ülkelerle savaşa girmek üzere olduğunu ve bunun zorunlu sonucu olarak Irak'ta öldürülenler olacağını ve teröristlerin de bu nedenle Avustralya'ya saldıracaklarını ve bunun da Avustralyalıların ölümü veya yaralanmasına neden olacağını belirterek şu gerekçeleri ileri sürmüştür:

1. Olayın gerçekleştiği tarihte Iraklıların ölümüne, yaralanmasına veya imhasına neden olacak ve Avustralyalıların terörist saldırıya maruz kalma riskini artıracak bir saldırı riski bulunmaktaydı.
2. Bu saldırı, ölüme, yaralanmaya, hürriyetin tahdidine yol açacak ve malvarlığının zarar görmesine neden olacaktır. Avustralya halkına yönelik terorist saldırı da benzer sonuçlara yol açma ihtimali içermektedir. Bu saldırı uluslararası hukuka göre gayrimeşrudur, gayri ahlakidir ve Avustralya halkının çoğunluğunun iradesine aykırıdır.
3. Bu saldırıyı haklı göstermek için yalan söylenmiş ve gerçekler çarpıtılmıştır. ABD'nin bu savaşa çok önceden karar verdiği ve Avustralya hükümetinin de bu saldırıya katılmayı kararlaştırdığı açıktır. Muhalefetin ve Avustralya halkının itirazları dikkate alınmadığından, normal demokratik yöntemlerin kullanılması saldırıyı önlemek bakımından yetersiz kalmıştır.
4. Hareketimiz gerçekleşecek zararı önlemeye yönelik olup, opera binasına bir zarar verme kastı yoktur.

[1] 1. CD. 17.09.2003. 1962.
[2] CGK. 15.02.2000. 27.

Avustralya'da yüksek mahkeme, failin eylemi ile saldırı arasında bir bağlantı olmasının da gerekli olduğuna karar vermiştir. Yukarıda vermiş olduğum, Sidney Opera Binasının duvarlarına "SAVAŞA HAYIR" yazılması olayında, faillerin eylemi ile hükümetin saldırısı arasında bir bağlantı olmaması nedeniyle, sanıkların mala zarar verme nedeniyle mahkumiyeti hukuka uygun bulunmuştur.[1]

(3) Saldırının Haksız Olması

Bir kadın polis, sokakta müşteri beklediğinden şüphelendiği bir hayat kadınına yaklaşır ve soru sormaya başlar. Bunun üzerine şüpheli kadın, sorulara cevap vermeden olay yerinden uzaklaşınca, kolluk görevlisi, şüpheli kadının kolundan tutarak uzaklaşmasını engellemek ister. Fakat kadın, kolluk görevlisinin kolunu burmalayarak kurtarır ve uzaklaşmaya devam eder. Bunun üzerine, kadın, görevini yerine getirmeye çalışan kolluk görevlisine saldırmaktan dolayı yakalanır ve mahkum olur.

Fakat temyiz mahkemesi, kolluğun durdurulan kişiyi, sorduğu sorulara cevap vermeye zorlama yetkisi olmadığından dolayı kararı bozar. Mahkemeye göre, şüpheli kadının, kurtulmak için direnerek kolluk görevlisinin elini çizmesi haksız yakalamaya direnmek için yapılan meşru müdafaadır (bkz. Collins v. Wilcock, Eryılmaz, 512).

Saldırının haksız olmasından anlaşılması gereken, "hukuk düzeninin bu harekete karşı kişinin tahammül göstermesi konusunda bir görev yüklememiş olmasıdır. Hukuk düzeni yapılan harekete esasen müsaade etmekte ve hareketin muhatabından da bu harekete katlanmasını istemekte ise hareketin haksız olduğunu söylemek mümkün olmaz. Kişi herhangi bir hukuk kaynağından aldığı yetki ile veya bir hukuka uygunluk sebebi içinde hareket etmekte ise bu hareket haksız değildir"[2]. Dolayısıyla meşru müdafaa içinde hareket eden kimseye karşı veya teröristlerin sığındığı bir eve baskın düzenleyen polise karşı meşru müdafaa hükümlerinden faydalanmak olanaklı değildir.

Saldırı oluşturan hareket, hukuka uygun ise bu hareketin artık haksızlığından söz edilemez. Saldırının haksız olabilmesi için, hukuka aykırılığın suç teşkil etmesi aranmaz. Bu itibarla hakkın kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkan saldırılar da haksızdır ve saldırıya uğrayan kimseye meşru müdafaa hakkı verir. Bir kimsenin mevcut bir hakkı için kendiliğinden hak almaya kalkması halinde de bu hareketin haksız olduğu kabul edilir ve dolayısıyla da borçlunun buna karşı koyması meşru müdafaa sınırları içinde görülür[3].

Saldırıda bulunan kimsenin fiili hukuka aykırı olmakla beraber, bu kimsenin hukuk düzeninden kaynaklanan çeşitli nedenlerle cezalandırılamaması, fiilin haksızlığına etkili değildir. Dolayısıyla saldırganın bir diplomat olması halinde de bu kimselerin hareketlerine karşı meşru müdafaa hakkı kullanılabilir[4]. Önemli olan hareketin saldırı niteliği taşıyıp taşımadığı ve hukuka uygun olup olmadığıdır.

---

1 Burgess: Saunders. (2005) NSWCCA 52
2 Önder, II. 210.
3 Donmezer/Erman, II. 106; Erem/Danışman/Artuk, 571
4 Donmezer/Erman, II. 107, 108

Keza meşru müdafaada saldırının kusur yeteneği olmayan kimseler tarafından da gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin bir akıl hastasının saldırısına karşı da meşru müdafaa kabul edilmektedir. Ancak, meşru savunmada kaçma yükümlülüğü olmamakla beraber, akıl hastaları ve çocukların saldırısı durumunda, mümkün olduğunca saldırıdan kaçmak veya bu mümkün değilse, saldırganı koruyucu savunma yöntemlerini kullanmak gerekmektedir[1].

Bu noktada ele alınması gereken bir sorun, saldırıya sebebiyet vermiş olan kimsenin meşru müdafaa hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacağıdır.

Soruyu, böyle bir kimsenin de kendini savunma hakkı bulunduğu ve bu hakkının da yasa tarafından korunduğu şeklinde cevaplandırmak gerekir. Bu cevabın gerekçesini, saldırının haksız olup olmadığında aramak lâzımdır. Örneğin kocasını başka bir kadınla zina halinde yakalayan kadının, kocasını öldürmesi acaba haksız bir hareket olarak kabul edilebilir mi? Bu soruyu da olumlu cevaplamak gerekir. Gerçekten de hukuk düzeni eşini zina halinde yakalayan diğer eşe, zina halinde yakaladığı eşine herhangi bir zarar verme yetkisi tanımamış ve keza zina halinde yakalanan eşe de saldırıya tahammül yükümlülüğü yüklememiştir. Bu durumda, saldırı haksız olduğuna göre, her ne kadar zina yapan eş kendi kusurlu hareketi ile böyle bir saldırıya sebebiyet vermişse de şartları gerçekleşmişse meşru müdafaa hükümleri uygulanacaktır.

Yargıtay da baştan yapılan keyfi bir atışın dahi meşru savunma hakkını doğurabileceğini kabul etmektedir: "*Sanığın eyleminin savunmaya yönelik olduğunu kabulde zorunluluk bulunduğundan ve olayın başlangıcında kendisinden sadır olan keyfi atışın nefsine yönelik saldırıyı def hakkını yok edemeyeceği tartışma kaldırmayacağından, **TCK**'nın 49. maddesi mucibince ceza tertibine yer olmadığına...*"[2]. "*Küfreden, daha sonra küfredilen kişilerin saldırısına uğradığına göre, koşullarının varlığı halinde yasal savunma içinde bulunabilir*"[3]. Aynı şekilde, "*Erdinç'in bıçaklı ve keserli saldırısına uğrayan Serdar'ın sözlü tahrikle olaya neden olsa dahi, nefsini savunma zarureti altında kalarak Erdinç'i yaraladığının anlaşılması karşısında Serdar'ın hukuka uygunluk içinde olduğunun kabulü gerekir*" şeklinde isabetli olarak karar verilmiştir[4]. Buna karşılık, Yüksek Mahkememiz rahatsızlanarak eve erken dönen kocanın, kapının geç açılmasından şüphelenerek evi araması ve yatağın altında çıplak vaziyette maktulü gördüğü "*bu ne hal çık oradan*" dediğinde eşi ile maktulün kocaya saldırıya geçtikleri ve silahı elinden almaya kalkıştıkları bir olayda, "silahı eline geçirdiklerinde ne yapacaklarının bilinemeyeceği gayri meşru zeminde olan maktul ile eşinin sanığın nefsine vâki saldırılan sanığın raporu ile de doğrulandığı, ayrıca maktulün ilişkiye girdiği sanığın eşinin "*silahı alalım o bizi öldüreceğine biz onu öldürelim*" dediği yolundaki savunmaya göre, kasıtlarını da açıklamış olması karşısında sanık nefsine vâki saldırının fil hal defî zarureti içinde ateş ederek maktulü öldürmesinde" meşru müdafaa-

[1] Wessels/Beulke, kn. 344
[2] 1. CD. 28.12.1995. 3990
[3] CGK. 18.10.1990. 178
[4] 1. CD. 08.04.2004. 1248

nın kabulü gerekir, şeklinde karar vermiştir[1]. Ne var ki, "gayrimeşru zeminde" de olsalar, kendisine yönelik bir saldırı olmadığı müddetçe kocanın meşru müdafaa hakkı bulunmamaktadır. Kocanın silah çekmesi ise bir saldırıyı beklenir kılmaktadır. Bu nedenle somut olayda, maktul ve sanığın eşinin meşru müdafaa içinde olup olmadıklarının araştırılması gerekmekteydi.

Bir başka kararında *Yüksek Mahkememiz* açıkça "taarruza hedef olan kimsenin kendi şahsi kusuru ile taarruza sebebiyet vermiş olması, müdafaanın meşruluğunu ortadan kaldırmaz" şeklinde karar vermiştir. Karara konu olayda, sanık ile arası açık olan maktul Mustafa, kendi bahçesinde radyosunu dinleyerek çalışırken, hasta olan annesini ziyarete giden sanık, radyonun kısılmasını istemiş, maktulün "akıl mı veriyorsun, yoluna git" sözüne karşılık "sen kesmezsen ben keserim" deyip, radyoyu yere atıp kırmış ve 15-20 metre yoluna devam etmiş; radyosunun kırılmasına sinirlenen maktul "ulan nereye gidiyorsun" deyip, tabanca ile ateş ederek sanığı bacağından yaralamış; bu arada sanık da 6-7 el ateş ederek Mustafa'yı öldürmüştür. Bu olayda saldırıya sanığın radyoyu kırmasının neden olması meşru savunmanın kabulüne engel görülmemiştir[2].

Saldırıya sebebiyet verme ile ilgili olarak düşünülebilecek bir diğer olasılık, bir kimsenin **"saldırıyı tahrik ederek, meşru müdafaa örtüsü altında"** hukuka uygunluk sebebinden faydalanarak suç işlemeyi planlaması halidir. Bu suretle cezadan kurtulmanın amaçlandığı hallerde, kişinin meşru müdafaa halinde bulunduğu kabul edilemez[3].

Burada ortaya çıkan bir sorun, henüz saldırının bulunmadığı ancak örneğin sert münakaşanın yapıldığı bir ortamdan ayrılarak, silah temin ederek gelen kimsenin, bu ortamda daha sonra üzerine yürüyenlere karşı silahla kendini savunması halinde meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Karşılaşmalı hukukta benzer bir olayda, güvenli bir ortamdayken, yani kendisine yönelik bir saldırı yokken, silahlanıp gelen ve böylece başkalarının kendisine yönelik tepkisine bilerek neden olan kişinin meşru savunma hükümlerinin uygulanmasını isteyemeyeceğine karar verilmiştir[3]. Kanımca, bu takdirde yukarıda belirttiğim prensipler çerçevesinde, kişinin silah temin ederek gelmesi ve ihmali bir tutum takınması, yani başkalarına saldırmaması durumunda meşru savunma hükümleri uygulanabilir.

Saldırganın saldırısına karşı yapılan savunma hareketi belirgin bir biçimde orantısız ise bu harekete karşı da meşru savunma mümkün olabilir. Örneğin, saldırgan mağdura taşla saldırmasına karşın, mağdurun silahla hayati bölgeleri hedef alarak savunmaya geçmesi halinde, yaşam hakkına yönelik bu ağır tepkiye karşı failin de benzer araçlarla meşru savunma hakkı doğacaktır[4].

> Sözlü tartışma sırasında kavgaya davet durumunda meşru müdafaa hükümleri uygulanabilir mi?
>
> Bu örnek ile ilgili bir Avustralya Yüksek Mahkemesi kararı bulunmaktadır. Aşağıda *savunmanın zorunluluğu* bahsinde konuyu ayrıntılı ele alacağım.

1 CD. 08.12.1997. 3981.
CGK. 31.11.1983. 16.
2 Önder, II. 217, 218.
3 Bkz. Rowe v. United States ve kış. United States v. Peterson.
4 Özen, 90; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.I. 631.

bbbb. Savunmaya İlişkin Şartlar

Savunma, saldırana yönelen ve saldırının sona ermesini amaçlayan her türlü harekettir. Müdafaa her türlü hareket olabildiğine göre, saldırgana karşı bir saldırı şeklinde de yapılması mümkündür[1].

Savunmaya ait koşullar, savunmanın zorunlu olması ve savunma ile saldırı arasında orantı bulunmasıdır.

(1) Savunmada Zorunluluk Bulunması

Meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabulündeki en önemli etken, savunmada zorunluluk bulunması, başka ifadeyle, saldırıya uğrayan kimsenin başka çaresinin bulunmaması, saldırıdan başka türlü kurtulmasının imkânsız olmasıdır. Bu nedenledir ki, müdafaa olmadan da saldırıyı defetme imkânı varsa, meşru müdafaa kabul edilmez[2].

Doktrindeki bir görüşe göre, her ne kadar meşru savunmanın düzenlendiği kanun metninde "zorunluluk" ifadesine yer verilmiş olsa da, buradaki zorunluluktan, savunmanın gerekliliği anlaşılmalıdır. Buna göre kanun koyucu savunmanın zorunluluğuyla, savunmaya gerçek anlamda ihtiyaç duyulmasını, bir diğer ifadeyle savunmaya gerek duyulmasını; orantılılık kavramıyla ise savunmanın ölçülü olmasını kast etmektedir. Esasında 'savunmanın gerekliliği', bu iki hususu da kapsayıcı bir niteliktedir[3].

Meşru savunmanın hukuki esasını izah eden subjektif görüşlere bakıldığında sorumluluğun merkezinde saldırganın olduğu görülecektir. O halde hukuk düzenine meydan okuyan bir kişiye karşı kendini savunmak durumunda kalan kişinin savunma ihtiyacını; olabilecek en ağır kriter olan zorunluluğa göre değil, savunmaya belli esaslar ve ölçütler sunan gerekliliğe göre belirlemek hakkaniyete daha uygun olacaktır[4]. Son tahlilde savunmanın gerekliliği; birden fazla savunma aracından, saldırıya maruz kalan kişinin hukuki değerine doğrudan zarar verme riski oluşturmayacak en hafif aracın seçilmesidir. O halde gereklilik; bir taraftan saldırganın hukuki değerine yönelik olarak en özenli bir savunmayı, öte yandan da bu savunmanın saldırıya maruz kalan kişinin güvenliğini ihlal etmemesini öngörmektedir. Bunun yanı sıra gereklilik kavramının anlam bulduğu hususlardan bir diğerini ise, kanunumuzda yer verilen savunmanın zorunluluğu ifadesinin bir karşılığı olarak savunmaya gerçek anlamda ihtiyaç duyulması oluşturmaktadır[5].

Savunmanın zorunluluğu saldırının türü ve şiddetine ve muhtemel savunmanın kapsamına, yani elde mevcut savunma araçlarına göre belirlenir, yoksa korunan ve saldırılan yararların değerine göre değil[6]. Konu üzerinde aşağıda "oran" şartı bahsinde daha geniş olarak duracağım.

---

1 Önder, II, 214.
2 Donmezer/Erman, II, 115.
3 Kartal, 54 vd.
4 Kartal, 56.
5 Kartal, 55, 56.
6 LK[11], §32, kn. 224.

Sözlü tartışma sırasında kavgaya davet durumunda meşru müdafaa hükümleri uygulanabilir mi?

Üç erkek kardeş, alkollü olduklarından Sidney Star City Casino'yu terketmeleri istenir. İki kardeş bir güvenlik görevlisini taciz eder ve dışarıda kavgaya davet eder. Kardeşlerden birisi bir güvenlik görevlisine "hadi beni yerimden kımıldat" der ve görevli onu kapıya doğru iter. Diğer kardeşin bu görevliye arkadan saldırmasıyla yumruklaşma başlar. Dört görevli yaralanır.

Kardeşler, meşru müdafaa halinde hareket ettiklerini iddia eder.

Yüksek mahkeme bir kimsenin kavgayı istemiş olmasının meşru müdafaa hükümlerinin uygulanmasına engel olmadığını, ancak bu durumda savunma hareketinin zorunluluğu probleminin ortaya çıkacağına işaret eder. Keza mahkemeye göre, bir kimsenin tehlikeli bir durum yaratıp, bir saldırıyı tahrik edip, sonrasında da bu saldırıya karşı meşru müdafaa hakkı olduğunu ileri sürmesi kabul edilemez.

Mahkeme ayrıca güvenlik görevlilerinin hareketinin haksız olmadığına da işaret etmiştir. Görevliler sarhoş sanıkların gazinoyu terk etmelerini istemişlerdir ve bu taleplerinin yerine getirilmemesi halinde kuvvet kullanma yetkileri vardır.

Sanıkların, önce güvenlik görevlilerinin başlattığına ilişkin savunmalarını da mahkeme kabul etmemiştir. Mahkemeye göre şiddet sanıklar tarafından başlatılmıştır (Colosimo v DPP (2006) NSWCA 293.

Müdafaa, saldırıyı sona erdirmek için daha yumuşak, ancak aynı şekilde etkili bir aracın bulunmaması halinde zorunludur. Ne var ki, kaçma bu kapsamda mütalaa edilmez.

Saldırıdan kaçmak, kanunda öngörülen "*savunma*" kavramının muhtevasına dahil olmadığından, yani kaçmak fiili kanunda öngörülen bir savunma hareketi niteliğini haiz olmadığından, böyle bir yükümlülüğün saldırıya maruz kalan kişiye yüklenmesi mümkün değildir. Kaldı ki, saldırıdan kaçmak meşru savunmanın hukuki esaslarından birini oluşturan objektif görüşün temel dayanak noktası olan "hak haksızlığa karşı boyun eğmek zorunda bırakılamaz" düşüncesiyle bağdaşmadığından böyle bir yükümlülük kişiye yüklenemez[1].

Yargıtay da bir olayda kaçmak imkânı varken, kaçmamış olup da saldırana karşı müdafaaya geçmiş olan kişinin meşru müdafaa halinde bulunduğunu kabul etmiştir[2]. Bir başka kararda *Yüksek Mahkeme*, "*saldırgan topal bir kişi olsa dahi, silahlı bir saldırıya maruz kalan kişinin kaçıp kurtulması beklenemez. İnsiyakları onu savunmaya zorlayacaktır*" demektedir[3]. Aksi görüşü savunanlar, "saldırıya uğrayanın hukuk düzenince koruduğu haklarından herhangi bir fedakârlık yapmadan kaçarak saldırıdan korunabilmesinin mümkün olduğu hallerde, savunmada zorunluluğun bulunmadığını" ileri sürmektedirler[4]. *Yargıtay* kararına konu bir olayda, maktulün sanığa karşı müteca vız olmaya başlaması üzere ailece görüş-

[1] Kartal, 73.
[2] CGK, 24.10.1995, 306; 1. CD, 13.06.1998, 1871.
[3] CGK, 22.09.1975, 199.
[4] Önder, II, 215.

meyi bıraktıkları, maktulün telefonla çirkin tekliflerde bulunduğu, eve geldiği bir gün komşusu bayanın yardımıyla olayı geçiştirdiği, olay günü alkollü olan maktulün yine sanığın evine gelmesi, kapıya yüklenerek kırmak suretiyle içeri girmeye kalkışması ile sanığın namusuna yönelik isteği için faaliyete geçmiş olması ile meşru müdafaanın şartlarının başladığına, içeride uyumakta olan boksör olan akrabasından yardım istememesinin ise sanığın aleyhine kabul ile meşru müdafaanın şartlarının oluşmadığının söylenemeyeceğine karar verilmiştir[1].

Amerikan Hukuku'nda 2007 yılına kadar kaçma zorunluluğunun bulunduğu benimseniyordu[2]. Ancak bu tarihte Texas Ceza Kanunu'na yapılan bir ek ile bu eyalet kaçma zorunluluğunu açık bir hüküm ile kaldırmıştır. Buna göre, bir yerde bulunma hakkına sahip olan kimse, kendisine karşı ölümcül kuvvet kullanan kişiyi kışkırtmadığı takdirde kaçma zorunluluğu bulunmamaktadır[3]. Hemen belirteyim ki, bu kanuni değişiklikten önce de uygulamada "kale teorisi" gereğince, bir kimsenin kendi hatası olmaksızın evinde kendisine saldırılması durumunda kaçma zorunluluğuna tabi tutulamayacağı öngörülmekteydi. Buna göre ev bir kimsenin kalesidir[4].

Savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığı somut olaya göre takdir edilmelidir. Bu takdirde kişinin o an içinde bulunduğu ortam göz önünde bulundurulmalı, sonradan sakin bir ortamda bulunan kişinin bakış açısı ile durum değerlendirilmemelidir.

Yargıtay maktulün arkadaşları ile sanığın işyerine gelip önceki olay nedeniyle tartışma çıkarıp sanığa saldırması ve tezgâh üzerindeki bıçağı almaya yöneldiği sırada, sanığın bıçağı maktulden önce alarak, maktule vurduğu olayda, maktulün elinde saldırıya yönelik bir alet bulunmaması nedeniyle, savunma hareketini zorunlu görmeyerek, meşru savunma koşullarının gerçekleşmediğine karar vermiştir[5].

Sanık, kamuya açık bir parkta sevişen 21 yaşındaki P ile 17 yaşındaki kızı seyretmek için gizlice onlara yaklaşır. Sanığı fark eden P, uzaklaşmasını isterse de, sanık "canı ne isterse onu yapacağını, onlar gibi kendisinin de orada bulunma hakkı olduğunu" söyler. Bunun üzerine P, onu elbisesinden tutarak sarsar ve iter. Sanık ise cebinden çıkardığı bıçakla P'yi yaralar.

Bu olayda mahkeme kamuya açık bir parkta sevişen kişilerin üçüncü kişiler tarafından gözlenmesi durumunda, bu kişiye saldırı hakkı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme sanığın ise saldırıya karşı savunma hakkı olduğuna işaret etmiştir (BayObLG, NJW 1962, 1782).

Savunma, icrai bir hareketle olabileceği gibi, bir kadına tecavüz eden kimseye saldıran köpeğini geri çağırmayan kişinin hareketinde olduğu gibi, ihmali de olabilir[6].

---

1 1. CD. 09.10.2000. 2571
2 Bkz. United States v. Peterson
3 Texas Ceza Kanunu md. 9.32.(c); benzer yönde krş. Florida Stat., md. 776.013(3). Dressler. 503'ten
4 United States v. Peterson
5 1. CD. 21.12.2006. 5899.
6 LK[11]. §32. kn. 200

Savunma için bir silahın kullanılması da somut olayın şartlarına göre hukuka uygun olabilir. Bu takdirde, savunmada bulunan kişinin daha az tehlikeli bir araç kullanması, daha az tehlikeli aracın somut durumdaki etkisinin şüpheli kalacak olması ve durumun değerlendirilmesi için yeterli vaktin olmadığı hallerde istenemez. Silah kullanmadan önce bıçak kullanma tehdidinin yapılması veya daha az tehlikeli bıçakla yaralama hareketinin yapılması yönünde bir zorunluluk gibi yüksek taleplerde bulunulmamalıdır. Somut olayda bu hareketlerin işe yaramama riskinin üstlenilmemesi beklenilmemelidir. Somut olaydaki gerekliliklere ilişkin net belirlemeler yapılamaması sanığın aleyhine yorumlanmamalıdır[1].

Savunma hareketi sırasında bilerek üçüncü kişinin malvarlığına da zarar verilmiş olabilir. Bu takdirde saldırgana yönelik hareket ile üçüncü kişinin malvarlığına verilen zarar ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Örneğin, kendini savunmak için bir başkasının sandalyesini kullanan ve buna zarar veren kişi savunma hareketi içinde olduğundan meşru müdafaadan yararlanmakta ise de olayda saldırgana ait olmayan bir mala zarar vermesi dolayısıyla mala zarar verme suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilecektir, zira olayda mala zarar verme, meşru müdafaa kapsamındaki bir hareket değildir. Ne var ki, bu tip hallerde, somut olaya göre, şartları gerçekleşmişse fail zorunluluk halinden yararlanabilir[2].

(2) Saldırı ile Savunma Arasında Oran Olması

Saldırı ile savunma arasında oran olup olmaması sorunu, iki açıdan ele alınmalıdır. İlkin,

- kullanılan araçlar bakımından bir ölçülülüğün söz konusu olup olmadığı,
- ikinci olarak da saldırıya uğrayan hak ile savunma dolayısıyla zarar verilen hak arasında bir oranın bulunması zorunluluğunun olup olmadığı.

(a) Araçlar Bakımından Oran

2 yaşındaki çocuğu tedavi eden tıp öğrencisi, çocuğun elini ısırması üzerine elini kurtarmaya uğraşırsa da başarılı olamaz ve elinden kan akması üzerine çocuğa tokat atarak elini kurtarır (bkz. Mattocks v. Bell, 1963).

Araçlar bakımından konu değerlendirildiğinde şu tespitleri yapmak mümkündür: Kural olarak saldırıda kullanılan araç ile savunmada kullanılan araç arasında bir oran, ölçü bulunmalıdır. Ne var ki, oran bulunma zorunluluğu, saldırıya uğrayan kimsenin, saldırganın elindeki aracın aynı ile kendini savunmak zorunda olması manasında anlaşılmamalıdır. Dolayısıyla kendisine bıçakla hücum eden kimseye karşı, elinde bıçak bulunmayan kimse, örneğin tüfekle, sopayla kendini koruyabilir.

---

[1] BGH 4 StR 197/12 - Urteil vom 27. September 2012 (LG Halle); krş. BGH, 24, 358.
[2] Kühl, §7, kn. 85a, 86.

Polis memuru Bill, bir akşam ailesiyle beraber komşusunu ziyaret eder. Komşunun 8 yaşındaki kızı Alice, misafir odasına gelir ve "hırsız-polis" oynamaktadır. Ancak Alice'in elindeki silah gerçek bir tabancadır. Alice oyun düşüncesiyle ben hırsızım diyerek silahı ateşler, ancak kurşun Bill'i sadece sıyırır. Alice silahı tekrar ateşlemeye hazırlanırken, Bill kaçabileceği başka bir yer olmadığını ve Alice'in elinden silahı almaya yetecek vakit de bulunmadığını fark eder (Örnek için bkz. Dressler, 504)

Bu olayda ne tür bir meşru savunma hareketi Bill bakımından orantılı olabilir?

"Başka bir odadan tüfek ve fişekleri alıp, fişeği şarjöre yerleştirerek maktulenin bulunduğu mutfak kapısına gelen sanığın, mutfak içinde ve lavabo yanında olup, kendisinden 4,8 metre uzakta bulunan maktuleye 3 el ateş ederek öldürmesi olayında, sanığın tüfek alıp olay yerine geldiği sabit olup, bu mesafeden elinde satır olduğunun kabulü halinde dahi maktulenin sanığa hamle yaptığı ve bu sebeple sanığın nefis savunması durumunda kaldığı kabul edilemeyecektir"[1]. Aynı yönde: *"Para yatırmak için gelen Süleyman'ın içinde yaklaşık 3 milyar lira bulunan çantasının maktul tarafından banka önünde zorla alınmak istediğini gören ve güvenlik görevlisi olan sanığın, olaya önce sözle müdahale ettiği, maktulün eylemini sürdürüp çantayı gasp etmesi üzerine onu yakalamak istediğinde ise maktulün bıçakla saldırıp sanığı yaraladığı, sanığın da görevi gereği taşıdığı tabancası ile önce havaya ateş ettiği, buna rağmen bıçaklı saldırıdan vazgeçmeyen maktule bu kez yakın mesafeden bir el ateş ettiği, isabet alan maktulün elinde çanta olduğu halde banka önünden kaçarak biraz ilerde düştüğü ve ölümün tek isabetle oluşan ateşli silah yaralanması sonucu meydana geldiği..."*[2].

Sanık C. hakkında kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Olayın gerçekleştiği işyerine doğru yaklaşık on gün kadar önce silahla ateş ettiği gerekçesiyle hakkında kovuşturma yapılan sanık S...'nin olayın hemen öncesinde geldiği işyerinde sanık C...'in de aralarında bulunduğu çalışanlar ile tartıştığı, hakaret ve tehditlerde bulunarak ve tekrar döneceğini beyan ederek ayrıldığı ve yaklaşık on beş dakika sonra bir ticari taksiyle dönerek iş yerine doğru silahla ateş ettiği, bu ateş sonucunda mağdur C...'yi yaşamsal tehlike geçirecek biçimde yaraladığı olayda; sanık C...'in gerçekleşen saldırı karşısında tabanca ile aksi kanıtlanmayan savunmasına göre havaya ateş etmesi eylemi açısından 5237 sayılı TCK'nın 25. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa koşullarının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi...", *3 CD, 02.11.2015, 30533*

Ancak araçlar arasındaki oran durumu, özellikle aracın ölçülü kullanılması bakımından göz önünde tutulmalıdır. Bu nedenle, bıçakla kendisine saldırana karşı tüfekle kendini koruyan kişi bu aracı, saldırıyı uzaklaştırmaya yetecek ölçüde kullanmalıdır. Örneğin elinde ateşli silah olmayan kimseye karşı sadece havaya ateş etmek de yeterli bir savunma olabilir. Bunun da yeterli olmaması halinde saldırganın ayaklarına ateş ederek, durdurmak mümkün olabilir. Ancak bunlar yapılmayarak, saldırganın öldürülmesi halinde aracın ölçüsüz kullanılmasından bahsetmek ve dolayısıyla meşru müdafaada sınırların aşıldığını

[1] 1. CD. 24.06.2004. 2514
[2] 1. CD. 11.04.2001. 1437

söylemek gerekir. Elbette somut olayın değerlendirilmesi çok önemlidir. Bu itibarla, örneğin bıçakla saldıranın güçlü kuvvetli, ateşli silahla karşılık verenin ise cılız bir kimse olması halinde, orantı söz konusu olabilir[1]. Buna karşılık küçük bir çocuğun sopa ile yetişkin birine saldırması halinde de oradan uzaklaşmayıp ağır bir silahla karşılık vermede orantı yoktur. Her ne kadar kimse kaçmaya mecbur tutulamaz ise de küçük bir çocuk karşısında olay yerinden uzaklaşmak gerekir, kanaatindeyim. Yargıtay'ın "kendisini bir sopa ile döven kimseyi tabancasını ateşleyerek öldüren failin davranışında denge bulunduğu söylenemez" şeklindeki kararını da[2] bu esaslar ışığında değerlendirmek gerekir. "*Sanık elinde bulunan bıçak ile müştekinin kalçasına tek darbe vurmuştur. Saldıran kişinin güçlü bir erkek, sanığın ise kadın olduğu gözetildiğinde saldırı ile savunma arasında oran vardır. Çünkü bıçak darbesinin hayati önem taşıyan organlara yönelik olmaması nedeniyle savunmada aşırılığa kaçılmadığı açıktır*"[3].

"*Sanık, kız kardeşinin ırzına yönelik bir saldırının mevcut olduğu düşüncesiyle hayati öneme haiz bölgelerini hedef alıp silahıyla önce bir el, sonra da üç el daha ateş etmek suretiyle, sırtından ve ensesinden vurarak S'yi öldürmüştür..Maktulün üzerinden bir adet kasatura elde edilmişse de maktulün bu bıçağı çekmek için herhangi bir davranışta bulunduğu belirlenememiştir. Sanık ise daha etkin nitelikteki av tüfeği ile maktulün öldürücü olmayan bölgelerine ateş ederek saldırganı etkisiz duruma getirmek imkânına sahip olduğu ve saldırının bundan sonraki boyutunun ne olabileceğini, diğer bir deyişle ilk atıştan sonra maktulün saldırısına devam edip edemeyeceğini öngörebilecek durumda bulunduğu halde, atışlarına devam etmek suretiyle yasal savunmada zaruret sınırını aşmıştır*"[4].

"Yumruk darbesini yumrukla karşılamak imkânı varken silah kullanmak hakkı olmaz. Elle saldırganlık eden saldırganın elini keskin bir bıçak darbesi ile yaralamak da böyledir"[5].

Kuşkusuz meşru savunmanın gereklilik koşuluna ilişkin ölçütlerin belirlenmesi yaşamsal tehlikeliliği haiz araçların (ateşli silah, bıçak vb.) kullanılması bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Zira bu araçlar, meşru savunmanın uygulama sahası kapsamında en çok başvurulan araçlardan biri olmakla birlikte, yöneldiği hak bakımından da bilhassa kişinin en önemli hakkı olan yaşam hakkını tehdit etmektedir. Söz konusu araçların meşru savunma sınırlarına uygun bir şekilde kullanımına ilişkin öncelikli kural, mevcut savunma olanakları arasında bu araçlardan daha hafif bir aracın bulunmamasıdır. Dolayısıyla, herhangi bir tehlikeli silah kullanmaksızın, bilhassa bedensel üstünlüğü ve yeteneğine bağlı olarak saldırıyı defedebilecek bir kişinin, savunmasında bu silahları kullanmasına cevaz verilmemektedir. Bununla birlikte, eger saldırgana yönelik yapılacak daha özenli bir savunma, sonuç açısından yetersiz kalacak ve diğer araçlar da, daha etkin tedbirlere kapı aralayacak kadar güvenilir değilse, işte bu durumda silah kullanma, saldırgana yönelik etkisi en ağır olsa da, meşru savunma hakkının son çaresi ve gerekliliğin temel prensiplerinin otomotik bir sonucu olarak karşımıza çıkacaktır[6].

---

1 Donmezer/Erman, II, 118.
2 CGK, 22.05.1995, 1/158.
3 CGK, 10.03.1998, 75.
4 CGK, 04.01.1997, 215.
5 Yüce, 41.
6 Karlal, 103, 104.

Her ne kadar yasal bir karşılığı olmasa da, söz konusu mahiyetteki silahların kullanımı açısından genel gereklilik kriterlerine göre belli ölçütler getirilmektedir. Buna göre meşru savunma kapsamında hareket eden kişi saldırganın ağır saldırısına karşı örneğin bir tabancaya başvuracaksa, öncelikle saldırganı bu tabancayı işaret ederek tehdit etmesi gerekmektedir. Ancak bu tehdidin yetersiz kaldığı/kalacağı durumlarda uyarı ateşinde bulunması, bunun da yetersiz kaldığı/kalacağı hallerde ayağına doğruateş etmesi ve son çare olarak da hedef gözetmeksizin ateş etmesi gibi bir sıralamaya riayet etmesi beklenmektedir. Her kim bu sıraya riayet etmeksizin örneğin saldırgana hedef gözetmeksizin ateş ederse gereklilik ölçütündeki üst sının aştığı noktasında bir şüphenin varlığı kaçınılmaz olacaktır. Zira özenli bir savunmacıdan beklenen, silahla tehdidin, uyarı ateşinin ya da bacağa yöneltilen ateşin, saldırının defi bakımından yetersiz (etkisiz) olacağı özel durumlar dışında bu kurala riayet etmesidir[1].

Buna mukabil bu tür silahların kademeli bir şekilde son çare olarak kullanılması yasal zorunluluktan kaynaklanan mutlak bir kural şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu bakımdan mahkemelerin; ateşli silahların kullanıldığı olaylarda çok katı, basmakalıp kurallarla değil somut olayın şartlarını, genel gereklilik prensiplerinin dikkate alındığı bir teste tabi tutarak sonuca varması gerekmektedir[2]. Bu bağlamda Alman Yüksek Mahkemesi de ateşli silahın son çare olarak kullanılmasının, meşru savunmanın temel ilkelerine aykırı olarak savunmacıya, kendisini geri çekmek suretiyle kendi kendini tehlikeye düşürecek bir pozisyon yükleyemeyeceğini ifade etmektedir[3].

Karşılaştırmalı hukukta şöyle bir ölçüt de benimsenmektedir: Öldürücü nitelikte savunma ancak öldürücü nitelikte bir saldırıya karşı yapılabilir. Saldırının öldürücü olmaması halinde, başka türlü savunma imkânı olmasa bile öldürücü kuvvet kullanılamaz. Örneğin kendisini döven bir kimseyi itmek suretiyle yapılan savunma hukuka uygundur. Ancak kalabalık bir trafiğin olduğu bir yerde, döven kişiyi sadece trafiğin olduğu yola doğru iterek kurtulmak mümkün ise bu durum saldırganın ölümüne veya ağır yaralanmasına yol açacaksa, bu yapılmamalı,

"Maktulün olay yeri olan Elalem Bar'da alkol alıp eğlendiği sırada yaptığı taşkınlık sebebiyle güvenlik müdürü olarak görev yapan İsmail'in talimatıyla dışarı çıkarıldığı, yaklaşık 1-1,5 saat sonra aşırı alkollü vaziyette tekrar bara gelerek kendisine yapılan hareketin hesabını sormak istediği, bu nedenle İsmail ile tartışmalarını müteakip tabancasını çekerek İsmail'e ateş edip onu omzundan vurduğu, o sırada barda güvenlik görevlisi olarak çalışan sanık Ali'nin maktulün silahlı saldırısını görerek tabancası ile 3 el ateş edip tek isabetle maktulü öldürdüğü olayda; tabancanın halen maktulün elinde bulunduğu, İsmail'in canına kast ettiği, haksız saldırı sona ermediği, sanığın 3 atışı haksız saldırının devamı sırasında yaptığı hususları göz önüne alındığında, eylemin meşru savunma şartları altında işlendiği ve meşru savunmada aşırıya kaçılmadığı anlaşıldığı halde, yazılı şekilde taksirle öldürmeden karar verilmesi" yasaya aykırıdır (1. CD, 06.03.2007, 1071).

[1] Kartal, 104, 105.
[2] Kartal, 105.
[3] BGH 19.04.1967- 2StR 14/67, BGH 24.07.1979- 1StR 249/79, BGH 21.03.2001-1StR 48/01, BGH 09.08.2005- 1StR 99/05. Kartal, 107'den.

> *"Somut olayda, failden soğukkanlılıkla hareket ederek, silahını maktulün hayati önemi olmayan bölgesine yöneltmesi beklenemeyebilir"*, CGK, 26.02.1979, 93.

mağdur dövülmeye katlanmalıdır[*]. Kanımca bu ölçüt geçerli bir ölçüt değildir. Saldırgana karşı başka türlü kurtulma olanağı yoksa çok sayıda aracın geçtiği yola iterek de savunma mümkündür. Önemli olan, burada daha az zarar vermek suretiyle kurtulma olanağının bulunup bulunmadığıdır. Ayrıca aşağıda da belirtileceği üzere, başka türlü kurtulma olanağı yoksa bir kimseyi yaralayan kişinin öldürülmesi mümkündür.

Avustralya'da ceza kanununda açıkça, malvarlığının veya konutun korunması için saldırganın öldürülmesi halinde, meşru savunmaya ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır (NSWCA md. 420). Yukarıda da ifade ettiğim gibi, malvarlığı ve konut, Avustralya'da meşru müdafaa kapsamında korunabilecek haklardandır. Ancak bu koruma öldürme suretiyle olmamalıdır.

(b) Yararlar Bakımından Oran

Oran konusunda incelenmesi gereken bir diğer konu, korunan yarar ile saldırıya uğrayan yarar arasında bir oran bulunmasının gerekli olup olmadığıdır.

> "...'un sanığın mülkiyetindeki araziye rızası dışında gece vakti piknik yapmak amacıyla girdiği, sanığın arazinin kendisine ait olduğu ve çıkmaları gerektiğine yönelik ikazlarını dinlemeyerek araziyi terk etmemeleri ve evlerine doğru gelmeleri üzerine, sanığın av tüfeği ile diğerlerinin yanlarına gelerek araziden çıkmalarını sağlamak amacıyla iki el havaya ateş ettiği ve arazisinden çıkmaları konusunda tehdit etmek şeklinde gerçekleşen eylemde, evde eşiyle birlikte yaşayan sanığın kendisine ve arazisine yönelik saldırıyı orantılı olarak defetmek amacıyla havaya ateş etmekten ibaret eyleminin TCK'nın 25. maddesi kapsamında olduğu gözetilmeksizin, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi...", 4.CD, 23.09.2016, 13736/12732.

Meşru savunmada; zorunluluk halinden farklı olarak, haksız yere bir saldırı söz konusu olduğundan, yararlar arasında bir oran bulunması aranmaz.

"Bir hak meşru müdafaanın konusu ise bu hakkın korunması için daha değerli bir hakkın zarara uğratılmış olması, değerler arasında dengesizlik olmadığı gibi, değerleri bir derecelendirmeye tabi tutmaya çalışmak, birçok halde meşru müdafaa müessesesinin uygulanabilmesini engeller". O nedenle, araştırılması gereken husus, bir hakkın meşru müdafaanın konusu olup olmadığıdır. Konusu ise artık onun korunması için ondan daha değerli bir yara-

[*] Dressler, 503.

ra da zarar verilebilir. Dolayısıyla ırzına geçmek isteyen saldırganı başka türlü savunma olanağı bulamayarak öldüren kişi, meşru müdafaadan yararlanır[1]. Burada cinsel özgürlük hakkı karşılığında yaşama hakkının feda edilmesinde oran bulunmadığı ileri sürülemez.

Yargıtay da para ve cep telefonunu alan saldırganı öldüren kişi bakımından meşru savunmayı kabul etmiştir. "*Bankadan aldığı emekli maaşını bir elinde cep telefonu, diğerinde de maaşı olmak üzere cebine koymak için elinde tutmakta olan sanığa, içlerinde maktulün de bulunduğu iki kişinin hızla çarpması nedeniyle para ve cep telefonu üzerindeki hâkimiyetini korumak isteyen sanığın, bu hâkimiyetini kaybettirip hem para hem de cep telefonunu alarak kaçan maktulün eylemi (yağma niteliğinde olduğunun) kabulü ile bu maktule yönelik sanık tarafından tabanca ile vâki atış sonucu anında gerçekleştirilen öldürme eyleminin, olayın cereyan tarzı ve maktulün isabet aldığı vücut nahiyesi de dikkate alınarak (meşru müdafaa) içinde mütalaa edilip buna göre hüküm kurulması gerekir*"[2].

Yararlar arasındaki oran konusunda, somut olayda çok belirgin orantısızlıklara meydan verilmemelidir. Unutulmamalıdır ki, basit bir oyuncak vs. ya da çok az bir miktar para için müdafaa amacıyla insan hayatını feda etmekte de orantılılık yoktur. Hatta öğretide hırsızlığın hiçbir zaman ölüm cezası ile cezalandırılmaması dolayısıyla, mala karşı bir saldırı söz konusu olduğunda, hırsızın öldürülmesine kadar gidebilecek bir meşru müdafaanın kabul edilemeyeceği de ileri sürülmektedir[3]. Bu nedenle, tamamen aşırı olay gruplarında değerlerin tartımı yasağına bir istisna getirilmelidir. Tümüyle katlanılamaz orantısızlığın olup olmadığı somut olayda tartışılmalıdır[4]. Örneğin, meyve çalan bir kimsenin silahla ağır yaralanması veya öldürülmesi kabul edilemez[5].

ccc. Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma

TCK 25/1'de gerek kendisine ve gerek "*başkasına*" ait dendiğinden meşru müdafaa, saldırıya uğrayanın üçüncü bir şahıs olması halinde de söz konusu olabilir. Bu takdirde de meşru müdafaanın diğer şartlarının gerçekleşmesi gerekir.

"*Para yatırmak için gelen Süleyman'ın içinde para bulunan çantasının maktul tarafından banka önünde zorla alınmak istendiğini gören ve güvenlik görevlisi olan sanığın, olaya önce sözle müdahale ettiği, maktulün eylemini sürdürüp çantayı gasp etmesi üzerine onu yakalamak istediğinde ise maktulün bıçakla saldırıp sanığı yaraladığı, sanığın da görevi gereği taşıdığı tabancası ile önce havaya ateş ettiği, buna rağmen bıçaklı saldırıdan vazgeçmeyen maktule bu kez yakın mesafeden bir el ateş ettiği, isabet alan maktulün elinde çanta olduğu halde banka önünden kaçarak biraz ileride düştüğü ve ölümün tek isabetle oluşan silah yaralanması sonucu meydana geldiği anlaşılmasına göre, görev alanı sayılabilecek yerde, üçün-*

---

[1] Önder, II, 217; Heinrich (Ed. Ünver), 214.
[2] 1. CD, 20.12.2001, 4641.
[3] Erem/Danışman/Artuk, 573.
[4] Heinrich (Ed. Ünver), 238.
[5] Bkz. RGSt 55, 82.

cü şahsa karşı vaki ağır saldırıyı önlemek için olaya müdahale eden sanığın kendisine yöneltilen ve devam eden bıçaklı saldırıyı da durdurabilmek için maktulü öldürmesi olayında" meşru müdafaa hükümlerinin uygulanarak hüküm kurulması gerekir[1].

Hukukumuzda üçüncü kişinin, yakın akraba vb. olması şartı yoktur. Buna karşılık karşılaştırmalı hukukta, ABD'nin Michigan Eyaleti Uygulaması'nda üçüncü kişi lehine meşru savunma (defense of others) geleneksel olarak sadece eş, kardeş gibi yakın kimseler bakımından uygulanmıştır. Aynı eyalette gerçekleşen bir olayda hamile olan Jacyln Louis Kurr, erkek arkadaşı tarafından karnına yumruk atılması üzerine, kendisine vurmamasını, onun çocuğunu taşıdığını söylemiş, ancak erkek arkadaşının üzerine tekrar yürümesi üzerine onu bıçaklayarak öldürmüştür. Mahkeme, bu olayda yerel mahkemenin hükmünü bozarak "üçüncü kişi lehine meşru savunma" hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. Mahkemeye göre, yaşama kabiliyeti olsun veya olmasın ceninin korunmasına yönelik olarak meşru savunma mümkündür. Buna karşılık anne karnı dışında bulunan dondurulmuş embriyo vb. nin korunması için meşru savunma kabul edilemez[2]. Bu olayı kendi hukukumuz açısından değerlendirdiğimizde üçüncü kişi lehine meşru savunma müessesesine gitmeksizin, doğrudan kişinin kendisini korumak için hareket ettiğini söylemek ve diğer şartları da gerçekleşmişse meşru savunma hükümlerini uygulamak mümkündür.

Saldırıya uğrayan kişi açık veya zımni iradesi ile savunma hareketine karşı ise, savunma hareketini istemiyorsa üçüncü kişi lehine meşru savunma olmaz[3]. Çünkü bir kişiye, kendisine saldırılan kimsenin kullanmak istediğinden daha fazla hak verilemez[4]. Bununla beraber, saldırı, saldırıya uğrayan kişinin tasarruf yetkisinin olmadığı bir alana ilişkin ise üçüncü kişi lehine meşru savunmayı kabul etmek gerekir. Örneğin, bir kişinin hayatına yönelik bir saldırıyı savuşturan kimse, hukuka uygun hareket etmiştir. Mağdurun burada "ben zaten ölmek istiyordum" gerekçesiyle meşru savunmaya rıza göstermemesinin bir önemi yoktur.

Bir başka kimsenin hayatının kurtarılması için işkence yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bir çocuğu kaçıran kimsenin yakalandıktan sonra, çocuğun yerini söylememesi karşısında, çocuğun bulunduğu yerde açlıktan öleceğini düşünen polis memurunun, çocuğun yerini söylemediği takdirde işkence **tehdidinde** bulunması cezalandırılmıştır[5]. Öğretide de Anayasa'nın, uluslararası hukukun, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun işkenceyi yasakladığına işaret edilmekte, caiz olan ve yasak işkence ayrımı yapılamayacağı, ağır işkence veya hafif işkence ayrımının da mümkün olmadığı, meşru müdafaa bakımından da "zorunluluk" ve "orantılılık" şartlarının gerçekleşmediği belirtilmektedir[6].

---

1 1. CD. 11.04.2001.
2 People v. Kurr. 2002. Yeniden yapılan yargılama sonucunda jüri, Kurr'un tekrar aynı şekilde cezalandırılmasına karar vermiştir. bkz. Dressler. 546.
3 Wessels/Beulke. kn. 334.
4 Heinrich (Ed. Ünver). 229.
5 Bkz. LG Frankfurt/M. NJW 05. 692.
6 Wessels/Beulke. kn. 289a.

ddd. Önleyici Meşru Savunma (Offendicula)

OLAY:
C YANINDA GETİRDİĞİ MAYMUNCUKLA KASAYI AÇMAK İÇİN UĞRAŞIRKEN, D'NİN GÜVENLİK AMACIYLA KASAYA BAĞLAMIŞ OLDUĞU 220 VOLTLUK ELEKTRİK AKIMINA KAPILIR VE SAĞ KOLU TAMAMEN YANAR.

Latince offendicula kavramıyla ifade edilen konu, önceki kanunumuz döneminde zilyetliğin korunması hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilen, ancak yeni **TCK** karşısında meşru savunma kapsamında ele almayı uygun gördüğüm ve "bir kimsenin, malına yönelik muhtemel saldırılara karşı önceden bazı mekanizmaların kurulması suretiyle aldığı ve fakat saldırı anında kendiliğinden, otomatik olarak fonksiyon görecek olan tedbirlerle malını savunmasını ifade etmektedir"[1]. "Offendicula'da zamansal bakımdan saldırıdan önce ayarlanan, ancak saldırı ile eş zamanlı olarak faaliyete geçen, etkili olan bir mekanizma söz konusudur. Malı korumaya yönelik bu araçlar, konumu ve doğası gereği, saldırı kapasitesi, görülebilme ve yer şartları gibi yerleştirildiği objenin durumuna göre değişiklik arz edebilir. Buna örnek olarak bahçeye kazılan çukurlar, duvar üstüne konulan cam kırıkları, dikenli teller, hendekler, kapanlar, tuzaklar, keskin demir parmaklıklar, çitlere elektrik verilmesi, bahçeye köpek salıverilmesi ve ölümcül etkiye sahip olabilecek otomatik harekete geçen ateş edebilen silahlar ve patlayıcı mekanizmalar ile başkasının beden bütünlüğüne zarar verici derecedeki diğer düzenlemeler gösterilebilir"[2].

Kişinin doğrudan meşru savunma hakkının bulunduğu hallerde, bu hakkını dolaylı olarak, bazı mekanizmalar aracılığıyla kullanabileceğinde tereddüt olmamak gerekir[3]. Kanunumuzun her türlü hakka yönelik saldırıya karşı meşru savunma olanağı vermesi dolayısıyla, offendicula bakımından meşru savunma kurallarını uygulamak ve bu nedenle de meşru savunmanın şartlarını bu bakımdan da aramak gerekmektedir[4]. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki, mekanizmada özellikle masum üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyici tedbirlerin alınmış olması offendicula açısından önem arz eden bir koşuldur.

Offendicula, *Yargıtay* kararlarına da konu olmuştur: Karara konu olayda, evinin alt katında bulunan koyunlarının çalınması üzerine sanık, evinden çektiği elektriği, gece geç vakitlerde tellere vermektedir. Koyunların bulunduğu yerin üç tarafı komşuların evleriyle çevrili olup, arka kısımdaki duvar ise yerden 1.60 m. yüksekliğinde olup, bu duvarın üzeri de 1.75 m. yükseklikte dikenli telle kaplanmıştır. Geceleyin koyun çalmak için gelen kişi, elektrik çarpması sonucu ölmüştür. *Yargıtay*, kararında sanığın ko-

---

1 Hakeri/Gülşen, 41.
2 Hakeri/Gülşen, 42.
3 People v. Ceballos, 1974.
4 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri/Gülşen, 51 vd.

yunlarının bulunduğu bahçe ve ağıla yabancı şahısların tesadüfen girmesini engelleyecek her türlü tedbiri almış olduğunu, buna rağmen koyunları çalınınca ağılın kendi bahçesine bakan tahta perdesine yerleştirdiği tellere gecenin geç saatlerinde de cereyan vermeye başlamış ve böyle bir tedbir aldığını da tüm komşularına da duyurmuş olduğu tespitini yapmış, ancak buna rağmen offendicula konusunu tartışmamıştır. Yargıtay, sanığın bu eylemiyle ağıla gelen yabancı bir şahsın tahta perdeye dokunduğunda, buraya elektrik verildiğini anlaması ve eyleminden vazgeçmesini sağlamasını amaçladığını kabul etmiş, ancak tahta perdeye bu şekilde elektrik akımı verilmesinin tevlit edeceği tehlikeyi bertaraf edecek tedbirleri almaması dolayısıyla meydana gelen ölüm dolayısıyla taksirle öldürmeden sorumlu tutmuştur[1].

Mart 1970'te Don Ceballos'un evinden bazı eşyalar çalınır. 12 Mayıs 1970'te bu kez değerli eşyalarının bulunduğu garajına kapısı kırılarak girilir ve bazı eşyalar çalınır. Ceballos bir sonraki gün garajına, garaj kapısını hedefleyen bir silah monte eder. Garaj kapısı açıldığında silah ateşlenecek şekilde ayarlanmıştır. 16 yaşındaki Stephen ve 15 yaşındaki Robert, 15 Mayıs 1970 günü, öğleden sonra, Ceballos'un evde olmadığı bir anda, üzerlerinde herhangi bir silah olmaksızın garajın kapısını bir levye ile açarlar. Kapı açılır açılmaz silah ateşlenir ve Stephen'in yüzüne kurşun isabet eder.

Mahkeme kural olarak bu tür mekanizmalarla bir kimsenin yaralanması veya öldürülmesinin ceza sorumluluğunu kaldırmadığını, ancak kişinin bizzat olay yerinde bulunarak savunma hareketini yapma hakkının bulunduğu hallerde, bu tür mekanizmalarla savunma hareketinin de yapılabileceğinin açık olduğunu belirtmiştir. Ancak, bu mekanizmaların çocuklar, polisler ve itfaiyeciler gibi masum kişilere de zarar verebileceği unutulmamalıdır.

Ayrıca bu tür bir mekanizma sadece şiddet suçlarına karşı kullanılabilir. Örneğin, insan öldürme, cinsel saldırı ve yağma gibi. Buna karşılık hırsızlığı önlemek için ölümcül güç kullanılamaz. Bu nedenle, olayda hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmemiştir (People v. Ceballos, 1974).

Bir başka kararda da "*sanığın hırsızlardan korumak amacıyla bakkal dükkânının önüne yerleştirdiği meyve ve sebzeleri tel kafesle sarıp, dükkândan çıkardığı tel kablo ile 220 voltluk elektrik akımını tel kafese vermesi ile olay günü yağmurdan korunmak için dükkânın altına gelen mağdurun elektrik verilmiş kısma temas etmesi ile ölmesi şeklindeki olayda sanığın eyleminin gayrimuayyen kast veya taksir unsurlarının değerlendirilmesi*" denilmektedir[2]. Yüksek Mahkeme bu kararında da offendiculanın şartlarını tartışmaksızın doğrudan sorumluluk yönünde karar vermiştir.

[1] CGK. 03.03.1986, 86.
[2] 2. CD. 12.12.2001, 21795.

Konunun girişinde verilen olayda,

D'nin evindeki kasasına 220 voltluk elektrik bağlamış olmasını meşru müdafaa kapsamında ele almak gerekmektedir. Şöyle ki; meşru müdafaa her türlü hakka yönelik olabilir. Latince "offendicula" olarak adlandırılan bu kurum, hakka yönelik muhtemel saldırılara karşı önceden bazı mekanizmaların kurulması suretiyle saldırılara karşı kendiliğinden harekete geçen tedbirlerdir. Bu tedbirler masum üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyecek şekilde alınmışsa ve hukuka uygunluk sebebinden yararlanmak suretiyle öldürme kastı içermiyorsa hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilir. Somut olayımızda D'nin bu meşru müdafaa halinden yararlanması mümkündür. Bununla beraber, insanlara zarar verecek ölçüde elektrik bağlanmış olması nedeniyle, orantılılığın söz konusu olmadığı ve sınırın aşıldığı da söylenebilir.

eee. Meşru Savunma Halinde Üçüncü Kişilerin Zarar Görmesi

Temmuz 2005'te Jose Paul Pena, Los Angeles polisi ile silahlı çatışmaya girer. Polislere yaklaşık 40 kurşun sıkar ve kucağındaki 19 aylık kızını kendisine kalkan yaptığı halde, polisler de 90 civarında kurşun sıkarlar ve hem Pena hem de kızı ölür (Dressler, 518).

Faik, Faike'yi rehin alsa; Mahcup da Faike'yi kurtarmak için Faik'e ateş etse, ancak mermi Faike'ye isabet etse, Mahcup'un bir sorumluluğu olacak mıdır? Lehine meşru müdafaada bulunulmak istenen kişi bundan zarar görmüş olsa dahi fail bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilir mi?

Meşru müdafaa durumunda hareket eden kimsenin hareketlerinden, sadece saldırganın değil, olayla bağlantısı bulunmayan üçüncü kişilerin de zarar görmesi söz konusu olabilir. Bu durumda çözülmesi gereken sorun, üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde, meşru müdafaada bulunan kimsenin cezalandırılmasının mümkün olup olmayacağıdır.

Soruyu olumsuz cevaplamak gerekir. Meşru müdafaa halinde üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde de cezalandırma söz konusu olamaz. Yargıtay bu takdirde meşru müdafayı kabul etmektedir: "*Yasal savunma şartları içinde bulunan ve bu itibarla hedefte sapma sonucu mağdur Ahmet'in de yaralanması, maktul Mehmet'in öldürülmesi fiillerinde" meşru müdafaa hali mevcuttur*[1]. Ancak kanımca burada yukarıda da değindiğim gibi, hukuka uygunluk sebebi yerine zorunluluk halinin kabulünün daha isabetli olacağını düşünüyorum. Böylece kişi yine cezalandırılmayacak, ancak tazminat ödeme durumunda olacaktır.

[1] 1. CD. 18.02.2002. 560.

Amerika Model Ceza Kanunu dikkatsizlik veya kayıtsızlık nedeniyle meşru savunma sırasında üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde, meşru savunma hükümlerinin uygulanmayacağını açıklamaktadır[1]. Aynı sonuç, **İngiliz Hukuku**'nda da kabul edilmektedir[2].

fff. Tazminat

Meşru savunma halinde saldırgana verilen zararlardan dolayı tazminat mükellefiyeti bulunmamaktadır (BK 64[3]). Zira haksız bir saldırı zarara yol açmıştır.

Üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı meşru müdafaa halinde bulunan kişinin cezalandırılmasının söz konusu olmayacağını yukarıda açıklamıştım. Ancak bu durumda hukuka uygunluk sebebi değil zorunluluk halinin gerçekleştiğini kabul etmek ve hakkaniyet gereği bu kimselerin zararlarının tazmin edilmesi gerekir düşüncesindeyim. Borçlar Kanunu da 64. maddede, üçüncü kişilerin zararını giderim yükümlülüğünü hâkimin hakkaniyete göre belirleyeceğini açıklamaktadır.

ABD'de 22 Aralık 1984'te gerçekleşen bir olayda, New York'ta metroya dört genç biner. Bunlardan ikisi tornavida taşımaktadırlar. Bunun nedeni video makinelerinden para çalmaktır. Manhattan'da Bernhard Goetz de metroya biner ve oturur. Gençlerden ikisi Goetz'e yaklaşarak "bana beş dolar ver" der. Ancak gençlerden hiçbiri herhangi bir silah göstermemiştir. Goetz yerinden kalkar, silahını çeker ve dördünü de vurur. İçlerinden ölen olmaz. Goetz hakkında öldürmeye teşebbüsten dava açılır. Goetz daha önce de 1981'de silahlı bir soygun teşebbüsüne maruz kalmış ve yaralanmıştır. Ayrıca iki kez de saldırı girişimini sadece silahını göstererek atlatmıştır.

Goetz mahkemede, gençlerin tavırlarından kendisiyle oynamak istediklerini düşündüğünü, gençlerden hiçbirisinde silah olmadığını bildiğini, ancak önceki tecrübelerine dayanarak kendisini yaralayacaklarını düşündüğünü söyler[4].

Yargılama sonucunda Goetz sadece ruhsatsız silahtan dolayı mahkûm olur. Ancak daha sonra gençlerin açtığı tazminat davasında Goetz aleyhine 18 milyon dolar tazminata hükmedilmiştir[5].

ggg. Meşru Savunmanın Kabulü Halinde Mağdur Hakkında Soruşturma Yapılması

Sadece sanık hakkında mağduru yaralamadan dolayı açılan davada, mahkemenin hükümde önce mağdurun silah çekip ateş ettiği, sanığın da bunun üzerine mukabil ateşte bulunup meşru savunma içinde hareket ettiğini kabul etmesi durumunda, öncelikle mağdur hakkında da soruşturma başlatılarak, sonuçta takipsizlik veya dava açılması kararı verildikten sonra hüküm tesis etmesi gerekir[6].

---

1 md. 3.09.(3).
2 Allen, 100. Alman Hukuku açısından krş. Heinrich (Ed. Ünver), 198.
3 Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.
4 People v. Goetz, 1986.
5 Dressler, 510.
6 1. CD. 15.05.2006, 1947.

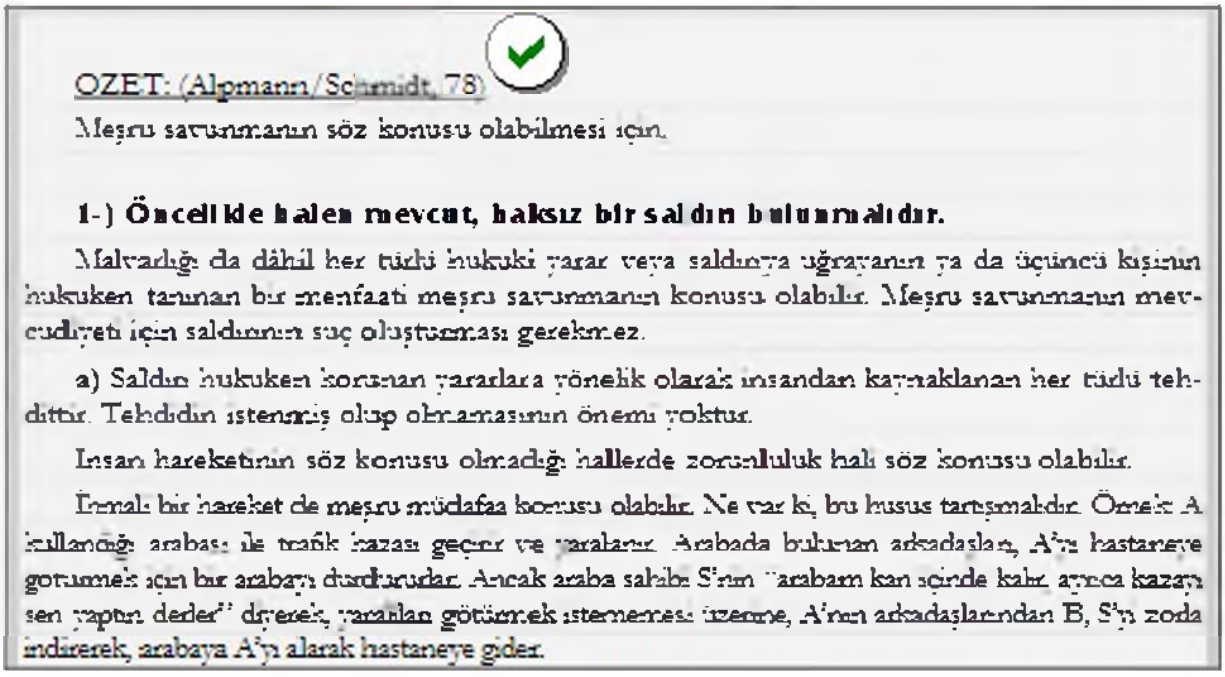
hhh. Meşru Savunma ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2/II maddesinde bir kimsenin, bir insanın haksız bir şiddet karşısında savunulması veya hukuka uygun bir yakalama işleminin icrası veya hukuka uygun olarak yakalanmış bir kimsenin kaçmasının önlenmesi amacıyla öldürülmesinin bu maddenin ihlali sayılamayacağı açıklanmaktadır.

Öğretide bu hükümden yola çıkılarak mal için meşru müdafaanın mümkün olamayacağı savunulmaktadır[1]. Malı-mülkiyeti korumak için insan öldürme İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturacaktır. Ceza Kanunu'nun herhangi bir hak için meşru savunma yetkisi vermiş olması; malı korumak açısından yaşam hakkına zarar verilmesine imkân tanınması anlamına gelmemektedir[2]. Dolayısıyla orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, malın savunması amacıyla bir kimsenin öldürülmesi, açık bir şekilde orantısız olacağından, meşru savunmada sınırın aşılması söz konusu olacaktır.

Buna karşı haklı olarak, İHAS'nin bireylerin meşru müdafaa hakkını değil, devletin vatandaşlarına karşı öldürme hakkını kısıtladığı ve haksız şiddet kullanımının mala karşı şiddeti de içerdiği belirtilmektedir. Böylece bireylerin mücevher dolu çantayı alıp giden gasıba karşı meşru müdafaa hakkı bulunmakta ve fakat İHAS'nin bu hükmü dolayısıyla örneğin araçları durdurarak kontrol eden polis memurunun durmayan bir aracın sürücüsüne ateş ederek durdurma hakkı bulunmamaktadır[3].

Yine, malvarlığına karşı saldırılarda meşru savunma mümkün olmakla beraber, ölümcül savunma hareketinin son çare olması ve önemsiz malvarlığı değerlerinin korunmasına yönelik olmaması gerektiği de ifade edilmektedir[4].



OZET: (Alpmann/Schmidt, 78)

Meşru savunmanın söz konusu olabilmesi için,

1-) Öncelikle halen mevcut, haksız bir saldırı bulunmalıdır.

Malvarlığı da dâhil her türlü hukuki yarar veya saldırıya uğrayanın ya da üçüncü kişinin hukuken tanınan bir menfaati meşru savunmanın konusu olabilir. Meşru savunmanın mevcudiyeti için saldırının suç oluşturması gerekmez.

a) Saldırı hukuken korunan yararlara yönelik olarak insandan kaynaklanan her türlü tehdittir. Tehdidin istenmiş olup olmamasının önemi yoktur.

İnsan hareketinin söz konusu olmadığı hallerde zorunluluk hali söz konusu olabilir.

İnsanlı bir hareket de meşru müdafaa konusu olabilir. Ne var ki, bu husus tartışmalıdır. Örnek: A kullandığı arabası ile trafik kazası geçirir ve yaralanır. Arabada bulunan arkadaşları, A'yı hastaneye götürmek için bir arabayı durdururlar. Ancak araba sahibi S'nin "arabam kan içinde kalır, ayrıca kazayı sen yaptın derler" diyerek, yaralıları götürmek istememesi üzerine, A'nın arkadaşlarından B, S'yi zorla indirerek, arabaya A'yı alarak hastaneye gider.

---

1 Bkz. *LK*[11], §32, 125.
2 Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok[2], 95, 96.
3 *LK*[11], §32, 125-127.
4 Heinrich (Ed. Ünver), 242.

Burada meşru müdafaayı kabul edenler olduğu gibi, zorunluluk halinin mevcudiyetini kabul edenler de bulunmaktadır. Bence burada araba sahibinin saldırı kastı bulunmadığından zorunluluk hali kabul edilmelidir.

b) Bir saldırı direkt başlamak üzere, yani başlaması muhakkak ise hâlihazırda başlamış ise veya halen devam ediyorsa fil haldir. Gelecekte beklenilen bir saldırı söz konusu ise meşru müdafaa değilse bile, zorunluluk hali düşünülebilir. Misal:

Meskûn olmayan bir yerde lokantacılık yapan lokantacı Lokman, akşam saat 22.00 sıralarında, lokantada müşteri olarak bulunan üç kişinin lokantanın saat 00.00'da kapanmasından sonra, kendisini öldüreceklerini öğrenir. Telefonu olmayan Lokman, bu kimselerin ayranlarına ağır bir ilaç koymak suretiyle uyutur. Burada ağır ilaç bu kimselerin sağlığının bozulmasına neden olursa, yaralama suçu söz konusu olur (TCK 86). Ne var ki, olayda bundan dolayı sorumluluk söz konusu olmaz. Sebebi de fil hal olan bir saldırının mevcut olmamasından dolayı, meşru müdafaa değil, zorunluluk halidir.

c) Saldırı, saldırıya uğrayanın buna tahammül göstermek mecburiyetinde olmadığı hallerde, yani saldırının hukuk düzeniyle zıtlık içinde olması halinde haksızdır. Bu bakımdan saldırının kusurlu olması gerekli değildir. Dolayısıyla akıl hastaları tarafından da bu manada bir saldırı gerçekleştirilebilir.

2-) Müdafaanın da zorunlu ve orantılı olması gerekir.

Meşru savunmanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinin nedeni şöyle açıklanmaktadır: İlkin saldırıya uğrayanın hukuki yararlarını koruma ihtiyacı (=koruma prensibi), ikinci olarak da hukuk düzenini saldırgana karşı savunma ihtiyacından (=hukukun muhafaza prensibi). Bu dayanaklardan çıkan sonuç, meşru müdafaa hukukunun cesur olmasıdır ki, bu da kendini şu iki prensipte göstermektedir:

Hak, haksızlığa boyun eğmek zorunda değildir

ve

Meşru müdafaada kural olarak zararların ağır basması değerlendirmesi yapılmaz

a) Bu bakış açıları aynı zamanda zorunluluğun değerlendirilmesinde bize yardımcı olacaktır:

Öncelikle, müdafaa saldırıyı önlemeye **elverişli** olmalıdır. Bunun için de müdafaada bulunan saldırının derhal ve kesin önlenmesine yönelik ulaşılabilir bir savunma aracı seçebilir. Bu bakımdan esas itibarıyla failden, eylemin müdafaa bakımından şüpheli bulunduğu, daha az tehlikeli bir savunma aracı kullanması istenemez. Birden fazla aynı etkiye sahip araç veya yöntemin mevcudiyeti halinde, müdafaada bulunan kendisi bakımından araçlardan birini seçme ve tehlikeliliğin boyutunu tahmin hususunda zamana sahipse, saldırgan için en az tehlikeli aracı seçmek zorundadır. Tehlikeyi tereddüde yer vermeyecek şekilde, derhal ve kesin olarak bertaraf etmek için, ne zaman daha az tehlikeli bir müdafaanın uygun olduğu somut olaya, yani olayın genel gelişimine, saldırı ve müdafaanın durumuna ve özellikle de saldırganın güç ve tehlikeliliği ile müdafaada bulunanın savunma imkânına bağlıdır.

Zorunluluğun takdirinde kural olarak savunulan ve zarar verilen yararlar arasında bir tartıya gerek yoktur. Esas alınacak olan husus müdafaa hareketidir. Saldırgan müdafaanın sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bu itibarla da mala karşı saldırılarda meşru müdafaa imkânını tanıyan hukuk sistemlerinde, mal savunmak için öldürme veya yaralama dahil kabul edilmektedir.

b) Meşru savunma hakkının kötüye kullanılmaması gerekir.

Önemsiz müdahalelerde esas itibarıyla meşru müdafaa kabul edilmemektedir. Bu tip hallerde meşru müdafaa kabul edilse dahi, müdafaanın yaralama seviyesine dahi ulaşmaması gerekir.



Örnek: X elindeki el fenerini devamlı olarak balık avlamakta olan Y'ye tutmaktadır. Y kendisini yerde bulduğu büyük bir taşı X'e fırlatarak savunur. Burada yaralama söz konusu ise de meşru müdafaa yoktur. Ancak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Saldırının kapsamı ve şekli ile buna yönelik müdafaanın sebep olduğu yaralama veya tehlikelerin açık bir orantısızlık içinde olması gibi üç olaylarda, istisnai olarak yarar tartısı yapılarak meşru müdafaa reddedilir. Örnek, elma çalan çocuğa ateş ederek öldürmek. Bir yanda elma, diğer yanda yaşam.

Çocukların, akıl hastalarının ve sarhoşların saldırılarında kural olarak meşru müdafaa kabul edilmekle beraber, hukuk düzeni bu tip durumlarda, müdafaada bulunanın kendi haklarından feragat etmesini isteyebilir. Bu itibarla öncelikle kaçma imkânının araştırılması gerekir.

Yakın kişisel ve akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişiler bakımından da (özellikle eşler bakımından) meşru müdafaa hakkı sınırlıdır, zira burada anlayış ve saygılı davranma mükellefiyeti mevcuttur. Bu itibarla da örneğin bir hanım-bey kavgasında sadece ufak yaralanma riskinin mevcudiyeti halinde, müdafaada bulunan etkili, ancak öldürücü olmayan, daha zararsız müdafaa yöntemleri seçmek zorundadır.

Meşru savunma hakkının kısıtlandığı en önemli grup, meşru savunma tahrikli hallerdir.

3-) Tartışmalı olan bir diğer husus da İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesi'nin 2. maddesinin meşru müdafaa hakkını engellemiş engellemediğidir. Bu maddeye göre, "Yaşama hakkı kanunla korunmaktadır. Bir mahkeme tarafından verilen idam cezasının infazı hallen dışında, kimse kasten öldürülemez".

Ne var ki, bu hükmün devlet-birey ilişkilerini ilgilendirdiği, yani bireyler arasındaki hukuki ilişkiler için konmadığı, dolayısıyla bu hükmün kişilerin meşru müdafaa hakkını ortadan kaldırmadığı kabul edilmektedir.

dd. Hakkın Kullanılması

aaa. Eğitim Hakkı
bbb. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı
ccc. Eleştiri Hakkı
ddd. Spor Faaliyetleri
eee. Bir İş, Meslek, Sanat veya Bilim Faaliyetinin İcrası
aaaa. Ticari ve/veya Sınai Faaliyette Bulunma Hakkının İcrası
bbbb. Gazetecilik Mesleğinin İcrası

Ceza kanunumuzun 26/1. maddesinde hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği hükmü sevk edilmiştir. Hak; kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir. Hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması aranacaktır. Hakkın kullanılması ancak bir mercie başvu-

rarak mümkün olacaksa, **TCK** 26/1 kapsamında bir haktan söz etmek mümkün olmayacaktır (bkz. madde gerekçesi).

Görevin icrası da bu kapsamda bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir. Esasen kamusal görevin icrası zaten kanun hükmünü icra kapsamındadır. Kamu görevlileri açısından görev icrasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, eylemin görev kapsamında olması gerekir. Örneğin 667 sayılı KHK'nın 9. maddesinde "bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz" hükmü sevkedilmiştir. Sanıklara işkence ettiği iddiasıyla savcılığa şikayet edilen kolluk görevlileri hakkında savcılığın aşağıdaki gerekçeyle verdiği takipsizlik karan ise hukuka aykırıdır:"**Bu kanun hükmünde kararname kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun bulunmadığının belirtildiği, bu nedenle iddia konusu eylem nedeniyle şikâyetçi olunanlar hakkında kovuşturma yasağı bulunduğu anlaşılmakla, kamu adına kovuşturmaya yer olmadığına karar verildi**". *Bu karar bir hukuk devletinde asla kabul edilemez.* Kamu görevlilerine görevin icrası nedeniyle hukuka uygunluk sebebi sevk eden bu hüküm, görev kapsamına giren eylemler bakımından geçerlidir. Buna karşılık işkence görev kapsamında değildir.

Bu kapsamda söz konusu olabilecek bazı hukuka uygunluk nedenlerini tek tek ele alalım:

aaa. Eğitim Hakkının Verdiği Yetkiden Kaynaklanan Hareketlerin Hukuka Uygunluğu

TCK 232/2'de "*idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişi...*" cezalandırılır denilmektedir. Buradaki "**sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini**" ifadesinden çıkan sonuç, böyle bir yetkinin bulunduğu ve bu yetkinin kötüye kullanılmadığı, sınırlarının aşılmadığı hallerde, yetkiyi kullanan kimsenin cezalandırılamayacağı, zira eğitim amacı ile yapılan hareketlerin kanun koyucu tarafından hukuka uygun görüldüğüdür. Bu hukuka uygunluk sebebi esasen TCK 26/1 çerçevesinde, hakkın kullanılması olarak da kabul edilebilir.



Bir tedbir ancak eğitim amacına yönelik bir sebebin mevcudiyeti, tedbirin eğitim amacına yönelik olarak alınmasının gerekli görülmesi ve son olarak da keyfi değil de eğitim mülahazalarıyla başvurulması halinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir.

Bu kapsamda eğitim yetkisini haiz olanların ne gibi tedbirlere başvurabileceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. "Ancak eğitim görevinin yerine getirilebilmesi için uygun ve yeterli olan ve kişinin sağlığına zarar veya tehlike vermeyecek herhangi bir tedbir söz konusu olabilir"[1]. "Bunlar kişinin du-

[1] Önder, II. 192.

rumuna, hatalarına ve bu hataların yoğunluğuna ve somut olayın gösterdiği özelliklere göre", azarlama, bir yere kapatmak vb. olabilir[2]. Öğretide de çocuğun zorla yatılı okula yerleştirilmesinin bu çerçevede değerlendirilebileceği ve bu yetkinin çocuğun güvenliği ilkesiyle sınırlı olması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır[3]. Dolayısıyla bu tedbirler; ahlâka, adaba uygun olmayan ve insani duyguları rencide edici nitelikte olmamalı, çocuğun sağlığına zarar verici nitelikte olmamalı ve en önemlisi de asla fena muamele şeklini almamış olmalıdır[3]. Öğretide hafif dövme eylemleri de bu kapsamda sayılmaktaysa da[4], ***dövmenin hiçbir türü ve derecesi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez***. Dövme, tedip hakkı çerçevesinde görülemez. Aksi durumda, sınırın aşılması tehlikesi vardır ve hukuken geçerli ölçü tutturulamayacaktır[5].

Avustralya'nın NSW Eyaleti Ceza Kanununda konu açıkça düzenlenmiştir (md. 61AA):

1. Çocuğun cezalandırılmasına yönelik olarak fiziki güç kullanılması ancak aşağıdaki hallerde hukuka uygun sayılabilir:

   a)Fiziki güç, çocuğun ebeveyni tarafından veya ebeveyn adına hareket eden kişi tarafından kullanılmışsa ve

   b) bu fiziki gücün kullanılması, çocuğun yaşı, sağlığı, olgunluğu ve diğer karakter özellikleri ve iddia edilen kötü davranışın ve diğer hususların göz önünde tutulması halinde makul ise.

2. Fiziki güç kullanımı somut olayın şartlarına göre önemsiz ağırlıkta olmadıkça aşağıdaki durumlarda makul sayılmaz:

   a) Çocuğun başına veya boynuna,

   b) Kısa süreden daha uzun bir süre devam edecek bir zarara yol açabilecek herhangi bir vücut bölümüne.

"Olay tarihinde 16 yaşında olan ve birden fazla kez evden kaçan mağdura yönelik babası olan sanığın bir kez tokat atması şeklinde gerçekleşen eylemde, babanın mağdura yönelik tedip hakkını kullandığına dair kabulde bir isabetsizlik görülmediğinden...", 3.CD, 22.09.2014, 6680/30559.

Günümüzde dayağın, hafif de olsa, bir terbiye, eğitim aracı olmadığı artık bilimsel bir gerçektir. Bu nedenle özellikle, zayıf ve aciz durumdaki bir kimseye yönelik şiddetin hukuka uygunluk sebebinden faydalanmasının karşısındayım. Yasalardaki hükümlerin de bu şekilde yorumlanması kabul edilemez. Kaldı ki, Eski Medeni Kanunun 267. maddesindeki "ana-baba çocuklarını tedip hakkına mâliktir" hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Medeni Kanunumuzun 339. maddesi ise şöyle demektedir: "*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli karar-*

[2] Önder, II, 192; Soyaslan, 387.
[3] Gülşen, 68.
[3] Artuk/Gökcen/Yenidünya, 495.
[4] Yüce, 49; Önder, II, 191, 192; Soyaslan, 387.
[5] Roxin, 17/34; Otto, 8/150; S/S, §223, kn. 20; Kühl, 353.

ları alır ve uygularlar". Keza 340. maddede, ana ve babanın çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişimini sağlayacağı ve koruyacağı açıklanmaktadır. Artık bu hükümler de göstermektedir ki, çocuğun dövülmesi, kesinlikle ana babanın eğitim yetkisi içinde değildir. Kaldı ki, dayak, 340. madde hükmüne de aykırıdır[1],zira çocuğun ruhsal gelişimini sağlayacak bir araç değildir. Ana baba için verilmemiş yetkinin, öğretmen, usta gibi kimselere öncelikle verilmeyeceği de unutulmamak gerekir. Bu husus, toplumumuzun özgür kişilikler yetiştirebilmesi açısından da son derece önemlidir. Ailede, okulda sinmiş çocukların özlemimiz olan özgür toplumu oluşturmaları düşünülemez.

Alman Medeni Kanunu'na konuya ilişkin açık bir hüküm konulmuştur (md. 1631/II): *Çocukların şiddet içermeyen bir yetiştirilme hakkı vardır. Bedeni cezalar, ruhsal yaralamalar ve diğer onur kırıcı tedbirler caiz değildir.*

Yargıtay'ın aşağıdaki kararında terbiye yetkisinin dövmeyi kapsamadığını açıkça ifade ettiğini görmekteyiz: "Öğretmenlerin öğrenciler üzerinde eğitim içi disiplinin sağlanması yönünden terbiye ve itaat ettirme hakları bulunmaktadır. Ancak bu hak disiplin cezası vermek ile bedensel zarara yol açmayacak şekilde örneğin kulak tutmak, tek ayağı üzerinde durdurmak gibi davranış biçimleriyle sınırlı olup hiçbir zaman etkili eylemde bulunmayı kapsamaz. O halde **öğretmenlerin terbiye hakkını kullanmaları onlara öğrenciyi dövme hakkı vermeyeceğinden**, somut olayda mağdureye cetvelle vuran sanığın etkili eylem kastının olmadığından söz etmek de olanaksızdır[2].

> *"Mağdur çocukların, öğretmenleri olan sanık M. Z.'in, zaman zaman kendilerine demir cetvelle, tokatla, bazen de tekme ile vurduğunu, kafalarını birbirlerine çarptığını beyan etmeleri ve anlatımlarının da birbirlerini doğrulaması karşısında, bu eylemlerin tedip hakkı sınırlarını aştığı...", (4. CD, 05.12.2012, 21323/28934).*

Yargıtay, "ölçüyü kaçırıp rapora konu olabilecek şiddet ve derecede çocuğunu dört gün iş ve gücünden kalır, yedi günde iyi olur şekilde döven sanık annenin eyleminin" söz konusu suçu oluşturacağına karar vermiştir[3].

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de öğrenciye uygulanan dayak cezasının sözleşmenin 3. maddesinin korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel bütünlüğüne açık bir saldırı teşkil ettiğine karar vermiştir. Karara konu olan ve İngiltere'de gerçekleşen olayda, okul idarecisi okula bira sokan öğrenciye kamışla vurmuştur. Öğrenci de kendisini şikâyet eden öğrenciyi dövmüş, çocuk mahkemesi de öğrencinin kaba etine üç kez sopa ile vurulma cezası vermiştir. İngiltere Hükümeti'nin, verilen cezanın bölgede yerleşik halk açısından gerekli ve caydırıcı görüldüğü yönündeki savunmasına karşı da kamu düzeninin korunmasına ilişkin hiçbir yerel ihtiyaç veya inanışın, sözleşmenin üçüncü madde-

---

1 A.g. Demirbaş, 292.
2 CGK. 22.02.2000, 30.
3 CGK. 10.05.1982, 202.

sine aykırı bir cezayı uygulama hakkını veremeyeceği belirtilmiştir[1]. Böylece okullarda dayak cezasının uygulanması küçük düşürücü olarak kabul edilmiştir[2]. Keza, üvey babası tarafından dövülen genç bir erkek çocuğun şikâyeti üzerine Birleşik Krallık'ta açılan davada, üvey babanın terbiye hakkına dayanmasına karşılık, İHAM bu durumun, "aslında bireyleri yasaklanmış muameleye karşı koruyan bir hukuk sistemi bulunmadığı anlamına geldiğini" ve sözleşmenin 3. maddesine aykırı olduğunu kabul etmiştir[3].

Bu eğitim hakkı ilk planda ebeveyne aittir. TCK 232/2'deki ifadeden öğretmen ve ustaların da bu hakka sahip oldukları söylenebilir.

bbb. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı

"...Böyle bir hakkın ihdasının amacının, ceza yargılaması bakımından gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin yerine getirilmesi olduğu,

Bu şekilde, davada taraf olan; davalı, davacı, katılan, sanık ve savcının iddianın ve savunmanın gerektiği şekilde yapılabilmesi için belirli koşullar dâhilinde bazı isnadlarda bulunabilecekleri, bunu yaparken de bazen muhataplarını küçük düşürücü ifadeler kullanabilecekleri öngörülmekle, iddia ve savunmanın gerekliliği ve orantılı olmak şartıyla bu şekilde ortaya çıkan eylemlerin hukuka uygun sayılacağı,

Ancak, bu hakkın kullanımının bazı koşullara bağlı olduğu, bu koşulların:

a. Eylemin iddia veya savunma niteliğindeki evrak ile yazılı olarak veya iddia ve savunma sırasında sözlü olarak yapılması gerektiği (şekil şartı),

b. Eylemin, yargı organlarına verilen dilekçelerde veya bu organlar huzurunda yapılması zorunluluğu (yer şartı)

c. Hak kullanılırken sınırın aşılmamasının gerekli olduğu (ölçülülük şartı)" (CGK, 17.07.2007, 174).

TCK 128'de, "yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir" denmektedir.

Bu hukuka uygunluk sebebi, esasen TCK 26/1 çerçevesinde, hakkın kullanılması olarak da kabul edilebilir.

"Bu hukuka uygunluk sebebinin esası, gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin yerine getirilmesidir. İddia ve müdafaa ceza korkusu olmadan gerçekleri ortaya koyabilmelidir; ancak savunma dokunulmazlığı örtüsü altında kişilere hakaret edilebilmesine kanunun izin verebileceği düşünülemez[4]". Bu

---

[1] Tyrer/Birleşik Krallık, 25 Nisan 1978. Doğru. 230 vd.

[2] Reidy. 19.

[3] Reidy. 37.

[4] Nitekim, aşağıdaki karara konu olaydaki ifadelerin savunma sınırını aştığı ve savunma açısından zorunlu olmadığı, bu nedenle Yargıtay kararının isabetli olmadığı kanaatindeyim. "Sanığın kendisine isnat olunan hırsızlık suçundan yapılan yargılama sırasında, müştekinin tanık olarak

nedenle, maddede isnat ve değerlendirmelerde sınırın aşılmaması gerektiği de ifade edilmiştir[1].

Maddenin uygulama alanı hakaret ve iftira suçlarıdır. Bunların dışındaki fiillerde ise söz gelimi tehdit gibi, madde uygulanamaz[2]. Özel hayatın gizliliğine ilişkin suçlar bakımından da bu hukuka uygunluk sebebi kabul edilmektedir: *"Hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan hakkın kullanılması çerçevesinde iddia ve savunma hakkı nazara alınarak, sanık tarafından şikayetçinin cep telefonununa gönderilen mesaj delilinin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği gözetilmelidir"*[3].

> *"Davalı vekili olan avukatın, duruşma esnasında davacı vekili olan meslektaşına hitaben 'peh bu kadar da olmaz, eğer böyle bir şey doğruysa namusuma ve şerefime ben bu mesleği bırakırım, sen yalan söylüyorsun, sen yalan söylüyorsun" şeklindeki sözlerinin, TCK'nın 128. maddesinde düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında kaldığı ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı" (18. CD, 08.12.2015, 12956)*

Müdafiin görevi çerçevesindeki eylemleri, görevi yerine getirme kapsamında, hukuka uygun sayılabilir. Örneğin, müdafiin, kendisi bakımından gizli olan soruşturmaya ilişkin işlemleri, uzmanlık bilgisinden yararlanmak amacıyla bir kimseye inceletmesi halinde eylemi hukuka uygun olacağından, soruşturmanın gizliliğini ihlal nedeniyle cezalandırılması söz konusu olmayacaktır[4].

Yine bir kimsenin kendini savunmak amacıyla başkasına yönelik iftira oluşturmadığı müddetçe başka bir suç işlemesi de savunma hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim Yargıtay, suçtan kurtulmak için suçta kullandığı kamyonetinin çalındığını kolluğa ihbar eden kişinin suç uydurma suçundan cezalandırılamayacağına karar vermiştir: *"Hırsızlık suçunda kullandığı kamyonetinin çalındığına dair Jandarmaya bildirimde bulunan sanığın eyleminin suçtan kurtulmaya yönelik savunma hakkı kapsamında kaldığı gözetilmeden, unsurları oluşmayan suç uydurma suçundan beraat yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi"*[5].

> *"Fakülte binasının, yalnızca mağdur tarafından kullanılan öğretim üyesi odasına kendi isteği ile yerleştirilen güvenlik kamerası görüntülerinin 5237 sayılı TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenen "hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleri"nden kabul edilen "iddia ve savunma hakkı"nın kullanılması kapsamında bir delil olması ve bu delilin de 5271 sayılı CMK'nın 217/2. maddesine göre hukuka uygun bulunması...", (13. CD, 26.03.2012, 8523).*

---

verdiği ifadesinin doğru olmadığını bildirmek amacıyla söylediği "şerefsizlik yapıyorsun, bu kişi imam olduğunu söylüyor, bu kişinin arkasında namaz kılınmaz" şeklindeki sözlerin TCK'nın 128. maddesinde öngörülen olumsuz değerlendirme ve savunma dokunulmazlığı kapsamında kaldığı gözetilmeden mahkumiyet hükmü kurulması...". 4. CD. 06.01.2015. 231.

[1] Önder, II. 198.

[2] Önder, II. 199.

[3] 13. CD. 03.06.2014. 19714.

[4] Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, 296 vd., 301.

[5] 16. CD. 12.02.2016. 1035.

ccc. Eleştiri Hakkı

Anayasa ile güvence altına alınan düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti bu hakkın kaynağını oluşturmaktadır.

"Doğrudan veya dolaylı eleştiri hakkı Anayasa'nın vatandaşa tanımış olduğu haklardan birisidir. Bu kapsama her şeyden önce politik eleştiri hakkı girer". Artistik ve bilimsel eleştiriler de eleştiri kategorisine girer[1].

ddd. Spor Faaliyetleri



İki kimsenin birbirleriyle yumruklaşmaları, yaralama suçunu oluşturur. Keza bir kimsenin ayağına tekme atmak da suçtur. Bununla beraber, bu iki kimsenin ring adı verilen bir yerde, birbirlerine yumruk vurmaları cezalandırılmamakta, futbolcuların attıkları tekmeden dolayı cezalandırılmaları da söz konusu olmamaktadır. Bunun arkasında yatan neden, bu faaliyetlerin spor amacıyla yapılmalarıdır. Bazı spor türlerinde şiddetin varlığı kabul edilmektedir. Tarafların kurallara uygun olarak bu faaliyeti yapmaları halinde, hareketleri hukuka uygundur: "Futbol oynadıkları sırada kafalarının birbirine çarpması neticesinde ölüme sebebiyet halinde" taksirle öldürme suçunun unsuru oluşmamıştır[2].

Spor faaliyetlerinin kurallara uygun yapılmaması halinde hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmiş olmaz. "Mesela, boks karşılaşmasında taraflardan birisi eldiveninin içine bir demir muşta yerleştirerek hasmına vurması halinde, meydana gelen neticeden sorumlu olacaktır"[3]. Yine futbol maçında yapılan fauller cezalandırılmadığı halde, bir futbolcunun diğerine yumruk atması halinde yumruk atan cezalandırılacaktır.

Hukukumuzda spor faaliyetlerini düzenleyen ve bunlara müsaade eden kanun 3289 sayı ve 21.05.1986 tarihli Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'dur.

eee. Bir İş, Meslek, Sanat veya Bilim Faaliyetinin İcrası

"Devletin icra edilmesine izin verdiği, alanını çıkardığı mevzuat ile düzenlediği bir meslek veya sanat, kurallarına göre icra edilmiş olduğu durumda meydana gelen netice suç olmaz, zira bu fiillerin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir" [4].

Devlet tarafından tanınıp düzenlenmiş bulunan her meslek grubu için aynı kural geçerlidir. Bu mesleğe mensup kimseler, mesleklerini o mesleğe ilişkin kurallara uygun yerine getirmeleri halinde, hukuka uygunluk sebebinden faydalanırlar[5].

---

1 Soyaslan, Özel Hükümler, 247, 248.
2 1. CD. 11.02.1937, 615, Keskin, 149
3 Önder, II, 201.
4 Önder, II, 203.
5 Öztürk/Erdem/Özbek, 183.

Hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadığı sürece sanat ve bilim faaliyetleri hukuka uygunluk sebebidir. Anayasa da 27 nci maddede, bilim ve sanat hürriyetini güvence altına almıştır. Böylece örneğin kopan cinsel organını diktiği hastasının normal kişiler gibi cinsel ilişkiye girebildiğini gösterebilmek için cinsel ilişki sırasında çekilmiş slaytları bir tıp kongresinde gösteren veya bilimsel bir dergide yayınlayan hekimin hareketi hukuka uygundur.

Yargıtay bir kararında "tarihi ve eski eserler alanında **bilimsel** yeri olması ve **sanat değeri** bulunması nedeniyle Efes Müzesi'nde herkese açık olarak gösterilen ve resmi kuruluşlarca daha önce de yayınlanmış bulunan "Tanrı Beş" heykeline ait resimlerin kartpostal halinde basılıp çoğaltılarak dağıtılmasında müstehcen yayın suçunun unsurları yoktur"[1] derken, sanat ve bilimin, hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır.

> *Mizah yoluyla yapılan benzetme ve takılmalar sert, ağır ve sarsıcı olabilir ise de bir hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın icrasının sağladığı korumadan yararlanılabilmesi için, mizahın özü itibariyle incitici, küçültücü değer yargıları içermemesi, ölçülü bir anlatım kullanılması, yani fikri bağın varlığı, diğer yandan mizah görüntüsü altında başkasını gülünç duruma düşürme amacının bulunmaması gerekir (4.CD, 14.11.2006, 16278).*

Bu fiillerin aynı zamanda kanun hükmünü icra dolayısıyla da hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu söylenebilir[2]. Nitekim kanunumuzun 226/7.fıkrasında bilim ve sanat faaliyetlerinin müstehcenlik suçu bakımından belirli şartlar altında hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu açıkça hükme bağlanmıştır:

"Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz".

aaaa. Ticari ve/veya Sınai Faaliyette Bulunma Hakkının İcrası

Ticaret müesseselerinin ve özellikle bankaların kredi verecekleri kimseler hakkında araştırmalar yapması, kişisel verilerin toplanması (bkz. **TCK** 135), kendisi ile ilgili bilgi toplanan kimse hakkında söz gelimi itibarının bulunmadığının söylenmesi suç oluşturmaz[3].

bbbb. Gazetecilik Mesleğinin İcrası

Anayasa'nın 28 nci maddesinde düzenlenen "basın hürriyeti" bu hukuka uygunluk sebebinin kaynağını oluşturmaktadır.

"Gazete çıkarmak hakkını, basın özgürlüğünü tanıyan ve koruyan kanunlar, gazetelerle objektif surette haber yayınlanmasına da cevaz vermektedir"[4]. O halde basın mensuplarının birtakım somut verilere dayanarak ör-

---

1 CGK. 18.03.1974, 170.
2 Erem/Danışman/Artuk. 557.
3 Donmezer/Erman. II. 42.
4 Donmezer/Erman. II. 42.



neğin bir kamu görevlisinin rüşvet aldığını veya bir ilaç şirketinin sağlık kuruluşlarından nasıl haksız yere para kazandığını masumiyet karinesi çerçevesinde haber yapmaları, bunu görsel veya yazılı basın organlarında yayınlamaları durumunda hakaret, iftira vb. diğer suçlardan ötürü sorumlu tutulmaları söz konusu olamaz.

Yargıtay'a göre böyle bir durumda;

1. haberin gerçeklik değeri araştırılmak,
2. büyük ölçüde doğrulandığı takdirde güncellik,
3. okuyucuların gereksiz merak duygularını doyurma yerine, bilinmesinde kamu yararı bulunması, kamuoyunun aydınlatılması,
4. işlenen suç ile içerdiği düşünce arasındaki bağlantının varlığı açısından değerlendirilmek suretiyle küçük düşürücü suçlamaları hukuka uygun kılan haber hakkı çerçevesine indirgeyen bir durumun bulunup bulunmadığı tartışılmak gerekir[1]. Nitekim Yargıtay, *"Yeni Hakkâri Gazetesi'nde yayınlanan suça konu yazıda, vali ve özel idare müdürü hakkında "devlet hazinesini talan şebekesi" nitelendirmesi yapılmış olmasına göre, verilen haber gerçek ve güncel olsa da buradaki "talan şebekesi" sözcüklerinin yazıyı hukuka aykırı duruma getirdiği ve böylece konu ile anlatım arasındaki düşünsel bağın bozukluğu ve sözü edilen kamu görevlileri hakkında küçültücü değer yargılarında bulunulduğu gözetilmeden beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır"* şeklinde karar vermiştir[2].

> *Yargıtay, bir kararında yukarıdaki kriterleri tekrarlamış bulunmaktadır:*
>
> *"Geneli ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında, halkı objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlar üzerinde kamuoyunu düşünmeye çağıracak tarzda tartışmalar açmak, onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek, uyarmak ve bu yöntemlerle denetlemek, ayrıca içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları konusunda bireyi bilinçlendirmek durumunda olan basına, bu ödevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı bir kısım haklar da tanınmıştır. Bunlar; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarıdır. Temelini Anayasa'nın 28 vd. maddelerinden alan ve 5187 sayılı Basın Yasasının 3. maddesinde düzenlenen bu haklar, basın yoluyla işlenen suçlarda, hukuka uygunluk nedenlerini oluşturur. Bilgiyi yayma, eleştirme ve yorumlama haklarının kabulü için, açıklama, eleştiri veya değer yargısı biçimindeki bilginin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamunun ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekli ile konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması, açıklamada "küçültücü" sözlerin kullanılmaması gerekir" (CGK, 13.02.2007, 34; aynı yönde, CGK, 17.07.2007, 175).*

Haberciliğin zamanla yarışan bir faaliyet olduğu düşünüldüğünde, haberin gerçeklik değeri bakımından esas alınan husus, gerçekliğin somut gerçeği değil, olayın haber verildiği andaki beliriş biçimine uygunluktur[3]. Bu konudaki

---

[1] 4. CD. 08.11.1990, YKD. 1991, 1741; Ayrıca bkz. CGK. 24.02.1998, 52.
[2] 4. CD. 16.03.1998, 2349.
[3] 4. HD. 14.05.1992, 6476.

yanılgı halinde hukuka uygunluk sebeplerinde yanılgıya ilişkin (**TCK** 30/3) hükümler uygulanır.

Halka mal olmuş kişiler bakımından, basında yer alan olayın güncelliği daha geniş değerlendirilmelidir. Zira bu kişilerle ilgili haberler güncel olmasa bile, bizzat bu kişilerin devamlı gündemde olduğu unutulmamalıdır[1].

Diğer bütün hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi burada da hakkın sınırları içinde kullanılması ve kötüye kullanılmaması gerekir, aksi takdirde böyle bir hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez[2]. Bu nedenledir ki, haberin uydurulmuş olması, yani gerçek olmaması veya doğru olsa bile haberin özel bir amaçla yayınlanması (güncel olmaması) ve bu yüzden bir kimsenin şeref ve saygınlığının saldırıya uğramış olması halinde **TCK** 125'te yer alan hakaret suçu; haberin gerçek dışı olması ve diğer şartların da gerçekleşmesi durumunda da iftira suçu (**TCK** 267) işlenmiş olur.

Belirtmek gerekir ki, basının haberi verirken "diyorlar ki", "denildiğine göre" gibi tabirler kullanması yukarıda belirtilen koşullara tâbi olmamasını sonuçlamaz[3]. *Yargıtay da* hakkın kullanılması kapsamında haber verme ve eleştiri hakkının söz konusu olabilmesi için yukarıda belirtilen unsurlardan tümünün bulunması gerektiğini ve haberin daha önce başka bir kurum tarafından da yayınlanmış olmasının, gazetecinin haberi yayınlamadan olayın gerçek olup olmadığını araştırma yükümlülüğünü bertaraf edemeyeceğine karar vermiştir[4].

Tarihe mal olmuş şahsiyetlerin mektuplarının basın tarafından yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde yayınlanması da **TCK** 132/2'deki suç bakımından, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir.

> *Yargıtay'a göre, haber veren eleştirme hakkını kullanso bile, eleştirdiği kişi aleyhine faydasız, üzümsüz sıfatlar takarak onu gülünç durumo sokması, ticari itibarını zedelemesi, hor görülmesine yol açması hakkına sahip değildir ve bu durumlarda haber verme hakkı bakımından sınır aşılmış sayılır (4.CD, 10.12.1996, 9384).*

Burada akla gelen bir soru, örneğin milletvekillerinin sorumsuzluk kapsamındaki ifadelerinin basında yayınlanması halinde gazetecinin sorumluluğunun ne olacağıdır. Öğretide, meclis müzakerelerinin kamuya yansıtılmasının da mesleki bir hak olmak itibarıyla bir hukuka uygunluk sebebi olduğu savunulmaktadır. Ancak sınırların aşılmaması, dolayısıyla haber verme fonksiyonunun aşılmaması gerekir[5]. Buna karşılık, örneğin meclis araştırma komisyonlarında 3. kişilere yönelik olarak zaman zaman hakaret niteliğindeki sözlerin sarf edildiği, basının bunu

---

1 Kayaneiçek. 124.
2 CGK. 25.01.1993. YKD 1993. 449. 450.
3 Erman. 153.
4 4. CD. 06.02.2007. 1145.
5 Donmezer/Erman. I. 269.

aktarmasının ise suç teşkil edeceği de savunulmaktadır. Şekli gerçeklik ölçütü açısından bakıldığında bile basın, meclis araştırma komisyonlarında cereyan eden bir faaliyeti duyururken, kişilik haklarına saygılı olmak zorundadır[1]. Nitekim *Yargıtay* da haklı olarak, bir milletvekili tarafından Meclis'te söylenen hakaret niteliğindeki sözleri aynen yayınlayan gazetenin, milletvekili sorumlu olmasa bile sorumlu olacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, hakaret oluşturan sözleri haber niteliği taşımayan bir surette gazetede yayınlayan kişi sorumludur[2].

Kanunumuz bu genel hükme rağmen özel hükümler kısmında burada açıklanan ilkeleri tekrarlayan bir hüküm sevk etmiş bulunmaktadır, TCK 285/6:

"Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz".

ee. Rıza

aaa.	Genel Olarak
bbb.	Tipikliği Kaldıran Rıza
ccc.	Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza ve Geçerli Bir Rızanın Şartları
	aaaa. Rızaya Ehliyet
	bbbb. Rıza Açıklaması
	cccc. Rızanın Konusu
	(1) Bireyin Tasarruf Yetkisinin Bulunduğu Haklar
	(2) Bireyin Tasarruf Yetkisinin Bulunmadığı Haklar
ddd.	Varsayılan Rıza
eee.	Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu

aaa. Genel Olarak

Sözlük anlamı itibariyle "razı olmak, isteme, istek"[3] anlamına gelen rıza, hukuki açıdan "rıza gösterme ehliyetine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilecek ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşürecek veya zarara uğratacak bir fiili kabul etmesi, onaylaması"[4] olarak tarif edilebilir.

765 sayılı TCK döneminde rıza, kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak kabul edilmekteydi. 5237 sayılı TCK'da ise rıza m. 26/2'da yer verilen: *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez"* hükmü ile yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

---

[1] Hafızoğulları, Kişilik Hakları, 12.
[2] 4. CD. 24.01.1964. 165.
[3] Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 10. Bası, Ankara 2005, s. 1657.
[4] Ekici- Şahin, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, 5.

Bununla birlikte kanun koyucu özel suç tiplerini düzenlerken de bazı suç tiplerinde rızaya açıkça işaret etmiştir. Örneğin: TCK m. 116'da bir kişinin konutuna rızaya aykırı olarak girilmesi, TCK m. 141'de zilyedinin rızası olmaksızın taşınır malın alınması gerektiği vurgulanmıştır. Ceza hukuku öğretisinde kanun koyucunun genel hükümlerde düzenlediği bir kuruma, özel suç tiplerini düzenlerken de yer vermiş olmasının özel bir anlamının; bu iki rıza türünün, hukuki niteliklerinin birbirinden farklı olup olmadığı soruları sorulmuştur[1].

Öğretide rızayı her zaman bir hukuka uygunluk nedeni olarak gören görüşlerin yanında, özellikle Alman ceza hukuku öğretisinde yalnızca tipiklik üzerinde etkili olan bir neden olarak değerlendiren yaklaşımlar da bulunmaktadır. Ceza normları ile korunan hukuksal değerlere, söz konusu hukuksal değerin sahibinin tasarruf yetkisinin de dahil olduğunu, dolayısıyla rızanın varlığının tipik hukuksal değer ihlalini, yani fiilin tipe uygun olmasına engel olacağını savunan bu görüşler monist teoriler olarak adlandırılır[2]. Ancak bugün rıza, suça etkisi açısından genel olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir: Tipikliği kaldıran ve hukuka uygunluk nedeni olan rıza[3].

Bu ayrıma geçmeden önce, rızaya hukuk dünyasında neden değer verildiğine ilişkin tartışmalara kısaca değinmekte yarar vardır. Ceza hukuku öğretisinde savunulan eski bir görüşe göre rıza, hukuki bir neticenin ortaya çıkmasına yönelik ve muhatabına rıza konusu hareketi gerçekleştirme hakkı veren bir irade açıklamasıdır[4]. Hukuki işlem veya irade açıklaması teorisi olarak da bilinen bu teori pek çok açıdan eleştirilmiştir. Bunlardan en önemlileri ise, rıza ile faile bir suç işleme hakkı verilmediği ve mağdura da bu suçun işlenmesine katlanma yükümlülüğü yüklemediği; ceza hukuku alanında geçerli olan rızanın, geçerlilik şartları ve ilişkin olduğu normlar açısından[5] özel hukuk alanında sınırlı bir etkiye sahip olan rızadan farklı olduğudur[6]. Türk ceza hukuku öğretisinde ise rızanın kamu hukuku alanına ait bir hukuki işlem olduğu görüşü savunulmaktadır[7]. Bu görüşe göre rıza ceza hukuku tarafından kendisine sonuç bağlandığında fiili hukuka uygun hale getiren hukuki bir işlemdir. Ancak bu görüş de, kamu hukuku alanında geçerli olan hukuki işlemlerin (idari, yasama ve yargısal) hiçbiriyle rızayı açıklamak mümkün olamayacağı için reddedilmelidir[8].

Rızanın ayrıca kişinin kendisine karşı suç işlemesinin bir yolu olduğu (bir tür dolaylı faillik); rıza ile kişinin hukuken korunan bir değerinden vazgeçtiği, onu terk ettiği; kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan bireyin, kendisine ait hukuksal değerleri üzerinde tasarruf etme hakkının, toplumun bu

---

1 Rızanın suça etkisi ve hukuki niteliği üzerine yapılan tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici- Şahin, 29 vd.

2 Ekici- Şahin, 78 vd.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici- Şahin, 65 vd.

4 Zitelmann, Ernst. 'Ausschluss der Wiederrechtlichkeit', in: AcP 99 (1906), s. 11 vd. Ekici- Şahin, 29'dan.

5 Ceza hukuku alanında geçerli olan rıza, düzenleyici -regulativ- normlarla ilişkiliyken, özel hukuk alanında geçerli olan ve hukuki işlem sayılan rıza kurucu –konstitutiv- normlarla bağlantılıdır. Bkz. Ekici- Şahin, 34.

6 Eleştiriler için bkz. Ekici- Şahin, 33.

7 Donmezer-Erman, C.II, kn. 743; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara 2011, 303- 304.

8 Ekici- Şahin, 51.

hukuksal değerlerin korunmasına ilişkin menfaatinden daha üstün olduğu hallerde rızaya önem verildiği görüşü de dile getirilmiştir[1].

Kanaatimizce rıza, hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kabul edilen kişinin, bu hukuksal değerine ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından sağlanan soyut hukuksal korumadan, somut olayda vazgeçmesidir. Kişinin kendisine ait hukuksal değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi, Anayasa ile koruma altına alınmış olan "kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı" kapsamında değerlendirilmelidir[2].

Rızayı kısaca bu şekilde açıkladıktan sonra, suça etkisini inceleyebiliriz:

bbb. Tipikliği Kaldıran Rıza

İlgili suç tipinde suçun oluşması açısından rızanın bulunmaması açık bir şekilde aranıyorsa, bu takdirde rızanın varlığı suçun tipik olmasını engeller. Buna karşılık asıl konumuzu oluşturan ve aşağıda ayrıntılı ele alacağım hukuka aykırılığı kaldıran rızada ise; eylem tipiktir, ancak rızanın bulunması eylemi hukuka uygun hale getirmektedir. Örneğin organ ve doku ticareti suçunu düzenleyen **TCK** 91'de kullanılan "hukuken geçerli rıza" ifadesi tipikliği kaldıran rızaya işaret etmektedir. Keza **TCK** 132/3 bir kimsenin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası ile ifşa etmesini, özel hayata karşı işlenen bir suç saymamıştır (benzer bkz. **TCK** 90, 99, 101, 116, 141).

Bu ayrımın önemi şu noktalarda kendisini gösterir:

- İlkin, hukuka uygunluk sebebi olan, yani hukuka aykırılığı kaldıran rıza fiili suç olmaktan çıkarabilir. Ne var ki, burada kullanılan ifade kesin bir ifade değildir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olan rızanın etkisi, tipikliği kaldıran rızanın etkisi gibi mutlak ve otomatik değildir. Ancak aşağıda belirteceğimiz şartların mevcudiyeti halinde hukuka aykırılık kalkar[3].

- İkinci olarak, bu tür rıza açısından aşağıda hukuka uygunluk sebebi olan rızadan farklı olarak kişinin tasarruf yetkisinin bulunması koşulu aranmaz. Bu yetki, tipikliği kaldıran rızada bizzat kanun tarafından verilmiş olmaktadır.

- Tipikliği kaldıran rıza ile ilgili yanılma halinde **TCK** 30/1 uygulanacak iken (yanılgının kaçınılmaz olması gerekmemektedir); hukuka aykırılığı kaldıran rızada yanılma halinde **TCK** 30/3 (yanılgının kaçınılmaz olması gerekmektedir) uygulanacaktır. Örneğin, ev sahibinin rızasının bulunduğu zanni ile bir eve giren kişide, konut dokunulmazlığını ihlal kastı yoktur. Buna karşın rıza gösterildiğini zannederek komşunun bahçesindeki ağacı kesen kişi, bu hataya ancak kaçınamayacağı bir nedenden dolayı düşmüş olduğunu ispat edebilirse, mala zarar verme suçundan (TCK 151) cezalandırılmaktan kurtulacaktır[4].

- Fail mevcut olan rızanın olmadığını sanarak hareket etmişse, tipikliği kaldıran rızada işlenemez suça teşebbüs söz konusu olurken; hukuka

---

1 Bkz. Ekici-Şahin, 34 vd.
2 Ekici-Şahin, 53.
3 Yüce, 45, 46.
4 Ekici-Şahin, 77.

uygunluk nedeni olan rızanın bulunmadığını sanarak hareket eden fail bu rızadan yararlanamayacaktır[1].

- Suç tipinde rızadan açıkça bahsedilmişse, yani tipikliği kaldıran rıza söz konusu ise failin kastının rızanın yokluğunu da kapsaması gerekir, aksi takdirde failin kastından bahsedilemez[2].
- Tipikliği kaldıran rızanın, saf, tabii niteliği vardır ve bu nedenle, rıza gösterenin rıza ehliyeti önemli değildir. Buna karşılık, hukuka uygunluk sebebi olan rıza için rıza gösterenin rıza ehliyeti bulunmalıdır[3]. Kanun açıkça bir yaş sınırı belirlememişse, tipikliği kaldıran rıza açısından isteme yeteneği tek başına yeterlidir. Örneğin, 7 yaşındaki bir çocuğun bisikletini rızasıyla arkadaşına vermesi (mülkiyet karşı tarafa geçmese bile) hırsızlık suçunu oluşturmaz. Ancak aynı çocuğun vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelere rıza gösterme ehliyeti yoktur. Zira hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerli olabilmesi için, kişinin rıza ehliyetine sahip olması gerekir[4].
- Son olarak, tipikliği kaldıran rızanın geçerlilik şartları, daha çok ilişkin olduğu suç tipinin yorumu ve rızanın suç tipi açısından taşıdığı öneme göre belirlenir. Bu nedenle genel bir "tipikliği kaldıran rıza teorisi" geliştirilmesi zordur. Buna karşın hukuka uygunluk nedeni olan rıza açısından ortak bir teori geliştirmek mümkündür. Ayrıca hukuka uygunluk nedeni olan rızanın şartlarını da ortak bir şekilde belirlemek mümkündür[5]. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından hileyle elde edilen rıza, mutlak surette geçersiz iken; cinsel saldırı suçu açısından "gerçeğe aykırı evlenme vaadi" gibi, doğrudan hukuksal değere ilişkin olmayan hileler dikkate alınmaz. Buna karşın hukuka uygunluk nedeni olan rıza açısından, her türlü irade sakatlığı rızanın geçersiz olması sonucunu doğurur[6].

Belirtmek gerekir ki, aşağıda hukuka uygunluk nedeni olarak rıza konusunda "rıza" ile ilgili yapılacak genel izahatlar (örneğin varsayılan rıza gibi), tipikliği ortadan kaldıran rıza açısından da geçerlidir.

ccc. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza ve Geçerli Bir Rızanın Şartları

"Sanığın reşit olmayan mağdureyi rızası ile koçıp alıkoyduğu sabit ise de; 5237 sayılı TCK'nın 26/2. maddesinin "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez" hükmü karşısında, 17 yaşındaki mağdureyi rızası ile kaçırıp alıkoyan sanığın aynı Yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve beraatine karar verilmesi gerektiği" (5. CD. 28.02.2006, 1217).

---

1 Bkz. yuk. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Ortak Özellikleri Bahsi ve Ekici-Şahin, 67 vd.
2 Koca/Üzülmez, 251.
3 Wessels/Beulke, kn. 367.
4 Bkz. Ekici- Şahin, 73.
5 Ekici- Şahin, 91.
6 Ekici- Şahin, 91-92.

Kişinin kendisine karşı suç işlemesi cezalandırılmadığı gibi, belirli şartlar altında, kendi hukuksal değerini başkasına ihlal ettiren de cezalandırılmayacaktır[1]. Rıza ile mağdur hukuki yarar ihlaline bir itirazı olmadığını açıklamış olur ve bu durumda da bu ihlal bir haksızlık teşkil etmez.

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak "ilgilinin rızası" ceza kanunumuzun 26/2 maddesinde düzenlenmiştir.

Yukarıda işaret ettiğim gibi, tipikliği kaldıran rıza açısından, fiilin tipe uymaması, yani tipikliğin gerçekleşmemesi yeterli olurken, mağdurun rızasının fiilin hukuka uygun sayılmasına yol açabilmesi için birtakım şartlar aranır. Bunlar **rızaya ehliyet, rıza açıklaması ve rızanın konusudur.**



Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu Raporuna göre suç tarihinde 17 yaşı içinde bulunup, hekim olmayanlarca da anlaşılabilecek derecede akıl hastası olduğu tespit edilen mağdurenin rızasının hukuken geçerli olamayacağı (5. CD, 23.03.2006, 2325).

aaaa. Rızaya Ehliyet

Kendi aleyhine suç işlenmesine razı olan kimsenin, her şeyden önce, bu rızayı açıklamaya yetkili olması gerekir. Bunun için de

- ilkin bu kimsenin rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olması gerekir.
- İkinci olarak, rıza beyan etme yetkisi olmalıdır.

Bunları ayrıntılı olarak ele alalım:

Rızanın geçerli olabilmesi için, açıklamada bulunan kimsenin ilgili hakkın sahibi olması aranır. Failin hareketi ile zarara uğrayan veya tehlikeye sokulan yararın sahibi, yani suçun mağduru, hakkın sahibidir. Mesela, yalan tanıklık adliye aleyhine işlenen bir suçtur. Bu suçun mağduru, aleyhinde yalan şahitlik yapılan kimse değildir. Dolayısıyla, aleyhine yalan şahitlik yapılan kimse, bu şahitliğe rıza gösterse bile bu geçerli bir rıza değildir, zira ilgili hakkın sahibi değildir[2]. Suçun mağduru birden fazla ise bunlardan sadece birinin rıza göstermesi durumunda, rıza göstermemiş diğer mağdurlar bakımından suç işlenmiş olacaktır, örneğin kolektif hakaret olaylarında olduğu gibi[3].

---

[1] Bkz. Ekici-Şahin, 43.
[2] Donmezer/Erman, II, 69.
[3] LK[11], vor§32, kn. 116.

Konut başkasına ait olsa bile, rıza gösterme yetkisi konutu kullanana aittir: Sanıkların, mağdurun konut olarak kullandığı kooperatife ait evden evrakları almak için mağdur evde olmadığı sırada, kızına babasının haberi olduğunu söyleyip konuta girmeleri eyleminde, konuta yasal olmayan ve hile ile elde edilmiş rıza ile girdikleri ve konutun mülkiyetinin kooperatife ait olmasının konuta girme hakkı vermeyeceğinden suçun unsurları oluşmuştur[1].

Ehliyet noktasında ikinci alt şart, rıza açıklama yetkisinin bulunmasıdır. Hak sahibi akıl hastalığı, yaş küçüklüğü (12 yaşından küçükler), sağır-dilsizlik veya geçici bir sebep dolayısıyla temyiz gücüne sahip değilse, irade açıklamasına da ehil olamaz[2]. Ancak temyiz gücünün bulunmasına rağmen, 18 yaşından küçük, 12 yaşından büyük çocuklar açısından, somut olaya göre, çocuğun ya da gencin bahis konusu hukuki yararın önemini ve bunun korunmasından vazgeçmesinin ne gibi bir anlam taşımakta olduğunu anlayabilme yeteneğine sahip olup olmadığı araştırılarak karar verilmelidir[3].

Burada ortaya çıkan sorun, reşit olmayan kimselerin rıza ehliyetlerinin olup olmadığıdır. *Yargıtay* yeni kanunumuz döneminde 15 yaşından büyüklerin rıza ehliyetinin bulunduğu yönünde kararlar vermektedir[4].

Yargıtay'a göre, onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış olan çocukların bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığı, dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığı konusunda Medeni Kanun esas alınmalıdır. Medeni Kanun'un 16. maddesinde belirtilen kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar insan kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Bundan da anlaşılacağı üzere, kişinin "bir yere gitmek veya bir yerde kalmak" özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunmak hakkı sadece kendisine aittir[5].

TCK 109'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rıza ehliyetine ilişkin bir yaş sınırı getirilmemiş olmasına rağmen, Yargıtay, bu suçun

---

1 2. CD. 14.10.2008, 15777.

2 Bu koşullara göre uyuşmazlığın sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için, akıl ve ruh hastalıkları nedeniyle fiil ehliyeti bulunmayan 18 yaşından büyüklerin cinsel dokunulmazlıkları ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının, dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunun için de Medeni Yasaya başvurulması gerekmektedir.
4721 sayılı Medeni Yasanın 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu, 10. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetinin bulunduğu, 11. maddesinde, erginliğin onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı, 14. maddesinde, ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetinin olmadığı, 15. maddesinde de, kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukukî sonuç doğurmayacağı hüküm altına alınmıştır.
Bu düzenlemelere göre, akıl ve ruh hastalıkları ile akıl zayıflığı nedenlerinden dolayı akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan 18 yaşından büyüklerin cinsel dokunulmazlıkları ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlükleri ile ilgili açıkladıkları rızalarının geçerli olmadığı, buna bağlı olarak da rızalarının hukuka uygunluk nedeni olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. CGK. 20.12.2011, 273.

3 Önder, II, 236; Dönmezer/Erman, II, 71.

4 Bkz., 5. CD. 19.10.2006, 8082.

5 CGK. 11.03.2008, 52.

cinsel amaçla işlenmesi nitelikli halinin uygulanmasında TCK 103 ve 104'de öngörülen rıza ehliyeti yaşını, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da uygulamaktadır. Bu uygulama isabetli değildir[1]. Kanunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından, rıza ehliyetine ilişkin açık bir yaş sınırı belirlenmemiştir. Bu nedenle kanun tarafından çocukların kendi cinsellikleri üzerinde tasarruf edebilmeleri ve cinsel fiillere rıza gösterebilmelerine ilişkin olarak belirlenen yaş sınırı, yalnızca bu hukuksal değerlere yönelik suçlarla ilgilidir. Diğer suç tiplerine kıyasen uygulanması kanunilik ilkesine ve TCK m. 2/3'de öngörülen kıyas yasağına aykırıdır. Bu nedenle Yargıtay kararlarını verirken rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığını her bir suç tipi açısından ayrı ayrı değerlendirmelidir[2].

bbbb. Rıza Açıklaması

Bu başlık altında ele alınacak alt şartlar şunlardır:

- Rıza, açık veya örtülü bir biçimde açıklanmalıdır.
- Rıza açıklaması, sakat olmamalıdır.
- Rıza, suç işlendikten sonra açıklanmamalıdır.

> *Mağdurun rızası açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Özellikle iki kişi arasındaki ilişkiler, böyle bir rızanın varlığını ciddi olarak kabule elverişli olduğu takdirde, bu rızaya dayanarak başkasının imzasını atan kimsede suç kastının varlığı kabul olunamaz, (11.CD,06.02.2008, 617).*

Rızanın açıklanış şekli önemli değildir. Açık veya örtülü (zımni) olabilir. Yazılı, sözlü veya hareketlerle açıklanabilir. Ancak TCK 26/2'de "açıklanan rızadan" söz edildiğine göre, rızanın mutlaka açıklanması gerekir. Mağdurun ses çıkarmaması, fiile engel olmaması, yerine göre rıza olarak kabul edilebilir. Örneğin, bir oyuncak mağazasına giren iki çocuğun oyuncak aldığını görerek, onlara acıyıp ses çıkarmayan dükkân sahibinin zımni rızası vardır. Buna karşılık ses çıkarmama, onları suçüstü yakalatma amacına yönelikse, fiile engel olmama örtülü rıza olarak anlaşılamaz[3]. Nitekim İHAM, mağdurun aktif mukavemet göstermemesinin savcılık tarafından, mağdurun cinsel ilişkiye rıza gösterdiği şeklinde yorumlanarak takipsizlik kararı verildiği "arkadaş tecavüzü" olayında, Bulgaristan hükümetini eksik soruşturma yapmaktan tazminata mahkum etmiştir[4]. Sessiz kalmanın rıza anlamına geldiğini gösteren destekleyici bulgular olmalıdır. Kişinin sessizliği, diğer tutum ve davranışlarıyla veya

---

1 *"...çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmekte. birinci kategoride yer alan 'on beş yaşını tamamlamamış' çocuklara karşı işlenen 'cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma' suçunda, çocukların rızasının hukuken değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır"*, CGK, 5-56/156-211273; *"15 yaşından küçük mağdurenin rızasının eylemi hukuka uygun hale getirmediği gözetilerek sanık Murat'ın mağdureyi kişi hürriyetinden yoksun kıldığı..."*, 5. CD, 12.02.2007, 12863/842. Eleştiri için bkz. Ekici- Şahin, 132 vd.

2 Ekici- Şahin, 135.

3 Donmezer/Erman, II, 72.

4 M.C./ Bulgaristan kararı, Karar Tarihi: 04.12.2003, Başvuru numarası: 39272/98, paragraf: 181, http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=4108.

faille arasındaki ilişkinin niteliği ve somut olayın özellikleri birlikte değerlendirildiğinde fiili onayladığı sonucuna götürüyorsa, rıza olarak değerlendirilebilir[1]. Uygulamada en çok karşılaşılan zımni rızaya örnek olarak, boks karşılaşmalarında rakiplerin kendilerine yönelik yaralamaya rıza göstermeleri verilebilir[2].

Burada ortaya çıkan bir soru, bir araçta seyahat eden bir kimsenin, bu araca isteyerek binmesi durumunda, meydana gelen bir kazada rızasının bulunduğundan bahsedilip bahsedilemeyeceğidir. Bu konuda uygulamada verilen kararlarda, araca binen kimsenin araç sürücüsünün örneğin ehliyetsiz ya da sarhoş olduğunu veya tehlikeli araç kullandığını bilmesi veya öngörebilmesi ve buna rağmen riski üstlenmesi halinde rızasının var olacağı, failin hukuka uygunluk sebebinden yararlanabileceği açıklanmıştır. Buna karşılık sadece bir araca rızayla binmenin tek başına, rıza olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu sonuç, bu kimsenin bir akrabasının veya yakınının aracına binmesi hali için de geçerlidir[3].

Rıza fiilden önce verilmiş ve bu arada geri alınmamış olmalıdır[4]. Rıza, suçun işlendiği sırada da açıklanmış olabilir. İlgilinin rızası geçmişe etkili olamaz. Bu itibarla, mağdur hareket başladığı sırada razı olmamakla beraber, netice gerçekleştikten sonra onay verecek olursa, fiil hukuka uygun sayılmaz. Yine, hareketten önce verilen rıza, hareketin yapıldığı anda geri alınırsa, fiil hukuka aykırıdır. Bununla beraber, buradaki ince ayrıma dikkat çekmek gerekir: Rızanın geri alınması, geri alınma anından itibaren geçerli olduğundan, o zamana kadar yapılan hareketler hukuka uygun, ondan sonra yapılanlar ise hukuka aykırı sayılır[5]. Mesela rıza ile götürülen bir kimsenin sonradan rızasını geri alması halinde, geri alınmadan sonra yapılan hareketler hürriyeti tahdit suçunu oluşturur[6]. Dolayısıyla, gönüllü olarak bir uyuşturucu tedavi merkezine yatmış bir kimsenin, artık kalmak istemediğini bildirdiği andan itibaren orada tutulması hürriyeti tahdit suçunu oluşturacaktır[7].

Burada sorulması gereken bir diğer önemli soru da, bağlayıcı rızanın olup olamayacağıdır? Kural rızanın her zaman geri alınabilir olmasıyken, bazı hallerde rızanın geri alınması mümkün olmayabilir. Örneğin, kendi rızasıyla uçağa veya yalnızca belli noktalarda durmasına izin verilen bir trene binen yolcunun, uçak havadayken veya tren varması gereken istasyona henüz ulaşmamışken inmek istemesi halinde, rıza geri alınmış ve bundan sonra gerçekleştirilen hareketler hukuka aykırı (burada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma) sayılabilir mi? İcrasına rıza ile başlanan bir fiilin, icra hareketlerinde artık geri dönülemeyecek bir noktaya gelinmişse veya artık fiili eski hale getirmek mümkün değilse, rızanın geri alınması, geri alma anından itibaren gerçekleştirilen fiilleri hukuka aykırı hale getirmez[8]. Bağlayıcı rızanın söz konusu olabileceği hallerin, ancak yukarıda belirtilen istisnalarla sınırlı oldu-

---

1 Ekici-Şahin, 171.
2 LK[11], vor§32, kn. 111.
3 Bkz. LK[11], §228, kn. 3.
4 LK[11], vor§32, kn. 109.
5 Donmezer-Erman, II, 73.
6 Gülşen, 71.
7 LK[11], vor§32, 172, kn. 113.
8 Ekici-Şahin, 182.

ğu, bunlar dışında kalan hallerde rızanın her zaman geri alınabileceği unutulmamalıdır. Örneğin, bir taşıma sözleşmesi olmaksızın erkek arkadaşının aracıyla Sakarya'danIstanbul'a giden bir genç kız, Kocaeli'nde araçtan inmek istediğinde, bu isteği dikkate alınmazsa, rızanın geri alınmasından itibaren gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olmayacaktır[1].

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/6.maddesinin "*rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır*" hükmü bu çerçevede isabetli bir hüküm değildi. Buradaki rıza bağlayıcı rıza olmayıp, her an geri alınabilir. Nitekim tıp hukuku kitabımda da yaptığım bu eleştiri dikkate alınarak hüküm kaldırılmıştır.

Buna karşılık, rızanın malvarlığına ilişkin bir özel hukuk sözleşmesinin unsuru olduğu hallerde geri alınması her zaman mümkün değildir. Malvarlığına ilişkin özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmede kararlaştırılan eylemin icra hareketlerine henüz başlanmamışsa rıza geri alınabilecekken, icra hareketlerine başlanmasından sonra geri alınamaz. Örneğin, büyük bir meyve bahçesi olan (A), ağaçların bakımı ve budanması için bahçıvan (B) ile bir sözleşme yapar. Sözleşmeye göre (B), budanmış olan dalları kendisi için yakacak odun olarak kullanmak üzere alabilecektir. (B), ağaçları budamaya başladığında sözleşme feshedilmemişse, (A)'nın rızasını geri almasının ceza hukuku açısından bir önemi olmaz[2].

Rıza açıklaması, failin hukukun izin verdiği sınırlar içinde kalmasını temin eden, aynı zamanda ona yol gösteren bir talimatname gibidir. Bu nedenle mutlaka açıklanması gereken rızanın muhatabı fiili gerçekleştiren fail olmalıdır. Ancak rıza faile iletilmek üzere bir haberciye, üçüncü bir şahsa da açıklanabilir veya rızanın faile iletilmesinde mektup, fax, e- mail gibi vasıtalar da kullanılabilir[3].

Rıza açıklaması ciddi ve irade sakatlıklarından arınmış olmalıdır. Yani rıza cebir, tehdit ve hile olmaksızın, tamamen kişinin özgür iradesiyle açıklanmış olmalıdır. Cebir ve tehditle elde edilen rızanın geçersiz olacağı konusunda bir tereddüt yoktur. Ancak hata ve hile konusunda öğretide farklı görüşler ortaya konmuştur. Bir görüşe göre, iradeyi sakatlayan her türlü hata ve hile, rızanın geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Buna karşın bir başka görüş, irade sakatlayan her türlü hata ve hilenin değil, yalnızca ihlaline rıza gösterilen hukuksal değerle bağlantılı hata ve hilenin rızanın geçerliliği açısından dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Benim de katıldığım bu görüşe göre, örneğin kan bağışında bulunması halinde kendisine para ödeneceği konusunda kişi hataya düşürülmüş veya estetik operasyon olması halinde evlenme şansının artacağı konusunda bir beklenti içine sokulmuş veya gerçeğe aykırı evlenme vaadiyle cinsel ilişkiye razı edilmişse, yapılan hile veya içine düşülen hata ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olmadığından, rızayı geçerli kabul etmek gerekir. Dolayısıyla daha sonradan yerine getirilmeyen evlenme vaadiyle elde edilmiş bile olsa rıza, cinsel ilişkiyi suç olmaktan çıkartacaktır[4]. Buna karşın rıza gösterilmesi halinde elde edilmek

---

1 Ekici- Şahin. 183.
2 Ekici- Şahin. 182.
3 Ekici- Şahin. 173 vd.
4 Yargıtay hukuk dairesinin de tazminat talebine ilişkin bir davada aynı yönde kararı vardır.

istenen menfaate ilişkin olmayan, doğrudan doğruya ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olan hile ve hata rızayı geçersiz hale getirir. Rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik olmamakla birlikte, eğer hileyle zaruret haline benzer bir durum yaratılarak kişinin kendi hukuksal değerine ilişkin karar verme serbestisi engellenmişse, yine rıza geçersiz olmalıdır. Örneğin, bir anneye gerçeğe aykırı bir şekilde çocuğunun kaza geçirdiği ve kornea nakli yapılmazsa kör olacağı söylenerek, annenin korneasını bağışlaması sağlanmışsa, hile doğrudan doğruya vücut bütünlüğüne ilişkin olmasa bile, rıza kişinin otonom iradesinin bir yansıması olmadığından geçersiz olacaktır[1].

cccc. Rızanın Konusu

"Razı olana karşı haksızlık yapılmaz veya suç işlenmez kuralı sınırsız geçerli değildir"[2]. Geçerli bir rıza için,

- suçun rızanın ilişkin olduğu konuda işlenmesi ve
- rızanın konusu üzerinde tasarruf hakkının bulunması gerekir.

Mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, suçun rızanın sınırları içinde kalması, başka ifadeyle, rıza hangi konuda verilmişse, suçun da o konu hakkında işlenmesi gerekir. Söz gelimi belirli bir malın sadece kullanılması için verilen rıza, faile o mala sahip olma veya o mal dışında bir malı kullanma yetkisi vermez[3].

İkinci olarak rızanın verildiği konu üzerinde, hak sahibinin serbestçe **tasarruf hakkını haiz olması** ve tasarrufun kanuna, adaba ve ahlâka aykırı bir şekilde yapılmamış bulunması gereklidir. Aksi takdirde, rızanın konusunda sakatlık bulunacağı için, böyle bir konu hakkında açıklanan rıza, hukuka aykırılığı giderici bir fonksiyon göremez[4].

"Rızanın ilişkin bulunduğu hak üzerinde, rıza sahibinin serbestçe *tasarruf yetkisini haiz olması*, mağdurun rızası müessesesinin en önemli unsurlarından birini oluşturur. Ceza hukuku alanında mağdurun rızası, ancak mağdurun mutlak surette tasarruf edebileceği haklar bakımından bir etki yapabilir". Bireyin; örneğin toplumun, devletin haklarını ihlal eden suçlarda, göstereceği rızanın herhangi bir etkisi olmaz[5].

Davacılardan Fatma, davalının kendisi ile evlenme vaadi ile cinsel ilişkiye girip kızlığını bozduğunu, bir hafta sonra kendisini terk etliğini, bu sebeple sağlının bozulduğunu, halen tedavi altında olduğunu beyan ederek, diğer davacı ise kızının sağlığının bozulması ve intihar tehlikesi nedeni ile hastanede sürekli yanında kaldığını, bu durumdan fazlası ile üzüntü duyduğu gibi toplum ahlak anlayışı nedeni ile küçük düştüğünü beyan ederek ayrı ayrı manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Mahkemece davacıların manevi tazminat istemlerinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı, dava konusu olayın meydana geldiği 2004 yılında reşit ve mümeyyizdir. Resmi nikah olmaksızın kendi iradesi ile ilişkiye girmeyi kabul etmiştir. Buna rağmen evlilik vaadi ile kandırılıp kızlığının bozulduğunu iddiası ile manevi tazminat isteminde bulunamaz. Kaldı ki 5237 sayılı Yeni TCK da ergin ve mümeyyiz kişiler arasında evlenme vaadi ile kızlık bozmak da suç olmaktan çıkarılmıştır. Şu durumda manevi tazminat isteminin reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde kısmen kabul edilmiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir. 4.HD. 27.10.2008. 12840

1 Ekici-Şahin, 209 vd.
2 Önder, II. 237.
3 Donmezer/Erman, II. 74.
4 Donmezer/Erman, II. 73.
5 Donmezer/Erman, II. 74.

Bir kişinin ne gibi haklar üzerinde mutlak tasarruf yetkisini haiz bulunduğuna ilişkin bir pozitif hukuk metni bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuyu, bütün hukuk düzenine hâkim olan genel ilkelere göre belirlemek gerekir. Aşağıda çeşitli haklar bakımından bireyin mutlak tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığı ele alınacaktır. Böylece, hangi haklara ilişkin olarak verilen rızanın bir hukuka uygunluk sebebi sayılacağı, buna karşılık hangi haklar konusunda rızanın bir hukuka uygunluk sebebi sayılmayacağını belirlemek mümkün olacaktır[1]:

(1) Bireyin Tasarruf Yetkisinin Bulunduğu Haklar

- Kişinin üzerinde serbestçe ve mutlak surette tasarruf edebileceği hususunda ittifâk bulunan haklar, **malvarlığına ilişkin** bulunanlardır. Kanun bu gibi hakların belirli bir şekilde kullanılmasını yasaklamamış olduğu ve rıza da yasaklanan kullanma biçimine ilişkin bulunmadığı takdirde, mâmelek haklarında rıza bir hukuka uygunluk sebebidir. Mesela **TCK** 170, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek biçimde bina çökmesine neden olunmasını cezalandırmaktadır. Dolayısıyla kişinin kendi binasının bu şekilde çökmesine rıza göstermesi geçerli olmayacaktır.
- "Keza **şeref** üzerindeki hak kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktır. Ancak rıza, bir hakkın kendisinden değil, yalnızca o hakka ilişkin soyut hukuki korumadan somut olayda vazgeçme olduğu için, şeref hakkının kendisinden, özünden vazgeçme anlamına gelebilecek fillere rıza gösterilmesi mümkün değildir. Şeref değeri üzerindeki tasarruf yetkisi, hukuka ve toplumsal düzene ilişkin davranış kurallarına aykırılık teşkil etmeyecek biçimde kullanılabilir. Bu nedenle kişinin şeref değerinden feragat ederek, kendisine sürekli hakaret edilmesine rıza göstermesi mümkün değildir[2]. Öte yandan, birey kendi şerefi üzerinde tasarruf edebilirse de kendisinden başka diğer birtakım varlıkların şerefini ihlal eden suçlarda bu tasarruf yetkisini haiz değildir. Bu sebepledir ki, kamu görevlisine görevi dolayısıyla hakaret edildiğinde (**TCK** 125/3-a; 299) kamu görevlisinin rızası hukuka uygunluk sebebi olamaz".
- **Hürriyet** aleyhine işlenen suçta mağdurun razı olmaması bir unsur olduğu takdirde (tipikliği kaldıran rıza), rıza bu gibi suçlara da etkili olur. Mesela konut dokunulmazlığını ihlal suçu, hürriyet aleyhine işlenen bir suçtur. Fakat meydana gelebilmesi için mesken sahibinin meskene girilmesine razı olmaması şarttır (**TCK** 116). Ne var ki, bu gibi belirli ve sınırlı hallerin dışında, bir kimsenin kendi hürriyeti aleyhine bir suçun işlenmesine razı olması, hukuka aykırılığı gideremez, zira Medeni Kanun md. 23 özgürlüklerden vazgeçmeyi veya özgürlüklerin hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlanmasını yasaklamıştır. Dolayısıyla, hürriyetten tamamen vazgeçme anlamına gelen köleliğe razı olma, hakkın kendisinden vazgeçme niteliğindeki eylemlere rıza gösterilemeyeceği için, geçerli olmayacaktır. Zira kişi, üzerinde tasarruf etme yetkisi olsa bile bir hukuksal değerin kendisinden vazgeçemez[3]. Bununla beraber, kişinin kumar ve alkolün etkisinden kurtulmak için evde alıkonmasına rıza

---

1 Donmezer/Erman II. 74-79.
2 Ekici-Şahin. 356.
3 Ekici-Şahin. 54.

göstermesi halinde hürriyeti tahdit suçu bakımından geçerli bir rızanın bulunduğu öğretide kabul edilmektedir[1].

- **Cinsel özgürlük** üzerinde de tasarruf yetkisi, kural olarak tanınmıştır. Ancak kanun bu rızaya rağmen bu nev'i fiilleri cezalandırmışsa (çocukların cinsel istismarı –**TCK** 103- ve reşit olmayanla cinsel ilişkide –**TCK** 104- olduğu gibi), yahut ihlâl edilen hak ve yarar – müstehcen görüntünün yayınlanmasında olduğu gibi- sadece mağdurun cinsel özgürlüğü olmayıp, kamunun haklarına da ilişkin bulunmakta ise rızanın bir değeri olamaz (**TCK** 225, 226). Aynı şekilde fuhuş suçunda (**TCK** 227), bir kadın veya kızın rızası olsa bile fuhuş maksadıyla tedarik etme, yer temin etme gibi fiiller cezalandırılmakta, böylece kadın veya kızın rızasına değer tanınmamaktadır.

> *"Cinsel taciz suçunda; bilirkişi raporlarında, sanığın telefonlarında, katılanın telefonundan gönderilmiş cinsel içerikli bir kısım mesajların bulunduğunun belirtilmesi, HTS raporlarının da tespit edilen bu mesajların katılan tarafından gönderildiğinin doğrulanması, ayrıca sanık ile katılan arasında karşılıklı olarak yargılamaya konu taciz eylemlerinin gerçekleştiği iddia olunan dönemi de kapsayacak şekilde uzun süredir devam eden çok sayıda mesajlaşma bulunması karşısında, sanığın söz konusu mesajları katılanın bilgisi ve rızası dahilinde gönderdiği ve gönderilerine olumlu cevaplarda aldığının anlaşıldığı, dolayısıyla eylemin TCK 26/2'de düzenlenen hukuka uygunluk nedeni kapsamında işlendiği gözetilmelidir", 14. CD, 27.10.2011, 1479.*

- Kişi **özel hayat**ı üzerinde de yine hukukun belirlediği sınırlar içinde tasarruf edebilir. Özel hayata ait bilgilerin öğrenilmesine, görüntü alınmasına veya seslerin kaydedilmesine rıza varsa TCK 134'de gösterilen suç oluşmayacaktır. Ancak bu görüntüler içerikleri itibariyle müstehcenlik içeriyorsa, yayınlanmaları halinde TCK 226/2'deki suç oluşacaktır, zira bu suç tipiyle korunan "toplumun genel ahlakı" üzerinde kişinin tasarruf yetkisi bulunmadığından rıza, bu suç tipini hukuka uygun hale getiremez[2].

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da, yetkili hakim kararı olmaksızın, ancak rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen aramanın hukuka aykırı olup olmadığıdır. Danıştay'a göre, rıza, hakim veya yetkili merciin yazılı emri olmadan doğrudan kolluk tarafından gerçekleştirilen aramayı hukuka uygun hale getirmez. Danıştay, kişinin "konut dokunulmazlığı" ve "özel hayatın gizliliği" üzerinde tasarruf edemeyeceğini kabul etmektedir. Danıştay, bireyin kolluğa üst, eşya ve konut araması için gösterdiği rızayı geçerli saymamakta ve bireyle kolluk arasındaki güç dengesizliği nedeniyle rızanın her zaman sakatlanmış olacağını kabul etmektedir[3].

---

1 Gülşen, 74.
2 Ekici-Şahin, 112.
3 Danıştay, 10. D., 13.03.2007- 6392/948, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8, 27 ve 30 maddelerinin iptali istemi üzerine verilen karar.

Kanaatimizce kişi özel hayatı ve konut hakkı üzerinde tasarruf edebilir ve bu haklara yönelik gerçekleştirilen fiillere hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterebilir. Aksi takdirde, hiç kimsenin evine misafir kabul edememesi, özel hayatına ilişkin bilgileri kimseyle paylaşmaması gerekirdi. Ancak söz konusu olan, delil elde etmek amacıyla kolluk tarafından gerçekleştirilen arama olduğunda, AY 20, 21, CMK 119 ve TCK 26 birlikte değerlendirilmelidir. Hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmaksızın kişinin konutunda arama yapılması TCK 120 ve TCK 116 gereğince suçtur. Kişi, anayasal haklarını bilmeksizin, hukuka uygun bir aramanın şartlarının gerçekleştiği, kolluk görevlisinin hukuka uygun bir arama yaptığı veya arama yetkisinin olduğunu düşünerek rıza göstermişse, hukuksal değerine ilişkin önemli bir hataya düşmüştür ve bu hata rızayı geçersiz kılar. Zira kolluk görevlisinin, kişinin içine düştüğü bu hatayı düzeltme, daha doğrusu arama kararını ve kişinin haklarını bildirme ödevi vardır. Kişiye, yasal bir arama kararı olmadığı için "içeri almama" hakkına sahip olduğunu hatırlatmaksızın konuta giren kolluk görevlisinin hem konut dokunulmazlığını ihlal, hem de haksız arama suçundan cezai sorumluluğu doğacaktır. Ancak hata, hile veya tehdit olmaksızın, kişiye hakları açıkça ve ayrıntılı bir şekilde anlatıldıktan, özellikle "konuta almama" hakkı hatırlatıldıktan sonra, kişi tamamen kendi özgür iradesiyle, "saklayacak bir şeyi olmadığı" gibi bir gerekçeyle, kolluk görevlilerini kendisi içeri davet ediyorsa, elde edilen deliller ceza muhakemesi hukukunda kullanılamayacak olsa bile, konut dokunulmazlığının ihlali suçu açısından rızayı geçersiz saymayı gerektiren bir neden bulunmamaktadır. Zira Anayasa m. 20 ve m. 21 kişinin özel yaşamının gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkını başkalarından kaynaklanan hukuka aykırı fiillere karşı garanti altına almaktadır. Bu maddelerin kişinin özel yaşamı veya konut hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayan bir fonksiyonu bulunmamaktadır[1].

(2) Bireyin Tasarruf Yetkisinin Bulunmadığı Haklar

Varlıklar içinde en değerlisi hayattır. **Yaşama hakkı** üzerinde kişi kural olarak tasarruf edebilir. Kişi kendi yaşamı üzerinde tasarruf hakkına sahip olmasaydı, insan öldürme suçunun *"her kim kendisini veya bir başkasını öldürürse..."* şeklinde formüle edilmesi gerekirdi[2]. Ne var ki, kişi, bu yetkisini başkasına devredemez, başkası aracılığıyla kullanamaz[3]. Suç tiplerinin amacı, başkalarına ait hukuksal değerlere zarar verilmesini önlemek olduğundan, kişinin kendi hukuksal değerlerine zarar veren hareketleri, ceza hukukunun yasak alanına girmez. Bu açıdan kişinin kendi yaşamına son vermesi ile bir başkasının yaşamına rızayla son verilmesi karşılaştırılamaz[4].



[1] Ekici- Şahin, 211
[2] Bkz. Ekici-Şahin, 237
[3] Hakeri, Tıp Hukuku, 630
[4] Ekici- Şahin, 263

Bu noktada çok tartışılan bir husus, iyileşmesi mümkün olmayan hastaların veya sakat doğmuş kimselerin ıstıraplarına son vermek üzere talep üzerine öldürülmeleridir (ötanazi). Bazı ülkelerin aksine bizim kanunumuzda bu hususta bir açıklık bulunmamaktadır ve bu itibarla da bu tip hallerde fail kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulur. Nitekim **TCK** 84. maddenin gerekçesinde de "algılama yeteneğinin olmaması nedeniyle veya yakalandığı hastalıktan kaynaklanan acı ve ıstırabın etkisiyle kişide hayatını sona erdirmeye yönelik bir eğilim ortaya çıkabilir ve bunu bir irade açıklamasıyla ortaya koyabilir". Ancak böyle bir iradenin hukuki geçerliliği yoktur, denilmektedir. Bununla beraber failin cezasında **TCK** 62 gereğince indirim yapılması mümkündür.

Öğretide, **vücut bütünlüğü** ile ilgili olan haklar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı yerine getirmesi gereken birtakım ödevleri vardır ve kendi vücudunda tasarruf etmek suretiyle bu görevlerini yerine getiremeyecek bir hale kendisini koymaya yetkili değildir. Bu sebeple söz gelimi gebelik süresi on haftadan fazla olduğu takdirde çocuk düşürmeye razı olmak (krş. **TCK** 99/2), düello vs. hukuka uygun değildir. Yine bir kimsenin organlarını satması halinde de rıza, geçerli bir rıza değildir. Ancak tıbbi zorunluluğun mevcudiyeti halinde Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun hükümleri çerçevesinde organ bağışlamak mümkündür. Bu noktada dövme yaptırmak, küpe için kulağı deldirmek gibi çok basit yaralamalar bakımından bazı hallerde rızanın geçerli olduğunu veya geçerli bir varsayımsal rızanın bulunduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, sevişme sırasında gerçekleştirilen bazı basit eylemler yaralama kabul edilecek olsa dahi, rıza dolayısıyla bu eylemlerin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekecektir[1].

Mağdurun rızası suçu ortadan kaldırmaz. Konun yaralama suçunda hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızasını kabul etmemiştir. Beden bütünlüğü ile ilgili haklar üzerinde kişinin sınırsız tasarruf yetkisi yoktur. Beden bütünlüğüne zarar veren, kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek eyleme ilişkin rıza, geçerli olamaz. Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası, takibi şikâyete bağlı yaralama eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, resen kovuşturulan yaralama fiillerinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu suçta mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötanaziyi kabul etmeye kadar götürebilecektir ki, Türk Hukuku'nda ötanazi kasten öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır (CGK, 01.02.2005, 3).

Ceza muhakemesi amaçlarıyla kişinin vücudu üzerinde yapılacak muayene bakımından, Ceza Muhakemesi Kanunu hâkim veya savcı kararı öngörmektedir (CMK 75, 76). Ne var ki, şüpheli veya sanığın müdafii huzurunda rıza göstermesi durumunda veya mağdurun açık

[1] Krş. Hakeri, Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, s. 55 vd.

rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. "Böylece mağdurun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi olarak özel bir düzenleme alanı bulmaktadır"[1].

Kanaatimce, kişi kendini yaralayabilir, hatta öldürebilir ve bütün bu eylemler yine kural olarak cezasızdır. Dolayısıyla, bireyin kendi vücudu üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Ancak bu eylemlere bir üçüncü kişinin katılımı söz konusu olduğunda, cezasızlık bu kadar mutlak değildir[2]. Bu nedenle, rıza konusunda kişinin kendi vücudu üzerinde hukuk düzeni tarafından aksi açıkça kabul edilmediği ve genel ahlâk ve adaba aykırı olmadığı müddetçe doğrudan tasarruf yetkisinin bulunduğunu kabul ediyorum[3]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yaralamanın takibi şikâyete bağlı basit hali bakımından mağdurun rızasının geçerli olması gerektiği de savunulmaktadır[4].

- **Aile** düzenine karşı işlenen suçlarda ve özellikle, kanunumuzda düzenlenmemiş bulunan zina suçunda rızanın önem ve değeri tartışılmıştır. Aileyi koruyan hükümler, sadece kişisel bir yararı değil, toplumun nüvesini oluşturan aile kurumunu korumaya da yönelmiş oldukları için, bu nevi haklar üzerinde kişinin mutlak tasarruf yetkisinin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Kaldı ki, eşlerden birinin diğerinin zinasına önceden razı olması halinde, rıza açıklaması adaba aykırı bir konuya ilişkin bulunacağından, bu bakımdan da geçerli olmamak gerekir. *Yargıtay* da aynı görüştedir. Yeni kanunumuz açısından da aynı değerlendirmeyi yapmak mümkündür. Örneğin, kadının, eşinin bir başka kadınla evlenmesine rıza göstermesinin bir etkisi yoktur, evlenme fiili suçtur (**TCK** 230)[5].

- "Mağduru birey olmayan ve doğrudan doğruya **devlete ait** bir yararı ihlal eden suçlar hakkında bireyin rızasının değeri yoktur, zira bu gibi haklar üzerinde ferdin, hatta devletin mutlak tasarruf yetkisi bulunmamaktadır". Bu sebepledir ki, kamu idaresinin güvenirliğine ve işleyişine karşı suçlar, adliyeye karşı suçlar, devletin egemenlik alâmetlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlarda ilgilinin rızası rol oynamaz.

  Aynı şekilde, özel belgede sahtecilik suçunda, bu suç hukuki ilişkilerdeki güveni koruma altına aldığından, kişinin kendisi adına sahte bir özel belge düzenlenmesine rıza gösterse bile, bu rıza geçersiz olur[6]. Keza yalan tanıklık (**TCK** 272) suçu ile yargılamanın işleyişinin dürüstlüğü ve yargılamada kullanılan kanıtlarla, kanıt araçlarının doğru-

---

1 25.05.2005 tarih ve 5353 s. k. md. 2 ve 3 gerekçesi.
2 Hakeri, Tıp Hukuku, 630.
3 Hakeri, Tıp Hukuku, 633, 634.
4 Karşı oy, CGK, 01.02.2005, 3.
5 Toroslu, Ceza Hukuku, 119.
6 Ekici-Şahin, 108, 109. Ancak rıza her ne kadar hukuka uygunluk sebebi olmasa da, failin belgede sahtecilik kastına etki edeceği gözden kaçmamalıdır. 11.CD, 6.3.2017, 1614.

luğu, dürüstlüğü ve bütünlüğü koruma altına alındığından, aleyhine yalan tanıklık yapılan kişinin rızası önemli değildir[1].

Burada akla gelen bir soru, ellerindeki rehineleri öldürme tehdidinde bulunarak hapishanedeki arkadaşlarının serbest bırakılmalarını isteyen teröristlerin bu talebi üzerine cezaevi müdürünün, mahkûmların salıverilmesine rıza gösterip gösteremeyeceğidir. Esasen buradaki mesele bir rıza veya resmi makamların yetkisi meselesinden ziyade bir zorunluluk (ıztırar) hali meselesidir ve o çerçevede değerlendirilmek gerekir[2].

Özet olarak,

"mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, GEREK korunan hak ve yararın GEREKSE hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde belirtilen konunun kişiye ait olması gerekir.

Bu iki kavramın kişide birleştiği durumlarda, mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi olabilir" (Önder, II. 238).

ddd. Varsayılan Rıza

İsim babası Mezger olan varsayılan rızanın gerçek rıza ile zorunluluk hali arasında kalan kendine özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Varsayılan rıza, rıza gösterme hak ve yetkisine sahip olan kişinin, rızanın gösterilmesi gereken zaman diliminde bilincinin kapalı olması veya başka bir nedenle rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olmamasına rağmen, somut olayın özellikleri dikkate alındığında kişinin olayı bilmesi halinde rıza göstereceğinin varsayıldığı halleri kapsar[3].

Varsayılan rızaya örnek olarak şunlar gösterilebilir: "Fail, evde olmayan komşusunun kırılan musluğundan etrafa yayılan suyu kesmek için evine girmiş olabilir; boğulmak üzere olan kişiyi fail kurtarmak isterken vücudunun muhtelif yerlerini ağır şekilde yaralamış olabilir; yere düşen meyveler üçüncü kişi tarafından toplanarak alınmış olabilir; hizmetçi ev sahibinin eski ve kullanılmayan elbiselerini bir dilenciye vermiş olabilir"[4].

Bu tip hallerde hak sahibinin yapılan bu hareketler bakımından rızası yoktur. Bu durumda hâkim, olay mağdur tarafından bilinmiş olsa idi, rızasını vermesi kuvvetli bir ihtimal içindedir diyebilmekte ise rıza varsayılacak ve fiil hukuka uygun olacaktır[5].

Yargıtay da bir kararında "ev sahibi olan sanığın, müştekinin evine aralarındaki ilişkinin iyi olmasına güvenerek, onun olmadığı bir zamanda tamirat için girmesi olayında, konut dokunulmazlığının bulunmadığına karar vermiştir"[6]. Keza, daha yeni tarihli bir kararda da dayısı olan mağdurun yanında çalıştığı süre içerisinde dokuz kez telefonla konuşan sanığın, yakın akrabalık

---

1 Ekici-Şahin, 124.
2 LK[11], vor§32, kn. 115.; Kühl, §8, kn. 133.
3 Ekici-Şahin, 223.
4 Önder, II. 239.
5 Önder, II. 240.
6 CGK. 31.03.1975, 72.

ilişkisine dayanarak örtülü izin verdiği düşüncesiyle dayısına ait telefondan görüşme yaptığına işaret edilmiştir[1].

Varsayılan rıza zımni rıza ile karıştırılmamalıdır. Zımni rızada, kişide rıza gösterme konusunda bir irade mevcuttur, ancak kişi rızasını söz veya yazıyla açıklamak yerine, tutum ve davranışlarıyla ortaya koyar. Örneğin, aynı ofisi paylaşan iki iş arkadaşından biri diğerine hediye gelen çikolatalardan alırken, diğeri buna itiraz etmiyorsa, alma eylemine; bir bayan randevu alıp bir jinekoloğa gidiyorsa, jinekolojik muayeneye rıza gösteriyor demektir. Ancak varsayılan rızanın söz konusu olduğu hallerde, kişide rıza göstermek şeklinde bu türden bir irade oluşmamıştır, zira kişi somut fiili bilmemektedir. Bilseydi rıza gösterirdi varsayımından hareket edilmektedir[2].

Yargıtay ise esas itibariyle varsayılan rızanın söz konusu olduğu hallere, zımni rıza demektedir: "*...sütçünün süt, gazetecinin gazete, postacının mektup bırakmak için eklentiye girmesinde örtülü rıza mevcuttur... Eklentiye girmede, burayı kullanmada ve tasarruf etme hakkına sahip olanların rızalarının tespiti zımnında, sanığın davranışları değerlendirilmeli, giriş amacı araştırılmalı, olaysal olarak değerlendirme yapılmalıdır*"[3]. "*Mağdurun rızası açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Özellikle iki kişi arasındaki ilişkiler, böyle bir rızanın varlığını ciddi olarak kabule elverişli olduğu takdirde, bu rızaya dayanarak başkasının imzasını atan kimsede suç kastının varlığı kabul olunamaz*"[4].

> *Sanık ile mağdur kardeş olup, aynı evde ayrı ayrı odalarda oturmaktadır. Olay gecesi sanık, mağdurun kullandığı odaya girmiştir. Sanık ile mağdurun ayrı ayrı kullandıkları odalara, birinin diğerinin odasına girmeyeceği konusunda açıkça iznin bulunmadığı belirtilmediği sürece, yaşamın doğal akışına göre birbirlerinin odalarına girmelerinde rızanın var sayılması gerekir (2. CD, 31.01.2008, 1503).*

Öğretide, varsayılan rıza kavramını reddeden ve varsayıma dayalı olarak hüküm tesis edilemeyeceğini[5], varsayılan rıza yerine kanun hükmünün ifası veya hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebeplerinin söz konusu olabileceğini[6] savunan yazarlar vardır. Hemen belirtmek gerekir ki, rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ediliyorsa, bu rızanın açıkça beyan edilmediği, ancak koşullardan rızanın bulunduğunun varsayılabildiği hallerde, hukuka uygunluk sebebini kabul etmek bir zorunluluktur. Örneğin, narkoz altında ameliyat edilen hastanın karnı açıldığında, önceki ameliyatta unutulmuş bir gazlı bez görüldüğünde, bu gazlı bezden dolayı hastadan rıza alınmadığından, hastanın uyandırılarak, rızasının alınıp tekrar narkoz uygulamasıyla ameliyata alınması başka türlü hukuka uygun görülemez. Bir mesleğin icrası veya görevin yerine getirilmesi bu bakımdan yeterli değildir, zira bu hukuka uygun-

---

[1] 11. CD. 13.10.2003. 6846.
[2] Ekici-Şahin. 224.
[3] YCGK. E. 1993/4-208. K. 1993/352. T. 27. 12. 1993. www.kazanci.com.
[4] 11.CD. 06.02.2008. 617. Belirtelim ki, burada kast vardır, ancak hukuka uygunluk sebebi dolayısıyla eylem suç oluşturmamaktadır.
[5] Özgenç[2]. 327.
[6] Koca/Üzülmez[3]. 287.

luk sebeplerinin mevcudiyetine rağmen, hastanın mutlaka tıbbi müdahaleye rıza göstermesini de aramaktayız. Nitekim mesleğin icrası veya görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebeplerinin söz konusu olmadığı aşağıdaki olayda *Yargıtay*, varsayılan rızayı kabul etmiştir: "Sanığın, daha önceden tanıdığı şikâyetçinin evinin önündeki merdane tabir edilen tarım aletini tarlasında kullanıp iade etmek amacıyla aldığı sırada, şikâyetçinin hizmetçisi Kaya Aslan'ın "*alma, beyim kızar*" demesi üzerine, sanığın kendisini tanıtarak, "*bana kızmaz*" cevabını verdiği, olayı öğrenen şikâyetçinin sanığın yanına gittiğinde merdane ile tarlasında çalıştığını gördüğü dosya kapsamından anlaşılmasına göre sanığın kırsal kesim dayanışması ve yardımlaşması içinde ve şikâyetçinin **zımni ve peşinen rızası** olduğu düşüncesi yerine, hırsızlık kastı ile hareket ettiğine ilişkin delillerin nelerden ibaret olduğu karar yerinde gösterilip tartışılmadan yazılı düşüncelerle mahkûmiyetine karar verilmesi" kanuna aykırıdır[1].

eee. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu

Tıbbi müdahaleler, yerine göre yaralama veya öldürme suçlarının tipikliğini oluşturabilmektedir. Hekim tıbbi müdahalenin sebebiyet vereceği doğrudan neticeyi istediğinden, kasten hareket ettiğinde tereddüt yoktur. Hekimin tıbbi müdahale ile bu doğrudan neticeyi değil de şifa, tedavi neticesini istemesi, bu doğrudan netice bakımından kastının varlığını kaldırmaz. Hekimin iyileştirme maksadıyla hareket etmesi, hekimler bakımından genel kurallardan sapmamızı gerektirmez. Gerçekten de belediye otobüsünü kullanan şoför de insanları evlerine ulaştırmak istemektedir. Ancak bu arada yaptığı ani bir fren sonucu bir yolcunun kafasını çarparak yaralanması halinde yaralama suçunun oluşmadığı söylenemez.

Ülkemizde de özellikle hekimler tarafından hekimin bir saldırgan ile aynı konumda değerlendirildiği yönünde eleştiriler bulunmaktaysa da mesleki sorumluluğun olduğu her yerde hukuk düzeninin aynı doğrultuda hareket ettiğini belirtmek gerekir. Gerçekten de bir hekimin fabrikada çalışan bir işçi gibi değerlendirildiği haller de vardır. Kaldı ki, birçok meslek açısından, yapılan faaliyetin suç oluşturduğu ve fakat bir hukuka uygunluk sebebi ile cezasızlığın sağlandığı açıktır. Örneğin, hâkimin bir kimse hakkında idam kararı vermesi veya bir kimsenin tutuklanmasına karar vermesi durumlarında da eylemin suç oluşturduğunda kuşku yoksa da hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu da açıktır. Benzer şeyler polisler açısından da söylenebilir. O nedenle, hekimler açısından genel kurallara bir istisna tanımak yerine, hekimlerin cezasızlığını hukuka uygunluk nedenlerinde aramak gerekir.

Türk Öğretisindeki hâkim görüş, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu *sadece* hakkın kullanılmasında aramaktadır. Ancak bu görüşe katılmıyorum. Zira bu görüşler hekim-hasta ilişkisine paternalist bir anlayışla yaklaşımın sonucudur. Böylece, hastanın rızasına hiçbir değer tanınmamakta veya gerektiği gibi değer tanınmamakta, hekimin hakkını icra ettiği, mesleğini yerine getirdiği, kanunların kendisine verdiği yetkiyi kullandığı, hastasının iyiliğini düşündüğü, böylece bu şartlar altında hareket eden hekimin tıbbi

[1] 11. CD. 23.10.2002, 8302.

müdahalesinin başkaca bir şart aranmaksızın hukuka uygun olduğu kabulü ile karşı karşıya kalınmaktadır ki, bu sonuç, modern tıp hukukunun gereklerine uymayan bir sonuçtur.

Kanımca, tıbbi müdahaleleri hukuka uygun kılan ana husus, hastanın rızasıdır. Ancak bunun yanında diğer koşulların da gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması, endikasyonun ve aydınlatılmış rızanın bulunması ve hekimin tıp biliminin gereklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapması lazımdır. Hatta endikasyon şartı anayasal bir şarttır (bkz. *md. 17/2*). Gerek tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması[1] ve gerekse rıza[2] şartları da yasal şartlardır. Dolayısıyla bu üç şart açısından aslında "*kanun hükmünün yerine getirilmesi*" de söz konusu olmaktadır.

Esasen, endikasyon şartı da tıp biliminin gereklerine uygun müdahale şartı içinde mütalaa edilebilir.

Bu şartlara daha ayrıntılı bakacak olursak:

Hekimlik mesleğinin icrasının hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için,

- her şeyden önce, bir mesleğin icrası söz konusu olduğundan, bu mesleğin yetkili bir kimse tarafından icra edilmesi gerekir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun, diploması olmadığı halde, kendisine çıkar sağlamak amacı ile olmasa dahi, hasta tedavi eden, tıbbi müdahalelerde bulunan kimseyi cezalandırdığı gibi (m. 25), diploması olup da hekimlik yapmaktan yasaklanmış bulunan hekimin faaliyette bulunmasını da cezalandırmaktadır. Dolayısıyla yetkisi olmayan kişiler tarafından yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır[3].
- Endikasyon: Tıbbi müdahale konusunda tıbbi veya sosyal bir zorunluluk (endikasyon) bulunmalıdır. Başka anlatımla, mesleki tedavi yükümlülüğü, alınacak tedbiri kapsamalı ve gerekli görmelidir. Tedavi yükümlülüğünün içerik ve kapsamı tıbbi gereklilikler ve meslek etiği göz önünde bulundurularak belirlenir.
- Aydınlatılmış (bilgilendirilmiş) hastanın rızası şarttır. Aydınlatma yükümlülüğü, hukukçuların hekimlere yüklediği bir hukuksal yükümlülüktür. Hekim, hastasını kişisel ve sözlü olarak aydınlatmalıdır. Böylece hasta, en azından temel noktalarıyla kendisi hakkında yapılacak işlemler konusunda bilgi sahibi olmalı ve böylece kendi kararını vererek, geleceğini belirleme hakkını kullanabilmelidir. Hastanın rızası olmasa dahi, muhtemel rızası, kanuni temsilcisinin veya mahkemenin rızası bulunmalıdır.
- Son olarak, hekimin tedavi amacıyla ve tıp meslek ve sanatının gerektirdiği şekilde hareket etmesi ve mesleki bir hata yapmaması gerekir.

---

1 Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md. 1-4.

2 Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md. 70; Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun md. 6; Nüfus Planlaması Hakkında Kanun md. 4; ayrıca Biyotıp Sözleşmesi md. 5; Hasta Hakları Yönetmeliği md. 5, 25.

3 Donmezer/Erman, II, 51.

İlk üç şartın bulunmadığı hallerde sorumluluk kasten gerçekleştirilen bir eylem dolayısıyla söz konusu olacakken, son şartın gerçekleşmediği hallerde, yani hekimin tıp biliminin gerekliliklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapmadığı hallerde artık kasttan değil, taksirden dolayı sorumluluktan bahsedilebilecektir.

Bu noktada vurgulamak isterim ki, rıza konusunda kişinin kendi vücudu üzerinde hukuk düzeni tarafından aksi açıkça kabul edilmediği müddetçe doğrudan tasarruf yetkisinin bulunduğunu kabul ediyorum. Böylece kişinin tıbbi müdahale konusunda gösterdiği rıza geçerlidir. Bu konuda, kişinin yaşam veya vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması dolayısıyla başka kıstaslara gidilmesi gereğini görmüyorum, zira böyle bir tasarruf yetkisinin bulunduğunu kabul ediyorum. Aksi takdirde intihar edeni, hastaneye gitmeyeni veya hastaneye gidip de tıbbi müdahaleyi reddedeni de cezalandırmak gerekecektir. Özellikle tedavi veya hastalığın önlenmesi konusundaki rızanın geçerli olacağında tereddüt olmamak gerekir. Bu nedenle, rıza dışında ayrıca bir koşul aramak gerekli değildir. Bununla beraber, ben de rızayı tek başına yeterli görmemekteyim. Fakat bunun nedeni, tasarruf yetkisinin bulunmaması veya varsayılan rızadan kaynaklanan sorunlar olmayıp, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan birçok nedenin bir arada bulunması gereğidir. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, öğretide varsayılan rızaya yöneltilen eleştiriler nedeniyle, rızanın tek başına hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği görüşünü de kabul etmek mümkün değildir. "Varsayılan rıza" da diğer hukuka uygunluk nedenleri gibi, bir hukuka uygunluk nedenidir ve ispat veya uygulama güçlükleri, böyle bir kurumun uygulanmasının önünde haklı bir engel olarak görülemez. Bu hukuka uygunluk sebebi diğer alanlarda olduğu gibi tıp hukuku alanında uygulanacak bir hukuka uygunluk sebebidir.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından müdahaleyi yapanın hekim olması şartını ortaya koyunca karşımıza çıkan şu soruna da bir çözüm aramak gerekecektir: Hekim olmayan kimselerin tıbbi müdahaleleri hukuksal açıdan nasıl değerlendirilecektir? Öncelikle belirteyim ki, tıbbi müdahalede bulunan hekim ise diğer üç koşulun da varlığı durumunda, eylem hukuka uygun olacaktır. Buna karşılık, müdahaleyi yapan hekim değil ise diğer üç koşulun yanı sıra bir koşul daha aramak gerekir. Bu da hekime müracaat etme imkânının bulunmaması veya önemsiz derecede birtakım tıbbi müdahalelerin yapılmasıdır. O nedenle, endikasyon, rıza, özen yükümlülüğüne uyma şartlarına ek olarak, hekim olmayan bir kimsenin de belirtilen çerçevede yaptığı tıbbi müdahale hukuka uygun olabilir. Bu söylenenler, hekim olmayan kişinin tıbbi müdahalesinin yaralama veya öldürme suçunu oluşturmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Belirtelim ki mevzuatımızda hekim olmadığı halde bu mesleği icra edenlere yönelik olarak konulmuş hükümlerin (örneğin 1219 s.k. md. 25) ihlali halinde bu yönden bir yaptırımın söz konusu olabileceği açıktır[*].



ARAŞTIRMA SORUSU: Erkek çocukların sünnet edilmesini ceza hukuku açısından değerlendiriniz.

[*] Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku[6], 235 vd.

b. Ceza Kanununda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Sebebi: Yükümlülüklerin Çatışması

İhmali suçlarda, yükümlülüklerin çatışması bir hukuka uygunluk sebebidir. Yükümlülüklerin, başka anlatımla görevlerin çatışması hukuka uygunluk sebebi sadece ihmale mahsustur. Nitekim "ihmalin daha önemli olan bir başka görevin yerine getirilmesi zorunluluğundan doğması halinde, ihmal ve gecikmenin hukuka aykırı olmadığını kabul etmek gerekir"[1]. Kanunda düzenlenmemiş bulunan bir hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülüklerin çatışması öğretide genel olarak tanınmaktadır.

Yükümlülüklerin çatışmasında fail açısından en azından iki hareket yükümlülüğü söz konusu olmakta ve fakat fail bunlardan ancak birini yerine getirebilmektedir ve böylece bir diğer yükümlülüğü ihlâl etmektedir. Örneğin bir dönemeçte kazaya sebep olan kimse, hem yaralılara yardım etmek zorunda ve hem de caddede tehlikeli bir şekilde duran aracı uzaklaştırmak durumundadır. Bu tip olaylarda fail kendi kurtarma olanağını bilmesine ve kurtarma hareketinin kesinlik sınırında bir olasılıkla neticeyi önlemesi de söz konusu olduğuna göre, kasti bir ihmali suçun bütün objektif ve sübjektif unsurları gerçekleşmiş olmaktadır. Ne var ki, bu takdirde fiilin hukuka aykırılığı söz konusu olmayabilir. Insanların iki yükümlülüğü birden yerine getirmesi mümkün olmadığına göre, hukuk düzeni sadece bir yükümlülüğün yerine getirilmesiyle yetinmek durumundadır[2]. İki çocuğunun da boğulma tehlikesi geçirdiği bir olayda, baba çocuklardan sadece birini kurtardığı için sorumlu tutulamaz.

Bu noktada da görevlerin farklı önceliğe veya aynı dereceye sahip olmasına göre karar vermek gerekir. Nitekim failin daha üst derecede bir yarar için tercihini kullanması halinde, ağır basan yararın korunmasından söz edilir. Buna karşılık eşit derecede olan görevlerin mevcudiyeti halinde ise bu görevlerden birinin yapılması yeterlidir. Hukuk düzeninin bundan fazlasını istemesi söz konusu olmayacağına göre (*impossibilium nulla est obligatio*), failin hareketi hukuka uygundur.

Burada incelenmesi gereken bir konu, failin iki yükümlülükten daha üst derecede olanı değil de daha hafif olan yararı tercih ettiği takdirde cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesidir. Bir örnek vermek gerekirse, K, sahilde güneşlenmektedir. Eşi E ve en iyi arkadaşı A, bir kayıkla açılırlar. Birden kayık su almaya başlar ve her ikisi de yüzme bilmiyordur. K, kayığa doğru yüzer ve A'yı kurtarır, eşi E boğulur. Burada K'nın kayığın su aldığını görmesine rağmen hiçbir yardımda bulunmaması halinde, eşi bakımından ihmali öldürme, A bakımından da yardımın ihmali suçu gerçekleşecekti. Ancak olayda K ihmali bir tutum takınmamış, yardıma gitmiş, ancak her iki hareket yükümlülüğünü de aynı anda yerine getiremediğinden sadece birini yerine getirmiştir. Fakat problem, K'nın garantör olarak, garantörlük yükümlülüğünü yerine getirmek yerine, **TCK** 98'den ileri gelen dayanışma yükümlülüğünü yerine getirmeyi tercih etmesinin nasıl değerlendirileceğidir.

---

[1] Erman/Özek, Kamu Idaresine, 181.
[2] Schlehofer, 72.

Bu konuda şöyle bir ölçüt getirildiği görülmektedir[1]: Öncelikle tehlikede olan yararlara bakmak lazımdır (yaşam, sağlık, malvarlığı gibi). Ikinci olarak, tehlikenin yakınlığını ve zararın meydana gelme olasılığının yüksekliğini de göz önünde bulundurmak gerekir.

Garantörlük bakımından ise öğretide bir görüş garantörlük yükümlülüğü ile dayanışma yükümlülüğünün aynı anda bulunması halinde, garantörlük yükümlülüğünün üstün tutulması gerektiğini savunmaktadır[2]. Bir başka anlayış hukuki değerlerin niteliğine göre değerlendirme yapmakta ve verilen örnekte her iki mağdur da insan olduğundan, bunlardan birinin kurtarılmasını yeterli görerek, diğeri bakımından hukuka uygunluk nedeni kabul etmektedir, zira burada aslolan kurtarılacak yararların eşit değerliliğidir[3]. Keza tehlikede olan iki çocuktan kendi çocuğunu değil de bir başka çocuğu kurtaran baba, kendi çocuğunu kurtarma daha yüksek derecede görülüp de sorumlu tutulamaz. Aksi durum diğer çocuğun kurtarılmasının pratikte yasaklanması ile aynı manaya gelecektir[4]. Benim de katıldığım bu görüşün bir diğer gerekçesi, insan yaşamları arasında bir artı-eksi değerlendirmesi yapmanın mümkün olmaması, her iki insan bakımından eşit derecede yükümlülüğün bulunmasıdır. Hukuk önünde her iki insanın da yaşamı aynı değerdedir. Garantörlük yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile dayanışma yükümlülüğünün ihmalinin farklı ağırlıkta cezalara tabi tutulması bu bakımdan bir şey değiştirmez. Kaldı ki, pratikte zaten insanlar öncelikli garantör yükümlülüğü altında bulunan kişileri, yabancı kişilere tercih edecektir. Ancak bunun tercih edilmemesini cezalandırma sebebi yapmanın adil olmayacağı kanaatindeyim.

4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Yanılgı

Türk Ceza Kanunu'nun 30/3 maddesine göre, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Hukuka uygunluk sebeplerinde yanılgı konusunda da uygulanacak olan bu norm, didaktik olması bakımından aşağıda hata/yanılgı bahsinde diğer hata türleriyle beraber ele alınacaktır.

IV. KUSUR

A. Kusur Yeteneği

B. Kusuru Etkileyen Sebepler

1. Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emir

2. Zorunluluk (Iztırar, Mecburiyet, Zaruret) Hali

3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

4. İhmali Suçlarda Beklenebilirlik

5. Haksız Tahrik

6. Yanılma (Hata)

---

1 Wessels/Beulke, kn. 736.
2 S/S-Lenckner, vorbem §§32 ff, kn. 75; Wessels/Beulke, kn. 736; Heinrich (Ed. Ünver), 340, 341.
3 SK-Rudolphi, vor §13, kn. 29.
4 Freund, AT, 210.

Yukarıda tipik ve hukuka aykırı bir fiilden ve bu fiilin kasten veya taksirle gerçekleştirilmesinden bahsettim. Bu unsurlar ile fiilin suç oluşturan bir haksızlık olduğu tespiti yapılmış olur. Fiil hakkında yapılan bu belirlemeden sonra, bu kez fail hakkında bir değerlendirme yapılır. Bu belirleme kusur belirlemesi, başka ifadeyle bir kusur yargısıdır. Bu yargı, bir haksızlığı gerçekleştirmiş olması nedeniyle failin kişisel olarak kınanıp kınanamayacağına yöneliktir[1].

Kusurun ceza hukukundaki fonksiyonu şöylece özetlenebilir:

1. Kusur yoksa ceza da yoktur.
2. Failin kusuru, gerçekleştirilen haksızlığın bütün unsurlarını kapsamalıdır. Haksızlık ve kusur birbirine uymalıdır.
3. Somut olayda belirlenen ceza, kusura uygun olmalı, kusuru aşmamalıdır.

Sonuç olarak, cezanın şartı failin kusurudur ve ceza belirlenirken kusurun kapsam ve ağırlığı esas alınır (bkz. TCK 61/1-f)[2].

Peki, kusur nedir? "Kusur, failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebiyle, bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir"[3].

Böylece kusur başlığında ele alacağımız hususları şöylece özetleyebiliriz:

Bir kimsenin kusurlu olduğundan söz edebilmemiz için öncelikle onun kusurlu davranabilme yeteneğinin olması gerekir. Böylece ilk ele alınacak husus **kusur yeteneği**dir (isnat kabiliyeti). "Kusurlu bir iradenin, yani kusurun var olabilmesi için failin kusurlu davranabilme kabiliyetine sahip olması şarttır"[4].

İkinci olarak kişinin kusurlu olduğundan söz edilebilmesi için kişinin hukuka uygun hareket edebilmesinin ondan beklenebilmesi gerekir. Bundan anlaşılması gereken, **kusuru etkileyen sebepler**den birinin mevcut olmamasıdır. Aksi takdirde kusurdan söz edilemez. Demek ki, son olarak ele alınacak husus da kusuru etkileyen sebeplerdir.

---

1 Bkz. Koca/Üzülmez, 107, 108.
2 Wessels/Beulke, kn. 398, 399.
3 Önder, II, 252.
4 Alacakaptan, 66.

A. Kusur Yeteneği

1. Tanım
2. Genel Olarak
3. Kusur Yeteneğini Etkileyen Sebepler
   a. Yaşın Kusur Yeteneğine Etkisi
      aa. Genel Açıklamalar
      bb. Fiili İşlediği Zaman 12 Yaşını Bitirmemiş Olan Küçükler
      cc. Fiili İşlediği Zaman 13-15 Yaş Arasında Olan Küçükler
      dd. Fiili İşlediği Zaman 16-18 Yaş Arasında Olanlar
      ee. Yaş Büyüklüğü
   b. Sağırlık ve Dilsizlik
   c. Akıl Hastalığı
   d. Geçici Nedenler
      aa. Genel Olarak
      bb. Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullananlarda Kusur Yeteneği

1. Tanım

Kusur yeteneği (isnat kabiliyeti); doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme ve buna göre davranabilme kabiliyetidir. Diğer bir deyişle failin kusurlu sayılması gereken kişisel nitelikler olan kusur yeteneği,

1. haksızlığı anlayabilme ve
2. bu anlayışa göre davranabilme yeteneğini kapsar.

Ancak böyle bir kişi kusurlu hareket edebilir, hareketinden dolayı kınanabilir ve haksız bir fiili kendisine yüklenebilir. Bu bakımdan fiilin haksızlığını anlayamayan bir kişide isnat yeteneği yoktur[1]. İsnat kabiliyetini, yapılan hareketin anlamını kavrayabilme ve bu hareketi isteme kabiliyeti olarak da tanımlayabiliriz. Buna göre belirli bir kişinin hareketlerinin anlamını kavrayabilecek ve bunları yapmayı isteyebilecek durumda olduğu kabul edilirse, bu kişinin isnat kabiliyetinin varlığı da kabul edilir[2].

anlama ve isteme kabiliyeti

Böylece isnat kabiliyeti (kusur yeteneği) **anlama ve isteme** kabiliyetine sahip olmaktır. Kanunumuz "fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği" demektedir.

---

1 Yüce, 54
2 Donmezer/Erman, II, 148.

Pekâlâ, anlama ve isteme kabiliyetini daha ayrıntılı belirlemek gerekirse, nasıl açıklamak gerekir?

Anlama kabiliyeti (algılama yeteneği),

Bir kimsenin yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve toplu halde yaşama şartları ile tezat halinde olduğunu anlamasıdır. Bundan anlaşılması gereken ise kişinin hareketinin toplum bakımından etki ve önemini anlayabilme yeteneğine sahip olmasıdır. Kişinin anlaması gereken, hareketinin toplum açısından taşıdığı değer ve değersizliktir. Buna karşılık, bu hareketin cezalandırılan bir hareket olup olmadığını anlaması şart değildir[1].

İsteme kabiliyeti (davranışlarını yönlendirme yeteneği) ise

"kişinin, yapmak zorunda olduğu şeyi isteyebilme, başka bir deyişle, hareketlerini özerk (=muhtar) olarak tayin edebilme kabiliyetinden başka bir şey değildir"[2]. "Kişi iradesine uygun hareket edebilme ve gerektiğinde iradesinin isteklerini engelleyebilme yeteneğine sahip olmalıdır"[3].

> İsnat kabiliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda, yukarıda bahsedilen anlama ve isteme yeteneklerinin ikisinin de mevcut olup olmadığı araştırılır. Dikkate değer ki, bu iki yetenekten sadece birisinin bulunması, isnat kabiliyetini kabul açısından yeterli olmayıp"birisinin bulunmaması, isnat kabiliyetinin yokluğunu kabul bakımından yeterlidir" (Önder, II, 260).

Görüldüğü üzere, kanunumuz isnat yeteneğini ahlâki-manevi sorumluluk şeklinde değil de anlayabilme ve isteyebilme yeteneği olarak tayin etmiştir. Şu halde aklen sağlam ve fizyolojik bakımdan gelişmiş herkes isnat yeteneğine sahiptir[4].

2. Genel Olarak

Hukuk düzeni, toplumdaki herkesi hukuka aykırı hareketi sebebiyle sorumlu tutmamaktadır. Ceza hukuku insanlar arasında ceza sorumluluğu bakımından bir ayrım yapmaktadır. Bu ayrım normal ve anormal kişiler şeklinde yapılmaktadır. Ceza sorumluluğu açısından kişinin normal olması demek, kişinin fârik ve mümeyyiz (iyiyi kötüyü ayırt eden) olması ve toplumsal davranabilme yeteneğine sahip olması demektir. Yani kişi anlayabilme ve isteyebilme yeteneğine sahip olacaktır[5].

"İsnat kabiliyeti (kusur yeteneği) kusurlu hareket edebilmenin **önkoşu**ludur. Ceza normunu anlamayan veya anlamasına rağmen, ona uygun hareket edemeyen kişiye, hareketinin isnat edilebilmesi ve bu hareketi nedeniyle kınanabilmesi düşünülemez"[6].

---

1 Alacakaptan, 67; Önder, II, 258.
2 Alacakaptan, 67.
3 Önder, II, 258.
4 Donmezer/Erman, II, 151.
5 Önder, II, 257, 258.
6 Önder, II, 258.

Ceza hukukunda aksi ispatlanabilen bir karine olan, **bütün insanların isnat kabiliyetine sahip olduğu** karinesi geçerlidir. Bununla beraber, bu karinenin aksinin söz konusu olabileceği halleri de ceza kanunları gösterir. Kanunların göstermiş olduğu bu istisnalar dışında, esas alınması gereken olgu, bütün insanların isnat kabiliyeti (kusur yeteneği) noktasında normal olduğudur.

3. Kusur Yeteneğini Etkileyen Sebepler

Yukarıda hukuka aykırılık karinesinde olduğu gibi, isnat kabiliyeti karinesinin bulunduğunu, ne var ki, bunun istisnalarının kanun tarafından gösterildiğini belirtmiştim. Bu istisnalar kanunumuza göre aşağıdakilerden ibarettir[1].



Bunlardan bir kısmı isnat kabiliyetini ortadan kaldırırken, diğer bir kısmı ise isnat kabiliyetini azaltmaktadır.

a. Yaşın Kusur Yeteneğine Etkisi

aa. Genel Açıklamalar

Yaş küçüklüğünün isnat kabiliyetini azaltıcı veya kaldırıcı etkide bulunmasının nedeni, anlayabilme ve isteyebilme gücünün ancak zamanla ve yaşın ilerlemesiyle olgunluğa kavuşmasıdır[2].

Yaşın kusur yeteneğine etkisi her ülkede farklı belirlenebilir. Özellikle kuzey ülkelerinde bu sınırın daha yüksek, buna karşılık güney ülkelerinde daha az olduğu

YAŞIN KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİ (AMERICAN COMMON LAW) (bkz. Dressler, 684):

1. 7 yaşından küçükler mutlak sorumsuz.
2. 7-14 yaş arası kural olarak sorumsuz, ancak aksi ispatlanabilir.
3. 14'ten büyükler sorumlu.

[1] Son yıllarda tartışılmaya başlanan bir husus, kişinin genetik yapısının suç işlemesinde etkili olup olmadığıdır. Nitekim İtalya'da bir mahkeme, saldırganlık genine sahip bir kimsenin cezasını bu nedenle 9 yıldan bir yıla indirmiştir. bkz. Forzano F, Borry P, Cambon-Thomsen A, Hodgson SV, Tibben A, de Vries P, van El C, Cornel M., Italian appeal court: a genetic predisposition to commit murder? *Eur J Hum Genet* 2010;18(5):519-21. Bilgen, 97, dn. 71'den.

[2] Donmezer/Erman, II, 158.

gözlemlenmektedir. İngiltere'de on yaşındayken işlenen suçlardan dolayı ceza sorumluluğunun kabul edilmiş olması Insan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde şikâyet konusu yapılmış ve mahkeme, bu yaşta cezai sorumluluk yüklenmesinin tek başına sözleşmenin 3.maddesinin ihlali niteliğini taşımadığına karar vermiştir[1].

Yaşın isnat yeteneğine etkisi kanunumuzda üç devre halinde **TCK** 31'de düzenlenmiştir. Bunlar,

- 12 yaşından küçükler,
- 13–15 yaş ve
- 16–18 yaş arası olanlardır.

Kanunda belirtilen yaşın doldurulmuş olması gerekmektedir[2].

YAŞIN KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİ (İNGİLİZ HUKUKU) (Allen, 121 vd.) Paralel düzenleme 1987'den beri Avustralya'da da vardır (Brown vd., 151 vd):

1. 10 yaşından küçükler mutlak sorumsuz.
2. 10-14 yaş arası kural olarak sorumsuz, ancak aksi ispatlanabilir.
3. 14-21 yaş arası genç ve genç suçlu olarak kabul ediliyor ve özel hükümlere tâbi.

Hemen belirtelim ki, Türk Ceza Hukuku Sistemi'nde sadece çocuklar tarafından işlenebilen suçlar kategorisi bulunmamaktadır. Bütün suçlar hem çocuklar hem de yetişkinler tarafından işlenebilir.

bb. Fiili İşlediği Zaman 12 Yaşını Bitirmemiş Olan Küçükler

TCK 31/1'e göre, *"fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında ceza kovuşturması yapılamaz; ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir".*



Böylece doğumdan 12 yaşının doldurulmasına kadar çocukların isnat kabiliyetini haiz olmadıklarını kanun baştan kabul etmiş olmaktadır. Bu bakımdan bu kategori içindeki bir çocuğun aslında anlama ve isteme yeteneğinin bulunduğunu ispata kalkışmanın yeri yoktur[3]. Kanun koyucu 12 yaşını bitirmemiş olan küçüklerde, "ben kusur yeteneğinin bulunmadığını kabul ediyorum ve mevcut olup olmadığının araştırılmasına da izin vermiyorum demektedir"[4].

2005 tarihli Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre; 12 yaşından küçük çocuklar suç nedeni ile kolluk tarafından **yakalanamaz**. Kanunumuz tutuklama ile ilgili ise açık bir hüküm koymamış-

---

1 Dutertre, 75.

2 "Ceza uygulaması yönünden yaşın nüfus kayıtlarına göre hesaplanması gerekmekte ise de, sanığın belirli bir yaşı doldurmuş sayılabilmesi için **ay, gün ve saat hesabıyla o kadar yaşı tam olarak yaşaması zorunlu olduğundan** suç tarihi kabul edilen 20.09.2010 tarihinde 12 yaşında olmakla birlikte henüz 12 yaşını doldurmayan 20.09.1998 doğumlu suça sürükleyen çocuğun, TCK'nın 31/1. maddesi uyarınca ceza sorumluluğu bulunmamaktadır". 14. CD, 30.04.2014, 5878.

3 Donmezer/Erman, II, 159.

4 Önder, II, 266.

tır. Bu durumda, yakalama bile mümkün değilken, tutuklamanın evleviyetle mümkün olamayacağı söylenebilir. Bununla beraber, tutuklamanın amacını düşündüğümüzde, cezanın infazı ve delil karartmanın önlenmesi amaçlarıyla uygulanan bir koruma tedbiri söz konusu. Bu yaştaki çocuğun delil karartmasına gerek yoktur, zira hapse girmeyecektir. Ancak emniyet tedbiri uygulanabilir ve bundan da kaçabilir, yani kaçma şüphesi nedeniyle tutuklama olabilir. Buna rağmen, mevzuatta açık hükümolmadığı müddetçe tutuklama koruma tedbirinin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyim.

Bu çocuklar hakkında savcıların iddianame düzenlememesi gerekir. Her nasılsa dava açılmışsa, bu kimseler hakkında verilecek karar "*kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı*" kararı olacaktır (CMK 223/3).

3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 15. maddesine göre, "*suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır*".

Bu dönemdeki çocuklar hakkında kovuşturma yapılamaz ve ceza da verilemez ise de bunların tedbir sorumlulukları olabilir. "*Cumhuriyet savcısı soruşturma sırasında gerekli görüldüğünde çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasını çocuk hâkiminden isteyebilir*" (ÇKK md. 15/3). Ayrıca, savcı bunlar hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verse dahi, bu husus tedbir uygulanmasına engel değildir. Bu durumda savcı mahkemeden karar isteyecektir. Çocuk Koruma Kanunu'nun 13. maddesine göre, "*bu kanunun 7'nci maddesinin yedinci fıkrasında öngörülen durumlar hariç olmak üzere, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklarla korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında duruşma yapılmaksızın tedbir kararı verilir. Ancak hâkim zaruret gördüğü hâllerde duruşma yapabilir*"[*]. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise "*Tedbir kararının verilmesinden önce yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun görüşü alınır, ilgililer dinlenebilir, çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesi istenebilir*".

Tedbirin uygulanması, on sekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir (ÇKK md. 7/6).

---

[*] Kamu davasının açılmasının zorunluluğu ilkesinin istisnalardan birisini oluşturan ve TCK'nın 31/1. maddesinde 12 yaşını doldurmayan çocuklarla ilgili düzenlenen hükümde "ceza sorumluluklarının olmadığı ve ceza kovuşturması yapılamayacağı" ancak, "çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin" uygulanabileceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin niteliği dikkate alındığında açıkça 12 yaşından küçük çocukların suç kovuşturmasının dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Suç tarihinde 12 yaşından küçük çocuk bir ceza ilişkisinin tarafı olmayacağı gibi usuli ilişkinin tarafı da olamayacaktır. Yani yanlışlıkla kamu davası açılmış bile olsa ceza davasına bakılamayacaktır. Suç kovuşturması yapılamayınca tedbirler açısından Çocuk Koruma Kanunu'nun getirdiği ilkelere bakılması zorunluluğu ortaya çıkmakta. 5395 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme ve Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesi hükmü de gözetildiğinde Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca hükmolunacak tedbir kararlarının çocuk mahkemesi veya hakimince çocuk mahkemesi olmayan yerlerde ise aile mahkemesi veya yoksa asliye hukuk mahkemesince karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. 9. CD. 22.12.2011, 30619.

Yukarıda bahsettiğim yönetmeliğin aynı maddesine göre de 12 yaşından küçük çocuklar kimlik ve suç tespiti amacı ile **yakalama yapılabilir.** Kimlik tespitinden hemen sonra küçük serbest bırakılır ve suç tespitinde küçük hiçbir suretle kullanılamaz. Tespit edilen kimlik ve suç, mahkeme başkanı tarafından tedbir kararı alınmasına esas olmak üzere derhal Cumhuriyet savcılığına bildirilir.

30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 11/1. maddesine göre, "*fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz*".

cc. Fiili İşlediği Zaman 13–15 Yaş Arasında Olan Küçükler

TCK 31/2'ye göre, "*fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*".



13–15 yaş arasında olan küçüklerde isnat kabiliyetinin bulunup bulunmaması, küçükte algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığına ya da yokluğuna bağlı tutulmaktadır. Algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği yoksa isnat kabiliyeti de yoktur ve böyle bir küçüğün 12 yaşından küçük olan küçükten farkı yoktur. Dolayısıyla cezalandırılması söz konusu olamaz, ancak tedbir sorumluluğu söz konusu olur.

Algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmayan küçükler hakkında "kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir" (CMK 223/3).

Buna karşılık algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği varsa, kanun isnat kabiliyetinin bulunduğunu kabul etmekte, ancak bunun pek dar bir ölçüde bulunduğu düşünülerek cezada indirim yapılacağını öngörmektedir[1] (**TCK** 31/2).

Uygulamada küçüğün algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığı bilirkişilere tespit ettirilmektedir. Nitekim ÇKK 35'te "*bu kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur*" denilmektedir. Bu incelemenin yapılmaması ve uzman olmayan hekimden rapor alınması bozma sebebi olarak kabul edilmektedir[2].

Burada dikkat edilmesi gereken, çocuğun algılama ve hareketlerini yönlendirme yeteneğinin genel olarak değil, işlediği suç bakımından tespit edileceğidir. Yargıtay da aynı görüştedir: "*Sanığın yaralama suçunun fârik ve mümeyyizi olması, onun adam öldürmeye teşebbüs suçunun da fârik ve*

---

[1] Donmezer/Erman II. 161.

[2] 6. CD. 20.12.2005. 12269. 8. CD. 31.01.2011. 426.

mümeyyizi olduğunu kabule yeterli değildir"[1]. "Irza geçmeye kalkışmada fârik ve mümeyyiz olarak kabul edilen küçüğün, alıkoyma suçu bakımından da fârik ve mümeyyiz olup olmadığı tespit edilmelidir"[2].

Keza **neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda** kusur yeteneğinin tespitinde sadece temel suça ilişkin netice değil ağırlaşan netice de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira kusur yeteneğinin azaldığı durumlarda faildeki bu "idrak zayıflığının", işlediği fiilin sonuçlarını düşünebilme yeteneğine etkisi doğrudandır. Bu bağlamda örneğin 13 yaşındaki bir çocuğun kasten yaralama sonucunda ölüme sebebiyet vermesi halinde hem yapmış olduğu yaralama hareketinin anlamını bilip bilmediği hem de bu hareketinin sonucunda ölüm neticesinin de meydana gelebileceğini idrak edip etmeyeceği tespit edilmelidir. Sadece kasten yaralama suçu açısından kusur yeteneğinin bulunması, meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutmak için yeterli kabul edilmemelidir[3].

Birinci dönemden farklı olarak burada küçüğün algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığı araştırılacağından ve yerine göre ceza da verileceğinden, duruşma yapılacaktır.

Bu dönemdeki çocuklar açısından dikkat edilmesi gereken diğer hususlar ise şunlardır:

- 12-15 yaş grubundaki çocuklarla ilgili olarak yasa koyucu, soruşturma ve kovuşturma işlemleri hakkında kısıtlama getirmemiş, sadece soruşturma ve kovuşturma usulleri ile ilgili Çocuk Koruma Kanunu'nun 15, 25. maddeleri ile TCK'nın 31/2. maddesi özel düzenlemeler getirmiştir. TCK 31/2. maddesinin 1. cümlesinde "fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirine hükmolunacağı açıkça belirtilmiş olup, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 35/1. maddesinde açıkça suça sürüklenen çocuklarla ilgili olarak alınan sosyal inceleme raporunun suça sürüklenen çocuğun işlediği fiili hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin takdirinde mahkemece göz önünde bulundurulur" diye belirtilmiş olduğundan Cumhuriyet Savcılığı'nca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilemez. Ceza mahkemesine dava açıldıktan sonra görevli ceza mahkemesince suçun sübutu incelenip sosyal inceleme raporu değerlendirilerek suça sürüklenen çocuk için uygulanacak güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerekir[4].
- Çocuklar hakkında açılan kamu davaları, Çocuk Koruma Kanunu'nun 17'nci maddesi (iştirak halinde işlenen suçlar) hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu Kanunla kurulan mahkemelerde görülür (ÇKK md. 26/4).

---

1 CGK. 25.05.1982, 241.
2 5. CD. 15.10.1980, 3378.
3 Topcu, 353.
4 9. CD. 22.12.2011, 30619.

- Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri bulunmayan yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar çocuklar tarafından işlenen suçlara ait soruşturma ve kovuşturmalar Cumhuriyet başsavcılığı ve görevli mahkemelerce bu kanun hükümlerine göre yapılır (ÇKK geçici madde 1/3). Çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararları görevli aile veya asliye hukuk mahkemelerince alınır (ÇKK geçici madde 1/4).
- 18 yaşından küçükler suç sebebi ile yakalanabilirler. Ancak yakınları ve müdafie haber verilerek derhal savcılığa sevk edilirler. Bu küçükler hakkındaki soruşturma işlemlerini kolluk yapamaz. Savcı tarafından bizzat yapılmalıdır (Yakalama, Gözaltı, İfade Yön. Md. 19/b).
- Küçüklere kelepçe takılamaz. Ne var ki, zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınır (YGİY. 19/b-10).
- Çocuklar hakkında tutuklama kararı yerine CMK 109'da öngörülen adli kontrol yükümlülüklerine ek olarak ÇKK 20. maddede öngörülen adli kontrol tedbirleri uygulanabilir.
- On beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez (ÇKK md. 21).
- Bu küçüklere zorunlu olarak müdafi atanır (CMK 150/2).
- Çocukların cezaları çocuk eğitim evleri (CGTİK 15) ve çocuk kapalı ceza infaz kurumlarında (CGTİK 11) infaz olunur.
- Fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış bulunanların, mahkûm edildikleri bir yıl veya daha kısa süreli hapis cezası hâkim tarafından seçenek yaptırımlardan birine çevrilmek zorundadır (**TCK** 50/3). Bu hüküm ile çocuğun kurumda tutulması engellenmekte ve ayrıca toplum içinde iyileştirilmesi olanağı sağlanmaktadır[1].
- Fiilin işlendiği zamanda 18 yaşını bitirmemiş küçüklerin mahkûm oldukları hapis cezası üç seneden fazla olmadığı takdirde ertelenebilir (**TCK** 51/1).
- Fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış olanlar hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri uygulanmaz (**TCK** 53/4).
- Dava zamanaşımı süresi yetişkinlere nazaran daha kısadır: Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, **TCK** 66/1'de öngörülen sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer (**TCK** 66/2).

[1] Yokuş-Sevük. 92

- Ceza zamanaşımı süresi de yetişkinlere nazaran daha kısadır: Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olanlar hakkında, **TCK** 68/1'de öngörülen sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilmez (**TCK** 68/2).
- Çocuklar hakkında verilen adli para cezası ile kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu cezalar hapse çevrilemez[1] (yetişkinler hakkında bkz. **TCK** 50/6). Bu cezalar Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri gereğince tahsil edilir (CGTİK 106/4)[2].
- Bu yaşta olan küçüklerin duruşmaları kapalı yapılır ve hüküm de kapalı duruşmada açıklanır (CMK 185).
- Kapalı duruşmanın içeriği hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz (CMK 187/2).
- Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz (**TCK** 58/5).
- Yetişkinler hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesinde erteleme süresi 5 yıl iken (CMK 171/2), çocuklar hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesinde erteleme süresi üç yıldır (ÇKK md. 19).
- Yetişkinler hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde denetim süresi beş yıl iken (CMK 231/8), çocuklar açısından denetim süresi üç yıldır (ÇKK md. 23).
- Hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı onanan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK md 36).
- Koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün on beş yaşını doldurıncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır (CGTİK 107/5).
- Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idari para cezası uygulanamaz (Kabahatler Kanunu md. 11/1). "Kabahatler Kanunu'nun 11/1. maddesinde *"fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmamış çocuk hakkında idari para cezası uygulanmaz" hükmü dikkate alınarak, sanık hakkındaki hükmün bozulmasına, 15 yaşından küçük olan sanık hakkında idari para cezası verilmesine yer olmadığına, sanığın ödediği, 392.200.000 liranın sanığa iadesine..."*[3].

---

[1] "Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın 50/6. maddesinde seçenek tedbirin yerine getirilmemesi halinde tedbire çevrilen kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verileceği belirtilmiş ise de, bu hükmün çocuklar yönünden uygulanamayacağı, hükmolunan seçenek tedbirin yerine getirilmemesi halinde, diğer seçenek tedbirlerden birine veya adli para cezasına karar verilebileceği gözetilmelidir". 2. CD. 14.05.2014. 13323.

[2] Suçu işlediği tarihte 18 yaşından küçük olan suça sürüklenen çocuk hakkında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106/4. madde ve fıkrasına aykırı olarak ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği hususunun ihlarına karar verilmesi...". 8.CD. 22.01.2014. 1342.

[3] 7. CD. 25.05.2006. 9256.

- Çocuğun aynı zamanda akıl hastası olması halinde, kusur yeteneği olmadığı için ceza verilmez. Ancak akıl hastası çocuklarla ilgili olarak akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin mi, yoksa çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin mi uygulanacağı sorunu ortaya çıkabilir. Çocuk Koruma Kanunu bu sorunu açık bir hükümle çözmüştür: Suça sürüklenen ve 15 yaşından küçük olan çocuğun aynı zamanda akıl hastası olması halinde, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır (ÇKK 12).
- Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesi gereğince yapılacak ceza artırımı çocuklar hakkında yapılmaz.
- CGTİK 107/4 hükmü çocuklar hakkında uygulanmaz (örgüt suçlarında koşullu salıverme şartlarını ağırlaştıran hüküm).

dd. Fiili İşlediği Zaman 16–18 Yaş Arasında Olanlar

TCK 31/3'e göre "fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlar"ın cezasında indirim yapılacaktır.

Bu grup küçükler açısından isnat kabiliyeti kabul edilmekte, ancak cezadan indirim yapılmaktadır. Yukarıda 13–15 yaş grubu açısından belirtilen diğer hususların çoğu, bu yaş grubu bakımından da geçerlidir.

"TCK'nın 31. ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 11/1. maddeleri uyarınca, 5395 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından uygulanabileceği gözetilmeden, cezai sorumluluğu olan ve hakkında mahkumiyet hükmü kurulan suça sürüklenen çocuk hakkında 5395 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bakım ve eğitim tedbirine hükmedilmesi bozmayı gerektirir"[1].

Yargıtay bu konuda ilginç bir karara imza atmıştır: "Sanığın suç tarihinde 17 yaşını doldurmasına 12 gün kaldığı gözetilerek, **TCK** 31/3. maddesinin tatbikinde mâkul bir indirim yerine cezanın azami indirime tabi tutulması" bozma sebebidir[2]. Benzer: "Sanığın suç tarihinde 17 yaşını bitirip 18 yaşından gün aldığı gözetilerek yaşından dolayı mâkul bir indirim yapılması gerekirken, azami indirim yapılması suretiyle eksik ceza verilmesi..."[3].

ee. Yaş Büyüklüğü

Fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmuş olanların ceza sorumluluğu tamdır.

Hemen belirtelim ki, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile hapis cezasının ertelenmesi bakımından altmış beş yaşını bitirmiş kişiler ile ilgili özel hükümler getirilmiştir. Buna göre, fiili işlediği tarihte altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası zorunlu olarak seçenek yaptırımlardan birine çevrilecektir (**TCK** 50/3). Yine, fiili işlediği

---

[1] 2. CD. 02. 12. 2015. 22242.
[2] 1. CD. 13.12.2006. 5682.
[3] 1. CD. 04.12.2006. 5408.

sırada altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından hapis cezasının ertelenmesinde hapis cezasının üst sınırı üç yıl olarak belirlenmiştir (**TCK** 51).

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun da cezanın infazına başlandığı tarihte on sekiz yaşını bitirmiş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış genç hükümlülerin cezalarını "gençlik kapalı ceza infaz kurumları"nda çekmelerini öngörmüş (CGTİK 12) ve altmış beş yaşını bitirmiş kimseler bakımından özel infaz usulleri düzenlemiş bulunmaktadır (CGTİK 110).



15–18 yaş grubu hakkında 12–15 yaş arası küçükler hakkındaki hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla sağır ve dilsizin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmamasına göre bir karar verilecektir. Algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği yoksa "kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı karan verilir" (CMK 223/3).

Ceza kanununun on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan küçüklere ilişkin hükümleri on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanacaktır.

c. Akıl Hastalığı



İsnat kabiliyetinin anlama ve isteme kabiliyeti olduğunu yukarıda açıklamıştık. Bu durumda, bu kabiliyetin akıl hastalığı sebebiyle azaldığını veya ortadan kalktığını kabul zorunludur.

Akıl hastalığı durumunda failin, eyleminin tabiatını veya yapısını ya da yaptığının yanlış olduğunu bilmemesi söz konusudur[1].

Akıl hastalığı şüphesi veya iddiası söz konusu olduğunda bu hususun araştırılması gerekir[2]: Sanığın savcılığa verdiği savunmasında, "*askerlik yaparken psikolojik tedavi gördüğü, son zamanlarda hap verildiğini, rahatsız olduğunu bildirmesi karşısında, sanığın atılı suçu işlediği sırada **TCK** 32/2 maddesi uyarınca, işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığına ilişkin rapor alınıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma sonucu karar verilmesi bozmayı gerektirmiş...*"[3].

Akıl hastalığı tam veya kısmi olarak ayrılamazsa da akıl hastalığının algılama ve davranışları yönlendirme yeteneği üzerinde ne derece etkili olduğu göz önünde bulundurulabilir[4]:

TCK 32/1'e göre akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği **önemli derecede** azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ne var ki, bunların tedbir sorumlulukları vardır.

İşlediği fiille ilgili olarak birinci fıkrada **yazılı derecede olmamakla** beraber davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin ise cezasında indirim yapılacaktır. Mahkûm olunan ceza, kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir (**TCK** 32/2; bkz. **TCK** 57/6). Burada söz konusu olan kısmi akıl hastalığı olmayıp, kanunumuz bu tür bir akıl hastalığını kabul etmemektedir. Fıkrada düzenlenen husus ise

---

1 Brovm vd., 842.

2 "Kleptoman olduğunu soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ileri süren sanığın ve müdafiinin iddiaları çerçevesinde sanık hakkında suçu işlediği sırada 5237 Sayılı TCK'nın 32 maddesi kapsamında ceza sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldıracak nitelikte bir hastalığı bulunup bulunmadığı araştırılmadan, eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...", 2. CD. 02.10.2014. 22896.

3 3. CD. 18.10.2006. 7644.

4 Koca/Üzülmez, 293.

kişinin algılama yeteneklerinin olması, ancak davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin azalmış olmasıdır. Buna örnek olarak "histeri" gösterilebilir.

Akıl hastalığının bulunup bulunmadığında esas alınacak zaman aralığının yukarıda da izah ettiğimiz gibi fiilin işlendiği an olması gerekir. *"Suç tarihinde herhangi bir rahatsızlığı bulunmadığı saptanan sanığın yargılama sürecinde ortaya çıkan rahatsızlığının savunma yeteneğini kısıtlar nitelikte bulunup bulunmadığına ilişkin Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınarak belirlenmesi gerekirken yargılama faaliyetinin sürdürülmesi"* hukuka aykırıdır[1]. Gerçekten de akıl hastalığının fiilden sonra ortaya çıkması muhakeme hukukunu ilgilendiren bir mesele olup, yargılama engellerindendir. Fiili işledikten sonra akıl hastası olan kimse, "muhakemeye devama ve neticelerini idrakten aciz bulunacağı cezalar tertip etmeye olanak bulunmadığından", iyileşinceye kadar yargılanamaz. Bu takdirde yargılamanın durmasına karar verilmeli, *"sanık bir akıl hastalıkları hastanesinde muhafaza, müşahede ve tedaviye tabi tutulmalı, amaca uygun aralıklarla salaha ulaşıp ulaşmadığı sorulup tıbben saptanmalı, hakkında kurulacak ceza yaptırımı hükmünün nedeni ve sonuçlarını idrak derecesinde salaha kavuştuğu bildirildiğinde durma işlemine son verilip, yargılanması başlatılmalı, bu süreçte sanığın tutukluluk halinin usul yasasına uygun periyotlarla değerlendirmesi yapılmalı, iyileştiğinin tıbbi raporla belirlenmesini takiben sanığın hukuki durumu değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır"*[2]. İsnat kabiliyetine etki eden akıl hastalığı ise fiil işlendiği zaman bulunan akıl hastalığıdır. Bu kimseler yargılanır ve tedbire karar verilebilir.



Türk Ceza Kanunu kusur yeteneğine etkili olabilecek akıl hastalıklarını tek tek saymayıp, sadece fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini kaldıran veya davranışları yönlendirme yeteneğini azaltan akıl hastalığı ifadesini kullandığından, bir akıl hastalığının cezai sorumluluğu kaldırıp kaldırmadığı hususunun tespiti psikiyatristlerce yapılacaktır. Ne var ki, kanunumuz bu hususta hekimleri tamamen de serbest bırakmamıştır. Buna göre hekimler tetkiklerinde "algılama ve davranışları yönlendirme yeteneğini" esas alarak bir rapor düzenleyeceklerdir.

Amerikan Hukuku'nda da suçlamaları ve davaları anlamasını engelleyecek mantıksal ya da fiili anlayış eksikliği bulunan veya avukatıyla mâkul bir anlayış seviyesinde görüşebilme yeteneğine sahip olmayan kişilerin bu durumunun yargılama engeli olduğu kabul edilmektedir[3]. Avustralya'nın New South Wales eyaleti yüksek mahkemesi, akıl hastalığının hukuki bir konu olduğunu ve bu nedenle bu konuda mahkemenin (jüri varsa jürinin) karar vermek zorunda olduğuna karar vermiştir. Buna göre, her ne kadar pratikte tıbbi görüş mahkemeye sunuluyorsa da, bu konu uzman psikiyatristler tarafından yapılması gereken bir tıbbi değerlendirme konusu değildir[4]. Ülkemizde ise tam aksine konu genellikle adli tıp raporu esas alınarak karara bağlanmaktadır.

---

1 1. CD. 27.03.2006, 979.
2 1. CD. 28.06.1995, 2064.
3 Alparslan/Hergüner/Kaledelen/Öktem, 38.
4 Brown vd., 844.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, akıl hastasının mağdur veya suçtan zarar gören olmasına ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bir hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, mağdur veya suçtan zarar görenin akıl hastası olması halinde kendisine istemi olmaksızın bir avukat atanır (CMK 239/2).

Akıl hastası hakkında tedbir uygulanacaksa, tedbir kararında koruma ve tedavi altına alınacak yer gösterilemez. Bu konudaki yetki infaz savcısına aittir: *"Akıl hastası olan hükümlünün "koruma ve tedavi altına alınmasına" karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, Cumhuriyet savcısının infaz yetkisini kısıtlayacak biçimde belirli yer gösterilerek hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir"*[1].

Yine önemle belirtmek gerekir ki, kişi mahkûm olduktan sonra akıl hastası olduğu takdirde Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 16. maddesi gereğince cezasının infazı geriye bırakılır ve iyileşinceye kadar hükümlü **TCK** 57'de belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.

Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idari para cezası uygulanmaz (Kabahatler Kanunu md. 11/2).

Belirtelim ki, akıl hastalığı nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen sanık hakkında verilen tutuklama kararı kaldırılmalı ve hükmün kesinleşmesine kadar akıl hastası olan sanığın tedbiren yüksek güvenlikli sağlık kurumunda tedavi ve koruma altına alınmasına karar verilmelidir[2].

Savcının suç işlemediğini düşündüğü akıl hastası hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi, ama mahkemeden de tedbir kararı istemesi hukuka aykırıdır[3].

---

1 11. CD. 26.12.2005. 14353.

2 1.CD. 25.01.2011. 88.

3 32. madde uyarınca akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmemesi, ancak bu kişinin iddia olunan suçu işlemiş olması durumuna ilişkindir. Akıl hastası kişinin kendisine yüklenen eylemin:
a) Kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, durumlarında sanık hakkında beraat kararına hükmolunacak, ceza ve güvenlik tedbirine hükmedilmeyecektir.
Akıl hastası kişi hakkında, mahkûmiyet kararı verilmesi gereken hallerde ise 32/1. madde uyarınca ceza verilmeyecek, bununla birlikte bu kimseler hakkında ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmolunması gerekecektir.
Bu durum karşısında; tehdit ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun şüphelisi H... hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca şüphelinin akıl hastalığı gerekçe gösterilerek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunması isteği üzerine, mahkemenin TCK'nın 57. maddesi gereğince verdiği güvenlik tedbiri kararı bu nedenlerle yerinde bulunmadığından, Cumhuriyet Savcılığının şüpheliye yüklediği suçlara ilişkin olarak kamu davasını açmasını ve bu davanın sonucuna göre ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmolunup olunmayacağının ise görevli mahkemece belirlenmesi gerekmektedir. 14.CD. 01.07.2013. 8312.

d. Geçici Nedenler

aa. Genel Olarak

Akıl hastalığı dışında bazı geçici nedenlerin de algılama ve davranışları yönlendirme yeteneğini tamamen kaldırması veya azaltması ve dolayısıyla isnat kabiliyetine etki etmesi söz konusu olabilir. Bunlar akıl hastalığı gibi devamlılık arz eden durumlar olmayıp, geçici niteliktedirler.

Bunlara ilişkin olarak **TCK** 34/1'de bir hüküm getirilmiştir: *"Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez".* Böylece geçici nedenlerle de olsa kusur yeteneğinin kalkabileceği ve faile ceza verilmemesi kabul edilmiş bulunmaktadır.

Geçici nedenlere örnek olarak; uyku hali, ateşli hastalık, sara nöbeti, yeni doğum yapmış kadının psikolojik durumu[1] gösterilebilir[2]. Bunların önceden kazuistik sayılması mümkün değildir. Öğretide geçici nedenler arasında kitle psikolojisi de belirtilmekle beraber[3], Askeri Yargıtay bir kararında bunu kabul etmemiştir: Üniversitede yeni ders yılının açılış töreninde İstiklal Marşı çaldığı sırada 3000 kişi olduğu tahmin edilen topluluk ayağa kalkıp marşı dinlediği sırada, *"kalkmayın-oturun"* tarzında yer yer vâki olan istekler üzerine topluluğun 1/10 unu oluşturan bir grubun marşı otururak dinlemeleri üzerine İstiklal Marşının aşağılanması suçu dolayısıyla yapılan yargılamada Yüksek Mahkeme, *"topluluğun büyük bir kesiminin ayağa kalkarak marşı dinlemiş olmaları karşısında, sanıkların* ***kitleden doğan psikolojik etki ile*** *ayağa kalkmadıkları yolundaki savunmalarına itibar imkânı görülmemiştir"*[4].

TCK 34/1'in uygulanabilmesi için

---

[1] İngiltere'de basına konu olan bir davada hakim, doğum sonrası depresyon geçirdiği için iki bebeğini boğarak öldüren kadına hapis cezası verilmesinin davanın trajik mahiyetiyle bağdaşmayacağını ve uygunsuz olacağını vurgulayarak kadının bir psikiyatri ünitesinde tedavi ve bakım görmesi gerektiğine hükmetmiştir. Özbay, 91. dn. 54.

[2] 19. Yüzyıl ile 20. Yüzyılın başlarında kadının üreme süreçlerinin (adet, hamilelik, doğum ve doğum sonrası durumu) ve jinekolojik hastalıkların akıl hastalığı ile yakından bağlantılı olduğuna ilişkin adli tıbbi varsayımlar bulunmaktaydı. Bunun bir yansıması olarak Avustralya'da NSW Eyaleti Ceza Kanununa 1951 yılında eklenen 22A maddesiyle kadının 12 aylıktan daha küçük olan bebeğini, doğumun etkilerinden kurtulamamasının veya emzirmenin etkisiyle öldürmesi halinde cezasında indirim öngörülmüştür. İngiltere'de 1922 ve 1938 tarihli kanunlar, Victoria Eyaleti 1958 tarihli kanunu, Tasmanya Ceza Kanunu md 165A ve Yeni Zelanda 1961 tarihli kanunun 233 ve 662 maddeleri ile Kanada Ceza Kanununda da benzer hükümler olduğu aktarılmaktadır, bkz. Brown vd., 878 vd. Avustralya'nın NSW Eyaletinde 1968 ile 1981 yılları arasında bir yaşından küçük çocuklarını öldüren annelerle ilgili yapılan yargılamalara bakıldığında, bu hükmün uygulandığı olayların sadece %16'da kaldığı anlaşılmaktadır. Toplam 58 olaydan 1'inde anne ağır adam öldürmeden, 19'unda basit adam öldürmeden, 9'unda çocuk öldürmeden (md 22A) mahkum edilmiş, 3 olayda akıl hastalığına karar verilmiştir. Kalan diğer olaylarda ise beraat kararı verilmiş veya şüphelinin intiharı vb. durumlar gerçekleşmiştir. Brown vd., 879.

[3] Ayrıntılı bilgi için bkz. Erem/Danışman/Artuk, 523-530.

[4] Ask. Yargıtay, 4. D., 12.10.1982, 792/756.

⇒ Kişinin bu durumlara kasten veya taksiriyle sebebiyet vermemiş olması ve bu geçici nedenlerin de isnat kabiliyetini ortadan kaldırması gerekir.

⇒ Kasten veya taksirli olarak geçici sebebin meydana gelmesine neden olan isnat kabiliyeti varmış gibi cezalandırılır (actio liberae in causa). Örneğin, suç işlemek için sarhoş olan kimse (kasten) ya da gece vakti yol alan kamyonun şoförü uykusunun gelmekte olduğunu hissetmesine rağmen kamyonu sürmeye devam eder ve bu arada uykuya dalar ve bu suretle kamyonun birisine çarpıp ölmesine neden olursa (taksirle), anzi sebepten yararlanamaz, taksirle öldürmeden sorumlu olur[1].

Geçici nedenlerin mevcudiyeti halinde tedbir sorumluluğu yoktur. Kaldı ki, tedbiri uygulamanın gereği de yoktur, zira failin devamlı bir tehlikeliliği söz konusu değildir. "Sebep ortadan kalkınca kişi normaldir"[2].

bb. Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullananlarda Kusur Yeteneği

TCK 34/2'de "iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz" denmektedir. Bu hüküm ile istenerek sarhoş olunması ya da uyuşturucu madde alınması hallerinde, bilahare isnat kabiliyetinin tam ya da az kalktığı ileri sürülerek, bu nedenle cezasızlık ya da cezada indirimin mümkün olamayacağı açıklanmaktadır. Her ne kadar kanunda sadece istenerek sarhoşluk haline ilişkin hüküm getirilmiş ise de hem istenmeyerek hem de istenerek sarhoşluk hallerinde nasıl davranmak gerekir konusu üzerinde durmak gerekir. Amerikan Hukuku'nda da sarhoşluk aynı şekilde ikiye ayrılarak incelenmektedir[3].



1. **TCK** 34/2'nin açık ifadesi karşısında istenerek olunan sarhoşluğun isnat kabiliyetine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır[4]. İsteyerek sarhoşluk aşağıdaki halleri kapsar[5]:
   - Fail işlemek istediği bir suçta cesaret bulmak ya da mazeret olması için sarhoş olmuş olabilir. Tasarlanmış sarhoşluk.

---

[1] Donmezer/Erman, II, 185.
[2] Önder, II, 282.
[3] Bkz. Dressler, 605 vd. Avustralya'nın New South Wales Eyaleti Ceza Kanunu da, failin kendisinden kaynaklı sarhoşluğun, fiilin iradi olup olmadığı konusunda dikkate alınmayacağını amirdir, md. 428G.
[4] Aynı yönde Amerika Model Ceza Kanunu, md. 2.08.(1).
[5] Erem/Danışman/Arluk, 538–540.

- Fail alkol almak ve sarhoş olmak istemektedir. Kasten sarhoşluk.
- Fail alkol veya uyuşturucu maddeyi almak istemekte ise de sarhoş olmayı veya isnat kabiliyetini kaybetmeyi istememiştir. Taksirle sarhoşluk.

Kanunumuz "iradi" ifadesini kullandığına göre, "ister kasten, ister tasarlayarak ve isterse taksirle sarhoşluk olsun, bütün bu üç şekil "iradi olarak", yani isteyerek sarhoş olma kavramı içinde mütalaa edilecek ve failin ceza sorumluluğuna herhangi bir etki göstermeyecektir". Buna karşılık, sarhoş olmak istemeyen kimse fazla miktarda içki alsa ve bunun sonucunda sarhoş olsa, sarhoşluk isteyerek değilse de onun sebebi olan içki içmek, isteyerek olmuştur ve bu sebeple ortada taksirli sarhoşluk vardır ve istemeyerek sarhoşluğa ilişkin hükümlerin uygulanması imkân dışıdır[1]. Bence de kişi isteyerek alkol ya da uyuşturucu madde aldığına göre, sonuçta sarhoş olmayı istemese dahi, isnat kabiliyeti var kabul edilmelidir.

İradi olarak sarhoş olanın işlediği suçtaki taksir veya kastına göre cezalandırılması söz konusu olacaktır. Sarhoş olan kişi, taksirli bir suç işlemişse taksirli suçtan, kasti bir suç işlemişse kasti suçtan sorumlu olacaktır. Dolayısıyla *"failin kasten veya taksirle cezalandırılması için sarhoşluğun kasıtlı veya taksirli olması önemli değildir. Sarhoşken yapılan hareketin kasıtlı veya taksirli olup olmadığı araştırılmalıdır"* [2]. Buna karşılık öğretide savunulan ve katılmadığım bir görüş, yukarıda belirtilen üçüncü olasılıkta sarhoşluk taksirle gerçekleştiğinden, kişinin işlediği suçun da taksirle işlenmiş olduğunu kabul etmektedir[3].

> *"Sanığın olay günü iradi olarak 1,99 promil seviyesinde alkol aldığı göz önüne alındığında, alkolün etkisinde iken suç işlemesi hâlinde, alkollü olmasının cezaya etkisi olmayacağı kanun hükmüdür. Bu nedenle, olay anında ayakta durmakta zorlanan, alkol kokan ve mağdurun ifadesine göre dili dolanan sanığın bu durumu, kendisine suç işleme ayrıcalığı tanımadığı..."* As.Yar.DK., 02.02.2012, 7/12.

2. İstemeyerek alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında kalınarak bir suç işlenmesi halinde, **TCK** 34/1'deki düzenlemeden ve 34/2'nin karşıt anlamından, faildeki isnat kabiliyetinin kalktığı ve ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir. Buna örnek olarak, şaka maksadıyla veya fail kandırılmak suretiyle kendisine alkol içirilebilir veya mesela bir diş ağrısını gidermek için alkol alınabilir ya da kişi içtiğinin alkol olduğunu bilmeyebilir[4]. Keza, bir kişinin ilaç zannıyla sarhoş edici madde kullanması, arkadaşlarının muzipliği veya düşmanlarının hilesi yüzünden alkollü olduğunu bilmediği bir içkiyi içmek zorunda kalması, bir şarap mahzenine girerek mayalanma halinde bulunan şarabın çıkardığı buharı teneffüs etmesi sonucu sarhoş olması, az miktarda alkol alındıktan sonra sıcak bir çevreden soğuk bir çevreye geçilmesi nedeniyle oluşan sarhoşluk halleri de örnek olarak gösterilebilir[5]. Karşılaştırmalı hu-

---

1 Önder, II. 286.
2 CGK. 24.10.1983, 358.
3 İçel, Suç Teorisi, 227; Özgenç, 368.
4 Donmezer/Erman, II. 190.
5 Gülşen, Ceza, 104.

kukta, istenmeyerek sarhoşluğun dört türlü olabileceği ifade edilmektedir: Zorla verilen alkol veya uyuşturucu nedeniyle; patolojik sarhoşluk, yanlışlıkla sarhoşluk ve alınan bir ilacın sonucunda sarhoş olunmasıdır[1]. Patolojik sarhoşluk, Amerikan Model Ceza Kanunu'nda kişinin alınan miktara göre kolaylıkla etkileneceğini bilmeden gerçekleşen sarhoşluk olarak tanımlanmaktadır[2]. Yanlışlıkla sarhoşluk, alınan maddenin niteliğinin bilinmemesi veya kişinin bir başka kimse tarafından yanıltılması halinde söz konusu olmaktadır[3].

Bu durumda, kişi fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azaldığı takdirde (**TCK** 34/1) cezalandırılmayacaktır.

Kanunumuz, ayrıca alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığına ilişkin de bir hüküm sevk etmiş bulunmaktadır. **TCK** 57/7'ye göre, suç işleyen alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları hakkında güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Böylece alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kusur yeteneğini önemli derecede azaltan bir neden olarak kabul edilmiş ve ceza sorumluluğu yerine güvenlik tedbiri sorumluluğu öngörülmüştür[4]. Bu güvenlik tedbiri alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşlarında tedavi şeklinde yerine getirilecek ve bu kişilerin bağımlılıktan kurtulmalarına kadar devam edecektir.

B. Kusuru Etkileyen Sebepler

1. Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emir
2. Zorunluluk (Iztırar, Mecburiyet, Zaruret) Hali
3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit
4. İhmali Suçlarda Beklenebilirlik
5. Haksız Tahrik

Yukarıda; iradeye yüklenebilecek bir kusurun bulunması halinde, failin, suçun diğer unsurları da gerçekleştiği takdirde cezalandırılacağına işaret etmiş bulunuyoruz. Burada tartışılması gereken bir konu, failin iradesinin kusurlu sayılmasına olanak bulunmayan hallerde, başka ifadeyle failin başka türlü hareket etmesine imkân olmayan hallerde veya kimse tarafından öngörülemeyecek bir durumun mevcudiyeti durumunda failin sorumlu tutulup tutulmayacağıdır.

Bu nedenlerin varlığı halinde, fiilin kusur içeriği normal durumlardaki kusur içeriğine nazaran oldukça azdır veya yoktur. Zira fail, olağanüstü bir baskının etkisiyle, hukukun gereğini yapamamakta veya oldukça zorlanmaktadır. Ancak, polisler, askerler, itfaiye mensupları gibi görevliler bakımından kusur iddiası, içinde bulundukları bu duruma rağmen kalkmaz. Göreve bağlılık zorunluluğu, bu kişiler bakımından haksızlık veya kusur içeriğinin azalmasını engellemektedir[5].

---

[1] City of Minneapolis v. Allimus. Dressler, 615'ten.
[2] md. 2.08.(5)(c).
[3] Dressler, 616.
[4] Koca/Üzülmez, 303.
[5] Wessels/Beulke, kn. 433.

- Hukuka aykırı ve bağlayıcı emir,
- Zorunluluk hali,
- Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit,
- Beklenebilirlik
- Haksız Tahrik

adı altında beş grupta topladığımız bu durumlar, kusuru etkileyen sebeplerdir ve bu özellikleri itibarıyla da failin cezasında indirim yapılmasını gerektirebileceği gibi, cezalandırılmasını da engelleyebilir.

"Bu tip hallerde, hareket tipe uygundur, hukuka aykırıdır, fakat failin kusurundan bahsedilememektedir"[1].

Kusuru etkileyen bu sebeplerden beklenebilirlik kanunumuzda düzenlenmemiştir (bkz. **TCK** 24/2, 25/2, 28).

1. Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emir

a. Genel Açıklamalar

Astın yerine getirmek durumunda olduğu emir, hukuka aykırı ise bu emri yerine getirmek hukuka uygun sayılamaz. Amu bu takdirde bu emri yerine getiren memuru cezalandırmak da isabetli olamaz. Bu durumda, memurun hareketi hukuka uygun sayıldığından değil, kusuru bulunmaması nedeniyle cezalandırılmaz. Dolayısıyla burada hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu kaldıran bir sebep (mazeret sebebi) söz konusu olur. Buna karşılık emir hukuka uygun ise bir *hukuka uygunluk sebebi*nden bahsedilir ve bu konuyu yukarıda hukuka uygunluk sebeplerinde "**Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesi**" başlığı altında inceledik.

TCK 24/2'ye göre, "*yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*". Bu şekilde esasen bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusu olmaktadır, zira emrin varlığı eylemi hukuka uygun kılmamakta, sadece faili sorumsuz, buna karşın emri vereni sorumlu kılmaktadır[2]. Bunun sonucu olarak eylem hukuka aykırı kalmakta, dolayısıyla örneğin bundan zarar gören kimselerin şartları oluştuğu takdirde tazminat hakkı varlığını korumaktadır. CMK 223/3-b gereğince "*yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle*" işlenmesi durumunda, sanık

> 4922 sayılı Kanun md. 21:
>
> ...Bu Kanunun 11 inci maddesine göre belirlenen yükleme markası üzerindeki yükleme çizgilerinin gösterdiği hadden fazla yükle yolculuk yapan gemi derhal seferden alıkonularak en yakın elverişli limana çekilir. ...Ayrıca gemiyi sevk ve idare eden kaptan ile gemi donatanına beşbin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir....
>
> Yetkili olmadığı hâlde yükleme markasının yerini değiştirenler üç aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.
>
> Donatanın kanuna aykırı emrine uymuş olması, kaptanı sorumluluktan kurtaramaz".

[1] Önder, II. 367.
[2] Bkz. 24. madde gerekçesi

hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

İdare hukukumuz kamu görevlileri arasında hiyerarşi prensibini kabul etmiştir. Bu esas astın üstüne itaatini gerektirmektedir. Bu da ancak üstün emirlerinin değiştirilmeksizin ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesiyle mümkün olur[1]. Amirin emri hukuka uygun olduğu takdirde herhangi bir sorun yoktur. Ancak amirin emri hukuka aykırı ise hukuka aykırı bir emrin sırf emir olduğu için yerine getirilmesi, onu yerine getiren bakımından hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. Hukuka aykırı bir emrin hukuka uygunluk sebebi olması düşünülemez. Fiil hukuka aykırı olma niteliğini devam ettirir. Fakat bu takdirde emri yerine getirmek durumunda olanı sorumlu tutmak ceza hukukuna egemen olan kusur prensibine aykırı olur. O nedenle, emri yerine getirenin kusurluluğunun etkilendiği kabul edilmelidir[2]. Buna karşılık üstün emri hukuka aykırı olduğundan ve üstün kusurluluğu etkilenmediğinden, üstün sorumluluğu devam etmektedir.

b. Emri Yerine Getirmenin Şartları

TCK 24/2'nin uygulanma şartları şunlardır:

aa. Bir Emrin Varlığı

Üstün asttan belli bir hareketin yapılması veya yapılmamasını istediği irade beyanı, emirdir. Bu kapsamda söz konusu olabilecek emir, bir kamu hukuku ilişkisi çerçevesinde verilen bir emirdir. Yoksa özel hukuk kapsamında yahut "dini telakki ve bağ içinde bulunanların iradeleri, inceleme konumuz olan emir niteliğinde değildir". "Emrin veriliş şekli, yazılı veya sözlü olması arasında kural olarak herhangi bir fark yoktur"[3].

bb. Emri Verenin Böyle Bir Emri Vermeye Yetkili Olması

Emir "amir" tarafından verilmiş olmalıdır. Amir, hiyerarşi bakımından üst durumunda bulunan ve emir yetkisine sahip bulunan kişi veya kuruldur[4].

Kamu görevlisinin, amirinin böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırması hakkı, hatta görevidir; zira kamu görevlisi her emre itaat eden bir otomat değildir. Amir, yer, konu ve zaman bakımından yetkili olmalıdır[5].

cc. Emrin Yerine Getirilmesi "Görev Gereği Zorunlu" Olmalıdır

Emri yerine getirecek olan kamu görevlisinin, bu emri görevi gereği yerine getirme yükümlülüğü olmalıdır[6]. "Emrin yönelmiş olduğu kimseyi bağlaması, emir gereğince onu hareket etmeye mecbur tutması gerekir"[7].

---

1 Erem/Danışman/Arluk, 558.
2 Koca/Üzülmez, 263, 264; Özbek, İzmir Şerhi, 340.
3 Önder, II, 194.
4 Önder, II, 194.
5 Önder, II, 194.
6 Önder, II, 195.
7 Donmezer/Erman, II, 86.

dd. Verilen Emrin Suç Oluşturmaması

NAMEŞRU OLAN NESNEYE EMR-İ SULTANİ OLMAZ.
(Ebussud Efendi Fetvası, Demir, 40).

Verilen emir suç oluşturuyorsa, emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz. Nitekim *Yargıtay*, polis memuru olan sanığın, ruhsatsız silah taşıyan kimseyi karakola götürüp yasal işlem yaptığı sırada karakola gelen emniyet amirinin yasaya aykırı olarak verdiği emri yerine getirerek, düzenlediği tutanağı yırtarak silahı geri verip sanığı serbest bırakmasının görevi kötüye kullanma suçu oluşturduğuna karar vermiştir[1]. Yine dilekçenin alınmaması suç oluşturduğundan, amirin bu konudaki emrine uymuş olmak, kusuru kaldıran bir sebep olarak kabul edilemez[2].

"Sulama birliğinde işçi olarak çalışan sanığın amiri konumundaki sulama birliği başkanının hukuka aykırı talimatı doğrultusunda hareket etmesinin kusurluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve onu sorumluluktan kurtarmayacağı da tabidir", CGK, 28.04.2015, 154/133.

Aynı şekilde, Askeri Yargıtay da *askeri araçla dışarıdan alkollü içki alıp gelmesi hususunda nöbetçi astsubay tarafından ere verilen emrin, askeri suç maksadıyla verilmiş olması ve bir senelik asker olan sanığın, kendisinden istenilen hususun emirlere aykırı olduğunu bilmesine rağmen durumu derhal nöbetçi amirine bildirmek yerine, bile bile suç teşkil eden isteğe icabet etmesinin, suç oluşturduğuna karar vermiştir*[3].

> *AY 137 (Kanunsuz Emir): Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.*
>
> *Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*
>
> *Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*

---

1 4. CD. 06.06.1998, 4229.

2 TCK'nın 24/3. maddesinin "*konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur*" hükmü gereğince, yakınanın Ziraat Odası Başkanlığına üye olmak amacıyla yazdığı dilekçeyi içeren posta gönderisini Oda Başkanı olan sanığın talimatı ile kabul etmeme şeklindeki eylemde, atılı suçun unsurları sanık yönünden mevcut olmakla". 4. CD. 13.02.2013, 4036.

3 As.Yrg.Drl.Krl., 24.06.2004, 109/101.

ee. Verilen Emrin Hukuka Aykırı Olması

Emir hukuka uygun ise memurun emri yerine getirmesi hukuka uygun olacaktır. Buna karşılık hukuka aykırı emri yerine getirmek durumunda olan memurun kusurluluğu kalkmış olur.

Memur, verilen emrin hukuka aykırılığını denetleyebilir. Kamu görevlileri verilen bütün emirleri bir robot gibi otomatikman yerine getirme durumunda değildir. Nitekim AY 137 gibi Devlet Memurları Kanunu'nun 11. maddesi de memurun, amirinin verdiği emri gerek şekil gerek içerik bakımından incelemekle yükümlü olduğunu açıklamaktadır. Memur amirin vermiş olduğu emri inceledikten sonra, bunun mevzuata aykırı olduğu kanaatine vardığı takdirde, durumu amirine bildirmek durumundadır. Amir ya emrinden vazgeçer, ya da emrin yerine getirilmesinde ısrar eder. Ancak amirin emrinde ısrar etmesi halinde, emri artık yazılı olarak vermek zorundadır. Yazılı olarak verilen emir, içeriği suç oluşturmadığı takdirde memur tarafından yerine getirilmek zorundadır. Bu takdirde de sorumluluk yalnız emri vermiş olan amire ait olacak, memur bakımından bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

AY 137/III'deki hüküm ile polis ve askeri mevzuata ilişkin ayrık düzenlemeler saklı tutulmuştur. Aynı durum **TCK** 24/4'te de düzenlenmiştir. Buna göre, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olacaktır.

Bu hallerden biri PVSK 2/III'te düzenlenmiştir. Buna göre burada yazılı olan hallerde sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Bu hallerde emrin yazılı olarak verilmesi istenemez ve sorumluluk da amire aittir. Her ne kadar bu hallerde kamu görevlisi içerik itibarıyla emrin kanuna uygunluğunu araştırmaz ve sözlü emri yerine getirir ise de şekil açısından uygunluğunu araştıracağı gibi, emrin suç teşkil etmesi halinde bunu hiçbir suretle yerine getiremez[1]. Amir ile memur, emrin hukuka uygunluğu konusunda gerekçelendirebildikleri farklı görüşlere sahip olurlarsa, bu durumda devlet görevinin niteliği gereği amirin emrin hukuka uygun olduğu yönündeki karinesine üstünlük tanımak gerekir. Ancak hemen belirtelim ki, amir memurunu bir araç olarak kullanmak suretiyle dolaylı fail olabilecek ve bu durumda amire karşı şartlarının gerçekleşmesi durumunda meşru müdafaa mümkün olabilecektir[2].

Askeri şahıslar bakımından ise Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu 14'te "icradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir" denmektedir. *Askeri Yargıtay* da bir kararında astın, amirinin suç teşkil etmeyen, askeri hizmete müteallik her emrini kanun ve nizama uygun olmasa dahi yerine getirmeye mecbur olduğunu açıklamıştır[3].

Verilen emir suç oluşturuyorsa nasıl davranmak gerekir? Bu durumda gerek memurlar, gerek emniyet teşkilatı mensupları ve gerekse asker kişiler verilen emri yerine getiremezler. Getirdikleri takdirde sorumluluktan kurtulamazlar. Böylece yerine getirilmesi suç teşkil eden emir hukuka da aykırı olacağından, bu emri yerine getirmiş olanın fiili, mevcut hukuka aykırılığı kaldırmaz.

---

1 Donmezer/Erman II. 96.
2 LK[11]. vor§32 kn. 177.
3 Polatcan. 32.

TCK 24/3'teki hükümden çıkan sonuç ise sadece hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinden dolayı astın sorumlu olmayacağıdır. Ne var ki, konusu suç oluşturan emirlerin yerine getirilmesi halinde üst gibi, ast da sorumluluktan kurtulamaz. Zira bir suç teşkil eden emir ve emri veren bakımından böyle bir emir verme yetkisi ne kanunlarda vardır ne de suç teşkil eden emir, görev bakımından yerine getirilmesi zaruri bir emir olabilir. Hiçbir kanun bir yandan suç olan emri kabul edip, diğer yandan bunun görev gereği yerine getirilmesini istemiş olamaz ve buna dair bir örneği kanunlarda bulmak kural olarak imkânsızdır. Nitekim AY 137'nin yanı sıra PVSK 2/II de *konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz*, hükmünü muhtevidir.

Aynı şekilde Askeri CK 41/3-B'de "*adli veya askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu astça bilinmekte ise emri ifa etmek astı sorumluluktan kurtarmaz*" hükmüne açıkça yer vermektedir. Ancak aynı kanunun 41/II maddesi, "*hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür*" hükmünü içermektedir ki, bu hüküm suç oluşturan emrin yerine getirilmesine olanak vermektedir ve bu yönüyle AY 137'ye açık bir şekilde aykırıdır[*].

2. Zorunluluk (Iztırar, Mecburiyet, Zaruret) Hali

ZARURET MEMNU OLAN ŞEYLERİ MÜBAH KILAR
(Mecelle 21).

- **a. Genel Açıklamalar**
- **b. Zorunluluk Halinin Kusurluluğu Kaldıran Sebep Olmasının Sonuçları**
- **c. Özel Zorunluluk Halleri**
- **d. Zorunluluk Halinin Şartları**
  - **aa. Tehlikeye İlişkin Şartlar**
    - **aaa. Ağır Bir Tehlikenin Bulunması**
      - **aaaa. Tehlike Kavramı**
      - **bbbb. Tehlikenin Muhakkak Olması**
      - **cccc. Tehlikenin Ağır Olması**
    - **bbb. Tehlikenin Bir Hakka Yönelik Olması**
    - **ccc. Tehlikenin Meydana Gelmesine Bilerek Sebebiyet Vermemiş Olmak**
    - **ddd. Tehlikeye Karşı Koyma Hukuksal Yükümlülüğü**
  - **bb. Korunmaya İlişkin Şartlar**
    - **aaa. Başka Türlü Korunma İmkânının Bulunmaması**
    - **bbb. Tehlikenin Ağırlığı ile Konu ve Kullanılan Vasıta Arasında Orantı Bulunması**

[*] Özgenç[3], 385.

ccc. Korunma Hareketinin Hukuk Düzeni ile Uyuşabilirliği
cc. Üçüncü Kişi Lehine Zorunluluk Hali
dd. Tazminat
ee. Zorunluluk Hali ile Meşru Savunma Arasındaki Farklar

a. Genel Açıklamalar

Kanunla korunan yararları tehdit eden ve başkasının hukuken korunan yararlarını ihlalden başka hiçbir kurtuluş çaresi bırakmayan tehlike haline zorunluluk hali denilir. Başka bir tarife göre ise zorunluluk hali, tehlikeye katlanmak hususunda hukuki yükümlülüğü olmayan bir kimsenin, bilerek sebebiyet vermediği ve kendisinin yahut başkasının bir hakkına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeyi, ancak kanunun suç olarak öngördüğü ve tehlike ile mütenasip bir fiil ile bertaraf etmesi halidir[1].

Zorunluluk hali kanunda düzenlenmeden önce de kanun üstü zaruret hali adı altında hak ve yükümlülükler tartışının bir sonucu olarak öğretide tanınmaktaydı. Bugün için yararlar çatışmasının söz konusu olduğu her yerde bu kurum uygulama alanı bulabilir[2].

Zorunluluk haline ilişkin klasik örnekler arasında yangından kurtulmak için komşusunun kapısını kıran, açlıktan ölmek üzere olduğu için fırından ekmek çalan kimsenin durumu[3]; 19.04.1881 gecesi kayaya çarpıp batan "William Brown" gemisinden kayıkla kurtulan kişilerin, kayık fazla

OLAY 1:
22 Mayıs 1976'da gece yarısından kısa bir süre sonra, dört tekerden çekişli aracıyla otobanda giden Dale Nelson, arabanın kontrolünü kaybeder ve yoldan çıkar. Nelson, aracın bulunduğu noktada devrilmesinden endişe eder. Kendisi ve iki arkadaşı aracı bulunduğu yerden kurtarmak için bir saat uğraşırsa da başarılı olamazlar. Bunun üzerine yola çıkarlar. Yoldan geçmekte olan bir tanıdığı yardım etmek isterse de yapabileceği pek bir şey yoktur. Bunun üzerine tanıdığı, Nelson ve arkadaşını yakınlarda bulunan ve ağır iş araçlarının bulunduğu karayolları idaresine götürür. İdarenin girişinde "giriş yasaktır" levhası bulunmaktadır. Bunun üzerine bir kimsenin gelmesini saatlerce beklerlerse de kimse gelmeyince bir çöp kamyonu alarak, kendi arabalarını kurtarmaya karar verirler. Ancak çöp kamyonu da çamura saplanır. Sabah 10.00 gibi yine aracı çamura saplanan biri gelir ve beraber tekrar karayolları idaresine giderler ve bu kez bir başka araç alırlar. Bu araçla önce çöp kamyonunu, sonra diğer aracı kurtarırlar ve çöp kamyonunu geri götürürler. Nelson kendi aracını kurtarmak için uğraşırsa da bu kez bu kamyon da çamura saplanır. Saatler süren uğraşıdan sonra bitkin düşen Nelson bir çadırda, arkadaşı kamyonda uyur. Karayolları idaresinden bir görevli onları uyandırır ve gözaltına alır. Nelson ve arkadaşı hakkında mala zarar verme suçundan dava açılır.

[1] Toroslu, Zaruret Hali, 5-7.
[2] Wessels-Beulke, kn. 298. Zorunluluk halinin esasını açıklayan teoriler (korunma içgüdüsü, manevi cebir, saiklerin sosyalliği, amaç, hakların çatışması) hakkında bkz. Bekar, 47 vd.
[3] Toroslu, Zaruret Hali, 10, 11.

ağırlık sebebiyle batma tehlikesi gösterdiğinden içlerinden bazılarını denize atmaları; şubat ayında üşüyen kişinin ısınmaktan başka bir amaç gütmeden odun çalması[1], deniz kıyısında bulunan botun, sahibinin karşı koymasına rağmen denizde boğulmak üzere olan bir kişiyi kurtarmak üzere kullanılması[2], yangının büyümesini önlemek için yangının ulaşmadığı bölgedeki ağaçların kontrollü olarak yakılması gösterilebilir[3].



OLAY 2 : 5.7.1884'te Afrika kıtasının en güney ucu olan Ümit Burnu'ndan yaklaşık 1600 mil uzakta batan "Mignonette" isimli gemiden dört kişi sandalla kurtulur. Sandalda sadece yarım kilo civarında havuç konservesi olup, hiç su bulunmamaktadır. Arada yağan yağmur sularıyla idare eden dört kişiden, Thomas Dudley (geminin kaptanı) ve Edward Stephens, 18. gün, Brooks isimli kişiyle, içlerinden birisinin diğerlerinin hayatının kurtarılması için kendini feda etmesi olasılığı üzerinde konuşmuşlar, ancak Brooks bu fikre karşı çıkmıştır. 19. Gün Dudley, Stephens ve Brooks'a kimin feda edileceği konusunda zar atılmasını önermiş, ancak Brooks bunu da reddetmiştir. Dudley ve Stephens, kendilerinin aileleri olduğundan (Dudley'in üç çocuğu; Stephens'ın beş çocuğu vardır), 17-18 yaşlarındaki tayfanın (Richard Parker) öldürülmesinin uygun olacağını ve eğer yarın da bir gemiye rastlanmazsa tayfanın öldürülmesini kararlaştırmıştır. Ertesi gün de herhangi bir kurtuluş emaresi görülmeyince, Dudley, Brooks'a sandalın öbür ucuna giderek uyumasını söylemiş ve Stephens'ın yardımıyla tayfayı bıçaklayarak öldürmüş ve bu üç kişi, tayfanın etini yiyerek ve kanını içerek hayatta kalmışlardır. Tayfanın öldürülmesinden dört gün sonra bir yolcu gemisi tarafından kurtarılan Dudley ve Stephens hakkında İngiltere'de kasten insan öldürmeden dolayı dava açılmıştır. Tayfanın öldürülmemesi halinde bu üç kişinin muhtemelen ölmüş olacağı, hatta tayfa daha zayıf durumda olduğundan onlardan da önce ölmüş olacağı belirtilmiştir (The Queen v. Dudley and Stephens, Queen's Bench Division, 1884; karar ve diğer açıklamalar için bkz. Dressler, 48 vd.; Brown vd., 928 vd).

Zorunluluk haline diğer örnekler olarak karşılaştırmalı hukukta şunlar gösterilmektedir: Cezaevinde yangın çıkması halinde mahkûmların yanmamak için cezaevinden kaçmaları; bir limana giriş yasağına rağmen, kötü hava koşulları dolayısıyla limana sığınma durumu; denize açılmaya elverişli olmayan gemideki askerlerin, denize açılmayı reddederek isyan etmeleri; yangının yayılmasını önlemek için başka ağaçların, eşyaların havaya uçurulması[4].

Zorunluluk hali çerçevesinde ele alınması gereken konu, bir tehlike karşısında kalıp da bu tehlikeden kurtulmak için, bizzat tehlikenin kaynağına veya "bazen de tehlikenin kaynağı ile ilgili olmayan üçüncü kişilerin hak ve yararlarına yönelik olarak zarar verici veya tehlike yaratıcı hareketleri" gerçekleştiren kimselerin, özellikle "mevcut tehlike ile uzaktan yakından herhangi bir ilgisi olmayan üçüncü kişilerin hak ve yararlarında gerçekle-

1 Artuk, 212, 213.
2 Kangal, 30.
3 Schmalleger, 143.
4 Bkz. United States v. Schoon.

şen bu zarar veya tehlikeye rağmen", cezalandırılıp cezalandırılmayacakları ve bunun gerekçe ve koşullarının neler olacağıdır[1].

Zorunluluk hali "faydacı savunma" olarak da tanımlanmaktadır[2]. Gerçekten de konu hukuki olduğu kadar ahlâkidir[3]. Tehlike, zaruret, çaresizlik halinde insanın her şeyden önce kendisini düşünmesi ahlâka aykırı sayılabilir. Ancak hukukun gereklerinin her zaman ahlâk kurallarına uygun düşmesi gibi bir kaygı bulunmamaktadır. Cermen hukukunda da "zaruret kanun tanımaz" kuralı açıkça kabul edilmişti. Zaruret halinde failin cezalandırılmamasının sebebinin, dış cebir sebebiyle failin iradesinin mukavemet yeterliğini kaybetmesi; kişinin kendini koruma içgüdüsü; bu durumda kişiyi cezalandırmakta bir fayda bulunmadığı ve son olarak da kanunun çatışma halinde olan iki eşit değerdeki haktan galip gelenine üstünlük tanıdığı şeklinde açıklanmıştır[4]. Zorunluluk halinde cezalandırmada cezanın amaçlarından ne genel önleme ne de özel önleme amacı gerçekleşir. Zira aynı kişi aynı durumda tekrar aynı şekilde hareket edecektir, başka kimseler de onun cezalandırıldığını görmelerine rağmen, aynı durumda aynı şekilde hareket edeceklerdir.

Zorunluluk halinde bulunan kişi iki seçenek arasında tercihte bulunmak durumundadır: Ya hakkını kaybedecek ya da başkasına zarar vererek hakkını koruyacaktır[5]. Bu konuda şu örnek verilir: "İki deniz kazazedesinden kuvvetli olan diğer arkadaşını denize atarsa bu akıllı bir adamdır; kendini feda ederse, bu adil bir harekettir fakat bu adam bir çılgındır"[6].

ABD'de gerçekleşen bir olayda, cezaevinde bulunan kız arkadaşının, gardiyanlar tarafından yasadışı şekilde kötü muamele edilmesi nedeniyle, cezaevinden kaçmasına yardım eden kişinin, kız zorunluluk hali içinde hareket ettiğinden, cezalandırılmayacağına karar verilmiştir. Mahkeme zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğuna karar vermiştir (United States v. Lopez, 1987).

"İnsandaki tabii korunma hissini ifade eden ve zaruret hali diye adlandırılan bu durum bütün modern kanunlar tarafından açıkça hükme bağlanmıştır. Böylece "zaruretin kanunu yoktur" (*necessitas non habet legem*) şeklindeki tabiat normu, hukuki bir norm halini almıştır"[7]. Konu, kanunumuzda da açıkça düzenlenmiştir: **TCK** 25/2'ye göre, "*gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*". Ayrıca Medeni Kanunumuzun 753.maddesi de zorunluluk halinde başkasının arazisine girme hakkı tanımıştır. Madde şöyledir: "*Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak*

---

1 Önder, II, 221.
2 Bkz. United States v. Schoon.
3 Toroslu, 1.
4 Donmezer/Erman, 121, 122; Toroslu, Zarurel Hali, 22-40.
5 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 524.
6 Toroslu, Zarurel Hali, 10.
7 Toroslu, Zarurel Hali, 1.

zarardan önemli ölçüde büyük ise malik buna katlanmak zorundadır. Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir".

b. Zorunluluk Halinin Kusurluluğu Kaldıran Sebep Olmasının Sonuçları

Her ne kadar Türk Öğretisinin klasik sistematiğinde zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülmekte ise de yeni ceza kanunumuz, gerekçesinde zorunluluk halini kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul ettiğini açıklamaktadır. Bu itibarla yüklenen suçun zorunluluk halinde işlenmesi durumunda sanık hakkında "**kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir**" (CMK 223/3). Yargıtay da, zorunluluk halini "kusurluluğu kaldıran bir sebep" olarak kabul etmektedir[1].

> *"Olay günü çok sayıda kişinin karıştığı kavgada bıçakla yaralanan arkadaşı İmdat'ı hastaneye yetiştirmek amacıyla ekip aracını çalan sanığın arkadaşını hastaneye götürdüğü, aracın da kolluk kuvvetleri tarafından hemen acil servis önünde bulunduğunun anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 147. maddesinde düzenlenen "zorunluluk hali" kapsamında kaldığı, bu nedenle sanık hakkında CMK'nın 223/3-b bendi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken, hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiş...", 13. CD, 11.11.2014, 31481*

Hukuka uygunluk halinde, hukuk düzeni kişiye o eylemi yapmasına izin vermekte; kusurluluğu kaldıran bir sebebin varlığı halinde ise hukuk düzeni o harekete izin vermemekte, ancak yapanı da cezalandırmamaktadır. Ancak sonuçta, her iki halde de fail cezalandırılmamaktadır. Bununla beraber, cezasızlığın nedeninin farklılığı, bazı başka yönlerden de farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır:

Zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi değil de kusurluluğu kaldıran sebep olarak kabulünün şu sonuçları vardır:

- Bu ayrımın nedeni, hukuk düzeninin kişilerin hayatını mutlak olarak koruması ve kendisinden bir saldırı kaynaklanmayan bir kimsenin öldürülmesinin hukuka uygun kabul edilememesidir[2].
- Zorunluluk halinde hareket eden kimseyi azmettiren veya ona yardım eden cezasızlık sebebinden yararlanamaz. Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olsaydı, hukuka uygun bir eyleme katılan kimseler de cezalandırılmazken, kusurluluğu kaldıran bir eylem olduğundan, sadece fail bakımından geçerli olacaktır (TCK 40/1)[3].

---

1 "5237 sayılı yasada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olan zorunluluk hali...". CGK. 26.02.2008, 37. Zorunluluk halinin, kusurluluğu kaldıran hallerden "mazaret sebebi" olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Bekar, 86 vd.

2 Bkz. Wessels/Beulke, kn. 316.

3 Bockelmann, 194; Mahmutoğlu, 51.

- Ayrıca belirtmek gerekir ki, zorunluluk halinde eylem hukuka uygun olmadığından müsadere de mümkün olacaktır. Nitekim zorunluluk halinde kullanılan ruhsatlı silah müsadere edilebilecektir.
- Zorunluluk hali, kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğundan, zorunluluk haline karşı hukuka uygunluk sebebi içinde hareket etmek mümkündür[1]. Dolayısıyla, yukarıda verdiğimiz Mignonette örneğinde, tayfa kendisine yönelik saldırıya karşı meşru savunma hükümlerinden yararlanabilir.
- Zorunluluk hali hukuk düzeninin tümü tarafından hukuka uygun sayılmadığından, Borçlar Kanunu 64/2. madde tazminat yükümlülüğü öngörmüştür[2].

c. Özel Zorunluluk Halleri

OLAY 3:

A, B'Yİ ÖLDÜRÜR VE YAKALANMAMAK İÇİN KAÇAR. A, SAKLANDIĞI YERDE UZUN SÜRE YEMEK TEMİN EDEMEYİNCE AÇLIĞA DAYANAMAYARAK KOMŞUSUNUN TAVUĞUNU ÇALAR VE YER.

TCK 25/2'deki hüküm genel nitelikli olup, **TCK** 5 hükmü dolayısıyla bütün suçlar bakımından uygulanacaktır. Bu itibarla zorunluluk halinin uygulanamayacağını düzenleyen Askeri Ceza Kanunu'nun "vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusu cezayı hafifletmez" şeklindeki hükmün (md. 46/1) [3]geçerliğini kaybetmiş olduğu düşünülebilirse de 25/2 çerçevesinde tehlikeye göğüs germe hukuksal yükümlülüğü çerçevesinde, askerler bakımından zorunluluk halinin şartlarının ayrıca değerlendirilmesi gerekeceği açıktır.

Ceza kanununda özel zorunluluk halleri de düzenlenmiştir: Örneğin, "organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" (**TCK** 92); "hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" (**TCK** 147); "savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş hakkında, bu nedenle cezaya hükmolunmaz" (**TCK** 303/4). Bu durumlarda da kusurluluğu azaltan veya kaldıran bir sebep söz konusu olmaktadır. Kanun koyucunun bu hükümlerde genel zorunluluk halinden ayrılmasının nedeni ise

---

[1] Koca/Üzülmez. 243.

[2] Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler (BK 64/2). Ceza hukukunda zorunluluk halinde işlenen fiil nedeniyle ceza sorumluluğunun doğmamasına rağmen fiilin hukuka aykırı kabul edilmesinin, ancak BK 63'te zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmesinin ve borçlar hukuku açısından işlenen fiilin hukuka uygun kabul edilmesine rağmen tazminat sorumluluğunun doğmasının giderilmesi gereken bir çelişki oluşturduğuna ilişkin eleştiriler için bkz. Bekar. 86. 87.

[3] Ayrıca krş. ASK CK md. 62.

bu durumlarda **TCK** 25/2'de düzenlenmiş bulunan zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmak olsa gerektir. Nitekim uygulamada da hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesi halinde genel zorunluluk hali hükümlerinden ayrılarak bu özel hükümlere dayanılarak faile ceza verilmediğini görmekteyiz: *"Sanıkların arkadaş oldukları, sanıklardan M'nin annesinin ve babasının olmadığı, ayağındaki ayakkabının da eski ve ince olduğu, mevsim itibarıyla da soğuk olması nedeni ile sanık M.'nin üşüdüğünü düşünerek diğer sanıklarla birlikte müştekinin oturduğu apartmana girdikleri, sanıklardan M.'nin üçüncü kata çıkıp müştekinin kapısı önüne bıraktığı bir adet ayakkabıyı aldığı, sanıklar Ö. ve C.'nin ikinci katta bekledikleri, sanıkların eylemlerinin ETCK 494/3 (**TCK** 147) maddesinde belirtilen zaruret haline uyduğu anlaşıldığından, tüm sanıklar hakkındaki davanın ortadan kaldırılmasına..."*[1].

Kanunda açıkça yasaklanmadığına göre, zorunluluk hali bütün suçlar bakımından söz konusu olabilir. Bu çerçevede cezaevinden kaçma halinde de zorunluluk halinin şartları gerçekleşmişse ilgili hükümler uygulama alanı bulabilir. Bununla beraber ağır tehlikenin geçmesiyle kaçan kişinin tekrar teslim olması gerektiğinde tereddüt yoktur[2].

d. Zorunluluk Halinin Şartları

OLAY 4: Gregory Schoon, Raymond Kennon ve Patricia Manning 4 Aralık 1989'da 30 kişiyle beraber, bir federal resmi daireye girerek,*"Amerika'nın vergilerle elde edilen dolarlarını El Salvador'dan çekin"* şeklinde bağırmış ve duvarlara, halılara kan renginde boyalar dökmüş ve resmi daireye girişi engellemişler ve bunun üzerine gözaltına alınmışlardır. Haklarında açılan davada, El Salvador'daki durumu protesto etmek için böyle bir eylem düzenlemek zorunda kaldıklarını, bu ülkede kan dökülmesini engellemek için eylemlerinin zorunlu olduğunu belirtmiştirler".

Bir fiilin zorunluluk hali içinde mütalaa edilebilmesi için dördü tehlikeye, başka ifadeyle zaruret durumuna; ikisi de korunmaya, başka ifadeyle zaruri kılınmış fiile ilişkin olmak üzere altı şartın gerçekleşmesi gerekir[3].

Tehlikeye (zaruret durumu) ilişkin şartlardan **tehlikeye karşı koymak yükümlülüğünün bulunmaması** şartı kanunda bulunmamaktadır. Bu şartlar zaruret hali müessesesinin niteliğinden ve diğer kanun hükümlerinden çıkarılmaktadır[4].

Karşılaştırmalı hukukta da zorunluluk halinin şartları şöylece belirtilmektedir:

1. Kişinin zararlar arasında seçim yapmak durumunda kalmış olması.
2. Acil bir zararın önlenmesi amacıyla suç işlenmiş olması.

---

1 Konya 4. Asl. C.M. 14.07.1999, 681, yayınlanmamıştır.
2 Bkz. Spakes v. The State of Texas. Ayrıca cezaevinden kaçma fiillerine ilişkin zorunluluk durumunun tartışıldığı kararlardan "People v. Lovercamp" ve "United States v. Bailey" için bkz. Bekar, 110 vd.
3 Toroslu, Zaruret Hali, 93.
4 Toroslu, Zaruret Hali, 94.

3. İşlenen suç ile önlenecek zarar arasında doğrudan bir nedensel bağlantı bulunması ve

4. Suç işlemekten başka yasal bir alternatifin bulunmaması.

Olay 4'te Amerikan Yüksek Mahkemesi yukarıdaki koşullar gerçekleşmediğinden, dolaylı sivil itaatsizlik olaylarında zorunluluk hali kurallarının uygulanamayacağına karar vermiştir[1].

aa. Tehlikeye İlişkin Şartlar

aaa. Ağır Bir Tehlikenin Bulunması

aaaa. Tehlike Kavramı

"Tehlike, büyük bir zarara veya yok olmaya yol açabilecek bir durumdur"[2]. Tehlikenin zarar aşamasına geçmemiş olması gerekir. Bunun için de zararın gerçekleşmeye henüz başlamamış olması veya en azından neticenin şekli tamamlanmasının gerçekleşmiş olmaması gerekir. Aksi takdirde, tehlikeden değil, zarardan söz edilir[3].

Tehlikenin kaynağı değişik olabilir ve değişik tehlike türleri söz konusu olabilir. Örneğin,

- "**doğal olaylar** (sel baskını, yangın, fırtına, dondurucu soğuk ve kar, salgın hastalıklar gibi),
- **insan psikolojisi veya biyolojisinin gereksinimleri** (açlık, susuzluk, gebelik, hastalık gibi),
- **hayvan hareketleri** (köpek saldırısı) ve
- son olarak da **insan hareketleri**"[4] (üzerine gelen kamyondan kaçmak için yayaya çarpan; kavgayı haber vermek için havaya ateş eden[5] ya da bir festivalde[6] veya bir futbol maçında tribünde meydana gelen izdihamdan kurtulmak için başkasını ezen[7], kendisini dövmek isteyenlerden kurtulmak için başkasının evine izinsiz giren[8] kişinin durumu da zorunluluk halidir).

Uygulamada, karlı bir günde köy yolunda gitmekte olan ölen ile arkadaşları olan sanığın, domuz saldırısına uğraması üzerine, üzerine yüklenen domuzdan ölen arkadaşını kurtarmak için domuza ateş eden ve fakat bu arada kurşunlardan birinin arkadaşına isabetiyle ölümüne sebebiyet veren

---

1 United States v. Schoon.
2 Centel, 253.
3 Toroslu, Zaruret Hali, 96.
4 Önder, II, 225.
5 CGK, 332/375.
6 Örneğin, 2010 yılında çıkan izdiham sonucu çok sayıda kişinin öldüğü ve yaralandığı Kamboçya Su Festivali. Bkz. Bekar, 91, dn 304.
7 Koca/Üzülmez, 268.
8 4. CD, 25.02.1998, 1418.

kimsenin zorunluluk hali dolayısıyla cezalandırılmayacağına karar verilmiştir[1]. Yine eski tarihli bir kararda da Bulgaristan'daki komünist yönetimden kaçmak için uçak kaçıran kişilerin zorunluluk halinde oldukları açıklanmıştır[2]. Daha yeni tarihli bir kararda da "*sanık savunmasında, limanda bulunan teknesini fırtına olacağı duyurusu üzerine korumak amacı ile çekmek isterken askeri yasak bölgeye girdiğini belirtmekle, suç mahalli olan Köyceğiz Sultaniye köyü Karaağaç limanı ve çevresinde olay günü fırtına meydana gelip gelmediği ya da bu yönde denizcilere herhangi bir duyurunun yapılıp yapılmadığı, fırtına çıkması halinde limanda bannmanın tekne için tehlike yaratıp yaratmayacağı ilgili yerlerden sorularak tespiti ile sanığın yakalandığı askeri yasak bölgeye* ***zarurete binaen*** *girip girmediğinin*" belirlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir[3].

Esasen bir hukuksal yarara yönelik bir tehlikenin tek başına varlığı zorunluluk hali için yeterli değildir. Zorunluluk hali aslında tehlikenin neden olduğu durumun kritikleşmesi ve tehlikede bulunan hukuksal yararın kurtarılması için bir başka yararın kurban edilmesinin zorunlu olduğu halde söz konusu olmaktadır[4].



bbbb. Tehlikenin Muhakkak Olması

Tehlikenin fil hal olması gerekir. Her ne kadar bu husus kanunda açıkça belirtilmemişse de tehlikenin fil hal olması zorunluluk halinin esası gereğidir. Kanunda kullanılan tehlikenin muhakkak olması zorunluluğu da bu bağlamda ele alınmak gerekir.

Böylece, zorunluluk halinden bahsedebilmek için, derhal korunma hareketi yapılmadığı takdirde tehlikede olan yararın zarar görme ihtimalinin büyük olması gerekmektedir. İleride gerçekleşebilecek tehlike fil hal kabul edilmemekle beraber, somut olaya göre bu kavramı geniş yorumlamakta fayda vardır[5]: Nitekim kış aylarında kurtların istilasına uğrayan bir dağ köyünde yaşayanlar bakımından kış ayının gelmesi ağır ve muhakkak tehlikenin gerçekleşmesi bakımından yeterlidir ve bu durumda kendisini kurtlardan korumak için ruhsatsız silah taşıyan kimsenin fiili zorunluluk hali içinde mütalaa edilmek gerekir[6]. Bu durumda tehlikenin muhakkak olduğu söylenebilir.

---

1 9. CD. 06.12.1983, Yener, 24.
2 Temyiz Mahkemesi Ceza Heyeti Umumiyesi, 31.10.1949, 93.
3 7. CD. 25.10.2003, 12985.
4 Kühl, §8. kn. 17.
5 Önder, II. 226.
6 Öztürk/Erdem/Ozbek, 172.

Sosyal güvencesi bulunmayan sanık S...'ün, akrabası olan diğer sanık A...'e ait sağlık karnesini rızasıyla alarak ilgili hastaneye başvuruda bulunup kürtaj olduğu ve neticesinde 250 TL tutarında bedelin fatura edilerek kamunun zarara uğrattığı iddia olunan somut olayda; 5237 sayılı TCK'nın 25/2. maddesine göre, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceğinin hüküm altına alındığının anlaşılması karşısında, gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi amacıyla sanık S...'nın tedavisine ilişkin evrakların temin olunup yetkili bir bilirkişi veya kürtajı yapan doktor dinlenilmek suretiyle yapılan işlemin acil nitelikte olup olmadığının belirlenmesi ve olayda TCK'nın 25/2. maddesinin uygulama imkanının bulunup bulunmadığının araştırılmasından sonra sanığın suç tarihi itibariyle ekonomik durumunun araştırılarak yeşil kart alma şartlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi...", 15. CD, 15.10.2014, 16427

cccc. Tehlikenin Ağır Olması

Her derece tehlikede zaruret halinin kabulü haklı görülemez. Zaruret halinden faydalanan kimseler, masum kişilerin hak ve yararlarına zarar vermelerine rağmen cezalandırılmadıklarından, zaruret halinin koşullarının titiz bir şekilde belirlenmesi gerekir ve bu kapsamda, ancak ağır bir tehlikenin mevcudiyeti halinde, üçüncü kişilere verilen zarardan dolayı kişinin sorumlu tutulmayacağı esası benimsenmek lazımdır. Tehlikenin ağırlığını tayinde gözetilecek ölçüt,

"Sanığın, katılanın ikamet ettiği apartmanın eklentisi niteliğindeki bodrum katında bulunan kömürlükte, apartmanda oturanların rızası dışında, evsiz olması nedeni ile gece gündüz sürekli polise şikayete konu olacak şekilde kaldığı, bu süre zarfında, apartman sakinlerine yönelik suç işlediği, apartmana tuvaletini yapıp çıplak gezdiğinin katılan ve mağdur tarafından ifade edildiği anlaşıldığından, kısa süreli ve zorunluluk hali nedeni ile sığınmanın söz konusu olmadığı, eylemin geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturduğu gözetilmeden, "sanığın zorunluluk hali nedeni ile kömürlükte kaldığı ve suç kastının bulunmadığı" biçimindeki kanuni olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi kanuna aykırı...", 4.CD,24.02.2014, 23910/5725.

- hem tehlikenin
- hem de sebebiyet vereceği zararın

ağır olmasıdır. Insanların fizyolojik veya basit ihtiyaçları bu kapsamda mütalaa edilemez. Mesela –zinanın suç olduğu dönemde- kocası iktidarsız olan kadının zina fiilini işlemesi durumunda zorunluluk hali kabul edilemeyeceği gibi, keyif verici maddelerin çalınması da hırsızlık suçunu oluşturacaktır[1].

[1] Önder, II, 228.

Buna karşılık, hayatın kaybını ve fiziki bütünlüğün yahut diğer şahsi hakların önemli derecede azalmasını sonuçlayan zarar ağır zarardır[1].

Tehlikenin ağırlığı hukuki ve sosyal değerlere göre, objektif ölçüler nazara alınarak hâkim tarafından tespit edilir. Ancak kişinin tehlikenin ağırlığına samimi olarak inanmış olması ve bu inancında da kusurunun olmaması halinde, bu hal hâkim tarafından göz önünde bulundurulmalıdır[2]. Bu halde koşulları gerçekleştiği takdirde yanılma hükümleri uygulanabilir (bkz. TCK 30/3).

Batma tehlikesi geçiren bir yolcu gemisinin, batmamak için atıklarını denize boşaltması durumunda da ağır bir tehlike vardır ve bu durumda kaptan, TCK 181'de düzenlenen çevrenin kirletilmesi suçundan sorumlu tutulmayacaktır.

bbb. Tehlikenin Bir Hakka Yönelik Olması

Meşru müdafaada olduğu gibi zorunluluk halinde de tehlikenin bir hakka yönelik olması yeterli görülmektedir. Buna göre denizde yüzmekte olan bir kadının elbisesinin çalınması halinde, bir başkasının elbisesini giymesi durumunda; bir depremde bir yerde kapalı kalmak durumunda kalan kişinin, başkasına ait binaya zarar vererek çıkması durumunda zorunluluk haline ilişkin kurallar uygulanacaktır[3]. Mala yönelik tehlike de zaruret durumuna sebebiyet verebilir. Bu itibarla mesela, kıymetli bir mala yönelik bir tehlikeyi bertaraf etmek için başkasının malına zarar verilmesi halinde zaruret hali kabul edilecektir[4].

ccc. Tehlikenin Meydana Gelmesine Bilerek Sebebiyet Vermemiş Olmak

Kanunumuz, kişinin zorunluluk halinde bulunduğunun kabul edilebilmesi için, tehlikenin sebebi bakımından *"bilerek neden olmadığı"* ifadesini kullanmaktadır. Bu itibarla, tehlikeye bilerek sebebiyet veren kimse, daha sonra bu tehlikeye dayanarak zorunluluk halinde bulunduğunu ileri süremez.

Zorunluluk halinde, tehlikeye sebebiyet vermemiş olma şartının benimsenmesinin nedeni, kişinin tehlikeye karşı durmak durumunda olup olmamasının önemli olmasıdır. Kişi tehlikeye karşı durmak durumundaysa, tehlikeyi başka türlü atlatamadığını mazeret olarak ileri süremez. Eğer kişinin kendisi tehlikeye sebebiyet vermişse, işte öncelikle bu durumda, tehlikeye karşı durmalı, başkalarına zarar vermemelidir[5].

"Tehlikeye bilerek sebebiyet verme" ne şekilde anlaşılmalıdır?:

1- Fail "suçu işlemek için tehlikeyi meydana getirmişse", zaruret halinden faydalanamaz.

2- Kişi "tehlikeyi kasten meydana getirmişse", zorunluluk halinden faydalanamaz[6].

---

1 Toroslu, Zaruret Hali, 113.

2 Donmezer/Erman, II, 131; Önder, II, 228.

3 Donmezer/Erman, II, 129, 130.

4 A.g. Toroslu, Zaruret Hali, 112.

5 Wessels/Beulke, kn. 441.

6 Failin bilerek sarhoş olup, bir başkasını yaralaması üzerine acil yardıma ihtiyacı olan bu kişiyi hastaneye yetiştirmeye çalışırken trafik kurallarını ihlal ederek işlediği fiil nedeniyle zorunluluk iddiası kabul edilemeyecektir. Bekar, 103.

3- Tereddüt uyandırabilecek husus tehlikeye taksirle sebebiyet verilmiş olması halidir. Bu bakımdan ikili bir ayrım yapılmalıdır:

a- Taksir **bilinçli** ise yani fail hareketinin sonuçlarını öngörmekle beraber, neticenin meydana gelmesini istemiyor veya böyle bir neticenin meydana gelmeyeceğine güveniyorsa, neticeyi biliyor demektir ve zaruret hali kabul edilemez. Örneğin ormana sigarasını söndürmeden atan kişi, yangın meydana geleceğini öngörmektedir. Bu hareketinin sonucunda yangın meydana gelmesini istememiş olsa bile, zaruret halinden faydalanamaz, zira "öngörmek, bilmemek değildir".

b- Taksir **bilinçsiz** ise yani fail hareketinin sonuçlarını öngörmemişse, neticeyi bilmediğinden, zaruret hali kabul edilir[1].

Yangın çıkaran kimse tehlikeye bilerek sebebiyet vermiştir. Yangına bilinçsiz taksirle sebebiyet veren kimse ise zaruret halinden faydalanabilir. Yine, bir kutup seyahatine yanına yeteri kadar yiyecek almadan çıkan kimse de açlık tehlikesine iradi olarak sebebiyet vermiş sayılır[2].

Konunun girişinde verilen olay 3'te, zorunluluk halinin diğer şartları gerçekleşmiştir. Ne var ki, (A) işlediği bir suç nedeniyle saklanarak tehlikenin oluşumuna kendisi sebebiyet verdiği için zorunluluk halinden yararlanamaz. Bununla beraber, burada dikkat etmek gerekir ki, hırsızlık suçu açısından TCK 147'de düzenlenen husus, özel zorunluluk halidir ve özel zorunluluk halinde genel zorunluluk halinin koşulları aranmayabilir. Dolayısıyla burada (A)'nın tehlikeye sebebiyet vermiş olmasına rağmenTCK 147 hükmünden yararlanması düşünülebilir.

ddd. Tehlikeye Karşı Koyma Hukuksal Yükümlülüğü

Kanunumuzda açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, kişinin zaruret halinden faydalanabilmesi için, "tehlikeyi karşılamak, onu bertaraf etmek bakımından hukuki bir yükümlülüğünün bulunmaması" gerekir. Zorunluluk hali hakların çatışması hallerini düzenleyen bir müessese olunca, hakkını tehlike karşısında feda etmek hukuki yükümlülüğü altına giren kişi, tehlikeden artık kaçamaz ve bu tehlikeden kaçarken zorunluluk halinden kaldığını iddia edemez[3]. Bu itibarla, hastalara yardım etmek zorunluluğunda bulunan bir hekim salgın hastalık gerekçesiyle hastaneyi terk ederse, zorunluluk halinden faydalanamaz[4].

---

1 Önder. II. 227. 228.
2 Toroslu. Zarurel Hali. 120.
3 Önder. II. 231.
4 Toroslu. Zarurel Hali. 139.

Meslekten kaynaklanan bir bulaşma tehlikesi, virüs taşıyan kimsenin tedavisini reddetmeyi gerektirecek kadar ağır görülmemektedir. Mesleğin doğal riskleri karşısında hekimin tedaviyi reddetmesi ondan beklenemez[1]. Dolayısıyla hekim hastaneyi terk etmesi halinde, garantör olduğundan meydana gelen suçlardan da sorumlu olur. Ancak salgın hastalığın çok ağır boyutlara vardığı ve artık hekimin de mutlak ölüm tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı hallerde, hekimden kendi hayatını düşünmemesini beklemek, haklı görülemez. Bu takdirde somut olayın koşulları da göz önünde bulundurularak, hekimin de zorunluluk halinden yararlanması gerekir.



Ahlâki yükümlülük bu kapsamda kabul edilemez. Bu nedenle, yükümlülüğün hukuki nitelikte olması gerekir. Tehlikeyi karşılama yükümlülüğü, bir kanundan veya sözleşmeden doğabilir. "Örnek olarak askeri şahıslar, güvenlik kuvvetleri mensupları, itfaiye erleri, deniz adamları vs. gösterilebilir"[2].

Tayfanın öldürülmesine ilişkin İngiliz Yüksek Mahkemesi kararında da bir Amerikan mahkeme kararından bahsedilmekte ve bu karara göre denizcilerin yolcuları denize atarak kendilerini kurtarmaları haklarının bulunmadığına işaret edilmektedir[3].

bb. Korunmaya İlişkin Şartlar



aaa. Başka Türlü Korunma İmkânının Bulunmaması

Zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak benimsenmesinin arkasında yatan temel neden, bir tehlike karşısında kalan kimsenin suç işlemek zorunda kalmasıdır. Kanunumuz bu şartı "*başka suretle korunmak olanağı bulunmayan*" ifadesi ile açıklamaktadır[4].

Başka türlü hareket imkânının bulunmaması demek, başkasının bir hakkına zarar vermeksizin tehlikeden kaçınma ve kurtulmanın mümkün olmaması demektir. Bu nedenle, söz gelimi acilen ilaç ihtiyacı bulunan kişi, bütün eczanelerin kapalı olduğu gece vakti, nöbetçi eczaneye gitmeyip de bir eczanenin camını kırarak ilaç alırsa, zorunluluk yoktur[5]. Keza sarhoş bir kimsenin

---

1 Laufs, kn. 103.
2 Önder, II. 231.
3 Bkz. The Quenn v. Dudley and Stephens, karar için bkz. Dressler, 574 vd.
4 Donmezer/Erman, II. 134.
5 Artuk, 214.

ambulans gelene kadar geçecek zamanı beklemeyerek hastayı aracıyla hastaneye götürmesi durumunda, koruma hareketinin gerçekten uygun olduğu, gerçek bir kurtarma imkânı sunduğu şüphelidir[1].

Hemen belirtelim ki, meşru savunmadan farklı olarak gizlenmek veya kaçmak suretiyle tehlikeden kurtulmak imkânı varsa, zorunluluk hali bulunmaz. Ortada bir haksız saldırı değil de sadece bir tehlike bulunduğundan ve korunma hareketinin de buna sebebiyet veren saldırgana değil de masum bir üçüncü kişiye yönelmiş bulunması nedeniyle, kaçmanın tehlikeden kurtulmaya etkili olması şartıyla, kişinin öncelikle kaçmak suretiyle tehlikeden korunma yolunu araması gerekir[2].

Bu şart nispi olup, hâkimin tehlikenin meydana çıkması anında failin içinde bulunduğu haleti ruhiyesini göz önünde tutarak, başka türlü tehlikeden kaçınma imkânının bulunması halinde failin bir seçim yapacak kudret ve yetenekte olup olmadığını düşünmesi gerektiğini de gözden uzak tutmamak gerekir.

bbb. Tehlikenin Ağırlığı ile Konu ve Kullanılan Vasıta Arasında Oranlı Bulunması

Burada "değerlerin tartımı ilkesi" uygulanır[3]. Çatışan yararlardan daha değerli olanını kurtarmak için, daha değersiz olanını feda etmek caiz görülmektedir[4]. Böylece, hamile kadının hayatını veya sağlığını kurtarmak için, çocuğun düşürülmesi halinde üstün bir yararın korunması söz konusu olmaktadır (burada üçüncü kişi lehine meşru savunma da düşünülebilir). Kaldı ki, feda edilen yararın, korunmak istenen yarara eşit olduğu hallerde dahi zaruret hali kabul edilmektedir. Örneğin, dağa tırmanan iki dağcıdan birinin, ipin ikisinin ağırlığını taşımayacağını görmesi üzerine, diğer dağcının ipini kesmesi halinde, korunan yarar ile feda edilen yarar eşit olduğundan, dağcı zaruret halinden faydalanır ve cezalandırılmaz[5].



Değerlerden hangisinin üstün olduğu objektif olarak tespit edilecek, "ancak hâkim bu değerlendirmeyi yaparken, korunan yararın o kişi bakımından gösterdiği önemi de göz önünde" tutacaktır[6]. Korunan veya zarar verilen haklar ceza hukuku tarafından korunan haklardan ise bunlar arasındaki değer sıralaması konusunda, özel kısımda ilgili suç tipleri için öngörülmüş bulunan ceza bir ölçüt olarak vazife görebilir. Nitekim *cenin* ile *anne* arasında bir değer tartısı yapılırken, çocuk düşürme suçu için kanunda öngörülen ceza ile adam öldürmesuçu için öngörülen ceza karşılaştırılmak suretiyle annenin daha yüksek değerde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu suretle, annenin hayatının teh-

---

[1] Kühl, §8, kn. 83.
[2] Donmezer/Erman, II, 135.
[3] Değerlerin tartımında hangi değerin seçileceğine dair kararın, mutlak olarak hangisinin daha üst seviyede olduğunun tespitine değil, hayatın olağan akışında hangisinin daha fazla korunmaya değer olduğuna bağlı olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş hakkında bkz. Bekar, 118.
[4] Yüce, 44.
[5] Donmezer/Erman, II, 120, 135.
[6] Önder, II, 231.

likede olduğu hallerde, kaç aylık olursa olsun ceninin öldürülmesi zorunluluk hali içinde kabul edilecektir. Bunun dışında, yaşam bakımından bir tartı yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla hastanede bulunan tek bir reanimasyon aletine bağlı yaşlı bir kimseyi alarak, yerine genç bir hastayı bağlamak zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirilemez[1].



Öğretide savunulan bir görüş ise birden fazla kimsenin kurtulması için bir kimsenin hayatını feda etmenin kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir[2]:"*Bir masumun hayatı, kanı, hatta umum beşer için olsa da heder olmaz*". Alman Federal Anayasa Mahkemesi de **15 Şubat 2006** tarihinde verdiği bir kararda benzer yönde bir görüş açıklamıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşen 11 Eylül olaylarından sonra Almanya'da çıkarılan bir kanun ile (Hava Güvenliği Kanunu) insanlara karşı kullanılacak uçakları düşürme konusunda hava kuvvetlerine yetki veren düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından anayasanın yaşama hakkını ve insan onurunu düzenleyen hükümlerine aykırılık dolayısıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi uçakta masum kimselerin bulunabileceğini belirterek böyle bir uçağın düşürülemeyeceğine hükmetmiştir[3].

İngiltere'de gerçekleşen bir olayda, yapışık doğan ikizlerden sadece birisinin kurtarılması mümkün olup, ameliyat yapılmaması halinde her ikisi de altı ay içinde ölecek, ameliyat durumunda ise sadece birisi kurtarılabilecektir. Bu konuda karar için mahkemeye başvurulmuş ve mahkeme Jodie ve Mary isimli çocuklardan, yaşama şansı daha yüksek olan Jodie lehine karar vererek, bir nevi Mary'nin ölümüne neden olmuştur. Burada ortaya çıkan soru, hukuk düzeninin, masum bir kişi üzerinden bir başkasının yaşamasına müsaade edip edemeyeceğidir. Buna müsaade edilmesi zorunluluk hali mülahazalarıyla açıklanmıştır. Mahkeme, bu sonucun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 2.maddeye aykırılık teşkil etmeyeceğine de karar vermiştir[4].

Kişisel verilerin bir başkasına hukuka aykırı olarak verilmesi suçtur. Bu çerçevede hekimlerin de kişisel verileri açıklamaması gerekir (**TCK** 136; ayrıca krş. **TCK** 258). Ancak daha üstün nitelikteki bir yararın korunması amacıyla, sır niteliğindeki bir hususun bildirilmesi gerekiyorsa, bu bildirim hukuka uygun sayılır. Örneğin, akıl hastasının başkasına zarar vermesini önlemek amacıyla ilgili mercilere bildirilmesi veya bilincini kaybetme tehlikesi bulunan hastanın araç kullanacak olması durumunda polise bildirilmesi veya çocuklara kötü muamele veya cinsel istismarın söz konusu olduğu hallerde polise ihbarda bulunulması gibi. Keza eşlerden birisinin AIDS hastası olması durumunda, diğer eşe durumun bildirilmesi de diğer eşin sağlık ve yaşamı AIDS sırrının korunmasından daha üstün değerde olduğundan, kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedendir[5].

---

1 Kühl §8. kn. 109.
2 Kühl §8. kn. 114.
3 BVerfG. 1 BvR 357/05. Zorunluluk halinde değerler tartımında her iki tarafta değişen sayıda insan hayatının söz konusu olduğu durumda dahi oransal bir hesap yapılarak insan öldürmenin kabul edilemeyeceği ile ilgili olarak bkz. Bekar. 129. 130.
4 Re A (Children)(Conjoined Twins: Medical Treatment)(No.1)(2000) 4 All ER 961. Allen. 71 vd.
5 Laufs/Uhlenbruck. §71. kn. 11. 11a.

Tehlikenin ağırlığı ile kullanılan vasıta arasında da bir orantı bulunmalıdır. Tehlikeyi bertaraf etmek için kullanılan vasıta, tehlikenin ağırlığı ölçüsünde zarar verici bir vasıta olabilir.

ccc. Korunma Hareketinin Hukuk Düzeni ile Uyuşabilirliği

Korunma hareketi hukuk düzeni ile çelişki içinde ise zorunluluk halinin kabul edilmesi mümkün olmaz. Nitekim hukuk düzeninin temel prensipleri ile örneğin özgürlük prensibi ile çatışan bir korunma hareketi zorunluluk halinden yararlanamaz. Böylece, zor bulunan bir kan grubuna sahip olan bir kimseden, acil durumda bulunan bir hasta için zorla kan alınması özgürlükçü hukuk düzeni ile bağdaşmayan ve insan onuruna aykırı bir harekettir[1]. Yine bu örnekte veya zorla böbrek alınması ya da başka çare kalınmadığı için bir kimseye işkence yapılarak konuşturulması gibi olaylarda, kullanılan aracın tehlikenin önlenmesi açısından uygun olmaması nedeniyle de zorunluluk halinin kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.

OLAY 1'de Alaska Yüksek Mahkemesi, zorunluluk halini kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, zorunluluk halinin şartları, ağır bir zararın önlenmesi amacıyla suçun işlenmesi, uygun bir alternatifin bulunmaması ve korunan zarar ile neden olunan zarar arasında oran bulunmasıdır. Olayda ise yoldan geçen kişilerden yardım istenebilirdi, çekici araç çağrılabilirdi veya geçen araçlardan birisine binilerek bilahare yardım getirilebilirdi. Burada Nelson'ın aracında meydana gelebilecek zararlar ile kendisinin diğer araçlara verdiği zararlar arasında da bir orantı yoktur[2].

cc. Üçüncü Kişi Lehine Zorunluluk Hali

TCK 25/2'nin açık ifadesi karşısında, tehlikede bulunan üçüncü kişiyi kurtarmak maksadıyla yapılan hareketler de zorunluluk halini oluşturur. Bu bakımdan üçüncü kişinin bunu istemiş olup olmamasının önemi yoktur. Bu itibarla da doğum, ananın hayat veya sağlığı için tehlikeli bir nitelik gösterdiği takdirde ana, çocuğun doğmasını ve kendisinin feda edilmesini istemiş olsa dahi, bunu yapmayıp çocuğu ölü doğurtan ve anayı kurtaran doktor, zorunluluk halinde bulunmuş sayılır[3].

Bu kapsamda, bir kimsenin hayatını kurtarmak için suni teneffüs yapılması halinde cinsel saldırıdan ötürü ceza verilmeyecektir[4].

Üçüncü kişi lehine ıztırarda, tehlikeye üçüncü kişi sebebiyet vermiş olur da kişi bunu bilmezse, yine de failin kusurluluğu kalkmıştır. Ne var ki, öğretide aksi görüş de savunulmaktadır: Tehlikeye sebebiyet veren üçüncü kişi lehine kanunun suç saydığı bir fiili işleyen kimse zaruret halinden istifade edemez[5].

---

1 Bkz. Kühl, §8, kn. 169 vd.
2 Nelson v. State.
3 Donmezer/Erman, II, 136.
4 Ünver, Cinsel Saldırı, 34.
5 Toroslu, Zaruret Hali, 130. Ancak bu görüş, üçüncü kişi yararına zorunluluk hali içerisinde bulunan kişiye, üçüncü kişinin bu tehlikeye bilerek sebebiyet verip vermediği hakkında bir değerlendirmede bulunma yükümlülüğü yüklediği için eleştirilmektedir. Bu durumun üçüncü kişi yararına zorunluluk halinin uygulanmasını sınırlandıracağı sonucunu ortaya çıkaracağı ileri sürülmektedir. bkz. Bekar, 102.

dd. Tazminat

Zorunluluk halinde zarar verilen kimsenin zararları karşılanmak zorundadır (TBK 64/II). Zira tehlikeyi meydana getiren veya meşru müdafaada olduğu gibi haksız saldırıya neden olan kimseye yönelik bir zarar söz konusu değildir. Kaldı ki, kanunumuz zorunluluk halini bir hukuka uygunluk sebebi değil de kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul ettiğinden, meydana gelen zararların karşılanacağı doğaldır, zira eylem hukuka uygun hale gelmemiştir[1].

ee. Zorunluluk Hali ile Meşru Savunma Arasındaki Farklar

1) Meşru savunma ile zorunluluk hali arasındaki en önemli fark, saldırı veya tehlikeden korunma hareketinin yöneldiği kişi bakımındandır. Meşru müdafaada savunma, saldırgana karşı yapılırken; zaruret halinde, zaruret halinde bulunan kimse, tehlikeyi gerçekleştirene değil de "olayla herhangi bir ilgisi bulunmayan **kusursuz kişiye**" yönelmektedir[2].

2) Meşru savunma ile zorunluluk hali arasındaki önemli farklardan biri de saldırının veya tehlikenin niteliği bakımındandır. Meşru müdafaada haksız bir saldırı söz konusudur. Hâlbuki zorunluluk halinde "haklı veya haksız olarak nitelendirilme imkânı bulunmayan bir **tehlike** vardır"[3]. Açlıktan ölmemek için ekmek çalma halinde zorunluluk hali söz konusu olur (**TCK** 147). Açlık bir tehlike olup, saldırı değildir. Ancak bir kimseyi açlıktan öldürmek için, elinden ekmeğin alınması halinde saldırı olur ve bu kimseye karşı da meşru müdafaa söz konusu olur[4].



3) Meşru savunmada bir **insandan** kaynaklanan saldırı söz konusudur. Zaruret halinde ise bir tehlike söz konusu olup, bu bir doğa olayından, bir hayvan[5] ya da insan hareketinden de kaynaklanabilir.

4) Bir diğer fark, saldırıya veya tehlikeye **sebebiyet verme** noktasındadır. "Meşru müdafaada bu hakkın kullanılabilmesi için, savunmada bulunanın kusursuz olması şart değildir. Kusurlu hareket eden kural olarak meşru savunma hakkını kaybetmez" (Zina örneğinde olduğu gibi). Buna karşılık zaruret halinde meydana gelen tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemiş olması gerekir[6].

---

[1] Zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği Amerikan hukukunda da, üçüncü kişinin uğradığı zarar bakımından tazminat sorumluluğu kabul edilmektedir. Örneğin, havanın çok soğuk olduğu bir gece ıssız bir bölgeye uçağın düşmesi olayında yardım kuvvetlerinin de sabaha kadar bölgeye gelmeleri mümkün değildir. Olaydan hayatta kalabilen kişiler yakınlardaki yazlık bir eve girip yaralılara yardım etmek ve yardım gelene kadar kendilerini korumak için evde bulduklan battaniyeleri kullanır ve yiyecekleri tüketirler. Bu kişiler bakımından eve izinsiz girme fiili zorunluluk hali nedeniyle cezalandırılabilir değildir. Ancak izinsiz bir şekilde girdikleri evin sahibine verilen zararlar için belli bir tazminat ödemeleri gerekmektedir. Bekar, 87. dn 288.

[2] Önder, II. 224.

[3] Donmezer/Erman, II. 122.

[4] Yüce, 43.

[5] Önder, II. 224.

[6] Önder, II. 224.

5) Meşru savunma ile zorunluluk hali arasındaki farklardan biri de **korunan yarar ile zarar verilen yarar arasında bir oran bulunması** zorunluluğunun olup olmaması noktasındadır. Meşru müdafaada kural olarak böyle bir oranın bulunmasının gerekli olmadığına yukarıda değinilmiştir. "Elbette bu oran da göz önünde bulundurulacak ise de önemli olan saldırının şiddeti, yoğunluğudur". Zaruret halinde ise tehlikeden kurtulmak isteyen kişi, tehlikenin oluşturulması hususunda hiçbir kusuru olmayan üçüncü kişilere zarar verebildiği için, tehlikeden kurtulmak isteyenin kurtarmak istediği hakkın değeri ile zarar verdiği değer arasında bir oran aramak zorunludur. Korunan yararın değeri, zarar verilen değerden daha yüksek olmalı ya da en azından bu değerler eşit bulunmalıdır[1].

6) Meşru savunmada saldırgana verilen zararın tazmini mükellefiyeti bulunmadığı halde, zaruret halinde işlenilen fiilin hedefi tehlikeyle bağlantısız olan, masum kişiler olduğundan ve zaruret hali sadece kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğundan **tazminat mükellefiyeti** bulunmaktadır (TBK 64/II)[2].

7) Meşru savunmada saldırıya uğrayana **kaçma yükümlülüğü** yüklenemez ise de zorunluluk halinde kaçmak suretiyle tehlikeden korunma imkânı varsa, fail zorunluluk halinden faydalanamaz.



OLAY VE ÖZET[3]

Taksi şoförü T, bir gece müşterisi M'yi evine götürürken, önündeki sürücünün bir sağa bir sola gittiğini ve sarhoş olduğunu anlar. Sollayarak kendini tehlikeye atmamak için, yavaşça onu takip eder. Sarhoş S park etmiş bir araca çarpar ve kaçar. Bunu gören T, telsizle taksi durağını arayarak, polisi durumdan haberdar etmelerini ve sarhoş şoförü durdurmalarını ister. Ancak S kaçmasın diye de onu takip eder ve gittiği yeri de devamlı telsizden bildirir. Ne var ki, müşteri M, itiraz ederek T'den onu eve bırakmasını ya da durup indirmesini ya da telsizle başka bir taksi çağırmasını ister. T taksimetreyi kapatır, ancak S'yi takibe ara veremeyeceğini, zira S'nin başkasının canına zarar vermeden durdurulması gerektiğini, polis gelene kadar olsa olsa 10 dakika geçeceğini, daha sonra onu evine götüreceğini söyleyerek, M'yi indirmez. Aynen T'nin söylediği gibi olur. Ancak M savcılığa başvurarak, T'yi ihbar eder.

SORU: T'nin ceza hukuku sorumluluğunu tartışınız.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu düşünülebilir (TCK 109). T, S'yi takip etmek suretiyle müşterinin arabadan inmesini engellemiş ve böylelikle onun hareket hürriyetini kısıtlamıştır. Hürriyeti tahdidin kısa sürmesi suçun oluşmasını engellemez.

(1) Meşru savunma söz konusu değildir. Her ne kadar üçüncü kişilerin hayatına ya da vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı düşünülebilirse de burada saldırının kendisinden kaynaklanmadığı müşteri M'ye yönelik bir hareket söz konusu olduğundan, meşru müdafa söz konusu değildir.

---

[1] Önder, II, 224, 225.
[2] Donmezer/Erman, II, 122.
[3] Alpmann/Schmidt, 67 vd.

(2) CMK 90'dan kaynaklanan yakalama yetkisine dayanılarak, yakalanan kişi açısından kişi hürriyetini tahdit suçu kanun hükmünü icra dolayısıyla gerçekleşmez ise de üçüncü bir kişinin hürriyetinin yakalama yetkisinin kullanılması sırasında tahdit edilmesi CMK 90 kapsamında mütalaa edilmemektedir.

(3) Zorunluluk hali düşünülebilir. Zorunluluk halinde birbiriyle çatışan iki menfaat olup, hukuk düzeni başka türlü davranmanın mümkün olmadığı hallerde, bunlardan daha az bir değere sahip olanın ihlaline müsaade etmektedir. Zorunluluk haline ilişkin **TCK** 25/2 tam bir saldırı hakkı tanımaktadır. Bu itibarla da buna maruz kalanın tahammül gösterme mükellefiyeti olup, haksız bir saldırı mevcut olmadığından meşru müdafaa hakkı bulunmamaktadır. Buna rağmen kendini savunursa, bu kez kendisi açısından haksız bir saldırı söz konusu olup, karşı tarafın meşru müdafaa hakkı doğar. Zorunluluk halinin şartları şunlardır:

(a) Öncelikle bir zorunluluk durumu söz konusu olmalıdır. Bu da hali hazırda mevcut bir tehlike durumunda mevcut olur. Tehlike, olayların gelişimine gore bir zararın doğması ihtimalinin bulunması halinde vardır.

(b) Tehlike, hukuki yarara yönelik tehdidin doğal gelişim içinde her an için bir zarara dönüşmesi ihtimalinin mevcut olması halinde fil haldir.

Olayda S zikzak çizerek gittiği, duran bir araca çarptığı için, çarptığı araç açısından ispat bakımından ve diğer insanlar ve araçlar açısından da trafik emniyeti bakımından mevcut bir tehlike bulunmaktadır.

(c) Tehlikenin failin müdahalesi olmaksızın önlenememesi gerekir. Bu şart meşru müdafaadaki zorunluluk şartına benzemektedir. Ancak burada failin hukuki yararı zedelemesinin tehlikeyi önlemek açısından **en uygun** ve **en yumuşak** araç olması gerekir. Zorunluluk hali meşru müdafaa gibi hakkın korunması prensibine değil, yararların dengelenmesi prensibine dayandığından, fail kaçarak kurtulma imkânı varsa bunu kullanmak ve çeşitli alternatiflerden en az müdahale gerektireni seçmek zorundadır.

Olayda takibin müşterinin eve götürülmesi için yarıda bırakılması halinde, S kaçacak böylece aracına zarar verdiği kişi onu bulamayacak ve durdurulmaması halinde de başka kimselere de zarar verecektir. Bu nedenle bu tehlikelerin önlenmesi için, M'nin hürriyetinin tahdidi tek yoldur.

(d) Korunan yararın, ihlal edilen yarara nazaran daha üstün ya da en azından eşit olması gerekir.

Hayat ve vücut bütünlüğü, mal karşısında üstün bir değere sahiptir.

Somut olaydaki zarar tehdidinin yoğunluğu ve kapsamı da önemlidir. Böylece somut olayda yüksek değerdeki malların korunması için kişisel değerlere çok hafif müdahaleler caiz de olabilir. Örneğin, bir yangının söndürülmesi için oradan geçmekte olan kimsenin ıslanarak nezle olmasının kabullenilmesi gibi.

Hayatın hayatla karşı karşıya olduğu hallerde bir değerlendirmenin mümkün olmadığı da ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunanlara gore, hayat mutlak bir önceliğe sahip olup, az değerde veya yüksek değerde gibi bir değerlendirme yapılamaz. Ayrıca daha çok sayıda kişinin hayatının kurtarılması için, daha az sayıda insanın hayatının feda edilmesinin de kusurluluğu kaldıran bir sebep oluşturmayacağı da ileri sürülmektedir. Ne var ki, hâkim görüş feda edilen yarar ile korunan yararın eşit olduğu hallerde de zorunluluk halinin kabul edileceği yönündedir.

Olayda kişisel bir yarar olmak itibarıyla kişi hürriyetinin, arabasına çarpılan kişinin tazminat faydasından ve diğer kimselerin *olası* bir zararından daha üstün olduğu düşünülebilir. Ancak olayda kişi hürriyetini tahdit, çok kısa bir süre devam etmiştir. Buna karşılık bir kaza halinde geriye dönülemeyecek zararlar doğabilecektir. Bu nedenle yararlar arasında T tarafından korunan yararın üstünlüğü goze çarpmaktadır.

(e) Korunan yararın yüksek değerde olması halinde dahi, zorunluluk hali kabul edilmeyebilir. Buna örnek olarak şunlar gösterilebilir:

Fiilin yüksek hukuk prensiplerine aykırı olması. Bazı problemlerin çözümü için hukukî yollara başvurulmasının gerekli olduğu hallerde, buna aykırı davranılması zorunluluk haline dayanılarak hukuka uygun hale getirilemez. Örneğin, haksız yere suçlanan kimsenin, haksız bir mahkûmiyetten kurtulmak için tek yol olarak başkasını yalan şahitliğe azmettirmesi halinde, zorunluluk hali söz konusu olamaz.

Tehlikeye göğüs germe mecburiyetinin bulunması halinde de zorunluluk hali kabul edilemez.

Yine insan onuruna yakışmayan davranışlarda da zorunluluk hali söz konusu olamaz. Örneğin, başkasının hayatının kurtarılması için, bir kimseden zorla kan veya organ alınması.

Olayda ise zorunluluk halinin bütün şartları gerçekleşmiştir.

OLAY 2'de, İngiliz Mahkemesi Queen's Bench Division, 1884 yılında verdiği kararda zorunluluk halini kabul etmemiştir. Mahkeme zorunluluk halini tartışmakla birlikte, bir yandan kaptanın mürettebatına; mürettebatın yolculara karşı yükümlülüklerine değinmiş; öte yandan da zorunluluk halinin gerçekten bulunduğunun neye göre belirleneceğinin açık olmadığına, yaşamlar arasında neye göre bir tartı yapılacağının da bilinmediğine işaret etmiştir. Mahkeme, kimin hayatının daha yüksek değerde olacağının güce göre mi, yoksa zekâya göre mi yoksa bir başka kritere göre mi belirleneceğinin bilinmediğine işaret etmiştir. Sonuçta mahkeme Dudley ve Stephens'ın ölüm cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiş, ancak ceza bilahare kral tarafından 6 ay hapis cezasına çevrilmiştir[1].

3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

a. Genel Olarak

"Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır"(**TCK** 28).

İşaret etmek gerekir ki, kanunumuz cebir ve şiddet terimlerini aynı anlamda kullanmıştır. Keza, korkutma da esasen tehditten farklı değildir; zira kötülüğün o an yapılacak olması şeklinde anlaşılabilir[2].

Kanunumuz cebir, şiddet, korkutma ve tehdit sonucu suç işleme hallerinde, cebir, şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişinin suçun faili sayılacağını belirtmektedir. Hemen belirtelim ki, bu kimse hem cebir ve tehdit suçundan hem de cebir ve tehdit sonucu işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Keza, suçu bu etki altında işleyen kimse cezalandırılmayacak ise de kişi suçu işlerken kendisine yüklenen zorunluluk sınırlarını aştığı takdirde, cezasızlıktan yararlanamaz ve genel iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu

[1] The Queen v. Dudley and Stephens, Dressler, 574 vd.
[2] Özgenç[2], 372; Gülşen, Ceza, 221; Demirbaş[5], 386.

tutulur. Yine örneğin tehdit belli bir suçun doğrudan işlenmesine yönelik değilse ve tehdit edilen bu tehditten kurtulmak için bir suç işlemişse, artık **TCK** 28 değil, şartları gerçekleşmişse zorunluluk haline ilişkin hükümler uygulanacaktır. Örneğin, bir kimsenin tehdit dolayısıyla saldırgandan kaçmak için üçüncü bir kişinin arabasını çalması gibi[1].

Cebir ve tehdit altında işlenen suçlarda kusurluluğun kalktığı kabul edilse bile, bu etkiyle hiçbir zaman insan öldürme suçunun işlenemeyeceği de ileri sürülmektedir. Uygulamada ve öğretide bu görüşü savunanlar olduğu gibi, bu yönde bir sınırlamaya gerek olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır[2]. Kanaatimce, tehdit veya cebir altında işlenecek suçların sınırı öldürme olmalıdır. Her ne kadar teorik olarak ölüm tehdidine karşılık öldürmenin eşit ağırlıktaki yararların ihlali ve bu nedenle de kusurluluğu kaldıran sebep olarak kabulüne bir engel yoksa da, bu kapının açılmasından kaçınmakta yarar vardır.

b. Cebir

Kanunumuzun 28. maddesinde düzenlenen cebir, mutlak kuvvet (vis absoluta) anlamında, kişinin karşı koyamayacağı bir kuvvetin etkisiyle suç işlemesi değildir. Burada düzenlenen cebirde, kişi sonuçta hareketi iradi olarak işlemekte, ancak iradesine cebir suretiyle etki edilmektedir.

Cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya üçüncü bir kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır[3].

Cebrin kusuru ve dolayısıyla ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için karşı konulamayacak veya kurtulunamayacak nitelikte olmasını kanunumuz aramaktadır.

Sonuçta insan belli bir şekilde davranmaya mecbur kaldığından, cebir mücbir sebebe benzese de cebirde mücbir sebepten farklı olarak, suça zorlayan şey bir insan tarafından yapılan zorlamadır (Alacakaptan, 100).

Cebirde o anda mevcut bir kötülük vardır. Buna karşılık tehditte, ileride gerçekleştirilecek bir kötülükten bahsedilerek kişiye suç işletilmektedir.

Cebir ile zorunluluk hali arasında da fark vardır. Gerçekten cebir halinde fail için suçu işlemekten başka yol yoktur. Hareket şekli faile dikte ettirilmiştir. Fakat zorunluluk halinde fail ne de olsa bir seçim yapmak imkânına sahip bulunmaktadır. Karar vermek hususunda mecbur bırakılmıştır. Cebir halinde irade serbestiyeti yoktur, zorunluluk halinde ise fail irade özgürlüğüne sahiptir (Dönmezer/Erman, II, 123; Toroslu, Zaruret Hali, 91).

---

1 Gülşen, HPD, 174.
2 Ayrıntılar için bkz. Brown vd., 948.
3 TCK 108. madde gerekçesi.

c. Tehdit

Kişinin bir zarara uğratılacağı hususunda korkutulmak suretiyle[1] iradesine etkide bulunularak gelecekte belli bir şekilde hareket etmesinin sağlanmasına ise tehdit denilir. Burada belirleyici unsur, zararın henüz gerçekleşmemiş olması ve ilerideki bir zaman aralığında gerçekleşebilecek olmasıdır[2]. Örgüt elemanlarının tehdidi dolayısıyla örgüte giyecek toplanması[3] veya örgüt üyesinin evde barındırılması durumunda[4] kusurluluk kalkmıştır. *"Tehdit fiili, kişinin ruh dinginliğini bozan, iç huzurunu, bilinç ve irade özgürlüğünü ihlal eden bir olgudur. Fiilin mağdur üzerinde ciddi bir korku yaratabilmesi açısından sonuç almaya objektif olarak elverişli, yeterli ve uygun olması gerekir. Ayrıca tehdidin somut olayda muhatap üzerinde etkili olması şart değildir. Bu nedenle mağdurun korkup korkmadığının araştırılması gerekmez"*[5].

Karşılaştırmalı hukukta, tehdidin ceza sorumluluğunu kaldırması açısından aranan şartlar şunlardır:

1. *Ölüm veya ciddi bedensel yaralamaya yönelik fiilhal tehdit,*
2. *Tehdidin ciddi olması ve*
3. *Zarardan başka türlü kaçınma imkânının bulunmaması United States v. Contento-Pachon, 1984).*

Tehdidin kusurluluğu kaldırabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması gerekir[6]:

- Ihlal edilen hakla korunmak istenen yarar arasında eşitlik bulunması[7],
- korunmak istenen yarara yönelik zarar tehdidinin ağır ve muhakkak olması,
- tehditte bulunanın emirlerine boyun eğmeden bundan kurtulma olanağının bulunmaması ve
- tehdidin meydana gelmesine bilerek sebebiyet verilmemesi.

California Yüksek Mahkemesi, tehdit nedeniyle masum bir üçüncü kişinin öldürülmesinin asla kusurluluğu kaldıramayacağına karar vermiştir. Böylece hayata yönelik bir tehdit nedeniyle, başka bir kimsenin öldürülmesi halinde faile ceza verilecektir. Mahkeme, böyle bir tehdit halinde, kişinin masum bir kimseyi öldürmektense direnmeyi tercih etmesi gerektiğini, bunun sosyal bir politikanın sonucu olduğunu, California'nın bugün karşı karşıya kaldığı çete suçları nedeniyle böyle bir durumda faile ceza verilmemesi halinde, çetelerin bunu kötüye kullanabileceğine işaret etmiştir. Hatta mahkeme bu tür hallerde ikinci derece öldürmeyi dahi kabul etmemiş, birinci derecede öldürmekten hüküm kurulmasını öngörmüştür, People v. Anderson, 2002.

---

1 CGK. 09.05.2000. 101
2 Artuk. 237, 238.
3 9. CD. 28.05.1996. 3162.
4 9. CD. 14.10.1997. 5208
5 4. CD. 10.05.2006. 10746
6 Donmezer/Erman. II. 313
7 Bazı yazarlar tehdidin hayata veya vücuda yönelik olması gerektiği görüşündedirler. Önder. II. 370; ayrıca krş. People v. Anderson kararı.

Juan Manuel Contento-Pachon Bogota, Kolombiya'da taksi şoförlüğü yapmaktadır. Birgün yolcu olarak aldığı Jorge kendi özel arabasını kullanmasını teklif eder. Juan'ın teklife ilgi göstermesi üzerine ertesi gün buluşurlar. Buluşmada, işin şoförlük değil, yutacağı kokain kapsüllerini ABD'ye sokmak olduğu söylenir. Juan düşüneceğini belirtip, sonraki gün ise teklifi reddeder. Ancak Jorge, Juan'ın özel yaşamına ilişkin, çok ayrıntılı bilgileri aktarır ve teklifi reddetmesi halinde karısı ve üç yaşındaki çocuğunun hayatını tehlikeye atacağını söyler.

Bunun üzerine teklifi kabul eden Juan 129 kapsülü yutar. Kendisine bütün yol boyunca takip edileceği, olumsuz bir şey yapması halinde ailesinin öldürüleceği söylenir.

Los Angeles havaalanına vardığında, karın bölgesinde yapılacak x ray incelemesine rıza gösteren Juan yakalanır.

Yerel mahkemede tehdit altında suç işlemek durumunda kaldığını ileri sürse de Juan mahkûm edilir. Ancak temyiz aşamasında bu savunma kabul edilir ve Juan'ın beraatine karar verilir (United States v. Contento-Pachon, 1984).

Yargıtay bir kararında tehditle tutanağa imza atılması durumunda suç kastının bulunmadığı yönünde karar vermiştir: *"Mazgirt Jandarma Birlik Komutanlığı'nda Hareket-Eğitim Astsubayı olan sanık T.K.nın 19.10.1994 tarihinde bir teröristin cesedi üzerinden tim komutanı astsubay M.Y. tarafından düzenlenen tutanak ile elde edilen suç konusu tabancayı mal edinmek amacıyla gerçek tutanağı ortadan kaldırıp yerine tabancadan söz etmeyen sahte tutanağı düzenleyen Jandarma Birlik Komutanı diğer sanık Yüzbaşı A.T.nin sahte tutanağı imzalaması konusundaki önerisini önceleri reddederek olumsuz tutum sergilemesine rağmen, onun "bu tutanak mutlaka imzalanacak, imzalamazsanız ben yapacağımı bilirim" diyerek, ayrıca sicilini bozacağından ve uzak karakola süreceğinden söz ederek tehdit etmesi üzerine askeri disiplin, bölgenin olağanüstü hal özelliği ve görevin hayati tehlike arz etmesi gibi zor koşullar nazara alınıp değerlendirildiğinde* ***ciddi ve endişe verici boyutlarda olduğunun kabulü gereken bu tehdit ve baskının etkisi altında kalarak imzalamak mecburiyetinde kaldığı****, oluşa göre bir "mal edinme" ilişkisi içerisinde de olmadığı, tehdit ve baskının ortadan kalkmasını müteakip yaklaşık dört ay sonra 20.02.1995 tarihinde olayı adli mercilere ihbar ettiği dosya içeriği ve toplanan kanıtlardan kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılması karşısında, suçun manevi kast öğesi itibariyle oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde zimmete iştirakten mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir"*[1].

Aşağıdaki kararında da Yüksek Mahkememiz, tehdit sonucu işlenen suçta sorumluluğun bulunmadığına hükmetmiştir: *"Sanık kamyon şoförü olup geceleyin köydeki evine gelince yasa dışı PKK örgütünün üç üyesi ile karşılaşmıştır. Gelenler silahlı olup üzerlerinde el bombası mevcuttur. Biranı kod adlı örgüt mensubu, İstanbul'a gidecek örgüt üyesi F.Ö.'nün sanığın evinde kalacağını söylemiş, sanık gönüllü olmayınca da "itiraz yok" demiş ve sigara ikramını kabul etmeyerek sanığı uyarmıştır. Bunun üzerine sanık* ***korkmuş*** *ve örgüt üyesinin evinde kalmasına rıza göstermek zorunda kalmıştır. Yaşadığı yörenin özellikleri ve yasa dışı olan PKK örgütünün niteliği nazara alındı-*

[1] 5. CD. 01.07.1998, 2832.

*ğında, **özgür iradesi** ile örgüt üyesini barındırmadığı, örgütün baskısı altında kalarak kendisini ve ailesini korumak için karşı gelemediği.. anlaşıldığından, yüklenen silahlı çete üyelerine yardım ve yataklık suçunun manevi unsuru gerçekleşmemiştir"[1].*

> *SORU: Zorunluluk hali ile tehdit arasında ne fark vardır?*
>
> *CEVAP: Esasen şartları ve sonuçları itibarıyla birbirine benzemekle beraber, fark, zorunluluk halinde tehlikenin insan dışı kaynaklardan kaynaklanması, buna karşılık tehdidin insanlardan kaynaklanmasıdır.*

4. İhmali Suçlarda Beklenebilirlik

İhmali suçlarda yukandaki sebeplerin yanı sıra "beklenebilirlik" de kusuru kaldıran bir sebep olarak düşünülebilir[2]. Hareket etmenin somut olayda bir kimseden beklenememesi halinde de hareket yükümlülüğü olan kimsenin neticenin gerçekleşmemesini sağlamak zorunda olduğundan bahsedilemez. Kişiden harekete geçmesi hukuken talep edilebilmelidir. Bu itibarla hareketin yapılmasının bir kimseden istenemeyeceği, beklenemeyeceği, umulamayacağı hallerde kişi kusurlu değildir.



Örneğin, denize düşen bir kimsenin etrafında köpek balıklarının bulunması durumunda, onu kurtarmayan kimse ihmali hareketi dolayısıyla sorumlu tutulamaz, zira hukuk düzeni ondan bu ortamda kendini tehlikeye atmasını bekleyemez.

Örnek 2: Baba B'nin oğlu O, böbrek hastasıdır. B oğluna yönelik tehlikeleri önlemekle yükümlüdür ve bu itibarla da garantördür. O'nun kurtulmasının B'nin böbreğini bağışlaması halinde mümkün olacağını düşünelim. Bu takdirde B bakımından oğluna yönelik bir tehlikeyi önlemek mümkündür. Ne var ki, neticeyi önlemek **mümkün** olmasına rağmen, B'den böbreklerini bağışlaması **beklenemez**, zira hukuk düzeni babayı kendisinin yüksek kişilik haklarına bu tip bir müdahaleye zorlayamaz. Demek oluyor ki, garantörden sadece mümkün olanı yapması değil, ayrıca gerekli ve orantılı olanı yapması istenmektedir.

Yargıtay da bir kararında açıkça "beklenebilirliğe" işaret etmiştir[3]:

"TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen yardım ya da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu ile korunan hukuki yarar/değer vücut bütünlüğünü ve yaşam hakkını korumaktır.

---

[1] CGK. 23.11.1999. 285. aynı yönde 9. CD. 17.05.1999. 2283.
[2] Hakeri, İhmal. 248 vd.
[3] 2. CD. 06.12.2010. 32787.

Somut olayda 9 yaşındaki ölen Ali Haydar'ın dereye yüzmek için girdiği fakat suyun derin kısımlarında yüzemeyerek çırpınmaya başladığı, onunla birlikte yüzmeye giden arkadaşları 11 yaşındaki Barış'ın ardından da Hüseyin'in öleni kurtarmak amacıyla suya girdikleri ancak kurtaramadıkları, bu durumu gören 15 yaşındaki sanığın bu hal ve şartlar içerisinde suya batan ölene yardım etmeme veya kurtarılabilmesi için yetkili kurumlara bildirim yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu tutulma olanağı bulunmamaktadır. Çünkü suya giren ölen Ali Haydar'ın kısa bir süre içerisinde boğularak suyun dibine gittiği diğer arkadaşları Barış ve Hüseyin'in gerekli yardımı yapmaya çalışmalarına karşın boğulmaya engel olamamaları nedeniyle sanıktan bu koşullarda yardım yükümlülüğünü **beklemek** hayatın olağan akışına aykırıdır.

Ayrıca suda boğulma olayının ani gelişen olaylardan olduğu da gözetildiğinde derhal ilgililere bildirme yükümlülüğünün de sanığa yüklenmeyeceği açıktır. Çünkü burada yasa koyucunun bildirim yükümlülüğünü getirmesinin amacı neticenin sınırlandırılmasına ya da önlenmesine yönelik olup, bu olayda ölümle sonuçlandığı için sanık derhal ilgili makamlara bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden sorumlu tutulamaz".

Adana'da gerçekleşen ve bir dönem kamuoyunun büyük tepki gösterdiği, bir adamın, karısını sokakta kaldırıma yatırıp kameralar önünde bıçaklarken, orada bulunan polislerin herhangi bir müdahalede bulunmaması olayında da, yerel mahkeme açıkça beklenebilirlikten bahsetmese de, benzer mülahazalarla polislerin beraatine karar vermiştir: "...Polislerin silahlarıyla saldırganı etkisiz hale getirmeleri için ateş etmeleri durumunda gerek saldırganın yanında bulunan küçük çocuk gerekse sanığın kucağına yatırdığının yaralanabileceği, ayrıca çevredekilerin uzaklaşmadığı, ateş edilmesi durumunda bu kişilerin de yaralanabileceği, olay yerine gelen polislerin özel tim görevlisi olmadıkları, keskin nişancı olmadıkları, ellerinden geldiği kadar olayı engellemeye çalıştıkları, olay yerinde daha fazla zarar vermeden ilgili şahsın yakalandığı, sanıkların suç kasıtları bulunmadığından suçun unsurları oluşmadığı.."[1].

5. Haksız Tahrik

a. Kavram

Ceza hukukunda tahrik ifadesinin iki anlamda kullanıldığını görmekteyiz. İlkin, tahrik suçları anlamında, ikinci olarak da haksız tahrik manasında. Burada inceleyeceğimiz konu, **TCK** 29'da düzenlenmiş olan ve "suç işleyenin psikolojik durumuna etkili olarak kusurluluğun azalmış olacağı kabul edilen, haksız tahrik halidir"[2].

"Haksız tahrik, failin, haksız bir fiilin doğurduğu gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek, bir suç işlemesidir"[3].

---

[1] Adana 8. Asliye Ceza Mahkemesi 09/06/2003 günlü, 2002/1445-2003/805 sayılı karar; (EGM Hukuk Müşavirliği Arşivi).

[2] Önder, II, 375.

[3] CGK, 31.10.1994, 250.

Haksız tahrikte, fiilin haksızlık içeriğinde bir değişiklik olmadığı halde, failin kusur yeteneğinde bir azalma söz konusu olmaktadır. Fail, meydana gelen hiddetin etkisiyle, davranışlarını yönlendirememekte, suç işlemekten kendini alıkoyamamaktadır[1].

Haksız tahrik halinde failin cezasında indirim yapılır ve bunun arkasında iki türlü neden yatmaktadır: İlkin, failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya üzüntü altında kalması ve ikinci olarak da mağdurun da kendi hukuka aykırı fiili ile failin suç işlemesine sebebiyet vermesidir[2]. Haksız tahrikte, failin kınanabilirliğinde, kusurunda bir azalma söz konusu olmaktadır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, haksız tahrik ile ilgili hükmün iptali için yapılan başvuruda, başvuruyu reddetmekle birlikte, kurumu yanlış anladığını ortaya koymuştur: "*Yasa'nın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiçbir suretle tehlikeye sokmaksızın insancıl yaklaşımı vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak göz önünde bulundurmak ilkesini tercih eden yasa koyucu, bu ilkenin gereği olarak, suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve uygun bir iyileştirmeye tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak için itiraz konusu kuralda, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız tahrik altında suç işleyenlerin cezasından, maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür*"[3]. Hâlbuki haksız tahrik müessesesinin suçlunun toplumla barışık hale gelmesi veya ıslâhı ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Haksız tahrik ceza kanunumuzda ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran nedenler bölümünde, ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olan "cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit"ten hemen sonra yer almıştır. Haksız tahrikin etkisi altında olan kişinin kusur yeteneği azalmış, davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme yeteneği etkilenmiştir[4].

Haksız tahrik durumunda haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin derecesine göre hâkimin takdirine bağlı olarak cezada 29. maddede gösterilen oranlarda indirim yapılacaktır. "Ancak bu indirimin yapılabilmesi için haksız fiilin bir hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması gerekir. Bu nedenle böyle bir etkiyi meydana getirebilecek ağırlıkta olmayan haksız fiiller bakımından hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır" (madde gerekçesi).

Mahkemenin tahriki oluşturan eylem veya eylemlerin niteliğini, fail üzerindeki etkisini iyi değerlendirmesi ve indirim oranını buna göre tayin etmesi gerekmektedir[5].

Yargıtay yeni tarihli bir kararında tahrik oluşturan eylemin 11 yıl gibi uzun bir süre önce gerçekleştirilmesi nedeniyle, haksız tahrikten ötürü azami indirim yapılmasını yasaya aykırı bulmuştur[6].

---

1 Özgenç, 403.
2 Donmezer/Erman II, 346.
3 AYM, 19.02.2009, 25.
4 Koca/Üzülmez, 291.
5 Yasar/Gokcan/Artuç, C.I, 740.
6 1. CD, 05.12.2006, 5457.

Yargıtay son dönemdeki kararlarında "*etki-tepki kuralı*"nı uygulamaktadır: "Kadın garsonun kendisinden bira ısmarlaması teklifinde bulunması sonucunda kadın garsona yumrukla vurup dudağını patlatan ve dişinin sallanmasına sebep olan sanığın, bundan sonra diğer garsonların kendisine saldırması üzerine ateş edip maktulü sırtından vurmasında etki=tepki kuralı da gözetilerek basit tahrik hükmünden yararlandırılması gerekirken, azami indirim oranı tatbiki" yasaya aykırıdır[1]. "Maktulün hafif müessir fiiline maruz kalan sanığın maktulü bıçaklaması olayında, etki-tepki arasındaki oransızlık da gözetilerek, haksız tahrik indiriminin asgari düzeyde tutulması" gerekir[2].

Yargıtay, 765 sayılı önceki kanun döneminde olduğu gibi, yeni kanun döneminde de yerel mahkemenin haksız tahrik nedeniyle yaptığı indirim oranını da denetlemektedir:

- *"Olay tarihinde pazar yerinde hırdavat sergisi açan sanık Abdullah'ın bulunduğu yere gelip ayakkabı satmak için sergi açmak isteyen katılan Mahmut'un, sergileyeceği mallara yer açmak için sanığa ait kutuları kaldırmaya başladığı, bu duruma itiraz eden sanık ile bu nedenle tartışmaya başladığı, akabinde sanığa saldırdığı, çıkan kavgada sanığın emanette kayıtlı eşya ile katılanın kafasına vurması sonucu katılan mağduru hayati tehlike geçirecek şekilde yaralaması ile sonlanan olayda mahkeme, katılanın sanığa ait kutuları kaldırma ve sanığın üzerine saldırma eylemlerini haksız tahrik nedeni olarak kabul etmiştir.*

  5237 sayılı Yasa'da, tahrikle ilgili ağır tahrik hafif tahrik ayrımına son verilmiş, tahrik oluşturan fiilin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi hâkim tarafından yapılarak sanığın iradesine olan etkisi nazara alınıp maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen oranda indirim yapılması gerekecektir.

  Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Yargıtay Ceza Dairelerinin duraksamasız uygulamaları ve içtihatları nazara alındığında, fiilin işleniş biçimine, sanığın hal ve davranışlarına, mağdurdan geldiği kabul edilen saldırının haksızlık içeriğinin niteliğine göre indirim yapılması gerekirken oluşa ve dosya içeriğine uygun düşmeyen nedenlerle en üst oranda indirim yapılması yasaya aykırıdır"[3].

- *"Sanığın eşi Emine'nin maktul ile rızaya dayalı ilişkisi olduğu, olaydan önce sanığın maktul hakkında savcılığa yaptığı suç duyurularının takipsizlik kararı ile sonuçlandığı, maktulün Emine'ye ait iç çamaşırlarını sanığın evinin önüne astığı, olaydan önce Emine'nin maktul ile birlikte ilçeye giderek sanık aleyhine şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma davası açtığı, olay günü bunu öğrenen sanığın, eşi Emine ile konuşmak amacıyla, Emine'nin kaldığı, kayınpederine ait eve geldiği, Emine'yi dövdüğü, Emine'nin telefonla haber vermesi üzerine olay yerine gelen maktulün "Emine, Emine" diye seslenerek sanık hakkında "sinkaf ettiğim, yine karıyı dövmüş, karı dövmek neymiş*

---

1 1. CD. 04.07.2006, 2914.
2 1. CD. 25.12.2007, 9675.
3 3. CD. 28.11.2007, 8821.

göstereceğim, artık o karı benim" dediği, bunun üzerine sanığın harman yerindeki maktulün yanına gelerek av tüfeği ile 2 el ateş ederek öldürdüğü olayda, hak ve nesafet kuralları gereğince haksız tahrik uygulamasında azami indirim yerine makul bir oranda indirim yapılması gerektiği"[1].

b. Haksız Tahrikin Özellikleri

Haksız tahrikin özellikleri ve buna bağlanan sonuçlar şöylece özetlenebilir[2]:

1) Haksız tahrike ilişkin **TCK** 29'un kanunumuzun genel kısmında düzenlendiği göz önünde tutulduğunda, kusurluluğu azaltan bu nedenin herhangi bir ayrım yapılmadan bütün suçlar bakımından geçerli olabileceği anlaşılır. Önemli olan, suçun, haksız tahrik kurumunun niteliğine uygun olup olmadığıdır. Bu sebeple netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda[3], tasarlayarak adam öldürmede[4] haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. "Buna karşı kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında, diğer âdiyen katil suçlarında mümkün olan acı ve öfke duygusu değil, öç almak şeklinde beliren ahlâka aykırı bir düşünce ile suç işlenmiş olduğundan", haksız tahrik dolayısıyla indirim yapılamaz[5]. Töre saikiyle öldürmelerde de belirli koşullar altında haksız tahrik hükümleri uygulanmamaktadır[6].

   Yargıtay ayrıca 6136 sayılı kanuna muhalefet suçunda haksız tahrikin uygulanamayacağına karar vermiştir[7]. Keza *Yüksek Mahkeme* yeni tarihli bir kararında cinsel saldırı ve yağma suçlarında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yolunu kapamıştır[8]. Bir başka kararda da "korku, kaygı ve panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçunun (**TCK** 170) yapısı ve niteliği itibarıyla tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli bulunmadığı" açıklanmıştır[9].

2) **TCK** 29'da düzenlenmiş bulunan "haksız tahrik" dışında, özel kısımda da bazı suç tipleri için geçerli olmak üzere *özel tahrik hallerinin* de yer aldığını görmekteyiz. Bu suç tiplerinde failin maruz kaldığı haksız hareket karşısında suçu işlemiş olduğu düşüncesiyle failin cezası "suçun basit şekline oranla daha hafif olarak" belirlenmiş veya faile ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Bu suç tiplerine, hakaret suçunun haksız bir fiile veya kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi (**TCK** 129/1, 2) örnek olarak gösterilebilir.

---

[1] 1. CD. 18.01.2008. 105.
[2] Önder. II. 376. 377.
[3] 1. CD. 27.01.1976. 261.
[4] 1. CD. 20.11.1974. 5355.
[5] CGK. 04.06.1973. 458.
[6] Bkz. 1. CD. 19.09.2006. 3612. Yalvaç. 255; ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Kasten Öldürme Suçları. 249.
[7] Donmezer/Erman. II. 347.
[8] 5. CD. 29.03.2006. 2577.
[9] 8. CD. 11.10.2006. 7504.

Bu söylenenler önemini şu noktada gösterir: Kanun koyucu bu suç tiplerinde özel tahrik hallerini göz önünde bulundurduğuna göre, bu maddelerin uygulanması ile birlikte ayrıca **TCK** 29 ile cezadan tekrar bir indirim yapılması yoluna gidilemez[1].

3) Haksız tahrik, yaş küçüklüğü ve takdiri indirim sebepleriyle bir arada bulunabilir. Ne var ki, aynı halin hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni sayılması ve cezada iki defa indirim yapılması mümkün değildir[2].

4) Haksız tahrik, bir hukuka uygunluk sebebi olan meşru savunmadan da ayrılır. Meşru savunmada saldırı henüz sona ermemiştir. Haksız tahrikte ise haksız fiil sona ermiştir ve bu fiile karşı bir karşılıkta bulunma zorunluluğu yoktur. Ayrıca, meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebidir ve hukuk düzeninin tümü bakımından eylem hukuka uygun sayılmaktadır. Buna karşılık haksız tahrikte fiil hukuka aykırı olarak kalmakta, sadece failin cezası indirilmektedir. Bu sebepledir ki, meşru savunma ile haksız tahrik aynı fiilde bir arada bulunamaz. Buna karşılık, haksız tahrik üzerine tepkide bulunan kimse, daha önce, haksız tahriki teşkil eden fiili yapmış olan kişiyi meşru savunma haline sokabilir[3].

5) Haksız tahrik hükümleri yanılma ve sapma halinde de uygulanmalıdır[4]. *Yargıtay* önceki kanun döneminde haksız tahrik etkisi altında hareket eden failin, yanılgı ve sapma durumunda da haksız tahrik hükümlerinden yararlanacağına karar vermişti[5]. Yeni bir kararında ise yüksek mahkememiz haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir ki[6], bu karara katılmıyorum. Uygulama hedef-

---

1 4. CD. 27.02.1979, 898; Ayrıca, öncelik özel haksız tahrik hükmüne verilmelidir. "Sanığın aşamalarda, yeşilkart başvurusu nedeniyle emniyet müdürlüğüne geldiklerini, alt kattan işlemin ikinci katta yapıldığını söylemeleri nedeniyle yukarı çıktıklarında, katılanın ameliyatlı kolundan tutup merdivenden aşağıya doğru ittiklediğini ve bu sırada canının acıması nedeniyle sinirlenerek "şerefsiz" demiş olabileceğini savunması karşısında, hakaret suçu yönünden özel olarak düzenlenmiş bulunan TCK 129/2 hükmünün uygulanması gerekirken, genel nitelikli tahrik hükmünün uygulanması". 4.CD. 02.02.2011, 816

2 Donmezer/Erman, II, 351.

3 Donmezer/Erman, II, 348, 349.

4 Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, 2. B., 68

5 CGK, 04.02.1997, 4.

6 "Olay gecesi sanığın oturduğu mahallede herhangi bir hırsızlık olayının tespit edilmemesi, olayın meydana geldiği yerde yanan büyük boy sokak lambasının bulunması, sanığın tüfekle hiçbir şey söylemeden, uygun görüş şartları içinde ve üç metre mesafeden maktule doğru ateş etmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda ateş ettiği kişinin maktul Metin S. olduğunu anlayabileceği, bu nedenle sanığın hatası kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığından, hata hükümlerinden yararlanamayacağı, ayrıca maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz veya davranış da bulunmadığından, yerel mahkemece sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanmasında isabet bulunmamaktadır. Öte yandan sanık hırsız da olsa bir insanı öldürmek kastı ile hareket etmiş olup mağdurun kimliğinde yanılmış olsa bile kasten öldürme suçundan sorumluluğu cihetine gidilmesinde de bir hukuka aykırılık yoktur". CGK, 27.10.2015, 1-336/352 Hatanın kaçınılmaz olması konusunda Yargıtay'ın tespitlerine katılmakla beraber, mağdurdan haksız tahrik oluşturan bir hareketin gelmemiş olmasını haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması için bir gerekçe olarak göstermek isabetli değildir. Fail, olayda mağduru hırsız sanmakla dolayısıyla durup dururken değil, onun haksız hareketi sonucunda harekete geçmektedir. O nedenle kusurluluğu azalmıştır ve haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.

te sapma halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı görüşündedir[1]. Kanımca, haksız tahrik kusurluluğu etkileyen bir hal olduğuna göre, sonuçta hedefte sapma veya yanılma söz konusu olsa bile, haksız tahrikten yararlanmak mümkün olmalıdır. Buna karşılık, mağdurdan kaynaklanan bir haksız hareket nedeniyle fiili işleyen kimse, mağdur dışında başka kimselerin de isabet alacağını öngörmesine rağmen sonucu kabullenerek **olası kast**la fiili işliyorsa, olası kastla isabet ettirdiği kimseler bakımından haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz. Yargıtay da aynı görüştedir: *"Sanığın hasmını hedef alıp ateş ettiği istikamette kendi babası olan maktulün de bulunduğunu görmesine ve onun da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen, babasını sakınmadan yaptığı atışlar sonucu onu vurup öldürmesinde haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı gözetilerek.."*[2]. Bunun dışında, olası kastla işlenen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır[3].

c. Haksız Tahrikin Şartları

Birleşik Krallık Hukuku'nda haksız tahrikin iki unsuru bulunduğu kabul edilmektedir: Sübjektif ve objektif unsur. Sübjektif unsur haksız tahrike maruz kalan failin kontrolünü kaybetmiş olmasıdır. Objektif unsur ise haksız tahrikin makul, orta derecede bir insanı da aynı şeyi yapmaya sevk edecek olmasıdır[4].

Hukukumuzda haksız tahrikten bahsedilebilmesi için 6 şartın bulunması gerekir. Aşağıda bu şartların yanı sıra, haksız tahrik ile ilgili üç konu da ele alınacaktır:

1. **Tahrik teşkil eden bir fiilin bulunması.**

   Kanunumuz ne gibi hallerin tahrik teşkil edebileceğini göstermiş değildir. *"Bir fiilin tahrik edici niteliği haiz olup olmadığı tamamen değişken kriterlere göre, mesela tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahriki oluşturan fiili yapan kimsenin durumuna, bu kimseler arasındaki ilişkiye, zaman ve yer şartlarına göre takdir olunur. Maktulenin aralarında mevcut geçimsizlik sebebiyle kocasını terk etmek istemesi ve "sana karılık yapa-*

> *"Erkeklerle para karşılığı ilişkiye giren maktule ile sanığın da birçok defa para karşılığı ilişkiye girdiği, aralarında herhangi bir akrabalık ve duygusal bağ bulunmadığı, sanığın, fuhuş yapmamasını istediği maktulenin bunu kabul etmemesinde sanığa karşı herhangi bir haksız tahrik bulunmadığı halde" **TCK** 29'un uygulanması yasaya aykırıdır (1. CD, 27.04.2006, 1683).*

---

1 1. CD. 11.04.2007. 2653.
2 1. CD. 29.11.2006. 5280. 1.CD. 09.06.2008. 4844.
3 05.10.2010 – 2010/1-132-183; aksi yönde. 1.CD. 07.02.2008. 745.
4 Bkz. Attorney General for Jersey v. Holley.

mam" demesi, ancak boşamaya yol açabilecek bir sebep olup, haksız tahrik olarak kabulü mümkün değildir. İşine gitmeyen, gece saat 23.00 sularında eve gelen sanığa mağdurenin "işine gitmemişsin, eve de sarhoş geldin" demesi, eşin eşe karşı uyarı ve yakınmasını dile getiren beyanlar niteliğinde olup, bu beyanlar haksız kışkırtma olarak kabul edilemez"[1]. Buna karşılık *Yargıtay" sanık öğretmenin yaramazlık yapması nedeniyle ismi sınıf tahtasına yazılan mağdureyi, tahtaya kalkmasını istemesine karşın, kalkmaması üzerine oturduğu sıraya gidip tokatlaması eyleminde"* öğrencinin tahtaya kalkmamasını, hatalı olarak tahrik olarak değerlendirmiştir[2].

> *"Reşit olan sanığın kız kardeşinin, mahkemece de kabul edildiği üzere nzaen maktulle cinsel ilişkiye girmesinin sanık lehine haksız tahrik teşkil etmeyeceği..." (1.CD, 20.03.2006, 840).*

Evli olan ablalarını, kaçtığı kişiyle beraber öldüren kardeşler ile ilgili olarak Yargıtay haklı olarak, evli ve reşit olan Gülbahar ile maktul Murat'ın yaşam tarzlarının sanıklara yönelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi, maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermiştir[3].

Uygulamada haksız tahrik teşkil ettiği kabul edilmiş olan çeşitli fiillere örnek olarak; "**hakaret veya tehdit etme, müessir fiil, sarkıntılık, söz atma, tarlasına hayvan sokma, arabasını çizme, bahçesindeki ürüne zarar verme, üst kattan çöp silkeleme, sürekli gürültü yapma, birkaç kez uyarıldığı halde uygunsuz yere araç park etme, sanığın evi önüne veya bahçesine çöp atma**, vb." eylemler gösterilebilir[4].

Amerikan uygulamasında geleneksel olarak ağır yaralama, sanığın dövülmesi, karşılıklı kavga, sanığın haksız yere gözaltına alınması, sanığın yakın bir akrabasının ciddi olarak yaralanması veya suiistimal edilmesi ve eşin (aniden) zina halinde yakalanması gibi hususlar insan öldürme suçunda haksız tahrik olarak kabul edilmekteyken, bugün bu tür kesin kataloglar belirlenmesinden kaçınılmaktadır. Buna karşılık sözlerin kural olarak haksız tahrik nedeni olamayacağı benimsenmektedir[5]. Sadece sözlerle bir kimsenin tahrik edilmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması ancak, sözlerin sanığın vücuduna zarar verileceğine ilişkin niyeti ve gücü göstermesi halinde kabul edilmektedir (olayda sanık mağdurun sözleri üzerine onu kasten öldürmüştür ve mahkeme haksız tahrik hükümlerini uygulamamıştır)[6]. Türk uygulamasında ise sözlerle haksız tahrik genel olarak kabul edilmektedir. Böylece örneğin bir kimseye sövülmesi halinde

---

1 CD. 19.04.1999, 1287.
2 4. CD. 07.10.2002, 14360.
3 1. CD. 08.04.2009, 1937.
4 Yaşar/Gökcan/Artuç, C.I. 735.
5 Dressler, 261, 264.
6 Girouard v. State.

de haksız tahrik hükümleri uygulanabilmektedir. Hatta kasten öldürme suçlarında dahi sözle haksız tahrik kabul edilmektedir.

Tahriki teşkil eden fiilin, mutlaka tepkide bulunan kimseye karşı işlenmiş olması şart değildir. Ona yakın bir kimseye, failce sevilen veya sayılan bir kişiye, hatta bir yabancıya karşı yapılan bir fiil de faili öfke veya elem haline sokabilir. Bu sebeple sokakta küçük bir çocuğun sebepsiz yere dövüldüğünü görüp de hiddete kapılan ve çocuğu döven kişiyi yaralayan veya hakarette bulunan kimse bakımından haksız tahrikin varlığını kabul etmek gerekir. Bunun gibi, failin eşyasına ve özellikle hayvanlarına veya bahçesindeki bitkilere karşı işlenen fiiller de onu gazaba getirebilir ve tahrik teşkil edebilir[1]. "Sanığın memleketlisi olan ve aynı semtte oturdukları anlaşılan kızların, maktul ve arkadaşları tarafından rahatsız edilmeleri karşısında şedit elem duyarak suçu işlediği saptandığında" haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir[2]. Buna karşılık şu kararında *Yargıtay*, kardeşinin eşi/teyzeleri ile evlilik dışı ilişki kuran kişiyi öldüren kayınbirader ile yeğenler bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını kabul etmemiştir: "Sanık Ziya'nın kardeşi tanık Mehmet'in resmi nikâhlı eşi olan Gülseren'in maktul Cengiz ile gayri ahlâki ilişki içine girdiği anlaşılmakta ise de; bu ilişkinin Gülseren'in eşinin kardeşi olan sanık Ziya ile kız kardeşlerinin çocukları olan sanıklar Özer ve Hüseyin yönünden tahrik olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı..."[3]. Yine arkadaşının kız kardeşine yönelik taciz de haksız tahrik olarak kabul edilmemiştir[4]. Kanımca, ülkemizdeki yakın akrabalık ve özellikle gençler arasındaki arkadaşlık ilişkileri göz önünde bulundurulduğunda bu kararlar doğru değildir.

Amerikan uygulamasında sanığın yakın akrabasına yönelik fiillerin haksız tahrik oluşturduğunu kabul eden kararlar bulunduğu gibi, üçüncü bir kişiye yönelik fiillerin de haksız tahrik oluşturabileceği kabul edilmektedir[5].

Burada ortaya çıkan diğer bir sorun, örneğin kasten öldürme suçunda birden fazla kişinin öldürülmesi halinde, her bir mağdur bakımından haksız tahrikin kabul edilip edilmeyeceğidir. Amerikan uygulamasında Texas Ceza Kanunu'nun insan öldürme suçunda haksız tahriki düzenleyen 19.02(a)(2) maddesinde, "öldürülenden veya beraber hareket eden öldürülen kişiden kaynaklanan fiil"den bahsedilmesi karşısında, birden fazla kişinin öldürülmesi halinde de haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüşse de bu konuya ilişkin bir olayda, mahkeme bu maddenin tekil kişiye işaret ettiğini ve bu nedenle ancak bir kimsenin öldürülmesi halinde uygulanabileceğini kabul etmiştir[6]. Türk Hukuku bakımından ise önemli olan, bir-

---

1 Donmezer/Erman, II, 352.
2 CGK, 22.05.1989, 192-3 CD, 27.10.2010, 16199.
3 1. CD, 26.12.2006, 6010.
4 1. CD, 31.03.2005, 671.
5 Bkz. Girouard v. State.
6 Bkz. Wesbrook v. Texas.

den fazla kimsenin haksız tahriki oluşturan hareketi yapıp yapmadığıdır. Birden fazla kişiden kaynaklanan ve eleme yol açan bir haksız hareket varsa, birden fazla kimsenin öldürülmesi veya birden fazla kimseye karşı suç işlenmesi halinde de haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir. Ancak bu bakımdan dikkat edilmesi gereken husus, failin cezasında haksız tahrik nedeniyle indirim yapılırken, mağdurlara göre farklı indirim oranlarının uygulanmamasıdır. Nitekim *Yargıtay*, maktul ve mağdurların toplu saldırısı karşısında tahrik altında suç işleyen sanık hakkında tahrik nedeniyle cezada indirim yapılırken, mağdurlardan Ramazan ve Murat'a yönelik eylemle ilgili olarak ½ oranında indirim yapıldığı halde, mağdur Soner'e yönelik eylemde ¼ oranında indirim yapılmasını bir çelişki olarak değerlendirmiştir[1]. Elbette, mağdurların hareketleri farklı olduğu takdirde indirim oranları arasında da fark yapılabilir. Ancak kararda "toplu saldırı"dan bahsedilmiş olması karşısında, mağdurların hareketlerinin aynı nitelikte olduğu düşünülmektedir.

Haksız hareket aynı zamanda bir suç teşkil edip, cezalandırılmış ise bu durumda fail **TCK** 29'dan faydalanamaz. *Yargıtay* bunun sebebini şöyle açıklamaktadır: "Haksız hareket yasal takibe uğramış ise bu hal artık haksız tahrik teşkil etmez. Bu sebeple kız kardeşinin ırzına geçen kişi yasal takibe uğradığına ve tutuklandığına göre, yasaların yasakladığı eylemlere karşı koyduğu cezaları yeterli görmeyen kişilerin haklarını kendileri almaları sonucunu doğurur ve bu hal anarşik bir ortam yaratır. Ancak cezanın infazından sonra kişinin ırza geçme olayını anımsatmak amacı ile kaş-göz işaretleri yapması, tahrik teşkil eder"[2]. Buna karşılık daha yeni bir kararında *Yüksek Mahkeme*, ablasını öldürenin cezaevinden çıktıktan sonra öldürülmesine teşebbüs edildiği olayda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmiştir[3]. Daha yeni tarihli bir kararda ise 11 yıl önce kardeşini öldüren ve tahliye olan kişiye yönelik eylemde, yine fail bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, ancak makul bir indirim yapılması gerektiği, indirimin azami miktarda yapılmasının yasaya aykırı olacağına karar verilmiştir[4].

2) **Fiilin haksız olması.**

"Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir" (madde gerekçesi). "Fiil haklı olduğu takdirde, ne failin bundan dolayı şiddet veya üzüntüye kapılması, ne de haklı bir fiile karşı bir tepkide bulunması mâzûr görülemez. Fiilin haksız olup olmadığı, belirli bir dönemde yine belirli bir toplulukta geçerli olan sosyal değer hükümlerine göre, hâkim tarafından takdir edilir. Fiilin haksız olması için suç teşkil etmesi veya borçlar hukuku manasında haksız fiil olması şart değildir"[5].

---

1. CD. 20.11.2007. 8576.
2. CGK. 16.04.1979. 71. Önder, II. 379.
3. 1. CD. 10.06.2004. 2299.
4. 1. CD. 05.12.2006. 5457
5. Donmezer/Erman, II. 353.

Fiilin bir insan tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle sözünü dinlemeyen bir hayvana pek kötü muamelelerde bulunan kişi hayvan tarafından tahrik edildiğini ileri süremez. Hayvanlar üzerindeki gözetim görevinin ihmali nedeniyle, hayvanın verdiği zarar da haksız tahrike yol açabilir[1].

İsnat yeteneğine sahip olmayanlar tarafından yapılan hareketler de haksız tahrik oluşturabilir[2].

Tahrike neden olan fiil taksirli ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayabileceği konusunda hakime takdir yetkisi verilmelidir. Her ne kadar basit taksirli fiillerin de cezalandırıldığı haller varsa da, başka ifadeyle basit taksirin de bir haksızlık içeriği söz konusu ise de somut olayın durumuna göre, hakimin haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar vermesi daha adil olacaktır kanaatindeyim. Dolayısıyla dikkatsizliği sonucu bir başka araca çarpan sürücüyü döven diğer araç sürücüsü haksız tahrikten yararlanamaz. Bununla beraber, bilinçli taksir halinde, örneğin alkollü araç kullanan bir sürücünün bir yayaya çarparak ölümüne sebebiyet vermesi halinde, haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Yargıtay ise taksirle bir başkasının aracında hasara neden olan kimsenin hareketinin haksız tahrik teşkil edebileceğine

karar vermiştir[3]. Buna karşılık yeni tarihli bir kararındaYüksek Mahkeme savunduğum görüşe uygun olarak taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir[4]. Öğretideki baskın görüş ise taksir halinde de haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir[5].

Önce haksız bir fiil ile bir kimseyi tahrik eden kişi, bu kimsenin tepkisi karşısında kalınca, aynı tepki dolayısıyla kendisinintahrik edildiğini kural olarak ileri süremez. Yargıtay da "*müdahilin, sanık tarafından dövülen kardeşinin çağırması üzerine sanığın evine giderek kardeşi ile yeğenlerini oradan alıp kendi evine götürdüğü, ilk haksız hareketin sanık tarafından gerçekleştirildiği olayda haksız tahrik koşullarının bu-*

> *"Sanığın mağdura ait doğan marka aracını çalmaya kalkışması üzerine, mağdur tarafından müessir fiile maruz kaldığı anlaşılmışsa da sanığın gerçekleştirdiği hırsızlık eyleminden dolayı gayrimeşru bir zeminde bulunması nedeniyle sanık lehine tahrik şartlarının oluşmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde sanık lehine 5237 sayılı yasanın 29. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır (1. CD, 01.02.2007, 121).*

[1] "Sahibinin ihmal, teseyyüp veya kasti hareketleri sonucu, hayvanın zarar vermesi halinde de, hayvana karşı işlenen fiillerde de tahrik hükümleri uygulanmalıdır.İnek, sanığın tarlasına girerek zarar vermiştir. Gerekli özen gösterilmemiş ve önlem alınmamıştır. Sanık, şikayetçinin ihmali sonucu ineğin tarlaya zarar vermesinin doğurduğu öfke altında yüklenen suçu işlemiştir" ÇGK. 24.12.1990, 357.

[2] Donmezer/Erman, II, 354, 355.

[3] 1. CD, 07.02.1995, 251.

[4] 1. CD, 16.05.2007, 3776.

[5] Centel/Zafer/Çakmut, 438; Koca/Üzülmez, 277.

lunmadığına" karar vermiştir[1]. Fakat haksız fiile tepki çok aşırı bir nitelik almışsa, tek başına haksız bir nitelik alacağı için, ilk tahrik eden bakımından haksız bir tahrik teşkil edebilir. Mesela basit bir sövmeye ağır bir yaralama ile karşılık veren kimse, bu hareketiyle, sövmede bulunan kişiyi haksız tahrikten faydalandırmış olabilir"[2]. Yargıtay da bir kararında, hakaret ettiği mağdurun kendisini tokatlaması üzerine onu öldüren sanığın eyleminde haksız tahriki kabul etmiştir[3]. Böylece, haksız hareketi ile kendisine karşı haksız bir karşılık verilmesine neden olan kimsenin bu son fiile karşılık vermesi durumunda, haksız tahrikten yararlanabilmesi için kendisine yönelik davranışın, ilk hareketine nispetle çok ağır olması gerekir[4].

3) **Hiddet veya şiddetli elemin bulunması.**

Suçun gazap veya şedit elemin etkisi altında işlenmesi gerekir. Ancak suçun hemen tahriki teşkil eden fiilin akabinde işlenmesi şart değildir[5].

4) **Haksız tahriki oluşturan fiil ile hiddet veya şiddetli elem ve işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunması.**

Haksız tahrikin nedeni olan haksız fiil, failin eleme kapılmasına neden olmalı ve bunun sonucu olarak da suç işlenmiş olmalıdır. Elem ve işlenen suç, tahriki oluşturan fiilin sonucu olmalıdır. Bununla bağlantılı olarak, suçun bu elemin etkisi altında işlenmiş olması gerekir. Haksız fiilden sonra, haksız tahrikin oluşturduğu elemi ortadan kaldıracak bir durumun bu arada gerçekleşmiş olması halinde artık haksız tahrikten söz edilemez[6].

Fiilin bir kimseyi elem ve gazaba sevk edecek nitelikte olup olmaması konusunda kanun normal bir kişiyi göz önünde tutmaktadır[7]. Fiil; makûl, normal, orta derecede bir insanı hiddete sevk edebilecek nitelikte olmalıdır[8].

Mefruz tahrik hallerinde, yani gerçekte bulunmayan fakat failce var sayılan bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin mevcudiyeti halinde Yargıtay bir kararında **TCK** 29'u uygulamıştır. Yüksek Mahkeme bu kararında, *"failin bu davranışın kendisine yöneldiği sanısıyla ve bunun etkisiyle suç işlemesi durumunda* ***varsayılan kışkırtma*** *nedeniyle bu indirici nedenden yararlanacağı açıktır"* demektedir. Karara konu olayda, fail, koyunlara atılan taşın kendisine atıldığını zannetmiştir. Doktrindeki baskın görüş de bu tip hallerde **TCK** 29'un uygulanmamasının adaletsizlik olacağı yönündedir[9]. Bugün için konu **TCK** 30/3 çerçevesinde değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır. Kişi kaçı-

1 8. CD. 09.05.2007. 3572.
2 Donmezer/Erman. II. 355.
3 CGK. 16.05.1977. 209. Önder. II. 379.
4 As. Yarg. DK. 11.12.1970. 85.
5 Donmezer/Erman. II. 355. 357.
6 Girouard v. State.
7 Donmezer/Erman. II. 357.
8 Reasonable man. Girouard v. State.
9 Donmezer/Erman. II. 358. 359.

nılmaz bir yanılgı içinde haksız tahrikin var olduğunu düşünmüşse, haksız tahrikten yararlanır.

5) **İşlenen suçun hiddet veya şiddetli elem halinin bir tepkisi olması.**

Haksız tahrik açısından tartışılması gereken bir husus haksız tahriki oluşturan fiil ile onun etkisiyle işlenen suç arasında bir oran olmasının gerekip gerekmediğidir. Kabul ettiğimiz görüş, haksız tahrik açısından önemli olanın, kişinin maruz kaldığı haksız fiilin kendisinde bir gazap ve hiddet oluşturup oluşturmadığıdır. Eğer somut olayda gerçekten gazap ve hiddetin oluştuğu sonucuna ulaşılmış ise, artık söz konusu oranın varlığını araştırmaya gerek olmayacaktır[1]. Bu itibarla, söz gelimi bir kelime ile söven kimseye karşı fail tokat atsa veya daha ağır kelimelerle cevap verse, yine haksız tahrik vardır. Fakat ortada kesin ve açık bir ölçüsüzlük varsa, o zaman haksız tahrikin bulunduğundan söz edilemez. Nitekim *Yargıtay* da bir olayda, bahçesinden kayısı çalan kimsenin ırzına geçen failin haksız tahrik durumunda olmadığına, zira hırsızlık fiili ile ırza geçme fiili arasında ne bir bağlantı, ne de ağırlık bakımından bir orantı bulunduğuna karar vermiştir[2]. Madde gerekçesinde de hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olmayan haksız fiiller bakımından hükmün uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Daha yeni tarihli bir kararında *Yargıtay* başka bir kadınla ilişki kuran, boşanma isteğini kabul etmeyen karısını döven ve olay gecesi geç vakit eve geldiğinde karısının bu sebepten ileri gelen haklı tepkisi üzerine onu öldürmesi olayında, sanığın ilk ifadelerinde yer almayan sonradan belirttiği karısının "*Allah belanı versin*" şeklindeki sözleri varit olsa dahi sanıktan kaynaklanan ve süregelen haksız tutum ve davranışlar dikkate alındığında, tahrikte dengenin sanık yararına bozulduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir[3].

Haksız tahrikte meşru müdafaada olduğu gibi bir zaman şartı konmamıştır. Tepkinin ne zaman yapılması gerektiği hususunda herhangi bir hüküm konulmadığından, haksız hareketten doğan gazap ve elem devam ettiği müddetçe tepkide de bulunulabilir[4]. Nitekim *Yargıtay* da "**TCK**'nın 51 (29)'uncu maddesinin uygulanmasına yol açacak eylemlerin, mutlaka olay sırasında veya olaydan hemen önce vuku bulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Zaman unsuruna bu derece dar bir görüşle bağlanmak bazı hallerde yetersiz kalır. Her olayı kendi oluşuna ve nedenlerine göre değerlendirmek gerekir. Maddenin uygulanması yönünden önemli olan, failin suçu öfke veya şiddetli elemin tesiri altında işleyip işlemediğidir. Haksız tahrik teşkil eden eylemle, suçun aynı anda işlenmiş olmasını aramak, her olayda doğru olmaz" demektedir[5].

---

1 Ozgenç, 408; Zafer, 330; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.I. 737.
2 Donmezer/Erman, II, 359.
3 1. CD. 11.12.2002. 4601.
4 Onder, II, 382.
5 CGK. 18.10.1982. 361.

6) **Haksız tahriki teşkil eden eylem, fiili işleyen kimseye yönelmiş olmalıdır:** Kanun birisine kızıp da hıncını başkasından alanı korumayacağına göre, haksız tahrikin bulunması için, tepkinin, tahriki teşkil eden fiili yapan kimseye yönelmiş olması şarttır. Yargıtay da aynı görüştedir. Bir olayda mağdurun çocukları, failin çocuğunu dövmüş, bunun üzerine fail de çocukların babasına (yani mağdura) sövmüştür. Bu olayda haksız tahrikin bulunmadığına, sadece takdiri hafifletici sebeplerin söz konusu olabileceğine karar verilmiştir[1]. Bir başka kararda da "*mağdurdan sanığa yönelik haksız bir eylem olmadığı, başkasının haksız hareketinin de tahrik sebebi sayılamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde tahrik hükümleri uygulanarak eksik ceza tayin edilmesi*" bozma sebebi yapılmıştır[2].

Haksız tahrik oluşturan eylem aynı zamanda suç ise ve bu suç iştirak halinde işlenmişse, suçu işleyen ortaklardan herhangi birisine yönelik işlenen eylemlerden dolayı da haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Örneğin, müşterek faile değil de azmettirene yönelik gerçekleştirilen eylemler açısından da haksız tahriğin kabulüne engel bir husus bulunmamaktadır.

7) **Haksız tahrikten yararlanan kişi, aynı kişiye yönelik olarak tekrar haksız tahrikten yararlanamaz.** Aynı eylemden dolayı, aynı kişiye karşı fail ancak bir kez haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilir. Aynı eylemden dolayı birkaç kez haksız tahrike kapıldığı iddiasıyla, mağdura birkaç kez yönelen faile her seferinde haksız tahrik indirimi uygulanamaz.

8) Uygulamada özellikle kasten öldürme suçu sanıklarının, olayın tanığının bulunmadığı hallerde, haksız tahrik hükümlerinden yararlanmak için maktulün haksız söz ve davranışı üzerine suçu işlediğini iddia etmelerine çok sık rastlanmaktadır. Yargıtay "*oluşa ve delillere göre, maktuleden kaynaklanan sanığa yönelik haksız tahrik teşkil edecek herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı halde sanığın daha az ceza almak amacıyla sonradan ileri sürdüğü nedenlere itibar edilerek haksız tahrik hükümleri uygulanarak cezadan indirim yapılmasını*" kanuna aykırı bulmaktadır[3].

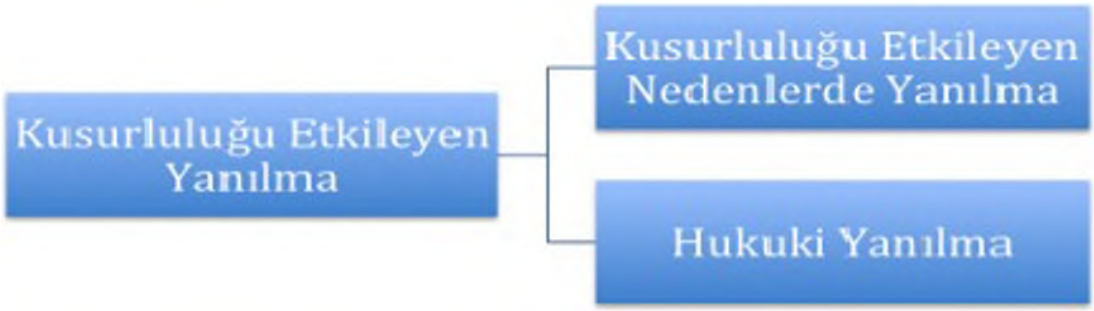
9) İştirak halinde işlenen suçlarda, haksız tahrik hükümlerinden sadece haksız tahrik etkisi altında kalan kişi yararlanabilir[4]. Yargıtay da "*eşi ile ilişki kuran ve bu ilişkisini sürdüren kardeşi T'nin öldürülmesi için M'yi azmettiren S lehine oluşan tahrikten, kiralık katil M'nin yararlanamayacağına karar vermiştir*"[5]. Ancak Yüksek Mahkememiz daha yeni tarihli bir kararında aksi yönde görüş belirtmiştir: "*Olayda asli fail Siracettin hakkında uygulanan tahrik hükümlerinin aynı kavgada babaları Siracettin'in yanında kavgaya katılan sanıklar Ahmet ve Tarkan hakkında da uygulanması gerekir*"[6]. Kararda olayın tam gelişimi anlaşılmamakla beraber, bütün ortakların haksız

---

1 Donmezer/Erman, II, 360.
2 1. CD, 27.12.2006, 6097.
3 1. CD, 27.12.2006, 6044.
4 Koca/Üzülmez, 281.
5 1. CD, 15.12.1988, 4512.
6 1. CD, 22.12.1997, 4170.

tahrikin etkisi altında olmaları halinde, haksız tahrik hükümlerinden yararlanmaları gerekir.

6. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri



Kusurluluğu etkileyen hata halleri kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında hata ile işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hatadır. Ancak bu konuların daha öğretici olması bakımından yanılma (hata) başlığı altında ele alınması daha isabetli olacağından, bu konular aşağıda tartışılacaktır.

V. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN SEBEPLERDE SINIRIN AŞILMASI

A. Genel Açıklamalar

Yukarıda hukuka uygunluk sebeplerini (kanunumuzun ifadesiyle, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenleri) tek tek ele aldık. Hukuka uygunluk sebepleri ile yukarıda kusurluluğu etkileyen sebepler arasında ele aldığımız amirin hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri ile zorunluluk hali açısından karşılaşılabilecek bir sorun, failin sınırı aşmasıdır. Örneğin, aşırı derecede sarhoş olan Faik, ıssız bir yerde Faike'ye cinsel saldırıya teşebbüs eder. Faike ise yanında bulunan bıçağı Faik sarhoş olduğundan hayati tehlike arz etmeyen yerlerinden birine bir kere saplayarak bu haksız saldırıyı durdurabilme imkânına sahip iken, kalp bölgesine üç dört kez saplar ve Faik'i öldürür.

TCK 27'ye göre, "*ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda biriden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur*". Böylece sınırın aşılması halinde hukuka uygunluk sebebi (ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden) bulunmakta, ne var ki, fail cezasız kalmamakta, sadece faile verilen ceza bir miktar indirilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, "*meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*".

Sınırın aşılmasından söz edilebilmesi için, her şeyden önce ceza sorumluluğunu kaldıran sebeplerin bütün şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Ceza sorumluluğunu kaldıran sebebin olmadığı yerde, sınırın aşılması da söz konusu olamaz. Örneğin, herhangi bir suçla ilgili suçüstü durumu ve ceza soruşturması bulunmayan, salt kimliği belirsiz bir kişinin telefonla hırsızlık yapıyorlar soyut ihbarı ile kimlik, arşiv vb. araştırma yapmadan asayiş büro amirinin talimatıyla bir kimsenin gözaltına alınıp, ardından savcıya hırsızlığa karıştığı iddia edilen kişilerin yakalandığı yolun-

da bilgi verilip, 20 saat gözaltında tuttuktan sonra hiçbir evrak düzenlemeden, evrak fezlekeye bağlanmadan suçla ilgilerinin bulunmadığı gerekçesiyle serbest bırakılması olayında Yargıtay kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştiğine karar vermiştir[1]. Burada kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebeplerinin şartları gerçekleşmediğinden, yüksek mahkemenin kararı isabetlidir. Keza, "saldırı durmuş, saldırgan kaçmaya başlamış, saldırının tekrarının imkânsız olduğu halde, saldırıya uğrayanın yaptığı hareketler", meşru savunma niteliğinde değildir. Ancak "saldırganın gerçekleştirdiği saldırının fail üzerinde yarattığı gazap ve şedit elem göz önünde bulundurulmak suretiyle **TCK** 29 uygulanabilir"[2].

B. Sınırın Aşılması Halleri

Kanunumuz sınırın aşılması bakımından üç ihtimali düzenlemiştir:

1) Sınırın mücbir sebeple aşılması: Fail, sınır korku, heyecan ve panik gibi nedenlerle aşmakta ve fakat sınırı aştığının farkında olmamaktadır. Bu olasılık sadece meşru müdafaa bakımından düzenlenmiştir (**TCK** 27/2).
2) Sınırın kasten aşılması: Fail gerektiğinden fazla zarar vermeyi bilerek ve isteyerek yapmaktadır.
3) Sınırın taksirle aşılması: Fail sınırı isteyerek aşmamakla beraber, sınırın aşılmasında taksiri vardır.

Sanığın acıma duygusu altında ölene yardım ettiği, olay günü de kahvehaneye gelen ölenin emanette bulunan ağız uzunluğu 15 cm olan ekmek bıçağını sanığa doğrultarak; "seni öldüreyim mi?" dediği ve para istediği; sanığın; ölenden uzaklaşmak amacıyla kahvehaneden dışarı çıkarak gittiği, ölenin de arkasından takip ettiği,... sanığın kaçmaya başladığı, karşıya geçerken bir otonun kendisine çarpıp yere düşmesine sebebiyet verdiği, bu nedenle kendisini yakalayan ölenin, bıçakla yolun ortasında yatan sanığa saldırdığı, sanığın eliyle engel olmayla çalışırken, raporunda belirtildiği biçimde iş ve güçten kalmayacak derecede elinden yaralandığı, bunun üzerine belindeki ruhsatsız silahını çekerek, ölenin ayaklarına doğru birkaç el sıktığı, geriye çekilmek zorunda kalan ölenin, bıçakla tekrar saldırıya geçmesi üzerine, şarjöründeki tüm mermileri boşaltarak değişik yerlerinden yaralayarak onu öldürdüğü tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır....

Öldürme olayının yasal savunma şartları içinde işlendiği Yerel Mahkemece de tartışılıp kabul edilmiş, ancak maktulün bıçaklı ikinci saldırısını def için öldürücü nahiyelere ateş edilmesi savunmada aşırılık olarak değerlendirilmiş olup bu değerlendirmeye katılınmamıştır. Çünkü; ölen fiili saldırılarını gittikçe yoğunlaşan şekilde artırmış, yere düşen sanığı bıçaklamış, sonra onu ayağına ateş ederek uzaklaştırmak istemişse de sanığın ateşi durunca ölen gene yerdeki sanığa bıçakla hücum etmiş, son atışlar bu esnada yapılmıştır. Bu oluşa göre sanığın yasal savunma sınırını aşmadığı öldürme fiilini, yasal savunma koşulları altında işlediği anlaşıldığından...(CGK. 07.11.1995, 327).

[1] 4. CD. 05.11.2003, 10778.
[2] Önder, II, 247, 248.

Öğretide de sınırın **mücbir sebeple** aşılması halinde **TCK** 25/1'in (eski **TCK** 49) uygulanarak failin herhangi bir ceza almayacağı hususunda görüş birliği vardır. Nitekim failin ruhsal durumunun etkilenerek sınırın aşılmış olması halinde faile ceza verilemeyeceği, zira hukuk düzeninin kişiden yapmasını bekleyemediğini isteyemeyeceği, diğer ifade ile hukukun kişilerden yapamayacağını yapmasını beklemeyeceği belirtilmektedir[1]. Öğretide verilen bir örnek şöyledir: Saldırgana karşı yumruklarıyla kendinisavunabilecek iken, içinde bulunduğu panik ile orada eline geçirdiği makasla saldırganı yaralama gibi[2].

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararını ise aynen aktarıyorum: *"Olay gecesi, maktulün sanığın evine girerek, evinde yalnız olup balkon kısmındaki yatağında uyumakta olan sanığın üstüne abanıp boğazına çökmesi üzerine uyanan sanığın **gece karanlığında** kimliğini tanıyamadığı mütecavizin silahlı olup olmadığının da anlaşılmasının **o an için mümkün bulunmadığı ortamda**, nefsini savunma sadedinde, maktulle boğuşmak ve tecavüzü defetmek uğraşısı içinde yastık altında bulundurduğu bıçağı alıp savurarak müessir fiil vasfında yaralar meydana getirmesi sonucu ölüm husule gelmesinde zaruretin tayin ettiği sınırın aşıldığının ve saldırı ile savunma arasındaki dengenin bozulduğunun kabul edilemeyeceği gözetilmelidir"*[3].

> *Sanığın, kardeşine 2-3 metre mesafeden birden çok ateş eden ve halen silahlı saldırısına devam eden maktule, meşru savunma koşulları içerisinde hareket edip mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan dolayı 10 kez ateş ederek meşru savunma sınırını aştığının anlaşılmasına göre, 5237 sayılı TCK'nın 27/2 maddesi uyarınca sanığa ceza verilmemesi gerekir" (1. CD, 09.04.2007, 2535; aynı yönde, 1. CD, 26.02.2008, 1382).*

Ceza Genel Kurulu da bir kararında **TCK** 27/2'yi uygulamıştır: *"Gece yarısı cinsel saldırı maksadıyla eve giren ve saldırgan davranışlarını sürdüren maktulü, eline aldığı tüfekle korunmaya çalışırken rastgele ateş ederek öldüren sanığın, olay sırasında kapıldığı mazur görülebilir bir korku, panik ve şaşkınlık altında meşru savunmada sınırı aştığı kabul edilmelidir"*[4].

---

1 Önder, II, 247.

2 Demirbaş[4], 285.

3 1. CD, 01.05.2001, 1825.

4 CGK, 26.02.2008, 37; 1. CD, 06.02.2014, 526/554: "Maktul Turan'ın S... İli Y... İlçesinde ikamet ettiği olay günü saat 16:00 sularından itibaren arkadaşı olan tanıklar C... Y... ve H... A... ile birlikte alkol aldıkları, saat 22.30-23.00 sularında S... İl Merkezine gelmeye karar verip maktul Turan'ın yönetimindeki ... plaka sayılı araçla yola çıkarak Yıldızeli ilçesinden şehir merkezine geldikleri, Barbaros Bulvarında seyir halinde iken ... plaka sayılı resmi polis aracı içindeki görevlilerin maktule ait aracın sağ ön farının yanmadığını ve sağ arka kapısının açık olduğunu fark ederek, olay tarihinden iki gün önce yabancı plakalı araçlarla bombalı saldırıda bulunulacağı yönünde emniyet birimlerine uyarıda bulunulması nedeniyle araca yaklaşarak durması yönünde uyarıda bulundukları, ancak maktulün, polis memurlarının uyarısına riayet etmeyip hızını artırarak yoluna devam ettiği, polis memurlarının da telsizle haber merkezine ... plaka sayılı aracın dur ihtarına uymayarak kaçtığını bildirip ekip aracı ile şüpheli aracı takip etmeye başladıkları, haber merkezi tarafından aracın kaçtığı istikamete yakın ekiplere yol güzergahı üzerinde tedbir alınarak aracın durdurulmasının anons edildiği, bu anons üzerine maktulün seyrettiği güzergahta bulunan iki adet kavşağın ayrı polis ekipleri tarafından kesilerek megafon ve ışık ikazı ile maktulün yönetimindeki aracın durdurulmaya çalışıldığı ancak maktulün ekip araçlarının yanından geçerek kaçmayı sürdürdüğü, S... İl Emniyet Müdürlüğü Asayiş

Sınırın mücbir sebeple aşılması durumunda bir hukuka uygunluk nedeni artık kabul edilmemekle birlikte, fail artık davranışlarını yönlendirme yeteneğini kaybetmiştir[1] ve bu nedenle artık kusurlu kabul edilemez. Nitekim CMK da bu takdirde kusurun bulunmaması nedeniyle sanık hakkında "*kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini*" hükme bağlamıştır (CMK 223/3-c)[2].

Şube Müdürlüğü Hırsızlık Büro Amirliğinde sivil polis memuru olarak görev yapıp, ekip arkadaşı tanık Ali Uyanık ile birlikte ... plaka sayılı sivil araçla olay yerine yakın mevkide bulunan sanık Orhan'ın telsiz anonslarında kovalamaca sürecini takip edip ... plaka sayılı aracın yöneldiği Migros Kavşağına hareket etliği. Migros Kavşağına vardıklarında aracından inerek kavşakta yer alan trafik ışıklarında bekleyen araç sürücüsüne yolu kapamak için hareket etmeyip beklemesini söylediği, tanık Ali Uyanık'ın da sevk ve idaresindeki ... plaka sayılı aracı ışıkta bekleyen aracın yanına ve yola dik duracak şekilde durdurduğu ... plaka sayılı aracın ön kısmıyla kaldırım arasında bir aracın geçebileceği kadar boşluk kaldığı, bu boşluğa da sanık Orhan'ın kendisinin geçerek yolu tamamen kesmeye çalıştığı,maktulün araçla Migros kavşağına geldiğini arkasında da iki tane resmi ekip otosunun takip etmekte olduğunu goren sanığın, görev silahını belinden çıkarıp mekanizmasına mermi sürerek sağ eline aldığı, sol elinde de telsiz bulunduğu halde her iki elini sallamak suretiyle maktule durması yönünde ikazda bulunduğu, maktulün yolun bir kısmının kapandığını gorerek yönetimindeki aracı sanığın üzerine doğru sürüp boşluktan kaçmak istemesi üzerine sanığın üzerine gelen araçtan kurtulmak amacıyla yana doğru çekilip aracın açık olan sol ön camından şofor mahallinde bulunan maktule bir el ateş etliği bu atış sonucu maktulün göğüs sol ön koltuk altı bölgesine almış olduğu isabetle olay mahallinde olduğu olayda

Sanığın vücut bütünlüğüne yönelmiş, gerçekleşen haksız bir saldırıyı meşru savunma koşulları içinde, ancak içine düştüğü heyecan, korku ve telaş nedeniyle meşru savunma sınırını aşarak maktulu öldürdüğü anlaşıldığı halde: TCK.nun 27/2 ve CMK.nun 223/3-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine, delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde TCK.nun 85/1, 27/1, 62,51 maddeleri ile hüküm kurulması' kanuna aykırıdır

Aksi yönde: Maktulün gece saat 04.00 sıralarında sanığın eşi ve üç çocuğu ile birlikte yaşadığı eve girmesi ve Ramazan isimli bebeklerini kucağına almış olması şeklindeki eylemi sanığa ve ailesine yonelik haksız bir saldırı niteliğinde ise de, sanığın eşinden bıçak istemesi ve polise haber verilmesinin ardından, bebeği bırakıp elbise dolabında saklanan ve kaçma dışında başka bir amaç gütmeyen maktulün saldırısı sona ermiş, fakat sanık maktulün kaçmasını engellemek amacıyla onu sağ kalçasından bir bıçak darbesi ile yaralayarak Adli Tıp Kurumu raporuna gore ölüm nedenlerinden biri olan eylemini gerçekleştirmiştir. Elbise dolabında saklanan, daha sonra doğrudan kaçmak için pencereye yonelen maktulün sanığa yönelik herhangi bir hamlesinin de olmadığı olayda mazur gorulebilecek bir korku, panik ya da heyecanın tesiri ile meşru müdafaada sınırın aşılmasından söz edilemeyeceğinden, 5237 sayılı TCK.nun 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma şartlarının oluştuğu söylenemeyecektir' CGK, 16.04.2013, 150

Özgenç[5], 422.

09.11.2005 günü saat 12.00 sularında Ş... ilçesi C. caddesinde bulunan Ö... pasajında patlatılan bomba nedeniyle bir kişinin ölüp, bir kişinin de yaralandığı, bu olayın şüphelisi olarak düşünülen, sivil araçla ve kıyafetle orada bulunan iki askeri görevlinin olayın hemen sonrasında yore halkı tarafından yakalanıp, araçlarına, silahlarına ve diğer eşyalarına el konulduğu, bombalama eylemi nedeniyle olay yerinde kalabalık insan gruplarının oluştuğu, bu grupların bombalama eylemini bahane ederek kamu binalarına saldırıda bulundukları, bazı araçları yaktıkları, yolların bir kısmını ağaç direklerle bariyer yapmak suretiyle kapatıp, direkleri, lastik ve benzeri eşyaları yaktıkları, ilçede meydana gelen bu eylemden güvenlik güçlerini sorumlu tuttukları, güvenliği sağlamaya çalışan kolluk kuvvetlerine mukavemet gösterdikleri, şüpheli olduklarını düşündükleri iki askeri görevli ile araçlarında bulunan silahlar ve diğer eşyalarını güvenlik kuvvetlerine teslim etmedikleri, el koydukları aracı yaktıkları, bunun üzerine halkın mukavemetini güç kullanarak kırmayı başaran güvenlik kuvvetlerinin, iki askeri görevliyi kalabalıktan kurtararak İlçe Emniyet Müdürlüğüne götürebildikleri, başkaca olay yeri tespiti, delil toplanması ve güvenliğin sağlanması işlemi yapamadan olay yerinden ayrılmak zorunda kaldıkları, bu arada kalabalık insan gruplarının sayılarının zaman ilerledikçe arttığı, ilçede güvenlik zafiyetinin oluştuğu, saat 16.30 sularında ilçede görevli Cumhuriyet Savcısı Harun tarafından söz konusu araç üzerinde delil toplanması amacıyla keşif yapılmasına karar verilip, heyet halinde olay yerine gidildiği, keşif ye-

Sınırın kasten aşılması halinde ise hukuka uygunluk sebebinden faydalanılmaması gerektiği öğretideki baskın görüştür. Buna göre, **TCK** 27/1'in uygulanabilmesi için hukuka uygunluk sebebinden faydalananın olayın gelişimi içinde, **kastı olmaksızın** ve "fırsat bu fırsat, nasıl olsa meşru müdafaa halindeyim" gibi bir düşünce olmaksızın sınırı aşması gerekir. Failin niyeti, fiilin icra tarzına ve failin ruh haline göre ciddi bir tehlikenin def edilmesinden çok, kin duygusunu tatmin etmeye yönelmiş ise "zaruret sınırını" aşma değil, ancak tahrik söz konusu olur[1].

---

rine 60-70 metre uzaklıkta yine kalabalık bir insan grubunun cadde üzerinde beklemeye ateş yakmaya devam etlikleri, mevsim ve coğrafi şartlar itibariyle havanın iyice kararmış olduğu, tanık olarak dinlenen Cumhuriyet Savcısı Harun'un anlatımına göre: keşfi bekleyen grubun bulunduğu yerden kimliği belirlenemeyen kişilerce uzun namlulu silahlarla havaya ateş açıldığı, hatta keşif heyetinin hemen yakınında bulunan ve yöre halkından olan Emin isimli şahsın, keşif yapılan araç içerisinde bulunan uzun namlulu silahı alarak şarjörünü taktığı ve kurma kolunu çekip, Cumhuriyet Savcısına ve yanındakilere doğrultluğu, ancak keşif yerinde bulunan diğer kişilerce zor kullanılarak engel olunduğu, keşfin güvenlik sebebiyle yapılamaz duruma geldiği.

Bu sırada yaşanan olaylardan haberdar olmayan, Şemdinli Üçüncü Dağ ve Komanda Taburunda piyade uzman çavuş olarak görev yapmakta olan sanığın, bu olaydan bir gün önce idari izinli olarak, eşinin sağlık sorunları nedeniyle gittiği Van ilinden yanında eşi, beş, sekiz ve on yaşında olan üç çocukları olduğu halde, kendisine ait 42 ... 1935 plaka sayılı otomobille ilçeye döndüğü, ilçe girişinde gruplar halinde, yüzleri maskeli olan kişileri gördükleri, yolların direklerle kısmen kapatılmış, tekerleklerin yol ortasında yakılmış olduklarını görüp, endişelendikleri, bir yandan da ne olup bittiğini anlamaya çalıştıkları, bir fırsatını bulup, kısmen kapalı olan yolların bir bölümünü geçtikleri, kalabalığın bir kısmının otomobilin arkasında kaldığı, sanığın, aracının plakasının yabancı olması nedeniyle halk tarafından önceki olayla bağlantısı olduğunun düşünülebileceğinden endişe duyarak, aracının ön uzun farlarını kullandığı, ancak arkada kalan grupça aracın plakasının görülüp, sanığın güvenlik kuvveti mensubu olduğunun fark edildiği, önde bulunan gruba önceki yaşanan olayların etkisiyle "bu polis, durdurun, yakın yakın arabayı" diyerek bağırdıkları, bunun üzerine ondeki grubun sanığın bulunduğu araca yaklaşıp, arkadaki grupla birlikle aracı çember içerisine aldıkları, sanığın etrafını saran gruba "ben polis değilim, yapmayın" demesine karşın grubun ikna olmayarak ellerine geçirdikleri taş ve sopalarla araca vurdukları, tekme attıkları, aracı salladıkları, vurma sonucu aracın arka ve sol yan camının kırıldığı, aracın ilerleyemez olduğu, bir yandan da kalabalığın bulunduğu yerden silah seslerinin yükseldiği, araç içerisinde bulunan sanık ve ailesinin saldırı nedeniyle korkukları, aracın arka bölümünde oturan yaşı küçük çocukların, "baba biz ölmek istemiyoruz" diye bağırdıkları, kalabalık gruptan bazı kimselerin, kırılan camlardan ellerini araca sokup, sanık ve beraberindekileri çekiştirdikleri, sanık ve eşinin çaresiz şekilde birbirlerine ne yapılması gerektiğini sordukları, sanığın, sol eline aldığı tabanca ile elini açık olan sol ön camdan dışarı çıkararak herhangi bir hedef gözetmeksizin rasgele ateş etmeye başladığı, aynı zamanda kalabalığın arasından sağ eliyle kullandığı aracıyla ilerlediği, bu atışlar sırasında kalabalık içerisinde bulunan maktulün sağ spina ilhaka ve sol ön kolundan isabet aldığı, sağ spina iliakadan aldığı isabet sonucu yaşamını yitirdiği, kalabalık içinde bulunan dört kişinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde, bir kişinin de TCK'nın 86/1. maddesi kapsamında kalacak şekilde yaralandıkları, maktul ve mağdurların vurulma sırasında bulundukları yerlerin bile saptanamadığı, sanığın, tabancasıyla ateşi sonucu kısmen dağılan grubun içerisinden aracıyla hızla uzaklaşarak görev yaptığı tabur lojmanına gidebildiği olayda;

Sanığın, kendisinin ve yanında bulunan eşi ile üç çocuğunun vücut bütünlüğüne yönelmiş gerçekleşen haksız bir saldırıyı meşru savunma koşulları içinde, ancak içine düştüğü heyecan, korku ve telaş nedeniyle meşru savunma sınırını aşarak maktulü öldürdüğü anlaşıldığı halde: TCK'nın 27/2. ve CMK'nın 223/3-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek TCK'nın 81, 21/2, 29, 62. maddeleri ile hüküm kurulması. 1.C.D. 14.07.2011, 4508

[1] Majno, I. 224.

TCK 27/1'in ilişkin olduğu asıl ihtimal, failin bir hukuka uygunluk sebebinin sınırını bilerek ve isteyerek yani kasten aşmaması, başka ifadeyle sının **taksirle** aşmış olmasıdır. Örneğin, rızanın sadece bahçeden meyve yenilmesine yönelik olmasına karşılık, kişinin evine götürmek için de izin verildiğini zannederek, evine meyve götürmesi veya sadece konutta verilen arama iznine rağmen, polisin ilgilinin konutu olduğu düşüncesiyle konutun altındaki işyerini de araması gibi[1]. Bu takdirde, fail aşkın kısım nedeniyle kusurlu sayılabilmektedir. Bu takdirde kendisine işlediği suçun cezası verilecek, fakat ceza **TCK** 27/1'de yazıldığı şekilde indirilecektir. (Buna karşılık sınırın kasten aşılması halinde ne **TCK** 24 vd. ne de **TCK** 27/1 uygulanabilecek ve fail o fiile ilişkin tam ceza ile cezalandırılacak, cezasında herhangi bir indirim yapılmayacaktır[2]).

"Olay tarihinde içinde oto hırsızlığı zanlılarının bulunduğu kaçmakta olan arabaya doğru sanık polis memurunun birden ziyade ateşi sırasında oradan geçmekte olan maktulün ensesinden aldığı mermi isabetiyle vurulup öldüğü olayda;

- *Otomobilin bagaj plakasının sol üst kısmı ile sol ön kapı kuşak üst kısmına mermi isabet ettiği göz önüne alınarak atışların yere değil karşı istikamete doğru yapıldığının anlaşılmasına göre, maddi bulgularla doğrulanmadığı halde, sanığın yere doğru ateş edip yerden seken merminin maktule isabet ettiğinin kabulüne karar verilmesi,*
- *Sanığın otomobille kaçış halinde bulunan hırsızlık zanlılarına karşı ateş etmesinin PVSK'nın silah kullanma yetkisi veren 16.maddesine uymadığı gözetilmeden polislere karşı aktif direnme ve saldırının olmadığı bir ortamda ateş edilmesinin, karara gerekçe yapılan aynı kanunun ek 6.maddesi kapsamında da değerlendirilemeyeceğinin düşünülmemesi;*
- *Ateş etme yetkisinin bulunmadığı ortamda, kalabalığın gelip geçtiği cadde ve kavşak üzerinde, başka kişilerin de isabet alabileceğinin öngörülebileceği durumda, başkalarını sakınmadan yapılan atışta olayla ilgisi olmayan maktulün ölümünde, kaçanları yaralayarak da olsa yakalama düşüncesiyle ateş eden sanıkta adam öldürme kastının mevcudiyetinin kesinlik arz etmediği cihetle kastı aşan adam öldürme suçundan tecziyesi gerekirken yazılı şekilde beraatine hükmolunması,*
- *Yerden seken merminin maktule isabet ettiği yolundaki mahkemenin kabulüne göre de eylemin taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturacağının düşünülmemesi" (1. CD, 24.05.2006, 2101).*

Sınırın taksirle aşıldığı hallerde işlenen suçun niteliğine bakılacak ve sadece kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç söz konusu ise faile ceza verilmeyecek, buna karşılık suç taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen fiillerden birini oluşturduğunda, maddede öngörülen biçimde

---

1 Koca/Üzülmez, 255

2 Donmezer/Erman, II, 138; Toroslu, Zaruret Hali, 162; İçel, Suç Teorisi, 191; Artuk / Gökcen / Yenidünya, 536; Saldırıya uğrayan kişi, hatalı olarak saldırganın dışında bir başka saldırganın daha geleceğini sanarak zorunlu olmayan bir savunma aracı kullandığı takdirde, bu yanılgı kaçınılabilir bir yanılgı ise taksiri nedeniyle sorumlu tutulur, BGH 4 StR 197/12 - Urteil vom 27. September 2012 (LG Halle).

> *"Kanun koyucu tarafından sadece meşru savunmaya ilişkin olarak kabul edilen ve anılan maddenin 2. fıkrasında düzenlenen mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelen nedenlerle sınırın aşılmasının olayda uygulanmasının söz konusu olup olamayacağına gelince; sanığın aralarında geçmişe dayalı husumet bulunan mağdurun kendisine saldırarak yere yatırması, vurmaya ve boğazını sıkmaya başlaması, mağdurun kardeşi Burak'ın da ayaklarından tutması nedeniyle tüm çabasına rağmen ellerinden kurtulamaması göz önüne alındığında, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile aşıldığının kabulü zorunludur. Sanığın, maruz kaldığı saldırının etkisiyle içine düştüğü psikolojik hal nedeniyle heyecanlanması, paniğe kapılması ve hatta korkması, bunun sonucunda da meşru savunma sınırını aşması hayatın olağan akışında beklenebilecek bir durum olup, somut olayda TCK'nun 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma şartları gerçekleşmiştir", CGK, 28.05.2013, 264.*

cezadan indirim yapılarak faile taksirli suçtan dolayı ceza verilecektir (27. madde gerekçesi).

Burada kısaca Yargıtay'ın eski kanunumuz dönemindeki bazı kararlarına da değinmekte yarar görüyorum: Yargıtay'a göre, eski **TCK** 50 (YTCK 27), failin karşılaştığı şartlarla ***mütenasip olmayan*** vasıtalarla kendini müdafaa etmesi veya saldırıyı zararsız hale getirdikten **sonra da** müdafaa ve tepkisinde ısrar etmesi halinde uygulanır[1]. Yüksek Mahkeme kararlarında istikrarlı bir biçimde gereğinden fazla ateş edildiği veya bıçak darbesinde bulunulduğu hallerde, sınırın aşıldığı görüşünde olup, **TCK** 50'nin uygulanmasını savunmaktadır. Buna göre ilk kurşunla saldırganı zararsız hale getirdikten sonra ateşe devam edilmesi halinde zaruret sınırı aşılmıştır. Yine hayati olmayan bölgelere isabet ettirmek ve saldırıyı bu suretle durdurmak mümkün iken, hayati bölgelere ateş etmek veya bıçak saplamak da sınırın aşılması olarak kabul edilmektedir[2]. Daha yeni tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme; polis memurunun ellerinden kaçarak kurtulan kişiyi yakalamak için dur ihtarında bulunduktan sonra ateş açarak öldürdüğü olayda, ateş açan polisin silah kullanması yasa gereği ise de Polis Vazife ve Salahiyet Tüzüğü'nün 17. maddesi gereğince "*suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi gerekirken*" bu itinayla hareket edilmemesi nedeniyle, kanun hükmüne dayalı silah kullanma hak ve yetkisinin icrasında aşırılığa kaçıldığına karar vermiştir[3].

Son olarak, zaruret sınırının aşılıp aşılmadığı araştırılırken, sanığın içinde bulunduğu ruh halinin de gözetilmesi gerekir[4]. Yargıç kendini sanığın yerine koyarak bir değerlendirme yapmak durumundadır. "*Öldürme olayının yasal savunma şartları içinde işlendiği yerel mahkemece de kabul edilmiş, ancak; maktulün tabancasından çıkıp sanığın belinin sağ tarafından giren ve sol tarafından çıkan merminin yumuşak dokuda seyretmesi, sanığın da olay yerinden hemen kaçma imkânı bulunduğu halde böyle yapmayıp tabancasının*

---

[1] CGK 03.06.1985. 33
[2] CGK 28.12.1987. 707. 1. CD. 14.06.1989. 1921
[3] CGK 22.03.2005. 35
[4] CGK 28.12.1987. 695

namlusu içindeki mermi, tetiğe basılmasına rağmen patlamaması nedeniyle, daha fazla atış olanağı kalmayan maktule ateş etmesi savunmada aşırılık olarak değerlendirilmiş ise de bu değerlendirme ve gerekçeye katılınmamıştır. Çünkü maktulün tabancasından çıkan mermilerden birisi ile yukarıda belirtilen şekilde yaralanan sanığın o an içinde bulunduğu ruh hali ve psikolojik durumun etkisi ile yerel mahkeme kararında belirtilen biçimde ***mantıklı düşünüp davranamayacağı açıktır"***[1]*.*

Hukuka uygun bir emrin ifası sırasında sınırın aşılması halinde, bundan sınırı aşan ast sorumlu olur: *"Olay tarihinde devriye görevini yürütürken, asker firarisi olduğundan şüphelendiği ve daha önceden de asker olması nedeniyle birliğine yakalayıp teslim ettiği maktulü olay günü tekrar yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarı yapıp onun ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra ayaklarına doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı da olmayan olayda yasaya aykırı bir davranışın gözlenmediği, sanığın kanunun hükümlerini icra suretiyle sonu öldürmeye varan atış emrini verdiği, emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğü, emrin sınırlarının aşılması sebebiyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arz ettiği düşünülmeden, sanık hakkında beraatine karar verilmesi gerekirken..."*[2].

VI. YANILMA (HATA)

A. Giriş

B. Kavram

1. Fiili Yanılma

a. Suç Tipindeki Unsurlarda Yanılma

aa. Genel Olarak

bb. Suçun Nitelikli Hallerinde Yanılma

aaa. Cezayı Azaltan Nitelikli Hallerde (Hafifletici Sebeplerde) Yanılma

bbb. Cezayı Artıran Nitelikli Hallerde (Ağırlatıcı Sebeplerde) Yanılma

cc. Nedensellik Bağında Yanılma

b. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Yanılma

aa. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma

bb. Kusurluluğu Etkileyen Nedenlerde Yanılma

[1] CGK, 15.02.2000, 27.
[2] 1. CD, 12.12.2002, 4665.

2. Şahısta Yanılma
   a. Genel Olarak
   b. Şahısta Yanılma Halinde Nitelikli Hallerin Etkisi
3. Hukuki Yanılma

Kastı Kaldıran Hata	Suçun maddi unsurlarında (TCK 30/1)
	Suçun nitelikli unsurlarında (TCK 30/2)
	Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında (TCK 30/3)
Kusurluluğu Etkileyen Hata	Kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir sebebin maddi şartlarında (TCK 30/3)
	Hukuki Yanılma (Haksızlık Yanılgısı) (TCK 30/4)

Kanunumuzda düzenlenişi itibarıyla, hata konusu yukarıdaki gibi tasnif edilerek incelenebilir. Aşağıda ise kendi sistematiğim içinde konuyu ele alacağım.

NETİCE İLE İRADE ARASINDA ÇIKABİLECEK MUHTEMEL FARKLAR
KURAL OLARAK
İRADE LEHİNE ÇÖZÜMLENİR.

A. Giriş

Kişinin iradesiyle, meydana gelen netice arasındaki farklılık olarak kısaca özetlenebilmesi itibarıyla kusurluluğu etkileyen sebepler bahsinde ele alınması gereken yanılmaya burada değinmek gerekir.



Bu kavramların tanımına geçmeden önce özet bilgi vermekte yarar görüyorum: Yanılma, *fiili* ve *hukuki* olabilir. Fiili yanılma unsur vb. hususlara ilişkindir. Hukuki yanılma bir normun varlığında veya yorumlanmasında yanılmadır.

Bunun dışında şahısta yanılma söz konusu olabilir. Şahısta yanılmada kişi A'yı öldürmek istemekte, A sanarak B yi öldürmektedir. Hukuki açıdan ikisi arasında hiçbir fark yoktur. Fail, adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılır. Sorun, A veya B açısından nitelikli hallerin mevcudiyeti halinde ortaya çıkabilir.

B. Kavram

Gerçekleşen ile tasavvur edilen arasındaki farklılığa yanılma adı verilmektedir. Ceza hukukunda esas kusur prensibi olduğuna göre, failin tasavvuru ile gerçekleşen arasında bir fark bulunması halinde, bu halin kusura etkili olacağı ve dolayısıyla da kusuru azaltacağı veya ortadan kaldıracağı açıktır. Mesela kendisinin sanarak bir başkasının eşyasını alan kişinin kusurluluğundan söz edilemez, zira başkasının malını alma kastı yoktur[1].

Kanunumuz hata başlıklı 30. maddenin 1. fıkrasında fiili yanılmayı, 4. fıkrasında da hukuki yanılmayı düzenlemiş bulunmaktadır.



1. Fiili Yanılma

Fiili yanılma, kast kavramı ile yakından bağlantılı olarak ele alınır. Kastı, suç tipindeki objektif nitelikteki unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tarif ettiğimize göre, fiili yanılmanın öncelikle suç tipinde yer alan objektif nitelikli unsurlar bakımından söz konusu olabileceği kendiliğinden anlaşılır. Bununla beraber, suç tipinde sübjektif nitelikli ve kusurluluğu ilgilendiren unsurlar da bulunmaktadır. Dolayısıyla fiili yanılma açısından söz konusu olabilecek olasılıkları şöylece tasnif etmek gerekir[2]:

- Suç tipindeki unsurlarda yanılma
- Hukuka uygunluk sebeplerinde (ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde) yanılma

a. Suç Tipindeki Unsurlarda Yanılma

aa. Genel Olarak

Bir fiilin suç oluşturması için bulunması gerekli unsurlarda yanılma, unsurlara ilişkin yanılmadır.

"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır" (**TCK** 30/1).

Karşılaştırmalı hukukta, suçun maddi unsurlarına ilişkin yanılgı dolayısıyla bir kimsenin cezalandırılmaması için, yanılgının makul bir nedene dayanması aranmaktadır (People v. Navarro).

[1] Önder, II. 343.
[2] Önder, II. 346.

Failin suç tipindeki bir unsurda yanılması, bu suçun kasten işlenmesini engeller. Bu takdirde suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç ise sorumluluk **taksirli suçtan** dolayıdır. Örn: Birisine su verdiği zannı ile gerçekte zehir vererek ölümüne sebep olan kişinin sorumluluğu taksirdir [1]. *"Olay gecesi saat 22.00 sıralarında, sanığın duyduğu sesin atını ürkütmesi ve bu sesi ayı sesine benzetmesi nedeniyle paniğe kapılarak sesin geldiği tarafa doğru av tüfeği ile bir el ateş ettiği, fişeğin maktule isabet sonucu ölümün meydana geldiği anlaşıldığından, öldürme kastı bulunmayan sanığın eylemi tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturur"* [2]. Keza yolcu otobüsünün bagajına teslim edilen bavulun yanlışlıkla, daha önce inen başka bir yolcuya verilmesi olayında, güveni kötüye kullanma suçunun kasten işlendiğinden bahsetmek mümkün olmaz[3].

> *"Minibüs şoförü olan sanığın, müştekiye ait bagajdaki bavulunu yanlışlıkla başka bir yolcuya vermesi şeklindeki eyleminde, müsnet suç unsurları itibarıyla oluşmadığından beraati yerine mahkûmiyetine hükmolunması, yasaya aykırıdır" (11. CD, 12.10.2000, 4407).*

Fiil, taksirle işlendiği takdirde cezalandırılan bir suç değilse, fail hiçbir şekilde cezalandırılmaz. Kendisinin zannıyla başkasının bavulunu alan (hırsızlık) kimse örneğinde olduğu gibi. Aynı şekilde, bir kimsenin 18 yaşından büyük olduğunu zannederek (örneğin nüfus cüzdanına göre 19 yaşında gözüküyordur) onunla rızasıyla cinsel ilişkiye giren kimse, sonradan yaşının nüfusa büyük kaydedildiği ve aslında 18'den küçük olduğu anlaşılsa da bu yanılgısından faydalanır ve 18 yaşından küçük biriyle taksirle cinsel ilişki kurmak cezalandırılmadığından, faile ceza verilmez (**TCK** 30/1)[4].

> *"...Rızasıyla eve gelen ve 15 yaşını bitirmesine de bir kaç ay kalan mağdurenin görünüm itibarıyla da gerçekte 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı ve içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları itibarıyla sanıklarca yaşının küçüklüğünün bilinip bilinemeyeceği hususları birlikte değerlendirmek suretile, eylemin **TCK** 30 kapsamında kalıp kalmayacağının tartışılması gerekir" (5. CD, 21.09.2006, 7131).*

---

[1] Önder, II, 346.

[2] CGK, 19.06.1995, 217.

[3] Bkz. 11. CD, 07.03.2002, 1807.

[4] "Kayden 01.06.1992 doğumlu olup suç tarihinde 14 yaş 4 ay 26 günlük olan mağdure ile sanığın anlaşarak ailesinin karşı çıkmasına rağmen rıza göstermezlerse sanığa kaçacağını söyleyerek ikna etmek suretiyle 27.10.2006 tarihinde gayri resmi olarak evlenerek birlikte yaşamaya başladıktan sanıkla mağdurenin birden fazla ilişkiye girerek mağdurenin hamile kaldığı, hükümden önce de resmi olarak mağdure ile evlenen sanığın aşamalarda, mağdurenin fizik olarak 17-18 yaş görünümünde olduğunu ve gerçek yaşının 15'ten küçük olduğunu bilmediğini savunması karşısında, TCK'nın 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde bulunduklan sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak, mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın

Şimdiye kadar, iradenin gerçeğe uygun olması halinde fiilin suç teşkil etmeyecek olması olasılığı üzerinde durdum. Buna karşılık fail yanılmamış olsaydı, fiil gerçekte meydana gelenden başka bir suça meydan verecek ise durum ne olacaktır? Başka ifadeyle, failin işlemeyi istediği eylem suç oluşturmakla beraber, gerçekte gerçekleşen suçun başka bir suç olması halinde nasıl bir uygulama yapmak gerekecektir? Örneğin başkasına ait bir şeyi alan kimse, bu şeyin kaybedilmiş bir nesne olduğu zanni ile hareket etmiş ise, ya da cinsel saldırı suçunu işleyen kişi, 15 yaşından büyük olduğunu sandığı bir kimseyle cinsel ilişkiye girdiği düşüncesiyle, aslında 15 yaşından küçük biriyle ilişkiye girmişse nasıl cezalandırılacaktır? Bu örneklerde, aslında failin hırsızlık ve 15 yaşından küçük birine yönelik cinsel saldırı suçunu işlediği görülmektedir. Ancak failin iradesi kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunu (**TCK** 160) ve 15 yaşından büyük birine yönelik cinsel saldırı suçunu işlemektir. Dolayısıyla failin tasavvuru da, gerçek durum da suç oluşturan eylemlerdir. Bununla beraber buradaki sorun, failin hangi suçtan dolayı cezalandırılacağıdır.

Bu durumda cezalandırma, irade ile gerçek arasındaki ayrılığı iradeyi esas alarak çözdüğümüzden, fail

5237 sayılı yasanın 30/1. fıkrasında yer alan düzenleme suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgiyi ifade eder. Fail suçun tanımındaki tüm maddi unsurları bilmelidir. Failin bilmesiyle gerçek arasında bir çelişki, uyumsuzluk varsa burada hata vardır. Bu hata suça ilişkin kastı ortadan kaldırır. Ancak, bu kişi gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa, taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olur. Bu haksızlık kanunda suç olarak tanımlanmışsa, fail taksirle sorumluluğundan cezalandırılır. Somut olayda, sanık kardeşini sincap zannederek ona ateş etmiş ve onu öldürmüştür. Bu durumda, kasten öldürme suçunun konusu insan olduğundan, suçun maddi unsurlarından olan "suç konu"sunda yanılgıya düşen sanığın "suç kastı" ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla "kasten öldürme" veya "olası kastla öldürme" suçlarından cezalandırılamayacaktır.

Kural olarak suçlar ancak kastla işlenebilir. Yasada açıkça gösterilen durumlarda ise taksirle de suç işlenebilir. 5237 sayılı yasada "öldürme" suçu taksirle işlenebilecek suçlar arasında düzenlenmiştir. Somut olaya dönüldüğünde, pencerenin önünde hareket eden cismin sincap olduğunu zannederek ateş ettiği kabul edilen sanığın eylemi sırasında; "suçun konusu" ile ilgili olarak hataya düşmesi nedeniyle, "doğrudan kastla", orada bir insan olduğunu öngörmediği kanaati hasıl olduğundan da "olası kast" veya "bilinçli taksirle" hareket ettiği söylenemez.

Buna karşılık; sanık, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi ya da başka bir deyişle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı, kardeşinin ölümü şeklinde gerçekleşen neticeyi öngörebilirdi. Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi "taksirle öldürme" suçunu oluşturacaktır (CGK, 15.07.2008,192).

hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırı". 14.CD. 28.01.2013. 638.

gerçekte işlemiş olduğu suça göre değil, işlemeyi kastettiği suça göre yapılacaktır. Dolayısıyla fail yanılgısından yararlanacak ve iradesi esas alınarak kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçundan veya 15 yaşını bitirmiş kimseye yönelik cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılacaktır[1].

---

[1] "Nüfus kaydına göre 25.12.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaş içerisinde olan ve henüz bu yaşı ikmal etmeyen mağdure ile sanığın anlaşarak birlikte kaçıp sanığın Çanakkale ilindeki evinde yaklaşık 5 gün birlikte yaşadıkları, burada sanık ile mağdurenin kendi istekleri ile sanıkla birden fazla ilişkiye girdikleri, daha sonra resmi olarak evlendikleri, iki tane çocuklarının olduğu ve evliliğin de halen devam ettiği olayda; sanığın, mağdurenin kendisine 17 yaşında olduğunu söylediğini ve bu nedenle onu 17 yaşında bildiğini, mağdurenin annesi müştekinin de kızının gerçekte 17 yaşında olduğunu, ancak nüfusa küçük yazdırıldığını beyan etmeleri, Adli Tıp Kurumunun kimi raporlarında bazen hormon gelişimi ve beslenme gibi nedenlerle kemik yaşının kayıtlı yaşından farklılık gösterebileceği belirtilmesi karşısında, TCK'nın 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 20.06.2013 gün ve 158380 sayı ile;
"... Sanığın mağdurenin yaşını 17 olarak bildiğine ilişkin savunmasının, mağdurenin yaşına itiraz olarak değerlendirilebileceği, ancak mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı ve kaçınılamaz bir hatanın da söz konusu olmadığı olayda TCK'nun 30. maddesindeki hata hallerinin mevcut olmadığı, Yüksek 14. Ceza Dairesinin uygulamaları incelendiğinde, 15 yaşından küçük mağdureler ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ancak bilahare mağdure ile resmi evlilik yapan veya birlikte yaşamaya devam eden ve ortak çocukları olan sanıklar ile alakalı davalarda, mağdurenin görünüm itibariyle 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun, TCK'nun 30. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararları verildiği görülmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki 434. madde benzeri bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmaması karşısında, aile birliğini sağlamaya matuf bir uygulamanın hukuki olmaktan ziyade vicdani olarak değerlendirildiği kanaati uyandırmaktadır. Aynı durumda olup da resmi evlilik gerçekleştirmeyen sanıklar yönünden haksızlık oluşturabilecek bu uygulama, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunu cebir veya tehdit ile gerçekleştiren sanıklar açısından da uygulanabilirliği düşünüldüğünde, bu nitelikteki suçları işleyenlerin daha az ceza almaları veya eylemlerinin şikayete bağlı suça dönüşme ihtimali karşısında, adaletsiz ve kamu vicdanını zedeleyen kararların verilmesine yol açabileceği düşünülmektedir" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.
CEZA GENEL KURULU KARARI
Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.
İncelenen dosya kapsamından;
Öğretide bu konuya ilişkin olarak, "Şu halde suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Örneğin, arkadaşını ziyarete giden bir kimsenin, arkadaşının olduğu düşüncesiyle bir başkasının konutuna girmesi veyahut onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla rızaen cinsel ilişkide bulunanın, mağdurun reşit olduğunu düşünerek bu eylemi gerçekleştirmesi." (Artuk/Gökcen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, s. 522), "Failin suç tipindeki bir unsurda yanılması, bu suçun kasten işlenmesini engeller. Bu takdirde suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, sorumluluk taksirli suçlara dolayıdır." (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi 12. Baskı, s. 362) şeklinde görüşlere yer verilmiştir.
Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalan-

Suçun kanuni tanımında yer almakla beraber, maddi unsurlardan sayılmayan, şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı ortadan kaldıran ya da azaltan şahsi sebepler veya objektif cezalandırılabilme koşullarının varlığındaki hatanın kasta etkisi olmaz, zira esasen kastın bu hususları kapsaması gerekmemektedir[1]. Örneğin, görevini kötüye kullanan fail, bunun sonucunda başkasının zarara uğrayacağı konusunda hataya düşse bile, zarar meydana gelmişse TCK 257. madde hükmü uygulanır, fail bu hatasından yararlanamaz.

Yanılgının kişinin kusuruna dayanıp dayanmamasının önemi yoktur. Örneğin sarhoş olduğu için yanlışlıkla kendi evi düşüncesiyle başkasının evine giren kimse bakımından, sarhoş olmasaydı, bu hatayı yapmazdı denilemez. Sarhoşluğuna rağmen kişi bu hatasından yararlanır. Benzer şekilde, sarhoş olduğu için yırtıcı bir hayvan zannederek bir insanı öldüren kimse de sarhoşluğu kusursuz olsa da taksirle insan öldürmeden dolayı sorumlu tutulur[2].

Taksirli suçlarda yanılma halinde sorumluluk nasıl belirlenecektir? Öncelikle belirtelim ki, yanılma için suçun mutlaka kasten işlenen bir suç olması gerekmemektedir. Yanılmada gerçek durum ile irade arasındaki bir farklılık söz konusudur ve bu taksirli suçlarda da mümkündür. Mesela bir eczacı ilaç zannederek zehir verip hastanın ölmesine yol açarsa, taksirim yok diyemez. Zaten taksirin özünde yanılma vardır. Yanılma taksiri ortadan kaldırmaz. Gerekli özeni göstermiş olsaydı, ölüm neticesi meydana gelmeyecekti. Buna karşılık, birisi eczacının haberi olmaksızın ilacın yerine zehir koyarsa (eczacının ayrıca kontrol yükümlülüğü olmamak kaydıyla), yanılma varsa da taksir yoktur. Bu durumda eczacının kusuru olmadığından sorumlu tutulamayacaktır.

---

dırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir.

Suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde:

Sanık aşamalardaki savunmasında mağdurenin nüfusa küçük yazıldığını, normalde 17 yaşında olduğunu belirtmiş ise de, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporda mağdurenin suç tarihi itibariyle on beş yaşını bitirmediğinin ifade edilmiş olması ve mağdureyi gözlemleyen mahkemece de bu hususun teyit edilmiş bulunması karşısında, sanığın mağdurenin suç tarihinde on beş yaşından büyük olduğu yönündeki savunmasının kabulü mümkün değildir. Kaldı ki yaklaşık iki yıl süreyle mağdure ile arkadaşlık yapan sanığın mağdurenin gerçek yaşını bilmemesi hayatın olağan akışına da uygun değildir. Dolayısıyla mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir.

Bu nedenle, yerel mahkemece, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılmasına karar verilmesi isabetlidir. CGK, 11.03.2014, 130. Belirtmek gerekir ki, bu kararda ifade edilenin aksine, suçun taksirle işlenmesi hali cezalandırılmadığından, sanığın beraatine karar verilmeyecektir. Bu takdirde, 15 yaşından büyüklerle rızasıyla cinsel ilişkiye girilmesi de suç oluşturduğundan, sanığın bu suç tipi nedeniyle cezalandırılması gerekirdi. Ancak sonuç itibarıyla Yargıtay kararı doğrudur, zira sanığın bu yönde bir hatası olduğunu mahkeme kabul etmemiştir.

[1] Koca/Üzülmez, 229.

[2] Koca/Üzülmez, 228.

Failin konu bakımından yanılması ise suçun vasfını veya ağırlığını etkilemeyebilir: A'nın samanlığından arpa çalmak isteyen kimse, karanlıkta görmeyerek buğday alırsa, bu yanılmanın etkisi yoktur[1].

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, maddede bahsedilen "**maddi unsurları bilmeyen**" ifadesi suçun maddi nitelikli unsurlarını, objektif unsurlarını anlatmakta olup, bunun hukuksal yanılgıyla, yani eylemin suç oluşturup oluşturmadığını bilip bilmemekle bir ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim aşağıda nakledeceğim *Yargıtay* kararında hukuksal yanılgıdan bahsedilmekteyse de kararda tartışılan husus, maddi unsurlarda yanılgı olup olmadığıdır: "*Mahkûmiyetlerine ilişkin kararlar kesinleşen diğer sanıkların devlet ormanında kaçak olarak kestikleri tespit edilen emvali nakletmenin, çevresinde orman bulunan bir yerleşim bölgesinde oturup nakliyecilik yapan ve orman yasası uyarınca **suç oluşturduğunu bilmesi** (kanunu bilmek) gereken sanık Ahmet'in, bu **emvalin menşeini ve nakliyesini bulunup bulunmadığını araştırma** (maddi unsuru bilmek) sorumluluğuna uymayarak kamyona yükleyip nakletmesi Orman Kanunu md. 108/1'e göre suç teşkil ettiği ve bunların kaçak olduğunu bilmediği* (maddi unsurda yanılgı) *yolundaki savunması madde 44 karşısında hukuki bir değer taşımadığı.*"[2].

Unsurlara ilişkin yanılma ile hukuki yanılgıyı birbirine karıştırmamak gerekir:

Bir kimseyle cinsel ilişkide bulunan kimse, 18 yaşından küçüklerle cinsel ilişkinin bir suç olduğunu bilmezse, hukuki yanılgı;

bu kimse ilişkide bulunduğu kişinin 18 yaşından küçük olduğunu bilmezse, suçun unsurlarında yanılma söz konusu olur.

Bu yanılgı aksi yönde de olabilir. Örneğin, vestiyerden başkasının paltosunu çalmak isteyen kişi, yanlışlıkla kendi paltosunu almış olabilir. Buna "**tersine unsur yanılgısı**" adı verilmektedir. Bu takdirde kişinin kastı da olsa, niyeti ne kadar kötü de olsa, tipiklik gerçekleşmemektedir ve bu nedenle cezalandırılması söz konusu olmaz.

Bu çerçevede 15 yaşındaki küçük biriyle ilişkiye girdiğini düşünen kişi de, aslında mağdur 16 yaşındaysa, 16 yaşındaki kişiyle ilişkiye girmiş gibi cezalandırılacak, burada iradesi değil, gerçekleşen durum dikkate alınacaktır.

bb. Suçun Nitelikli Hallerinde Yanılma

Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır (**TCK** 30/2).

Türeyen suç tiplerinde, kanunumuzun ifadesiyle suçun nitelikli hallerindeki fiili yanılmayı basit suç tipini ağırlatan veya hafifleten haller üzerinde ayrı ayrı değerlendirmek gerekir[3]:

---

[1] Donmezer/Erman, II, 326.
[2] 3. CD. 07.07.1982. 236.
[3] Donmezer/Erman, II, 320-322; Önder, II, 346, 347.

aaa. Cezayı Azaltan Nitelikli Hallerde (Hafifletici Sebeplerde) Yanılma

- Fail olayda hafifletici sebep olmadığı halde, hafifletici sebebin olduğunu sanıyorsa, başka ifadeyle, failin işlemek istediği suç tipinde hafifletici sebep bulunduğu halde, gerçekleşen suçta herhangi bir hafifletici sebep yoksa esas alınacak husus, failin sübjektif durumudur ve böylece fail mefruz hafifletici sebeplerden yararlandırılır. Dolayısıyla değersiz sanarak değerli bir kolyeyi çalan kimse hakkında **TCK** 145'teki hafifletici sebep uygulanır. Keza, borçlusu sanarak, kendisinden herhangi bir alacağı bulunmayan ve sadece borçlusuna benzeyen bir kimseyi tehdit ederek, alacaklı olduğu kadar miktar parayı alan kişi, **TCK** 150/1

  'deki cezayı hafifleten nitelikli halden yararlanır.

- Fail olayda hafifletici sebep bulunduğu halde, hafifletici sebebin olmadığını sanıyorsa, başka ifadeyle, failin gerçekleştirmek istediği suç tipinde hafifletici sebep bulunmadığı halde, gerçekleşen suçta hafifletici sebep varsa, fail objektif olarak mevcut olan bu hafifletici sebepten yararlandırılır. Örneğin, değerli bir kolyeyi almak isterken, onun değersiz taklidini alan fail **TCK** 145'teki hafifletici sebepten faydalanır. Aynı sonuç, işlemek istediği suçta bir hafifletici sebebin bulunduğundan tamamen habersiz olan fail bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla işlediği kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, fail, hafifletici sebepten habersiz de olsa, **TCK** 86/2 uygulanacaktır.

bbb. Cezayı Artıran Nitelikli Hallerde (Ağırlatıcı Sebeplerde) Yanılma

- Fail olayda ağırlatıcı sebep olduğunu sanıyor, fakat gerçekte ağırlatıcı sebep yoksa başka ifadeyle, failin gerçekleştirmek istediği suç tipinde ağırlatıcı sebep bulunduğu halde, gerçekleşen suçta bulunmuyorsa, mefruz suç kuralları uygulanacaktır. Burada irade ile gerçek arasındaki farklılığın irade lehine çözümleneceği kuralına bir istisna getirilmekte ve ağırlatıcı sebep uygulanmamaktadır. Örneğin babasını öldürdüğünü sanan ve fakat başka bir kişiyi öldüren kimse hakkında ağırlatıcı sebep (**TCK** 82/1-d) uygulanmaz.

- Fail olayda ağırlatıcı sebep olmadığını sanıyor, fakat gerçekte ağırlatıcı sebep varsa, başka ifadeyle, failin gerçekleştirmek istediği suç tipinde ağırlatıcı sebep bulunmadığı halde, gerçekleşen suçta ağırlatıcı sebep varsa bir ayrım yapmak gerekir:

- Eğer ağırlatıcı sebep, daha ağır bir neticenin faile yüklenmesinden kaynaklanıyorsa (netice sebebiyle ağırlaşmış suç) (örneğin **TCK** 87/1,2,3), faile bu ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için, failin bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir (**TCK** 23). Bunun anlamı şudur: Esasen yanılmada kişinin iradesi ile gerçekleşen arasında bir fark bulunduğundan ve bu farklılık durumunda kişinin iradesi esas alındığından, netice sebebiyle

ağırlaşmış suçlarda, her zaman için fail, iradesinin daha hafif neticeyi gerçekleştirmek yönünde olduğunu ve bu iradenin esas alınması gerektiğini ileri sürebilir. Bu durumda da netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda hiçbir zaman cezayı artıran nitelikli halin uygulanması mümkün olmaz. Bu nedenledir ki, cezayı artıran bir nitelikli hal netice sebebiyle ağırlaşmış bir durumu ifade ediyorsa, failin iradesi bu nitelikli hale yönelik olmasa bile, bu nitelikli halin gerçekleşmesi bakımından taksiri varsa, bu nitelikli hal kendisine uygulanır. Buna karşılık, taksiri yoksa bu nitelikli halin uygulanmayacağı açıktır. Böylece örneğin **TCK** 87/3'te belirtilen kemik kırılmasına neden olan kişi doğrudan bu kemik kırılmasından sorumlu tutulmayacak, iradesi bu yönde değilse, kemik kırılmasından sorumlu tutulabilmesi için en azından taksiri aranacaktır.

- Bunun dışında kalan ağırlatıcı sebepler bakımından ise "gerçekleşen ağırlatıcı sebep failin kastının kapsamı içinde değildir ve bu itibarla, failin ağırlatıcı sebeple türeyen suçtan sorumlu tutulabilmesi kast kuralına aykırı" olduğundan ağırlatıcı sebep uygulanmayacaktır. Mesela başkasını öldürmek isterken yanılarak babasını öldüren kimse hakkında ağırlatıcı sebep uygulanmaz. Ağırlatıcı sebebin faile uygulanabilmesi için mağdurun babası olduğunu bilmesi gerekir, zira ağırlatıcı sebepler failce bilinmelidir.

- Gerçekleştirilmesi İstenen ve Gerçekleşen Suçlarda Ağırlatıcı Sebebin Bulunması: Tartıştığı abisini öldürmek niyetiyle salladığı bıçakla ani olarak araya giren babasını öldüren kişinin durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda uygulanacak çözümün çok ilginç bir sonuç ortaya çıkaracağını peşinen ifade etmek isterim: Fail abisini öldürmek istediği halde netice öyle gerçekleşmediğinden neticeye bakılarak bu ağırlatıcı sebep uygulanmayacak, babasını öldürmek de istemediğinden iradeye bakılarak ondan kaynaklanan ağırlatıcı sebep de uygulanmayacaktır. Bu durumda fail hakkında **TCK** 81 uygulanacaktır. *Yargıtay* da aynı yönde kararlar vermektedir[1].

TABLO No. 4: Hafifletici ve Ağırlatıcı Sebeplerde Yanılma

Haf./Ağ. Seb. **Yok**, Fail Var Sanıyor

⇉ haf. seb. ⇉ var gibi ceza tayin edilir

⇉ ağ. seb. ⇉ mefruz (hayal) suç

Haf./Ağ. Seb. **Var**, Fail Yok Sanıyor

⇉ haf. seb. ⇉ fail faydalanır

⇉ ağ. seb.

⇉ netice ise (NSAS) ⇉**TCK** 23 uygulanır.

⇉ diğer haller ⇉ faile uygulanmaz.

[1] 1. CD. 20.11.2000. 2798/3202

cc. Nedensellik Bağında Yanılma

(A), mağdurun boğazını sıkıp onu öldürdüğünü zanneder ve fakat mağdurun ölümü, (A)'nın olaya intihar süsü vermek için bayılmış olan mağduru bir iple tavana asmasından sonra gerçekleşir[1]. "Fail neticeyi gerçekleştirmek istediği halde, bu neticenin gerçekleşme biçimi atipik bir gelişme göstermediği ve objektif olarak bu neticenin faile yüklenebilmesi mümkün olduğu sürece, nedensellik bağındaki yanılma önemli değildir". Örneğin, failin mağduru köprüden suya atarak boğmak suretiyle öldürmek istemesine rağmen, mağdur suya düşmeden başı köprü demirine çarparak ölürse, nedensellik bağındaki yanılma önemsizdir. Yine öldürücü darbelerin gerçekleştirilmesinden sonra mağdurun bu yaraların mikrop kapması sonucu ölmesi halinde nedensellik bağındaki yanılma önemsizdir[2].

Buna karşılık bir kimse diğerini korkutmak için havaya ateş eder de bundan ürken bir at korkutulmak istenen kişiyi çiğneyerek öldürürse, nedensellik bağındaki yanılma önemlidir ve kişi kasten öldürmeden sorumlu tutulamaz[3]. Ancak bu durumda her ne kadar failin kastı yoksa da taksirden dolayı sorumluluğu düşünülebilecektir.

b. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Yanılma

aa. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma

> *"Maktulün üst kat komşusunun apartmanın çatısında dolaşan birinin varlığını sezinleyip hırsız olduğundan bahisle telefon ederek jandarma ekibini gece vakti çağırması sonrasında, maktulü de telefonla haberdar etmesi üzerine,* ***tabancasını eline alan ve hırsızın kaçmasını önlemek niyetiyle apartmanın giriş kapısından çıkan maktulü,*** *o anda bahçeye giren sanık er Gökhan'ın hırsız sanması ve elindeki silahı da gördüğünde mukavemete hazırlandığı yanılgısına düşmesi sonucu... yaraladığı, yerel mahkemenin "hukuka uygunlukta yanılgı" bulunduğuna, bu yanılgının hukuka uygunluk düzeyinde değerlendirilmesi zarureti olduğuna, ancak sanık erin maktule hiçbir ikaz ve uyarıda bulunmadan ve silahını sair vücut aksamı yerine doğrudan baş bölgesine ateş etmesi nedeniyle, asırlığa kaçtığına..." 1.CD. 09.02.2004.185.*

Burada öncelikle şunu açıklığa kavuşturmak gerekir: Failin esasen hukuk düzenince kabul edilmemiş olan bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunu sanmasının önemi yoktur. Söz gelimi 25 yaşındaki kızını tedip hakkının mevcut olduğunu sanıp da döven kimse mevcut olmayan böyle bir hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz[4]. Keza, kendisini bir başkasıyla aldatan kocasını öldürme hakkı olduğunu düşünen kadın da hukuk düzeninin kabul etmediği böyle bir nedenden yararlanamaz. Bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinde yanılgı değil, **TCK** 30/4 anlamında hukuksal yanılgı söz konusu olur.

---

1 Jescheck. 282.
2 Önder. II. 348. 349.
3 Yüce. 64.
4 Önder. II. 177.

Bu ön belirlemeyi yaptıktan sonra konuyu ikili bir ayrım içinde ele almakta yarar vardır:

- Olayda hukuka uygunluk sebebi vardır, ne var ki, bunu fail bilmemektedir. Bu takdirde, kişi, örneğin kendisine saldırana karşı kendini savunduğunda, meşru savunma hükümlerinden yararlandığını bilmese bile, hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilir. Kendisine saldıranı meşru savunma koşulları içinde öldüren kimse, sonuçta cezalandırılacağını zannetse bile cezalandırılmaz, hukuka uygunluk sebebi uygulanır. Buna karşılık, bir hukuka uygunluk sebebi içinde olduğunu bilmeksizin hareket eden kişi, hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz. Örneğin, bir kimseyi öldüren kişi hakkında, aslında mağdurun da kendisine ateş etmek üzere olduğu sonradan anlaşılsa dahi, hukuka uygunluk sebebi uygulanmaz. Dolayısıyla burada yaptığım ayrım, kişinin hukuk düzeninin bir hukuka uygunluk sebebini kabul ettiğini bilmesine gerek bulunmadığı; ancak kişinin hukuka uygunluk sebebinin koşulları içinde hareket ettiği bilincine sahip olması gerektiği yönündedir.
- Olayda fail hukuka uygunluk sebebi içinde olduğunu zannetmekte ve fakat esasen failin hukuka uygunluk sebebinden faydalanmasını gerektiren bir durum yoktur, hukuka uygunluk sebebinin şartlarıgerçekleşmemiştir.

Mesela, ıssız ve soygunların yapıldığı bir yerde, karanlıkta bir kişinin kendisine koştuğunu gören fail, saldırıya uğradığını sanarak, bu kişiyi yaralamış veya öldürmüş olabilir[1]. Bu durum, **TCK** 30/3'te düzenlenmiştir. Buna göre, "*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*". Bu takdirde şöyle bir değerlendirme yapmak gerekir: Hukuka uygunluk sebebinin koşullarının gerçekleştiği noktasında failde var olan hatada, faile yüklenebilecek bir kusur söz konusu mudur? Başka bir ifadeyle, esasen fail bu hataya düşmemesi gerekirken, yani yanılgısı kaçınılabilirken mi bu hataya düşmüştür? Eğer bu soruyu olumlu cevaplayabiliyorsak, yani hataya düşmesinde kusuru var, esasen hataya düşmeyebilirdi diyebiliyorsak, hukuka uygunluk nedeninden, kanunumuzun ifadesiyle ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden yararlanamayacaktır. Buna karşılık fail bu hatayı önleyemeyecek idiyse, yani hataya düşmesi kaçınılmaz ise kastı kalkmış olur ve kendisine ceza verilemez[2]. Ne var ki, bu takdirde taksirden sorumluluğu söz konusu olabilir. Bununla bera-

● ● ●

A, B'nin C'ye karşı güç kullandığını görünce, C'nin, B'nin haksız şiddetine maruz kaldığını düşünerek, B'nin elinden C'yi zor kullanarak kurtarır. Ancak sonradan anlaşılır ki, B saldırgan değil, gizli görevli polis memurudur ve aranan bir şahıs olan C'yi yakalamak için çaba göstermektedir (örnek için bkz. Dressler, 547).

● ● ●

[1] Toroslu, Ceza Hukuku, 124.
[2] Krş. Alman CK md. 16/1. Özgenç, Şahin, 213 vd.

ber, bu konu açıkça düzenlenmemiştir. Gerçekten de kanunun taksirli sorumluluk halini saklı tuttuğunu düzenlememesi tartışmalara yol açmaktadır: Kanımca, her ne kadar 30. maddenin 1. fıkrasında bu durumda taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu açıkça belirtilmiş ve fakat 3. fıkrada bu husus düzenlenmemiş olsa da genel hükümler gereğince, failin kastından dolayı sorumlu tutulamayacak olması, varsa taksirinden ötürü sorumlu tutulmasına engel değildir.

Yaşlıca bir kadın alışverişini tamamlayıp, park yerindeki arabasına yöneldiğinde, arabanın içinde dört erkeğin bulunduğunu fark eder. Bunun üzerine silahını çekerek, arabadan çıkmazlarsa, ateş edeceğini söyler. Arabanın içindekiler direnmez ve derhal arabayı terk ederler.

Kadın, silahını yerine koyup, aldığı eşyaları yerleştirir ve direksiyona geçer. Ancak anahtarın arabaya uymadığını fark eder. Zira, araba kendi arabası değildir. Arabayı olduğu yerde bırakarak, kendi arabasına geçerek, doğru karakola gider ve durumu anlatır.

Olayı dinleyen polis gülmekten kendini zor tutarak, eliyle karakoldaki dört erkeği gösterir. Bu dört erkek, arabalarının yaşlı bir kadın tarafından gasp edildiğini ihbar etmek için gelen kişilerdir (Chattanooga Times, 25 Şubat 2000, s. 23, Dressler, 553).

Nitekim öğretide de[1], kaçınılabilir bir hatadan, özensiz davranışı nedeniyle kaçınamamış olan bir kimsenin, eylemin taksirli şeklinin cezalandırıldığı suçlardan olması durumunda meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. Keza öğretide açık düzenleme olmaması eleştirilerek, kişinin yanılgısı durumunda kastının bulunmadığı ve kastı dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı; ancak bu takdirde durumu yanlış değerlendirdiği ve gerekli özeni göstermediği, bu itibarla taksirinin bulunduğu; bu nedenle de sorumluluğunun taksire göre belirlenmesi gerektiği belirtilerek[2], kanunun bu konuyu açık bırakması eleştirilmektedir. Kanımca da bu konuda açık bir hüküm konulmasında yarar bulunmaktadır. Aksi takdirde, taksiri olsa bile, yanılgı kaçınılmaz ise kanunda açık hüküm bulunmaması nedeniyle, taksirli suçtan dahi cezalandırmanın söz konusu olmayacağı da söylenebilecektir.

"Bu yanılgının kaçınılabilir olup olmadığının tayini, taksirle işlenen haksızlıklar açısından söz konusu olan özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütler doğrultusunda yapılacaktır"[3]. Dolayısıyla, örneğin, "fail hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığı konusunda kat'i bir kanaate sahip olmadığı halde, olsa da olmasa da fark etmez diyerek fiili işlemiş olduğu durumda, hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır"[4].

Yargıtay kararına konu bir olayda, Ordu ili kırsalında terör faaliyetlerinin başlaması üzerine Ordu Emniyet Müdürlüğü'nce özel harekât timinin bölgede görevlendirildiği, Mesudiye Kaymakamlığı'ndan gelen bölgede terörist görüldüğü ihbarı üzerine timin görevlendirildiği, üç araç halinde hareket eden timin, köye girdiği, köyde ilerledikleri sırada, araçlardan birinden kimliği belirlenemeyen bir görevlinin "pusuya düştük" demesi üzerine yola 10 metre

---

1 Özgenç, Gazi Şerhi, 430; Soyaslan, 447; Özbek, İzmir Şerhi, 394.
2 Roxin/İsfen, 239; ayrıca bkz. Ünver, Kusurluluk, 63.
3 Özgenç/Şahin, 217.
4 Önder, II, 178.

kadar yaklaşan fenerli üç insan siluetine bu oto içinden seri atışlara başlandığı, bilahare bunların çocuk olduğu anlaşılmıştır. Çocuklardan ikisi ölmüş, biri ise yaralanmıştır.

Yargıtay bu olayda "*terörle mücadele ödeviyle akşam vakti yola çıkan sanıkların, içinde bulundukları teyakkuz ortamında, karanlıkta yaklaşan ışığın teröristlere ait olduğunu sanmalarının ve içlerinden birinin "baskına uğradık" sözü üzerine denetimsiz şekilde o istikamete öldürme amacıyla ateş etmelerinin "hukuka uygunlukta yanılgı olacağı ve bu tür yanılgıların dahi hukuka uygunluk düzeyinde himaye göreceği" düşüncesi savunulabilirse de "**hal ve icabın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmesine karşın yanılgıya düşmenin objektif ölçülerle önlenemez olduğu ahvalde, hukuka uygunlukta yanılgının hukuka uygunluk mertebesinde sayılabileceğine**" ve kolluğun silah kullanmasıyla oluşan ihlallerde de yetki tanıyan normların gereğine eksiksizce uyulduğu durumlarda hukuka uygunluktan söz edilebileceğine ilişkin kurallar karşısında, köyde yaşamın sürdüğünü bilen ve ellerindeki ışıkla yola yaklaşanların, köy halkından birileri olmasının asıl, terörist olmasının ise istisna olacağı-*

> *İnceleme konusu olayda sanığın mağduredeki hekim olmayanlarca anlaşılamayacak nitelikte bulunan rahatsızlığı bilmediği, bu bağlamda 5237 sayılı TCY'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen kaçınılmaz hataya düştüğü düşünülebilirse de; sanık Cumhuriyet savcılığınca alınan ifadesinde ve mahkemeye sunduğu dilekçelerde mağdurenin düzenli ilaç kullanmasını gerektiren rahatsızlığı nedeniyle ruhsal tedavi gördüğünü bildiğini belirtmektedir. Mağdure de Cumhuriyet savcılığınca alınan ifadesinde, kendisi ile ilgili herşeyi sanığa anlattığını, rahatsız olduğunu bilen sanığın "ilaçları bırak, senin ilacın da doktorun da benim" dediğini açıklanmıştır. Her ne kadar Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 30.06.2008 tarihli raporunda; "mağduredeki ruhsal rahatsızlığın hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği" şeklindeki bir açıklamaya yer verilmiş ise de, söz konusu ibarenin "anlaşılabileceği" biçiminde de yorumlanması olanaklıdır. Kaldı ki "hekim olmayanlarca anlaşılamaz" ya da "anlaşılması olanaklı değildir" şeklinde bir tespitte de bulunulmamış olup buna bağlı olarak basiretli bir insanın anlayabileceği kabul edilmelidir. Üniversite mezunu olup kendi anlatımına göre yazarlık da yapan, mağdure ile uzun süreli yakın ilişkiye giren 54 yaşındaki sanığın, suçun devam ettiği dönemde kan koca hayatı yaşadığı mağduredeki rahatsızlığı farkedememesi olanaklı olmayıp, ilaç kullanması gereken ve ruhen sıkıntıları olduğunu söyleyen mağdurenin rahatsızlığını bildiği, mağdurenin gösterdiği rızanın geçerli olmadığı ve eylemini hukuka uygun hale getirmediği hususunda kaçınılmaz hataya düşmediği her türlü kuşkudan uzak şekilde ortadadır.*
>
> *Bu durum karşısında, rıza açıklama ehliyeti bulunmayan mağdurenin sanıkla bir yerlere gitme ve cinsel ilişkide bulunma eylemlerine rıza göstermesinin, bu eylemleri hukuka uygun hale getirmediği; sanığın, olayın hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayıp eyleme ruhsal yönden mukavemet yeteneği bulunmayacak şekilde rahatsız olan mağdureye karşı gerçekleştirilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cinsel saldırı eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu bilerek bu eylemleri gerçekleştirdiği, böylelikle 5237 sayılı TCY'nın 30/3. maddesinde tanımlanan hataya düşmediği kabul edilmelidir, CGK, 20.12.2011, 273.*

nı düşünmesi gereken sanıkların, hedefe ateş öncesinde hukuka uygunlukta yanılgıya düşmemek için görev ve sorumluluklarının icabı olan özeni göstermediklerinin ve bu itibarla objektif ölçülerle ***sakınılamaz bir yanılgı*** *içinde olmadıklarının anlaşılması karşısında, hukuka uygunluk düzeyinin aşıldığını kabul zorunluluğu bulunduğuna"* karar vermiştir[1].

Şu kararda ise Yargıtay failin kaçınılmaz bir yanılgı içinde olduğuna karar vermiştir: *"Gecenin çok geç bir saatinde apartmanın 4. katında ve ailesiyle birlikte kendisinin ve komşularının uykuya yattığı bir sırada, aşırı derecede alkollü olan bir kişi tarafından kapı zilinin 10-15 dakika gibi aralıklarla 2 defa çalınması ve kapı açıldığında bıçağı ile içeriye hamle eden kişiye karşı, o sırada zaman ve yer itibarıyla her türlü yardımdan yoksun bulunan sanığın, içinde bulunduğu ruh hali de göz önünde tutularak, gerek kendisinin ve gerekse diğer aile bireylerinin kişisel güvenliklerine yönelen ve ciddi bir korku doğuran saldırıyı savmak için maktulü öldürdüğünün kabulü gerekir"*[2].

Bir başka Yargıtay kararında, sanığın yanılgısına rağmen eylem hukuka uygun kabul edilmiştir: *"60 yaşında tek başına yaşadığı iki katlı 6 dönüm ağaçlı ve duvarla çevrili köşkte geceleyin köpek sesine uyanıp yanına aldığı bıçakla, siluetini gördüğü kişilerin yanına giderken yere düşüp kalktığında oldukça karanlık bir ortamda kendisini tanıtmadan arkasına sarılan maktulü haklı sayılabilecek sübjektif bir yanılgı ile hırsız zannedip ciddi bir korkuya kapılarak öldüren sanığın eylemi..."*[3].

Yeni tarihli bir Yargıtay kararında, esasen yanılgı varken, yüksek mahkeme bu konuya hiç değinmeksizin, başka gerekçeyle, sanığın beraatine karar vermiştir:

"Kız kardeşinin kocası olan sanıkla uzun zamandan beri husumeti bulunan maktulün, omzunda av tüfeği, elinde tabanca olduğu halde, saat 18.00 sıralarında, araçla eşi ve çocuğu ile birlikte evine gitmekte olan sanığın önüne çıktığı, tabanca ile sanığa ateş etmeye başladığı, ***maktulün elindeki tabancanın kuru sıkı olduğunu bilmeyen sanığın,*** *meşru savunma koşulları içinde, maruz görülebilecek heyecan, korku ve telaşa kapılarak, araçta bulunan kayınpederine ait ruhsatsız tabancayı aldığı, araçtan indiği, önce havaya, daha sonra silahlı saldırının devamı sırasında, tabanca ile maktule iki el ateş ettiği, bu atışlar sonucu maktulün göğüs bölgesinden ve yüzünden isabet alarak öldüğü olayda; 5237 sayılı Yasa'nın 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine, yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi"* yasaya aykırıdır[4].

21 yaşındaki Hector Soto, arkadaşları tarafından bir kutlama sonrası evine bırakılır. Apartmanların birbirine benzemesinden ve alkolün de etkisiyle yanlışlıkla başka kapıyı açmaya çalışır. Kendi anahtarı kapıyı açamayınca, açık banyo penceresinden içeri girer. Evin sahibi Tom Bradfordgürültüyü duyarak gittiği banyoda Soto'yu silahla öldürür

(Los Angeles Times, 10 Haziran 2006, Dressler, 552).

---

1. 1. CD. 19.04.2002, 1480.
2. CGK. 03.03.1998, 60.
3. CGK. 23.11.1999, 287.
4. 1. CD. 26.02.2008, 1382.

Benzer bkz.: *"Sanığın, daha önceden tanıdığı şikâyetçinin evinin önündeki merdane tabir edilen tarım aletini tarlasında kullanıp iade etmek amacıyla aldığı sırada, şikâyetçinin hizmetçisinin "alma, beyim kızar" demesi üzerine, sanığın kendisini tanıtarak, "bana kızmaz" cevabını verdiği, olayı öğrenen şikâyetçinin sanığın yanına gittiğinde merdane ile tarlasında çalıştığını gördüğü..."*. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, merdane sahibi, sanığın düşüncesinin tersine kendisini şikâyet etmiştir. Dolayısıyla olayda rızanın varlığı konusunda yanılgı söz konusudur. Ancak *Yüksek Mahkeme*, yanılgı konusunu tartışmaksızın, sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[1].

OLAY: Avustralya'da gerçekleşen bir olayda, hava kuvvetlerinde görevli Morgan ve diğer üç sanık beraber bir barda alkol aldıktan sonra, Morgan, arkadaşlarını evine davet etmiş ve eşiyle beraber olmalarını önermiştir. Morgan arkadaşlarına eşinin karşı koyuyormuş gibi görüneceğini ama aslında hoşlanacağını söyler. Üç kişi de eşiyle ilişkiye girerler ve eşinin başlangıçta dirense de, sonradan aktif olarak işbirliğine girdiğini ve hoşlandığını iddia eder.

Mağdur ise bağırdığını, boğuştuğunu, oğluna bağırarak polis çağırmasını söylediğini iddia eder.

Bu olayda sanıkların kadının rızası konusunda kaçınılmaz bir yanılgı içinde olduğu söylenilebilir mi? Tartışınız

NOT: Mahkeme üç sanığı cinsel saldırı ve Morgan'ı da cinsel saldırıya yardımdan cezalandırmıştır (DPP v Morgan, (1976) AC 182).

bb. Kusurluluğu Etkileyen Nedenlerde Yanılma

Kusurluluğu **ortadan kaldıran** nedenlerin maddi şartlarında yanılma varsa,

Örneğin zorunluluk halinin şartlarında bir yanılma varsa nasıl hareket edilecektir? Kişinin hayatı bakımından tehlike olmadığı halde, kişi tehlikede olduğunu düşünerek suç işlemişse zorunluluk halinin maddi şartlarında yanılgı vardır. Örneğin, sık sık yer sarsıntısının gerçekleştiği bir yerde, ağır tonajlı bir aracın meydana getirdiği sarsıntıyı deprem sanarak, evden hızla kaçarken komşunun çocuğuna çarparak onu yaralayan kimse [2] zorunluluk halinin maddi şartlarında yanılgı içindedir. Bu yanılgıdan kişi yararlanır. Ne var ki, burada kusurluluk üzerinde etkili olan bir yanılgı söz konusu olup, bu takdirde faile CMK 223/3-d gereğince "kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilecektir.

Kusurluluğu **azaltan** nedenlerin varlığında da yanılgıya düşülmüş olabilir.

Örneğin, haksız bir fiil olmadığı halde, fail haksız fiilin gerçekleştiği zannıyla (haksız tahrik) fiili işlerse, ceza sorumluluğunu azaltan bir nede-

[1] 11. CD. 23.10.2002. 8302
[2] Koca/Üzülmez, 284.

nin maddi şartlarında yanılgı söz konusudur. *"Failin haksız davranışın kendine yöneldiği sanısıyla ve bunun etkisiyle suç işlemesi durumunda da varsayılan kışkırtma nedeniyle bu indirici nedenden yararlanacağı açıktır"*[1].

Bu durumda da yanılgıdan yararlanılabilmesi için yanılgı kaçınılmaz olmalıdır: *"Sanığın, olay tarihinde oğlu Ahmet'in dövüldüğünün kendisine söylenmesi üzerine hemen olay yerine gittiği ve burada oğlunu döven kişilerden birisi olduğunu zannettiği müşteki Hüseyin'le kavga etmeye başladığı, sanığın olay yerine gelen ve Hüseyin'le aralarındaki kavgaya müdahale eden müşteki Zekayi'yi de yaraladığı anlaşılmasına göre, müştekilerin tahrik teşkil edebilecek haksız bir fiilleri olmadığı halde sanığın bu hususta yanılarak 5237 sayılı TCK'nın 30/3. maddesi kapsamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve mefruz tahrik nedeniyle indirim yapılması gerektiği..."*[2].

Buna karşılık, *"sanığın, karısıyla maktul arasındaki gayri meşru münasebete inanarak ve bu kanaatle suçu işlemiş olduğuna nazaran, cezanın 51. madde (**TCK** 29) ile indirilmesi gerekirken şartları dedikodu hududunu geçmediğinden bahisle 59. maddenin (**TCK** 62) tatbiki yolsuzdur"*[3]. *"Sanığın hiçbir zaman meydana gelmemiş ve kendisine yönelmemiş bir eylemin haksız olduğu inancı içerisinde hareket ederek suç işlemesinde, hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına olanak yoktur"*[4].

Önemle vurgulamak gerekir ki, fail haksız tahrik konusundaki yanılgısından yararlansa dahi, kusurlu sayılmakta ve kusuru azaldığından sadece cezasında indirim yapılmaktadır.

Burada ele alınması gereken diğer bir konu da hem nitelikli halin hem de haksız tahrikin aynı olayda gerçekleşmiş olması ihtimalidir. Örneğin, Faik, kendisini her gün döven karısı Faike'yi öldürmek isterken, yanlışlıkla oğlu Mahcup'u öldürür. Burada eş ve altsoydan kaynaklanan nitelikli haller uygulanmayacak, yanılgı kaçınılmaz ise haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır[5].

2. Şahısta Yanılma

> **Kişinin kastettiğinden farklı bir kimsenin veya eşyanın yaralanması, zarar görmesi veya herhangi bir şekilde etkilenmiş olması, ceza sorumluluğunu kaldırmaz (Texas Ceza Kanunu md. 6.04.(b)(2)).**

---

1 4. CD. 17.04.1996, 3547.
2 3. CD. 16.10.2012, 34575.
3 1. CD. 19.06.1953, 3132.
4 CGK. 24.12.2002, 443.
5 Özbek, İzmir Şerhi, 395.

a. Genel Olarak

Şahısta yanılma bakımından aşağıda aktaracağım sonuç üzerinde ittifak bulunduğunu söylemek mümkündür: "Gerçekten, fail iradenin gerçekleştirildiği safhada yanılmakta ve istemediği netice gerçekleşmiş olsa dahi, neticeyi gerçekleştirmek istediği konu ile gerçekleşen konu *aynı nitelikte olduğu takdirde*, fiil kasten işlenmiştir, suç tektir; zira kanun aynı nitelikteki hukuki konuları aynı şekilde korur"[1]. Gerçekten de şahısta yanılma, hiçbir zaman esaslı bir yanılma olarak kabul edilemez. Ortada bütün unsurları ile gerçekleşmiş bir suç vardır. Mağdurun değişmesi ise bu durumda bir değişiklik oluşturmaz. Dolayısıyla fail yanılmasaydı dahi, fiili yine suç teşkil edecekti. "*Kanun önünde suçun şu veya bu kimse aleyhine işlenmesi bakımından bir fark gözetilemez ve herkesi kanun eşit ölçüde korur*". Bu nedenledir ki, yanılma veya sapma dolayısıyla suçun başka bir kişi aleyhine işlenmesinin bir etkisi olmayacaktır[2].

İş seyahatinde olan bir kişi eve erken geldiğinde, kar yağışı nedeniyle elektrikler kesik olduğundan, eşi çocukların korkmaması için çocukların yatağında yatmış, kendisine çok benzeyen ikizi olan kız kardeşini ise kendi yatağına göndermiştir. Yatağında yatan kişinin baldızı olduğunu bilmeyen koca, eşi sandığı baldızı ile zorla veya isteğiyle cinsel ilişkiye girdiği takdirde bu hatasından yararlanır mı? (Örnek için bkz. Dülger, Cinsel, 157).



Mağdurun şahsına göre ceza belirlenmesi usulü bulunmadığından

ceza hukukunda şahısta yanılma ceza sorumluluğuna **etki etmez**[3]. Hukuk düzeninin cezalandırdığı husus, kural olarak, belli, özel bir kimsenin mağdur olması değil, genel olarak bir insanın mağdur olmasıdır[4]. Dolayısıyla, fail kasten hareket etmiştir.

Bu husus, karşılaştırmalı hukukta şöyle ifade edilmektedir: Hukuk düzeni, kural olarak **bir** kimsenin haksız yere öldürülmesi kastını esas alır, yoksa öldürülmesi kastedilen **kişi**yi esas almaz[5].

Mağdurda yanılmanın bir etkisi olmadığı tespitini yaptıktan sonra, **bu kez** yanılma halinde kaç suçun bulunduğunu da ortaya koymak gerekir. Kanunumuzun sistemine baktığımızda yanılma halinde iki suçun varlığını kabul ettiği sonucuna varmamız mümkün gözükmemektedir, zira kanunumuz sübjektif yöne üstünlük tanımaktadır (bkz. **TCK** 30/2). "Gerçekten; ortada biri kastedilip de gerçekleşmeyen netice bakımından teşebbüs halinde kalmış kasıtlı bir suç, diğeri ise kasıtlı olmayarak gerçekleşen netice bakımından taksirli bir suç olmak üzere iki suç bulunmamaktadır. Ortada **bir tek netice**

[1] Önder, II, 352.
[2] Donmezer/Erman, II, 323.
[3] Erem/Danışman/Arluk, 613.
[4] Dressler, 155.
[5] Bkz. Dressler, 155.

ve bir suç vardır". Ortada tek suçun bulunduğunu kabul edince, bu suçun failin gerçekleştirmek istediği mi, yoksa gerçekleşen suç mu olduğu sorusu ile karşılaşınız. Bunun çözümünü ise şöyle ortaya koymak gerekir: Kanunumuz sübjektif yöne üstünlük tanımıştır. Şu halde bu tek suç gerçekleşen değil, failin gerçekleşmesini istediği suçtur[1].

Yargıtay ise yeni tarihli bir kararında, şahısta yanılma halinde de iki ayrı suç bulunduğunu kabul etmiş ve fikri içtima kurallarını da uygulamamıştır. Karara konu olayda kendisine hakaret eden kayınbiraderine yönelik olarak ateş eden ve kayınbiraderinin eve girerek saklanması üzerine pencerelerden evin içine ateş eden ve bu sırada evin kapısını açarak dışarı çıkan eşine de ateş ederek öldüren failin kayınbiraderini öldürmeye teşebbüs ve eşini ise olası kastla öldürme suçlarından dolayı sorumlu tutulması gerektiği açıklanmıştır[2]. Bu karara katılmak mümkün değildir. Failin suçu gerçekleştirmek istediği konu ile gerçekleşen konu aynıdır. Her ikisinde de insan söz konusudur. Bu nedenle, ayrı ayrı iki suçun oluştuğu değil, tek bir kasten öldürme suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, gerçekleştirilmek istenen suça teşebbüs ve gerçekleşen suçun da tamamlandığı kabul edildiği takdirde de fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği öğretide ve madde gerekçesinde kabul edilen bir uygulamadır. Yüksek mahkeme ise olayda fikri içtima kurallarını uygulamamıştır. Son olarak, kayınbiraderi düşüncesiyle kapıdan çıkan kimseye ateş eden failin, eşe yönelik olası kastının nasıl gerçekleştiği de açık değildir. İki ayrı suçun oluştuğu kabul edilecek olsa bile, ikinci suçun taksirle öldürme olduğu kabul edilmek gerekir. Olay yerinde tek bir kişi varken, ikinci bir kişi açısından da olası kastı kabul etmek isabetli olmamıştır.

> *Sanık öldürücü nitelikte bir silah olan tabancasını insanların bulunduğu salon ve odaya doğru ufki vaziyette tutarak iki el ateş etmiş olmasına göre, orada bulunanlardan birinin vurulup ölebileceği bilinci içindedir. Sanık kalabalığa ateş ederek bir kişi öldürmüş olmasına göre adam öldürmek kastıyla hareket etmiş ve fakat özel olarak ölmüş olanı öldürmek istememiştir. Burada adam öldürmek istemiş olması, kastın varlığı ve suçun sübutu için yeterlidir" (CGK, 05.03.1979, 95).*

Bir başka kararında Yargıtay, Emine sanarak Rukiye'ye yönelik cinsel taciz niteliğinde eylemler gerçekleştiren sanığın, TCK 30/1'de öngörülen fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan olan mağdurda hata halinde olduğuna karar vermiştir ki, burada maddi unsurda hata yoktur. Mağdur bir insandır ve bu yönde bir hata söz konusu değildir. Burada şahısta yanılma vardır ve bunun önemi bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bu kararda her mağdur için ayrı ayrı ceza tayin eden ve zincirleme suç hükümlerini uygulayan yerel mahkemenin kararını bozması ise isabetlidir[3].

---

[1] Donmezer/Erman, II, 324.
[2] 1. CD. 26.09.2008, 6771.
[3] 14.CD. 25.09.2012, 8973.

b. Şahısta Yanılma Halinde Nitelikli Hallerin Etkisi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, şahısta yanılma sonucu gerçekleşen suçtaki nitelikli hallerin faile etkisi konusunda da **TCK** 30/2 uygulanacaktır ve bu konuda yukarıda "suçun nitelikli hallerinde yanılma" başlığı altında yaptığım açıklamalara bakılmalıdır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu madde yalnız kasten işlenen suçlar için uygulanabilir. Taksirli suçlarda uygulanamaz[1]. Keza failin gerçekleştirmek istediği suçun tamamlanmış olması, maddenin uygulanması için aranan bir şart değildir. Dolayısıyla failin gerçekleştirmek istediği suçun teşebbüs derecesinde kalmış olması halinde de madde hükmü uygulanacaktır[2].

3. Hukuki Yanılma

Bir normun varlığında veya bu normun yorumlanmasındaki yanılmaya hukukumuzda bir değer tanınmamaktadır. **TCK** 4'e göre, "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" (The irrelevance of mistakes of law)[3]. Bununla beraber, öğretide[4], "bağışlanabilir yanılgı"nın mevcudiyeti halinde faile ceza verilmemesi gerektiği, zira bağışlanabilir yanılgının kastı kaldıracağı ifade edilmektedir. "Güvenlik ve adalet makamlarının gözü önünde pek uzun süre devam etmiş, hoşgörü görmüş bir temsilin birden bire müstehcenliği sonucuna varmak; aynı hoşgörüden faydalanmış propagandalarda bunların suç sayılmadığı kanısının uyanmadığını iddia etmek kolay değildir"[5].

Kanunumuz ise haksızlık yanılgısına değer tanımıştır. Hata konusunun düzenlendiği 30. maddenin 4. fıkrasına göre, "*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*". Buna göre kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. İşlenen fiilin hukuken kabul görmez bir davranış oluşturduğu hususundaki hatanın kaçınılmaz olması halinde kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılamaz olduğunun belirlenmesinde ise kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur (madde gerekçesi).

Hukuki yanılgıya ilişkin 30/4 hükmü, ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılacağı halleri düzenlememektedir. Kast ve haksızlık bilinci ayrımını esas alan kusur teorisine göre şekillendirilmiş bulunan Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinden esinlendiği anlaşılan bu hüküm, failin, fiilinin hukukun maddi değerler düzenine aykırı olduğu ve bu nedenle hukuken yasaklanmış bulunduğu konusundaki yanılgısına değer tanımaktadır. Böylece örneğin; yerleşmiş bir yargısal içtihada dayanarak hareket eden[6] veya bir savcıya bir eylemin suç oluşturup oluşturmadığını soran ve oluşturmadığı konusunda ayrıntılı bilgi aldıktan sonra eylemi gerçekleştiren kişinin sakınılamayacak bir hukuksal yanılgı içinde olduğunu kabul etmek gerekecektir.

---

1 Önder, II, 355, 356
2 1. CD, 16.04.1949, 73.
3 Aynı yönde common-law kuralı: "*ignorance of the law is no excuse*", Gardner v. People, 1875
4 Yüce, 66.
5 Erem/Danışman/Artuk, 123.
6 Lackner/Kühl, §15, 34; §17, 1-4.

Bir kimsenin, kendi davranışının yasaklanmış olduğunu bilmesi veya en azından tahmin etmesi haksızlık bilinci açısından yeterlidir[1].

Hukuki yanılma, sadece eylemin serbest olduğuna ilişkin bir pozitif tasavvurdan ibaret olmayıp, ayrıca haksızlık bilincinin bulunmamasını da ifade etmektedir. Bu itibarla, kanunumuzun 30/4 maddesindeki yanılma belli bir eylemin cezalandırılabilirliğini bilmeme ile eşit görülmemektedir. Aksine fail, tipik eylemi ile neden olduğu hukuksal yarar ihlalini haksızlık olarak görmemekte, meşru olduğunu sanmaktadır[2]. Önceki kanun döneminde verilmiş olan ve kastın yokluğu esasına dayandırılmış bulunan şu kararlara konu olaylarda haksızlık yanılgısı olduğu söylenebilir: "*İşyerinde atalarından intikal ettiğini söylediği bir adet II. Mahmut dönemine ait çeyrek altın bulunduran sanıkta suç kastının mevcut olup olmadığı karar yerinde tartışılmadan mahkûmiyetine karar verilmesi, bozma sebebi yapılmıştır*"[3]. "*Failin, kocasının ölümü ile dul kalan kızını gayri meşru bir maksada mukarin olmaksızın ve himaye ve sahabet niyeti ile ve meşru bir hareket olduğu kanaatiyle zorla evine götürmesi*" halinde suç kastı tur[4]."*Sanığın tarafı olduğu telefon konuşma içeriklerini kaydettirip bu kaydı içiren CD'yi babası hakkında görülen dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK 133/1'de düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunu değil, TCK 132/3'te düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüşme ayrıntıları dökümünü üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığı, babası hakkında görülen davada, babası lehine ileri sürülen iddialarını ispatlama amacı taşıyan eyleminde,* ***hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle*** *hareket etmediği göz önünde bulundurulduğunda, sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekir*"[5].

Failin, ahlaki, dini veya siyasi görüşleri nedeniyle fiili doğru sanması veya vicdanen kendini fiili işlemekle yükümlü hissettiği hallerde, hukuki yanılgı söz konusu olmaz[6].

Yanılgının sakınılabilir olup olmadığı konusunda failin sosyal konumu, kişisel yetenekleri, mevcut bilgisini kullanmasının ondan ne ölçüde beklenebilir olduğu ve hukuksal-ahlâki değer yargıları göz önünde bulundurulacaktır[7].

Bu maddenin uygulamada, kişilere suç işleme konusunda açık bir çek verme ile sonuçlanacağı yanlış bir tahmin olur. Hüküm, insanların serbestçe suç işleyip, bilahare bu hükme dayanmalarını sağlayacak nitelikte değildir. Failin yanılgısı sakınılabilir, önlenebilir bir yanılgı ise bu yanılgıdan faydalanması söz konusu olamayacaktır. Hâkimin, somut olayda gerçekten de failin eylemin ceza hukuku bakımından sorumluluğu gerektiren bir haksızlık olduğunu bilmediği kanaatine ulaşması gerekecektir. Bu itibarla, madde uygula-

---

[1] Heinrich (Ed. Ünver), 361.
[2] Wessels/Beulke, kn. 461.
[3] 11. CD, 26.09.2001, 8661.
[4] 1. CD, 23.12.1955, 3827.
[5] 12. CD, 11.11.2015, 17627.
[6] Bkz. Koca/Üzülmez, 260.
[7] BGH 3, 357; 4, 1 ve 237, Wessels/Beulke, kn. 466'dan.

masının çok sınırlı olacağı ve gerçekten de meşru sanarak suç işleyen kimselerin maddeden yararlanabilmesini temin edecek bir uygulamanın gelişeceğini ve böylece uygulamada Yargıtay'ın yaptığı gibi kast gibi ilgisiz kavramları kullanmak suretiyle zorlama yorumlara gerek kalmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Maddenin uygulanabileceği bir örnek olarak Almanya'da gerçekleşen ve Türkiye'de gazete haberlerine konu olan şu olay gösterilebilir: Yunanistan'ın Türkiye sınırı yakınlarındaki Rodop şehrine bağlı Şapçı kasabasında 1 Ekim 2004 tarihinde Türk asıllı Yunan vatandaşı 22 yaşındaki Batı Trakyalı genç ile 11 yaşındaki kız evlenir ve altı hafta sonra gencin yaşadığı Almanya'ya gelir. Evliliği bildirmek için Düsseldorf Nüfus Idaresi'ne başvururlar. Daire yetkilileri kızın yaşı dolayısıyla evlilikten şüphe duyarak gençlik dairesine durumu bildirir. Düsseldorf Savcılığı, evliliğin 1914 yılında Yunanistan'da çıkarılan ve velilerin onayıyla Müslüman azınlığa 9 yaşından itibaren evlilik imkânı tanıyan bir yasaya dayandığını bildirir. Burada görüldüğü gibi 15 yaşından küçük bir kimseyle rızası ile cinsel ilişki bulunmakta ve rızaya değer tanınmadığından eylem suç oluşturmaktadır. Ne var ki, erkek bir yasaya dayanarak yapılan resmi bir evlilik işlemi sonucunda böyle bir eylemde bulunduğundan, kanımca, işlediği fiilin haksızlığı konusunda hataya düşmüştür. Almanya'daki mercilere kişinin bizzat durumu bildirmesi de bunu göstermektedir. Bu durumda hatanın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanımca, aile bireylerinin onayıyla ve yasal mercilere bildirilerek yapılan böyle bir evlilik sonucunda kişinin düştüğü hatanın kaçınılamaz olduğu söylenebilir[1]. Benzer şekilde, ülkemizde de onbeş yaşından küçük kızını düğün yaparak evlendiren baba ile evlenen kişi hakkında cinsel istismar suçlamasıyla açılan davada, sanıklar çevrelerinde çoğu kişinin bu şekilde evlendiğini, küçük yaşta evliliğin adetten olduğunu, evliliğin rızayla gerçekleştiğini, bunun suç olduğunu bilmedikleri yönünde savunma yapmış, yerel mahkeme de aşağıdaki gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir[2]:

> Sanıklar Nevşehir İli Acıgöl İlçesi İnallı Kasabası'nda ikamet etmektedirler. Sanıkların ilkokul ve ortaokul mezunu olup, meslekleri işçilik, çiftçilik, hurdacılık ve ev hanımlığıdır. Bulundukları sosyal ve kültürel çevrede, çocuklar genel olarak küçük yaşta evlendirilmektedir ve bu hukuka aykırı bir durum veya olumsuz bir davranış olarak algılanmamaktadır. Sanıklar İsmail, Ceylan ve Hacer, anne-babalarının ve kendilerinin de küçük yaşta evlendiklerini ifade etmektedirler. Sanıkların amaçları çocuklarını evlendirerek mutlu bir birliktelik sağlanmasına yardımcı olmaktadır. Olayda, cinsel istismara yönelik bir eylem bulunmamaktadır. Evlenme töreni yöre âdetlerine göre herkese açık şekilde yapılmıştır. Bu husus dosya içerisinde yer alan ve törenin yöre âdetlerine göre yapıldığını gösteren düğün davetiyesinden anlaşılmaktadır. Düğün davetiyesinde, "Bayrak", "Kına" ve "Gelin Alma" günleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Nitekim, daha sonra sanık Hasan ve mağdure arasında resmi nikah kıyılmış, çocukları olmuş ve mutlu birliktelikleri devam etmiştir.

[1] Benzer bir örnek için bkz. Dressler, 206: Iraklı bir aile iki kızıyla beraber Irak'tan kaçarak Nebraska'ya (ABD) yerleşir. Bir müddet sonra 13 ve 14 yaşlarındaki kızlarını 28 ve 34 yaşlarındaki iki Irak'lı erkekle evlendirirler. Küçük yaşta evlilik Irak'ta geleneklere uygun olmakla beraber, asgari evlenme yaşının 17 olduğu Nebraska'da suç oluşturmaktadır.

[2] Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesi 2010/142 E. ve 2012/20 K. sayılı kararı.

Yukarıdaki açıklamalar ve belirtilen ölçütlere göre sanıkların kişisel durumlarının değerlendirilmesi sonucunda, sanıkların içinde bulundukları sosyal ve kültürel çevre ile eğitim ve bilgi düzeylerine göre, işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz ve kusurluluklarını ortadan kaldıran bir hataya düştükleri kanaatine varılmıştır. Zira, eylemin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşülmemiş olsaydı yöre âdetlerine göre herkese açık şekilde evlenme töreni yapılmaz ve herkese ilan eder şekilde düğün davetiyesi dağıtılmazdı. Düğün davetiyesinin basılması ve herkese açık şekilde düğün yapılması, yörede küçük kaşta çocuk evlendirmenin hukuka aykırı bir davranış olmadığı hususunda yaygın bir kanı olduğuna işaret etmektedir. Bu husus da, sanıkların, işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüklerini göstermektedir.

Açıklanan nedenlerle, sanıkların içinde bulundukları sosyal ve kültürel çevre ile eğitim ve bilgi düzeyleri göz önüne alınarak, işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz ve kusurluluklarını ortadan kaldıran bir hataya düştükleri kanaatine varıldığından, sanıklara ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin aşağıdaki şekilde karar oluşturulmuştur.

Uygulamada yurda yasal yollardan giren ve gümrük kontrolü sırasında getirdiği eşyaları beyan eden ve eşyaların tümünün "hediyelik eşya" muafiyetinde kaldığı, başkaca bir işlem yapmadan yurda giriş yapabileceği kendisine bildirilmiş olan bir kimsenin bilahare otobüs terminalinde yapılan aramada bavulunda yabancı menşeli 37 kalem eşya bulunması üzerine dava açılmıştır. Bu olayda, gümrük kontrolü sırasında kendisine yurda girebileceği bildirilmiş kimsenin haksızlık bilinci içinde hareket etmediği söylenebilir. *Yargıtay* da önceki kanun döneminde gerçekleşen bu olayda sanığın suç kastı bulunmadığından beraatine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir[*].

Bir başka kararında da Yargıtay, hukuka aykırı hareket etme bilincinden bahsetmektedir ki, bu şekliyle kavramın kullanılışı hatalıdır: "Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına ve aksi kanıtlanamayan savunmaya göre; resmi nikahlı eşi katılan A...'nin sadakatinden kuşkulanan sanık E...'in, katılanla aralarında henüz boşanma davası açılmadığı dönemde, daha önceden bildiği katılana ait elektronik posta adresinin ve bu adresle bağlantılı facebook hesabının internet şifrelerini kullanmak suretiyle bilişim sisteminde-ki katılana özel kısımlara girdiği ve katılanın S... isimli bir bayana gönderdiği elektronik iletileri ele geçirdikten sonra, eşi tarafından aldatıldığının eşinin yakınları tarafından öğrenilmesini sağlamak amacıyla, katılanla S... isimli bayan arasındaki haberleşme içeriklerini, katılanla fiilen ayrı oldukları 07.01.2010 tarihinde, katılanın amcasının kızı olan Z... isimli kişinin elektronik posta adresine gönderdiği ve 13.01.2010 tarihinde katılanın, 08.03.2010 tarihinde sanığın birbirleri aleyhine boşanma davası açtığı olayda,

Katılanın, sanığa yönelik olarak, 15.11.2009 tarihinde, hakaret ve kasten yaralama, 04.01.2010 tarihinde, hakaret, tehdit ve kasten yaralama suçlarını işlediği iddiasıyla hakkında kamu davaları açıldığı ve sanığın da katılan aleyhine 06.01.2010 tarihinde nafaka davası açtığı nazara alındığında, taraflar arasında uzun süredir devam eden geçimsizlik olup, katılanın, amcasına, herhangi bir bayanla gayrimeşru bir ilişkisinin bulunmadığını beyan ettiğini öğrenen sanığın, katılanın kendisini zan altında bırakan sözlerinin doğru olmadığını, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın olumsuz tutum

[*] CGK. 19.12.1994, 350.

ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiği kabul edilemeyeceğinden..."[1].

VII. HEDEFTE SAPMA

OLAY:

A; B, C VE D'YE BORÇLANIR. BORÇLARINI ÖDEYEMEYEN VE ÖDEMESİ İÇİN İKAZ EDİLEN A'YA, BİR GÜN YOLDA YÜRÜRKEN B TARAFINDAN ARABADAN AYAĞINA ATEŞ EDİLİR. KURŞUN A'YA DEĞİL KALABALIK YOLDAN GEÇEN Z'YE İSABET EDER.

A. Genel Olarak

Hedefte sapmada kişi A'yı öldürmek istemekte, A'ya ateş etmekte, ne var ki, A'nın yanında bulunan B isabet alarak ölmektedir.

Yanılma ve sapma, aşağıdaki yönlerden birbirine benzer[2]:

- ✗ Failin, suçu gerçekleştirmeyi istediği konu üzerinde gerçekleştirememesi yönünden birbirine benzer. A, B'yi kaçırmak isterken, B zannı ile C'yi kaçırırsa, yanılma; A, B'ye ateş ettiği halde, mermi isabette sapma nedeniyle C üzerinde netice meydana getirirse sapma söz konusu olur. Dolayısıyla her ikisinde de gerçekleştirilmek istenen ile gerçekleşen, failin istediği konu üzerinde değildir.
- ✗ Yine her ikisinde de sonuçta bir suç gerçekleşmiştir.

Aşağıdaki noktada ise yanılma ve sapma birbirinden ayrılır:

Yanılmada, hata faildedir, dikkatli davransaydı, yanılmayı önleyebilirdi". **Sapma**da ise hareket yapıldıktan, yani olay failin elinden çıktıktan sonra sapma söz konusu olmakta, dolayısıyla failin engel olabilme imkânı bulunmamaktadır[3].

B. Hedefte Sapmanın Sonuçları





Öğretide bazı yazarlar hedefte sapmada da yanılmaya ilişkin kuralları uygulamak taraftarıdır. Benim de katıldığım, Almanya'da ise azınlıkta olan bu görüşe göre, tek neticeli sapma durumunda, fail tek neticeden sorumlu tutulur. Nitekim failin, A'yı öldürmek için arabasına bomba koyması, ancak o gün arabanın anahtarını alan B'nin, bombanın patlaması sonucu ölmesi ile failin

---

[1] 12. CD. 02.06.2014. 13367.
[2] Onder. II. 351.
[3] Onder. II. 352.

arabaları karıştırarak A yerine B'nin arabasına bomba koyması[1] arasında bir fark yoktur. Avustralya Hukukunda da "transferred malice" denilen bu durumda, aynı şekilde kişiler/eşyalar arasında bir ayrım yapılmayarak ceza tayini yoluna gidilmektedir[2].

Buna karşılık diğer bir grup yazar, Almanya'daki hakim görüş ve **kanunumuzun gerekçesi**, sapma halinde yanılmada olduğu gibi tek değil, iki suç olduğunu kabul etmektedir. Bunlara göre, bu suçlardan ilki failin gerçekleştirmek isteyip de gerçekleştiremediği suçtur. Bu suç bakımından netice gerçekleşmediğinden **teşebbüs hükümleri** uygulanacaktır. Diğer suç ise failin gerçekleşmesini istemediği, ancak sapma dolayısıyla gerçekleşen suçtur. Bu suç bakımından ise taksir sorumluluğunun bulunduğunu kabul ederler[3]. Kanunumuz da doğrudan olmasa bile, madde gerekçesinde hedefte sapma halinde bu sonucu kabul etmektedir (44. madde gerekçesi). Bu görüşü savunan yazarlar, bu durumda fikri içtima kurallarını uygularlar. Önemle ifade edeyim ki, fikri içtima kurallarının uygulanabilmesi için tek neticeli sapmanın söz konusu olması gerekir. Buna karşılık, çok neticeli sapma durumunda[4] fikri içtima değil, gerçek içtima kuralları uygulanacak, yani meydana gelen bütün neticelerden dolayı ayrı ayrı ceza tayin edilecektir.

Yargıtay ise bir kararında gerçekleşmesi istenen suç bakımından teşebbüs, gerçekleşmesi istenmediği halde gerçekleşen suç bakımından ise kasten öldürme (taksirle değil) kabul ederek ayrı ayrı ceza verilmesi yönünde görüş bildirmiştir: *"Mağdur Durmuş'un gündüzleyin dere kenarında çamaşır yıkamakta olan sanığın annesine hakaret edip onu kovması üzerine, sanık İdris'in hafif tahrik altında mağdura muhtelif atışlar yaptığı sırada mağdurun yakınında bulunan ve hiçbir haksız davranışı olmayan eşi maktuleyi yaraladığı, maktulenin aldığı tek isabet ile öldüğü oluş ve kabulden anlaşılmakla gerek ölüm ve gerekse öldürmeye karışmanın sanıkça öngörülebilir olması nedeniyle, maktuleyi öldürmekten **TCK** 448 (kasten öldürme) ve mağdur Durmuş'u öldürmeye kalkışmaktan **TCK** 448 ve 62. maddeleriyle cezalandırılması gerektiği..."*[5]. Buna karşılık daha yeni tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme, tek neticeden dolayı sorumluluğu kabul etmiştir: *"Sanık Şerif'in babası Abdulvahit'in küfürlü konuşması üzerine mağdur Recep'in onu engellemeye çalıştığı esnada sanık Şerif'in tabancasını mağdur Recep'e yönelterek bir el ateş ettiği, ancak belediye başkanı olan mağdur Recep'in koruması mağdur Ali'nin sanığın üzerine atlaması üzerine mağdur Ali'nin yaralandığı... olayda, sanığın yakın mesafeden mağdur Recep'e ateş ettiğinde, Recep'in yanında bulunan mağdur Ali'ye de isabet edebileceğini öngörmesi gerektiğinden, neticeden sorumlu olması gerektiği ve eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu..."*[6]. Yüksek mahkemenin bu olayda tek neticeyi kabul etmesi isabetli olmakla beraber, olayda olası değil, doğrudan kast vardır. Sanık bir kimseyi yaralamak istemiştir ve bir kişi de yaralanmıştır.

---

1 Örnekler için bkz. Wessels/Beulke, kn. 255.
2 Brown vd., 180.
3 Önder, II, 352, 353; Toroslu, Ceza Hukuku, 174.
4 Bkz. aşağıda "failin istediği netice ile birlikte istenmeyen neticelerin de meydana gelmesi".
5 1. CD. 14.05.2002, 830; aynı yönde, 1. CD. 05.10.2007, 7266; 1. CD. 24.05.2007, 4088.
6 1. CD. 13.11.2007, 8365.

Derhal ifade edeyim ki, yukarıda belirtmiş olduğum hususlar, failin gerçekleştirmek istediği konu ile gerçekleşen konunun aynı nitelikte olması halinde geçerlidir. Buna karşılık, işlenmesi istenen suçun hukuki konusu ile gerçekleşen suçun hukuki konusunun farklı olması halinde iki ayrı suçun bulunduğu kabul edilecektir. Mesela fail A'ya isabet etmesi amacıyla taş atmış, ancak attığı taş, A'nın arkasında bulunan cama isabet ederek, camın kırılmasına sebebiyet vermişse[1], yahut fail A'nın samanlığını yakmak için samanlığa ateş atmış, fakat ateş içerideki B'ye isabetle onu yaralamışsa, kastedilen suçla gerçekleşen suç arasında nitelik farkı vardır. Bu durumda meydana gelmemiş netice bakımından teşebbüs halinde kalan suçtan ve gerçekleşen netice bakımından ise netice öngörülüp de istenmişse muhtemel (olası) kasttan; netice öngörülmesi gerekirken öngörülmemişse, taksirden dolayı sorumluluk söz konusu olup, bu iki suçtan ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir[2]. Hemen belirtelim ki, kanunumuzun 44. madde gerekçesinde bu takdirde fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği savunulmaktadır[3].

Fiilin bir hukuka uygunluk sebebi içinde gerçekleştirilmiş olması halinde; hedefte sapmaya rağmen, fail hukuka uygunluk sebebinden yararlanır. Yargıtay da aynı görüştedir: *"Nefsine karşı vuku bulan silahla tecavüzü defetmek zarureti ile öldürülmesi kastedilen şahsa yapılan atışta, çıkan merminin başka bir kişiye isabetle öldürülmesinde, meşru müdafaa hali mevcuttur"*[4].

Hedefte sapma halinde de netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusuna netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar kısmında temas etmiştim. Burada kısaca tekrar etmekte yarar görüyorum:

Hedefte sapma sonucu kişinin hedeflediğinin dışında bir kimsenin isabet alması halinde nasıl bir uygulama yapılması gerekir. Bu bakımdan kişide yanılgı veya hedefte tek neticeli sapmanın bir önemi olmadığına yukarıda işaret ettim. Dolayısıyla, örneğin Yargıtay kararına konu olayda olduğu gibi, kızına vurmak isterken araya giren karısına vuran ve bu darbe sonucu karısının öldüğü olayda, fail yine TCK 87/4 ve 23 hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır. Bu bakımdan, hedefte sapmanın önemi yoktur. Fail bir kimseyi yaralamak istemiş, bir kimse de yaralanmış ve darbenin sonucunda da ölmüştür. Bu durumda da netice sebebiyle ağırlaşmış öldürme hükümleri uygulanacaktır. Ceza hukukunda kişiye göre uygulama olsa olsa nitelikli haller bakımından önem kazanabilir. Yoksa kişinin kim olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Fail bir insanı yaralamak istemiş ve bir insan da yara neticesinde ölmüştür. Dolayısıyla burada failin kızı bakımından kastı, ancak eşi bakımından taksiri olduğu söylenemez. Bir yumruk neticesinde ölümün meydana gelip gelmeyeceği öngörülebilir ise yumruğun yöneldiği kişinin bu bakımdan önemi yoktur. Yumruğun farklı kişiye yönelmiş olması kişinin kastının olmadığı veya neticenin artık öngörülemeyeceği anlamına gelmez. Failin kızı olunca öngörülebilirdir; ancak karısı olunca öngörülemezdir diye bir ayrım yapılamaz. Bu konudaki değerlendirme kişilerden bağımsız, objektif olarak yapılmalıdır.

---

[1] Örnek için bkz. Dressler. 155.
[2] Donmezer/Erman. II. 325.
[3] Bu gerekçenin benim de katıldığım eleştirisi için bkz. Toroslu. Ceza Hukuku. 237.
[4] 1. CD. 26.02.1958. 505.

Yumruğun hangi şartlar altında ve hangi şiddette atıldığı önemlidir. Burada hedefte sapma şu ihtimalde farklı bir değerlendirmeye yol açabilir: Yumruk, sağlıklı, güçlü, kuvvetli bir erkeğe atılırken, yanlışlıkla örneğin bir bebeğe isabet etmiştir. Bu takdirde normalde ölüme neden olmayacak bir yumruk ölüme neden olmuş olabilir. İşte bu tür durumlar dışında hedefte sapmanın veya yanılmanın önemi yoktur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu yönde karar vermiştir[1]. Keza: *"Sanığın hedefi olan İsmet'e gelişigüzel salladığı bıçağın araya giren hedefi olmayan karısı maktule Nazıker'e bir kez isabet kaydettiği, sol kasık bağı altında tek bir yara husule geldiği, bu tesadüfi darbenin femorel arteri keserek aşırı kan kaybından ölümü intaç ettiği anlaşıldığı halde suç tipine uygun hareketin yaralama sonucu öldürme olarak değerlendirilmesinin isabetli olacağı..."*[2].

Yukarıda verilen örnek olayda, öğretide savunulan iki ayrı görüşe göre iki ayrı çözüm söz konusu olabilir:

1. B'den A'ya ve Z'ye yönelik iki ayrı yaralama söz konusudur. İçtima kuralları uygulanmalıdır.

2. İkinci görüşe göre ise, olayda tek neticeli sapma vardır ve ceza hukukunda mağdurun şahsına göre ceza tayini söz konusu olmadığından, fail tek bir kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır.

C. Çok Neticeli Sapma

Hedefte sapma ile ilgili olarak ele alınması gereken bir husus da failin istediği netice gerçekleşmiş olmakla beraber, bunun yanında daha başka neticelerin de gerçekleşmesi durumudur. Aslında failin gerçekleştirmeyi istediği netice gerçekleştikten sonra, daha başka suçların da meydana gelmesi halinde, mesele ya cezanın belirlenmesi veya suçların içtimaı ile ilgilidir. Bu durumda iki aşamalı bir değerlendirme yapmak gerekir.

- Suç tekliği mi, çokluğu mu değerlendirmesi
- Sorumluluğun kasttan mı, taksirden mi olacağı değerlendirmesi

Bu tip durumlarda ilkin karar vermemiz gereken husus, suç tekliğinin mi, yoksa suç çokluğunun mu kabul edileceğidir. Kanunumuzda bu hususta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay önceki TCK 79'a (YTCK 44) verdiği anlamdan dolayı, bu halde fikri içtima kurallarını uygulamaktaydı. Örneğin, öldürmek kastı ile ateş eden sanığın tüfeğinden çıkan saçmalardan bazılarının mağdurun yanında bulunan çocuğuna da isabet etmesi halinde fikri içtima kabul edilmiştir[3].

[1] CGK. 25.02.2014, 92.
[2] 1. CD. 13.05.1992, 1142.
[3] 1. CD. 22.12.1983, 4255.

Yargıtay'ın yeni kanun döneminde de savunmaya devam ettiği[1] bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Fikri içtima kurallarının uygulanabilmesi için, neticenin tek olması şarttır. Oysa burada birden fazla netice vardır. Kanaatimce burada her neticenin bir suç oluşturduğu kabul edilerek, her suç için ayrı ayrı ceza verilmesi yoluna gidilmelidir. Yani fail her iki neticeden de sorumlu tutulmalıdır. Ne var ki, Yüksek Mahkememiz, sanığın sapmayı öngörebilecek olması durumunda, fikri içtima kurallarını uygulamamakta, her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiğini savunmaktadır[2]. Daha önce de belirttiğim gibi, sapmanın, birden fazla neticenin öngörülebilir olup olmaması, fikri içtima bakımından önemsiz olup, sadece failin sorumluluğunu belirlemek açısından önem arz edebilir.

Failin her iki neticeden de sorumlu tutulacağı böylece tespit edildikten sonra, tartışılması gereken bir diğer konu, fail tarafından istenen neticelerin yanında gerçekleşen diğer neticelerden dolayı failin sorumluluğunun kasttan dolayı mı yoksa taksirden dolayı mı olduğudur. Bunun için de aşağıdaki kriterleri kullanmak gerekir:

İstenmeyen, fakat yapılan hareket dolayısıyla zorunlu olarak gerçekleşecek olan neticelerin de *kasten* işlenmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

Fail hareketi yaparken istediği netice yanında daha başka neticelerin de gerçekleşebileceğini düşünür ve gerçekleşmesi halinde bu neticeleri de kabul etmiş olabilir. Burada da faildeki olası *kast* sebebiyle, neticenin faile yüklenmesi gerekecektir. İstenilen netice yanında daha başka neticelerin de gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmekle beraber, bunların gerçekleşmesi istenmemiş olabilir. Gerçekleşen bu istenmeyen neticelerden fail bilinçli *taksir* dolayısıyla sorumlu olur.

Fail gerçekleştirdiği netice yanında daha başka neticelerin de gerçekleşebileceğini düşünebilmesi ve bunları öngörmesi gerekirken öngörmemiş olabilir ki, burada da istenmeyen neticeler bakımından failin bilinçsiz *taksir* ile sorumluluğu kabul edilmelidir.

Yargıtay, sanığın mağdura ateş ettiği, ancak isabet ettirememesi üzerine bu kez tekrar ateş edip, araya giren bir başka kimseyi vurduğu olayda, isabetli olarak fikri içtima kurallarını uygulamamış, failin kasten öldürmeye teşebbüs ve olası kastla yaralama suçunu işlediğine karar vermiştir[3]. Kanımca, ikinci atışın doğrudan kast ile yaralama suçunu da oluşturabileceği düşünülmelidir.

---

[1] Bkz. 1. CD. 13.11.2007. 8365. Yalvaç, 173.
[2] 1. CD. 08.05.2007. 3510.
[3] 1.CD. 23.05.2008. 4297. Aynı yönde. 1. CD. 17.12.2007. 9468.

§2. SUÇUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ

Bu başlık altında suça teşebbüs, suça iştirak ve suçların içtimaı konuları ele alınacaktır.

I. TEŞEBBÜS

A. Kavram
B. Şartları
   1. Suçun Kasten İşlenen Suçlardan Olması
   2. Elverişli Hareketler
   3. İcra Hareketlerine Başlanmış Olması
      a. Genel Olarak
      b. İcra Hareketleri ile Hazırlık Hareketlerini Birbirinden Ayırmada Ölçüt
         aa. İcrai Suçlarda
         bb. Garantörsel İhmali Suçlarda
         cc. Yargıtay'ın Görüşü
   4. Suçun Tamamlanmamasının Failin Elinde Olmayan Engelleyici Sebeplerden Kaynaklanması
C. Teşebbüste Ceza Miktarının Belirlenmesi
D. Teşebbüs ile İlgili Bazı Meseleler
E. Teşebbüse Elverişli Olmayan Suçlar
   1. Cezalandırmak İçin Kastın Aranmayacağı Suçlar
   2. Suç Tiplerinin Yapısı Gereği Teşebbüse Elverişsizlik
      a. Neticesi Harekete Bitişik Suçlar
      b. İhmali Suçlar
         aa. Saf İhmali Suçlar
         bb. Garantörsel İhmali Suçlar
F. Gönüllü Vazgeçme
   1. Gönüllü Vazgeçmenin Şartları
      a. Suçun Tamamlanmamış Olması
      b. Vazgeçmenin Gönüllü Olması
   2. Failin O Ana Kadar Tamamladığı Diğer Suçtan Cezalandırılması
G. Etkin Pişmanlık
H. İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)

ÖRNEK 1:

1. *16 Şubat, saat 15.00, Faik, bir tartışma sonrası evden ayrılan ve 20 km. uzakta yaşayan kayınvalidesinin evinde kalmaya başlayan Faike'yi iş dönüşü öldürmeye karar verir.*
2. *15.15, Faik, silahına kurşunları yerleştirir.*
3. *15.30, Faik, silahını arabasının torpido gözüne koyar ve yola çıkar.*
4. *15.55, Faik, eve ulaşır ve arabayı park eder.*
5. *15.56, Faik, arabadan çıkar ve bölgeyi inceler. Faike'nin işten çıktıktan sonra, yaklaşık olarak 17.20 civarında buraya geleceğini bilmektedir. Bu nedenle, o gelmeden, bir çalılığın arkasına gizlenerek, ön kapıya geldiğinde onu öldürmeyi planlar.*
6. *16.00, Faik arabasına döner ve beklerken, gazetesini okumaya başlar.*
7. *17.15, Faik, silahı torpido gözünden alır ve çalılığın arkasına gizlenir.*
8. *17.20, Faike gelmez (ani bir işi çıktığı için şehirden ayrılmıştır ve bir gün sonra dönecektir YA DA hastalanmıştır, evden çıkamamıştır).*
9. *17.35, Faik evin önünden ayrılır.*
10. *17.40, Faik evine döner.*
11. *18 Şubat, 17.15, Faik, tekrar kayınvalidesinin evine döner ve elinde silah ile çalının arkasında beklemeye başlar.*
12. *17.20, Faike arabasıyla gözükür. Faik, silahı ile Faike'ye nişan alır.*
13. *17.21,Faike arabadan iner.*
14. *Birkaç saniye sonra, Faik, elini tetiğe koyar. Faike'nin küçük yeğeni evden çıkar ve Faike'ye sarılır.*
15. *Faik, Faike'yi yarına kadar öldürmemeye karar verir, zira küçük çocuğun cinayeti görerek, psikolojisinin bozulmasını istemez.*
16. *Eve dönerken, Faik, Faike'yi öldürmenin ve çocuklarını annesiz bırakmanın iyi bir fikir olmadığını düşünür ve planından vazgeçer (bkz. Dressler, 758, 759).*

Başlanılan ancak elde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denilir. Teşebbüs, *icra hareketi* ile *tamamlanma* arasında söz konusu olur.

Teşebbüse ilişkin kanunumuzdaki hükümler genişletici niteliğe sahiptir. Gerçekten de bu hükümler olmasaydı bir fiil ancak tamamlanması halinde cezalandırılabilecekti. Ancak bu hükümler sayesindedir ki, bir fiil teşebbüs halinde kalsa da cezalandırılabilmektedir[1]. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda buna ilişkin olarak genel kısma hükümler konmuştur. Dolayısıyla kanunun özel kısmına bakıldığında çoğunlukla tamamlanmış olan suçların cezalandırıldığını görmekteyiz. Tamamlanmamış bir suç, tipiklik söz konusu olmadığından, gerçekleşmediğinden cezalandırılamaz. Örneğin **TCK** 81'de "bir insanı kasten öldüren" denmekte, dolayısıyla herhangi bir kimseye ateş edilip de

[1] Erem/Danışman/Artuk, 293.

onun ölmemesi durumunda **TCK** 81'in tipikliği gerçekleşmemektedir. Eğer teşebbüse ilişkin hükümler bulunmasaydı, kasten öldürmeye teşebbüs cezasız kalacaktı. İşte **TCK** 35'te teşebbüsün cezalandırılacağının açıklanması bu eksikliği giderici nitelik arz etmektedir. Böylece **TCK** 35 sayesinde kanunilik ilkesi teşebbüs halinde kalan suçlar açısından da gerçekleşmiş olmaktadır[1].

Teşebbüs bütün suçlar bakımından geçerli olmak üzere genel hükümler kısmında düzenlenen bir müessese olmakla beraber, özel hükümler kısmında da bazı suçlarla ilgili teşebbüs düzenlemeleri yapıldığını görüyoruz. Örneğin **TCK** 255/3'e göre, "*birinci fıkrada belirtilen amaç doğrultusunda menfaat talebinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi ya da menfaat teklif veya vaadinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi hallerinde, birinci fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında indirilir*".

Teşebbüs noktasındaki temel görüşler, failin sübjektif durumunu veya fiilin objektif görünüşünü esas almak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sübjektif görüşe ağırlık tanıyan görüşler, failin içindeki kötülüğü gösterdiğini, bu nedenle cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Bu nedenledir ki, hazırlık hareketleri de cezalandırılmalıdır. Kişinin hareketlerinin elverişsiz olmasının da önemi yoktur. Sonuçta o kötü bir kişidir. Buna karşılık objektif görüş, tehlikeliliğin belli bir aşamaya ulaşmasını aramaktadır. Bu nedenle, hazırlık hareketleri cezalandırılmayacaktır. Keza elverişli olmayan hareketlerle suçun işlenmeye kalkılması halinde, fail cezalandırılmaz. Kanunumuzun hazırlık hareketlerini cezalandırmaması ve elverişli hareketler kıstasını öngörmüş olması karşısında, objektif görüşe ağırlık verdiği anlaşılmaktadır[2]. Bunun sonucu olarak teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanmasında, failin ne kadar kötü biri olduğu, kötü niyetli olduğu değil, objektif olarak dış dünyada ne tür bir eylemi olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Teşebbüs, irade unsuru olmadan yani kast olmadan ne oluşabilir ne de tam olarak kavranabilir; çünkü dış dünyada gerçekleşen olaylar hangi suçun işlendiğini anlamaya yarayacak şekilde her zaman çok farklı biçimlerde ortaya çıkmaz. Bu nedenle de irade unsurunun teşebbüste özel bir önem arz ettiği söylenebilir[3]. Buna karşılık, teşebbüs bahsi daha çok tipikliğin maddi unsuru ile netice ile ilgili olarak ele alınmaktadır. Hâlbuki teşebbüste tamamlanmış suça nazaran maddi unsur açısından daha çok önem arz eden husus, suçun sübjektif yönüdür. Tamamlanmış bir suçun ceza hukuku açısından değerlendirilmesi kolaydır, zira netice suçun ne olduğunu ortaya koymakta, yani kişi ele alacağı suçun ne olduğunu görmektedir. Teşebbüste ise durum farklıdır. Burada suçun objektif yönü, fiile ilişkin yönü, yani dışarıya yönelik unsurları sadece kısmen gerçekleştirilir, hatta bazen hiç gerçekleştirilmez. Belki dış dünya açısından oldukça nötr (renksiz, tarafsız, yansız) olan bir olay, ancak failin kastı bilindikten sonra doğru teşhis edilebilir. Örnek: Fail Faik, arkadaşı Fehmi'nin sırtına vurur. Bu fiil, Faik'in kastına göre öldürmeye teşebbüs, yaralama veya tipikliğin gerçekleşmediği tamamen dostça bir el kol hareketi ya da jest olabilir.

---

1 Öztürk/Erdem/Ozbek, 235.
2 Özen, Teşebbüs, 117.
3 Tozman, 40.

Fiilin teşebbüs halinde kalıp kalmadığını belirlemek konusunda genel bir kural koymak mümkün değildir. Her ne kadar teşebbüs ceza kanununun genel kısmında düzenlenmiş olsa da fiilin tamamlanıp tamamlanmadığı hususu, ilgili suç tipinin özel hükümler kısmındaki tarifi esas alınarak belirlenecektir. Bir diğer deyişle tamamlanmanın tespiti konusu soyut ve genel olarak değil, özel kısımdaki her bir suç tipi, *örneğin adam öldürme, hırsızlık, dolandırıcılık gibi,* esas alınarak ele alınabilir ve çözülebilir; buna göre beşeri bir hareket bir kanuni tipin bütün unsurlarını yerine getirdiğinde bu hareket tamamlanmış bir suçu, örneğin tamamlanmış bir hırsızlığı, tamamlanmış bir adam öldürmeyi vs. oluşturur. Ancak ceza hukuku dilinde "tamamlanmış" terimi ihmal edilir, yani kullanılmaz ve böylece aynı anlama gelmek üzere sadece hırsızlık, adam öldürme vs. denilir. Bununla birlikte bazı genellemeler yapılabilir. Örneğin sırf hareket suçları ve neticesi hareketten ayrılabilen suçlar ayrımına göre genel bir ifade kullanılabilir. Buna göre sırf hareket suçlarında (örneğin **TCK** m. 102, 103, 106, 125 vs.) hareketin bitmesiyle tamamlanma da gerçekleşir. Neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda ise gerek icrai gerekse ihmali hareketle gerçekleştirilsin, kanuni tipte öngörülen sonuç faile isnat edilebilir şekilde meydana geldiğinde; yani zarar suçlarında bir zarar, tehlike suçlarında ise bir tehlike ortaya çıktığında suç tamamlanmış olur[1].

UNITED STATES V. BUFFINGTON, 1987

Polis, bir muhbirinden, D1, D2 ve D3'ün bir bankayı soyacağını ve D3'ün kadın kıyafeti giyecek olan bir erkek olacağını öğrenir. Bankayı gözetleyen polis, birisi kadın kıyafetli üç kişinin bir arabanın içinde, yavaşça bankanın önünden geçerek, döndüğünü ve bankadan 40 m. uzaklıkta bir dükkânın önünde park ettiğini görür. D1, dükkâna girer ve camdan bankaya bakar. Herhangi bir şey almaz, ancak üç dakika sonra kasaya gider. Aynı anda D2 araçtan çıkar. Kadın kıyafeti giymiş erkek olan D3 de iner ve arabanın kapısı önünde bekler. Her ikisinin yüzü de dükkâna dönüktür. O anda bir elektrik kesintisi olur ve bu nedenle banka, kapılarını kilitleyerek, müşteri almaz. Böyle olunca, üç kişi, arabaya binerek oradan ayrılırlar. Ancak polis, aracı durdurarak, içindekileri gözaltına alır. Aracın içinde iki silah bulunur ve D2'nin beş kat ceket giydiği anlaşılır.

Buradaki sorun, bu kimselerin banka soygununa teşebbüsten dolayı cezalandırılıp cezalandırılamayacağı ve kastlarının banka soygunu olduğunun nasıl ortaya konulacağıdır. Muhbirin ihbarı, durumu değiştirir mi?

Suçun tamamlanması için failin eline bir faydanın geçmesi gerektiği durumlarda örneğin dolandırıcılık suçunda, failin eline daha az miktarın geçmesi suçun tamamlanmasını engellemez. Ancak fail bu miktarı az bulup almamışsa tamamlanma değil teşebbüs vardır. Kanunun belirli bir saiki aradığı suçlarda tamamlanma için failin amacına ulaşması şart değildir. Örneğin faydalanma

[1] Tozman, 120.

amacının arandığı hırsızlık suçunda fail çaldığı şeyden faydalanamasa bile suç tamamlanmıştır[1].

Fiilin tamamlandığı veya teşebbüs halinde kaldığı konusunda şüphenin bulunması durumunda, *şüpheden sanık yararlanır* kuralı gereğince, fiilin teşebbüs halinde kaldığını kabul etmek gerekir[2].

Dikkate değer ki, teşebbüste gerçekleşmeyen netice, *failin istediği* neticedir. Yoksa teşebbüs halinde kalan eylemlerde de gerçekleşen bir netice elbette vardır[3].

A. Kavram

Suç işleme kararı alıp, suç yolunda hazırlık hareketlerini tamamladıktan sonra icra hareketlerine başlayıp, ancak elinde olmayan nedenlerle neticeye ulaşamama haline teşebbüs denilmektedir.

Her kasıtlı suç birden fazla aşamalardan geçerek işlenir, tamamlanır. Suç, işlenişi bakımından ele alındığında birdenbire ortaya çıkmamakta, zaman içinde, birbirini izleyen farklı evrelerden geçerek meydana gelmektedir. Geleneksel olarak bu süreç doktrin tarafından

- düşünce,
- icra,
- tamamlanma ve
- sona erme

şeklinde evrelere ayrılmış ve bu sürece suç yolu (iter kriminis) adı verilmiştir[4].

Düşünce evresi failin psişiğinde oluşur ve suç işleme kararında son şeklini alır. Bu evrede suç, failin içinde cereyan etmektedir, henüz dış dünyada nesnelleşmiş değildir, salt düşünceden ibaret bulunmaktadır. Düşünce ise tek başına cezalandırmanın konusu olamaz. Bu düşünme, plânlama ve karar alma ne kadar kötü olursa olsun kişinin iç dünyasında kaldığı, herhangi bir hareketle dış dünyaya çıkarılmadığı sürece ceza hukukunu ilgilendirmez. Ceza hukuk düzeninin görevi, fertlerin ahlaki veya manevi dünyalarını şekillendirmek değil, toplum düzenini korumak ve gelişmesine öncülük etmektir. Sadece düşünme ve planlama, ferdin içinde gerçekleşen bir olaydır. Hatta bunların araştırılmasına ve kontrolüne dahi devletin hakkı yoktur. Kişilerin düşünce dünyasını ve maneviyatını araştırmak ve onu ceza tehdidiyle sınırlandırmaya çalışmak, onların sadece dışa yansıyan hareketlerinin değil iç dünyalarının da hukuk düzenine uydurulması anlamına gelir. Bu ise fiili temel alan bir hukuk sistemine terstir ve kişi özgürlüğünü tamamen tahrip anlamını taşır. Bu alan her türlü devlet gözetiminden uzak olması gereken kişinin özel alanıdır. Şüphesiz failin suçlu kişiliğini ele veren, onun suç işleme kararını kesinlikle gerçekleştireceğinin belli olduğu olaylar olabilir. Burada, örneğin bir

---

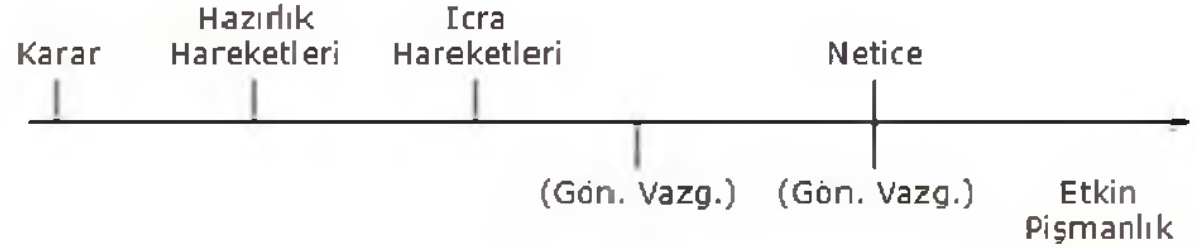
1 Tozman, 122.
2 LK[11], §22, kn. 11, 10.
3 Yuce, 74.
4 Bkz. Tozman, 8.

ajan vasıtasıyla henüz planlama ve karar safhasında öğrenilen bir suça müdahale edilmesi amaca uygun görülebilir. Ancak, bu tür tahminlerin her zaman yanlış olabileceği bir yana, böyle bir müdahaleyle iradenin oluşumu cezalandırılmış olacaktır. Bir suç işleme kararının sadece bildirilmesi -bu bildirme ceza kanununda düzenlenen örneğin tehdit gibi bir suçu oluşturmadığı sürece- için de aynı durum geçerlidir[1].

Önce tasavvur, düşünce veya karar olarak ifadesini bulan suç, icra veya ihmal biçiminde ortaya çıkan bir hareketle dış dünyaya intikal ettiğinde, icrasına başlanmış olmaktadır. Ancak, suçun dış dünyada nesnelleşmeye başladığı bu evre, genelde hazırlık hareketleri ve icra hareketleri olmak üzere, gerekleri birbirinden tamamen farklı iki ayrı evreye ayrılmaktadır. Ayırım, özellikle hazırlık hareketlerine verilen anlam bakımından önem taşımaktadır. Hazırlık hareketleri alanı, kişinin hürriyet alanıdır ve hazırlık hareketleri, serbest alanla yasak alanın sınırını belirlemektedir. Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan suç tipleri sadece bu tipikliğin tamamlandığı halleri cezalandırdığı ve teşebbüs hükümleri bu cezalandırılabilirliğin sınırlarını sadece teşebbüs alanına genişlettiği için hazırlık hareketleri çok istisnai hallerin dışında fail tarafından gerçekleştirilen eylemin cezalandırılabilir kısmını oluşturmaz[2].

Teşebbüs, suç yolu açısından değerlendirildiğinde suçun tamamlanmasından önce, hazırlık hareketleri evresinden sonra gelen, başlanmış ama bitirilememiş bir fiili/evreyi ifade eder. Teşebbüs evresini tamamlanma evresi izler. Tamamlanma, hukuki nitelendirmesi "suç" olan bir olayın eksiksiz bir şekilde tamam olmasını ifade eder. Belirli bir kanuni tipteki bütün unsurların (objektif ve sübjektif) suçun varlığı için gerekli ve yeterli olarak gerçekleştiği anda suç tamamlanır. Diğer bir deyişle suç, varlığı için öngörülmüş olan zorunlu en son unsurun gerçekleştiği anda tamamlanmış olur. Tamamlanmış suç kavramı, fail tarafından gerçekleştirilen fiilin, kanun koyucunun soyut olarak tanımını verdiği suç tipine tam olarak benzeşmesini ifade etmektedir[3].

Müstakil aşamaları suç yolunda aşağıdaki gibi gösterebiliriz:



- En başta bir suç işleme kararı vardır (KARAR)
- Kararı hazırlık hareketleri takip eder (HAZIRLIK HAREKETLERİ)
- Hazırlık hareketlerinden sonra icra hareketlerine başlanılır (İCRA HAREKETLERİ)

[1] Tozman, 9-10
[2] Tozman, 11
[3] Tozman, 12-13

- Suç tamamlanamaz, netice gerçekleşmez (TEŞEBBÜS)
- İcra hareketleri biter, netice gerçekleşir.

Bunlar için örnekler (Örnek 2):

- Faik, Fadime ile evlenebilmek için Faike'yi öldürmeye karar verir.
- Faik, Faike'yi takip eder. Evini, evden çıkış saatlerini öğrenir. Hangi saatte nereden geçtiğini öğrenir ve orada beklemeye başlar.



- Faik, Faike'nin geldiğini görünce, silahını çekerek, ona doğrultur. Oradan geçmekte olan bir vatandaş Faik'in üzerine atlayarak, silahı elinden alır ve onu etkisiz hale getirir. Ya da Faik silahını doğrultur, ateş eder, ancak o sırada Faike yerde para görür ve onu almak için eğilir. Kurşun isabet etmez.
- Ya da kurşun isabet eder. Faike ölür.

Bir başka örnek (Örnek 3):

1. Fail Faik, A101'in kasasındaki paraları çalmaya karar verir.
2. Özel aletlere ulaşabilmek için, bu aletleri satan dükkân D'de işe girer, marketin açılış saatlerini gözler, bilgi edinebilmek için kasiyer Belgin ile arkadaşlık kurar ve gerekebilir düşüncesiyle hazır olmak için koşu yolu parkında koşular yapar.



3. Faik bir gece markete girer, kaynak makinesini çalıştırır ve kasayı kesmeye başlar. Kasayı açar ve parayı cebine doldurur.
4. Faik evine döner, koltuğuna oturur, paraları sayar. Belgin bu sırada kendine bir çay yapmaktadır.

Her aşamanın cezalandırılabilirliği:

1. Ceza yok. Aksi takdirde düşünce hafiyeliği söz konusu olurdu. Türkiye'de henüz düşünme, karar alma serbestiyeti mevcut. Bir suç işlemek için karar almanın ceza hukuku açısından hiçbir önemi yoktur.
2. Prensipte ceza yok. Zira insanların işe girmesi, marketlerin açılış saatlerini gözlemesi, kızlarla arkadaşlık yapması suç oluşturmamaktadır. Kaldı ki, Faik, Belgin ile arkadaşlık kurar da daha sonra, marketi soymaktan vazgeçerse, neyi cezalandıracağız ki? Prensipte dedim, çünkü istisnası var: **TCK** 188/7; 200; 227/1.
3. Teşebbüs.
4. Suç tamamlanmıştır. Suçun tam cezası verilir (Belgin yine yalnızdır).

B. Şartları

1. Suçun Kasten İşlenen Suçlardan Olması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, teşebbüste netice gerçekleşmediği halde, failin sorumlu tutulması söz konusudur. Ancak sorumluluğun bu tür genişletilmesi, sadece suçlarla sınırlı tutulmuştur. Nitekim 35.maddenin başlığı "**suça teşebbüs**"tür. Ayrıca Kabahatler Kanunu'nun 13. maddesine göre, "*kabahate teşebbüs cezalandırılmaz*". Kabahatlerin cezalandırılabilmesi için, kabahatin tamamlanması, yani neticenin gerçekleşmesi gerekir.

Keza **TCK** 35'te "kişi, işlemeyi *kastettiği*" bir suça teşebbüs ederse denilmektedir. Bu nedenle netice sebebiyle ağırlaşan suçlarla[1], taksirle işlenen suçlara teşebbüs söz konusu olmaz.

Teşebbüs derecesinde kalan suç, suça vücut veren irade bakımından tamamlanmış suçla aynıdır. O halde tamamlanmış suç hangi kastla işleniyorsa teşebbüs derecesinde kalan suç da aynı kastla işlenmelidir. Teşebbüste de kast, suçun tamamlanmasına yönelmiştir; eğer failde böyle bir kast yoksa ceza da verilemez. Genel kastın yanında bir de saikin arandığı suçlarda, örneğin hırsızlık suçunda, bu suç için kanuni tanımda yer alan saikin de bulunması gerekir[2].

Acaba tamamlanmış suçtaki kast türlerinin hepsi teşebbüs için de geçerli midir? Kanuni tipte manevi unsur bakımından ne gerekli ise teşebbüste de o gereklidir. Örneğin taammüt (tasarlama) aranıyorsa teşebbüste de taammüt olmalıdır[3].

2. Elverişli Hareketler

TCK 35'e göre, kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle icraya başlamalıdır. Failin ulaşmak istediği netice, "bunu meydana getirmeye kesin olarak elverişli olmayan araçlarla gerçekleştirilmek istenmişse, ceza hukukunun işe karışmasına gerek yoktur"[4]. Hemen belirtelim ki, ceza kanunumuzun genel kısmında yer alan bu hüküm dışında, özel kısımdaki bazı müstakil suç tipleri bakımından da "elverişlilik" şartı özellikle vurgulanmıştır[5].

Elverişlilik genel olarak, hareketin kanunun suç saydığı sonucu meydana getirebilme iktidarıdır. Elverişlilik hakkındaki hüküm, fail tarafından girişilen faaliyetin tümü, yani vasıtayla birlikte, hareket ve mevcut bütün diğer şartlar göz önünde tutularak verilebilir. Başka bir deyişle elverişlilik nispi bir kavramdır. Vasıtanın ne şekilde ve hangi şartlar altında, kime karşı ve ne gibi bir amaçla kullanıldığını bilmeden elverişli olup olmadığı hakkında bir hüküm verilemez[6]. Bunları dikkate alan 5237 sayılı Ceza Kanunu da teşebbüs maddesinde önceki ceza kanunundaki "vesaiti mahsusa" tabiri yerine "*elverişli hareket*" tabirini kullanmıştır. Dolayısıyla, elverişlilik sadece kullanılan araç

---

[1] A.g. Koca/Üzülmez, 342. Bu konudaki görüşler için bkz. Tozman, 172 vd.
[2] Tozman, 40-41.
[3] Tozman, 54.
[4] Donmezer/Erman, I, 418.
[5] Örneğin, TCK 220, ayrıca bkz. 309.
[6] Alacakaptan, İşlenemez Suç, 61; Tozman, 59.

bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır (madde gerekçesi).

Elverişliliğin belirlenmesi konusunda objektif ve sübjektif olmak üzere iki görüş ileri sürülmektedir.

Objektif görüşe göre, somut olaydan ve failin becerikliliğinden soyut, objektif bir elverişlilik değerlendirmesi yapılır. Fail acemi de olsa, örneğin bir adam öldürme suçunda araç olarak kullanılan silah dolu ve arızasız ise elverişlidir. Failin somut olayda silahı kullanabilip, kullanamayacağı; ya da doğru kullanabilip kullanamayacağı önemsizdir. Silah objektif olarak yeterli ise elverişlidir.

Aşağıdaki kararında *Yargıtay*, objektif görüşü benimsemiş görünmektedir:

"Sanığın mağdur tarafın kullandığı araziye, patladığında 50 m. çapındaki bölgede bulunan canlıları öldürücü güçte patlayıcı madde düzeneği hazırlayarak yerleştirdiği, bu düzeneğin ateşlemesini sağlamak için de tuzak olarak bir dal parçasını kabloya bağlayıp toprak üzerinde bıraktığı, mağdur Gülbahar'ın da olay günü tarlasına çalışmak amacıyla gittiğinde bu dal parçasını görerek çekmesi üzerine fünyelerin ateş aldığı, yine bir kısım fünyelerin de kısmen yandığı, ancak bidon içine koyduğu dinamitlerin patlamadığı anlaşılmakla; bilirkişi ve ekspertiz raporlarına göre kullanılan malzemelerin patlayıcı nitelikte olması, düzeneğin patlamaya elverişli yapılması, tuzak olarak kullanılan dal parçasının çekilmesi nedeniyle fünyelerin ateş alması, patlayıcı olarak kullanılan maddelerin miktarı, hazırlanan düzeneğin de öldürmeye elverişli olması da nazara alındığında, sanığın eyleminin öldürmeye teşebbüs niteliğinde olduğu..."[1].

"Suçta kullanılan tüfeğin Adli Tıp Fizik Balistik Dairesince belirtilen etkin atış mesafesi dahilinden müteaddit kere mağdura tevcihen ateşlenmesi sonucu çok sayıda isabet eden saçma tanelerinin hiçbirinin derine nüfuz etmediğinin ve hayati tehlike yaratmadığının rapor ve delillerden anlaşılmasına, 25.05.2001 günlü bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere kuş saçması denilen küçük boyutta saçma taneleri kullanılmış olmasına göre fişeklerin bu nedenle veya buna ilaveten barut hakkının az olması ihtimali de düşünülerek öldürme amacına göre hazırlanmış bir vasıta sayılamayacağı yalnızca yaralamaya elverişli olduğu fişeklerin öldürmeye elverişli olmadığını sanığın bilmesinin de şart olmadığı göz önüne alınıp eylem silahla yaralama olarak nitelendirilmelidir"[2].

Sübjektif görüşe göre ise elverişlilik faile göre, yani sübjektif bir değerlendirme ile tespit edilebilir. Silah objektif olarak elverişli olsa dahi, fail acemi ise silahın nasıl kullanılacağını bilmiyorsa, o silah adam öldürme suçu bakımından elverişli bir araç değildir. Ne var ki, failin kullanabildiği bir araç elverişli araçtır.

---

1. CD, 31.10.2007, 7983.
2. CD, 05.04.2002, 1197.

Ben objektif ve sübjektif kriterlerin beraber kullanılmasından yanayım. Somut olayda yalnızca objektif veya yalnızca sübjektif ölçütlerle yetinmemek gerekir. Olayı yargılayan hâkim her iki değerlendirmeyi de yaparak, bir karara varmalıdır. Kaldı ki, sadece objektif veya sadece sübjektif değerlendirme yanlış da olabilir. Örneğin su veya şeker objektif bakımdan adam öldürmeye elverişli bir araç değildir. Ancak şeker hastası açısından şeker adam öldürmeye elverişli bir araçtır. Yine objektif bakımdan adam öldürmeye elverişli bir araç olan dolu silah, hayatta eline silah almamış bir kişi bakımından, tabancanın emniyet mandalının olduğunu ve bunun kapalı olduğunu bilmiyorsa ve emniyeti kapalı olduğu halde ateş etmeye çalışıyorsa, elverişsiz bir araçtır[1].

Suçtan suça da elverişlilik değişebilir. Oyuncak bir tabanca adam öldürme suçu bakımından elverişsiz iken, tehdit suçu bakımından elverişlidir.

Aracın elverişli olduğu tespit edildikten sonra, sonucu meydana getirmek bakımından **yetersiz** olması, teşebbüsün varlığını etkilemez. Mesela mağdura zehirli bir pasta gönderen kimse pastanın yapımında kullanılan malzeme dolayısıyla zehir etkisiz kalsa da elverişli araç kullanılmış sayılır. Bunun gibi, merminin içindeki barutun kötü cinsten olması sebebiyle merminin ateş almaması, zehir miktarının faile oranla az olması gibi hallerde de hareket elverişli ve fakat yetersizdir. **TCK** 35 sadece elverişliliği aradığından, yetersizlik halinde de teşebbüsün bu şartı gerçekleşmiş sayılır.

Elverişli hareket konusuna aşağıda işlenemez suç bahsinde daha ayrıntılı değineceğim.

Eğer hareket elverişsiz ise işlenemez
suça teşebbüs söz konusu olur.

3. İcra Hareketlerine Başlanmış Olması

a. Genel Olarak

TCK 35'te "*Kişi,... icraya başlayıp da*" ibaresini kullanmaktadır. Bu ifade, kanunun neticeyi meydana getirecek hareketler arasında bir ayrım yaptığını ve bu ayrıma da bir sonuç bağladığını göstermektedir. Bu sonuç, kanunda açıkça icra hareketlerinden bahsedilmesi dolayısıyla, bu safhadan önceki hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağıdır. Bu hareketlerin cezalandırılması gibi, araştırılması veya kontrolü de devletin yetkisi dâhilinde değildir. Bu esastan yola çıkılarak, teşebbüs, "**hazırlık hareketlerini takip eden, neticenin tamamlanmasından önceki evredir**" şeklinde tanımlanabilir[2].

"Ceza hukuku, toplum düzenini korumak amacı ile failin kafasında suç işleme fikrinin doğuşu anından bitmesi anına değin süren "suçun oluşumu" sürecine belli bir yerde müdahale mecburiyetini duyar ve belli bir noktadan sonra bu oluşu ceza tehdidi altına koyar". Suçun oluşu vetiresinde cezayı

[1] Öztürk/Erdem/Özbek, 240, 241.
[2] LK[11], vor §22, kn. 3, 11.

gerektiren hareket ile cezayı gerektirmeyen hareketi ayıran çizgiyi suçun neticesine yakın ya da uzak bir yerde tespit etmek her devletin ceza politikasına göre değişir. Suç neticesine giden olaylar dizisinin soldan sağa doğru geliştiği kabul edildiğinde, bu çizginin solunda kalan olaylara "hazırlık hareketleri", sağında kalanlara "icra hareketleri" denilmektedir. Suça çok uzak veya suçla bağlantısı çok şüpheli hareketler için bir tedbir düşünülse bile bir ceza düşünülemez. Suça uzaklığı ve suça bağlantısı ne olursa olsun her hazırlık hareketini cezalandırmaya kalkışmak ceza adaletiyle bağdaşmaz". Hazırlık hareketini cezalandırmak kanunilik prensibiyle de çatışır. "*Zira hazırlık hareketi suçun tarifinde yazılı bir hareket değildir. Henüz hiçbir hükmü ihlal etmez. Hazırlık ve icra hareketi ayrımı bu düşüncelere dayanır*"[1].

Hazırlık hareketleri suçu işlemek için kullanılacak âletlerin üretilmesi veya temin edilmesinden eylem yerinin araştırılması veya gözetlenmesine, eylemle ilgili çeşitli bilgiler toplanmasına kadar geniş yelpazede yer alabilir. Hatta failin, suçu işledikten sonra kendisinin sorumlu tutulmasını önleyici tedbirler alması (örneğin alibi oluşturması), suçtan elde edeceği şeyler için güvenli bir yer ayarlaması gibi hareketler de hazırlık hareketleri kapsamındadır. Bunun gibi, bir kimseyi öldürmeye karar vermiş bir failin cinayet aleti olarak bir bıçak satın alması, eylem sırasında kendini gizlemek için maske hazırlaması, öldürmeye niyetlendiği kişinin günlük alışkanlıkları hakkında bilgi toplaması hazırlık hareketidir. Bu tür hareketlerin failin planı açısından olmazsa olmaz şart niteliğinde olması ya da tamamen etkisiz olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan bunların teşebbüs safhasına ulaşmamış ve geniş ölçüde cezasız bölgeyi henüz terk etmemiş olmasıdır[2]. Böylece, fiilin icrasını mümkün kılan veya kolaylaştıran hareketler, örneğin, suç aletinin temini, bilgi edinme, olay yerinin tetkiki gibi, hazırlık hareketidir. Birkaç örnek vermek gerekirse, insan öldürme suçunda da silahın ateşlenmesi değil, silahın mağdura yöneltilmesi icra hareketidir. Mağdurun failden kaçarak bir odaya saklanmış olmasıhalinde ise evin kapısının kırılması icra hareketi olarak kabul edilebilir. Bir müddet sonra etki edecek eylemler bakımından ise örneğin zehirleme veya bomba koyma gibi, nedensel sürecin oluşturulması ve kişinin kontrolünden çıkarılmasıyla beraber teşebbüs başlamıştır[3].

Şüpheli hareketlerinden dolayı görevli polis memurları tarafından takibe alınarak, ellerinde kapı kilidini açma aparatına dönüştürülmüş 2 adet tokayla yakalanan kişiler hakkında savcılık, hırsızlık suçuna teşebbüsten dava açmaya yeterli kanıt bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir, 5.CD, 19.03.2008, 2246.

Bilişim suçları alanında da, zararlı yazılımların oluşturulması tek başına suç oluşturmamakta, hazırlık hareketi olarak kabul edilmektedir. Bu yazılımlar ancak kullanılmayla beraber icra hareketlerinin

Avustralya Criminal Code Act 1995, md. 11.1/2:

For the person to be guilty, the person's conduct must be more than merely preparatory to the commission of the offence.

1 CGK. 03.02.1986, 42.
2 Tozman, 71.
3 Wessels/Beulke, kn. 603.

başlaması söz konusu olmaktadır. Ancak elbette kanun koyucu buradaki tehlikeyi görerek, zararlı yazılımın sırf yazılmasını dahi suç olarak öngörebilir.

Hazırlık hareketlerinin neden cezalandırılmaması gerektiği konusunda öğretide birçok gerekçe ileri sürülmüştür.

Bunlar arasında; bu hareketlerin kişinin özel alanında kaldığı, değişik anlamlara geldiği ve bu yüzden de cezayı gerektirecek ölçüde hukuk düzeninin huzurunu bozmadığı, hazırlık hareketlerinde fiilin devam etmesi ve teşebbüs safhasına girebilmesi için "yeni bir iç harekete" gerek olduğu, bu hareketlerin kanuni tipe uygun eylemi gerçekleştirmenin zaman ve mekân olarak çok uzağında bulunduğu ve bu nedenle de formel olarak kapsamlarının çok zor çizilebileceği, maddi olarak da "haksızlık merkezinden" çok uzakta oldukları ve bu nedenle de kesin bir cezalandırma ihtiyacından söz edilemeyeceği, bu safhada henüz hukuki konunun ihlal edilmediği veya ciddi şekilde tehdit edilmediği, hazırlık hareketlerindeki iradenin suç işleme kastı derecesinde olmadığı veya olsa bile bunun herhangi bir tehlike yaratmadan bırakılabileceği, hazırlık hareketlerinin çoğunlukla toplumsal düzenle uyumlu olduğu ancak buna rağmen ceza tehdidi altına alınırsa sayısız derecede davranışın aslında suç anlamında bir önemi olmamasına karşın şüpheli duruma düşeceği ve son olarak kısmen ispat güçlüğünden kısmen de suç politikası nedenlerinden dolayı cezalandırmanın mümkün olmadığı sayılabilir[1]. Keza, henüz suçla korunan hukuksal değer üzerinde bir tehlike oluşturmadığından hazırlık hareketlerinin cezalandırılmadığı da ifade edilmektedir[2].

Sonuç olarak, korunan hukuki yarar bakımından ciddi bir tehdit oluşturmadığı ve ayrıca failin iradesinin de bu tarz hareketlerden belirlemenin çoğu kez mümkün olmaması nedeniyle hazırlık hareketleri cezalandırılmaz[3]. Hatta teknolojinin gelişmesiyle birlikte geleceği görme imkânına kavuşursak, ileride suç işleyecek kişileri belirleyerek[4], onları bu nedenle önceki bir tarihte engelleyerek cezalandırmak doğru olmaz. Böyle bir çağa gelindiğinde, olsa olsa işlenmesi amaçlanan suça teşebbüsten değil de müstakil ayrı bir suçtan ötürü basit bir ceza düşünülebilir, kanaatindeyim.

TARTIŞINIZ:
ÖRNEK 1'DE,

- Faik, 15 Şubat'ta teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilir mi?
- 18 Şubat'ta?
- 15 Şubat'ta teşebbüsten sorumlu tutulacağı kabul edilecek olursa, hangi andan itibaren teşebbüs başlamıştır?
- Faike'nin şehir dışında olması ile evde olup da hasta olması arasında, teşebbüsün başlangıcı bakımından bir fark var mıdır?
- Örnekteki, 1 ve 5 no.lu safhaları çıkardığımızda, Faik'in niyeti konusunda hiçbir şey bilmiyorsak, yukarıdaki sorulara verdiğimiz cevaplar değişir miydi? (Dressler, 759).

[1] Bkz. Tozman, 72.
[2] Heinrich (Ed. Ünver), 461.
[3] Koca/Üzülmez, 343.
[4] Dressler, 128.

Hemen belirtelim ki, bazı hallerde, kanun koyucu esasen hazırlık hareketleri niteliğindeki birtakım eylemleri de cezalandırma yoluna gidebilir[1]. Kanun koyucu, "ceza siyaseti gereği, bazı hareketlerin tipik özellik göstermesi, failin fiili ile tehlikeli halini ortaya koyması, bazı suçlarda kullanılan aracın göstermiş olduğu tehlike ve toplum üzerinde yarattığı huzursuzluk gibi nedenlerle hazırlık hareketi niteliğindeki fiilleri cezalandırmaktadır"[2]. Örneğin, çocuğun fuhşa teşvik edilmesindebu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır (**TCK** 227/1). Keza, **TCK** 188/7'deki uyuşturucu üretiminde kullanılan madde temini suçu mahiyeti itibariyle uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarının hazırlık hareketlerini oluşturmaktadır. Ne var ki, gittikçe büyüyen bir sosyal tehlikeyi bertaraf etmek için hazırlık hareketlerinin de cezalandırılmasında yarar görülmüştür[3]. Yine örgüt kurma suçu (**TCK** 220) aslında hazırlık hareketi niteliğindedir. Burada henüz örgütün işlediği bir suç bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu daha etkin bir cezalandırma bakımından suç işlemek için oluşturulan örgütün suç işlemesini beklememiş, suç işlemek için hazırlık niteliğinde bulunan örgütün kurulmasını yeterli görmüştür.

⇒ Yapılan ayrım hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımıdır. İcraya başlamayı belirten hareketlere **icra** hareketleri, bundan önceki safhada yapılan hareketlere ise **hazırlık hareketleri** adını veriyoruz.

⇒ Bu ayrıma kanun tarafından bağlanan sonuç ise kanunumuzun ancak icraya başlamayı belirten hareketlerin yapılması ile teşebbüs safhasına girildiğini kabul etmiş olmasıdır. Bundan anlaşılması gereken ise "icraya başlama şartının gerçekleşmesini ifade etmeyen hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmayacağından ibarettir"[4].

Nasıl ki, teşebbüse ilişkin hükümler olmasaydı tamamlanmamış suçlar cezalandırılmayacak idiyse, kanun teşebbüse ilişkin hükümlerde icraya başlamayı cezalandırılabilir teşebbüs için şart koştuğundan, hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Bu nedenle hazırlık hareketleri ve teşebbüs arasındaki sınırın açıkça çizilmesi gerekir. Zira kural olarak cezalandırılan teşebbüsle, çok istisnai hallerde cezalandırılan hazırlık hareketlerinin sınırının çizilmesi aynı zamanda kişinin hürriyet alanının çizilmesidir. Teşebbüs konusunun en temel problemini de bu sınırın çizilmesi oluşturmaktadır. Bu problemin çözümü bir dereceye kadar olaylara ve her suç tipine göre ayrı yapılsa da burada asıl yapılması gereken, hazırlık hareketi-icra hareketi sınırlarının olabildiğince

---

1 Avustralya'da, ceza kanununa 2005 yılında yapılan bir ekle (md. 474.29B), doğrudan veya dolaylı olarak, intihar veya intihar teşebbüsüne yönelik danışma veya teşvik niteliği taşıyan ya da belli bir intihar yöntemini organize eden ya da belli bir intihar yöntemine yönelik açıklamalar sağlayan malzemeleri bulunduran veya bu maddeler üzerinde hakimiyeti olan veya bu malzemeleri temin eden kişinin, bunların kendisi veya bir başka kişi tarafından intihar amaçlı kullanılması amacını taşıyorsa cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm ile de ceza sorumluluğu hazırlık hareketleri safhasına taşınmış bulunmaktadır.

2 Şare, 137.

3 Soyaslan, Özel Hükümler[4], 392.

4 Donmezer/Erman, I, 421.

hukuk devletinin kurallarına uygun şekilde çizilmesidir[1]. Bazı durumlarda bu sorunun cevabının verilmesi, çok fazla güçlük çıkarmaz. Öldürülmek istenen kişiye kurşun sıkılması, bıçak sokulması, çalınmak istenen mala dokunulması, yerinden kaldırılması bu duruma örnek olarak verilebilir. Ancak bazı durumlarda cevabın bulunması bu kadar kolay değildir. Örneğin bir binaya merdiven dayanması, duvarın delinmesi, bir kişiyi öldürmek için pusu kurulması gibi hallerde, bu hareketlerin, işlenmesi düşünülen suçların icra başlangıcı olduğu şeklindeki bir düşünce her zaman doğru olmayabilir; çünkü bu hareketler işlenmek istenen suçların tanımında yer alan hareketler değildir[2].

b. İcra Hareketleri ile Hazırlık Hareketlerini Birbirinden Ayırmada Ölçüt

Hazırlık hareketi icra hareketi ayrımında benimsenecek ölçüt büyük önem taşımaktadır. Bir yandan ceza ile cezasızlık sınırı bu ölçüt ile çizilirken, öte yandan bu sınırın başka etkileri de olacaktır. Örneğin, bu hareketlere karşı meşru savunmanın ne zaman mümkün olacağı bu ölçüte göre belirlenecektir. Henüz hazırlık hareketi safhasındaki hareketlere karşı meşru savunma kabul edilmeyecektir[3].

UNITED STATES V. BUFFINGTON, 1987

Yukarıda verilen banka soygunu örneğinde mahkeme, faillerin hazırlık hareketi safhasında kaldığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, failler, bankaya doğru bir adım dahi atmamışlar, hiçbir silah göstermemişler ve bankaya gireceklerine dair en ufak bir emare de bulunmamaktadır. Bu kimselerin bir şeyler çevirdikleri düşünülebilirse de bunu destekleyen spekülasyondan başka hiçbir şey yoktur. Yüksek mahkeme, kişilerin banka soyma kastı ortaya konsa bile, bu kastı gerçekleştirmeye yönelik henüz bir icra hareketi olmadığından teşebbüsten bahsedilemeyeceğine de işaret etmektedir.

aa. İcrai Suçlarda

Fail karar safhasını terk ettiği anda hazırlık hareketleri safhasına girmiş olur. Hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasında sınırlama güçlükleri ortaya çıkmaktadır. Acaba failin davranışı hala cezasız olan hazırlık hareketleri safhasında mıdır, yoksa cezalandırılan icra hareketleri safhasında mıdır? "*Hazırlık hareketleri sadece suçun gerçekleştirilebilmesi için gerekli ortamı, koşulları sağlayan, hazırlayan davranışlardır*"[4]. Hazırlık hareketleri hazırlayıcı, icra hareketleri yapıcıdır[5]. Ne var ki, ayrım burada ifade edildiği kadar kolay değildir. Ayrıca hazırlık hareketleri cezalandırılmadığı halde, icra hareketleri cezalandırılmaktadır. Bu itibarla bir hareketin ne zaman hazırlık hareketi, ne zaman icra hareketi olduğunun büyük önemi vardır.

---

1 Tozman, 73.
2 Donmezer, Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki, 437.
3 Heinrich (Ed. Ünver), 462.
4 Otto, 223.
5 Erem/Danışman/Arıluk, 297.

OLAY: 24 yaşındaki bir erkek internet aracılığıyla 15 yaşındaki bir kızla tanışır. İnternetteki bazı sohbetlerinde seks konusunda da konuşurlar. Bir müddet sonra buluşmaya karar verirler. Erkek buluşma yerine gider ve durumdan haberdar olan kızın babasının polisi haberdar etmesi üzerine yakalanır. Erkeğin arabasında, alışveriş fişinden o gün satın alındığı anlaşılan prezervatif bulunur.

KARAR: Yerel mahkeme, sanığı cinsel istismara teşebbüs suçundan dolayı mahkûm eder. Yüksek mahkeme eylemin icra hareketi niteliğinde olmaması nedeniyle, mahkûmiyet hükmünü bozar (People v. Walter, 2004).

Bu konuda ileri sürülen çeşitli görüşler[1], olmakla beraber, bunlara değinmeksizin 35. maddede kabul edilen ölçütü ele almakta yarar görüyorum: Buna göre, cezalandırılmayan hazırlık hareketi ile cezalandırılan icra hareketleri arasındaki sınır şu şekilde tespit edilir: Fail, hareketi ile ceza normu tarafından korunan hukuki yararı direkt olarak tehlikeye sokmaya başladığı ve hareketinin kanun tarafından yasaklanan sonuca yaklaştığı anda hazırlık hareketinden icra hareketine geçiş söz konusu olur[2]. Başka ifadeyle, eğer failin davranışı, suçun gerçekleştirilmesi için gerekli olan hareketlerle öyle sıkı bir bağlantı, ilişki içinde olup da bu davranış herhangi bir engel çıkmaması halinde, olayın gelişiminde uzun bir kesinti olmaksızın direkt olarak suçun gerçekleştirilmesini sağlayacak ise icra hareketlerinden söz edilir[3].

Konuyu daha da açıklamak gerekirse: Suç tipinde belirtilen bir hareket yapılıyorsa, ortada sorun olmaz, icra hareketlerine başlanmıştır. Bununla beraber, bu hareketlerle bağlantı ve bütünlük içinde bulunan hareketlerin de icra hareketleri olarak kabulü gerekir[4]. Ancak bu bağlantı **doğrudan doğruya** bir bağlantı olmalıdır. Başka ifadeyle, "*yapılan hareketin, failce tamamlanması amaç edinilmiş suç tipiyle belirli bir yakınlık içinde olması*" aranacaktır. Bunun için de tipik unsurlardan biri henüz gerçekleştirilmemişse, yapılan hareket ile tipik eylemin gerçekleşmesi arasında dar bir zaman ve mekân fasılası bulunmalıdır[5]. Örnek: Faik, hukuk fakültesi mûtemedini soymak istemektedir. Önceden yaptığı araştırmalar sonucundaki tespitine uygun olarak, mutemet Muharrem'in her ayın 15'inde saat 10.00 da geçtiği bir binanın köşesinde bekler. Faik paltosunun içinde bir sopa saklamaktadır. Sopayla, para çantasını alabilmek için Muharrem Bey'e vuracaktır. Ne var ki, Faik boşuna beklemektedir, zira mutemet istisnaen o gün saat 9.00'da oradan geçmiştir. Faik cezalandırılabilir mi? Çözüm: Yağma suçu gerçekleşmemiştir. Zira para alınmamıştır. Teşebbüs açısından ise icra hareketlerine başlanılmış

---

1 Bkz. Tozman, 74 vd.
2 BGH bei Dallinger, MDR 1975, 21.
3 BGH 31, 178.
4 Önder, II, 444.
5 İçel, Suç Teorisi, 335, 336.

olması gerekir. Ayrıca en azından potansiyel mağdurun tehlikeli bölgeye girmiş olması gerekir[1]. Daha önce zaten yağmanın gerçekleştirilmesi mümkün olamaz. Aradaki adım da yoktur. Pusuda beklemek, gözlemek yeterli değildir, teşebbüs yoktur. Ama en azından mağdur geldiği anda ona yönelme söz konusu olursa icra hareketleri başlamış sayılmalıdır. *Yargıtay* önceki kanun döneminde mağdureyi kamyonu ile tenha bir yere götürüp orada onu öpmesi şeklindeki hareketlerden sonra, kamyondan inip mağdureye kendisini takip etmesini söyleyip tenha bir yer aramaya başlamasını hazırlık hareketleri olarak kabul etmiştir ki[2], yukarıda belirttiğim ölçütler çerçevesinde hareketlerin icra hareketi olduğunda tereddüt olmamak gerekir, zira bu hareketler cinsel saldırı hareketi ile sıkı ve doğrudan bir bağlantı içindedir[3].

Bazı yazarlara göre, kanunda geçen "*doğrudan doğruya*" ifadesi de sorunu kesin bir şekilde çözmekten uzaktır. Bu anlamda ayrıca hazırlık ve icra hareketleri ayrımında ortaya konulan görüşlerin hiçbiri her olaya uygulanabilecek mutlak bir çözüm sunamaz. Çünkü her olayın gelişimi birbirinden farklıdır. Çözümü bütün teorilerden yararlanarak önündeki olayı değerlendirecek sağduyulu hâkim gerçekleştirecektir[4].

Sonuç olarak, sadece suç tanımında yer alan hareketler değil, bununla bağlantılı olan ve bütünlük içinde olan hareketler de icra hareketi niteliğindedir. Suç tanımında yer almayan hareketler ise tipik eylem ile dar bir mekân ve zaman bağlantısına sahip ise icra hareketi olarak kabul edilmelidirler. Önemle belirtmek gerekir ki, kanunumuzun benimsediği ölçüt objektiftir. Yani failin kendi düşüncesine göre icraya başlayıp başlamadığı göz önünde bulundurulmaz.

HUDSON V. STATE, 1999

2 Nisan 1997'de New Hampshire polisi, bir ilana, kendisini 14 yaşındaki Larry olarak tanıtarak cevap verir. Bu tarihten 20 Mayıs 1997'ye kadar polis memuru ile Hudson arasında birçok mektuplaşma gerçekleşir. Hudson, gence cinsel eğilimlerinden ve genç ile yapmak istediklerinden bahseder. Larry'ye para, eşcinsellerle ilgili bir dergi ve kitap gönderir. Kendi kaldığı apartmanın resmini göndererek, Florida'ya gelerek onunla yaşamasını önerir. Ayrıca Larry'ye bir uçak bileti, 37 dolar nakit para gönderir ve hava alanından karşılaması için bir taksi ayarlar.

Larry'nin varması gereken günde, bir şerif taksiyi sürerken, bir başka şerif de aracın arkasında oturur. Taksi Hudson'un evine varınca aracı karşılayan Hudson gözaltına alınır.

Mahkeme, sadece ilan yayınlamanın hazırlık hareketi sayılacağını, ancak uzun süre mektuplaşma ve gence bilet ve taksi yollayarak karşılamanın artık icra hareketleri niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda, müşterek faillerden birisinin icra hareketi safhasına girmesi, bütün müşterek faillerin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması için yeterlidir[5]. Bu kapsamda, dolaylı faillikte nasıl hareket edilmesi gerektiği ayrıca ele alınmalıdır. Örneğin, A, akıl zayıflığı olan B'yi ertesi gün banyoda C'yi vurması için ikna eder. Ona bir silah, C'nin adresini ve diğer talimatları verir. B, eve gider, ancak C'nin

---

1 Aynı yönde bkz. People v. Rizzo, 1927.
2 CGK, 1984, 378.
3 Aynı yönde, Tozman, 116.
4 Bkz. Tozman, 118 vd.
5 Wessels/Beulke, kn. 611; Heinrich (Ed. Ünver), 482.

adresini kaybettiği için bir şey yapamaz. Burada teşebbüs aşamasına geçilip geçilmediğinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Benim de katıldığım görüş, hukuksal değerin tehlikeye girmesini esas almaktadır. Buna göre, hukuksal değer doğrudan tehlikeye girdiği anda icra hareketleri safhasına geçilmiştir. Bunun için, dolaylı failin olayın gelişimini etkisi altında tutup tutmadığı esas alınır. Dolaylı failin etkisi devam ettiği sürece icra hareketleri safhasına geçilmemiştir. Buna karşılık, araç olarak kullanılan kişiye olayın kontrolünün bırakılmasıyla beraber icra hareketleri başlamıştır. Örnek olayda, A, B'yi gönderip olayın kontrolünü ona verdiği için icra hareketlerine başlanmıştır[1].

Bileşik suçlarda, hareketin ilk kısmının gerçekleştirilmesi, kural olarak tüm suçun icrasına doğrudan doğruya başlandığını gösterir[2].



Hırsızlık suçunda suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağı öğreti ve uygulamada değişik görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştu. Ancak kanunumuz eşyanın zilyedin egemenlik alanından çıkmasını suçun tamamlanması için yeterli görerek, sorunu şu şekilde çözmüştür: "*Almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır*" (141. madde gerekçesi)[3].

Hazırlık Hareketleri ~ İcra Hareketleri

Tek başına hazırlık, bir suça teşebbüsten bahsetmek için yeterli değildir, işlenen suçun fark edilebilir parçaları söz konusu olmalıdır. Suç öyle bir süreçte bulunmalıdır ki, failin iradesinden bağımsız olaylar tarafından engellenmediği müddetçe artık tamamlanacaktır. Ayrıca hareket, doğası itibarıyla müphem, belirsiz olmamalıdır (People v. Buffum, 1953).

İcra hareketleri, suçun tamamlanması için yeterli olan ve başka anlama gelmeyecek hareketlerdir. Hazırlık hareketleri ise suçun işlenebilmesi için tek başına yeterli değildir, başka hareketlere de gereksinim vardır (Commonwealth v. Peaslee, 1901).

---

1 Heinrich (Ed. Ünver), 487 vd.

2 Heinrich (Ed. Ünver), 475.

3 "Sanıkların olay tarihinde Esenyurt ilçesindeki Akbati AVM içerisinde bulunan "Pull and Bear" isimli mağazadan alışveriş yapmak için girdikleri ve anılan işyerinden 49.95 Türk lirası değerinde bayan gömleği ile 99.95 Türk lirası değerinde erkek gömleğini bedelini ödemeden işyerinden çıkarırken yakalandıkları somut olayda, sanıkların eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı ve kararın gerekçe kısmında da eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilmesine rağmen gerekçe kısmı ile de çelişki oluşturacak şekilde tayin olunan cezadan, 5237 sayılı Kanun'un 35. maddesi gereğince indirim yapılmaması suretiyle fazla ceza tayin edilmesinde, isabet görülmediğinden anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur.

KARAR: Dosya kapsamına göre, Akbati AVM'de bulunan "Pull and Bear" isimli mağazadan "Pull and Bear" marka 49.95 TL değerinde 1 adet bayan gömleği ile 99.95 TL değerinde 1 adet erkek gömleğinin çalındıktan sonra aynı AVM'de bulunan "FLO" mağazasında şüphe üzerine durdurulan sanıkların, ellerindeki çantalar kontrol edilmek suretiyle suça konu eşyaların ele geçirildiği, dolayısı ile eylemin tamamlandığı, teşebbüs hükümlerinin uygulanma koşullarının gerçekleşmediği ve yerel mahkeme hükmünde isabetsizlik görülmediğinden...". 2. CD, 21.03.2018, 3079.

bb. Garantörsel İhmali Suçlarda

Bazı yazarlar, **TCK** 35'te yer alan "icraya başlama" ifadesi nedeniyle, garantörsel ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadır[1]. Buna karşılık, savunduğum görüş, kanundaki bu ifadenin garantörsel ihmali suçlara teşebbüsün kabul edilmesine engel olmadığı yönündedir. Kanundaki "icra" ifadesi, suçun mutlaka olumlu bir hareketle işlenmesi gerektiğini ifade yönünde kullanılmamış, hazırlık hareketleri ile farkı ortaya koymak bakımından bu ifadeye yer verilmiştir. Dolayısıyla ihmali hareketlerle de icranın söz konusu olacağında şüphe yoktur. Nitekim garantörsel ihmali suçlara Türk Öğretisi'nde geleneksel olarak "*ihmal suretiyle icra*" denildiğine yukarıda işaret etmiştim.

Öğretideki baskın görüş, garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıcı olarak **korunan yarar bakımından doğrudan bir tehlikenin doğduğu anı** kabul etmektedir[2]. Buna göre teşebbüsün başlangıcı korunan hareket objesi için doğrudan bir tehlikenin doğduğu veya hâlihazırda mevcut bir tehlikenin büyüdüğü ve bu nedenle de beklemeye devam etmenin "doğrudan başlama" (**TCK** 35/1) olarak belirdiği andır. Böylece tehdit edilen hukuki yarara yönelik neticenin önlenmesinin artık gerekli görüldüğü an ölçü olarak alınmalıdır. Bu nedenle, objektif olarak hemen müdahale edilmediği takdirde hukuki yarar somut bir tehlike ile karşı karşıya kalacaksa, bu takdirde teşebbüs başlamıştır.

Örneğin, hemşirenin öldürmek istediği hastaya yaşamı için gerekli olan iğneyi vurmaması durumunda hastanın hayatı için doğrudan ve somut tehlike, hastanın gücünün kalmaması halinde değil, hasta bakımından ölüm tehlikesinin mevcut olması halinde mevcuttur. Bir bisikletliye çarparak onun hayati yaralarını görmesine veya ölümü mümkün görmesine rağmen, olay yerini terk eden sürücü açısından öldürmeye teşebbüs vardır. Çocuğunu emzirmeyen anne bakımından da öldürme teşebbüsü, emzirmeme dolayısıyla çocuğun hayatı bakımından somut bir tehlikenin doğması halinde başlar.

Burada değinilmesi gereken bir konu da ihmali suçlarda failin olay yerinden uzaklaşması ve tehdit altında bulunan kimseyi kaderine bırakmasının teşebbüs açısından yeterli olup olmadığıdır. Öğretide teşebbüsün başlangıcı olarak korunan yarara yönelik tehlikenin doğduğu anı ve nedensel sürecin gelişimi üzerinde etki etmemeyi benimseyen yazarlar vardır. Böylece iki husus esas alınmaktadır: **Doğrudan tehlike** ve **failin egemenlik alanı**. Henüz doğrudan bir tehlike yoksa ve fail olayın gelişimini elinde bulunduruyorsa, hazırlık hareketleri söz konusu olur. Buna karşılık bu kriterlerden sadece biri de gerçekleşirse teşebbüs başlamıştır. Doğrudan tehlike var, ancak olayın gelişimi failin egemenliği altındaysa, kural olarak teşebbüs söz konusu olur. Fail gelişimi kendi akışına bırakmış ve fakat henüz tehlike yoksa bu takdirde de teşebbüs söz konusudur[3]. Doğrudan bir tehlike söz konusu ise veya failin olayın gelişimi üzerindeki egemenliğini bırakması halinde teşebbüs başlamıştır ve bundan sonra neticeyi önlemeye yönelik hareketler ancak vazgeçme olarak düşünülebilir. Örneğin anne babanın

---

1 Özgenç[3], 438; Artuk/Gökcen/Yenidünya[7], 752.
2 Bkz. Haken, Kasten Öldürme Suçları, s. 180 vd.
3 Roxin, FS Maurach, 226.

ormanda yeni doğan çocuklarını ölmesi için terk etmeleri olayında, terk etmeyle birlikte teşebbüs başlamıştır. Bununla beraber çocuğu terk etmeyip, yanında kalmaları ve ölümünü beklemeleri halinde ise öldürme teşebbüsü çocuğun yaşamının doğrudan tehlikeye girdiği anda başlar, zira ebeveyn olayı kontrol altında tutmaktadır.

Bu konuda uygulamada çok rastlanan örnek olarak trafik kazasında yaraladığı kişilere yardım etmeme olayları verilebilir (öngelen tehlikeli eylemden ileri gelen garantörlük). Sürücünün kazadan sonra olay yerinden kaçması halinde, kaçma ile birlikte teşebbüs başlamış olur. Buna karşılık sürücü aracından indiği, yaralılarla ilgilendiği, fakat doğrudan veya olası kast ile hekim çağırmayı ihmal ettiği takdirde, teşebbüsün başlangıcı objektif olarak yaralının ölüme yaklaştığı andır (olası kast ihtimalinde sorumluluğun ancak gerçekleşen neticelerden olacağını hatırlatalım). Bu an yaranın aciliyetine göre hemen veya daha sonraki bir an olabilir. Böylece demiryolu bekçisinin rayların üzerinde sızıp kalmış bulunan bir sarhoşun yanından uzaklaştığı anda teşebbüs vardır. Ancak bu sonucun ilginç yanı, yakın bir zamanda bir trenin gelmesi ihtimalinin olmaması halinde dahi, bu sonucun geçerli olmasıdır. Bu suretle doğrudan tehlike kriterine bir başka kriter eklenmiş olmaktadır: Failin nedensel akışı elinden bıraktığı an da teşebbüsün başlangıcı hususunda göz önünde tutulacaktır. Böylece failin tehlikeli süreci artık idare edememesi, yani olayın kendi elinde olmaması halinde de örneğin (icrai hareketle işlenen bir suç) bir teröristin bir başkasının evine, 1 hafta sonra patlayacak bir bomba yerleştirmesi, hâlihazırda mevcut bir doğrudan ve somut tehlike olmadan da teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir[1].

cc. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'ın hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayrımına ilişkin değişik kararları olmakla beraber, önceki kanunumuz döneminde bu konuda kabul ettiği ölçüt çoğunlukla "*hareketin günlük hayat tecrübelerine göre işlenmeye karar verilen suça yönelmeyi iltibasa yer bırakmayacak şekilde ortaya koyması*" olmuş[2], *Yüksek Mahkeme*, "*failin belirli bir suçu işlemek kastını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketlerin icra hareketleri*" olduğunu açıklamıştır[3].

Yargıtay mağduru kovalayan kimselerin eylemlerinin yaralamaya teşebbüs olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. *Yargıtay*'a göre mağdurun yakalanması halinde onu dövüp dövmeyecekleri belli olmadığından, kovalama yaralamaya teşebbüs olarak kabul edilemez. Bu kararda *Yargıtay* hareketin dışında kalan unsurlara, mesela kovalamadan önceki olaylara değer vermemiştir. Yargıtay'ın kararı isabetsizdir. "Hayat tecrübesine ve olayların mûtât akışına göre bu olaydaki kovalama dövme ile bitecek sayılmalı idi. Zira şiddetli olduğu anlaşılan bir münakaşanın fiilî kavgaya döneceğini sezen mağdur, kaçmaktadır. Sanıkların mağduru toplu halde ve öfke ile kovalamaları, herhalde onu tutup af dilemek veya barış teklifinde bulunmak için değildir".

---

1 Roxin, Der Anfang, 226, 227, 231, 232.
2 1. CD, 01.02.1994, 136.
3 CGK, 04.06.1990, 156. Aynı yönde, Amerikan Hukuku bkz. Dressler, 766.

Ne var ki, *Yargıtay*'ın aksi yönde kararları da vardır. Bir kararında *Yargıtay* "kaçırmak üzere mağdureyi yakalamak için peşinden koşmak icra başlangıcıdır" şeklinde karar vermiştir[1]. Bir başka kararda da balta ve bıçakla müştekiyi kovalamaktan ibaret eylemin yaralamaya teşebbüs niteliğinde olduğunu kabul etmiştir[2].

Öldürülmek istenen kişiyi öldürmek için evine zorla girilmesi, ancak şahsın orada bulunmaması dolayısıyla öldürülememesi olayında, *Yargıtay* bu eylemlerin hazırlık hareketi niteliğinde olduğuna; kastedilen S.A'nın evde bulunmaması itibarıyla silahın ona karşı kullanılması, onun öldürülmek istenilmesi bakımından icrai harekete başlanması ve öldürmeye teşebbüs edilmesi söz konusu olmamıştır, şeklinde karar vermiştir[3].

Yargıtay ortaklardan birisinin mağdurun evine saklanarak öldürmek üzere mağduru elinde bıçakla beklediği, diğer ortağın ise mağduru evine yollaması, ancak mağdurun durumdan şüphelenerek polise haber vererek, evde bekleyen kimsenin elinde bıçakla yakalandığı olayda, hareketlerin suçun kanuni unsurunu oluşturacak nitelikte olup olmamasını esas almıştır. *Yüksek Mahkeme*'ye göre, hareketler *"işlenmesi kararlaştırılan fiilin kanuni unsurunu oluşturacak boyuta henüz ulaşmamıştır"* ve bu nedenle hazırlık hareketi niteliğindedir[4].

Yeni tarihli bir Genel Kurul kararında, *"öldürmeye elverişli olan bıçakla ve öldürmek amacıyla mağdurun evine yönelen ancak daha önceden evin önünde güvenlik önlemi alan kolluk görevlilerince yakalanmış olan sanığın eylemi, öldürme suçu yönünden hazırlık hareketi niteliğinde olup, sanığın yakalandığı ana kadar ki fiillerini 5237 sayılı TCK.nun 106/1-1 madde-fıkra ve cümlesi kapsamında kabul eden yerel mahkeme hükmü isabetlidir"* şeklinde isabetli bir belirleme yapılmıştır[5].

4. Suçun Tamamlanmamasının Failin Elinde Olmayan Engelleyici Sebeplerden Kaynaklanması

Suçun tamamlanmamasının, neticenin gerçekleşmemesinin failin iradesi dışındaki *"sebeplerden"* kaynaklanması gerekir. Eğer suçun tamamlanmaması, failin iradesine bağlı sebeplerden kaynaklanıyorsa, aşağıda ele alacağımız *gönüllü vazgeçme* söz konusu olur.

Suçun tamamlanmamasının sebepleri değişik olabilir. "Failin kişiliği, yeteneksizliği, kullandığı

A ve B kalabalık bir alışveriş merkezine bomba koyar ve her ikisi de, bomba patladığında kimsenin zarar görmemesi için polisi arar. A'nın uyarısı üzerine polis gerekli tedbirleri alır ve patlayan bombadan dolayı kimse zarar görmez. Ancak B'nin uyardığı polislerle olan iletişimdeki sıkıntı nedeniyle gecikme olur ve bomba patlar, ölenler olur.

Burada B'nin daha kusurlu olduğu ve daha çok cezayı hak ettiği söylenebilir mi? Her ikisinin de aklında olan aynıydı, kastları aynıydı, insanların ölümünü istememişler, ama bu riski de göze almışlardı. Dolayısıyla her ikisi de aynı şekilde sorumlu ve kusurlu. Ancak birisi ölüme neden oldu, diğeri olmadı. Bu durumda, polisin gerekli tedbirleri almasının şansını kullanan kişi daha hafif bir suç dolayısıyla mı cezalandırılacak? (Brown vd., 159)

[1] 5. CD. 16.02.1981. 3911. Önder, II. 443.
[2] 2. CD. 06.10.1981. 6559. Aynı yönde: 1. CD. 28.03.2007. 2026.
[3] CGK. 03.02.1986. 42.
[4] 1. CD. 01.02.1994. 136.
[5] CGK 19.10.2010. 206.

araç, mağdurun davranış ve karşı koyması veya olaya müdahale eden üçüncü kişilerin hareketleri sebebiyle de" suç tamamlanamamış, netice gerçekleştirilememiş olabilir. Bahsedilen bu ihtimaller arasında herhangi bir fark olmadığını belirtmek gerekir[2].

C. Teşebbüste Ceza Miktarının Belirlenmesi

Yeni Ceza Kanunumuz önceki kanunda yer alan eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımını ortadan kaldırmıştır[3]. Doktrinde bu ayrımın kaldırılmasının yerinde olduğunu savunan görüşler olduğu gibi; tersine, bir yandan kanunda indirim oranlarında makasın fazla açılmasından dolayı hâkime cezayı belirleme konusunda çok geniş takdir yetkisi verildiği ve bunun da keyfiliklere yol açabileceği ve diğer yandan kanunun zarar ve tehlike ayrımı yapmakla aslında eksik-tam teşebbüs ayrımını örtülü olarak sürdürdüğü eleştirilerini ileri sürenler de vardır[3].

Kanunumuz, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kastettiği suçu tamamlayamayan failin cezasının indirileceğini hükme bağlamıştır (**TCK** 35/2). Eksik ve tam teşebbüs ayrımı da kaldırıldığına göre, bu indirim nasıl yapılacaktır? Kanunumuza göre indirimde ölçüt, **meydana gelen zarar** veya **tehlikenin ağırlığı**dır. Önceki kanunumuz döneminde de *Yargıtay*, teşebbüsten dolayı cezada indirim yapılırken, icra hareketlerinin ulaştığı safhaya göre cezanın asgari ve azami hadler arasında şahsileştirilmesi ve bu suretle ceza adaletinin sağlanması gerektiğini içtihat etmişti[4].

CEZA HUKUKU VE ŞANS

İKİ KİŞİ DÜŞÜNÜN. FAİK VE FAİKE. İKİSİ DE BİR KİMSEYİ ÖLDÜRMEYİ PLANLAMAKTADIR. İKİSİ DE BİR SİLAH SATIN ALIR, İKİSİ DE SİLAHI DOLDURUR, İKİSİ DE MAĞDURUN KAFASINA NİŞAN ALIR. İKİSİ DE TETİĞİ ÇEKER. FAİK MAĞDURU ÖLDÜRÜRKEN, FAİKE BAŞARISIZ OLUR, ZİRA SİLAHI ATEŞ ALMAZ. FAİK, KATİLDİR; FAİKE İSE CİNAYETE TEŞEBBÜS EDEN. FAİKE, ŞANSI (VEYA KENDİ AÇISINDAN ŞANSSIZLIĞI) NEDENİYLE, FAİK'DEN DAHA HAFİF CEZALANDIRILACAK. ŞANS İSE KENDİ ELLERİNDE OLMAYAN BİR ŞEY. DOLAYISIYLA NE KADAR UĞRAŞIRSANIZ UĞRAŞIN, NE KADAR BAŞARIYA YAKLAŞIRSANIZ YAKLAŞIN, BAŞARISIZLIĞIN ÖDÜLÜ, "DAHA AZ CEZA"DIR.

CEZA HUKUKU VE TIP

ABD'DE 1960'LARDAN BERİ YARALAMA SUÇLARINDA BÜYÜK ARTIŞ GÖRÜLMÜŞTÜR. BUNA KARŞILIK AYNI DÖNEMDE KASTEN ÖLDÜRME SUÇLARININ ORANI HEMEN HEMEN AYNI KALMIŞTIR. BUNUN NEDENİ NE OLABİLİR? MASSACHUSETTS ÜNİVERSİTESİ CRIMINAL JUSTICE PROGRAMI MÜDÜRÜ PROF. HARRIS'E GÖRE, BUNUN ÇOK BASİT BİR İZAHI VARDIR: 1960'TAN BERİ TIPTA BÜYÜK GELİŞME KAT EDİLMİŞTİR VE NE KADAR DA AĞIR YARALI OLSALAR, MAĞDURLAR 1960'LARA NAZARAN DAHA YÜKSEK BİR KURTULMA OLANAĞINA SAHİPTİRLER (bkz. DRESSLER, 747, 748).

Konuyu örneklerle açıklamakta yarar vardır: "*Sanığın öldürmeye elverişli bir alet olan bıçakla, mağdurun hayati bölgesinde, akciğerde lezyon husule getirecek biçimde şiddetli bir darbe ile işlemeyi kastettiği cürmün icrasına taalluk eden bütün fiilleri bitirmiş olması, ancak başarılı bir tıbbi müdahale ve tedavi ile sonuç, yani ölüm, sanığın ihtiyarında olmayan bir nedenle husule gelmemiş bulunması karşısında*"[5] meydana gelen zarar ağır olduğundan

---

[1] Önder, II, 446, 447.
[2] Amerikan Hukukunda eksik-tam teşebbüs ayrımı yapılmaktadır, bkz. Dressler, 743.
[3] Bkz. Tozman, 125 vd.
[4] CGK. 17.10.1988, 359.
[5] CGK. 20.02.1978, 50.

hâkim takdirine göre TCK 81'de öngörülmüş olan ceza yerine teşebbüs dolayısıyla örneğin 15 yıl ceza takdir edebilecektir. Buna karşılık şarjöründeki bütün mermileri boşaltmasına rağmen mağdura isabet ettiremeyen kimse bakımından, meydana gelen bir zarar söz konusu olmayıp, sadece tehlike mevcut olduğundan, cezada daha yüksek bir indirime gidilebilecek ve böylece yukarıdaki örnekte söz gelimi 9 yıla kadar inilebilecektir. Bununla birlikte bu örnekte manevi bir zararın meydana gelmiş olabileceği de göz önünde bulundurularak, örneğin 10 yıl ceza öngörülebileceği kanaatindeyim.

Yargıtay da yeni tarihli kararlarında bu hususlara işaret etmektedir: Öncelikle hükümde mutlaka meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı tartışılmalıdır[1]. Bu tartışma için meydana gelen zararın ağırlığını tespite yönelik olarak kesin rapor alınması ve ona göre uygulama yapılması gerekir[2]. Teşebbüs hükmünün uygulanmasında, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre alt ve üst sınırlar arasında bir ceza tayin edilmesi gerekirken, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden "takdiren" denilmek suretiyle ceza tayin edilmesi kanuna aykırıdır[3].

Bunun dışında şunlara da dikkat edilmelidir:

! *"Kasten yaralamanın kişinin duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olması ve bu suçun silahla işlenmesi halinde öngörülen hapis cezasının sekiz yıldan az olamayacağı; olayımızda olduğu gibi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngören TCK'nın 86/1. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmayı gerektiren nedenlerin bulunması halinde bu cezanın üst sınırının oniki yıl onsekiz aya kadar ulaşabileceği (TCY'nin 86/1, 86/3-e, 87/2-b, 87/2-son); oniki yıl onsekiz ay hapis cezasının kasten yaralama suçları için öngörülen cezanın üst sınırı olduğu, anılan sekiz yıl hapis cezasının bu cezanın yarısından (altı yıl dokuz aydan) fazla olduğu; kasten insan öldürmeye teşebbüs suçu için öngörülen cezanın, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası olduğu (TCY'nin 35/2); anılan suçlar arasında hiyerarşik bir denge (önem sırası, daha ağır bir ceza ile cezalandırmayı gerektirme hali) bulunduğu; uygulamada birliğin sağlanması için bu dengenin korunması gerektiği, 35. maddenin uygulanmasında esas alınması gereken tek "ölçüt"ün "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" olduğu; 35. madde uyarınca cezanın alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesinde yargıca takdir hakkı tanınmış ise de, takdirde yanılgı bulunup bulunmadığını denetlemenin, uygulamada birliği sağlamakla görevli Yargıtay'a ait olduğu; "tehlike" sözcüğünün, büyük bir zarara ya da yok olmaya yol açabilecek bir durum ya da şey olarak, "zarar" sözcüğünün, bir şeyin, bir olayın yol açtığı kötü sonuç olarak, "hayatî tehlike" kavramının, yaralama ile başlayan ve ölüme yol açabilen, tedavi ile düzelse bile kişiyi ölüme yaklaştırmış olan tablo olarak tarif edildiği; bir olayda, olayımızda olduğu gibi, tehlike (atışların isabet etmemesi) ve zarar (yara meydana getirilmesi) hallerinin*

[1] 1. CD. 25.09.2006. 3736.
[2] 1. CD. 07.07.2006. 3033.
[3] 1. CD. 02.04.2008. 2590.

birlikte bulunmasının mümkün olduğu konuları göz önünde tutularak somut olaya bakıldığında; 35. madde uyarınca, meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığına göre, cezanın üst sınırdan tayini gerektiği anlaşıldığı halde, oniki yıl hapis cezası verilerek eksik ceza tayini..."[1].

- *"Kurulan hükümde, teşebbüs nedeniyle ceza tayin edilirken, yaraların yer ve nitelikleri gözetilerek, cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak tayini gerektiğinin düşünülmemesi..."*[2].
- *"Sanığın, eşi mağdur Nezaket ile mağdur Hasan'a hayati bölgelerine birden fazla bıçak darbesi isabetiyle hayati tehlike geçirip, 45'er gün iş ve güçlerinden kalacak şekilde vurduğu, olay yeri havaalanı güvenlik görevlilerinin sanığın üzerine atlayarak etkisiz hale getirip, bıçağı elinden almalarıyla, sanığın karşılaştığı mâni hal nedeniyle mağdurlara yönelik eylemini devam ettiremediği anlaşılmakla, sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanması sırasında, yaraların yer ve nitelikleri, meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığına göre, cezanın en az miktarda indirime tabi tutulması gerektiği..."*[3].
- *"Sanığın,cadde üzerinde müşterek çocukları ile birlikte yürüyen, ayrı yaşadığı katılan eşine saldırıp bıçakla, sol kalça bölgesine dört kez, sol göğüs bölgesine de 5. interkostal aralığa denk gelecek şekilde bir kez vurmak suretiyle katılanı öldürmeye teşebbüs ettiği olayda; sadece sol göğüs bölgesindeki hemotoraksa neden olan bir adet kesici delici alet yaralanmasının yaşamsal tehlikeye yol açması, kalça bölgesindeki dört adet yaralanmanın ise hiçbirinin kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olmayıp, her birinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olması karşısında, 13 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası öngören[b] 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin uygulanması sırasında, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte dikkate alınarak alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza tayini yerine, en üst sınırdan 20 yıl hapis cezasına hükmedilmesinde isabet bulunmamaktadır"4. ZEMİN RENGİ KALKACAK*
- *"Mağdurdaki sekiz adet kesici delici alet yarasından iki tanesinin ayrı ayrı hayati tehlike doğurup, 25 gün iş ve gücüne mâni oldukları gözetildiğinde, meydana gelen zararın ağırlığı nedeniyle, teşebbüsle ilgili 35. madde uygulamasında cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi yerine hiç isabet almayan mağdurlara yönelik eylemlerde verilebilecek cezaya eşdeğer sınırdan ceza verilmesi..."*[5].
- *"Mağdur müdahil Ahmet'in maruz kaldığı öldürmeye teşebbüs olayında; karaciğer, dalak, akciğer, büyük damar ve fibular sinir yaralanması sonucu hayati tehlike geçirip 45 gün mutad iştigaline engel ve uzuv tatiline neden olacak mahiyette yaralandığının anlaşılması karşı-*

---

1. 1. CD. 29.12.2011. 8662.
2. 1. CD. 29.11.2006. 5309.
3. 1. CD. 22.11.2006. 5106.
4. CGK. 30.5.2017. 490/299
5. 1. CD. 26.12.2006. 6018.

*sında; **TCK** 35'te öngörülen zarar ve tehlikenin ağırlığı hususları dikkate alındığında, bu maddenin uygulanmasında azami miktarda ceza tayin edilmesinin adil olacağı gözetilmeden, yazılı şekilde hiç isabet kaydedilmeyen öldürmeye teşebbüs eyleminde uygulanması mümkün olan asgari hadden ceza tayini yasaya aykırıdır"*[1].

! *"Sanık hakkında verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken; mağdurun toplam 16 bıçak darbesiyle hayati tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığı, bunlardan iki tanesinin öldürücü nitelikte olduğu, mağdurun akciğerine bıçak isabet ettiği göz önüne alındığında, meydana gelen zararın ağırlığı ile orantılı, ceza adaletini sağlayacak düzeyde indirim yapılması gerekir"*[2].

D. Teşebbüs İle İlgili Bazı Meseleler

➳ Bu konuda akla gelebilecek bir husus, failin öldürme kastı ile hareket ettiği hallerde, mağdurun yaralanmasına rağmen ölmemesi halidir. Bu tip hallerde fail hakkında kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı dava açılır ve yargılama müddetince mağdurun ölmemesi halinde faile, öldürmeye teşebbüsten dolayı ceza verilir. Mağdurun yargılama sırasında ölmesi halinde yeni bir iddianame ile kasten öldürmeden dolayı yargılama yapılması sağlanır. Kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı hüküm verilir de hüküm kesinleştikten sonra mağdur ölürse, bu takdirde fail bu kez kasten öldürmeden yargılanır. Mesela, bir kimsenin başkasına zorla AIDS virüsü enjekte etmesi halinde, AIDS virüsü yıllar sonra etkisini göstereceğinden kasten öldürmeye teşebbüs söz konusu olur. Virüsün etkisini mutlaka göstereceği ve mağdurun mutlaka ölecek olması failin tamamlanmış öldürmeden dolayı cezalandırılmasını gerektirmez. Cezalandırma mevcut neticeye göre yapılacaktır. Neticenin ileriki bir zaman içinde mutlaka meydana gelecek olması bu bakımdan önemli değildir. Sanığın tekrar yargılanması, aynı olaydan dolayı iki defa yargılama olamayacağı kuralına (ne bis in idem) aykırı değildir. Zira burada eylem yargılanmaktadır ve eylem, neticeyi de içerir. Ölüm gerçekleşmeden önce yapılan yargılama bu durumda eksiktir ve ölüm neticesinin gerçekleşmesiyle beraber, bu netice nedeniyle yargılama yapılabilmelidir. Bu durumda yargılamanın yenilenmesi değil, ilk yargılamaya devam edilmesi söz konusu olacaksa da ceza muhakemesi sistemimizde bu mümkün olmadığından bu tür durumlara yönelik olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'na bir hüküm konulmalıdır.Belirtelim ki, Yargıtay da bu görüşümüzü kısmen benimsemiştir. Yargıtay mevcut sistemde, önceki kesinleşmiş hükme rağmen, sanık hakkında yeni netice ile ilgili olarak dava açılması ve sonuçta verilecek cezanın mahsup edilmesi gerektiği görüşündedir[3].

---

[1] 1. CD. 04.12.2006. 5377.

[2] 1. CD. 13.07.2006. 3189.

[3] Sanığın sevk ve idaresindeki araç ile 10/12/2002 tarihinde mağdur yaya B. Ö.'a çarparak yaralamasından dolayı açılan taksirle yaralama suçundan yapılan yargılama sonunda mahkece 21.10.2003 tarihinde, 2002/558 Esas ve 2003/331 Karar sayı ile verilen mahkûmiyet hükmünün temyiz incelemesinden geçmeden 30/10/2003 tarihinde kesinleşmesinden sonra, mağdur B.

➳ Failin suçun nitelikli haline yönelik kastı ortaya konulabiliyorsa, henüz suçun basit haline yönelik icra hareketlerine rağmen, suçun nitelikli haline teşebbüs kabul edilebilir[1].

Bu konuda, olayda şahsi cezayı artıran nitelikli haller ve fiili cezayı artıran nitelikli hallerin bulunmasına göre ayrım yapılabilir. Şahsi ağırlaştırıcı sebepler zaten sübjektif nitelikte olduğu için, suçun tamamlanmaması bunlara etki etmeyecektir, yani bu sebep dolayısıyla failin cezası artırılacaktır. *Yargıtay* bir kararında; üzerinde manevi nüfuza sahip olduğu yengesinin zorla ırzına geçmeye (cinsel saldırı ve tecavüz) teşebbüs eden sanık hakkında 765 s. **TCK**'nın 416/1 ve 61 (5237 s.k. m. 102/2, 35) maddelerini uygulayan mahkeme kararının doğru olduğuna ve ayrıca **TCK**'nın 417. maddesi uyarınca cezanın artırılması gerektiğine de işaret etmiş, fiilin eksik teşebbüs halinde kalmış olması halinde de şahıstan kaynaklanan ağırlatıcı sebebin tatbik edileceğini kabul etmiştir[2]. Suçun maddi konusuna ve vasıtaya ilişkin sebepler icra hareketleri içinde tamamlanmış veya tamamlanmamış olabilir. Fiilin kesilmesi veya sonuca ulaşılmasından önce fiilde mevcut bulunan ve tamamlanan ağırlatıcı sebepler suçun ağırlatıcı haline teşebbüsten dolayı cezalandırmaya neden olur. *Yargıtay*, sanığın yağma yapmak için mağduru bıçakla yaralayarak öldürmek istediği, ancak öldürmeye muvaffak olamadığı, failin suç işlemek için adam öldürmek istediği ancak öldürme isteminin teşebbüs derecesinde kaldığı, bu nedenlerle failin ağırlaşmış teşebbüs ve yağmadan

---

Ö..'ın 10/07/2005 tarihinde öldüğü ve 12/09/2007 tarihli adli tıp raporuyla olay ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğunun saptandığı anlaşıldığından, sanık hakkında taksirle öldürme suçundan kamu davası açtırılması sağlanıp yapılacak yargılama sonucunda mevcut delillere göre sanığın bu suçtan cezalandırılması halinde taksirle yaralama suçundan önceden verilip kesinleşen cezanın mahsubu gerekirken, gerek Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 28.09.2009 tarihli 2009/7301 - 9322 Esas ve Karar sayılı ve gerekse Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 27.04.2012 tarihli 2012/2472 - 11235 Esas ve Karar sayılı bozma ilamlarına uyulduğu halde bozma gerekleri yerine getirilmeden ve taksirle öldürme suçundan açılmış ayrı bir kamu davası bulunmadığı, iş bu dosyanın yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine yürütüldüğü, 5271 sayılı CMK'nın 314. maddesinde yargılamanın yenilenmesi için öngörülen koşullar oluşmadığından, aynı Kanun'un 315/2. maddesindeki "Hatanın giderilebilmesini sağlayacak başka bir yol varsa, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez" hükmü de dikkate alınarak, CMK'nın 314, 315. maddeleri gereğince davanın reddine karar verilmesi yerine, açılmış ayrı bir kamu davası varmış gibi hatalı değerlendirme yapılmak sureliyle mükerrer dava olduğundan bahisle CMK'nın 223/7. maddesi gereğince kamu davasının reddine karar verilmesi, kanuna aykırıdır". 12. CD. 18.06.2014. 15160.

[1] Sanıklar Ercan ve Ünal'ın mağdureyi inşaat alanına zorla götürmelerinden sonra sanık Ünal'ın "sıra bana da gelecek" deyip biraz ileride beklemeye başladığı, sanık Ercan'da ırza geçme isteğini sözlü olarak ifade edip bunu temin için mağdureyi yanında bulundukları inşaatın penceresinden içeri sokmak istediği, elinde bıçağı gösterip gelmezsen keserim dediği, mağdurenin orada bulunan ağaca tutunup karşı koyduğu, bu aşamada gelen sanık Resul'ün diğer sanıklara "siz işinizi halledin, sıra bana geldiğinde ben de payımı alırım" dediği, telefonla durumu öğrenip olay yerine eşinin gelmesi ve mağdurenin karşı koyması sonucu eylemlerini tamamlayamadıkları, sanıkların nitelikli cinsel saldırı amacında olduklarını sözlü olarak ortaya koyup bu suçun zor unsurunu gerçekleştirmiş olduklarından suçun icra hareketlerinin başladığı ve sabit olan fiillerinin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs vasfında olduğu nazara alınmadan nitelendirmede yanılgıya düşülerek sanıklar Ercan ve Resul'ün cinsel taciz suçundan cezalandırılması. 5.CD. 26.01.2009. 14747/352.

[2] 5. CD. 09.10.1984. 3659.

cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir[1]. Failin hırsızlık için kapıyı kırıp içeri girmesi ve bu sırada yakalanması durumunda hırsızlığın ağır şekline teşebbüs vardır. Öyleyse, teşebbüsün varlığı durumunda fiili ağırlatıcı sebepler bakımından failin cezasını artırabilmek için icra hareketlerinin kesildiği anda bu nedenler bitmiş tamamlanmış olmalıdır[2].

Nitelikli hallerin söz konusu olduğu hallerde ise ceza tayini şöyle yapılacaktır: "*Nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs nedeniyle **TCK**'nın 103/6. maddesinde beliren hal gerçekleştiği takdirde, önce temel cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılması, daha sonra 103/6. maddesinin uygulanması gerekir*"[3].

Teşebbüs ve tamamlanma ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer hususlar da şunlardır[4]:

- Saatini ve cüzdanını vermesi için bir kimseyi tehdit eden failin, mağdurdan sadece saatini alabilmesi durumunda suç tamamlanmıştır, suçun teşebbüs halinde kaldığı söylenemez. **Kural şudur**: Failin hedeflediğinin daha fazla olmasına rağmen, daha azını elde ettiği hallerde suçun teşebbüs halinde kaldığını kabul etmek mümkün değildir, suç tamamlanmıştır. Bir diğer örnek: Bir eve girip de üç tabloyu çalmak isteyen hırsızın, sadece iki tablo çaldıktan sonra yakalanması durumunda, teşebbüs söz konusu olmaz. Hırsızlık suçu tamamlanmıştır. Bununla beraber, sanıkların çalmak istedikleri dört kasa kayısıdan üç kasasını topladıkları, kalanını toplamaya fırsat kalmadan başkalarının gelmesi üzerine tümünü bırakıp kaçtıkları olayda elbette teşebbüs kabul edilecektir[5].





- Zincirleme suçta, işlenmesi kastedilen suçlardan birisi gerçekleştirildikten sonra, ikincisi veya sonrakilerin teşebbüs halinde kalmış olması halinde failin sorumluluğu, **tamamlanmış suça göre** tespit edilecektir. Zincirleme suç bakımından, ancak zincirleme suçu oluşturan müstakil suçlara teşebbüs söz konusu olabilir. Suçların hepsinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda önce bir tek suça teşebbüsün cezası belirlenecek, daha sonra da zincirleme suç hükmüne göre cezası artırılacaktır. *Yargıtay*, kısa bir süre içinde tamamlanan ilk hırsızlık ile teşebbüs aşamasında kalan son hırsızlık eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğunu, bu durumda zincirleme suç hükmüne göre uygulama sırası içinde ceza açısından en ağır sonucu doğuran eylemin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir[6]. Bu karar isabetlidir;

---

1 1. CD. 23.10.1984.4251.
2 Soyaslan. 323. Tozman. 187.
3 5. CD. 23.09.2008. 7933. aynı yönde. 5. CD. 11.11.2008. 9607. YKD 2009. 771.
4 Önder. II. 452.
5 6. CD. 12.11.1996. 11098.
6 6. CD. 08.12.1988. 13385.

çünkü zincirleme suçta en fazla cezayı gerektiren fiil temel alınmalı, artırma bunun üzerinden yapılmalıdır[1].

- Yanılma sonucu istenilenden başka şahıs veya eşya üzerinde neticenin meydana gelmiş olması durumunda teşebbüs söz konusu olmaz, **suç tamamlanmıştır** ve tektir.

- "Kesintisiz suçlar, tipiklikte gösterilen neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanmış, **fakat bitmemiştir**".

  Suçun tamamlanması evresini, bitmesi evresi izleyebilir. Suçun tamamlanması, suçun var olduğu, gerçekleştiği anı, bitmesi ise suçun son bulduğu, suç yolunun kapandığı anı gösterir. Teşebbüs halinde kalmış suçu tamamlanmış suçtan ayıran nokta bitme değil, tamamlanma anıdır[2].

  Örneğin, insan öldürme suçu, mağdurun ölümü ile tamamlandığı ve bittiği halde; hürriyeti tahdit suçu, bir kimsenin bir yere kapatılmasıyla tamamlanır, ancak henüz bitmemiştir. Kişinin tekrar hürriyetini elde etmesiyle, suç bitmiş olur.

  Hürriyeti tahdit suçuna teşebbüs, tamamlanma anına kadar mümkün olur. Dolayısıyla, suçun bitmemiş olması, teşebbüsün hala mümkün olduğu anlamına gelmez.

- Son olarak belirtmek gerekir ki, olası kastta sorumluluk meydana gelen neticeye göre belirlenir. Türk Uygulama ve Öğretisi bu sonuçta hemen hemen ittifak etmektedir. Bu itibarla, fail örneğin kastettiği kimselerin dışında başka kimselerin de ölmesi veya yaralanmasını kabullenmiş ve fakat bu kimseler isabet almamışlarsa, failin teşebbüsten ötürü cezalandırılması söz konusu olmaz: "*Sanığın, kastı ve hedefi bulunmayan kişileri yaralaması halinde ve **ancak bu şartla** eyleminin sonucundan sorumlu tutulabileceği gözetilmeden olayda yaralanmayan diğer müştekiler E ve M ile ilgili olarak beraatı yerine mahkûmiyetine hükmolunması...*"[3]. Ancak Yargıtay 2002'de verdiği bir kararında aksi yönde karar vermiştir: "*Sanığın öldürmeye elverişli tüfeğiyle yakın mesafeden maktul İsmail'in kullandığı, maktul Kemal ile mağdur Celal'in de üzerinde olduğu motosiklete öldürmek kastıyla bir el ateş ettiği, ona ateş ederken maktullerin de orada olduğunu gördüğü ve onların da vurulabileceğini öngörebilecek durumda bulunduğu dosya kapsamından anlaşıldığına göre, maktullerden her birine karşı eyleminden ayrı ayrı kasten öldürme ve mağdur Celal bakımından da kasten öldürmeye teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması gerekir*"[4]. Böylece mağdur Celal'e yönelik doğrudan kast olmamasına rağmen, teşebbüsten dolayı sorumluluk öngörülmüş bulunmaktadır. Yine mağdurun yaralandığı bir olayda, Yargıtay sanığın olası kasıtla öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiğine karar

1 Soyaslan, 321; Tozman, 186.
2 Tozman, 12-13.
3 1. CD. 02.12.2003, 2946.
4 1. CD. 18.04.2002, 1460.

vermiştir[1]. Yeni tarihli bir Ceza Genel Kurulu kararında ise *Yargıtay*'ın açıkça olası kastta netice meydana gelmemişse, failin teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı; aksinin olası kast durumunda kastın sınırlarını öngörülemeyecek derecede genişletme sonucunu doğuracağı yönünde karar verdiği görülmektedir[2].

E. Teşebbüse Elverişli Olmayan Suçlar

Teşebbüse elverişli olmayan suçlar aşağıda belirtilecektir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, ister soyut, ister somut olsun, tehlike suçlarına teşebbüs mümkündür. Örneğin[3], elindeki sprey boya ile trafik işaretini boyamak isteyen kişinin, spreyin tutukluk yapması nedeniyle fiili gerçekleştirememesi durumunda, teşebbüsten dolayı sorumlu olacağı söylenebilir,

Keza, çok hareketli suçlar da teşebbüse elverişlidir. Bu suçlarda ilk hareketin yapılması ile suça teşebbüs gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, yağma suçunda, malı almak amacıyla cebir kullanan kişi, yağma suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır.

1. Cezalandırmak İçin Kastın Aranmadığı Suçlar

TCK 35'te "*işlemeyi kastettiği*" tabiri kullanıldığından, taksirli suçlara teşebbüs cezalandırılmaz. Kaldı ki doktrinde kabul edilen hâkim görüş de taksirli suçların teşebbüse müsait olmadığı yönündedir. Zira teşebbüsün mümkün olabilmesi için, suç tipindeki bütün unsurlara yönelik olarak failde kast bulunmalıdır. Hâlbuki "taksirli suçlarda hareket istenmekte, netice ise istenmemektedir ve bu sebeple suçun bütün unsurlarına yönelik kastın, taksirli suçlarda gerçekleşebileceğinden söz etmek mümkün değildir"[4].

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda *kast+kast kombinasyonunun* söz konusu olduğu netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice gerçekleşmese dahi bu netice açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Buna karşılık *kast+taksir kombinasyonunun* söz konusu olduğu netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda gerçekleşmiş netice failce kastedilmiş netice olmadığından teşebbüs düşünülemez[5].

Yargıtay da aynı görüştedir: "*Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması nedeniyle teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden... neticesi sebebiyle ağırlaşmış bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden...*"[6]. Ancak belirtelim ki, *teşebbüs halinde kalan suçlarda da ağır netice meydana gelmişse,* bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler

---

[1] Bkz. 1. CD. 19.12.2006. 5813. Meran[2]. 381.
[2] CGK. 27.12.2005. 167.
[3] Kılıçarslan-Isfen. 85.
[4] Önder. II. 468.
[5] A.g. Tezcan/Erdem/Önok[5]. 205; Öztürk/Erdem[10]. 260; Koca/Üzülmez. 221; Heinrich (Ed. Ünver). 450 vd.
[6] 1. CD. 19.11.2007. 8540.

tatbik edilir. Örneğin, cinsel saldırı suçunda mağdurun bitkisel hayata girmesi, cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halidir. Cinsel saldırı suçu teşebbüs halinde kalmış olmasına rağmen mağdur bitkisel hayata girmişse, **TCK** 23'te belirtilen şartlar gerçekleşmişse, **TCK** 102/5 uygulanacaktır[1].

Objektif cezalandırılabilme şartlarının arandığı suçlarda, bu şartların gerçekleşmemesi halinde, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması söz konusu olamaz[2]. Ancak, cezalandırılabilme şartları içeren suçlara da teşebbüs mümkündür. Örneğin, **TCK** 161'de düzenlenmiş olan hileli iflas suçunda, failin hileli tasarruflara ilişkin icra hareketlerine başlamış olması ancak bu hareketleri tamamlayamamış olması halinde teşebbüs söz konusu olur. Burada sorun oluşturabilecek husus, failin henüz icra hareketlerini tamamlamamış olmasına rağmen, iflasa karar verilmiş olması halinde, sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir? Kanaatimce bu takdirde genel kurallardan ayrılmayı gerekli kılan haklı bir neden yoktur ve bu nedenle, objektif cezalandırılabilme şartları gerçekleşmiş olsa bile, henüz icra hareketleri tamamlanmış olmadığından, faili teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekir[3].

2. Suç Tiplerinin Yapısı Gereği Teşebbüse Elverişsizlik

a. Neticesi Harekete Bitişik Suçlar

Neticesi harekete bitişik suçlara (sırf hareket suçları) (hakaret, tehdit suçları gibi) teşebbüs mümkün değildir, zira hareket ile neticenin gerçekleşmesi arasında bir zaman aralığı bulunmamakta, hareket yapılır yapılmaz netice de gerçekleşmektedir. Dolayısıyla teşebbüs, esas itibarıyla neticesi hareketten ayrılabilen suçlar (kasten öldürme gibi) bakımından söz konusu olabilir. Bununla beraber, istisnaen neticesi harekete bitişik suçlara da teşebbüs düşünülebilir. Nitekim icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde bu suçlar teşebbüse müsait hale gelebilir. Örneğin, hakaret suçunun mektupla yapılması durumunda, mektubun yazılıp postaya verilmesi ile icra hareketleri tamamlanmış, herhangi bir şekilde mektubun muhataba ulaşmaması halinde ise suç teşebbüs halinde kalmış olur[4].

b. İhmali Suçlar

aa. Saf İhmali Suçlar

Saf ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre ihmali suçlar teşebbüse elverişli değildir. Saf ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olmamasının nedeni, netice ile hareketin bitişik olmasıdır. **Bir diğer deyişle saf ihmali suçlarda ihmali oluşturan olumsuz hareket gerçekleşir gerçekleşmez tamamlanma da gerçekleşmektedir.** Söz gelimi görevi ihmal suçu (**TCK** 257/2) bakımından "görev hiç yapılmadığı veya yapılması için mevzuatta öngörülen veya görevin niteliğinden

---

1 Bkz. CGK 13.11.2017, 5-161/232.
2 İçel/Evik, 21.
3 Ağ. Koca/Üzülmez, 305.
4 Öztürk/Erdem/Ozbek, 252.

çıkarılan süre geçtiği ya da yine mevzuat veya uygulamayla belirlenmiş biçimlere uyulmadığı" zaman suç da tamamlanmış olur. Tipikliğin maddi unsuruna dâhil unsurlar parçalara ayrılamadığından, teşebbüs olanaklı değildir. Keza bir kamu görevlisinin görevi dolayısıyla öğrenmiş olduğu bir suçu ihbar etmemesinde (**TCK** 279), hareketin yapılmaması demek, neticenin de meydana gelmesi demektir. "Bu neticeler tahakkuk etmeden yardım yapılmadığını, ihbar edilmediğini söylemeye imkân olmadığından, bu suçlarda ancak tamamlanma hali bahis mevzuudur", zira hareket emrinin yerine getirilmesindeki her tereddüt tamamlanma demektir, teşebbüs düşünülemez[1].

bb. Garantörsel İhmali Suçlar

Garantörsel ihmali suçlarda ise sadece olumsuz harekette bulunmakla suç tamamlanmış olmaz; bu hareket sonucunda kanunun aradığı neticenin de gerçekleşmesi gerekir. Örneğin ölmesini sağlamak için çocuğuna yemek vermeyen annenin fiilinin tamam olabilmesi için, neticenin gerçekleşmesi yani çocuğun ölmesi gerekir[2]. Dolayısıyla, garantörsel ihmali suçlara teşebbüs bakımından bir problem yoktur. Bu suçlara teşebbüs mümkündür[3]. Nasıl ki, icrai suç tiplerindeki neticenin meydana getirilmesi için harekete geçilip de neticenin gerçekleştirilememesi halinde bu suç tiplerine teşebbüsten söz ediliyorsa; aynı şekilde bu suç tiplerinin ihmali bir hareketle meydana getirilmesi için hareketsiz kalınması ve fakat bu neticenin bu hareketsizliğe rağmen gerçekleşmemesi halinde ihmali suçlara teşebbüsten söz etmek mümkündür. Örneğin, kasten öldürme suçunun ihmali bir hareketle meydana getirilmesi için hareketsiz kalınması ve fakat bu neticenin bu hareketsizliğe rağmen gerçekleşmemesi halinde ihmali davranışla kasten öldürme suçuna teşebbüs söz konusu olur.

Önceki kanunumuz döneminde, garantörsel ihmali suçlardaki teşebbüsün eksik mi yoksa tam teşebbüs mü olduğunu tespit önemli bir problem oluşturmaktaydı. Ancak yeni kanunumuzun eksik-tam teşebbüs ayrımına son vererek, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı kıstasını benimsemesi, kasten ihmali davranışla öldürme suçuna teşebbüs durumunda cezanın tayini bakımından büyük bir kolaylık meydana getirmiştir.

Bu durumda yukarıda verdiğim kıstaslar da nazara alınmak suretiyle her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Buna göre tehlikenin yakınlığına rağmen kardeşine yardım etmeyen kimsenin ihmalinde, o bölgeden uzaklaşıncaya kadar cezada fazla indirim; o bölgeden uzaklaşmasına rağmen kardeşin herhangi bir şekilde kurtarılarak neticenin meydana gelmemesi halinde ise tehlikenin ağırlığı düşünülerek cezada daha az indirim yapılabilir. Annenin çocuğunu emzirmemesi olayında da çocuk tehlikeye girdiği andan itibaren teşebbüs kabul edildiğine göre bu andan çocuğun kurtarılmasına kadarki evre içerisinde geçen güne göre ve çocuğun içinde bulunduğu duruma göre failin cezasında indirim yapılmalıdır. Burada, bir çocuk aç bırakıldığı takdirde, yaşına ve fizyolojik durumuna göre hangi günden itiba-

---

[1] Hakeri, İhmal, 263 vd.
[2] Tozman, 121.
[3] A.g. Özgenç, 405, 406; Koca/Üzülmez, 353; Tozman, 163.

ren ölme tehlikesinin mevcut olduğu araştırılarak indirim miktarı belirlenebilir. Şüphe olan hallerde ise "**in dubio pro reo**" (şüpheden sanık faydalanır) kuralı gereğince failin lehine düşünmek lazımdır.

Neticenin meydana gelmesi ancak riskli karşı araçların kullanılması (söz gelimi iyice kötü duruma düşmüş çocuğun suni beslenmesi ile) ile önlenebilecek ise bu durumda failin cezasında yapılacak indirim az olabilir.

F. Gönüllü Vazgeçme

OLAY:

ABİSİ C'NİN ÖLÜMÜNDEN D'Yİ SORUMLU TUTAN VE İNTİKAM ALMAK İSTEYEN K, D'NİN 12 YAŞINDAKİ OĞLU P'Yİ OKUL DÖNÜŞÜ ZORLA ARABAYA BİNDİRİR. K, P'Yİ DAHA ÖNCE DURUMU ANLATIP ANLAŞTIĞI ARKADAŞI L'NİN EVİNE GÖTÜRÜRKEN YOLDA POLİS KONTROLÜNE YAKALANIR. PANİĞE KAPILAN K, P'Yİ KONTROL NOKTASINDA ARABADAN İNDİREREK HIZLA KAÇAR.

Teşebbüs bahsinin en başında gösterdiğimiz suç yoluna bazı eklemeler yapıp, bunun sonuçları üzerinde duralım:

- En başta bir suç işleme kararı vardır (KARAR)
- Kararı hazırlık hareketleri takip eder (HAZIRLIK HAREKETLERİ)
- Hazırlık hareketlerinden sonra icra hareketlerine başlanılır (İCRA HAREKETLERİ)
- **Fail icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer.**
- **Fail icra hareketlerini bitirdikten sonra kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önler.**
- Suç tamamlanamaz, netice gerçekleşmez (TEŞEBBÜS)

TCK 36'ya göre suça teşebbüs eden kişi başladığı icra hareketlerinden isteyerek, gönüllü olarak yani elinde olan sebeplerle vazgeçerse; ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse gönüllü vazgeçme söz konusu olur. Gönüllü vazgeçmede, o ana kadar yapılan icra hareketlerinin başka herhangi bir suçu oluşturmaması halinde faile ceza verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Örneğin, Faik öldürmek için silah çekip kafasına dayadığı kişinin yalvarması sonucu öldürmekten vazgeçerse, bu arada öldürme tehdidinde bulunmuşsa sadece **TCK** 106 söz konusu olabilir. Keza silahı ruhsatsız ise ruhsatsız silah taşımak suçu dışında herhangi bir eylemden cezalandırılmaz. Silahı ruhsatlı ise hiçbir şekilde cezalandırılmaz.

Gönüllü vazgeçmenin neden kabul edildiği konusunda çeşitli teoriler bulunmaktadır[1]. Bunlar başlıca hukuk teorileri ve suç politikasına ilişkin teoriler olmak üzere iki gruba ayrılabilir.

---

[1] Gönüllü vazgeçme kurumunun klasik bir Kıta Avrupası kurumu olduğu ifade edilmektedir. Geleneksel Anglo Sakson Hukuku bu kurumu reddetmekle, ancak bazı eyalellerde çok sınırlı olarak uygulanmaktadır. Akyürek, 184, dn. 1.

Hukuk teorileri failin gönüllü vazgeçmesi durumunda hukuka aykırılığın ya da kusurun ortadan kalktığını ve bu nedenle faile ceza verilemeyeceğini savunan teorilerdir. Suç politikasına ilişkin teoriler ise failin vazgeçmesiyle hukuka aykırılığın ya da kusurun ortadan kalkmasının mümkün olmadığını, gönüllü vazgeçme nedeniyle faile ceza verilmemesinin ancak ceza siyaseti düşünceleriyle açıklanabileceğini ifade etmektedir.

Suç politikasına ilişkin teorilerin en çok bilineni ve kabul göreni ise "**altın köprü**" teorisidir. Bu teorinin temel fikri, faile, onu suçu tamamlamaktan alıkoymak için bir neden/teşvik/saik sunmaktır. Bu saik/teşvik –"altın köprü"- gönüllü vazgeçme halinde faile teşebbüsten dolayı ceza verilmeyeceği sözüdür. Bu teoriye göre teşebbüsün cezalandırılabilirliği "geriye doğru feshetme/ortadan kaldırma" yoluyla varlık dünyasından yok edilemez. Ancak kanun koyucu suç politikası nedenleriyle, aslında cezalandırılabilir olan faile, fiilden çekilmesi için altın bir köprü inşâ etmektedir[1]. Kanun koyucu bu imkânı tanımak suretiyle kişileri suç işlemekten vazgeçmeye teşvik etmek istemiştir. Gerçekten de kafasına silah dayadığı kişinin yalvarması karşısında vazgeçen kişi, bu vazgeçme ödüllendirilmeyecek olsa idi, "*zaten ceza alacağım, o zaman öldürürüm*" şeklinde düşünebilirdi.

Anayasa Mahkemesi de bu maddeye yönelik itirazı reddederek, hükmün suç politikasının temel araçlarından olduğuna işaret etmiştir[2].

> "*Sanık Derya'nın eşi ile arasında geçen tartışma sonrası tuz ruhu içerek intihar etmeyi düşündüğü, önce oğlu bir yaşındaki Alican'a tuz ruhu içirdiği, daha sonra kendisinin tuz ruhu içtiği, bilincini kaybetmeden oğlunun rahatsızlandığını görünce pişmanlık duyarak oğlunu hastaneye kaldırdığı, hayati tehlike geçiren Alican'ın yoğun tedavi sonucu yaşama döndürüldüğü olayda, sanık icra hareketlerini tamamlayıp neticenin meydana gelmesini engellediğinden, TCK 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü göz önünde tutularak yaralama suçundan" dolayı hüküm kurulması gerekir (1. CD, 14.11.2007, 8392).*

TCK m. 36' da icra hareketlerinin devam ettirilmesinin zorunlu olması şeklindeki teşebbüsle (örneğin çekilen silahın ateşlenmesinin gerekli olması gibi), bunun gerekli olmadığı (örneğin zaman ayarlı bir bombanın kurulup patlatılmak istenen yere konması, öldürülmek istenen kişinin içkisine zehir katılması gibi) ayrılmıştır. Birinci durumda failin gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanabilmesi için gönüllü olarak icrayı devam ettirmemesi (örneğin silahı ateşlememesi ve cebine koyması) yeter; ikinci durumda ise failin gönüllü olarak fiilin tamamlanmasını engellemesi (örneğin bombayı patlamadan önce etkisiz hale getirmesi, öldürmek amacıyla yaraladığı kimseyi kurtarmak için doktor getirmesi veya hastaneye götürmesi, zehirlediği kişiyi kusturucu ilaçlarla veya panzehir vererek kurtarması, öldürmek amacıyla denize attığı kişiyi denizden çıkarması vs.) gerekir.

Böylece, icra hareketlerinden vazgeçme negatif bir özelliğe sahiptir; bir diğer deyişle kararlaştırılan suç faaliyetinin sonuna kadar götürülmemesidir. Bu durumda failin soyut bir durması yetecek ve aktif bir hareket gerekmeye-

[1] Tozman, 195-196
[2] AYM, 30.01.2008 (RG), 1.

cektir. Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemek ise pozitif bir özellik taşır; bir diğer deyişle sonucu önleyecek yeni bir faaliyetin icra edilmesini gerektirir. Ancak ihmali suçlarda, özellikle garantörsel ihmali suçlarda icra hareketlerinden vazgeçme zorunlu olarak pozitif bir fiili, yani yapılmayan hareketin yapılmasını gerektirir. Örneğin ölmesi için çocuğunu emzirmeyen anne, bu kararından vazgeçmesi halinde hareketsiz kalmakla yetinemez; çocuğunu emzirmek veya yemek yedirmek zorundadır[1].

Bu vesileyle belirtelim ki, garantörsel ihmali suçlarda da gönüllü vazgeçme olanaklıdır. Örneğin garantörsel ihmali suçlarda, çocuğunu aç bırakan annenin bir süre sonra çocuğuna yemek vermesi veya komaya giren çocuğunu kurtarmak için hastaneye götürmesi mümkündür.

Öğretide TCK 36 hükmünün aşırı bir düzenleme olduğu, böylece örneğin öldürmek için ateş eden kimsenin, kurşunun isabet etmemesinden sonra öldürmekten vazgeçmesi durumunda, teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı eleştirisi yöneltilmektedir[2]. Kanımca, verilen örnekte icra hareketleri tamamlanmış bulunduğundan, failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi için suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi gerekmektedir. Olayda ise fail suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemediğinden 36. madde hükmünden faydalanamayacak ve teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

1. Gönüllü Vazgeçmenin Şartları

a. Suçun Tamamlanmamış Olması

Gönüllü vazgeçme suç bütün unsurlarıyla tamamlanmadan önce mümkün olup, icra hareketlerinin fail tarafından gönüllü olarak bitirilmemesini ifade ettiği gibi, icra hareketleri bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, failin elinde olan sebeplerle, kastettiği suçun neticesinin gerçekleşmesine engel olması durumu da gönüllü vazgeçmedir. Bir kimseyi öldürmek için zehirleyen failin, bilahare mağdura panzehiri vermesi gibi.

Suç tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme söz konusu olamaz; şartları gerçekleşmişse, etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir. Nitekim kanunumuz da gönüllü vazgeçme bakımından ya icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçilmesi ya da icra hareketleri bitmiş olsa bile suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi gerektiğini aramaktadır (TCK 36).

İcra hareketlerine devam edilmemesi durumunda, bu hareketlere son verilmesi yeterli iken; icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmeden bahsedebilmek için pasif bir hareket yeterli olmayıp, failin harekete geçirdiği nedensel süreci, bilinçli ve iradi olarak aktif bir hareket ile kesmesi gerekir. Failin ciddi bir çaba göstermesi aranmaktadır. Failin aktif çaba göstermeksizin, örneğin mağdurun telefonla yardım çağırmasına müsaade etmesi de vazgeçme olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki,

---

[1] Tozman, 192-193.
[2] Toroslu/Ersoy, 13.

failin yanlışlıkla veya bilmeden suçun tamamlanmasını engellediği hallerde, gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez[1]. Vazgeçme iradi olmalıdır.

Diğer yandan, failin vazgeçmesi kesin olmalıdır. Fail icra hareketlerini sadece geçici olarak, çok kısa bir süre için terk etmiş ve zamansal olarak çok yakın bir süre sonra o ana kadar gerçekleştirdiği icra hareketlerini kaldığı yerden devam ettirmek istiyorsa, icra hareketlerinden vazgeçilmesi söz konusu değildir. Örneğin fail bir mağazayı kapısını kırarak soyma teşebbüsünü, o anda henüz yoldan geçenler olduğu ve içerde de çalışanların bir kısmı henüz işlerini bitirip çıkmadıkları, bu engeller ortadan kalktıktan hemen sonra işini rahat yapabilmek için yarıda kesmişse, fiiline sadece ara vermesi onun icra hareketlerini bıraktığı anlamına gelmez. Aynı şekilde fail sadece suçu

---

[1] SİS. Eser, §24. kn. 595 - Öğretide: *"Yeni TCY'nın sisteminde, gönüllü vazgeçme: gerek icra hareketleri aşamasında, gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü vazgeçmesini ifade etmektedir. Suçun icrası tamamlanıncaya, neticenin ayrıca unsur oluşturduğu suçlarda, netice gerçekleşinceye kadar, gönüllü vazgeçme mümkündür. Vazgeçmenin gönüllü olması gerekir. Yani herhangi bir engel olmaksızın, pişmanlık duyarak kişinin suç işlemekten vazgeçmiş olması gerekir"* (İzzet Özgenç, TCK Gazi Şerhi Genel Hükümler, s.488)

"Teşebbüs halinde faildeki suç işleme düşüncesi ve kastı sürmektedir. Gönüllü vazgeçmede ise fail eyleminden dönüp, suçun oluşmasını önlemeye çabalamaktadır. Kişilere pişman olma olanağı tanınması, onların suç işlemeden toplumu kazandırılması, cezalandırılma ile elde edilecek yarardan çok daha faydalı görülmektedir. Kanunumuzda yer alan düzenlemenin temelinde, eylemin vazgeçme anına kadar icra edilmesi dolayısıyla bir haksızlık teşkil ettiği, ancak suç politikası gereği cezalandırılmak istenilmediği fikrinin yattığı söylenebilir. Bu husus madde metninde, vazgeçme halinde failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı ve fakat tamam olan kısmın suç oluşturması durumunda o suçun cezası ile cezalandırılacağının açıklandığı cümlelerden anlaşılmaktadır" (Osman Yaşar - Hasan Tahsin Gökcan - Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt s.1064),

"İcra hareketlerinden vazgeçme negatif bir özelliğe sahiptir. Bu durumda failin soyut durması yetecek ve aktif bir davranış gerekmeyecektir. Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemek ise, pozitif bir özellik taşır, bir diğer deyişle sonucu önleyecek yeni bir faaliyetin icra edilmesini gerektirir" (Prof. Dr. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.420),

"Elde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleştirilememesi teşebbüsün kurucu unsurunu oluşturmaktadır. Buna göre icra hareketlerinin tamlanmaması veya neticenin gerçekleşmemesi failin elinde olan sebeplerden kaynaklanmışsa teşebbüsten söz edilmeyecektir. Gönüllü vazgeçme olarak nitelenen bu durum TCK'nun 36. maddesinde düzenlenmiştir" (Prof. Dr. Mahmut Koca- Doç. Dr. İlhan Üzülmez, Türk Ceza hukuku Genel Hükümler, s.349).

"Fail, sonucu gerçekleştirebilme ve icra hareketlerini devam ettirebilme olanağına sahip olduğu halde, bunu ettirmemiş ise, vazgeçme gönüllüdür. Ancak, istediği halde, buna olanak bulunmadığı için hareketlerini devam ettirmemiş ise, vazgeçme gönüllü değildir" (Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş 3. Baskı s. 478) şeklindeki açıklamalarla gönüllü vazgeçmenin saptanmasında göz önüne alınacak kriterler ortaya konulmuştur...Ağabeyine ait işyerinde, mağduru öldürmeye yönelik olarak dokuz adedi yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde 24 yerinden bıçaklayan, icra hareketlerini tamamladıktan sonra ve fakat ölüm sonucu gerçekleşmeden önce eyleminden dolayı pişmanlık duyarak mağdurun yaralarına üzerindeki kıyafet ile tampon yapan, ambulans çağıran, büro sahibi olan ağabeyine de haber verip onun da ambulans çağırmasını sağlayan, mağdura ulaşılması kolay olsun diye büro kapısını açık bırakan, bina görevlisine *"yukarıda yaralı var, hemen ambulans çağır"* diye söyleyerek onu da mağdur ile ilgilenmeye yönlendiren, olay yerine çok yakın bir yerden geçmekte olan emniyet ekiplerine yaralama olayını anlatarak adresi söyleyen, mağdurun çok geçmeden hastaneye yetiştirilmesi ve ameliyat sonucu hayatının kurtulması için aktif eylemde bulunan sanığın, öldürme suçunun icra hareketlerini tamamladıktan sonra, fakat ölüm sonucu meydana gelmeden önce iradi olarak aktif davranışlar ve ciddi çaba göstermek suretiyle, diğer etkenleri de harekete geçirerek kasten öldürme suçunun tamamlanmasını ve sonucun gerçekleşmesini önlediği anlaşıldığından, olayda TCY'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme koşullarının oluştuğunun kabulu gerekmektedir". CGK, 28.02.2012, 60.

işleme şeklini/modelini değiştirmişse icra hareketlerini bırakmış değildir. Yine, fail fiilini yeni bir araçla işlemeye başlamışsa icra hareketini terk etmiş değildir. Örneğin mağduru önce bıçakla öldürmek isteyip, daha sonra bunun çok zaman alacağını düşünüp tabancasını çeken fail somut öldürmeye teşebbüsten vazgeçmiş değildir[1].

Buna karşılık, fail icra hareketlerine başladıktan sonra yarıda bırakmış ve icraya uzun sayılabilecek bir ara vermiş ve daha sonra tekrar aynı suçun icrasına başlamışsa, gönüllü olmak şartıyla önceki vazgeçmesi gönüllü vazgeçme sayılabilir[2].

İcra hareketlerinin henüz bitmemesi halinden farklı olarak, icra hareketlerinin bitirilmesinden sonra gönüllü de olsa sadece icra hareketlerinin terk edilmesi cezadan kurtulmak için yeterli değildir. **TCK** 36'ya göre "fail kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini" önlemelidir. Buna göre, failin sonucu önlemeye yönelik *aktif hareketlerde* bulunması gerekir; pasif davranış, sadece fikrini değiştirme ya da sadece hareketsiz kalma hiçbir zaman yeterli değildir. Fail, örneğin mağdurun doktora telefon etmesine müdahale etmese de yani olayı oluruna bıraksa da hareketi aktif olarak sonucu önlemeye yönelik olmadığı için faili cezadan kurtarmak için yeterli değildir. Aynı şekilde, bir köpek, fail tarafından yerleştirilen zaman ayarlı bir bombanın ayarını artık patlamayacak şekilde bozsa ve fail yaptığı işten pişman olup buna müdahale etmese yine aktif bir şekilde sonucu önlemeye yönelik davranışlarda bulunmadığı için gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz. Bunun gibi fail, bilinçli olarak üçüncü bir kişinin sonucu önlemesine müdahale etmese ve hatta bu hareketi onaylasa bile, sonucu önlemeye yönelik aktif bir hareket olmadığı için cezadan kurtulamaz. Bu nedenle, failin bilinçli ve istekli olarak sonucu doğurmaya uygun nedensel süreci kesmesi zorunludur; öyle ki davranışı iradesinin bir ürünü olmalıdır ve sonuç gerçekleşmemelidir[3].

Aralarında çıkan tartışmada eşi mağdureye tabanca ile bir el ateş ederek yaralayan sanığın, mağdurenin yere düştüğünü görünce tedavisini yaptırmak amacıyla evde bulunan kız kardeşi Elif ile birlikte hastaneye götürdüğü, mağdurenin tıbbi tedavi sonucu ölümden kurtulduğu dosya içeriğinden anlaşılmakla, sanık hakkında **TCK** 36'nın uygulanması gerekip gerekmediğinin karar yerinde tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir[4].

„Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık Hatice ile mağdur Ahmet'in gayri resmi olarak aynı evde birlikte yaşadıkları, olay gecesi fazla miktarda alkol alan mağdur Ahmet'in sanık Hatice'ye hakaret etmesi üzerine tartıştıkları, bir süre sonra sanığın patates kızartması yapmaya başladığı, mağdurun tekrar hakaret etmesi üzerine tavadaki kızgın yağı mağdurun üzerine dökerek, yüz, boyun, kol, gövde ve genital bölgede ikinci ve üçüncü derecede yanık meydana getirip, yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaraladığı, sanığın eylemlerini tamamladıktan sonra polis ve ambulansı telefonla arayarak mağdurun hastaneye götürülmesini sağladığı olayda, sanık hakkında gönüllü vazgeçme-

1 Tozman, 216.
2 Tozman, 219.
3 Tozman, 259.
4 1. CD, 10.12.2007, 9256.

yi düzenleyen TCK.nun 36. maddesinin uygulanıp, uygulanmayacağının tartışmasız bırakılması" bozma nedenidir[1].

Failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için vazgeçme başarılı olmalıdır. Bunun anlamı, neticenin gerçekleşmemesidir[2]. Failin sonucu önlemeye yönelik hareketinin sonucun önlenmesi bakımından en azından başka etkenlerle birlikte nedensel bir etkide bulunması gereklidir. Sonuç üçüncü kişinin müdahalesi sonucu meydana gelmemişse, failin üçüncü kişinin kurtarma davranışına nedensel katkısının olması gerekir. Örneğin mahkeme kararına[3] konu olan bir olayda, failin mağduru şakağından silahla bürosunda vurduktan sonra dışarı çıkıp uzaklaşırken silah sesini duyup büroya doğru koşan memura "patronunuzla ilgilenseniz iyi olur" demiştir. Memur bunu zaten istediği ve yapacağı için failin sözlerinin olay sürecine hiçbir etkisi yoktur ve bu nedenle de bir önleme değildir[4].

Ayrıca neticenin önlenmesi, failden kaynaklanmalıdır. Örneğin bir kimse ağır yaraladığı mağduru ıssız bir yerde bırakmış, mağdur orada tesadüfen bulunmuş ve kurtarılmış olsa, fail hiçbir kurtulma şansı meydana getirmediği için bu durumdan yararlanamaz. Böylece sonucun tesadüfen meydana gelmediği hallerde buna faili cezadan kurtarıcı bir sonuç bağlanılmasından kaçınılmalıdır. Örneğin bir kimse sırf suçlu olduğu ortaya çıkmasın diye polisi aramış olsa ve böylece istemeden polis tarafından gerçekleştirilen bir kurtarmaya neden olmuş olsa, burada sonucu önleme konusunda bir kastının olmaması nedeniyle gönüllü bir vazgeçme yoktur. Yine fail sadece çok tâli hareketlerde bulunmuşsa sonucun meydana gelmemesinden yararlanmamalıdır[5].

Failin gösterdiği çabaya rağmen netice gerçekleşmişse fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz[6]. Ancak kanunumuz iştirak halinde işlenen suçlarla sınırlı olmak üzere bu takdirde de gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasına olanak tanımış bulunmaktadır (bkz. TCK 41/2).

b. Vazgeçmenin Gönüllü Olması

Gönüllü vazgeçmenin en önemli şartı, vazgeçmenin, gönüllü olmasıdır. Failin ne için vazgeçtiğinin veya vazgeçmenin gerçek bir pişmanlığın mı sonucu olduğunun önemi yoktur[7].

Gönüllü vazgeçme konusunda en önemli konu, vazgeçmenin ne zaman gönüllü olduğunu belirlemektir.

Acaba, alarmın çalması, ezan okunması, mağdurun karşı koyması, kapıyı açmak için kullanılan maymuncuğun kırılması, köpeğin havlaması üzerine failin fiiline devam etmekten vazgeçmesi halinde vazgeçme gönüllü müdür? Bu konuda şöyle bir ölçüt belirlemek gerekir:

---

1 CD. 27.11.2014. 3768/5659
2 S/S. Eser §24, kn. 61.
3 BGH 33, 295.
4 Tozman, 271.
5 Tozman, 272.
6 Koca/Üzülmez, 357.
7 Donmezer/Erman, I, 447.

Fail suç kararını sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemişse veya icrayı bitirmesine rağmen, suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemişse, vazgeçme gönüllüdür (Donmezer/Erman, I, 449).

Buna karşılık, fail "suçlu mantığına göre olay anında yakalanma ve bunun sonucunda cezalandırılma tehlikesini göze alamadığından dolayı suç yolunda ilerleyemiyorsa, vazgeçmesi gönüllü değildir"[1]. Bu itibarla ev sahibinin uyanması üzerine hırsızlık yapamayan kimse; polisin gelmesi dolayısıyla mağdureye cinsel saldırı gerçekleştiremeyen kimse gönüllü vazgeçmiş olmaz. Keza öldürmek istediği kimsenin kafasına silahı dayamış olan kişinin, polisin çevresini sarması üzerine ateş etmekten vazgeçmesi durumunda da vazgeçme gönüllü değildir. Esasen düşünüldüğünde, fail istese eylemi gerçekleştirebilecekse de yakalanma ve cezalandırılması riskini göze alamama faktörü de rol oynadığından, gönüllü vazgeçme söz konusu olmamaktadır. Bu örneklerde, fail icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerin dışında kalan bir faktör yüzünden, icrayı tehlikesizce sona vardıramayacağını anladığı için, icra hareketlerine devam etmediğinden gönüllü vazgeçme söz konusu değildir[2]. Fail "istesem suç yolunun sonuna kadar gidebilirim, suç yolunda hiçbir engelim yok; ancak gitmek istemiyorum" diyorsa vazgeçme gönüllüdür. Bununla beraber, "fail, icra hareketleri ile meydana getirdiği durumdan daha sonra yararlanmak düşüncesi ile vazgeçmiş olmamalıdır". Örneğin bir gecede duvarı delebilme imkânına sahip iken ertesi günü devam etmek düşüncesiyle icrayı durdurmak gönüllü vazgeçme sayılmaz[3]. Yine örneğin, mağdurun faili intikam düşünceleriyle korkutması, komşuların mağdurun ağlamalarını duyması nedeniyle olayın açığa çıkmasından çekinmesi veya mağdurun yakınlarının misilleme tehditleri nedeniyle[4] fiili işlemekten vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçme yoktur.

"Vazgeçmenin subjektif şartı olan gönüllülük, gerçek anlamda pişmanlığı ifade etmemektedir. Korktuğu ya da mağdura acıdığı için veya vicdan azabı, tanrı korkusu gibi başkaca iç etkenlerin varlığıyla vazgeçmesi durumunda da fail hakkında gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Önemli olan failin kendi iradesi ile suç işlemekten vazgeçmesi icra hareketlerini yarıda bırakması ya da neticenin gerçekleşmesini engellemesi olup, vazgeçmenin kaynağını insanın özünde olması gereken iyilik duygusundan alması gerekli değildir. Esasen ceza muhakemesinde psişik dürtülerin kaynağını ispatlamak da kolay olmadığından, faile ceza vermemek için fiili isteyerek kesmesi yeterli görülmelidir. Böylece, vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olması gerek olmayıp failin samimiyeti aranmayacağından, suçu daha sonra işlemek üzere vazgeçmiş olması halinde dahi, kamu düzeni de bozulmamış olduğu için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlandırılacaktır"[5].

---

1 İçel, Suç Teorisi, 363.
2 Donmezer/Erman, I, 449.
3 Önder, II, 458.
4 Bkz. Gülşen, 130.
5 CGK, 24.03.2015, 183/62.

Somut olaylardan örnekler vermek gerekirse[1]; öncelikle söylemek gerekir ki, failin suç yolunda ilerlemesini madden önleyen tesadüfi veya üçüncü kişilerin davranışının varlığı durumunda vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul etmek gerekir. Örneğin mağdura ateş etmek isteyen failin elinin tutulması ya da failin elini başkasının cebine atarken yakalandığı olaylarda gönüllülük yoktur.

Gönüllülüğün var olduğunun en açık olduğu olayların en önemli grubunu failin iç bir nedenden dolayı geri döndüğü olaylar oluşturmaktadır. Bu olaylar, dış şartların değişmediği, ancak bununla beraber failin kararını revize ettiği olaylardır. Bu, kabul edilmeye değer saiklerden dolayı olabilir: Fail vicdana gelmiştir; o ana kadar yaptıklarından utanmıştır; ilk öfkesi geçtikten sonra daha sakin düşünmüş ve kötü bir şey yaptığının farkına varmıştır; cesaretini kaybetmiştir; mağdura acımıştır vs. Bu saikler bunlardan farklı da olabilir: Dış bir neden olmadan sebepsiz bir korkuya kapılan; suça olan ilgisini kaybeden ve icraya devam etmek artık kendisine anlamsız gelen; o ana kadar geçen olay sürecinden dolayı yaşadığı can sıkıntısından, kızgınlıktan keyifsizlik vs. den dolayı artık bir isteği kalmayan fail de gönüllü olarak vazgeçmiştir.

Genel olarak cezadan korku duyduğu için vazgeçme tek başına gönüllülüğü ortadan kaldıran bir durum değildir; failin yine de özgür seçme imkânı varsa gönüllülük vardır. Aynı şekilde fail, icra hareketlerine, yaptığı şey konusunda dehşete/üzüntüye kapıldığı ve sonuçta onu kendine getirdiği için devam etmemiş, bu durumdayken kararına hâkim olabilmiş ve tepkisi yabancı bir unsur tarafından zorlanmasına dayanmamışsa gönüllülük vardır. Örneğin fail öldürmek amacıyla mağdurun kafasına defalarca sert bir cisimle vurduktan sonra, onun kanlar içindeki halini görünce sarsılmış ve ne yaptığının farkına vararak icra hareketlerini devam ettirmemişse gönüllülük vardır.

Tecavüze teşebbüs eden fail, mağdurun karşı çıkması nedeniyle, aslında zor kullanarak fiiline devam edebilecekken devam etmemesi halinde veya failin tecavüz etmek istediği çocuk sessizce ağlamaya başlamışsa veya faili üzüntüye sokacak şekilde ona ne yapacağını sormuşsa bunun üzerine vazgeçen fail de gönüllüdür. *"Ağaçlar arasına götürdüğü ve donunu çıkardığı suçtan zarar gören küçük çocuğun ağlaması üzerine kendisini serbest bırakan sanığın eylemi..."*[2].Ormanda bir kadına cinsel saldırıda bulunmak için yere yatıran sanığa, mağdur, zaman kazanma ve birini görme ümidiyle, şiddete başvurmazsa, kendisinin de ilişkiye hazır olduğunu söyler. Bunun üzerine sanık mağduru bırakır ve ikisi ormanda yürümeye başlar. Bu sırada başkalarını gören mağdure yardım ister ve sanık kaçar. Burada yüksek mahkeme failin suçu işlemesi mümkün iken zorlayıcı bir neden de olmaksızın özgürce seçim yapmış olduğu gerekçesiyle gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamıştır[3].

Failin ancak üçüncü kişilerin konuşmaları sonucu görüşünü değiştirmeye ikna olması durumunda da örneğin ortağının etkili bir şekilde ihtar etmesi, mağdurun ikazından sonra vazgeçmesi olayında da fail otonom olarak vaz-

---

[1] Bkz. Tozman, 240 vd.
[2] 5. CD, 21.02.1978, 489.
[3] BGH 7, 296.

geçme kararı alabilir; bu durumlarda gönüllülük vardır. Ancak iknanın arkasında ihbar etme tehdidi varsa durum farklıdır. Bu tehdit failin yakalanma riskini epeyce yükseltiyorsa suçun tamamlanmasını isteyen fail "akıllı bir şekilde" bu yeni duruma uyacaktır; bu durumda ise vazgeçme gönüllü değildir. Ancak diğer yandan ihbar tehdidi, zaten baştan itibaren var olan rizikoyu artırmamışsa gönüllülük kabul edilebilir. "*Doktor raporundan ciddî bir mukavemetin bulunmadığı anlaşılan mağdurenin olay sırasında sanığa 'yapsan da yapmasan da seni kocama şikâyet edeceğim' demesi üzerine sanığın bırakıp gitmesi, işlemeyi kastettiği eyleminden kendi ihtiyariyle vazgeçtiğini göstermektedir*"[1]. "*Hile ile evine getirdiği küçüğün ırzına yönelik eyleme başlayıp, donuna el attıktan sonra dışarıdan başkaca hiçbir etki olmaksızın, mağdurenin "seni anneme söylerim" demesi üzerine olay yerinden kaçan sanığın fiili sarkıntılık aşamasında kaldığından, bu suçtan ceza tayini gerekirken; fiilin ırza geçmeye teşebbüs olarak tavsifi isabetsizdir*"[2]. Dini saiklerle geri dönen fail, bu saikler dış bir nedenle devreye girmiş olsa da gönüllü vazgeçmiştir. Örneğin Alman Imparatorluk Yüksek Mahkemesi, failin bir azizin resmini karşısında gördüğü için veya kilise çanı çalmaya başladığı için geri döndüğü durumlarda vazgeçmenin gönüllü olduğuna karar vermiştir. Aynı şekilde failin ezan sesini duyup Allah korkusunu uyandırması nedeniyle icra hareketlerine son vermesi halinde de vazgeçme kural olarak gönüllüdür. Batıl inançlarla dönme durumları da benzer şekilde gönüllüdür. Bir baykuşun öttüğünü duyduğu için veya yoluna siyah bir kedi çıktığı için suçu işlemekten vazgeçen fail "suçlu mesleği/aklı" bakımından akılsızca davranmaktadır. Bu nedenle gönüllü vazgeçmeden bu failler de yararlanmalıdır.

Failin alternatif bir saikle fiili icradan vazgeçmesi halinde gönüllü olduğu kabul edilemez. Örneğin fail birinci mağdura karşı öldürmeye teşebbüs etmiş ikinci bir mağduru öldürmek için yarıda bırakmışsa gönüllü vazgeçme yoktur. Yağmaya teşebbüs eden failin, mağdurun parası yerine başka eşyasını örneğin telefonunu istemesi olayında da vazgeçme yoktur. Aynı şekilde fail dolandırıcılığa teşebbüs etmiş, ancak başka bir suçunu gizlemek için icra hareketlerini devam ettirmemişse yine vazgeçmesi gönüllü değildir. Yine hırsızlığa teşebbüs eden fail kendisinin bir hukuki yararına zararını önlemek için, örneğin yanan evini söndürmek için icra hareketlerini devam ettirmemişse vazgeçmesi gönüllü değildir. "*Ayrıca sanığın mağdurun cep telefonunu istemesiyle, para istemekten vazgeçtiği, icra hareketlerini sonlandırdığı şeklindeki bir kabul dosya içeriği ile bağdaşmamaktadır. Zira sanık cep telefonunu para almaktan vazgeçtiği için değil mağdurun cep telefonunun daha fazla para edeceği düşüncesiyle istemekte, somut olayda her iki telefon arasındaki bedel farkı da bunu doğrulamaktadır*[3].

Failin vazgeçmesinde, fiilinin hemen keşfedileceği ve cezalandırılacağı korkusu da saik teşkil edebilir. Keşfedilme bu bakımdan bir başkasının failin işlediği suçu fark edeceği ve bunun üzerine ya suçu işlemesini önleyeceği ya da cezai takibatın başlamasına neden olacağı anlamına gelir. Failin vazgeçmesi bu tür korkulardan kaynaklanıyorsa vazgeçme davranışı genel olarak

---

1 5. CD. 17.04.1974. 761.
2 5. CD. 09.11.1983. 3721.
3 CGK. 27.06.2000. 138.

gönüllü değildir. Ancak failin, keşfedilmenin hangi dezavantajlarından korktuğu ve bunun fail üzerinde ne tür bir etki oluşturduğu ve faili ne oranda yönlendirdiği önemlidir. Burada belirleyici olan somut olaylardaki şartlardır. Bir diğer deyişle keşfedilme korkusu otomatik olarak gönüllülüğün olmadığına götürmemelidir.

Dış şartların değişmesi nedeniyle failde suçun tamamlanmasının engelleneceği korkusunun meydana geldiği olaylarda genelde gönüllü vazgeçme yoktur. Bu olaylar failin polis veya mağdurun yardımcısının ya da bir tanığın ortaya çıkmasıyla, hırsızlık için girdiği evden gürültü duymasıyla alarmın çalmasıyla veya köpeğin havlamasıyla ve bunun üzerine ihtiyat/temkin nedeniyle vazgeçtiği olaylardır. Örneğin; şantaj faili, mağdurun polisi devreye sokmuş olabileceğinden şüphelenmiş ve bu nedenle yakalanma korkusuyla icrayı devam ettirmemişse vazgeçme davranışı otonom karara dayanmamaktadır ve gönüllü değildir[1].

Yargıtay, gönüllü vazgeçme konusunda hüküm verilirken olayın gerçekleştiği ortam ve koşulların da göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır. Böylece, mağdurun bağırması üzerine eylemine devam etmeyen kimsenin gönüllü vazgeçmesinin söz konusu olabileceğini *Yüksek Mahkeme* bazı kararlarında kabul etmektedir. *Yüksek Mahkeme*'ye göre, evde işlenen ve evde kimsenin bulunmadığı bir eylemde, mağdurun bağırmasına rağmen failin devam etmesi mümkün olduğundan gönüllü vazgeçme vardır[2]. Keza mağdurenin direnmesi üzerine cinsel saldırıdan vazgeçen fail bakımından da gönüllü vazgeçme kabul edilmiştir. *Yüksek Mahkeme*, olayın vuku bulduğu ortam ve koşullar (gece ve başka kimsenin olmadığı evde) nazara alındığında, mağdurenin direnmesinin kabul edilebilir ciddi bir engel olmadığına karar vermiştir[3].

Yüksek Mahkememiz; sanığın, mağduru tüfekle yaralayıktan sonra kardeşlerine haber verip yaralı mağduru hastaneye götürerek tedavi olmasını sağladığı, icra hareketlerinin bitmesinden sonra neticenin meydana gelmesini önlediği olayda, **TCK** 36. maddenin uygulanmamasını yasaya aykırı bulmuştur[4]. Keza bir başka kararda, "sanığın tüm aşamalarda "*mağdura ait büfenin kepenginin asma kilidini ve camını kırdığını, ancak pişman olup bir şey almadan ayrıldığını*" savunmuş bulunması ve suçun yapıcı davranışlarını sürdürüp tamamlamasını engelleyen herhangi bir dış nedenin söz konusu olmaması karşısında ***TCK** 36/1 maddesinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tartışmasız bırakılması bozmayı gerektirmiştir*" denilmiştir[5].



Burada şöyle bir örnek akla gelebilir: Mağdur kendisini öldürmek isteyen kiralık katile, "*sen 100 bin TL karşılığında bunu yapıyorsan, ben sana beni öldürmemen için 200 bin TL veririm*" önerisinde bulunur ve kiralık katil bunu kabul ederek vazgeçerse, esasen yukarıdaki bütün

---

[1] Daha fazla örnek için bkz. Tozman, 240 vd.
[2] CGK, 16.12.1991, 358.
[3] CGK, 04.06.1990, 156.
[4] 1. CD, 09.05.2007, 3590.
[5] 5. CD, 23.02.2006, 1709.

kriterlere göre vazgeçme gönüllüdür. Ne var ki, burada hukuk düzeninin gönüllü vazgeçmeyi kabul etmesi mümkün olamaz, zira bu örnekte gönüllü vazgeçmenin arkasında yatan amacın gerçekleştiğini söylemek olanaklı değildir. Altın köprünün amacına aykırı bir durum söz konusu olacağından, kiralık katile bu olayda gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamamak gerekecektir.

Karşılaştırmalı hukukta; görülme veya yakalanma olasılığının artması, başarı şansının azalması, suçun başka bir zamanda işlenmesine karar verilmesi gibi nedenlerle vazgeçme halinde, vazgeçmenin gönüllü olmadığını açıkça hükme bağlayan kanunlar bulunmaktadır[1].

2. Failin O Ana Kadar Tamamladığı Diğer Suçtan Cezalandırılması

TCK 36'ya göre gönüllü vazgeçen kimseye işlemeyi kastettiği suçtan dolayı ceza verilmez, ancak tamam olan kısım esasen suç ise o kısma ilişkin ceza verilecektir.

"Tamamlanmış olan suç, işlenmesi kastedilen ve fakat gönüllü vazgeçilen suçun bir **unsuru** olabilir". Örneğin, vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunu (**TCK** 102/2) işlemek isteyen fail, mağduru okşadıktan (**TCK** 102/1) sonra vazgeçecek olursa, sadece cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal suçundan (**TCK** 102/1) dolayı cezalandırılacaktır.

"Gönüllü vazgeçilen suç ile tamamlanmış suç birbirinden **bağımsız** ve hukuki nitelikleri farklı olabilir". Mesela, mağdureyi kaçırmak için evine giren fail, kaçırma eyleminden gönüllü vazgeçmesi halinde, sadece konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı cezalandırılır[2]. Yine dolandırıcılık suçu işlemek için sahte vesika düzenlenmesi olayında, dolandırıcılıktan vazgeçilince fail, sahte evrak düzenlemekten cezalandırılır[3].

Öldürme amacıyla hareket eden failin kendi çabalarıyla mağdurun ölmesini engellediği hallerde, sadece tamamlanmış kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilecektir: *"5237 sayılı **TCK**'nın 36. maddesindeki, fail kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır, düzenlemesi karşısında somut olay değerlendirildiğinde, sanığın 2 el ateş ederek yaraladığı mağdurenin ölmesini engellemek amacıyla zaman geçirmeksizin sağlık kuruluşuna götürerek tedavisinin yapılmasını sağladığı ve bu nedenle ölümün gerçekleşmediği anlaşılmakla; sanığın eyleminin kasten insan öldürme suçuna teşebbüs olduğu kabul edilmekle birlikte, anılan madde gereğince sanığın tamamlanmış olan yaralama suçundan cezalandırılmasında bir isabetsizlik görülmemiştir"*[4].

---

1 Bkz. Texas Ceza Kanunu md. 15.04 (c)

2 Önder, II. 459, 460

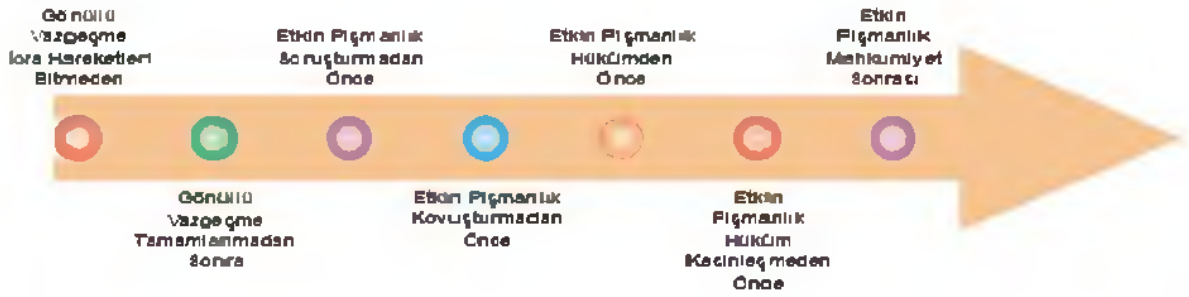
3 Erem/Danışman/Artuk, 316

4 1. CD, 07.02.2007, 249; aynı yönde, 1. CD, 21.03.2007, 1786

Konunun girişinde verilen örnek olayda,

K'nın paniğe kapılarak (polisi görmesi nedeniyle) çocuğu bırakması icra hareketlerinden isteyerek vazgeçmek olarak değerlendirilemez. Kişinin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için "gönüllü olarak" yani elinde olan sebeplerle vazgeçmesi gerekmektedir.

Bunun yanında failin çocuğu bırakması ile suç tamamlanmıştır. Failin, kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi de mümkün değildir. İşte bu sebeplerle gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz.



G. Etkin Pişmanlık

OLAY:

BİR GECE BİR EVE HIRSIZLIK AMACIYLA GİREN A VE B, EV SAHİBESİNİN MÜCEVHERLERİNİ ALARAK SATIN ALMASI İÇİN C'YE GÖTÜRÜRLER. ANCAK C'NİN VAADİNİ YERİNE GETİRMEYECEĞİNİ SÖYLEMESİ ÜZERİNE PİŞMAN OLAN A VE B ALDIKLARINI YERİNE KOYMAK İÇİN EVE DÖNERLERSE DE OLAYIN BİLDİRİLDİĞİ KOLLUK KUVVETLERİ TARAFINDAN YAKALANIRLAR.

Gönüllü vazgeçme, kanunumuzun genel hükümler kısmında düzenlendiğinden bütün suçlar bakımından geçerlidir. Buna karşılık, suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısıyla faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden kuruma "etkin pişmanlık" adı verilmektedir ve etkin pişmanlık genel hükümler kısmında düzenlenmemiştir. Bu nedenledir ki, etkin pişmanlık hükümleri sadece düzenlendikleri suçlar bakımından uygulanabilecektir.

Ceza kanunumuzun özel hükümler kısmında, suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra, failin resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırması; suçun meydana çıkmasına yardım etmesi (**TCK** 93, 201); meydana gelmiş

neticeyi tamamen ortadan kaldırması (**TCK** 110); mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin etmesi (**TCK** 168, ayrıca bkz. 248, 254), resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce diğer suç ortaklarının veya suç konusu eşyanın saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber vermesi, suç konusu eşyayı kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini haber vererek suçluların yakalanmalarını veya söz konusu eşyanın ele geçirilmesini kolaylaştırması veya suçlar haber alındıktan sonra suçun meydana çıkmasına ve fail ve ortaklarının yakalanmasına yardım etmesi, resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi (**TCK** 192, 201), kurulan örgütü suç işlemeden önce dağıtması veya verdiği bilgilerle örgütün dağıtılmasını sağlaması, suç işlemeden önce örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi, suç işlemeden yakalanması durumunda örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlaması, gönüllü olarak teslim olup, örgüt hakkında bilgi vermesi (**TCK** 221), rüşvet alma konusunda anlaşan kamu görevlisinin; rüşvet veren veya anlaşan kişinin soruşturma makamlarını haberdar etmesi (**TCK** 254), iftira edenin iftirasından, yalan tanıklık yapanın tanıklığından dönmesi (**TCK** 269, 274), gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün kaçtıktan sonra kendiliğinden teslim olması (**TCK** 293) hallerinde faile ceza verilmemesi veya cezasında indirim yapılması öngörülmüştür.

Etkin pişmanlık sadece yukarıda sayılan suçlar bakımından, cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlenmiştir[1]. Ancak örneğin, **TCK** 184/5'te etkin pişmanlık halinde mahkûm olunan cezanın dahi bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu durumda, ceza infaz edilmiş olsa bile hükmün sonuçları ortadan kalkacaktır. Aynı şekilde **TCK** 230/5'te aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranların, medeni nikâh yaptırdıklarında kamu davası ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı hükmü konmuştur. Buna karşılık, rüşvet suçunda etkin pişmanlık durumunda (**TCK** 254), sadece cezaya hükmedilmeyecek, "ancak işlenmiş olan suç işlenmemiş duruma irca edilemeyeceği için, rüşvet konusu şeyin müsâdere edilmesi gerekecektir" (madde gerekçesi).

Fail, etkin pişmanlık kapsamında mağdurun zararını karşılamak istiyorsa, buna imkan tanınmalı ve bu husus cezanın tayininde de göz önünde bulundurulmalıdır[2].

---

[1] Özgenç, Gerekçeli, 15.

[2] "Katılan şirkete ait mağazadan suça konu dizüstü bilgisayarı çalan sanığın, 13.12.2011 tarihli oturumdaki sorgusunda özür dilemek suretiyle pişmanlığını dile getirdiği ve mağdurun zararını karşılamaya hazır olduğunu söylemesi üzerine, mahkemece kendisine süre verildiği ancak sanığın abisi Yaşar K'un 13.12.2011 havale tarihli dilekçesinde, "mağdurun zararının sigorta tarafından karşılandığı bu nedenle tekrar alamayacağını beyan ettiğinin" iddia edilmesi karşısında; öncelikle katılan şirketin suç nedeniyle oluşan zararının sigorta tarafından karşılanıp karşılanmadığı sorularak, karşılandığının tespiti halinde ise, suçtan haksız menfaat elde ettiği konusunda kuşku bulunmayan sanığın özür dilemek suretiyle pişmanlığını dile getirerek, zararı gidermek istediğini söylemesi nedeniyle hakkında 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinin uygulanabilmesi için, hırsızlık suçunun mağduru olmayan sigorta şirketinin zararını karşılamasının zorunlu olmadığı, ancak, sanığın etkin pişmanlığından söz edilebilmesi için "aldığını aynen geri vermesi ya da tazmin etmesi" gerektiği gözetilerek, sanığın ödemesi gereken miktar belirlenerek, kendisine ödeme yeri gösterilmek suretiyle ödeme imkanı sağlanıp sonucuna göre sanık hakkında etkin pişmanlığa ilişkin 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının değerlendirilme gerekliği gö-

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için gerçek bir pişmanlık söz konusu olmalıdır. Buna karşılık, örneğin "iade ve tazminin cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası hilafına veya ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce giderilmesi, failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu eşyanın ele geçirilmesi veya kaçarken yakalanan failin üzerinde ele geçirilmesi gibi hallerde, failin gerçek anlamda bir pişmanlığından söz edilemeyeceğinden, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma şartları oluşmayacaktır. Buna karşın etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için "mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi" şartı yerine getirilirken duyulan pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilmesi zorunluluğu bulunmayıp, söz veya davranış yoluyla da ifade edilmesi olayın özelliğine göre mümkün olabilecektir"[1].

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 13/2 maddesine göre, "*etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunmaması veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez*".

Konunun girişinde verilen örnek olayda, hırsızlık suçu tamamlanmıştır. Hırsızlık suçu tamamlandıktan ve fakat kovuşturma başlamadan (kamu davası açılmadan) önce failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi halinde cezada indirim yapılır (TCK 168). Olayda (A) ve (B) aldıklarını aynen geri vermek amacıyla eve dönmüşlerdir. (A) ve (B) yakalansalar, yani soruşturma başlamış olsa dahi henüz kovuşturma başlamış yani kamu davası açılmış değildir. Bu nedenle (A) ve (B)'nin cezasında indirim yapılabilecektir. Burada, etkin pişmanlık cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir neden olarak düzenlenmiştir. Şahsi bir neden olduğu için sadece (A) ve (B) yararlanabilir. (C) ise tamamlanmış hırsızlık suçundan sorumlu tutulacak ve TCK 168'den yararlanamayacaktır.

H. İşlenemez Suç (Elverissiz Teşebbüs)

Bazı hallerde suçun konusunun bulunmaması veya vasıtanın elverişsizliği nedeniyle failin işlemek istediği suçu tamamlaması mümkün olmaz. Bu durumda suç teşebbüs aşamasında kalmak zorunda olup, problem oluşturan husus, bu teşebbüsün cezalandırılan bir teşebbüs olup olmadığıdır.

---

[1] zetilmeden, eksik araştırma ve inceleme sonucu, sanığa ödeme konusunda sadece süre vermekle yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş...". 2. CD. 11.06.2013. 15402 CGK. 30.04.2013. 153.

Avustralya'da işlenemez suç konusundaki eğilim, failin kastının esas alınması yönündedir. Fiilin sübjektif yönünün esas alınması yönünde bu hukukta eğilimler olmakla birlikte, bu eğilimin en çok işlenemez suç alanında baskın olduğu ifade edilmektedir (Brown vd., 186).

Mai (1992) 26 NSWLR 371 ve Britten v Alpogut (1987) V 929 kararlarında ülkeye eroin soktuğunu sanarak aslında yasal başka bir madde sokan kişiler, yasak madde sokmaya teşebbüsten cezalandırılmıştır.

Benzer şekilde Venezuela'dan yollanan uyuşturucunun kargo şirketinin şüphelenmesi üzerine polise bildirilmesi, polisin uyuşturucu yerine pakete bir toz koyması ve Avustralya'daki alıcının paketi alması olayında, sanık, yine kokain sokmaya teşebbüsten sorumlu tutulmuştur (Onuorah v R (2009) NSWCCA 238).

Konuyu biraz daha açmak gerekirse, fail, kanunda mevcut bir suç tipindeki neticeyi gerçekleştirmek istemektedir; ancak failde mevcut bir *irade ve istemeye rağmen* neticenin gerçekleşebilmesi *imkânsızdır.* Başka anlatımla, istem ve irade mevcut olduğu halde, suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşebilmesi olanaksızdır. İşlenemez suça teşebbüsün sübjektif yönden karakteristik özelliği, failin neticenin gerçekleşebileceğini sanmasıdır. Gerçekten de failin aracın elverişli olmadığını bilmesi gerekmemektedir[1]. Buna karşılık, fail esasen fiilinin neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olduğunu biliyorsa, o takdirde neticeyi gerçekleştirme kastı da yoktur ve bu durumda işlenemez suça teşebbüs de söz konusu olmaz[2].

İşte konusunun bulunmaması (ölmüş bir kimseyi öldürmeye kalkışmak, yasak dönemde avlanmaya kalkan kişinin ateş ettiği kuşun maket olması) veya kullanılan vasıtanın elverişsizliği (boş bir tabancayla bir kimseyi öldürmeye kalkışmak; iktidarsız birinin nitelikli cinsel saldırıya kalkışması) gibi nedenler yüzünden istenilen neticenin elde edilmesinin imkânsız olduğu suçlara **işlenemez suç** adı verilir[3]. Kanunumuzda bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, **TCK** 35'te kullanılan "elverişli hareketler" ibaresi bu konuyu açıklamaktadır.

İşlenemez suçta, hayal suçtan farklı olarak failin gerçekleştirmek istediği eylemi suçtur. Buna karşılık, hayal suçta failin eylemi, failin sandığının aksine suç olarak düzenlenmemiştir.

Açıkladığım bu durumda cevaplandırılması gereken sorular şunlardır: Gerek konunun bulunmaması gerek hareketin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması veya herhangi bir sebeple failin bir suç tipini ihlal edememesi karşısında, gerçekleştirilmesi mümkün bir suç oluşmayacağına göre, failin sorumluluğu nasıl belirlenmelidir?

Bu tip bir suçu işlemeye kalkışma halinde faile ceza verilip verilmeyeceği tartışmalıdır. *Objektif teori*ye göre, önemli olan neticenin meydana gelmesinin mümkün olup olmamasıdır. Eğer neticenin meydana gelmesi mümkün değilse, böyle bir suça teşebbüs de imkânsız olduğundan faile ceza verile-

1 1. CD. 18.06.1987. 2342.
2 LK[11], §22, kn. 179.
3 Artuk. 253; People v. Thousand. 2001.

mez. *Sübjektif teori*ye göre ise aslolan failin kötü niyetini göstererek suç işlemeye kalkışmasıdır. Dolayısıyla, fail suç işleme kastıyla tehlikeliliğini ortaya koyduğundan cezalandırılmalıdır[1]. Birbirine zıt bu iki teori yanında *nispi ve mutlak imkânsızlık teori*si, nispi ve mutlak imkânsızlık ayrımı yaparak nispi imkânsızlık halinde[2] ise teşebbüsün varlığını kabul ederek faile ceza verilmesini savunmaktadır[3].

Yeni objektif teori veya *tehlike teori*si adı verilen bir başka görüşe göre, kriter failin tasavvuru ile gerçekleştirilmek istenen neticenin birbirine uyabilip uyamadığıdır. Failin hareketi sonucunda netice meydana gelmese bile, tasavvuru ile gerçekleştirilmek istenen netice birbirine uyabildiği hallerde işlenebilen suça teşebbüs; buna karşın failin tasavvuru ile gerçekleştirilmek istenen neticenin birbirine uygun olabilmesi düşünülememekte ise işlenemez suça teşebbüsten söz edilmelidir. Daha net ifade etmek gerekirse, bu teoriye göre, **failin yaptığı hareket suç konusu üzerinde bir tehlike oluşturmuyor veya oluşturduğu tehlike önemsiz derecede ise teşebbüs yoktur** ve fail cezalandırılmaz. Tehlikenin bulunup bulunmadığı konusundaki değerlendirme ise failin bu hareketi yaparken bilgisi, genel hayat kural ve deneyleri esas alınarak hâkim tarafından yapılacaktır. Teorinin bu yönü, yani tehlike değerlendirmesini failin bilgisine göre değil de günlük hayat kural ve deneylerine göre yapması teorinin objektif yönünü göstermektedir[4].

> *"Mağdurun tehdit edilerek cüzdanı cebinden alınmış olması karşısında cüzdandan para çıkmamış olması suçun tamamlanmasına engel teşkil etmeyeceği ve bu suretle eylemin tamamlandığı gözetilmeden teşebbüsten hüküm kurulması yasaya aykırıdır" (6. CD, 26.02.1993, 1859).*

Yargıtay da bazı kararlarında, soyut olarak ele alındığında elverişli olduğu kabul edilebilecek bir vasıtanın, kullanılış şekline veya sair dış etkilere göre elverişsiz olarak kabulü gerekebileceğine karar vermiştir: "Suçta kullanılan tüfeğin atış mesafesiyle raporlarda gösterilen eserler nazara alınarak tüfekteki saçmaların öldürmeğe elverişliliğinin tayinini..." şart koşan[5], "maznun-maktul arasındaki mesafenin ve bu mesafeye göre suç aleti av tüfeğinin tesir derecesinin tespiti..." lüzumuna işaret eden[6] kararlarla, "tetik çekildiği halde patlamayan

---

[1] Bu görüşe göre bir kimseyi öldürmek isteyen kişi dolu olduğunu sandığı boş bir tabancayla mağdura nişan alır ve tetiği çekerse, öldürmeye teşebbüsten sorumlu olur. Neden, çünkü fail katil olmayı istemiştir ancak fiili durum nedeniyle olamamıştır. Gerçekten meydana getirmek istediği zarar nedeniyle değil, kötü niyetli olması nedeniyle cezalandırılacaktır. Buradaki cezanın nedeni suçun işlenmek istenmesidir. bkz. Britten v Alpogut (1987) VR 929 kararında. hakim Murphy'nin görüşü.

[2] Konu bakımından: Öldürülmek istenilenin daha önceden ölmüş olması. (vasıta bakımından: boş bir tabancayla birini öldürmeye çalışma) işlenemez suçun varlığını kabul ederek faile ceza verilmemesini. nispi imkânsızlık halinde (konu bakımından: Konu vardır, ancak konu fiilin icrası sırasında failin bulunduğunu zannettiği yerde değildir.) Paranın failin elini soktuğu cepte değil, başka cepte olması. Vasıta bakımından: Mağdurun bünyesinin kuvveti nedeniyle zehrin etki etmemesi.

[3] Artuk, 254.

[4] Önder, II, 465.

[5] 1. CD. 03.12.1952. 2240. AD 1953. S. 325, 326.

[6] 1. CD. 26.03.1953. 1093. TİK 1953/1. S. 465, 466, n. 646.

merminin bilirkişiye tetkik ettirilerek patlamama sebebi tayin edildikten sonra, fiili tavsif etmek icap eder" diyen karar[1], elverişliliğin somut şartlar nazara alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiği görüşünün savunulduğunu göstermektedir[2]. Yargıtaybir başka kararında şöyle demektedir: "*Hırsızlıkta maddi konu taşınır mal olup suç anında onun varlığı ya da yokluğu, eylem sonrası değil, eylem öncesi bir değerlendirmeyle, her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanılmak gerekir. Olayımızda sanık ve arkadaşlarının girdiği lokantada masa çekmecesinde para bulunması, yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre, doğal ve olağandır. Paranın çekmecede bulunmaması, hırsızlığa teşebbüsün kabulüne engel değildir*"[3]. Keza içinde para olduğu düşüncesiyle mektup zarfının açılması ve fakat zarfın boş çıkması halinde de fail teşebbüsten ötürü cezalandırılmaktadır[4]. Buna karşılık, "sanığın olay günü uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan mahkûm olan diğer sanık H.A.'dan kullanmak amacıyla uyuşturucu temin etmek için, önceden bildiği cep telefonu numarasından aradığında, bu sırada H.A.'ı yakalamış bulunan görevliler tarafından durumdan şüphelenilerek telefona cevap verildiği, sanığın H. ile görüştüğü düşüncesi ile uyuşturucu alımı ve randevu yerinin tespitine ilişkin konuşmayı gerçekte görevliyle yapmasının ardından, kararlaştırılan yere geldiğinde, güvenlik görevlilerince yakalandığı; suç konusu uyuşturucu maddeye daha önce görevliler tarafından elkonulmuş olduğundan, sanığın zaten almasına olanak bulunmadığı, bu nedenle işlenemez suçun söz konusu olduğu ve buna bağlı olarak sanığın üzerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı"[5].

Öğretide, suç konusunun yokluğu açısından mutlak-nispi ayırımı yapılamayacağı da savunulmaktadır. Suç konusu yoksa bu yokluğun nispi olduğu ve suça teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilemez. Tipik-

---

1 1. CD. 23.12.1952. 2512. TİK 1953/1. S. 466-467. n. 648.

2 Alacakaptan. İşlenemez Suç. 130.

3 6. CD. 14.06.1983. 3620.

4 CGK. 25.06.1990. 200.

5 10.CD. 15.02.2010. 2548/3279. Ayrıca krş.. "sanıklar İ. ve S.'ın uyuşturucu madde satın almak için diğer sanık A.'nin evine geldikleri. A. ile görüştükleri. evde uyuşturucu madde kalmadığı için alış-verişin gerçekleşmediği. A.'nin uyuşturucu madde bulmak üzere evden dışarı çıktığı. bu sırada kolluk görevlilerinin. bir başka soruşturma nedeniyle. A.'nin ikametine arama yapmak üzere geldiği, yaptıkları aramada evde uyuşturucu madde bulamadıkları. evde bekleyen diğer kişilerin uyuşturucu madde almaya geldiklerini ve A.'nin onlara uyuşturucu madde bulmak amacı ile evden dışarı çıktığını öğrenen kolluk görevlilerinin. gerekli tertibatı alarak Ali'nin eve gelmesini bekledikleri. A.'nin kısa süre sonra kendi anahtarı ile kapıyı açıp eve girdiği ve üzerinde suç konusu madde ve hassas terazinin ele geçirildiği anlaşıldığından. kolluk görevlileri gelmeden önce suçun maddi konusu olan uyuşturucu madde evde olmadığı için sanıkların uyuşturucu madde almalarının fiilen mümkün olmadığı. kolluk görevlilerinin gelip sanıkları yakalaması ile sanıklar İ. ve S. bakımından eylemin kesintiye uğradığı. kolluk görevlilerinin gözetiminde iken görevlilerin A.'nin üzerinde ele geçirdiği uyuşturucu maddenin de bu sanıklar yönünden alış-verişe konu olması ve satın alınmasının mümkün olmaması nedeniyle. eylemleri işlenemez suç niteliğinde olduğundan. suçun yasal unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin. sanıkların beraatleri yerine. mahkûmiyetlerine karar verilmesi" hukuka aykırıdır. 10.CD. 23.01.2017. 3350/166. "Kendilerinde herhangi bir uyuşturucu ya da uyarıcı madde ele geçirilmeyen ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandıkları da teknik bir yöntemle tespit edilmeyen sanıkların. diğer sanık Y.T. ile kararlaştırdıkları buluşma yerine gelmeden önce suça konu uyuşturucu maddenin güvenlik görevlilerince ele geçirilmiş olması nedeniyle sanıkların söz konusu maddeyi almalarına olanak bulunmadığı. bu hali ile işlenemez suçun söz konusu olduğu ve buna bağlı olarak sanıkların üzerlerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı". 9.CD. 17.03.2016. 2206/2500.

liğin maddi unsurlarından biri olan konu mevcut değilse, işlenemez suç vardır ve failin, ilgili suça teşebbüsten dolayı cezalandırılması doğru değildir. Failin o ana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin bağımsız bir suç tipini oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır.

İşlenemez suç kavramı, araçların elverişsiz olması veya suçun konusunun bulunmaması nedeniyle işlenemeyen suçlar için kullanıldığı gibi, yalnız konunun olmaması nedeniyle işlenemeyen suçlar için de ifade edilmektedir. İşlenemez suçun yalnız konu yokluğunda söz konusu olduğunu belirtenlere göre, icra edilen fiilin neticenin meydana gelmesi bakımından elverişsiz olması ile suç konusunun yokluğu hali birbirine karıştırılmamalıdır. Suç konusunun yokluğu durumunda işlenemez suçtan; icra edilen fiilin neticenin meydana gelmesi bakımından elverişsiz olması durumunda ise elverişsiz teşebbüsten söz edilir. Öldürmek istediği kişi, evinde değil, başka yerde saklanıyor ve fail, mağdur diye yastıklara ateş etmişse maddi konunun bulunmaması nedeniyle neticenin meydana gelmesine imkân yoktur. Dolayısıyla işlenemez suç vardır. Böyle bir durumda, fail; kasten öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulamaz.[1]

Kanaatimce, kanunda teşebbüsün cezalandırılabilmesi için elverişli hareketlerle icraya başlanması şart koşulmakta ve madde gerekçesinde elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunması gerektiği ifade edilmiş bulunduğundan, kanunun bu açık hükmü karşısında gerek vasıtanın elverişli olmaması ve gerekse konunun bulunmaması durumunda teşebbüsten dolayı ceza vermek mümkün olmayacaktır. Buna göre zaten ölmüş birini öldürmek mutlak olarak imkânsızdır ve faile ceza verilmez. Buna karşılık, her zaman para bulunan bir kasada o gün için para olmaması halinde, teşebbüs kabul edilecektir. Kullanılan vasıtanın elverişsizliği meselesine gelince: Vasıtanın mutlak elverişsizliğinde problem yoktur. Gerçekten de bir kimseyi şekerli su ile öldürmeye kalkma, büyü ile öldürmeye kalkma hallerinde vasıta elverişsizdir ve kanunun açık ifadesi karşısında faile ceza vermek mümkün değildir. Buna karşılık öğretide nispi elverişsizliğe örnek olarak gösterilen çelik yelek giymiş kimseye ateş edilmesi veya mağdurun bünyesinin çok güçlü olup da zehrin etkisiz kalması hallerinde vasıta elverişli olup, somut olayda **yetersiz**dir. Daha önce de ifade ettiğim gibi, vasıtanın yetersizliğinin bir önemi yoktur. Bu durumda teşebbüsten dolayı ceza vermek mümkün olacaktır. Keza zilzurna sarhoş bir kimse, bir kadının ırzına geçmeye teşebbüs etse, sarhoşluğu nedeniyle cinsel saldırı suçunu işlemesi mümkün olmasa bile, fail teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır.

Burada ortaya çıkan bir sorun, aşağıda iştirak bahsinde göreceğimiz üzere, bir kışkırtıcı ajanın, hiçbir zaman işlenemeyecek bir suça bir kimseyi yönlendirmesi halinde, olayın ceza hukuku bakımından nasıl değerlendirileceğidir. Gerçekten de kışkırtıcı ajanın devrede bulunduğu hallerde, fail suçun işleneceğini düşünmekteyse de aslında suç işlenemez suç olmaya mahkûmdur. Yukarıda hazırlık hareketleri ve icra hareketleri ayrımı bahsinde verilen Hudson v. State kararındaki olay buna örnek olarak gösterilebilir[2]. Olayda

[1] Bkz. Haker/Akbulut 5. Baskı. Konya 2010.
[2] Aynı yönde. People v. Thousand.

fail, yaşı küçük bir genç ile cinsel ilişki amacıyla hareketler yapmakta, ancak yaşı küçük sandığı kişi yetişkin bir polis memurudur. Dolayısıyla suç hiçbir zaman gerçekleşemeyecektir. Suçun gerçekleşmesi mutlak olarak imkânsızdır. Yetişkin polis memurunun cinsel ilişkiye razı olduğu varsayılsa bile o zaman da zaten rıza bulunduğundan, suç oluşmayacaktır. O nedenle eylem işlenemez suç olarak kalmaya mahkûmdur. Bu tür durumlarda, yukarıda ele aldığımız kriterler çerçevesinde konuyu değerlendirdiğimizde, suçun konusu bakımından mutlak imkânsızlık söz konusu olduğundan, işlenemez suçun varlığını kabul etmek ve faile ceza vermemek gerekecektir. Ancak bu sonuç kesinlikle adil bir sonuç olmaz. Nitekim yukarıdaki olayda, hiçbir zaman mevcut olmayan bir mağdurun bulunmasına rağmen olayda teşebbüs kabul edilmiştir[1]. Hukukumuz açısından ise teşebbüsü kabul etmek mümkün olmadığından, buna karşılık fail toplum açısından tehlikeli olduğunu göstermiş bulunduğundan, arz ettiği tehlikelilik ile orantılı bir güvenlik tedbirine hükmedilmesinde yarar olacaktır. Fakat bu tür hallerde fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanması yönünde kanuna hüküm konulması için yapılan girişimler başarısız kalmıştır[2].

Örnekler:

- Faik, Faike'yi zehirlemek istemektedir ve kahvesine bol miktarda C vitamini katar. Bunun onu öldüreceği düşüncesindedir. Fakat aslında, bu miktar C vitamini bırakın öldürücü olmayı, sağlığa zararlı bile değildir.
- Faik, Kuran'dan bazı dualar okumak suretiyle Azrail'e hükmedebileceğine inanmaktadır. O duaları okuyarak Azrail'e Faike'nin ruhunu almasını emreder.
- Faik'in oğlu Mahcup, kız arkadaşı Mevhibe'yi öper. Mevhibe kendisinin hamile kaldığını iddia eder.
- Mevhibe 12 haftalık hamileyken çocuğu düşürmek için çok etkili sandığı kuşburnu çayı içer.
- Faik, kendisini mahkûm eden hâkimin bir resmini ele geçirir. Hâkim ile aynı yerde çalışan kâtipten de hâkimin bir saç telini temin eder ve resim ile saç telini, hâkimi öldürmesi için Tahiti'deki bir voodoo rahibine gönderir. Ancak voodoo rahibinin resim üzerinden uğraşmasına rağmen hâkim ölmez[3].

Bütün bu örneklerde, kullanılan vasıta elverişsiz olduğundan işlenemez suç vardır ve bu örneklerdeki işlenemez suça teşebbüs de cezalandırılmaz.

Garantörsel ihmali suçlarda baştan itibaren fail bakımından garantörlüğü kuran durumun veya garantörlüğün mevcut olmamasına rağmen, failin bunları var kabul etmesi halinde elverişsiz teşebbüs söz konusu olur. Garantörlüğün mevcut olmamasına örnek olarak A'nın suda çırpınan kişiyi karısı sanarak, ölmesi için yardım etmemesi hali gösterilebilir. Gerçekte ise sudaki ka-

---

1 Hudson v. State, 1999.
2 Bkz. Özgenç, 429.
3 Örnek için bkz. Dressler, 796.

dın, komşusudur ve A komşusu karşısında garantör değildir[1]. Garantörlüğü kuran durumun mevcut olmamasına örnek: B'nin 12 yaşındaki oğlu babasından gizlice yüzme öğrenir. Babasına da sürpriz yapmak için beraber gittikleri havuzda, bir arkadaşının kendisine çarparak havuza düşmesini sağlamasını söyler. Oğlunun havuza düştüğünü gören B, oğlunun boğularak ölmesini isteyerek yardıma gitmez. Gerçekte ise garantörün müdahale etmesini gerektiren bir durum yoktur, oğlu yüzme bilmektedir.

Şu örnek üzerinde de tartışmak gerekir: Anne, çocuğunu emzirmeyerek ölümüne neden olmak istemektedir. Durumu fark eden komşusu, anneden gizli olarak çocuğa mama yedirmektedir ve bu durum 10 gün devam etmiştir. Burada anne çocuğunu öldürmeye teşebbüs etmekteyse de netice hiçbir zaman gerçekleşemeyecektir. Ancak kanımca, annenin emzirmeme hareketi çocuğun ölümü bakımından elverişli nitelikte olduğundan, burada annenin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekir.

İngiliz Ceza Hukuku'nda, 1981 tarihli Criminal Attempts Act'de işlenemez suç konusu düzenlenmiş ve işlenmesi mümkün olmayan bir suça teşebbüs etmenin cezalandırılabileceği açıkça hükme bağlanmıştır[2].

II. SUÇLULARIN ÇOKLUĞU

A. Çok Failli Suçlar
1. Genel Olarak
2. Şartları
B. İştirak

A. Çok Failli Suçlar

1. Genel Olarak

Suçların çoğu tek kişi tarafından işlenirken "bir kısım suçlar, **kanunun hükmü** gereğince ya da nitelikleri gerektirdiğinden birden fazla kişi ya da bir grup kişi tarafından işlenir". Bunlara, *çok failli suçlar, zorunlu iştirak* ya da *gerçek olmayan iştirak* adı verilir[3]. Bu suçların tipe uygun bir surette işlenebilmesi için birden fazla failin bulunması şarttır. Çok failli suçların tek fail tarafından işlenmesi imkânsızdır: Rüşvet suçunda olduğu gibi. Bir tarafta, rüşvet veren vatandaş; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Aşağıda ele alacağım iştirak durumunda ise aslında bir tek kişi tarafından işlenebilen bir suç, birden fazla kişi tarafından işlenmektedir.

Çok failli suçlarda, faillerden her biri suçluluğunu çok failli suçu belirten kuraldan aldığı halde; iştirak halinde işlenen suçlarda, şerikler suçluluklarını, iştirak hükümlerinden alırlar. Çok failli suçlara da iştirak mümkündür ve böy-

---

[1] Fuchs, 370–372.
[2] Bkz. Allen, 302.
[3] Artuk, 255.

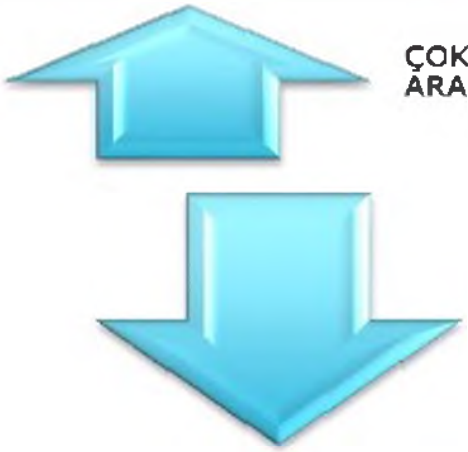
lece söz gelimi bir örgütün kurulmasına insanları azmettiren kimseler hakkında iştirak kuralları uygulanacaktır[1].

Çok failli suçlar birleşme ve karşılaşma şeklinde iki ayrı şekilde işlenebilir. Suç işlemek için örgüt kurma suçu örneğindeki gibi, birden fazla failin aynı yönde birleşmesi suretiyle işlenebilen çok failli suçlar söz konusu olduğu gibi; birden fazla failin aynı suçta değişik nedenlerle karşılaşması da söz konusu olabilir. Karşılaşma suçları denilen bu ikinci tür çok failli suçlara örnek olarak rüşvet suçu verilebilir. Burada da hem rüşvet alan hem de rüşvet veren şeklinde iki ayrı faile gereksinim bulunmaktadır.

2. Şartları

1. Kanunda yer alan tanımda, faillerin birden fazla olacağının öngörülmüş olması gerekir.

2. İkinci şart, bu faillerden her birinin ihmali veya icrai bir harekette bulunmasıdır. Şu halde, birden fazla kimsenin bulunduğu her suçu çok failli suç sayma olanağı yoktur. Keza kullandığımız ifade "fail"dir. Dolayısıyla, suçta yer alan birden fazla kimsenin suçun konusunu veya mağdurunu oluşturmaları hali de konumuz dışındadır. Bunların fail sıfatıyla suçta rol almaları lazımdır. Bu nedenledir ki, örneğin cinsel saldırı suçu birden fazla kişinin rol aldığı bir suç ise de çok failli suç değildir, zira taraflardan sadece biri fail konumundadır[2].



ÇOK FAİLLİ SUÇLARLA İŞTİRAK ARASINDA NE FARK VARDIR?

Çok failli suçlar ceza kanununun özel hükümler kısmında düzenlenmişken, iştirak genel hükümlerde düzenlenmiştir. İkinci olarak, çok failli suçlar bağımsız hüküm niteliğindeyken, iştirak hükümleri suçu genişletici nitelik arz etmektedir. Zira aslında suçun tanımına girmeyen hareketlerin cezalandırılması sağlanmaktadır (Centel, 416).

B. İştirak

1. Kavram
2. İştirakin Şartları
3. Hukukumuzda İştirak Şekilleri
4. Nitelikli Hallerin Şeriklere Etkisi
5. Kışkırtıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu
6. Gerçek Failin Tespit Edilememesinin Sonuçları

---

1 Donmezer/Erman, II, 443, 445.
2 Donmezer/Erman, II, 438.

OLAY: B, 17 YAŞINDAKİ OĞLU O'YA SİLAH VEREREK, DÜŞMANLARI D'Yİ ÖLDÜRMESİNİ İSTER.

1. O, BİR DÜĞÜNDE EĞLENMEKTE OLAN H'Yİ, D ZANNEDEREK ÖLDÜRÜR.

2. O, DÜĞÜNE GİDEREK H'Yİ KORKUTMAK İÇİN HAVAYA ATEŞ EDERKEN, O SIRADA KURŞUNLARIN SEKMESİ SONUCU İSABET ALAN Y'NİN ÖLÜMÜNE NEDEN OLUR.

SORU: B VE O'NUN SORUMLULUKLARINI BELİRLEYİNİZ.

1. Kavram

Esasen bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimse tarafından bir işbirliği içinde işlenmesine iştirak adını veriyoruz.

İştirak, suç ortaklığı olarak da kısaca ifade edilebilir. Iştirakin özünde yasa dışı anlaşma vardır[1]. İştirakte belli bir veya birkaç suç için birleşme, bir araya gelme söz konusudur.

Kanunumuzun sisteminde iştirak *genel bir ağırlatıcı neden* olarak öngörülmüş değildir. Gerçekten de suçların birden fazla kimse tarafından işlenmesi suretiyle daha kolay işlenebileceği ve daha tehlikeli bir durumun mevcut olacağı düşüncesiyle bir suçun tek kişi tarafından işlenmesine nazaran, iştirak halinde işlenmesi ağırlatıcı sebep olarak düzenlenebilir.

Kanunumuz ise sadece **birkaç suç bakımından** (TCK 102, 103, 106, 109 gibi) bunu cezayı artıran bir nitelikli hal olarak öngörmüş[2], ancak genel bir ağırlatıcı neden olarak düzenlememiştir[3]. Yukarıda belirtilen maddelerde suçun "birden fazla kişi tarafından birlikte" işlenmesi bir ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Böylece icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir[4].

Bu hükümlerin tatbik edilebilmesi için birden fazla kişinin ortaklığı yetmemekte, bunların müşterek fail olması gerekmektedir. Bu itibarla, ortaklardan yardım eden konumundaki bir kimsenin varlığı halinde bu nitelikli hal uygulanamayacaktır. Nitekim 109. maddenin gerekçesinde bu husus ifade edilerek, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması halinde cezanın artırılamayacağı açıklanmıştır.

Önceki kanunumuzun uygulamasında ise *Yargıtay*, bu nitelikli halin "**ister asli, ister fer'i fail olsun suça katılmış olmakla beraber, suçun işlenmesi sırasında suç mahallinde bizzat bulunan şerikler hakkında uygulanabileceğini**" benimsemiştir. Buna göre, "**şeriklerin asli veya fer'i fail olarak suçun işlenmesine katılmış olmaları değil, anılan maddelerin son fıkralarında yer alan kişi sayısına yönelik çokluk unsurunun suçun işlendiği sırada somut olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması önemlidir**"[5]. Keza, fer'i failin olay yerinde bulunup mağdur üzerinde manevi baskı oluşturması ve suçu fiilen işleyen sanığa cesaret verip onu arkalaması gerektiği yönünde de verilmiş kararlar bulunmaktadır[6].

---

1 People v. Carter
2 Örneğin, TCK 102/3-d, 106/2-c, 109/3-b, 119/1-c, 149/1-c, 265/3
3 Yüce, 84
4 Özgenç, Gerekçeli, 16.
5 CGK, 12.06.1995, 197
6 CGK, 14.06.1993, 167

Burada akla gelen soru, bu faillerden birisinin dolaylı fail olması halinde de özel hükümlerde öngörülen cezayı ağırlaştıran bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu noktada iki türlü düşünülebilir. Ilkin, kanunumuzun sistemine göre dolaylı fail faildir. Dolayısıyla suçu beraberce işleyenler arasında kabul edilmektedir. Öte yandan bazı suç tiplerinde suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinin neden nitelikli hal sayıldığını düşündüğümüzde suçun işlenmesindeki kolaylığın dikkate alındığı ve azmettiren ve yardım edenin bu kapsam dahilinde düşünülmediği görülmektedir. Öyle olunca da, dolaylı failin arka planda kalan kişi olarak suçun işlenmesinde kolaylık sağlayan kişi olarak görülmemesi gerektiği düşünülebilir. Bu bakış açısından ikincisinin daha isabetli olduğu kanaatindeyim. Buna göre, sadece fiil üzerinde doğrudan icrai hareketleri gerçekleştirenleri bu nitelikli halin uygulanması bakımından göz önünde bulundurmanın ve dolayısıyla dolaylı fail bakımından bu nitelikli halin uygulanmamasının daha isabetli olacağını düşünüyorum.

Kanunumuzun özel hükümler kısmında özel iştirak hükmüne yer verdiği de görülmektedir. Örneğin, **TCK** 251/1.madde böyledir. Bu madde gereğince denetim görevini kasten ihmal eden kişi işlenen suçun **müşterek faili** olarak sorumlu tutulacaktır. Benzer şekilde, **TCK** 255/4 gereğince nüfuz ticareti suçuna aracılık eden kişi, müşterek fail olarak, cezalandırılır.

Ortakların cezalandırılması hususunda eşitlik, ikilik ve cezanın faile göre tespiti sistemleri mevcuttur. Eşitlikte, bütün failler eşit olarak cezalandırılırken (Kabahatler Kanunu'nda eşitlik sistemi benimsenmiştir, md. 14); ikilik sisteminde failler arasında fail ve yardım eden ayrımı yapılır ve yardım edene daha az ceza verilir. Cezanın faile göre tespiti sisteminde ise; somut olayın özelliklerine göre ceza tayin edilir ve yardım edene, müşterek failden daha fazla ceza verilebilir. Kanunumuzun benimsediği sistem ikilik sistemidir. Bu sistemde suça iştirak eden herkese sırf iştirak ettiği için aynı ceza verilmez, ortaklar suçun işlenişindeki katkılarına ve bu katkının önemine göre cezalandırılırlar. Bununla beraber, taksirle işlenen suçlarda fail ve yardım eden ayrımı kabul edilmemiştir. Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olacaktır (**TCK** 22/5)[1]. Bu durum, esasen taksirle işlenen suçlara iştirak kurallarının uygulanamamasının bir sonucudur.

Ortaklar arasında ayrım yapılması konusunda, bugün Alman Doktrini'nde çoğunlukta olan görüş fiil egemenliği görüşü[2] olup, sübjektif ve eski objektif görüşlerin bir sentezini ifade etmektedir. Buna göre, fiilin icrasına egemen olan fail iken; fiilin oluşumuna egemenlik söz konusu olmaksızın katkıda bulunan ise yardım edendir[3]. Aynı esası Yeni Ceza Kanunu'muzun da kabul ettiği gerekçede açıklanmaktadır (**TCK** 37. madde gerekçesi).

Aşağıda iştirak şekillerini ayrıntılı inceleyeceğiz. Ancak burada konu hakkında temel bir bilgiye sahip olunması bakımından kısa bir bilgi ve aşağıdaki tablonun verilmesinde yarar görüyorum.

Kanunumuzun benimsemiş olduğu ikilik sisteminde faillik ve şeriklik ayrımı yapılır. Faillik de müşterek faillik ve dolaylı faillik olmak üzere ikiye ayrı-

---

1 Özgenç, Gazi Şerhi, 319; Koca/Üzülmez, 365

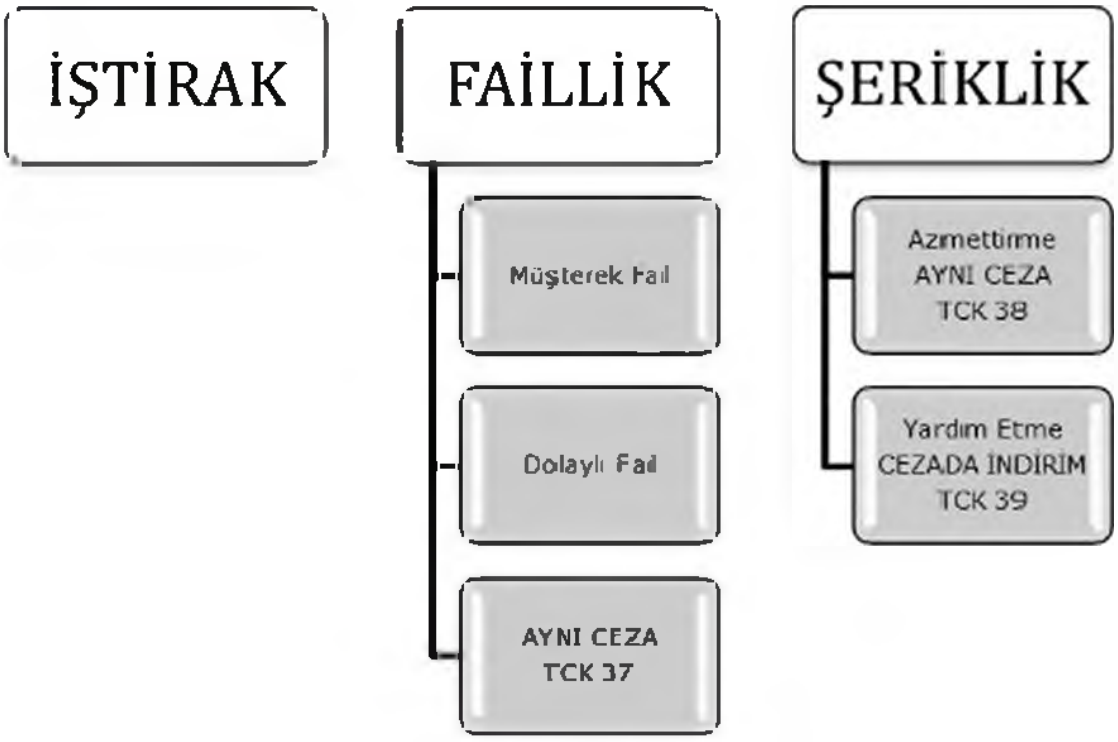
2 Tatherrschaftslehre

3 LK[11], §25, kn. 7, 30 vd.

lır. Böylece fail, suçun kanuni tanımındaki fiili kısmen de olsa birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri (müşterek fail) veya suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişidir (dolaylı fail). Şeriklik de ikiyi ayrılır: Azmettirme ve yardım etme. Azmettirme, başkasını suç işlemeye azmettirmedir. Suçun işlenmesine yardım eden kişi de yardım edendir (TCK 37 vd).

Böylece **faillik**, kişinin kendi suçunu doğrudan, dolaylı veya müştereken işlemesiyken; **şeriklik**. başkasının fiiline katkıda bulunmaktır[1]. Şerik tipik eylemin gerçekleştirilmesini sağlayan, destekleyen veya gerçekleşmesine hazırlık hareketleriyle yardım eden kişidir.

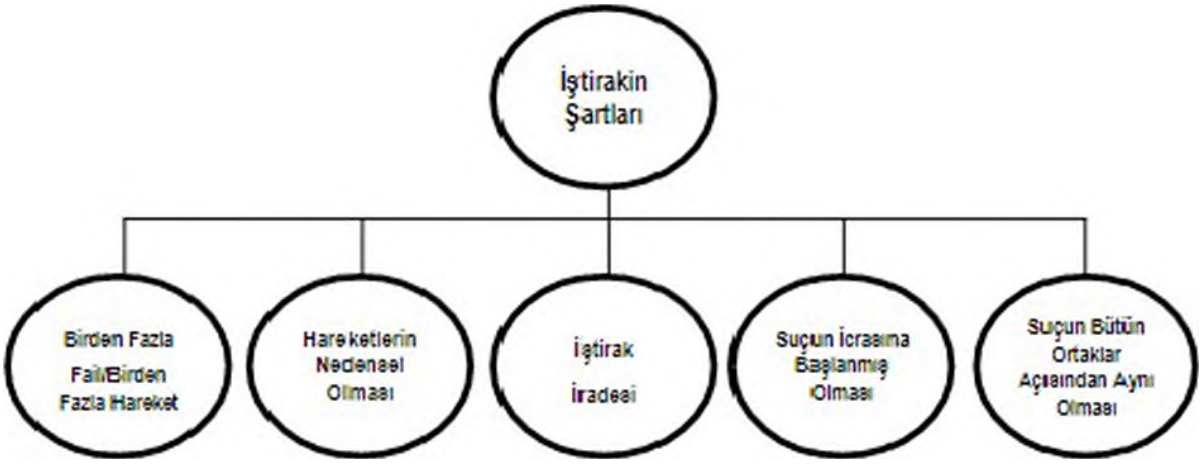
TABLO NO 5:



2. İştirakin Şartları

a. Birden Fazla Fail Tarafından Yapılan Birden Çok Hareket
b. Hareketlerin Nedensellik Değeri Taşıması
c. İştirak İradesi (Suça İştirak Kastı)
aa. Genel Olarak
bb. Yan Yana Faillik
cc. İştirak İradesinin Önemi
d. Bir Suçun İcrasına Başlanması
e. Suçun Bütün Ortaklar İçin Aynı Olması

[1] Wessels-Beulke, kn. 505



a. Birden Fazla Fail Tarafından Yapılan Birden Çok Hareket

Bu şart iki hususu barındırmaktadır: Birden fazla failin bulunması ve bunların her birinin hareketinin varlığı.

Gerçekten de iştirakten söz edebilmek için doğal olarak öncelikle birden fazla failin bulunması gerekir. Birden fazla failin bulunduğu hallerde de çok failli suç söz konusuysa yine iştirak yoktur.

"Bir suçun işlenmesini istemek veya bunu işleyenleri onaylamak günah olabilir, ancak suça iştirak olamaz". Ortada bir hareket olmalıdır. *Birden fazla fail tarafından yapılan birden çok hareketin bulunması gerekir*[1].

Bunlar bakımından aşağıdaki ihtimaller tartışılmalıdır[2]:

1. **Hareketlerin nitelik itibarıyla aynı olması**: Hareketlerin nitelik itibarıyla aynı olması gerekmez. Suça teşvik de yardım vaadi de harekettir.
2. **Hazırlık Hareketleri:** Hareketlerin icra hareketi olması gerekmez. Normalde hazırlık hareketi sayılabilecek olan bir hareket, iştirak halinde işlenen suç dolayısıyla bir kimseye sorumluluk yükletilmesi için yeterli olur. Tabanca temini gibi. Aşağıda ele alınacak olmakla beraber, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından burada da ifade etmek gerekir ki, failin hareketleri icra hareketleri safhasına ulaşmadığı yani hazırlık hareketleri derecesinde kaldığı takdirde, cezalandırılabilen bir hareket söz konusu olmadığından, ortaklar da –hareketleri ister hazırlık hareketi, ister icra hareketi şeklinde olsun- cezalandırılmaz (**TCK** 40/3). Gerçekten, "teşebbüs cezalandırılabilir fiillerin sınırını oluşturduğundan, cezalandırılabilir bir iştirakten söz edilebilmesi için zorunlu asgari şart, teşebbüs halinde kalmış bir suçun unsurlarının gerçekleşmiş olmasıdır. Bu itibarla, aksine hüküm bulunması hali hariç, suç işleme konusundaki bir anlaşma veya bir suçu işlemeye tahrik tek başına, yani anlaşma konusu olan veya işlenmesi tahrik edilen suçun icrasına başlanmadıkça cezalandırılamaz ve dolayısıyla

[1] Donmezer/Erman, II. 466.
[2] Donmezer/Erman, II. 466 vd.

iştirakten de söz edilemez. Ne var ki, kanun bir kısım kamusal menfaatleri korumak için tahrik ve anlaşmayı tek başına suç haline getirmiştir (**TCK** 214, 316)"[1]. Böylece örneğin **TCK** 313/1'de halkı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ne karşı silahlı bir isyana tahrik eden kimsenin cezasının, isyan gerçekleştiğinde artırılacağı hükme bağlanmıştır.

3. **İhmali Hareketler:** Hareketlerin icrai nitelikli olmasına da gerek yoktur. Olumsuz bir hareketle de bir suça iştirak edilebilir. Bunun için de hukuki bir yükümlülüğün bulunması aranmaz. Şu halde, ihmali harekette bulunan garantör olabileceği gibi, garantör olmayan bir şahıs da olabilir.

   Garantörün ihmal suretiyle iştiraki "tek ve aynı sonucun bir yandan bir hareket eden tarafından gerçekleştirilmesi ve aynı anda da bir ihmal eden (garantör olan) tarafından da önlenmediği" hallerde söz konusu olmaktadır. Örneğin eşini öldürmek için eve girmeyi planlayan düşmanıyla anlaşıp da evin kapısını kapamayan kadın suça iştirak etmiş sayılır. Garantör olmayan kimsenin iştirakine örnek olarak, hizmetçi olmayan ve kapı ve pencereleri kapatmak hususunda bir yükümlülüğü bulunmayan kimsenin (örneğin o gece evde misafir olarak bulunan bir kimsenin) iştirak iradesiyle, kapı ve pencereleri kapatmaması gösterilebilir.

   Önceden yapılan anlaşmaya uygun olarak herhangi bir eylemde bulunmaksızın salt olay yerinde bulunmak suretiyle de suça iştirak edilebilir[2]. Buradaki hareketin ihmali değil, icrai bir hareket olduğu kanaatindeyim. Kişi iradi olarak olay yerinde kalma icrai hareketini yapmak suretiyle suça iştirak etmiş olmaktadır. Bunun içindir ki, bir kaçırma veya cinsel saldırı suçu işlenirken sadece hazır bulunan kimse, huzuru ile mağdurun savunma imkânını ortadan kaldıracağı için, fiile engel olmak hususunda hukuksal bir yükümlülüğü (garantörlük) bulunmasa da ortak sayılır. Ancak yukarıda da işaret edildiği gibi, ihmali hareketle iştirakin de mümkün olabilmesi için, *iştirak iradesi* bulunmalıdır. Bu nedenledir ki, hizmetçi yukarıdaki olayda uyuyakalıp da kapıyı kilitlemeyi unutursa, iştirak iradesi yoktur. Aynı şekilde mesela **TCK** 278 gereğince işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, işlenen suça iştirak etmiş sayılamaz. Sorumluluğu ancak **TCK** 278 çerçevesindedir.

   Yargıtay'ın şu kararına konu olan olay da ihmali hareketle iştirake örnek olarak verilebilir: "Sanık ile mağdureyi önce hasta zannederek Eskişehir'e götürmek için müşteri olarak otomobiline bindiren sanık M.'nin, Eskişehir'e yaklaştıklarında, mağdurenin evlendirilmek için kaçırıldığını öğrenmesine rağmen resmi bir mercie bildirmeyip, aksine sanıkla anlaşarak idaresindeki otomobili ile İzmit'e kadar götürüp orada bıraktığı anlaşılmasına göre, sanık M.'nin kaçırma suçuna bile-

---

[1] Toroslu, Ceza Hukuku, 210.

[2] Huynh, Duong and Sem (2013), HCA 6, 295 ALR 624.

rek iştirak ettiği görülmektedir"[1]. Karara konu olayda sanığın bilahare aktif hareketiyle de iştiraki söz konusu olmakla beraber, başlangıçtaki hareketleri ile suça ihmali suretle iştirak ettiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay tarafından onaylanan bir yerel mahkeme kararında, töre cinayeti sanığı olan evin gelini, yörenin sosyolojik gerçekleri dikkate alınarak, beraat ettirilmiştir. Yerel mahkemenin konuya ilişkin gerekçesi şöyledir: "Başından sonuna kadar olaydan haberdar olan ve olay yerinde bulunan evin gelinine söz hakkı düşmediği yörenin bilinen sosyolojik bir gerçeği olduğundan suça katılmadığı kanısına varılmıştır"[2]. Böylece, olay yerinde bulunan ve ihmali hareketi olan sanığın suça iştirak etmediğine karar verilmiştir.

6 Mart 1983'te bir kadın New Bedford'da bir tavernaya girer ve bir şeyler satın aldıktan sonra ayrılmak ister. İki erkek onu eve bırakmayı teklif ederlerse de kadın reddeder. Bu arada arkasından yaklaşan iki erkek, onu yere atar ve 75 dakika boyunca çeşitli cinsel nitelikli hareketlere zorlar. Bu sırada tavernada 13 erkek daha bulunmaktadır ve bunlar da bağırmakta, gülmekte ve alkışlamaktadır. Barmen de dâhil bu 13 erkekten hiçbiri kadına yardım etmez ve polisi çağırmaz (Commonwealth v. Vieira, 1988).

Bu olayda, alkışlayan müşterilerin, barmenin ve alkışlamayan müşterilerin sorumluluğu nedir?

Faillerin alkışları duyup duymamasına göre, alkışlayan müşterilerin sorumluluğu farklı olur mu? Müşterilerin sessiz kalması veya onları durdurmaya kalkışacak olması halinde dahi failler eylemlerine devam edecek idiyse, sorumluluk değişir mi? (bkz. Dressler, 885). Mağdurun bu alkışları, gülmeleri duyması, cevabı değiştirir mi?

ABD'de gerçekleşen şu olayda da iştirakin varlığını kabul etmek gerektiği düşüncesindeyim: Robert Hogan, Pam Bandy'nin arabasını çalarak, kendisini de bagaja kilitler. Beş gün boyunca arabayla gezen Hogan, Bandy'i serbest bırakmaz. Bu süre zarfında Hogan'ın kız arkadaşı Terressa Nix de araba ile bir müddet dolaşmış, hatta birkaç dakika da yalnız kalmıştır. Terressa, Pam'in ağlamasını duymasına rağmen herhangi bir yardımda bulunmamıştır. Altıncı gün Pam, muhtemelen susuzluğunu gidermek için içtiği cam suyundan zehirlenerek ölmüştür. Terressa hakkında da insan öldürmeden dolayı dava açılmış, ancak Terressa, Pam'e yardım gibi bir hukuksal yükümlülüğü bulunmadığı yönünde savunma yapmıştır[3]. Kanaatimce, burada müşterek failliğe ilişkin veri yoksa Terressa'nın yardımdan ötürü sorumlu tutulması gerekir. Terressa'nın esasen garantör olması durumunda artık fail olarak sorumlu olacağında tereddüt yoktur.

Bir başka olayda, Carl Lemual Pace, eşi ve iki çocuğu ve arkadaşı olan Eugene Rootes ile beraber arabasıyla otoyolda gitmektedir.

---

1 5. CD. 26.02.1980, 586.
2 İskender, 50.
3 People v. Nix.

Kendisi, eşi ve bir çocuğu önde, diğer çocuk ile arkadaşı arkada oturmaktadır. Yolda otostop yapan Reppert arabaya alınır ve arka koltuğa oturur. Yolda giderken, sürücünün arkadaşı Rootes, bıçak çekerek Reppert'in parasını alır. Bir müddet sonra Reppert arabadan iner ve inerken de bu kez Rootes onun saatini alır. Bu olaylar olurken Pace, herhangi bir şey söylemez ve arabayı kullanmaya devam eder. Hakkında yağmaya yardımdan dava açılan Pace'i yerel mahkeme mahkûm ederken, yüksek mahkeme sadece ihmali hareketle iştirakin söz konusu olmayacağı gerekçesiyle mahkûmiyet hükmünü bozar[1]. Kanaatimce burada maddi yardım niteliğinde bir hareket olmasa bile, aracı kullanmaya devam etmek ve itiraz etmemek suretiyle, sürücü suçun işlenmesine manevi katkıda bulunmuştur. Örneğin, arkadaki arkadaşının davranışına itiraz etseydi, en azından yaptığının doğru olmadığını söyleseydi, bu kez yolcu da bundan cesaret bulabilir ve failin tek başına hareket ettiğini düşünebilirdi. Ancak sürücünün ihmali hareketi, mağdurun, arabadakilerin veya en azından sürücünün de işbirliği içinde hareket ettiği izlenimine kapılmasına ve böylece direnmenin faydasız olacağını düşünmesine neden olmuş olabilir. Dolayısıyla, sırf ihmali bir hareket ile iştirak mümkündür. Sürücünün manevi yardımdan dolayı sorumlu tutulması gerekir.

Yargıtay bir başka kararında, cinsel saldırı suçu sırasında araçta bulunup herhangi bir müdahalede bulunmayan diğer sanığın, mağdurenin dövülmesi sırasındaki müdahalesini ise yeterli görmemiş ve iştirak iradesi ve ihmali hareketle iştiraki kabul etmiştir:

"Sanıkların, eve bırakma hilesiyle katılanı araca bindirmeleri, bir süre ilerledikten sonra aracın kapılarını kilitlemeleri, durumu fark eden katılanın araçtan inmek istediğini söylemesine karşın sanık ...'ın seyrine devam etmesi, aracı ıssız bir yere park ettikten sonra katılanı darp edip nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi, bu sürecin tamamında sanık ...'ın yanında ve aracın içerisinde olan sanık ...'ın sanık ...'ı eylemlerini gerçekleştirmesinden önce veya gerçekleştirdiği sırada **engellemeye yönelik herhangi bir söz veya davranışta bulunmaması karşısında;** sanık ...'ın cinsel saldırı eylemini bitirip katılanı darp ettiği sırada sanık ...'ın, "yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın" şeklindeki sözler ile diğer sanık ...'ı uyarmasının, katılandaki yaralanmanın niteliği dikkate alındığında yargılamaya konu suçlar dışında daha vahim neticelerin ortaya çıkacağı endişesiyle söylendiği, olayın başlangıç ve gelişimine göre sanık ... ile birlikte suç işleme kararına sahip olan ve suçun icrasına ilişkin etkin ve fonksiyonel hareketleri ile fiil üzerinde ortak hâkimiyet kuran sanık ...'ın, nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna TCK'nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı.."[2].

[1] Pace v. State. 1967

[2] CGK. 21.11.2017. 937/484

İhmal suretiyle iştirak, icra suretiyle iştirakten şu yönüyle ayrılmaktadır: İhmal suretiyle iştirak edende olayın gelişimine gerçek bir etki etme durumu yoktur. Bu tip bir fail sadece olayın gelişimine müdahale imkânına sahiptir ve özelliği dolayısıyla da failin olayın gelişimi ile ilişkisi "potansiyel" bir ilişkidir[1].

4. **Manevi Hareketler:** Hareketler maddi veya manevi olabilir. Tipe uygun hareketlerin yapılması halinde maddi iştirakten, böyle bir hareket yapacak olan kimselerin iradelerine etki edilmesi halinde ise manevi iştirakten söz edilir. "Manevi iştirak hallerinde de irade birtakım telkin ve teşviklerle bazı söz veya yazı ya da işaretlerle açığa vurulmuştur, bu sebeple bu gibi hallerde de bir hareket vardır" Örneğin, **TCK** 38 ve 39/2-a'daki hallerde manevi hareketlerle iştirak söz konusu olmaktadır.

5. **Birden Fazla Maddi veya Manevi Hareketin Gerçekleştirilmesi:** Failin aynı suçun işlenmesinde iştirak oluşturan değişik hareketleri yapması mümkündür. Bu hareketlerin kimi maddi, kimi de manevi nitelikli olabilir. Mesela bir kimse suça manevi surette iştirak ettikten, söz gelimi faili teşvik ettikten veya ona suçun ne surette işleneceği hususunda talimat verdikten sonra, suçun işlenmesinde maddeten de rol alabilir. Bu halde bütün bu hareketler bir tek suçun parçaları, işlemleri olarak kabul edilir. Cezalandırmada ise failin yapmış olduğu hareketlerden en ağır cezayı gerektiren hareket esas alınır. *Yargıtay* da aynı görüştedir: "Suçun azmettireni olan Ö, aynı zamanda (asli maddi) fail olarak da suça iştirak etmiştir". Azmettiren kimse, azmettirme ile yetinmeyip, müşterek fail veya yardım eden olarak suça iştirak etmişse, hem azmettirdiği hem de suça başka şekilde katıldığı için iki kere cezalandırılamaz. Bu gibi hallerde en ağır cezayı gerektiren azmettirmeden dolayı ceza verilmelidir"[2]. Burada ayrıca "**failliğin şerikliğe nazaran önceliği**" ilkesi de tatbik edilerek, hem faillik hem şerikliğin söz konusu olduğu hallerde sadece faillikten ötürü cezalandırma yoluna gidilebilir. Azmettirme de şerikliğin bir türü olduğundan failliğin şerikliğe önceliği ilkesi esas alınarak, failin faillikten cezalandırılması gerekir. Esasen uygulamamızda kabul edilen "en ağır cezayı gerektiren hareketin esas alınması" uygulaması ile bu prensibin uygulanması arasında sonuçta bir fark bulunmamaktadır.

Konunun girişinde verilen örnek olayda, B hem azmettirmekte, hem de silah temin etmek suretiyle yardım etmektedir.

Burada B'nin sorumluluğu sadece azmettirmeden dolayı olacaktır.

[1] Hakeri, İhmal, 290.
[2] CGK, 07.03.1988, 72.

6. **Hareketlerin Zaman Bakımından Değerlendirilmesi**: Bazı faillerin hareketleri tipe uygun hareketten önce olabilir: Faile eve girmek üzere merdiven verilmesi gibi. Ya da faillerin hareketleri eş zamanlı olabilir: Mesela birden fazla kişi tabancaları ile mağdura ateş edebilirler. Son olarak da bazı hareketler de suçun işlenmesinden sonra yapılabilir. Örneğin, failin kaçmasının sağlanması. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, suçun işlenmesinden sonra iştirak kapsamında değerlendirilebilecek hareketler yapılabilecek ise de bu hareketlerin yapılması konusundaki anlaşmanın suçun işlenmesinden önce veya en azından suçun işlendiği sırada yapılması gerekir.

   Bununla beraber, suçun işlenmesinden sonra yapılıp da daha önce bir anlaşmanın bulunmaması dolayısıyla iştirak sıfatıyla cezalandırılamayacak olan hareketlerden bazıları, başka sıfatla ve özellikle ayrı suç olarak cezalandırılmış olabilir. Örneğin, suçun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla bir suçun delillerini yok etmek, silmek, gizlemek, değiştirmek veya bozmak fiilleri **TCK** 281'de cezalandırılmıştır. Fakat bu maddenin uygulanması için sözü geçen hareketlerden birini yapan kişinin suçun işlenişine iştirak etmemesi gerekir. Eğer kişi suçta şerik ise sadece iştirakten dolayı cezalandırılacak, bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır[1].

   Yine önemle ifade etmek gerekir ki, iştirak kurallarını ortadan kaldırıcı bir hüküm içermeyen suçlar da vardır. Örneğin, **TCK** 196 "ölü gömülmesine ayrılan yerlerden başka yerlere ölü gömen veya gömdüren kimse"yi cezalandırmaktadır. Şimdi, ortaklardan biri, bir kimseyi öldürecek olan kişiye suçtan sonra cesedi gömeceğini vaat edip de fail mağduru öldürdükten sonra, cesedi evin bahçesine gömse, sırf vaatte bulunmak suretiyle öldürme suçuna iştirak ettiğinden şüphe edilemezse de ayrıca **TCK** 196 dolayısıyla sorumlu tutulup tutulmayacağını tartışmak gerekir. Burada iştiraki bertaraf edici yukarıdaki gibi bir hüküm olsaydı problem olmayacaktı. Böyle bir hüküm bulunmadığından, bu tip durumlarda iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir: Kasten öldürme suçuna yardım ve usulsüz ölü gömülmesi suçu. Ne var ki, burada fikri içtimaın söz konusu olmadığını özellikle belirtmek gerekir, zira ilk hareket vaat, ikinci hareket ise gömmedir.



Ek Bilgi: TCK 196 ve 281'e bağlanan sonuçları ve bunun iştirak ile ilgisini bir soru eşliğinde özet olarak açıklamaya çalışayım:

SORU: İştirakte, suçun işlenmesinden sonra örneğin yardım vaadinde bulunan kimse, gerçekten de yardım ederse nasıl cezalandırılır?

CEVAP: İki olasılık vardır:

1. Bazı suç tiplerinde "suçun işlenişine iştirak etmemiş olmak" şartı getirilmiştir. Örn: TCK 281. Bu takdirde fail, sadece iştirak ettiği suçtan dolayı cezalandırılır.
2. Bazı suç tiplerinde ise böyle bir kayıt yoktur. Örn. TCK 196. Bu takdirde failin sorumluluğu iki ayrı suçtan tayin edilir.

[1] Aynı sonuç. bkz. **TCK** 282/2. **TCK** 283; **TCK** 165. Keza bkz. 313/2: Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı halkı silahlı isyana tahrik eden kimse, ayrıca isyana katılmış veya isyanı idare etmiş ise tahrikten değil, sadece katılma veya idare etmeden dolayı cezalandırılacaktır.

b. Hareketlerin Nedensellik Değeri Taşıması

Bir kimseyi yapmış olduğu hareketinden dolayı iştirakten ötürü sorumlu tutabilmek için, yapmış olduğu hareketin suçun işlenmesine etkili olması gerekir[1]. Bu nedenledir ki, bir kimsenin bir başkasını suç işlemeye azmettirmesine rağmen, azmettirilenin suç işlememesi durumunda, "azmettirme, iştirak sıfatıyla cezalandırılamaz, zira azmettirenin hareketi, neticeye etkili olmamış, bu hareketle herhangi bir netice arasında nedensellik bağının kurulmasına imkân bulunmamıştır"[2]. Nitekim TCK 40/3'te bu husus hüküm altına alınmıştır: "*Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için, ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir*".

Yapılan hareketlerin nedensellik değeri taşıması konusunda akla gelen şu problemlere değinmek gerekir[3]:

aa. Hareketin Doğrudan Doğruyalığı

Direkt olarak neticeye değil de başka bir ortağın netice dışındaki bir hareketine sebebiyet vermiş olan bir hareketin nedensellik değeri taşıyıp taşımadığı ele alınmalıdır: Mesela, ortaklardan biri suçta kullanılacak silahı diğer bir ortağa verir, bu ortak da aynı silahı ateş edecek faile götürür. Bu durumda birinci ortağın hareketi, başka bir harekete sebebiyet vermişse de doğrudan doğruya neticeyi meydana getirmemiştir. Bu durumda, acaba böyle bir hareketi yapan da ortak olarak kabul edilecek midir, yoksa hareketi doğrudan doğruya nedensellik değeri taşımadığı için ortak olmayacak mıdır? Öncelikle şu tespiti yapmak gerekir: Bir ortağın hareketi bulunmadığı takdirde netice de meydana gelmeyecek idiyse, o hareketin bir nedensellik değeri bulunduğundan şüphe edilemez. Bunun dışında, "belirli bir hareket yapılmasa idi diğer ortakların başka bir şekilde hareket etmeleri gerektiği hallerde de bu hareketin illi değer taşıdığı açıktır ve hareketin nedensellik değerini haiz olması yeterli olup, ayrıca bu değerin doğrudan doğruya olmasına gerek yoktur". Mesela ortaklardan biri silahı faile götürecek ortağa vermese idi bu ortak aynı silahı başka bir yerden tedarik edecek, yani ortaklar başka türlü hareket edeceklerdi; şu halde silahı ikinci ortağa veren birinci ortak, diğer ortakların belirli bir şekilde hareket etmelerine etkili olmuştur, bu sebeple de onun bu hareketinin de nedensellik değeri vardır.

Bu nedenledir ki, doğrudan faili değil de bir başkasını azmettiren ve bunun faille temasa geçip onu azmettirmesini sağlayan kişi, yani azmettirmeye azmettiren kimse de ortaklar arasında yer alır. Buna zincirleme azmettirme denilmektedir ve aşağıda değinilecektir.

bb. Soyut-Somut Nedensellik

Soyut olarak nedensellik değerine sahip hareket, somut olayda aynı değeri haiz olmazsa ne yapılacaktır? Mesela ortak, hırsızlık için gireceği eve çıkması için merdiven verse, bu hareket soyut olarak bakıldığında ne-

---

1 Krş. Commonwealth v. Smith, 1978.
2 Donmezer/Erman, II, 473.
3 Donmezer/Erman,II, 474 vd.

denseldir. Bununla beraber somut olayda, fail merdiven kullanmak yerine, gireceği eve tırmanırsa, ortağın hareketi somut olayda nedensellik değeri taşımamıştır.

Birtakım yazarlar bu durumda iştirake teşebbüsten bahsederler. Ne var ki, böyle bir kavram kabul edilmemektedir. Kabul edilen görüş *somut nedenselliğe* önem atfetmektedir[1]. Buna göre mesela fail mağduru zehirle öldüreceğinden bahisle yardım edene başvursa, yardım eden de ona zehri sağlasa, "fakat fail fikir değiştirerek mağduru bıçakla öldürse, zehir sağlayan kimseyi teşebbüs altında dahi cezalandırmaya imkân yoktur; çünkü somut olayda zehir tedariki suçun işlenmesinde nedensellik değeri taşımamıştır. Yine somut olayda bir kimseyi öldürmek üzere faile bir silah verilir de fail suçu işlemekten vazgeçmiş olmasına rağmen, aynı silah ile ve taksir ile mağduru yaralayacak olursa, silahı verenin bu suça iştiraki kabul edilemez".

> ** Faik, Mahcup'un hırsızlık yapabilmesi için evin kapısını açık bırakır, ancak Mahcup'un bundan haberi yoktur ve camı kırarak eve girer.*
>
> ** Faik, Mahcup'un Faike'yi öldürmesine yardım etmek istemektedir ve bu amaçla ona kargoyla bir silah gönderir. Ancak Mahcup'un Faik'in yardım isteğinden ve kargodan haberi yoktur, nitekim kargo da Mahcup'a ulaşmaz ve Mahcup Faike'yi bıçaklayarak öldürür (örnekler için bkz. Dressler, 890).*

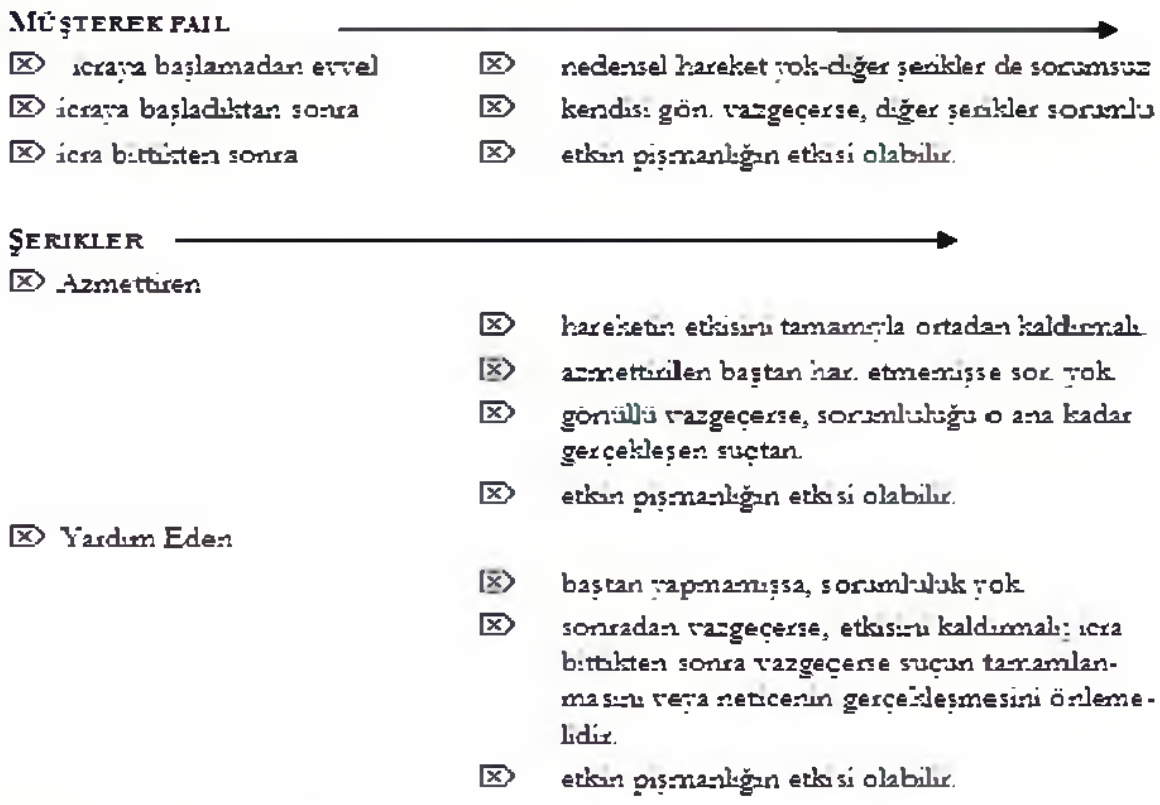
Ancak burada bazı yazarlar, fail ve yardım eden "birlikte bulundukları veya birbirlerini tanıdıkları ve iştirak iradelerinin birleşmiş olduğu durumlarda katılanın maddi nitelikteki hareketlerinin işlenmesi kastedilen suçta, illi bir değeri bulunmamış olsa dahi, iştirak kurallarının uygulanabileceği" görüşündedirler. Örneğin, hırsızlıkta ev kapısının açılması için yanında bir çilingir getiren fail, çilingirin kapıyı açacağı sırada, kapının esasen açık olduğunun anlaşılması sonucu, çilingire yapacak bir iş düşmese dahi, çilingir suça yardım eden olarak katılmıştır, zira failin çilingirin yapacağı katkı sebebiyle suçun işlenmesi bakımından sahip olduğu karara, çilingirin olay mahalline gelmiş olması etkili olmuştur. Yine ıssız bir yerde yapılmak istenen hırsızlıkta gözcü olmadan dahi fiilin rahatlıkla gerçekleştirilebilmesi mümkün olan bir durumda, gözcülük yapan kişinin hareketi yine de suça iştiraktir[2]. Yukarıda verdiğim Faik ve Mahcup örneklerinde ise Mahcup'un Faik'in eyleminden haberi yoktur. Bu nedenle, Faik'in bu örneklerde iştirakten ötürü sorumluluğu yoktur. Bunun nedeni, ilkin Faik'in hareketlerinin nedensel olmaması; ikinci olarak da Mahcup'un Faik'in yardımından haberi olmaması nedeniyle, manevi yardımın da söz konusu olmamasıdır.

---

[1] Dressler, 890.

[2] Önder, II, 482. Ancak bu tip durumlarda yardım etmenin manevi şeklinin -TCK 39/2-a- olabileceği de savunulmaktadır, zira ortağın oraya gelmemesi vs. halinde suç kararı alınmayacaktı. Dolayısıyla ortağın manevi bir katkısı olmuştur.

cc. Vazgeçmenin Nedensellik Bağına Etkisi



Yukarıdaki şeklin içeriğini ayrıntılı olarak açıklayalım[1]:

✓ Vazgeçen, faildir:

✗ Fail tipe uygun hareketin icra hareketlerine **başlamadan önce** suçu işlemekten vazgeçerse, iştirak kurallarının ikincil niteliği (bağlılık prensibi) ve iştirake teşebbüsün mümkün olmaması dolayısıyla, diğer ortakları da cezalandırmak mümkün olmaz. "*Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için, ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir*" (**TCK** 40/3).

✗ Buna karşılık fail icra hareketlerine **başladıktan sonra** vazgeçecek olursa, gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasının sebebi olarak maksada uygunluk fikrini kabul ettiğimizden[2], bu vazgeçme diğer ortakları etkilemez[3] ve bu ortaklar teşebbüs halinde kalmış olan suça iştirak etmekten dolayı sorumlu olurlar. Kanunumuz da bu hususu açıkça düzenlemiş bulunmaktadır: "*İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır*" (**TCK** 41/1). Vazgeçen müşterek failin vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için, diğer müşterek failleri de vazgeçirmesi veya suçun işlenmemesi için gayret göstermesi gerekir (bkz. **TCK** 41).

---

1 Krş. Donmezer/Erman, II, 476 vd.
2 Bkz. Donmezer/Erman, I, 444 vd.
3 Krş. İçel, Suç Teorisi, 359.

✗ Fail, suç bütün unsurlarıyla **tamamlandıktan sonra** vazgeçecek olursa, kanunumuzun özel hükümler kısmında düzenlenmiş etkin pişmanlık hükümlerinden birinin tatbik edilmesi söz konusu olabilir ve böyle bir hüküm uygulanacak olduğunda sadece etkin pişmanlık gösterene uygulanacaktır. Failin işlediği suç bakımından etkin pişmanlığa ilişkin bir hüküm yoksa bu kimsenin etkin pişmanlığının etkisi olmayacaktır (krş. **TCK** 61, 62).

✓ Vazgeçen, diğer ortaklardır: Bunların vazgeçmesine hukuksal bir sonuç tanınabilmesi için, yapmış oldukları hareketlerin etkilerini ortadan kaldırmaları gerekir. Ancak bu şekilde, daha önce yaptıkları hareketlerin nedensellik değerini yok etmiş olurlar;

✗ Mesela *azmettiren* kimse vazgeçtiği takdirde, hareketsiz kalması yeterli olmaz. Azmettiren önceki telkinlerinin etkilerini ortadan kaldırmak zorundadır;

⏭ Azmettirenin bu faaliyeti sonucunda azmettirilen esasen icraya başlamamışsa sorumluluk yoktur.

⏭ Buna karşılık azmettiren azmettirileni icra hareketlerine başladıktan ve fakat icra hareketlerini bitirmeden önce durdurabilmişse veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemişse, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanacak ve o ana kadar fail tarafından yapılan hareketler ayrı bir suç teşkil etmekte iseler, azmettiren bu suçtan sorumlu tutulacak yahut o zamana kadar yapılan hareketler esasen suç teşkil edici bir nitelik arz etmemekte ise vazgeçen ve sadece vazgeçmekle yetinmeyip, azmettirilenin icrayı bitirmesine engel olan azmettiren hiç cezalandırılmayacaktır (Bkz. **TCK** 41/1).

⏭ Nihayet, azmettiren kimse suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra harekete geçerek kanunumuzun özel hükümler kısmında düzenlenmiş etkin pişmanlık hükümlerinden birine uygun hareket ettiği takdirde, sadece azmettiren bakımından ilgili hüküm uygulanabilecektir. Azmettirenin işlediği suç bakımından etkin pişmanlığa ilişkin bir hüküm yoksa azmettirenin etkin pişmanlığının etkisi olmayacaktır (krş. **TCK** 61, 62).

✗ *Yardım Eden açısından* ise

⏭ Şayet yardım eden "nedensellik değeri taşıyan hareketi yapmadan önce vazgeçmişse, esasen onu ortaklar arasına sokmaya imkân yoktur; mesela diğer ortakları karşı sahile götürmeyi kabul eden sandalcı, kararlaştırılan gün ve saatte gelmezse, onun tarafından yapılan bir hareket bulunmamaktadır ve sandalcıyı ortak saymak mümkün değildir".

⏭ Hareketin yapılmasından sonra vazgeçildiği takdirde, bu vazgeçmeye hukuksal bir değer tanınabilmesi için hareketi

yapan ortağın, hareketin nedensellik değerini ortadan kaldırması gerekir. Mesela mağduru zehirlemesi için faile zehir veren kimse, henüz fail bu zehri kullanmadan önce vazgeçip geri alacak olursa, durum böyle olur. Ancak fail bu zehirle icra hareketlerine başlamışsa, zehri veren kimse müdahale edip icranın sona ermesine veya suçun tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine engel olmadıkça, onun hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz (Bkz. TCK 41/1 ve 2).

- Nihayet, yardım eden kimse suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra harekete geçerek kanunumuzun özel hükümler kısmında düzenlenmiş etkin pişmanlık hükümlerinden birine uygun hareket ettiği takdirde, sadece kendisi bakımından ilgili hüküm uygulanabilecektir. Yardım edenin işlediği suç bakımından etkin pişmanlığa ilişkin bir hüküm yoksa yardım edenin etkin pişmanlığının etkisi olmayacaktır (krş. TCK 61, 62).

Önemle altını çizmek gerekir ki, kanunumuz iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusunda yukarıda belirttiğimiz hususlardan daha ileri bir adım atarak, 41/2. maddede,

"Suçun;

a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,

b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması,

hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır" hükmünü koymuştur.

Böylece örneğin, kişi gönüllü vazgeçmiş ve bu noktada da gayret göstermiş, ancak örneğin diğer ortaklar polis tarafından yakalandıkları için suç işlenememiş olsa dahi 41/1. madde uygulanabilecektir. Keza, gönüllü vazgeçenin bütün samimi çabalarına rağmen suçun işlenmesi önlenememiş olsa dahi, gönüllü vazgeçen vazgeçmesinden yararlanacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta da gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için, vazgeçmenin gönüllü olmasının yanı sıra, vazgeçenin suçun işlenmesini önlemek yönünde çaba göstermesi aranmaktadır[1]. Gösterilen çabaya rağmen suçun önlenememesi halinde ise failin yine de cezalandırılacağı, ancak bir alt cezaya hükmedileceği de belirtilmektedir[2].

dd. Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları ve İştirak

Objektif cezalandırılabilirlik şartlarının arandığı suçlarda, bu şartların gerçekleşmemesi halinde, suça katılan diğer kişilerin de suça iştirakten sorumluluğu doğmayacaktır. Bu şartların gerçekleşmemesi durumunda hem fail hem de şerikler cezalandırılamayacaktır[3]. Diğer yandan bu şartların arandığı

---

1 Bkz. Texas Ceza Kanunu, md. 15.04 (a) ve (b).
2 Bkz. aynı kanun, md. 15.04.(d)N.
3 Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, 158.

suçlarda zincirleme suç ve fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından da suçun unsurlarının yanı sıra objektif cezalandırılabilme koşullarının da gerçekleşmiş olması gerekmektedir[1].

ee. Uzlaştırma ve İştirak

Bir ceza muhakemesi kurumu olan uzlaştırma, "soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile kanunda belirtilen bazı suçlarda şüphelinin bir edimi yerine getirmeyi, mağdurun/suçtan zarar görenin de bununla yetinmeyi kabul etmesi halinde, soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesini; kovuşturma aşamasında davanın düşmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını sağlayan müessesedir"[2]. Uzlaştırma kurumundan, "*aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi*" yararlanır (CMK 255).

c. İştirak İradesi (Suça İştirak Kastı)

aa. Genel Olarak

İştirakin özünde ortaklar arasındaki bir anlaşma vardır ve bu anlaşma çoğunlukla sözlüdür. İştirak iradesinin yazılı bir şekilde ortaya konulmasına uygulamada pek rastlanmaz. Ortakların iştirak iradesini ortaya koyan görüşmesi, konuşması yeterlidir.

"*Birden çok ortağın birbirinden ayrı hareketlerini bir bütün içinde birleştiren, âdeta birbirlerine bağlayan şart*", iştirak iradesidir. Bu irade, ortakların sadece kendi hareketlerinden değil, diğerlerinin de hareketlerinden sorumlu tutulmasının gerekçesidir[3]. Ortaklar belirli bir suça iştirak ettiklerini bilmeli ve bunu istemelidir[4]. Ortakların suça ilişkin tasavvuru, fail kadar ayrıntılı olmayabilir. Bu sebeple iştirak iradesinden söz edilebilmesi için, ortağın neye iştirak ettiğini bilmesi yeterlidir[5].

İştirak iradesi açık bir şekilde ortaya konulabileceği gibi, zımni de olabilir[6]. Örneğin bir grup gencin arabayla dolaştığı esnada, birisinin ortaya attığı "bir dükkâna girip bir şeyler çalalım" şeklindeki fikre, "benim canım muz istiyor" şeklinde cevap veren müşterek fail hakkında açılan davada, sanığın, "ben dükkânın soyulmasına karşıydım, ancak fikrimi kendime sakladım ve ifade etmedim" şeklindeki savunmasına karşılık; mahkeme, bu ifadenin iştirak kastını ortaya koyduğuna karar vermiştir[7].

Karşılaştırmalı hukukta, sözle ifade edilmemiş, karşılıklı anlaşmanın bulunmadığı fakat halden anlaşılan iştirakin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir[8]. Bu husus iştirak iradesinin ispatı bakımından büyük önem

---

1 Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, 160.
2 Hakeri/Ünver, 317.
3 Donmezer/Erman, II, 478.
4 Erem/Danışman/Arluk, 364, 365.
5 Önder, II, 484.
6 Bkz. People v. Carter.
7 State v. Helmenstein, 1968.
8 Bkz. People v. Lauria.

taşımaktadır. Tarafların açık veya zımni bir anlaşmasının bulunmadığı hallerde, beraber hareket etseler de kural olarak iştirak iradesinin bulunmadığı esasından yola çıkılmalıdır. Bu noktada özellikle bir fiilin işlenmesinden haberdar olan herkesin ortak olarak kabul edilemeyeceği göz önünde tutulmalıdır. İştirakten bahsedilebilmesi için iştirak iradesinin kesin ve net bir biçimde ortaya konması gerekir. Bu bakımdan ortaya çıkan sorun, bir suç işleyeceğinden bahseden kimseye, "*dikkat et yakalanma*" veya "*benim için sorun yok*" veya "*bence sakıncası yok*" diyen kimsenin bu ifadelerinin iştirak kastını içerip içermediğidir.

ABD'de gerçekleşen bir olayda, kocasının "annemi öldürmeyi planlıyorum" demesine, "*sana sorun çıkarmam*" diyen eşin suça iştirak ettiğine karar verilmiştir. Mahkeme, eşin bu ifadelerinin, kocasının eylemine engel olmayacağından emin olması anlamını içerdiğine, eşin suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olduğuna, bu sözlerin basit bir göz yummadan öte, afail tarafından planlanan eyleme yardım niteliği taşıdığına karar vermiştir[1]. Bu tür ifadeler bakımından somut olayın ve tarafların konumunun iyi değerlendirilerek, bu ifadelerin destek anlamı içermesi durumunda manevi yardımın kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Bir suça iştirak ettiğini bilmeden iştirak eden kimse (söz gelimi bilgi verdiği kişinin hırsız olduğunu bilmeden ev hakkında bilgi veren kapıcı) hakkında fiili yanılmaya ilişkin hükümler uygulanır ve bu kimse kastı bulunmadığından iştirakten dolayı sorumlu tutulamaz[2].

Bu noktada da somut olayın özelliklerine göre karar vermek gerekir. Örneğin, silah temin etmesini isteyen bir kimseye silah sağlayan kişi, o kişinin sonradan o silah ile suç işlemesi halinde, suça yardımdan dolayı her zaman sorumlu tutulmayabilir. Nitekim silahı isteyen kişi düşmanına karşı kendini korumak amacıyla istemiş olabilir. Buna karşılık, bu kişi susturuculu bir silah isterse, en azından yaralama amacı taşıdığı sonucu çıkabilir ve yaralamaya iştirak kastıyla hareket ettiği söylenebilir.

İştirak iradesinden bahsedebilmek için, fiilin müştereken işlenmesine yönelik bir irade söz konusu olmalıdır. Buna karşılık failler müstakil suçlar işleme kararı alırlarsa, burada iştirak iradesi yoktur. Örneğin, faillerin her biri ayrı ayrı olmak üzere, farklı farklı kişileri dövme kararı almalarında iştirak kuralları uygulanmaz[3].

Burada akla gelen bir soru, iştirak iradesinin bütün ortaklarda bulunmasının gerekli olup olmadığıdır. Belirtelim ki, iştirak iradesinin ortaklardan sadece birinde bulunması yeterlidir. Dolayısıyla, failden habersiz olarak ona yardım eden kimse, iştirak iradesiyle hareket etmiştir ve bu kimse bakımından iştirak kuralları uygulanacaktır. İştirak kurallarının uygulanması demek kendisine yardım ettiği failde mevcut cezayı artıran nitelikli hallerin bu kişiye sirayet etmesi demektir. "Buna karşılık, kendisine yardım edildiğinden haberi olmayan kişi hakkında iştirak kurallarının uygulanması düşünülemez. Gördüğü yardım, suçun işlenmesine yararlı olsa da bunu bilmeyen fail iştirak irade-

---

1 State v. Doody. 1981.
2 Erem/Danışman/Artuk. 365.
3 Gropp. 371.

siyle hareket etmiş sayılamaz"[1] ve böylece, fail, yardım eden kişiye ait cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerden dolayı sorumlu tutulamaz.

İştirak iradesi ile ilgili bir önemli nokta da bu iradenin suçtan önce veya en geç suçun işlenmesi sırasında ortaya çıkmış olmasının şart olduğudur. Nitekim sanık R'nin av tüfeği ile olay yerine gelmiş olan kardeşi sanık A'ya "ne duruyorsun, o tüfeği getirdin, vur" demesi üzerine A'nın maktulü öldürmesi olayında, suçun işlenişinden çok kısa süre önce iştirak iradesinin oluştuğunda şüphe yoktur. *Yargıtay* bu kararında "önceki bir anlaşmaya gerek yoktur" demekteyse de[2], iştirak hükümleri için kesinlikle anlaşmaya gerek vardır. Ne var ki, bu anlaşma suçun işlenmesi sırasında da oluşabilir. Dolayısıyla, işlenmiş suça iştirak mümkün değildir. Olsa olsa TCK 278/2, 283 veya 165. madde hükümleri uygulanabilir.

Failin önceden başlamış bulunan fiilin icrasına sonradan katılması da mümkündür. Böylece, fail icra hareketleri sona erene kadar suça müşterek fail olarak katılmış olabilir[3]. Bu takdirde suça sonradan, icrası sırasında katılan müşterek fail ancak katılımından sonraki eylemlerden ötürü sorumlu tutulabilir. Kendisinin katılımından önce tamamen tamamlanmış eylemlerden ötürü bir sorumluluğu söz konusu olamaz[4].

Toplumsal yaşamın veya bir mesleğin gereklerinin yerine getirilmesi halinde iştirak iradesinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, hekim A kolu kırılmış olan B'nin tedavisini yaparken, B'nin kolunun tedavisinden sonra hırsızlık yapacağını öğrenmiş olabilir. Bu durumda hekimin hırsızlığa iştirakten cezalandırılması mümkün değildir. Bir diğer örnekte, A hırsızlık yapmak için girmek istediği ev civarında bulunan derin bir çukura düşmüştür. B, A'yı çukurdan çıkarırken, A'nın hırsızlık yapacağını öğrenmiştir. Buna rağmen A'ya yardım eden B'nin hırsızlığa yardım ettiği kabul edilemez. Buna karşın A, B'den dağ evinde yalnız kaldığı için çiftesini istemiştir. B, A'ya çifteyi verirken A'nın düşmanı olan C'yi öldürme kararı içinde bulunduğunu bilmektedir. Bu örnekte ise genellikle iştirak iradesinin varlığı kabul edilmektedir[5].

bb. Yan Yana Faillik

Birbirinden habersiz bir şekilde bir suçu tesadüfen aynı anda işleyen kimselerin de suçu iştirak halinde işledikleri kabul olunamaz. Mesela ortak düşmanları olan bir kişiye aynı yerde, aynı zamanda birbirinden habersiz pusu kurarak ateş eden kimselerin her biri müstakil fail olarak cezalandırılır.

cc. İştirak İradesinin Önemi

Suçun iştirak halinde veya yan yana faillik şeklinde işlenmesinin bazı noktalarda önemli sonuçları vardır:

---

[1] Donmezer/Erman II. 482
[2] CGK. 20.03.1978. 93
[3] Sukzessive Mittaterschaft
[4] Wessels/Beulke kn. 527
[5] Önder II. 484. 485

a. İştirak iradesi öncelikle, belirli bir kast ile hareket eden kimsenin eylemine iştirakten dolayı sorumlu olup olmama bakımından önemlidir.

Aşağıdaki karar bu konuya iyi bir örnek olarak gösterilebilir. Kararda, öldürme kastıyla hareket eden Murat'ın eylemine Hakan'ın iştirak iradesi olduğu kabul edilecek olursa, adam öldürmeye iştirakten dolayı sorumluluk tayin edilecekken, iştirak iradesi yoksa, sadece yaralama nedeniyle sorumluluk söz konusu olacaktır.

"Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık Murat'ın olaydan 6 ay öncesine kadar birlikte yaşadığı Fazilet'in maktulün üvey kızı olduğu ve sanık Murat'tan ayrıldıktan sonra annesi ve maktul ile aynı evde kalmaya başladığı, sanık Murat'ın zaman zaman telefon açarak Fazilet'ten tekrar kendisi ile birlikte olmasını istediği, ancak Fazilet'in kabul etmediği, olay günü Murat'ın yanında arkadaşı Hakan olduğu halde Fazilet ile görüşmek amacıyla maktulun evinin bulunduğu yere geldikleri, sanıkları gören Fazilet'in olay yeri yakınında bulunan markete girerek maktule telefon açıp Murat'ın yakınlarda olduğunu bildirdiği, bunun üzerine maktulun markete gelerek Fazilet'i alıp eve götürmek istediği sırada sanıklarla maktul arasında tartışma çıktığı, tartışma sırasında maktule saldıran sanık Hakan'ın yumrukla ve olay yerinde ele geçirdiği pet su şişesi ile maktule vurduğu, bu sırada sanık Murat'ın ani verdiği karara dayalı olarak arabasından aldığı bıçakla maktulün yanına gelip bıçakla göğüs bölgesine vurmak suretiyle onu öldürdüğü olayda; kasten öldürme suçunda sanık Hakan'ın, sanık Murat ile fikir birliği içerisinde hareket ettiğini kabule yetecek kesin deliller bulunmadığı ve sanığın ani gelişen olayda maktule yumruk ve pet su şişesi ile vurma şeklindeki eyleminin suça doğrudan katılma ya da suça yardım olarak kabul edilemeyeceği anlaşıldığından, sanık Hakan'ın maktule yönelik yaralama eylemi ile ilgili olarak hukuki durumunun TCK'nın 86. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde kasten öldürme suçuna yardımdan hüküm kurulması"[1].

b. İkinci olarak, yukarıda da ifade ettiğim gibi, **cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerin ortaklara etkisi** bakımındandır. Yoksa müşterek ya da müstakil fail olarak cezalandırmanın tabii ki ayrıca bir farkı yoktur. Konu üzerinde aşağıda ayrıntılı durulacaktır, ancak kısaca şunu belirtmek gerekir: İştirak iradesi varsa, ortaklardaki nitelikli hallerin sirayeti konusu tartışılır. Buna karşılık yan yana failliğin bulunduğu hallerde nitelikli hallerin sirayeti gündeme gelmez.

3. Bunun **diğer önemli yanı ise** yukarıda nedensellik bağını izah ederken vermiş olduğum örnek olay noktasındadır. Hatırlanacağı üzere, atipik nedensellikte, Faik ve Mahcup'un gerekli olan miktarın yarısı kadar bir zehri Faike'nin çayına kattığını ve bu miktarın

[1] 1. CD. 21.02.2012, 975.

yeterli olduğunu sandığını örnek olarak vermiş ve Faik ve Mahcup'un ancak teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabileceğini, fakat bunun için aralarında iştirak iradesinin bulunmaması gerektiğini açıklamıştık. Bu nedenle o örnek üzerinde konuyu açıklamakta yarar vardır: Faik, Mahcup'un zehir verdiğinden haberdar olup da verdiği zehrin de yetersiz olduğunu fark ederek, Mahcup'un fiiline iştirak iradesiyle Mahcup'un verdiği zehri tamamlayacak miktarda zehir verirse, kendisi iştirak iradesiyle hareket etmiştir ve fakat Mahcup'un iştirak iradesi yoktur. Bu durumda Mahcup adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutulduğu halde, Faik tamamlanmış adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulur[1]. Dolayısıyla tamamlanmış neticeden, ancak iştirak iradesi olan kişi sorumlu tutulmakta, iştirak iradesi olmayan kişi sorumlu tutulmamaktadır. Böylece iştirak iradesinin bu noktada da önemi görülmüş olmaktadır. Yeri gelmişken belirtelim ki, hem Faik hem de Mahcup'un iştirak iradesiyle hareket etmesi durumunda, verdikleri zehrin tek başına yeterli olmamasının önemi yoktur, ölüm neticesi ikisinin hareketi birleşerek de meydana gelse, her ikisi de tamamlanmış adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulur.

4. Son olarak, "*iştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsayacağından*" (**TCK** 73/5), suçtan zarar görenin müşterek faillere yönelik şikâyetten vazgeçmesi, müşterek faillerle beraber suçtan zarar görene karşı iştirak halinde suç işlemeyen müstakil fail bakımından geçerli olmayacaktır: Suçtan zarar görenin, sanıklar R. Kar, Cumali, Ahmet ve Veli hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiği, ancak sanık R. Doğan'ın diğer sanıklarla birlikte suçtan zarar görene karşı iştirak halinde suç işlemediği, bu nedenle suçtan zarar görenin diğer sanıklar hakkındaki şikâyetinden vazgeçmesinin sanık R. Doğan'a sirayet etmesinin söz konusu olmayacağı gözetilerek, bu sanık hakkında takibi şikâyete tabi kasten yaralama suçundan açılan davada yargılamaya devam edilerek, karar verilmesi gerekir[2].

d. Bir Suçun İcrasına Başlanması

Fail tarafından gerçekleştirilen fiil, hazırlık hareketi derecesinde kaldığı, genel affa veya zamanaşımına uğradığı hallerde iştirak hali oluşmaz. İştirakin yukarıda ele aldığımız şartları, "ancak bir suçla sonuçlandıkları takdirde değer taşır. Zira ancak bu haldedir ki, suçun birden çok failin eseri olduğu söylenebilir ve iştirak kurallarının uygulanabilmesi söz konusu olabilir". Ne var ki, teşebbüs halinde kalan suçlara da iştirak edilmesi olanaklıdır; başka ifadeyle, bir suçun icra hareketleri gerçekleştirilirken de bu suça iştirak mümkündür, zira şart olan husus suçun icra hareketlerine başlamak olup, bunun tamamlanması aranmamaktadır[3].

---

1 İçel, Suç Teorisi, 386.
2 2. CD. 25.06.2007. 9405.
3 Donmezer/Erman, II, 483.

Kural, "suç yoksa iştirak da yoktur"

Kanunumuz böylece ***iştirakte bağlılık*** kuralını kabul etmiş ve açıkça düzenlemiştir (**TCK** 40). Bundan anlaşılması gereken şudur:

"Bir suça katılmak isteyen ve buna yönelik maddi veya manevi nitelikte katkıda bulunmuş olanın bu katkısı, suça katılmış olarak kabul edilmesinde yeterli değildir ve iştirak kurallarının harekete geçmesi bakımından daha başka bir şartın da gerçekleşmesi gerekir. Bu şart, failin bütün suça katılanlar bakımından aynı olan bir suçu işlemiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, iştirak bağımsız niteliğe sahip bir müessese değildir ve varlığını failin bir suçu gerçekleştirmiş olması halinde kazanabilir"[1]. Bu nedenledir ki, kanunumuz 84. maddede "intihara yönlendirme" başlığı altında intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme ve intihara yardımı ayrıca cezalandırma yoluna gitmiştir. İntihar suç olarak düzenlenmediğinden, maddede belirtilen hareketlerin yapılması da iştirakte bağlılık kuralı gereğince cezalandırılamayacaktı. Bu sonucu önlemek bakımından, bu özel hüküm sevk edilmiştir. Böylece asıl fiil suç olmasa bile, o fiile azmettirme, yardım gibi fiiller cezalandırılabilecektir.

Amerikan Hukuku'nda azmettirme veya manevi yardım bakımından bağlılık kuralı aranmamaktadır. Böylece, bir başkasını bir suçu işlemeye azmettiren veya onu teşvik eden, cesaretlendiren, fail icra hareketlerine başlamasa dahi cezalandırılmaktadır[2]. Bununla beraber, örneğin bir mektupla bir kimseyi azmettirmek isteyen fail, mektubun azmettirilmek istenen kişiye hiç ulaşmaması halinde, azmettirmeden sorumlu tutulmamakta, sadece azmettirmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktadır[3]. Hukukumuzda ise aşağıda ele alınacağı üzere, bu takdirde fail cezasız kalır, zira azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmamaktadır.

e. Suçun Bütün Ortaklar İçin Aynı Olması

Konu üzerinde ayrıntılı bilgi vermeden önce belirtmek gerekir ki, suça katılanların sorumluluğu bakımından suçun işlenmesinde bir yararlarının bulunup bulunmamasının önemi yoktur. Bununla beraber, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 360. maddesine göre, "*359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanunu'nun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir*". Böylece kanun koyucu vergi suçları alanında genel hükümlerden ayrı bir sonuç öngörmüş bulunmaktadır.

Yukarıda suçun bütün ortaklar bakımından aynı olması lazımdır dedik. Bundan ne anlaşılması gerekir, bunu etraflı bir şekilde ele alalım:

1. **Suçun Unsurları Bakımından**: Suçun aynı olmasından söz edebilmek için, sadece maddi unsurun aynı olması yeterli değildir, manevi unsurun da aynı olması gerekir. Bir kimseyi öldürmesi için faile verilen silahın taksir

---

1 Önder, II, 487, 488.
2 Dressler, 804.
3 State v. Cotton, 1990.

ile ateş almasına sebebiyet vererek hasmın ölümüne sebep olan kişi ile silahı verenin fiili arasında iştirak yoktur. Bu gibi hallerde iştirak halinde işlenmiş tek bir suç değil, ortaklar sayısı kadar ayrı suçlar söz konusu olur. Böylece kasıtlı bir suça taksirle veya taksirli bir suça kasıtla iştirak cezalandırılmaz. Ortakların manevi unsur bakımından farklı hareket etmeleri halinde iştirak kuralları uygulanamaz[1]. Fail tarafından taksirle meydana getirilen bir netice azmettiren için de öngörülebilir nitelikte olduğu takdirde, azmettirenin de taksirli sorumluluğu söz konusu olabilir[2].

Konunun girişinde verilen örnek olayda, O'nun taksirle Y'yi öldürdüğü kabul edilirse, B kasten, buna karşılık O taksirle hareket ettiğinden, B'nin O'nun eylemine iştirakten dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, Y olası kastla öldürülmüşse, B de kasten hareket ettiğinden iştirak kuralları uygulanacaktır. B azmettirmeden dolayı sorumlu tutulacaktır.

2. **Failin Suçu İşlememiş Olması**: İştirakte bağlılık prensibini kabul eden kanunumuz; fail bir suçu işlemedikçe, yani hiç olmazsa icra hareketlerine başlamadıkça suça katılanların bu suç sebebiyle cezalandırılamayacağı kuralını benimsemiştir. Azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluk için, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir (40. md. gerekçesi). Dolaylı faillikte de suça yönlendirilen failin icra hareketlerine başlamaması halinde, örneğin tapu memurunun sahte evrakı düzenlemeye başlamaması halinde dolaylı failin de cezalandırılması mümkün olmaz[3]. Ancak ceza kanununun özel kısmında düzenlenen bazı suç tipleriyle belirli hareketler bağımsız suç olarak düzenlenerek, iştirak hükümleriyle cezalandırılamayan bu hareketlerin cezalandırılması yolu açılmaktadır. Mesela TCK 214'te olduğu gibi.

   Failerin filinin teşebbüs aşamasında kalması halinde, diğer ortaklar da teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır.

Konunun girişinde verilen örnek olayda, O'nun suçun icra hareketlerine başlamadığı, henüz korkutmak için hareket ettiği ileri sürülebilir. Ancak bu hareketler de bir suçun icrasına başlamak niteliğindedir, dolayısıyla azmettirenin cezalandırılmasını sağlayıcı niteliktedir.

[1] Donmezer/Erman. II. 485.
[2] Erdem. 211.
[3] Bağlılık prensibi İngiliz Hukukunda da benimsenmektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. Allen. 222 vd.

3. **Gerçekte İşlenen Suçun Farklı Olması**: Burada ele almak istediğimiz husus, anlaşılan suç ile gerçekleştirilen suçun farklı olması halinde sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Bu bakımdan dört ayrı ihtimal söz konusu olabilir[1]:
   - Sadece işleniş şeklinde değişiklik yapılması
   - İşlenen suçun daha hafif olması
   - İşlenen suçun daha ağır olması
   - Üzerinde anlaşılan suçun dışında bir suçun veya bir başka suçun daha işlenmesi.

   Öncelikle belirtmek gerekir ki, suç aynı kalmakla beraber işleniş şeklinde değişiklik yapılması, bu değişiklik cezanın ağırlaştırılmasını gerektirse bile bu konuyu değil, ağırlatıcı sebeplerin sirâyeti meselesini ilgilendirir. Dolayısıyla örneğin; azmettiren, mağdurun yaralanması hususunda telkinde bulunmuş fakat yaralamanın bıçakla yapılmasını istememiş olduğu halde, fail bıçak veya başka bir silahla suçu işlemiş olabilir. Bu durum suçun değişmesine yol açmadığından, sadece ağırlatıcı sebeplerin sirayeti bakımından önem arz edebilir. *Yargıtay* Ceza Genel Kurulu kararına konu bir olayda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bir kimsenin yaralanması için mafya ile anlaşan azmettiren hakkında, eylemin silahla gerçekleştirilmesi durumunda bu nitelikli halin uygulanması gerektiği düşüncesiyle özel daire kararına itiraz etmiştir. Başsavcılığa göre, müşterek faillerin *"aralarında kararlaştırdıkları eylemin tamamından sorumlu tutulmaları gerekir. Kaldı ki, yeraltı dünyasının adamları eylemlerini şöyle veya böyle gerçekleştirmekte, silah da kullanabilmektedirler. Sanık, müdahilin yaralanması için yeraltı dünyasına başvurduğuna göre, yaralama olayında icabında silah da kullanılacağını bilmek durumundadır. Dolayısıyla eylemin sonuçlarından sorumlu tutulmalı, yaralamaya azmettirmek suçundan sanığa verilen ceza, yaralama olayında silah kullanılmış olması nedeniyle artırılmalıdır"*. Ne var ki, *Ceza Genel Kurulu*, *"sanık mağdura karşı etkili eylemde bulunulması hususunda azmettirmede bulunmuş ve fakat bu yaralamanın silahla yapılması hususunda herhangi bir azmettirmesi olmamıştır. Aslî (maddi) (müşterek) failin bu yaralama suçunu silahla işleyeceği hususuna da vakıf olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yaralamanın silahla işlenmesinden sorumlu tutulmamalıdır"* şeklinde karar vermiştir[2]. Buna karşılık benzer bir olayda farklı bir karar verilmiştir. Karara konu olayda, yine mafyaya *"maktulün gözünü etkin şekilde korkutmak ve takipçiliğini yaptığı şikâyetlerinden caymasını temin etmek"* görevinin tevdi edilmesi üzerine, mafya mensuplarının mağdurun işyerinin önüne konulan bomba dolayısıyla azmettirenin sorumluluğu tartışılmış ve *yüksek mahkeme*, anlaşmanın genel olarak yapıldığını, *"korkutucu eylemin şekline, zaman ve mekânına, şiddetine, kaç kişinin katılımıyla gerçekleştirileceğine ve kullanılacak araç ile edevatın türüne ilişkin bir sınırlama konulmamasına binaen, eylemi icra edenlerce bu kapsam için-*

[1] Donmezer/Erman, II, 488 vd.
[2] CGK, 24.10.1995, 301.

de şekillendirilen bombalama girişiminden" azmettirenlerin de sorumlu tutulması gerekir[1].

Suçun aynı olması bakımından üzerinde durulması gereken ikinci husus ise failin işlemiş olduğu suçun kararlaştırılan suça nazaran daha hafif olmasıdır. Gerçekte işlenen suç, iştirak iradesinin ilişkin olduğu suçtan ***daha hafif*** ise kanun sadece gerçekleşeni cezalandırdığı için, bütün failler gerçekleşen bu daha hafif suçtan dolayı ceza göreceklerdir. Gerçekten suç işlenmeseydi, ortak hiç de ceza görmeyecekti.

Konunun girişinde verilen örnek olayda, O'nun taksirle Y'yi öldürdüğü kabul edilirse, B kasten, buna karşılık O taksirle hareket ettiğinden, B'nin O'nun eylemine iştirakten dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, Y olası kastla öldürülmüşse, B de kasten hareket ettiğinden iştirak kuralları uygulanacaktır. B azmettirmeden dolayı sorumlu tutulacaktır.

Üçüncü ihtimal, yapılan hareketin iştirak iradesinin sınırı içinde olmasına rağmen, bu hareketten istenilenden ***daha ağır*** bir neticenin ortaya çıkmasıdır. Bu durumda "yapılan hareket iştirak iradelerinin sınırı içinde ise bu hareketten istenilenden daha ağır bir neticenin doğması halinde kanuna bakmak gerekir; kanunda bu aşırı neticenin faile yükleneceği yolunda hüküm varsa, aşırı neticeden hareketi yapan fail gibi diğer ortakların da sorumlu tutulmamaları için sebep yoktur. Mesela azmettiren, mağdurun dövülmesi için telkinde bulunmuş fakat yaralama neticesinde mağdurun çehresinde sabit eser kalmış ise fail nasıl ve hangi sebeple gerçekleşen aşırı neticeden sorumlu tutulacaksa, azmettiren de aynı şekilde sorumlu olur". Aynı şey **TCK** 87/4 açısından da geçerlidir. Nitekim *Yargıtay* da önceki baskılarda savunduğumuz bu görüşe uygun yeni bir karar vermiş bulunmaktadır: "*Azmettirenin sorumluluğunun, meydana gelen netice açısından* ***azmettirdiği suçun en ağır şekli ile sınırlı olduğu****, sanık Şadi'nin, sanıklar Özkan ve Fatih'i yaralama suçuna azmettirdiği, sanıkların ise iştirak iradesi dışına çıkarak maktulü öldürdüğü, sanık Şadi'nin meydana gelen netice açısından 5237 sayılı* ***TCK****'nın 86/1-3e maddesi yollamasıyla 87/4.maddesinin ikinci cümlesi gereğince sorumlu tutulması gerektiği.."*[2].

İşaret edelim ki, "*kararlaştırılan hareket yapılmakla beraber, gerçekleşen aşırı neticeden dolayı kanun faili esasen sorumlu tutmuyorsa, diğer ortaklara da bu yüzden sorumluluk yüklenemez*". Buna karşılık ağır netice, netice sebebiyle ağırlaşmış suç niteliğini arz etmiyor ve bu ağır netice üzerinde ortaklar anlaşmamışlarsa, ağır neticeden ancak fail sorumlu tutulabilecek; ortaklardan ağır neticenin gerçekleşmesine yönelik irade ortaya koyanlar da fail gibi bu neticeden sorumlu olacaklardır. *Yargıtay* da

[1] 1. CD. 02.03.2004. 592.
[2] 1.CD. 25.03.2009. 6619/1544.

sanıklar İbrahim ile Duran'ın mağdura müessir fiil uyguladıkları olayda, son olarak Duran'ın maktule yumruk vurması ve mağdurun sarhoşluğunun da etkisiyle dikkatli doğrulamayarak boğazını cam parçası kesmesi olayında sanık İbrahim'in "istemediği, arzu etmediği, belki aklının ucundan bile geçirmediği, iradesi dışında tesadüfen meydana gelen ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacağına" karar vermiştir[1].

Bu başlık altında ele alınması gereken asıl husus, failin, iştirak iradelerinin ilişkin olduğu hareket yerine **başka bir hareket** yapması veya kararlaştırılan hareketten başka **ikinci bir harekette** bulunmasıdır. Mesela, azmettiren mağdurun dövülmesi yolunda telkinlerde bulunduğu halde; azmettirilen, mağduru öldürebilir. Bir evde hırsızlık yapmak için anlaşmış olan iki kişiden biri dışarıda gözcülük yaparken, eve giren evde bulduğu kıza cinsel saldırıda bulunabilir yahut ev sahibinin gelmesi üzerine ona karşı cebir ve şiddet kullanabilir. Keza gelenlerin korkutulması maksadıyla verilmiş olan silah, o kimselerin öldürülmesinde kullanılmış olabilir[2]. İşte bu başka hareket veya ikinci hareket suç oluşturuyorsa, diğer ortakları bu suçtan sorumlu tutmaya imkân yoktur.

Bu nedenle, her müşterek fail, diğer müşterek failin eyleminden, ancak kastı çerçevesinde sorumludur. Diğer müşterek failin kararlaştırılanın dışına çıkmasından başka failler sorumlu tutulamaz[3].

Aksi durumda, yani gerçekleşen suça yönelik iradesi olmayan kişiyi bu sonuçtan sorumlu tutmak, iştirak kastını yok saymak ve objektif sorumluluğu kabul etmek anlamına gelir[4].

"Sanıkların SA isimli bir şahsı öldürmek üzere anlaşmaları, ancak onu bulamayınca karısını öldürmeleri suretiyle talimat ve telkinâtı tecavüz ettikleri, neticeyi değiştirdiklerinden, azmettiren IV'nin sorumlu tutulması gerekmez"[5]. *Yargıtay* kumaş çalmak için sanıktan anahtar temin etmesini istedikleri, sanığın tel halkaya tutturulmuş 138 adet anahtarı alarak diğer sanıklara dükkândan yapılacak hırsızlık için vermesi, ancak diğer sanıkların geceleyin park halindeki bir kamyoneti çalmaya karar vermeleri ve kamyoneti sanığın verdiği anahtarlardan biriyle açarak içerdeki mal sahibinin direnmesi üzerine tabanca çekerek kaçtıkları olayda, sanığın dükkândan kumaş çalınması için anahtarları verdiğini, haberi olmadığı halde bunların kamyonet gaspında kullanılmasından sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir[6].

Aynı şekilde dolaylı faillikte de araç olarak kullanılan kişi sınırı aştığında, dolaylı fail sınırın aşıldığı kısım (aşkın kısım) bakımından sorumlu tutulmayacaktır. Keza araç olarak kullanılan kişinin tamamen başka bir suç işlemesi halinde de dolaylı fail bu suçtan sorumlu tutulamaz. Örneğin, dolaylı failin kendisine ait olduğu malı alıp getirmesini söylediği kişinin, aslında başkasına ait olan malı alırken, ayrıca malın zilyedini dövmesi durumunda, dolaylı failin yaralamadan dolayı sorumluluğu olmayacaktır[7].

---

1 CGK. 11.11.1985, 551; aynı yönde, Echols v. State, 1991.
2 CGK. 19.12.1994, 347.
3 Schonke/Schroder, 27. B., s. 542.
4 Aydın, 129.
5 CGK. 03.02.1986, 42.
6 CGK. 09.05.1988, 210.
7 Aksi yönde, Koca/Üzülmez, 380.

Burada fail tarafından yapılan hareketlerin diğer ortaklar tarafından öngörülebilirliği önemsizdir. Bir kimseyi yaralama suçuna azmettiren, failin sabıkalı bir hırsız olması dolayısıyla mağduru dövdükten sonra cüzdanını çalacağını öngörmüş olsa bile, hırsızlık hareketine azmettirmediği için, hırsızlıktan sorumlu tutulamaz[1]. Keza, suçun işlenmesinden önce failler-den bir kısmının yanına silah almaları, silah kullanılması yönünde önceden bir anlaşma olmamasına rağmen gelişen olay içinde silah kullanarak bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermeleri durumunda, *Yargıtay*, "tabancanın "tabancayı al, gelen olursa öldür" diye verildiği hususunda kesin kanıt olmadığı, gelenlerin korkutulması amacıyla verilen silahın, amaç aşılarak öldürme suçunda kullanılması halinde, silahı verenin öldürme fiiline iştirakinden söz edilemeyeceğine" karar vermiştir[2].

Yargıtay, kararlarında, anlaşmanın sınırını aşarak başka bir suç işleyen kimsenin engellenmesi yükümlülüğüne de haklı olarak işaret etmektedir. Failin imkânı olmasına rağmen, bu suçun da işlenmesine engel olmaması durumunda, bu suça yönelik de iradesinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir[3].

Bir kimsenin icrasına önceden başlanmış bir suça bilahare iştirak etmesi durumunda sorumluluğu kural olarak, katılma anından sonraki eylemlere göre belirlenecektir.

4. **Yanılma ve Sapma:** "Suçun aynı olması bakımından belirtilmesi gereken bir husus da fiili yanılma veya sapma gibi bir sebeple, suçun asıl mağdurdan gayrı bir kişiye karşı işlenmesinin, ayniyeti zedelemeyeceğidir". Azmettirilen kimse, öldürülmesi kendisine telkin olunan kişiden başka bir kimseyi öldürecek olursa, sanki öldürülmesi istenen kimse gerçekten öldürülmüş gibi sorumlulukların tespiti yoluna gidilir[4].

Konunun girişinde verilen olayda da B, D'nin öldürülmesi için O'yu azmettirmekte, ne var ki, O yanlışlıkla H'yi öldürmektedir. Burada yanılma B'nin azmettirmeden sorumlu tutulmasına engel değildir. B kasten öldürmeye azmettirmeden dolayı sorumlu tutulacaktır.

Çift Neticeli Sapma: Burada ele alınması gereken bir başka problem çift neticeli sapmada suçun ayniyetinin nasıl belirleneceğidir. A; F ve G'yi, M'yi öldürmeleri konusunda azmettirse ve G gözcülük yaparken F, M'ye ateş etse ve M'nin yanı sıra M2'nin de ölümüne sebebiyet verirse, A ve G'nin M2'nin ölümünden sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışılmalıdır. Kanımca, azmettiren A, belirli bir kişiye yönelik azmettirme dolayısıyla sorumlu tutula-

---

1 Bkz. Sharma v. State, 2002; aksi yönde, State v. Linscott, 1987; People v. Woods, 1992; krş. CGK, 27.10.1986, 466, Esin, 284.
2 CGK, 19.12.1994, 347.
3 CGK, 20.01.1986, 19.
4 Donmezer/Erman, II, 492.

bilir. M2'ye yönelik katılma iradesi, azmettirmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, M2'nin ölümünden sorumlu tutulamaz. G de M2'nin ölümünden dolayı yardım eden olarak kabul edilemez, M2'ye yönelik fiile katılma iradesi yoktur[1].

3. Hukukumuzda İştirak Şekilleri

a. Faillik
- **aa. Müşterek Faillik**
- **bb. Dolaylı Faillik**

b. Şeriklik
- **aa. Azmettirme**
  - **aaa. Kavram**
  - **bbb. Azmettirmeye İlişkin Bazı Özel Durumlar**
  - **ccc. Garantörsel İhmali Suçlarda Azmettirme**
  - **ddd. Azmettirmenin Cezası**
  - **eee. Azmettirenin Ortaya Çıkmasını Sağlama**
  - **fff. Suç İşlemeye Tahrik Suçunda Azmettirme Nedniyle Cezalandırılma Durumu**

bb. Yardım Etme
- **aaa. Maddi Yardım**
- **bbb. Manevi Yardım**
- **cc. Yardım Edenin Cezasının Tayini**

İştirak çeşitleri gerek önceki ve gerekse yeni kanunumuz tarafından sınırlı sayıda sayılmıştır. Hâkim, bunların dışında bir iştirak çeşidi kabul ederek ortakları cezalandırma yoluna gidemez.

Kanunumuzun ikilik sistemini benimsediğini yukarıda ifade etmiştim. Dolayısıyla ortaklar ilkin iki ana kategoriye ayrılmıştır. Bunlar **TCK** 378'de düzenlenmiş bulunan failler ile **TCK** 38 ve 39'da düzenlenmiş bulunan şeriklerdir. Bunlar da kendi içinde ikiye ayrılabilir: Maddi ve manevi olmak üzere. Bu ayrımda esas alınan husus ise iştirakin failin iradesine etki yapıp yapmamasıdır. İştirakin failin iradesine etkiye yönelik şekillerine manevi iştirak, maddi bir katkı niteliği arz eden şekillerine ise maddi iştirak adı verilmiştir. Sonuçta, müşterek fail ve dolaylı fail, azmettiren (manevi ortaklık) ve yardım eden (maddi ve manevi) olmak üzere dört grup iştirak şekli ortaya çıkmış bulunmaktadır[2].

İştirakin bu şekilleri arasındaki ayrım ise "fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir".

---

[1] Hakeri/Akbulut, 79.
[2] Bkz. yukarıda tablo no. 5.

Bu hâkimiyet, doğrudan fail bakımından, "hareket hâkimiyeti", dolaylı faillikte arka plandaki kişinin "irade hâkimiyeti" veya "daha üstün bilgiye dayanan hâkimiyet" ve müşterek faillikte ise işbölümü içinde hareket eden müşterek faillerin "fonksiyonel hâkimiyeti" şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Suçun işlenmesindeki rol, sağlanan katkının önemi, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulması müşterek failliğin tespitinde göz önünde bulundurulacaktır[1]. Fiilin işlenişi üzerinde hâkimiyet kurulup kurulmadığı ise failin olayın gelişimini elinde tutup tutmamasına göre ortaya konulacaktır[2]. "Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, suçun işlenişine bulunduğu katkı suçun kanundaki tarifine uygun olmayan diğer suç ortaklarının da gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri gerekir". Azmettirme ve yardım etmede, "suç ortaklarının gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri ancak bağlılık prensibi vasıtasıyla mümkün olabilecektir". Müşterek faillik veya dolaylı faillikte "fail, gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıkla, suçun objesiyle doğrudan temas halinde iken", azmettirme ve yardım etmede "böyle bir doğrudan temas söz konusu değildir". Bunlar, faille olan şahsi bağlantıları nedeniyle ve "ancak bağlılık prensibi vasıtasıyla söz konusu haksızlıktan sorumlu" tutulacaklardır[3].

Hemen belirtelim ki, "fiil egemenliği kriteri" ihmali suçlarda uygulanamayacaktır[4]. Aksi takdirde garantörün hiçbir zaman fail olarak kabul edilmesi mümkün olmaz, zira fiil egemenliğine sahip değildir.

a. Faillik

Kanunumuzun belirlediği esaslara göre, faillikte suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kurulmaktadır. Böylece suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kuran kimseler fail olarak cezalandırılacaklardır.

Bir suça ilişkin suç tipindeki haksızlığı tek başına gerçekleştiren kişi doğrudan faildir. Ancak failliğin başka şekilleri de bulunmaktadır.

Faillik başlığı altında müşterek faillik ve dolaylı failliği ele alıyoruz. Ayrıntılara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, müşterek faillik de esasen failliktir. Fakat burada birden fazla failin müşterek hareketini ortaya koymak bakımından ayrıca müşterek faillik kavramını kullanıyoruz. Bu nedenle aslında doğrudan "faillik" kavramını kullanmak da yeterli olacaktır. Benzer şekilde dolaylı faillik de esasen bir iştirak şekli değildir. Sonuçta birden fazla kişinin iştirak iradesiyle biraraya gelmesi söz konusu değildir. Araç olarak kullanılan bir kimse vardır ve bu kişi suça iştirak etmiş değildir. Bununla beraber, iştirak ile ilgili sorunların da burada tartışılması nedeniyle, dolaylı faillik de bu kapsamda ele alınabilir.

aa. Müşterek Faillik

"*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*" (**TCK** 37/1). Böylece, suçun işlenişi üzerinde birlikte hâkimiyet kurarak suçu işleyen kimseler müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklar ve her biri suç için kanunda öngörülmüş ceza ile cezalandırılacaklardır.

---

1 11. CD. 20.09.2006. 7374.
2 Lackner/Kühl. vor §25. kn. 4.
3 Ozgenç/Şahin. 322.
4 Stratenwerth. §12. kn. 19.

Failliğin haksızlık içeriğinin kaynağı bizzat kendisidir ve bir yabancı eylemden kaynaklanmamaktadır ve bu nedenledir ki, azmettirme ve yardımdan farklı olarak bağlılık prensibi burada geçerli değildir[1]. Yani failin sorumlu tutulabilmesi için başka faillerin kasten ve hukuka aykırı bir fiilin icrasına başlamış olmaları gerekmez. Müşterek faillerden birinin fiili örneğin hukuka uygun olsa dahi, diğer failler cezalandırılır.

Müşterek fail, olayın gerçekleşmesinde merkezi rol oynayan kişidir[2] ve eylemi alt düzeyde bir faaliyet niteliğinde değildir. Hatta suçun işlenişine az bir katkısı olsa bile, eşit düzeydeki bir kişidir[3]. "Müşterek faillik, suçun icrai hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin müessir, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır. Öyle ki, bu katkı, suç planının başarıya ulaşması açısından önem arz etmektedir ve bu itibarla da fiil üzerinde müşterek hâkimiyetin esasını teşkil etmektedir"[4]. "Müşterek hâkimiyetin kurulup kurulmadığının tayininde suç ortaklarının suçun icrasındaki rol dağılımları ve suçun işlenişine bulunulan katkının arz ettiği önem, zarûret göz önünde bulundurulacaktır. Öyle ki, fiilin icrası veya akim kalması müşterek faillerden her birinin elinde bulunmaktadır"[5]. *Yargıtay* da *"bir suçu işleme hususunda sanıkların, suçun işlenmesinden önce veya işlendiği sırada ortak bir irade ile hareket etmeleri ve suçun icrasında doğrudan doğruya etkili olan hareketleri ifa etmeleri"* şeklinde bir tanım yapmaktadır[6]. Böylece hazırlık hareketleri bu kapsamda kabul edilmeyecektir.

Fiili birlikte gerçekleştirmek kapsamındaki hareketler aynı olabileceği gibi, söz gelimi birden fazla kişinin aynı anda ateş etmesi veya mağduru dövmesi gibi; farklı da olabilir, söz gelimi sahte para basmada, bir kişinin paranın resmini çizmesi, diğerinin renkleri belirlemesi, üçüncünün basması gibi[7]. İki failden biri mağduru tutsa, diğeri de yaralama fiilini işlese, mağduru tutan kimse suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kurduğundan, müşterek fail sayılacaktır. Nitekim *Yargıtay* da aynı yönde karar vermiştir:

- *"Sanık Yalçın'ın mağdureyi yanıltarak hileli bir şekilde kapının açılmasını sağlaması ve diğer sanık Deniz'in bıçakla mağdureye vurması sırasında da onu kollarından tutarak etkisiz hale getirmesi hususları nazara alındığında sanığın suç işleme iradesi ve suçun icrasına olan hâkimiyeti nedeniyle **fail** sayılıp, 5237 sayılı yasanın 37. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde **yardımcı fail** sayılarak hüküm kurulması"* yasaya aykırıdır[8].
- Keza: "Diğer sanık mağdurun pantolon ve külotunu çıkarıp arkasına geçerek iki dakika kadar sürtünerek basit cinsel istismar suçunu işlediği sırada yanında bulunan, mağdurun başını tutarak direncini kırmak suretiyle suçu birlikte gerçekleştiren sanığın 5237 sayılı **TCK**'nın 37/1 maddesi gereğince **fail** olarak sorumlu tutulması gerektiği gö-

---

1 Wessels/Beulke, kn. 531.
2 Wessels/Beulke, kn. 513; Joecks, §25, kn. 5.
3 Gropp, 371.
4 Özgenç², 446, 447.
5 Özgenç², 448.
6 CGK, 19.06.2001, 132.
7 Donmezer/Erman, II, 519.
8 1. CD, 27.12.2006, 6069.

zetilmeden, aynı yasanın 39/2 maddesi uyarınca cezadan indirim yapılması" bozma sebebi sayılmıştır[1].

- Aynı yönde: *"Sanık Mustafa'nın, gasp suçunu işlemek için yaptıkları plan gereği eve çağırdıkları maktule, saklandığı yerden gizlice çıkarak arkasından başına cop vurup yere düşürdükten sonra, diğer sanık Recep'in maktule bıçak vurması ve boğazını sıkması eylemlerine maktulün kollarını ve bacaklarını tutup etkisiz hale getirerek katıldığı, sanık Recep ile fikir ve eylem birliği içinde maktulü zorlamalı olarak öldürdükleri anlaşılmakla, sanık Mustafa'yı eylemin (asli) faili olarak kabul etmek gerekirken"*, yardım eden olarak kabulü kanuna aykırı bulunmuştur[2].
- *"Sanıkların katılanları kaçırdıktan sonra sanıklardan birinin mağdureye yönelik ırza geçme eylemini gerçekleştirdiği sırada, on metre mesafede araç içerisinde bulunan diğer sanığın mağdurenin eşi olan katılanın araçtan inmesine engel olduğunun anlaşılması karşısında, bu sanığın müşterek fail olarak nitelikli cinsel saldırı suçuna katıldığının kabulü gerekir"*[3].

Müşterek faillik için hareketlerin aynı zamanda yapılması gerekmemektedir. Aynı zamanda olmasa dahi, suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kuran kimse de fail sayılacaktır. Örneğin, öldürülmesi kararlaştırılan mağdurun pusu yerine gitmesini sağlayan kimse, suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kurmaktadır.

Müşterek faillik için, faillerin tipikliğin tüm unsurlarını ve bu arada tipik neticeyi yalnız başına gerçekleştirmiş olmaları aranmamaktadır[4]. Fail suça bizzat katılmasa bile, suçun planlanmasında esaslı bir rol oynamışsa, müşterek fail sayılacaktır[5].

5237 sayılı Yasanın 37. maddesinin 1. fıkrasındaki "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur" ifadesiyle faillik kavramının kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Bu durumda, suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerinde hâkimiyet kuran herkes fail sayılabilir. Hareket üzerinde hâkimiyet kurmak, birlikte irtikap etme şeklinde gerçekleşebileceği gibi, zımni veya açık bir iş bölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Öyle ki, bu anlamda suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayılabilecektir. Buradan çıkarılacak netice, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin çoğu kez yardım etme olarak değil, faillik olarak değerlendirileceğidir.

Kişinin eyleminin, bir suça katılma aşamasına ulaşıp ulaşmadığı, ulaşmışsa da suça katılma düzeyinin saptanması için, eylemin bir evresindeki durumun değil, eylemin yapılması için verilen kararın, bu kararın icra ediliş biçiminin, olay öncesi, sırası ve sonraki davranışların da dikkate alınıp, tüm kanıtların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Çünkü suç kastının mutlaka belli bir aşamada oluşması gerekmediği gibi, iştirak iradesinin de suç tamamlanıncaya kadar her aşamada oluşması mümkündür (CGK, 13.10.2009, 235).

1 5. CD. 18.09.2006. 6921
2 1. CD. 19.09.2007. 6608
3 5. CD. 15.04.2008. 3485
4 Özgenç, Gazi Şerhi. 498
5 Wessels-Beulke, kn. 529

Yargıtay da suçun bütün hareketlerinin veya suçun işlenmesi için yapılması gereken asıl hareketlerin yapılmasını müşterek faillik için gerekli görmemektedir: *"Başından beri sanık Hasan ile birlikte hareket ettikleri, bu kapsamda olmak üzere; maktulden anahtarları alarak, maktulün çalıştığı işyerinden hırsızlık yapmayı planladıkları, olay günü de maktulü öldürüp anahtarları aldıktan sonra, işyerine gidip, sanık Hasan'ın içeri girerek hırsızlık yapması sırasında gözcülük yaptıkları, Hasan'ın hırsızlığı gerçekleştirmesinin ardından çalınan paraları onunla paylaştıkları, daha sonra da suç delillerini karartmak için suç delili olan otomobilin yakılması eylemine karıştıkları dosya kapsamından anlaşılan ve mahkemece de kabul edilen sanıklar Yüksel ve Semih'in hırsızlık suçunun hareketleri ve neticesi üzerinde sanık Hasanla* ***iştirak halinde hâkimiyet kurdukları*** *düşünülmeden, her iki sanık hakkında* ***TCK*** *37 yerine* ***TCK*** *39 ile uygulama yapılması"* yasaya aykırıdır[1].

İhmali suçların da birden fazla kişi tarafından işlenmesi mümkündür. Örneğin köy ihtiyar heyetinin, köy ihtiyar kurulu sıfatı ile heyet olarak yapmaları gereken işlemleri yapmayarak, görevi ihmal suçunu beraber işlemelerinde olduğu gibi. Garantörsel ihmali suçların da birden fazla garantör tarafından işlenmesi mümkündür. Bu durumda birden fazla garantörün önceden anlaşmak suretiyle ihmali bir suç işlemeleri söz konusu olmaktadır. Örneğin, anne ve babanın, önceden anlaşarak, çocuklarına yemek vermeyerek öldürmeleri gibi.

> *Bir kimsenin olay yerinde bulunması, tek başına yardım sayılamaz. Ancak kişinin isteyerek ve bir amaca yönelik olarak olay yerinde olması, suçun işlenmesine tanık olması, imkanı varsa suçu engellemesi ondan beklenmekle birlikte bunu yapmaması bile suçun işlenmesine muhalefet etmemesi veya en azından karşı olduğunu ifade etmemesi durumunda, bu kişinin suçun işlenmesini teşvik ettiği ve böylece yardımda bulunduğu kabul edilebilir (Sumner and Sumner (2007) SASC 376, s. 55)*

Faillerden bazısının icrai, diğeri veya diğerlerinin ihmali bir hareket yapmaları suretiyle de garantörsel ihmali bir suç iştirak halinde işlenebilir. Örneğin, babanın, çocuğunun annesi tarafından öldürülmesini sadece seyretmesi gibi. Ancak bu örnekte de görüldüğü üzere, yardım eden gibi gözükse de garantör olan bir kimse her zaman fail olarak kabul edilir. Esasen kanun koyucunun bazı hallerde, bu hususu açıkça kanunda da düzenlediğini görmekteyiz. Nitekim **TCK** 251/1'deki *"zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur"* şeklindeki hüküm de garantörü yardım halinde dahi fail olarak kabul eden hükümdür. Böylece, katkısı yardım niteliğinde olsa bile garantörün fail olarak sorumlu tutulması kabul edilmektedir.

Cinsel saldırı fiilinin işlenebilmesi için mağdurenin kollarını tutmak veya tehdit kullanarak mağdurenin direncini kırmak[2], diğer sanığın elinden kaçmak isteyen mağdureyi elbiselerinden tutarak engellemek, mağdurenin zorla kaçırılmasında otomobili kullanmak, müştekiyi sıkıştırarak görüşünü engel-

1. CD. 15.06.2006, 2621.
2. Yokuş-Sevük, Cinsel Saldırı, 255.

lemek suretiyle cüzdanının alınmasını sağlamak, mağdurun önüne geçerek diğer sanığın yankesicilik suretiyle parayı almasını sağlamak[1], kanımca müşterek failliğe örnek olarak gösterilebilir.

Soygun yapmak için önceden karar vererek, birlikte olay mahalline gelen ve tabancasını diğer sanığa veren, olay yerine 8 metre gibi yakın bir mesafede bekleyen ve parayı alan sanıkları aracıyla olay yerinden uzaklaştıran kimse haklı olarak müşterek fail kabul edilmiştir[2]. Bu karardan da anlaşılacağı üzere esasen failin yaptığı hareketler asli nitelikli değildir. Bununla beraber fiilin işlenişi üzerinde hâkimiyet kurması dolayısıyla müşterek fail olarak kabul edilmiştir. Bu kararın yeni kanunumuz döneminde de evleviyetle bu şekilde verileceğini açıklamıştım. Nitekim Yargıtay'ın verdiği yeni bir karar bu yöndedir: *"Sanığın olayın başlangıcından itibaren her aşamada diğer sanıklarla birlikte irade ve eylem birliği içinde hareket ettiği, suçta kullanılan silahı sanığa verdiği, müdahilin yaralandığı sırada da olay yerine çok yakın bir noktada bulunduğu anlaşıldığından, asıl fail olarak cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, fer'i fail olduğu kabul edilerek noksan ceza tayini..."*[3].

> *TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun aynı Kanunun 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olduğu ve ancak kamu görevlileri veya özel kanunlarında kamu görevlileri gibi cezalandırılacakları hükme bağlanmış kişilerce işlenebileceği, bu suçlara iştirak eden diğer kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, kamu görevlisi olan asli failler hakkında soruşturma izni verilmemesi ve kovuşturma şartının gerçekleşmemesi karşısında faili olmayan suça şerikliğin mümkün olmamasına bağlı olarak bu sanığın yüklenen suçtan cezalandırılmasımümkün bulunmadığından...", 5.CD, 13.11.2014, 10895.*

Gözcü bakımından ise işlenen suça göre suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kurup kurmaması göz önünde bulundurularak karar vermek gerekecektir. Örneğin, yüksek risk nedeniyle gözcünün bulunmaması durumunda fiil gerçekleştirilemeyecekse, fonksiyonel egemenlik söz konusudur ve bu nedenle gözcü müşterek faildir. Fiilin icrasını koordine edebilmek ve yönlendirebilmek koşuluyla failin suç yerinde bulunması dahi gerekmemektedir[4]. Esasen yardım niteliğindeki hareketleri yapan kimsenin bulunmaması durumunda yerine ikame edilecek bir başka kişi yoksa bu

---

1 Önder, II, 504.
2 CGK, 07.10.1991, 252.
3 8. CD, 27.02.2006, 1437. Tüm dosya kapsamına göre, olaydan önce mağdur Burhan'ın sanık Fatih'in bir arkadaşına ait araca zarar vermesi nedeniyle aralarında husumet bulunduğu, olay geçesi sanıklar Semih, Fatih ve mağdur Burhan ile tanıkların biraraya gelerek birlikte alkol aldıkları, sarhoşluğun etkisiyle aralarında baş gösteren tartışma sonrasında devriye gezen kolluk görevlilerinin olay mahalline intikali üzerine tarafların ayrıldıkları, sanıklar Semih ve Fatih'in, sanıklardan Fatih'in evine giderek, ona ait bıçağı sanık Semih'in, beyzbol sopasını ise sanık Fatih'in üzerlerine alarak hazırlıklı şekilde mağdur Burhan ile aralarında kurdukları telefon irtibatı sonucunda kararlaştırdıkları olay yerinde tekrar biraraya geldikleri, taraflar arasında yeniden çıkan tartışma sırasında sanık Fatih'in sopayla, sanık Semih'in ise, bıçakla 8 kez vücudunun çeşitli bölgelerine vurmak suretiyle mağduru yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaraladıkları olayda, her ne kadar yaşamsal tehlikeye neden olan yaralanmalar sanık Semih tarafından meydana getirilmiş ise de, sanıkların olayın başından sonuç alınıncaya kadar dayanışma ve karar birliği içerisinde hareket edip, birlikte hareketleriyle savunmayı imkansız kılmaları göz önüne tutulduğunda, sanıkların öldürmeye kalkışma eylemini TCK'nın 37/1. maddesi kapsamında asli fail olarak beraberce gerçekleştirdikleri halde suç vasfında yanılgıya düşülerek sanık Fatih hakkında yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hüküm kurularak eksik ceza tayini, 1.CD, 23.01.2012, 219.
4 Erdem, 207.

kimse fail olarak kabul edilir. Kanun koyucunun da ihmali hareketi gerçekleştireni fail gibi sorumlu tuttuğu haller vardır (Bkz. **TCK** 251/1).

Yargıtay, sanığın mağdureye yönelik cinsel saldırı eylemi sırasında 20 m. mesafeden gözcülük yapan diğer sanığın müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir[1]. *Yargıtay* son dönemde verdiği bir çok kararında, gözcülük yapmayı doğrudan müşterek faillik olarak değerlendirmektedir[2].

Failler arasında müşterek faillik varsa, meydana gelen eylemin tümünden sorumlulukları söz konusu olur. Buna karşılık, *Yargıtay*, hatalı olarak "*her ne kadar sanıkların aynı suç kastı altında hareket ettikleri ve önceden aldıkları karar gereği, mağduru yaraladıkları anlaşılmış ise de mağdurda birden fazla neticenin gerçekleşmiş olması ve hangi sanığın darbesiyle, mağdurun ne şekilde yaralandığının tespit edilmiş olması karşısında, her sanığın kendi eyleminin neticesinden sorumlu olacağı*"na karar vermiştir[3].

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağır neticeden müşterek faillerin sorumlu tutulabilmesi için, ağır netice bakımından en azından taksirlerinin bulunması gerekir[4].

Keza, "*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*" (**TCK** 40/2). Ancak belirli bir niteliğe, özelliğe sahip kimseler tarafından işlenebilen suçlara "özgü suçlar" adı verilmektedir. Örneğin, ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu bir özgü suçtur. Kanunumuza göre bu suçlarda özel faillik niteliğini taşıyan kimseler, örneğin kamu görevlileri fail; buna karşılık, iştirak eden diğer kimseler ise ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Zira bu kimseler, özel faillik niteliğini taşımamaktadırlar. Bu nedenle fail olarak cezalandırılmaları hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. *Sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, özgü suçun faili olarak sorumluluk için yeterli olmayabilir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulması gerekir. Örneğin resmi belgede sahtecilik suçunun işlenişine iştirak eden kamu görevlisi kişilerin, bu suçun nitelikli şekli açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, ayrıca belgede sahtecilik fiili üzerinde ortak hâkimiyet kurmaları gerekir* (madde gerekçesi).

> *"5237 sayılı **TCK**'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen rüşvet almak suçuna iştirak eden diğer sanık Ömer'in eylemden azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğinin gözetilmemesi" yasaya aykırıdır (5. CD, 19.02.2007, 1204)*

Kural kanunumuz tarafından bu şekilde konmakla beraber, bunun istisnalarının da olduğu görülmektedir. Örneğin, kamu görevlisi tarafından işlenen işkence suçuna iştirak eden diğer kişiler de "*kamu görevlisi gibi cezalandırılır*" (**TCK** 94/4). Ayrıca belirtmek gerekir ki, her ne kadar maddede yal-

---

[1] 6. CD. 04.04.2007, 4290.
[2] Örneğin bkz. 6.CD. 28.02.2011. 1850.
[3] 2.CD. 12.03.2007, 3610.
[4] Wessels/Beulke. kn. 531.

nızca özgü suçlardan söz edilmekteyse de bizzat işlenebilen suçlarla yükümlülük suçlarında da durum aynıdır[1].

Burada akla şöyle bir soru gelebilir: Örneğin ancak bir kamu görevlisi tarafından işlenebilecek resmi belgede sahtecilik suçunun, kamu görevlisi olmayan bir kimsenin, kamu görevlisini tehdit etmesi sonucu işlenmesi durumunda, fail TCK 28 gereğince, tehdidi kullanan kişi olacaktır. Buna karşılık TCK 40/2'de, özgü suçlarda özel faillik niteliği taşımayan kimselerin fail olamayacağı, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacağı açıklanmaktadır. Bu durumda kamu görevlisi olmayan kişi fail olarak kabul edilecek midir, edilmeyecek midir? TCK 28'e bakıldığında fail sayılacak, TCK 40/2'ye bakıldığında ise fail sayılamayacak[2], ancak azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılabilecektir. Kanımca burada TCK 28'in, TCK 40/2'de getirilen kuralın bir istisnasını oluşturduğunu kabul etmek ve dolayısıyla tehdit ederek bir özel fail niteliği taşıyan kimseye suç işleten kimseyi fail olarak kabul etmek gerekecektir[3]. Nitekim aşağıda dolaylı faillik bahsinde, bir kimseye cebir, tehdit, korkutma vs. suretiyle suç işleten kimsenin dolaylı fail sayılacağı açıklanacaktır.

Benzer sorun, yine dolaylı faillik şekillerinden olan, failin fiili kasten işlememiş olması halinde de ortaya çıkmaktadır[4]:

Resmi belgede fikri sahtecilik ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Kamu görevlisinin yanılgıya sevk edilerek kastı olmaksızın sahte belge tanzim etmesi halinde kamu görevlisinin kastı olmadığından sorumluluğu olmayacak, ancak onu fail olarak kullananlar dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Fakat resmi belgede sahtecilik özgü suç olduğundan dolaylı fail olarak sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu durumda faillik veya şeriklik gündeme gelecektir. Faillik söz konusu olmadığına göre, ancak şeriklik nedeniyle sorumluluk düşünülebilir. Fakat bunun için bağlılık kuralı gereği bu kimseler kasten işlenmiş ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı halinde sorumlu tutulabilir. Halbuki kamu görevlisinin kasten işlenmiş bir fiili bulunmamaktadır. Bu durumda kanunilik ilkesi karşısında dolaylı failin hiçbir şekilde cezalandırılamaması gibi bir durum söz konusu olmaktadır[5]. Yukarıda TCK 28 bakımından yaptığım yorum burada yapılamayacağından, kanunun bu bakımdan boşluk içerdiği görülmektedir.

İştirak alanında yapılan yeni düzenlemenin esas itibarıyla eski kanundan farklı olmadığı söylenmekteyse de kanaatimce, fiil egemenliği kriterinin uygulanması suretiyle, önceki kanuna göre yardım etme olarak kabul edilebilecek bazı hareketlerin faillik olarak kabul edilmesi söz konusu olacaktır. Örneğin, yağma suçunda, yağma suçunun icrai hareketlerine katılmayıp, sanıkları olay yerine getiren ve otomobil içinde oturup diğer sanıkları bekleyip, sonra olay yerinden uzaklaştıran kimsenin eylemi ile olayın oluşumu üzerinde hâkimiyet kurduğunu kabul etmek gerekecektir. Hâlbuki önceki kanunumuz

---

1 Wessels/Beulke, kn. 519 vd.; Erdem, 206.
2 Roxin/İsfen, 238, dn. 49.
3 Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku, 116.
4 Bkz. Erbaş, 349.
5 Erbaş, 349.

döneminde bu hareket yardım etme olarak kabul edilmişti[1]. Özellikle önceki kanunumuzun 65/son fıkrasında düzenlenen zorunlu fer'i iştirak hallerinin artık müşterek faillik olarak kabul edileceğinde şüphe bulunmamaktadır. Zile'den Turhal'a gitmek için kiralanan taksinin şoförünün zorla araçtan indirilmesi eyleminin içinde yer alan ve gasp edilen aracı sürecek tek şoför olan kişinin eyleminin müşterek faillik olduğu açıktır[2]. Yine, olay yerinde bulunan ve öleni kovalayan kimsenin de müşterek fail olarak kabul edilmesi gerekir[3].

bb. Dolaylı Faillik

Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişiye dolaylı fail denmektedir:

"Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur" (**TCK** 37/2).

Burada öncelikle şu sorunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. **Ceza kanununda azmettirme kurumu varken, dolaylı failliğe neden gereksinim bulunmaktadır?** **TCK** 40'ta açıklanan bağlılık prensibi gereğince fiilin hukuka aykırı ve kasten işlenmiş olması aranmaktadır. Bu nedenle failin hukuka uygun hareket ettiği veya kasten hareket etmediği hallerde dolaylı faillik kurumu bulunmadığı takdirde, failin bu fiiline iştirak edenlerin de cezalandırılması mümkün olmamaktadır, zira fail cezalandırılmamaktadır. Böylece, dolaylı faillik kurumuna müracaat etmek suretiyle fail cezalandırılmasa dahi, suça katılan diğer kimselerin cezalandırılması olanağı sağlanmış bulunmaktadır.

Bir suçu bizzat işleyen, başka ifadeyle kanuni tarifte belirtilen fiili kasten ve hiçbir yanılgıya maruz kalmadan doğrudan doğruya gerçekleştiren ve yine kanuni tarifte aranan ilgili suça mahsus maddi ve manevi faillik vasıflarını bünyesinde toplayan şahıs **doğrudan fail**dir. Ancak fail, suçun işlenişinde bir mekanik araçtan yararlanabileceği gibi; bir insanın dahi suçun işlenişinde vasıta olarak kullanılması mümkündür. Burada vitrin önünde duran şahsın iteklenmesiyle vitrin camının kırılması örneğinde olduğu gibi, bir insanın hareketsiz obje olarak düşünülmemesi gerekir; bilakis, başka şahsın hareketinin suçun işlenişinde vasıta olarak ikame edilmesi hali söz konusudur. Bu durumda **dolaylı faillik**ten bahsedilir[4]. Araç şahsın davranışı bir *fiil* niteliği arz etmiyorsa (vitrin örneği), ortada dolaylı faillik değil, doğrudan faillik hali mevcuttur[5].

"Bu durumda, arka plandaki şahıs, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde üstün hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet, arka plandaki şahsa dolaylı faillik vasfını kazandırmaktadır"[6]. Araç olarak kullanılan insan (ön plandaki şahıs) suç işlediğinin bilincinde değildir ve tamamen dolaylı failin etkisi ve egemenliği altındadır.

---

1 Bkz. CGK. 31.10.1995. 308.
2 Bkz. As. Yarg. Daireler Kurulu. 07.12.1989. 251.
3 *Yargıtay* önceki kanun döneminde zorunlu fer'i fail kabul etmiştir. CGK. 25.05.1992. 162.
4 Özgenç. İştirak. 197.
5 Özgenç. İştirak. 201.
6 Özgenç/Şahin. 350.

Dolaylı faillik aşağıdaki hallerde söz konusu olabilir[1]:

I. **Failin fiili kasten işlememiş olması halinde**: Bu durumda failin yanılgıya sevk edilmesi suretiyle ona bir suç işletilmesi söz konusudur. Bir evdeki eşyaları çalmak için evi kendisine ait gibi gösterip hamallara taşıtan kişi, hamalları fail olarak kullanmıştır; kendisi ise dolaylı faildir. Aslında bu örnekte, hamalların taksiri olması nedeniyle, genel iştirak kuralları çerçevesinde sorun halledilemeyeceğinden, dolaylı faillik müessesesine başvurmak zarureti ortaya çıkmaktadır.

II. **Failin kendine karşı bir suçu işlemiş olması halinde**: Bu olasılıkta ise fail aynı zamanda mağdurdur. Failin kendisi vasıta olarak kullanılmak suretiyle, bizzat kendisine yönelik bir suç işletilmektedir. Mesela, dolaylı fail araç olarak kullanılan kişiye başkasının olduğunu iddia ve ikna ederek ona gerçekte kendi malını tahrip ettirmiş olabilir. Bir kimsenin kendi malına zarar vermesi suç olmadığından, iştirak kurallarının uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, kendi malını yine kendisine tahrip ettiren kişi, bu suçun dolaylı faili olarak cezalandırılabilecektir. Bu olasılığa Almanya'da gerçekleşen ve mahkeme kararına konu olan Sirius olayı da örnek olarak gösterilebilir[2]. Orada dolaylı fail, faili, Sirius gezegeninden gelen birisi olduğuna inandırarak, ölümünden sonra onu Sirius gezegenine götüreceğini söyleyerek, intihara teşebbüs etmesini sağlamıştır.

Ayrıca, tehdit ile kişinin kendisine karşı bir suç işlemesi de istenebilir. Bu takdirde tehdit faili, isteği doğrultusunda işlenen suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olur[3]. Örneğin, bir baba, intihar etmediği takdirde bir kişi tarafından çocuklarının öldürüleceği tehdidiyle karşı karşıya kalır ve bunun sonucunda intihar ederse, tehdit eden kişi, bu takdirde intihara yönlendirmeden değil, kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılır. Yine zina eden karısını yakalayan kocanın, karısına verdiği silahla intihar etmesini istemesi ve buna zorlaması halinde de sonuç aynıdır[4]. Bu olaylarda, bir kimsenin suç fiilini mağdura işletmesi halinde, kişinin kendisini öldürmesi bir suç teşkil etmediği için, dolaylı faillik nedeniyle cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır[5]. Nitekim kanunumuz da (m. 84/4), bir kişinin intihara cebir veya tehdit kullanmak suretiyle mecbur edilmesi halinde, failin kasten öldürme suçundan sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Madde gerekçesinde de bu takdirde kasten öldürme suçunun, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle yani dolaylı faillik şeklinde işlendiği belirtilmiştir.



Bu konuda bir başka örnek ise hareketin bizzat mağdura yaptırılarak suçun işlenmesidir. Örneğin şarap çalmak için devamlı bir yere dadanan

---

1 Önder, II, 498-500.
2 Ayrıntılı bilgi için, Haken/Akbulut/Aksan, 45 no lu Banu-Tarkan olayına bkz.
3 Gülşen, Ceza, 174.
4 Koca, 71-73.
5 Koca, 73.

hırsızdan kurtulmak için, zehir konulan bir şişenin üstüne "şarap" yazılarak, hırsızın şişeyi alıp kendisinin içmesi suretiyle öldürülmesi. Burada suçun son icra hareketi bizzat mağdura yaptırılmaktadır. Esasen dolaylı faillik üç kişilik bir ilişkiyi gerektirmektedir. Fail, dolaylı fail ve mağdur. Burada ise iki kişilik bir ilişki vardır. Bununla beraber, öğretide bunun dolaylı failliğin kabulüne engel olmadığı ifade edilmektedir[1]. Bence de burada her ne kadar, zehir koyma hareketi, mağdur değil, fail tarafından da yapılsa, bizzat kişinin kendisine karşı suç işletilmesi söz konusu olduğundan dolaylı faillik vardır.

III. **Failin hukuka uygunluk sebebi içine sokularak bir suçun işletilmiş olması halinde:** Dolaylı fail, bir hukuka uygunluk sebebi ortamı oluşturarak, istediği neticeye ceza hukukunun kapsama alanı dışında kalarak ulaşmak isteyebilir. Mesela: "Cem, Burhan'a Gaffur tarafından ilk karşılaştıklarında öldürüleceğini söyleyebilir. Burhan ile Gaffur karşılaştıklarında, Burhan öldürüleceği zannı ile silahına sarılır; ancak Gaffur çok iyi bir nişancıdır, daha atik davranır ve bu hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu hal içinde, Burhan'ı öldürür. Cem de ölmesini istediği Burhan'dan böylece cezalandırılmadan ve hukuka uygunluk sebebi içinde kurtulmak istemiş olabilir. Burada dolaylı faillik müessesesine müracaat ettiğimizde, Cem hukuka uy-

Cem, Burhan, Gaffur örneği gerçek hayatta çok akıllıca bir planın sonucu, benzer bir şekilde gerçekleşmiştir:

Bailey ve Murdock birbirinden iki mil uzakta oturmaktadır. Olay akşamı her ikisi de alkollüdür. Murdock'un gözleri de iyi görmemektedir. Bailey, Murdock'un bir silahı olduğunu, silahıyla nasıl herkesi korkuttuğunu övünerek anlattığını bilmektedir. Ayrıca kendisine göre bir kahraman olan General Patton aleyhine bir şey söylenmesine de çok sinirlenmektedir ve genel olarak da çabuk kızan birisidir. Bailey o akşam telsizle görüştüğü Murdock'a, General Patton'un eşcinsel olduğunu belirtir. Konuşma sırasında da devamlı olarak silahını alıp, evinin önüne çıkmasını, gelip onu öldüreceğini, mavi, beyaz bir arabayla geleceğini söyler. Murdock bilahare polisi arayarak, bir kişinin elinde silah, evinin önünde komşuları vurmakla tehdit ettiğini söyler, ancak kendi kimliğini vermez. Üç polis memuru eve gönderilir. Bir müddet sonra Murdock elinde silahla dışarı çıkar. Polis silahını bırakmasını ve oradan uzaklaşmasını talep edince, Murdock polise küfreder ve ateş eder. Her üç polis memurunun da karşılık vermesi üzerine isabet alan Murdock ölür. Ölmeden birkaç kez, *"sizin polis olduğunuzu bilmiyordum"* der.

Yargılama sırasında Bailey, kendisinin olay sırasında iki mil uzakta olduğunu, fail olmadığını, bir kimsenin ancak doğrudan fail olabileceğini, kendisinin de doğrudan failler üzerinde kontrolü bulunmadığını ileri sürer.

Mahkeme ise masum veya kasten hareket etmeyen bir kimse vasıtasıyla suç işleyen kişinin de fail olduğunu iddia eder. Bu kez Bailey, ölüm neticesini istemediğini, bu nedenle kastının ölüm neticesine yönelik olmadığını iddia etse de mahkeme, öngörülebilir neticeden Bailey'in sorumlu olacağına karar verir.

TARTIŞINIZ:

Murdock olay sırasında polis memurlarından birisini öldürseydi, Bailey bundan da sorumlu olur muydu?

[1] Wessels/Beulke, kn. 539a

gunluk sebebini kasten oluşturmuş olduğundan, Gaffur cezalandırılamasa dahi, Gaffur'u bir vasıta olarak kullanması sebebiyle, Cem'in dolaylı fail olarak cezalandırılması mümkün olacaktır".

Bir başka örnek olarak ceza kovuşturması organlarının yanıltılarak, gerçek dışı suç ihbarı ile bir kimsenin tutuklanması veya yakalanması gösterilebilir. Burada yakalama emrini veren savcı veya tutuklama kararını alan hâkim hukuka uygun hareket etmektedir (bkz. **TCK** 267/4)[1].

Kanunumuz bir suç sonucu gerçekleşen gebeliklerde, hekime 20 haftaya kadar olan çocuğu alma yetkisi vermiştir. Bir hamile kadının, böyle bir suç söz konusu olmamasına rağmen, sırf kürtajı temin bakımından, sahte suç duyurusunda bulunması ve bu suretle çocuğun hekim tarafından düşürtülmesini temin etmesi durumunda, kadın dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilir[2].

IV. **Failin kusur yeteneğine sahip bulunmaması:** Failin küçük veya akıl hastası olması sebebiyle cezalandırılamaması halinde, dolaylı faillik dolayısıyla cezalandırma söz konusu olabilir. Örneğin, 12 yaşından küçük bir çocuğu bir suçun işlenmesinde bir vasıta olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Ancak bu noktada hemen belirtelim ki, gerek *Yargıtay* ve gerek öğretide bazı yazarlar, bu bakımdan dolaylı faillik müessesesini kullanma gereğini duymazlar, zira iştirakte bağlılık bakımından, suçun aynı olması şartında kusur yeteneğinin mevcudiyeti şartını aramamaktadırlar. Dolayısıyla bu tip hallerde azmettirme kabul edilmektedir. Nitekim *Yargıtay* da aşağıdaki olayda bu yönde karar vermiştir: "Sanık, davacının küçük kızı Kamile'yi "seni köye götüreceğim, elbiseler alacağım, annenin parasını al, bana getir" diye kandırmış ve Kamile de gizlice annesinin parasını alarak sanığa getirmiş bulunmasına göre, fiil hırsızlığa azmettirme suçu mahiyetindedir"[3].

Burada şöyle bir ayrım yapmakta yarar vardır: Suça yönlendiren kişi, aracının kusur yeteneğine sahip olmadığını biliyorsa, bu durumdan yararlanarak, irade hakimiyetine sahip olduğundan, dolaylı failliğin bulunduğu; buna karşılık bu durumu bilmiyorsa, suçta kullanılan kişinin bu durumundan faydalanmadığından azmettirmenin söz konusu olduğu kabul edilmelidir[4].

Kanunumuz "kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullananların" cezasının artırılmasını hükme bağlamıştır (**TCK** 37/2). Böylece bu tip durumlarda dolaylı failin cezası artırılacaktır[5].

V. **Failin cebir sonucu suçu işlemiş olması:** Cebirde, cebir kullanan kişi suçun işlenmesinde faili bir araç olarak kullanmaktadır[6]. Failin hareketi

---

[1] Wessels/Beulke, kn. 537.
[2] Hakeri, Tıp Hukuku, 13. B., 1090, 1091.
[3] CGK, 19.02.1945, 81/78.
[4] Koca/Üzülmez[4], 374.
[5] "Sanık S.'ün 05.12.1997 doğumlu olup, suç tarihi olan 07.04.2007'de 12 yaşından küçük olan kızı C.'yi hırsızlık suçunun işlenmesinde araç olarak kullandığının anlaşılması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 37/2. maddesi gereğince artırım yapılmaması" hukuka aykırıdır. 13. CD, 28.05.2014, 19092.
[6] Özgenç/Şahin, 350.

ceza hukuku manasında hareket sayıldığından, durum -örneğin bir silahın araç olarak kullanılmasından- farklıdır. Bu itibarla, cebir uygulayarak bir kimseye suç işlettiren kimse, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacak, cebir sonucu suç işleyen kimse ise cezalandırılmayacaktır (**TCK** 28) (Aynı sonuç yukarıda belirttiğim tehdit açısından da geçerlidir).

TCK 239/4'te cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişinin, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Esasen bu durumda cebir, tehdit kullanan kişi dolaylı fail olarak **TCK** 37/2 hükmü çerçevesinde **TCK** 239/1 gereğince bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Ancak kanun koyucu dolaylı fail için bu cezayı yeterli görmediğinden, bu hususu ayrıca düzenleme gereği hissetmiştir.

Görülüyor ki, bazı hallerde iştirak kurallarının uygulanması yeterli olmamakta ve özellikle azmettirenin cezalandırılmasını sağlayamamaktadır. Şu halde, bu tip hallerde "dolaylı faillik müessesesinden yararlanılırsa, kendinde hukuka uygunluk sebebi bulunmayan veya hareketi tipe uygun olan kişiyi, suçun dolaylı faili saymak, maddi unsuru sanki kendisi gerçekleştirmiş gibi onu cezalandırmak mümkün olur"[1].

Dolaylı faillikte **şahısta yanılma**nın önemi yoktur. Örneğin, A'yı öldürmek için araç olarak kullanılan kişi, yanılarak B'yi öldürse dahi, sonuçta dolaylı fail tamamlanmış kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulur.

İhmali dolaylı faillik de mümkündür: Bir kimse, hareket etmekle mükellef olup da hareket etmeye de istekli olan bir başkasının, emrin gereğini yerine getirmesine cebir veya hile ile engel olduğu takdirde dolaylı faillik söz konusu olur. Burada yine emredilen hareketi ihmal eden, yapmayan bir kimse vardır, ancak bunu sağlayan kişi arka plandaki bir başka kimsedir. Bu olaylarda arka plandaki şahıs, garantördür ve alet kendi etkisi altında hareketsiz kalırken, fiil egemenliğini pozitif fiil ile üstlenmektedir.

Örneğin B boğulmak üzeredir ve K onu kurtarmak istemektedir. Kendisi yüzme bilmeyen ve B'yi kurtarmak için de herhangi bir şey yapamayan E, K'yı silahla tehdit ederek onun B'yi kurtarmasına engel olur. Burada E dolaylı fail olarak B'yi kasten öldürmekten sorumlu tutulur.

Kanunumuz özel hükümler kısmında da dolaylı failliğe ilişkin bazı hükümler sevk etmiştir. Örneğin, iftira suçunun düzenlendiği 267. maddenin 4. fıkrasına göre, "*yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre **dolaylı fail** olarak sorumlu tutulur*" (Ayrıca bkz. **TCK** 272/5).

[1] Donmezer/Erman, II. 509.

DOLAYLI FAİLLİK ~ AZMETTİRME

Dolaylı faillikte, dolaylı fail olan kişi, vasıta şahsı kendisi için hareket ettirir ve bu şahıs bundan habersizdir. Azmettirmede ise, azmettirilen gerçekleştirdiği suçu azmettiren için yaptığının farkındadır.

Ayrıca azmettiren, azmettirdiği kişinin hareketlerini gerçekleştiriş biçimi üzerinde egemen değilken, dolaylı faillikte, vasıta şahıs tamamen dolaylı failin güdümündedir (Önder, II, 507).

Keza dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişide iştirak iradesi yokken, azmettirilende iştirak iradesi vardır.

b. Şeriklik

aa. Azmettirme

aaa. Kavram

Azmettirme, "kendisinde suç işleme düşüncesi olmayan bir kişi üzerinde yoğun zihinsel çalışmalar sonucunda suç işleme düşüncesinin oluşturulmasıdır"[1]. Başka ifadeyle, azmettirme bir kimsenin suç işleme **kararı almasını ana etken olarak sağlamaktır**[2]. Azmettirme suçun ilk ve etken sebebini

---

[1] 4. CD. 30.09.2002. 13753.

[2] Sanık E...ile maktul Z...'in bir süre önce internette tanıştıkları, Z...'in kendisini K... olarak tanıttığı ve yazışmalarda erkek gibi davrandığı, bunun sonucunda aralarında duygusal bir ilişkinin geliştiği, bir süre sonra yine internet üzerinden Z...'in açıklaması üzerine onun aslında erkek olmadığını öğrenen E...'in önce ilişkiye son vermek istediği, daha sonra ise ilişkiyi sürdürme kararı aldıkları, önce ...buluştukları, sonra da birlikte yaşamak için ...'ya gidip olaydan yaklaşık bir ay önce orada bir ev tutarak birlikte yaşamaya ve aynı zamanda cinsel yönden de birlikte olmaya başladıkları, bu arada Z...'in ameliyatla erkek olmak istediği ve bunun için çaba harcadığı, daha sonra Z...'in bunu başaramaması üzerine artık yaşamanın anlamsız olduğu yönünde değerlendirmede bulunarak önceden konuştukları birlikte intihar etme fikrini hayata geçirmeye karar verdikleri, Z...'in ...gidip babasının olduğunu söylediği bir tabanca ile döndüğü, olay günü iki adet intihar mektubu yazıp birlikte kahvaltı yaptıktan sonra, tabanca ile intihar etmek üzere yanyana oturdukları, evvela kimin önce intihar edeceği konusunda konuştukları, ikisinin de bir diğerinden önce intihar etmek istediği, daha sonra Z...'in baskın çıkması üzerine, öncelikle Z...'in tabancayı alıp kafasına dayayarak tetiğe basmak suretiyle intihar edip olduğu, ardından E...'in de tabancayı aldığı, kafasına dayadığı ve tetiğe bastığı ancak merminin sıkışması üzerine silahın ateş almadığı, bir kaç kez denemesine rağmen silahı ateşlemeyi başaramadığı, bunun üzerine annesine telefon ederek yardım istediği ve kolluk güçlerinin E... ile maktulün bulunduğu yere geldikleri olayda;

Her ne kadar; maktulün intihar etme kararı üzerinde sanığın kendisine ait intihar etme kararının etkili olduğu ve onun kararını takviye ettiği söylenebilirse de, sanığın kararının münhasıran kendi intiharına ilişkin olması ve bunun dışında maktulün intiharına yönelik herhangi bir söz veya

oluşturmaktır[1]. "Faildeki suç fikri ve kararı münhasıran azmettirenin eseridir"[2]. En nihayetinde azmettirme; "bir kimsenin başka bir kimseyi suç işleme kararı aldırarak suça sevk etmesi suretiyle suç yoluna sokup, suça itmesi, normal şartlar altında suç işlemeyecek kişiyi manevi olarak etkileyerek suç işlettirmesidir"[3].

Bununla beraber, 38. maddede "*başkasını suç işlemeye azmettiren kişi,* ***işlenen suçun cezası*** *ile cezalandırılır*" dendiğinden ve azmettirme suçun asli etkenlerinden olduğundan, eski kanunumuz döneminde bu iştirak şekli, asli iştirak başlığı altında değerlendiriliyordu. Azmettiren fiilin işlenişi üzerinde maddi olmasa da manevi bir egemenlik kurmaktadır. Bu itibarla asli fail olarak kabul edilmekteydi.

Yeni kanunumuzla birlikte azmettirme, bir başka fiile bağlılığı dolayısıyla şeriklik kapsamında değerlendirilmektedir[4]. Bunun bir sonucu olarak, yukarıda da ifade ettiğim gibi, bir kimse bir olayda hem fail hem şerik olarak rol almışsa, failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi karşısında, sadece failikten dolayı ceza verilecek, ayrıca azmettirmeden ceza tayini yoluna gidilmeyecektir.

Suçu işleyenin herhangi bir suç işleme niyeti yokken, azmettirenin etkisiyle suç işlenmektedir. Failin esasen bir kararının veya niyetinin varlığı halinde, olsa olsa yardım etmenin manevi şekli (teşvik, kuvvetlendirme) söz konusu olabilir, ancak azmettirme olmaz[5].

bbb. Azmettirmenin Maddi ve Manevi Unsuru

Cezalandırılabilir bir azmettirmenin varlığı için, azmettirmenin maddi ve manevi unsurlarının tamamlanmış olması gerekmektedir. Azmettirmenin maddi unsuru denilince;

— Azmettirmenin bir konusunun bulunması,

— Birden fazla kişinin suça katılması: "en az bir azmettiren ve en az bir azmettirilenin varlığı".

— Azmettirme hareketi: azmettirme hareketi sonucunda azmettirilende bir suç işleme kararı oluşması.

— Azmettirme hareketi ile azmettirilenin, azmettirme faaliyeti sonucundaki hareketleri arasında suç açısından nedensel bir bağ bulunması.

— Azmettirme hareketinden sonra azmettirilen tarafından suçun icrasına başlanmış olması ve son olarak,

— Suçun azmettiren ve azmettirilen için aynı olması anlaşılmalıdır[6].

---

hareketinin bulunmaması ve hatta intihar anında sanık ve maktulden her birinin bir diğerinin intihanı istemek bir yana öncelikle kendisinin intihar etmek istediğinin açıkça anlaşılması karşısında, sanığın intihara yönlendirme suçundan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmiş olması yasaya aykırıdır. 1. CD. 11/04/2013. 3121

1 Erem/Danışman/Artuk. 392

2 CGK. 07.03.1988. 72.

3 Özkan. 197

4 Krş. CGK. 16.02.2010. 25

5 Bkz. CGK. 16.03.1992. 81

6 Özkan. 80

Azmettirme fiilinin oluşabilmesi için gerekli maddi unsurlar tamam ise ondan sonra manevi unsur incelenir. Azmettirmenin manevi unsuru denilince; azmettirme kastının varlığı akla gelmelidir. Çünkü azmettirme ancak kasten gerçekleştirilebilir."Azmettirmenin manevi unsuru, bir suçun işleneceğini veya işlenmekte olduğunu bilerek ve isteyerek ve ayrıca sonucun gerçekleşmesini de bilerek ve isteyerek suçun işlenmesini sağlamak amacıyla failde suç işleme niyetinin oluşturulmasıdır"[1].

Failin azmettirenin kastının dışına çıkması durumunda "azmettirme kastı, suça katılanın hangi ölçüde suça iştirak ettiğinin sınırını belirler"[2]. Failin, azmettirenin kastı dışında, yani azmettiren ile anlaştığı ya da azmettirenin ikna ettiği suçun dışına çıkması ya da aşması halinde, azmettirene ana kural olarak "ancak azmettirdiği fiil yüklenebilir"[3].

Olası kastla azmettirme de mümkündür[4]. Örneğin bir mafya babası yanındaki üç elemanına, insanların yoğun olarak kaldırımda bulunduğu bir sokakta bulunan eve ateş edip içerideki hasmını öldürme emri verdiyse, çıkacak çatışmada sokakta kalabalıktaki insanların yaralanması öngörülebilir bir neticedir[5]. Azmettirenin diğer kişilerin yaralanması hususunda kabullenmesi söz konusu ise azmettirenin kastının bu kişilerin yaralanmasını da kapsadığı kabul edilmelidir[6].

ccc. Azmettirmeye İlişkin Bazı Özel Durumlar

Belirli bir suç işleme kararı almış bir kimseyi, o suç yerine başka bir suç işlemek konusunda ikna eden kimse de azmettirendir. Örneğin, hırsızlık planı yapmış bir kimseyi, kararını değiştirerek dolandırıcılık suçunu işlemesi konusunda ikna eden, dolandırıcılık suçuna azmettirmeden dolayı sorumlu olur[7]. "Döndüren azmettirme" olarak adlandırılan bu durumda benzer ama farklı bir suça azmettirilme söz konusudur[8]. Bu azmettirme türünde azmettirenin davranışlarının failde ilk başta oluşmuş olan karardan bağımsız bir karar oluşturduğu kabul edilmelidir[9]. Çünkü fail ile yeni suç arasındaki bağlantı azmettirenin hareketleri ile yeniden kurulmuştur[10]

Buna karşılık, daha ağır bir suçu işleme kararı almış olan bir kimseyi bu kararından vazgeçirterek, daha hafif bir suçu işleme kararını aldırtan kimse, bu hafif suça azmettirmeden dolayı sorumlu tutulmaz, zira bu hafif suç zaten ilk suç işleme kararının kapsamındadır. Dolayısıyla örneğin yağma suçunu işleme kararını almış bir kimseyi, kararını değiştirerek hırsızlık suçu işlemesi hususunda ikna eden kimse, hırsızlığa azmettirmeden dolayı sorumlu tutulamaz[11].

---

1 Ozkan, 111.
2 Özkan, 116.
3 Erdem, 211.
4 Erdem, 211, Ozkan 121.
5 Ozkan, 121.
6 Özkan, 121.
7 LK[11], §26, kn. 26.
8 Özkan, 213.
9 Özkan, 213.
10 Özkan, 213.
11 LK[11], §26, kn. 33.

Bir kimsenin bir suç işlemesine vesile olunması azmettirme değildir. Örneğin, sigortadan para almak için evinin pencerelerini açık bırakarak bir hırsızlık olayının gerçekleşmesini isteyen veya kıskanç kocayı evine gönderterek karısını sevgilisiyle yakalayarak sevgilisini öldürmesini temin etmek isteyen kimse azmettiren sayılamaz (yardım düşünülebilir). Azmettirmede hedefe yönelik bir fiilde bulunulması talebi olmalıdır. Buna karşılık, zaten az ya da çok suç işlemeye eğilimli kimseleri suç işlemeye motive etmeye yönelik durumları oluşturma azmettirme değildir. Bu tip durumlar çoğu kez önceden planlanmadan günlük hayatta zaten zaman zaman karşılaşılan durumlardır[1]. "Azmettirmeden söz edilebilmesi için, kişinin belirli bir suç için azmettirilmesi gerekir; soyut kavramlar içinde bir kişinin azmettirilmiş olması imkânsızdır"[2]. Örneğin, banka soyarak zengin olan kimselerden bahsetmek suretiyle özendirme azmettirme sayılmaz[3].

Öğretide tartışmalı olan konulardan birisi de suçu işleme kararını vermiş olan failin, suçun nitelikli hallerine azmettirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Örneğin, suçun basit halini işlemeye karar vermiş bir kimseyi, silah kullanmaya ikna ederek suçun nitelikli halini işleme kararı verdiren kimsenin durumunda olduğu gibi. Öğretide bu durum "**eklenen azmetirme**" olarak adlandırılmaktadır[4]. Öğretideki ağırlıklı görüş burada da azmettirmeden sorumluluğun söz konusu olacağını savunurken[5], benim de katıldığım azınlık görüşü sadece manevi yardımdan sorumluluğun kabul edilebileceğini ileri sürmektedir[6].

Eklenen azmettirme hususunda Almanya'da gerçekleşen bir olay ilgi çekicidir. "Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan "Sandalye Bacağı Olayı"nda[7]; "Bruno ve Kurt" seksen yaşındaki yaşlı bir kadının evinden para çalmak için plan yaparlar. Kadının yaşlı olması nedeniyle yanlarına bir silah almayı düşünmezler ve kendi kol kuvvetleri ile yaşlı kadını etkisiz hale getirip kaçmayı planlarlar. Anton, Bruno ve Kurt'un yaptığı bu planını öğrenir, her ikisini de yanlarına bir sopa almaları ve yaşlı kadının başına vurmak suretiyle etkisiz hale getirmeleri hususunda ikna eder. Bruno ve Kurt yanlarına sopa olarak kullanılmak üzere bir sandalye bacağı alırlar. Gece vakti evine girdikleri yaşlı kadının başına sandalye bacağı ile etkisiz hale gelene kadar vururlar. Evden eşyaları alıp kaçarlar[8]. Anton zaten suç işleme kararı olan kişileri suçun nitelikli halini işlemeye sevk etmiştir ve yağma suçuna manevi yardımdan dolayı sorumludur.

Tam tersi olasılıkta, yani suçun nitelikli halini işleme kararı bulunan kimsenin, suçun basit şeklini işlemeye azmettirilmesi halinde, azmettirme hükümleri uygulanamaz, zira kişide zaten suç işleme kararı vardır[9]. "**Eksilen azmettirme**" olarak adlandırılan bu durumda failin cezası eksik kalan neti-

---

1 LK[11]. §26. kn. 3. 4
2 Önder. II. 506.
3 LK[11]. §26. kn. 6.
4 Özkan. 215 vd.
5 Bkz. Wessels/Beulke. kn. 571.
6 Krş. Erdem. 211.
7 BGH. 3. Juni 1964. BGHSt 19. 339. Olay ve değerlendirmesi için bkz. Özkan 221.
8 Özkan 221.
9 S/S. §26. kn. 8.

ceye göre tespit edilecektir[1]. Bununla birlikte "faile yapılan sözlü zihinsel yardım failin başarısını artırmaya yönelik olarak fiildeki riskin azaltılmasına yönelik aktif bir durum oluşturmakta ise artık eksilen azmettirme değil manevi yardım" söz konusu olacaktır[2].

Bir kimsenin bir başkasını, faile yardım etmeye azmettirmesi halinde, azmettirme değil, yardım etme söz konusu olur[3]. Zira burada azmettirme bir suçun işlenmesine değil, o suça yardıma yöneliktir ve bu yönü itibarıyla da manevi yardım niteliğindedir.

Azmettirilenin yanlışlıkla başka kişiye yönelik olarak suçu işlemesi durumunda, bu yanılgı azmettirenin sorumlu tutulmasını engellemez. Ne var ki, azmettirilenin yanlışlıkla bir kimseye yöneldikten sonra, yanlışlığı fark edip asıl kast edilene de yönelmesi durumunda, azmettirenin bu konuda açık talimatı olmadığı müddetçe, azmettiren bundan sorumlu tutulamaz, zira anlaşmanın sınırı aşılmıştır.

Akim Kalan Azmettirme (Sonuçsuz Kalan Azmettirme) ise; azmettirme fiilinin tamamlanmasına rağmen, failin suçu işlememesi hali olup; failin, fiili işlemeye teşebbüs dahi etmemiş ya da edememiş olması halinde söz konusu olur. Ortada teşebbüs aşamasına geçmiş bir suç bulunmadığından azmettirenin hareketleri tehlikelilik doğurmuş olsa da ceza sorumluluğuna neden olmaz[4]. "Akim kalan azmettirmenin en önemli özelliği, azmettirenin azmettirme hareketini yapmasına rağmen azmettirilenin hareketsiz kalması olup, bu nedenle azmettirmenin var olabilmesi için gerekli tüm unsurlara sahip olması gerekmektedir"[5].

Azmettirme konusunda bir diğer özel durum "imkansız azmettirme"dir. **Konusu olmayan, azmettirmeye konu fiilin gerçekleştirilmesi imkânsız olan** veya **azmettiren ile mağdurun aynı kişi olduğu** azmettirmeye "**imkânsız azmettirme**" adı verilmektedir[6]. Örneğin bir kişinin kendini öldürtmek için kiralık katil tutması gibi[7].

ddd. Azmettirmenin Diğer İştirak Şekillerinden Farkları

aaaa. Dolaylı Faillikten Farkı

Azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki sınırın çizilmesi, yani suça sevkedenin iştirak şeklinin belirlenmesi kolay değildir. Dolaylı faillik ile azmettirme iştirak şekillerinin ortak noktası dolaylı failin araç olarak kullanacağı, azmettirenin de bir suçu işletmek için ikna edeceği bir failin bulunması zorunluluğudur[8].

Dolaylı faillik ile azmettirme ayrımı, faillik ile şeriklik arasındaki ayrım için de kullanılan "fiil hâkimiyeti/egemenliği" teorisi ile yapılabilir[9]. Dolaylı

---

[1] Özkan, 214.
[2] Özkan, 215.
[3] S/S. §26, kn. 13.
[4] Erdem, 212; Özkan, 227.
[5] Özkan, 228.
[6] Özkan, 229.
[7] Özkan, 231.
[8] Özkan, 236.
[9] Özkan, 236.

failden farklı olarak, azmettiren, azmettirilen üzerinde fiil egemenliğine sahip değildir[1]. Dolaylı faillik için, suçun arkasındaki failin (arka plandaki şahsın) her zaman failden (önplandaki şahıstan) üstün bir konumda olması gerekmektedir. Ayrıca araç konumda bulunan bir kişi fiili bizzat gerçekleştirmeli, "dolaylı fail ise elini suya sabuna dokunmadan suçu işleten kimse olmalıdır"[2].

Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki bir diğer fark, suçu işleyen failin irade serbestisi ile suç işleme kararını alıp-almadığı hususundadır. Dolaylı faillikte, fail fiili "başından sonuna kadar kendi kontrolünde bulundurmaktadır"[3] ve fail araç konumundadır. Azmettirmede ise fail suçu kendi özgür iradesi ile işlemekte olup, azmettiren failin iradesi üzerinde fikrin oluşması aşamasında etkin olmuştur[4].

bbbb. Yardım Etmeden Farkı

Suçu işleyenin herhangi bir suç işleme niyeti yokken, azmettirenin etkisiyle suç işlenmektedir. Failin esasen bir kararının veya niyetinin varlığı halinde, olsa olsa yardım etmenin manevi şekli (teşvik, kuvvetlendirme) söz konusu olabilir, ancak azmettirme olmaz[5].

Azmettirmede failin suç işleme iradesine manevi bir etki yapıldığından maddi yardımdan kolayca ayrılabilir. Fakat bazı durumlarda ayırım yapılması zorlaşır. "Bir maddi yardım türü olan araç sağlama hareketi eğer failde suç işleme kararını oluşturma hareketi olarak tezahür ediyorsa artık maddi yardım etme değil azmettirme söz konusudur. Örneğin kocası kan davalıları tarafından öldürülen kadının sandıktan silahı çıkartıp, tüm ailenin önünde oğluna vermesi halinde araç sağlama değil azmettirme söz konusudur"[6].

Tüm manevi yardım türlerinin azmettirmeden ayrılmasında kullanılacak en önemli kıstas suç işleme karan/iradesinin oluşması ve oluşma anıdır[7]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre; "azmettirme, belli bir suç işleme hususunda henüz bir düşüncesi olmayan kişide, bir başkası tarafından suç işleme kararının oluşmasının sağlanmasıdır. Eğer kişi daha önceden suçu işlemeye karar vermiş ise, bu takdirde azmettirme değil, artık T.C.K.nın 39/2 nci maddesi kapsamında manevi yardım söz konusu olacaktır."[8]

eee. Azmettirme Türleri

Türk Ceza Kanunu'nda ayrıca belirtilmiş azmettirme türleri bulunmamaktadır. Doktrinde yer alan azmettirme türleri ise zincirleme azmettirme, azmettirmeye azmettirme, dolaylı azmettirme, müşterek (birlikte) azmettirme, yan yana azmettirme, çifte ve sollayan azmettirme, OMNIMODO FACTURUS (=ALIAS FACTURUS): döndüren azmettirme, eksilen azmettirme, ekle-

---

1 Haken, YTCK'da İştirak, 102.
2 Özkan, 236.
3 Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası, 200.
4 Özkan, 237.
5 Bkz. CGK, 16.03.1992, 81.
6 Özkan, 250.
7 Özkan, 251.
8 CGK, 06.03.2012, 73.

nen (=Artı/Üst) Azmettirme, yardım etmeye azmettirme, azmettirmeye yardım, akim kalan azmettirme, imkânsız azmettirme, sosyal azmettirme, medyanın azmettirmesi'dir[1]. Bunların bir kısmını yukarıda ele aldım. Burada sadece zincirleme azmettirme, azmettirmeye azmettirme ve müşterek azmettirme üzerinde duracağım:

Zincirleme azmettirme, en az bir asli azmettirenin, kendisinde faili azmettirme düşüncesi olmayan bir üçüncü kişiyi, faili azmettirmesi için ikna etmesidir[2]. Zincirleme azmettirmede, "azmettiren ile azmettirilen arasında doğrudan bir temas olması zorunlu olmayıp, fail ile doğrudan temas kurmayan ilk azmettiren kişi, aracı azmettiren/azmettirenler ile asli amacına ulaşmaktadır". "**Son aracı azmettiren**" ise fail ile birebir temas ederek faildeki suç düşüncesini uyandıran kişidir[3].

Yargıtay kararına konu bir olayda[4]; sanık anlaşmazlık nedeniyle maktul Ergün'e gözdağı vermek amacıyla para karşılığında dövülmesi için, sanık Ercan G ve Ercan Ö'nün yardımı ile bulduğu sanık Selim'e talimat vermiştir. Ercan G ve Ercan Ö, olaydan 3 gün önce ölenin evini Selim'e göstermişlerdir. Selim de Ömer ve Ekrem'i bularak onlardan maktulü dövmelerini ister yani azmettirir. "Somut olayda tipik bir zincirleme azmettirme bulunmaktadır. Tufan ilk azmettiren, Selim aracı ve son azmettiren, Ercan G ve Ercan Ö azmettirmeye yardım eden, Ömer ve Ekrem ise faildir"[5].

Azmettirmeye azmettirme de mümkündür: Azmettirmeye azmettirme "çekirdek zincirleme azmettirme"dir[6]. Sanık Alâeddin cezaevinden aradığı sanık Başar'a, "Karagümrük Spor Lokali'ne gideceksiniz, Ergin soyadlı kim varsa öldüreceksiniz" emrini vermiştir. Sanık Başar da diğer sanıkları azmettirmiş ve topladığı adamlarıyla kendisi de bizzat eyleme katılmıştır. Böylece hem Alâeddin hem de Başar azmettiren olarak sorumlu tutulmuştur[7].

Azmettirmenin, birden fazla kişi ile gerçekleştirilmesi halinde, "müşterek azmettirme" (=Mitanstiftung) söz konusu olur. "Birbiri ile ortak azmettirme iradesine sahip en az iki azmettirenin ortaklaşa biçimde doğrudan doğruya fail üzerinde veya bir aracı azmettiren kullanarak zincirleme şekilde failde azmettirme kararı oluşturmaya yönelik olarak çalışmalarına müşterek azmettirme adı verilir"[8]. Örneğin A ve B, oğulları C'yi, pusuda bekleyip D'yi öldürmesi için ikna ederler. Burada A ve B müşterek azmettirendirler.

fff. Garantörsel İhmali Suçlarda Azmettirme

Garantörsel ihmali suçlarda da garantörün azmettirilmesi söz konusu olabilir. Burada garantörün neticeyi önlememesi hususunda ikna edilmesi halinde azmettirme vardır. Azmettirme, tipik durumu bilerek (garantörsel ihmali suçlarda garantörlüğü de bilerek) hareketsiz kalmak hususunda ihmali

---

[1] "Azmettirme Türleri" hakkında daha geniş bilgi için bkz. Özkan, 198 vd.
[2] Özkan, 200.
[3] Özkan, 200.
[4] 1 CD, 12.03.2007, 1380.
[5] Özkan, 200.
[6] Özkan, 203-204.
[7] 1. CD, 07.04.2004, 1118.
[8] Özkan, 207-208.

failin karar almasını kasten sağlamadır. Gerçekten de ihmale azmettirme bakımından özel bir problem ile karşılaşılmaz. Bunun için, garantöre etki edenin kastının neticeyi önleyebilecek bir davranışı ihmal hususunda yeterli bir sebep teşkil etmesi gerekir.

Ayrıca azmettirenin karar aldırma fiili ile ihmali failin hareketsizliği arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır[1].

Burada ihmal eden garantör olmalıdır, azmettirenin garantör olması gerekmez. Örneğin, A'nın çocuğu havuza düşer. A'nın arkadaşı ise onu çocuğu kurtarmaması hususunda ikna eder. Burada A'nın arkadaşının garantör olması şart değildir. Ancak hemen açıklayayım ki, yukarıdaki örnekte A'nın arkadaşının sorumluluğunun yardımın ihmali suçuna azmettirmeden mi, yoksa ihmal suretiyle öldürme suçuna azmettirmeden mi olacağı tartışmalıdır. Kanımca, burada ihmal suretiyle öldürme suçuna azmettirmeden cezalandırmanın söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir. Zira burada garantör olmamanın önemi yoktur. Ayrıca, burada esasen her iki suça azmettirmenin bulunduğu ve asli norm-tâli norm veya fikri içtima kuralları gereğince failin sadece ihmal suretiyle öldürme suçuna azmettirmeden dolayı cezalandırılacağı da söylenebilir.

ggg. Azmettirmenin Cezası

Azmettiren, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Böylece azmettirene verilecek ceza, faile verilecek ceza değil, failin işlemiş olduğu suça verilecek cezadır. Şu halde, azmettirenin failden daha ağır bir cezaya çarptırılması mümkündür[2].

Azmettiren, azmettirme fiilinin yanında suça müşterek fail veya yardım eden olarak suça katılmışsa iki kez cezalandırılmaz. Failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi gereğince, varsa fail olarak faillik yoksa şeriklik statülerinden en ağır cezayı gerektiren statüden dolayı ceza verilmelidir. Yargıtay da aynı görüştedir[3].

"Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır[4]. Çocukların suça azmettirilmesi halinde bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz" (TCK 38/2). Bu suretle, örneğin babanın çocuğunu azmettirmesi durumunda babanın azmettirmeden

---

1 Özkan, 100.

2 A.g. Erdem, 212.

3 "Azmettiren kimse, azmettirme ile yetinmeyip asli maddi veya feri maddi şekilde suça katılmışsa; hem azmettirdiği hem de suça başka şekilde katıldığı için iki kez cezalandırılamaz. Bu gibi hallerde, en ağır cezayı gerektiren azmettirmeden dolayı ceza verilmelidir". (YCGK, 07.03.1988, /72, bkz. Özkan, 180.

4 Maddede, süreli hapis cezaları bakımından artırma öngörülürken, müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında cezada artırımın nasıl yapılacağına ilişkin düzenleme unutulmuştur. Bu hususun, Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle yapılan müracaat, Anayasa Mahkemesi'nce, "...artırımın süreli cezalarda uygulanıp, süresiz cezalarda uygulanamaması şeklinde bir eşitlik karşılaştırılması yapılamaz. Yasa koyucunun, suç ve ceza siyasetine ilişkin takdiri kapsamında değerlendirilen ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak düzenlediği kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü görülmemiştir" gerekçesiyle reddedilmiştir. AYM, 03.02.2011, 30.

dolayı alacağı ceza artırılacaktır. Buna karşılık azmettirilen kişi 18 yaşından küçük ise (=çocuk, **TCK** 6/1-b), azmettiren üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuzu kullanmasa dahi, azmettirenin cezası artırılacaktır. Bu madde özellikle kusur yeteneği olan çocukların suç işlemeye azmettirilmesi durumunda uygulanacaktır, zira çocuğun kusur yeteneği de yoksa öncelikle dolaylı faillik hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyim. Esasen **TCK** 37/2'de öngörülen artırım ile **TCK** 38/2'de öngörülmüş artırım oranları aynıdır.

Konunun girişinde verilen olayda da 8 üstsoy-altsoy ilişkisinden doğan nüfuzu kullanmak suretiyle oğlunu azmettirdiğinden cezası artırılacaktır.

hhh. Azmettirenin Ortaya Çıkmasını Sağlama

Kanunumuz **TCK** 38/3'te "ceza soruşturması ve kovuşturmasının amacına hizmet eden bir hükme yer vermiştir": "*Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağının*" cezasında indirim yapılabilir. İndirim yapılması, sağlanan katkıya göre hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi neden öngören **TCK** 38/3 hükmü ile azmettirenin belli olmadığı suçlarda azmettirenin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Bu hüküm iyi uygulandığı takdirde faydalı olacağı açık olan bir düzenlemedir. Ancak uygulamada azmettirenin olmadığı suçlarda masum kimselerin üzerine azmettirmenin yıkılabileceği tehlikesi düşünülerek çok dikkatli araştırmalar yapılması gerekmektedir.

Yargıtay "*işlenen suçu aydınlatacak ve azmettirenleri saptamaya yarayacak nitelikte eksiksiz bir bilgi*" verilmesinin zorunlu olduğu görüşündedir[1].

iii. Suç İşlemeye Tahrik Suçunda Azmettirme Nedeniyle Cezalandırılma Durumu

Azmettirme konusunu kapatırken şu hususa da değinmekte yarar görüyorum. Kişilerin suç işlemeye tahrik edilmesi halinde, tahrik eden **TCK** 214

[1] "Dosya kapsamına göre, maktulün eşi Nurcan ve kızı Duygu'nun 27.10.2006 tarihli Jandarma Tutanağındaki teşhisleri ile olay sabahı maktulü evinden, aracı ile alıp götüren kişinin sanık İbrahim olduğunun tespit edildiği, eski kan davaları nedeniyle maktulün babası Mehmet'in Jandarma'da verdiği 15.08.2006 tarihli ifadesinde, maktulün hasımları olarak sanıklar Mehmet ve Hasan'ın isimlerini verdiği anlaşılmakla, sanık İbrahim'in aşamalarda inkara yönelik kaçamaklı savunmalarında işlenen suçu aydınlatacak ve azmettirenleri saptamaya yarayacak nitelikte eksiksiz herhangi bir beyanı bulunmadığı gözetilmeden, yasal şartları oluşmadığı halde, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 38/3. maddesinin uygulanması sureliyle eksik ceza tayini", 1. CD. 01.07.2009. 4145, bkz. Özkan. 160.

gereğince sorumlu tutulurken; tahrik edilen kimselerin gerçekten de tahrik edilen suçu işlemeleri halinde, tahrik eden kimse artık işlenen suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılacaktır (**TCK** 214/3).

TCK 214/3 hükmü nedeniyle suç işlemeye tahrik eden, "failin hedef suçu işlemesi halinde sui-generis bir azmettiren olacaktır"[1]. Şöyle ki; tahrik edilen kişi/kişilerde suç işleme iradesinin önceden var olup-olmadığı araştırılması yapılmadan, suç işlemeye tahrik eden azmettirme sıfatını kazanacak ve failin cezası ile cezalandırılacaktır[2]. Burada suç işlemeye tahrik eden kişinin sorumluluğu **iştirak** teorisinin benimsediği genel ilkelere göre değil, kanunun belirlediği özel azmettirme statüsüne göre yapılacaktır[3].

bb. Yardım Etme

Faillik ve azmettirmenin dışında kalan fakat suçun meydana gelmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan hareketler, şeriklik olan yardım etmeyi ifade eder. Burada fiil üzerinde hâkimiyet kurulmamakta, **sadece suçun icrası kolaylaştırılmaktadır**[4]. Yardım edenin hareketi, faillere nazaran "suçu yaratıcı, yapıcı nitelik taşımaz; sadece destekleyici, hazırlayıcı, kolaylaştırıcıdır"[5], dolayısıyla yardım eden figüran konumundadır.

Yardım etme, "ikincil" bir konumu ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak, yardım etmenin kapsamı, "birincil" konumdaki failliğin kapsamına göre belirlenecektir[6].

Yardım etme, ancak yardım edenin kendisine karşı korunan bir hukuksal yaran ihlal etmesi halinde mümkün olur. Bu itibarla, kendi malının çalınması için bir kimseye yardım edenin ortak olarak sorumlu tutulması mümkün olmaz, zira burada korunan hukuksal yarar yardım edenin bizzat kendisine aittir[7].

Yardımın şekillerine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, kanunumuz bazı suç tiplerinde suçun işlenişine yardım etme fiilini özel hükümler bölümünde ayrıca düzenleyerek, bu suç tiplerine yardımın genel hükümlere göre değil, bu hükümlere göre cezalandırılmasını istemiştir. **TCK** 315'te düzenlenmiş bulunan "silah sağlama" suçu buna örnek olarak gösterilebilir. Böylece maddede belirtilen örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak üzere silah temin eden, nakleden veya depolayan kişi aslında genel hükümlere göre örgütün işlediği suçlara yardım eden olarak cezalandırılacakken, bu özel hüküm dolayısıyla sadece bu maddeden dolayı cezalandırılacaktır[8].

TCK'nın 39. maddesine göre bir kimsenin yardım etmekten sorumlu tutulabilmesi için, "suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak veya suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak " suretiyle suçun işlen-

---

1 Özkan, 262.
2 Özkan, 262.
3 Özkan, 262.
4 Donmezer/Erman, II, 528.
5 Yüce, 85.
6 LK[11], vor§26, kn. 6.
7 LK[11], vor§26, kn. 2.
8 Ayrıca bkz. **TCK** 190, 200.

mesine yardım etmesi gerekir. Elde edilen paradan yararlanma, tek başına suça yardım olarak değerlendirilemez[1].

Yardımda bulunma, bir başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının kasten desteklenmesini ifade etmektedir. Bir suçun işlenmesine yardımda bulunma maddi ve manevi olmak üzere iki tarzda mümkündür[2].

aaa. Maddi Yardım



Maddi yardımda failin hareketlerine katkıda bulunulması söz konusudur ve kanunumuz kazuistik bir şekilde iki türlü maddi yardımdan bahsetmektedir (**TCK** 39/2-b ve c):

Maddi yardım, öncelikle fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamayı ifade eder.

Araçtan anlaşılması gereken, suçta kullanılmaya elverişli olan ve suçta kullanılan şeylerdir[3]. "Ancak temin edilen aracın kullanılmamasına rağmen, bu araç failin suç işleme kararını kuvvetlendirmekte ise yardım etmenin manevi şeklinin mevcut olup olmadığı üzerinde durulmalıdır"[4].

Kanunumuz maddi yardımın ikinci şekli olarak suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmayı düzenlemiştir. Bunlar suçun icrasından önce yapıldığı takdirde, hazırlık hareketleri niteliğinde olmalıdır. Icra hareketleri niteliğinde olursa, faillik söz konusu olabilir. Suçun icrasının kolaylaştırılmasından bahsedebilmek için yapılan hareketlerin "suçun işlenmesi sırasında yapılacak hareketlerin dışında kalması ve icra hareketlerini yapan kimsenin fiili ile işbirliği şeklinde olmaması gerekir". Aksi takdirde yine faillik söz konusu olur[5]. Gözcülük, yerine göre bu tip yardımda bulunmanın tipik örneğidir. Ne var ki, yukarıda da ifade ettiğim gibi, gözcü suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kurduğu takdirde, müşterek fail olur.

İhmal suretiyle yardım da mümkündür[6].

Sanık D.'ın, arkadaşı M.'nun maktul tarafından yaralandığını gördüğünde olay yerinde bulunan bar görevlisi tanıklarla birlikte D. ve maktulü ayırmak ve bacağından bıçakla yaralanmış olan arkadaşını hemen hastaneye götürmek yerine üzerinde bulunan bıçakla maktule saldırması, olayın sonuna kadar sanık M.'nin yanında bulunması, kasten öldürme eylemini gerçekleştiren sanık M.'nin bu eylemine taraftar olmadığını gösterecek şekilde engelleyici bir söz söylememesi ve bu yönde herhangi bir davranışta bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık D.'ın sanık M.'nun gerçekleştirdiği kasten öldürme suçuna katıldığının kabulü gerekmektedir (CGK, 19.03.2013, 1-81/91).

---

1 5. CD. 25.01.2012. 183
2 Özgenç/Şahin. 354
3 Donmezer/Erman. II. 529
4 Önder. II. 511. Bkz. yukarıda iştirakte soyut-somut nedensellik bahsi.
5 Donmezer/Erman. II. 530
6 Hakeri. İhmal. 291 vd.

Olay yerinde bulunmak da yardım olarak değerlendirilebilir: "Sanığın mağdur Ahmet'e ateş ederek öldürdüğü olayda, diğer sanıklar Cemal ve Turan'ın silahlı olarak olay yerinde bulunmak suretiyle faile destek olduklan ve bu nedenle öldürmeye teşebbüs suçuna iştirakten (yardımcı fail) cezalandırılmalan" gerekir[1]. Bir eylemin iştirak halinde işlenmesi, karşılıklı anlaşma içinde olaya birlikte etki etmektir. Bu çerçevede eylemin soyut tehlikeliliğinin, iki kişinin bir kişiye nazaran daha fazlasını elde etmesi suretiyle artması gerekir. Bunun için ikinci kişinin, mağdur tarafından da fark edilecek şekilde desteğe hazır bir biçimde olay yerinde bulunması yeterlidir[2].

Ele alınması gereken bir diğer konu, hırsıza tornavida satan satıcının hareketinde olduğu gibi, yansız hareketlerle yardımın (neutrale Beihilfe) cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Özellikle belirli meslek mensuplarına özgü tipik hareketlerin failin fiiline yardım niteliği taşıması durumunda günlük hayatta olağan görülen hareketlerin yardım etme olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmaktadır. Bu durumda "güven prensibi" geçerlidir. Buna göre, herkes kural olarak başkalarının suç işlemeyeceği esasından hareket edebilir. Aksi durumda kibrit, bıçak, çekiç gibi şeylerin satılması mümkün olmayacaktır. Sosyal yaşamda vazgeçilemeyecek nitelikte olan ve fakat somut bir olayda bir suçun işlenmesini mümkün kılabilecek veya kolaylaştırabilecek hareketlerin güven prensibi çerçevesinde oluşturulan izin verilen risk içinde kaldığı kabul edilmektedir[3]. Ancak failin hareketinin suç işlemeye yönelik olması ve yardım edenin bunu bilmesi durumunda, günlük yaşamdaki olağan nitelikli bir hareket de olsa, eylemin cezalandırılabilir bir yardım etme olacağına uygulamada karar verilmektedir[4]. Hemen belirtelim ki, bu bakımdan olası kast yeterlidir. Satıcı, alınan malın bir suçta kullanılabileceği ihtimalini düşünüyorsa, hesaba katıyorsa ve sattığı mal ile de gerçekten bir suç işlenirse, şerik olarak cezalandırılabilir[5].

bbb. Manevi Yardım



Yardımın bu şeklinde, failin faaliyetlerine yönelik maddi bir katkı değil, azmettirmede olduğu gibi manevi bir katkı söz konusudur.

Suç işleme konusunda niyet sahibi olup da henüz karar vermemiş olan kimseyi suç işlemeye yöneltmek teşviktir. Kuvvetlendirmeden farklı olarak burada henüz karar verilmemiştir.

"Sanıklar A ile M'nin suçun işlenmesi sırasında fiil üzerinde ortak hâkimiyetlerinin bulunmadığı, kaçırılan mağdure ve diğer sanıkların evinde kalmasına müsaade etme, yerlerini güvenlik güçlerinden gizleme ve evlenmelerini temin için müşteki ile görüşerek aracı olma şeklinde kabul edilen eylemlerinin suçun işlenmesine yardım etme niteliğinde olduğu", 5. CD, 16.04.2007, 2908.

1 1. CD, 13.12.2007, 9402.
2 BGH HRRS 2012 Nr. 627.
3 LK[11], §27, kn. 21.
4 Bkz. Kuhl, §20, kn. 222, 222a.
5 LK[11], §27, kn. 21.

"Teşvik, hevesi artırma, şevklendirme yolunda ruhsal etkidir"[1]. "Silahla kasten yaralama suçunun faili olan sanık Ramazan'ın olay esnasında araçtan tüfeği alıp fişekleri doldurduktan sonra, sanık Ahmet'in *"vur ulan şunları"* şeklinde beyanda bulunması karşısında, sanık Ahmet'in suç işlemeye teşvik suretiyle eyleme iştirak ettiği gözetilmeyerek, azmettirmeden hüküm kurulması" yasaya aykırıdır[2]. Sanık S'nin tüfekle geldiği sırada sanıklar, İ, H ve F'nin *"vur vur, bankada paramız var sana bakarız, daha ne duruyorsun ateş et öldür onları"* gibi sözlerle sanığın suç işleme kararını kuvvetlendirdikleri ve suç işlemeye teşvik ettikleri, mahkeme kabulünün de bu yönde olduğu anlaşılmakla, sanıkların eylemine uyan suça teşvik nedeniyle cezalandırılmaları yerine beraatlerine karar verilmesi..."[3].

Failin suç işlemek hususunda vermiş olduğu kararın hareket aşamasına geçmesinin sağlanması halinde kuvvetlendirme söz konusu olur[4]. Burada kararın uygulamaya konulabilmesi için cesaret verilmekte[5], failin zaten daha önce almış olduğu karar desteklenmektedir[6].

Vaat ise suçun işlenmesinden önce yapılmalıdır ve suç işlendikten sonraya yönelen bir yardımda bulunmayı ifade eder ve "faile cesaret vermesi, tereddütlerini yenmesi bakımından onun iradesine etki ederek manevi bir iştirak halinin varlığını ortaya koyar"[7]. Vaadin yerine getirilmesi şart değilse de yerine getirilmesi ayrıca TCK 283'te düzenlenmiş bulunan "suçluyu kayırma" suçunu oluşturmaz. Zira söz konusu suçun oluşabilmesi için suçun işlenişine iştirak edilmemesi gerekir. Hâlbuki yardım vaadi suretiyle suçun işlenişine zaten iştirak edildiğinden, vaatte bulunan sadece manevi yardım dolayısıyla cezalandırılacaktır.

Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek ise faile akıl vermek suretiyle iradesine etkide bulunmadır. Suçun işlenmesinden önce yapılmalıdır, aksi takdirde fiil üzerindeki hâkimiyet durumuna göre müşterek faillik söz konusu olabilir[8].

Suçun işlendiği yerde hiçbir şey yapmaksızın dahi olsa gönüllü olarak bulunma, faile teşvik veya kuvvetlendirme suretiyle manevi yardım sayılabilir[9].

ccc. Yardım Edenin Cezasının Tayini

Yardım eden kimsenin cezasında, işlenen suçun cezasına nazaran indirim yapılır (TCK 39/1). *Yargıtay* bu indirime ilişkin bazı kıstaslar belirlemiş bulunmaktadır: Buna göre, sanığın suçta kullanılan tüfeği vermesi, birlikte olay yerine gitmesi, beklemesi ve olaydan sonra tüfeği saklaması durumunda

---

[1] Yüce, 91.
[2] 1. CD. 23.05.2007. 4007.
[3] 1. CD. 31.12.2007. 9930.
[4] Donmezer/Erman, II, 531.
[5] Önder, II, 512.
[6] Yüce, 91.
[7] Donmezer/Erman, II, 531, 532.
[8] Donmezer/Erman, II, 532.
[9] Allen, 220.

yardım düzeyi yüksektir ve bu nedenle **TCK** 39'un uygulanmasında en alt sınırdan ceza tayini hatalıdır[1].

4. Nitelikli Hallerin Şeriklere Etkisi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, *"şeriklere sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesiyle çizileceği kuralı ile bağdaşır olmalıdır"*[2]. Bu itibarla, nitelikli hallerin şeriklere etki edebilmesi için bir iştirak ilişkisinin, iştirak iradesiyle işlenen bir fiilin söz konusu olması gerekir. Tesadüfen bir araya gelmiş kimselerdeki nitelikli haller, ister şahsa bağlı ister fiile bağlı olsun, diğer faillere sirayet etmez.

Kanunumuz nitelikli hallerin mevcudiyeti durumunda, bu halin kendisinde bulunduğu kişi dışındaki şeriklere de etki edip etmeyeceğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. Bu durumda, nitelikli hallerin şeriklere sirayet edip etmeyeceği sorununu genel kurallara göre çözmek gerekecektir.

Bu noktada da nitelikli hallerin fiili mi şahsi mi nitelikte olduğunun belirlenmesi gerekir.

Fiili nitelikli haller, failin kişiliği ile hiçbir şekilde ilgisi bulunmayan, bilakis sadece failin hareketinin tehlikeliliğini, bu çerçevede fiilin dışsal anlamda seyrini ifade eden unsurlar olup Alman hukukunda objektif tipiklik unsurları olarak nitelendirilmektedir. Zira fiile ilişkin unsurlar, fiilin işlenme şekli ve fiilin işlenişi esnasında kullanılan araç, yöntem gibi tipe uygun hareketin ve neticenin tanımlanması şeklinde fiilin gerçek anlamda haksızlık içeriği üzerinde etki gösteren haksızlık unsurları olarak nitelendirilebilir[3]. Bu unsurlar bakımından şerikler tam anlamıyla faile bağlı kabul edilmekte, diğer bir ifadeyle faile ilişkin unsurlarda olduğu gibi bağlılık kuralından ödün verilmemektedir. Türk hukukunda hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı gibi nedenler fiile ilişkin sebeplerdir[4].

Faile bağlı, yani şahsi nitelikli unsurlar ise filin işlenmesine yönelik unsurlar olmayıp iştirak edilen fiil kapsamında kişileri tanımlayan, yalnızca bu tanıma uygun kişilerin söz konusu suçtan dolayı fail olabilmelerinin mümkün olduğu unsurlardır. Diğer bir deyişle suç tanımında yer alan ve suça katılan "kişinin kendisinde, yani kişiliğinde" bulunması gerekli görülen herhangi bir unsura *kişisel unsur, şahsa bağlı neden* adı verilir[5]. Nitekim Türk hukukunda uygulamada en fazla gündeme gelen şahsa bağlı neden, kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi şeklindeki faille mağdur arasındaki şahsi ilişkiden kaynaklı nedenlerdir. Bu örnekte olduğu gibi mağdurun şahsından kaynaklı durumun kasten öldürmenin alt soy veya üst soya, eş veya kardeşe karşı işlenmesinde olduğu gibi failin de şahsıyla ilişkili ol-

---

1 1. CD. 27.09.2006, 3053.
2 CGK. 27.10.1986, 466.
3 Demirel, 494.
4 Demirel, 495.
5 Demirel, 496.

ması durumunda artık failin de şahsından kaynaklı bir nedenden söz edilebilecektir[1].

● Cezayı artıran şahsi nitelikli haller bakımından izahatlara geçmeden belirtmek gerekir ki, öğretide "*...kanunda açıkça yazılmadığı sürece cezaların artırılıp eksilmeyeceği...*" şeklindeki TCK 61/10 hükmüne dayanılarak şahsa bağlı nitelikli hallerin failden şerike sirayet etmemesi, bütün suç ortaklarının yalnızca kendilerinde bulunan şahsa bağlı nitelikli halden sorumlu tutulmaları yönündeki görüşe[2] katılmıyorum. Zira failin şahsında bulunan bu nitelikli halden haberdar bir şekilde faili fiili işlemeye sevk eden ya da failin fiiline destek olan şerikin de bu artan haksızlıktan etkilenmesi gerekir[3].

Böylece bu konudaki görüşümüzü şöylece özetleyebiliriz: Faillerin sorumluluğu iştirak ilişkisi içinde bizzat kendi hareketlerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, **faillerde bulunan nitelikli haller diğer faillere sirayet etmeyecektir.** Sadece nitelikli hal kendisinde bulunan faile bu nitelikli hal uygulanacaktır. Bu husus dolaylı fail açısından da geçerlidir. Bu itibarla, araç olarak kullanılan kişide bulunan cezayı artıran nitelikli haller, dolaylı faile uygulanmayacaktır. Yargıtay da aynı görüşte karar vermiştir:

A'nın babasını, A ile F'nin birlikte öldürmeleri halinde, ikisi de müşterek fail olacaklarından, A nitelikli kasten öldürmeden, B basit kasten öldürmeden cezalandırılmalıdır[4].

Burada akla gelen bir soru, bir kimsenin somut olayda hem müşterek fail hem de şerik olması halinde nasıl hareket edilmesi gerekeceğidir. Burada artık şeriklik söz konusu olduğundan, bağlılık prensibi karşısında bu nitelikli hallerin sirayet etmesi gerektiği düşünülebilirse de, kanaatimce failliğin şerikliğe önceliği prensibi ve ayrıca burada fiilin asıl haksızlığın faillikten kaynaklanması, başka ifadeyle, fiile haksızlığını kazandıran asıl unsurun faillik olması karşısında sirayet etmemesi gerektiği kanaatindeyim.

Buna karşılık, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu faile göre belirlendiğinden, bağlılık prensibi gereğince, **gerek failde bulunan nitelikli hal azmettiren ve yardım edene; gerekse azmettiren ve yardım edende bulunan nitelikli**

> *"Şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir. Şerikler, suçtan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla, şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle, şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilen veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler"*, 1.CD, 25.06.2014, 3654.

---

1 Demirel, 498.

2 Kaymaz, Nitelikli Haller, 148; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 575; Öztürk/Erdem, kn 776; Ekici-Şahin, İştirak, 669.

3 Demirel, 516.

4 1.CD, 25.06.2014, 3654.

haller faile de uygulanacaktır[1]. A'yı, A'nın babası B'yi öldürmesi için azmettiren C'nin de kasten öldürmenin nitelikli haline azmettiren olarak sorumlu tutulacak olması, bu anlamda söz konusu nitelikli halin bütünüyle C'ye de sirayet edecek olmasında şüphe bulunmamaktadır. İşte bu örnekte A'nın işlediği fiilin haksızlık kapsamında meydana gelen artışın C'ye sirayet etmesi hiç kuşkusuz ki olması gereken bir durumdur. Ancak A'nın babasını öldürmesinden kaynaklı öldürmenin bu nitelikli halinin öngörülmesi ve cezasının müebbetten ağırlaştırılmış müebbete dönüştürülmesinde kusurundaki artışın, dolayısıyla kınanabilirliğindeki yükselmenin de etkili olduğu inkar edilemez bir gerçektir[2].

Ancak bunun için bu nitelikli hallerden bu kimselerin de haberdar olması, kastının bunları kapsaması gerekmektedir. Bu kusur prensibinin bir sonucudur. Böylece örneğin sevgilisinin teşviki ile sevgilisinin babasını öldüren bir kimseye bu nitelikli hal uygulanacaktır[3].

Konuyu şu örnekle biraz daha açalım: A ve B, C'ye beraber ateş eder ve öldürürler. C, B'nin babasıdır. Bu durumda her ikisi de müşterek fail olduğundan, nitelikli halin sirayeti söz konusu olmayacak ve B nitelikli öldürmeden; A ise basit öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık konu, aynı örneği kısmen değiştirdiğimizde ilginç bir boyut kazanmaktadır: A, B'yi babası C'yi öldürmesi için azmettirmiş ve B ile beraber C'ye ateş ederek öldürmüş ise B'de mevcut olan nitelikli hal, bunu bilen A'ya da sirayet edecektir. Dolayısıyla benim görüşüme göre, sadece müşterek fail olarak görev yaptığında sirayet etmeyen nitelikli hal, aynı zamanda azmettiren veya yardım eden olarak da iştirak ilişkisi içinde rol aldığında sirayet edecektir. Bununla beraber, öğretide azmettirmeyi şeriklik olarak kabul eden yazarlar bakımından burada hem faillik hem şeriklik söz konusu olduğundan, failliğin şerikliğe önceliği ilkesi uygulanacak ve sadece faillik esas alınacak ve nitelikli hal yine sirayet etmeyecektir.

Yargıtay da, evli olduğunu bildikleri sanığa, eşini öldürmesi için yardım eden diğer sanıkların, nitelikli adam öldürme suçuna yardımdan

---

[1] Yargıtay ise şeriklerden kaynaklanan kişisel nitelikli hallerin diğer suç ortaklarına uygulanamayacağı görüşündedir. Yargıtay'a göre, ister fiili ister şahsi niteliki haller faile göre belirlenir ve şeriklere sirayet ederken; şeriklerdeki nitelikli haller faile sirayet etmez. "Örneğin, A, kendi babasını öldürmesi için F'yi azmettirdiğinde, suçun gerçekleşmesi halinde, her ikisi de 81.madde uyarınca sorumlu olur. Çünkü, failin işlediği suç 'basit kasten öldürme' suçudur. Aksine, F'nin, A'yı, A'nın babasının öldürülmesine azmettirdiği durumda ise hem A'nın hem de F'nin 82/1-d maddesi uyarınca nitelikli hallerden olan 'yakın akrabayı kasten öldürme suçundan' sorumlu tutulması gerekir. Zira failin işlediği suç 'nitelikli öldürme'dir. Azmettiren ise azmettirirken failin bu suçu işleyeceğini bilmektedir. Buna göre somut olayda, sanık G'nin, kızı olan C'yi kardeşi olan A'yı öldürmeye azmettirdiği anlaşılmakla, sanık G hakkında basit kasten öldürmeye azmettirmeden TCK 38 ve 81 maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine bağlılık kuralına yanlış anlam verilmek suretiyle nitelikli kasten öldürmeye azmettirmeden TCK 38 ve 82/1-d maddeleri uyarınca hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir". 1.CD, 25.06.2014, 3654.

[2] Demirel, s. 516, 517. Öğretide şahsi nitelikli hallerin sirayet durumunda, bu şahsi halin kendisinde olmayan kişilerin bu hal kendilerinde varmış gibi cezalandırılmasının ağır olduğu ve bu nedenle hakime cezada indirim konusunda takdir yetkisi verilmesi de savunulmaktadır. Demirel, 519.

[3] Bkz. 1. CD, 01.10.1990, 2338.

dolayı cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir[1]. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, kan gütme saikiyle başkalarını insan öldürmeye azmettiren kişideki bu nitelikli halin şeriklere sirayet etmeyeceğine karar vermiştir: *"Sanığın, kardeşinin öldürülmesi üzerine karşı taraftan birinin öldürülmesi için diğer failleri azmettirdiği olayda; diğer faillerin tasarlayarak öldürme suçunu işledikleri anlaşılmakla, şerik olan sanığın 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesi uyarınca bağlılık kuralı gereği "TCK'nın 38/1. maddesi yollamasıyla 82/1-a maddesi uyarınca" cezalandırılması gerektiği, ayrıca kan gütme saikinden sorumlu tutulamayacağı".*

- Cezayı artıran fiile ilişkin nitelikli haller bakımından ayrım yapmak gerekir.

  Bu haller, **müşterek faillerin** hepsi bakımından uygulanır. Örneğin, fiilin müşterek faillerden biri tarafından silahla işlenmesi halinde, bu durum, kanun tarafından, özellikle bütün faillerin bizzat silahla işlemeleri şartı aranmadıkça, bütün müşterek failler hakkında cezayı artıran nitelikli hal olarak uygulanacaktır[2].

  Diğer ortaklar bakımından ise fiil işlendiği zamanda bunları bilenler bakımından uygulanır, zira bu durumda ortakların kastının bunları da kapsadığı kabul edilir[3]. Örneğin, yağma suçunun geceleyin veya konutta işlendiğini bilen (**TCK** 149) ortaklara bu fiili nitelikli hal uygulanacaktır. Burada önemle ifade etmek gerekir ki, kişinin nitelikli halin gerçekleşeceğini kesin olarak bilmesi gerekir. Nitelikli halin meydana gelebilirliğini veya gelebileceğini öngörmek yeterli değildir. *"Ortaklara sirayet, adalet ve iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesiyle çizileceği kuralları ile bağdaşır olmalıdır"*[4].

  Yargıtay, tasarlama ile kan gütme ve töre saiki ile işlenen suçlarda nitelikli hallerin şeriklere sirayet edeceğine karar vermiştir[5].

- Cezanın hafiflemesine yol açan nitelikli haller bakımından ise kural olarak bütün şerikler bağlılık kuralı gereğince bundan faydalanabilecek ise de örneğin etkin pişmanlık kanunumuzda cezayı kaldıran veya indiren bir şahsi sebep olarak düzenlendiğinden[6], etkin pişmanlıktan sadece etkin pişmanlık gösteren kimse yararlanacaktır. Keza **TCK** 144/1-b ve 150/1'deki haller de ancak alacağı bulunan kimse bakımından geçerli kişisel sebepler olduğundan, bu kimsenin fiiline iştirak eden diğer şerikler bu maddelerdeki indirimlerden yararlanamayacaktır.

- Kişisel cezasızlık nedenlerinden ise sadece kendisinde bu neden bulunan kimse yararlanacaktır (örneğin, **TCK** 167/1). Böylece babasının cebinden para çalmak isteyen kıza yardım eden şerik, kız **TCK**

---

1 1.CD. 25.06.2014. 3655.
2 Bkz. Wessels/Beulke. kn. 531.
3 Aynı yönde. Hafızoğulları/Özen. 363.
4 CGK. 27.10.1986. 466.
5 Bkz. Kaymaz. Nitelikli Haller. 145. 146.
6 Özgenç. Gerekçeli. 15.

167/1 dolayısıyla cezalandırılamasa dahi, hırsızlığa yardımdan dolayı cezalandırılacaktır[1].

5. Kışkırtıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu

Bir kimseyi suç işlemeye sevk edip de suçun gerçekten işlenmesini ve suçtan doğacak zararlı ve tehlikeli sonucu istemeyen kimselere kışkırtıcı ajan adı verilmektedir.

Kışkırtıcı ajan kendisinde suç işleme kararı zaten bulunan veya bulunmayan kimseye yönelik eylemlerine göre, ya azmettiren ya da teşvik eden konumunda olabilir. Ne var ki, her iki halde de kışkırtıcı ajanın kastının, azmettirilen veya teşvik edilen kimsenin fiilini tamamlamasına yönelik olması gerekir[2]. Bu açıdan bakıldığında kışkırtıcı ajanın böyle bir kastı olmadığı sürece azmettiren veya teşvik eden olarak cezalandırılması mümkün değildir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da bu tür durumlarda ortakların birliğinin söz konusu olmaması nedeniyle iştirak kurallarının uygulanmayacağına karar verilmiştir[3]. Yargıtay da, kamu görevlisinin rüşvet aldığı duyumu üzerine, görevlendirilmiş olan bir polis ile rüşvet pazarlığı yapması üzerine, seri numarası daha önce alınmış olan paralarla yakalandığı bir olayda, kolluk görevlisinin sorumluluğunu öngörmemiştir[4].

Bununla beraber, kışkırtıcı ajanın aksi yöndeki iradesine rağmen suç yine de işlenmiş olabilir. Bu durumda, kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesine yönelik kastı yoksa da taksiri olduğu açıktır. Fakat bu takdirde de taksirle azmettirme veya teşvik söz konusu olamayacağı için kışkırtıcı ajanın yine de cezalandırılmaması gerekir[5]. Kaldı ki, kışkırtan, suçun işlenmemesi veya tamamlanmaması ya da neticenin gerçekleşmemesi yönünde çaba göstermesine rağmen, gösterdiği gayretin dışında başka bir sebeple suçun işlenmemiş olması veya kışkırtanın bütün gayretine rağmen suçun işlenmesi durumunda da gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır (TCK 41/2). Öğretide "yardım ve katkısı olmasaydı böyle bir suç asla işlenmeyecekti" denilen olaylarda kışkırtıcı ajanın sorumluluğunu kabul etmek gerekeceği ileri sürülmekte ve örnek olarak, vize sorusu çalmak için çilingir arayan öğrencinin durumunu öğrenen polis memurunun kendisini sanığa çilingir olarak tanıtarak, kapıyı açtıktan sonra yakalaması[6] olayı gösterilmektedir[7]. Kanımca bu örnekte polisi kışkırtıcı ajan olarak kabul etmek mümkün değildir. Polis, sanığı azmettirmemekte veya teşvik etmemektedir. O an önüne çilingir olarak çıkmakta ve böylece sadece suç tespiti yapmaktadır. Aksinin kabulü, özellikle uyuşturucu olaylarında polisin satıcı veya alıcı görev yaptığı her olayda kışkırtıcı ajan olarak cezalandırılmasını sonuçlayacaktır.

Bütün bu söylenenler polis, jandarma, istihbarat mensupları vs. için de geçerlidir. Ancak kolluk esasen işlenmekte olan bir suçun tespiti için kendisini

---

1 Aynı görüşte, Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 494.
2 Bockelmann, 195. Aksi görüşte, Özkan, 276.
3 Bkz. Stanley Thomas Williams v. The State of Texas.
4 5. CD, 06.07.2006, 3896. Belirtelim ki, Yargıtay bu olayda rüşvet suçunu değil, görevi kötüye kullanma suçunu kabul etmiştir, zira serbest iradeye dayalı bir anlaşma bulunmamaktadır.
5 Erdem, 211.
6 Bkz. CGK, 21.12.1987, 620. Savaş/Mollamahmutoğlu, I, 1179–1181.
7 Centel/Zafer/Çakmut, 536.

mağdur haline getirirse iştirak olmaz. Çünkü bir kimse bir suçun hem faili hem mağduru olmaz.

Keza hareketin başlangıcında sanığı suça teşvik veya azmettirmemiş olup, sanığın elverişli şekilde başlattığı hareketle netice arasına giren ve böylece neticenin oluşumunu engelleyen polisin de kışkırtıcı ajan olduğundan bahsetmek mümkün olmaz. Örneğin, fidyenin teslimi sırasında haberdar edilen polisin, fidyeyi alarak uzaklaşan kimseyi yakalamasında olduğu gibi[1]. Esasen burada kışkırtıcı ajanlık değil, polisin asli görevini yapması söz konusu olmaktadır.

Bu konuda başka bir örnek olarak, bir kimsenin sırf denenmek için bir suça azmettirilmesi ve fakat esasen bu kimsenin bu suçu işlemesinin mümkün olmaması hali gösterilebilir. Örneğin, (A), (B)'ye bozuk bir tabanca vererek, düşmanı (C)'yi öldürmesini söylemekte veya (B)'ye, kasasında para olmadığını bildiği halde (C)'nin kasasındaki paraları almasını söylemektedir. Yukarıda yardım etme kısmında da ifade edildiği üzere, iştirakin cezalandırılmasının temelinde yatan neden, korunan hukuksal yararın ihlal edilmesidir. Kendi malının çalınması için gözcülük edenin, hukuksal yarar ihlali söz konusu olmadığından cezalandırılması söz konusu olmadığı gibi (sigorta dolandırıcılığı gibi bir durum mevcut olmadığı sürece), burada da denemek için başka bir kimseyi azmettiren kimse korunan hukuksal yararı ihlal etmeyi istemediğinden, azmettirenin cezalandırılmasını meşru kılan hukuksal yarar ihlali olmadığından cezalandırılması söz konusu olmayacaktır[2].

Yine mevcut olan bir yasa dışı örgütün faaliyetlerinin tespiti için bu örgüte katılma halinde de suça iştirak yoktur[3].

Bugün için, "gizli soruşturmacı görevlendirilmesi" başlıklı CMK 139'da konu düzenlenmiş bulunmaktadır: Buna göre, "*soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri belirli suçlarla ilgili olarak gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir*". Bu hükümde bizi özellikle ilgilendiren kısım 5. fıkradır. Buna göre soruşturmacı görevini yerine getirirken suç işleyemeyecek, ancak görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan dolayı da sorumlu tutulamayacaktır.

Gizli soruşturmacının suç tespiti yaptıktan sonra, daha fazla ceza verilmesini tayin için tekrar tekrar suç tespiti yapması hukuka aykırıdır: "Somut olayda, gizli soruşturmacının 15/11/2011 tarihinde sanıkların aracılığı ile diğer sanıktan suç konusu uyuşturucu maddeyi satın alması üzerine, sanıkların suçu belirlenmiş ve bu suçun delili elde edilmiştir. Buna rağmen, gizli soruşturmacıların, 18/11/2011 tarihinde sanığın, yanında bulunan sanığa uyuşturucu madde satması yönünde "ver abi" şeklindeki teşviki ile sanıktan; 19/11/2011 tarihinde sanığın aracılığı ile dava dışı kişiden tekrar uyuşturucu madde satın alması gereksiz olduğu gibi görevleri kapsamında da değildir. Öte yandan, gizli soruşturmacıların asıl görevi "uyuşturucu veya uyarıcı

---

[1] CGK. 16.03.1987. 118.
[2] LK''. §26, kn. 67.
[3] Güzel bir karar için bkz. Erem/Danışman/Artuk. 428, dn. 33.

madde satın almak" değil, "suçu ve failini belirlemek, suçla ilgili delilleri elde etmekten ibarettir." Bu sebeplerle gizli soruşturmacı tarafından aynı failler-den birden çok kez uyuşturucu madde satın alınmasının ayrıca suç oluştur-mayacağı ve gerçek anlamda bir "alım - satım" söz konusu olmadığından sanıklar hakkında zincirleme suç hükümlerini düzenleyen TCK'nın 43. mad-desinin uygulama koşullarının oluşmamıştır"[1].

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gizli soruşturmacı polis memurlarının, faaliyet alanı dışına çıkarak, faili suç işlemeye kışkırtmasını sözleşmenin 6/1.maddesinin ihlali olarak görmektedir[2]. Yargıtay da[3]gizli görevlinin işlenen veya işlenmek üzere olan suçu ortaya çıkarabilmek amacıyla şüpheliyle te-mas kurup suçüstü yakalanmalarını sağlamasının Avrupa İnsan Hakları Mah-kemesi tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun bulunduğu-na (AİHM Ludi/İsviçre, 15.06.1992 gün ve 12433/1986 sayılı kararı), ancak görevlinin suç işlemeye niyeti olmayan kişileri suç işlemeye teşvik ve azmet-tirmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali olarak kabul ettiğine işa-

---

1 20. CD. 14.12.2017, 7023.

2 Ludi-İsviçre kararı.

3 CGK. 09.06.2015, 197: CGK, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlarda da; ajan veya polis memurlarınca, uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna ilişkin olarak kişiyi suça azmettirme veya teşvik etme yoluyla elde edilen delillerin kullanılması "adil yargılama hakkının ihlali" olarak kabul edilmiştir (Burak Hun/Türkiye, 15.12.2009 gün ve 17570/04, Sepil/Türkiye, 12.11.2013 gün ve 17711/07 sayılı kararları).
Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;
16.03.2014 tarihinde adli kolluk görevlilerince sanıklardan uyuşturucu madde satın alınmasın-dan sonra, yirmi gün içerisinde toplam altı kez daha uyuşturucu satın alınmıştır.
Adli kolluk görevlilerinin amacı, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak değil sanıkların bu-lundukları mahalde uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapan kişileri tespit ederek, bu suça ilişkin delilleri toplamak olup, aldıkları uyuşturucu maddeyi devralma ve mal edinme iradeleri bu-lunmadığından, somut olayda gerçek bir alım satım söz konusu olmayıp, gerçekleştirilen eylem sanıkların suçlarını delillendirme işlemidir.
Kolluk görevlilerince, öncelikle suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması, suç işlenmesinden sonra işlenmiş olan suçun tespit edilerek, bu konudaki delillerin toplanması ve suç işlediği belirlenen kişilerin başka bir suç işlemeye yönlendirilmeden yakalanıp adalet önüne çıkarılması gerekirken, şüphelilerin ceza sorumluluğunu arttıracak şekilde davranışlarda bulun-maları halinde gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ikinci maddesinde düzenlenen "hukuk devleti" ilkesi, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde hüküm altına alınan "adil yargılanma" hakkı ihlal edilmiş olacaktır.
Adli kolluk görevlilerince şüphelinin suç ortağı ya da ortaklarının olup olmadığı veya başka bir yerde gizlediği uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunup bulunmadığını tespit etmek gibi neden-lerle, şüphelinin ilk alımdan sonra yakalanmayarak görevlilerce birden fazla alım yapılması du-rumunda da, esasen tek bir alım olayı ile şüphelinin satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma suçu ve bu suçun delilleri ortaya çıktığından, şüphelinin sonraki alımlara konu uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi önceki alımlardan sonra temin ettiğine ilişkin delil bulunmadığı ahvalde, satmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurmanın temadi ettiği kabul edilip, hareketin en ağırına göre ceza verilecek, birden fazla alım bulunduğundan bahisle TCK'nun 43. maddesi gereğince ayrıca zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.
16.03.2014 tarihinde adli kolluk görevlilerince sanıklardan uyuşturucu madde satın alınması üzeri-ne, sanıkların "satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma" suçu ve bu suça ilişkin de-liller tamamen ortaya çıkmıştır. Adli kolluk görevlilerinin ikinci kez aldıkları uyuşturucu maddeyi, sa-nıkların ilk satıştan sonra temin ettiklerine ilişkin bir delil de bulunmamaktadır. Olayda adli kolluk görevlileri ile sanıklar arasında gerçek anlamda alım satım söz konusu olmadığından ve adli kolluk görevlilerince sanıklardan yapılan ilk alımlarla sanıkların "satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma" suçuna ilişkin olarak delillendirme işlemi yapıldığından, sonraki alımların TCK'nun 43. maddesi kapsamında ayrı suç oluşturduğunun kabulü mümkün değildir.

ret etmiştir (AİHM'nin Teixeira de Castro/Portekiz, 09.06.1998 gün ve 25829/94 sayılı kararı).

Şüpheli olmayan ve suça eğilimi de bulunmayan bir kimsenin bir suça yöneltilmesi halinde İHAS 6/1.maddenin ihlal edildiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, kolluğun bir kimseden uyuşturucu tedarik etmesini istemesi halinde kışkırtıcı ajanlığın söz konusu olmayacağına karar verilmiştir. Ancak bunun için sadece talepte bulunulması, ayrıca etkileyici bir davranışta bulunulmaması gerekir. Kişinin uyuşturucu ticareti yaptığına ilişkin bir kuşku bulunsa bile, kolluğun o kimsenin uyuşturucu sağlaması yönündeki davranışı ağır basmışsa, hukuka aykırı bir kışkırtıcı ajanlık söz konusu olur[1].

Yargıtay, uyuşturucu satıcısından uyuşturucu aldıktan sonra işlem yapmayıp, 6 kez daha uyuşturucu alarak cezanın artırılmasının sağlanmasını hukuka aykırı bulmuştur: "Kolluk görevlilerince, öncelikle suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması, suç işlenmesinden sonra işlenmiş olan suçun tespit edilerek, bu konudaki delillerin toplanması ve suç işlediği belirlenen kişilerin başka bir suç işlemeye yönlendirilmeden yakalanıp adalet önüne çıkarılması gerekirken, şüphelilerin ceza sorumluluğunu artıracak şekilde davranışlarda bulunmaları halinde gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ikinci maddesinde düzenlenen "hukuk devleti" ilkesi, gerekse İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.maddesinde hüküm altına alınan "adil yargılanma" hakkı ihlal edilmiş olacaktır"[2].

"Alman Federal Anayasa Mahkemesi ile İHAM arasında hukuka aykırı ajan provakotörlüğün adil yargılanma kuralına aykırılık oluşturmakla birlikte yargılamayı engelleyici bir etki oluşturup oluşturmayacağı konusunda görüş ayrılığı vardır. Federal Anayasa Mahkemesine göre, ceza hukukuna ilişkin soruşturma görevlileri suçları aydınlatmakla görevli olup, suç işlemezler. Devlet organı veya mensuplarınca yönlendirilen suç provakasyonları adil yargılanma ilke ve gereklerini ihlal eder. Ancak, adil yargılanma ilkesinin ihlali sadece istisnai aşırı vakalarda yargılamayı engelleyici etkiye sahiptir. Diğer hallerde, bu ihlal olay/esas mahkemesince cezanın tayin ve tespitinde dikkate alınmalıdır (BVerfG. 18.12.2014 - 2 BvR 209/14). Buna karşılık İHAM'a göre ise (23. 10. 2014 (JR 2015, sh: 81) ilgili kişi aleyhine soruşturma yapmak için yeterli objektif şüphe yoksa, ajan provakatörlükle o kişiyi (sonra suçüstü veya daha çok delille yakalamak veya soruşturmak için) suça yönlendirmek hukuka aykırıdır ve bu şekilde elde edilen deliller yargılamada değerlendirilemez. Burada çok net olarak hukuk devletinin etkin soruşturmadaki toplumsal yararları ile şüphelinin temel hakları ve tüm ceza muhakemesindeki yargılama önlemleri bağlamında bireysel yararları karşı karşıyadır. Adil yargılanma ilkesinin bir hukuk devleti ilkesi olduğu unutulmamalı ve devlete suçu aydınlatırken suç veya diğer bir haksız fiil işleme yetki ya da olanağı vermediği gözden kaçırılmamalıdır"[3].

---

[1] BGH. 4 StR 252/15. 19.01.2016 tarihli karar.
[2] CGK. 09.06.2015. 197.
[3] Ünver/Hakeri. 11. B.. C.1. 754. dn.2.

İngiliz Hukuku'nda dört tür durum ve kişi arasında ayrım yapılmaktadır (ayrıntılar için bkz. Allen, 241 vd):

1. *Casus (Spies)(sadece suçun işlenmesini gözler, ancak herhangi bir rol oynamaz)*
2. *İşbirlikçi (Collaborators)(asıl failin emirlerine uyar ve suçun işlenmesine yardımcı olur)*
3. *Teşvikçi (Tempters)(asıl faili teşvik eder)*
4. *Ajan Provakatör (agents provocateurs) (asıl faili aktif olarak ikna eder, cesaretlendirir, onu yakalamak için, normalde işlemeyeceği bir suça azmettirir).*

Bu dört grubun da amacı, failin yakalanmasına yönelik delil toplamaktır. Mahkemelerin genel eğilimi, ilk üç grubun eylemini hukuka uygun bulmak yönündedir. Ancak ajan provakatörler işlenmesini sağladıkları suça iştirakten dolayı sorumlu tutulurlar.

6. Gerçek Failin Tespit Edilememesinin Sonuçları

Burada değerlendirilmesi gereken konu, suçun birden fazla kimse tarafından işlenip de ortakların fiile katkılarının belli olmadığı hallerde, nasıl bir karar verilmesi gerekeceğidir. Bunu somut örnekler üzerinde değerlendirmekte yarar vardır:

ÖRNEK OLAY 1:

5 kişi, bir kimseyi öldürmek üzere anlaşır, pusu kurarlar. Hepsi mağdura ateş eder, ancak sadece bir kurşun isabet eder veya sadece bir kurşun ölüme sebebiyet verir. Ne var ki, bu kurşunun kimin silahından çıktığı, dolayısıyla asıl ölüme sebebiyet veren hareketi kimin yaptığı belirlenemez.

Burada çözüm şöyle olmak gerekir. Bu 5 kişi bir kimseyi öldürmek üzere anlaştıklarından, aralarındaki iştirak iradesi bunların eylemini bir bütün olarak değerlendirmemizi sağlar. Bu nedenle, faillerin aralarında iştirak iradesi olduğu ve hepsinin de müşterek fail olarak hareket ettiği olaylarda artık kimin eylemi ölüme sebebiyet verdi diye bir araştırma yapılmaz. Eylem bir bütün olarak değerlendirilir ve bütün müşterek failler tamamlanmış kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulurlar.

- *Yargıtay* bir kararında bu sonuca yaklaşan bir karar açıklamıştır. Karara konu olayda iki kişi tabancalarıyla ateş ederek bir kimseyi öldürmüş, ancak silahlar ele geçirilememiş ve böylece hangi failin neticeyi gerçekleştirdiği belirlenememiştir. Ceza Genel Kurulu olayda iki tabanca kullanılmış olmasına ve maktulde de biri 9 mm.lik, diğeri 7,5 mm.lik iki ayrı tabancadan çıkan kurşunlar bulunmasına ve bu kurşunlardan birer tanesinin tek başına ölümü meydana getirebilecek nitelikte olmasına göre, "sanıkların eylemlerini birlikte gerçekleştirmelerine rağmen, meydana gelen ölüm sonucu ile her

sanığın eylemi arasında bağ kurulabildiğine göre, artık sanıkların" eylemin tümünden sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir[1].

- Bir başka kararda da *yüksek mahkeme* belirttiğim görüşlere uygun bir karar vermiştir: *"Sanık MA'nın öldürülen amcasının intikamını almayı tasarlayıp önceden verdiği öldürme kararının icrası için suçu birlikte işleme hususunda önceden anlaştığı meçhul arkadaşı ile birlikte kıskaca alarak ona öldürünceye kadar ateş ederek ve altı isabet kaydedip üçü müstakilen öldürücü nitelikte yara husule getirmek suretiyle öldürdükten sonra kaçtıkları ve iki sanığa karşılık öldürücü nitelikteki yaraların birden fazla bulunması; sanıkla meçhul ortağının maktulü birlikte öldürmeleri hususunda çok sıkı bir işbirliği yaptıklarını diğer bir deyişle fiili doğrudan doğruya beraber işlediklerini göstermesi karşısında"* failler eylemin tümünden sorumlu olacaklardır[2].
- Aynı yönde: *"Üç sanığın da ellerindeki sopalarla maktule vurdukları, otopsi raporuna göre, maktulün kafasında üç ayrı darbe sonucu oluşan üç kırıktan her birisinin yaşamsal tehlike oluşturduğu, ölümün künt kafa travmasına bağlı oluşan kafatası kırıklarıyla birlikte meydana gelen beyin içi kanama ve komplikasyonlardan meydana geldiği, sanıkların öldürme eyleminin failleri oldukları anlaşıldığı..."*[3].

ÖRNEK OLAY 2:

5 kişi, müşterek düşmanları olan kimseyi öldürmek üzere tesadüfen, aynı yer ve aynı zamanda mağdura ateş ederler, ancak bunlardan sadece birinin kurşunu isabet eder veya sadece bir kurşun ölüme sebebiyet verir. Ne var ki, bu kurşunun kimin silahından çıktığı, dolayısıyla asıl ölüme sebebiyet veren hareketi kimin yaptığı belirlenemez.

1 no.lu olayda çözümümüz kolaydı. Kişiler arasında iştirak iradesinin varlığı, eylemi bir bütün olarak değerlendirmemizi sağlıyor ve kimin silahının isabet ettiği veya öldürücü olduğunu araştırma gereksinimi duymuyorduk. Fakat bu olayda iştirak iradesinin bulunmaması, herkesin müstakil rolünün tespitini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla bu tespit yapılamayınca, bu kez "**şüpheden sanık yararlanır**" kuralını uygulamak durumunda kalmaktayız. Gerçekten de faillerden örneğin bir tanesi maktule isabet dahi ettirememişse ve biz bu failin hangisi olduğunu tespit edemiyorsak, bu kimseyi de tamamlanmış öldürmeden sorumlu tutmamız adil olmayacaktır. Esasen bu kimsenin sorumluluğu öldürmeye teşebbüsten olmak gerekir. Ancak bu arada bir (veya birkaç) kişi de tamamlanmış öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır. Fakat bunları da belirleyememekteyiz. O zaman devlet gücünü kullanan organların tespitteki zaaflarını faillere yüklemek doğru olmaz. Bunu faillere yüklemek demek, hepsini tamamlanmış öldürmeden dolayı sorumlu tutmak demektir. Hâlbuki içlerinde eylemi teşebbüs derecesinde kalmış olan (veya olanlar) vardır. O zaman bu zaafı faillere yüklemeyip, "şüpheden sanık yararlanır" evrensel kuralını uygulayarak, bütün failleri "öldürmeye teşebbüs"ten dolayı sorumlu tutmak gerekecektir. Burada elbette bir (veya birkaç) kimse-

[1] CGK. 06.05.2003. 143.
[2] CGK. 30.01.1978. 19.
[3] 1. CD. 28.03.2007. 2025.

nin aslında tamamlanmış öldürmeden ceza alması gerekirken, daha hafif cezalandırılacakları da doğrudur. Ne var ki, bir kimsenin hak ettiğinden fazla ceza almasındansa, daha fazla ceza alması gereken bir kimsenin daha az cezayla kurtulmasını bir hukuk devleti daha üstün tutmak durumundadır[1].

Yargıtay'ımız önceki kanun döneminde, 1. CD, 10.06.1998, 2059; 1. CD, 01.03.1995, 539; 1. CD, 04.11.1992, 2361; CGK, 19.03.1979, 128 sayılı kararlarında, iki kişi birbirine karşılıklı olarak ateş ederken ara yerdeki üçüncü kişinin vurulmasıyla sonuçlanan olayda, fiili birkaç kişinin birlikte işlemesinin söz konusu olmadığına haklı olarak işaret etmiştir. Bu nedenle, faillerin kasten öldürmeye teşebbüsten ötürü cezalandırılması gerektiğine de isabetli olarak karar verilmiştir. Böylece yukarıda belirtmiş olduğum sonuca uygulamada önceki kanun döneminde de varılmıştır. Yeni kanunun uygulamasında da aynı kararın verileceğinde kuşku olmamak gerekir.

ÖRNEK OLAY 3:

5 kişi bir kimseyi öldürmek üzere anlaşmıştır. Bunlardan 3'ü müşterek fail, diğer ikisi yardım edendir. Mağdur ölmüş, ancak kimlerin fail, kimlerin yardım eden olduğu belirlenememiştir. Burada da "**şüpheden sanık yararlanır**" kuralı gereğince, bütün ortakları yardım eden olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Zira devlet faillerin kim olduğunu belirlemeyip, bu zaafını da aslında yardım eden olarak az ceza alması gereken kimseleri de fail olarak daha ağır cezalandırarak örtbas edemez. O nedenle, asgari sorumluluk şekli olan "yardım eden" olarak bütün ortakları sorumlu tutmak gerekmektedir[2].

Esasen *Yargıtay*'ımızın önceki kanun döneminde verdiği şu kararlar da bizi aynı sonuca ulaştırmaktadır: "*Başka suçlardan aranan sanıklar YT ve FT ve arkadaşlarının takiplerinde bulunan jandarma ile yaptıkları müsademe sırasında adı geçen sanıklar yanında bulunan 9 mm. çapındaki 18 adet boş kovan ile maktul MT'nin yanında bulunan 2 adet boş kovanın aynı ve tek tabancadan atıldığının anlaşılmasına göre, maktul M'nin öldürülmesinde kullanılan aynı ve tek tabancayı adı geçen sanıklardan hangisinin kullandığı kesinlikle anlaşılamadığından asli faili belli olmayan fiilin fer'i faili olarak kabul edilerek sanıkların **TCK** 65/3 uyarınca cezalandırılmaları gerekir...*"[3]. Olayda faillerden hangisinin fail, hangisinin şerik olduğu tespit edilemeyince, *Yüksek Mahkeme* açıkça belirtmese dahi "şüpheden sanık yararlanır" kuralı gereğince her iki ortağı da yardım eden olarak kabul etmektedir. Yeni kanunumuza göre de bu uygulama devam edecektir.

Şu kararlar da bu konuya ilişkin isabetli kararlardır:

Yargıtay bir olayda, "*olay günü sanıkların ateş ettikleri, maktulün tek kurşun yarası alarak öldüğü ve olay yerinde bulunan boş kovanların yaptırılan fiziki tetkiklerinde 4 tip silah kullanıldığı maddi delillerle doğrulanmış olması karşısında sanıklardan birisinin silah kullanmadığı anlaşılmış olması dikkate*

---

[1] Sorun Alman Hukuku'nda da aşağıdaki örnekle tartışılmakta ve aynı sonuca ulaşılmaktadır. Heinrich (Ed. Ünver), 136: "İki avcı birbirinden habersiz ve önceden konu üzerinde anlaşmadan kaçak avlanan bir başka insana ateş eder. Ancak bunlardan hangisinin kurşununun isabet ettiği belirlenemez (yahut her ne kadar her iki kurşunun da mağdura isabet ettiği belirlenebilmişse de, bunlardan hangisinin son noktada öldürücü olduğu ispatlanamaz). Her iki kurgu bakımından da 'in dubio pro reo' ilkesinden hareket edilmeli ve ilgili fail açısından da diğerinin kurşununun isabet ettiği veya öldürücü olduğu kabul edilmelidir".

[2] Ayrıntılı bilgi için bkz. *Özgenç*, 294 vd.

[3] 1. CD, 13.10.1998, 3528.

alınarak sanıkların asli faili tespit edilemeyecek şekilde fer'i fail olarak birbirlerine müzahir olduklarının kabulü ile ***TCK*** *448 (YTCK 81) ve 65/3 (YTCK 39/2) maddeleri ile mahkûmiyetlerine karar verilmesi"* gerektiğine hükmetmiştir. Burada da esasen şüpheden sanık yararlanır kuralı uygulanmıştır.

"Sanıkların evde yalnız kalan maktulenin bileziklerini almak için öldürdükleri, bilezikleri alıp evden ayrıldıkları anlaşılmış ise de sanıkların ikrarlarından öldürme eylemindeki fiili durumlarının ne olduğunun anlaşılmasına imkân bulunmaması karşısında her iki sanığın suç işlemede irade birliği içinde birbirlerine yardım ve müzaherette bulunduklarının kabulü ile 65/3 ten hüküm kurulması gerekirken..."[1].

Avustralya'da gerçekleşen bir olayda ise mahkeme bütün failleri fail kabul ettiğinden, ayrı ayrı değerlendirme yapmamıştır:

İki rakip çetenin elemanları Milperra Otel'de buluşurlar. Konuşma sırasında kavga çıkar. Elemanların bir kısmında beyzbol sopaları bir kısmında ise silah vardır. Kavga neticesinde toplam 7 kişi silahla öldürülür. 21 sanık 7 ayrı öldürmeden dolayı tek tek sorumlu tutulur. Temyize başvuran sanıkların itirazları aşağıdaki gerekçeyle reddedilir: *"Kavgaya katılan her sanık, meşru müdafaa durumunda olmadığı müddetçe, kavgada ister direkt katılımı olsun ister diğerlerine yardım amacıyla sadece orada bulunmuş olsun, ölüm neticesinden sorumlu olur. Sanıkların olay yerinde bulunması kavgaya imkan vermiş ve devam etmesini sağlamıştır"* (Annakin (1988) 37 A Crim R 131 (NSWCCA). Bu kararın toptancı cezalandırma yoluna gittiği, özellikle silah bile taşımayan kişileri de öldürmeden sorumlu tutması nedeniyle doğru olmadığı kanaatindeyim.

İştirak konusunda ele almak istediğim son bir husus da aşağıdaki *Yargıtay* kararına konu olan ve **esasen ispat konusunu ilgilendiren** olaydır. 2 yaşındaki çocuklarının kafatasında oluşturulan yaralarla ölümüne sebebiyet veren anne ve babadan hangisinin fail olduğu tespit edilememiş olup, taraflar karşılıklı olarak birbirini suçlamaktadır. Burada failin kim olduğu belirlenemese de en azından durumdan haberdar olan diğer ebeveyn tarafının suça yardım ettiğini kabul etmek gerekir. *Yargıtay* da fiilin sanıklardan hangisi tarafından meydana getirildiğinin ve iki sanık tarafından birlikte mi, yoksa ayrı ayrı mı meydana getirildiğinin açıklığa çıkmaması karşısında, asli failin belirlenememesi nedeniyle, her iki sanığın öldürme suçunun fer'i faili (yardım edeni) olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir[2]. Ancak bu olayda şu hususu da göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Olayda hem anne hem de baba garantördür. Bu nedenle ihmali hareketleri fail olarak sorumluluklarını gerektirir. O nedenle, hareket olanağı çerçevesinde, yani diğer tarafın eyleminden haberdar olup da ihmali hareketle seyirci kalmaları durumunda **TCK** 83'ün uygulanacağında tereddüt yoktur ve bu bakımdan **TCK** 83'te **TCK** 81'e (**TCK** 82) nazaran ceza indirimi söz konusu olduğundan, şüpheden sanık yararlanır kuralı gereğince de **TCK** 81'e (**TCK** 82) uyan bir eylem ispatlanamadığı hallerde, **TCK** 83 uygulama alanı bulabilir.

---

[1] 1. CD. 21.05.1987. 1854.
[2] 1. CD. 25.09.2000. 2370.

III. SUÇLARIN İÇTİMAI

A. Bileşik Suç
B. Zincirleme Suç
C. Fikri İçtima
D. Görünüşte İçtima

OLAY:

KIZI İLE CİNSEL İLİŞKİ KURAN M'YE, KIZIN BABASI B. *"KIZI ALARAK NAMUSUNU TEMİZLEMESİNİ"* SÖYLEMİŞ, YOLDA HER ÜÇÜ BİR ARADA İKEN, BİR TARTIŞMA ANINDA B TÜFEĞİ M'YE YÖNELTİP, ATEŞ EDECEĞİ SIRADA KIZI *"YAPMA BABA"* DİYEREK ARAYA GİRMİŞ, VURULARAK ALDIĞI YARA SONUCU ÖLMÜŞTÜR. B, BUNDAN SONRA DA M'Yİ HEDEF ALARAK, YENİDEN YAPTIĞI ATIŞLA M'Yİ ÖLDÜRMÜŞTÜR (YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, NİSAN 1997, S. 603-605).

Yukarıda faillerin **bir suçta** birleşmelerini ele aldık. Burada ise faillerin bir suçta toplanmaları değil, suçların **bir failde** toplanmaları ele alınacaktır. İştirak bahsinde incelenen husus birden çok failin bir fiilde bir araya gelmelerine bağlanan sonuçlar iken, burada sorun birden çok fiilin bir failde toplanması halinde failin nasıl cezalandırılacağıdır[1].

Hukukumuzda içtima denilince iki tür içtima akla gelir: Suçların içtimaı ve cezaların içtimaı. Suçların içtimaı burada ele alınacaktır. Cezaların içtimaı (gerçek içtima) ise birden fazla suç işleyen faile verilecek cezaların toplanmasını ifade etmekte olup, kanunumuz 1926 Ceza Kanunu'ndan farklı olarak bu müesseseyi düzenlememiştir. Bu itibarla, bu tip durumlarda verilecek cezalar toplanmayacak, her biri bağımsızlığını koruyacak, bunun sonuçları infaz alanında kendini gösterecektir. Nitekim *Yargıtay* da 5237 sayılı TCK'da içtima hükümleri bulunmamasına rağmen sanıklara verilen cezaların içtima ettirilmesini kanuna aykırı bulmuştur[2].

Ceza hukukunda, "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" kuralının geçerli olduğunu yukarıda ifade etmiştim. Bu kuraldan çıkan sonuç, failin her suçtan ayrı ayrı cezalandırılacağıdır. Buna karşılık, suçların içtima ettirilmesi istisnai bir uygulamadır. Başka bir ifadeyle suçların içtimaı, fail lehine getirilmiş, istisnai bir düzenlemedir[3].

Suçların içtimaı ile ilgili bilgilere geçmeden önce, bu konuda yukarıda suç tekliği-çokluğu konusunda vermiş olduğum bilgileri özet olarak tekrarlamakta ve bu bahiste nelerin ele alınacağına işaret etmekte fayda olduğunu düşünüyorum:

Hareket, netice ve ihlalin tekliği ve çokluğuyla ilgili olarak şu ihtimaller söz konusu olabilir:

---

1 Yüce, 92.
2 1. CD. 01.11.2006, 4686.
3 Koca/Üzülmez, 399; Özen, Suçların İçtimaı, 2.

1. Bir fiil ile bir ihlal söz konusu olabilir. Tek kurşun ile bir kimsenin öldürülmesinde olduğu gibi. Burada herhangi bir içtima problemi bulunmamaktadır.

2. Bir fiil ile birden fazla ihlal söz konusu olabilir. Bir suçta kullanılan ruhsatsız silahı saklayan kimse, hem suça ilişkin delili gizlemiş (**TCK** 281) hem de ruhsatsız silah taşıma suçunu (6136 s. k.) işlemiş olur ve fakat bunları tek bir fiil ile yaptığından fikri içtima kuralları uygulanır (**TCK** 44). Fikri içtima, suçların içtimaı kısmında ele alınacak olan konulardan biridir.

3. Birden fazla fiil ve birden fazla ihlal bulunmasına rağmen, kanunun bunları tek suç kabul etmesi veya tek suç gibi cezalandırması da söz konusu olabilir. Bileşik ve zincirleme suç da bunun örnekleridir ve yine suçların içtimaı kısmında ele alacağımız konulardandır.

4. Son olarak da birden fazla fiil ve bunun doğal sonucu olarak birden fazla ihlal. yani suç vardır. Artık kanunun suçların içtimaı adı altında bu doğal çokluğu bozmadığı hallerde, her suçtan dolayı ayrı ayrı ceza tayini söz konusu olacaktır.Aynı derginin iki ayrı sayısında yazılan yazılar iki ayrı suç oluşturur[1].

Suçların gerçek içtimaı ile suçların içtimaı arasındaki sorunun temelinde, suç tekliği – suç çokluğu sorunu yer almaktadır[2].

Suç tekliği – suç çokluğu kavramını açıklamada öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Suç tekliği - suç çokluğunun izahında, bazı yazarlar fiil kelimesini esas almakta ve bu yazarlar da kendi içlerinde fiil kelimesini hareket ve netice olarak kabul etmekte; bazı yazarlar, ihlal edilen hukuki menfaat sayısı; bazı yazarlar ihlal edilen suç tipi sayısını esas almaktadır[3].

A. Bileşik Suç

1. **Genel Bilgiler**
2. **Bileşik Suçlarda Tartışılması Gereken Diğer Hususlar**
   - **a. Hareket**
   - **b. Kast**
   - **c. Teşebbüs**
   - **d. Gönüllü Vazgeçme**
   - **e. İştirak**
   - **f. Şikâyet**
   - **g. Uzlaşma**
   - **h. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi**

[1] 9. CD. 29.11.1995. 6288.
[2] Özen. Suçların İçtimaı. 36.
[3] Özen. Suçların İçtimaı. 26. 34. 35.

1. Genel Bilgiler

"Mağdur ..... Metin'in sanık .....'e ait marketten 350 TL çaldığı, mağdur hakkında bu olayla ilgili mahkumiyet kararı verildiği, mağdurun ailesi tarafından sanık .....'in zararının giderilmediği, sanıklar ..... ve .....'ın yolda gördükleri mağduru zorla markete götürüp darp ettikleri, mağdurun iddiasına göre sanıkların 20 TL'sini aldıkları, daha sonra sanıkların "Git baban buraya gelsin" deyip mağduru serbest bıraktıkları, sanık .....'in zararının giderilmesi amacıyla akrabası olan sanık ..... ile birlikte gerçekleştirdikleri olayda; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve yağma suçlarından birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olmaması, 5237 sayılı TCK'nin hazırlanmasında esas alınan "Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birlikte mağdur .... Metin'e karşı gerçekleştirdikleri eylem nedeniyle 5237 sayılı TCK'nin 150/1. maddesi yollamasıyla 86/2. maddesi uyarınca mahkumiyetleri gerekir", 6.CD, 23.01.2019, 2564/257.

Bir kimsenin başkasının evine girerek, evden zorla bir şeyler çalması, esasen iki ayrı suçu oluşturur: Konut dokunulmazlığını ihlal ve yağma. Ancak kanunumuza baktığımızda **TCK** 149/1-d'de tam da bu husus düzenlenmiş ve yağma suçunun ağırlatıcı sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu durumda acaba yine de her iki fiilden dolayı ayrı ayrı ceza verilecek mi sorusu ile karşılaşılır. Bir başka örnek vermek gerekirse; bir kimsenin mağdur üzerinde cebir, şiddet uygulayarak parasını alması, yine iki ayrı suçu oluşturur: Cebir ve hırsızlık. Ne var ki, yine kanunumuza baktığımızda **TCK** 148'de tam da bu husus düzenlenmiş ve bu iki suçtan oluşan müstakil bir suçtan bahsedilmiştir: Yağma. Acaba bu durumda yine de faile her iki fiilden dolayı ayrı ayrı ceza verilecek midir?

İşte, her neticenin bağımsız bir suç olmasının ilk istisnası bileşik suçlardır. Bileşik suç iki ayrı suçtan meydana gelir. Bu suçlardan biri diğerinin ya **unsuru** ya da **ağırlatıcı sebebi**dir. Kanunumuz da öğretideki bu tanımı 42. maddede vermektedir: "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir*". Ceza Kanunu'muzda bileşik suç düzenlenmemiş, tanımlanmıştır[1]. Keza, kanunumuz aslında suça tesir eden sebeplere nitelikli hal ismini vermiş olmakla beraber, burada eski kanunumuzda olduğu gibi ağırlaştırıcı neden terimini kullanmaktadır.

TCK 42'deki bu tanıma göre, bileşik suçun iki oluşum şekli bulunmaktadır:

- Birincisinde, biri diğerinin unsurunu oluşturan iki suç vardır; bu takdirde, her iki suçun niteliği değişmekte ve kanun bu iki suçu bir arada nitelendirmek üzere başka bir isim kullanmaktadır. Örneğin **yağma** suçu (**TCK** 148) iki suçun kaynaşması ile meydana gelir: Hırsızlık (**TCK** 141 vd.) ve cebir (**TCK** 108) suçları. Bu iki suçtan biri diğerinin unsurudur. Bunlar birbiriyle öyle kaynaşmaktadırlar ki, isimlerini bile kaybederek müştereken yağma suçu olarak adlandırılmaktadır. Hemen belirtelim ki, kanunumuz yağmayı oluşturan suçların tekrar kendini oluşturan suçlara dönüştüğü bir hali düzenlemektedir: "*Kişi-*

[1] Özen, Suçların içtimaı, 56, 57.

nin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır" (**TCK** 150). Böylece yağma suçunda bir çözülme kabul edilerek, artık bileşik suç olan yağmadan değil, yağmayı oluşturan tehdit veya kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırma öngörülmektedir.

Keza **TCK** 265'te düzenlenen "**görevi yaptırmamak için direnme**" suçu, kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanılması suretiyle işlenmektedir ve cebir veya tehdit bu suç tipinin unsuru olarak, bu suç tipi içinde eridiğinden artık faile ayrıca cebir ve tehdit suçlarından ceza verilmemektedir. Ne var ki, kanun aynı maddenin 5. fıkrasında, "*bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*" demek suretiyle, cebrin belirli bir ağırlığa ulaştığı durumlarda, artık bileşik suç hükümlerinin uygulanamayacağı ve her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırma yoluna gidileceğini hükme bağlamıştır.

Yine, bu suçta hakaret suçunu oluşturacak eylemler bu suçun içine alınmadığından (bileşik suç söz konusu olmadığından), suçun işlenmesi sırasında görevlilere hakaret edilmesi halinde fail ayrıca kamu görevlisine hakaret suçundan da cezalandırılır[1].

- İkinci halde "bir suç diğerinin ağırlaştırıcı sebebi olarak öngörülmüştür; bu takdirde ise kendisinde ağırlatıcı sebep bulunan suçun niteliği değişmez, kanuni adı yine aynı kalır; sadece suçun basit şekli değil, nitelikli şekli söz konusu olur"[2]. **TCK** 82'de düzenlenen **kasten öldürme** suçunun nitelikli hallerinden örneğin "yangın" çıkarmak suretiyle bir kimsenin öldürülmesi de bir bileşik suçtur. Burada **TCK** 170'te düzenlenmiş bulunan yangın çıkarmak suretiyle genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu ile **TCK** 81'de düzenlenmiş bulunan kasten öldürme suçu birleşerek bir nitelikli hale vücut vermektedir. Bu itibarla, bu tip hallerde bileşik suç kuralları gereğince artık **TCK** 170 uygulanmayacaktır. Bu konuya son bir örnek olarak **işkence** suçunun cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleştirilmesi gösterilebilir (**TCK** 94/3).

Çocuk düşürtme sonucunda kadının ölmesi de cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülerek (**TCK** 99/3, 4), bileşik suç söz konusu olmuş ve dolayısıyla her iki suçtan dolayı cezalandırma engellenmiştir. Esasen burada kanundaki cezayı artıran nitelikli hal, netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber, burada da bileşik suçun söz konusu olacağında tereddüt olmamak gerekir. Sonuç olarak fail sadece **TCK** 99/3 veya 4 dolayısıyla cezalandırılacaktır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirle gerçekleşen suç ile kast ile gerçekleşen suç arasında da bileşik suç ilişkisi vardır[3]. Örne-

---

1 CGK 02.03.2010, 47

2 Donmezer/Erman, I, 407

3 Doktrinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bileşik suç olmadığını, zira bileşik suçlarda her iki bileşen suç bakımından da kasten hareket edilmesi gerektiği, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise temel suç bakımından kasten, ağırlaşan netice bakımından (en azından) taksirle hareket edildiği belirtilmektedir. Doğan, Koray, 8; Topçu, 22, dn. 49.

ğin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamada (**TCK** 87/4), taksirle öldürme suçu (**TCK** 85), kasten işlenen yaralama suçunun aslında cezayı artıran nitelikli halidir. Bu nedenle, ayrıca taksirle öldürmeden dolayı ceza verilmez.

Kanunun iki ayrı suçu müstakil bir hükümde kaynaştırdığı bu hallerde, artık müstakil suçlardan dolayı faile ayrı ayrı ceza verilmeyecek, ortaya çıkan yeni suça veya ağırlatıcı sebebe ilişkin hükmün uygulanmasıyla yetinilecektir[1]. Nitekim kanunumuz da 42. maddede, bileşik suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz derken, bunu kastetmektedir. Bununla beraber, maddede yer alan '*içtima hükümleri uygulanmaz*' ifadesi hatalıdır. Olması gereken, '*gerçek içtima hükümleri uygulanmaz*' ifadesine yer verilmesidir[2].

Bileşik suça ilişkin hükmün uygulama alanı aşağıda ele alacağımız örneklerde daha iyi anlaşılacaktır: (A), hırsızlık için gece bir eve girer. (A), kendisini hırsızlık yaparken gören kimsenin şahitlik yapmasını önlemek için onu öldürür. (A), hırsızlık yapmak için girdiği evde, evin kızını görünce ona cinsel saldırıda bulunur. (A) araç kiralama şirketinden bir aylığına kiraladığı aracı sürenin bitiminde iade etmez ve sahte evrak düzenleyerek bir başkasına satar.

Peki, bu durumlarda nasıl hareket etmek gerekir? Yukarıdaki ihtimallerde iki ayrı suçun işlenmekte olduğu görülmektedir. Bu suçlardan dolayı yapılacak araştırma, bunların **TCK** 42 gereğince, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturup oluşturmadığıdır. Vermiş olduğumuz örneklerde bu suçlardan hiçbiri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturmamaktadır. Bu nedenle de **TCK** 42 uygulanmayacak, faile her suçtan dolayı ayrı ayrı ceza tayin edilecektir.

Kanunumuzun özel hükümler kısmında, bazı suç tiplerinde bileşik suç kabulünü engellemeye yönelik hükümlerin sevk edildiği görülmektedir[3]. Örneğin, "özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma" başlığını taşıyan 264. maddenin 2. fıkrasına göre "*elbisenin sağlayacağı kolaylık ve olanaklardan yararlanarak bir suç işlenirse, yalnız bu fiilden ötürü yukarıdaki fıkrada belirtilen ceza üçte biri oranında artırılarak hükmolunur*". Böylece bu tip durumlarda bileşik suç kabul edilemeyecek, hem 264/1 gereğince tayin edilecek ceza artırılacak hem de işlenen diğer suç sebebiyle ayrıca ceza verilecektir.

Keza sahtecilik suçları ile ilgili kısımda yer alan **TCK** 212'ye göre, "*sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur*". Bu hüküm de bileşik suç kurallarını uygulamayı engelleyici niteliktedir. Bununla beraber, *Yargıtay* sınırlayıcı bir yorum ile bu hükmün **TCK** dışında yer alan suçlarda uygulanamayacağına karar vermiştir: "5237 sayılı Yasanın 212. maddesinin yalnızca **TCK** içinde düzenlenen suçlara ilişkin olarak uygulanabilecek bir kural olması nedeniyle özel yasalarda düzenlenen suçların işlenmesi sırasında sahte evrak düzenlenmiş olması halinde failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılabilmesi için o yasada özel bir düzenleme yapılmış olmasının zorunlu bulunması, 5411 sayılı Bankacılık Yasasında sahtecilik su-

---

1 5. CD. 30.01.2007. 417.

2 Özen, Suçların İçtimaı, 56, 57.

3 5237 sayılı TCK'nın 302/2. maddesi hükmünün, aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenen amaç suçun işlenmesi doğrultusunda gerçekleştirilen diğer suçlar ile amaç suç arasındaki fikri içtima ve bileşik suç ilişkisini bertaraf ettiği: 9. CD. 22.09.2011. 27205.

çundan ayrıca cezaya hükmolunacağına ilişkin bir düzenleme bulunmaması ve nitelikli zimmet suçu için öngörülen ceza miktarının ağırlığı birlikte değerlendirildiğinde; 5411 sayılı Yasanın 160/2. maddesinde öngörülen nitelikli zimmet suçunun bileşik suç olarak düzenlendiği sonucuna ulaşılmakta ve bu suçun işlenmesi sırasında düzenlenen sahte evrak nedeniyle belgede sahtecilik suçundan ayrıca ceza tayinine gerek bulunmamaktadır[1].

Bileşik suç uygulaması için, bileşik suçu oluşturan suçların ortaya çıkan yeni bileşik suçta açık bir biçimde tanımlanmış olması gerekir. Aksi takdirde, bileşik suç kuralları uygulanmayacak, iki ayrı suçtan dolayı fail cezalandırılacaktır. Örneğin, bir kimsenin bulduğu kredi kartını kullanarak para çekmesi halinde, bileşik suç kuralları uygulanamaz, iki ayrı suç vardır. Zira kanunumuz 245.maddede kredi kartını "her ne suretle olursa olsun ele geçiren" demektedir. Burada kanun, "kredi kartını bulan" deseydi, o takdirde bileşik suç söz konusu olur ve sadece **TCK** 245 nedeniyle cezalandırma yapılırdı. Ancak burada bileşik suç söz konusu olmadığından, hem banka veya kredi kartının kötüye kullanılmasından ötürü hem de **TCK** 160'da düzenlenen kaybolmuş eşya üzerinde tasarrufta bulunma suçundan ötürü ceza verilecektir.

Bu nedenledir ki, *Yargıtay*'ın aşağıdaki kararda, havaya bir el ateş edilmesini, görevi yaptırmamak için direnme suçunun (**TCK** 265) bir unsuru olarak kabul etmesi hatalıdır: "*Sanığın, görevli polis memurlarının dur ihtarına uymayıp tabanca ile havaya bir el ateş ederek kaçma eyleminde, ateş etmesinin görevi yaptırmamak için direnme suçunun öğesi olduğu gözetilmeden, ayrıca genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır*"[2]. **TCK** 265'te cebir ve tehditten bahsedilmektedir. Karara konu olayda ise havaya ateş etme söz konusu olup, burada cebir söz konusu değildir. Ancak havaya ateş etme tehdit olarak değerlendirilecek olursa[3], o takdirde bileşik suç kuralları uygulanabilir.

2. Bileşik Suçlarda Tartışılması Gereken Diğer Hususlar

a. Bileşik Suçlarda Hareket

Bileşik suçu meydana getiren her bir hareket, kanundaki düzenleniş şekli itibariyle, bileşik suçun sadece bir kısmını oluşturur. Örneğin, yağma suçunda, cebir veya tehdit suçunu oluşturan hareket, yağma suçunun bir kısmını oluşturur[4].

Bileşik suçu oluşturan hareketlerin, mutlaka belirli bir zaman sırası takip edilerek gerçekleştirilme zorunlulukları bulunmamaktadır[5].

Bir bileşik suçta, birden çok hareketin birlikte bulunması ve bu hareketler arasında bir bağlantının bulunması gerekir. Bu bağlantı kısaca özetlenecek olursa;

a) Birbirini takip eden birden çok hareketin bulunması,

b) Daha önce yapılan hareketlerin, sonra yapılacak hareketlerin daha kolay işlenebilmesi için kolaylık sağlaması,

---

[1] CGK. 06.04.2010, 7-38/79.
[2] 4. CD. 29.01.2007, 788.
[3] Yargıtay kurusıkı olmayan, gerçek silah ile havaya ateş etmeyi tehdit kabul etmektedir.
[4] Özen, Suçların İçtimaı, 71.
[5] Özen, Suçların İçtimaı, 71.

c) İlk suçun arkadan gelecek diğer suç veya suçlara imkân verebilmesi için, ilk suçun tamamlanmış olması gerekir[1].

b. Bileşik Suçlarda Amaç

Bileşik suçu oluşturan suçlar, farklı hukuki menfaatleri korumaktadır. Dolayısıyla, her bir suçta farklı amaçlar bulunmaktadır[2].

Bileşik suçta, her bir suç için farklı amaç bulunsa da sonuç suç, yani bileşik suçun oluşumunu tamamlayan suç için ortak amaç bulunmalıdır. Örneğin, konut dokunulmazlığı ihlal edilerek gerçekleştirilen yağma suçunda, konut dokunulmazlığını ihlal suçu, yağma suçunu işlemek için gerçekleştirilmelidir[3].

c. Bileşik Suç ve Teşebbüs

Bileşik suç, kendini oluşturan suçlarla birlikte, tek çatı altında tek suçtur. Bileşik suçu oluşturan suçlar, ister unsur olsun ister ağırlatıcı neden, gerçekte bağımsız suçlar olup normal koşullarda teşebbüse elverişli olduğundan, bileşik suç da teşebbüse elverişlidir[4].

Araç suç gerçekleşip amaç suç teşebbüs aşamasında kalırsa, bileşik suça teşebbüs mümkün olacaktır. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda, konuta girildikten sonra failin iradesi dışında oluşan bir engel ile yağma suçu gerçekleştirilemezse, bileşik suça teşebbüs söz konusu olacaktır[5].

d. Bileşik Suç ve İştirak

Bir kişi, bileşik suçu oluşturan kurucu unsur veya ağırlatıcı nedeni gerçekleştirmeyi isterken, diğer kişi, bileşik suçu oluşturmayan başka bir suçu işlerse, bileşik suça iştirak söz konusu olamaz. Çünkü işlemesi kararlaştırılan ortak suçun dışına çıkılmıştır. Aynı şekilde, işlenmek istenen suç, bileşik suçun kurucu unsuru iken, diğer kişi ortak amaç dışına çıkarak, bileşik suçun ağırlatıcı nedenini işlerse iştirak mümkün olmaz[6].

Suça katılanların ortak amacı, bileşik suç neticesine yönelik olduğu zaman, bileşik suçu oluşturan suçlardaki amaç farklılığı iştirake engel teşkil etmemelidir[7].

e. Bileşik Suç ve Şikâyet

Bileşik suçun tekliği esas alınacağı için, şikâyet süresi, her bir suçun işlenmesinde değil, bileşik suçun işlenmesinden itibaren başlayacaktır[8].

Bileşik suçta ağırlatıcı neden olarak yer alan bağımsız bir suçun, soruşturma ve kovuşturma açısından takibi şikâyete bağlı kılınması, kanun koyucunun bileşik suçun bölünebileceğini kabul etmesi anlamına gelecektir[9]. Böylece, takibi şikâyete bağlı suç için şikâyet yapılmadığı takdirde, bileşik suç da

---

1 Özen, Suçların İçtimaı, 72.
2 Özen, Suçların İçtimaı, 95.
3 Özen, Suçların İçtimaı, 95.
4 Özen, Suçların İçtimaı, 132.
5 Özen, Suçların İçtimaı, 132.
6 Özen, Suçların İçtimaı, 148, 149.
7 Özen, Suçların İçtimaı, 152.
8 Özen, Suçların İçtimaı, 165.
9 Özen, Suçların İçtimaı, 165.

oluşmayacaktır. Geriye kalan suç için uygulanacak ceza, zamanaşımı, erteleme vb. bütün diğer yaptırımlar ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin kurumlar bu tek suç üzerinden değerlendirilecektir.

f. Bileşik Suç ve Uzlaştırma

Ağırlatıcı nedeni oluşturan suç, uzlaşmaya tabi ise ve taraflar bu suç üzerinde uzlaşırlarsa, artık, geriye tek suç (temel suç) kalacağı için, bileşik suç oluşmayacaktır[1].

g. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi

Bileşik suçta, her ne kadar birden çok suç bulunsa da kanun koyucunun iradesi doğrultusunda birden çok suç, tek suç çatısı altında eriyerek, tek suç kabul edildiği için, her bir suçtan dolayı ayrı ayrı ceza uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, bileşik suç için bir ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılmış veya hüküm kurulmuş ise bileşik suçu oluşturan diğer suçlar için, ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılamayacak veya tekrar hüküm kurulamayacaktır. Bu nedenle, ne bis in idem ilkesi (İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi) bileşik suçta da uygulanmalıdır[2].

B. Zincirleme Suç

1. Genel Açıklamalar
2. Şartları
   a. Aynı Suçun Birden Fazla İşlenmesi
   b. Birden Fazla Suçun Bir Tek Suç İşleme Kararıyla İşlenmesi
   c. Suçun Bir Kişiye Karşı İşlenmesi
   d. Suçların Değişik Zamanlarda İşlenmiş Olması
   e. Zincirleme Suçun Kabul Edilemeyeceği Suçlar
3. Zincirleme Suç Kabulünün Sonuçları
4. Zincirleme Suçlarda Teşebbüs ve İştirak İlişkisi
   a. Teşebbüs
   b. İştirak
5. Tek Fiille Birden Fazla Kişiye Karşı Aynı Suçun İşlenmesi
6. Zincirleme Suçlar ve Şikâyet, Zamanaşımı, Af, Yetkili Mahkeme, Uzlaşma ve Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Yapılamaması İlkesi
   a. Şikâyet
   b. Zamanaşımı
   c. Af
   d. Yetkili Mahkeme
   e. Uzlaşma
   f. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Yapılamaması İlkesi

[1] Ozen, Suçların İçtimaı, 170.
[2] Ozen, Suçların İçtimaı, 173.

1. Genel Açıklamalar

Her neticenin ayrı bir suç teşkil etmesinin ve failin kaç netice meydana getirmişse, o kadar suç işlemiş sayılarak, her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalara çarptırılmasının istisnalarından biri müteselsil suç veya kesintili suç adı da verilen zincirleme suçlardır (**TCK** 43/1, 3). Zincirleme suçta, her biri tek başına kanundaki tipe uygun birden fazla fiilin hukuki açıdan bir fiil olarak kabul edilmesi, birleştirilmesi söz konusu olup, her biri tek tek de cezalandırılabilen fiiller bakımından hukuken tek bir fiilde birleştirme anlaşılmaktaysa da[1], kanunumuzun düzenlemesi bu fiilleri tek fiil veya tek suç olarak kabul şeklinde olmayıp, sadece tek cezanın öngörülmesinden ibarettir.

Zincirleme suçta "fail suç tipini birden fazla ihlal ettiği halde, suç işlemesindeki karar birliğini göz önünde bulunduran kanun koyucu, gerçekleşen birden fazla neticeye rağmen, faile tek suçun cezasının verilmesini, ancak bu cezanın belirli bir oranda artırılmasını öngörmektedir"[2]. Örneğin, bir evin eşyalarının hepsini çalmaya karar veren kişinin, ikişer gün ara ile her gece eve girerek eşyanın bir kısmını alıp götürmesi halinde, zincirleme suçun varlığı kabul edilir[3].

Zincir oluşturan suçların ceza tayininde tek suç sayılması, manevi unsurları bakımından aralarında ortak bir bağ bulunması göz önünde tutularak her bir suç için ayrı ayrı verilecek toplam cezanın ağır görülmesinin bir sonucudur[4]. Başlangıçta bir nevi yumuşatma vazifesi gören bu kurum, zamanla hukuk uygulamasının kolaylaştırılmasında bir alet olarak kullanılmaya başlanmıştır. Böylece seri suçlardaki ispat ve sair güçlükler karşısında bu müesseseye başvurulmuştur. Dolayısıyla birden fazla fiilin tek bir hukuki fiil olarak kabul edilmesinde en önemli faydanın her şeyden önce yargılamanın kolaylaştırılması ve basitleştirilmesi olduğu söylenebilir[5].

Zincirleme suçun farazi ve failin lehine olarak

TCK'da zincirleme suçunun düzenlendiği 43. maddede, zincirleme suçun iki farklı şekilde oluşacağı kabul edilmiştir. Oluşum şekilleri, aynı zamanda, unsurlarının belirlenmesinde de önem taşımaktadır. İlk oluşum şekli, 43. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiş olup, zincirleme suçun temel oluşum şeklidir. Buna göre zincirleme suçun unsurları şöylece belirlenebilir:

a) Suç İşleme Kararında Birlik Bulunması
b) Aynı Suçun Birden Fazla İşlenmesi
c) Suçların **Farklı** Zamanlarda İşlenmesi
d) Suçun Mağdurunun **Aynı** Olması.

İkinci oluşum şekli, 43. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre;

a) Suç İşleme Kararında Birlik Bulunması
b) Aynı Suçun Birden Fazla İşlenmesi
c) Suçların **Aynı** Zamanda İşlenmesi
d) Suçun Mağdurunun **Farklı** Olması,

2. oluşum şeklini oluşturmaktadır (Özen, Suçların İçtimaı, 184, 185).

---

1 Hakeri, Müteselsil Suç, 240.
2 Önder, II, 541.
3 Önder, II, 79.
4 Kunter, Fikri İçtima, 368.
5 Hakeri, Müteselsil Suç, 240, 241.

oluşturulmuş bir kavram olmasının sonucu olarak, bir af kanunu çıkıp da söz gelimi miktarı 1000 TL'den az olan rüşvet suçlarını affın kapsamına almış olur da fail aynı suç işleme kararına bağlı olarak birden fazla rüşvet suçunu işlemiş ve bunlar zincirleme suç kabul edilerek toplam rüşvet miktarı 1000 TL'yi geçmiş olursa, af kanununda ayrıca bir hüküm olmadıkça 1000 TL'yi geçmeyen rüşvet suçlarının tek suç olarak kabul edilerek af kanunu kapsamında mütalaa edilmesi gerekir. Zira faili kanunun çok ağır uygulamalardan korumak amacı ile kabul edilmiş bir müesseseyi, kanunun göstermediği hallerde failin aleyhine kullanmak doğru olmadz ve her bir suç da bağımsızlığını korumaktadır[1]. Kaldı ki, **TCK** 43 sadece cezanın tayini açısından önem arz eden bir hüküm olduğundan, her bir suç tek tek af kanunu kapsamındadır. Neticede **TCK** 43 uygulanarak, suçların toplanması af kanununun uygulanmasına engel olmaz. Nitekim kanunumuz bu konudaki tereddütleri gidermek amacıyla "bir suç sayılır" ifadesine yer vermemiş, "bir cezaya hükmedilir" demek suretiyle, suçların bağımsızlıklarını koruduğunu benimsediğini göstermiştir.

2. Şartları

Zincirleme suçun düzenlendiği **TCK** 43'ten, bu suçun şartlarını tespit etmek mümkündür. Bunlar, birden fazla suçun işlenmesi (objektif şart) ve aynı suç işleme kararıdır (sübjektif şart).

Bazen kanun koyucu bu şartlara tabi olmaksızın da doğrudan zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını öngörebilir. Örneğin, **TCK** 125/5: "*Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda* **zincirleme suça ilişkin madde hükümleri** *uygulanır*". Yine Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun da özel bir hüküm öngörmüştür:

"*Bu maddede tanımlanan suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi halinde, bunlardan en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılarak tek cezaya hükmolunur*" (md. 11/10)[2].

a. Aynı Suçun Birden Fazla İşlenmesi

Birden fazla suçun bulunması şartı, **TCK** 43'te "*aynı suçun birden fazla işlenmesi*" cümlesiyle açıklanmaktadır. Bu itibarla, zincirleme suçun varlığı için öncelikle birden fazla, her biri tipik ve hukuka aykırı fiillerin bulunması gerekmektedir[3]. Kanunumuz aynı suçun "farklı zamanlarda" işlenmiş olmasını aramakta ise de bu koşul gereksizdir, zira aynı suçun aynı anda aynı kişiye karşı birden çok defa işlenmesi zaten mümkün değildir. Bu nedenle bu ifadeyi, bir suç tüm unsurlarıyla gerçekleştikten sonra, diğer bir suçun işlenmesi şeklinde anlamak gerekir[4].

---

1 Donmezer/Erman. I. 394.
2 Bu hüküm ile TCK 5 hükmünün etkisiz hale getirildiğine dikkat çekmek isterim. bkz. Koca. Sporda. 60.
3 Hakeri. Müteselsil Suç. 242.
4 Koca/Üzülmez. 411.

İstisnaen suçun aynı zamanda işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Bu takdirde, çoğu kez tek bir suç işlenmiş olur. Nitekim *Yargıtay* da aynı anda işlenen eylemlerde zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanma olanağı bulunmadığına karar vermiştir[1]. Keza bir kimsenin suça konu çekleri tek alışveriş nedeniyle toplam borcuna karşılık *aynı zaman dilimi içinde* düzenleyip vermesi (resmi belgede sahtecilik) durumunda **TCK** 43'teki "değişik zamanlarda" şartı gerçekleşmediğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz[2].

'Aynı suç' ifadesi 'aynı suç tipi' şeklinde anlaşılmalıdır[3].Burada oluşabilecek bir tereddüde karşı **TCK** 43'te "*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır*" hükmü sevk edilmiştir. Böylece fail, bir basit (**TCK** 141/1), bir de nitelikli hırsızlık (**TCK** 142) işlerse, kanunun aynı hükmünü ihlal etmiş sayılır. Önceki kanunumuz döneminde *Yargıtay* da "*aynı nev'i suçun basit şekli ile şiddet sebebi teşkil eden suçlar zincirleme suça dâhil olabilir. Bu halde ağır cezayı gerektiren suçtan ceza tayin edildikten sonra teselsülden ötürü cezanın artırılması gerekir*" şeklinde karar vermiştir[4].

TCK 43'ün metninde ya da gerekçesinde, bir suçun **temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin aynı suç sayılıp sayılmayacağı** hususuna yer verilmemiştir. Kanaatimizce bir suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, o suçun temel şekli ile -43. maddenin ifadesi ile- "aynı suç" sayılmalıdır. Zira bir suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleştiğinde, ortaya kanunun farklı bir bölümünde düzenlenmiş, suçun temel şeklinden tamamen bağımsız olan ayrı bir suç çıkmamaktadır. Özellikle temel suça yapılan atfın bu suçu da kapsaması, genelde temel suç ile aynı maddede ya da hemen devamındaki maddede düzenlenmiş olması, suçun temel şekli ile sıkı bir ilişki içerisinde olması ve bazı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların cezasının, temel suç ile ilişkili olarak hesaplanması, içtima hususunda bu suçların temel suç ile aynı suç kapsamında değerlendirilmesi gereğini doğurmaktadır[5].

Kanunun farklı hükümleri ihlal edilmiş olursa; mesela bir güveni kötüye kullanma, bir yağma, bir de hırsızlık suçu işlenmişse, ihlal edilen hükümler sayısınca suç işlenmiştir, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.

Suç tiplerinin aynı bölüm içinde yer almış olması ise teselsül bakımından yeterli değildir. Dolayısıyla, dolandırıcılık ile hırsızlık aynı bölüm içinde düzenlenmiş olmasına rağmen, işlenen suçlardan birisinin dolandırıcılık, diğerinin hırsızlık olması halinde ihlal edilmiş olan suç tipleri arasında zincirleme suç hükümleri uygulanamaz[6]. Bunun gibi aynı suçun biri genel, diğeri özel olan değişik kanunlarda yer alması halinde, bunlar arasında teselsül hükümleri işlemeyecektir[7]. Böylece örneğin, bir genel hakaret suçunu (**TCK**), bir de

---

[1] 11. CD. 03.12.2007. 8780.
[2] 11. CD. 21.02.2007. 1002.
[3] Özen, Suçların İçtimaı. 211.
[4] CGK. 20.03.1973. 265.
[5] Topcu. 399.
[6] Önder, II. 546.
[7] Tosun, Müselsel Suçlar. 135.

Atatürk'ün manevi şahsiyetine hakaret suçunu (Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun) işleyen kimsenin bu suçları arasında zincirleme suç ilişkisi kabul edilemez. Bununla beraber, öğretide farklı kanunlarda yer alan hükümlerden aynı suç tipini içerenler varsa, bunlar arasında zincirleme suç düşünülebilir diyen yazarlar da vardır. Örneğin, Ask. CK 134'teki gerçeğe aykırı resmi belge düzenleme suçu ile **TCK** 204'teki resmi belgede sahtecilik suçu zincirleme suç bakımından aynı hüküm olarak kabul edilebilir[1]. Zincirleme suçta, işlenen suçların aynı tür olmasının istenmesi, zincirleme suçun uygulama alanını daraltırken, farklı tür olmasının istenmesi, genişletir[2].

Aşağıda hangi suçlar açısından zincirleme suçun mümkün olduğu, hangi hallerde zincirleme suçun söz konusu olamayacağı ele alınacaktır:

- Suç tipinin ihlali için **birden fazla hareket yapılıyor** ya da suç tipinin tarifi, ihlali bakımından birden fazla hareketin gerçekleştirilmesini aramakta ise bu ihlaller birden fazla suç kavramına girmeyecektir[3]. Daha önce öğretide kabul edilen bu husus şimdi kanunumuz tarafından açıkça düzenlenmiştir. Gerçekten de 1926 tarihli eski ceza kanunumuz, "muhtelif zamanlarda vaki olsa bile" demekteyken, yeni kanunumuz özellikle "değişik zamanlarda" demektedir. Böylece aynı zamanda işlenen ve aşağıda örnekleri verilen, tek suç çerçevesinde değerlendirilebilecek birden fazla hareketler zincirleme suç olarak kabul edilemeyecektir.

  Örneğin birini üç yerinden bıçaklayarak öldüren kimsenin bu üç bıçak darbesi, icra hareketinin kısımlandır; yoksa bunlar ayrı ayrı suç teşkil etmez[4]. Aynı şekilde ağaçtan birden fazla meyve koparılması, aynı gecede bir ambardan birden fazla buğday torbasının çalınması hallerinde, aynı hareket birden fazla davranışı ihtiva etmekte ve tek ihlal, tek suç meydana gelmektedir. *Öğretim görevlisi sanığın, derslikten çıkmasını istediği katılanın kapıyı çarparak gitmesi üzerine yüksek sesle sövdükten sonra, peşinden çıkarak koridorda da sövmesi, kesinti olmaması nedeniyle bütünüyle yüze karşı alenen sövme suçunu oluşturur*[5].

  > *"Yolda yürümekte olan yakınının sırtındaki çantanın fermuarını açmaya çalışırken görülüp uyarılan sanığın, yakınını takip ederek 50 m ileride tekrar çantanın fermuarını açmaya çalışırken yakının tarafından yakalanarağının anlaşılması karşısında; sanığın yakınına yönelik iki hareketi bir tek hırsızlık suçunu gerçekleştirmek için yaptığı gözetilmeden; koşulları oluşmayan 5237 sayılı **TCK**'nın 43/1.maddesi ile uygulama yapılması" yasaya aykırıdır (6. CD, 20.06.2007, 7683).*

  "Silahla iki el ateş edilmesi tek suçtur"[6]; "Sanığın sınıfta ve koridorda müştekiyi yaralaması tek suçtur"[1]; "Yumrukla vurduktan sonra on metre ilerideki tahrayı alarak vurma eylemi tek suçtur"[2].

---

1 İçel, Suç Teorisi, 443.
2 Özen, Suçların İçtimaı, 213.
3 Önder, II, 543; İçel, Suç Teorisi, 437.
4 Öztürk/Erdem/Özbek, 256. Ayrıca bkz. **TCK** 123.
5 4. CD, 13.11.2007, 9311.
6 4. CD, 17.04.1981, 2345.

"TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanabilmesi için, bir suç işleme kararıyla, değişik zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi gerekli olup, somut olayda, sanık savunması, müşteki beyanı ve tanık ifadelerinden, sanık ile müşteki arasındaki hakaret ve tehdit içeren görüşmelerin 5 dakika arayla gerçekleştiğinin anlaşılması karşısında, araya belli bir zaman aralığı girmeksizin aynı eylemin devamı niteliğindeki sözlerden dolayı sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanarak fazla ceza tayini hukuka uygun bulunmamıştır"[3].

*"Sanık İ ile karar ve eylem birliği içinde bulunan sanık F tarafından 25.02.2004 tarihinde öldürülmeye teşebbüs edilmesinden dolayı hastanede tedavi altında bulunan maktulenin, 27.02.2004 tarihinde, sanık İ ile aynı karar ve eylem birliği içinde bulunan sanık F tarafından, yenilenen kasıtla vurulup öldürülmesinde, araya giren zaman dilimi de gözetilerek, Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, her iki suçun zincirleme (müteselsil) suç kabul edilemeyeceği gibi, esasen uygulanan 5237 Sayılı Kanunun 43. maddesinin son fıkrası uyarınca bu tür suçlara bu madde hükümlerinin uygulanamayacağı düşünülmeden, sanık İrfan yönünden 765 sayılı **TCK**'nın 73. maddesinin de ayrıca tatbiki suretiyle her iki suçtan sanıklar hakkında ayrı ayrı ceza tayini gerekirken suçlara zincirleme suç vasfı verilmesi; yasaya aykırı", (1. CD, 15.11.2006, 4942).*

Yine masum olduğunu bildiği bir kimse hakkında, içeriği aynı olan iki ayrı dilekçeyle iki ayrı makama ihbarda bulunan kişi, bu hareketleri sadece tek bir suç işlemek amacıyla yaptığı için, tek iftira suçu söz konusudur. Keza hakaret teşkil eden bir sözün, birden çok gazetede yayınlanması halinde de zincirleme suç oluşmaz. Birden çok hareket olmasına rağmen tek suçun kabulünün arkasında yatan neden, hareketler arasındaki "zaman aralığının kısalığı ve failin amacındaki birliktir"[4]. Gerçekten de fiillerin her birinin başlı başına suç oluşturması gerekir. Bir suçu işleme kararını ifade eden ve fakat ayrı suç oluşturmayan hareketler zincirleme suç oluşturamaz[5].

Keza, *sırf huzur ve sükun bozmak amacıyla bir kimseye ısrarla telefon etme, TCK 123'ün unsuru olduğundan TCK 43 uygulanamaz*[6].

*"Fuhşa teşvik suçunun yapısının teselsülü kapsadığı gözetilmeden, bu suçtan sanıklar hakkında tayin edilen cezanın **TCK**'nın 43. maddesi uyarınca arttırılması suretiyle fazla ceza tayini... bozmayı gerektirmiştir"*[7].

"Sanığın bir apartmanın üçüncü katında oturan yakınının evine penceresinden girerek para ve bir kısım eşya ile birlikte aldığı otomobil anahtarıyla evden çıkıp hemen evin önünde otoparkta bulunan aracı çalması eyleminde, araya zaman aralığı girmediği ve fiilin kesintiye uğramadan devam ettirildiği gözetildiğinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Sanığın eylemi bütün halinde tek bir hırsızlık suçunu oluşturmakta olup, suça vasıf verilirken eylem bütünlüğü içindeki en ağır niteliğe dayanılması gerekir"[8].

---

1 4. CD. 02.02.1979. 349.
2 4. CD. 28.11.1983. 6182. Önder. II. 544
3 18.CD. 17.10.2016. 15967.
4 Sancar. 64.
5 Erem/Danışman/Artuk. 344.
6 2. CD. 30.05.2007. 7759.
7 5. CD. 19.03.2007. 2052.
8 CGK. 02.10.2007. 197.

Seçenek hareketli suçlarda, aynı kişiye yönelik olarak, seçenek hareketlerin farklı zamanlarda gerçekleştirilmesi, zincirleme suçu oluşturabilir[1].

* **Hareket tek, ihlaller fazla olursa** zincirleme suç değil, fikri içtima söz konusu olur[2].

* **Çok failli rüşvet suçunda, hareket tek ise** rüşvet alan birden çok olsa bile zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Sanık Tevfik'in kaçak orman emvali ile ilgili işlem yapılmaması karşılığında, kamu görevlisi Ogün, Selim ve Yılmaz'a rüşvet vermeyi taahhüt ettiği, sanık Tevfik'in verdiği paranın diğer sanıkların aralarında bölüşülmesi, bu sanıklar için ayrı ayrı rüşvet almak suçunu oluştursa da, rüşvet veren sanık Tevfik açısından eylemin zincirleme suç kabulü hukuka aykırı olup, bir defada verilen para tek rüşvet verme suçunu oluşturur[3].

* "Bir suç diğerinin unsuru veya ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmiş ise (**bileşik suç**), birden fazla suçtan söz etmek mümkün değildir"[4]. Söz gelimi; yağma (**TCK** 148) suçu iki ayrı suçtan meydana gelmektedir. Hırsızlık (**TCK** 141) ve cebir (**TCK** 108). Yine bina içinde yağmada bir suç diğerinin ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmiştir. Konut dokunulmazlığını ihlal suçu yağmanın ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmiştir. Böylece bu hallerde birden fazla suçun değil, tek suçun varlığı kabul edilir.

* Zincirleme suç kapsamındaki suçların her biri **başlı başına cezalandırılabilmeli**dir. Bu suçlar arasında söz gelimi af dolayısıyla cezalandırılabilir olmaktan çıkmış olanlar varsa, bu fiiller zincirleme suç bakımından göz önünde tutulamaz[5]. Keza, bir suçun zincirleme suç kapsamında düşünülebilmesi için bu suça ilişkin **bütün unsurların gerçekleşmiş olması** gerekir. Bu itibarla, işlendiği sırada suç teşkil etmeyen fiiller, kusurluluğun bulunmadığı fiiller, hukuka uygun fiiller de zincire dâhil edilemez[6]. Örneğin, ilk eylemi kanun hükmünü icra çerçevesinde işleyen failin, sonraki fiilleri arasında zincir ilişkisi mevcutsa, diğer şartlar gerçekleşmiş olsa dahi, kanun hükmünün yerine getirilmesi nedeniyle işlenen fiilin diğer fiillerle birlikte zincirleme suçu oluşturduğu söylenemez.

* Eğer **suçun yapısında zincir zaten mevcut** ise başka deyişle "suçun kanuni tarifi gereği maddi unsurun oluşması esasen aralıklı olarak hareketlerin tekrarlanmasını gerektirdiği hallerde", zincirleme suç söz konusu olmaz. Söz gelimi eziyet suçunda bir süreklilik aranmaktadır ve bu sebeple bir mağdura yönelik bu sürekliliğin bulunduğu hallerde, ikinci ayrı bir eziyet suçu işlenmediği müddetçe, zincirleme suç söz konusu olmayacaktır (**TCK** 96). Fuhuş suçunun bünyesinde teselsülü de kapsadığı

---

[1] Özen, Suçların İçtimaı, 217.
[2] Önder, II, 543.
[3] 5. CD, 12.06.2008, 6352.
[4] Önder, II, 543.
[5] Donmezer/Erman, I, 396.
[6] Sancar, 69.

gözetilmeden, tayin edilen cezanın ayrıca 5237 sayılı TCK.nun 43/1. madde ve fıkrası uyarınca arttırılması kanuna aykırıdır[1].

* Failin bazen tek fail olması, bazen birden fazla failden biri olması arasında fark yoktur. Ancak ortaklardan birinin fail olduğu bir fiil ile başka bir ortağın şerik olduğu bir fiil arasında zincirleme suç ilişkisi düşünülemez. Bunun dışında, failin suçu ilk önce tek başına, sonra **iştirak** halinde işlemesinin önemi yoktur[2]. Buna karşılık, örneğin, A, B ve C, beraber aldıkları, "D'nin evini farklı günlerde sırasıyla soyma kararını" icra ettikleri takdirde, her biri her bir eylemden ayrı ayrı sorumlu olur ve zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.
* Zincirleme suç serisindeki suçlardan bazısının re'sen, bazısının **şikâyet** üzerine kovuşturulmasının önemi yoktur. Takibi şikâyete bağlı suçlarda, zincire tâbi suçlardan biri hakkında şikâyette bulunulmaması halinde o suç göz önünde tutulmaz[3].
* Seriye dâhil suçlardan bir kısmının yurt içinde, bir kısmının **yurt dışında** işlenmiş olması zincirleme suç kabulüne engel teşkil etmemektedir[4].
* Tekrarlanan **ihmali** fiiller de zincirleme suç oluşturabilir[5]. Zincirleme suç kapsamında işlenen suçların hepsi icrai veya ihmali hareketle gerçekleştirilebileceği gibi, bazıları icrai bazıları ihmali hareketle gerçekleştirilebilir[6].
* "Kolluk görevlilerinin, Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel görevi kapsamında, suçu ve failini belirlemek, suçla ilgili delilleri elde etmek amacıyla kimliklerini gizleyerek alıcı rolüne girip sanıktan uyuşturucu madde almalarının mümkün ve elde edilen delillerin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir. Asıl amaçları uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak olmayıp, suçu ve failini belirlemek, suçla ilgili delilleri elde etmekten ibaret olan kolluk görevlilerinin, sanıktan ilk defa uyuşturucu madde almaları üzerine "uyuşturucu maddeyi satışa arz etme" suçunun ve failinin belirlendiği, delillerinin elde edildiği, ancak böyle bir durumda gerçek anlamda bir alım- satım ilişkisinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla ilk alımdan sonra kolluk görevlilerinin sanıktan yeniden uyuşturucu madde almaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinin delil elde etme faaliyeti kapsamında olduğu ve TCK'nın 43. maddesi anlamında ayrı bir suç oluşturmayacağı gözetilmelidir"[7].

---

1 CGK. 05.01.2012. 11.
2 Hakeri. Müteselsil Suç. 242.
3 Hakeri. Müteselsil Suç. 242.
4 Hakeri. Müteselsil Suç. 242.
5 Hakeri. Müteselsil Suç. 243.
6 Özen. Suçların İçtimaı. 255.
7 9. CD. 04. 06. 2015. 5594.

b. Birden Fazla Suçun Bir Tek Suç İşleme Kararıyla İşlenmesi

Zincirleme suçun yukarıda açıkladığımız objektif nitelikli şartının yanı sıra bir de sübjektif nitelikli bir şart bulunmaktadır. Bu şart, zinciri oluşturan suçların **aynı suç işleme kararı** ile işlenmiş olmasıdır. Kanunumuz bu sübjektif şartı "*bir suç işleme kararının*" şeklinde belirtmiştir. Zincirleme suç bakımından karakteristik unsur, kurucu unsur, bu unsurdur.

Suç işleme kararında birlik, zincirleme suçun, manevi (sübjektif) unsurunu oluşturmaktadır. Bu koşul, aynı zamanda, zincirleme suça kimliğini veren (omurgasını oluşturan) unsurdur[1].

Suç işleme kararından anlaşılması gereken, failin kanunun aynı hükmünü birkaç defa ihlal etmek hususunda önceden kurduğu bir plan, genel bir niyettir. Fail, önceden böyle bir plan yapmış, niyetini oluşturmuş, lakin bunu bir defada gerçekleştireceği yerde, kısımlara bölmeyi ve o suretle gerçekleştirmeyi daha uygun görmüş ve bu plana göre hareket etmiş olduğu içindir ki, zincirleme suç kabul edilmektedir. Böylece kanunda kullanılan "karar" tabirinden anlaşılması gereken, failin daha baştan itibaren suçu kısım kısım işlemeye yönelik tasavvurudur. Bu kararda işlenecek suçların karakteristik özellikleri hakkında bir fikrin oluşması zincirleme suç bakımından yeterli görülmektedir.

> *„Sanığın, mağdureye karşı ilk olarak dolmuşta, ongün sonra da ikinci kez otobüste seyahat ettiği sırada vücuduna fiziksel temasta bulunacak şekilde basit cinsel saldırı suçlarını işlediği olayla ilgili olarak ilk derece mahkemesinin kararında da kabul edildiği üzere, sanığın on gün arayla aynı mağdureye, farklı ulaşım araçları içerisinde aynı fiilleri gerçekleştirmesinin iki milyon beşyüz bin nüfuslu bir kentte tesadüf olarak kabul edilmesinin mümkün olmaması ve dosya kapsamına göre de sanığın bu fiillerini bir suç işleme kararının icrası kapsamı dışında, diğer bir ifadeyle farklı suç işleme kastıyla gerçekleştirdiği hususunun da açıkça tespit edilememesi karşısında, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, mağdureye karşı aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi sebebiyle suçların zincirleme şekilde işlendiğinin kabulü ile sanığın eylemlerine uyan TCK'nın 102/1, 43/1. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekir...", 14 CD, 10.12.2015, 11607.*

> *"Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan ve ayda bir defa üç gün süreyle izinli olarak eve gelip kalan kız kardeşi katılana yönelik olarak ilk defa 2009 yılı Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği sabit olan somut olayda, ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak olan yaklaşık 6 aylık uzunca bir süre, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle ikinci suçu işlediğini göstermektedir. Zira iki eylem arasında geçen 6 aylık sürede birden fazla kez eve gelerek kalan katılana karşı, sanığın herhangi bir eylem gerçekleştirmemiş olması, aynı suç işleme kararı altında hareket etmediği anlamına gelmektedir", CGK, 14.01.2014, 14-384/2.*

[1] Özen, Suçların İçtimaı, 186.

İşlenen suçlar aynı olsa dahi, bu suçlar failin eline geçirdiği fırsatlardan *yararlanarak* gerçekleştirilirse, zincirleme suç kabul edilemez. İşlenecek suçların adedinin baştan tespit edilmiş olması önemli değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, failin suçu kısımlara bölerek işleme kararı, suçun icrası sırasında da oluşabilir. Dolayısıyla, failin ilk fiili işlemeye başladığı andan, o fiilin icrasını bitirene kadar diğer fiilleri de işlemeye karar vermiş olması zincirleme suçun kabulü için yeterlidir. Örneğin, binaya girdikten sonra götürmek istediği eşyanın bir kısmını alıp giden ve bu hareketi yaparken diğer kısım eşyaları daha sonra alma kararını veren failin işlediği suçlar zincirin halkalarını oluşturur. Dolayısıyla fail, daha ilk fiili işlerken, ondan sonraki diğer fiiller açısından da yeri, zamanı ve nasıl işleneceği hususunda en azından temel noktalarda bir fikir sahibi olmalıdır. Başka ifadeyle, kast bir bütünün kısmi fiillerini baştan itibaren kapsamalıdır[1]. Ancak öğretide, baştan itibaren bütün suçlara yönelik bir karara sahip olmanın şart olmadığı, aksine her suçtan sonra kararın bir sonraki suç için yenilenmesinin de yeterli olacağı da savunulmaktadır. Keza soğukkanlı biçimde her şeyi önceden planlayan fail bakımından zincirleme suçu kabul etmek suretiyle bir ayrıcalık tanındığı; buna karşın önüne çıkan fırsatlara göre hareket eden fail bakımından ise zincirleme suç hükümleri uygulanmamak suretiyle daha ağır bir ceza verilmesinin adil olmadığı da haklı olarak belirtilmektedir[2].

Failin sonraki müstakil fiilleri işlemeyi belirli şartların mevcudiyetine bağlı kılması zincirleme suçun kabulüne engel değildir. Örneğin, ehliyetsiz araç kullanan kişinin ancak belirli uygun şartların varlığı halinde direksiyona geçmeyi istemesi gibi[3].

> *"...Aralarında duygusal yakınlık bulunan mağdure ile sanığın, 2009 yılı Mart ayı ve 2010 yılı Ocak ayı içerisinde iki kez rızaen cinsel ilişkiye girdiklerinin ve her iki eylem arasındaki süre ve eylemlerin oluş şekli nazara alındığında, sanığın suç kastının yenilendiği ve eylemlerin ayrı ayrı suç oluşturduğu..." 14.CD, 10.11.2014, 2402/12359.*

Aynı suç işleme kararı bu şekilde anlaşılınca, zincirleme suç taksirli suçlar bakımından söz konusu olamaz, zira kastın olmadığı yerde suç işleme kararı da yok demektir[4]. Öğretide, bu konuyla ilgili olarak İtalyan Öğretisi'nden bir örnek aktarılmaktadır: Trafik kurallarına aykırı olarak süratle otomobil süren kimse bir kişiyi çiğnediğinin farkında olmayarak nizamlara aykırı olan hızda devam ederek bir ikinci kişiyi daha çiğneyecek olursa, zincir meydana gelmiş olabilir[5]. İtalyanların vermiş olduğu bu örnek zorlama bir örnektir. Uygulamada taksirli zincirleme suçun gerçekleşmesi gayet zordur. Kaldı ki, bu örnek zincirleme suç kavramına uymamaktadır. Bir kere kişide aynı suç işleme kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, fiili kısımlara bölerek işleme hususunda

---

1 Donmezer/Erman, I, 398; Önder, II, 547; Hakeri, Müteselsil Suç, 244.
2 Bkz. Hakeri, Müteselsil Suç, 245.
3 Hakeri, Müteselsil Suç, 244.
4 Hakeri, Müteselsil Suç, 244.
5 Erem/Danışman/Artuk, 342.

önceden bir karar almış bulunmayan kimsenin işlediği müstakil suçların zincirleme suç sayılmasına imkân yoktur. Bununla beraber bunun adaletsiz bir çözüm olduğunu ifade etmek gerekir. Kasıtlı suçlarda zincirleme suçu kabul ederken, haksızlık içeriği az olan taksirli suçlarda bunun reddi haksızlık olmaktadır.

Sonuç olarak, zincirleme suç kapsamına giren suçların taksirle işlenebilip işlenemeyeceği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamakla birlikte, '*bir suç işleme kararı*' ifadesindeki '*karar*' kelimesi, neticeyi de içine alan bir anlama sahiptir. Zincirleme suçun temel şekli dikkate alındığında, zincirleme suç kapsamında işlenen suçların ancak kasten işlenebileceği kabul edilmelidir[1].

Birden fazla suçun farklı zamanlarda işlenmesi **TCK** 43'ün açık hükmü (değişik zamanlarda) karşısında zincirleme suçun kabulü bakımından şarttır. Ne var ki, aynı suç işleme kararının var olup olmadığını takdir durumunda olan hâkim, aradan uzunca bir süre geçmesini, yeni bir suç işleme kararının bulunduğuna ilişkin bir karine sayabilir[2]. Nitekim *Yargıtay* da "*yaklaşık bir sene ara ile iki sahte senet düzenleyen sanığın eylemlerinin iki ayrı suç teşkil ettiğini içtihat etmiştir*"[3].

Suç işleme kararında birlik, ne kadar geniş yorumlanırsa, maddi (gerçek) içtimaın uygulama alanı o kadar daralır[4].

Genellikle, işlenen suçların niteliği ve çok kısa fasılalarla işlenen suçlar, faildeki karar birliğini gösterir. Aradan geçen uzun süre aynı suç işleme kararı değil ortaya çıkan fırsatlardan yararlanma şeklinde yorumlanabilecektir. Şu kararlarda *Yargıtay* zincirleme suçu kabul etmiştir: Çalıştığı yerden aynı ay içinde iki kez hırsızlık yapılması, ardiyeden bakır ve pirinçlerin çalınmasından iki gün sonra ardiyeye hırsızlık maksadı ile gelinmesi, inşaat yerinde bulunan eşyanın bir kısmının birer gün ara ile çalınması, aynı evde on beş gün ara ile hırsızlık yapılması. *Yüksek Mahkeme* diğer bir kararında, işlenen suçlar bakımından failin niyetinin yenilendiği ve değiştiğine dair hiçbir emare bulunmaması halinde, zincirleme suçun kabul edilmesi gerektiğini açıklamıştır[5].

Pekâlâ, suç işleme kararındaki birlik nasıl belirlenecektir? Bu konuda sihirli formüller önermek durumunda değiliz. Bununla beraber, suç işleme kararında birliği belirlemede **suçların işleniş şekilleri** (birbirine benzemesi), **suçların işlendikleri yer** (aynı yerde işlenmeleri kararındaki birliğe işaret eder) önem arz edebilir[6]. *Yargıtay*'a göre aynı suç işleme kararı;

1. benzer fırsatları değerlendirme,
2. suçun yöneldiği maddi konunun (kişi ya da şeyin) nitelik ve başkalıkları[7],
3. olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler,

---

[1] Özen, Suçların İçtimaı, 251, 252.
[2] Erem/Danışman/Artuk, 345.
[3] 6. CD. 08.03.1979. 1468. Donmezer/Erman I. 398.
[4] Özen, Suçların İçtimaı, 186.
[5] Önder, II, 548.
[6] Sancar, 99, 102.
[7] 4. CD. 20.11.1990. 6241.

4. suçun işleniş biçimi,
5. fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı,
6. fiiller arasında geçen süre,
7. ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar,
8. olayların oluşum ve gelişimi ile
9. tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir"[1].

Failin, arada fiili işleme kastından vazgeçmesi ve bilahare tekrar aynı kararı vermesi halinde zincirleme suç kabul edilemez. Keza failin bazı müstakil fiillerden sonra cezaevine girmesi halinde de aynı kararın artık gerçekleşemeyeceği söylenebilir[2]. Failin işlediği suç dolayısıyla iddianame ile dava açıldıktan sonra tekrar aynı suçu işlemesi durumunda aynı suç işleme kararı olsa dahi, iddianame ile dava açılması hukuki kesinti meydana getireceğinden, bu suç artık zincirleme suç kapsamında değerlendirilmeyip, ayrı bir suç oluşturur ve ayrıca cezalandırılır[3]. Benzer şekilde, eyleme askerden önce başlayıp, askerlik dönüşü devam eden kişi bakımından, araya askerlik gibi uzun bir sürenin girmesi ve fiili kesinti nedeniyle suç işleme kararında birlik bulunmamaktadır[4].

Esasen bu sonuç sadece zincirleme suçlar bakımından geçerli olmayıp, bir kimsenin işlediği bir suç ile ilgili olarak dava açıldıktan sonra yine aynı suçu işlemeye devam etmesi durumunda, bu suçtan dolayı fail ayrıca cezalandırılacaktır. Örneğin, Orman Kanunu'na aykırı olarak ormana bina yapan kimse, bina ile ilgili olarak hakkında dava açıldıktan sonra eylemine devam ederek binayı tamamlaması halinde bu eylemi ayrı bir suç oluşturacaktır[5]. Keza 30.09.1992 tarihli iddianame ile hukuki kesinti oluştuktan sonra, 08.10.1992 günü ikinci kez işlenen hırsızlık fiilinin ayrı bir suç oluşturacağını[6]; reşit olmayan kimseyle cinsel ilişkide bulunmaktan dolayı hakkında kamu davası açılmasından sonra aynı kimseyle tekrar ilişkide bulunma halinde ayrı bir suçun oluşacağını[7] *Yüksek Mahkememiz* haklı olarak kabul etmiş bulunmaktadır. Danıştay da bir kimsenin yargı kararını uygulamamasından dolayı suçlu bulunmasından sonra ikinci kez kararın uygulanması için yapılan başvuruya rağmen kararı yine uygulamaması halinde ikinci bir suçun işlenmiş sayılacağına işaret etmiştir[8].

c. Suçun Bir Kişiye Karşı İşlenmesi

Tekrarlanan hareketler **aynı kişiye** yönelik olduğu takdirde, tek bir suçun söz konusu olacağında şüphe yoksa da hareketlerin yöneldiği kişilerin farklı olması halinde önceki kanun döneminde şöyle bir ayrım yapılmaktaydı: "Eğer hareket, şahsa bağlı yüksek değerleri (hayat, fiziki bütünlük, şeref, cinsel öz-

---

1 CGK. 13.10.1998, 304.
2 Hakeri, Müteselsil Suç, 244, 245.
3 Bkz. 4. CD. 10.06.2013, 17889.
4 5. CD. 13.03.2006, 1792.
5 1. CD. 01.02.1994, 136.
6 CGK. 02.03.1987, 98.
7 CGK. 12.10.1992, 277.
8 2. CD. 06.02.2003, 226.

gürlük gibi) ihlal ediyorsa, pasif süje sayısı kadar suç oluşmaktadır". Buna karşılık örneğin hırsızlıkta farklı kişilere ait malların alınması halinde tek suç söz konusu olmaktadır. Çünkü burada malın sahibinin kim olduğu ikinci planda kalmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hırsızlıkta korunan hukuki yarar "mülkiyet hakkı" değil, "zilyetlik"tir[1]. Bu sebeple, bir sürüden aynı anda farklı kişilere ait koyunların, bir emanetçiden birden fazla kişiye ait malların çalınması tek suça vücut vermektedir[2]. Buna karşılık *Yargıtay*, bir sınıfa girerek ayrı sıralardaki üç ayrı çantanın içinden hırsızlık yapılması durumunda zincirleme suçun değil, üç ayrı suçun bulunduğunu kabul etmektedir[3]. Ancak burada failin çaldığı şeylerin değişik mağdurlara ait olduğunu bildiği gözden kaçırılmamalıdır.

Kanunumuz ise bu konuda iki ayrı hüküm sevk etmiş bulunmaktadır: İlkin **TCK** 43/1 gereğince, değişik zamanlarda işlenen suçun "bir kişiye karşı" işlenmiş olması gerekir. Farklı mağdurlara yönelik işlenen suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. İkinci olarak **TCK** 43/3'te kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı açıkça belirlenmiştir.

Böylece, mağdurların çokluğu zincirleme suçun kabulüne engeldir. Kanunumuz ancak aynı kişiye karşı işlenen suçlarda zincirleme suçu kabul etmiştir. "Buna göre, örneğin, bir otoparkta bulunan otomobillerin camları kırılarak radyo teyplerin çalınması durumunda, her bir kişiye ait otomobildeki hırsızlık, bağımsız bir suç olma özelliğini korur ve olayda cezaların içtimaı hükümleri uygulanır" (madde gerekçesi). Keza rehin aldığı kişileri tek tek öldüren bir kimse bakımından da zincirleme suç kuralları uygulanamaz[4].

TCK'nın 43. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi ile getirilen düzenleme, zincirleme suçta, mağdurun bir unsur olma durumunu ortadan kaldırmıştır[5]. Aynı şekilde 43. maddenin 2. fıkrasında, '*aynı suçun birden fazla kişiye karşı*' hükmüne yer verilmesiyle, 1. fıkradaki temel kurala ikinci bir istisna getirilmiştir[6].

---

[1] Bkz. CGK. 11.06.2013, 13-303/296 kararındaki özel daire görüşü:
"... Failin hırsızlık suçunun konusunu oluşturan her bir eşyanın mülkiyetinin farklı kişilere ait olmasına rağmen, bu eşya üzerinde bir kişi zilyed olabilir. Mülkiyeti farklı kişilere ait olan eşya üzerinde emanetçi konumunda bir kişi zilyeddir. Emanetçi ambarında bulunan mülkiyeti farklı kişilere ait eşyaların çalınması halinde, suçun mağduru, bu eşyalar üzerinde meşru zilyed konumundaki emanetçidir. Farklı kişilere ait olan eşyayı nakletmekte olan bir kamyoncu, bu eşya üzerinde meşru zilyeddir.
Kamyondan bu eşyaların çalınması halinde, mağdur, zilyed konumundaki kamyon şoförüdür. Bu itibarla, söz konusu örnek olaylarda bir hırsızlık suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir.
Geceleyin bir konuta girmek suretiyle işlenen hırsızlık suçunda suçun konusunu oluşturan eşyalardan bir kısmının bayan ziynet eşyası, bir kısmının ise, ceket cebinden alınan cüzdan ile içindeki para ve çeklerden ibaret olması halinde, suçun konusunu oluşturan ziynet eşyalarının bir hanımefendiye, cüzdan ile içindeki para ve çeklerin ise bir beyefendiye ait olduğu ve dolayısıyla, birden fazla kişiye karşı hırsızlık suçunun işlendiği düşünülebilir. Ancak, bu gibi durumlarda, bir hırsızlık suçunun işlendiğinin kabulü gerekir. TCK'nın 43. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerinin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.
Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hareketin birden fazla olduğu durumlarda da tek fiilden söz edilebilir. Tek bir fiil olarak kabul edilen hâllerde de, mağdurların müşterek zilyedliği söz konusu ise; yine tek bir suç söz konusudur. Yâni, böyle bir durumda TCK'nın 43/2. maddesi hükmü de uygulanamaz."

[2] Sancar, 64, 65.

[3] CGK, 13.10.1998, 304.

[4] Hakeri, Müteselsil Suç, 243.

[5] Özen, Suçların İçtimaı, 245.

[6] Özen, Suçların İçtimaı, 245.

Kanunda "bir kişiye" ifadesinin kullanılmasının nedeni, mağdurların farklı olması durumunda zincirleme suç müessesesinin uygulanamayacağını açıklamak olup, bundan zimmet gibi mağdurun toplum olduğu veya kamu olduğu suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı sonucu çıkarılamayacağını kitabın ikinci baskısında belirtmiştim. Bununla beraber, uygulamada çıkabilecek muhtemel tereddütleri önlemek bakımından, 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı kanunun 6. maddesi ile **TCK** 43'üncü maddenin birinci fıkrasına, "*mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*" cümlesi eklenmiştir.

> *"Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun, hükmün düzenleme amacı ve düzenleniş biçimi ile korunan hukuki menfaat gözetildiğinde kartları düzenleyip veren banka sayısınca oluşacağı;*
>
> *...aynı bankaya ait banka ve kredi kartının birden fazla kullanılması eyleminde ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği", (11. CD, 2009/22925, 2010/11207).*

Böylece, örneğin, oynanan tiyatro oyunu ile halkın kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi suçunda, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Oyunun aynı şehirde, çok kısa zaman aralıkları ile aynı gün seanslar halinde oynanması durumunda, zincirleme suçun söz konusu olacağına, Yargıtay önceki kanunumuz döneminde de karar vermişti[1].

Yargıtay, bankalara yönelik kredi dolandırıcılığında, bankaların farklı olması hallerinde banka sayısınca suç oluştuğunu kabul ederken, aynı bankanın farklı şubelerinden kredi tahsis ettirmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir[2].

İhaleye fesat karıştırma suçlarında da zincirleme suç uygulaması yapılmaktadır[3]: "*İhaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki yarar ve bu bağlamda suçun topluma karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi karşısında bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamının, diğer bir ifadeyle kamunun olduğu, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağının kabulü gerektiği, aksinin kabulü halinde, somut olayda olduğu gibi hükmolunacak sonuç ceza miktarları göz önünde bulundurulduğunda, 5237 sayılı TCK'nın "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesinin gerekçesinde, "Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir" şeklinde açıklanmış olan ölçülülük ilkesine aykırı davranılmış olunacağı gözetilmeden yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden ihalelere ilişkin olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...*kanuna aykırıdır"[4].

---

[1] 9. CD. 22.02.1999. 1027.

[2] 11.CD. 10.06.2010. 4262/6979.

[3] "Sanıkların 5237 sayılı TCK'nın 235/2-d bendinde sayılan ihaleye katılan kişilerin fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları ve aynı kuruma karşı 28 gün arayla yapılan iki ayrı ihalede aynı eylemi işlemeleri nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanarak mahkûmiyetleri gerekir". 5.CD. 05.02.2013. 848. Aynı yönde 5.CD. 02.04.2013. 2633.

[4] 5.CD. 16.3.2017. 964.

Burada ele alınması gereken bir konu da kişinin 43/2. madde kapsamında bir eylemi zincirleme suç şeklinde işlemesi durumunda nasıl hareket edilmesi gerekeceğidir. Örneğin, bir işyerinin önünden her geçişinde "*burada çalışanlar sahtekârdır*" diyen kimse hakkında, hem **TCK** 43/2 hem de 43/1 uygulanabilecek midir? Kanımca, burada **TCK** 43/1 uygulanamayacaktır, zira suç bir kişiye karşı işlenmemektedir. Buna karşılık, birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiğinden **TCK** 43/2 uygulanacak, ancak her eylem ayrı bir suç olarak değerlendirilerek birden fazla ceza tayini yoluna gidilecektir.

d. Suçların Değişik Zamanlarda İşlenmiş Olması

Zincirleme suçun oluşabilmesi için, suçların değişik zamanlarda işlenmesi gerekir. 5237 sayılı **TCK**'nın 43/1.maddesinde "değişik zamanlarda" denilmesi karşısında, aynı anda işlenen eylemlere zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanmaz[1].

Kanunda "aynı zaman" ve "değişik zaman" kavramları konusunda açıklık bulunmadığından, bu husus her somut olayın özelliği göz önüne alınarak değerlendirilmeli ve eylemin "değişik zamanlarda" işlenip işlenmediği belirlenmelidir. Bu bağlamda, "aynı zamanda" kavramı dar yorumlanmayarak, çok kısa zaman aralıkları da aynı zaman dilimi olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan birden fazla belge üzerindeki sahteciliğin kısa zaman aralığında yapılmış olması veya birden fazla sahte belgenin kısa zaman aralığında üretilmiş olması halinde de bunların aynı zamanda düzenlendiğinin, başka bir ifadeyle "değişik zamanlarda" düzenlenmediğinin kabulü zorunludur. İki adet çek yaprağı üzerinde aynı zaman diliminde yapılan sahtecilikten dolayı sanık hakkında **TCK** 43, madde metninde yer alan "değişik zamanlarda" ibaresi nedeniyle uygulanamaz. Bununla birlikte birden fazla çek yaprağı üzerinde sahtecilik yapılmış olgusu **TCK** 61 çerçevesinde temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınmalıdır[2].

"Cinsel saldırı suçunu işlediği kabul olunan sanıklardan Ömer'in, mağdurenin cinsel organına önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde zincirleme suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartı bulunmadığı gözetilmeksizin, teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle sanıklara fazla ceza tayini kanuna aykırıdır"[3].

e. Zincirleme Suçun Kabul Edilemeyeceği Suçlar

Kanunumuz, uygulamada beliren tereddütleri gidermek bakımından 43. maddenin 3. fıkrasında, *"kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz"* hükmünü sevk ederek, bu suçlarda failin her eylem için ayrı ayrı ceza tayinini öngörerek zincirleme suç hükümlerinden faydalanmasını engellemek istemiştir.

Kasten öldürme suçu bakımından zincirleme suç olasılığı şöyle düşünülebilir: Aynı kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmek istenen eylem teşebbüs aşamasında kalıp, bilahare aynı kişiye yönelik öldürme suçu tamamlanabilir.

---

[1] 11. CD. 03.12.2007. 8780.
[2] CGK. 08.06.2010. 2010/11-98-143.
[3] 5. CD. 02.12.2008. 10675.

Bu durumda bunlar zincirleme suç kapsamında kabul edilmeyerek, kasten öldürmeye teşebbüs ile kasten öldürme suçlarından ayrı ayrı ceza tayin edilecektir. Yine işkence suçu bakımından da kural olarak, suçun kendisinde esasen var olan süreklilik, suçun zincirleme suç olarak kabulüne engeldir. Bunun dışında, suçun farklı kişilere karşı aynı suç işleme kararıyla işlenmesi düşünülebilir ki, bu durumda da esasen mağdurların farklılığı dolayısıyla zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Olsa olsa aynı kişiye karşı değişik zamanlarda işkence yapılması durumunda bu suçun zincirleme suç şeklinde gerçekleşmesi düşünülebilecek ve bu takdirde de **TCK** 43/3 dolayısıyla zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak, her suçtan dolayı ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir.

3. Zincirleme Suç Kabulünün Sonuçları

Zincirleme suçun en önemli sonucu, ceza tayini bakımından suçun tek suç sayılmasıdır. Zincirleme suç dolayısıyla ceza verilirken temel cezanın tespit edilip, olası kast nedeniyle cezada yapılacak indirimden sonra, nitelikli hallere göre cezada indirim veya artırım yapılacak ve bundan sonra teşebbüs ve iştirake ilişkin hükümler uygulanacak, daha sonra da zincirleme suç dolayısıyla cezada artırım yapılacaktır (**TCK** 61/2, 4, 5).

TCK 43'te öngörülen artırım, hâkimin belirlediği somut ceza üzerinden yapılacaktır.

Aynı hüküm çerçevesinde bir suçun hem basit şeklinin hem ağır halinin ihlalinin zincirleme suç çerçevesinde kabul edilebileceğini yukarıda belirtmiştim. Bu durumda cezanın hangi maddeye göre tayin edilerek artırılacağı sorunu ortaya çıkabilir. Bu takdirde ihlal edilen hükümlerden en ağır olanına göre ceza tayin edilerek, bu ceza **TCK** 43 gereğince artırılmalıdır[1].

Zincirleme suç çerçevesindeki suçlardan birisinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, teşebbüs aşamasında kalan suçtan verilen cezanın değil; tamamlanmış suçtan tayin olunan cezanın artırılması gerekmektedir[2].

4. Zincirleme Suçlarda Teşebbüs ve İştirak İlişkisi

a. Teşebbüs

Bazı suçların **teşebbüs** derecesinde kalmış bulunması, zincirleme suça engel olmaz[3]. *Yargıtay* da[4] "teselsülü teşkil eden suçlardan birisi teşebbüs halinde kalmış olsa dahi, faile teşebbüs sebebiyle ayrıca ceza tayin olunmaz, tüm eylemler hakkında **TCK** 80 (yeni **TCK** 43) uygulanmalıdır" şeklinde karar vermiştir. Öğretideki genel kanı da teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da zincirleme suçun kabul edilmesi şeklindedir[5]. Ancak belirtelim ki, zincirleme suç, bağımsız bir suç tipi olmadığı için, zincirleme suç kapsamındaki suçların

---

1 Erem/Danışman/Artuk, 346.
2 11. CD, 05.10.2000, 4235.
3 Hakeri, Müteselsil Suç, 242.
4 6. CD, 25.01.1984, 187; 2. CD, 25.03.1958, 4536.
5 Bkz. Özen, Suçların İçtimaı, 247.

teşebbüs aşamasında kalması halinde, zincirleme suçun da bir bütün olarak teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü söz konusu olamaz[1].

Zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddede 'aynı suç' ifadesine yer verildiği dikkate alındığında, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda zincirleme suçun kabul edilebilmesi için, kanunda ayrıca bir hükmün bulunması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, tamamlanmış suçlarda zincirleme suçun kabul edilmesi karşısında, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda kabul edilmemesi, bir çelişki doğurur. Bu nedenle, bize göre, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda zincirleme suç kabul edilmelidir[2]. Kaldı ki, teşebbüs halinde kalan suç yeni ve farklı bir suç olmayıp, aynı suçtur.

İşlenen birden çok suçtan birinin tamamlanıp, diğerinin veya diğerlerinin teşebbüs aşamasında kalması halinde, zincirleme suçun tamamlandığı kabul edilmelidir[3]. Böylece, zincire dâhil suçlardan teşebbüs aşamasında kalanların olması durumunda ortaya çıkan cezada artırımda neyin esas alınacağı sorunu[4], suçların çoğunluğu teşebbüs halinde kalmış olsa bile, bir tek suç dahi tamamlanmış ise cezanın artırılmasının, tamamlanmış suça göre yapılması suretiyle çözülecektir[5].

Suçlardan her biri teşebbüs aşamasında kalmış ise teşebbüs aşamasında kalmış birden çok suç bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır[6].

b. İştirak

İştirak halinde işlenen suçlarda zincirleme suç mümkündür[7].

Katılanlardan biri veya bazıları, önceden anlaşılan suçtan başka bir suç işlerlerse, anlaşma dışındaki suçtan, sadece, o suçu işleyenler sorumlu olurlar. Bu durumda, farklı suç, zincirleme suç kapsamı içinde değerlendirilemez[1].

5. Tek Fiille Birden Fazla Kişiye Karşı Aynı Suçun İşlenmesi

Zincirleme suç konusunu kapatırken, aslında zincirleme suç ile ilgisi olmayan, ancak zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddede yer alan ve uygulamada sık sık sorun oluşturan "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi" konusunda da açıklamalarda bulunmak istiyorum:

Önceki kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın zaman içinde farklı kararlar verdiği görülmektedir: Daha

Sanığın tehdit suçunu dört kişiye karşı tek bir eylemle gerçekleştirmiş olması karşısında, 5237 sayılı Yoso'nın 106/1. maddesi uyarınca belirlenecek cezanın aynı yasanın 43/2. maddesi ile artırılması ile yetinilmesi yerine, 4 kez uygulanması suretiyle sonuğa fazla cezo belirlenmesi yasaya aykırıdır (4. CD, 09.10.2007, 7949)

1 Özen, Suçların İçtimaı, 249.
2 Özen, Suçların İçtimaı, 248.
3 Özen, Suçların İçtimaı, 248.
4 Sancar, 71.
5 Özen, Suçların İçtimaı, 248.
6 Özen, Suçların İçtimaı, 249.
7 Özen, Suçların İçtimaı, 249.

eski kararlarında Yargıtay, *"her iki memuru şahıs tayin ederek aynı kelime ile tahkir etmede fikri birleşme kaidelerine göre tek suç olduğunu kabul etmek gerekir"*[1], *"aynı zamanda ve aynı sözlerle yapılan hakarette bir tarafta bekçiye hakaretten, bir taraftan kahveciye hakaretten iki ayrı ceza verilmesi yolsuzdur"*[2] derken; daha yeni kararlarında *"birden çok görevliye sövdüğü halde, suçun mağduru sayısınca suç oluşacağı gözetilmeden ve birleşme biçimi tartışılmadan tek suçtan hüküm verilmesi doğru değildir"*[3] şeklinde karar vermiştir. Yüksek mahkemenin aynı yöndeki bir kararına konu olay şöyle gerçekleşmiştir: Sanık çarşı ve mahalle bekçisi olan üç kişiye görevleri nedeniyle huzurlarında hakaret etmiştir. Yargıtay bu olayda sanığın **çoğul anlatımla, aynı anda çok kişiye sövdüğünü** kabul ederek, şu şekilde görüş belirtmiştir: *"Sövme, maddi sonuç doğurmayan salt hareket suçlarındandır. O yüzden bu cürüm, kişilerin onurunu ihlal ettiği için, aynı anda birden çok kişiye karşı işlendiğinde "kovuşturulabilir, tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu" nitelikte birden çok eylem, birden çok ihlal ve "her ihlal ayrı suçtur" kuralınca da birden çok suç söz konusu olmaktadır"*[4]. Ancak kanun koyucu kanunumuza eklenen 43/2. madde hükmü ile bu son kararlara katılmadığını göstermiş bulunmaktadır.

TCK 43/2, TCK 44. madde ile benzerlik göstermektedir.

Aralarındaki fark, 43. maddenin 2. fıkrasında işlenen suçların aynı olması istenirken, 44. maddede farklı olmasının istenmesi (Özen, Suçların İçtimaı, 235) ve 43/2 bakımından birden fazla kişiye karşı işlenme söz konusu iken, 44 bakımından bu yönde bir ayrım yapılmamış olmasıdır.

TCK 43/2'de yer alan *'tek fiil'* kelimesi, *'tek hareket'* şeklinde anlaşılmalıdır[5]. Nitekim Ceza Genel Kurulu da aynı şekilde düşünmektedir[6]:

İncelenen dosya muhtevasından; sanığın daha önceden çalıştığı mağdur Şevket'e ait etrafı tellerle çevrili maden ocağına gece vakti saat 21.30 sıralarında geldiği, işçilerin soyunma odası olarak kullandığı yere girip, askılarda asılı bulunan kıyafetleri karıştırarak mağdur Ahmet'in cüzdanından 45 Lira, mağdur Durmuş Ali'nin cüzdanından 300, cebinden 45 Lira, mağdur Necip'in cüzdanından 20 Lira, mağdur Sebahattin'in cüzdanından 43 Lira, mağdur İsmail'in cebinden 5 Lira ve bir adet cep telefonunu çaldığı, suçunu kabul eden sanığın çaldığı eşyaların ayrı ayrı kişilere ait olduğunu bildiğini belirttiği, anlaşılmaktadır.

Beş ayrı mağdurun pantolon cebinden para ve cep telefonu çalan sanık hakkında, hırsızlık suçundan beş ayrı hüküm mü kurulacağı, yoksa 5237 sayılı TCK'nın 43/2. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri mi uygulanacağına ilişkin uyuşmazlığın değerlendirilmesinde;

---

1 4. CD. 18.02.1953, 1686.
2 CGK. 14.11.1983, 377.
3 4. CD. 28.02.1996, 1712.
4 4. CD. 13.11.1990, 6076.
5 Özen, Suçların İçtimaı, 237.
6 CGK. 11.06.2013, 296.

Aynı neviden fikri içtimadan söz edilebilmesi için;

1 Hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olması,

2 Birden fazla suçun işlenmiş olması,

3 İşlenen birden fazla suçun "aynı suç" olması,

4 Bu suçların mağdurlarının farklı olması gerekmektedir.

Bu dört şart birlikte gerçekleştiğinde, faile tek ceza verilecek, ancak bu ceza artırılacaktır. Örneğin; bir sözle birden çok kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, bir mektupla birden çok kişiye hakaret edilmesi, bir odada bulunan çok sayıda kişinin üzerine kapının kilitlenmesi suretiyle hürriyetlerinden yoksun kılınmaları, içerisinde beş kişiye ait cüzdanların bulunduğu çantanın çalınması hallerinde aynı neviden fikri içtima söz konusu olup, TCK'nın 43/2. maddesi uyarınca uygulama yapılması gerekmektedir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 19.04.2007 gün ve 38-35 sayılı kararında da; "Sanık, çaldığı eşyaların farklı arkadaşlarına ait olduğunu; olay öncesinde özellikle bilmekte olduğundan; mağdurlara ait eşyaların aynı valizlikte bulunması, sanığa atılı suçlara tek bir fiil niteliği kazandırmayıp, her bir mağdura yönelik eyleminin bağımsız birer arkadaşının eşyasını çalmak suçunu oluşturduğu" sonucuna ulaşılmıştır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın, 5 ayrı mağdurun elbisesinden ayrı ayrı eşya çalınması nedeniyle, tek bir fiilden bahsedilemeyeceği, kaldı ki eylemin gerçekleştirilme şekli itibarıyla da hukuki anlamda tek bir fiilin söz konusu olmadığı anlaşıldığından, mağdur sayısınca hırsızlık suçundan sanığın cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme direnme hükmü birinci uyuşmazlık yönüyle isabetlidir".

TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında suçların farklı zamanlarda işlenmesi aranmışken, 2. fıkrasında aynı zamanda işlenmesi halinde de zincirleme suçun oluşacağı belirtilmiştir. Bu haliyle, 2. fıkra, 1. fıkraya istisna oluşturmaktadır[1].

Öğretide "**aynı neviden fikri içtima**" olarak da adlandırılan bu durumda tek fiil[2] ile aynı suç birden fazla mağdura yönelik olarak işlenmektedir[3]. Hük-

---

[1] Özen, Suçların İçtimaı 245.

[2] Aynı hareketlerle aynı eylemin gerçekleştirilmesi durumunda 43/2 uygulanamaz. Bu takdirde, farklı kişiler söz konusu olduğundan 43/1 de uygulanamaz. "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçunun, iki yakınana karşı işlenmiş olmasına göre, her bir yakınana yönelik eylemleri nedeniyle ayrı ayrı uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden, zincirleme suç kabul edilerek yazılı biçimde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir". 6. CD. 17.04.2007. 4864.

[3] Yukarıda verdiğim hürriyeti tahdit örneğinde (minibüs) Yargıtay farklı görüştedir. "Mağdurlar Ulku ve İsmail'i cinsel amaçlı olarak hürriyetinden yoksun kılan sanığın eyleminin iki ayrı suç oluşturduğu gözetilmeden tek suç kabul edilerek teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması..." 5.CD. 11.02.2009. 1518: Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdur sayısınca tatbik edileceği gözetilmeden tek suç kabulü ile sanığın cezasında 5237 sayılı Yasanın 43. maddesi uyarınca artırım yapılması ve cinsel amaç unsuru bulunduğu halde 5237 sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır", 5.CD. 15.08.2006. 6738. Yargıtay'ın aksi yönde kararı da vardır:

"Oluş ve kabule göre, suç tarihinde sanık Osman'ın, hakkında atılı suçtan kurulan hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık Kenan'la görüşüp mağdure Gamze'yi kaçıracağını söyleyerek kendisine yardım etmesini istemesinin ardından olay günü sanıkların mağdureler Gamze, Fatmanur ve Münevver Zehra'nın içinde bulunduğu mağdur Zübeyir'in idaresindeki yolcu minibüsünün Kocadere köyüne geldiğinde Kenan'ın binmek için işaret etmesi üzerine durduğu sırada arka taraftaki saklanan Osman'ın Kenan'ın peşinden araca binip belinden çıkardığı babasına ait taşıma ruhsatlı silahı mağdur Zübeyir'e doğrultarak aracı Teşvikiye Beldesi Erikli Yaylasına gö-

mün uygulanabilmesi için ortada tek bir fiil olmalı ve bu fiil ile aynı suç işlenmelidir. Ne var ki, bu tek fiil ile işlenen aynı suçun mağduru birden fazla olmalıdır.

Bu durum, daha çok hakaret suçlarında söz konusu olabilir. Örneğin, "*serbest çalışan bütün avukatlar çantalı dolandırıcıdır*" şeklinde tek bir fiil ile işlenen hakaret suçundaki durum budur. Keza bir tek hakaret edici mektupla, birkaç kişinin tahkiri halinde de aynı hüküm ihlal edildiği için fikri içtima hali düşünülemez ve normalde kaç kişi hakarete uğramışsa, o kadar suç işlenmiş olur. Ancak burada 43/2 gereğince tek suçun işlenmiş olduğu kabul edilerek failin cezası artırılacaktır. Bir başka örnek[1]: Sözlüsünün evden çıkmasını önlemek isteyen bir sevgilinin, içeride arkadaşları da olduğu halde üzerlerine kapıyı kilitlemesi.

TCK 43/1'deki "*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır*" hükmü burada da göz önünde tutulmalıdır[2].

> **Bir minibüsün kapısını kilitlemek suretiyle içinde bulunan onaltı kişinin hürriyetini tahdit eden kişi bakımından TCK 43/2 söz konusu olur.**

Bu hükmün örneğin bir kurşunla birkaç kişinin öldürülmesi durumunda da uygulanabilip uygulanmayacağı üzerinde de durmak gerekir. Bu hükmün uygulanabileceği kabul edildiği takdirde, bunun adil bir sonuç olmayacağı kanaatindeyim. Uygulamada *Yargıtay*'ın zaman zaman verdiği kararlarında bu tip olaylarda fikri içtima kurallarını uygulamasına nazaran, bu hükmün uygulanmasının daha ağır bir cezalandırmayı sağlayacağı muhakkak ise de özellikle öldürme suçlarında mağdur sayısı kadar suçun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Nitekim 43/3. maddede kasten öldürme ve kasten yaralama

---

türmesini istediği. Zübeyir'in silahlan korkarak aracı Osman'ın söylediği yere yönlendirdiği, araçta mağdureler dışında yolcu bulunmadığı. Osman'ın Teşvikiye beldesi yakınında Fatmanur ve Münevver Zehra'yı araçtan indirdiği ve bir süre gittikten sonra Osman'ın Zübeyir'den aracı durdurmasını istediği. bu arada mağdure Gamze'yi zorla araçtan indirdiği. şoförü aracıyla bırakıp Kenan ve Gamze ile beraber ormana doğru yürümeye başladığı. Kenan'ın ayrılmasının ardından Osman'ın mağdure Gamze'ye 'buradan ya ölümüz gider ya da anlaşarak gideriz' demek suretiyle tehdit edip kolundan tutarak götürdüğü yerde mağdureyi iknaya çalışırken bırakılan mağdurların haber verdiği jandarma personelince gerçekleştirilen arama neticesinde Osman'ın silahıyla birlikte yakalanıp Gamze'nin kurtarıldığı tüm dosya kapsamından anlaşılmakla

Dosya içeriğine göre yapılan değerlendirmede sanık Osman'ın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu, tek bir fiille mağdurlar Zübeyir, Münevver Zehra, Fatmanur ve Gamze'ye karşı işlemeye başladıktan sonra, kesintisiz suç niteliğinde olan bu suçun icrasının devamı sırasında önce mağdurlardan ikisini, daha sonra birini bıraktığı, son olarak da mağdure Gamze'yi yanında tutarak ormanlık alana götürdüğü, mevcut haliyle sanığın aynı neviden fikrî içtima niteliğindeki suçu işlemeye başladıktan sonra icranın devamı sırasında mağdurlardan bazılarını serbest bırakmasının, anılan suçun niteliğini değiştirerek bu suçla ilgili gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasına yol açmayacağı gözetilmeden adları geçen mağdurlara yönelik işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı sanığın eylemine uyan TCK'nın 109/2-3a-f-5, 43/1-2. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine mağdurlar Zübeyir, Fatmanur ile Münevver Zehra'ya yönelik eylemlerin ayrıca müstakil suç olduğu kabul edilip yazılı şekilde mağdure Gamze'ye karşı işlenen suç ile diğer mağdurlara karşı işlenen suçlan dolayı ayrı ayrı mahkûmiyetine karar verilmesi...". 14. CD.10.12.2014. 14098

[1] Tezcan/Erdem/Önok. 360.

[2] Koca/Üzülmez. 422.

suçlarında bu madde hükümleri uygulanamaz denilmek suretiyle, bu suçlarda failin hafif cezalandırılmasının önüne geçilmiştir.

Burada ortaya çıkan bir sorun da müşterek mülkiyete konu olup, örneğin dört kişinin sahip olduğu bir malın çalınması halinde de bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu takdirde ortada tek bir suç vardır ve bu nedenle **TCK** 43/2 uygulanamaz. Malın sahiplerinin birden fazla olması, mağdur sayısı kadar suçun oluşmasını sonuçlamaz. Bir malın sahibi yüzlerce kişi de olabilir. Bu nedenle, sırf müşterek mülkiyet nedeniyle malın sahibi sayısınca ceza verilmesinin uygun olmayacağı kanaatindeyim. Benzer husus, konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından da söylenebilir. Konutta birden fazla kişinin bulunması durumunda da tek suç vardır ve kişi sayısının fazlalığı **TCK** 43/2'nin uygulanmasını gerektirmeyecektir[1]. Buna karşılık, konutta farklı kişilere ait olduğu bilinen veya belli olan eşyaların çalınması halinde artık bu madde uygulanmayacak ve ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir.

Uygulamada, mağduru yüzüstü yere yatırıp, mağdureyi de onun üzerine yatırdıktan sonra, mağdurenin üzerine uzanıp cinsel organını mağdureye sürten sanığın hareketlerinin mağdur Hasan'a da yönelik olduğu ve şehevi hisleri tatmin etmek için bu mağduru da kullandığı kabul edilmiştir[2]. Böylelikle, bu örnekte, aynı neviden fikri içtima kabul edilerek **TCK** 43/2 hükümleri uygulanabilir. Benzer şekilde, sanığın cinsel organını mağdurelere göstermekten ibaret eylemi TCK 105 ve 43/2. maddelerine göre zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturur[3].

Yargıtay görevi yaptırmamak için direnme suçunda **TCK** 43/2 hükmünün uygulanarak cezanın artırılamayacağına karar vermişti[4]. Ancak Ceza Genel Kurulu, "*somut olayda, sanığın cebir ve tehdit kullandığı polis memuru olan müştekiler suçun mağduru, kamu idaresi ise suçtan zarar gören konumdadır. Suçun "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde düzenlenmiş olması, kamu görevlilerinin suçun mağduru olamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu itibarla, sanığın suçun yasal tanımında yer alan ve hukuksal anlamda tek bir fiili oluşturan davranışları, görevini ifa eden altı kamu görevlisine karşı görevlerini yaptırmamak için gerçekleştirilmiş olması nedeniyle aynı nev'iden fikri içtimaın koşulları gerçekleşmiş bulunduğundan*

> ***"Olay günü sanığın yol kenarında duran mağdure ile müştekinin yanlarında motosikletiyle durup "100 TL peşin vereyim size, şişireyim" demek suretiyle tek fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi sebebiyle doktrinde aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılan TCK 43/1 maddesine gore cezalandırılması gerekir", 14.CD, 02.07.2015, 7917.***

[1] Yukarıda verilen minibüs örneğinde, kişi sayısının fazlalığı dikkate alınarak, zincirleme suç kabul edilirken, burada kişi sayısının fazlalığının dikkate alınmamasının nedeni, minibüs örneğinde "kişi" hürriyetini tahdit, burada ise "konut" dokunulmazlığını ihlal suçunun söz konusu olmasıdır. Konut dokunulmazlığını ihlal bakımından, ancak aynı eylem ile birden fazla "konut" dokunulmazlığı ihlal edildiği takdirde TCK 43/2 uygulanabilirdi. Kişi hürriyetini tahdit suçunda ise suçun konusu "kişi"lerdir. Bu nedenle, bunların fazlalığı TCK 43/2 hükmünün uygulanmasını sonuçlayabilmektedir.

[2] 5. CD. 20.10.1999. 4869.

[3] 5. CD. 30.06.2009. 8632.

[4] 4. CD. 30.10.2006. 15553.

sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 43/2. maddesinin uygulanması gerekir" şeklinde içtihat geliştirmiştir[1]. Ekip otosu içinde bulunan birden fazla polis memuruna yönelik olarak aynı anda yapılan hakarette de **TCK** 43/2 uygulanmalıdır[2].

Sanığın, *"müşterek çocuklarımızdan birini öldürürüm"* diyerek eski eşini, *"para yardımı yapmazsa onu öldürürüm"* diyerek eski kayınpederini aynı anda tehdit etmesi karşısında, bu suçtan verilen cezanın TCK 43/1-2 uyarınca artırılması gerekir"[3].

Kanunumuzda özel olarak aynı neviden fikri içtima hükmüne de yer verilmiştir. Örneğin; belirsiz sayıda kişilerin sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette, radyasyona tabi tutulması halinde, radyasyon yayma suçunun temel şekline nazaran daha ağır ceza öngörülmüştür (**TCK** 172/2). Bu suçlar için özel bir aynı neviden fikri içtima kuralı öngörülmüş olduğundan, ayrıca TCK 43/2. uyarınca cezanın arttırılması yoluna gidilemeyecektir[4].

6. Zincirleme Suçlar ve Şikâyet, Zamanaşımı, Af, Yetkili Mahkeme, Uzlaşma ve Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Yapılamaması İlkesi

a. Şikâyet

Şikâyet açısından suç çokluğu kabul edilmelidir. Zincirleme suç kapsamı içinde bulunan suçların hepsi takibi şikâyete bağlı iseler, zincirleme suçun kabul edilebilmesi için, her bir suç için, süresi içinde ayrı ayrı şikâyet koşulunun gerçekleşmesi gerekir[5].

Eğer iki suç işlenmiş ve bunlardan ilki, süresi içinde şikâyet edilmemiş ise geriye tek suç kalacağı için zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır[6].

b. Zamanaşımı

Zamanaşımı süresinin hesaplanmasında, somut ceza miktarı esas alınmalıdır. Kanunun açık hükmü gereği; zincirleme suç, zamanaşımı konusunda tek suç sayılmıştır[7].

Zincirleme suç kapsamındaki suçlardan son suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde, zamanaşımı süresi, son suçun teşebbüs aşamasında kaldığı andan itibaren işlemeye başlar[8].

Zincirleme suç kapsamındaki suçlarından son suçun kesintisiz suç olması halinde; zamanaşımı, kesintinin sona erdiği andan itibaren işlemeye başlar[9].

---

[1] CGK. 02.03.2010. 47.
[2] 4.CD. 06.03.2007. 2211.
[3] 4.CD. 16.06.2009. 12007.
[4] CGK. 11.06.2013. 296.
[5] Özen. Suçların İçtimaı. 279.
[6] Özen. Suçların İçtimaı. 279.
[7] Özen. Suçların İçtimaı. 270.
[8] Özen. Suçların İçtimaı. 269.
[9] Özen. Suçların İçtimaı. 269.

c. Af

Af açısından zincirleme suçta, suç çokluğu kabul edilmelidir. Her bir suçun af kanunu kapsamına girip girmediği ayrıca değerlendirilmelidir[1].

Affın kapsamı belirlenirken, zincirleme suçtaki her bir suç birbirinden bağımsız kabul edileceği için, her bir suçun cezasının af kapsamına girip girmediğine göre hareket edilmelidir[2].

Zincirleme suç kapsamına giren bütün suçlar genel af içinde yer aldığı takdirde zincirleme suç oluşmaz[3].

d. Yetkili Mahkeme

Yer bakımından yetkili mahkeme, son suçun işlendiği yer mahkemesidir[4].

e. Uzlaştırma

Uzlaştırma açısından suç çokluğu kabul edilmelidir. İki tane suç uzlaşma kapsamında olur ve her ikisi için de taraflar uzlaşırsa, soruşturulacak sadece tek suç olacağı için, zincirleme suç mümkün olmayacaktır. İki tane suç uzlaştırma kapsamında olur ve sadece biri için uzlaşırlarsa, soruşturulacak tek suç bulunacağı için, zincirleme suç oluşmayacaktır[5].

f. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Yapılamaması İlkesi

Ne bis in idem ilkesinin zincirleme suç açısından etkisi konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Türk öğretisindeki ağırlıklı görüşe göre, ne bis in idem ilkesi açısından zincirleme suçta genel kurala uygun olarak, suç çokluğu kabul edilmelidir. Bu kabule bağlı olarak da hükümden önce işlenmiş olup da hükme esas alınmayan (yargılanmayan) suç veya suçlar, yargılanabilmelidir[6].

İçtima konusunun başlangıcında verilen olayda, hedefte sapma söz konusuysa da içtima kapsamına giren herhangi bir durum söz konusu değildir (hedefte sapmada teşebbüsü kabul eden yazarlar bakımından). Çünkü B, M'yi öldürmek için hareket etmiş, ilk kurşunun kıza isabet etmesi üzerine ateş etmeye devam etmiş ve neticeyi gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla farklı iradi kararla gerçekleştirilen birden fazla fiil söz konusudur. Fiil tekliği söz konusu olmadığı için tek fiili esas alan TCK 44 ve 43/2 uygulanmaz.

Kızın öldürülmesi açısından taksir kabul edilirse, aynı suç işleme kararının bulunmaması ve farklı suçların gerçekleşmesi nedeniyle TCK 43/1 de uygulanamaz. Ayrıca mağdurların farklı olması ve kasten öldürme suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamaması nedeniyle de TCK 43/1 uygulanamayacaktır.

B, M'yi öldürmek için birden fazla ateş etmekle beraber, birden fazla öldürmeye teşebbüs ve öldürme söz konusu değildir. Bu nedenlerle, B, M ve kızını öldürmekten ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır (Bkz. Hakeri/Akbulut, 25, 26).

[1] Ozen. Suçların İçtimaı 273.
[2] Ozen. Suçların İçtimaı 275.
[3] Ozen. Suçların İçtimaı 274.
[4] Ozen. Suçların İçtimaı 271.
[5] Ozen. Suçların İçtimaı 284.
[6] Ozen. Suçların İçtimaı 294.

C. Fikri İçtima

1. Kavram
2. Fikri İçtimanın Unsurları
   a. Birden Fazla Farklı Suçun Oluşması
   b. Fiilin Tek Olması
3. Fikri İçtima ve Teşebbüs, İştirak ve Diğer Özel Sorunlar
   a. Teşebbüs
   b. İştirak
   c. Şikâyet
   d. Af
   e. Zamanaşımı
   f. Yetkili ve Görevli Mahkeme

OLAY:

Takımının şampiyon olmasına sevinen A, ruhsatlı tabancası ile önce üç el havaya, daha sonra tabancasının tutukluk yapması üzerine kontrol amacıyla tetik boşaltırken bir el yere doğru ateş eder, seken kurşun B'nin yaralanmasına neden olur.

1. Kavram

Maddi neticenin tek olması; yani, dış dünyada meydana gelen değişikliğin tek olması, ihlalin, dolayısıyla, meydana gelen suçun da her zaman için tek olmasını sonuçlamamaktadır[1]. Bazı hallerde dış dünyada meydana gelen netice tek olmasına rağmen, kanunun bu neticeyi iki ayrı hükümde suç olarak düzenlemesi, dolayısıyla iki ayrı suçun mevcudiyeti söz konusu olabilmektedir. Işte bu noktada ne yapılacağı meselesi "fikri içtima" (şekli birleşme[2]) müessesesinin doğumuna neden olmuştur. Bu müessese milli piyangoda bir bilete iki ikramiye çıkmasına benzetilebilir. Orada iki ikramiye birden ödenmemekte, en yükseğinin ödenmesi ile yetinilmektedir.

Fikri içtima **TCK** 44'te düzenlenmektedir. Bu hükme dayanılarak, fikri içtimaı "**bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verme**" şeklinde tarif etmek mümkündür ve bu gibi hallerde kanun, faile bunlardan en ağır cezayı gerektiren hükmün uygulanmasını yeterli görmektedir.

Kanun koyucu ayrı ayrı ceza tayini imkânının varlığına rağmen, getirdiği kurallar ile faile tek suçun, bunlardan en ağırının cezasının verilmesi ile yetinmektedir. Fikri içtima gerçekte birden fazla olarak ortaya çıkan her biri bağımsız suç teşkil eden neticelerde, faile meydana gelen her suç için ayrı

[1] İçel, Fikri İçtima, 4.
[2] Özen, Ceza Hukukunda Fikri İçtima, 133.

ceza verilmesini engelleyen bir müessesedir[1]. Bu nedenle suçların bu birleştirilmesi şekline "fikri içtima" adı verilmektedir. Ortada gerçek anlamda birden fazla suç mevcuttur ve suçlar kanun koyucu tarafından farazi olarak, hayali olarak bir araya getirilmektedir. Yani bu birleştirme meselesi kanun koyucunun bir tercihinin sonucu olmakta, başka anlatımla hukuki bir birleşme olmaktadır. Yoksa söz konusu olan tabii bir zorunluluğun doğurduğu bir birleşme değildir, kanun koyucu böyle bir tercihte bulunmasaydı her suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktı[2]. Böylece fikri içtimaın hukuki niteliği, kanun koyucu tarafından oluşturulan hukuksal birliktir[3].

Kanunumuzun 297/1. maddesinde ilginç bir hüküm düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, *"infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun konusunu oluşturan eşyanın, temin edilmesi veya bulundurulması ayrı bir suç oluşturduğu takdirde; **fikri içtima** hükümlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılacaktır".* Kanun koyucu fikri içtima hükümlerinin uygulanmasını yeterli görmeyerek, cezanın artırılmasını istemiş ve bu hükmü sevk etmiştir. Cezaevi veya tutukevinde örneğin ruhsatsız silah bulundurulması durumunda, fail hem 297/1. maddeden dolayı hem de ruhsatsız silah bulundurmaktan sorumlu tutulacak, ancak fikri içtima kuralları gereğince fail daha ağır olan ceza ile bir kez cezalandırılacaktır. Kanunumuz ise fikri içtima kurallarının uygulanacağına işaret etmekte, ancak bu sonucu yeterli görmemekte ve cezanın artırılması gerektiğini de düzenlemektedir.

Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunun düzenlendiği 223. maddede ise ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması sırasında bu araçların içinde bulunan kimselerin hürriyetlerinin de kısıtlanması durumunda fikri içtima kurallarının uygulanmasını önlemeye yönelik bir hüküm sevk edilmiştir. Maddenin 4. fıkrasına göre, *"bu suçların işlenmesi sırasında kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi dolayısıyla ayrıca cezaya hükmolunur"* (Benzer bir başka hüküm için bkz. **TCK** 294/7).

2. Fikri İçtimanın Şartları

Fikri içtimaın bulunabilmesi için kanunumuz iki şart koşmuştur: Birden fazla farklı suçun oluşması ve bunun bir tek fiil ile yapılmasıdır[4]:

a. Birden Fazla Farklı Suçun Oluşması

Öncelikle belirtilmesi gereken konu, aynı fiille birkaç defa ihlal edilecek olan kanun hükmünün aynı kanun hükmü olması halinde fikri içtimaın söz konusu olamayacağıdır. Yargıtay da bu gerekçeyle olmasa bile, kişilere karşı işlenen kasten öldürme suçlarında fikri içtima kurallarının uygulanamayacağı görüşündedir. Buna göre, üç kişinin öldürüldüğü olayda sanığın her bir mak-

---

1 Önder, II, 531.
2 İçel, Fikri İçtima, 5, 6.
3 Özen, Suçların İçtimaı, 303.
4 Donmezer/Erman, II, 384 vd.

tule karşı eyleminden ayrı ayrı cezalandırılması gerekir[1]. Aslında aynı fiilin aynı anda kanunun aynı hükmünü birkaç defa ihlal etmesi mümkün de değildir. Mesela bir kurşunla iki kişi öldürülecek olursa, insan öldürmeye ilişkin kanun hükmü iki defa ihlal edilmiş olur. Yani aynı kanun hükmü ihlal edilmiştir. Ne var ki, bu durumda fiilin tek olduğunu da söylememiz doğru olmaz, zira bu gibi hallerde dış âlemdeki değişiklik, yani netice sayısınca fiil bulunduğundan, fikri içtima hali zaten düşünülemez. Bu itibarla, bir bomba ile on kişinin öldürülmesinde, bir trafik kazasında bazı kimselerin ölüp bazılarının yaralanmasında fikri içtima kuralları uygulanamaz. Bununla beraber bazı hallerde aynı fiilin kanunun farklı hükümlerini ihlal etmesi de mümkündür. Söz gelimi bir kurşunla iki kişiden birinin öldürülmesi diğerinin yaralanması halinde aynı kanun hükmünün değil de farklı iki kanun hükmünün (81- insan öldürme; 86- yaralama) ihlal edildiği söylenebilir. Bu durumda da yine fikri içtima kuralları uygulanmayacak, iki ayrı netice mevcut olduğundan iki ayrı suçtan dolayı ceza tayini yoluna gidilecektir.

Bu itibarla, "*atılan merminin kast olunan şahısla birlikte başka birini de yaralaması halinde fikri içtimaın bulunduğunu*" istikrarlı kararlarında kabul eden Yargıtay'ın görüşüne katılmıyoruz. Bir kimsenin bir mermiyle birden fazla kişiyi öldürmek istemesi halinde, ölen kişi kadar yani netice kadar fiil vardır, o kadar da adam öldürme suçu gerçekleşmiş olur. Bunun bir tek mermiyle gerçekleştirilmiş olması bu kabule engel değildir. Ancak kişi sadece birini öldürmek istemiş de sapma sonucu bir diğer kimse de ölmüş olursa, bu manevi unsur meselesini ilgilendirir. Ortada yine birden fazla fiil vardır, ne var ki, fail bir kişi bakımından kasten, ölmesini istemediği kimse bakımından ise taksirle adam öldürmeden dolayı sorumlu olur.

Kaldı ki, **TCK** 44 fikri içtima halinde en ağır cezayı öngören maddeye göre cezanın tayin edileceğini öngörmektedir. Bir mermi ile birden fazla kişinin ölmesi halinde fikri içtima kabul edilecek olursa, iki kişi açısından da uygulanacak madde **TCK** 81 olup, farklı hükümler söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle de fikri içtimaın şartlarından biri gerçekleşmemiş olmakta, Yargıtay'ın kabulü halinde ise sonuçta yine aynı madde uygulanmış olmaktadır.

"*Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir*" (44. madde gerekçesi). Suçun nitelikli halleri bakımından da fikri içtima söz konusu olabilir. Örneğin, kamu kurum ve kuruluşlarındaki eşya hakkında (**TCK** 142/1-a), haksız yere elde bulundurulan veya taklit anahtarla kilit açmak suretiyle (**TCK** 142/2-d) hırsızlık yapılması durumunda, bunlardan ağır olan **TCK** 142/2-d hükmü uygulanarak ceza tayini yoluna gidilecektir. Nitekim Yargıtay da sanığın keserin künt kısmıyla vurmasıyla katılanın, hem iyileşmesi kabil olmayacak şekilde akıl hastalığına duçar olduğu, hem de kafa kemiğinde kırık meydana geldiği olayda, en ağır cezayı gerektiren sonuçtan dolayı bir kez cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir[2]. Keza, her ikisi de aynı nakliye firmalarında sürücü olarak çalışan ve önceden birbirini tanımayan sanıkların olay günü sabahın erken saatlerinde araçlarıyla manevra yaptıkları sırada aralarında çıkan, önce sözlü olarak başla-

[1] 1. CD. 04.04.2006, 1153.
[2] 3. CD. 01.04.2009, 6196.

yan tartışmanın kavgaya dönüştüğü, kavga sırasında sanık ...'nin, diğer sanık ...'e kafa atarak burun kemiğinde kırığa sonra da kafasını tırın çamurluğuna çarparak sağ temporal kemikte kırığa neden olmak suretiyle hayati tehlike geçirecek ve hayat fonksiyonlarına etkisi orta (3) derece olacak şekilde yaraladığı olayda, TCK'nun 44. maddesi uyarınca aynı eylem nedeniyle oluşan birden fazla neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamada sanığın, en ağır sonuç doğuran artırım nedeninden sorumlu tutulması gerektiği, bu nedenle, hakkında 87/1. maddenin (d) bendinin uygulanması halinde ayrıca 87/3. maddesi nedeniyle artırım yapılamayacağı, eylem nedeniyle kemik kırığının da oluşması halinde, kasten yaralama suçuna dair temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılmasının mümkün olduğu gözetilmeden yazılı şekilde 87/1-d ve 87/3. maddelerin birlikte uygulanması doğru değildir[1].

Buna karşılık *Yargıtay* **TCK** 86/1, 86/3-e ve 87/1-d hükümlerinin uygulama alanı bulduğu bir olayda, **TCK 44** hükmünün uygulanması gerektiğine hatalı olarak hükmetmiştir[2]. Böyle bir durumda fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına gerek yoktur, zira tek başına uygulanacak hüküm kanunun açık düzenlemesi karşısında **TCK** 87/1 hükmüdür.

Ayrıca dikkat edilmesi gereken bir husus da **TCK** 44'te ifade edilen "*birden fazla farklı suç*"tan kasıt **ceza hukuku mevzuatındaki** değişik hükümlerdir[3]. Bir fiilin; ceza kanunundaki bir hüküm ile, söz gelimi bir disiplin hükmünü veya mesela Karayolları Trafik Kanunu'nu ihlal etmesi halinde fikri içtima kuralları uygulanamayacaktır. Esasen genel hükümlere göre ulaştığımız bu sonuç, Kabahatler Kanunu'nda açıkça hükme de bağlanmıştır: "*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*" (md. 15/3).

Fikri içtima halinde ortada tek bir hareket olsa dahi neticeler birden fazla olduğundan, failin bütün neticeler bakımından kastı olduğuna işaret etmek gerekir. Yani failin sadece bir suç bakımından kastının bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira failin kastı neticeye yöneliktir ve suçun kanun tarafından hukuki nitelemesinin istenmesi şartı bulunmamaktadır. Dolayısıyla fail bir kez bir neticeyi istiyorsa ve bu netice kanun tarafından iki ayrı hükümde suç olarak düzenlenmişse, failin her iki suç bakımından da kastı vardır. Kaldı ki bu neticelerden birisi bakımından kastın olmadığı düşünülse, kastın olmadığı fiil bakımından (yerine göre taksir derecesinde de bir kusuru yoksa) zaten cezalandırma söz konusu olamayacağından, bu iki fiilden birini tercih etme durumu düşünülemeyecekti[4].

Fikri içtimada ihlal edilen birden fazla kanun hükmü, farklı zamanlarda tamamlanabilir. Başka bir ifadeyle, her iki suçun hareketi aynı anda yapılsa da suçlar farklı zamanlarda işlenebilir. Örneğin, hem iftira hem de hakaret niteliği taşıyan elektronik postanın veya mektubun aynı anda gönderilmesine rağmen, bunlar mağdurlara farklı zamanlarda ulaşabilir[5].

---

1 CD. 06.02.2018, 5651/359.
2 3. CD. 04.04.2007, 2920.
3 İçel, Fikri İçtima, 19.
4 Kunter, Fikri İçtima, 375-377.
5 Özen, Suçların İçtimaı, 333, 334.

b. Fiilin Tek Olması

Fikri içtima kurumunda, bu kurumun ülkemizdeki tarihi gelişim sürecine bakıldığında en tartışmalı konu, 'fiil' kelimesine yüklenen anlam olmuştur. Başka bir ifadeyle, 'fiil' kelimesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda öğretide ve uygulamada görüş birliği sağlanamamıştır. Bu konuda hem 765 sayılı hem de 5237 sayılı TCK'nda 'fiil' kelimesine yer verilmiş olması, Türk öğreti ve uygulamasında geçmişte yaşanan tartışmaların günümüzde de yaşanacağını göstermektedir[1].

Fikri içtimada, fiil kelimesinden hareket veya netice anlayan iki görüş arasındaki tek tartışma konusu, iki veya daha fazla farklı neticeli suçlarda kendini göstermektedir. İki veya daha fazla farklı neticeli suçlarda, fiil kelimesinden hareket anlaşılacak olursa, fikri içtima vardır, netice anlaşılacak olursa, fikri içtima değil, gerçek içtima vardır. Bunun dışında, sırf davranış (neticesiz) suçları ile tek netice olup aynı zamanda birden fazla farklı kanun hükmünün ihlal edildiği durumlarda, görüş birliği söz konusudur[2].

Fiil kelimesinden hareket anlaşılacak olursa, fikri içtimaın uygulama alanı oldukça genişleyecektir. Fikri içtima, genel kuralın istisnasıdır. İstisna kurallar dar yorumlanır. Bu nedenle, fiil kelimesinden netice anlaşılmadır. Konuyu düzenleyen kanun maddesinin madde gerekçesinde, fiil kelimesinden hareket anlaşılması gerektiği, dolaylı olarak belirtilmiştir. Ancak kanun madde gerekçesinden bağımsızdır. Madde gerekçesine, sadece, kanun yorumlanmasında başvurulabilir. Yapılması gereken, madde gerekçesinde değil, kanun hükmünde açıkça düzenleme yapılmasıdır[3].

Ceza hukukunda fiil denildiğinde anlaşılması gerekenin, yalnız hareket değil, aynı zamanda netice olması gerektiğine daha önce de işaret etmiştim. "Böyle olunca, TCK 44'teki "fiil" deyimini de aynı şekilde, yani daha teknik bir terimle, netice anlamında kabul etmek gerekir". Demek oluyor ki, hareketin tek veya birden fazla olması, fiilin de tek veya çok olmasını gerektirmez. Bir kimsenin önce bıçak sonra tabanca ile yaralanmasında, birden fazla hareket söz konusu olduğu halde, netice tektir, tek bir yaralama söz konusudur. Buna karşın bir kurşunla iki kişinin yaralanmasında, hareket tek, ancak netice birden fazladır, iki tane yaralama söz konusudur ve bu nedenle de tek fiil yoktur. Birinci halde ise netice tek olduğu için, bir fiil vardır.

Yargıtay ise çok eskiden beri istikrarlı içtihatlarıyla doktrindeki bu hâkim görüşe katılmamakta ve sonucu hareketin tekliğine göre belirlemekte, neticenin çokluğu veya tekliğini göz önünde bulundurmamaktadır. Bu itibarla, hareketin tek olması yeterli görülmekte, netice birden fazla olsa dahi hareket tek ise TCK 44 uygulanmaktadır. Örneğin, mağdurun gözüne vurulan yumruk ile yaralanmasına ve gözlüğünün kırılmasına sebebiyet verildiği olayda, *Yargıtay*, her iki suçtan ceza veren yerel mahkeme hükmünü bozarak, bir fiil ile kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarının oluştuğuna ve sanığın hukuki durumunun TCK 44 uyarınca farklı nev'iden fikri içtima olduğuna ka-

---

[1] Özen, Suçların İçtimaı, 303; Özen, Ceza Hukukunda Fikri İçtima, 145.
[2] Özen, Suçların İçtimaı, 318, 319.
[3] Özen, Suçların İçtimaı, 318, 319.

rar vermiştir[1]. Araca atılan camın içerdeki mağdurun da yaralanmasına sebebiyet verdiği benzer olayda da Yargıtay çizgisinden sapmamış ve fikri içtima kurallarını uygulamıştır[2].

---

[1] 9 CD. 26.09.2011. 27230. Dosya kapsamına göre sanığın. 05.12.2007 tarihinde bomba patlatmak şeklindeki tek fiille tasarlayarak. yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle ve bombalama suretiyle öldürmeye teşebbüs ve mala zarar verme suçlarını işlediği. 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca sadece daha ağır cezayı gerektiren nitelikli öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden ayrıca mala zarar verme suçundan da mahkumiyetine karar verilmesi.... 9. CD. 22.09.2011. 27205.

[2] Bu olayda. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının haklı olduğu kanaatindeyim.
"Dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesince. "oluş ve dosya kapsamına göre sanığın attığı taşın katılanın aracının camını kırdığı ve araç içerisinde bulunan mağduru yaraladığı. bu nedenle bir fiil ile kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarının oluştuğu. sanığın hukuki durumunun TCK'nun 44. maddesi uyarınca farklı nevi'den fikri içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiş.
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 24.02.2012 gün ve 123234 sayı ile:
"5237 sayılı TCK'nun 44. maddesi 'İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi. bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır' hükmünü içermektedir. Ancak bu hüküm 5237 sayılı TCK'na vazedilirken mülga 765 sayılı TCK'ndaki 79. maddedeki 'İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkamını ihlâl eden kimse o ahkâmdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır' düzenlemeden daha farklı bir biçimde belirlenmiştir. eski yasada işlenen fiil kanundaki tanıma uygun olduğu takdirde suç oluşturmaktaydı. suç oluşturan fiil. ceza kanununa aykırı veya ceza kanununu ihlal eden fiil değildir. aksine davranış normlarına ve dolayısıyla kişinin yükümlülüklerine aykırı bir fiildir. Bu anlamda artık yeni bir uygulama yerleştirilmesi kanun koyucunun da iradesine uygun olacaktır. Bu konunun daha iyi anlaşılabilmesi için hedefle sapma konusunun irdelenmesi gerekmektedir.
Yeni TCK'nda. mülga 765 sayılı TCK'nun 52. madde de düzenlenen 'Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kasdettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbab faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail. cürmün tazammun edebileceği esbabı muafiyeden istifade eder' şeklindeki hedefte sapma ile ilgili olarak özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hedefte sapma halinde bir yanılgı söz konusu değildir. Hareket. neticesini istenen konu üzerinde değil. sapma sonucu bir başka konu üzerinde gerçekleştirmektedir. Sapma halinde konular farklı nitelikte olabilir. Meselâ. camı kırmak için atılan taş. A'ya isabet eder. cama değmez ama kişi yaralanır. Bu durumda kişiyi teşebbüs aşamasında kalmış mala zarar verme suçundan ve ayrıca olası kastla ya da taksirle gerçekleştirdiği yaralama suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir. Konular aynı niteliktede olabilir. Mesela A öldürülmek istenirken mermi sekmesi sonucu B olmüştür. Bu durumda kişiyi A açısından teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürme suçundan ve ayrıca B açısından tamamlanmış öldürme suçundan dolayı sorumlu tutmak lazımdır. ancak hedefle sapma sonucu meydana gelen ölümden dolayı faili sorumlu tutarken bu ölümle alakalı olarak olası kastla mı yoksa taksirle mi hareket ettiğinin araştırılması gerekir.
Failin. belli bir şahsı veya bir cismi ya da yeri hedef alarak silahla ateş ederken veya bir cisim fırlatırken. silahtan çıkan kurşunun veya fırlattığı cismin hedef aldığı şeyin yanında bulunan bir başka şeye isabet ederek onun ölümüne. yaralanmasına veya zarar göreceğine neden olabileceğini muhtemel addettiği durumlarda iki farklı suçtan da cezalandırma yoluna gidilecektir. Aksine bir anlayış içerisinde birçok eylem hakkında fikri içtima hükümleri uygulanması gerekecektir.
Bazı durumlarda da fiilin işlenişiyle kastedilen neticenin yanında başka bir netice daha gerçekleşmiş olabilir. Mesela camı kırmak için fırlatılan taş. camı kırdıktan sonra içeride oturan şahsı da yaralar. işte bu olayda da mala zarar verme suçunun yanı sıra kasten yaralama suçuda işlenmiştir.
Tüm bu açıklamalar ışığı altında yerel mahkemenin somut olayla ilgili olarak iki ayrı suç olarak kabulü sonucu hüküm tesisi yerinde iken. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin kararı. fikri içtima hükümleri uygulanması gerekir düşüncesi ile bozması yerinde değildir" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.
TÜRK MİLLETİ ADINA
CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın, katılanın arabasına attığı taşın, arabanın arka camını kırdıktan sonra katılanın yanında oturan mağdura isabet ederek basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralanmasına neden olduğu olayda, 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Olay tarihinde katılanın oğlu ile birlikte kendisine ait araçla şehir içinde seyrederken aralarında daha önceden husumet bulunan sanığı görmesi üzerine aracını durdurarak sanıkla konuştuğu sırada, sanığın yerden aldığı taşı katılanın aracına doğru attığı, taşın aracın arka camını kırarak içeri girdiği ve katılanın yanında oturan mağdurun başına isabet ettiği, mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralanmasına neden olduğu,

5237 sayılı TCK'nun hazırlanmasında "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi esas alınmış, dolayısıyla da gerçek içtima kuralı benimsenmiştir. Nitekim Adalet Komisyonu raporunda bu husus; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Boylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır" şeklinde ifade edilmiştir (TBMM Adalet Komisyonu'nun 03.08.2004 gün ve 1/593-60 sayılı Raporu).

Bu kuralın istisnalarına ise, 5237 sayılı TCK'nun "suçların içtimaı" bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44 (fikri içtima) maddelerinde yer verilmiştir.

765 sayılı TCK'nda, aynı neviden fikri içtima ile farklı neviden fikri içtima tek madde halinde 79. madde de düzenlenmiş iken, 5237 sayılı TCK'nda bu iki hal birbirinden ayrılarak, aynı neviden fikri içtima, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 2. fıkrasında, farklı neviden fikri içtima ise kanunun 44. maddesinde düzenlenmiştir.

Farklı neviden fikri içtima 5237 sayılı Kanunun 44. maddesinde "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiş olup, bu hükmün uygulanabilmesi için işlenen bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerekmektedir.

Kanun koyucu, işlediği bir fiille birden fazla farklı suçu işleyen failin, fiilinin tek olması nedeniyle en ağır ceza ile cezalandırılmasını yeterli görmüş, bu şekilde "non bis in idem" kuralı gereğince bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının da önüne geçilmesini amaçlamış, "eritme sistemi"ni benimsemek suretiyle, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilmesi ile yetinilmesini tercih etmiştir.

Bu bağlamda, "tek fiil" veya "bir fiil"den ne anlaşılması gerektiğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakla ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakla ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki "tek bir fiili" oluşturmaktadır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2013, s.484 ve 495)

5237 sayılı TCK'nun genel hükümleri arasında yer alan fikri içtima kuralları, şartlarının bulunması halinde kural olarak her suç için uygulanabilir ise de, kanun koyucunun açıkça istisna öngördüğü hallerde bu kuralın uygulanması imkanı bulunmamaktadır. Nitekim, 5237 sayılı TCK'nun 212. maddesinde, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı belirtilerek, açıkça farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması engellenmiştir.

Bu anlatımlara göre, farklı neviden fikri içtimanın şartları, hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olması, tek fiille birden fazla farklı suçun işlenmiş olması, işlenen suçlarla ilgili kanunda açıkça fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının engellenmemiş olması şeklinde belirlenebilecektir.

Görüldüğü gibi, kanuni istisnalar dışında, hukuki anlamda tek bir fiille birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde, bu suçlardan en ağır cezayı gerektirenin cezasına hükmolunması kanun gereği olup, suçların olası kastla veya doğrudan kastla işlenmiş olması da varılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Öte yandan, 5237 sayılı TCK'nun 151. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçunda da, fikri içtima uygulaması açısından herhangi bir istisna getirilmemiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Ne var ki, *Yargıtay*'a göre, fikri içtima uygulaması için failin kastının tek olması gerekir. Dolayısıyla bir araçta bulunan üç kişiyi de öldürme kastı ile av tüfeği ile tek bir atışla üç kişinin öldürülmesi durumunda fikri içtima kabul edilemez[1]. Keza olay yerinde başka insanlar olduğunu ve onların da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen atış yapan kimse bakımından da fikri içtima kuralları uygulanamayacaktır[2]. Buna karşılık, sadece bir kişiyi hedef alarak yapılan ateş neticesinde başka bir kimsenin de isabet alması durumunda fikri içtima kuralları uygulanacaktır[3].

O takdirde mesele, fiilin ne vakit **bir** sayılacağını, diğer bir deyişle, **TCK 44'te kullanılan bir fiil** deyiminden neyin anlaşılacağını tespitten ibaret bulunmaktadır[4]:

> "Fiil, dış âlemdeki değişiklik olduğuna göre, fiilin esas kısmını netice oluşturur. Şu halde fikri içtimaın bulunabilmesi için, her şeyden önce bu neticenin tek olması gerekir. Bu sebeple, bakılacak husus, *dış âlemdeki değişikliğin birden fazla olup olmadığıdır*. Bir kurşunla bir kimsenin öldürülüp, diğerinin yaralanması halinde, dış âlemdeki değişiklik yani netice iki tanedir; ortada *bir* fiil yoktur ve fikri içtima söz konusu edilemez". Yine bir bilişim sistemine girerek oradaki kişisel verileri ele geçiren kişi bakımından dış âlemdeki değişiklik iki tanedir: Bilişim sistemine girme ve kişisel verileri ele geçirme. Bu durumda, hem TCK 243 hem de TCK 136 uygulanacaktır. Yine, gözlüklü bir kimsenin gözüne yumruk atan fail, tek fiiliyle iki ayrı neticeye neden olduğundan (yaralama ve mala zarar verme) iki ayrı suçtan dolayı cezalandırılacaktır.
>
> Hırsızlık suçundan yakalanan sanığın, bu suçla ilgili olarak yapılan soruşturma sırasında kendisini yengesi olan ..... gibi tanıtıp onun ismiyle 07.08.2011 tarihinde kollukta şüpheli olarak ifade vermesi şeklinde gerçekleşen eylemi nedeniyle "başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması", bu olaydan bir gün sonra 08.08.2011 tarihinde ise yine ..... imiş gibi hareket ederek onun ismini kullanmak suretiyle ..... hakkında kasten yaralama ve fuhuşa teşvik etme suçlarından şikayetçi olup kollukta mağdur sıfatıyla ifa-

---

Yerden aldığı parke taşını katılanın arabasının arka camına doğru atan sanığın eylemi sonucunda, camın kırılmasına ve içeri düşen taşın arabanın ön koltuğunda oturan mağdurun kafasına isabet ederek yaralanmasına neden olduğu somut olayda, sanığın katılanın arabasına taş atması eyleminin tek fiil olduğu ve bu suretle, tek olan eylem sonucunda hem katılana karşı mala zarar verme suçunun, hem de mağdura karşı yaralama suçunun meydana geldiği sabit olup bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırından ceza verilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, sanığın mala zarar verme ve yaralama suçlarından ayrı ayrı mahkumiyetine ilişkin yerel mahkeme hükmünün Özel Daire tarafından, sanığın durumunun TCK'nun 44. maddesi uyarınca farklı neviden fikri içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir". CGK. 16.09.2014, 377.

1 CGK. 09.03.1981, 6/84. Savaş/Mollamahmutoğlu, I. 1377.

2 1. CD. 13.07.2006, 3193.

3 CGK. 08.02.1988, 25. Öğretide de Yargıtay'ın görüşünü savunan yazarlar vardır, krş. Önder, II, 532 vd.; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 849; Demirbaş, 482.

4 Donmezer/Erman, I, 385 vd.

de vermesi şeklinde gerçekleşen eylemi nedeniyle de "resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan" suçundan dolayı kamu davası açılmış, mahkemece de olay dosya kapsamına uygun düşecek biçimde bu şekilde kabul edilmiş olmakla;

Sanık hakkında, farklı hareketlerle gerçekleştirilen her iki eylem nedeniyle ayrı ayrı her iki suçtan da mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken, hukuki anlamda birden fazla "hareket" bulunmaması nedeniyle olayımızda uygulama yeri bulunmayan TCK'nın 44. maddesi gerekçe gösterilmek suretiyle" karar verilmesi kanuna aykırı bulunmuştur[1].

Buna karşılık aşağıdaki örneklerde fikri içtima söz konusu olmaktadır:

- ✓ Bir suçta kullanılmış bulunan ruhsatsız silahı saklayan kimse, hem 6136 s.k.'a muhalefet hem de **TCK** 281'deki suçu işlemiş olacaktır.
- ✓ Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, bu konuşmalar devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken bilgilerse, hem **TCK** 133/3 hem de **TCK** 329/1'i ihlal etmiş olur.
- ✓ Suç işlemediğini bildiği bir kimseye bir suç isnat eden fail, hem iftira (**TCK** 267), hem hakaret (**TCK** 125) suçunu işlemiş olur.
- ✓ Aynı şekilde ruhsatsız olduğunu bildiği bir tabancayı çalan kimse de hem 6136 s. kanuna muhalefet hem de hırsızlık suçunu işlemiş olur.
- ✓ Keza, cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını bitirmiş olan çocukla alenen cinsel ilişkide bulunan kimse, hem **TCK** 104'ü hem de **TCK** 225'i ihlal etmiş olur.
- ✓ "*Sokak kapısı önünden mağdurelerin vücut dokunulmazlıklarını ihlâl etmeksizin pantolonunun fermuarını açarak cinsel organını çıkartıp gösterme şeklindeki bu tek eyleminin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesindeki cinsel taciz suçuyla birlikte aynı Kanun'un 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareket suçunu oluşturduğu...*"[2].
- ✓ Görevli memurun başına odunla vurma eylemi ile hem görevi yaptırmamak için direnme (**TCK** 265) ve hem de yaralama suçu (**TCK** 86) işlenmiş olur"[3].
- ✓ Tahkir kastıyla bir kimsenin evinin kapısının taşlanmasında hem sövme hem mala zarar verme suçları oluşur ve fikri içtima kuralları uygulanır[4].

---

1 21. CD. 20.01.2016, 511.

2 14. CD. 21.05.2013, 6333, 6545 sayılı Kanunla TCK 105'e eklenen bir hüküm ile suçun teşhir suretiyle işlenmesi cinsel taciz suçunun cezayı artıran nitelikli hali yapılmıştır.

3 1. CD. 12.04.2002, 1337.

4 CGK. 30.06.1986, 356 no.lu kararındaki azınlık görüşü.

- ✓ *"Sanıkta bir adet tabanca ve bir adet bıçak ele geçirilmiş olmakla; eylemin 5237 sayılı **TCK** 44 içinde değerlendirilmesi ve eylemlerinin en ağırı olan 6136 sayılı yasanın 13/1 maddesine muhalefetten ceza hükmü kurulması gerekirken, ruhsatsız kama benzeri bulundurmak suçundan da ayrıca mahkûmiyet hükmü kurulması"* yasaya aykırıdır[1].
- ✓ *"Sanıkların, önceden tartıştıkları gazino çalışanlarını tehdit amacıyla mekana doğru rastgele ateş etmesi şeklinde gerçekleşen eylemlerinin hukuki anlamda tek fiil olduğu ve tek fiil ile hem silahlı tehdit hem de genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçlarının oluştuğu gözetilerek, TCK'nın 44. maddesi gereğince daha ağır cezayı gerektiren TCK'nın 106/2-a maddesinde tanımlanan silahlı tehdit suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerekir"*[2].
- ✓ Öldürülen kimsenin cesedini delilleri yok etmek amacıyla izinsiz olarak mezarlık dışında bir yere gömen kimse hem **TCK** 196'daki "usulsüz ölü gömülmesi" hem de **TCK** 281'deki "suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme" suçunu işlemiş olur.
- ✓ Bir polisin bir bayanın üzerini yetkisi olmadığı halde aramak suretiyle cinsel saldırıda bulunması halinde, hem haksız arama (**TCK** 120), hem cinsel saldırı (**TCK** 102/1) suçu oluşmuş olur[3].
- ✓ "Sanığa ait köpeğin zincirinin uzun bırakılması sebebiyle şikayetçiye ait bahçeye geçerek şikayetçiyi ısırarak basit tıbbi müdahale gerektirecek biçimde yaralanmasına sebebiyet vermesi şeklinde gelişen olayda; hayvanın sahibi olan sanığın eyleminin taksirle yaralama ve hayvanı tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakma suçlarını oluşturduğu ve 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi uyarınca daha ağır cezayı gerektiren taksirle yaralama suçundan cezalandırılması gerektiği..."[4].
- ✓ "Olay günü Datça İlçe Devlet Hastanesinde nöbetçi acil tabip olarak görevlendirilen sanık doktor Olgar'ın, muayene ettiği mağdur hastası Gonca'dan, idrar testi yaptırmasını istedikten sonra, onun peşinden gidip, bayanlar için tahsis edilmiş tuvalete giren mağduru, yan tarafta bulunan erkek tuvalet kabini içindeki engelli tutunma demirine çıkarak gözetlediği olayda, mağdurun mahremiyet beklentisini önemsemeyip, onun özel yaşam alanına ağır ve haksız müdahalede bulunan sanığın eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, sanığın, cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadına yönelik eylemiyle cinsel taciz suçunu da işlediği anlaşıldığından, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanık hakkında,

---

1 8. CD. 16.02.2006. 1004
2 4.CD. 1.6.2015. 30229
3 Bkz. Gülşen. 130 vd.
4 8.CD. 19.03.2014. 6855

TCK'nın 44/1. maddesine uygun olarak, daha ağır cezayı gerektiren özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir"[1].

Buradan anlaşılıyor ki, "fikri içtima halinde netice, aslında, bir tanedir fakat kanun bu tek neticeyi çeşitli maddelerde düzenlediğinden, bütün bu maddelerin zedelenmesi söz konusu olmaktadır". Fiil kavramı bu şekilde yorumlandığında, TCK 44'ün uygulamasının çok dar olacağı yönündeki eleştirileri de baştan kabul ediyorum. Bununla birlikte, tek fiil ile birden fazla suç işleme maharetini gösteren kişinin bu nedenle ödüllendirilmesine karşıyım.

- "Ancak fiilin tek sayılabilmesi için, sadece neticenin birden fazla olmaması yeterli değildir; ayrıca bu neticenin çeşitli ihlallere *aynı zamanda* meydan vermesi de gerekir. Şayet çeşitli ihlaller farklı zamanlarda, yani arada zaman fasılası olarak meydana gelmişlerse, fiil tek değildir ve bu gibi hallerde suçların başka sebeple - mesela zincirleme veya bileşik suç sıfatıyla- kaynaşmaları ve bir suç sayılmaları mümkün ise de fikri içtimanın bulunduğunu ileri sürmek imkânı yoktur". Söz gelimi mağdurenin rızası ile değişik zamanlarda cinsel ilişkide bulunma halinde, zincirleme suç durumu bulunabilirse de fikri içtima hali bulunamaz.

3. Fikri İçtima ve Teşebbüs, İştirak ve Diğer Özel Sorunlar

a. Teşebbüs

Fikri içtimada ve özellikle de tek neticeli sapmalarda, teşebbüs ile fikri içtimaın bir arada bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Tartışmanın temeli, kanunda geçen 'suç' kelimesidir. Ancak, zincirleme suçta teşebbüs aşamasında kalan hareket sanki bağımsız bir suçmuş gibi kabul edildiği dikkate alınacak olursa, fikri içtimada da aynı husus kabul edilmelidir. Bu nedenle, teşebbüs aşamasında kalan hareket de suç kabul edilerek fikri içtima kapsamında değerlendirilmelidir[2].

b. İştirak

İştirakte, katılanlardan biri veya bazıları, önceden anlaşılan suçtan başka bir suç işlerlerse; anlaşma dışındaki suçtan, sadece, o suçu işleyenler sorumlu olurlar. Bu durumda, farklı suç, fikri içtima kapsamı içinde değerlendirilemez[3].

c. Şikâyet

Fikri içtima kapsamına giren suçlardan birinin takibi şikâyete bağlı ise soruşturma evresinde, şikâyetin geri alınması halinde, savcı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verecektir. Bu durumda kovuşturulacak suç sayısı tek ise

---

1 12.CD. 21.10.2015, 2635/15992.
2 Özen, Suçların İçtimaı, 342.
3 Özen, Suçların İçtimaı, 344.

fikri içtima söz konusu olmayacaktır. Aynı durum, kovuşturma aşamasında da geçerlidir. Ancak, bu aşamada, sanığın kabulü gerekmektedir[1].

Bu noktada ortaya çıkan bir sorun, fikri içtima kapsamındaki iki suçtan birinin kovuşturulmasının şikâyete tabi olup, diğerinin re'sen yapıldığı hallerde, ağır olan suçtan dolayı şikâyetin yapılmaması veya geri alınması durumunda, hafif olan diğer suçtan dolayı soruşturma/kovuşturmanın yapılıp yapılamayacağıdır. Örneğin, köpek sahibi bir kimse, köpeğini başıboş bırakarak bir kimsenin yaralanmasına neden olduğunda, burada **hem** *taksirle yaralama* (**TCK** 89, zarar suçu) **hem de TCK** 177'deki *hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçu* (tehlike suçu) oluşmuş olacaktır. Bu takdirde *Yargıtay* fikri içtima kurallarının uygulanması görüşündedir (Ben bu takdirde asli norm-tâli norm kurallarının uygulanması gerektiğini aşağıda ilgili kısımda aktaracağım). Ancak burada ortaya çıkan sorun, mağdurun taksirle yaralama suçundan dolayı şikâyetçi olmaması veya şikâyetten vazgeçmesi durumunda, ağır olan suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağına göre, bu kez daha hafif olan **TCK** 177 gereğince soruşturma ve kovuşturma yapılıp yapılamayacağıdır.

Önceki kanun dönemine ait bir CGK kararında Yargıtay, *"fikri içtima nedeniyle ağır suçtan ceza verilse bile, hafif suçla ilgili olarak müsadere kararı verilmesi gerekir, zira fikri içtima uygulaması, suçların çokluğu gerçeğini ortadan kaldırmaz"* demektedir[2]. Bu mantıkla hareket edilecek olursa; fikri içtima kapsamındaki ağır suç şikâyet yokluğu nedeniyle soruşturulamaz veya kovuşturulamazsa, bu kez hafif suçtan dolayı yargılamanın yapılması gerektiği düşünülebilir. Bu uygulama adil olmayacaksa da fikri içtimaın kanun koyucu tarafından oluşturulan sun'i bir birlik olduğu gerçeği karşısında başka türlü hareket etmek mümkün olmayacaktır kanaatindeyim. Benzer şekilde, suçlardan ağır olanın affa veya zamanaşımına uğradığı hallerde de failin hafif olan suçtan dolayı cezalandırılması gerekecektir. Nitekim Yargıtay yeni kanun döneminde *verdiği bir kararda yukarıdaki kararındaki bakış açısını devam ettirmiştir: "Sanığın olay tarihinden bir hafta önce tartıştığı müştekiye ait ve cadde üzerinde bulunan araca ateş etmesi eyleminin, korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçu ile birlikte mala zarar verme suçunu da oluşturacağı; bu durumda müştekinin şikâyetçi olmaması nedeniyle mala zarar verme suçundan düşme kararı verilip, korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçundan da mahkûmiyet kararı verilmesinde isabetsizlik olmayıp..."*[3].

---

[1] Özen, Suçların İçtimaı, 361. '5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 44. maddesi uyarınca, işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekmekte ise de, bu suçlardan her birinin başlı başına cezalandırılabilir olması gerektiği, suçlardan birinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tâbi olup, şikâyetten vazgeçilmesi durumunda bu suçun fikri içtimaya dahil edilmeyeceği, doğrudan soruşturulup kovuşturulan suçtan ceza tayin edilmesi gerekeceği'. 14. CD. 21.05.2013, 6333.

[2] CGK. 12.11.1996 tarihli kararı, YKD. Şubat 1997, 270 vd.

[3] 8. CD. 18.03.2009, 4148.

d. Af

Genel af, soruşturma ve kovuşturma aşamasında iken çıkmış ve fikri içtima kapsamındaki suçlardan bir kısmı affın kapsamı dışında kalmışsa, bu suçlar fikri içtima bakımından göz önünde bulundurulamayacaktır[1].

e. Zamanaşımı

Fikri içtima kapsamına giren suçlar ikiden çok ise ve bu suçlardan, sadece, biri dava zamanaşımına uğramamışsa, dava zamanaşımına uğramayan tek suç kalacağı için, fikri içtima söz konusu olmayacaktır[2].

Dava zamanaşımının süresinin tespitinde, en ağır suçun soyut cezası dikkate alınacaktır. Keza, dava zamanaşımının başlama süresi, suçlar farklı zamanlarda işlenmiş ise somut olayda, hangi suçun zamanaşımı süresi daha fazla ise o suçun işlendiği zamana göre; aynı zamanda işlenmiş ise en ağır suçun işlendiği zamana göre tespit edilmelidir.

f. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Fikri içtima kapsamındaki suçlar aynı yerde işlenmişse, sorun bulunmamaktadır. Ancak, farklı yerlerde işlenmişse, en ağır cezayı gerektiren suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olmalıdır[3]. Görevli mahkeme de en ağır cezayı gerektiren suça göre belirlenmelidir.

FİKRİ İÇTİMADAN BAHSEDEBİLMEK İÇİN ÖNCELİKLE TEK HAREKET İLE TEK NETİCENİN VE FAKAT BİRDEN FAZLA KANUN HÜKMÜNÜN İHLALİNİN SÖZ KONUSU OLUP OLMADIĞINA BAKILIR. BU VARSA, TCK 44 UYGULANIR.

BUNA KARŞILIK TEK HAREKET İLE BİRDEN FAZLA NETİCE SÖZ KONUSU OLUYORSA, O TAKDİRDE BİRDEN FAZLA FİİL VARDIR VE TCK 44 UYGULANAMAZ. BU DURUMDA DA TCK 43/2 UYGULANABİLİR.

D. Görünüşte İçtima

Suçların içtimaı kapsamında ele alınması gereken son bir konu, öğretide bazı yazarlarca "kanunların içtimaı"[4] veya "kanunların tekliği"[5] adı da verilen görünüşte içtimadır. Burada, aynı olaya uygulanabilir gözüken birden fazla norm bulunmakta ve fakat bunlardan ancak biri olaya uygulanabilmektedir[6].

---

1 Özen, Suçların İçtimaı, 356.
2 Özen, Suçların İçtimaı, 358.
3 Özen, Suçların İçtimaı, 367.
4 Önder, II, 524; Demirbaş, 468.
5 Öztürk/Erdem/Özbek, 262.
6 İçel, Suç Teorisi, 456.

Ceza normlarının ve suçların çokluğunun görünüşte olması, yani gerçekte olaya sadece bir normun uygulanabilmesi dolayısıyla, bu tür içtimaya "görünüşte" içtima adı verilmektedir. Aslında bileşik suçta da görünüşte içtima durumu vardır[1]. Ancak ben bunları, öğretide de çoğu yazar tarafından yapıldığı gibi, yukarıda ayrı başlık altında ele aldım.

Burada inceleyeceğimiz görünüşte içtima şekilleri ise

I. Özel-genel norm ilişkisi,

II. Asli-yardımcı norm ilişkisi ve

III. Tüketen-tüketilen norm ilişkisidir.

1. Özel-Genel Norm İlişkisi

"Aynı eyleme görünüşte uygulanabilir durumda bulunan çeşitli normlardan birisi diğer normların unsurlarının yanı sıra bazı ek unsur ve özellikleri de ihtiva ediyorsa özel-genel norm ilişkisi söz konusu olur" ve bu durumda **özel normun önceliği ilkesi** geçerlidir[2]. Mesela Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun'da Atatürk büstlerine zarar verilmesi cezalandırılmakta, aynı şekilde **TCK** 151'de "mala zarar verme" cezalandırılmaktadır. Burada **TCK** 151 genel norm olup, özel norm olan Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun, Atatürk büstlerine zarar verilmesi halinde öncelikle uygulanmak durumundadır[3]. Keza, **TCK** 220'de düzenlenmiş bulunan "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu genel nitelikli bir suç tipidir. Buna karşılık **TCK** 314'teki "silahlı örgüt" suçu yine örgüt kurma suçunun genel nitelikli unsurlarını içeren özel bir örgüt kurma suçudur, zira burada bu maddede sayılan suçları işlemek amacıyla örgütün kurulması ve silahlı

"Sanığın evlilik dışı ilişkiae bulunduğu ...'den doğan çocuğunu evlilik birliği içinde resmi nikâhlı eşi ...'den olmuş gibi doğum bildiriminde bulunarak nüfus kütüğüne tescilini sağladığı olayda; sanık tarafından sahte bir resmi belge düzenlenmesi, gerçek bir resmi belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi veya sahte resmi belgenin kullanılması söz konusu olmadığından resmi belgede sahtecilik suçunun unsurlarının oluşmadığı, nüfus müdürlüğüne gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle çocuğun soybağının değiştirilmesi nedeniyle hem TCK'nun 231/1. maddesinde düzenlenen çocuğun soybağının değiştirilmesi, hem de 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinden yalan beyan ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunun 67/1. maddesinde hüküm altına alınan nüfus müdürlüğüne gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçlarının oluştuğundan söz etmek mümkün ise de TCK'nun 206. maddesinde genel olarak her türlü yalan beyanın, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 67/1. maddesinde bundan daha özel biçimde nüfus işlemlerinde yalan beyanın, TCK'nun 231/1. maddesinde ise sadece çocuğun soy bağı konusundaki yalan beyanın yaptırım altına alındığı nazara alındığında TCK'nun 231/1. maddesinin her iki düzenlemeye göre de "özel norm" niteliğinde olup "özel normun önceliği" ilkesi uyarınca sadece TCK'nun 231/1. maddesinin uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir", (CGK, 29.09.2015, 286).

[1] İçel, Suç Teorisi, 457.
[2] İçel, Suç Teorisi, 458.
[3] Önder, II, 525. Benzer şekilde bkz. TCK 307.

olması aranmaktadır. Bu durumda, bu maddedeki unsurlar gerçekleştiği takdirde artık genel norm niteliğindeki **TCK** 220 uygulama alanı bulmayacaktır[1].

Benzer şekilde **TCK** 76 ve 77'de örneğin "kasten öldürme" eyleminden bahsedilmektedir. Bu maddelerdeki "kasten öldürme" eylemi ile **TCK** 81'deki "kasten öldürme" suçu arasındaki ilişki de "özel-genel norm" ilişkisine örnek olarak gösterilebilir. Nitekim bu konudaki genel norm **TCK** 81 olup, bu maddede düzenlenmiş bulunan "kasten öldürme" eyleminin bir planın icrası suretiyle, millî, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı işlenmesi (**TCK** 76) veya siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi (**TCK** 77) halinde "soykırım" veya "insanlığa karşı suç" söz konusu olacak ve kasten öldürme suçuna nazaran özel norm niteliğindeki bu hükümler uygulama alanı bulacaktır (Benzer, bkz. **TCK** 310).

Suçun temel şekilleri ile nitelikli şekilleri arasında da özel genel norm ilişkisi vardır[2].

Yine, hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikap suçu (**TCK** 250/3), güveni kötüye kullanma suçunun (**TCK** 155) özel şeklidir. Bu nedenle, sadece irtikap suçu nedeniyle sorumluluk söz konusu olacaktır[3].

Bu konuya ilişkin son bir örnek olarak **TCK** 91/1'de düzenlenen "zorla organ alınması" suçu ile **TCK** 86, 87'de düzenlenen "yaralama" suçu arasındaki ilişki gösterilebilir. Esasen zorla organ alınması da yaralama iken, kanun koyucu bu eylemi ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiş bulunduğundan, zorla organ alınması halinde artık daha özel norm olan **TCK** 91/1 uygulanacaktır.

Özel ve genel norm ilişkisindeki eylemlerin de her birinin ayrı ayrı cezalandırılabilir olması gerekir. Bunlardan birinin cezalandırılamaması halinde, örneğin şahsi cezasızlık nedeni gibi bir nedenle, bu durumda sadece cezalandırılabilir eylemden dolayı ceza tayini yoluna gitmek gerekir. Bu takdirde de artık içtima kuralları uygulanmayacak, sadece tek suçtan ceza verilecektir.

2. Asli-Yardımcı Norm İlişkisi

Hareketin "bir normla beraber zorunlu olarak diğer bir normu da ihlal etmiş olması" halinde "asli-yardımcı (tali) norm" ilişkisi söz konusu olur[4] ve bu durumda **yardımcı normun sonralığı ilkesi** geçerlidir[5].

Asli-yardımcı norm ilişkisinde, "ihlal edilen diğer norm, suç tipinde ne bir unsurdur, ne de ağırlatıcı sebeptir veya suç tipinde yer almamış olabilir. Failin esas amacı ve gerçekleştirmek istediği norm ihlal edildiği takdirde, bu normun ihlali ile birlikte zorunlu olarak ihlal edilmesi gerekli olan norm, uygulanabilme imkânını kaybeder. Ne var ki, asli norm uygulanabilme imkânına sahip olmadığı takdirde, bu tâli norm uygulama alanına girer"[6]. Asli-yardımcı norm ilişkisine örnek olarak **TCK** 257 gösterilebilir. Burada kullanılan "*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*" ifadesi, bu hükmün yar-

---

1 Toroslu, Ceza Hukuku, 58, 59.
2 Zafer[3], 458.
3 Özen, İrtikap ve Rüşvet, 131.
4 Önder, II, 528.
5 İçel, Suç Teorisi, 459.
6 Önder, II, 528.

dımcı bir norm olduğunu ve dolayısıyla asli bir normun varlığı halinde uygulanmayacağını ifade etmektedir.

Bir kimsenin bir suçta hem fail hem şerik olması durumunda da failliğin şerikliğe nazaran önceliği vardır ve fail şeriklikten değil, faillikten cezalandırılır. Şeriklik içinde de; yardım etme, azmettirmeye nazaran yardımcı norm niteliğindedir[1].

Keza suç tiplerinin tamamlandığı hallerde, teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması; zarar suçları karşısında tehlike suçları da asli-yardımcı norm ilişkisine örnek olarak gösterilebilir[2].

Nitekim kanunumuzda, belirli tehlikelere neden olmak başlı başına bir suç olarak tanımlandıktan sonra, bu tehlike sonucunda bir zararın meydana gelmesi haliyle ilgili olarak ayrıca özel hükümlere genel olarak yer verilmemiştir (krş, **TCK** 97/2, 98/2. Bu tip bir durumda zarar meydana geldiğinde netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin kurallar uygulanarak ceza tayini yoluna gidilecektir. Bu tip bir durumda ise fikri içtima (**TCK** 44) hükümleri uygulanarak fail hakkında tek bir suçtan dolayı ceza tayini yoluna gidilebileceği gibi[3], kanımca bir tehlike suçundan sonra, aynı konuya yönelik zararın meydana gelmesi halinde asli-yardımcı norm ilişkisine ilişkin kuralların uygulanması suretiyle de faile tek bir suçtan, yani meydana gelen zarar suçundan ötürü[4] ceza tayini gerekeceği sonucuna da ulaşılabilir[5]. Uygulamada *Yargıtay* da madde gerekçesine uygun olarak, fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğine karar vermektedir: "*Sanığın geceleyin meskûn mahalde silahla 12 el ateş ederek mağduru yaralaması, 5237 sayılı TCK'nın 86. ve 170/1-c madde ve fıkralarında yazılı suçları oluşturacağı ve 44. maddedeki düzenleme uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren kasten yaralama suçundan dolayı ceza tayin edilmesi gerekir*"[6]. "*Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de hukuki anlamda hareketin tekliği ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Fikri içtimada da fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de ortaya konulan bu davranışlar suçun yasal tanımında yer alan hukuksal anlamdaki "tek fiili" oluşturmaktadır. Yasal istisnalar dışında,*

---

[1] Koca/Üzülmez, 432.

[2] Önder, II, 529.

[3] Krş. 170., 171. madde gerekçesi ve Özgenç, Gerekçeli, 25.

[4] Sanığın tedbirsiz ve dikkatsiz şekilde kullandığı aracının ve yük olarak taşıdığı lpg maddesinin yanması nedeniyle ile yaralamalı trafik kazasına sebebiyet verdiği, 5237 sayılı TCK'nın "Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması" başlıklı 171. maddesinin 1. fıkrasında taksirle yangına neden olan kişinin yangın çıkarması halinin suç olarak düzenlendiği, maddede belirtilen suçun tehlike suçu olup, somut olayda ise katılanın yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun oluştuğu dikkate alındığında; sanığın taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine taksirle yangına neden olmak suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...", 12. CD. 11.07.2013, 18943.

[5] Öğretide, tehlike suçu zarar suçu ilişkisinde, "korunan hukuki yararlar ile suçun özellikle maddi unsurları birbirinden farklı olması" gibi isabetli olmayan gerekçelerle, iki ayrı suçtan cezalandırmanın söz konusu olacağını savunan yazarlar vardır. Şen, Ersan, "Zehirli Madde Katma Suçu", Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 456.

[6] 8. CD. 27.09.2006, 7019; 8. CD. 02.05.2007, 3405; 9. CD. 13.11.2007, 8317.

*hukuki anlamda tek bir fiil birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde, bu suçlardan en ağır cezayı gerektirenin cezasına hükmolunması yasa gereği olup, suçların olası kastla veya doğrudan kastla işlenmiş olması da varılan bu sonucu değiştirmez. Somut olayda, mağdurları korkutarak oradan uzaklaştırmak için onların grup halinde bulundukları bölgeye doğru, birden çok kez ateş eden sanıkların "ateş etme" eylemlerinin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiğinde ve bu suretle, tek olan eylem sonunda hem her bir mağdura karşı olası kastla yaralama suçunun, hem de genel güvenliği tehlikeye sokma suçunun meydana geldiğinde kuşku bulunmadığından, sanıklar hakkında 5237 sayılı **TCK**.nun 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırından ceza verilmesi gerekmektedir"*[1].

Garantörsel ihmali suç ile saf ihmali suçun aynı anda söz konusu olduğu olaylarda, yardımcı normun sonralığı ilkesi uygulanarak, garantör sadece garantörsel ihmali suçtan cezalandırılır[2].

Bu çerçevede, **TCK** 179/2 ile **TCK** 89 ilişkisine değinmek gerekir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokan bir kimse, bu eylemi sonucunda bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet verdiği takdirde, olaya uygulanabilecek hem **TCK** 179/2 hem de **TCK** 89 söz konusu olabilecektir. Burada fikri içtima kurallarını uyguladığımız takdirde, daha ağır olan **TCK** 179/2'nin uygulanması gerekir ki, bu sonuç doğru olmaz. Hâlbuki uygulanması gereken içtima kuralı asli norm-yardımcı norm kuralıdır. Gerçekten de **TCK** 179/2 bir tehlike suçu olduğundan, artık zarar meydana gelmiştir ve bu norm zarar normu olan **TCK** 89 karşısında geri çekilmek durumundadır. Dolayısıyla bu tip hallerde uygulanması gereken hüküm **TCK** 89 hükmüdür. Bu noktada şöyle bir soru akla gelebilir. Fail mağduru taksirle yaralamayıp, sadece güvenliğini tehlikeye soksaydı, 2 yıla kadar ceza alacakken; yaraladığında alacağı ceza 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası olacaktır. Bu durumda, kişinin eylemi tamamlayıp, mağdura zarar vermesi tavsiye edilmek gerekecektir. Bu sonuç esasen kanunumuzun bir tehlike suçuna, zarar suçuna nazaran çok ağır bir ceza öngörmüş olmasından kaynaklanmaktaydı. Hâlbuki tehlike suçlarına verilecek ceza zarar suçlarına verilecek cezadan hafif olmak durumundadır. Kasım 2016 yılında yapılan değişiklikle bu eleştiride belirtilen husus düzeltilmiştir. Yeni düzenleme ile cezanın asgari haddi 3 ay olarak belirlendiğinden, hakim artık meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre adil bir ceza takdir edebilecektir.

Bu konuya ilişkin olarak verilebilecek bir diğer örnek, **TCK** 214/1 ve 214/3 ilişkisidir. 214. maddenin 1. fıkrasında bir tehlike suçu düzenlenmiştir. 3. fıkradaki düzenleme ise bir zarar suçudur. Bu itibarla, tahrik sonucunda suç işlenmiş olursa, tahrik eden kişi 3. fıkra gereğince azmettiren olarak cezalandırılacak ve bu durumda ayrıca 1. fıkranın uygulanması asli-tali norm ilişkisi dolayısıyla söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, **TCK** 179/2'de bir tehlike suçu düzenlenmiştir: *"Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi"* cezalandırılır. Örneğin, kalabalık bir semtte caddede otomobil yarışı yapanlar bu maddeye göre cezalandırılacaklardır. Ne var ki, bunun için, herhangi bir kimseye zarar verilmemiş olması gerekir. Eğer bu otomobil yarışı neticesinde bir kim-

[1] CGK. 06.07.2010. 162.
[2] Hakeri, İhmal, 301.

se örneğin yaralanmış veya ölmüşse artık 179. madde tali norm olarak uygulama alanı bulmayacak, asli norm olan yaralama veya öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır (aynı şekilde, **TCK** 179/3).

TCK 261 de yardımcı (tali) norm niteliğindedir. Norma tali norm niteliği veren husus, "fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde" ifadesidir. Böylece, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir başka suçu oluşturduğu takdirde, söz konusu suça ilişkin hüküm asli norm niteliğinde olduğu için uygulanacak, **TCK** 261 uygulanmayacaktır.

Suçlar ile kabahatler arasında da *asli-tali norm ilişkisi* vardır. Nitekim Kabahatler Kanunu 15/3. maddeye göre, "*bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*". Bu kanun koyucunun bir tercihidir. Kanun koyucunun aksi yönde bir tercih yaparak aynı eylem nedeniyle iki yaptırım öngörmesine bir engel bulunmamaktadır[1].

3. Tüketen-Tüketilen Norm İlişkisi

OLAY:

A, B'yi öldürür ve yakalanmamak için kaçar. A, saklandığı yerde uzun süre yemek temin edemeyince komşusunun tavuğunu çalar ve yer.

"Bir normun diğer bir normu da bünyesine almış olması haline "tüketen-tüketilen norm ilişkisi" adı verilir ve bu durumda geçerli olan ilke, her iki normu da içeren normun, diğer normu tüketmesidir"[2]. Yukarıda ele almış bulunduğumuz **bileşik suçlar** bu ilişkinin tipik örneğidir. Onun dışında, "**cezalandırılmayan önceki ve sonraki eylemler**" de tüketen-tüketilen norm ilişkisi çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir içtima problemi ortaya koymaktadır.

- **Bileşik suç**lar üzerinde yukarıda ayrıntılı olarak durduğumuz için burada değinmeyecek ve kısaca cezalandırılmayan sonraki eylemlere bağlanan sonuçları açıklayacağız. Buna göre, failin bir suçu işledikten sonra aynı suç konusu üzerinde bir başka suçu işlemesi halinde, ikinci fiili cezalandırılmayan fiil olarak, ilk suç içinde tüketilmiş sayılır ve ayrıca değerlendirilmeye alınmaz. Ancak bunun için ilk suçu işleyen ile

---

[1] "Hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)" ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılamaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu nedenle almış oldukları 1.00 promilin üzerindeki alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmalarına rağmen araç kullanan sürücülerin, idari para cezası yanında, ayrıca ceza yaptırımıyla da cezalandırılmalarını öngören kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır", AYM, 05.03.2015, 24.

[2] Önder, II, 526.

sonraki suçu işleyen faillerin aynı kişi olması ve mevcut zararın büyütülmemesi gerekir[1]. Örneğin, hırsızın çaldığı malı satması gibi.

- Doktrinde geçitli suç olarak da adlandırılan; örneğin, öldürme suçunu işleyen failin, mağduru yaralaması gibi durumlar da "**cezalandırılmayan önceki eylem**"lerdir (veya sonraki eylem ile birlikte cezalandırılan eylemler). *Yargıtay* da aynı görüştedir: Mağdureye sarkıntılıkta bulunduktan sonra, ırzına geçen failin eylemi tek cinsel saldırı suçunu oluşturur ve ayrıca sarkıntılıktan dolayı hükümlülüğe karar verilemez[2]. Keza, aile efradından birini terk suçunu işleyen (**TCK** 97/1) kimse, artık aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçundan (**TCK** 233/1) dolayı cezalandırılmaz. Yine kendisine aracın anahtarı emanet edilen kimsenin, aracı çalması halinde, güveni kötüye kullanma suçu cezalandırılmayan önceki eylem olur[3]. Burada fail artık sadece hırsızlık nedeniyle cezalandırılır.

"Kanun birçok hallerde, faili cezalandırmak, belirli fiillerin suç olduğunu ilan etmek için, en ağır neticenin gerçekleşmesini beklemez. En ağır neticeye götüren yolda ilerlerken daha hafif neticeyi gerçekleştirdikten sonra fail durursa, kendisine yalnız bu neticenin gerektirdiği ceza verilir (ancak failin kastına göre teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabileceği göz önünde tutulmalıdır). Fail bununla yetinmeyip hareketlerini devam ettirecek ve daha ağır sonucu gerçekleştirecek olursa yalnız daha ağır neticeden dolayı sorumlu tutulur; o ana kadar meydana gelmiş olan neticeler bağımsız kimliklerini kaybeder". İşte bunlara cezalandırılmayan önceki hareketler adı verilmektedir. Bunlar, tipikliğin gerçekleştirilmesinde bir ön basamağı teşkil eder ve bir sonraki basamakta, korunan hukuki yarara yönelik daha ileri derecede bir diğer fiilin varlığı halinde bağımsız niteliklerini kaybeder[4]. Böylece bunlar cezalandırılmayan önceki fiil niteliğini alır[5]. Bu itibar-

> *"Eylem hırsızlık malı satın almak ve saklamaktan ibaret tek fiil halinde tezahür ettiği gözetilmeden, iki ayrı suç kabul edilerek, yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur"*(6.CD.13.09.1979, 5620).

---

1 Önder, II, 528; İçel, Suç Teorisi, 468.
2 5. CD. 16.04.2007, 8931/2850.
3 Örnek için bkz. Wessels/Beulke, kn. 794.
4 Sanık M. T.'ın hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCK'nun 142/1-b, 143 ve 62. maddeleri uyarınca 1 yıl 11 ay 10 gün hapis, mala zarar verme suçundan aynı kanunun 151/1, 62, 58/6-7 ve 53. maddeleri uyarınca 3 ay 10 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına Asliye Ceza Mahkemesince verilen hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesince onanmasına oyçokluğuyla karar verilmiştir.
Daire Üyeleri N. Ç. ve H. K.: <Sanığın, suça konu aracın kapısına zarar verip, kontak kilidini kırarak düzkontak yapmak suretiyle çalması biçimindeki eylemi nedeniyle, hırsızlık suçundan mahkumiyet kararı verilmesiyle yetinilmesi gerektiği, hırsızlık suçundan cezalandırılırken suçun konusunu oluşturan aracı çaldığı için zaten ceza aldığını, ayrıca mala zarar verme suçundan mahkumiyet kararı verilmesinin yanlış olduğu> düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise,
<Hırsızlık suçu ziyadeci konuyan, mala zarar verme suçu ise mülkiyeti koruyan düzenleme esas alınarak gerçekleştirilmiş olup, hırsızlık suçunda özel olarak faydalanma kastının varlığı aranırken, mala zarar verme suçunun genel kasıtla işlenmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.
Hırsızlık suçu işlenirken ayrıca mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarının da işlenmesi halinde kural olarak bu suçlardan da ceza gerektiği yönündedir.

la, burada dikkat edilmesi gereken husus, failin hafif neticelerden artık sorumlu tutulmaması için ağır neticenin gerçekleşmiş olmasının gerektiğidir. Eğer ağır netice gerçekleşmezse, fail hafif neticeden sorumlu tutulacaktır, ancak burada da failin kastı dolayısıyla sorumluluğu ağır neticeye teşebbüsten olabilecektir.

Failin suç yolunda ilerlerken işlediği hafif suçun taksirli, ağır suçun ise kasten işlenmesi halinde cezalandırılmayan önceki eylem kabul edilemez. Örneğin A, geceleyin aracıyla giderken aniden önüne çıkan birine çarparak yaralanmasına neden olur. Aracından inen A, mağdurun kan davalısı B olduğunu görünce iyi ki vurmuşum diye düşünerek ölmesi için orada bırakarak aracına biner ve gider. Burada A'nın ilk fiili taksirle yaralama, ikincisi de kasten öldürmedir (A'nın ikinci fiili ihmali bir fiildir. Ortada bir garantörlük mevcut olduğundan -ingerenz- garantörsel ihmali suç söz konusudur). Bu iki fiil bakımından cezalandırılmayan önceki hareket kabul edilerek sadece kasten öldürmeden cezalandırma düşünülemez. Burada hem taksirle yaralama, hem de kasten öldürmeden cezalandırma söz konusu olacaktır[2].

Ancak sanığın hırsızlık konusu eşyayı çalma eylemi sırasında çalınan eşyaya da zarar verilmesi halinde ayrıca mala zarar vermek fiilinden ceza verilemeyecektir. Şöyle ki çalınmak istenen mal faydalanmak maksadıyla özel kastla ele geçirilen mal durumundadır. Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen bir fiil söz konusudur. Yani somut olayda olduğu gibi kablo kesilip araç düzkontak yapılmadan çalınması mümkün bulunmamaktadır. Deyim yerinde ise mala zarar verme fiilinin maddi ve manevi unsurları bu suçun içerisinde erimektedir.

Yine malın aynına yönelik hırsızlık eylemlerinde sanığın özel olarak maldan faydalanma kastı bulunmakla olup, mala zarar verme kastından da söz edilemeyecektir.

Bu çerçeve içerisinde düşünüldüğünde, sanığın müştekiye ait Keçiören kuşcağız mahallesinde park halindeki otomobili bağlantı kablolarına zarar verip düz kontak yaptırarak onun izni ve rızası olmadan götürmek şeklindeki eylemi hırsızlık suçunu oluşturup, ayrıca mala zarar vermek suçunu oluşturmadığı> görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

Dosya Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

...Mala zarar verme suçunun konusu ile hırsızlık suçunun konusunun aynı tanışır mal olması halinde, ayrıca mala zarar verme suçundan da ceza verilmemesi gerekmektedir. Ancak hırsızlık eylemi gerçekleştirilirken suça konu mal dışında bir başka eşyaya zarar verilmiş ise, mala zarar verme suçu ayrıca gerçekleşecektir. Örneğin, aracın camı kırılarak içerideki telefonun alınması halinde hırsızlık suçu yanında, ayrıca hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaya araç camının kırılmış olması nedeniyle mala zarar verme suçu da oluşacaktır. Bununla birlikte hırsızlık suçunun konusunu oluşturan eşyanın çalınması sırasında ayrıca bu eşyaya zarar verilmesi de söz konusu olduğu hallerde, bu durum 5237 sayılı TCK'nun 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığın hırsızlık suçunun konusunu oluşturan aracın kapısına zarar verip, kontak kilidini kırarak düzkontak yapıp çalıştırarak aracı götürmesi suretiyle çalması şeklindeki olayda, eylem gerçekleştirilirken suç konusu aracın direksiyon muhafazasının kırıldığı ve sağ ön kapının zarar gördüğü sabittir. Sanığın suç konusu araçla ilgili olarak hırsızlık eylemini gerçekleştirebilmek için araçtan bağımsız olan başkaca bir mala zarar vermesi söz konusu olmayıp, bizzat suç konusu olan araç üzerinde meydana gelen bir zarar bulunmaktadır. Burada suçun konusunu oluşturan mal, aracın tamamı olup, zarar da aracın çalınmasıdır. Bu nedenle sanığın, suça konu aracın kapısına zarar verip düzkontak yaparak çalması biçimindeki eylemi nedeniyle hırsızlık suçunun yanında, ayrıca mala zarar suçundan da hüküm kurulması isabetli değildir. CGK, 21.01.2014, 19-'Sanıkların müştekiye ait aracı çalıp zilyetliklerine geçirdikten sonra, aracı parçalamaları şeklinde gelişen olayda, sanıkların hakimiyetinde bulunan suça konu aracın mülkiyetine yönelik zarar verilmesi eyleminin ayrıca mala zarar verme suçunun unsurlarını oluşturmamasına karşın mala zarar verme suçundan sanıkların beraatı yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi, bozmayı gerektirmiştir', 13. CD, 02.06.2014, 19509.

Jescheck, 668.

[2] Nedensellik bağında objektif yüklenebilirlik yönüyle aksi görüşte Heinrich (Ed. Ünver), 162.

Yukarıdaki örnek olayda da kişinin çaldığı malı yemesi söz konusudur. Burada bu fiilden dolayı ayrıca cezalandırma söz konusu olmaz. Bu eylem cezalandırılmayan sonraki eylem niteliğindedir.

- İcrai ve ihmali hareketlerin birbirini takip etmelerinde de **cezalandırılmayan sonraki eylem** söz konusu olabilir. Nitekim her icrai ve ihmali hareket tek başına suç niteliği arz ediyorsa ve her ikisi de kasti veya taksirli ise bu takdirde sadece icrai hareket göz önünde tutulur ve ihmali hareket cezalandırılmayan sonraki eylem olarak kalır. Örneğin, bir kimseye ateş eden kişi, mağdurun yaralanıp kan kaybından ölecek olduğunu görmesine rağmen yardım etmemesi durumunda, sadece icrai fiilinden dolayı sorumlu tutulur. Kişinin ölmesi halinde, yardım etme şeklinde olan sonraki ihmali hareketi cezalandırılmayan sonraki fiil olarak kalır[1]. Buna karşılık her iki fiilin manevi unsur bakımından farklı olması halinde görünüşte içtima kuralları değil, gerçek içtima kuralları uygulanır, başka deyişle faile iki ayrı suçtan dolayı ceza verilir. Buna örnek olarak ilk fiilin taksirli, ikincisinin kasti olduğu haller gösterilmelidir. Aracıyla çarptığı (taksir) kimseye yardım etmeyerek ölmesine razı olan kimse (kast) bakımından, önce taksirle yaralama, sonra kasten öldürme (ingerenz dolayısıyla garantör olduğundan) söz konusu olur ve her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilir. Burada aynı zamanda sonradan eklenen kastın da söz konusu olduğuna dikkat çekmek gerekir. Baştaki eylem taksirli olsa bile, sonradan eklenen kast durumu vardır[2].

Suçların içtimaı konusunun başında verdiğim olayımızda hedefte sapma söz konusuysa da suçların içtimaı kapsamına giren herhangi bir durum söz konusu değil. Çünkü B, M'yi öldürmek için hareket etmiş, ilk kurşunun kızına isabet etmesi üzerine ateş etmeye devam etmiş ve neticeyi gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla farklı iradi kararla gerçekleştirilen birden fazla fiil söz konusudur. Fiil tekliği söz konusu olmadığı için tek fiili esas alan TCK 44 ve 43/2 uygulanmaz. Kızının öldürülmesi açısından taksir kabul edilirse, aynı suç işleme kararının bulunmaması ve farklı suçların gerçekleşmesi nedeniyle TCK 43/1'de uygulanamaz. Ayrıca mağdurların farklı olması ve kasten öldürme suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamaması nedeniyle de TCK 43/1 uygulanamayacaktır. B, M'yi öldürmek için birden fazla ateş etmekle beraber, birden fazla öldürmeye teşebbüs ve öldürme söz konusu değildir. Bu nedenlerle, B, M'yi ve kızını öldürmekten ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır (bu konuda bkz. yukarıda "Birden Fazla Neticenin Bir Suç Sayıldığı Durumlar" bahsi).

[1] Hakeri, İhmal, 307, 308.
[2] Hakeri, İhmal, 309.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAPTIRIM





Kanunumuzun üçüncü kısmı "Yaptırımlar" başlığını taşımaktadır. 45 ila 75. maddelerde yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu çerçevede de:

Birinci Bölüm'de: CEZALAR (**TCK** 45-52)

İkinci Bölüm'de: GÜVENLİK TEDBİRLERİ (**TCK** 53-60)

Üçüncü Bölüm'de: CEZANIN BELIRLENMESİ VE BIREYSELLEŞTİRİLMESİ (**TCK** 61-63)

Dördüncü Bölüm'de: DAVA VE CEZANIN DÜŞÜRÜLMESİ (**TCK** 64-75)

düzenlenmiştir. Bu başlık altında ayrıca ceza kanunumuzda değil, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da düzenlenmiş bulunan KOŞULLU SALIVERİLME ve Adli Sicil Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan ADLİ SİCİL KAYDININ SİLİNMESİ ve YASAK HAKLARIN GERİ VERİLMESİ konularını

getirilen cezaların veya Kanun'un ifadesiyle yaptırımların cebriliğini gideren bir durum bulunmamaktadır. Sonuç olarak seçenek yaptırımların tümü cezadır. (Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 473; Soner Hamza Çetin, Türk Ceza Kanununda Seçenek Yaptırımlar (TCK m. 50), Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 38-39) Özbek'e göre, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazminin tedbir niteliğinde olup olmadığı tartışılır olmakla birlikte, bu yaptırımların güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi gerekir. (Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 603-604) Zafer'e göre de, Türk Ceza Kanunu'nun "güvenlik tedbirleri" başlığı altında düzenlenen klasik güvenlik tedbirlerinden farklı olmakla birlikte bu tedbirler de hukuki nitelikleri itibariyle güvenlik tedbirleridir. (Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2015, s. 476, 485-486) Göktürk'e göre ise, bir eğitim kurumuna devam etme (m. 50/1-c), belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d), ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e) yaptırımları "güvenlik tedbiri"; mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi (m. 50/1-b) kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (m. 50/1-f) yaptırımları ise "onarıcı adalet yaptırımı" niteliğinde olup ceza adalet sistemimizde "cezalar" ve "güvenlik tedbirleri" yanında üçüncü bir kategori olarak "onarıcı adalet yaptırımı"na da yer verilmek suretiyle "iki şeritli" yaptırım sisteminden "üç şeritli" yaptırım sistemine geçildiğini söylemek mümkündür. (Neslihan Göktürk, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımların Hukuki Niteliği, Dünya'da ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, 12 Levha Yayıncılık, Cilt II, s.1891-1898) Maden'e göre de düzenlenişleri itibariyle "mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi" (m. 50/1-b) "onarıcı adalet yaptırımı" olarak, "bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme" (m. 50/1-c) yaptırımı "tedbir" olarak, bunların dışında kalan "belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma" (m. 50/1-d), "ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma" (m. 50/1-e) ve "kamuya yararlı bir işte çalıştırılma" (m. 50/1-f) ise "ceza" olarak görülmeye daha elverişlidir. Ancak 5237 sayılı TCK sistemi, adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımların birer "tedbir" olduğu, başka bir deyişle bu yaptırımların birer ceza olmadığı düşüncesi üzerine kurulu olduğundan her ne kadar düzenlenişleri itibarıyla sözü geçen yaptırımlar arasında bir tefrik yapılmışsa da, seçenek yaptırımlar ile TCK'nun diğer hükümleri arasında insicamın sağlanması bakımından adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımların, en azından gerekli kanunî değişiklikler yapılıncaya kadar, tedbir olarak kabul edilmesi savunulabilir bir görüş olarak görünmektedir. (Mehmet Maden, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 104-105)

Ceza kanunumuzda suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir. TCK'nun 45. maddesinin madde metni ve gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere ceza olarak sadece hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Şu halde adli para cezası dışındaki diğer

seçenek yaptırımların her biri aynı nitelikte olmamakla birlikte "güvenlik tedbiri" olduğu kabul edilmelidir. Nitekim 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4/1-d. maddesinde açıkça adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımların "güvenlik tedbiri" niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu yaptırımların infaz sürecinde değiştirilebilir olmaları da güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmelerine uygundur.

Ancak TCK'nun 50. maddesindeki seçenek yaptırım olarak öngörülen güvenlik tedbirleri ile TCK'nun "güvenlik tedbirleri" başlıklı 2. bölümünde 53-60. maddeler arasında düzenlenen klasik güvenlik tedbirleri arasında bir fark bulunduğu da bir gerçektir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için kusurun tespit edilmesine gerek yokken seçenek yaptırım olan güvenlik tedbirleri ancak kusurlu bulunan kişi hakkında uygulanabilmektedir. Bu bakımdan TCK'nun 50. maddesindeki seçenek yaptırım niteliğindeki güvenlik tedbirleri kısa süreli hapis cezasının yerine uygulanmaktadır (ikame sistemi). Mahkemece hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak "tedbir"e hükmedilmesi halinde faile ayrıca ceza verilemeyecektir"[1].

Kanun koyucu bazı hallerde, bir kimsenin belli bir süreyle hapis cezasına mahkûm olmasının, cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin pişmanlık duymasını sağlayabileceği görüşündedir. Kişi; gördüğü eğitim, yaşadığı sosyal çevre, psişik ve ahlaki eğilimleri itibarıyla, tesadüfi suçlu özelliği taşıyabilir. Bu kişilerin mahkûm oldukları cezanın infaz kurumunda çektirilmesi, toplum barışı açısından bir zorunluluk göstermeyebilir. Ayrıca, kısa süreli hapis cezalarının infaz kurumunda çektirilmesinin doğurduğu sakıncalar nedeniyle, kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişinin infaz kurumuna girmesini önleyecek seçenek yaptırımlar öngörülmesinde yarar vardır (TCK50. madde gerekçesi) (TCK 50):

"(1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya[2],

---

[1] CGK 24.03.2015, 65

[2] Sanıklar hakkında uygulanan 5237 sayılı TCY'nin 50. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde ise; "belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma" seçenek yaptırımı öngörüldüğü halde:
Sanıklar hakkında hükmedilen 2 ay 27 gün hapis cezasının 5237 sayılı TCY'nin 50. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca "2 ay süreyle K... S... Koyü dışına çıkmaktan yasaklanması" seçenek yaptırımına çevrilerek, sanıkların yaşadıkları koyden dışarı çıkmaları tamamen yasaklanarak 5237 sayılı TCY'nin 50. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendine aykırı nitelikte ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eki olan 4 no.lu protokolün 2. maddesinde düzenlenen "serbest do-

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

çevrilebilir.

(2) Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez.

(3) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

(4) Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adlî para cezasına çevrilebilir. Ancak bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz.

(5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir.

(6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren

---

laşım özgürlüğü" ile Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan "seyahat özgürlüğü" hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek biçimde hüküm kurulması. 2. CD. 23.02.2012. 4079.

Denetimli Serbestlik ve Yaptırım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği'nin 38/3. maddesine göre: 5237 sayılı TCK'nın 50/1-d bendinde tanımlanan belirli yerlere gitmek ve belirli etkinliklerden yasaklamanın amacı, sanığın suç işlemesinde, suça yönelmesinde, zararlı alışkanlıklar edinmesinde veya bağımlılık yapan maddeler kullanmasında, çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan ya da yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri tetikleyecek yerler ve etkinliklerden uzak tutulmasıdır. Bu şekilde sanığın, yeniden suç işlemesini teşvik edici ortamlardan uzaklaşması sağlanarak, suçu engelleyici etkenleri güçlendirmek, sosyalleşmesini sağlamak, kanunlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam sürmesine yardım etmek amaçlanmaktadır. Tedbirin Kanun'a konuluş amacı gözetildiğinde suçun nedeni tespit edilerek, sanığın, suçu doğuran ortamdan uzak tutulması sağlanmalı, hükmün gerekçesinde de yapılması yasaklanan etkinlik ile gidilmesi yasaklanan yerlerin ne şekilde sanık üzerinde olumsuz etki meydana getirdiği gösterilmelidir. Hükmolunan yaptırım tedbiri ile işlenen suç arasında, yeni suçların işlenmesine engel olacak bir bağlantı olmalıdır. Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama tedbiri, suçu doğuran nedenlerle sanığın temasının kesilerek yeni suçların işlenmesini engelleme amacına hizmet etmeli, yaptırımın infazının denetlenebilir, yerine getirilebilir olmasına dikkat edilmelidir.

Yargılamaya konu somut olayda; sanığın, elektronik posta iletisi ile katılanı tehdit etmekten ibaret eyleminin, "5 ay süreyle internet servisi sağlanan, umuma açık ticari yerlere gitmekten yasaklanması" şeklinde, infazının denetlenmesi mümkün olmayacak, işlenen suçla zorunlu olarak bağlantısı bulunmayan yerlere gitmekten yasaklanma yaptırımına hükmolunması, yasaya aykırıdır. 4. CD. 11.02.2013. 3537.

mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir".

2. Uygulama

Seçenek yaptırımlar bakımından ülkemiz uygulamasında değişik türden mahkeme kararlarının verildiği basından takip edilmektedir (Gaspçıya okuma yazma cezası; ruhsatsız silah taşıyan dedenin kahvehaneye girmesi yasaklandı; memura karşı gelen çobana üç yıl klasikleri okuma cezası; kaçak elektriğe, güzellik salonuna ve düğüne gitmeme cezası; kaçak elektriğe sinemaya gitmeme cezası; Cem Uzan'a öfkeyi kontrol dersi alma cezası). ABD uygulamasından ise ilginç örnekler olarak şunlar verilebilir: "Bir yılda beş kere, üzerinde "ben mütevazı bir vatandaşı öldürdüm" yazılı pankart ile dolaşma"; "mağdurun fotoğrafını cüzdanında taşıma" gibi[1].

Seçenek yaptırıma çevirme konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmışken, **TCK** 50/3'te belirtilen halde, seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu getirilmiştir[2]. Maddede belirtilen koşulların gerçekleşmemesi halinde hâkimin seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu olmamakla beraber, hâkim seçenek yaptırıma çevirme konusundaki maddede düzenlenen diğer koşullar gerçekleşmişse, takdirini seçenek yaptırıma çevirme yönünde kullanabilir[3].

Önceki mahkumiyet ile ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi ve kesinleşen cezalara ilişkin adli sicil kaydının silinmesi durumunda, diğer şartlar da gerçekleşmişse **TCK** 50/3 hükmü uygulanmak zorundadır[4].

Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hâkim hapis cezasına hükmetmeyi tercih etmişse, bu cezayı artık **TCK** 50/1-a hükmünü uygulayarak, adli para cezasına çeviremez (**TCK** 50/2). Bu sonuç, **TCK** 50/3'teki durum için de geçerlidir. Dolayısıyla, **TCK** 50/3'teki zorunlu çevirme durumunda dahi, hâkim adli para cezası dı-

---

1 Houston Chronicle gazetesi. 14.05.2008.

2 "**Suç tarihinde 65 yaşından büyük olan ve adli sicil kaydında hapis cezasına mahkumiyeti bulunmayan sanıklar hakkında tayin olunan kısa süreli hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nin 50/3. madde hükmü uyarınca birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğunun bulunduğu...**", 3. CD. 12.11.2013. 39709.

3 Bkz. 4. CD. 05.12.2006. 17299.

4 "Sanığın adli sicil kaydı incelendiğinde, Sungurlu Sulh Ceza Mahkemesi'nin adli para cezasına mahkumiyetini içeren kaydın silinme koşullarının oluştuğu, Sungurlu Sulh Ceza Mahkemesi'nin diğer bir mahkumiyet hükmü ile ilgili olarak da CMK'nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinden, ortada bir mahkumiyet hükmünün bulunmaması nedeniyle, TCK'nın 50/3. maddesinin uygulama şartlarının varlığı düşünülmeden sanığın 25 günlük hapis cezasının TCK'nın 50/1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilme zorunluluğunun gözetilmemesi kanuna aykırıdır". 12. CD. 08.04.2014. 8623.

şındaki seçenek yaptırımlara çevirme yetkisine sahiptir[1]. Bu hüküm mantıki bir zorunluluğun sonucudur. Zira başta hâkime adli para cezasını seçme yetkisi verilmişken, bu yetkisini çeşitli nedenlerle kullanmayarak hapis cezasını seçen hâkimin, bu kez aynı cezayı adli para cezasına çevirmesinin mantıksız olacağı düşünülmüştür. Ancak *Yargıtay*, kanundaki bu açık hükme rağmen, **TCK** 86/2'de düzenlenen seçimlik cezalardan hapis cezasının tercihi durumunda, eğer **TCK** 50/3. fıkra kapsamında bir durum varsa, hapis cezası tercih edilmiş olsa bile, bu cezanın adli para cezası da dâhil bütün seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiğine karar vermiştir[2]. Bu görüş şimdi Ceza Genel Kurulu tarafından da benimsenmiştir[3].

Sanık veya müdafiinin hapis cezasının adli para cezasına veya tedbire çevrilmesi talebinde bulunması halinde, bu istem hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekmektedir[4]. Sanığın suçu işleyiş biçimi olumlu değerlendirilip, özgürlüğü bağlayıcı cezanın alt sınırdan belirlenmesine karşın, aynı hususların olumsuzluğundan söz edilerek öngörülen cezanın paraya çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi suretiyle çelişkiye yol açılması, hukuka aykırıdır[5].

Kişinin işlediği birden fazla suç bulunduğu takdirde, bunlardan seçenek yaptırıma çevirmenin koşullarını taşıyan suçlar bakımından, bu hususun tartışılması gerekir[6].

Kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen adli para cezası da taksitlendirilebilir[7].

Mahkeme hapis cezasını seçenek yaptırımlardan sadece bir tanesine çevirebilir ve adli para cezası da bu seçenek yaptırımlardan birisidir. Bu nedenle, mahkemenin önce cezanın bir katı süre ile birahane, bar gibi içkili yerlere gitmekten ve bu süre ile araç kullanmaktan yasaklanmasına, sonra da **TCK** 50/1-a gereğince 600 TL adli para cezasına çevrilerek iki defa seçenek yaptırım uygulanması yasaya aykırıdır[8].

---

1 Koca/Üzülmez, 447.

2 2. CD. 29.01.2007, 933.

3 **'Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık: suç tarihinde 65 yaşını bitirmiş olan sanığa, seçimlik cezanın öngörüldüğü bir suçtan tercihen verilen kısa süreli hapis cezasının TCK'nun 50/3. maddesi uyarınca, adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.**

Maddenin ikinci fıkrasında yasaklayıcı bir düzenleme yapan kanun koyucunun, üçüncü fıkrada hiçbir sınırlama yapmaksızın zorunlu çevirme hallerini düzenlemiş olması ve fıkra gerekçesinde de fıkrada belirtilen süreler deki hapis cezalarının açıkça adli para cezasına da çevrilebileceğini belirtilmiş bulunması karşısında, sanık hakkında hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına da çevrilebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Sanığa yüklenen taksirle yaralama suçu için seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüş olup, suç tarihinde 65 yaşından büyük olan sanık hakkında temel ceza olarak hapis cezasını tercih eden yerel mahkemece, sonuç olarak hükmedilen 5 ay kısa süreli hapis cezasının 5237 sayılı TCK'nun 50/3. maddesi gereğince aynı kanunun 50/1. maddesinde belirtilen para cezası dahil seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiğinin gözetilmemesi usul ve kanuna aykırıdır', Ceza Genel Kurulu, 11.02.2014, 62.

4 9. CD. 15.11.2007, 8315; 5. CD. 20.09.2006, 7076.

5 4. CD. 07.11.2007, 9001.

6 1. CD. 03.04.2006, 1129.

7 CGK. 05.02.2008, 18.

8 2. CD. 27.06.2006, 12468; 2. CD. 31.01.2007, 1187.

Kısa süreli hapis cezası, mahkûm olunan c

"Kısa süreli hapis cezasının, TCK'nın 50/1-d maddesinde yer alan, "belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma" seçenek yaptırımına çevrilebilmesi için, hükmedilen seçenek yaptırımın, işlenen suçla bir şekilde bağlantılı olması, başka bir deyişle suç işlemeye yönelten sosyal, psikolojik veya çevresel etkenlerle sanık arasındaki bağı ortadan kaldırarak sanığın, yeniden suç işlemesini önlemeye yönelik kanuni amacın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Nitekim, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 33/2. maddesi uyarınca, belirli yerler ve etkinlikler; "sanık veya hükümlünün suç işlemesinde, suça yönelmesinde veya zararlı alışkanlıklar edinmesinde ya da bağımlılıkyapan maddeler kullanmasında, çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan ya da sanık veya hükümlünün yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri tetikleyecek yerler veya etkinliklerdir" biçiminde tanımlanmıştır.

*İncelenen dosyada, işlenen suçlarla Yönetmelikte belirtilen biçimde bağlantısı bulunmamasına karşın, infazının denetlenmesi mümkün olmayacak, anılan bentteki "belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma" kapsamında değerlendirilemeyecek ve sanık E... yönünden ayrıca eylemin yaptırımsız kalması sonucunu doğuracak biçimde, TCK'nın 50/1- d maddesi uyarınca, sanık E...'e verilen kısa süreli hapis cezasının "**10 ay süre ile mağdur E...'ın rızası hilafına yanına 5 metreden fazla yaklaşmama**", sanık E... hakkında tayin olunan kısa süreli hapis cezasının ise, "**6 ay süre ile mağdurun rızası hilafına işlettiği tuvaleti ücretsiz olarak kullanmaktan men**" seçenek tedbirlerine çevrilmesine karar verilmesi, kanuna aykırıdır", 4.CD, 29.05.2013 16416*

3. Taksirli Suçlarda Uygulama

Taksirli suçlardan ötürü hükmolunan hapis cezası kısa süreli olduğu takdirde, taksir bilinçli de olsa, hapis cezası adli para cezasına çevrilebilecek; ancak taksirin bilinçli olduğu hallerde, hükmedilen hapis cezası uzun süreli ise ceza adli para cezasına çevrilemeyecektir (**TCK** 50/4). Hemen belirtelim ki, taksirli suçlardan hükmedilen iki yıldan fazla hapis cezalarının önce adli para cezasına dönüştürülüp, bilahare dönüştürülen para cezası dikkate alınmak suretiyle CMK hükümleri gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi yasal olarak mümkün değildir[1].

4. Çevirmenin Sonucu

"Hakkında seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, bu ceza infaz edilmeyecek ve kişi açısından bu cezaya mahkûmiyete bağlı hukuki sonuçlar doğmayacaktır" (madde gerekçesi).

Seçenek tedbir hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilemezse, mahkeme tedbiri değiştirebilir (**TCK** 50/7). Ne var ki, adli para cezasına hükmedilmiş olur da hükümlü elinde olmayan nedenlerle adli para cezasını ödeyememiş olursa, bu cezanın başka bir tedbire çevrilmesi olanağı yoktur, zira kanun sadece tedbirlerin çevrilmesine imkân tanımıştır.

Kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezası ödenmediği takdirde, kısa süreli hapis cezasının infazına karar verilemez. Bu takdirde, CGTİK 106 gereğince adli para cezasının infazına ilişkin hükümler uygulanır. Bu hükme göre de kişi hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilecektir. Bunun sonucu olarak, hapis cezasına mahkûm olmaktan kaynaklanan sonuçlar söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla da asıl mahkûmiyet adli para cezası sayılacak (**TCK** 50/6) ve buna bağlı sonuçlar hükümlü bakımından doğacaktır. Başka ifadeyle, **TCK** 50/6'daki sonuçlar adli para cezasının gereklerinin yerine getirilmemesi halinde değil, sadece aynı maddedeki tedbirlerin yerine getirilmemesi veya başlanıp da devam edilmemesi halinde söz konusu olacaktır.

C. Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı bakımından CGTİK bazı özel yöntemler kabul etmiştir. CGTİK 110 gereğince altı ay veya daha az süreli hapis cezaları; hafta sonu infaz, geceleri infaz, konutta infaz gibi özel infaz usullerine göre infaz edilebilecektir[2].

---

[1] CGK. 17.02.2009, 24.

[2] [(1) Hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme, altı ay veya daha az süreli hapis cezasının:
a) Her hafta cuma günleri saat 19.00'da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları,
b) Her gün saat 19.00'da girmek ve ertesi gün saat 07.00'de çıkmak suretiyle geceleri, Ceza infaz kurumlarında çektirilmesine karar verebilir.
(2) Mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukuki sorumlulukları saklı kalmak üzere,

Bu infaz türlerine kararın infaz aşamasında infazın yapılacağı yer dikkate alınarak ilgili hakim tarafından karar verilmesi gerekmektedir. Karar veren hakimin infaz yetkisini sınırlar şekilde konutta infaza karar vermesi kanuna aykırı olur[1].

D. Hapis Cezasının Ertelenmesi

1. Şartları
- **a. Mahkûmiyetin Cinsi ve Süresi**
- **b. Daha Önceden Mahkûmiyet Bulunmaması**
  - **aa. Mahkûmiyet Sayılan Haller**
  - **bb. Mahkûmiyet Sayılmayan Haller**
- **c. Mahkemenin Kanaati**
- **d. Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Erteleme**

2. Erteleme Kararı

3. Ertelemenin Şarta Bağlanması

4. Denetim Süresi

5. Ertelemenin Sonucu

6. Erteleme Kararının Düşmesi

7. Erteleme Kararının Kamu Görevinden Yasaklanmaya Etkisi

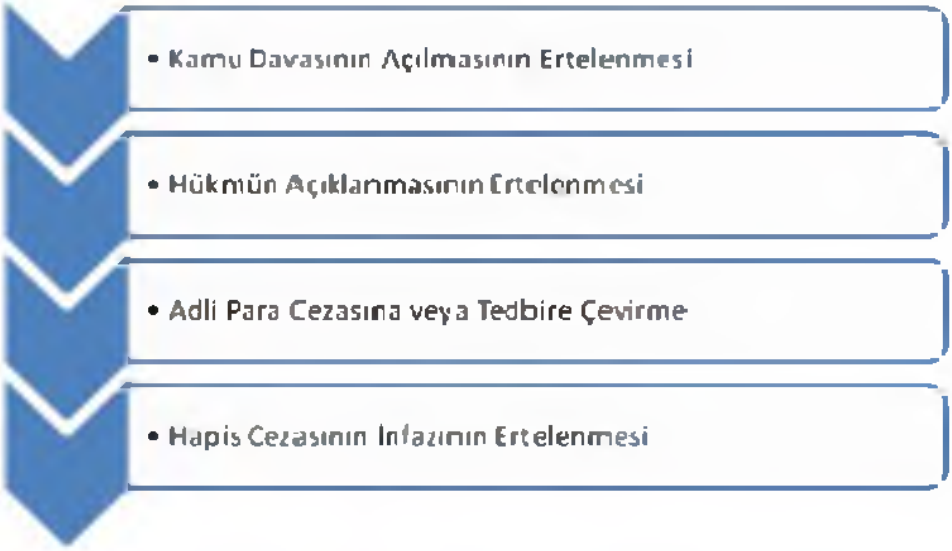
Kanunumuz sadece hapis cezasının ertelenmesini (tecil) öngörmüş bulunduğundan, kanunumuzun sistematiğine sadık kalarak, hapis cezasının incelendiği bölümden hemen sonra bu cezanın ertelenmesine ilişkin düzenlemeleri de ele almakta yarar görüyorum. Ancak belirtmek gerekir ki, ceza hukuku sistemimizde hapis cezasının ertelenmesinin yanı sıra, "kamu davasının açılmasının ertelenmesi" (CMK171) ve "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" (CMK231) müesseselerine de yer verilmiştir.

Ceza muhakemesini ilgilendiren ve 5560 sayılı kanun ile Aralık 2006'da yetişkin ceza hukukuna da giren bu müesseselere burada değinmekle yetiniyorum. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, cezası ağır olmayan suçlarda yargılama veya infaz alternatifleri yeni ceza hukuku sisteminde çok genişlemiştir. Bu sistem kademeli olarak şöylece özetlenebilir:

---

a) Kadın veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları altı ay.
b) Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları bir yıl.
c) Yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları üç yıl veya daha az süreli hapis cezasının konulunda çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir.
Bu infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde, cezanın baştan itibaren infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir (CGTİK 110/5).

[1] 3. CD, 12.11.2013, 39709.



"Yasa koyucu, cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin erteleme veya seçenek yaptırım ya da tedbire çevirme yönünde bir öncelik sıralaması belirlememiş, gözetilecek ölçütleri göstermekle yetinerek hangisinin uygulanacağı hususunu hâkimin takdirine bırakmıştır. Hâkim, sanığın durumunu dosyadaki bilgi ve belgelere ve duruşmada edindiği izlenime göre değerlendirerek, bu kurumlardan hangisinin uygulanacağını ya da uygulanmasının gerekmediğini yasada öngörülen ölçütlere göre takdir etmelidir" (CGK, 02.10.2007, 192).

Mahkemenin, kural olarak ilk defa suç işleyip de bu suçtan ötürü hapis cezasına mahkûm olan kimsenin, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla, ileride tekrar suç işlemeyeceği kanısına vardığında infazı kanunda öngörülen belli sürelerde geri bırakmasına **erteleme** adı verilir (**TCK** 51/1-a, b).

TCK 51/8'e göre cezası ertelenen kimse, denetim süresi içinde 51. maddede açıklanan şartlar içinde yeniden bir suç işlememiş olursa, ertelenen ceza infaz edilmiş sayılır. Böylece erteleme koşullu af olmaktan çıkarılıp, ceza infaz kurumu haline getirilmiştir (madde gerekçesi).

Erteleme mahkûm için bir hak değildir. Keza mahkûmun ertelemeyi istememe hakkı da bulunmamaktadır[*].

1. Şartları

a. Mahkûmiyetin Cinsi ve Süresi

Hapis cezasına mahkûmiyet söz konusu olmalıdır. Güvenlik tedbirleri ertelemeye konu olamaz. Nitekim *Yargıtay* da "sürücü belgesinin geri alınması ceza olmayıp tedbir niteliğinde olduğundan, **TCK** 51 hükmü karşısında ertelenemeyeceğinin gözetilmemesi"nin yasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Aynı şekilde, adli para cezaları da ertelenemez. Hapis cezaları ertelenirken, adli para cezasının ertelenememesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş, Yüksek Mahkeme, bu hususun kanun koyucunun takdirinde oldu-

[*] Soyaslan, 554.

ğunu ve "*ertelemenin, cezanın bireyselleştirilmesinde hâkime takdir hakkı tanıyan bir kurum olduğu da dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın hâkimin takdir hakkını ortadan kaldırdığı söylenemeyeceğine*" dikkat çekmiştir[1].

Karar da hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilmişse, adli para cezası ertelenemez ise de hapis cezası ertelenebilecektir.

Hapis cezası bakımından ise çeşitli ihtimaller değerlendirilmelidir (**TCK** 51/1):

- Hükümlü 18 yaşından küçük ise 3 yıla kadar (üç yıl dâhil) hapis cezasına mahkûmiyet halinde erteleme mümkündür.
- Hükümlü 19–65 yaş grubunda ise 2 yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezası söz konusu ise erteleme mümkündür.
- Hükümlü 65 yaşından büyük ise 3 yıla kadar (üç yıl dâhil) hapis cezasına mahkûmiyet halinde erteleme mümkündür.

Bu noktada aşağıdaki hususlara dikkat çekmek gerekir:

- Cezanın erteleme kapsamında olup olmadığı belirlenirken, fiil için kanunda öngörülmüş bulunan cezaya değil, "hâkimin suç sebebiyle fail hakkında tespit ettiği **somut cezaya**" bakılacaktır. Dolayısıyla somut olayda tüm nitelikli haller uygulandıktan sonra ortaya çıkan cezanın belirtilen sınır içinde olduğu görülürse, ceza ertelenebilecektir[2].
- Mahkûm olduğu süreyi **tutuklu** olarak geçiren kimsenin de cezası ertelenebilecek ise de yeni kanunumuzun sisteminde bunda yararı bulunmamaktadır. Zira erteleme nedeniyle kişi sadece cezaevine girmekten kurtulmaktadır ki, zaten tutuklu olduğu süre zarfında cezaevinde kalmıştır. Ayrıca erteleme nedeniyle adli sicil kaydı da silinmediğinden yararı olmayacaktır. Kaldı ki, cezanın ertelenmesi kişiye denetim süresi içinde yeni suç işlememe gibi bir ek külfet de getireceğinden, yararlı olmayan bir uygulama olacaktır.
- **Birden fazla cezaya hükmedilmesi** durumunda, müstakil cezalara göre mi, yoksa toplam cezaya göre mi tecilin mümkün olup olmadığının tespit edileceği sorusu ile karşılaşılır. *Yargıtay*'ın eski kanunumuz döneminde toplam ceza erteleme sınırını geçiyorsa ertelemenin mümkün olmayacağına ilişkin kararları[3] bulunmakta ise de kanunumuzun artık cezaların içtimaını kabul etmemesi karşısında ertelemenin mümkün olup olmadığı müstakil cezalara göre belirlenmek durumundadır. *Yargıtay* da önceki baskılarda savunduğum bu görüşe uygun içtihat geliştirmiş bulunmaktadır: "*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cezaların içtimaına ilişkin bir hüküm bulunmadığı gözetilmeden, erteleme konusunda, yazılı şekilde "hükümlünün resmi evrakta sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından verilen hapis cezalarının toplam miktarı nazara alınarak 5237 s. yasanın 51. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına dair, yasal olmayan gerekçeyle karar verilmesi...*"[4].

---

[1] AYM. 19.02.2009. 26.
[2] Önder. III. 189.
[3] CGK. 31.03.1975. 69.
[4] 11. CD. 02.04.2007. 2282. aynı yönde. CGK. 10.04.2007. 87; Turhan. Erteleme. 32.

- Failin işlediği **birden fazla suçta**, bu suçların hepsi erteleme kapsamında ise bir kısmının cezalarının ertelenip, diğerlerinin infazına karar verilemez[1]. Aynı şekilde, suçlardan erteleme kapsamında olan veya olmayan suçlar varsa, erteleme kapsamındaki suçların ertelenmesi olanaklı bulunduğundan, bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmelidir[2].
- **Bütün özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki erteleme** hükümleri de **TCK** 5 dolayısıyla, **TCK** 51 hükmüne tabi kılınmıştır. Bu itibarla bu hükümdeki koşullar yerine gelmek kaydıyla, bütün hapis cezaları ertelenebilecektir.

b. Daha Önceden Mahkûmiyet Bulunmaması

Hükümlünün daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekir (**TCK** 51/1). Üç ay ve daha az hapis cezası ertelemeye engel değildir. Keza adli para cezası ya da tedbir de ertelemeyi engellemez.

Bu noktada aşağıdaki ihtimallerin değerlendirilmesi gerekir:

aa. Mahkûmiyet Sayılan Haller

- Kişinin koşullu olarak salıverilmesi tecile engeldir. Zira koşullu salıverilmede dışarıda geçirilen sürede suç işlenmezse ceza çekilmiş sayılır. Dolayısıyla mahkûmiyet hükmü mevcut olmaya devam eder. Bu itibarla da tecile engeldir. Dışarıda geçirilen sürede suç işlenmesi halinde bu yeni suçun tecilinin mümkün olmayacağı ise açıktır.
- Daha önceki mahkûmiyet taksirli bir suçtan dolayı ise bu tecile engel değildir.
- Önceki mahkûmiyet ertelenmiş olsa dahi, bu mahkûmiyet ertelemeye engeldir.Ertelemede denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halli olarak da geçirilse, ceza infaz edilmiş sayılacağından bu mahkûmiyet ertelemeye engel teşkil eder.
- Adliye mahkemeleri dışındaki mahkemelerce verilen hapis cezası da ertelemeye engeldir. Örneğin, sıkıyönetim mahkemeleri gibi.
- Yabancı mahkemelerden verilen hükümler ertelemeye engeldir. Aslolan mahkûmiyetin olup olmamasıdır[3].

bb. Mahkûmiyet Sayılmayan Haller

- Adliye mahkemelerince verilen karar henüz kesinleşmemişse ertelemeye engel olmaz. Karar kesinleşene kadar erteleme kararı verilebilir. Bilahare karar kesinleşip de mahkûmiyet hükmü söz konusu olsa dahi ertelemeye etkisi olmaz[4].

---

1 Önder, III. 190.
2 CGK. 27.11.2007, 249.
3 A.g., Koca/Üzülmez, 460.
4 Öztürk/Erdem/Ozbek, 387.

- Adli Sicil Kanununun 12. maddesi gereğince adli sicil ve arşiv bilgileri silinirse, artık erteleme engeli ortadan kalkar, zira mahkûmiyete ilişkin olarak ancak bu kayıtlar esas alınabilir.
- Sırf askeri suçlardan ötürü verilen mahkûmiyetler adli sicile kaydedilmediğinden (AdSK 5), ertelemeye engel oluşturmaz[1].
- Kısa süreli hapis cezası **TCK** 50 gereğince adli para cezasına veya bir tedbire çevrildiği takdirde, bu mahkûmiyet tecile engel olmaz, zira **TCK** 50/5'e göre, "*uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir*".
- Dava zamanaşımı ortada bir mahkûmiyet bulunmadığından tecile engel olmadığı halde, ceza zamanaşımı tecile engel olur, zira ortada kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti vardır. Ancak doğaldır ki, bu cezanın hapis cezası olması gerekir.
- Ön ödeme tecile engel olmaz. Zira adliye mahkemelerince verilen bir mahkûmiyet söz konusu değildir.
- Genel af, kamu davasını ve hükmolunan cezaları "bütün neticeleri" ile birlikte ortadan kaldırdığından (**TCK** 65/1) ertelemeye engel olmaz. Buna karşılık özel af halinde mahkûmiyet hükmü bulunmaya devam ettiğinden ertelemeye engel olur[2].
- Şikâyetten vazgeçmenin sanık tarafından kabul edilerek, düşme kararı verildiği hallerde kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti bulunmadığından erteleme mümkündür.
- Hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde hapis cezası ertelenebilir, zira ortada henüz bir mahkûmiyet yoktur.
- Esasen bir mahkûmiyet bulunmakla beraber, kanunun bazı şartlar altında bu mahkûmiyetin bütün sonuçlarını ortadan kaldırdığı hallerde de erteleme olanaklıdır. Örneğin, **TCK** 184/5 gereğince, "*kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar*"[3]. Bu durumda, ortada bir mahkûmiyet bulunmakla beraber kanun mahkûm olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağını hükme bağladığından, kişinin bilahare suç işlemiş olması durumunda, bu suçtan dolayı verilecek hapis cezasının diğer koşullar gerçekleştiği takdirde ertelenmesine engel bir durum yoktur.

c. Mahkemenin Kanaati

Ertelemenin üçüncü ve son şartı, kişinin, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda

---

1 Koca/Üzülmez, 459.

2 Turhan, Erteleme, 35.

3 Keza Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TCK 230/5'te de benzer bir hüküm vardı: "*Aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar*".

mahkemede bir kanaatin oluşmasıdır. Buna göre mahkeme erteleme kararı verip vermemekte takdir yetkisine sahiptir. Ancak takdir yetkisinin keyfi olarak kullanılmaması gerekir. Nitekim yerleşik *Yargıtay* içtihatlarına göre de mahkeme erteleme kararını veya erteleme istemini ret kararını gerekçelendirecektir.

Erteleme kararı verilebilmesi için sanığın duruşmada hazır bulunması zorunlu değildir[1].

d. Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Erteleme

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/1. maddesine göre, *"er ve erbaşlar ile yedek subayların askere girmeden veya silâhaltına çağrılmadan önce işledikleri yukarı haddi iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlara ait davalarda soruşturma ve kovuşturma işlemleri askerliklerini bitirmelerine kadar geri bırakılır"*.

2. Erteleme Kararı

Erteleme kararının verilebilmesi için **talep**te bulunulmasına gerek yoktur. Mahkeme ertelemeye re'sen karar verir. Ne var ki, yerleşik *Yargıtay* içtihatlarına göre sanık veya savcı tarafından cezanın ertelenmesi (tecili) istenirse, hâkim olumlu veya olumsuz bir karar vermek zorundadır[2].

Kararı verecek makam, **esas hakkında karar veren mahkeme**dir. Erteleme kararı hükümle birlikte verilir.

Erteleme kararının süre belirtilmeksizin salt "ertelenmesine" denilmek suretiyle verilmesi gerekir. "Verilen cezanın takdiren 2 yıl süre ile ertelenmesine" biçiminde karar verilmesi yasaya aykırıdır[3].

Verilen hüküm temyiz edilir ve Yargıtay tarafından bozulursa, yeniden yapılacak ceza muhakemesi bakımından daha önce verilmiş **erteleme kararı saklı kalır**, zira erteleme failin kişiliği ile ilgili bir karardır, bir kez verilince kazanılmış hak teşkil eder[4].

Denetim süresi içinde veya dışında yeni bir suç işlenmesi durumunda, **erteleme kararına rağmen**,TCK 58 gereğince **tekerrür** hükümleri uygulanacaktır, zira ortada bir mahkûmiyet hükmü vardır.

Ayrı ayrı erteleme şartlarını taşıyan birden fazla suç işlenmişse, kişiliğin her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilerek bunlardan sadece bazıları için tecil yoluna gidilemez. Yani erteleme bölünme kabul etmez. Buna **ertelemede bölünmezlik** denilir[5].

Bir olayda takdiri indirim sebeplerinin bulunması ertelemeye engel değildir. *Yargıtay* da erteleme ile TCK 62'den[6] birinin uygulanmasının, diğerinin de **mutlaka uygulanmasını gerektirmeyeceği** görüşündedir[1].

---

1 Turhan, Erteleme, 37.
2 Donmezer/Erman, III, 43, 44.
3 2. CD. 14.01.2008. 121.
4 Öztürk/Erdem/Özbek, 389.
5 Erem/Danışman/Artuk, 830.
6 765 s. TCK 59.

Ertelemeye karar verilmesi için erteleme sebebinin, gerekçesinin gösterilmesi gerekir.

3. Ertelemenin Şarta Bağlanması

"Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir" (**TCK** 51/2).

Erteleme şarta bağlandığı takdirde, *"koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir"* (**TCK** 51/2). Bu şartların yerine getirilmesi hükümlünün rızası ile olmalıdır, aksi takdirde (örneğin, cebri icra yoluyla zararın tazmini durumunda), şartlar yerine getirilmiş sayılamaz[2].

Zararın tazmini veya giderilmesi, aynı zamanda bir etkin pişmanlık hükmü olarak düzenlenmişse, bu durum, artık bir erteleme şartı olarak belirlenemez. Aksi uygulama, soruşturma sırasında zararı tamamen tazmin eden sanıklar aleyhine sonuç doğurur[3].

4. Denetim Süresi

"Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz" (**TCK** 51/3). *"Denetim süresi içinde;*

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine,

mahkemece karar verilebilir" (**TCK** 51/4).

TCK 51/3 maddesi uyarınca cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere bir denetim süresi belirleneceği, ancak, aynı maddenin 6. fıkrası uyarınca hükümlünün kişiliği ve sosyal durumu göz önünde bulundurularak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlenmeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verilebileceği hükmü getirildiği halde, sanığın herhangi bir denetime tabi tutulma-

---

[1] İBK. 07.06.1976, 3: "Daha önce kasıtlı bir suçtan hapis cezasına mahkûm edilmeyen ve duruşmadaki saygılı tutum ve davranışları nedeniyle hakkında 5237 sayılı TCK'nun 62 maddesi uygulanan sanığın, aynı kanunun 51/1-b maddesinde suç işlendikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaatin oluşup oluşmadığı hususu irdelenmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile cezanın ertelenmesine yer olmadığın karar verilmesi, bozmayı gerektirir". 2. CD. 19.01.2010, 302.

[2] Donmezer/Erman, III, 58.

[3] 2. CD. 25.11.2009, 44482.

sına yer olmadığına karar verilmesi Yargıtay tarafından bozma sebebi yapılmıştır[1].

5237 sayılı **TCK** 51/3 uyarınca, cezası ertelenen hükümlü hakkındaki denetim süresi mahkûm olunan ceza süresinden az olamayacağı gözetilmeden 2 yıl mahkûmiyete hükmedip, 2 yıl yerine 1 yıl denetime tabi tutulmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır[2].

Denetimli serbestlik tedbiri olarak maddede belirtilenler dışında bir tedbire hükmedilmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay da kanunda belirtilmeyen "alkollü içecek kullanmasının ve alkollü içki kullanılan yerlere girmesinin yasaklanması" tedbirine karar verilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir[3]. Benzer şekilde, *"5237 sayılı kanunun 51/4 maddesinde, hapis cezasının ertelenmesi halinde belirlenen denetim süresi içinde hangi tedbirlere karar verilebileceğinin sınırlı olarak sayılmış bulunduğu gözetilmeden, sanık hakkında anılan maddede yer almayan, 5 ay süre ile ikametine en yakın karakola giderek imza atması şeklinde tedbir kararı verilmesinde isabet görülmemiştir"*[4].

"Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir" (**TCK** 51/5).

"Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir" (**TCK** 51/6).

Yargıtay da kanundaki bu hükümlere işaretle, *"51. maddenin 3. fıkrasında denetim süresi belirlenmesi yönünde bir zorunluluk getirilmiş olunmasına karşın, denetim süresince yükümlülük belirlenmesi veya uzman kişi görevlendirilmesi hususu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Denetim süresince yüklenilecek yükümlülük ise 51. maddenin 4. fıkrasında, sınırlı bir şekilde sayılmış olup, mahiyetleri itibariyle birden fazla yükümlülük belirlenmesi mümkün bulunmadığı gibi, bu yükümlülüklerin değiştirilmesi veya ilave yükümlülüklere hükmedilmesi de mümkün değildir"* şeklinde karar vermiştir[5].

5. Ertelemenin Sonucu

"Denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır" (**TCK** 51/8).

6. Erteleme Kararının Düşmesi

"Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir" (**TCK** 51/7).

---

1 2. CD. 01.11.2006, 17359.
2 11. CD. 13.12.2007, 9296.
3 2. CD. 07.05.2007, 6303.
4 3. CD. 18.09.2006, 6553; CGK. 14.11.2006, 243.
5 CGK. 17.07.2007, 170.

Denetim süresi içinde taksirli bir suçun işlenmesi halinde, erteleme düşmez.

Yukarıda, yabancı mahkemelerden verilen hükümlerin ertelemeye engel olduğunu belirtmiştim. Burada ortaya çıkan sorun ise erteleme sonrasında yurt dışında bir suç işlendiği takdirde, bu suçtan dolayı ertelemenin düşüp düşmeyeceğidir. Öğretide kabul edilen husus, bu suçtan dolayı yurt dışındaki bir mahkûmiyetin ertelemeyi düşürmeyeceği, ertelemenin düşmesi için bu suçun Türkiye'de kovuşturularak Türkiye'de bir mahkûmiyet kararının verilmesinin gerekli olduğudur[1].

Ertelemenin düşmesine dair karar son mahkûmiyet hükmünü veren mahkeme verir. Ancak esasen ertelemenin düşmesinden kaynaklanan netice kendiliğinden meydana gelir ve bu mahkemenin kararı sadece bir "beyan" niteliğindedir[2].

Erteleme denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi dolayısıyla düşerse, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. İkinci ceza da ayrıca çektirilir. Ayrıca tekerrür hükümleri de uygulanır.

Verilen mahkûmiyet kararlarının kesinleşmesinin beklenmesi gerekir. Yargıtay da ertelenen cezaya ait hükmün kesinleştiği araştırılmadan infaz edilmesine karar verilemeyeceği görüşündedir[3].

7. Erteleme Kararının Kamu Görevinden Yasaklanmaya Etkisi

Kamu görevlisi görevin sağladığı hak ve yetkiyi kötüye kullanarak suç işlemişse, cezanın infazı süresince ve ayrıca infazdan sonra hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bir süre kamu görevinden yasaklanır (**TCK** 53/5). Bu takdirde ceza ertelenmiş olsa bile, cezanın infazı devam ediyor sayıldığından, kamu görevinden yasaklanma erteleme süresince de söz konusu olacaktır. Buna karşılık, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler bakımından kamu görevinden yasaklanma söz konusu olmayacaktır (**TCK** 53/4)[4].[5].

II. ADLİ PARA CEZASI

A. Gün Para Cezası Sistemi

"Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir" (**TCK** 52/1).

---

1 Donmezer/Erman, III, 57.
2 Erem/Danışman/Artuk, 851.
3 Önder, III, 209, a.g. Erem/Danışman/Artuk, 845.
4 Ayrıntılı bilgi için bkz., Turhan, Erteleme, 41 vd.
5 Önceki kanunumuz döneminde Danıştay, ertelenmiş bulunan bir mahkûmiyet hükmü nedeniyle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 ve 98/b maddeleri uyarınca devlet memurunun görevine son verilemeyeceğine karar vermişti. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 15.11.1990, 2/2.

Kanunumuz idari nitelikli para cezasından farkını ortaya koymak bakımından bu yaptırım türüne "adli para cezası" demektedir. Bu sistemde adli para cezası ilke olarak hapis cezası ile birlikte değil, bu cezaya alternatif olarak uygulanacaktır. Ancak özellikle ekonomik çıkar amaçlı suçlarda suçun işlenmesiyle bir çıkar elde edildiği kesin olarak öngörülmekle birlikte, bunun miktarının belirlenemediği durumlara özgü olarak, kanunda ayrıca gösterilmesi koşuluyla hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörülmüştür (madde gerekçesi).

Adli para cezası bakımından kanunumuzun kabul ettiği sistem, gün para cezası sistemidir. "Gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir" (madde gerekçesi).

Gün para cezası sisteminde, hâkim öncelikle, işlenen suç karşılığı olarak kanunda öngörülmüş bulunan sınırlar arasında bir gün birimini belirleyecektir. Bu belirleme sırasında **TCK** 61/1 göz önünde tutulacaktır. Söz gelimi, hâkim 50 gün belirlemiş olsun. Bilahare kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı takdir edilecektir. Bu takdirde alt sınır 20, üst sınır ise 100 TL'dir (**TCK** 52/2). Kişinin ekonomik durumu ve şahsi hallerine göre bu miktar 20 ila 100 TL arasında azalıp, artabilecektir. Söz gelimi hâkim her gün için 30 TL belirlemiş olsun. Bu durumda 50 günx30 TL= 1500 TL, hükmedilecek olan adli para cezasının miktarıdır. Böylece ekonomik durumu iyi olan bir kimse için bu miktar örneğin 80 TL olarak belirlenip, adli para cezası 50 günx80 TL=4000 TL olabilecekken, ekonomik durumu zayıf bir kimse bakımından örneğin 50 günx20 TL olarak takdir edilerek, toplam 1000 TL adli para cezası öngörülebilecektir. Görüldüğü üzere belirlenen gün birimi değişmemesine rağmen, sonuçta hükmedilen adli para cezasının miktarı değişmektedir.

Adli para cezasına, belirlenecek tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarın çarpılmak suretiyle hükmolunması gerekirken, adli para cezasının, gün yerine "sene" esas alınarak tayini kanuna aykırıdır[1]. Aynı şekilde, gün yerine ay üzerinden de uygulama yapılamaz[2].

Hâkim, kararında adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarı ayrı ayrı gösterecektir (**TCK** 52/3). Adli para cezası hesaplanırken, **TCK** 61 hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur (**TCK** 61/8). Temel ceza belirlendikten sonra, cezanın bireyselleştirilmesine yönelik artırım ve indirimlerin gün üzerinden yapılması ve belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle adli para cezasının belirlenmesi gerekir. Sonuç ceza değişmese bile, bu şekilde değil de adli para cezası belirlendikten sonra artırım yapılarak hüküm kurulması kanuna aykırıdır[3].

---

1 11. CD. 31.01.2007. 413.
2 2. CD. 06.06.2007. 8295.
3 Bkz. 2. CD. 07.12.2006. 19747.

Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz (**TCK**61/9). Bu hükme göre, adli para cezasının hesaplanmasına ilişkin temel gün belirlenirken, ilgili suç tanımındaki hapis cezasının alt ve üst sınırının göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde, adli para cezasının ödenmemesi halinde uygulanacak hapis süresi bakımından dengesiz sonuçlar ortaya çıkabilir (madde gerekçesi).

Adli para cezasına kanun tarafından miktar olarak bir alt sınır getirildiği hallerde, ceza yine gün olarak belirlenip, takdiri hafifletici sebep bu gün üzerinden uygulanacak, sonra bir güne karşılık gelen TL belirlenerek ceza belirlendikten sonra, kanunun öngördüğü alt sınır miktara hükmedilecektir[1].

B. Süre Tanınması, Taksit ve Ödememenin Sonuçları

Kişiye ekonomik ve şahsi halleri göz önünde bulundurularak, adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşmesinden itibaren en fazla bir yıla kadar bir süre tanınabileceği gibi, bu cezanın taksitle ödenmesi imkânı da tanınabilir. Taksitlerden biri zamanında ödenmediği takdirde, geri kalan kısmının tamamı tahsil edilir ve ödenmeyen adli para cezası hapse çevrilir (**TCK** 52/4).

---

[1] "Sanığın nitelikli dolandırıcılık suçundan sonuç olarak iki yıl altı ay hapis ve suçtan elde edilen menfaatin iki katı kadar adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilen olayda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ile Özel Daire arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, 5237 sayılı TCK'nun 158. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki para cezasının nasıl hesaplanacağının belirlenmesine ilişkindir.
5377 sayılı Kanunun 19 maddesiyle yukarıda belirtilen maddenin birinci fıkrasının sonuna "Ancak (e), (f) ve (j) bentlerinde sayılan hâllerde hapis cezasının alt sınırı üç yıldan, adlî para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz" cümlesi eklenmiştir.
Türk Ceza Kanununun 52. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "adlî para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir." Aynı Kanunun cezaların belirlenmesinde esas alınan 61. maddesine 5377 sayılı Kanunun 7. maddesi ile eklenen sekizinci fıkranın; "adlî para cezası hesaplanırken bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adlî para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur" şeklindeki düzenlemeler uyarınca sonuç ceza, gün olarak belirlenen para cezasının, bir günün karşılığı kanunda düzenlenen iki sınır arasında mahkemece takdir edilen miktarla çarpılması sonucu ulaşılan adli para cezasıdır.
Bu durum karşısında 5377 sayılı Kanunun 19. maddesinin gerekçesi göz önüne alınarak, dolandırıcılık suçundan adli para cezasına karar verilirken, TCK'nun 158. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hükmolunan gün karşılığı para cezası, şartların varlığı halinde takdiri indirim uygulaması da yapıldıktan sonra aynı Kanunun 52. maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilecek, ulaşılan cezanın suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olması durumunda adli para cezası, anılan Kanunun 158. maddenin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca suçtan elde edilen menfaatin iki katına çıkarılacaktır. Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde,
Alt sınırdan ceza tayin eden yerel mahkemece, hapis cezasının yanında temel para cezası olarak belirlenen beş günün, TCK'nun 62. maddesindeki takdiri indirim hükmü uygulanmak suretiyle dört güne indirilmesi, aynı kanunun 52/1. maddesi uyarınca günlüğü 20 Liradan uygulama yapılarak 80 Lira adli para cezasına hükmolunması, ancak 158. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca bu miktar suçtan elde edilen 850 Liralık haksız menfaatin iki katından az olamayacağından para cezasının 1.700 Liraya yükseltilmesi isabetli bir uygulamadır". CGK, 12.02.2013, 51.

Sanık hakkında tayin olunan adli para cezasının taksitlendirilmesine karar verildiğinde, taksit sayısının da kararda belirtilmesi gerekir[1].

Sanığın veya müdafiinin "*lehe olan hükümlerin uygulanması*" talebinde bulunması halinde, bu talebin hükmolunan adli para cezasının taksitlendirilmesi istemini de içerdiği kabul edilmekte ve bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi *Yargıtayca* bozma sebebi olarak görülmektedir[2].

Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması halinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir (CGTİK 106/3).

Adli para cezası ödenmediği takdirde gecikme zammı uygulanması olanağı bulunmamaktadır[3].

TCK 52/4 gereğince taksitlerin ödenmemesi veya CGTİK 106/3 gereğince adli para cezasının ödenmemesi halinde öngörülen hapis (kamuya yararlı bir işte çalıştırma), **tazyik hapsidir**[4]. Dolayısıyla hukuki sonuçları itibarıyla adli para cezası geçerliğini devam ettirmektedir. Hapse çevrilmesine rağmen, hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır (CGTİK 106/9).

Adli para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümle adli para cezasına mahkûmiyet söz konusu ise bu süre beş yılı geçemeyecektir. Bu hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamaz (CGTİK 106/7).

Hükümlü, hapis yattığı veya kamuya yararlı işte çalıştığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkarılır veya kamuya yararlı işte çalıştırılma sona erer (CGTIK 106/8). İnfaz edilen hapsin veya kamuya yararlı işte çalışmanın süresi, adli para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılır (CGTİK 106/11).

---

1 2. CD. 14.02.2007. 2048.
2 2. CD. 29.11.2007. 16005.
3 3. CD. 06.04.2006. 2866.
4 Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü hallerde adli para cezasına hükmedilmişse bu cezanın infazı 5275 sayılı Yasanın 106 maddesine göre yapılacak ve hükümlü tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse C.Savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilecektir.
Bu durumda çevrilen hapsin infazı ertelenemeyeceği gibi koşullu salıverme hükümleri de uygulanmayacaktır, ancak hükümlü hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkarılacaktır.
Anılan yasa maddesinin amaç, kapsam ve gerekçesinden de anlaşılacağı üzere doğrudan tayin olunan adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle dönüştürülen hapis cezası para cezasının infazını sağlamaya yönelik tazyik hapsi niteliğinde olup bu nedenle 5275 sayılı Yasanın 110.maddesi uyarınca özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilemez", 9.CD. 11.07.2007. 6197.

Hükümde, adli para cezası takside bağlanmamış ise savcı bir aylık süre içinde adli para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verir (CGTIK 106/6). Hükümde "para cezasının takside bağlanmasına yer olmadığına" karar verilmiş olsa bile savcılığın bu yetkisi bulunmaktadır[1].

TCK 50/6.maddede yer alan "yaptırımın" ibaresi 5739 sayılı kanun ile "tedbirin" olarak değiştirilmiş, CGTİK 106.maddenin 4. ve 9.fıkraları yeniden düzenlemiş ve 10. fıkrası yürürlükten kaldırılmış olup, kanun değişikliği doğrudan hükmedilen ve hapisten çevrilen adli para cezalarının infazına ilişkin farklı rejimleri ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirilmiştir. Adli para cezalarının tamamı bu değişiklikten sonra CGTİK 106.maddesinde belirtilen yönteme uygun biçimde infaz edilecektir. Bu değişiklikten sonra hapisten çevrilen adli para cezasının yerine getirilmemesi durumunda **TCK** 50/6 uygulanamayacak, bir başka deyişle hükmü veren mahkemenin kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen çektirilmesine karar veremeyecektir[2].

Fiili işlediği tarihte 18 yaşından küçük olan sanıklar hakkında hükmolunan adli para cezasının ödenmemesi halinde hapse çevrilmesi mümkün değildir[3].

§2. GÜVENLİK TEDBİRLERİ

I. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma
II. Müsadere
A. Tanım
B. Müsaderenin Çeşitleri
1. Eşya Müsaderesi
2. Kazanç Müsaderesi
III. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri
IV. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri
V. Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular
VI. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri
VII. Alkol veya Uyuşturucu Bağımlısı Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri
VIII. Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi

Çağdaş ceza hukuklarında yaptırım türü olarak ceza ön planda olup, ölçüsü kusurdur. Ancak bunun yanı sıra tehlike haline dayanan güvenlik tedbirleri de benimsenmiştir.

---

[1] CGK. 11.06.1984. 210.
[2] 9. CD. 28.01.2009. 1064.
[3] 3.CD. 08.06.2016. 15035.

Yeni ceza kanunumuz bakımından da bu esaslar varlığını korumakta, cezalarla güvenlik tedbirlerini birlikte uygulayan düalist sistem söz konusu olmakta, hatta güvenlik tedbirleri klasik okuldan etkilenen önceki kanuna nazaran çok daha geniş ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, kanunumuzun güvenlik tedbirleri sisteminin kendine özgü bir sistem olduğunu da belirtmek gerekir. Güvenlik tedbirleri öğretide "suçludaki tehlike haliyle orantılı olarak hükmedilen ve esas itibarıyla sosyal savunma amacına yönelmiş bulunan yaptırımlar"[1] olarak tanımlanmaktadır. Nitekim "güvenlik tedbirlerine, failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin derecesine göre hükmedilir. Tedbirin süresi, failin tehlike hali ile orantılıdır. Failin tehlikeli kişiliğine dayanan tedbir, tehlikelilik devam ettikçe tatbik edilir. Toplum için tehlike arz eden bir kimsenin tehlike halinin yok edilmesi gayesini güden tedbir, tehlike halinin ortadan kalkmasıyla, yani amacın elde edilmesiyle sona erer. Bu bakımdan tehlike halinin devamına bağlı olan tedbirin süresi baştan itibaren tespit edilemez"[2]. Kanunumuzdaki belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, müsadere ve tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirlerinin ise tehlike haline dayandığı tartışmalıdır. Zira bu tedbirler ilgili maddelerde belirtilen şartlar altında, bir suç neticesinde hapis cezasına mahkûm olan herkes hakkında uygulanmaktadır.

Nitekim yeni kanunumuzda ferî cezalara yer verilmediği, bunun yerine, emniyet tedbirleri adı altında daha önce fer'i ceza olarak nitelendirilen yaptırımların düzenlendiği hususuna öğretide de işaret edilmektedir[3].

Bu ön açıklamalardan sonra belirtmek gerekir ki, kanunumuzda güvenlik tedbirleri oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunda öngörülmüş olan güvenlik tedbirleri şunlardır (**TCK** 53-60):

Bir. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma

İki. Eşya müsaderesi

Üç. Kazanç müsaderesi

Dört. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri

Beş. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri

Altı. Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular

Yedi. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri

Sekiz. Alkol veya uyuşturucu bağımlısı kişiler hakkında güvenlik tedbiri

Bunların dışında da örneğin 227/8. maddede özel bir güvenlik tedbiri öngörülmüştür (fuhşa sürüklenen kişinin tedavi veya psikolojik terapisi).

Ayrıca, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'da da "**seyirden yasaklanma**" güvenlik tedbiri öngörülmüştür (md.18/1)[4].

---

1 Donmezer/Erman, III, 567.

2 Artuk, Yeni, 16, 17.

3 Bkz. Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku, 10.

4 Kişinin, bu kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı mahkemece kurulan hükümde, hakkında güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanmasına karar verilir. Seyirden yasaklanma ibaresinden kişinin müsabakaları ve antrenman-

Bu tedbirlere bakıldığında, güvenlik tedbirlerinin ceza ile ilişkisi bakımından iki husus dikkat çekmektedir. Güvenlik tedbirlerinin bir kısmı ceza ile birlikte uygulanırken (örn. belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma), bir kısmı ise ceza yerine uygulanmaktadır (örn. akıl hastaları bakımından).

I. BELLİ HAKLARI KULLANMAKTAN YOKSUN BIRAKILMA

A. Kavram

B. Uygulanış Şekli ve Süresi

1. Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olan Hak Yoksunluğu

a. Kapsamı

b. Şartları

c. Süresi

2. Hâkimin Zorunlu Olarak Hükmetmesiyle Ortaya Çıkan Hak Yoksunluğu

a. Kapsamı

b. Şartları

c. Süresi

3. Hâkimin Takdiren Hükmetmesiyle Ortaya Çıkan Hak Yoksunluğu

a. Kapsamı

b. Şartları

c. Süresi

A. Kavram

Toplumsal yaşamda kişiler arası ilişkiler güven üzerine kuruludur. Fakat kişinin suç işlemesi durumunda toplumun kişiye karşı olan güveni sarsılmaktadır. Bu nedenle suç işleyen kişi, özellikle güven ilişkisinin varlığını gerektiren belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır (madde gerekçesi). TCK 53'e göre kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı süresi ne olursa olsun, hapis cezasına mahkûm olduğu takdirde, kural olarak mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır.

Güvenlik tedbirlerinin niteliği itibarıyla tehlikelilik halinde uygulanmasına karşın, hak yoksunluğu tedbirinin uygulanabilmesi için failin tehlikeliliğinin değil, kusurunun aranması öğretide eleştirilmektedir[1].

---

ları izlemek amacıyla spor alanlarına girişinin yasaklanması anlaşılır. Hükmün kesinleşmesiyle infazına başlanan seyirden yasaklanma yaptırımının süresi cezanın infazı tamamlandıktan itibaren bir yıl geçmesiyle sona erer. Bu güvenlik tedbirine ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte hükmedilmesi halinde, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl geçmesiyle bu güvenlik tedbirinin uygulanmasına son verilir. Güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu hükümlerine göre kaydedilir.

[1] Turhan, 173.

Bu güvenlik tedbiri ile çelişkili gibi görünen bir uygulama, **eski hükümlü çalıştırma uygulaması**dır. İş Kanunu'nun 30.maddesine göre, kamu işyerlerinde yüzde iki eski hükümlü çalıştırmak zorunluluğu vardır. Bir yandan TCK 53'te kamuda çalışmaktan yasaklanma güvenlik tedbiri söz konusu iken, bir başka kanunla buna imkan verilmesi nasıl anlaşılmalıdır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İş Kanunu hükmü TCK hükmünden sonra çıkarılmıştır. Hem daha özel olmak hem de daha yeni olmak itibarıyla öncelikle İş Kanunu hükmünün uygulanması gerekmektedir. İkinci olarak, İş Kanunu işçi sıfatıyla çalıştırmayı öngörmektedir. Bu düzenlemeyi Ceza Kanunu ve İnfaz Kanunu ile birlikte yorumlamak ve amaçlarını birlikte değerlendirmek gerekir. Ceza kanununun hükümleri bir anlamda ceza infaza da dolaylı olarak hizmet etmektedir ve burada işçi statüsü dışına taşmamak kaydıyla, koşullu salıvermede denetim süresinde olan hükümlüler açısından dahi bir sorun yoktur. Sonuç olarak işçi olarak çalıştırmaya bir engel yoktur. Çünkü İş Kanunu işçi olarak istihdamdan bahsederek TCK 53'ün yerine bir hüküm getirmiş olmaktadır. Bu noktada tartışılması gereken başka bir husus Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Şekilde Yararlananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleridir. Bu yönetmelik, koşullu salıverilenler bakımından da bu uygulamanın yapılmasını öngörmektedir. Halbuki ceza mevzuatına göre koşullu salıverme sırasında da haklardan yasaklılık devam etmektedir. Bu nedenle, İş Kanunu'ndaki hükmün yönetmelikle koşullu salıverilenleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi İnfaz Kanunu ile çelişmektedir.

B. Uygulanış Şekli ve Süresi

TCK 53'e göre belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak ortaya çıkabildiği gibi, hâkimin zorunlu olarak hükmetmesiyle ya da hâkimin takdiren hükmetmesiyle de ortaya çıkabilmektedir[5].

---

[5] 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinin beşinci fıkrasında belirlenen yasaklama, birçok açıdan aynı Yasa maddesinin birinci fıkrasındaki hak yoksunluklarından farklıdır. Bu farklılıklar kısaca şöyle özetlenebilir:

a) Birinci fıkrasında yoksun bırakma ifadesine yer verilmişken, beşinci fıkrasında açıkça yasaklamadan söz edilmektedir.

b) Birinci fıkrada düzenlenen hak yoksunlukları yalnızca hapis cezasının yasal sonucu iken, beşinci fıkrasındaki yasaklama, hem hapis, hem de para cezası açısından söz konusudur.

c) Birinci fıkrada hâkimin süre konusunda herhangi bir takdir hakkı bulunmazken, beşinci fıkrada yasaklılık süresinin belirlenmesi hâkimin takdirine bağlıdır.

d) Birinci fıkradaki yoksunluk hükmün kesinleşmesi ile başlarken, beşinci fıkradaki yasaklılık cezanın infaz edilmesinden itibaren başlayacaktır.

e) Birinci fıkradaki hak yoksunlukları tüm kasıtlı suçlar için söz konusu iken, beşinci fıkradaki hak yoksunluğu yalnızca birinci fıkrada gösterilen hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlar açısından söz konusu olabilir. Ayrıca beşinci fıkrada düzenlenen hak yoksunluğunun ancak kötüye kullanılan hak ve yetkiyle ilgili olarak verilmesi gerekmektedir.

f) Mahkûmiyetin yasal sonucu olmaması nedeniyle beşinci fıkrada, hâkimin bu hak yoksunluklarına hükmedildiğini kararında açıkça göstermesi ve hükmedilen yoksunlukların süresini de belirlemesi gerekli olup, "*yasaklanmasına karar verilir*" şeklindeki emredici ifade de bu zorunluluğu ortaya koymaktadır". CGK. 20.09.2011, 183.

1. Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olan Hak Yoksunluğu

Hak yoksunluğunun ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olarak ortaya çıkışı **TCK** 53/1'de düzenlenmiştir. Nitekim maddenin birinci fıkrasındaki "mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak" ifadesi ile bu açıkça ifade edilmiştir.

a. Kapsamı

TCK 53/1'de mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak kişinin hangi hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağı sayma yöntemiyle sınırlı olarak gösterilmiştir[1]. Bunlar:

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme[2] ve seçilme ehliyetinden[3],

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksunluk.

TCK 53'ün uygulanmasında, 1. fıkranın a, b, d, e bentlerinde belirtilen hakların, mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar; c bendindeki hakların ise koşullu salıvermeye kadar kullanılamayacağı kararda gösterilmelidir[4].

---

[1] Aksan, 265 vd.

[2] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 17.09.2013 tarihinde verdiği Söyler/Türkiye kararında, karşılıksız çek keşide etme suçu nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen başvurucunun TBMM seçimlerinde oy kullanma hakkından yoksun bırakılması dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 nolu Protokolü'nün 3. maddesinin Türkiye tarafından ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme kararında bu tedbirin aşırı olduğu ve ayrımcılık teşkil ettiğine işaret etmiştir.

[3] Anayasa Mahkemesi *"kişinin, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak... seçilme ehliyetinden"*, *"seçme ve seçilme ehliyeti dışındaki siyasi haklarını kullanmaktan"* ve *"... hapis cezasına... "* mahkum olması nedeniyle de *'seçme ehliyetinden'* yoksun bırakılamayacağına karar verdi. Ayrıca aynı kararla, bir yıldan az hapis cezasına mahkum edilenlerin ve cezaları erteleenenlerin seçilme hakkından mahrum edilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verildi. Anayasa Mahkemesi cezasının infazı cezaevi dışında gerçekleşen kişilerin seçme hakkından mahrum edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Keza, koşullu salıverilen kişilerin kişinin kasten işlemiş olduğu suçlar dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak diğer siyasi haklar kullanmaktan yoksun bırakılacağına ilişkin hüküm de 'siyasi haklar, devletin kuruluş ve işleyişi ile ilgili temel haklardır. Bu haklar, kişiye toplumun temel kural ve yapılarını etkilemek üzere doğrudan harekel etme olanağı tanırlar, bu nedenle demokrasinin temelini oluştururlar. Kuralla öngörülen yasağın, seçme ve seçilme hakları hariç olmak üzere Anayasa'nın 66 ile 74. maddeleri arasında sayılan tüm siyasi hakları kapsadığı anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere suçlu kişinin özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması kabul edilebilir ise de kişinin Anayasa'da belirtilen tüm siyasi haklardan yoksun bırakılmasının, kuralla ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olduğu söylenemez" gerekçesiyle ölçülülük ilkesine aykırı bulunan itiraz ibareye ilişkin kuralın iptaline karar verilmiştir. AYM, 08.10.2015, 85.

[4] 8. CD, 23.01.2007, 294.

b. Şartları

Ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak hak yoksunluğunun ortaya çıkabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Kasıtlı Suç

Birinci olarak **kasıtlı bir suçun işlenmesi** şarttır. Madde suçun sadece kasıtla işlenmesinden bahsettiği, kasıtla işlenmesinde bir ayrım yapmadığı için suçun doğrudan kasıtla veya olası kasıtla işlenmesinin hak yoksunluğunun ortaya çıkması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İşlenen kasıtlı suçun birinci fıkra kapsamında belirtilen haklar ile bir bağlantısının bulunması da şart değildir. Ancak bilinçli taksirle de olsa suçun taksirle işlenmesi kanuni sonuç olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğurmayacaktır[1]. *Yargıtay* da aksi yöndeki kararları bozmaktadır[2].

Hapis Cezası

İkinci olarak **hapis cezasına mahkûm olmak** gerekmektedir. Dolayısıyla taksirli bir suçtan adli para cezasına veya hapis cezasına mahkûmiyet halinde hak yoksunluğu ortaya çıkmayacaktır. Yine kasıtlı bir suçtan olsa da adli para cezasına mahkûmiyet hak yoksunluğunu sonuçlamayacaktır[3]. Kasıtlı suçun karşılığında adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü durumlarda, bu seçimlik cezalardan adli para cezasına hükmedildiği takdirde herhangi bir hak yoksunluğu ortaya çıkmayacaktır; hapis cezasına hükmedildiği durumda ise hak yoksunluğunun doğacağı açıktır. Ancak kasıtlı bir suçtan dolayı adli para cezası ile birlikte hapis cezasının öngörüldüğü durumlarda ise her iki cezaya birlikte hükmedildiğinde kanaatimce hak yoksunluğu söz konusu olacaktır[4]. Fakat maddenin sadece hapis cezasına mahkûmiyetten bahsetmesi, hapis cezasının süresi konusunda bir hüküm içermemesi nedeniyle kasıtlı bir suçtan bir gün bile hapis cezasına mahkûm olunması siyasi haklardan yoksunluğu doğuracaktır. Doktrinde mahkûm olunan hapis cezasının süresine bakılmaksızın hak yoksunluğunu doğurması, yani mahkûm olunan hapis cezası açısından bir sürenin belirlenmemesi suçlunun topluma yeniden kazandırılması ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir[5].

---

1 Aksan, 296.

2 9. CD. 20.06.2006, 3506.

3 Uygulamada mahkemeler kanunun açık hükmüne rağmen adli para cezasına mahkumiyet halinde dahi hak yoksunluğuna hükmetmektedir. 5237 sayılı Kanunun 53.maddesi gereğince adli para cezasına mahkumiyet halinde anılan maddenin 1.fıkrasındaki hak yoksunluklarına hükmedilemeyeceği. 3.CD. 07.12.2011. 12845/21529. CGK. 3.5.2011. 1-65/77. 'Uyuşmazlık, ruhsatsız silah bulundurmak suçundan adli para cezasıyla cezalandırılan sanık hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nın 53 üncü maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir. Maddenin açık düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, ancak hükmolunan cezanın hapis cezası olması halinde maddenin uygulanması olanaklıdır. Hükmolunan sonuç cezanın adli para cezası olması halinde Kanunun 53/1 inci madde ve fıkrasında yazılı herhangi bir hak yoksunluğuna hükmedilmesi olanaklı değildir'

4 Aksan, 296, 297.

5 Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku, 145. dn. 109.

İşte, belirttiğim bu şartların gerçekleşmesi halinde hak yoksunluğu, **hükümde açıkça gösterilmese bile**, hükümlü hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma söz konusu olur[1]. Hükümde bunun gösterilmemiş olması da hükümlüye kazanılmış hak vermez[2].

c. Süresi

TCK 53/2'ye göre ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olan hak yoksunluğu, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle başlayıp mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam edecektir[3].

Peki, infazın tamamlanmasından anlaşılması gereken nedir? İnfazın tamamlanması tümüyle ceza infaz kurumunda olabileceği gibi, bir kısmı koşullu salıverilme şeklinde de gerçekleşebilir. Bu itibarla, koşullu salıverilme süresi içinde de infaz devam edeceğinden, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri bu süre zarfında da uygulanacaktır.

Kanunumuzun sisteminde hapis cezası ertelendiğinde de denetim süresi olaysız geçtiğinde ceza infaz edilmiş sayılacağından, erteleme halinde de belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri geçerli olacaktır. Bu nedenle **TCK** 53/4'te bir hüküm konularak, en azından "kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında" herhangi bir hak yoksunluğu doğmayacağı özellikle açıklığa kavuşturulmuştur[4]. Dolayısıyla, 6 ay 20 gün hapis cezasının ertelenmesine karar verilmiş olması karşısında, **TCK** 53/4 hükmüne aykırı olarak, aynı maddenin 1. ve 2. fıkraları uyarınca hak yoksunluğuna hükmedilmesi yasaya aykırıdır[5].

Keza mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında yukarıda (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir (**TCK** 53/3). Böylece kişi örneğin avukat ise mahkeme cezayı ertelediğinde, bu madde gereğince bu kimse hakkında bu hak yoksunluğunun uygulanmamasına ayrıca karar verebilecektir.

Erteleme ve koşullu salıverilme ile ilgili son bir hüküm daha konmuştur. Buna göre, mahkûm olduğu hapis cezası **ertelenen** veya **koşullu salıverilen** hükümlünün kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkilerinden yoksunluk söz konusu olmaz (**TCK** 53/3)[6]. Ne var ki, bunun için hapis cezasının ertelenmesi veya hükümlünün koşullu salıverilmesi gerekir. Buna karşılık, hakkındaki hüküm kesinleşen kimse kaçak ise (CMK 247), bu yetkileri kullanamayacaktır.

Belirtelim ki, Devlet Memurları Kanunu gibi bazı özel kanunlarda, **TCK**'dan farklı olarak bazı suçlar bakımından daimi kamu hizmetlerinden yasaklılık öngörülmüştür. DMK 48/A-5'e göre, "*Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile*; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı

---

[1] 11. CD. 14.02.2007. 803
[2] CGK. 04.04.2006. 96
[3] Turhan. 182.
[4] 11. CD. 07.02.2007. 612
[5] CGK. 26.02.2008. 32
[6] 8. CD. 16.04.2007. 3112

suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak" kamu görevlisi olmak için aranan şartlardandır. Böylece bu suçlar bakımından **TCK** 53'teki sürelerden sonra dahi kamu hizmetlerinden yasaklılık devam edecektir.

2. Hâkimin Zorunlu Olarak Hükmetmesiyle Ortaya Çıkan Hak Yoksunluğu

Hâkimin zorunlu olarak hükmetmesiyle ortaya çıkan hak yoksunluğu **TCK** 53/5'te düzenlenmiştir. Nitekim maddede "bu hak ve yetkinin kullanılmasının **yasaklanmasına karar verilir**" denilmektedir.

a. Kapsamı

Hâkimin zorunlu olarak hükmetmesiyle ortaya çıkan hak yoksunluğu kapsamında, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak ortaya çıkan hak yoksunluğunda olduğu gibi birinci fıkradaki bütün haklardan yoksunluk söz konusu değildir. Hangi hak ve yetki kötüye kullanılarak suç işlenmiş ise sadece o hak ve yetkiden yoksun kalınacaktır. Zira maddede, "*birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla* ***bu hak ve yetkinin*** *kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir*" denilmektedir.

b. Şartları

Hak yoksunluğunun, **TCK** 53/5'e göre hâkimin zorunlu olarak hükmetmesiyle ortaya çıkabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Birinci olarak **suç, birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması** suretiyle işlenmelidir.Nitekim bu husus, maddede "*Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar*" denilmek suretiyle açıkça ifade edilmektedir. Bu duruma örnek olarak **TCK** 276'da düzenlenmiş bulunan "gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık" suçundan mahkûmiyet hali gösterilebilir.

İkinci olarak **kasten işlenen bir suç** olmalıdır. Maddede suçun kasıtla işlenmesi gerektiğine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte madde gerekçesinde suçun kasıtlı bir suç olduğu ifade edilmektedir.

Üçüncü olarak **hapis cezasına veya adli para cezasına mahkûm** olunmalıdır. Kanun koyucu ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olarak sadece hapis cezasına mahkûmiyette hak yoksunluğu öngörürken; hak ve yetki-

nin kötüye kullanılarak bir suçun işlenmesi durumunda adli para cezasına mahkûmiyette dahi bir hak yoksunluğunu kabul etmektedir.

Birinci fıkradaki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılarak kasıtlı bir suçun işlenmesi ve hapis veya adli para cezasına mahkûm olunması durumunda kişi hakkında bu cezaların infazından sonra da devam etmek üzere kötüye kullandığı hak ve yetkiden belirli bir süre yoksun kalmasına karar verilecektir. Yani hangi hak kötüye kullanılarak suç işlenmişse ancak o hakkın yoksunluğuna karar verilecektir. Nitekim maddede yer alan "*bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir*" ifadesiyle bu husus vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, işlenen suçla kullanılması yasaklanan hak ve yetki arasında bir bağlantı bulunmalıdır[1].

Birinci fıkradaki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçtan dolayı **hapis cezasına hükmolunması halinde** kişi hakkında cezanın infazından sonra da devam etmek üzere hükmolunan hapis cezasının yarısından bir katına kadar kötüye kullandığı bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir. Yani birinci fıkrada sayılan diğer hak ve yetkiler açısından hapis cezasının infazından sonra bir yasaklama söz konusu değildir. Ancak şu hususu tekrar açıkça belirtmekte yarar görüyorum ki burada kasıtlı bir suçtan hapis cezasına mahkûmiyet bahis konusu olduğu için mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak kötüye kullanılan hak ve yetki ile birlikte birinci fıkradaki diğer bütün hak ve yetkilerden cezanın infazı tamamlanıncaya kadar yasaklılık hali varlığını korumaktadır. Dolayısıyla cezanın infazı tamamlanıncaya kadar birinci fıkra kapsamındaki bütün hak ve yetkilerden yoksunluk söz konusu olacakken, infazın tamamlanmasından sonra yalnızca kötüye kullanılan hak ve yetkinin yoksunluğu devam edecektir[2].

Eğer birinci fıkradaki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçtan dolayı adli para cezasına hükmolunmuşsa kişi hakkında cezanın infazından sonra da devam etmek üzere hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar kötüye kullandığı bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir. Kasıtlı bir suçtan dolayı adli para cezasına mahkûmiyet halinde mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmadığı için bana göre hem infaz tamamlanıncaya kadar hem de infaz tamamlandıktan sonra uygulanacak olan yoksunluk sadece kötüye kullanılan hak ve yetki açısından geçerli olacaktır. Birinci fıkradaki diğer hak ve yetkiler bakımından ise ne adli para cezasının infazı sırasında ne de infazı sonrasında bir yoksunluk söz konusu olacaktır. Çünkü hapis cezasına mahkûm olunması durumunda kanuni sonuç olarak hak yoksunluğu zaten var olduğu için maddede kötüye kullanılan hak ve yetkinin infazdan sonra da devam edeceğini göstermek amacıyla kullandığı "ayrıca" ifadesini adli para cezasına mahkûm olunması halinde kanuni sonuç olarak hak yoksunluğunun doğmaması nedeniyle kullanmamış, onun yerine infaz sırasında da kötüye kullanılan hak ve yetkiden yoksun kalınacağını vurgulamak için "hükmün kesinleşmesiyle icra konan yasaklama" ifadesini kullanmış ve böylece kanaatimce bu hususa açıklık getirilmiştir[3].

---

1 Centel/Zafer/Çakmut, 730; Aksan, 299.
2 Aksan, 299.
3 Aksan, 300.

Doktrinde **TCK** 53'ün, hapis ve adli para cezasına birlikte hükmolunması durumunda hak yoksunluğuna karar verilip verilemeyeceği ve verilmesi halinde hak yoksunluğu süresinin ne kadar olacağı konusunda açık bir düzenleme getirmediği belirtilmiştir[1]. Bu bakımdan bazı yazarlar tarafından hapis ve adli para cezalarının bir suçun karşılığında öngörülmüş asli ceza olmaları nedeniyle hapis ve adli para cezasına ilişkin olarak hak yoksunluk sürelerinin ayrı ayrı hesaplanması ve toplanması gerektiği ifade edilmiştir[2]. Bana göre fıkranın düzenlemesi buna engeldir. Çünkü fıkra "*işlenen suç dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde*" bir hak yoksunluğunun olacağını hüküm altına almaktadır. Başka bir ifade ile fıkra, mahkûmiyetin sadece adli para cezası olması durumunda adli para cezasına bağlı olarak bir hak yoksunluğu öngörmektedir. Dolayısıyla adli para cezası ile birlikte hapis cezasına da hükmolunması durumunda adli para cezasına bağlı olarak bir hak yoksunluğu uygulanması mümkün olmayacak, ancak hapis cezası bakımından "sadece" ifadesi kullanılmadığı için hapis cezasına bağlı olarak bir hak yoksunluğunun uygulanması söz konusu olacaktır[3].

Dördüncü olarak, hak yoksunluğuna **mahkeme ayrıca karar vermelidir**. Nitekim **TCK** 53/5'teki "*yasaklanmasına karar verilir*" ifadesi bu zorunluluğu göstermektedir. Bu itibarla cezanın infazından sonra hak yoksunluğunun söz konusu olabilmesi için mahkemenin buna karar vermesi, hükmünde bunu açıkça göstermesi gerekmektedir. Dolayısıyla cezanın infazından sonra da devam edecek olan hak yoksunluğu hükümde gösterilmediği zaman bu durum kişi açısından bir kazanılmış hak oluşturur ve hak yoksunluğu yalnızca cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam eder[4]. Ancak bu sonuç, hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûm olunması halinde geçerli bir sonuçtur. Zira hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak zaten hak yoksunluğu güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. Fakat adli para cezasına mahkûmiyet halinde kanuni sonuç olarak bir hak yoksunluğu söz konusu değildir. Bunun için yoksunluğun kararda gösterilmemiş olması durumunda ne adli para cezası infaz edilirken ne

---

1 Centel/Zafer/Çakmut. 731.

2 Centel/Zafer/Çakmut. 731.

3 Aksan. 300-301.

4 Öğretide de suç karşılığı olarak suçludaki tehlikelilik haliyle orantılı şekilde ve hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar uygulanabilecek olan 5237 sayılı TCY'nın 53. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan güvenlik tedbirinin süresinin takdirinin tamamen hâkime ait olması nedeniyle, bu hak yoksunluğuna karar verildiğinin hükümde açıkça gösterilmesinin zorunlu olduğu, anılan fıkranın uygulanmasına hükümde yer verilmemiş olması halinde ise aleyhe yönelen temyiz bulunmaması durumunda 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 326. maddesi uyarınca lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı kapsamında kalacağı hususu kabul edilmektedir (Prof. Dr. Hakan Hakeri. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara 2011. s. 591–594; Prof. Dr. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Ankara 2006. s. 324; Doç. Dr. Faruk Turhan. Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği. Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme. Ceza Hukuku Dergisi. Ağustos 2007. s. 171–196; Dr. Murat Aksan. Ceza Muhakemesine Bağlı Hak Yoksunluğu. Doktora Tezi. Konya 2007. s. 302; Cengiz Otacı. Suçun Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 20 Ocak 2011. Yıl 2. c. 2. S. 4. s. 421–425). CGK. 20.09.2011. 183.

de infazın tamamlanmasından sonra uygulanması gereken herhangi bir hak yoksunluğu olacaktır. Zaten, hapis cezasına mahkûmiyet hali açısından cezanın infazından sonra da hak yoksunluğunun devam ettiğini vurgulamak için kullanılan "*ayrıca*" ifadesinin mahkûmiyetin adli para cezası olması hali açısından kullanılmaması, bu ifade yerine "*hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama*" ifadesine yer verilmesi de bu sonuca işaret etmektedir[1].

Görüldüğü gibi şartların gerçekleşmesi durumunda infazdan sonra devam eden hak yoksunluğunun söz konusu olabilmesi için mahkemenin karar vermesi zorunlu olup bu konuda herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Fakat mahkemenin, maddede öngörülen müddetler aralığında yoksunluğun süresini belirleme hususunda bir takdir hakkı bulunmaktadır[2].

c. Süresi

Hak yoksunluklarının hâkimin zorunlu olarak hükmetmesiyle ortaya çıkması, TCK 53/5'te hapis cezasına ve adli para cezasına mahkûmiyet durumuna göre iki açıdan belirlendiği için infazın başlangıç zamanı hususunu bu ayrımı dikkate alarak açıklamakta yarar görüyorum.

- *Birincisi*, hapis cezasına mahkûmiyet halinde kötüye kullanılan hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına zorunlu olarak hükmedilmesi gereken durum açısından madde, "*ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere*" diyerek yoksunlukla ilgili sürenin başlangıç zamanını göstermiştir.
- *İkincisi*, adli para cezasına mahkûmiyet halinde kötüye kullanılan hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına zorunlu olarak karar verilmesi gereken durum açısından madde, "*Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.*" diyerek yasaklılıkla ilgili sürenin başlangıç zamanını göstermiştir. Doktrinde hak yoksunluğunun bu ortaya çıkış şekli açısından adli para cezasının infaz edilmediği sürece yasaklılığın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda maddede açık bulunmadığı ileri sürülmekte ve bu nedenle uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir[3]. Fakat kanaatimce maddede yer alan "*Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama*" ifadesi gereğince adli para cezasına mahkûmiyet halinde yasaklılığın hükmün kesinleşmesiyle başlayacağı ifade edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla adli para cezasının infaz edilmediği sürece de yasaklılık uygulanacaktır[4].

3. Hâkimin Takdiren Hükmetmesiyle Ortaya Çıkan Hak Yoksunluğu

Hâkim takdiren hükmetmesiyle ortaya çıkacak hak yoksunluğu TCK 53/6'da düzenlenmiştir. Nitekim fıkrada "yasaklanmasına ya da ...geri alınmasına karar verilebilir" demek suretiyle hâkimin takdir yetkisi olduğunu göstermiştir. Yani hâkimin fıkradaki hak yoksunluklarına hükmetmek zorunluluğu öngörülmemiştir.

---

[1] Aksan, 301-302.
[2] Aksan, 302.
[3] Centel/Zafer/Çakmut, 731.
[4] Aksan, 305-306.

a. Kapsamı

TCK 53/6'da hâkimin takdirine bağlı olarak ortaya çıkacak hak yoksunlukları meslek ve sanat icrasının yasaklanması ve sürücü belgesinin geri alınması olarak öngörülmüştür. Burada söz konusu olan meslek ve sanatın birinci fıkrada olduğu gibi bir kamu kurumunun veya kamu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek ve sanat olması aranmamıştır[1].

b. Şartları

Hâkimin takdirine bağlı olarak ortaya çıkacak olan meslek ve sanatın icrasının yasaklanabilmesi ve sürücü belgesinin geri alınabilmesi için öncelikle belli bir meslek ve sanatın veya trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla **taksirli bir suçun işlenmiş olması** gerekmektedir. Taksirin bilinçli ya da bilinçsiz taksir olması önemli değildir. Trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması suçu, kasten işlenen suçlardan olduğundan, sürücü belgesinin alınmasına karar verilemez[2]. Yani kural olarak kasti suçlar açısından kabul edilen hak yoksunlukları, istisnai olarak taksirli suçlar açısından da kabul edilmiştir. Ancak hemen belirtelim ki fıkrada söz konusu olan yoksunluklar her taksirli suçtan değil, sadece belirli bir meslek ve sanatın ya da trafik düzenini gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenmiş olmalıdır. Diğer bir ifade ile taksirli suçla yoksun bırakılan meslek ve sanat ve sürücü belgesi arasında bir bağlantının bulunması şarttır[3]. İkinci olarak taksirli suçtan dolayı kişinin **mahkûm edilmiş olması** şarttır. Üçüncü olarak takdiren hükmedilen hak yoksunluğunun **kararda açıkça gösterilmesi** gerekir[4].

c. Süresi

TCK 53/6'ya göre belli bir meslek ve sanatın icrasından yasaklılık ve sürücü belgesinin geri alınması hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar. Üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere hâkimin belirlediği süre kadar devam eder.

II. MÜSADERE

A. Tanım

B. Müsaderenin Çeşitleri

1. Eşya Müsaderesi

a. Tanım

b. Şartları

c. Orantılılık Kuralı

---

1 Söz konusu kavramlar için bkz. Aksan, "Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları", 405 vd.

2 2. CD, 23.05.2007, 7373.

3 Turhan, 191; Koca/Üzülmez, 481.

4 Koca/Üzülmez, s. 481.

d. **Kısmi Müsadere**
e. **Suça İştirak Eden Kimsenin Payının Müsaderesi**
f. **Zamanaşımı, Şikâyetten Vazgeçme, Sanığın Ölümü Hallerinde Müsadere**
g. **Delillerin Müsaderesi**
h. **Müsadere Kararı**
i. **Özel Hükümler**

2. **Kazanç Müsaderesi**
a. **Genel Olarak**
b. **Davanın Düşmesi Halinde Kazanç Müsaderesi Kararı Verilebilir mi?**

A. Tanım

Müsadere, "kanunda belirtilen hallerde ve belirtilen nitelikteki eşyanın mülkiyetinin veya kazanç ya da değerlerin, tamamının ya da bir kısmının, kişi ya da kişilerin aidiyetinden çıkarttırılarak devlete devrini sonuçlayan bir yaptırım türüdür"[1].

B. Müsaderenin Çeşitleri

Müsaderenin iki türü vardır: Eşya ve kazanç müsaderesi.



1. Eşya Müsaderesi

a. Tanım

Müsadere, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırımdır. Suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine karar verilecektir.

İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir (**TCK** 54/1).

[1] Dülger. 24. 25.

Müsaderede mülkiyet devlete geçtiğinden, zaten devlete ait olan eşya hakkında müsadere kararı verilemez[1]. Bu nedenle, astsubay olan sanığın, suçta kullandığı tabancanın ordu malı olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre müsadereye veya iadeye karar verilmelidir[2].

b. Şartları

Suçun kasıtlı bir suç olması gerekir, taksirle işlenen suçlarda müsadere mümkün değildir[3]. Müsadere için eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Eşyanın üzerinde iyi niyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir (TCK 54/1).

Suça teşebbüs edilmesi durumunda da eşyanın müsaderesi mümkündür. Bununla beraber hazırlık hareketleri aşamasında kalan bir eylem bakımından eşyanın bizatihi kendisi müsadereye tabi olmadığı müddetçe müsadere kararı verilemez. Nitekim *Yargıtay* yasak avlanma suçu isnadıyla ellerinde tüfeklerle yakalanan kimselerle ilgili olarak, henüz tüfeklerle atış yapılmamış olması dolayısıyla avlanma ve suçta kullanılma söz konusu olmadığından ve ava çıkıldığı ve domuz görüldüğünde tüfeklerin kullanılacağı, bu yüzden müsaderesi gerektiğinin de ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir[4]. Gerçekten, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya söz konusu ise suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış olduğu takdirde, sadece bu nedenle eşya müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesine hükmedilecektir (madde gerekçesi). Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, bir suçta kullanılmasa veya suçun işlenmesine tahsis edilmese dahi müsadere edilir (**TCK** 54).

Müsadere bir güvenlik tedbiri olduğundan, bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, müsadereye hükmedilmesi için bir kimsenin her zaman için cezaya mahkûmiyeti gerekmemektedir. Örneğin, suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşyanın, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılamasa dahi, müsaderesine hükmedilebilecektir (madde gerekçesi).

Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir (TCK 54/4).

Müsadere konusu eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir (**TCK** 54/2). Buna karşılık ele geçmeyen eşyanın müsaderesine karar verilemez[5].

---

1 7. CD. 31.12.1979, 8106.
2 CGK. 11.02.1980, 62.
3 2. CD. 05.05.2004, 9949.
4 CGK. 18.11.1997, 242.
5 1. CD. 26.02.2007, 749.

c. Orantılılık Kuralı

> *"Traktörün değeri ve verilen zararın miktarı karşısında, çok basit bir ayak darbesi ile de yıkılması mümkün olan duvarın, traktör ile zarar verildiği ileri sürülerek müsaderesine karar verilmesi, adalet ve nesafet kurallarına uymadığı..." (10.CD, 17.03.2003, 1645).*

Eşya müsaderesinde "müsadere**de orantılılık" kuralı kabul edilmiş**tir. Buna göre, "suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir" (**TCK** 54/3). Örneğin, bir kimsenin kaçırılmasında kullanılan bir traktörün müsadere edilmesi durumunda, çiftçilikle geçinen ailenin başka bir traktör alamayacak ve bir başkasına da işleri yaptıramayacak durumda olması halinde, suçun mağdurun hürriyetinden mahrum edilmesine karşılık, müsadere sonucunda ailenin tek gelirden mahrum olarak çok zor duruma düşecek olması nedeniyle, müsaderenin orantılı olmayacağı söylenebilir[1]. Keza, içinde çok az miktarda bir eşyanın ülkeye kaçak sokulduğu bir uçak, sırf bu nedenle müsadereye konu edilmemelidir.

Dava konusu eşya ve nakil vasıtasının değerleri dikkate alındığında, nakil vasıtasının müsaderesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurması hailnde, araç müsaderesi hakkaniyete aykırı olacaktır[2].

Kanımca, "kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi"nin (**TCK** 179/2) kullandığı aracın müsadere edilmesi de orantısız olur, bu nedenle müsadere kararı verilmemelidir. *Yargıtay* da "uyuşturucu madde taşınarak suçun işlenmesinde kullanıldığı sabit olan kamyonetin suç konusu uyuşturucu maddenin miktarı ile oluşturduğu tehlikenin ağırlığını" göz önünde tutarak, müsadere kararının isabetli olduğuna karar vermiştir[3].

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu da orantılılık şartına benzer bir şart öngörmüştür (md. 13/1-b). Buna göre, kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için, "*kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre, miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması...*" gerekir[4].

> *TCK'nın 54/3 maddesi gereğince eşyanın gümrüklenmiş değeri ile nakil aracının değeri göz önüne alındığında müsaderenin hakkaniyete uygun düşmeyeceği gözetilmeden nakil aracının iadesi yerine müsaderesine hükmolunması, yasaya aykırı..." (7. CD, 15.11.2012, 29473).*

---

1 Dülger, 140.
2 7. CD, 24.1.2018, 770.
3 10. CD, 03.10.2006, 10958.
4 Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Murat, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları, Ankara 2012, s. 366 vd.

d. Kısmi Müsadere

Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir (**TCK** 54/5). Böylece filmin müstehcen kabul edilen sahneleri çıkarıldıktan sonra film bütünlüğünü kaybetmemişse, sadece müstehcen sahnelerin müsaderesine karar verilmelidir[1].

> *"TCK'nın 54/3. maddesi uyarınca suça konu eşyanın 72 lira olan değeri ile suçta kullanılan 35 .. 272 plakalı aracın 2300 lira olan değeri kıyaslandığında, aracın müsaderesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağının ve hakkaniyete aykırı olacağının düşünülmemesi...", 13.CD, 09.04.2014, 13145.*

e. Suça İştirak Eden Kimsenin Payının Müsaderesi

Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak önceki kanun döneminde *Yargıtay* suçun işlenmesinde kullanılan kamyonetin yarısına suça katılmayan bir başkasının sahip olması nedeniyle, kamyonetin müsadere edilemeyeceğine karar vermişti[2]. Kanunumuz ise esasen bu kararda belirtilen esasa uygun şekilde bir hüküm sevk etmekle beraber, suça iştirak eden kimsenin payının müsaderesine de imkân tanımıştır: "Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur" (**TCK** 54/6). Böylece "bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise sadece bu kısmın müsaderesine karar vermek" de mümkündür (**TCK** 54/5).

f. Zamanaşımı, Şikâyetten Vazgeçme, Sanığın Ölümü Hallerinde Müsadere

Davanın zamanaşımına uğraması veya kamu davasının şikâyetten vazgeçme nedeniyle düşmesi durumunda, kullanılan silahın taşınması, bulundurulması vs. bizzat suç oluşturmuyorsa (örneğin, ruhsatlı ise), bu takdirde müsadereye karar verilemez, silahın sanığa iadesine karar verilmesi gerekir[3].

Sanığın ölümü durumunda niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükmolunabilir (**TCK** 64/1). Ne var ki, bu durumun ölümden önce ortaya konmuş olması gerekir. Ölüm dolayısıyla bu durum artık ispat edilemiyorsa, müsadere kararı da verilemeyecektir. Bu itibarla, örneğin suç iki kişi tarafından işlenmiş, biri mahkûm olmuş, diğeri ölmüşse, ölen kimse hakkında da müsadere kararı verilebilecektir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, konuya ilişkin açık bir hüküm sevk etmiştir: "Etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunmaması veya

---

1 5. CD. 09.12.1981, 3700; 5. CD. 23.06.1993, 2585.
2 6. CD. 29.02.1988, 2399.
3 1. CD. 02.11.2006, 17598; 4. CD. 18.10.2006, 15366.

kamu davasının düşmesine karar verilmesi, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez" (md. 13/2).

g. Delillerin Müsaderesi

Delil olarak dosyada saklanması gereken eşyanın müsaderesine karar verilemez:

- Suça konu sahte kredi kartlarının delil olarak dosyada saklanması yerine zoralımına karar verilmesi yasaya aykırıdır[1].
- Suç delili olan sahte ilaç kupürleri ile reçetelerin dosyada saklanması yerine, ilgili kuruma iadesine karar verilmesi yasaya aykırıdır[2].
- C. Başsavcılığı emanetinde bulunan kanıt niteliğindeki kaset, yayın ve dokümanların dosyada saklanması yerine müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırıdır[3].

h. Müsadere Kararı

CMK 256 ve 257 gereğince, müsadere talebi hususunda duruşma açılarak karar verilmesi gerekir. Dosya üzerinden karar verilemez[4].

i. Özel Hükümler

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu müsadere ile ilgili olarak bazı noktalarda Türk Ceza Kanunu'ndan ayrık hükümler getirmiştir (md. 13). Buna göre:

"(1) Bu Kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir:

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.

c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması".

---

1 11. CD. 02.07.2007. 4580.
2 11. CD. 02.07.2007. 4551.
3 9. CD. 08.05.2007. 3890.
4 2. CD. 14.03.2007. 3692.

2. Kazanç Müsaderesi

a. Genel Olarak

"*Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir*" (**TCK** 55/1).

Bu düzenleme ile güdülen amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle, suç işlemek suretiyle ya da suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançlar müsadere edilecektir. "Böylece, kazanç müsaderesi, "kara para aklama, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur. Bu hükmün uygulanmasında mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacak, bunlara ait maddi değerler kazanç müsaderesine tabi tutulmayacaktır" (madde gerekçesi).

Kazanç müsaderesinin şartları şunlardır[*]:

I. Kasıtlı bir suçun işlenmiş olması veya teşebbüs aşamasında kalmış olması

II. Bu suç nedeniyle maddi bir menfaat veya ekonomik kazanç elde edilmiş olması,

III. Elde edilen menfaat veya kazancın mağdura iade edilememesi,

IV. Elde edilen menfaat veya kazancın,

a) suçun işlenmesi ile veya

b) suçun konusunu oluşturması nedeniyle veya

c) suçun işlenmesi için

d) veya bunların değerlendirilmesi ve dönüştürülmesi suretiyle elde edilmiş olması gerekir.

TCK 55/2'de kaim değerin müsaderesine de imkân tanınmıştır. Buna göre, "müsadere konusu ekonomik değerin harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkânsız kılınması halinde, karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir" (madde gerekçesi).

Kazanç müsaderesi kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir (**TCK** 55/1). "5237 sayılı Kanun'un 55. maddesinde "*suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir*" şeklindeki düzenleme dikkate alınmadan ve suçun mağduru olan ve zararın re'sen tazminine karar verilen bankanın sanıktan alacağını tahsilini engelle-

[*] Bkz. Dülger, 148.

yecek şekilde sanığın suç konusu para ile satın aldığı arabasının zoralımına karar verilmesi" yasaya aykırıdır[1]. Keza, gasp edilen paranın mağdur tarafından hukuk davası yoluyla sanıktan alınması olanaklı olduğundan, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi yararların mağdura iade edilememesi durumunda uygulanabilecek olan ve bu kapsamda yasal koşulları gerçekleşmeyen **TCK** 55/1 uyarınca müsadereye karar verilmesi yasaya aykırıdır[2].

"Sanığın 7761 TL'yi ödemediği anlaşıldığından bunun karşılığı olan değerin **TCK** 55 uyarınca müsaderesine karar verilmesi gerekirken, 5237 sayılı yasada yer almadığı halde "ödenmeyen zimmet miktarının sanıktan tahsiline" karar verilmesi yasaya aykırıdır[3].

Burada ortaya çıkan bir sorun, kazanç müsaderesine tabi bir eşyayı sonradan bir başka kişi tarafından iktisap etmesi durumunda, bu kişideyken bu eşyanın müsadere edilip edilemeyeceğidir. **TCK** 55/3'e göre, başka kimse tarafından iktisap edilse bile bu tür bir eşya müsadere edilebilir. Ancak bunun için iktisap eden kimsenin Medeni Kanun'un iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir. Bunun anlamı, kişi eşyayı müsadereden kaçırmak için iktisap etmişse, eşya bu kişideyken de müsadere edilebilecek olmasıdır. Buna karşın durumdan habersiz olarak iyi niyetli olarak eşyayı iktisap edenler bakımından müsadere kararı verilemez.

b. Davanın Düşmesi Halinde Kazanç Müsaderesi Karan Verilebilir mi?

Kazanç müsaderesi çerçevesinde tartışılması gereken bir problem, davanın mahkûmiyet veya beraat dışında bir kararla, örneğin sanığın ölümü veya zamanaşımı nedeniyle düşmesi halinde kazanç müsaderesinin yine de mümkün olup olmayacağıdır?

TCK 55/1'de açıkça **"suçun işlenmesi"**, **"suçun konusunu oluşturan"**, **"suçun işlenmesi için"** gibi kavramlar kullanılmıştır. Bunların anlamı **TCK** 55'in uygulanabilmesi için ortada bir suçun bulunması gerektiğidir. Bir suçun bulunması da ancak mahkûmiyet hükmü ile ortaya konulabilir. Bu nedenle, kazanç müsaderesi için sanıkların mahkûmiyetinin söz konusu olması gerekir. Mahkûmiyet hükmü verilmediği, başka ifadeyle suç net bir şekilde ortaya konmadığı müddetçe kazanç müsaderesi de mümkün olmaz.

Bir mahkûmiyet hükmünün bulunmamasına rağmen müsaderenin mümkün olabilmesi için özel yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Örneğin, **TCK** 64/1'de "**sanığın ölümü hâlinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Ancak, niteliği itibarıyla müsadereye tâbi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükmolunabilir**" denilmektedir. Esasen sanığın ölümü halinde ortada bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından genel kurallar gereğince müsadere de mümkün olmayacaktır. Ancak kanun koyucu bu takdirde özel bir hüküm vazederek, dava düşse bile müsadereye yönelik olarak davaya devam edilme-

[1] 7. CD. 31.01.2008. 643. 5.CD. 25.01.2012. 183.
[2] 6. CD. 10.10.2006. 9486. 11. CD. 08.08.2006. 6690.
[3] 5. CD. 06.07.2006. 6310.

sine olanak tanımıştır. Buna paralel bir hüküm zamanaşımı ile ilgili olarak söz konusu olmadığından, zamanaşımı halinde müsaderenin de mümkün olmayacağı kanaatindeyim.

Önceki kanunumuz döneminde genel müsadereye ilişkin olarak Yargıtay, suçun zamanaşımına uğraması durumunda, davanın esası ortadan kaldırıldığından, müsadereye ilişkin hükmün de bozulmasına karar vermiştir[1].

Esasen eşya müsaderesine ilişkin **TCK** 54'de bir suçla bağlantılı olmasa bile tehlikeli eşyaların da müsadere edilebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Buna paralel bir hüküm veya kazanç müsaderesini bir suçtan bağımsız kılan bir hüküm söz konusu olmadığından ancak bir suçun bulunduğu ve bunun da bir mahkûmiyet hükmü ile tescil edildiği hallerde kazanç müsaderesinin mümkün olabileceği kanaatindeyim.

III. ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Ceza kanunumuz, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerini düzenlememiş, bu konuyu, bu hususta çıkarılacak özel kanuna bırakmıştır (**TCK** 56).

5395 sayılı ve 3.7.2005 tarihli Çocuk Koruma Kanunu'nda söz konusu güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Kanunun 5.maddesinde düzenlenen ve suç işlememiş bulunan çocuklar (korunma ihtiyacı olan çocuk) hakkında da belirli şartlar altında uygulanabilecek olan (bkz.ÇKK 1 ve 11) tedbirler şunlardır:

"Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya,

yönelik tedbirdir".

---

[1] 2. CD. 21.05.1999, 6669/7018. **GÜNAY, Erhan**, Uygulamalı-Örnekli Dava ve Ceza Zamanaşımı, Memnu Hakların İadesi, Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi. 2.Baskı, Ankara 2003. s. 98.

Tedbir kararı kural olarak duruşma yapılmaksızın verilir. Tedbir kararının verilmesinden önce yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun görüşü alınır, ilgililer dinlenebilir, çocuk hakkında **sosyal inceleme raporu** düzenlenmesi istenebilir (ÇKK 13)[1].

Hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK 36). Denetim altına alınan çocuğa bir denetim görevlisi atanır (ÇKK 37). Denetim, kararda öngörülen sürenin dolmasıyla sona erer (ÇKK 40/1).

IV. AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Sanık hakkında, akıl hastalığı halinde kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK 223/3). Ne var ki, bu husus, bu kimseler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına engel değildir. Nitekim **TCK** 57 gereğince, fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine de hükmedilecek ve bu akıl hastaları yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınacaktır.

> *"TCK 57 uyarınca, sanığın yüksek güvenlikli bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınması, yerleştirildiği sağlık kurumunun sağlık kurulunca düzenlenecek raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirlenmesi halinde hâkim kararıyla serbest bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, 57.maddenin metninde yer almayan "iyileşme" koşuluna bağlı tutularak karar verilmesi" yasaya aykırıdır (3. CD, 19.03.2007, 2463).*

Akıl hastasının yerleştirildiği kurumda kalma süresi toplum açısından tehlikeliliğine göre belirlenecektir. Bu tehlike ortadan kalktığı veya önemli derecede azaldığı takdirde, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca verilen rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla, akıl hastası serbest bırakılabilir (**TCK** 57/2). Sağlık kurulu, raporunda akıl hastasının, güvenlik bakımından tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediğini ve gerekiyor ise bunun süre ve aralıklarını da belirtir (**TCK** 57/3). Tıbbi kontrol ve takip gerekiyorsa, bu Cumhuriyet savcılığınca, bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri suretiyle sağlanır (**TCK** 57/4). Bu kontrol ve takipte, kişinin toplum bakımından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında tekrar güvenlik tedbirine hükmedilir (**TCK** 57/5).

İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında (**TCK** 32/2), yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir (**TCK** 57/6).

---

[1] Fiil işlendiği sırada 12-15 yaş grubu içerisinde bulunan suça sürüklenen çocuklar hakkında sosyal inceleme raporuna gerek görülmemesi halinde gerekçesinin kararda gösterilmesi zorunludur". 2. CD. 14.05.2014. 13323

Akıl hastaları hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için "*öncelikle atılı suçun akıl hastası sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin biçimde saptanması gerekmektedir. Bu nedenle mahkemece, yargılama aşamasında suçun sübutunu ve niteliğini belirlemeye yönelik araştırmanın eksiksiz olarak yapılması ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun belirlenmesi zorunludur*"[1]. Savcılığın akıl hastalığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verip, mahkemeden tedbir kararı istemesi hukuka uygun değildir. Savcı mutlaka ceza davası açmalı ve mahkeme yapılan yargılama neticesinde güvenlik tedbiri konusunda karar vermelidir[2].

V. SUÇTA TEKERRÜR VE ÖZEL TEHLİKELİ SUÇLULAR

A. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanmasının Şartları
- **1. Bir Ceza Mahkûmiyetinin Bulunması**
- **2. Yeni Bir Suçun İşlenmiş Olması**
- **3. Tekerrürde Süre**

B. Tekerrürün Sonuçları
- **1. Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejiminin Uygulanması**
- **2. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Uygulanması**
- **3. Seçimlik Cezada Hapis Cezasına Hükmolunması**

C. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanmayacağı Suçlar

OLAY:

DÜŞMANI FAİKE'Yİ ÖLDÜREN FAİK'İN, 4 YIL ÖNCE İŞLEDİĞİ BİR SUÇTAN DOLAYI 6 YIL HAPİS CEZASINA HÜKÜM GİYDİĞİ, FAKAT CEZANIN İNFAZI İÇİN TESLİM OLMADIĞI; BU ARADA ÇIKAN AF KANUNU İLE CEZASININ ÜÇ YILA İNDİRİLDİĞİ ANLAŞILIR.

Tekerrür, bir suçtan dolayı kesin olarak mahkûm olduktan sonra belirli bir süre içinde tekrar suç işleyen kişinin durumu olup, kişi hakkında ceza kanunu ile infaz kanununda öngörülen hükümlerin uygulanmasını sonuçlar.

Tekerrür kusurluluğu artıran bir sebeptir. Failin yeniden suç işlemiş olması, önceki mahkûmiyetten dolayı uslanmadığını, suç işlemekte inat ve ısrarını gösterir[3].

Kanunumuzun 6. maddesinde tanımlanmış bulunan

- **itiyadi suçlu,**
- **suçu meslek edinen kimseler ve**
- **örgüt mensubu suçlu**

---

1 15. CD. 26.05.2014, 10288.
2 14. CD. 01.07.2013, 8312.
3 Uzulmez, 5.

hakkında da mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra "denetimli serbestlik tedbiri" uygulanacaktır (**TCK** 58/9)[1]. *Yargıtay* da **TCK**'nın örgüt mensubu tanımını yapan 6/j maddesi hükmü de nazara alınarak örgüt mensubu suçlu sayılan hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimine ilişkin aynı yasanın 58/9 maddesinin uygulanmasına karar verilmemesinin yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir[2].

İtiyadi suçlu, kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişidir. **Suçu meslek edinen kişi** deyiminden; kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış kişi; **örgüt mensubu suçlu** deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi anlaşılır" (**TCK** 6).

Suçu meslek edinen kişiden söz edilebilmesi için sanığın kısmen de olsa suçtan elde ettiği kazançla geçimini sağlamaya alışmış olması, diğer bir ifadeyle suçtan elde ettiği kazançla hayatını sürdürme alışkanlığını devam ettirmesi gerekmektedir. Sanığın başka kazanç kaynağı olsa dahi, kazanç sağlamak için her türlü suçu işlemesi halinde de suçu meslek edinen kişi olarak kabulü gerekir. Buna karşın, bir kimsenin suçu meslek edinen kişi olarak kabul edilebilmesi için aynı suçtan daha önce hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün bulunması şart değildir[3].

A. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanmasının Şartları

Tekerrürün şartları kişinin bir suç işlemesi ve bu suçtan mahkûm olması, aynı kişinin ikinci bir suç daha işlemesi, işlenmiş olan bu suçun belirli bir süre içinde işlenmiş olmasıdır.

1. Bir Ceza Mahkûmiyetinin Bulunması

Tekerrürün mevcudiyeti için failin daha önce bir suçtan mahkûm olması gerekse de bu cezanın infaz edilmiş olması gerekmez (**TCK** 58/1). Bu mahkûmiyet teşebbüs halinde kalmış bir suçtan dolayı da olabilir.

---

[1] Bkz. 03.07.2005 tarih ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanunu.

[2] 9. CD. 27.03.2006. 1850.

[3] "Çeşme ilçesinde iki farklı adreste kitapevi işletmeciliği yaparak geçimini sağlayan ve gelir elde edebileceği bir başka faaliyeti bulunmayan sanığın, 2009 ve 2010 yılları arasında dört farklı zamanda iş yerlerinde, evinde ve aracında yapılan aramalarda satışa hazır halde çok sayıda bandrolsüz ve sahte bandrollü kitap ile bandrolsüz kitaplara basılmak üzere üretilmiş sahte bandroller ele geçirildiği, yapılan her arama faaliyetinden sonra sanık hakkında adli soruşturma başlatılıp, Cumhuriyet savcısınca savunmasının alındığı, sanığın böylece eylemlerinin ceza soruşturmasına konu olduğunu ve hakkında devam eden soruşturmalar bulunduğunu öğrenmesine rağmen eylemlerini devam ettirmek suretiyle suçtan elde ettiği kazançla geçimini sağladığı ve bunu alışkanlık haline getirdiği anlaşılmaktadır.
Buna göre, yerel mahkemece sanığın suçu meslek edinen kişi olarak kabulü ile hakkında TCK'nun 58/9. maddesinin uygulanmasında, Özel Dairece de bu uygulamanın isabetli bulunarak yerel mahkeme hükmünün onanmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır". CGK. 11.02.2014. 58.

İlk suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesi gerekir. Bu itibarla, ilk suçun örneğin, yargılaması hala yapılıyorsa, yeni suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünde tekerrür hükümleri uygulanamaz[1]. Yine ilk hüküm CMK hükümleri gereğince kanun yoluna açık değilse yine bu hüküm tekerrüre esas alınamaz[2].

Ceza mahkûmiyeti bakımından aşağıdaki hususlar üzerinde durmak gerekir:

- Mahkûmiyetin ceza mahkûmiyeti olması gerekir, tedbir kararları veya disiplin cezaları (mesela CMK 60/1) tekerrüre esas olmaz. Trafik Kanunu'na göre verilen cezalar da diğer kanunlardan dolayı verilecek cezalar da tekerrüre esas alınamaz[3]. Kısa süreli hapis cezaları bir tedbire çevrilmişse, tekerrür söz konusu olamaz (TCK 50/5).
- Mahkûmiyetten doğan neticelerin kalkması ve fakat mahkûmiyetin kaldırılmamış olması halinde tekerrür hükümleri uygulanacaktır. Genel af mahkûmiyeti de kaldırdığından, genel affa uğramış bir mahkûmiyet hükmü tekerrüre esas olamadığı halde, özel af tekerrüre engel teşkil etmez[4].
- Ön ödeme tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engeldir.
- Dava zamanaşımında tekerrür uygulanamadığı halde, ceza zamanaşımında uygulanır.
- Ertelenmiş ceza tekerrürün uygulanmasına engel değildir.
- Koşullu salıverilmede tekerrür uygulanır.
- Kesin hükümden sonra bir kanun çıkar da bu fiili suç olmaktan çıkarırsa, artık yeniden işlenen suç tekerrüre esas olmaz, zira TCK 7/1 gereğince bu mahkûmiyet hükmü kendiliğinden kalkar[5].
- Kişinin mükerrir sayılması için ilk hükmün kesinleşmesinden sonra ikinci suçun 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenmesi yeterli olup; ilk suçun 1 Haziran 2005 tarihinden önce veya sonra işlenmesinin ise mükerrirlik açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır[6].
- Tekerrüre esas alınacak mahkumiyet kararına konu olan suç, sonradan çıkarılan bir kanun ile uzlaştırma kapsamına alınmış ve uyarlama yargılaması sonucunda uzlaşma sağlanmışsa, bu suç tekerrüre esas alınamaz[7].

Mahkeme tekerrür koşullarının oluştuğu kanaatinde ise "*sanığın adli sicil kaydında bulunan hangi sabıkaları nedeniyle tekerrür koşullarının oluştuğunun ve hangi kayıt dolayısıyla **TCK** 58 gereğince mükerrirlere ilişkin infaz rejimine tabi tutulmasına karar verildiğinin hükmün gerekçesinde açıklanması*" gerekir[8].

---

1 İçel, Yaptırım Teorisi, 205.
2 "Sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına esas alınan hükmün kesin nitelikte olması nedeni ile tekerrüre esas alınamayacağı...". 3.CD. 09.04.2015, 12824.
3 3. CD. 18.12.2002, 13623.
4 Koca/Üzülmez, 496, 497.
5 Üzülmez, 105.
6 CGK. 06.04.2010, 74.
7 2.CD. 28.3.2018, 3467.
8 10. CD. 17.07.2006, 9631.

Dolayısıyla, sanık hakkında birden fazla tekerrüre esas alınabilecek hükümlülüğün bulunması halinde, bunlardan en ağırının esas alınması ve tekerrüre esas alınan ilamların da hükümde açıkça gösterilmesi gerekmektedir[1].

2. Yeni Bir Suçun İşlenmiş Olması

Bu şart bakımından aşağıdaki hususların ele alınması gerekir:

- Yeni suçun cezası hapis cezası olabileceği gibi, adli para cezası da olabilir.
- İlk veya ikinci işlenen suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tekerrür hükümleri uygulanır.

3. Tekerrürde Süre

Kanunumuz *iki tekerrür süresi* kabul etmiştir. Bunlar üç ve beş yıllık sürelerdir. Önceki mahkûmiyet beş yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise tekerrür süresi üç sene; önceki mahkûmiyet beş seneden fazla ise beş senedir (**TCK** 58/2-a, b). Bu süreler geçtikten sonra ikinci bir suç işlense dahi artık tekerrüre bağlanan hükümler uygulanamaz[2].

Süre cezanın infaz edildiği tarihten itibaren başlar. Kanunumuz tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için infaz şartını aramadığı halde, tekerrür süresinin başlayabilmesi için infazı esas almaktadır. Bu itibarla, ceza infaz olunmadığı müddetçe, tekerrür hükümleri her zaman için uygulanabilecektir. Bu nedenle, *Yargıtay* da önceki ilamın infaz edilip edilmediğinin araştırılması gerektiğine hükmetmiştir[3]. Hapis cezasının ertelenmesi durumunda da denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılacağından, tekerrür süresi de bu andan itibaren başlar (CGTİK 107/14).

Para cezalarında cezanın yatırıldığı gün süre başlayacaktır. Suçlu koşullu salıverilmişse, tekerrür süresi denetim süresinin bittiği tarihten itibaren başlar, zira cezanın çekilmiş sayılacağı zaman, bu andır.

Faik, 4 yıl önce işlediği bir suçtan dolayı 6 yıl hapis cezasına hüküm giymiş, fakat cezanın infazı için teslim olmamıştır. Bu arada çıkan af kanunu ile cezası 3 yıla indirilmiştir. Buradaki af; mahkûmiyeti etkilemediği, sadece ceza süresini kısalttığı için özel af niteliğindedir (**TCK** 65/2). Mahkûmiyet, varlığını ve hukuki sonuçlarını devam ettirmektedir. Dolayısıyla tekerrüre esas teşkil eder. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için mahkûmiyet kararının kesinleşmesi yeterli olup, infazı zorunlu değildir (**TCK** 58/1). Olayda tekerrür süresi, hapis cezası 5 yıldan az (3 yıl) olduğu için 3 yıldır. Ancak bu süre, cezanın infaz edildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır (**TCK** 58/2-b). Faik, her ne kadar suçu 4 yıl önce işlemiş ise de henüz ceza infaz edilmediği için tekerrür süresi işlemeye başlamamıştır. Dolayısıyla olayda tekerrür hükümleri uygulanır.

---

[1] CGK. 28.02.2012. 61.
[2] 10. CD. 26.04.2006. 6140.
[3] 10. CD. 27.02.2007. 2335.

TCK 58'de düzenlenmiş bulunan tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer almakta ise de onrlan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir. Hükümlülüğün yasal sonucu olmaması nedeniyle CGTİK 98 vd. maddeleri uyarınca infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir. Hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığı, tekerrür koşullarının bulunup bulunmadığı ve hükümlü hakkında kaçıncı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığı ve tekerrür nedeniyle koşullu salıverilme süresine eklenecek sürenin belirlenmesi için mahkûmiyet hükmünde açıkça hangi hüküm nedeniyle kişinin mükerrir sayıldığı ve hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığının belirtilmesi gerekmektedir.

Mahkûmiyet hükmünde TCK 58.maddenin 6 ve 7.fıkralarının uygulanmasına karar verilmemiş olması, sanık lehine kazanılmış hak oluşturur (CGK, 17.04.2007, 98).

B. Tekerrürün Sonuçları

1. Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejiminin Uygulanması

Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir (TCK 58/6).

Mükerrirlere özgü infaz rejimi sadece hapis cezası bakımından uygulanabilir, zira İnfaz Kanunumuz'da mükerrirler hakkındaki adli para cezasının infazına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır (bkz. md. 108). Bu durumda, TCK 58 ve CGTİK 106 ve 108. maddeleri beraber değerlendirildiğinde, adli para cezasına hükmedilen sanık hakkında, hükümlülük kararında, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağının belirtilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır[1]. Aynı şekilde hapis cezasının TCK 50 gereğince adli para cezasına çevrildiği hallerde de mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanamaz[2].

Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle hapis cezasına dönüştürüldüğü hallerde, adli para cezası yerine çektirilen hapis cezası bakımından özel infaz rejimi uygulanamaz, zira buradaki hapis, tazyik hapsi niteliğindedir[3].

Mükerrirlere özgü infaz rejimi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle mükerrirlerin koşullu salıverilmeden yararlanma şartları ağırlaştırılmıştır. Kural olarak süreli hapis cezasının dörtte üçünün iyi halli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıvermeden faydalanabileceklerdir.

Belirtmek gerekir ki, kanunumuza göre tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz (CGTİK 108/2). Bu bakımdan uygulamada iki sorunla karşı karşıya kalınmaktadır. Birisi, birden fazla suçtan verilen içtimalı cezalarda hangi cezanın esas alınacağıdır. Bu durumda, içtima çözülüp içtima içinde yer alan hükümlülüklerden en ağırının tekerrüre esas alınmak suretiyle uygulama

1 2. CD. 22.03.2007, 4396; 2. CD. 04.06.2007, 8080
2 2. CD. 15.02.2007, 2105.
3 Koca/Üzülmez, 501

yapılması gerekir[1]. Burada ortaya çıkan ikinci sorun, tekerrüre esas teşkil eden suçtan dolayı adli para cezasına mahkûmiyet durumunda, bu miktarın nasıl belirleneceğidir. Bu durumda, tekerrüre esas oluşturan önceki suçtan dolayı mahkûm olunan adli para cezasının karşılığı olan gün sayısının **TCK** 63'e göre (100 TL= 1 gün) belirlenerek, göz önünde tutulması önerilmektedir[2].

Tekerrür hükümlerinin ikinci defa uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez. Mükerrir hakkında, infazın tamamlanmasından sonra başlamak üzere bir denetim süresi belirlenir. Denetim süresi hâkim tarafından uzatılabilir. Bu süre içinde koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.

Tekerrür, infaz hukukundan çok maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurumdur. Hükümlülüğünün yasal sonucu olmaması nedeniyle 5275 sayılı Yasanın 98. maddesi gereğince infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir. Hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığı, tekerrür koşullarının bulunup bulunmadığı, hükümlü hakkında kaçıncı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığı ve tekerrür nedeniyle hükümlünün cezaevinde kalacağı süreye eklenecek sürenin belirlenmesi için mahkûmiyet hükmünde açıkça hangi hüküm nedeniyle kişinin mükerrir sayıldığı ve hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığının belirtilmesi gerekir[3].

2. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Uygulanması

Mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır (**TCK** 58/6).

"Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir" (**TCK** 58/9).

Tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verildiğinde, mahkûmiyet kararında **TCK** 58/7 uyarınca hükümlü hakkında cezanın infazından sonra "denetimli serbestlik tedbirinin" uygulanacağının belirtilmemesi yasaya aykırıdır[4].

"Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin ne şekilde uygulanacağı, süresi ve bu konuda karar verecek merci 5275 sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinde düzenlenmiş olup, aynı maddenin 5. fıkrası ile de tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde koşullu salıverilmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenlerle denetimli serbestlik tedbirinin süresinin infaz aşamasında 5275 sayılı yasa hükümleri uyarınca tayin ve tespiti gerektiği gözetilmeden, infazı kısıtlar biçimde 3 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesi" kanuna aykırıdır[5]. Başka ifadeyle, mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonraki denetimli serbestlik uygulanmasına ilişkin verilmiş kararlardaki denetim süresini belirleme

---

[1] 6. CD. 18.02.2014. 2331.
[2] Özgenç[2]. 679. Koca/Üzülmez. 502.
[3] CGK. 06.04.2010. 74.CGK. 28.02.2012. 61.
[4] 10. CD. 17.07.2006. 9631.
[5] 9. CD. 03.05.2006. 2525; 10. CD. 23.01.2007. 204.

ve gerektiğinde uzatma görevi, hükmü veren mahkemeye değil, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek olan mahkemeye aittir[1].

Hükümlünün, koşullu salıvermedeki denetim süresi içinde yeni bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere aykırı davranması durumunda, İnfaz Kanunu'nda öngörülmüş olan, koşullu salıverilme kararının geri alınması (CGTİK 107/12) ve kalan cezanın tamamen veya kısmen ceza infaz kurumunda çekmesine karar verilmesine (CGTIK 107/13) ilişkin sonuçlar mükerrir hükümlü hakkında uygulanamaz, zira mükerrir hükümlü bakımından cezanın infazı tamamlandıktan sonra uygulanan denetim süresi söz konusudur. Dolayısıyla, bu sonuçlar ise mükerrir hükümlü bakımından uygulama kabiliyeti olan sonuçlar değildir[2].

Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, CGTİK 108.madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklere ve yasaklara aykın hareket eden mükerrirler, infaz hakimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi onbeş günden az ve üç aydan fazla olamaz (CGTIK 108/7).

3. Seçimlik Cezada Hapis Cezasına Hükmolunması

"Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur" (**TCK** 58/3). Böylece tekerrür durumunda, hâkime tanınmış olan takdir yetkisi kaldırılmış olmaktadır.

Hükmedilen hapis cezası kısa süreli ise bunun adli para cezasına çevrilip çevrilmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide, bu durumda 50/2. maddede, hapis cezası ile adli para cezası seçenek olarak öngörüldüğünde, mahkeme hapis cezasına hükmetmişse, artık bu ceza adli para cezasına çevrilemez şeklindeki hükmün burada uygulanamayacağı, bu nedenle bu cezanın adli para cezasına çevrilebileceği savunulmaktadır[3]. Kanımca, bu olanağın bulunmadığını kabul etmek gerekir. Zira tekerrür durumunda kanun koyucu failin özellikle adli para cezası yerine hapis cezasıyla cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu cezanın tekrar kısa süreli olması dolayısıyla adli para cezasına çevrilebileceğini kabul etmek, kanun koyucunun hedeflediği amaca uygun olmayacaktır.

C. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanmayacağı Suçlar

Aşağıdaki suçlarda tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır (**TCK** 58/4, 5):

1) Taksirli suçlar ile kasti suçlar birbirine tekerrürde esas teşkil etmezler. Taksirli suçlar taksirli suçlara tekerrürde esas teşkil ederler.

2) Sırf askeri suçlardan ötürü verilen mahkûmiyetler de tekerrüre esas olmaz. Sırf askeri suç, sadece askeri hizmetleri ilgilendiren ve dolayısıyla sadece bir askeri şahıs tarafından işlenebilen ve genel

---

[1] 10. CD. 30.01.2007. 692; 1. CD. 28.06.2007. 5272.
[2] Özgenç. 679.
[3] Çınar. 46.

ceza kanununda bulunmayan suç tipleridir[1]. *Yargıtay* ise daha farklı bir kıstas uygulamaktadır. Buna göre, "askeri menfaat ve gerekle-rin özellik ve doğrudan doğruya korunması amacı" ölçüt olarak kullanılmak suretiyle bir suçun sırf askeri bir suç olup olmadığı belirlenecektir[2].

3) Yabancı mahkemelerden verilen hükümler; kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçlarına ilişkin istisnalar dışında tekerrüre esas olmazlar.

4) Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz. *Yargıtay* da bu hususa işaret etmektedir: *"01.01.1987 doğumlu olup, suçu işlediği tarihte 18 yaşından küçük olan sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi"* kanuna aykırıdır[3]. Bu sonuç, itiyadi suçlu çocuklar bakımından da geçerlidir.

5) Suçlar ile kabahatler arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Keza kabahatler ile kabahatler arasında da tekerrür hükümleri uygulanmaz. Konuya ilişkin olarak Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde açık hükümler sevk edilmiştir: "*Bu kanunun uygulanmasında, suçun tekrarından söz edilen maddelerinin dışında tekerrür hükümleri uygulanmaz* (5. fıkra). *Bu kanuna göre verilen hükümlere diğer kanunlara göre; diğer kanunlara göre verilen hükümler bu kanuna göre işlenen suçlarda tekerrüre esas olmaz* (6. fıkra)". Bununla beraber, bu kurala istisna teşkil eden bir hüküm ise Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinde sevk edilmiştir. Buna göre,

"bu Kanundaki kabahatler dolayısıyla verilen idarî para cezasına ilişkin karar kesinleştikten sonra tekrar kabahat işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanır.

Tekerrür halinde, idarî para cezası yarı oranında artırılır.

İdarî para cezasının tamamen yerine getirilmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen kabahat açısından, önceki kabahat, tekerrüre esas teşkil etmez".

VI. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmadığına, ancak idari yaptırım uygulanabileceğine yukarıda işaret etmiştim. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmaması bunlara güvenlik tedbiri uygulanmasına engel değildir.

Kanunda açık hüküm olmak[4] (örneğin, TCK 140) ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulmak kaydıyla, tüzel kişiler hakkında

---

[1] Üzülmez, 112, 113.
[2] İBK, 20.06.1975.
[3] 1. CD, 03.04.2006, 1113.
[4] Bu gereklilik, Fransız Hukukundan alınmıştır. Fransız Hukukunda özellik prensibi olarak adlandırılan bu kural gereğince, tüzel kişiler bakımından her suçta değil, ancak kanunda belirtilen

1. iznin iptali ve
2. müsadere

tedbirleri uygulanabilir (**TCK** 60).

İznin iptali tedbirinin uygulanabilmesi için, *"bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet"* şarttır (**TCK** 60/1). Örneğin, "ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuarda uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması veya uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması halinde, bu laboratuarı ya da döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişisinin aldığı izin iptal edilecektir" (madde gerekçesi). Keza hukuka aykırı yollardan elde edilmiş organların naklinin gerçekleştirildiği bir hastanenin izni iptal edilebilecek ve ayrıca müsadere tedbiri de uygulanabilecektir.

VII. ALKOL VEYA UYUŞTURUCU BAĞIMLISI KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ

"Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir" (**TCK** 57/7).

Alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı kimselerin suç işlemesi durumunda, bunların kusur yeteneğinin bulunmadığı kabul edilmekte ve bu kimselere ceza verilmemektedir. Buna karşılık, bu kimseler bakımından tedavi zorunluluğu öngörülmüştür. Bu bakımdan bağımlının işlediği suçun hangi suç olduğu önemli değildir[1].

VIII. YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ

Kanunun ilk halinde bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenen yabancıların sınır dışı edilmesi, 5328 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile idari nitelikli bir tedbir hüviyetine bürünmüştür. Bu nedenle, bu tedbir artık bir güvenlik tedbiri değildir. Fakat kanunumuzdaki yeri itibarıyla, bu tedbiri de burada incelemenin sistematik açıdan uygun olacağı kanaatindeyim.

Bu hüküm, yeni Türk Ceza Kanunu'nun ilk değişen hükmüdür. 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı kanunun 1. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, "iki yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancının derhal sınır dışı edilmesine hükmolunacağı" şeklindeki belirlenmiş olan

---

suçlarda güvenlik tedbiri uygulanabilir. Belirtmek gerekir ki, Fransız Ceza Kanunu 2005 yılında özellik prensibini terk etmiştir. Kangal, YTCK Tüzel Kişiler, 89.

[1] Yokuş-Sevük, Uyuşturucu, 205 vd.

hüküm değiştirilerek, bu konudaki yetki İçişleri Bakanlığı'na verilmiş bulunmaktadır.

Vatandaş sınır dışı edilemez (AY 23/6). Bu nedenle kanunumuz da sadece yabancıların belirli şartlar altında sınır dışı edilebileceğini hükme bağlamıştır: *"İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir"* (5328 sayılı kanun ile değ. TCK 59). Kanunumuz ancak hapis cezasına mahkûmiyet halinde bu tedbirin uygulanmasını öngörmüş bulunmaktadır.

Kanunumuz, suçun kasten işlenen veya taksirli suç olması arasında ayrım yapmamıştır. Mahkûmiyetin süresi de önemsizdir. Ancak kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrildiği hallerde, asıl mahkûmiyet çevrilen seçenek yaptırım sayılacağından, sınır dışı etme tedbiri uygulanamayacaktır[1].

Sınır dışı edilmenin, yabancıların geri verilmesinden farkına, yukarıda "yabancıların geri verilmesi" bahsinde değinmiştim.

15.7.1950 tarih ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un 22/1. maddesine göre, *"Türkiye'den sınır dışı edilenler İçişleri Bakanlığının hususi müsaadesi alınmadıkça Türkiye'ye dönemezler, bunlardan ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtan dolayı Türkiye'de mahkûm olmuş ve cezası çektirilerek sınır dışı edilmiş olanlar bir daha Türkiye'ye giremezler; ancak İçişleri Bakanlığının müsaadesiyle durmadan transit geçmeleri caizdir"*. Aynı kanunun 26. maddesine göre, *"sınır dışı edildikleri veya Türkiye'yi terke davet olundukları halde müsaadesiz gelmeye mütecasir olan yabancılar bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suretle mahkûm edilen yabancılar cezaları çektirildikten sonra sınır dışı edilirler"*.

§3. CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

I. Cezanın Belirlenmesi
- A. Giriş
- B. Cezanın Somut Olarak Tayini
  - 1. Ceza Çeşidinin Seçilmesi
  - 2. Temel Ceza Miktarının Tayini
    - a. Genel Olarak
    - b. Temel Ceza Miktarını Belirleme Kriterleri
    - c. Mükerrer Değerlendirme Yasağı

[1] Koca/Üzülmez, 506.

II. Cezanın Hesaplanması
A. Giriş
B. Cezaların Ölçü Birimi
C. Yukarı ve Aşağı Sınırların Aşılmaması
D. Ceza Miktarının Hesaplanmasında Sıra
III. Takdiri İndirim Nedenleri
IV. Mahsup
A. Genel Açıklamalar
B. Adli Para Cezalarında, Adli Kontrolde ve Diğer Özel Durumlarda Mahsup
V. Cezaların İçtiması

I. CEZANIN BELİRLENMESİ

A. Giriş

Faile verilecek cezanın belirlenmesi, biri soyut, diğeri somut olmak üzere, iki aşamada yapılır. Soyut aşamada cezayı belirleyen bizzat kanun koyucu iken, somut aşamada kanun tarafından belirlenmiş olan soyut ceza somut olaya hâkim tarafından uygulanarak, ceza tayin edilir[1].

B. Cezanın Somut Olarak Tayini

Somut cezanın tayininde üç aşama söz konusudur. Ceza çeşidinin seçilmesi, ceza miktarının hesaplanması ve cezanın artırılıp indirilmesinde göz önünde tutulacak sınır.

1. Ceza Çeşidinin Seçilmesi

Kanunda seçimlik cezaların gösterildiği hallerde cezanın çeşidini seçme, hâkimin takdirine bırakılmıştır. Mesela **TCK** 124'teki "haberleşmenin engellenmesi" suçunun cezası hapis veya adli para cezasıdır. Burada hâkim, hapis veya adli para cezasından birini seçme hususunda serbesttir. Ancak bazı hallerde bu serbesti kısıtlanabilmektedir. Örneğin tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hâkim serbest olmayıp, hapis cezasına hükmetmek zorundadır (**TCK** 58/3). Ayrıca özel kanunlardan doğan cezayı seçenek yaptırımlardan birine çevirme yasağı da fiilen hakimin ceza çeşidini seçme konusundaki takdirini engellemektedir. Örneğin, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu Ek 2. maddesine göre, bu kanunu ihlal eden yönetim kurulu üyeleri ve memurların hürriyeti bağlayıcı cezaları para cezasına çevrilemez[2].

---

[1] Donmezer/Erman, III, 87.
[2] Yerdelen, Cezanın, 161.

Buna karşılık, kanunda gösterilen ceza tek çeşit ise örneğin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gibi (TCK 82) veya kanun her iki ceza çeşidine de hükmedilmesini öngörmüşse (TCK 154), artık hâkimin cezanın türünü seçmek hususunda takdir hakkı bulunmaz.

Kanunun hapis veya adli para cezasından birini seçme konusunda hâkime takdir yetkisi verdiği hallerde, bu takdir yetkisi kullanılırken cezadan beklenen amaç, cezalandırmaya hakim ilkeler, kişi bakımından hangi ceza türünün etkili olacağı (özel ve genel önleme) dikkate alınmalı[1] ve takdir yetkisinin neden bu şekilde kullanıldığı gerekçelendirilmelidir. Nitekim Yargıtay, *"söz konusu suçun müeyyidesinin "hapis veya para cezası" olarak seçimlik ceza şeklinde belirlenmesi karşısında; sanık hakkında seçimlik cezalardan para cezası yerine hapis cezasının tercih edilme nedeni kararda gösterilmelidir"* demektedir[2].

2. Temel Ceza Miktarının Tayini

a. Genel Olarak

Kanunumuz birçok suç için sabit bir ceza belirlemeyip, cezanın aşağı ve yukarı sınırlarını göstererek, hâkimi gerekçe göstermek şartıyla, bu sınırlar arasında bir ceza miktarını belirleme hususunda serbest kılmıştır. Kanun koyucu bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyarak, uygulamada çıkabilecek olan ve önceden öngörülme olanağı bulunmayan çeşitli halleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında hâkimin yetkisini kısıtlamaktan özenle kaçınmış, bu tavrını yeni kanunumuzda da devam ettirmiştir[3].

b. Temel Ceza Miktarını Belirleme Kriterleri

Hâkim alt ve üst sınırları kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan sınırlar arasında temel cezayı belirlerken TCK 61 hükümlerini göz önünde bulunduracaktır. Bu kriterler kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Hakim temel cezayı belirlerken keyfi hareket edemeyeceği gibi kriterleri karşılamayan bir takdir yetkisi de kullanamayacaktır[4].

Buna göre,

"Hâkim, somut olayda;

a) Suçun işleniş biçimini,

b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,

c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,

d) Suçun konusunun önem ve değerini,

e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,

f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,

g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

---

1 Yerdelen, Cezanın, 157
2 11. CD, 19.11.2007, 8107
3 CGK, 04.03.2008, 41
4 Yerdelen, Cezanın, 169

göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler". Keza **TCK** 3/1'in, "*suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur*" şeklindeki hükmü de gözetilmek zorundadır*. Nitekim *Yüksek Mahkememiz*, "*ele geçen sahte para miktarı ve tüm dosya kapsamı karşısında, hak ve nesafet kuralları ile orantılılık ölçütü göz ardı edilerek sanık hakkında fazla ceza tayinini*" kanuna aykırı bulmuştur[2].

Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri ise somut cezanın belirlenmesinde değil, takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulabilirler (bkz. 62. madde gerekçesi). Bu itibarla cezanın failin geleceği üze-

---

* 11. CD. 20.02.2006, 1003. "Temel cezanın belirlenmesine ilişkin ilkeler 5237 sayılı TCY'nın 61/1. maddesinde, 765 sayılı TCY'nın
29. maddesine benzer olarak,
" (1) Hakim, somut olayda;
a) Suçun işleniş biçimini,
b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,
d) Suçun konusunun önem ve değerini,
e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,
g) Failin güttüğü amaç ve saiki,
Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler" şeklinde düzenlenmiştir.
5237 sayılı TCY'nın "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasındaki "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" biçimindeki hüküm ile de, işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında "orantı" bulunması gerektiği vurgulanmıştır.
Yasa koyucu, cezaların kişiselleştirilmesinin sağlanması bakımından hâkime, olayın özelliği ve işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde gerekçesini göstererek iki sınır arasında temel cezayı belirleme yetki ve görevi yüklemiştir. Hâkimin temel cezayı belirlerken dayandığı gerekçenin, TCY'nın 61/1. maddesine uygun olarak suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki ile ilgili dosyaya yansıyan bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde yasal ve yeterli olması gerekmektedir.
Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde,
Adıyaman'da üç çocuğu ile birlikte yaşayan ve yurtdışında bulunan eşinin yanına gitmek isteyen H.G.'in, bir akrabası tarafından emekli yüzbaşı olan ve Gaziantep'te milli güvenlik dersi öğretmenliği yapan sanık A.K. ile tanıştırıldığı, A.'nin, eşi F.K.'ya ait olan ve fotoğraf değişikliği yaptırdığı pasaportu yurt dışına çıkış işlemlerinde H.'ye kullandırdığı, ayrıca pasaportun refakat kısmına H.'nin Ü., A. ve M. isimli çocuklarının da fotoğrafını yapıştırarak dört kişiyi beraberinde Almanya'nın Berlin şehrine götürdüğü, Tegel Havalimanında yapılan kontrollerde pasaportun sahte olduğunun tespit edilmesi üzerine beşinin de sınırdışı edilerek Türkiye'ye geri gönderildiği anlaşılan somut olayda, yerel mahkemece temel ceza belirlenirken, 5237 sayılı TCK. 61. maddesi uyarınca suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği yer ve zaman, sanığın kastının ağırlığı, güttüğü amaç ve saik" şeklinde kullanılan alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi TCY'nın 61. maddesi anlamında yasal, yeterli ve dosya içeriğine uygundur. Yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan, sanığı birebir gözlemleyen yerel mahkemece, alt sınırı 3 yıl hapis ve 5 gün adli para cezası, üst sınırı ise 8 yıl hapis ve 10.000 gün adli para cezası olan göçmen kaçakçılığı suçunda temel cezanın 4 yıl hapis ve 1200 gün adli para cezası olarak tayin ve takdir edilmesinde isabetsizlik bulunmamakta olup, bu uygulama 5237 sayılı TCY'nın 3/1. maddesinde düzenlenen "orantılılık" ilkesine de aykırılık oluşturmamaktadır". CGK, 09.10.2012, 8-335/1804.

[2] 8. CD. 19.09.2007, 5968.

rindeki olası etkileri sadece sanık lehine indirim uygulanmasının gerekçesini oluşturabilir[1]. Yoksa cezanın üst haddine çıkılmasının gerekçesi olamaz.

Suçun işleniş biçimi, failin kişilik yapısını ortaya koyduğu gibi, eylemin toplum düzeni bakımından oluşturduğu tehlike açısından da belirleyicidir[2]. Öğretide bu noktada örnek olarak şunlar verilmektedir: "Cinsel saldırı suçunun, mağdurun eşinin veya çocuklarının huzurunda işlenmesi"[3]; "hamile olduğu bilenen kadının muhtelif yerlerinden bıçaklanması"[4]; "failin mağduru bir hareketle değil, acı vererek yavaş yavaş öldürmesi"[5].

Failin kasta dayalı kusurunun ağırlığından anlaşılması gereken, "*suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmede gösterilen kararlılık, bu yöndeki ısrarlı istektir*". Taksire dayalı kusurun ağırlığı ise neticenin öngörülebilirliğine göre belirlenmelidir. Failin basit veya bilinçli taksirle hareket etmesinden bağımsız olarak, neticenin kolayca öngörülebilir olması halinde, failin taksire dayalı kusurunun ağır olduğu kabul edilmek gerekir[6]."Bir suç nedeniyle alt ve üst sınırlar arasında bir ceza belirlenmesi gerektiğinde, kural olarak göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, 5237 sayılı TCK'nun 61. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemedir. **Ancak taksirle işlenen suçlar açısından** kanun koyucu, aynı kanunun 22. maddenin 4. fıkrası ile bir ölçüt daha eklemiştir. Bu durumda, taksirle işlenen suçlarda alt ve üst sınır arasında ceza belirlenirken, TCK'nun 61/1 ile 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerin birlikte göz önüne alınması gerekmektedir[7]. Yargıtay da bir kararında bu hususa işaret

---

1 "TCK'nun 62. maddesinin uygulanması esas mahkemenin takdirine ilişkin olmakla birlikte hukuksal bir kavram olduğu, somut olayda olduğu gibi uygulanmaması durumunda yasal ve yeterli gerekçe gösterilmesi gerektiği, cezanın "olası etkisi" denilmesinin ancak sanık lehine indirim uygulanmasının gerekçesini oluşturacağı ve aleyhe kullanılamayacağı gözetilmeden sanıklar Mustafa G... ve Ergin hakkında takdiri indirim hükümleri uygulanmamak suretiyle fazla ceza tayini...". 1. CD. 08.03.2012. 5225/1482.

2 Artuk/Gökcen/Yenidünya⁷. 881.

3 Özgenç⁴. 724.

4 Artuk/Gökcen/Yenidünya⁷. 882.

5 Yaşar/Gökcan/Artuç. II. 2048.

6 Koca/Üzülmez. 516, 517.

7 Aynı kararda: "...Ancak TCK'nun 61/1. maddesindeki bu ölçütler genel nitelikli olup her suça uymayabileceğinden, her suç için tüm ölçütlerin değil sadece ilgili suça uyan kısımların nazara alınması gerekir. Bu açıdan taksirli suçlarda ancak kasıtlı suçlarda uygulanması mümkün olan 61/1. maddenin (b) bendinde yer alan "suçun işlenmesinde kullanılan araçlar", (f) bendinde yer alan "failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı" ve (g) bendinde yer alan "failin güttüğü amaç ve saik" ölçütleri kullanılamaz.

Tüm bu kanuni düzenlemeler karşısında taksirli suçlarda temel cezanın belirlenmesinde öncelikle failin kusurunun değerlendirilmesinin zorunlu olduğu, ancak kusurluluğun yanında "suçun işleniş biçimi", "suçun işlendiği zaman ve yer", "suç konusunun önem ve değeri" ile "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" ölçütlerinin de dikkate alınacağı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan 5237 sayılı TCK'nun "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesi uyarınca işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında "orantı" bulunması, böylelikle suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak yaptırımın haklı ve ölçülü olması gerektiği de göz önünde bulundurulacaktır.

Bu nedenlerle taksire dayalı kusurun ağır olduğu durumlarda alt sınırdan uzaklaşılarak, hafif olduğu durumlarda ise alt sınırdan veya alt sınıra yaklaşılarak temel ceza tayin edilmesi isabetli bir uygulama olacak ise de, bundan herhalde ağır kusurlu fail hakkında en üst hadden, hafif kusurlu fail hakkında ise alt hadden ceza tayin edilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalı, TCK'nun 61/1. maddesindeki olaya uyan diğer ölçütler ve "orantılılık" ilkesi bir bütün halinde değerlendirilerek haklı ve ölçülü bir ceza belirlenmelidir". CGK. 10.03.2015. 701/36.

etmiştir: *61 inci maddenin 1 inci fıkrasındaki kıstaslardan, (a), (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde yer alanlar taksirli suçlarda uygulanamaz. Zira, (a) bendinde "suçun işleniş biçimi", (c) bendinde "suçun işlendiği zaman ve yer", (d) bendinde "suçun konusunun önem ve değeri", (e) bendinde "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı", (f) bendinde ise "failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı" yer almaktadır; bunun dışında, (b) bendindeki "suçun işlenmesinde kullanılan araçlar" ve (g) bendindeki "failin güttüğü amaç ve saik" kıstaslarının ise taksirli suçlarda uygulanma olaslılığı bulunmamaktadır. Ayrıca göz önünde bulundurulması zorunlu olan bir başka ölçütte, aynı Yasanın 22 nci maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan ve sadece taksirle işlenen suçlara özgü olan "failin kusurudur"*.

Failin saikine örnek olarak, suçun nefret saikiyle işlenmesi gösterilebilir. Örneğin cinsel yönelimi nedeniyle bir kimseye yönelik olarak bir suçun işlenmesi suçun üst sınırına doğru çıkılmasını haklı kılabilir.

Maddede belirtilen hususlar sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu nedenle, *"mahkemece **TCK** 61 uyarınca temel hapis cezasının alt sınırdan tayinine gerekçe olarak "sanıkların gözlenen kişilikleri ve sosyal durumları" ölçütleri kullanılamaz"*[2]. Keza *"başkalarına örnek olunması ve bu suretle suç işlenmesinin önlenmesi gerekçesiyle alt sınırdan uzaklaşılması da **TCK** 61'e aykırıdır"*[3].

Temel ceza belirlenirken **TCK** 61'de belirtilen hususlar göz önünde bulundurulmalı ve somut gerekçeler belirtilmelidir. Buna karşılık *"hukuki dayanaktan yoksun ve somut olaya uygun olmayan kanundaki bazı deyimler tekrar edilerek "takdiren ve teşdiden" denilmek suretiyle temel cezanın belirlenmesi"* yasaya aykırıdır[4]."TCK'nın 3/1 ve 61. maddeleri gereğince kanunda öngörülen alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlemenin hakimin takdir ve değerlendirme yetkisi içinde olduğu, buna karşılık Anayasa'nın 141, CMK'nın 34, 230 ve 289. maddeleri uyarınca hükümde bu takdirin denetime olanak sağlayacak biçimde, hak ve nesafet kurallarına uygun, dosya içeriği ile uyumlu yasal ve yeterli gerekçesinin gösterilmesi zorunlu olup, yasa metinlerindeki ifadelerin tekrarının, bu metinlerdeki genel nitelikli ölçütlerin somut olaya ve failine özgülenmediği sürece yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceği gözetilmelidir"[5].

Elde edilen menfaatin miktarı fazla ise ceza alt sınırdan ayrılarak belirlenmelidir[6].

"Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan cezaların şahsileştirilmesi kuralının amacı, ceza ve sanık arasında uygun dengeyi sağlamaktır. İki sınır arasında cezanın belirlenmesi yetkisi hâkime ait ise de bu yetkinin kullanılmasında adalet ve nesafet kurallarına bağlı kalınması, suçun işleniş şekli, önemi, sebepleri, kanun ve nizamlara muhalefet derecesi, kastın yoğunluğu, sanığın sosyal durumu, geçmişi, ahlaki temayülleri, onun topluma kazandırılması gibi hususların göz önünde tutulmasının yanında, bu konudaki gerek-

---

CGK. 7.7.2009. 191.
2 10. CD. 29.11.2006. 13921.
3 11. CD. 05.12.2006. 9890.
4 11. CD. 25.09.2006. 7517.
5 21. CD. 09. 09. 2015. 2852.
6 11. CD. 23.07.2007. 5369.

çenin dosya içeriğine uygunluğu zorunludur. Aynı işyerinde performansından memnun kalmadığı ve bu sebeple daha önce uyardığı mağduru iş sözleşmesine son vermek amacıyla odasına çağırıp, iş akdi fesih bildirimini tebellüğ edip imzalamasını mağdurdan talep etmesi üzerine, mağdurun içeriden sanığın odasının kapısını kilitlemesi, akabinde aralarında meydana gelen tartışma ve kavga sonucu yaralama eylemini gerçekleştiren geçmişte sabıkası bulunmayan üniversite mezunu olup işyerinde müdür konumunda olduğu anlaşılan sanık hakkında yerinde olmayan gerekçe ve soyut ifadelerle yetinilerek üst sınırdan ceza tayini" kanuna aykırıdır[1].

*"Suçun işleniş biçimi, suçun önem ve değeri, mağdurların zararlarının ağırlığı gibi gerekçelerle adli para cezası belirlenirken **TCK** 52'de gösterilen alt sınırdan uzaklaşılmasına karşın, hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırdan verilmesi suretiyle çelişkiye düşülmesi"* yasaya aykırıdır[2]. Keza sanıklar hakkında ceza tayin olunurken, sanıkların kişilikleri, sosyal durumları ve olayın oluş şekli nazara alınarak hürriyeti bağlayıcı cezanın asgari hadden, memuriyetten yoksun kılınma cezasının ise aynı gerekçe ile asgari hadden uzaklaşılarak tayini çelişki ifade edeceğinden, kanuna aykırı olur[3].

*"Yağma suçunun, **TCK** 149/1 fıkrasının hem c, f, g hem de h bentlerine aykırı biçimde; birden fazla kişi tarafından birlikte, geceleyin, var olan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanarak, suç örgütüne yarar sağlamak amacıyla işlendiği, bu nedenle aynı yasanın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken bunların değerlendirilmesi gerektiği..."*[4].

Kanun koyucunun hapis cezası yanında adli para cezası öngördüğü suçlarda, hapis cezasının alt sınırdan tayini halinde, mutlak surette adli para cezasının da alt sınırdan tayini gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmamakta ise de bunun gerekçelerinin gösterilmesi, dayanılan gerekçelerin de yasal ve dosya içeriğiyle örtüşmesi gerekmektedir[5].

c. Mükerrer Değerlendirme Yasağı

Yukarıda sayılan hususların, başka ifadeyle temel cezanın belirlenmesinde kullanılan kriterlerden birinin (**TCK** 61/1) aynı zamanda suçun unsuru olması durumunda bu kriter temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz (**TCK** 61/3). Buna "**mükerrer değerlendirme yasağı**" adı verilmektedir (çifte değerlendirme yasağı).

Kanun metninde suçun nitelikli hallerini oluşturan ve aynı zamanda temel cezanın belirlenmesi kriterlerinden olan hususların (**TCK** 61/1) temel cezanın belirlenmesinde kullanılamayacağı (çifte değerlendirme yasağına konu olacağı) düzenlenmemiştir. Ancak **TCK** 61/3 gerekçesinde bu durum açıklanmış ve suçun nitelikli halini oluşturan bir kriterin artık temel cezanın belirlenmesinde kullanılamayacağı belirtilmiştir[6]. *Yargıtay*'a göre de, temel

---

[1] 3. CD. 11.07.2007. 5882.
[2] 8. CD. 24.04.2006. 3557.
[3] 11. CD. 17.05.2007. 3496.
[4] 6. CD. 07.07.2006. 7370.
[5] CGK. 19.06.2007. 152.
[6] Yerdelen, Erdal. "Çifte Değerlendirme Yasağı (Doppelverwertungsverbot)". SÜHFD. Y. 2012. C. 20. S. 2. s. 108.

cezanın belirlenmesinde suçun unsurlarının teşdit sebebi olarak kabul edilmesi mükerrer değerlendirme yasağına aykırıdır[1].

Her ne kadar, kanunda "suçun unsuru" sayılan hususların temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulamayacağı belirtilmekte ise de kanımca örneğin kanunun özel kısmında bazı suçlarla ilgili olarak düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık gibi hükümlerin uygulandığı hallerde de bu husus ayrıca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmamalıdır. Zira bu durum, zaten ilgili hükmün uygulanması sırasında cezasızlık veya cezada indirim sebebi olarak göz önünde tutulacaktır. Örneğin, etkin pişmanlık dolayısıyla failin cezasının 110. madde gereğince indirildiği hallerde, etkin pişmanlık durumu bu kez **TCK** 61 dolayısıyla cezanın tayininde göz önünde bulundurulamaz. Yine, örneğin hırsızlığın gece işlenmesi bir nitelikli hal olup (**TCK** 143), bu husus ayrıca **TCK** 61/1-c'nin uygulanması bakımından göz önünde bulundurulamaz.

Aynı şekilde tekerrür hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilecek hususlar da ayrıca cezanın tayininde göz önünde bulundurulamaz:

Yerel mahkeme kararının gerekçe kısmında; "sanığın yapılan Uyap sorgulamasında 111 adet kaydı bulunduğu ve aynı suçtan ve değişik mahkemelerden hırsızlık, sahtecilik, iftira olmak üzere benzer suçlar olduğu, bu şekilde sanığın üzerine atılı suçları işlediği anlaşıldığından sanığın mahkumiyeti gerektiği sonuç ve kanaatine varıldığı" anlaşılmaktadır.

Sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlülüklerinin bulunması, şartlarının varlığı halinde tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husus olup, TCK'nun 61. maddesinde sayılan temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında bulunmadığından alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak kullanılamayacaktır[2].

Öğretide de bu hükmün bir hususun, cezanın belirlenmesinde fail aleyhine birden çok kez değerlendirilmemesi şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü savunulmaktadır[3].

Bazen kanun koyucu da bu hususu doğrudan düzenleyebilir. Örneğin Terörle Mücadele Kanunu'nun 5/2 maddesine göre, "*suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır*". Böylece kanun koyucu mükerrer değerlendirmeyi doğrudan önleyici bir hüküm sevk etmiş olmaktadır.

II. CEZANIN HESAPLANMASI

A. Giriş

Yaptırım sisteminin ve buna bağlı olarak da cezanın belirlenmesinin izahı şüphesiz bu cezaların nasıl hesaplanacağına dair kuralların varlığını da gerektirir. Ancak çoğu zaman matematiksel işlemler içeren cezanın hesaplanması

---

[1] 16. CD, 27.03.2019, 2158.
[2] CGK, 11.06.2013, 292.
[3] Özen, Cezanın, 118.

konusunda ayrıntılı düzenlemelere gidilmez. Karşılaştırmalı hukukta cezanın hesaplanmasına dair hüküm içermeyen ülke kanunları mevcuttur. Türk Ceza Kanunu cezanın hesaplanmasına dair **TCK** 61/6 hükmünü getirmiştir. Tek fıkradan ibaret olan bu hüküm ayrıntılı hesaplama yöntemleri belirlemekten uzaktır[1].

B. Cezaların Ölçü Birimi

Hâkim somut cezayı belirlerken, cezaların ölçü birimini de göz önünde tutmakla yükümlüdür. Buna göre, "*hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez*" (**TCK** 61/6). Kanun koyucunun tereddüt olabilecek yıl ve ay bakımından bir hüküm sevk etmesi anlaşılır ise de günün 24 saat olduğunu ayrıca belirtmesine gerek yoktur.

Kanunun bu hükmü gereğince, süreli hapis cezaları ancak gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenecektir. Bu birimlerin dışında bir sürenin, örneğin; 3 hafta ya da 12 saat gibi, ceza süresi olarak belirlenmesi mümkün değildir[2].

Yargıtay da bir kararında bir yılın 365 gün yerine 360 gün kabul edilmesinin cezanın eksik tayini anlamına geldiğine işaret etmiştir[3].

Cezanın hem yıl hem ay hem de gün hesabıyla uygulanması gerekip (mesela hâkim 2 yıl 4 ay 15 gün hapse karar verdiğinde) yıl resmi takvime göre hesaplanır, fail 2 defa 365 gün; ay 30 gün olarak hesaplanır, başka anlatımla 4 defa 30 gün ve gün de 24 saat olarak hesaplanır, yani fail 15 defa 24 saat hapis yatar.

Hükümlünün gözaltına veya cezaevine alındığı saat de göz önünde bulundurulur ve hükümlü günün hangi saatinde gözaltına veya cezaevine alınmış ise cezanın sona erdiği günün aynı saatinde salıverilir[4].

Bir yıl veya daha fazla olarak hükmedilecek cezalarda yapılacak artırma ve eksiltmenin oranı, yılın aylara bölünmesi üzerinden hesaplanmalı ve düzenlenmelidir[5]. Yıl olarak tayin edilen cezalarda artırma ve indirme yapılırken, aya çevirmek gerekirse, bu çevirmeden sonra sürenin tayini yine yıl+ay üzerinden yapılır. Aksi takdirde 12x30=360 gün yapar ki, kanunun öngördüğünden 5 gün daha az bir süre ortaya çıkar. Söz gelimi, faile 10 yıl ceza verilsin ve bu cezadan **TCK** 32/2 gereğince 1/6'lık bir indirim yapılsın. 10 yılın 1/6'sını tespitte küsurlu rakam çıkacağından, 10 yıl 120 ay olarak ele alınır. Bunun 1/6 sı 20 aydır. 120-20=100 ay ceza verilecektir. **TCK** 61/6 gereğince 100 ay ceza alan bir kimsenin ceza evinde kalacağı süre 100x30=3000 gündür. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, 100 ayın tekrar yıla çevrilmesi gerekir. Bu da 8 yıl 4 ay yapar. Bu durumda yatılması gereken süre ise 8x365=2920

---

[1] Yerdelen. Cezanın. 316

[2] "Ceza Yasasının 30. maddesi açıklığına aykın olarak hafta ile ceza belirlenmesi yolsuzdur". 2.CD. 12.01.1951. 135. Yerdelen. Cezanın. 318.

[3] 9. CD. 27.04.2006. 2464

[4] Önder. III. 125.

[5] İBK. 13.12.1939. 58.

ile 4x30=120'nin toplanmasıyla elde edilen miktar kadardır. Yani 2920+120=3040 gün. Dolayısıyla aya çevrilen cezanın tekrar yıla çevrilmemesi halinde 3000 gün ceza çekilecekken, yıla çevrilme halinde ortaya çıkan süre 3040 gündür. Arada 40 günlük bir fark vardır. Bu bakımdan bu işlemin mutlaka böyle yapılması gerekmektedir.

Kanunda yer alan ceza, ay olarak gösterilmiş ise arttırma 12 ayın üstüne çıkılmasını gerektirse dahi, ay yıla çevrilmez. Yani söz gelimi 12 aylık bir ceza tayin edilir de ceza 1/6 oranında artırılırsa, ceza 14 ay olur. Bu durumda da mahkûmun infaz edilecek olan cezası 14x30=420 gündür. Yıla çevirme halinde 1 yıl 2 ay olur. Bu takdirde ise süre 365+60 olurki, bu da 425 gün yapar ve mahkûmun 5 gün fazla cezaevinde kalmasına yol açar[1].

TCK 61/6'ya göre bir günün ve adli para cezalarında da liranın küsuru hesaba katılmaz. Buna göre mesela 3 günlük bir hapis cezasına altıda biri eklenmek gerekirse, hâkim bu cezaya hiçbir şey eklemeyecek ve günün küsuru hesaba katılamayacağı gerekçesiyle artırma yapılmadığını hükümde belirtecektir.

Adli para cezalarının hesabında liranın küsuru hesaplamanın her aşamasında atılmalıdır. Hesaplama tamamlanıp sonuç ceza üzerinden küsurat atılmak suretiyle cezanın belirlenmesi yasaya aykırıdır[2].

C. Yukarı ve Aşağı Sınırların Aşılmaması

"Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir" (**TCK** 61/10). Bu nedenle, hâkimin somut cezayı belirlerken göz önünde tutmakla yükümlü olduğu bir diğer husus, cezaların yukarı ve aşağı sınırlarıdır.

Örneğin, süreli hapis cezasının aşağı ve yukarı sınırları **TCK** 49'da "bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz" şeklinde gösterilmiştir. Kanunda suçun cezası için sadece hapis cezası denildiği hallerde, hâkim bu süreyi bir ay ile yirmi yıl arasında bir süre olarak tayin edecektir. Adli para cezasının sınırları da beş gün ile yediyüzotuz gün arasında belirlenmiştir (**TCK** 52/1). Kanunda, suçun karşılığında sadece adli para cezasına hükmedileceği belirtilmiş, bunun miktarı belirtilmemişse, hâkim bu sınırlar arasında bir ceza tayin edebilecektir.

Bazı hallerde kanun alt sınırı, bazı hallerde de üst sınırı göstermeyebilir. Bu takdirde de **TCK** 49 ve 52/1'de gösterilen sınırlar geçerli olacaktır.

TCK 49'da yer alan düzenleme, sonuç cezayı değil, temel cezayı ifade etmektedir. Örneğin, **TCK** 188/1'de uyuşturucu veya uyarıcı madde imal, ithal veya ihraç fiillerinin cezası on yıldan az olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiş; 4. fıkrada, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya baz morfin olması halinde verilecek cezanın yarı oranında, 5. fıkrada da bu cezanın yarı oranında artırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasındaki suçun yaptırımının üst sınırının **TCK** 49 uyarınca 20

---

1 "TCK'nın 30.(61/6) maddesine aykırı olarak yaralama suçunun cezasının 2 yıl 12 ay yerine 3 yıl, toplam cezanın da 2 yıl 14 ay 7 gün yerine 3 yıl 2 ay 7 gün biçiminde belirlenmesi..." 4. CD. 24.09.2003, 8150. Yerdelen, Cezanın, 331.

2 CGK. 04.03.2003, 7/1; 4. CD. 16.10.2006, 15243.

yıl hapis olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu hükmün temel cezayı değil sonuç cezayı da kapsadığının kabulü halinde, hâkim, 1. fıkra uyarınca üst sınırdan ceza tayin ettiği takdirde, diğer fıkraların hiçbir şekilde uygulama olanağı olmayacak, alt sınırdan ceza tayin edildiği takdirde dahi, 4. ve 5. fıkralardaki artırımlar uygulandığında hapis cezası 20 yılı aşacağından, diğer fıkraların uygulanması olanaksız hale gelecektir. Bu kabul yasa koyucunun açık iradesine aykırı olduğu gibi, yasanın sistemine de uygun değildir. Bu nedenle, **TCK** 49'daki düzenlemenin, sonuç cezayı değil, yasada alt ve üst sınır gösterilmemesi halinde, temel cezayı tayinde dikkate alınacak ölçütleri gösterdiği kabul edilmelidir[1].

TCK 61/7, süreli hapis cezasında artırmaya ilişkin genel bir sınır koymuştur. Buna göre hâkim süreli hapis cezasını artırırken, o ceza için konulmuş olan yukarı sınırı aşamaz. "*Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz*". Örneğin; hâkim cezayı artırırken, yukarı sınırın aşılması noktasına geldiğinde, artık geri kalan sebepleri hesaba katamaz. Bu durumda süreli hapis cezası, ceza ne kadar artırılırsa artırılsın, 30 yıldan fazla olamaz. Bu sınırın aşılamaması suç karşılığı tespit edilen müstakil cezalar içindir. Fail birden fazla suç işlemişse, **TCK** 61/7'nin koyduğu kural uygulanmaz.

Hapis cezası için açıklanan alt ve üst sınır adli para cezasının hesaplanmasında da mevcuttur. Bu halde alt ve üst sınırlar, **TCK** 52/1'deki; "*adli para cezası beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere*" şeklindeki hükme göre belirlenecektir. Adli para cezaları açısından artırım nedenlerinin uygulanmasıyla aşılamayacak bir üst sınır belirlenmemiştir. Örneğin, hakaret suçu nedeniyle adli para cezası verilecekse, **TCK** 125/1'de "*3 aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası*" seçenek olarak düzenlenmiştir. Adli para cezasının alt ve üst sınırı gösterilmemiş olduğundan, mahkemenin vereceği temel adli para cezası 52. maddeye göre 5 günden az ve 730 günden fazla olamayacaktır. Ancak **TCK** 61/9 hükmü gereğince adli para cezası, hapis cezasının alt sınırının altında olamayacağından, hâkim, 3 ay hapis cezasından aşağı olmamak üzere adli para cezasını temel ceza olarak belirleyecektir[2].

D. Ceza Miktarının Hesaplanmasında Sıra

Ceza miktarının hesaplanmasında, başka ifadeyle somut cezanın tayininde nasıl bir sıranın uygulanacağı **TCK** 61'de gösterilmiştir. Bu hükme göre, cezanın hesaplanması bakımından riayet edilecek kurallar şunlardır:

- "İlk olarak tespit olunacak ceza yukarıda da ifade ettiğim gibi *temel cezadır*. Bu da suçun karşılığında *alt ve üst* basamaklı, yani aşağı ve yukarı sınırları olan bir ceza konulmuşsa, aşağı sınırla yukarı sınır arasında kalan herhangi bir ceza olabilir; hâkim cezada yapılacak arttırma veya eksiltmeyi, hep bu temel ceza üzerinden hesaplayacaktır"[3]. Doğrudan artırım maddesi üzerinde sonuç ceza tayini yasaya aykırıdır[4].

---

[1] CGK. 20.06.2006. 163.
[2] Yerdelen. Cezanın. 321.
[3] Donmezer/Erman. II. 345.
[4] 3. CD. 15.11.2006. 8482.

- Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, yukarıda belirlenen temel ceza üzerinden yapılır (**TCK** 61/2). *"Kurulan hükümde 5237 sayılı yasanın 61. maddesindeki düzenlemeye uygun şekilde, 86/1. maddesine göre tayin edilen temel ceza üzerinden "olası kast" nedeniyle indirim yapıldıktan sonra diğer artırım ve indirimlerin bu ceza üzerinden ayrı yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayin edilmesi"* bozmayı gerektirmiştir[1].

- Somut cezanın belirlenmesi aşamalarından biri de olayda mevcut ise suça etki eden nitelikli hallerin cezaya yansıtılmasıdır. Türk Ceza Kanunu'nda cezanın artırılmasını ya da indirilmesini gerektiren nitelikli haller; nitelikli hal ya da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlenmiştir. *"Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır"* (**TCK** 61/4). Olayda bir nitelikli hal varsa, temel cezanın bir defa arttırılması veya indirilmesi ile yetinilir. Cezanın ağırlaştırılmasını veya indirilmesini gerektiren birden fazla nitelikli hal varsa, temel ceza birinci nedenle artırılıp, belirli bir miktar elde edildikten sonra, ikinci sebeple bu miktar tekrar artırmaya tabi tutulur. Bunun üzerinden üçüncü veya diğer artırımlar yapılır; cezanın indirilmesini gerektiren nitelikli haller bakımından da aksi yön izlenerek, her indirme bir önceki indirimin uygulanması sonunda elde edilen miktar üzerinden yapılır. Örneğin[2], kasten yaralama suçu eşe karşı, kemik kırığı oluşacak şekilde gerçekleştirilmişse, TCK 86/1'den ötürü verilecek 1 yıl ceza, TCK 86/3 gereğince 1/3 oranında artırılacak ve 1 yıl 4 ay, daha sonra kemik kırığı nedeniyle ½ oranında artırılarak 1 yıl 12 ay hapis cezası verilecektir.

  Nitelikli hallerden bazısı cezada indirimi, bazısı ise cezada artırmayı gerektirdiği takdirde, temel ceza üzerine önce cezada artırımlar yapılır ve artırım sebepleri hesaba katılarak ceza arttırılır; arttırma sonucunda elde edilecek cezaya, indirim sebepleri uygulanır ve bu sebeplerin hepsinin uygulanması suretiyle faile verilecek ceza belirlenir[3].

- Yukarıdaki sıralamaya göre *"belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir"*. Böylece, hâkim temel cezayı tespit edecek, bundan sonra olası kast ve bilinçli taksir hükümleri gereğince cezada indirim ve arttırma yapacak, sonra nitelikli haller dolayısıyla arttırma ve eksiltme sonucunda elde edeceği cezayı tayin edecek, bunları yaparken teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler

---

1 1. CD. 06.12.2007. 9159.
2 Yerdelen, Cezanın, 256.
3 Krş. Donmezer/Erman, II. 345.

ile takdiri indirim nedenlerini hiç hesaba katmayacak, elde ettiği ceza miktarını bulduktan sonra teşebbüs sebebiyle indirim yapacak, bundan sonra iştirak hükümlerini uygulayacak, bilahare kanundaki sıralamaya göre diğer hususları göz önünde bulundurarak cezayı artıracak (örneğin, zincirleme suç) veya indirecek, nihayet takdiri indirim nedenleri dolayısıyla cezada son defa indirimde bulunarak faile verilecek son cezayı belirleyecektir. Bu itibarla hem sözü geçen sekiz hal en sonra hesaba katılacak hem ele alındıkları zaman da aralarındaki sıraya riayet edilecek, söz gelimi akıl hastalığı yaştan önce uygulanmayacaktır[1].

- **TCK** 61'deki sıra içinde gösterilmemiş olan bir husus da cezaların içtimaıdır. Kanunumuzda cezaların içtimaı durumu gösterilmemiştir. Böylece; her bir suç için ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilecek, bu husus, infaz sırasında göz önünde bulundurulacaktır.
- Adli para cezası hesaplanırken 61. madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur (**TCK** 61/8). Zincirleme suçun bulunduğu hallerde, hapis cezasının yanında adli para cezası da teselsülden dolayı **TCK** 43 gereğince artırılır[2].
- Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda, bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz (**TCK** 61/9).

III. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

Fail, kanun tarafından suç öncesinde öngörülemeyecek çok değişik etkilerin altında hareket ederek suç işleyebilmektedir. Bunlar; sosyal, ekonomik, psikolojik veya pedagojik etkenler olabilir. Bu nedenle hakimin, failin içinde bulunduğu özel durumu göz ardı ederek kanunda yazılı cezaya hükmetmesi her zaman adil sonuç doğurmayacaktır[3].

Takdiri indirim nedenleri, "kanun tarafından belirlenmeyip, hâkimin göz önünde tutabileceği birtakım özellikler dolayısıyla cezanın bir ölçüde indirilmesine imkân sağlayan ve kabul ve reddi yine hâkimin takdirine bırakılan hallerdir"[4].

Takdiri indirim nedenleri;

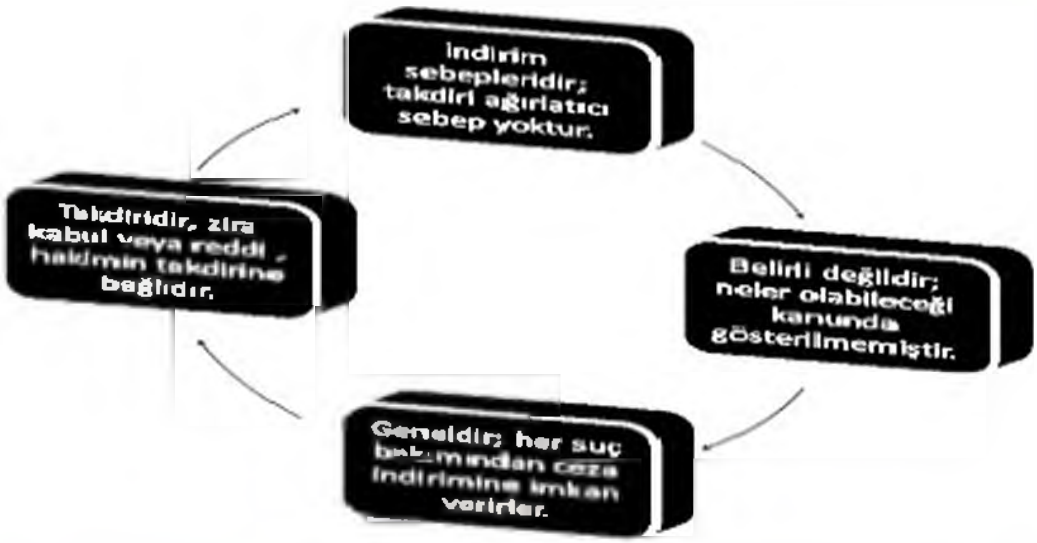
---

1 Krş. Donmezer/Erman. II. 346.

2 11. CD. 30.10.2007. 7165.

3 "Bütün suçların gerçekleştirilme şekilleri birbirinden farklı olduğu gibi, faillerin kişisel özellikleri, sosyal ve psikolojik durumları da birbirinin aynı değildir. Bu nedenledir ki fiil ile karşılığı olan yaptırım arasındaki denge kurulabilmesi ve cezanın kişiselleştirilebilmesi bakımından hâkime bazı olanaklar sağlanmıştır. Bunlar değişik yaptırımlardan birini seçebilme, kanun koyucunun alt ve üst sınırı gösterdiği durumlarda temel cezayı bu sınırlar arasında belirleyebilme, hürriyeti bağlayıcı cezayı güvenlik tedbiri veya para cezasına dönüştürebilme gibi olanaklardır." CGK. 29.11.2005. 149. Yerdelen, Cezanın. 285.

4 Donmezer/Erman. II. 361.



"Belirli olmayan, sınırsız takdiri hafifletici sebepler kurumunun **hukuki esası**, cezayı olaya ve suçluya uydurarak, daha adil ve insaflı bir cezaya hükmedebilmek hususunda hâkime özgürlük tanımaktır"[1]. "Faile verilecek cezaya etkili ve bunun ferdileştirilmesinde rol oynayabilecek hallerin önceden bilinememesi" takdiri indirim sebeplerinin kabulüne yol açmıştır[2].

Takdiri indirim nedenlerinden **TCK** 62 söz etmektedir. Bu hükme göre, her şey takdiri hafifletici sebep sayılabilir. Ne var ki, kanunda öngörülmüş indirim sebebi olan nitelikli haller, suçun unsurlarından biri veya kanunun özel olarak belirttiği nedenler ayrıca takdiri indirim sebebi sayılamaz[3]. Kanunumuz takdiri indirim sebeplerinin neler olabileceğini, sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirlemiştir (madde gerekçesi): "*Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir*" (**TCK** 62/2). "Suçlunun pişmanlığı, sabıkasız oluşu, her nasılsa suç işlemiş olmakla birlikte iyi bir insan olduğu izlenimini vermesi, suçtan zarar görmüş olması, elverişsiz toplum şartları vs." **TCK** 62'nin uygulanmasını gerektirebilir[4]. Maddede failin sosyal ilişkileri dendiğinden, örneğin kamu görevlisi olması, kanunda ayrıca bir nitelikli hal olarak düzenlenmemişse, ancak 61. madde kapsamında göz önünde bulundurulabilir, zira kamu görevlisi olmak bir sosyal ilişkiyi ifade etmemektedir. Ayrıca önemle vurgulamak gerekir ki, 61. madde ile 62. madde birbirinden bağımsız düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mağdurun örneğin ***kendi düğünü*** sırasında öldürülmesi 61/1-c kap-

> *TCK 62'de belirtilen hususlar irdelenmeden, "duruşmada elde edilen kanaate göre" denilmek suretiyle yasal olmayan gerekçe ile TCK 62'nin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırıdır (5. CD, 15.03.2007, 1953).*

[1] Donmezer/Erman, II, 363.
[2] Önder, III, 132.
[3] CGK, 20.11.1981, 395.
[4] Yüce, 138.

samında göz önünde tutulduktan sonra, bu durum bu kez 62. maddenin uygulanmaması için bir sebep olarak gösterilemeyecektir.

Uygulamada Yargıtay, *"sanığın olaydan kaçması, iki yıl sonra yakalanması ve suçunu saptırmak istemesi"* gibi olguları, **TCK** 62'nin uygulanmaması için gerekçe gösteren yerel mahkeme kararını, bu kararın dayanağının neler olduğu gösterilmediği için bozmuştur[1]. Kanaatimce, yerel mahkeme, bu kararında haklıdır, zira **TCK** 62'de failin fiilden sonraki davranışları ile yargılama sürecindeki davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Sanığın ise fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki olumsuz davranışları, bu maddenin uygulanmaması için haklı bir gerekçe oluşturmaktadır.

Adli sicil kaydında mahkumiyet hükmü bulunmayan sanık hakkında, "geçmiş yaşantısı" gerekçesiyle TCK'nın 62. maddesinin, "suç işlemekten çekineceğine ilişkin kanaatin oluşmadığı" gerekçesiyle de TCK'nın 51. ve CMK'nın 231/5. maddelerinin uygulanmamasına karar verilmesi doğru değildir"[2].

Sanığın bir suçunda takdiri indirim sebebi uygulanırken, diğer suçlarında uygulanmaması durumunda, hangi nedenle bu uygulamanın yapıldığının Yargıtay denetimine imkân verecek şekilde karar yerinde gösterilmesi gerekir[3].

> *"Yasal hiçbir gerekçe gösterilmeksizin, soyut bir şekilde "takdiren" denilmek suretiyle sanıklar hakkında takdiri indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi" kanuna aykırıdır (8. CD, 06.11.2007, 7349).*

Kanunumuz 62. madde dışında, özel hükümler kısmında bazı suç tipleriyle ilgili olarak da haksızlığın azlığını göz önünde bulundurarak, failin cezasında indirim yapma veya ceza vermeme konusunda mahkemeye takdir yetkisi tanımıştır (örn. **TCK** 260/2).

Sanık veya müdafiinin lehe olan yasal hükümlerin uygulanması yönünde talepte bulunmaları halinde, **TCK** 62. maddenin sanık yararına uygulama olasılığının mutlaka tartışılması ve karara bağlanması gerekir[4].

Sanığın mahkemeye yardımcı olma biçiminde bir görevi bulunmadığı halde, yasal nedenler yanında bu hususa da dayanılarak sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırıdır[5]. Sanığın suçu inkâr etmiş olması veya susma hakkını kullanmış olması, aleyhine TCK 62'nin uygulanmaması için neden olarak kabul edilemez[6]. Bununla beraber, sanık suçunu ikrar eder veya iddianın tamamen veya kısmen aydınlatılmasına yardım ederse, takdiri indirim sebebinin uygulanması gerekir[7].

---

[1] 3. CD. 11.04.2007, 3251.
[2] 18. CD. 28.09.2015, 5870.
[3] 1. CD. 27.11.2006, 5221.
[4] 11. CD. 12.12.2007, 9191; 4. CD. 04.12.2006, 17131; 8. CD. 09.10.2006, 7371.
[5] 8.CD. 05.06.2006, 4965.
[6] CGK. 09.06.1998, 216.
[7] 1.CD. 19.12.2011, 10241/8043.

Uygulamamızda sanığın suçsuzluğunu veya deliller arasındaki çelişkinin giderilmesi yönünde çaba sarf etmek yükümlülüğü bulunmadığı halde, cezanın tespit ve tayininde yargı organları ve Yargıtay sanıktan adli makamlara yardımcı olmasını beklemekte; takdiri indirim nedenini failin diğer davranışları, fail ve fiille ilgili diğer koşulları esas alarak değerlendirmek yerine, suçunu ikrar eden veya adli makamlara delil elde edilmesinde yardımcı olan ya da susma hakkını kullanmayan kişiler hakkında kullanmaktadır.Susma hakkını kullanan ve kendisi aleyhine delillerin elde edilmesine yardımcı olmayan veya gerçeğe aykırı ifadeler kullanan sanık hakkında ise takdiri hafifletici nedenlerin bir atıfet işlemi olmadığından söz edilerek, sanığın delilleri izah edemediği, sanığın delillere izah getireceğine eski ifadelerini tekrar ettiği, olayın sanığın yardımı ile değil fenni ve teknik araç ve yöntemlerin kullanılmasıyla ortaya çıkarıldığı gibi hukuka aykırı, fiil ceza hukukuna ters ve ceza muhakemesinde sanığı koruyan susma hakkı, nemo tenatur ilkesi, suçsuzluk karinesi veya sanığın ispat külfetinin bulunmaması gibi ilkeleri çiğneyerek, sanık aleyhine hüküm kurulmaktadır[1]. Bu gerekçelerin hiçbiri modern ceza ve ceza muhakemesi ilkeleriyle bağdaşmamaktadır[2].

Takdiri indirim nedenleri, güvenlik tedbirlerinde uygulanamaz[3].

IV. MAHSUP

A. Genel Açıklamalar

TCK 63 gereğince "*hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir*". Hürriyetin sınırlandığı, tutuklama, yakalama, gözlem altında bulundurma gibi haller bu kapsamda kabul edilmektedir. Hürriyetin sınırlandığı yerin de bu bakımdan önemi yoktur. Kollukta, Adli Tıp gözetiminde, hastanede, hatta güvenlik kuvvetlerince götürülürken yolda geçen süreler de şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran hallerden sayılır[4]. Önceki kanun döneminde de Askeri Yargıtay Daireler Kurulu "*işlenen bir suç sebebiyle maruz kalınan her türlü özgürlüğü kısıtlayıcı sürelerin, niteliğine bakılmaksızın hükümlülük süresinden indirilerek cezanın infazının yapılması gerektiği*"ne hükmetmişti[5].

Mahsup konusu her ne kadar TCK'da düzenlenmişse de esasında infaz hukukunun konusunu oluşturmaktadır.

Kanun, tutukluluk süresinin mahkûmiyet süresinden indirilmesini öngörmüş bulunduğundan, sanığın sonuçta beraat etmesi durumunda tutuklu kaldığı sürenin mahsubu mümkün değildir[6].

---

1 Örneğin, 1 CD, 19.12.2011.10241/8043.
2 Ünver/Hakeri, 12. B., 217.
3 Özen, Cezanın, 104.
4 Donmezer/Erman, III, 95.
5 11.10.1993, 101.
6 Bu durumda tutuklu kalınan süre için devletten süre itibariyle alacaklı olmak kabul edilmemektedir. Yapılacak şey tazminat davası açmaktır, bkz. CMK 141 vd. ve ayrıca *Hakan Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Ankara 1999.*

Kanunumuz 1940 tarihli İBK kararındaki aynı yöndeki esası benimsemiş ve bu amaçla "hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen" ifadesini kullanmıştır (**TCK** 63). Böylece, tutuklu kalınan sürenin mahkûmiyetten mahsup edilebilmesi için, tutukluluğun mahsup yapılacak suça konu mahkûmiyete ait olması gerekmeyip, sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle de tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır. Burada önemli olan husus, mahsuba konu olan mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesidir[1]. Bu bakımdan tutuklu kalınan suçtan dolayı beraat ya da mahkûmiyet hükmü verilmesi sonuca etkili değildir[2].

---

[1] CGK. 31.01.2006, 7. Kanun yararına bozma talebi ve ihbar yazısında, "Adı geçen hükümlünün 07/05/2006 tarihinde işlemiş olduğu suç sebebiyle Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 01/05/2007 tarihli ve 2006/123 esas, 2007/107 sayılı kararı ile 4 yıl 2 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı, söz konusu kararın 28/04/2009 tarihinde temyizde onama üzerine kesinleştiği, müteakiben, 14/12/2009 tarihinde işlediği başka bir suç sebebiyle Ankara 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/147 esas sayılı dosyasında yargılamasının devam ettiği, anılan dosyanın henüz kesinleşmemiş olduğu, bu dosya kapsamında 14/12/2009 ile 25/06/2010 tutukluluğa kaldığı sürelerin infazına başlanılan 4 yıl 2 ay hapse ilişkin cezasından mahsubunu talep etliği, Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 20/07/2007 tarihli ve 2007/11007 esas, 2007/9670 sayılı ilamında "...Bu nedenle, mahsup işleminde önemli olan, mahsup yapılacak mahkumiyetin ilişkin olduğu suçun, tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlenmiş olmasıdır. Tutuklu kalınan suçtan dolayı beraat yada mahkumiyet hükmü verilmesi sonuca etkili değildir" şeklindeki ifade karşısında mahsup talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 63. maddesindeki, "hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler hükmolunan hapis cezasından indirilir" biçimindeki hükmü dar yorumla ve hükümlünün işlediği ikinci suçun tarihinin mahkumiyetine ilişkin Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin kararının kesinleşme tarihinden sonra olduğundan bahisle reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir..." denilerek, Ankara 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 06.12.2010 tarihli kararının bozulması istenmiştir.

Çözümlenmesi gereken sorun, kesinleşen mahkûmiyetle ilgili hapis cezasından, kesinleşme tarihinden sonra başka suç nedeniyle tutuklu kaldığı sürenin indirilip indirilmeyeceğidir.

5237 sayılı TCK'nın 63. maddesinde, hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve kişisel özgürlüğün sınırlanması sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş sürelerin hükmolunan hapis cezasından indirileceği öngörülmüştür. Maddede belirtilen kesinleşme, tutuklu kalınan suç nedeniyle verilen hükmün kesinleşmesidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 31.01.2006 tarihli 2006/4-8 sayılı kararında da belirtildiği üzere: tutuklu kalınan sürenin mahkûmiyetten mahsup edilebilmesi için, tutukluluğun mahsup yapılacak suça konu mahkûmiyete ait olması gerekmeyip, sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce, işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle de tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır. Önemli olan, mahsuba konu mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesidir. Diğer yandan, tutuklu kalınan suçtan verilen kararın kesinleşme tarihinden önce bir başka suç ya da suçların işlenmesi yeterli olup, tutuklu kalınan suçun beraat veya mahkûmiyetle sonuçlanmasının önemi bulunmamaktadır.

Somut olayda, hükümlünün Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nce 01.05.2007 tarihinde kesinleşen mahkûmiyet hükmüne konu olan cezasından, Ankara 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/93 esasında kayıtlı ve yargılaması devam eden başka davayla ilgili suçtan tutuklu kaldığı sürenin mahsubu gerektiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesi yasaya aykırı olup..."10. CD. 20.07.2011, 31642.

[2] 10. CD. 20.07.2007, 9670. "Mahsup işleminin yapılabilmesi için tutuklu kalınan suçtan verilen kararın kesinleşme tarihinden önce bir başka suç ya da suçların işlenmesinin yeterli olacağı, tutuklu kalınan suçun beraatle veya mahkumiyetle sonuçlanmasının mahsup işlemi için önemli olmadığı, mahkumiyetle sonuçlanan kararın henüz kesinleşmemiş olması nedeniyle temyiz incelemesi sonunda beraat etme ihtimali hukuken mümkün bulunduğundan infazı halen devam eden mahkum için telafisi imkansız sonuçlar doğabileceği dikkate alınarak, koşulları oluştuğunda mahsup işlemlerinin yapılması gerektiği gözetilmelidir". 1.CD. 11.11.2014, 5093.

Mahsubun yapılabilmesi için lüzumlu olan bir başka unsur ise kesinleşmiş bir ceza mahkumiyetinin varlığıdır. Mahsuba konu olacak özgürlüğün kısıtlandığı suç ile mahkumiyete konu suçun aynı olması gerekmediği gibi, yargılama makamlarının, yargılama ve suç yerlerinin aynı olması da aranmaz. Hürriyetten yoksun bırakmaya neden olan suçun yargılamasının tamamlanmış olması da şart değildir[1].

Şahsi hürriyetten mahrumiyet kaç yıl, ay veya gün devam etmişse o kadar süre, mahkûmiyetten indirilir.

Mahsup kararını vermeye yetkili mahkeme, mahkumiyete karar vermiş olan (infaz edilecek cezaya hükmetmiş olan) mahkemedir. *Yargıtay da* "suçlunun mevkuf kaldığı günlerin mahsubunun kararda gösterilmemesi"ni bozma sebebi olarak kabul etmektedir[2].İnfaz savcısı da mahsup yapabilir[3]. Mahsupda tereddüt halinde savcı, mahkemeden karar isteyebilir (CGTİK 98).

Sanığın yabancı devlet makamlarınca gözaltına, gözlem altına alınması ve tutuklanması durumunda ise **TCK** 16 gereğince mahsup yapılacaktır. Ancak yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen cezanın tamamının mahsubuna karar verilemez[4].

B. Adli Para Cezalarında, Adli Kontrolde, Denetimli Serbestlikte ve Diğer Özel Durumlarda Mahsup

Mahsup işlemi adli para cezalarından da yapılır. Bu takdirde, "*bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere*" cezadan indirim yapılır (**TCK** 63). Böylece sanığın, karar kesinleşmeden önce, özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olan gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürenin bir günü yüz TL sayılmak suretiyle mahsup yapılır[5].

Adli kontrol (CMK 109) altında geçen süre, şahsi hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Ancak uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi tutulma durumunda, bulunarda geçen süreler cezadan mahsup edilecektir (CMK 109/6).

Hükümlünün cezasının CGTİK 105/A hükmü gereğince denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı halinde, bu süre de **TCK** 63 kapsamında toplam hükümlülükten mahsup edilmelidir: "Hükümlünün denetimli serbestlik tedbiri altında serbest bırakılması madde metninden de anlaşılacağı üzere cezanın infazı amacıyla yapılmaktadır. Bu nedenle 5275 sayılı Yasanın 105/A maddesinin 9. fıkrası yollamasıyla 107/14. maddesi de gözetilerek hükümlünün denetimli serbestlik tedbiri altında geçirdiği sürelerin cezasından mahsup edilmesi gerekir"[6].

---

[1] Yerdelen, Cezanın, 347.
[2] 4. CD. 23.12. 1937. 1107.
[3] Özgenç[3], 849.
[4] 'Hükmolunan cezadan, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukla veya hükümlülükte geçen sürelerin mahsup edilmesi gerektiği gözetilmelidir. Yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen cezanın tamamının mahsubuna karar verilemez'. 9. CD. 17.04.2014. 4747.
[5] 2. CD. 04.10.2006. 15939.
[6] 8.CD. 17.03.2014. 6613.

Kanunumuzun 188. maddesinde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile ilgili olarak yabancı ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmının mahsubuna ilişkin özel bir hüküm konmuştur (**TCK** 188/2).

TCK 63. madde manasında bir mahsup olmasa bile, İnfaz Kanunu 100. madde hükmüne de kısaca temas etmekte yarar görüyorum: Cezanın infazına başlandıktan sonra hastalık nedeniyle hükümlünün ceza infaz kurumundan hastaneye kaldırılması halinde burada geçirdiği süre, cezadan indirilir. Ancak cezanın infazını durdurmak için hükümlü, hastalığına kasten neden olmuşsa bu hükümden yararlanamaz (CGTİK 100).

V. CEZALARIN İÇTİMAI

Suçların içtimaı suretiyle çeşitli ihlallerin kaynaşmaması, yani faile birden fazla ceza verilmesinin gerekli bulunduğu bir durumun ortaya çıkması halinde cezaların içtimaı söz konusu olur. Nitekim birden fazla ihlal söz konusu olup da bunların suçların içtimaı hallerinden biriyle kaynaşmaması durumunda, kural gerçekleşen ihlal sayısınca ceza verilmesidir. İşte bu tür bir içtimaı suçların kaynaşması manasına gelen suçların içtimaı durumundan ayırmak için, buna "gerçek içtima" adını vermekteyiz[1].

> *"TCK'da cezaların içtimaına ilişkin bir hüküm bulunmadığı ve CGTİK 99. maddesinde "hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar" hükmünü içerdiği, cezaların infaz aşamasında toplanabileceği gözetilmeden, sanık Ahmet hakkında hükmolunan cezaların içtimaına hükmedilmesi" yasaya aykırıdır (11. CD, 13.06.2007, 4142)*

Cezaların içtimaı konusu ceza kanunumuzda düzenlenmemiştir (Krş. **TCK** 76/2). Bir kimsenin birden fazla cezaya hükümlülüğü durumu, cezanın infazı aşamasında göz önünde bulundurulacak ve buna özellikle koşullu salıverilme bakımından birtakım sonuçlar bağlanacaktır[2]. Bu toplama, cezaların her birinin bağımsızlığını korumasına engel olmamaktadır ve sadece infazda kolaylığın sağlanması bakımından sembolik bir toplama işlemidir. Nitekim CGTİK 99'da *"bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar"*denmekte ve ancak koşullu salıverme bakımından bir toplamanın mümkün olacağı açıklanmaktadır: *"Ancak bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise 107'nci maddenin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenir"*. Böylece birden fazla mahkûmiyet durumunda, mahkeme sonuçta cezaları toplayacak ve koşullu salıverme süresi bu toplam ceza üzerinden hesaplanacaktır.

Adli para cezaları açısından nitelik farkları ve infaz şekillerindeki değişiklikler ortadan kaldırılmış olsa dahi, mehil ve taksitlendirme durumlarının fark-

---

[1] Donmezer/Erman. III. 98

[2] "5275 sayılı Kanun m. 99 sadece infaz aşamasında ve koşullu salıverme hükümlerinin uygulanması için konulmuş maddedir. Bu nedenle mahkemeler hüküm kurarken bu maddeye göre verilen cezaları toplamayacaklar, her bir ceza ayrı ayrı varlıklarını koruyacaklır. 4. CD. 22.11.2006. 16687. Yerdelen. Cezanın. 332.

lı olması durumunda adli para cezalarının toplanması sorun oluşturmaya aday gibi görünmektedir. TCK'da adli para cezalarının toplanmalarını gerektiren veya mümkün kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. Adli para cezalarının toplanması için de aynen 5275 sayılı CGTİHK m. 99'da hapis cezası için konulmuş bir kural gibi, düzenlemenin bulunması gerekir. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın genel felsefesinde her eylemin ayrı suç oluşturacağı, her suça ayrı ceza verileceği ve her cezanın ayrı infaz edileceği ilkesi geçerlidir[1].

§4. DAVA VE CEZA İLİŞKİSİNİ DÜŞÜREN SEBEPLER

I. Ölüm
- **A. Sanığın Ölümü**
- **B. Hükümlünün Ölümü**
- **C. Mağdurun Ölümü**

II. Af
- **A. Genel Af**
- **B. Özel Af (TCK 65/2, 3)**

III. Belirli Bir Sürenin Geçmesi
- **A. Dava Zamanaşımı**
- **B. Ceza Zamanaşımı**
- **C. Kabahatlerde Zamanaşımı**

IV. Şikâyetten Vazgeçme

V. Ön Ödeme

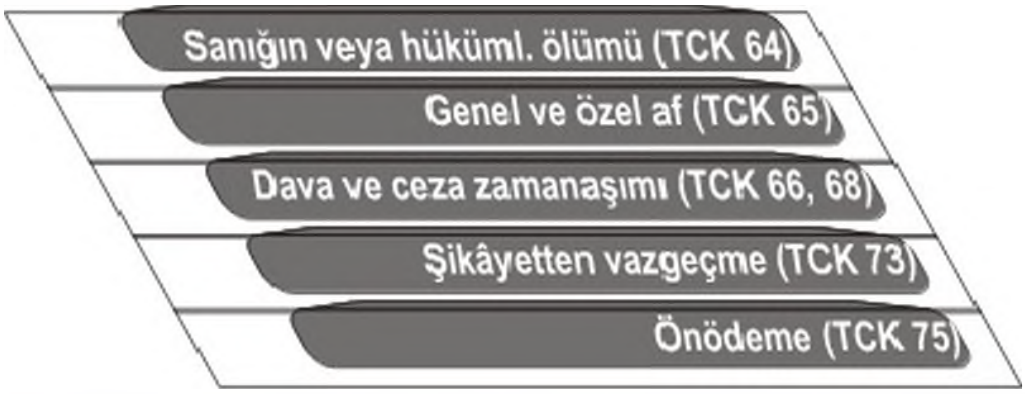
Ceza ilişkisinin normal şekilde sona ermesi, infaz ile olur. Ancak infaz dışında da bazı sebepler ceza ilişkisini sona erdirebilmektedirler.

"Ceza ilişkisinin infazdan önceki aşamada düşmesini gerektiren sebepler, aynı zamanda, kamu davasının da açılamamasını veya ortadan kalkmasını gerektirdiği halde; infaz yetkisinin düşmesini gerektiren sebepler, kamu davasını etkilemez, sadece cezayı tamamen veya kısmen düşürür"[2]. Kanunumuz birinci nevi düşme sebeplerine **davayı düşüren (kamu davasını ortadan kaldıran) sebepler** (sanığın ölümü, şikâyetten vazgeçme, dava zamanaşımı gibi) adını verdiği halde, ikinci tür sebeplere **cezayı düşüren (cezayı ortadan kaldıran) sebepler** (hükümlünün ölümü, ceza zamanaşımı gibi) adını vermiştir.

Kanunumuz genel hükümler kitabının, yaptırımlar başlıklı üçüncü kısmında "dava ve cezanın düşürülmesi" başlığı altındaki dördüncü bölümünde

[1] Yerdelen, Cezanın, 342.
[2] Donmezer/Erman, III, 189.

64-75. maddeler arasında beş sebebi dava ve ceza ilişkisini düşüren sebep olarak tespit etmiştir:



Kamu davasının düşmesi, malların geri alınması ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemez (**TCK** 74/2).

Cezanın düşmesi de şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez (**TCK** 74/3).

I. ÖLÜM

Sanık veya hükümlünün ölümü, ceza ve infaz ilişkisini sona erdiren tabii bir sebeptir.

A. Sanığın Ölümü

TCK 64/1'e göre, *"sanığın ölümü halinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir".*

Sanığın dava açılmadan önce ölmesi halinde, dava açılmaz.

Sanığın ölmesinin birinci sonucu, hâkimin davanın ortadan kaldırılmasına **re'sen** karar vermesidir. Hâkim nüfus kayıtlarına dayanmak zorundadır[1]. Medeni Kanun'daki ölüm karinesi de **TCK** 64'teki ölüm deyimi içindedir[2].

Sanığın ölümü ile davanın ortadan kalkmasının ikinci sonucu, aynı davanın diğer sanıklar hakkında düşmeyip devam etmesinden ibarettir[3].

TCK 64/1'e göre, sanığın ölümü, **niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak** bunların müsaderesine engel olmaz[4].

B. Hükümlünün Ölümü

Sanığın ölümü ceza ve infaz ilişkisini ortadan kaldırırken, mahkûmun ölümü, sadece infaz ilişkisini düşürür: *"Hükümlünün ölümü, hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kaldırır"* (**TCK** 64/2).

---

1 4. CD. 27.06.2006. 13077.
2 Donmezer/Erman III. 201, 202.
3 Donmezer/Erman III. 203.
4 CGK. 30.04.2013. 216.

Mahkûmun ölümünden önce tahsil edilmiş bulunan para cezaları, varislerine geri ödenmez. Tahsil edilmemiş bulunan para cezaları da mirasçılardan istenemez. Ancak **hukuki neticeler saklıdır**[1]. Müsadereye ve yargılama giderlerine (CMK 324 vd.) ilişkin hükümler ise ölümden önce kesinleşmiş bulunmak kaydıyla infaz olunacaktır (**TCK** 64/2).

C. Mağdurun Ölümü

Mağdurun ölümünün ceza veya infaz ilişkisi üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Hatta kovuşturması şikâyete bağlı suçlarda, mağdur şikâyet süresi dolmadan önce ölmüş olsa bile, mirasçılar süresi içinde şikâyette bulunamazlar. Ne var ki, **TCK** 131/2'de bir istisna öngörülmüştür. Buna göre hakaret suçunun mağduru şikâyet etmeden önce ölürse veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri şikâyet hakkını kullanabilirler. Mağdur şikâyet ettikten sonra ölürse, bu da ceza veya infaz ilişkisini etkilemez[2].

II. AF

OLAY:

(A) DOLANDIRICILIK SUÇUNDAN MAHKÛM OLMUŞ, HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZANIN İNFAZI DEVAM EDERKEN HASTALIĞI DOLAYISIYLA CUMHURBAŞKANI TARAFINDAN AFFEDİLMİŞTİR.

Af, önceden ve belli bir zamana kadar işlenmiş olan, suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflardır. Affın geçmişe yönelik olması niteliği vardır[3].

"Af, kanunlar tarafından "suç" olarak kabul edilen bir fiilin yine hukuk normlarınca öngörülmüş bulunan müeyyidesinin yargı organları tarafından uygulanmasına karşı, bu müeyyidenin, hukuk dışı bir irade ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasıdır".

Hukukumuzda iki çeşit af vardır. Genel ve özel af (AY 87, **TCK** 65). İkisi arasındaki farklılık, kapsadığı alan veya kişi itibariyle olmayıp, sonuçları yönündendir.

Af halinde fiil yine de haksızdır. Bu itibarla hukuk mahkemelerinde dava açmak hakkı af ile ortadan kalkmaz. Gerek genel ve gerekse özel af güvenlik tedbirlerini etkilemez, zira bunlar ceza değildir[4]. Nitekim **TCK** 65/1'de sadece "cezaların" bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkacağı ifade edilmiş ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında da cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının özel affa rağmen etkisini devam ettireceği hükmü yer almıştır.

---

1 Donmezer/Erman. III. 205. 206.
2 Donmezer/Erman. III. 207.
3 AYM. 12.06.2008. 119.
4 Yüce. 190.

Gerek genel, gerekse özel af, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez (**TCK** 74/1).

Aynı olayda, hem zamanaşımı gerçekleşmiş, hem af söz konusu olmuş ise öncelik zamanaşımındadır. Dolayısıyla davanın zamanaşımı dolayısıyla düşmesi kararı verilmelidir[1].

Anayasamıza göre, münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz (md. 169/III).

Kasten öldürme suçları için af çıkarılmasının, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2.maddesinde düzenlenmiş bulunan "yaşam hakkı"nın ihlali anlamına geleceği düşünülebilir. Ancak Strasburg Mahkemesi, af için özel nedenler var ve bu tür fiillerin cezalandırılmasını genel olarak engelleme şeklinde bir uygulama yoksa, bir ihlal görmemektedir[2].

A. Genel Af

Kamu davasını, hükmolunan cezaları ve mahkûmiyetin bütün neticelerini ortadan kaldıran af, genel aftır (**TCK** 65/1). Genel affa uğramış mahkûmiyet erteleme hükümlerinin uygulanmasına engel olmayıp, tekerrür hükümlerinin uygulanmasına ise engeldir.

Genel af halinde, yargılama giderleri istenemez (**TCK** 74/3).

B. Özel Af (TCK 65/2, 3; AY 104)

1. TBMM'nin Özel Af Yetkisi

Özel af, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresini kısaltabilir ya da hapis cezasını adli para cezasına çevirebilir (**TCK** 65/2).

Özel af sadece hapis cezaları açısından mümkün olup, genel aftan farklı olarak mahkûmiyetin neticelerini ortadan kaldırmaz. "*Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir*" (**TCK** 65/3).

Özel af; erteleme hükümlerinin uygulanmasına engel olup, tekerrür hükümlerinin uygulanmasına ise engel değildir.

2. Cumhurbaşkanının Özel Af Yetkisi

Cumhurbaşkanının da özel af yetkisi vardır:

Cumhurbaşkanı genel olarak olmasa bile belirli nedenlerle af yetkisini haizdir. Buna göre cumhurbaşkanı sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisine sahiptir (AY 104).

---

[1] 1. CD. 22.05.1984. 2403

[2] Tezcan/Erdem/Sancakdar. 209

A, daha önce dolandırıcılık suçundan mahkûm olmuş, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı devam ederken hastalığı dolayısıyla Cumhurbaşkanı tarafından affedilmiştir. (A)'nın daha önce işlediği dolandırıcılık suçundan dolayı aldığı ceza özel affa uğramıştır (AY 104/2-b, bireysel özel af). Özel affın söz konusu olduğu hallerde, mahkûmiyet varlığını ve hukuki sonuçlarını devam ettirir. Bu nedenle özel af, koşulları var ise tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaz. Aynı şekilde olayda işlediği tespit edilen suç dolayısıyla alacağı cezanın ertelenmesine engel olur.

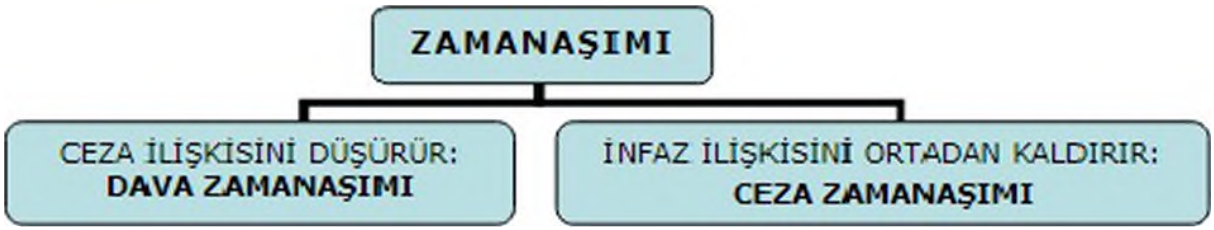
III. BELİRLİ BİR SÜRENİN GEÇMESİ (ZAMANAŞIMI)

A. Dava Zamanaşımı
   1. Kavram
   2. Zamanaşımı Sürelerinde Esas Alınacak Ceza
   3. Zamanaşımının Başlangıcı
      a. Tamamlanmış Suçlarda
      b. Teşebbüs Derecesinde Kalan Suçlarda
      c. Kesintisiz ve Zincirleme Suçlarda
      d. On Sekiz Yaşından Küçüklere Karşı İşlenen Suçlarda
      e. Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlenme Suçlarında
      f. İftira Suçunda
      g. Uyarlama Yargılamasında Dava Zamanaşımı
      h. Zamanaşımının Başlangıcında Esas Alınacak Gün
   4. Dava Zamanaşımı Süreleri
   5. Dava Zamanaşımının Engelleri
      a. Dava Zamanaşımının Durması
         aa. Durma Sebepleri
         bb. Durmanın Etkileri
      b. Dava Zamanaşımının Kesilmesi
         aa. Kesilme Sebepleri
         bb. Kesilmenin Sonuçları
   6. Dava Zamanaşımının Sonuçları

B. Ceza Zamanaşımı
   1. Kavram
   2. Süreler

3. Başlangıç
4. Ceza Zamanaşımı Engelleri
5. Ceza Zamanaşımının Sonuçları
C. Kabahatlerde Zamanaşımı
1. Soruşturma Zamanaşımı
2. Yerine Getirme Zamanaşımı

"Ceza hukukunda zamanaşımının, kanunda yazılı sürelerin geçmesi ile devletin yargılamak ve cezalandırmak hakkını düşüren bir hal olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Zamanaşımının konu edildiği hallerde, kamu davası henüz açılmamış ise bunun açılmasına, açılmış ise devamına ve eğer mahkûmiyet hükmü verilmiş ise cezanın infazına mani olması yönünden, ceza kanunumuzda da kabul edildiği gibi dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı şeklinde bir ayrım yapılması gerekmektedir"[1].



A. Dava Zamanaşımı

"Suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir süre geçmesine rağmen kamu davasının açılmaması veya açılan davanın sonuçlanmaması yahut da kurulan hükmün kesinleşmemesi halinde izlenen suç siyaseti gereğince artık devletin o suçtan dolayı cezalandırma yetkisinden vazgeçmesinin ifadesi olarak dava zamanaşımı kabul edilmiştir. Dava zamanaşımı soruşturma ve kovuşturma makamlarınca re'sen gözetilip uygulanacaktır; şüpheli veya sanığın dava zamanaşımından vazgeçmesi mümkün değildir. Suçun işlendiği gün zamanaşımı süresinin birinci günüdür, zira suçun işlendiği gün dahi kamu davasının açılması mümkündür"[2].

OLAY:

İŞLEDİĞİ SUÇ DOLAYISIYLA ARANAN FAİK YAKALANARAK TUTUKLAMA İSTEMİYLE HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILIR. HÂKİM TUTUKLAMA KARARI VERİR. TUTUKLAMA KARARININ VERİLDİĞİ GÜN, FAİK'İN DAHA ÖNCE İŞLEDİĞİ VE ARANDIĞI SUÇ İLE İLGİLİ 8 YILLIK DAVA ZAMANAŞIMININ SON GÜNÜDÜR.

[1] Askeri Yargıtay. İBK 09.01.1988, 1.
[2] CGK. 17.1.2017, 14.

1. Kavram

Bir suçtan dolayı kanunda gösterilen süreler içinde dava açılmaması veya davanın sona erdirilmemesi (hükmün kesinleşmemesi) halinde dava zamanaşımı söz konusu olur. Dava zamanaşımı gerçekleştiğinde belirli bir suçtan dolayı dava açılamayacağı gibi, açılmış olan davaya da devam edilemez[1].

"Zamanaşımı, devletin yargılama hakkının sona ermesi gibi bir sonuç doğurması nedeniyle soruşturma, kovuşturma, istinaf ve temyiz aşamalarının tümünde re'sen nazara alınır. Verilen bir karar kesinleşip hüküm halini alıncaya kadar, dava zamanaşımı işlemeye devam eder"[2].

Kanunun açıkça ayrık tuttuğu suçlar dışındaki **bütün suçlar** dava zamanaşımına tabidir. **TCK** 66/7'de bazı suçların yurt dışında işlenmesi halinde, dava zamanaşımının uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu suçlar millete ve devlete karşı işlenmiş olan suçlardır. Yine **TCK** 94/6 gereğince işkence suçunda da zamanaşımı söz konusu değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca inceleme yapılırken Özel Daire kararının hukuka aykırı görülerek kaldırılması halinde, itirazın kabulüyle dava derdest hale geleceğinden, dava zamanaşımının gerçekleştiğinin saptanması durumunda kamu davasının düşmesine de karar verilmesi gerekmektedir[3].

2. Zamanaşımı Sürelerinde Esas Alınacak Ceza

Kanunumuzda ağır suçların daha uzun sürede unutulacağı düşünülerek, zamanaşımı süreleri arasında fark yapılmıştır. Bu konudaki **ölçü, suçların gerektirdiği cezadır**[4]. Kanunumuz dava zamanaşımının hesaplanmasında hükmedilecek cezayı değil, kanunda o suç için öngörülen cezayı göz önünde bulundurmuştur. Böyle olunca sürenin hesaplanmasında mahkemenin somut olayda hükmedeceği ceza değil, kanun maddesinde yazılı cezayı nazara alması gerekmektedir[5].

Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur (**TCK** 66/3)[6]. Kanunumuz sadece cezayı artıran nitelikli hallerin göz önünde bulundurulacağını hükme bağladığından, bunların dışında yer alan cezayı azaltan nitelikli haller ile yaş küçüklüğü, teşebbüs, haksız tahrik dolayısıyla yapılacak indirimler ve zincirleme suç veya bilinçli taksir dolayısıyla yapılacak artırmalar da zamanaşımı süresinin belirlenmesinde göz önünde tutulmayacaktır.

Aşağı ve yukarı sınırları bulunan cezalarda, esas alınacak ceza yukarı sınırdır. Seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır (**TCK** 66/4).

---

1 Anayasa Mahkemesi, dava zamanaşımının aklanmaya engel olmasının Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusu yapılamayacağına karar vermiştir. Bireysel Başvuru, 16.10.2014, Başvuru No: 2014/2354.

2 AYM -Yüce Divan-, 23.06.2006, 3.

3 CGK, 07.06.2011, 117.

4 Donmezer/Erman, III, 253, 254.

5 İBK, 3/15, Savaş/Mollamahmutoğlu, I, 1456.

6 11. CD, 05.03.2007, 1383.

Bir suçtan yargılama yapılıp karar verilip, temyiz aşamasındayken o suçla ilgili zamanaşımı süresi dolmuşsa, Yargıtay davanın düşmesine karar verebilir. Bununla beraber, Yargıtay suçun daha uzun bir zamanaşımı süresini gerektiren bir suç olarak tavsifi gerektiği yönünde karar verirse, o takdirde zamanaşımı süresi bu suç için geçerli olan zamanaşımı süresi olarak göz önünde bulundurulur.

3. Zamanaşımının Başlangıcı

Değişik ihtimallere göre ele alınmalıdır (TCK 66/6):

a. Tamamlanmış Suçlarda

Tamamlanmış suçlarda zamanaşımı suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar.

b. Teşebbüs Derecesinde Kalan Suçlarda

Teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı gün esas alınacaktır.

c. Kesintisiz ve Zincirleme Suçlarda

Süre, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Firar suçunun kesintisiz suç olduğu ve suç tarihinin sanığın ele geçirildiği gün olacağı gözetilmeden, sanığın cezaevinden kaçtığı günün dava zamanaşımının başlangıç tarihi olarak esas alınması kanuna aykırı bulunmuştur[1].

d. Objektif Cezalandırılabilme Şartlarını İçeren Suçlarda

Objektif cezalandırılabilme şartlarının söz konusu olduğu hallerde, fiil daha önce tamamlanmışsa, zamanaşımı süresi, şartın gerçekleşmesiyle başlar[2].

e. On Sekiz Yaşından Küçüklere Karşı İşlenen Suçlarda

Zamanaşımı; çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda, çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Böylece kanunumuz, suç, çocuk on sekiz yaşından küçükken işlenmiş olsa bile, zamanaşımının başlangıç tarihini daha ileriye taşıyarak, çocuk büyüyüp de olayı ihbar edene kadar geçen sürede zamanaşımının dolmasını engellemek istemektedir (TCK 66/6).

f. Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlenme Suçlarında

TCK 230/4'e göre, birden çok evlilikve hileli evlenme suçlarından dolayı zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Böylece iptal davasının uzun sürebileceği düşüncesiyle bu suçlar bakımından özel bir zamanaşımı hükmü konulmuş bulunmaktadır.

---

[1] 4. CD. 08.06.1999. 6688.

[2] Schönke-Schroder.27. Baskı. §78a. kn. 13; Özgenç[6]. 559; Koca/Üzülmez[4]. 574.

g. İftira Suçunda

TCK 267/8 uyarınca, *"iftira suçundan dolayı dava zamanaşımı, mağdurun fiili işlemediğinin sabit olduğu tarihten başlar"*. "İsnat edilen suç dolayısıyla yapılan kovuşturma sonucu hükmün kesinleşmesiyle, iftiranın sabit olabileceği ve dolayısıyla takibata girişileceği aşikâr olduğundan böyle bir hükme olan zorunluluk meydandadır" (madde gerekçesi).

h. Uyarlama Yargılamasında Dava Zamanaşımı

5252 sayılı Yasanın 9/4. maddesi uyarınca uyarlama yargılamasında dava zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulama olanağı bulunmamaktadır[1].

ı. Zamanaşımının Başlangıcında Esas Alınacak Gün

Başlangıç günü, zamanaşımına girmektedir. Yani zamanaşımının hesaplanmasında başlangıç günü de sayılacaktır. Başlangıç günü belirlendikten sonra yapılacak hesapta **TCK** 72/1 göz önünde tutulacaktır[2].

Suçun işlendiği günün belli olmaması halinde, failin en lehine olan gün işlenme günü olarak kabul edilir –şüpheden sanık faydalanır-[3].

4. Dava Zamanaşımı Süreleri

TCK 66/1'de suç için öngörülen cezanın ağırlığına göre, 8 yıl ile 30 yıl arasında değişen süreler öngörülmüştür.

Çocuklar bakımından ise daha kısa zamanaşımı süreleri öngörülmüş bulunmaktadır: *"Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer"* (**TCK** 66/2).

Aynı fiilden dolayı hükümlünün tekrar yargılanması söz konusu olduğunda, sonradan yargılanan suça ilişkin zamanaşımı süresi mahkemece bu hususta talebin kabul edildiği tarihten itibaren yeni baştan işlemeye başlar (**TCK** 66/5). *"Tekrar yargılama konusu suça ilişkin zamanaşımı süresi bakımından, maddenin birinci fıkrasındaki süreler dikkate alınacaktır. Bu düzenlemeyle güdülen asıl amaç, yeniden yargılama söz konusu olan hallerde, bu nedenle dava zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle yargılamaya son verilmesi yönündeki taleplerin önüne geçmektir"* (5377 s.k. 8.md. gerekçesi).

Aynı fiilden dolayı yargılamanın yenilenmesini gerektiren hallerde hükmün kesinleştiği tarih ile yeniden yargılamayı gerektiren halin kabul edildiği tarih arasında dava zamanaşımı süresi işlemez; ancak bu süre ceza zamanaşımı miktarının hesaplanmasında dikkate alınmak zorundadır[4].

---

[1] CGK. 16.02.2010, 16.HD-248/24
[2] Donmezer/Erman, III, 259, 260
[3] Donmezer/Erman, III, 260.

[4] 13. CD. 19.10.2017, 11051.

5. Dava Zamanaşımının Engelleri

Dava zamanaşımı bir suçun işlenmesiyle başlar ve hiçbir engelle karşılaşmadığı takdirde, suçun gerektirdiği cezaya göre değişen sürelerin dolması ile tamamlanır. Bununla beraber, zamanaşımının birtakım engellerle karşılaşması mümkündür: Bu gibi hallerde iki ihtimal söz konusu olabilir: Ya engel ortaya çıkıncaya kadar geçen süre geçmemiş sayılarak yanar ve engelin gerçekleşmesinden sonra aynı süre yeni baştan işlemeye başlar ki, buna *zamanaşımının kesilmesi* denir. Yahut sözü geçen engeller gerçekleştiği takdirde, zamanaşımı, o ana kadar meydana getirdiği etki ve sonuçları korumakla beraber, bu etki ve sonuçları devam ettiremez ve ancak engel ortadan kalktıktan sonra, zamanaşımı evvelce kaldığı yerden devam etmek suretiyle sözü geçen sonuç ve etkileri doğurmaya başlar, buna da *zamanaşımının durması* denilir[1].

Durmada süre yarıda kalmakta ve sonra kaldığı yerden devam etmekte, kesilmede ise yeni baştan başlamaktadır.

a. Dava Zamanaşımının Durması

aa. Durma Sebepleri

Durma sebeplerinin mevzuatımızda çok dağınık olarak çeşitli şekillerde düzenlendiğini görmekteyiz.

- ✓ Anayasa'nın 83/3 maddesine göre milletvekilleri bakımından üyelik süresince zamanaşımı işlemez[2].
- ✓ **TCK** 67/1'e göre durma sebepleri,
  1. dava açılmasının izin
  2. ve karar alınmasına veya
  3. başka bir mercide görülmesi gereken bir meselenin (bekletici mesele) çözümlenmesine bağlı olmasıdır[3].
  4. Ayrıca, kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar da dava zamanaşımı durur.

"Suça konu çekler nedeniyle katılan aleyhine menfi tespit davası açıldığından, anılan mahkeme dosyasının bekletici sorun olup, zamanaşımını durdurduğu da nazara alınarak akıbetinin araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir" (10. CD, 04.12.2007, 14328).

---

1 Donmezer/Erman III, 262, 263.

2 "...Soruşturma evresinde milletvekili seçilen şüpheli hakkında dava açılması için yeterli şüphe bulunduğunda C.Savcısınca dokunulmazlığın kaldırılması için yazılan yazı tarihinden itibaren zamanaşımı duracak, ancak kamu davasının açılmasından sonra sanığın milletvekili seçilmesi durumunda, üst norm olan Anayasa'nın 83/2. maddesindeki "yargılanamaz" hükmü gereği, seçilme tarihinden itibaren dokunulmazlığın kaldırılmasına veya milletvekilliği görevinin sona ermesine kadar zamanaşımının durduğu kabul edilecektir. 4. CD. 28.09.2011. 16620.

3 Yargıtay, yersiz bekleme kararının zamanaşımı süresini durdurmayacağına karar vermiştir: "...Davanın sonucunun beklenmesine ilişkin yersiz olarak verilen kararın 765 sayılı TCK'nın 107 ve 5237 sayılı TCK'nın 67. maddesi kapsamında on meselelerden sayılması mümkün bulunmadığı ve sanığın aleyhine hukuki sonuç doğurmayacağı cihetle..." (3.CD, 19.10.2006, 7692).

- ✓ **TCK** 191/2'de uyuşturucu madde kullanan kişi ile ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi düzenlenmiştir. Bu karar, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurmaktadır.
- ✓ Bir kamu görevlisinin işlediği görev suçu nedeniyle savcının yetkili makama soruşturma izni almak için başvurmasıyla dava zamanaşımı durur ve 4483 sayılı kanunda belirtilen yetkili makamın soruşturma izni vermesiyle süre kaldığı yerden işlemeye başlar[1]. Bununla beraber, yetkili olmayan bir makam tarafından verilen soruşturma izni kanuni dayanaktan yoksun olduğundan, hukuki sonuç doğurmaz ve bu nedenle zamanaşımı süresini durdurucu veya kesici herhangi bir etki oluşturmaz[2].
- ✓ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da dava zamanaşımının durmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır:
  1. CMK 253/21 gereğince şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı işlemez.
  2. Kamu davasının açılmasının ertelendiği hallerde, erteleme süresince zamanaşımı işlemez (CMK 171/4). Keza, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde de denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur (CMK 231/8).
- ✓ 5387 sayılı Bankacılık Kanunu'nu dava zamanaşımının durmasına ilişkin özel bir düzenleme sevk etmiştir. Kanunun 165. maddesine göre, "*dosyanın bilirkişiye tevdii tarihinde dava zamanaşımı süresi durur. Bilirkişinin raporunu mahkemeye verdiği tarihten itibaren bu süre kaldığı yerden işlemeye devam eder*".
- ✓ 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'a göre, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurulduğu resmi yazı ile kendisine bildirilen yargı mercii, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nce bir karar verilinceye kadar davanın görülmesini geri bırakır. Bu takdirde zamanaşımı süreleriyle öbür kanuni veya hâkim tarafından verilen süreler, işin yeniden incelenmesine başlanacağı güne kadar durur (md. 18/1). Şu kadar ki, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurulduğunu bildiren yazının alındığı günden başlamak üzere altı ay içinde bu Mahkemenin kararı gelmezse yargı mercii davayı görmeye devam eder. Ancak, esas hakkında son kararı vermeden Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararı gelirse yargı mercii bu karara uymak zorundadır (md. 18/2).
- ✓ 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesine göre, er ve erbaşlar ile yedek subayların askere girmeden veya silâh altına çağrılmadan önce işledikleri suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma işlemleri askerliklerini bitirmelerine kadar geri bırakılır. Aynı maddenin son fıkrasına göre, "*geri bırakma süresi içinde zamanaşımı işlemez*".

---

[1] 4. CD. 26.09.2007. 7357.
[2] CGK. 28.03.2006. 94.

✓ 4473 sayılı Kanunun 43 üncü maddesine göre, *"bir doğal veya sosyal felaket nedeniyle ya da başka herhangi bir sebeple belgelerin yok olması veya kaybolması hâlinde dava zamanaşımı süresi, dosya kovuşturma işlemlerine devam edecek ölçüde tamamlanıncaya kadar işlemez. Ancak, dosyanın yok edilmesine veya kaybolmasına kasten sebebiyet verilmemiş olması hâlinde bu durma süresi beş yıldan fazla olamaz".*

bb. Durmanın Etkileri

Başvurma tarihinden izin veya kararın verildiği veya bekletici meselenin çözümlendiği ya da kaçak kararı kaldırılıncaya kadar geçen süre, zamanaşımı bakımından nazara alınmaz ve "zamanaşımı, durma sebebinin ortaya çıktığı günden başlamak suretiyle, sözü geçen sebebin ortadan kalkmasına kadar durur ve o günden itibaren tekrar işlemeye başlar"[1].

Durmada herhangi bir sınır konmuş değildir. "İştirak halinde işlenen suçlarda durmayı gerektiren sebep hangi failde mevcutsa, zamanaşımı yalnız o şahıs hakkında durur"[2].

b. Dava Zamanaşımının Kesilmesi

Öncelikle dikkat çekmek gerekir ki, kanunumuzda gösterilmiş bulunan kesilme sebepleri sınırlı sayıda belirtilmiş olup, bunların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir[3]. Keza bu sebepler suçu iştirak halinde işleyen kişilerden hangisi hakkında gerçekleşmişse, onunla ilgili olarak dikkate alınacak, diğer ortaklara sirayet etmeyecektir.

aa. Kesilme Sebepleri

TCK 67/2'ye göre, "bir suçla ilgili olarak;

a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,

b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi,

c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,

d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi,

halinde, dava zamanaşımı kesilir".

Karar *Yargıtay* tarafından bozulduktan sonra, sanığın bozma ilamına karşı diyeceğinin sorulması sorgu niteliğini taşımaz. Böyle bir işlemin sorgu sayılması, dava zamanaşımını kesen neden olarak yorum yoluyla geliştirilmesi anlamına gelir ki, bu hal anılan maddenin özüne ve sözüne aykırı düşer[4]. Zamanaşımını kesen sorgu, görevsiz mahkemece yapılan ifade alma işlemi değildir[5].

---

[1] Donmezer/Erman. III. 276

[2] Önder. III. 288. 289. a.g. Hafızoğulları. Davanın ve Cezanın Düşürülmesi. 8

[3] CGK. 11.05.1981. 175

[4] CGK. 11.05.1981. 175

[5] Ancak 1 Haziran 2005 tarihinden önceki Ceza Genel Kurulu kararlarında duraksamasız olarak, zamanaşımını kesen sorgunun, görevsiz mahkemece usulüne uygun olarak yapılmış olan sa-

Zamanaşımının kesilmesi için iddianamenin düzenlenmesi yeterli olup, ayrıca kabul edilmiş olmasına gerek yoktur.

Beraat hükmü zamanaşımını kesici bir etkiye sahip değildir[1].

Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmemiş olması gerekir. Kesinleşirse ceza zamanaşımı söz konusu olur.

Mahkumiyet hükmü ile ilgili olarak akla gelebilecek bir soru, verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde bu durumun zamanaşımını kesip kesmeyeceğidir. HAGB kararı, hukuken uygulanan bir mahkûmiyet kararı değildir. Bu kararın ancak denetim süresi içinde yeni bir suçun işlenmesi halinde uygulama kabiliyeti bulmaktadır. Bu süre zarfında zamanaşımı kesilmemekte, kanunun açık ve özel hükmü karşısında durmaktadır. Bu itibarla, bu tür kararların zamanaşımını kesmeyeceği kanaatindeyim[2].

bb. Kesilmenin Sonuçları

"Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar" (**TCK** 67/3). Dolayısıyla o ana kadar geçmiş olan süreler yanar. *"Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar"* (**TCK** 67/3).

Şüpheli veya sanık hakkında bir tutuklama kararı verildikten sonra, ikinci kez verilen ve esasen gereksiz olan yeni bir tutuklama kararı, zamanaşımının kesilmesi yönünde ayrı ve yeni bir sonuç doğurmaz ve bu nedenle de zamanaşımını yeniden kesme gibi bir etkisi olamaz[3].

Kanun durmadan farklı olarak kesilmeye bir sınır koymuştur. Buna göre zamanaşımı süresi yarısından fazla uzamayacaktır (**TCK** 67/4).

Kesilmeyi gerektiren sebepler bir suçla bağlantılı olarak düzenlenmiş bulunduğundan, bu sebeplerin gerçekleşmesi durumunda zamanaşımının kesilmesi bütün ortaklar hakkında geçerli olacaktır.

Olaydaki suç nedeniyle Faik hakkında tutuklama kararı verildiği gün, daha önce işlediği ve arandığı suçla ilgili 8 yıllık dava zamanaşımının son günüdür. Tutuklama kararının verilmesi dava zamanaşımını kesen bir nedendir (**TCK** 67/2-b). Zamanaşımının kesilmesinin özelliği, kesildiği andan itibaren yeniden işlemeye başlamasıdır. Tutuklama kararının verildiği gün, dava zamanaşımının son günü olsa dahi bu tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır.

---

vunma alma işlemi olduğu, görevsizlik kararı üzerine görevli mahkemece yapılan savunma alma işleminin ise bu anlamda sorgu olmadığına karar verilmekteydi. CGK. 23.11.2010. 229-5 CD. 25.05.2010. 3960.

[2] Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç. 2. B.. 2. Cilt. 2224. Gerçeker. 1139; Tan. 2518.

[3] CGK. 01.04.1997. 73.

6. Dava Zamanaşımının Sonuçları

Dava zamanaşımı süresi dolarsa, henüz dava açılmamışsa bu dava açılamaz; dava açılmışsa bu davaya devam edilemez.

Dava zamanaşımının dolduğunu gören savcı, kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK 172) verecektir. Dava açılmışsa mahkeme diğer iddialardan önce davanın düşmesine karar verir (CMK 223/8).

Bir suçun zamanaşımına uğraması, aynı fiilden dolayı açılmış veya açılacak tazminat davasını kural olarak etkilemez[1].

B. Ceza Zamanaşımı

1. Kavram

"Verilen ceza kesinleştikten sonra, aradan zaman geçmesi yüzünden devletin cezayı yerine getirmek hakkını ortadan kaldıran süre", öğretide[2] infaz zamanaşımı olarak da adlandırılan, ceza zamanaşımıdır"[3]. Kesin hükme bağlanmış bir cezanın, hüküm tarihinden itibaren belirli bir süre içinde infaz edilmemesi halinde, artık infaz edilememesini sonuçlayan müesseseye ceza zamanaşımı denilir.

Kanun açıkça ayrık tutmadıkça, bütün cezalar zamanaşımına uğrar. Ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezalarında da zamanaşımı vardır. Dava zamanaşımında olduğu gibi ceza zamanaşımında da millete ve devlete karşı suçlardan yurt dışında işlenmiş olanlar dolayısıyla verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz (**TCK** 68/3).

Tazyik hapsi de zamanaşımına uğramamaktadır[4].

2. Süreler

Süreler, dava zamanaşımında olduğu gibi hapis cezalarının türü ve süresine göre tespit edilmiştir. Ancak burada artık hükümdeki cezaya bakılacaktır. Hükümde iki çeşit ceza olursa (söz gelimi 1 yıl hapis, 1000 TL adli para

---

1 Donmezer/Erman, III, 278.
2 Ozgenç², 719.
3 Yüce, 196.
4 "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesinde, suç karşılığı uygulanacak yaptırımların, hapis ve adli para cezası olarak belirlendiği, diğer taraftan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 1. maddesinde bu Kanunun amacının, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olduğunun belirtildiği, bu haliyle 5275 sayılı Kanun'un ceza ve güvenlik tedbirlerine dair hususları kapsamakla olup tazyik hapislerine ilişkin bir hususa yer vermediği, keza Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 193/4. maddesinde yer alan "Disiplin hapsi ve tazyik hapsi kararları, tekemmüre esas olmaz, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz ve adli sicil kayıtlarına işlenmez" hükmü ile Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14/11/2006 tarihli ve 2006/16-220-231 sayılı ilamı birlikte değerlendirildiğinde, **disiplin ve tazyik hapsinin bir "hapis" cezası olmadığı**, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan "disiplin hapsi" kavramı içinde kaldığının anlaşılmasına göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 71. maddesinde düzenlenen **ceza zamanaşımının kesilmesine ilişkin hususların disiplin hapsi mahiyetinde olan tazyik hapsi için geçerli olmadığı**, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 354/2. maddesinde yer alan ceza zamanaşımı süresinin kesilmesine ilişkin başkaca bir yasal düzenlemenin de bulunmadığı...", 11 CD, 30.10.2014, 17713.

cezası) **TCK** 68/4'e göre, en ağır ceza için konulan süre esas alınacaktır. Bundan anlaşılması gereken, en uzun süreli zamanaşımını gerektiren cezadır[1]. Adli para cezaları bakımından ise cezanın miktarına bakılmaksızın sabit bir süre belirlenmiştir.

Ceza zamanaşımı süreleri **TCK** 68/1'de on yıl ile kırk yıl arasında değişen süreler olarak belirlenmiştir. *"Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının süresi ceza zamanaşımı doluncaya kadar devam eder"* (**TCK** 69). Hükmolunmuş olan cezanın infazının gecikmesi, bu cezaya bağlı hak yoksunluklarının uygulanmasını engellemeyecektir. Ancak bu suretle doğan hak yoksunluklarının en fazla ceza zamanaşımı süresi doluncaya kadar devam edeceği maddede hüküm altına alınmıştır (69. madde gerekçesi). Böylece hükümlünün örneğin cezanın infazından kaçması durumunda, bu hak yoksunlukları infaz bitinceye kadar devam edeceğinden (**TCK** 53/2), bunun ilânihaye uzamasını engellemek bakımından bu sınır getirilmiş bulunmaktadır. Ceza zamanaşımı dolduğu takdirde, artık hak yoksunlukları da geçerliliğini yitirecektir.

"Müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmez" (**TCK** 70).

Aynı hükümde birden fazla cezaya mahkûmiyet söz konusu olduğu takdirde her biri açısından ayrı ayrı ceza zamanaşımı süresinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir, zira kanunumuz cezaların toplanmasını koşullu salıverilme süresinin hesaplanması dışında kabul etmemiştir.

3. Başlangıç

Cezanın infazına hiç başlanmamışsa zamanaşımı hükmün kesinleştiği günden itibaren işlemeye başlar. İnfazın kesintiye uğraması halinde de kesintiye uğradığı günden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar (**TCK** 68/5). Ancak bu kesinti hapis cezasının infazının hastalık nedeniyle (CGTIK 16) veya hükümlünün istemiyle (CGTIK 17) ertelenmesinden kaynaklanıyorsa, bu süre zarfında ceza zamanaşımı süresi işlemeyecektir (5320 s. CMK Yürürlük Kanunu md. 15/2).

"Hükmedilen ceza kısmen infaz edilmiş, mesela tutukluluk süresi mahkûmiyetten indirilmiş yahut bir deprem dolayısıyla cezalarını çekmekte olan mahkûmlar serbest kalmış ise ceza zamanaşımına ait süreler, hükümde yazılı ceza miktarına göre değil, fakat cezanın infaz edilmemiş olan kısmına göre hesaplanır"[2].

Belirtelim ki, koşullu salıverilmede infazda kesinti söz konusu değildir.

4. Ceza Zamanaşımı Engelleri

Dava zamanaşımında olduğu gibi ceza zamanaşımında da zamanaşımının kesilmesi sebepleri düzenlenmiştir (**TCK** 71). Buna göre,

---

1 Donmezer/Erman, III, 280.
2 Donmezer/Erman, III, 281.

"mahkûmiyet hükmünün infazı için yetkili merci tarafından hükümlüye kanuna göre yapılan tebligat veya bu maksatla hükümlünün yakalanması ceza zamanaşımını keser". Ayrıca,

"bir suçtan dolayı mahkûm olan kimse üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde, ceza zamanaşımı kesilir".

KESİLME

DURMA

Kanunumuz ceza zamanaşımının durmasını ise kabul etmemiştir. Buna karşılık 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da birden fazla mahkûmiyeti olan kişinin bu mahkûmiyetlerden birine ilişkin cezayı infaz kurumunda çektiği sürece, diğer cezaları açısından ceza zamanaşımının işlemeyeceği (md. 15/1) ve cezanın infazının ertelenmesi veya durdurulması halinde, bu cezaya ilişkin zamanaşımının işlemeyeceği (md. 15/2) hükme bağlanmıştır. Keza Anayasa'nın 83/3. maddesi gereğince de milletvekilinin üyeliği süresince zamanaşımı işlemez. Ayrıca CGTİK md. 118/1'de de ceza zamanaşımının durmasına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır.

Hükümlüler hakkında yakalama müzekkeresi çıkarılmış olması ceza zamanaşımını kesen sebeplerden değildir. Ceza zamanaşımının gerçekleşmesi halinde, infaza konu mahkûmiyet hükmü ortadan kaldırılamaz. Sadece mahkumiyet hükmünün infaz edilmemesine karar verilmesi gerekir[1].

5. Ceza Zamanaşımının Sonuçları

Ceza zamanaşımı sürelerinin geçmesi, cezayı ortadan kaldırmamakta, sadece bir infaz engeli oluşturmaktadır (68. madde gerekçesi). "Ceza zamanaşımı doldukta, devletin o cezayı infaz ettirebilmek yetkisi de ortadan kalkar. Savcı veya başka bir organ, ceza zamanaşımını **re'sen** uygular ve mahkûmun bundan vazgeçmesi rol oynamaz" (**TCK** 72/2)[2].

Böylece, ceza zamanaşımı tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükme halel getirmez. Yine mahkûmiyete ilişkin bütün sonuçlar ve mesela tekerrür hükümleri de uygulanır[3].

C. Kabahatlerde Zamanaşımı

Kabahatler Kanunu da Türk Ceza Kanunu'na benzer şekilde soruşturma ve yerine getirme olmak üzere iki tür zamanaşımını kabul etmiştir (md. 20, 21). Ayrıca özel kanunlarda da zamanaşımına ilişkin hükümlerin vazedildiğini görmekteyiz. Nitekim **11.10.2006** tarih ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesinde idari para cezaları

---

1 10. CD. 07. 01. 2013., 16880/59
2 Donmezer/Erman III. 290
3 Donmezer/Erman III. 290

düzenlenmiş ve hemen aynı maddenin 4. fıkrasında *"yükümlülüğün ihlal edildiği tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra idari para cezası verilemez"* hükmü ile soruşturma zamanaşımı kabul edilmiştir.

1. Soruşturma Zamanaşımı

Soruşturma zamanaşımı dolduğu takdirde işlediği kabahatten dolayı kişi hakkında idari para cezası verilemeyecektir. Buna karşılık idari tedbirler ile ilgili olarak soruşturma zamanaşımı öngörülmemiştir. Soruşturma zamanaşımı süresi kabahatin ağırlığına göre 3 yıl ile 5 yıl arasında öngörülmüş bulunmaktadır (KK 20/1-3).

Soruşturma zamanaşımının süresi kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar (KK 20/4).

Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması durumunda artık kabahatlere ilişkin zamanaşımı süreleri değil, suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır (KK 20/5).

Kabahat, kesintisiz kabahat niteliğinde ise suçlarda olduğu gibi burada da kesintinin gerçekleştiği anda zamanaşımı süresi başlayacaktır[*].

2. Yerine Getirme Zamanaşımı

Soruşturma zamanaşımından farklı olarak, yerine getirme zamanaşımı bütün idari yaptırımlar bakımından öngörülmüştür (KK 21/1). Yerine getirme zamanaşımının süresi yaptırımın ağırlığına göre 3 ile 7 yıl arasında bir süre olarak belirlenmiş olup, mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi ise 10 yıldır (KK 21/2-3).

Zamanaşımı süresi kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlar (KK 21/4).

Soruşturma zamanaşımından farklı olarak, yerine getirme zamanaşımı bakımından zamanaşımı süresinin durması da kabul edilmiştir. Buna göre, kanun hükmü gereği olarak idari yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı süresi işlemeyecektir (KK 21/5).

IV. ŞİKÂYETTEN VAZGEÇME

Yukarıda şikâyet bahsinde şikâyetten feragat ve vazgeçmenin mümkün olduğuna işaret etmiştik. Şikâyetten vazgeçme kanunda aksi yazılı olmadıkça davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

---

[*] "Kanun'un 15. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde yer alan, "Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır" şeklindeki düzenlemeler karşısında, somut olayda, idarî para cezasını gerektiren fiillerin yani yoklama kaçağı eyleminin kesintisiz bir eylem olduğu, eylemin son bulma tarihi olan son yoklama işleminin yapıldığı 24/02/2014 tarihinden itibaren zamanaşımı süresinin başlayacağı...". 19. CD. 2.6.2016. 4694/18992.

Şikâyetten vazgeçme hakkına sahip olanlar, esasta şikâyet hakkına sahip olanlardır. Bunlar da suçtan zarar görenler, yani suçun mağduru veya mağdurlarıdır.

TCK 73/6'ya göre vazgeçme, kanundaki istisnalar hariç, onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

Soruşturma sırasında şikâyetten vazgeçilirse, "kovuşturmaya yer olmadığı" karan verilmelidir (CMK 172).

Kamu davasının düşmesi hukuki ilişkileri etkilemez (**TCK** 73/7).

V. ÖN ÖDEME

Genel hükümler kısmının son hükmü olan 75. maddeye göre, ön ödeme, uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını veya hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçlarda, kendisine suç isnat edilen kimsenin mahkûm olabileceği adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını veya hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için otuz Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı, hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için otuz Türk Lirası ile adli para cezasının aşağı sınırını soruşturma giderleri ile birlikte ödeyerek aleyhine kamu davası açılmaması ve bazı hallerde de dava açılmışsa, bunun düşmesi sonucunu doğuran bir müessesedir.

Önödeme, TCK'da yer alan;

1. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (98 inci maddenin birinci fıkrası),

2. Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (madde 171),

3. Çevrenin taksirle kirletilmesi (182 nci maddenin birinci fıkrası),

4. Özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma (264 üncü maddenin birinci fıkrası),

5. Suçu bildirmeme (278 inci maddenin birinci ve ikinci fıkraları),

suçları,

b)31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 108 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan suç,

bakımından da uygulanır. Bu fıkra kapsamındaki suçların beş yıl içinde tekrar işlenmesi hâlinde fail hakkında aynı suçtan dolayı önödeme hükümleri uygulanmaz.

Ön ödeme kapsamında soruşturma giderlerinin de ödenmesi gerekmektedir. Ancak, sanık tarafından harcanmasına neden olunmayan giderler bu kapsamda kabul edilemez[1].

Ödemede bulunulması üzerine verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar ile düşme kararları, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir (TCK 75/7).

---

[1] 8. CD. 12.12.2005. 11816

Ön ödeme, yargılamasız cezalandırmanın bir çeşidi olarak ve kamu davasının açılmasını önleme durumunda bir ceza muhakemesi hukuku kurumudur. Ancak **TCK** 75/2'de dava açıldıktan sonra da sanığın para cezası ile yargılama giderlerini merciine ödeyerek kamu davasını ortadan kaldırabileceği kaydolunduğundan, kurum bu halde davanın düşmesi sonucunu doğurmakta ve bir suç hukuku kurumu halini almaktadır. Dolayısıyla ön ödeme karma özellikli bir düzenlemedir[1]. Madde gerekçesinde de ön ödemenin niteliği itibarıyla maddi ceza hukukunu ve aynı zamanda usul hukukunu ilgilendiren bir kurum olduğu belirtilmektedir.

Taksirli suçlar hariç olmak üzere, önödemeye bağlı olarak kovuşturmaya yer olmadığına veya kamu davasının düşmesine karar verildiği tarihten itibaren beş yıl içinde önödemeye tabi bir suçu işleyen faile teklif edilecek önödeme miktarı yarı oranında artırılır (TCK 75/1).

Şikâyete bağlı suçlardan dolayı açılmış olan davanın ön ödeme nedeniyle düşürülmesine karar verilemez[2].

Mahkemenin sanığa ön ödeme önerisinde bulunması üzerine, sanığın öneriyi kabul ederek ödemede bulunması durumunda, bilahare suçun niteliğinin değiştiği ileri sürülerek, yargılama yapılması mümkün değildir. Sanığın ön ödeme önerisine uyması durumunda, mahkemenin vermesi gereken karar "düşme" kararıdır. Ön ödeme dolayısıyla verilen kovuşturmaya gerek olmadığı kararı "ne bis in idem" etkisine sahiptir[3]. Başka ifadeyle aynı fiil dolayısıyla sanık hakkında ikinci bir soruşturma veya kovuşturma yapılamaz. Aynı sonucun kamu davasının düşmesi kararı açısından da geçerli olduğunda tereddüt yoktur. Mahkemenin bu aşamada, suçun vasfının değiştiğinden bahisle, söz konusu suçtan yargılama yapması kabul edilemez. *Yargıtay*'ın da gerek kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlara, gerekse davanın düşmesine ilişkin kararlara kesin hüküm etkisi tanıyan kararları bulunmaktadır: "*... C. Savcısının yasal zorunluluğa rağmen bu madde uyarınca sanığa tebligat yapmadan dava açması durumlarında mahkemenin ön ödeme tebligatı üzerine ödeme yapılmasıyla kamu davasının ortadan kaldırılmasına -düşmesine- ilişkin karar hüküm niteliğinde olup sanığın yargılanmasını önleyici nitelikte hukuki sonuç doğurmaktadır*"[4]. Nitekim *Yüksek Mahkememiz*, yeni tarihli bir kararında da ön ödeme üzerine mahkemelerce verilen kararların yargılamayı önleyici hukuksal sonuç doğuracağına açıkça işaret etmiş bulunmaktadır[5].

Bu sorun çerçevesinde tartışılması gereken bir husus da kamu davasının düşmesi kararı verildiğinde, suçun vasfının değişmesi ihtimaline dayanılarak yargılamaya devam edilmesinin mümkün olmayacağında kuşku olmamakla beraber, henüz düşme kararı verilmemişse, mahkemenin yargılamaya devam edip edemeyeceğidir. **TCK** 75/3'te Cumhuriyet savcılığınca madde kapsamına giren suç nedeniyle ön ödeme işlemi yapılmadan dava açılması veya dava konusu fiilin niteliğinin değişmesi suretiyle madde kapsamına giren bir suça dönüşmesi halinde yukarıdaki fıkra uygulanır denilmektedir. Yukarıdaki fıkraya göre ise "**fail, hâkim tarafından yapılacak bildirim üzerine birinci fıkra hükümlerine göre saptanacak miktardaki parayı yargılama giderleriyle**

---

1 CGK. 24.09.2002, 2-188/317.
2 1. CD. 20.04.2007, 3031.
3 Unver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 658, 659.
4 10. CD. 03.03.1992, 1776.
5 9. CD. 28.03.2006, 1901.

birlikte ödediğinde kamu davası düşer" hükmü bulunmaktadır. Böylece ödeme yapıldıktan sonra mahkemeye bu konuda takdir yetkisi tanınmamıştır. Mahkeme ödemenin yapıldığı tespitini yapıp düşme kararı verme durumundadır. Bu noktada bir hata yapıldığı düşünülüyorsa, artık bu karara yönelik kanun yollarına başvurma dışında hukuken yapılabilecek bir şey bulunmamaktadır. Aksi durum, mahkemenin açıkça yasaya aykırı yargılama yapmasını sonuçlayacaktır. Ödenmiş miktarın sanığa tekrar ödenmesinde de güçlükler olacaktır. O nedenle, ancak düşme kararına karşı yasal yollara başvurulması gerekmektedir. Eylemin hukuki nitelendirilmesi konusunda farklı düşünen Cumhuriyet savcısının temyiz yoluna başvurması olanaklıdır[1].

Nitekim *Yargıtay* da bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda *"ön ödeme, suç işlenmesiyle ortaya çıkan sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme sebeplerinden birisi"*dir denilmektedir[2]. Bu durumda ilişkiyi sona erdiren bu sebep gerçekleştikten sonra, önceki safhaya geri dönmek, ceza muhakemesinin temel ilkelerine aykırı olacaktır[3].

Önödeme nedeniyle kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez (**TCK** 75/5).

Ceza kanununda düzenlenen suçlar bakımından ön ödeme kurumu neredeyse kâğıt üzerinde kalan, uygulaması oldukça sınırlanan bir kurum iken, Kasım 2016 değişikliğiyle kapsamı genişletilmiştir.

§5. KOŞULLU SALIVERİLME

I. Tanım
II. Şartları
A. Cezanın Bir Kısmının İnfaz Edilmiş Olması
B. Hükümlünün Kurumda İyi Hal Göstermesi
III. Usul
A. Talep ve Merci
B. Denetim Süresi
C. Kararın Geri Alınması

I. TANIM

Çok kısa ifade etmek gerekirse, koşullu salıverilme, hapis cezasını çekmekte olan mahkûmun, mahkûm olduğu cezanın tamamını çekmeden serbest bırakılmasıdır[4]. Burada söz konusu olan, hükmolunan cezadan daha kısa bir sürede uslanan ve bunu iyi davranışlarıyla kanıtlayan hükümlünün ödül-

[1] CGK. 05.02.1990. 6.
[2] İBK. 11.04.1983. 2.
[3] Bkz. "Evrelerden Geri Dönülemez" İlkesi. Ünver/Hakeri. 516.
[4] Yüce. 174.

lendirilmesidir[1]. Daha geniş bir anlatımla ise koşullu salıverilme, mahkûm edildiği hapis cezasından, "kanunun gösterdiği bir kısmını iyi hal ile geçirmiş olan mahkûmun, konulmuş olan şartlara her bakımdan riayet etmediği takdirde geri alınması şartı ile mahkûmiyet süresi tamamıyla bitirilmeden, merciince alınacak bir kararla salıverilmesidir"[2].

II. ŞARTLARI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun bazı suçlar bakımından koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Bunlar, **TCK** ikinci kitap, dördüncü kısım,

1. "devletin güvenliğine karşı suçlar" başlıklı dördüncü bölüm,
2. "anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar" başlıklı beşinci bölüm,
3. "millî savunmaya karşı suçlar" başlıklı altıncı bölüm

altında yer alan suçlardan birinin bir *örgütün faaliyeti çerçevesinde* işlenmesi dolayısıyla **ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına** mahkûmiyet halleridir (md. 107/16).

Keza Terörle Mücadele Kanunu'nun 17/2. maddesine göre *"tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıverilmeden yararlanamazlar".*

Ayrıca, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu kanunun kapsamına giren bir suçu işlemeleri halinde, şartla salıverilmeden yararlanamazlar (md. 17/3). Ölüm cezaları, 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1'inci maddesi ile değişik 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder" (md. 17/4).

A. Cezanın Bir Kısmının İnfaz Edilmiş Olması

Normalde hükümlülük süresinin **2/3** ünün çekilmiş olması şarttır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar ise yirmi dört yılını infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler (CGTİK 107/2). Ne var ki, bazı özel haller bakımından ayrı süreler tayin edilmiştir (CGTİK 107).

Birden çok müebbet veya süreli hapis cezasına mahkûmiyet durumunda koşullu salıverilme süreleri ayrıca belirlenmiştir (bkz. CGTİK 107/3 ve 4).

---

[1] CGK. 07.10.1991, 261.
[2] Donmezer/Erman, III, 64.

Çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkumiyet halinde otuzdokuz ve otuzüç yıllık süreler geçerli olacaktır (CGTİK 108/8). Yine cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan mahkum olanlar açısından da bu süreler ile süreli hapis cezasında da ¾'lük süre geçerli olacaktır (CGTİK 108/9). Bu son hüküm çocuklar hakkında uygulanmayacaktır (CGTİK 108/10).

Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz (CGTİK 110/4). Keza, tekerrür hükümlerinin ikinci defa uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez (CGTİK 108/3).

CGTİK'ye 6291 sayılı Kanun ile 2012 yılında eklenen bir hüküm ile belirli şartlar altında koşullu salıverilme tarihinden önce de denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak salıverme imkanı tanınmıştır (md. 105/A). Bu takdirde bu kimseler hakkında koşullu salıverilme tarihine kadar;

a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması,

b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması,

c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi,

d) Belirlenen programlara katılması,

yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına, denetimli serbestlik müdürlüğünce karar verilir.

B. Hükümlünün Kurumda İyi Hal Göstermesi

CGTİK 107/1'e göre hükümlünün infaz edilen kısım süresince kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir. Bunun için koşullu salıverilme süresini kurumların düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyarak, haklarını iyi niyetle kullanarak, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirerek geçirmiş ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare ve gözlem kurulunca saptanmış bulunması gerekir (Bkz. İnfaz Tüzüğü, md. 133). Disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverilme işlemi yapılmaz (Tüzük, md. 153/3-b).

III. USUL

A. Talep ve Merci

Hükümlünün talebine veya rızasına gerek yoktur.

Bir hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, hükmü veren mahkemeye; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemeye; hüküm veya hükümlerden biri bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmiş ise 101 inci maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenen ilk derece mahkemesine; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemeye verilir. Mahkeme, bu raporu uygun bulursa hü-

kümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir. Mahkeme, raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir(CGTİK 107/11).

B. Denetim Süresi

Koşullu salıverilen hükümlü bir denetim süresine tabi tutulur. Bu süre, hükümlünün infaz kurumunda geçirmesi gereken sürenin yarısı kadardır. Ancak süreli hapislerde hak ederek tahliye tarihini geçemez (CGTİK, 107/6).

Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkum olanlar hakkında cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hakimi tarafından karar verilir (CGTIK 108/9) (Bu hüküm çocuklar hakkında uygulanmaz)

a)- Tıbbi tedaviye tabi tutulmak

b)- Tedavi amaçlı programlara katılmak

c)- Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde- ikamet etmekten yasaklanmak

d)- Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak

e)- Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak

f)- Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak

C. Kararın Geri Alınması

Denetim süresi yükümlülüklere uygun ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır (CGTİK 107/14).

Buna karşılık, koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır (CGTİK 107/12).

Koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün;

a) Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen,

b) Yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, koşullu salıverilme kararının geri alınması kararının kesinleştiği tarih ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla takdir edilecek bir sürenin,

ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez (CGTİK 107/13).

Koşullu salıverilme kararını geri alacak merci,

a) Hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse ya da bağlı tutulduğu yükümlülükleri yerine getirmezse hükmü veren ilk derece mahkemesi,

b) cezaların toplandığı hâller ile hükmün bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmiş olması hâlinde ise 101 inci maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenen ilk derece mahkemesidir.

Mahkeme kararını dosya üzerinden verir ve bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır (CGTİK 107/15).

§6. ADLİ SİCİL KAYDININ SİLİNMESİ

Adli Sicil Kanunu'nun 4. maddesinde adli sicile kaydedilecek bilgiler tek tek sayılmıştır. Bu kayıtlar sonsuza kadar saklanmamaktadır. Adli sicil kayıtlarının tümünün silinmesi olanaklıdır. Disiplin suçları ve sırf askeri suçlara ilişkin mahkûmiyet hükümleri, disiplin veya tazyik hapsine ilişkin kararlar ile idari para cezasına ilişkin kararlar adli sicile kaydedilmediğinden (AdSK 5), silinmesi de söz konusu olamaz.

Kanunumuz adli sicil kaydının silinmesi bakımından üç aşamalı bir sistem getirmiştir. İlk aşamada adli sicil bilgileri silinerek arşiv kaydına alınmaktadır. Aşağıdaki hallerde adli sicildeki bilgiler arşiv kaydına alınır (AdSK 9/1):

1. Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması,
2. Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık,
3. Ceza zamanaşımının dolması,
4. Genel af.

Yabancı mahkemelerce verilmiş olup da sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyetler ise kesinleştiği tarihten itibaren mahkûmiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle birlikte arşiv kaydına alınır. Adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir (AdSK 9/3).

İlgilinin ölümü durumunda ise adli sicil bilgileri arşiv kaydına alınmaksızın tamamen silinir (AdSK 9/2).

Adli sicil bilgileri ilgili kişiye, vekâletnamede açıkça belirtilmek koşuluyla vekiline kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına verilirken (AdSK 7); arşiv bilgileri kişinin kendisi, vekâletnamede açıkça belirtilmek koşuluyla vekili, bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında C.Başsavcılıkları, hâkim veya mahkemeler, yetkili seçim kurulları ve özel kanunlarda gösterilen hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından istenebilir (AdSK 10/1). Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili olarak adli sicil ve arşiv kayıtları ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere C.Başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir (AdSK 10/3).

İkinci aşamada arşiv bilgilerinin de silinmesi olanaklıdır. Adli Sicil Kanunu'nun 12/1 maddesine göre[1],

[1] Kanunun ilk şeklinde kaydın girildiği tarihten itibaren 80 yılın geçmesiyle arşiv bilgilerinin silineceği hükmü yer almaktaydı. Anayasa Mahkemesi'nin bu hükmü iptali üzerine 6290 sayılı Kanun ile madde değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi şudur.

a) ilgilinin ölümü üzerine ve

b) Anayasanın 76 ncı maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren;

1. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle[*],

2. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle,

c) Diğer mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle, tamamen silinir.

Adli sicil kayıtlarının silinmesi ile arşiv kayıtlarının silinmesinin aynı şartlara tabi olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, hükümlünün adli sicil kayıtlarının ve arşiv kaydının silindiği bir mahkeme kararını bozan *yüksek mahkeme*, *"anılan madde metninde, "affa uğramış olsalar bile" ibaresi bulunan, başta Anayasa'nın 76. maddesi ve özel kanunlarda (2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nun 11. maddesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesi, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 7. maddesi vb. gibi) sayılan suç ve cezaların ise 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesine istinaden istenildiğinde verilmek üzere arşiv kaydına alındığı, aynı kanunun 12. maddesinde sayılan şartlar dışında silin-*

---

[*] Mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararlarının arşiv kaydına alınmasının gerekçesini oluşturan durumlar, bazı istisnalar dışında, kişi hakkında ömür boyu hak yoksunluğu getirmemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan ömür boyu hak yoksunluğu durumuna yer verilmemiş, hak yoksunluğu belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. 5237 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen bir mahkûmiyet nedeniyle hak yoksunluğu, kural olarak, cezanın infazıyla sona ererken, Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyetle bağladığı hak yoksunlukları ise 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesi gereğince ilk mahkûmiyet kararının infaz edilmesinden itibaren belli sürenin geçmesiyle birlikte yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluyla sona erdirilebilmektedir. Bir başka ifadeyle, arşiv kaydına alınmanın gerekçesini oluşturan kurumlar ilk mahkûmiyet kararından belli bir süre geçtikten sonra kişi hakkında aleyhe bir sonuç doğurmadığı halde, söz konusu kayıtların kişinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle arşivde muhafaza edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, tüm suçlara ilişkin arşiv kayıtlarının bu kadar uzun süre muhafaza edilmesi, suç ve cezaların nitelikleri veya ağırlıkları dikkate alınmadan tüm suçlar için geçerli tek bir sürenin belirlenmesi, bu sürenin arşiv kaydına alınmayı gerekli kılan amaçla orantılı ve makul olmaması nedeniyle Kural, adil ve hakkaniyete uygun bir düzenleme niteliğinde değildir.
Diğer taraftan, kişinin belli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkûmiyet kararına ilişkin kaydın kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi, Anayasanın 5. ve 17. maddelerinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların ıslah edici olma amacı ile bağdaşmamaktadır.
Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasanın 2., 5. ve 17. maddelerine aykırıdır". AYM, 20.01.2011, 21.

[*] Anadolu 1. Ağır Ceza Mahkemesince, yasaklanmış hakların geri verilmesine karar verilmesi için sanık hakkında yasaklanmış bir hak bulunması gerektiği, somut olayda yasaklanmış bir hak bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiş ise de, 5352 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (b) bendinin 1 ve 2. alt bentlerine göre, arşiv bilgilerinin yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle tamamen silinecek olması nedeniyle, yasaklanmış hakların iadesine karar verilmesinin arşiv kaydının silinmesi açısından sanık lehine bulunduğu, "yasaklanmış hak" kavramına adli sicil sorgulama sonucunda kayıt bulunması halinin de dahil olduğu gözetilmeden, talebin kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir. 7.CD, 20.3.2017, 6768/2000.

mesine yasal olanak bulunmadığı, bu bağlamda; adı geçenin silmeye konu suçunun 657 sayılı Kanun'da sayılan suçlardan olması sebebiyle bahse konu kaydın mevzuat gereği adli sicil kaydından çıkarılarak arşiv kaydına alınması ile yetinilmesi gerekeceği, arşiv kaydının da silinmesi mümkün olmadığı gözetilmeden" yazılı şekilde karar verilmesini yasaya aykırı görerek, mahkeme kararını bozmuştur[1].

Hem arşiv hem de adli sicil kayıtlarının silindiği haller ise şunlardır:

1. Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adlî sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın tamamen silinir (AdSK 12/2).
2. Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararına ilişkin adlî sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir (AdSK 12/3).

Adli sicil ve arşiv kayıtları silinme işleminin Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yapılması gerekir (Adli Sicil Kanunu Geçici Madde 2/3). Mahkemenin silinme kararı vermesi hukuka aykırıdır[2].

Adli sicil kaydının silinerek arşive alınması halinde dahi, Devlet Memuları Kanunu gereğince memuriyetten yasaklılık hallerinden biri varsa, memuriyete dönüş mümkün değildir. Konu aşağıda Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi bahsinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

§7. YASAKLANMIŞ HAKLARIN GERİ VERİLMESİ

Yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuna esasen yeni ceza adalet sisteminde ihtiyaç bulunmamaktadır, zira yeni kanunumuz sürekli yasaklanmış hak öngörmemektedir. Bununla beraber, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun geçici 2/1. maddesinde yer alan *"Anayasa'nın 76'ncı maddesi ve özel kanun hükümleri saklıdır"* hükmü nedeniyle, sürekli hak yoksunluğu içeren bazı hükümler varlığını koruduğundan, bu hak yoksunluklarına ilişkin olarak yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin bir düzenlemeye gereksinim doğmuştur.

5560 sayılı kanun ile Aralık 2006'da Adli Sicil Kanunu'na 13/a maddesi eklenmek suretiyle yasaklanmış hakların geri verilmesine olanak tanınmıştır. Bu hükme göre,

"(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

---

[1] 5. CD. 18.09.2007, 6341, aynı yönde. 9.CD. 09.07.2008, 9887, YKD 2008, 2074.

[2] 4.CD. 28.06.2016, 12274.

b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi hâlli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması,

gerekir.

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukuki nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

(4) Mahkeme bu hususiaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır".

Yasaklanmış hakların geri verilmesi, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarla belli bir suç veya ceza mahkûmiyetine bağlı olarak doğrudan veya mahkûmiyetin yasal sonucu olarak öngörülen sürekli hak yoksunluklarının; cezanın infaz edilmesinden ya da infaza hukuki bir nedenle son verilmesi halinde kararın kesinleşmesinden itibaren, belirli bir süre gösterilen iyi hal sonrasında, mahkûmun talebiyle, geleceğe yönelik olarak mahkemece geri verilmesi" şeklinde tanımlanabilir[1].

Yargıtay ise "hükümlülük kararında açıkça hükmedilmese bile mahkûmiyetin doğal neticesi olarak yasaklanan hakların her zaman yukarıda bahsedilen maddenin birinci fıkrasındaki koşulların bulunduğuna mahkemece kanaat getirilmesi halinde iadesine karar verilebileceği cihetle; ***dolandırıcılık suçundan verilen mahkûmiyetin*** *doğal sonucu olarak yasaklanan haklarının geri verilmesi talebinde bulunan hükümlünün hukuki durumunun 5352 sayılı Yasanın 13/A maddesinde belirtilen şartlar ışığında değerlendirilerek karar verilmesi, gerekirken hatalı gerekçeyle red kararı verilmesi yasaya aykırıdır" demek suretiyle TCK'ya göre verilen mahkûmiyetin de yasaklanmış hakların geri verilmesine konu olabileceğine karar vermiştir*[2]. Halbuki kanundaki "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların" ifadesi, TCK dışındaki kanunlarda düzenlenen suçlardan verilen cezalardan doğan hak yoksunluklarının düzeltilmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu ifade ile kastedilen mahkumiyetin TCK'dan ya da özel bir ceza kanunundan kaynaklanması değildir; TCK dışındaki Anayasa, Milletvekili Seçimi Kanunu, Devlet Memurları Kanunu gibi bir mevzuat hükmünün bu mahkumiyet hükmüne süresiz hak yoksunluğu

[1] Arslan, YHGV, 6.
[2] 11.CD, 25.02.2008, 1002.

bağlaması ve eğer böyle bir durum varsa 13/A maddesinin işletilebilmesi, TCK'da mahkumiyete bağlanan yoksunluklar süreli olduğu için TCK'daki yoksunluklar bakımından 13/A maddesinin işletilememesidir[1].

Hemen belirtmek gerekir ki, yasaklanmış hakların geri verilmesi veya belirli bir sürenin geçmesiyle otomatikman kazanılması durumlarında elde edilen hak, geleceğe yönelik olarak hüküm ifade eder[2]. Bunun anlamı, örneğin kamu görevlisi olma hakkını kaybeden kişinin, bu hakkı geri kazanmasıyla otomatik olarak memuriyete dönememesidir. Bu kişilerin tekrar kamu görevlisi olarak alınabilmesi, ilgililerin arşiv kaydına alınan adli sicil bilgileri de göz önüne alınmak suretiyle idarelerin bu atamalar konusundaki takdir yetkisine bağlıdır[3].

Keza, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile süresiz hak yoksunluğu getiren bir düzenleme yapıldığından, adli sicil kaydının silinmesi veya yasak hakların geri verilmesi halinde dahi bu yoksunluk ortadan kalkmaz[4]. Bununla

---

[1] Bkz. Yüksek Seçim Kurulu'nun açıklaması (http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2011Milletvekili Secimi/Basinaciklamasi21042011.pdf)

[2] 9. HD. 02.12.1996. 22203.

[3] Danıştay. 1. D., 13.03.2006. 298.

[4] Dava, 657 sayılı Yasanın 48/A-5 ve 98/b maddeleri uyarınca görevine son verilen davacının, yeniden memuriyet görevine alınma isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.
Ankara 7. İdare Mahkemesinin 27.06.2008 günlü E.2008/15, K.2008/1188 sayılı kararıyla, davacının görevine son verilmesi işlemine esas alınan ve kesinleşen hükümlülüğünün, 657 sayılı Yasanın 48/A-5 maddesinde memurluğa engel olarak belirtilen zimmet suçundan cezalandırılmış olması nedeniyle memuriyete engel olduğu, ancak davacının yeniden göreve iadesi yolundaki 21.11.2007 tarihli başvurusu itibarıyla, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 121-122 ve 123. maddelerinde düzenlenen memnu hakların iadesi usulüne yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmemesi nedeniyle, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma halinin cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi, yani kişinin cezanın infazı süresince belli hakları kullanamayacağı ve cezanın bitimi ile birlikte istisnalar dışında mahkeme kararına da gerek kalmadan yasaklı haklarına kavuşacağı, asıl mahkumiyet ortadan kalkmamakla birlikte mahkumiyetten doğan ehliyetsizliklerin geleceğe yönelik olarak ortadan kalkmış olacağı, bu itibarla 657 sayılı Yasanın 48/A-5 maddesinde yer alan ehliyetsizlikler de, adli yargıda verilen ceza mahkumiyetinden doğduğundan ve yargı merciince memnu hakların iadesi kararı verilmesine gerek kalmadan ilgililerin kamu hizmetinden yararlandırma ehliyetine yeniden kavuşabilmesi ve idarelerin açıktan atama koşulları içinde yaptığı değerlendirme sonucunda karar vermeleri mümkün olduğundan, bu değerlendirme sonucunda davacının talebinin reddinde, hizmet gereklerine ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.
Davacı, adli sicil kaydının silinmesi ile mahkumiyetten doğan hak kayıplarının ortadan kalktığını ve göreve iade edilmesi gerektiğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.
Dava dosyanın incelenmesinden, davacının Balıkesir Bağ-Kur II Müdürlüğünde memur olarak görev yapmakta iken zimmet suçu nedeniyle Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesinin 13.04.2001 günlü kararı ile 3 yıl 6 ay ağır hapis cezası ile cezalandırıldığı ve bu cezanın Yargıtayca onanarak kesinleşmesi üzerine 657 sayılı Yasanın 48/A-5 ve 98/B maddeleri hükümleri uyarınca görevine son verildiği, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce bu mahkumiyete ilişkin sicil kaydının adli sicil kaydından çıkartılarak arşiv kaydına alındığı, davacının adli sicil kaydının silindiği gerekçesi ile yeniden göreve başlatılması talebinde bulunduğu, bu talebinin reddi üzerine ise görülmekte olan davayı açtığı anlaşılmaktadır.
5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesine göre, hak yoksunlukları kural olarak mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, kasten işlenen bir suçtan dolayı mahkum olunan hapis cezasının infazının tamamlanması süresi ile sınırlandırılmış, bu kurala maddenin 5 ve 6. fıkralarında istisnalar getirilerek, hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkumiyet halinde,ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere bir müddet daha hak yoksunluğunun devam edeceğine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır.

beraber, Danıştay'ın aksi yönde kararı da vardır: Bir kimsenin göreve başlamadan önce işlediği suç nedeniyle aldığı cezanın doğurduğu yasaklılık, yine göreve başlamadan önce yasak hakların geri verilmesi suretiyle ortadan kaldırılmışsa, görevine son verilemez[1]. Danıştay, ayrıca, Devlet Memurları Ka-

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu ile de, adli sicil bilgilerinin kayıt altına alınması ile ilgili yeni kurallar getirilmiş, eski Adli Sicil Kanunu'ndan farklı olarak, adli sicildeki kayıtların infazın tamamlanması ile kendiliğinden silinip arşiv kaydına alınması usulüne yer verilerek, hangi hallerde tamamen kayıtlardan çıkarılacağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Kanunun geçici 2. maddesinde de, Kanunun yürürlüğe girme tarihinden önce silinme koşulu oluşmayan kayıtlara ilişkin ne gibi işlemler yapılacağı belirtilerek, Anayasanın 76. maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkumiyetler dışındaki kayıtların arşiv kaydının silinmesine ilişkin bir kural konulduğu anlaşılmaktadır.

Anılan Kanuna 06.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile eklenen 13/A maddesinde ise, Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir mahkumiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için mahkum olunan cezanın infazının tamamlanmasından sonra belli sürelerin geçmesi ve maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde "yasaklanmış hakların geri verilmesi" kararı alınmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun dava konusu işlem tarihindeki 48/A-5 bendinde,"Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak" Devlet memurluğuna alınacaklarda aranan genel şartlar arasında sayılmıştır.

Görüldüğü üzere, Türk Ceza Kanunu karşısında özel bir kanun olan 657 sayılı Kanunun anılan maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun aksine belli suçlar açısından, bu suçlar affa uğramış olsalar bile, süresiz hak yoksunluğu getirecek bir düzenleme yapıldığı, bu hak yoksunluğunun ise adli sicil kaydının silinmesi müessesesi ile ortadan kalkacak nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinde düzenlenen "Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi" kurumunun da, maddenin içeriği ve aynı Kanun'un geçici 2. maddesi karşısında belirtilen suçlar açısından yukarıda belirtilen sonucu değiştirmeyeceği kanaatine ulaşılmaktadır.

Bu durumda, uyuşmazlık konusu olayda, davacının görevine son verilmesi işlemine esas alınan zimmet suçu nedeniyle kesinleşen mahkumiyetine ilişkin adli sicil kaydının silinmesinin, ilgilinin kamu hizmetinden yararlandırma ehliyetine yeniden kavuşması sonucunu doğuracağı gerekçesine de dayanılarak verilen kararda hukuka uyarlık görülmemekle birlikte, karar sonucu itibariyle yerinde görülmüştür. DANIŞTAY, 12. D., 19.01.2011, 7785/136.

... İdare Mahkemesinin ... günlü, ... sayılı kararıyla, 657 sayılı Yasanın 48/A-5 maddesinde, taksirli suçlar hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza almamış olmanın Devlet memurluğuna atanacaklarda aranan genel koşullarından biri olduğunun belirtildiği, yine aynı yasanın 98.maddesinin (b) fıkrasında: memurluğa alınma şartlarından herhangi birinin taşınmadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birinin kaybedilmesi halinde memuriyetin sona ereceği kuralının yer aldığı, dava dosyası ile ekli belgelerin incelenmesiden; ... Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığının 29.12.1989 günlü kararı ile göreve başlayan davacının 11.12.1984 tarihinde işlediği hırsızlık suçu nedeniyle iki ay altı gün hapis cezası aldığı ve bu cezanın 1980 lira para cezasına çevrilerek kesinleştiği, başvuru üzerine 19.11.1996 tarihinde ... ağır Ceza Mahkemesince memnu haklarının geri verilmesinin hükme bağlandığı, davacının göreve başladığı tarihten sekiz yıl sonra da bir şikayet üzerine yapılan soruşturmada hırsızlık suçundan sabıkalı olduğunun görülmesi üzerine 657 sayılı Yasanın 48/A-5 ve 98/b maddeleri gereğince 30.05.1997 tarihli kararla görevine son verildiğinin anlaşıldığı, Memnu Hakların İadesinin Türk Ceza Kanununa göre verilmiş bir ceza mahkumiyetine bağlı ehliyetsizlikleri ortadan kaldırır nitelikte olup, Yargıtay Ceza kurulunun 17.11.1986 gün ve 410/523 ve 1987/6-21, 97/336-6/7978 sayılı kararında da Türk Ceza Kanununun 121 ve sonraki maddelerine göre memnu haklarının iadesi kararının "amme hizmetlerinden yasaklanması", "memuriyetten mahrumiyet", "meslek ve sanatın tatili" vb. gibi bir mahkumiyet sonucu ve gerekse ceza şeklinde hükmedilen bir nevi ehliyetsizliklerin berafaf edilmesine yol açan bir karar olduğunun açıkça belirtildiği, 657 sayılı Yasanın anılan hükmüne göre, hırsızlık suçundan mahkum edilmiş olmak devlet memurluğuna engel bir hal ise de, yasal hakların geri verilmesi durumunda, mahkumiyet ortadan kalkmamakla birlikte, mahkumiyetten doğan veya mahkumiyetle birlikte hükmedilen ehliyetsizliklerin ileriye dönük olarak son bulduğunun açık olduğu, 657

nunu'nun 48/A-5 maddesinde devlet memuru olabilmek için yüz kızartıcı suçlardan mahkum olmamak şartı arandığından, yasakların iadesi kararının yüz kızartıcı bir suçtan dolayı mahkumiyet kararı almış kişiler yönünden devlet memuru olabilme koşullarını sağlama bakımından bir hak doğurmadığına karar vermiştir[1].

---

sayılı Yasanın ve 3201 sayılı Yasanın 23 maddesinde yer alan ehliyetsizliklerin de verilen ceza mahkumiyetinden doğduğunun tartışmasız olduğu, belirtilen hukuki durumlar karşısında ... Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla yasal hakları geri verilen davacının kamu hizmetlerinden yararlanma ehliyetine yeniden kavuştuğu, bu kararın alındığı tarihte görevine sürdürdüğünden hırsızlık suçundan dolayı sonuç olarak verilen para cezasının doğurduğu ehliyetsizliklerin 19.11.1996 tarihli kararla beta-raf edildiğinin kabulü gerekirken, daha önceden verilmiş mahkumiyet kararından bahisle 657 sayılı Yasanın 48/A-5 ve 98/b maddeleri gereğince görevine son verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

KARŞI OY

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48.maddesinde affa uğramış olsalar bile hırsızlık ve maddede sayılan diğer suçlardan hükümlü bulunmanın Devlet memuriyetine girmeye engel teşkil edeceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Madde hükmünde affa uğramış olsalar bile, hırsızlık suçundan mahkum olmuş olmanın Devlet memuriyetine engel bir durum olarak düzenlenmesi karşısında, memnu hakların iadesi kararının Devlet memurları yasasının açık yasağını ortadan kaldırması mümkün bulunmamaktadır.

Bu gerekçelerle, mahkeme kararının onanması yönündeki çoğunluk kararına katılmıyoruz. Danıştay. 12.D., 31.12.2010. 704

[1] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 17.11.2011. 2368/1214.

KÜÇÜK SÖZLÜK

Adli Kontrol : Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tutuklama yerine geçmek üzere öngörülmüş bulunan tedbirler.

Adli Para Cezası : Bir mahkeme kararıyla hükmedilen, devlete ödenmek zorunda olan ve ödenmemesi halinde hapse çevrilebilen para cezası.

Adli Sicil : Suç işlemiş olan kişilerin kayıtlarının tutulduğu yer.

Algılama Yeteneği : Hareketinin anlamını ve sonuçlarını kavrama yeteneği.

Ani Suç : Önceden herhangi bir plan vb. yapmaksızın, aniden alınan bir karar ile işlenen suç.

Anlama ve İsteme Kabiliyeti : Bir kimsenin hareketlerinin anlamını ve sonuçlarını anlayabilmesi ve iradesine uygun hareket edebilme kabiliyeti.

Azmettirme : Bir suç işlemek hususunda herhangi bir kararı olmayan kimsede suç işleme kararının oluşturulması.

Bileşik Suç : Bir suçun diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması nedeniyle, aynı suçta birleşmesi.

Bilinçli Taksir : Kişinin neticenin gerçekleşmesini istemeksizin, neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketi yapması.

Bilme ve İsteme : Kast

Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği : Bir suçtan dolayı sadece suçu işleyen kimsenin cezalandırılabilmesi.

Ceza Zamanaşımı : Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra belirli bir süre içinde hükmün infaz edilememesi halinde, devletin hükmü infaz yetkisini kaybetmesi.

Cezaların İçtimaı : Birden fazla suç işleyen kişi hakkında her suç için ayrı ayrı ceza tayin edilmesi.

Cinsel Saldırı : Cinsel ilişki veya cinsel ilişki dışındaki vücuda yönelik cinsel davranışlarla işlenen suç.

Dava Zamanaşımı : Suçun işlenmesinden sonra belli bir sürede ceza davasının açılmaması veya sonuçlandırılmaması halinde devletin sanığı yargılama yetkisini kaybetmesi.

Doğrudan Kast : Kişinin gerçekleşmesini istediği neticeye yönelik kastı.

Dolaylı Fail : Bir suçun işlenmesinde aracı olarak bir insanı kullanan kişi.

Elverişsiz Teşebbüs : Failin neticenin gerçekleşebileceği düşüncesiyle icrasına başladığı suçun aslında işlenemeyecek olması, neticenin gerçekleşmeyecek olması.

Erteleme : Hapis cezasının infazının belirli şartlar altında ertelenmesi.

Etkin Pişmanlık : Suç bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin yaptığı pişmanlık gösteren hareketler.

Fiili yanılma : Suçun unsurlarında ve diğer hususlarda, failin tasavvuru ile gerçek durum arasındaki farklılık.

Fikri İçtima : Failin bir hareket ile birden fazla farklı suç işlemesi.

Filhal : O an, halihazırda.

Garantör : Belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek konusunda hukuken yükümlü olan kimse.

Gönüllü Vazgeçme : Suça teşebbüs eden kişinin, herhangi bir zorlayıcı dış etken olmaksızın vazgeçmesi.

Güvenlik Tedbirleri : Suç işleyen kişilere uygulanacak olan yaptırım türü.

Hata : Failin tasavvuru ile gerçekleşen arasındaki farklılık.

Hedefte Sapma : Suçun kast edilen kişi/şey yerine başka bir kişi/şey üzerinde gerçekleşmesi.

Hukuki Yanılma : Kişinin, fiilinin haksızlık oluşturduğu konusundaki yanılgısı.

İcra Hareketi : Suçun işlenmesine yönelik asıl hareketler.

İçtima : Birden fazla suçun mevcudiyeti durumunda kaç suçun kabul edileceği ve nasıl ceza verileceğine ilişkin müessese.

İhkak-ı Hak : Bir hakkı hukuk kurallarına uygun bir biçimde teslim etme.

İhmali Suç : Yapma şeklindeki olumlu bir hareketle değil, yapmama şeklindeki olumsuz bir hareketle işlenen suç.

İsnat Kabiliyeti : (Kusur yeteneği – isnat yeteneği) Kusurlu davranabilme kabiliyeti.

İşlenemez Suç : Hareketlerin elverişli olmaması veya konunun bulunmaması nedeniyle neticenin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı suç.

Kamu Davası : Suç işlediği şüphesi altında bulunan kişi hakkında savcının açtığı dava.

Kast : Bilme ve isteme.

Katılan : Suçtan zarar gören olup, davaya müdahil olan, katılan kimse.

Kaza – Tesadüf : Öngörülemez, tahmin edilemez netice.

Koşullu Salıverilme : Cezasının bir kısmını iyi hâlli geçiren hükümlü-

nün, cezanın kalan kısmı infaz edilmeden belirli koşullarla salıverilmesi.

Mahsup : Kişinin mahkûm olmadan önce ceza hukuku kuralları nedeniyle hürriyetinin sınırlandığı hallerde, sonuçta hükmedilen cezadan bu sürelerin çıkarılarak kalan sürenin infaz edilmesi.

Meşru Savunma : Haksız bir saldırı karşısında kalan kimsenin kendisini korumak konusunda kanunun verdiği yetki.

Muhtemel Kast (Olası Kast) : Kişinin gerçekleşmesini istemediği ancak kabullendiği, gerçekleşmesi muhtemel (olası) neticeler bakımından kastı.

Müdahil : Suçtan zarar gören olup davaya katılan kişi.

Müzekkere : Belli bir makama yazılan yazı.

Ne bis in idem (Non bis in idem) : Aynı suçtan dolayı iki kez yargılanma yasağı.

Nedensellik Bağı : Bir neticeden dolayı sorumlu tutulabilmek için, hareket ile netice arasında bulunması gereken bağ. Neticenin failin hareketinin eseri olması.

Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç : Failin kast ettiği neticeden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi suretiyle oluşan suç.

Nitelikli Haller : Suçun basit şekline yapılan bazı eklemeler nedeniyle, suçun cezasının arttığı veya azaldığı haller.

Nulla Poena Sine Culpa : Kusursuz ceza olmaz.

Objektif: Bu kavram ceza hukukunda birden fazla anlamda kullanılmaktadır. Bir anlamı, konuya ilişkin, eşyaya ilişkin, fiile ilişkin anlamıdır. Diğer anlamı ise kusurdan bağımsız anlamında kullanılmaktadır (bkz. Objektif sorumluluk kavramı).

Objektif Sorumluluk : Failin meydana gelen neticeden dolayı kusur olmasa bile sorumlu tutulabilmesi.

Olası Kast : Bkz. Muhtemel Kast.

Ön Ödeme : Bazı hafif suçlarda, kanunda belirtilen miktarda paranın önceden devlete ödenmesi suretiyle failin yargılanmaktan kurtulması.

Saik : Kişinin suç işlemedeki amacı.

Sübjektif Bu kavram ceza hukukunda iki anlamda kullanılmaktadır. Bir anlamı, kişiye, faile ilişkin olup, diğer anlamı ise fiilin kusur yönü, manevi yönüdür.

Şahısta Yanılma : Failin mağdur sanarak, yanlışlıkla başka bir kimse üzerinde suçu işlemesi.

Şikâyet : Takibi şikâyete bağlı suçlarda, savcılığın soruşturma ve kovuşturma yapabilmesi için, savcılığa

veya diğer makamlara yapılan bildirim.

Şüpheden Sanık Yararlanır : Sanığın suçu işlediği yönünde az da olsa şüphe bulunması halinde sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğini ifade eden ilke.

Tahkir : Hakaret, aşağılama.

Tasarlama (Taammüd) : Failin önceden plan vb. yapmak suretiyle suçu işlemesi.

Tehlike Suçu : Henüz bir zarar oluşmadan, sırf tehlikeye neden olunması nedeniyle oluşan suç tipi.

Tekerrür : Daha önce bir suç işlemiş olan kimsenin tekrar suç işlemesi.

Teşebbüs : Bir suçun işlenmesi için icrasına başlanması, ancak suçun tamamlanmaması.

Tipiklik : Bir eylemin kanundaki suç tanımına, tipine uyması.

Yağma : Gasp suçu.

Zamanaşımı : Belli bir sürenin geçmesiyle birlikte devletin yargılama ve/veya infaz yetkisini kaybetmesi.

Zarar Suçu : Suçun oluşabilmesi için bir tehlikenin varlığının yetmeyip, mutlaka bir zararın meydana gelmesinin arandığı suç tipi.

Zorunluluk Hali : Kişinin eşit veya daha yüksek bir değerdeki bir yararı korumak için başka bir yarara karşı suç işlemesi.

MADDE DİZİNİ

Anayasa

AY 2 .....10, 12, 16, 18, 20,28, 29, 45, 46, 572, 738 298,
AY 5 .....46, 738
AY 13..... 148
AY 14..... 148
AY 17..... 34, 44, 738
AY 17/3.....34, 43
AY 17/son..... 315
AY 20..... 371
AY 21..... 371
AY 23..... 648
AY 23/6..... 605
AY 24..... 149
AY 25..... 148
AY 26..... 148
AY 27..... 356
AY 28.....356, 357
AY 30..... 149
AY 38.....11, 18, 19, 20, 21, 22, 27, 28, 29, 36, 38, 43, 44, 48, 58
AY 38/1..... 12, 28, 57, 71, 77
AY 38/2.....58, 78
AY 38/3.....29, 57
AY 38/son.....90, 102
AY 76..... 109, 738, 739, 742
AY 83.....107, 125
AY 83/2..... 723
AY 83/3.....109, 723 729
AY 84..... 109
AY 85..... 109
AY 87..... 716
AY 90/5..... 147. 149
AY 91.....26, 58
AY 104.....26, 717
AY 104/2-b 718
AY 105..... 106
AY 112/son 125
AY 125.....45
AY 137..... 402
AY 141 700
AY 148 14
AY 153/5 79
AY 169/3 717

Türk Ceza Kanunu

TCK 1 ..... 66, 646
TCK 2 ..... 11, 14, 66
TCK 2/1 29
TCK 2/2 63
TCK 2/3 ..... 29, 31, 66, 275
TCK 3 66
TCK 3/1 .....33, 698, 700
TCK 4 ..... 66, 467
TCK 5 ..... 7, 8, 409, 599, 656
TCK 6 .....66, 103, 687
TCK 6/1-a 103
TCK 6/1-b 573
TCK 7 .....11, 79
TCK 7/1 ..... 83, 688
TCK 7/2 .....75, 83
TCK 7/3 76
TCK 7/4 74
TCK 8 .....87, 88, 101
TCK 8/1 ..... 86, 88, 95
TCK 8/2-a 89
TCK 8/2-b 89, 95
TCK 8/2-c 89
TCK 8/2-d 89
TCK 9 .....96, 98
TCK 9/1 81
TCK 10 ...63, 87, 88, 89, 91, 92, 96, 98
TCK 11 .....88, 89, 91, 92, 95, 98, 101
TCK 11/1 .....96, 98
TCK 11/2 ..... 91, 122
TCK 12 122
TCK 12/1 ..... 88, 92, 93, 97, 98

TCK 12/2.....88, 96, 98
TCK 12/3.....88, 94, 95, 97, 98
TCK 12/4.....97, 98
TCK 12/5.....97, 98
TCK 13.....63, 87, 88, 91, 92, 93, 94, 95
TCK 13/1.....93, 97, 98
TCK 13/1-b.....93
TCK 13/1-c.....98
TCK 13/2.....93, 95, 122
TCK 13/3.....98
TCK 14.....91, 93, 94
TCK 15.....91, 93, 94, 141
TCK 16.....712
TCK 17.....99, 100
TCK 18/2.....90
TCK 19.....66, 100, 101
TCK 20/2.....8, 36, 37
TCK 21.....123, 223, 239, 243, 254, 279
TCK 21/1.....130, 221, 297
TCK 21/2.....130, 249, 445
TCK 22.....136, 137, 254, 293
TCK 22/1.....256
TCK 22/2.....130, 238, 253, 297
TCK 22/3.....242, 263, 264, 266, 267, 288, 293
TCK 22/4.....270, 272, 699
TCK 22/5.....271, 528
TCK 22/6.....123, 267, 275, 276
TCK 23.....49, 143, 177, 221, 226, 255, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 456, 457, 473, 504
TCK 24.....446
TCK 24/2.....400, 401
TCK 24/3.....404
TCK 24/4.....403
TCK 25/1.....443
TCK 25/2.....7, 400, 407, 409, 410, 413, 419, 422
TCK 27.....441, 444, 447
TCK 27/1.....444, 445, 446
TCK 27/2.....442, 443, 444, 445
TCK 28.....400, 423, 424, 559, 564
TCK 29.....7, 101, 234, 428, 431, 432, 433, 436, 438, 442, 445, 464
TCK 30.....451, 453, 454
TCK 30/1.....450, 451, 466
TCK 30/2.....234, 455, 465, 467
TCK 30/3.....414, 438, 459, 464,
TCK 30/4.....80, 458
TCK 31/1.....63
TCK 32/2.....685, 703
TCK 34/1.....396, 398, 399
TCK 34/2.....397
TCK 35.....478, 483, 485, 493, 498, 499, 503
TCK 35/1.....493
TCK 35/2.....496
TCK 36.....506, 507, 508, 509, 510, 511, 515, 516
TCK 36/1.....515
TCK 37.....64, 528, 529, 556
TCK 37/1.....130, 132, 533, 553, 554
TCK 37/2.....560, 563, 564, 573
TCK 38.....534, 552
TCK 38/1.....581
TCK 38/2.....572, 573
TCK 38/3.....124, 573
TCK 39.....552, 556, 574, 578
TCK 39/1.....577
TCK 39/2.....534
TCK 39/2-a.....537
TCK 39/2-b.....575
TCK 39/2-c.....575
TCK 40.....546, 560, 581
TCK 40/1.....123, 126, 408
TCK 40/2.....558, 559
TCK 40/3.....530, 536, 538
TCK 41.....538
TCK 41/1.....538, 539, 540
TCK 41/2.....511, 540, 582
TCK 42.....186, 592, 594
TCK 43.....83, 584, 598, 599, 600,604, 607, 609, 610, 611, 612, 615, 707
TCK 43/1.....83, 141, 185, 186, 598, 602, 604, 609, 611, 616, 617, 618, 619, 640
TCK 43/2.....186, 609, 611, 614, 615, 617, 618, 619, 632, 640
TCK 43/3.....183, 598, 609, 612
TCK 44.....186, 278, 294, 474, 591, 614, 619, 620, 622, 623, 624, 626, 627, 628, 629, 632, 635, 640
TCK 45.....56, 642, 643

TCK 46 644
TCK 47 644
TCK 48 645
TCK 49 ..... 443, 704, 705
TCK 49/1 645
TCK 49/2 645
TCK 50 ..... 447, 646, 647, 657, 690
TCK 50/1-a 649, 650
TCK 50/1-d 648, 651
TCK 50/1-e 651
TCK 50/2 649
TCK 50/3 ..... 649, 650
TCK 50/4 ..... 267, 652
TCK 50/5 ..... 657, 688
TCK 50/6 ..... 652, 665
TCK 50/7 652
TCK 51 ..... 439, 654, 656, 709
TCK 51/1 ..... 655, 656
TCK 51/1-a 654
TCK 51/1-b 654
TCK 51/2 659
TCK 51/3 ..... 659, 660
TCK 51/4 659
TCK 51/5 660
TCK 51/6 660
TCK 51/7 660
TCK 51/8 ..... 654, 660
TCK 52 ..... 625, 642, 701
TCK 52/1 ..... 661, 704, 705
TCK 52/2 662
TCK 52/3 662
TCK 52/4 ..... 663, 664
TCK 53 ..... 34, 99, 234, 642, 666, 667, 668, 669, 672, 674, 739
TCK 53/1 669
TCK 53/2 ..... 671, 728
TCK 53/3 671
TCK 53/4 ..... 661, 671
TCK 53/5 ..... 661, 672, 674, 675
TCK 53/6 ..... 651, 675, 676
TCK 54 ..... 182, 678, 684
TCK 54/1 ..... 677, 678
TCK 54/2 678
TCK 54/3 ..... 33, 679, 680
TCK 54/4 678
TCK 54/5 680
TCK 54/6 680
TCK 55 ..... 182, 683
TCK 55/1 ..... 682, 683
TCK 55/2 682
TCK 55/3 683
TCK 56 684
TCK 57 ..... 395, 685
TCK 57/2 685
TCK 57/3 685
TCK 57/4 685
TCK 57/5 685
TCK 57/6 685
TCK 57/7 ..... 399, 694
TCK 58 ..... 64, 75, 658, 690
TCK 58/1 ..... 687, 689
TCK 58/2-a 689
TCK 58/2-b 689
TCK 58/3 ..... 692, 696
TCK 58/4 692
TCK 58/5 692
TCK 58/6 ..... 690, 691
TCK 58/7 691
TCK 58/9 ..... 687, 691
TCK 59 ..... 658, 695
TCK 60 ..... 8, 642, 666, 694
TCK 60/1 694
TCK 60/3 33
TCK 61 ..... 33, 238, 500, 539, 540, 642, 662, 697, 699, 700, 702, 705, 707
TCK 61/1 ..... 662, 699, 701
TCK 61/1-c 702
TCK 61/2 ..... 612, 706
TCK 61/3 701
TCK 61/4 ..... 141, 612, 706
TCK 61/5 612
TCK 61/6 ..... 703, 704
TCK 61/7 705
TCK 61/8 ..... 662, 707
TCK 61/9 ..... 663, 705, 707
TCK 61/10 ..... 579, 706
TCK 62 ..... 13, 101, 234, 464, 472, 539, 540, 658, 659, 663, 708, 709

TCK 62/2 708
TCK 63 ..... 642, 691, 710, 711, 712, 713
TCK 64 ..... 642, 715
TCK 64/1 ..... 680, 715
TCK 64/2 ..... 715, 716
TCK 65 716
TCK 65/1 ..... 657, 716, 717
TCK 65/2 ..... 689, 714, 717
TCK 65/3 ..... 588, 714, 717
TCK 66 ..... 7, 65
TCK 66/1 720
TCK 66/2 722
TCK 66/3 ..... 141, 720
TCK 66/4 720
TCK 66/5 722
TCK 66/6 ..... 181, 721
TCK 66/7 720
TCK 67 ..... 121, 723
TCK 67/1 723
TCK 67/2 ..... 725, 726
TCK 67/3 726
TCK 67/4 726
TCK 68/1 728
TCK 68/3 727
TCK 68/4 728
TCK 68/5 728
TCK 69 728
TCK 70 728
TCK 71 728
TCK 72 65
TCK 72/1 722
TCK 72/2 729
TCK 73 ..... 7, 115, 118, 602
TCK 73/1 119
TCK 73/2 119
TCK 73/3 119
TCK 73/4 120
TCK 73/5 ..... 118, 545
TCK 73/6 ..... 120, 731
TCK 73/7 ..... 121, 731
TCK 74/1 717
TCK 74/2 715
TCK 74/3 ..... 715, 717
TCK 75 ..... 642, 646
TCK 75/1 731
TCK 75/2 732
TCK 75/3 732
TCK 75/5 733
TCK 75/7 731
TCK 76 634
TCK 76/2 713
TCK 77 634
TCK 79 ..... 177, 474, 625
TCK 79/1 72
TCK 80 ..... 179, 612
TCK 81 ..... 54, 66, 101, 141, 162, 191, 199, 203, 212, 214, 217, 224, 234, 445, 457, 477, 497, 589, 593, 622, 634
TCK 82 ..... 54, 141, 161, 589, 593, 697
TCK 82/1-a 233, 581
TCK 82/1-d 142, 456
TCK 82/1-e 234
TCK 83 ..... 165, 167, 168, 172, 251, 259, 589
TCK 83/2 170
TCK 85 ..... 136, 137, 214, 217, 259, 280, 293, 294, 594
TCK 85/1 444
TCK 85/2 ..... 276, 282
TCK 86 ..... 224, 293, 544, 628, 634, 635
TCK 86/1 ..... 280, 284, 293, 445, 497, 623, 706
TCK 86/2 ..... 115, 142, 293, 294, 456, 650
TCK 86/3 ..... 117, 284, 706
TCK 86/3-e 142, 549, 623
TCK 87 634
TCK 87/1 ..... 287, 456, 623
TCK 87/1-c 180
TCK 87/1-d 623
TCK 87/2 ..... 287, 456
TCK 87/2-b 283
TCK 87/2-e 285, 286
TCK 87/3 ..... 287, 456, 457
TCK 87/4 ..... 177, 193, 278, 280 281, 283, 284, 288, 291, 292, 293, 473, 549, 594
TCK 88 168

TCK 88/1 142
TCK 89 ..... 135, 136, 154, 631, 636
TCK 89/1 ..... 121, 154
TCK 89/5 267
TCK 91/1 634
TCK 91/8 287
TCK 92 ..... 7, 409
TCK 93 ..... 124, 517
TCK 94 138
TCK 94/3 593
TCK 94/4 558
TCK 94/5 168
TCK 94/6 720
TCK 95 278
TCK 96 ..... 138, 278, 279, 603
TCK 96/2-a 278
TCK 97 289
TCK 97/1 638
TCK 97/2 ..... 177, 635
TCK 98 ..... 83, 163, 164, 166, 169, 172, 427
TCK 98/2 635
TCK 99 286
TCK 99/3 593
TCK 99/4 593
TCK 101 280
TCK 102 ..... 18, 479, 527
TCK 102/1 ..... 516, 629
TCK 102/2 ..... 115, 142, 516
TCK 102/5 ..... 277, 291, 504
TCK 103 ..... 18, 139, 479, 527
TCK 103/3 50
TCK 103/6 501
TCK 104 628
TCK 105 ..... 17, 617, 628
TCK 105/1 ..... 17, 18
TCK 106 ..... 150, 185, 479, 506, 527
TCK 106/1 495
TCK 106/2-a 629
TCK 108 ..... 185, 592, 603
TCK 109 ..... 177, 178, 227, 421, 527
TCK 109/1 227
TCK 109/4 ..... 177, 287
TCK 109/5 615
TCK 110 ..... 124, 518
TCK 116 ..... 162, 166, 186, 232
TCK 120 629
TCK 122 741
TCK 123 ..... 139, 601, 602, 741
TCK 124 ..... 644, 696
TCK 124/1 227
TCK 125 ..... 479, 628
TCK 125/1 705
TCK 125/4 142
TCK 125/5 599
TCK 127/1 15
TCK 129 7
TCK 129/1 431
TCK 129/2 ..... 431, 432
TCK 131 115
TCK 131/2 716
TCK 132/3 468
TCK 133/1 468
TCK 133/3 628
TCK 134/1 235
TCK 135 227
TCK 136 ..... 227, 418, 627
TCK 140 693
TCK 141 ..... 185, 217, 592, 603
TCK 141/1 ..... 141, 600
TCK 142 600
TCK 142/1-a 622
TCK 142/1-d 142
TCK 142/2-d 622
TCK 143 ..... 142, 638, 702
TCK 144 644
TCK 144/1-b 581
TCK 145 456
TCK 146 ..... 32, 217
TCK 147 ..... 408, 409, 410, 415, 420
TCK 148 ..... 185, 186, 592, 603
TCK 149 581
TCK 149/1 701
TCK 149/1-d 186, 592
TCK 150 593
TCK 150/1 ..... 456, 592
TCK 151 ..... 4, 115, 155, 225, 626, 633, 644
TCK 154 ..... 644, 697
TCK 154/2 239
TCK 155 634
TCK 156 644
TCK 157 ..... 85, 644
TCK 160 ..... 452, 595

TCK 161 504
TCK 163 644
TCK 165 535
TCK 167/1 581
TCK 167/2 116
TCK 168 ..... 124, 518, 519
TCK 170 ..... 431, 593
TCK 170/1-b 175, 176
TCK 170/1-c 635
TCK 170/2 176
TCK 172/2 618
TCK 177 631
TCK 179 ..... 121, 262
TCK 179/2 ..... 636, 679
TCK 179/3 637
TCK 181 414
TCK 184 9
TCK 184/5 ..... 124, 518, 657
TCK 188/1 704
TCK 188/2 713
TCK 188/7 ..... 481, 488
TCK 190 574
TCK 191/2 724
TCK 192 ..... 124, 518
TCK 196 ..... 534, 629
TCK 197/2 239
TCK 200 ..... 482, 574
TCK 201 ..... 124, 517, 518
TCK 204 601
TCK 204/1 33
TCK 206 633
TCK 207/2 239
TCK 212 ..... 594, 626
TCK 214 ..... 531, 547, 573
TCK 214/1 636
TCK 214/3 ..... 574, 634
TCK 215 ..... 147, 150
TCK 216 ..... 17, 103, 150
TCK 220 ..... 179, 483, 488, 633, 634
TCK 221 ..... 124, 518
TCK 222 66
TCK 225 ..... 25, 628
TCK 226 25
TCK 227/1 ..... 482, 488
TCK 230/1 ..... 138, 179
TCK 230/4 721
TCK 230/5 ..... 518, 657
TCK 231/1 633
TCK 232/2 25
TCK 233/1 ..... 19, 23, 638
TCK 239/1 564
TCK 239/4 564
TCK 243 ..... 205, 627
TCK 243/1 227
TCK 244/4 227
TCK 245 595
TCK 245/1 23
TCK 245/4 123
TCK 248 124
TCK 250/3 634
TCK 251/1 ..... 528, 556, 558
TCK 254 ..... 124, 518
TCK 255/3 478
TCK 255/4 ..... 518, 528
TCK 257 ..... 454, 557, 634
TCK 257/2 ..... 162, 166, 504
TCK 258 418
TCK 260/2 709
TCK 261 ..... 139, 637
TCK 262 ..... 177, 179
TCK 264 179
TCK 265 ..... 593, 595, 625
TCK 267 ..... 239, 628
TCK 267/4 ..... 287, 563
TCK 267/8 722
TCK 269 ..... 124, 518
TCK 272/5 ..... 287, 564
TCK 273/1 123
TCK 273/1-a 36
TCK 274 ..... 124, 518
TCK 276 672
TCK 278 ..... 65, 163, 223, 531
TCK 278/2 543
TCK 279 ..... 163, 505
TCK 280 223
TCK 281 ..... 65, 535, 591, 628, 628
TCK 281/1 123
TCK 282 65
TCK 282/2 535
TCK 283 ..... 163, 181, 535, 543, 577
TCK 283/3 123
TCK 284 163
TCK 284/4 123
TCK 289/2 124

TCK 292 163
TCK 293 ..... 124, 518
TCK 294/7 621
TCK 299 124
TCK 299/3 121
TCK 301 ..... 103, 121, 124
TCK 303/4 409
TCK 305 15
TCK 305/1 15
TCK 305/3 121
TCK 305/4 15
TCK 306/5 121
TCK 309 177
TCK 310 634
TCK 313/1 531
TCK 314 633
TCK 315 ..... 239, 574
TCK 316 ..... 150, 531
TCK 316/2 ..... 124, 177
TCK 318 ..... 103, 147
TCK 329/1 628
TCK 336 124
TCK 340/1 122
TCK 340/2 122
TCK 341 124
TCK 341/2 122
TCK 378 552
TCK 416/1 500
TCK 417 500
TCK 418 290
TCK 421 17
TCK 429 292
TCK 439 292
TCK 448 ..... 472, 589
TCK 452 ..... 290, 291
TCK 452/2 ..... 193, 298
TCK 456 292
TCK 471 292
TCK 473 292
TCK 491/1 31
TCK 494/3 410
TCK 567 25
TCK 577 24

Ceza Muhakemesi Kanunu

CMK 1 312
CMK 2 ..... 56, 645, 727
CMK 2/1-i 56
CMK 12/2 86
CMK 14/4 ..... 92, 110
CMK 15 89
CMK 15/2 728
CMK 34 700
CMK 60/1 688
CMK 62 311
CMK 63 295
CMK 75 372
CMK 76 372
CMK 90 ..... 306, 307, 308, 311, 422
CMK 90/1 307
CMK 98 312
CMK 100 312
CMK 109 ..... 389, 712
CMK 109/6 712
CMK 116 312
CMK 119 371
CMK 123 312
CMK 139 ..... 312, 583
CMK 139/2 312
CMK 141 710
CMK 146 312
CMK 149 312
CMK 150/2 389
CMK 158 311
CMK 158/1-4 119
CMK 158/5 119
CMK 158/6 120
CMK 171 653
CMK 171/2 390
CMK 171/4 724
CMK 172 ..... 727, 731
CMK 185 390
CMK 187/2 390
CMK 203/3 61
CMK 217/2 354
CMK 223 454
CMK 223/2-c 157, 328
CMK 223/2-d 321
CMK 223/3 ..... 386, 387, 393, 408, 685
CMK 223/3-b 400, 408
CMK 223/3-c 444, 445

CMK 223/3-d 463
CMK 223/4 111
CMK 223/4-b 123
CMK 223/7 ..... 59, 500
CMK 223/8 ..... 107, 119, 121, 727
CMK 226 121
CMK 230 700
CMK 231 ..... 649, 653
CMK 231/5 709
CMK 231/8 ..... 390, 724
CMK 234 ..... 117, 118
CMK 239/2 395
CMK 247 671
CMK 253/21 724
CMK 253/7 139
CMK 255 541
CMK 256 681
CMK 257 681
CMK 289 700
CMK 314 500
CMK 315 500
CMK 324 716

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CGTİK 9 644
CGTİK 11 389
CGTİK 12 392
CGTİK 15 389
CGTİK 16 728
CGTİK 17 728
CGTİK 25 644
CGTİK 98 ..... 690, 712, 714
CGTİK 99 713
CGTİK 100 713
CGTİK 105/a 712, 735
CGTİK 106 ..... 652, 665, 690
CGTİK 106/3 664
CGTİK 106/4 ..... 390, 665
CGTİK 106/6 665
CGTİK 106/7 664
CGTİK 106/8 664
CGTİK 106/9 ..... 664, 665
CGTİK 106/11 664
CGTİK 107 734
CGTİK 107/1 735
CGTİK 107/2 734
CGTİK 107/3 734
CGTİK 107/4 ..... 391, 734
CGTİK 107/5 390
CGTİK 107/6 736
CGTİK 107/11 736
CGTİK 107/12 ..... 692, 736
CGTİK 107/13 ..... 692, 736
CGTİK 107/14 ..... 689, 736
CGTİK 107/15 737
CGTİK 108 ..... 690, 692
CGTİK 108/2 690
CGTİK 108/3 735
CGTİK 108/7 692
CGTİK 108/8 735
CGTİK 108/9 ..... 735, 736
CGTİK 108/10 735
CGTİK 110 ..... 392, 652
CGTİK 110/4 735
CGTİK 110/5 653
CGTİK 118/1 729

Çocuk Koruma Kanunu

ÇKK 1 684
ÇKK 1/3 389
ÇKK 1/4 389
ÇKK 5 386
ÇKK 7/6 386
ÇKK 11 684
ÇKK 11/1 391
ÇKK 12 391
ÇKK 13 ..... 386, 685
ÇKK 15 ..... 386, 388
ÇKK 15/3 386
ÇKK 17 388
ÇKK 19 389
ÇKK 20 389
ÇKK 21 389
ÇKK 23 390
ÇKK 25 388
ÇKK 26/4 388
ÇKK 35 387
ÇKK 35/1 388

ÇKK 36 ..... 390, 685
ÇKK 37 685
ÇKK 40/1 685
ÇKK geçici madde 1/3 389
ÇKK geçici madde 1/4 389

Adli Sicil Kanunu

AdSK 4 ..... 65, 737
AdSK 4/1 647
AdSK 4/1-f 99, 100
AdSK 5 ..... 65, 58, 62, 657, 737
AdSK 7 737
AdSK 9/1 737
AdSK 9/2 737
AdSK 9/3 737
AdSK 10/1 737
AdSK 10/3 737
AdSK 12 657
AdSK 12/1 737
AdSK 12/2 739
AdSK 12/3 739
AdSK 13/a 739
AdSK Geçici 2/3 739

Kabahatler Kanunu

Kabahatler Kanunu 2 62
Kabahatler Kanunu 3 62
Kabahatler Kanunu 4/1 63
Kabahatler Kanunu 4/2 26
Kabahatler Kanunu 5/1 ..... 63, 77
Kabahatler Kanunu 6 ..... 63, 101
Kabahatler Kanunu 9 63
Kabahatler Kanunu 11/1 ..... 63, 387, 390
Kabahatler Kanunu 11/2 395
Kabahatler Kanunu 13 ..... 63, 483
Kabahatler Kanunu 14 528
Kabahatler Kanunu 14/1 64
Kabahatler Kanunu 15/1 278
Kabahatler Kanunu 15/3 ..... 623, 637
Kabahatler Kanunu 18 64
Kabahatler Kanunu 20 729
Kabahatler Kanunu 20/1 730
Kabahatler Kanunu 20/3 730
Kabahatler Kanunu 20/4 730
Kabahatler Kanunu 20/5 730
Kabahatler Kanunu 21/1 730
Kabahatler Kanunu 21/2 730
Kabahatler Kanunu 21/3 730
Kabahatler Kanunu 21/4 730
Kabahatler Kanunu 21/5 730
Kabahatler Kanunu 22 64
Kabahatler Kanunu 24 64
Kabahatler Kanunu 27 64
Kabahatler Kanunu 43/a 137

Terörle Mücadele Kanunu

TMK 5 391
TMK 7 146
TMK 7/b 146
TMK 7/2 108
TMK 8 138
TMK 17/2 734
TMK 17/3 734
TMK 17/4 734

Türk Medeni Kanunu

TMK 185 21
TMK 185/3 171
TMK 186 21
TMK 324 20
TMK 327 20
TMK 335 20
TMK 336/1 118
TMK 340 20
TMK 341 20
TMK 345 20
TMK 355 20
TMK 356 20
TMK 364 21
TMK 426 124

KAVRAMLAR DİZİNİ

A

Actio Liberae In Causa · 397
Adli Kontrol · 389, 712
Adli Para Cezası · 55, 72, 91, 93, 94, 267, 643, 652, 654, 656, 657, 661, 662, 663, 664, 689, 692, 696, 704, 707, 717, 728, 731
Adli Sicil · 56, 58, 62, 657
AIDS · 499
Aile Düzeni · 373
Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri · 685
Akıl Hastalığı · 393
Akıl Hastası · 35, 331, 418, 563, 678, 685
Algılama Yeteneği · 372, 383, 394
Alkol · 396, 397, 398, 666, 694, 712
Altsoy · 35, 142, 572
Amaç · 301
Ani Kast · 233
Ani Suç · 82, 85, 178, 179, 180
Anlama ve İsteme Kabiliyeti · 382, 383, 393
Arama · 108, 312
Askeri Suç · 692
Asli İştirak · 553
Asli-Yardımcı Norm Ilişkisi · 634
Aynı Neviden Fikri Içtima · 615
Aynı Suç İşleme Kararı · 599, 605, 606, 607, 612
Aynı Suç İşleme Kararı · 83
Aynı Suçun Birden Fazla Kişiye Karşı Tek Bir Fiille İşlenmesi · 613
Azmettiren · 526, 527, 538, 539, 547, 549, 550, 551, 552, 558, 566, 568, 573, 583, 636
Azmettirme · 565
Azmettirmeye Azmettirme · 571

B

Bağışlanabilir Yanılgı · 467
Bağlılık Prensibi · 547, 553
Beklenebilirlik · 427
Belirlilik · 15, 304
Bileşik Suç · 184, 185, 591, 592, 593, 594, 603, 630, 633, 637
Bilinçli Taksir · 223, 236, 262, 263, 267, 273, 648, 706
Bilinçli-Bilinçsiz Taksir Ayrımı · 262
Bilinçsiz Taksir · 262, 263, 415
Bilme ve Isteme · 224
Birden Çok Evlilik · 179, 721

C

Ceza Sorumluluğu · 3, 137, 156, 383, 385, 386, 387, 391, 398, 424, 429, 441, 450, 458, 459, 463, 465, 693
Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi · 36
Ceza Zamanaşımı · 109, 390, 657, 688, 714
Cezalandırılabilme Şartları · 300
Cezaların Hesaplanması · 696, 702
Cezaların Içtimaı · 713
Cinsel Özgürlük · 341, 370, 609
Cinsel Saldırı · 115, 116, 130, 452, 512, 516, 526, 531, 550, 556, 594
Cumhurbaşkanı · 106

Ç

Çifte Nedensellik · 191
Çocuk · 138, 172, 338, 372, 386, 387, 388, 389, 417, 573, 678, 721
Çocuk Mahkemesi · 389
Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri · 684
Çok Failli Suçlar · 525

D

Dava Zamanaşımı · 181, 389, 657, 688, 714, 720, 722, 725
Davranışlarını Yönlendirme Yeteneği · 382, 383, 387, 388, 393, 394, 396, 399, 685
Denetim Süresi · 659

Denetimli Serbestlik · 687, 691
Dikkatsizlik · 254, 258, 261, 451
Disiplin Suçları · 55
Doğal Olaylar · 411
Doğrudan Fail · 560
Doğrudan Kast · 229, 234, 239
Dolandırıcılık · 85, 116, 516, 567, 600, 682, 693
Dolaylı Fail · 552, 553, 563, 564, 573
Düşünce Suçu · 145

E

Eğitim Hakkı · 350, 353
Elem · 429, 435, 438, 439, 442
Elverişli Hareket · 483, 485, 496, 520, 523
Elverişsiz Teşebbüs · 519
Emir · 169, 401, 402, 403, 404
Erteleme · 80, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 671, 717
Ertelemede Bölünmezlik · 658
Ertelemenin Şarta Bağlanması · 659
Evrensellik Sistemi · 94

F

Fail Ceza Hukuku · 152, 221
Faile Göre Şahsilik · 90
Fârik ve Mümeyyiz · 383, 387
Fiil · 145
Fiil Ceza Hukuku · 152, 221
Fiil Kusuru · 35
Fiili Yanılma · 132, 449, 450, 455, 542, 551
Fikri İçtima · 185, 472, 473, 474, 475, 535, 591, 603, 615, 616, 620, 621, 627, 630, 635
Fil Hal · 322, 325, 326, 327, 347, 412, 422
Fuhuş · 94, 370

G

Garantör · 171, 232, 416, 531, 556, 636, 640
Garantörlük · 167, 168, 169, 170, 531, 639
Garantörsel İhmali Suçlar · 83, 165, 167, 505, 556
Gazetecilik Mesleğinin İcrası · 356
Geçici Nedenler · 396
Geçici veya Süreli Ceza Kanunlar · 73
Geçmişe Yürümezlik · 71
Genel Af · 717
Genel Önleme · 2, 14, 407
Geri Vermede Özellik İlkesi · 104
Geri Vermede Usul · 104
Geri Vermenin Mümkün Olmadığı Haller · 103
Gizli Soruşturmacı · 583
Gönüllü Vazgeçme · 495, 508, 511, 516, 538, 539, 540
Görev Suçları · 91, 92, 122
Görünüşte İçtima · 632
Güvenlik Tedbirleri · 1, 2, 13, 33, 76, 80, 385, 387, 643, 654, 665, 666, 684, 685, 690, 693, 694, 716, 734

H

Hakaret · 25, 85, 115, 116, 122, 124, 174, 307, 317, 318, 353, 354, 358, 363, 369, 431, 438, 504, 602, 616, 716
Hakkın Kullanılması · 350
Haksız Tahrik · 428, 441
Hapis Cezaları · 644
Hapis Cezasının Ertelenmesi · 653
Hareket · 151
Hareketsiz Suç Olmaz · 152
Hata · 116, 118, 450, 467
Hayal Suç · 131
Hayvan · 154, 260, 324, 411, 420, 437
Hırsızlık · 85, 114, 116, 118, 130, 132, 141, 185, 217, 225, 233, 409, 413, 439, 451, 492, 501, 512, 536, 543, 550, 551, 567, 568, 592, 594, 600, 603, 607, 609, 622
Hileli Evlenme · 721
Hukuka Aykırılık Karinesi · 384
Hukuka Uygunluk Sebepleri · 144, 303, 304, 305, 309, 380, 441, 450
Hukuki Yanılma · 132, 449, 467, 468
Hükümlünün Ölümü · 715
Hürriyet · 116, 369, 422, 621, 710

İ

İcra Başlangıcı · 495

İcra Hareketi · 83, 86, 477, 489, 490, 491, 530, 601
İçtihadı Birleştirme Kararı · 80
İçtima · 73, 174, 184, 232, 472, 474, 590, 591, 627, 630, 632
Iftira · 239, 354, 518, 564, 602, 643, 722
İhaleye Fesat Karıştırma · 682
İhmal Suretiyle Yardım · 575
İhmali Hareket · 162, 166, 169, 258, 531, 640
İhmali Suç · 162, 163, 165, 167, 168, 169, 215, 258, 427, 504, 505, 553, 556, 636, 639
Ikame Yargı Sistemi · 93
İlgilinin Rızası · 310, 363, 366, 373
Infaz Rejimi · 74, 75, 76, 687, 690, 691
Insan · 151, 156, 173, 218, 225, 324, 347, 411, 420, 437, 708
Insan Hareketleri · 411
İnternet · 85
Iradi · 151, 154, 157, 158, 161, 162, 254, 255, 258, 397, 398, 415
Isnat Kabiliyeti · 35, 155, 381, 382, 383, 384, 385, 387, 391, 392, 393, 394, 396, 397, 398
İsnat Yeteneği · 73, 182, 382, 383, 385, 392, 437
Işkence · 94, 95, 138, 155, 558, 593, 611, 612
Işlenemez Suç · 519
Iştirak · 118, 178, 181, 194, 270, 309, 388, 476, 526, 527, 528, 530, 534, 535, 538, 552, 581, 583, 680, 706, 725
İtiyadi Suçlu · 686
Izin · 121, 353, 355, 385, 576, 644, 694, 723, 725
Izin · 78, 644, 694, 723, 725

K

Kaçakçılık · 682
Kalkışma Suç Tipleri · 176
Kamu Davası · 108, 109, 121, 389, 390, 518, 657, 714, 715, 717, 722, 731, 732
Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi · 390
Kamu Görevlisi · 116, 138, 302, 369, 518, 525, 558, 708
Kanun Hükmünü İcra · 310
Kanun Önünde Eşitlik Ilkesi · 35
Kanuni Unsur (Tipiklik) ve Hukuka Aykırılık İlişkisi · 143
Kanunilik · 6, 11, 13, 25, 54, 55, 56, 478
Kanunların Içtimaı · 632
Kara Para Aklama · 682
Karma Uygulama · 73
Kast · 35, 174, 177, 218, 222, 223, 224, 225, 229, 232, 234, 235, 236, 238, 248, 250, 253, 254, 255, 267, 301, 441, 446, 450, 453, 457, 467, 469, 503, 594, 622, 640, 697
Kastın Aranacağı Zaman · 232
Kastın Unsurları · 224
Kaza · 157, 158, 218, 222, 254, 261, 262, 268, 422
Kaza ve Tesadüf · 218
Kelepçe · 389
Kesintisiz Suç · 82, 86, 174, 185, 502, 721
Kesintisiz Suç ile Diğer Suçlar Arasındaki Farklar · 179
Kışkırtıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu · 582
Kıyas Yasağı · 12, 29, 54, 304
Kişisel Veriler · 418, 627
Konut Dokunulmazlığını İhlal · 116, 185, 232, 313, 369, 516, 592, 603
Korkutma · 157, 400, 423, 429
Koruma (Savunma) Sistemi · 93
Koruyucu ve Destekleyici Tedbir · 386, 390
Koşullu Salıverilme · 74, 75, 80, 390, 644, 656, 664, 671, 688, 690, 695, 713, 728, 733, 734, 735, 736
Kovuşturma Şartları · 78, 115
Kovuşturma Yasağı · 107, 122, 125
Kuruntu Suç · 131
Kusur İlkesi · 35, 36
Kusur Yeteneği · 35, 154, 381, 382, 384, 385, 394, 396, 563, 573
Kusur Yeteneğini Etkileyen Sebepler · 384
Kusurluluğu Etkileyen Sebepler · 399
Kusurluluğu Kaldıran Sebepler · 305, 441
Kusurluluk · 463

Kusuru Etkileyen Sebepler · 381
Kuvvetlendirme · 566, 570, 577

M

Maddi Yardım · 575
Mağdura Göre Şahsilik · 92
Mağdurun Ölümü · 716
Mahsup · 710
Mahsus Suç · 138
Malvarlığı · 321, 347, 369, 636
Manevi Unsur · 217, 546, 598
Manevi Yardım · 576
Mesafe Suçları · 85
Meşru Müdafaa · 304, 307, 308, 319, 324, 332, 403, 414, 417, 420, 422, 439, 442, 445, 473
Meşru Savunma · 182, 420, 432
Muhtemel Kast · 235, 267, 290
Mücbir Sebep · 156, 442, 443
Müdafaa · 308, 324, 331, 332, 353, 422, 447
Mükerrer Değerlendirme Yasağı · 701
Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejimi · 690
Mülkilik Sistemi · 88
Müşterek Fail · 527, 528, 552, 553, 554, 555, 557, 575, 577

N

Ne Bis In Idem · 59
Nedensellik Bağı · 173, 174, 186, 188, 190, 191, 199, 220, 225, 248, 255, 262, 270, 271, 272, 438, 458, 536, 538, 544
Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar · 35, 177, 223, 276, 296, 431, 503, 635
Neticesi Harekete Bitişik Suç · 174
Neticesi Harekete Bitişik Suçlar ·85, 174, 504
Neticesi Hareketten Ayrılabilen Suç · 174
Nitelikli Haller · 141
Nitelikli Hallerin Şeriklere Etkisi · 578
Nulla Poena Sine Culpa · 35

O

Objektif Sorumluluk · 296
Objektif Sorumluluk · 35
Olası Kast · 223, 235, 236, 248, 612, 706
Oran · 336, 340, 421
Orantı · 338, 417, 419, 439
Orantılılık İlkesi · 33

Ö

Öldürme · 33, 35, 141, 142, 150, 158, 162, 168, 173, 175, 178, 196, 217, 224, 225, 228, 229, 232, 234, 248, 254, 258, 285, 290, 301, 307, 348, 374, 417, 431, 451, 484, 485, 499, 504, 535, 543, 545, 593, 611, 616, 622, 627, 634, 638, 640, 693
Ön Ödeme · 56, 657, 688, 731
Ön Şartlar · 144
Öngelen Tehlikeli Eylem · 172
Öngörebilme · 261
Öngörme · 224
Öngörülebilir · 218, 254, 258, 259, 261, 262, 290
Örf ve Adet · 12, 24, 25, 304
Örgüt · 150, 179, 518, 633, 686, 691
Örgüt Mensubu Suçlu · 686
Özel Af · 717
Özel Ceza Kanunları · 6, 7, 8, 656
Özel Normun Önceliği İlkesi · 633
Özel Önleme · 2, 55, 407
Özel Tehlikeli Suçlular · 686
Özel Zorunluluk Halleri · 409
Özel-Genel Norm İlişkisi · 633
Özen Görevi · 254, 257, 258

R

Rızanın Konusu · 368
Rüşvet · 138, 518, 525, 599

S

Saf Ihmali Suçlar · 83, 165, 167, 504
Sağır ve Dilsizlik · 392
Saik · 301, 302
Saldırı · 116, 322, 324, 326, 327, 330, 331, 333, 336, 340, 346, 347, 348, 417, 420, 421, 422, 442
Saldırının Fil Hal Olması · 325
Sanığın Ölümü · 715
Sarhoşluk · 397, 398

Savunma Dokunulmazlığı · 353
Seçenek Yaptırım · 56, 389, 391, 645, 648, 652
Sınır Dışı · 61, 102,694, 695
Sınırın Kasten Aşılması · 442, 445, 446
Sınırın Taksirle Aşılması · 442
Siyasi Suç · 103
Sorumsuzluk · 107, 124, 125
Sorumsuzluk Nedeni · 400
Spor Faaliyetleri · 355
Suç · 113
Suç Genel Teorisi · 113
Suçluların Çokluğu · 525
Suçtan Önceki Hale Getirme · 647, 659
Suçu Meslek Edinen Kimseler · 686
Suçun Basit Şekli · 140
Suçun İşlendiği Zaman · 70, 82, 83, 174, 697
Suçun Kanuni Unsuru · 128

Ş

Şahsilik Sistemi · 90
Şeref · 358, 369, 608
Şikâyet · 115, 116, 123, 124, 181, 311, 317
Şikâyet · 78, 91, 716, 730, 731
Şikâyetin Özellikleri · 116
Şikâyetin Sirayeti · 118
Şikâyetten Feragat · 119, 120, 730
Şikâyetten Vazgeçme · 118, 119, 120, 657, 730, 731
Şüpheden Özgürlük Yararlanır İlkesi · 38
Şüpheden Sanık Yararlanır · 480

T

Takdiri İndirim Nedenleri · 707
Taksir · 35, 158, 174, 218, 222, 223, 253, 254, 255, 262, 285, 290, 296, 415, 454, 472, 537, 546, 623, 640, 652
Taksirin Unsurları · 256
Taksirli Suçlarda Ceza Verilmemesi Durumu · 273
Talep · 55, 78, 102, 121, 272, 372, 735
Tasarlama · 234
Tazmin · 346, 518, 647, 659
Tazminat · 54, 55, 125, 346, 400, 420, 421, 422, 710, 715, 727, 729
Tedip Hakkı · 351, 458
Tehdit · 116, 130, 150, 157, 185, 354, 400, 407, 423, 425, 429, 485, 501, 593, 628
Tehlike · 76, 150, 175, 176, 258, 290, 350, 407, 409, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 420, 463, 497, 635, 636, 685
Tekerrür · 390, 658, 661, 666, 686, 688, 689, 690, 691, 692, 717, 729, 735
Tekerrürün Şartları · 687
Terk ·90, 177, 289, 415, 433
Teşebbüs · 54, 83, 174, 176, 197, 199, 248, 262, 387, 465, 467, 472, 473, 476, 477, 478, 479, 482, 483, 485, 491, 494, 495, 497, 499, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 519, 530, 536, 537, 538, 545, 547, 561, 611, 612, 635, 706, 721
Teşebbüs Suçları · 176
Teşvik · 146, 150, 507, 530, 534, 566, 570, 577
Tipiklik · 114, 127, 128, 130, 131, 132, 143, 144, 167, 477
Tutuklama · 312, 389, 710, 725
Tüketen-Tüketilen Norm İlişkisi · 637
Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri · 693

U

Unsurların Dışında Kalan Hususlar · 115
Uyuşturucu Madde · 323, 396, 397, 398
Uzlaşma · 541

Ü

Ülke · 88, 89, 90, 100, 101, 102, 319
Üstsoy · 35, 142, 572, 716

V

Vaat · 577
Varsayılan Nedensellik · 186, 200
Varsayılan Rıza · 374
Vazgeçmenin Nedensellik Bağına Etkisi · 538
Vücut Bütünlüğü · 320, 372, 421, 422

W

Weber Kastı · 248

Y

Yabancı Hükümetin Talebi · 122
Yabancı Ülke Kanununun Göz Önünde Bulundurulması · 100
Yabancıların Geri Verilmesi · 102
Yakalama Emri · 312
Yaptırım · 641
Yaralama · 82, 85, 115, 116, 142, 154, 177, 180, 182, 184, 224, 232, 233, 267, 283, 285, 347, 348, 355, 372, 387, 431, 456, 478, 549, 554, 593, 611, 616, 622, 624, 627, 637, 640, 693
Yardım Eden · 527, 528, 537, 538, 539, 540, 542, 543, 547, 558, 574, 576, 581
Yardım Etme · 574
Yardımcı Normun Sonralığı İlkesi · 634
Yasama Dokunulmazlığı · 107, 109, 124
Yaş · 182, 364, 384, 387, 393, 655, 706
Yaşama Hakkı · 341, 348, 371
Yol Gösterme · 577

Z

Zabıta Suçları · 61
Zamanaşımı · 59, 74, 121, 174, 178, 181, 720, 721, 728
Zarar Suçu · 175, 176, 290, 635, 636
Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı · 496, 697
Zimmet · 610
Zincirleme Suç · 83, 86, 179, 181, 184, 185, 501, 597, 599, 600, 601, 602, 603, 605, 607, 609, 610, 611, 612, 630, 706, 721
Zincirleme Suçun Kabul Edilemeyeceği Suçlar · 611

KAYNAKÇA

- Akbulut, Bernn, "Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, S. 209-296.
- Akbulut, Bernn, Ceza Hukuku Genel Hükümler, S. B, Ankara 2018.
- Akcan, Recep, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988.
- Aksan, Murat, Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2007.
- Aksan, Murat, "Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları", EÜHFD, C. III, Sy. 1, 2008 (Aksan, Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları).
- Akyol, Taha, Türkiye'nin Hukuk Serüveni, Istanbul 2014.
- Akyürek, Güçlü, "Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (2), S.184-202.
- Alacakaptan, Uğur, Işlenemez Suç (Alacakaptan, İşlenemez Suç).
- Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurlan.
- Algan, Bülent, The Brand New Version of Article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey, German Law Journal, Vol. 09, no. 12, 2008, S. 2237-2252.
- Allen, Michael, Criminal Law, 9. B., New York 2007.
- Alparslan/Hergüner/Kaledelen/Ökten (editörler), Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi, http://www.uscourts.gov/library/turkish.pdf (erişim tarihi, 30.11.2008).
- Alpmann/Schmidt, Strafrecht AT 1.
- Arslan, Çetin, "Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi", AÜHFD 2007, S. 4, s. 1-53 (Arslan, YGHV).
- Arslan, Çetin, "Yasama Dokunulmazlığının Zamanaşımına Etkisi", AÜHFD 2008, S. 1, s. 35-93 (Arslan, Yasama Dokunulmazlığı).
- Artuk, Mehmet Emin, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Temel Ilkeleri", Hukuk ve Adalet, Nisan 2005 (Artuk, Yeni).
- Artuk, Mehmet Emin, Suç Genel Teorisi, Ceza Hukuku El Kitabı, Istanbul 1989.
- Artuk/Gökcen/Yenidünya: Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002; 3. B., Ankara 2007; 4.B., Ankara 2009; 6. B., Ankara 2012.
- Avcı, Mustafa, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004 (Avcı, Türk Ceza Kanunu).
- Avcı, Mustafa. Osmanlı Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Konya 2010 (Avcı, Genel Hükümler).
- Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya 2008 (Avcı, Osmanlı).

- Avcı, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.
- Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.
- Aydın, Murat, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları, Ankara 2012.
- Aygörmez, Gülsün Ayhan, Fahrlässigkeit und Schuld bei erfolgsqualifizierten Delikten, Dissertation, Hamburg 2012.
- Baumann/Weber, Strafrecht AT, 9. B., Bielefeld 1985.
- Bekar, Elif, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara 2013.
- Bekar, Elif, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Istanbul 2017 (Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları).
- Belgesay, M.Reşit, Ceza ve Hukuk Mesuliyeti, İstanbul 1953.
- Bilgen, Hülya, "Karşılaştırmalı Hukukta Genetik Teşhislere İlişkin Hukuki Düzenlemeler", TıpHD, C.2, S. 4, Ekim 2013, s. 69-101.
- Bockelmann, Paul, Strafrecht, AT, 3. B., Münih 1979.
- Braunschneider, Strafrecht AT, 4. B., 1992.
- Brown, David/Farrier, David/McNamara, Luke/Steel, Alex/Grewcock, Michael/Quilter, Julia/Schwartz, Melanie, Criminal Laws, Materials and commentary on Criminal Law and Process of New South Wales, 6. Baskı, Sydney 2015 (atıflar Brown ve diğerleri şeklinde yapılmıştır).
- Cengiz, Recep, "Kan Davasının Toplumsal Değer ve Normlar Açısından Sosyolojik Görünümü; Tokat/Erbaa Örneği", Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Editörler: Atalay/Uluğ/Atak, AKADER Yayını, Diyarbakır 2003, s. 62.
- Centel, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., İstanbul 2005; 5.B., İstanbul 2008.
- Çetin, Erol, Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. B., Ankara 2003.
- Çınar, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara 2005.
- Demir, Abdullah, Şeyhülislam Ebussud Efendi, Devlet-i Aliyye'nin Büyük Hukukçusu, İstanbul 2006.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Ankara 2005; 4. B., Ankara 2006; 5. B., Ankara 2007; 6.B., Ankara 2009.
- Demirel, Muhammed, Suça Iştirakte Bağlılık Kuralı, İstanbul 2017.
- Demren Dönmez, Burcu, Ceza Hukukunda Alternatif Kusur Şekilleri, İzmir 2012.
- Doğan, Ilyas, Devletler Hukuku, Ankara 2008.
- Doğan, Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011 (Doğan, Koray)
- Doğru, Osman, Insan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, İstanbul 2002.
- Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Istanbul 2007.

- Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. B., Istanbul 2001.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I: 12. B., İstanbul 1997; C. II, 12. B. İstanbul 1999; C. III, 11. B., Istanbul 1994.
- Dönmezer, Sulhi, Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki,IÜHFM C VIII 1942.
- Dressler, Joshua, Cases and Materials on Criminal Law, 4. B., St. Paul 2007.
- Dutertre, Gilles, Avrupa Insan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Avrupa Konseyi, Ankara 2007.
- Dülger, Ibrahim, ""Yeni Türk Ceza Kanunu Sistemi Içensinde Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap, Ankara 2005, s. 153-163 (Dülger, Cinsel).
- Dülger, İbrahim, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Konya 2009.
- Ekici-Şahin, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.
- Ekici Şahin, Meral, İştirak Halinde Işlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 64, s. 637- 686 (Ekici-Şahin, İştirak).
- Erbaş, Rahime, "Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK 210/2)", İÜHFM, C.LXXI, S.1, s. 331-352.
- Erdağ, Ali İhsan, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç, Ankara 2011.
- Erdem, Mustafa, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, HPD Aralık 2005, S. 5, s. 204-215.
- Erdem, Mustafa Ruhan, "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009 (Erdem, Netice Yüzünden).
- Erem, Faruk, "Kasdın Aşılması", YD, Temmuz 1983, s. 253-260.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. B., Ankara 1997.
- Erman, Sahir, Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1989.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin, Kamu Idaresine Karşı Işlenen Suçlar, İstanbul 1992 (Erman/Özek, Kamu Idaresine).
- Erman, Sahir/Özek, Çetin, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.
- Ertuğrul, Metin, 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 3. Baskı, Ankara 2004.
- Eryılmaz, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2012.
- Eryılmaz, M.Bedri/Bozlak, Ayhan, "Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", TBBD, S.83, 2009, s. 223-277.
- Esin, Kemal, Uygulamada Adam Öldürme Suçları, Ankara 1989.
- Ferschl, Christine, Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt, Dissertation, Berlin 1999.
- Fletcher, George P., The Grammar of Criminal Law, American, Comparative and International, Volume One: Foundations, Oxford University Press 2007.
- Freund, Georg, Strafrecht AT, Berlin, Heidelberg 1998.

- Fuchs, Helmut, Österreichisches Strafrecht, AT I, 3. B., Wien 1998.
- G.Ü. Raporu: Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.
- Gerçeker, Hasan, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, C.1, Ankara 2014.
- Gökcan, Hasan Tahsin, Ölümle Sonuçlanan Basit Yaralama; Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suç mu? Taksir Görünümünde Objektif Sorumluluk mu? THD, S:26, Y:2008.
- Gölcüklü, Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", SBFD, C. XVIII, Sayı 2, 1963 (Gölcüklü, İdari).
- Gölcüklü, Feyyaz, Ceza Hukuku Ders Notları.
- Gözübüyük, A.Pulat, Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Ankara 1977.
- Gropp, Walter, Strafrecht, AT, 3. B., Berlin Heidelberg New York 2005.
- Grünwald, Gerald, "Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts", Beitrage zur gesamten Strafrechtswissenschaft, FS für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, s. 281-303.
- Gülşen, Recep, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Ankara 2007 (Gülşen, Ceza).
- Gülşen, Recep, Hürriyeti Tahdit Suçları (TCK m. 179-187), Adalet Yayınevi, Ankara 2002.
- Gülşen, Recep, TCK Tasarısı'nda Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Cebir, Şiddet, Korkutma, Tehdit, HPD, S. 2, Sonbahar 2004 (Gülşen, HPD).
- Hafızoğulları, Zeki, "5237 s. Türk Ceza Kanunu'nda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm, erişim tarihi, 02.06.2008 (Hafızoğulları, Davanın ve Cezanın Düşürülmesi).
- Hafızoğulları, Zeki, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1987.
- Hafızoğulları, Zeki, Kişilik Hakları, AÜHFD, 1997, S. 1-4 (Hafızoğulları, Kişilik Hakları).
- Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.B., Ankara 2010.
- Hakeri, Hakan, "Alman Ceza Hukuku'nda Müteselsil Suç", KHukA, 3 (1999), s. 240-263 (Hakeri, Müteselsil Suç).
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003 (Hakeri, İhmal).
- Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, 2. B., Ankara 2007 (Hakeri, Kasten Öldürme Suçları).
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, TBBD, S. 69, Mart-Nisan 2007.
- Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Hukuku, Ankara 2005 (Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku).
- Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012; 13.B., Ankara 2018; 16. B., Ankara 2019 (Hakeri, Tıp Hukuku).
- Hakeri, Hakan, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004 (Hakeri, Türk Ceza Kanunu Reformu).

- Hakeri, Hakan, Türk Ceza Hukuku'nun Tarihçesi ve Türk Ceza Hukuku Dogmatiğine Yabancı Hukukun Etkileri, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.I, (Hilgendorf/Ünver), İstanbul 2010, s. 89-120.
- Hakeri, Hakan/Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları, 4. B., Konya 2009.
- Hakeri, Hakan/Gülşen, Recep, "Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Sayı: 1-2, s. 41-71.
- Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler, 2. Baskı, Ankara 2008.
- Heinrich, Bernd, Strafrecht, AT I, 2. B., Stuttgart 2010; 4. B., Stuttgart 2014.
- Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku, Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver, Ankara 2014 (Heinrich (Ed. Ünver)).
- İçel Kayıhan, Suçların İçtiması, İstanbul 1972.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Istanbul 2014 (İçel Genel Hükümler).
- İçel Kayıhan/Evik, A.Hakan Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. B., Istanbul 2007.
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, Istanbul 1967 (İçel, Taksir).
- İçel, Kayıhan, Fikri İçtima Üzerinde Bir Inceleme, IHFM, C. XXX, S. 1-2'den ayrı bası, İstanbul 1964 (İçel, Fikri İçtima).
- İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. B., İstanbul 1999.
- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. B., Istanbul 2000 (İçel, Suç Teorisi).
- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, Istanbul 2000 (İçel, Yaptırım Teorisi).
- İskender, Salih Zeki, "Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi", Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2009, C.35, S.1-2, s. 5-60.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. B., Berlin 1988.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. B., Berlin 1996.
- Joecks, Wolfgang, Studienkommentar StGB, 5. B., Münih 2004.
- Kangal, Zeynel T., Yeni Türk Ceza Hukuku'nda Tüzel Kişiler, HPD, Temmuz 2006, s. 85-90 (Kangal, YTCK Tüzel Kişiler).
- Kangal, Zeynel T., Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010.
- Kangal, Zeynel T., Kabahatler Hukuku, İstanbul 2011 (Kangal, Kabahatler).
- Kangal, Zeynel T., Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Objektif ve Sübjektif İsnadiyet, Istanbul 2013 (Kangal, İsnadiyet).
- Karakehya, Hakan, Iradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Ankara 2010.

- Kartal, Melik, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, Istanbul 2019.
- Kayançiçek, Murat, Şerefe Karşı Suçlar, Ankara 2008.
- Kaymaz, Seydi, Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu), Ankara 2009.
- Kaymaz, Seydi/Bozbayındır, Ali Emrah, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", İÜHFM 2010, C. LXVIII, S. 1-2, s. 77-119.
- Kaymaz, Seydi, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.2, Nisan 2012, s. 117-149.
- Keklik, Ramazan, Özel Hayatın Gizliliğini Ihlal Suçları, Ankara 2012.
- Keskin, Kadri, Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara 1994.
- Keskin-Kiziroğlu, Serap, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kasten Yaralama Suçu", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009.
- Kılıçarslan-Isfen, Sibel, Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, Ankara 2013.
- Koca, Mahmut, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", CHD Ekim 2006, s. 111-143 (Koca, YTCK).
- Koca, Mahmut, TCK'da İntihara Ikna ve Yardım Suçu (TCK m. 454), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008; 2.Baskı, Ankara 2009; 3.Baskı, Ankara 2010; 4. Baskı, Ankara 2011; 5. Baskı, Ankara 2012.
- Koca, Mahmut, "6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler", Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Şahin/Özgenç/Üzülmez), 2. Bası, Ankara 2012.
- Kunter, Nurullah, Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi, IÜHFM 1948, s. 359-379 (Kunter, Fikri İçtima).
- Kunter, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954.
- Kunter, Nurullah, Şikâyetin Mevzuu, İHFM 1950, 1-2 (Kunter, Şikâyet).
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. B., Istanbul 2000.
- Kühl, K., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. B., München 2002; 5. B., München 2005.
- Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. B., München 2001.
- Lampe, Ernst-Joachim, "Zum Verhältnis von Handlungsrecht und Handlungspflicht im Strafrecht", FS für Lenckner, München 1998, s. 159-177.
- Laufs, Adolf, Arztrecht, 5. B., München 1993.
- Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. B., München 2002.
- LK:Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11. B., Berlin 2003.
- Mahmutoğlu, Fatih, S., "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri", Hukuk ve Adalet, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2005.

- Majno, Ceza Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1977.
- Malkoç, Ismail/Güler, Mahmut, Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler, I, Ankara 1996.
- Munday, Roderick, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi" (çev. Zeynel T. Kangal), İÜHFM, C. LXI, S. 1-2, Yıl:2003, s. 441-464.
- Okay, Sadık/Aslan, Bedri, Adam Öldürmenin Nevileri, AD 1949, N. 12.
- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Berlin, New York 1976.
- Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I: Istanbul 1991; C. II: Istanbul 1989; C. III, Istanbul 1989.
- Önder, Ayhan, Mütemadi Suç, İHFM, 1963, S. 1-2, s. 75-120 (Önder, Mütemadi).
- Önder, Ayhan/Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş ve Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Gözden Geçirilmiş 3.Baskı (Yayınlanmamış).
- Özbay, Feyzan, "Ingiltere ve Türkiye'de Psikiyatri Hastalarına Uygulanan Zorunlu Tedavinin Hukuken Karşılaştırılması", TıpHD, C. 2, S. 3, s. 75-104.
- Özbek, Veli Özer, TCK Izmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. I, 3. B., Ankara 2006; C.II, Ankara 2008; 4.B., Ankara 2010.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010; 7.B., Ankara 2016.
- Özbek, Veli Özer, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", CHD 2007, Yıl:2, S. 4, s. 223-246 (Özbek, Neticesi).
- Özek, Çetin, Türk Basın Hukuku, Istanbul 1978.
- Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.
- Özen, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998 (Özen, Objektif Sorumluluk).
- Özen, Muharrem/Tozman, Önder, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, Yıl 3, Sayı 10.
- Özen, Mustafa, Suçların İçtiması (Bileşik Suç – Zincirleme Suç –Fikri Içtima), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2008.
- Özen, Mustafa, Ceza Hukukunda Fikri Içtima, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, Kasım – Aralık 2007 (Özen, Ceza Hukukunda Fikri İçtima).
- Özen, Mustafa, Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi, TBB Dergisi, Sayı 75, Mart Nisan 2008 (Özen, Hakaret).
- Özen, Mustafa, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.15, S.1-2, 2009 (Özen, Cezanın).
- Özen, Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Suça Teşebbüs Kurumu, HPD Temmuz 2006 (Özen, Teşebbüs).
- Özen, Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Ankara 2010 (Özen, İrtikap ve Rüşvet).
- Özenbaş, Nazmiye, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Ankara 2012.

- Özenbaş, Nazmiye, "Tarihi Süreç İçerisinde Avusturya Ceza Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.II, Ankara 2015, s. 913-952 (Özenbaş, Tarihi).
- Özgenç, İzzet, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004 (Özgenç, Gerekçeli).
- Özgenç, Izzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996 (Özgenç, İştirak).
- Özgenç, Izzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. B., Ankara 2007; 3. B., Ankara 2008; 4.B., Ankara 2009; 5.B., Ankara 2010; 7. B., Ankara 2012; 9. B., Ankara 2013; 10.B., Ankara 2014; 14. B., Ankara 2018.
- Özgenç, Izzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005 (Özgenç, Gazi Şerhi).
- Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. B., Ankara 2001.
- Özkan, Halid, Ceza Hukukunda Azmettirme, Ankara 2013.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. B., Ankara 2001.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 16. B., Ankara 2016.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara 2007.
- Polatcan, Askeri Ceza Kanunu.
- Quilter, Julia, "One-punch las, mandatory minimums and "alcohol-fuelled" as an aggravating factor: Implications for NSW criminal law", International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, 81, S. 81-86.
- Rehbinder, Manfred, Hukuk Sosyolojisi (Çev. İlyas Doğan/Hilal Kafkas), 2. Baskı, Ankara 2019.
- Reidy, Aisling, İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.6, 2.B., Ankara 2003.
- Richter, H.P., Juristische Grundkurse, 2. C., Strafrecht AT I, Kiel.
- Roxin, Claus, "Der Anfang des beendeten Versuchs – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten", Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, s. 213-233 (Roxin, Der Anfang).
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.I, München 1992; 4.B., München 2006
- Roxin, Claus/İsfen, Osman, "Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches", GA 2005.
- S/S-Yazar: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. B., München 2001; 27.B., München 2006.
- Sancar, Mithat, Temel Hakların Yorumu, Ankara 1995. (Sancar, Temel).
- Sancar, Türkan, Müteselsil Suç, Ankara 1995.
- Savaş, Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007.
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. I, 3. B., Ankara 1999.

- Schlehofer, Horst, Vorsatz und Tatabweichung, Köln, Berlin, Bonn, München 1996.
- Schmalleger, Frank, Criminal Justice Today, 6.Baskı, New Jersey, tarih yok.
- Schmidt, Rolf, Strafrecht, AT, 2.B., Grasberg 2003.
- Schmitt, A., Untersuchungen zu Wesen und Anwendungsbereich des §16 StGB, Freiburg i.Br.
- SK-Yazar, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. B.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1998; 3. B., Ankara 2005.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. B., Ankara 2005 (Soyaslan, Özel Hükümler).
- Soyaslan, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994 (Soyaslan, Teşebbüs Suçu).
- Soyaslan, Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara 1990 (Soyaslan, Yürütme).
- Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, Istanbul 1994.
- Stratenwerth, Günter, Strafrecht, AT I, 2. B., Köln, Berlin, Bonn, München 1976; 4.B., Köln, Berlin, Bonn, München 2000.
- Şare, Ersin, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", *TBB Dergisi*, 130, s. 119-156.
- Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I (md.1-140), İstanbul 2006.
- Tan, Mehmet, TCK Genel Hükümler, II. Cilt, Ankara 2011.
- Taner, Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. Basım, Istanbul 1953.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.B., Ankara 2004.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 2.B., Ankara 2009.
- Topçu, Kemal, Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı), Ankara 2013.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2005; Ankara 2009 (Toroslu, Ceza Hukuku)
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968 (Toroslu, Zaruret Hali).
- Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
- Toroslu, Nevzat/Ersoy, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.
- Tosun, Öztekin, "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir", IÜHFM C. XXVIII, S. 1, İstanbul 1962.
- Tosun, Öztekin, Müselsel Suçlar, IÜHFM, C. XXII, S. 1-4, s. 124-149 (Tosun, Müselsel Suçlar).
- Tozman, Önder, Suça Teşebbüs, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2008.
- Traeger, Ludwig, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1913.
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, 52. B., München 2004.

- Turhan, Faruk, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (madde 13)", HPD Ağustos 2005, S. 197-211 (Turhan, HPD).
- Turhan, Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, Aralık 2006, s. 27-54 (Turhan, Erteleme).
- Turhan, Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku Dergisi, 2007/4.
- Turhan, Faruk, "Alman Suçluların İadesi Hukukunun Esasları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, Sayı: 3-4, Yıl: 2003, s. 75-113 (Turhan, Alman).
- Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, S. 121-124.
- Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Ekim 2006, s. 37-73 (Ünver, Kusurluluk).
- Ünver, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.
- Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003 (Ünver, Hukuksal Değer).
- Ünver, Yener,"Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu: Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Ankara 2014, s. 13-59 (Ünver, Cinsel Saldırı).
- Ünver, Yener, Türk Ceza Hukuku ve Avrupa, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.1, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010 (Ünver, Avrupa).
- Ünver, Yener, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", Roche Sağlık Hukuku Günleri, C.1 Tebliğler, İstanbul 2007, S. 118-158 (Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu).
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Sorularla Hukuk Dizisi 5, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010; 11.B., Ankara 2016; 12.B., Ankara 2016.
- Üzülmez, İlhan, Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara 2003.
- Üzülmez, Ilhan, Türk Ceza Hukukunda Işkence Suçu, Ankara 2003 (Üzülmez, Işkence).
- Üzülmez, Ilhan, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013 (Üzülmez, Vücut).
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. B., Berlin 1969.
- Werle, Gerhard, "Die allgemeine Straftatlehre insbesondere Der Deliktsaufbau beim vorsaetzlichen Begehungsdelikt", JuS 2001, L33; L41; L49.
- Wessels, Johannes, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 21. B., Heidelberg 1991.
- Wessels, Johannnes/Beulke, Werner, Strafrecht, AT, 40. B., Heidelberg 2010.
- Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı, Gerekçeli, İçtihatlı, Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008.
- Yaşar, Osman, Uygulamada TCK Genel Hükümler, Ankara 2000.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010. 2. Baskı, Ankara 2014.

- Yener, Tatbikatta Ağır Ceza Davaları, Ankara 1994.
- Yenisey, Feridun, Polis Okulu Ders Notları.
- Yerdelen, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (Yerdelen, Cezanın).
- Yerdelen, Erdal, "Çifte Değerlendirme Yasağı (Doppelverwertungsverbot)", SÜHFD, Y. 2012, C. 20, S, 2.
- Yıldırım, Ramazan, Idari Başvurular 2. B., Konya 2006.
- Yıldız, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2007.
- Yokuş-Sevük, Handan, Yeni Ceza Mevzuatında Çocuğa Ilişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, HPD, S. 7 Temmuz 2006.
- Yokuş-Sevük, Handan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBBD, Mart/Nisan 2005, S.57 (Yokuş-Sevük, Cinsel Saldırı).
- Yokuş-Sevük, Handan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007 (Yokuş-Sevük, Uyuşturucu).
- Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985.
- Yücel, Mustafa T., Kriminoloji, Suç ve Ceza, Ankara 1986.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ders Kitabı, İstanbul 2010; 2.Bası, 2011; 3. Bası, 2013.

YARGITAY KARARLARINDA KARAR TARİHİ VE KARAR NUMARASI VERİLMİŞTİR.