

KASTEN ÖLDÜRME SUÇU (TCK. M. 81)

Crime of Murder (Article 81 of Turkish Penal Code)

Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN* - Yrd. Doç Dr. Murat BALCI**

ÖZET

TCK.nun 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme ile ilgili olan çalışmamız; bir suç tipinin incelenmesinde esas alınan bilimsel usuller dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu bağlamda öncelikle 765 sayılı TCK'daki hükümler, korunan hukuki değer ve mukayeseli hukuk incelenmiş daha sonra da yeni TCK.nun esas aldığı suç teorisine göre, inceleme konusu suçun unsurları, suçun özel görünüş şekilleri, kusurluluğu etkileyen haller ve yaptırım konusunda bilgiler verilmiştir.

Anahtar kelimeler: Kasten Öldürme, suç teorisi, suçun unsurları, suçun özel görünüş şekilleri. Kusurluluğu etkileyen haller.

SUMMARY

GİRİŞ

Kasten öldürme, insanlıkla yaşıt bir suçtur. Toplumsal hayatın vazgeçilmez unsuru olan insanın varolması, yaşama hakkının etkin bir şekilde korunması ile mümkün olur. Bir kimse keyfi olarak yaşama hakkından mahrum bırakılırsa diğer tüm temel haklar anlamsız olacaktır. Savaş zamanında ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda bile bu hak esirgenemez¹. Bu sebeple

* Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyesi

** Doğuş Üniv. Hukuk Fak Öğr. Üyesi.

¹ Bkz: **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2006, s.97: **Korff, Douwe**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, 1. Baskı, Kasım 2006, s.6.

ceza kanunları kasten öldürme suçuna yaptırım sisteminde yer alan en ağır cezayı öngörür. Nitekim bu fiil için TCK.nun 81 nci maddesinde, “müebbet hapis cezası” öngörülmüştür. Madde Gerekçesinde; “ (...) 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak, suçun temel şekli açısından müebbet hapis cezası öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, kişinin hayat hakkına verilen önem vurgulanmıştır” denilmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza mevzuatında şüphesiz en önemli değişiklikler Türk Ceza Kanununda gerçekleştirilmiştir. Ceza Kanunundaki en esaslı yenilikler ise Genel Hükümler’in düzenlendiği bölümde yapılmıştır. Gerçekten 765 sayılı TCK., ceza hukuku doktrininde hukuka aykırılığın suçun bir unsuru olarak bilinmediği XIX. yüzyılda, nedensellik bağlantısı merkezli objektif sorumluluk içeren hükümlerin yer aldığı, suçun manevi unsuru ile kusurluluk arasındaki farkın ortaya konulamadığı, kazuistik metodla hazırlanmış ve yaptırım sistemi de döneminin anlayışını yansıtması sebebiyle eskimiş, karmaşık ve öğrenilmesi zor bir özelliğe sahipti.

5237 sayılı TCK. ise, -birkaç hüküm dışında- çağdaş ceza hukuku anlayışını yansıtan, kişi hak ve özgürlüklerini korumayı hedefleyen, sade, kolay anlaşılabilir ve uygulanacak bir tarzda kaleme alınmış ve TBMM.’nde uzlaşma sağlanarak kabul edilmiştir.

Kanunun sağlıklı bir şekilde algılanıp uygulanabilmesi esas aldığı suç teorisinin doğru bir biçimde öğrenilmesi ile mümkün olabilecektir. Makalemiz bu anlayıştan hareketle hazırlanmıştır.

Çalışmamızda teorik açıklamaların yanında uygulamadan örnekler verilerek değerlendirmeler yapılacaktır. Özellikle Yargıtay’ın yeni içtihatları, 5237 Sayılı TCK.nun sistematığı çerçevesinde ele alınacaktır. Kastan öldürme suçunun nitelikli halleri ayrı bir makale konusu yapılacağından burada suçun nitelikli hallerine yer verilmemiştir.

I- GENEL AÇIKLAMALAR, ESKİ VE YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN HÜKÜMLER

Kasten öldürme suçunun temel şekli TCK.nun 81 nci maddesinde; “(1) Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır” tarzında düzenlenmiştir².

Suçun nitelikli halleri ile ilgili olarak 82 nci maddede; “(1) Kasten öldürme suçunun; a) Tasarlayarak, b)Canavarca hisle veya eziyet çektirerek, c)Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle, d)Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı, e)Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, f)Gebe olduğu bilinen kadına karşı, g)Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, h)Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla, i)Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle, j)Kan gütmeye saikiyle, k)Töre saikiyle, işlenmesi hâlinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.

² Suç tipi hakkında bkz: **Hakeri, Hakan**, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006, s.17 vd.; **Hafizoğulları, Zeki -Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010. s. 33 vd.; **Centel, Nur – Zafer, Hamide- Çakmut, Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C:1, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 20 vd.; **Soyaslan**, s.97 vd., **Durmuş, Tezcan -Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008, s. 123.; **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007, s.20 vd.; **Erman, Sahir-Özek, Çetin**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s.4 vd.; **Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998, s. 9 vd. **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, TCK. Şerhi, C:1, Ankara 2009; s.291 vd.; **Öztürk, Bahri -Erdem, Mustafa Ruhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) 5. Bası, Ankara 2007.; **Meran, Necati**, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.29 vd., **Meran, Necati**, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara 2007, s. 370 vd., **Kaymaz, Seydi**, Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu), Ankara 2009, s.3 vd.; **Parlar, Ali - Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 1, Ankara 2007, s. 698; **Erem, Faruk - Toroslu, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 400 vd., **Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açından Türk Ceza Hukuku, Cilt:4, Dördüncü Baskı, Ankara 1993, s. 282 vd., **Otacı, Cengiz**, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Ankara 2009, s. 415 vd., **Günay, Erhan**, Teori ve Uygulamada Olası Kast- Bilinçli Taksir, Öldürme ve Yaralama Kastı Derleme, Ankara 2005, s.99 vd.

İnceleme konumuzu oluşturan suçun temel (basit) şekli, 765 sayılı TCK.nun 448 nci maddesinde; “Her kim, bir kimseyi kasten öldürürse 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur” şeklinde düzenlenmişti. 765 sayılı TCK.nda suçun nitelikli halleri 449³ ve 450⁴. maddelerde yer almaktaydı.

Her iki kanundaki düzenlemeler karşılaştırıldığında, ilk dikkati çeken husus 5237 sayılı TCK.nun suçun temel şeklinde yaptırımın müebbet hapis cezası olarak belirlemiş olmasıdır.

Yukarıda arz edilen maddelerden anlaşılacağı üzere, her iki Kanun arasında suçun nitelikli halleri bakımından da önemli farklılıklar bulunmaktadır. 5237 Sayılı TCK.da suçun töre saikiyle işlenmesi, gebe olduğu bilinen bir kadına karşı işlenmesi, çocuğa veya beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak ilk kez kabul edilmiştir.

765 sayılı TCK.nun 449. maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenen, zehirlenme suretiyle suçun işlenmiş olması, babalık, analık, evlatlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlat, kayın baba, kaynana, damat ve gelinler hakkında işlenmesine 5237 sayılı TCK.da yer verilmemiştir.

765 sayılı TCK.nun 450. maddesinde düzenlenen suçun birden ziyade kimseler aleyhine işlenmesi, 5237 sayılı TCK.da nitelikli hal olarak kabul

³ 765 sayılı TCK.nun 449. maddesi; “Adam öldürmek fiili: 1. Karı, koca, kardeş, babalık, analık, evlatlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlat, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinler hakkında işlenirse; 2. Zehirlenme suretiyle yapılırsa; Fail müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olur” şeklindeydi.

⁴ TCK.nun 450. maddesinde ise; “Öldürmek fiili: 1. Usul ve fîrudan biri aleyhine işlenirse; 2. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden biri aleyhine veya üyelik sıfatı sona ermiş olsa bile bu görevinden dolayı işlenmiş olursa; 3. Canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile ika edilirse; 4. Taammüden icra olunursa; 5. Birden ziyade kimseler aleyhine işlenirse; 6. Yangın, su baskını ve gark gibi yedinci babın birinci faslında beyan olunan vasıtalarla yapılırsa; 7. Velevki husule gelmiş olmasın diğer bir suçu hazırlamak veya kolaylaştırmak veya işlemek için ika olunursa; 8. Bir suçtan hasıl olacak faydayı elde etmek veya bu gayeye vasil olmak maksadiyle yapılan ihzaratı saklamak için veya takip edilen gayeye vasil olamamaktan mütevellit infial ile işlenmiş olursa; 9. Bir suçu gizlemek veya delil ve emarelerini ortadan kaldırmak veya kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle vukua getirilirse; 10. Kan güme saikiyle işlenirse; 11. Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında veya Devlet memurluğu sıfatı zail olsa bile bu görevi yapmasından dolayı işlenirse; fail, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm edilir” denilmiştir.

edilmemiştir. Zincirleme suç hükümlerinin düzenlenmiş olduğu 43.maddenin son fıkrasında kasten öldürme suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiş olduğundan; bu durumda, kasten öldürme suçunun temel şeklinden ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilmelidir.

Eski TCK.nun 450. maddesinin 2. ve 11. fıkralarındaki, öldürme fiilinin “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine” ve “Devlet memurlarından biri aleyhine işlenmesi” hali, TCK.nun 82/1-g maddesinde; “Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” şeklinde her iki fıkrayı kapsayacak şekilde tek bir cümleyle düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK.nun 451. maddesindeki “Ölüm, failin failinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimelhuz esbabın inzimamı yüzünden vukua gelmiş ise ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim hallerde on beş seneden ve müebbet ve on beş seneden fazla ağır hapsi müstelzim hallerde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası hükmolunur” şeklindeki düzenlemeye 5237 sayılı TCK.da yer verilmemiştir.

765 sayılı TCK.nun 452. maddesinin⁵ karşılığını oluşturan hükme, 5237 sayılı yeni TCK.da kasten öldürme suçları başlığı altında değil, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin düzenlendiği bölümde (m. 87/4) yer verilmiştir.

765 sayılı TCK.nun 453. maddesinde yer alan “Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş” olmasının ayrı bir suç olarak ve failin daha az ceza ile cezalandırılmasını öngören hükmüne⁶ çağdaş eğilimler doğrultusunda 5237 sayılı TCK.da yer verilmemiştir.

⁵ 765 sayılı TCK.nun 452 nci maddesinde; “Katil kastiyle olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa fail, 448 inci maddede beyan olunan ahvalde sekiz, 449 uncu maddede yazılı ahvalde on ve 450 nci maddede muharrer ahvalde on beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahkûm olur.

Eğer telefi nefis failin failinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimelhuz esbabın inzimamı ile vukua gelirse, 448 inci maddede beyan olunan ahvalde beş seneden, 449 uncu maddede muharrer ahvalde yedi seneden ve 450 nci maddede yazılı ahvalde fail on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır” denilmiştir.

⁶ Bu konuda bkz: **Demirbaş, Timur**, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, Ankara 1992, s.1 vd.

II- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kasten öldürme suçu ile korunan hukuki değer; “yaşama hakkı”dır. Yaşama hakkının korunması, kişinin diğer temel haklarını kullanabilmesi için de zorunludur. Zira hayat hakkı elinden alınan kimsenin, diğer temel haklarını kullanabilmesi fiilen mümkün değildir. Yaşama hakkı, bireysel varlıklar hiyerarşisi içinde en üst yeri işgal eder. Bu nedenle ceza hukuku, hepsinden önce bu hakkı korumak zorundadır⁷.

Yaşama hakkının korunması kişisel olduğu kadar, toplumsal açıdan da önemlidir. Yaşama hakkının korunmasıyla fertlerin hayatının, Devletin korunması altında olduğu yolundaki güven duygusunun sarsılması önlenmektedir. Kanunun ilgilinin rızasıyla gerçekleştirilen öldürmeleri de cezalandırması, insan hayatına sosyal bir değer yüklediğini de gösterir⁸.

Yaşama hakkı, önemine binaen tarihin her döneminde insan haklarına ilişkin düzenlemeler getiren tüm belgelerde “can (ve mal) güvenliği” olarak teminat altına alınmıştır. Bu hak; üzerinde tasarruf edilmeyen vazgeçilmez bir değer olarak ulusal ve uluslararası tüm hukuk kuralları ile koruma altına alınmıştır⁹.

İnsan hakları alanında etkin bir koruma sağlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde de; “Herkesin yaşama hakkı yasanın korunması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez” denilerek yaşama hakkının önemine işaret edilmiştir¹⁰.

AİHS’nin 2. maddesinde düzenlenen klasik anlamdaki hayat hakkı sözleşmeye taraf olan Devletler açısından bir takım yükümlülükler doğurmaktadır. Devletlerin yaşama hakkını iki şekilde koruma yükümlülüğü vardır.

⁷ **Hafizoğulları -Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 33 vd.; **Centel – Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 23 vd.; **Hakeri**, Kasten Öldürme Suçları, s.18; **Durmuş-Erdem - Önok**, s. 123 vd; **Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.21; Bu konuda ayrıca bkz: **İnceoğlu, Sibel**, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s.35 vd.,

⁸ **Erman-Özek**, s.4 ; **Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.21; **Centel- Zafer- Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 23 vd.

⁹ **Centel- Zafer- Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 23 vd.

¹⁰ Belirtelim ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 13 No.lu protokolü ile mahkemeler tarafından ölüm cezası verilmesi yasaklanmıştır.

Bunlardan birincisi iradi ve kural dışı surette ölüme sebebiyet vermemek, yani öldürme yasağıdır. Sözleşmedeki ifadesiyle “hiç kimse kasten öldürülemez”. Bu devletin üstlendiği negatif –imtina- yükümlülüğüdür. Söz konusu negatif mükellefiyete bireyin hayatını tehlikeye atmaktan kaçınma görevi de dahildir¹¹.

İkincisi, sisteme bağlı kişilerin hayatını korumaktır. Devlet önce öldürmeme mükellefiyetini yerine getirecek sonra da topraklarında yaşayan kişilerin hayatını, ölümle sonuçlanabilecek saldırı yahut eylemlere karşı korumak için gerekli ve uygun önlemleri alacaktır¹².

Bu başlık altında doğmamış çocuğun yaşama hakkı olup olmadığı ve kürtajın yaşama hakkını ihlal edip etmediği konusuna da değinmek gerekir. Konu AİHM.nin çeşitli içtihatlarında tartışma konusu olmuştur¹³.

Cenin¹⁴ yaşama hakkı olup olmadığı konusunda üç yaklaşım söz konusu olabilir; ceninin İHAS.nin 2 nci maddesi kapsamında yaşama hakkı olmadığı ileri sürülebilir, yaşama hakkı sınırlı şekilde korunabilir ya da cenine mutlak bir yaşama hakkı verilir¹⁵.

Cenine mutlak bir yaşama hakkı tanınması, ceninin doğmamış yaşama hakkının hamile kadının mevcut yaşama hakkından daha değerli olduğu sonucuna götüreceğinden bu düşünce isabetli bulunmamıştır. Aynı şekilde ceninin yaşama hakkı olmadığını söylemek de doğru değildir. Bu sebeple ceninin yaşama hakkının sınırlı şekilde korunması mümkün olabilir. Hamileliğin devamının veya çocuğun doğumunun kadının hayatını riske attığı ya da kadının

¹¹ **Gözübüyük, Şeref- Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. bası, Ankara 2003, s.156; **Bozkurt, Enver- Kanat, Selim**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı, Ankara 2004, s.13; **Anayurt, Ömer**, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004, s.95 vd.; **Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan – Sancakdar, Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004, s.204 vd.

¹² **Gözübüyük- Gölcüklü**, s.160.

¹³ **Korff**, s.9 vd.

¹⁴ Cenin; “Ana rahminde doğma zamanını tamamlayamamış veya vaktinden önce düşmüş çocuk” demektir. TDK Türkçe Sözlük, 1. Cilt, Ankara 1998, s.395.; **Demirbaş**, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, s.9 vd.

¹⁵ **Korff**, s.9 vd.

fizik veya akıl sağlığını tehlikeye düşürecek bir hal ortaya çıktığında kürtaj yapılabilir¹⁶.

AİHM; Vo Fransa kararında; “doğmamış çocuk, sözleşmenin 2. maddesi ile doğrudan korunan kişi olarak kabul edilemez ve doğmamış çocuğun bir hayat hakkı varsa bile bu hak, zımnen annenin hakları ve menfaatleri ile sınırlıdır” demiştir¹⁷.

III- MUKAYESELİ HUKUKTA KASTEN ÖLDÜRME SUÇLARI

1- GENEL AÇIKLAMALAR

Kasten öldürme suçları bakımından temel sorunların tespiti bakımından mukayeseli hukukta kasten öldürme suçlarının düzenleniş şekline bakmakta yarar vardır. Mukayeseli hukuk incelemesi yapılırken öncelikle hukuk sistemimizi yakından etkileyen kara Avrupa’sı ülkelerindeki düzenlemeleri ve yeni hazırlanan çeşitli kanunları değerlendirmek gerekir. Bu çerçevede aşağıda, Almanya, Polonya, İspanya, Rusya, Fransa, İtalya ve Danimarka Ceza Kanunları kasten öldürme suçlarına ilişkin düzenlemeleri incelenecektir.

A- Almanya

Kasten öldürme suçları Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 211 ve 216 ncı maddeleri arasında yer almaktadır.

Alman Ceza Kanunu’nun (ACK) 211 nci maddesinde nitelikli insan öldürme suçu yer almaktadır. Kanun’da nitelikli insan öldüren kişi “katil¹⁸ (mörder)” olarak tanımlanmaktadır. Maddede; “(1) Katil müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katil (mörder), öldürme zevki, cinsel dürtülerini tatmin etme, sırf maddi menfaat ve sair ilkel saik nedeniyle, mağdurun saldırı karşısında savunmasız olduğu ve tehlikenin farkında olmadığı bir durumu kullanmak suretiyle, canavarca bir şekilde veya toplum için genel tehlike yaratan araçlarla, bir suç

¹⁶ Korff, s.9 vd.

¹⁷ Korff, s.14 vd.

¹⁸ Kelimedede yer alan “a” uzun, (kaatil) şeklinde okunmalıdır.

gizlemek ve bir suçun işlenmesine imkan sağlamak amacıyla, bir insanı öldüren kişidir” denilmiştir¹⁹.

Kasten öldürmenin temel şekli ((Totschlag) 212 nci maddede yer almaktadır. Buna göre; “(1)Katil olma niteliğini taşımayacak şekilde, bir insanı öldüren kişi, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Çok ağır hallerde müebbet hapis cezasına hükmolunur”²⁰.

TCK’nun genel hükümlerinde düzenlenen haksız tahrik, ACK.nun 213 ncü maddesinde yer almaktadır. 213 ncü maddeye göre; “Kasten öldüren kişi, öldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna yönelik işlenen bir kötü muamele veya ağır hakaret üzerine, kendi kusuru olmadan öfkeye kapıldığı ve bu sebebin etkisi altında fiili işlerse veya sair hafif bir hal varsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”²¹.

Talep üzerine öldürme ACK.nun 216 ncı maddesinde bulunmaktadır. Burada; “(1) Öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk etmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir²².

B- Polonya

Kasten öldürme suçu, Polonya Ceza Kanununun (PCK) 148 nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; “(1) Bir kişinin öldürülmesi halinde fail, 8 yıldan az olmamak üzere 25 yıla kadar ya da müebbet hapis cezası ile cezalandırılır

(2) a) Bir kimse, diğer kişiyi canavarca (acımasızca) hisle öldürürse, b) Rehin alma, tecavüz ya da yağma sırasında öldürürse, c) Kötü bir amaçla öldürürse, d) Silah ya da patlayıcı madde kullanmak suretiyle öldürürse alt sınır 12 yıl olmak üzere, 25 yıla kadar veya müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bir fiile birden fazla kişiyi öldürürse veya tekrerrür söz konusu ise Paragraf (2) de öngörülen cezalar uygulanır.

¹⁹ Bkz: **Yenisey, Feridun – Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s.285 vd.

²⁰ Bkz: **Yenisey– Plagemann**, s.286.

²¹ Bkz: **Yenisey– Plagemann**, s.286.

²² Bkz: **Yenisey– Plagemann**, s.287.

(4) Bir kişi o andaki hal ve şartlara göre mazur görülecek etkin bir heyecanın etkisi altında suçu işlerse 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır²³.

PCK.'nun 149 ncu maddesinde -765 Sayılı TCK.nun 453 ncü maddesinde olduğu gibi- yeni doğan çocuğu öldürme, ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Maddede, “Bir anne yeni doğmuş olan çocuğu doğumun yada çocuğun istenmemesinden kaynaklanan psikolojik sebeplerle, ya da kendisinin zorda olması sebebiyle öldürürse 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir²⁴.

Talep üzerine öldürme ve ötenazi Kanun'un 150 nci maddesine yer almaktadır. PCK.nun 150 nci maddesinde; “(1) Bir kimsenin kendi talebi ya da onun acı çekmesi sebebi ile öldürülmüş ise 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İstisnai hallerde mahkeme cezayı indirebileceği gibi ceza vermeyebilir” hükmü mevcuttur²⁵.

C- İspanya

Kasten öldürme suçları İspanya Ceza Kanunu'nun (İCK.) 138 ve 141 nci maddelerinde düzenlenmiştir. İCK.da Alman hukukunda olduğu gibi, nitelikli adam öldüren kişi, 139 ncu maddede kâtil olarak tanımlanmıştır.

İCK.nun 138 nci maddesinde adam öldürmenin basit hali düzenlenmektedir. Madde; “Bir kimse diğer bir kimseyi öldürürse beş yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindedir²⁶.

İCK.nun 139 ncu maddesinde; “Bir kimse diğer bir kimseyi aşağıdaki hallerde öldürürse “katil olarak” cezalandırılır. Fiil: 1- Tasarlayarak, 2- Bir vaat, para veya ödül karşılığı, 3- Yaraladığı kişinin acısını artırarak, acımasızca işlerse, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmü

²³ Bkz: **Weigend, Ewa**, Das polnische Strafgesetzbuch, Freiburg, 1998, s.110 vd.

²⁴ Bkz: **Weigend**, s.111.

²⁵ Bkz: **Weigend**, s. 111.

²⁶ Bkz: **Hoffman, Markus**, Das spanische Strafgesetzbuch, Freiburg 2002, s.95.

mevcuttur. 140 ncı maddeye göre ise; “Bu hallerden birden fazlası birleşirse 20 yıldan 25 yıla kadar hapis cezası uygulanır”²⁷.

D- Rusya

Kasten öldürme Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun (RCK) 105 vd. maddelerinde ele alınmıştır. RCK.nun 105 nci maddesinde kasten öldürmenin basit ve nitelikli halleri düzenlenmiştir. Maddede; “(1) Bir kimsenin kasti olarak ölümüne sebebiyet vermek 6 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) a- İki ya da daha fazla kişi, b- Bir kimseye ya da onun yakınlarına bir hizmetin ifa edilmesi sırasında ya da kamu görevini ifası sırasında, c- Yardıma muhtaç bir kişiye bu halini bilerek, ya da kaçırma ya da rehin alma ilişkisi içinde, d- Bir kadının hamile olduğunu fail bilerek işlemişse, e- Canavarca bir hisle işlenmişse, f- Çok ağır şekilde yapılmışsa, g- Topluca, ya da önceden anlaşarak, ya da organize şekilde yapılmışsa, h- Kar amaçlı ya da bir kişi tarafından verilen iş kapsamında, soygun veya bir kimsenin tehdit edilmesi için mafya tarafından yapılmışsa, ı- Alternatif kazanç hırsı için gerçekleştirilmişse, k- Seksüel karakterli zor kullanma eylemleri veya tecavüz suçu sebebiyle, bir suçu işlemek ya da başka bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak için işlenmişse, l- Milliyetçi ve ırkçı ve dini düşmanlık sebebiyle ya da kan gütmeye ve benzer düşmanlık sebebiyle işlenmişse, m- (Öldürülen kişinin) Organ ve dokularını kullanmak niyetiyle, n- Birden fazla işlenmesi halinde, altı yıldan 20 yıla kadar hapis cezası, müebbet hapis cezası veya ölüm cezasına hükmolunur” denilmiştir²⁸. Görüldüğü gibi RCK.nun kasten öldürmenin nitelikli hallerine ölüm cezası öngörmektedir.

RCK.nun 106 ncı maddesinde yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Madde; “Kişi, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayan, psikolojik ve ağır bir acı sebebiyle yeni doğan çocuğu, doğum anında ya da doğumdan hemen sonra öldürmüş ise beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindedir²⁹.

²⁷ Bkz: **Hoffman**, s.95.

²⁸ Bkz: **Schroeder, Friedrich-Christian- Bednarz, Thomas**, Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, Freiburg 1998, s. 99 vd.

²⁹ Bkz: **Schroeder- Bednarz**, s. 100.

RCK.nun 107 nci maddesinde kasten öldürme suçuna ilişkin bir indirim sebebi öngörülmüştür. Buna göre; “Öldürme fiili, cebir uygulanması sebebiyle, mağdurun sistematik olarak ve uzun süre yaptığı ağır hakaretleri ya da hareketleri sonrasındaki travmadan kaynaklanırsa, üç yıla kadar özgürlüğü sınırlama ya da hapis cezası uygulanır.

Bu halde birden fazla kişi öldürülmüşse, beş yıla kadar hapis cezası uygulanır”³⁰.

Öldürmenin meşru müdafaada sınırın aşılması ya da tutuklama sırasında uygulanan tedbirlerden kaynaklanması hali 108 nci maddede ele alınmıştır. Madde; “Bir kişinin meşru müdafaada sınırın aşılması suretiyle öldürülmesi halinde 2 yıla kadar özgürlüğü sınırlama ya da hapis cezası uygulanır.

Bir kişinin tutuklanması sırasında uygulanan gerekli tedbirlerin aşılması neticesinde ölüme sebebiyet verilmişse 3 yıla kadar özgürlüğü sınırlama veya hapis cezası uygulanır” şeklindedir³¹.

E- Fransa

Kasten öldürme suçu Fransız Ceza Kanunu’nun (FCK) 221 nci maddesinde beş bend halinde düzenlenmiştir.

FCK.nun 221-1 nci maddesine göre; “Adam öldürme, bir başkasının kasten öldürülmesidir. Bu halde 30 yıl hapis cezası uygulanır”³².

221-2 nci maddeye göre; “Öldürme, bir başka fiille birlikte veya onun akabinde işlenmişse müebbet hapis cezası verilir. Öldürme; bir suçu hazırlamak, bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak, bir suçun failinin veya suça iştirak edenin kaçmasını kolaylaştırmak ya da suçu işleyenin cezalandırılmasını önlemek için işlenmişse müebbet hapis cezası uygulanır. 132-23 de sayılan hususlar bu iki bende de uygulanır”³³.

³⁰ Bkz: **Schroeder- Bednarz**, s. 100.

³¹ Bkz: **Schroeder- Bednarz**, s. 101.

³² Bkz: **Bauknecht, Gesine - Lüdicke, Lieselotte**, Das französische Strafgesetzbuch, Freiburg 1999, s. 90

³³ Bkz: **Gesine – Lüdicke** s. 91.

221-3'te nitelikli hal düzenlenmiştir. Buna göre; “Planlanarak işlenen öldürme cinayettir. Cinayetin cezası müebbet haptir”. Maddede denetimli serbestliğe ilişkin ayrıntılı düzenleme yer almaktadır³⁴.

221-4 ncü maddede öldürmenin nitelikli halleri sayılmıştır. Buna göre belli hallerde adam öldürme suçuna müebbet hapis cezası uygulanmalıdır; 1- Mağdur onbeş yaşın altında ise, 2- Evlilik içi veya evlilik dışı birlikten ya da evlat edinmeden doğan akrabalık ilişkisi içinde işlenmişse, 3- Yaşı, hastalığı, bedensel veya ruhsal engeli sebebiyle savunmasız olan kişiye karşı (Bu hususların fail tarafından bilinmesi kaydıyla) işlenirse, 4- Bir hakime, savcıya ya da jüriye, avukata, adli belge düzenlemeye yetkili kamu görevlisi, adliye görevlisi, jandarma, polis memuru ya da gümrük görevlisi ya da icra dairelerindeki memurlara karşı, kamusal güç kullanan ya da kamusal görevleri ifade edenlerin görevini yerine getirmesi esnasında (Bu hususların fail tarafından bilinmesi suretiyle) işlenirse, 5- Bir şahite ya da mağdura mahkemenin tarafı olan kişiye karşı, bir fiilin şikayet edilmesi ya da dava açılmasının önlenmesi ya da şahitlik yapmanın önlenmesi için işlenirse nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır. 221-3 ncü maddede denetimli serbestliğe ilişkin yer alan düzenlemeler burada da tekrarlanmıştır³⁵.

221-5 nci maddede zehirlenmek suretiyle öldürme suçu düzenlenmektedir. Zehirli bir madde kullanmak suretiyle bir kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi halinde, 30 yıla kadar hapis cezası uygulanır. 221-2,3, ve 4 ncü maddelerdeki haller söz konusu olursa müebbet hapis cezası verilir³⁶.

F- İtalya

İtalyan Ceza Kanunu'nun (İCK), “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı 12. Kısımının, 1. Bölümünde “Hayata ve Vücut Bütünlüğüne Karşı Suçlar” düzenlenmektedir³⁷.

İCK.nun 575 nci maddesine göre; “Bir kimse, diğer bir kimseyi öldürürse 21 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur”.

³⁴ Bkz: Gesine – Lüdicke s. 91.

³⁵ Bkz: Gesine – Lüdicke s. 91 vd.

³⁶ Bkz: Gesine – Lüdicke s. 93.

³⁷ Bkz: Riz, Roland – Bosch, Johanna, Italienisches Strafgesetzbuch, Zweisprachige Ausgabe, Bozen 1995, s.385.

Kanunun 576 ncı maddesinde kasten öldürmenin cezayı ağırlaştırıcı halleri sayılmıştır. Buna göre; “1) 61/2 nci maddede gösterilen hallerden birinin mevcut olması halinde (Herhangi bir suçu kolaylaştırmak ya da suçu örtmek ya da kendisi veya başkası için kazanç elde edecek netice oluşturmak ya da bu eylemlerden ceza almamak ya da böyle bir durumu güvene almak), 2- Evlilik içi veya dışı bir akrabaya ya da 61/1 ve 4 deki hallerin mevcudiyeti, 3- Fiilin kaçak bir kişi tarafından yakalanmayı önlemek ya da tutuklama emri ya da cezalandırılmaktan kendisini kurtarmak için ya da kaçak olduğu sırada hayatını devam ettirecek ihtiyaçları için işlenirse, 4) Bir örgüt üyesi tarafından yakalanmaya veya cezalandırılmaya engel olmak için işlenmişse, 5) 519,520 ve 521 de düzenlenen suçlarla aynı anda işlenmiş ise, faile müebbet hapis cezası verilir”.

Cezayı ağırlaştıran bir başka madde, 577 nci maddedir. Bu maddeye göre; “1- Evlilik içi veya dışı akrabaya karşı, 2- Zehir ya da başka kimyasal maddeler kullanmak suretiyle, 3- Tasarlayarak, 4- m.61/1-4 deki hallerde, 575 nci maddede tanımlanan suç işlenirse müebbet hapis cezası verilir. Eğer fiil erkek ya da kız kardeşe karşı ya da evlat edinen babaya ya da anneye karşı ya da evlatlığa karşı ya da kayına karşı işlenirse 20 yıldan 30 yıla kadar hapis cezasına hükümlenir”³⁸.

Yeni doğmuş çocuğu öldürme suçu 578 nci maddede müstakil suç olarak düzenlenmektedir. Buna göre; “Bir anne, içinden çıkılmaz bir durumda iken, doğum anında veya doğumdan hemen sonra çocuğu öldürmesi halinde 4 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suça iştirak edenlere 21 yıldan az olmamak üzere hapis cezası verilir. Fiil anneye yardım için yapılmışsa ceza, 1/4 den 1/3 e kadar indirilir. 61 nci maddede düzenlenen ağırlaştırıcı sebepler burada uygulanmaz”³⁹.

Rıza ile öldürme suçu, rızaya ayrıntılı düzenlemelerle birlikte 579 ncu maddede ele alınmıştır. Maddede; “Bir kimse diğer bir kimsenin rızası ile onu öldürürse 6 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 61 nci maddedeki ağırlaştırıcı sebepler burada uygulanmaz. 1- Kişi 18 yaşını doldurmamışsa, 2- Bir akıl hastasına karşı ya da herhangi bir hastalık ya da alkol veya uyuşturucu madde sebebiyle akli melekeleri yerinde olmayan kişilere karşı işlenmişse, 3-

³⁸ Bkz: **Riz – Bosch**, s.385 vd.

³⁹ Bkz: **Riz – Bosch**, s.387 vd.

Kişinin rızasının failin cebir, tehdit veya hile veya iradesini etkileyerek işlenmesi halinde, 575 ve 577 nci maddeler uygulanır” hükmü mevcuttur⁴⁰.

G- Danimarka

Kasten öldürme suçu Danimarka Ceza Kanunu'nun (DCK) Vücuda ve Hayata Karşı Suçlar başlıklı, 25 nci kısmında, 237 ve 240 ncı maddelerinde düzenlenmiştir⁴¹.

Kasten öldürme suçunun düzenlendiği 237 nci maddede; “Bir kimse başka bir kişiyi öldürürse 5 yıldan mübeete kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmiştir. Görüldüğü gibi maddede alt ve üst sınırların arası oldukça açıktır. Kanunda ayrıca kasten öldürmenin nitelikli halleri düzenlenmemiştir⁴².

DCK.nun 238 nci maddesinde yeni doğmuş çocuğu öldürme suçu ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre; “Bir anne doğum anında ya da doğumdan sonra, korku, utanma kaygısı ya da zorda kalma ya da doğum anındaki zorluk altında ya da şaşkınlık etkisi altında çocuğunu öldürmüştü 4 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Eğer, fiil teşebbüs aşamasında kalmış ve çocuğa zarar verilmemişse fail cezalandırılmaz⁴³.

DCK.da talep üzerine öldürme suçu da ayrı bir madde halinde düzenlenmiştir. DCK.nun 239 ncu maddesine göre; “Kim bir başka kişiyi talep karşılığında öldürürse 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır⁴⁴.

İntihara yardım suçu 240 ncı maddede yer almaktadır. “Bir kimse, diğer kişinin kendi kendini öldürmesinde etkili olursa para cezası ya da 4 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu etki kendi çıkarı için yapılmışsa ceza 3 yıla kadar hapistir⁴⁵.

⁴⁰ Bkz: **Riz – Bosch**, s.389.

⁴¹ Bkz: **Cornils, Karin – Greve, Vagn**, Das danische Strafgesetz, Zweisprachige Ausgabe, Freiburg 2001, s.130.

⁴² Bkz: **Cornils – Greve**, s.130.

⁴³ Bkz: **Cornils – Greve**, s.130.

⁴⁴ Bkz: **Cornils – Greve**, s.131.

⁴⁵ Bkz: **Cornils – Greve**, s.131.

2- DEĞERLENDİRME

Mukayeseli hukukta incelediğimiz kanunlarda; basit öldürme ve nitelikli öldürme tarzında bir ayrıma gidildiği ve nitelikli öldürme suçu bakımından daha ağır ceza uygulandığı görülmektedir. Ancak cezaların ağırlığı ülkelere göre değişmektedir. Danimarka Ceza Kanununda nitelikli hallerde yer verilmemiş ancak cezanın alt ve üst sınırı arasındaki makas oldukça açılmıştır.

Kara Avrupa'sı kanunlarında talep üzerine öldürme konusundaki hükümler dikkati çekmektedir. Alman CK. m. 216, Danimarka CK., m. 239, İtalya CK. m. 579, Polonya CK. m. 150 talep üzerine öldürme halinde daha az ceza öngören bir düzenlemeye sahiptir. Ancak bir kısım kanunlarda ise ülkemizde olduğu gibi böyle bir hükme yer verilmemiştir.

İfade etmek gerekir ki, TBMM.ne sunulan TCK tasarısında talep üzerine öldürmeye ilişkin bir madde mevcuttu⁴⁶. TBMM adalet komisyonunda bu hüküm metinden çıkarılmıştır. Kanaatimizce yaşama hakkının önemi dikkate alındığında talep üzerine öldürme fiilini hafif bir ceza ile geçiştirilmesi isabetli değildir.

Kasten öldürme suçları bakımından tartışmalı bir diğer konu da yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinin bağımsız bir suç olarak düzenlenip düzenlenmeyeceği hususudur⁴⁷. Bazı kanunlar, yeni doğmuş çocuğu öldürmeyi, kasten öldürmenin dışında bağımsız bir suç saymış ve daha az ceza öngörmüşlerdir. Polonya CK.'nun 149 ncu, Rusya Federasyonu CK.nun 106 ncı, İtalya CK.nun 578 nci, Danimarka CK.nun 238 nci maddesinde yeni doğmuş çocuğu öldürme, bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK.nun 453., hükmet tasarısının ise, 139. maddesinde⁴⁸ yeni doğan evlilik dışı çocuğu öldürmeye daha az ceza öngören bir hüküm mevcuttu. Bu hüküm, isabetli olarak 5237 sayılı kanuna alınmamıştır.

⁴⁶ Hükümet tasarısının 140. maddesinde acıyı dindirme saiki başlığı altında; *“İyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”* denilmektedir.

⁴⁷ Bu konuda bkz: **Demirbaş**, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, s.1 vd.

⁴⁸ Hükümet tasarısının 139. maddesinde; *“Öldürme fiili, evlilik dışında yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı anası tarafından işlenmiş ise, faile dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir”* denilmektedir.

IV- SUÇUN UNSURLARI

1- TİPİKLİK VE BENZER SUÇLARDAN FARKLAR

A. Tipiklik

Tipiklik⁴⁹, doktrinde kanuni unsur, suç kalıbı⁵⁰ olarak da isimlendirilmekte olup, işlenen fiilin, ceza kanununda yapılmış bulunan suç tanımına uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir⁵¹. Tipiklik, suç sayılan fiilin ceza normundaki soyut tasviridir.

Bazı yazarlar bu unsurun bağımsız bir niteliği olmadığını, suçta kanunilik ilkesinin tekrarından ibaret olduğunu ileri sürmüşlerse de kanun tarafından sınırlı ve benzerlerinden ayırt edilebilecek şekilde tespit edilemeyen bir fiilin suç sayılmayacağını göstermek, bu tarzda belirtilmeyen diğer hukuka aykırı fiillerle suç sayılan fiiller arasındaki açık farkı vurgulamak bakımından bu unsura yer verilmesi gerekmektedir.

Şu halde bir fiilin suç teşkil edebilmesi için öncelikle, dış âlemde meydana getiren değişikliğin, ceza kanunundaki tarife yani model veya tipe uygun olması zorunludur. Böyle bir uygunluk gerçekleşmediği zaman fiilin tipik olmadığı ve suç olarak vasıflandırılmasının imkânsız olduğu söylenir⁵². Yüce'nin deyimiyle suç kalıbına tıpatıp uymayan fiil, suç değildir⁵³. Eğer işlenen fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse, fiilin tipik olduğu kabul edilir.

⁴⁹ Bkz. **Kunter, Nurullah**, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s.39 vd; **Alacakaptan, Uğur**, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s.29; **Keyman, Selahattin**, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", AÜHFD., C.: XXXVII, S.: 1-4 (1980), Ankara 1982, s.59 vd.

⁵⁰ **Yüce, Turhan Tufan**, Ceza Hukuku Dersleri, C.: I, Manisa 1982, s.186. Suç kalıbı terimini kullanan Yüce, bu terimi kanuni unsur deyimi ile söylemenin eksik olduğunu belirtmektedir. Yazara göre kanuni unsur suçun kanunda yazılı olduğunu belirtir. Ama suçun yazılış biçimi üzerinde bilgi vermez. Önemli olan suçların kanunda yazılış biçiminin saptanmasıdır. Bu suç kalıbı ile gerçekleşir. Suç kalıbı, suç sayılan eylemin önceden belirlenen soyut bir biçimde, gerektirdiği ceza ile birlikte gösterilmesi işlemidir. Suç kalıbına tıpatıp uymayan eylem suç değildir. Ayrıca bkz. **Yüce**, Ceza Hukuku Dersleri, C.I, s.237 vd.

⁵¹ Bkz. **Kunter**, Suçun Kanuni Unsurları, s. 39 vd; **Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:I, 11. Bası, İstanbul 1994, s.361 vd.

⁵² **Dönmezer - Erman**, C.I, s.310 vd; **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.166 vd.

⁵³ **Yüce**, I, s.194.

Kasten öldürmenin tipik sayılabilmesi için “canlı, yaşamakta olan bir insan öldürülmüş” olmalıdır. Belirtmek gerekir ki her ölümlü olay, inceleme konusu suça vücut vermez. Unsurların özellikle manevi unsurların niteliğine göre farklı suç tipleri oluşabilir. Bu sebeple, TCK.ndaki kasten öldürme ile buna benzeyen diğer suç tipleri arasındaki farklılığının ortaya konulması faydalı olabilir.

B- Soykırım Suçu (m. 76)

Soykırım suçunun düzenlendiği TCK.nun 76 ncı maddesinde; “(1) Bir plânın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur: a) Kasten öldürme, (...) (2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır” hükmü mevcuttur.

Görüldüğü gibi gerek kasten öldürme, gerekse soykırım suçunda yasaklanan netice “öldürme”dir. Her iki düzenleme de, kişinin “yaşama hakkı”nı korumaktadır.

Soykırım ve kasten öldürme suçları maddi unsurların hareket kısmı ve manevi unsurlar bakımından ayrılmaktadır.

Öncelikle ifade edelim ki öldürme fiilinin, “bir planın icrası” kapsamında işlenmesi gerekir⁵⁴.

Her iki suç tipi arasındaki bir başka farklılık, manevi unsurdan kaynaklanmaktadır. Soykırım suçunun “*millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla*” işlenmesi gerekir⁵⁵. Kasten öldürme suçunun temel şekli açısından ise kişinin maksadının bir önemi yoktur.

⁵⁴ Konu hakkında madde gerekçesinde; “Jenosit, Nazi Almanyası’nın sekiz milyon kişinin ölümüne neden olan II. Dünya Savaşı sonrasında Amerika Birleşik Devletleri, Rusya, İngiltere ve Fransa tarafından oluşturulan Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve görev alanına giren “insanlığa karşı işlenen suçlar” temel alınarak oluşturulan ve “insan öldürme” den farklı bir suçtur. Millî, etnik, ırkî ve dinsel bir grubu veya herhangi bir grubu yok etmek maksadı, suçun manevî unsurunu oluşturmaktadır. Maddî unsur ise, grup azalarının öldürülmesi, grup azalarının bedensel ve aklî melekelerinin ciddi surette haleldar edilmesi, grubun tümü ile veya kısmen yok edilmesini sonuçlayacak nitelikte varlık koşullarına zorlanması, çocukların zorla başka yerlere gönderilmeleridir” denilmiştir.

⁵⁵ Madde gerekçesinde konu hakkında; “Soykırım suçunun millî, etnik, ırkî veya dinsel veya herhangi bir grubun tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması amacıyla işlenen bir

C- İnsanlığa Karşı Suçlar (m. 77)

İnsanlığa karşı suçlar TCK.nun 77 nci maddesinde; “Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur: a) Kasten öldürme. (...) (2) Birinci fıkranın (a) bendindeki fiilin işlenmesi halinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına; diğer bentlerde tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Ancak, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Her iki suç tipinde yasaklanan netice “öldürme”dir. Suç tiplerinin koruduğu hukuki değer, kişinin yaşama hakkıdır. Ancak TCK.nun 77 nci maddesinde sayılan insanlığa karşı suçların oluşması için ilave bazı unsurlar aranmıştır.

İnsanlığa karşı suçların oluşması için kasten öldürme suçunun, “toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi” gerekir. Kasten öldürme suçunda böyle bir işleniş biçimi aranmamaktadır.

İnsanlığa karşı suçların “siyasal, felsefi, ırkî veya dinî” saiklerle işlenmesi gerekir. Kasten öldürme suçunun oluşması bakımından ise kural olarak saik aranmaz⁵⁶.

D- İhmali Davranışla Kasten Öldürme Suçu (m.83)

İhmali davranışla kasten öldürme suçu TCK.nun 83. maddesinde; “(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

suç olduğu açıktır. Bu suçun mevzuatımıza dahil edilmesi, 1948 tarihli Jenosit Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerimizin gereğidir. Sözleşme ile maddî ve manevî unsurları açıkça belli olan farklı bir suç ihdas etme yükümlülüğü getirilmiştir” denilmiştir.

⁵⁶ Madde gerekçesinde konu hakkında; Maddede, bir planın uygulanması suretiyle ve siyasal, felsefi, ırkî veya dinsel saiklerle nüfusun sivil bir grubuna karşı, sürgün etme, esir hâline getirme, kitle hâlinde ve sistematik olarak kişileri öldürme, insanların kaçırıldıktan sonra yok edilmeleri, işkence veya insanlık dışı işlemlere veya biyolojik deneylere tâbi kılma, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme fiillerinin işlenmesi insanlığa karşı suç sayılmıştır” denilmiştir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir” şeklinde düzenlenmiştir.

İhmali davranışla kasten öldürme, TCK.nun 81. maddesindeki kasten öldürme suçundan hareketin şekli bakımından ayrılmaktadır. Hareketin; icrai olması halinde TCK.nun 81 nci maddesi, ihmali olması halinde ise TCK. nun 83 ncu maddesinin uygulanması gerekir⁵⁷.

Manevi unsurlar, suçun konusu, nitelikli haller ve korunan hukuki değer bakımından her iki suç tipi de aynı özelliğe sahiptir⁵⁸.

E- Taksirle Öldürme Suçu (m.85)

Taksirle öldürme'nin basit şekli TCK.nun 85/1. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; “Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.

İnceleme konumuzu oluşturan kasten öldürme ile taksirle öldürme suçu manevi unsur bakımından ayrılmaktadır. Ancak olası kastla işlenen kasten öldürme ve bilinçli taksirle işlenen öldürme suçu önemli oranda benzeşmektedir. Her iki suç tipini birbirinden ayırmak uygulamada çoğu zaman güçlük arz etmektedir.

Suçun manevi unsurları başlığı altında izah edileceği üzere her iki suç tipini ayırıcı kriter bilerek yapılan hareketin neticesinin öngörülüp öngörülmemesi ile ilgilidir. Kişi bilerek yaptığı hareketin neticesini öngörmemişse taksirle işlenmiş

⁵⁷ Suç tipi hakkında bkz: **Gökçen, Ahmet – Balcı Murat**, İhmali Davranışla Kastens Öldürme Suçları, Yayınlanmamış Makale, İstanbul 2011, s.1 vd.; **Centel – Zafer – Çakmut**, Ceza Hukukuna Giriş, s.246 vd.

⁵⁸ **Gökçen – Balcı**, İhmali Davranışla Kastens Öldürme Suçları, s.1 vd.; **Centel – Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 62.

suçtan bahsedilir. Bilerek yapılan hareketin neticesi öngörölmüş ve istenilmişse kasten işlenmiş suçtan bahsedilir. Bilerek yapılan hareketin neticesi öngörölmüş buna rağmen harekete devam edilmiş sonuç kabullenilmişse bu takdirde, TCK.nun 21 nci maddesine göre “olası kastla” işlenen suçtan bahsedilir.

F- Kasten Yaralama Sonucu Ölüm Meydana Gelmesi (m. 87/4)

TCK.nun 87/4 ncü maddesinde; “*Kasten yaralama sonucu ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” denilmektedir.

Göröldüğü gibi maddi unsurlar bakımından her iki suç tipi birbirine benzemektedir. TCK.nun 81 nci maddesinde düzelenen suçla, 87/4 ncü maddede düzelenen suç tipleri manevi unsurlar bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Failin kastı öldürmeye yönelik ise kasten öldürme, yaralamaya yönelik ise nitelikli kasten yaralama suçu oluşacaktır. Her iki suç tipini ayıran kıstaslar suçun manevi unsurları bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İfade edelim ki, kasten yaralama sonucu öldürme ile olası kastla öldürme fiilleri uygulamada birbirine karıştırılabilmektedir. Bu husus 5237 Sayılı TCK.nun ölüm neticesi meydana getiren fiilleri cezalandırırken 765 Sayılı TCK.ya nispetle daha ayrıntılı düzenlemeler yapmasından da kaynaklanmaktadır.

2- SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A- Fiil

İnceleme konumuzu oluşturan kasten öldürme suçu (m.81), icrai hareketle işlenebilir.

Kasten öldürme, serbest hareketli bir suçtur. Kanun koyucu ceza normunda hareketin şeklini göstermemiştir. Buna gerek de yoktur. Fiil, tabanca veya bıçakla ya da neticeyi meydana getirecek herhangi bir araçla işlenebilir. Öldürmeye yönelik icrai hareket, zaman içinde gerçekleştirilebilir. Örneğin zehir veya kimyasal madde kullanılarak da mağdur öldürülebilir.

Hareket ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli değilse kişi sorumlu tutulamaz. Örneğin, büyü yapma veya beddua ile insan öldürülemez.

Fiilin, canavarca hisle veya eziyet çektirerek, (m. 82/1-b), veya yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle (m. 82/1-c) işlenmesi; kanun koyucu tarafından nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve suçun temel şekline göre daha ağır bir şekilde cezalandırılmıştır.

Kişi hareketi kendisi yapabileceği gibi, bir hayvana, üçüncü kişiye veya mağdura da yaptırabilir⁵⁹. Örneğin kişiye manevi baskı yapılarak kendini öldürmesine, bir başka ifade ile intihar etmesine sebebiyet verilirse buna sebep olan kişi TCK.nun 81. maddesi kapsamında kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur⁶⁰.

Kişinin korkutulmak suretiyle öldürülmesi halinde de fail, nedensellik değeri taşıyan hareket yapmış olduğu için gerçekleşen ölümden sorumlu tutulacaktır.

B- Netice

Ceza normları çoğu zaman kişinin yasaklanan davranışı icrai veya ihmali şekilde gerçekleştirdiğinde cezalandırılmasını öngörür (sırf hareket suçu). Bazen de inceleme konusu suç tipinde olduğu gibi cezalandırma için salt davranışın gerçekleştirilmesini yeterli görmez ayrı bir neticenin meydana gelmesini arar (neticeli suç).

Bu suç tipinde ceza normunun yasakladığı netice “ölüm”dür. İşlenen fiil ne kadar ağır olursa olsun ölüm meydana gelmediği sürece kasten öldürmeden bahsedilemez. Bu sebeple hukuki anlamda, ölüm kabul edilen hallerde netice gerçekleşmiş değildir. Örneğin ölüm karinesini doğuran gaiplik halinde öldürme suçundan bahsedilemez. Bu sebeple ölümün tarif ve tespit edilmesi zorunludur. Bununla birlikte fiziki anlamda “ölüm”ün ne olduğu konusunda tam uzlaşılabilmemiş değildir⁶¹.

⁵⁹ Erman-Özek, s.9.

⁶⁰ Erman-Özek, s.9; Hakeri, s.23.

⁶¹ Konu hakkında bkz: **Gökçen, Ahmet**, Organ ve Doku Naklı Üzerine Düşünceler, Selçuk Üniv Hukuk Fak Dergisi, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, Konya 2000, s.63 vd., Ayrıca bkz: **Geilen, G.**, Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, JZ 1968, s. 373 vd.; **Bayraktar, Köksal**, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun”a İlişkin Düşünceler, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul 1979, s.18 vd.; **Kamay, Behçet Tahsin**, Adli Tıp, C.: I, Üçüncü Bası, Ankara 1959,

Bu konuda başlıca iki anlayış vardır: Biyolojik ölüm ve beyin ölümü.

Yakın zamanlara kadar "biyolojik ölüm" kriteri üzerinde durulmuştur. Biyolojik (klasik) ölüm, büyük hayat fonksiyonlarının durması şeklinde tanımlanmakta ve "kalbin işlemez hale gelişi, soluğun kesilişi, hareketin duruşu, zekânın yıkılışı, beş duyunun gayri faal hale gelmesi"⁶² ölüm sayılmaktaydı.

Reanimasyon (yeniden canlandırma), metot ve aletlerinin yaygın bir biçimde kullanılmaya başlanması, son nefes ve son kalp atışı⁶³ şeklindeki klâsik ölüm tanımının yeterli bir kıstas olmadığını ortaya koymuştur. Bugün kalp-akciğer pompası gibi aletler ve reanimasyon metotları ile solunum veya dolaşımı durmuş kimselerin bu fonksiyonları bazen sürdürülebilmektedir. Yine dolaşım ve solunumun durmasına rağmen beyin faaliyetlerinin devam ettiği de görülmektedir. Büyük hayat fonksiyonlarının sona ermelerine ilişkin bu karışıklık, bilim adamlarını tıpta yeni bir ölüm kıstası arayışına itmiş ve vücut fonksiyonlarının birlikte işleyişini sağlayan beyne verilen önem artmıştır. Böylece ölümün yeni kriteri olarak "beyin ölümü" kıstası ortaya atılmıştır⁶⁴.

İlk defa 1959 yılında 23'üncü Uluslararası Nöroloji Kongresinde H. Mollaret ve M. Goulan tarafından "Coma dépassé" adı altında takdim edilen⁶⁵ beyin ölümü, klinik bir tanı olup beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönülemez kaybıdır.

Organ nakli ile ilgili mevzuatımızda beyin ölümü ve kriterlerinden bahsedildiğinden, Türkiye açısından beyin ölümü anlayışının kabul edildiğini söylemek mümkündür⁶⁶.

s.141; **Toroslu Nevzat**, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD., C.:XXXV, S.: 1-4 1978, Ankara 1981, s.105; **Hinderling, Hans**, "Organ Aktarmalarının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları", (Çev: **Erdener Yurtcan**), in: MHAD, S.5, İstanbul 1969, s.419 vd

⁶² **Kamay**, s. 141.

⁶³ **Hinderling**, s. 420.

⁶⁴ **Bayraktar**, Hekimin, s. 183, 184.

⁶⁵ **Terzioğlu, Arslan**, Organ Transplantasyonu ve Getirdiği Etik Sorunlar, Türkiye Klinikleri, Tıp Etiği-Hukuku- Tarihi, Yıl: 1993, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 43.

⁶⁶ 2238 sayılı Kanunda ölümün tespiti konusunda açıkça her hangi bir kıstas belirtilmemiştir. Kanunun 11 inci maddesinde "bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kurallar ve yöntemler uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oybirliği ile saptanır"

Şu halde ölüm, insanın merkezi sinir sisteminin tam, mutlak ve geri dönülmez şekilde kaybıdır.

Ölümün gerçekleşmemesi halinde kişinin kastı öldürmeye yönelikse, kasten öldürme suçuna teşebbüs, yaralamaya yönelikse tamamlanmış kasten yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır. Bu hususlar aşağıda manevi unsur başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

C- İlliyet Bağı

Suçun oluşabilmesi için hareket ile netice arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Fiil ile netice arasında illiyet bağı yoksa failin sorumluluğu yoluna gidilemez. İnceleme konusu suç açısından ölüm neticesi, failin fiilinden kaynaklanmalıdır. Neticenin oluşması açısından onsuz olmayan her şart, ceza hukuku manasında illidir. Ancak bazı olaylarda ceza sorumluluğu açısından salt nedensellik bağının mevcudiyeti yetmez, ayrıca neticenin faile objektif olarak da isnat edilebilmesi gerekir⁶⁷. Örneğin (A), (B) ye atmak için yerden taş almış ve henüz taşı fırlatmadan (B) korkup kaçarken düşüp yaralanmış ise, meydana gelen yaralanma ile fiil arasında doğal bir olgu olan illiyet bağı vardır. Ancak meydana gelen ağır netice, objektif olarak faile isnat edilebilir nitelikte değildir. Düşüncemize göre bu halde fail gerçekleştirdiği “silahlı tehdit” (m.106/2) suçundan sorumlu tutulmalıdır⁶⁸. Yargıtay CGK. 4.10.1993 tarihinde verdiği kararında, nedensellik bağının kesildiğini ifade etmiş ve yanlış bir sonuca varmıştır⁶⁹.

denilmektedir. Fakat Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde (RG. 01.06.2000, sy: 24066); beyin ölümü kistaslarının neler olduğu maddeler halinde sayıldıktan sonra, "hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra hastaya uygulanan tıbbi destekler kesilebilir" denilmek suretiyle açıkça beyin ölümü anlayışı kabul edilmiştir. Ayrıca bkz: **Hafizoğulları -Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 35 vd.

⁶⁷ Objektif isnadiyet konusunda bkz: **Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet – Yenedünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2011, s.290 vd; **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2011, s.167 vd.

⁶⁸ Benzer görüş için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.2570.

⁶⁹ Yargıtay CGK.nun 4.10.1993 tarih ve 4-153/215 Sayılı içtihadında; “Nedensellik bağının bulunup bulunmadığını saptayabilmek için, failin 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 onun kaçarken takılıp düşmesi ile meydana gelmiştir. Bu itibarla mağdurdaki yaralanma

Alternatif olan birçok şarttan birinin yokluğu halinde, netice meydana gelecek idiyse bu halde her şart netice bakımından illidir. Bu hale doktrinde çifte nedensellik denilmektedir⁷⁰.

Failin fiilinden önce mevcut olup da, failce bilinmeyen veya failce öngörülemeyen sonradan eklenen sebepler yüzünden ölüm neticesi meydana gelmişse bu neticeden faili sorumlu tutmak mümkün değildir. TCK.nda, 765 sayılı TCK.nun 451, 452/2 nci maddesinde yer alan, failin fiilinden önce bulunup da failce bilinmeyen nedenlerin birleşmesi ya da failin iradesi dışında ve beklenmeyen durumların eklenmesi suretiyle ölümün meydana gelmesine ilişkin hükme yer verilmemiştir⁷¹. Çünkü TCK. objektif sorumluluğu kabul etmemiş, kusur esasını benimsemiştir.

Fiiline eklenen nedenler olmadan failin hareketi neticeyi meydana getirmeye elverişli ise fiil ile meydana gelen netice arasında illiyet bağı mevcuttur. Fiil tek başına ölümü meydana getirmeye elverişli olmamakla birlikte, mağdurda mevcut olup eklenen veya sonradan ortaya çıkan sebepler yüzünden ölüm meydana gelmiş ise, failin bu sebepleri bilip bilmediği, bilmiyorsa, bilmemesi sebebiyle kendisine kusur izafe edilip edilemeyeceği araştırılmalı ve sonucuna göre sorumluluğun tespiti cihetine gidilmelidir.

5237 sayılı TCK'nın düzenlemesine göre, 86. maddenin 2 nci fıkrası düzeyindeki yaralamadan ölüm meydana gelmişse taksirle öldürme (m. 85), TCK.nun 86/1 veya 3 ncü fıkrası düzeyindeki yaralamadan ölüm meydana

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 yöneltmekle yaralama suçuna teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır". **Hakeri**, s.28.

⁷⁰ **Hakeri**, s.26.

⁷¹ Yargıtay 1. CD.nin 10.06.1998 tarih ve 1335/2051 sayılı ilamında; "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 muhtemel olduğundan şüphenin lehe kabulü ile sanıkların ayrı ayrı TCK. 452/2den dolayı cezalandırılması gerekmektedir" denilmiştir. **Hakeri**, s.26.

gelmiş ise, diğer unsurları da bulunmak kaydıyla TCK.nun 87/4 ncü maddesi kapsamında neticesi sebebiyle ağırlaşmış öldürme suçu söz konusu olur.

Yargıtay uygulamaları da bu bilgilerle paralellik arz etmektedir⁷².

⁷² Yargıtay CGK.nun 14.9.2009 tarih ve 1-197/93 sayılı içtihadında şu görüşlere yer verilmiştir: “765 sayılı TCY’nın 452. maddesinde yer alan hükmün benzeri bir düzenlemeye, objektif sorumluluk esasının terk edilmesi nedeniyle 5237 sayılı TCY’nda yer verilmiştir. Suçu, “yasada tanımlanmış bir haksızlık” olarak öngören yeni suç teorisinde, bir hareketi yapan kişi, bu hareketin tüm sonuçlarından her koşulda sorumlu tutulmamakta, bir başka anlatımla “kusursuz sorumluluk” terkedilmiş olmaktadır. (...) 765 sayılı TCY’ndaki objektif sorumluluk esasının yerine 5237 sayılı TCY’nda haksızlığın birer gerçekleştirilme şekli olarak kast taksir kombinasyonuna, yani netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara yer verilmiştir. Bu nedenle uyumsuzluğun çözümü için, 5237 sayılı TCY’nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde, suçun manevi unsurları arasında gösterilen kast-taksir kombinasyonu, yani netice sebebiyle ağırlaşmış suç üzerinde durulmalıdır. 5237 sayılı TCY’nın “Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” başlıklı 23. maddesi “ (1) 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” şeklindedir. Buna göre; failin gerçekleştirdiği bir eylemde, kastettiğinden daha ağır veya başka bir sonucun meydana gelmesi halinde, sorumlu tutulabilmesi için, netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Fail, bu sonucun meydana gelmesinden taksirle bile sorumlu tutulamıyorsa, objektif sorumluluğun kaldırılmasının doğal bir sonucu olarak, sadece nedensellik bağının bulunuyor olması, neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır. (...) 5237 sayılı TCY’nın 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçla ilişkin genel kuralın, özel hükümler arasında kendisine yer bulduğu maddelerin başında gelen TCY’nın 87. maddenin 4. fıkrası; “ (4) 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 hükmolünür” şeklindedir. Maddede, gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi TCY’nın 86. maddenin 1. veya 3. fıkraları kapsamında bulunur ve bunun sonucunda da ölüm meydana gelirse, en azından taksirle hareket etmiş olmak koşuluyla faile belirtilen cezaların verileceği öngörülmektedir. Madde metnindeki anlatımın açıklığı karşısında, TCY’nın 86/2. maddesinde düzenlenen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaralanma sonucu ölümün meydana gelmesi hali 87/4. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecektir. Eylemin 5237 sayılı TCY’nın 87/4. maddesindeki suçu oluşturmayacağıın anlaşılması nedeniyle, uyumsuzluğun sağlıklı bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi bakımından eylemin taksirle öldürme suçunu oluşturup oluşturmayacağı, hususunun da üzerinde durmak gerekecektir.

5237 sayılı TCY’nın 22/2. maddesinde “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanan taksir haksızlığın gerçekleştirilme biçimlerinden birisidir (...). 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

Mağdurda önceden mevcut olan hastalık fail tarafından biliniyorsa ve fail ölüm neticesini istemiyorsa, bu halde bilinçli taksirle öldürme söz konusu olabilir.

“Sanığın gayri resmi eşi olan maktuleye, kalp hastası olduğunu bilmesine rağmen olay günü 5237 sayılı TCK.nun 86/2. maddesi kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek surette etkili eylemde bulunduğu, maktulenin müessir fiilin etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen kalp yetmezliği nedeniyle öldüğü olayda; yaralama kastıyla hareket eden sanığın, ölüm sonucunu istememekle birlikte kalp rahatsızlığı olan maktulenin ölebileceğini öngördüğünün ve böylece bilinçli taksirle hareket ettiğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCK.nun 22/3. maddesi delaletiyle 85. maddesi gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan 87/4. madde ile uygulama yapılması”⁷³.

Fail bu hastalığı bilmiyor ve ölüm neticesini de istemiyorsa, fiilin TCK.nun 22/1 ve 85. maddeleri kapsamında nitelendirilmesi gerekir.

Yargıtay 1. CD.; 6.3.2007 tarihli bir içtihadında; *“Maktulün 5237 TCK.'nun 86/2 maddesi kapsamında kalan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, maktuldeki kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelerek ölümün gerçekleştiği olayda; Sanıklar ile maktulün komşu oldukları anlaşıldığına göre sanıkların maktuldeki kalp damar rahatsızlığını önceden bilip bilmediklerinin araştırılması, bildikleri tesbit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK.'nun 22/3, 85. maddeleri uyarınca, bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmedikleri tesbit edildiği takdirde 22/1, 85. maddeleri uyarınca, taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması”⁷⁴* nı bozma sebebi sayarak bu hususu vurgulamıştır.

Yargıtay'ın bu içtihatlarında failin ölüm neticesini isteyip istemediği hususundaki değerlendirmesinin eksik olduğu ifade edilmelidir. Belirtelim ki fail, mağdurdaki hastalığı biliyor ve ölürse ölsün şeklinde neticeyi kabulleniyorsa bu halde olası kast söz konusu olabilecektir. Ancak planlı bir

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”. (Kazancı İçtihat Bankası.).

⁷³ Bkz: Yarg. 1. CD.nin 22.5.2007 t. ve 5796/3947 s.lı içtihadı. (Kazancı İçtihat Bankası.)

⁷⁴ Bkz: Yarg. 1. CD.; 6.3.2007 t. ve 2034/1109 s.lı içtihadı. (Karar yayımlanmamıştır).

şekilde mağdurdaki hastalığı aktif hale getirmek sureti ile öldürülmenin gerçekleşmesi halinde TCK.nun 82 nci maddesinin 1 nci fıkrasının a bendi kapsamında tasarlama hali de düşünülmelidir.

Bazı olaylarda kişinin fiili tavsif edilirken ölüm neticesini kabullendiği söylenebilir. Örneğin güçlü kuvvetli bir kişi, yerden yaklaşık 10 metre yüksekteki, korkuluğu olmayan, evin terasındaki mağdura yumrukla vurması halinde, mağdurun aşağıya düşüp ölebileceğini öngörür. Buna rağmen kişi, fiili icra eder ve sonucunda mağdur dengesini kaybedip düşerek ölürse, kasten yaralama basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek (m. 86/2) nitelikte olsa bile, kişi neticeyi kabullendiği için, olası kastla öldürmeden sorumlu tutulması gerekir. Hatta doğrudan mağduru aşağıya düşürüp öldürmek amacıyla fiili işlemiş ise kasten öldürmeden (m. 81) sorumlu tutulmalıdır.

Bazı hallerde illiyet bağı, mağdurdan kaynaklanan bir hareketle kesilmiş olabilir. Örneğin kavga esnasında sanığın salladığı tek bıçak darbesiyle yaralanan kişinin, arabanın direksiyonuna geçip bir müddet yol aldıktan sonra fenalık geçirip arabayı devirmesi sonucu öldüğü olayda ölüm ile yaralama arasında illiyet bağı yoktur.

Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır⁷⁵.

Ölümü meydana getirecek hareket sonrasında, bir başka hareket ölümü meydana getirirse ilk hareket illi değere sahip değildir. Doktrinde bu hali sollayan nedensellik olarak isimlendiren yazarlar mevcuttur⁷⁶. Örneğin (C) nin verdiği kimyasal bir karışımla yavaş yavaş öldürülen (A) nın, (B) tarafından silahla öldürülmesinde böyle bir durumdan bahsedilebilir. Kimyasal maddeyi maktule veren (C) nin hareketi neticenin meydana gelmesinde illi değere sahip değildir. Ancak (C) nin teşebbüsten sorumluluğu yoluna gidilebilir.

D- Fail

Suçun faili herkes olabilir. Kasten öldürme fiilini gerçekleştiren kişi fail olarak sorumlu olur. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulur.

⁷⁵ Kaymaz, s.106 dn. 182.

⁷⁶ Hakeri, s.29.

Kasten öldürme bir başkasını vasıta kılarak icra edilirse, başkasını araç olarak kullanan kişi fail olarak sorumlu olur. Araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneği yoksa, failin cezası artırılarak verilir.

Daha önce de açıkladığımız gibi faillik statüsünün söz konusu olması için kasten öldürmenin bir başkasına karşı işlenmesi gerekir. Bu sebeple intihar suç sayılmamıştır⁷⁷.

E- Mağdur

Suçun mağduru herkes olabilir. Ancak ölen kişinin Cumhurbaşkanı olması, ayrı bir suç olarak 310 ncu maddede düzenlenmiştir. Bu sebeple mağdurun Cumhurbaşkanı olması hali dışında, hiçbir ayırım gözetilmez. Suçtan zarar gören ise ölen kişinin yakınlarıdır.

Mağdurun belli özelliklere sahip olması TCK.nun 82. maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Buna göre suçun; “Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeş karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe olduğu bilinen kadına karşı” işlenmesi halinde ceza artırılır.

F- Konu: İnsan

Suçun konusunu fiilin üzerinde gerçekleştiği ‘yaşayan insan’ oluşturmaktadır. İnsan sözlükte; “iki eli olan, iki ayak üzerinde dolaşan, sözle anlaşılan, akıl ve düşünme yeteneği bulunan en gelişmiş canlı” olarak tanımlanmaktadır⁷⁸.

TCK.nun koruduğu anlamda insanın iki eli, iki ayağı olması, sözle anlaşması, akıl ve düşünme yeteneği olması şart değildir. Bu tanıma girmeyen ancak canlı olarak bir anneden dünyaya gelmiş olan kişi de; kasten öldürme suçunun konusunu oluşturabilir.

İnsan olma doğumla birlikte başlar. İnsan olabilmek için ceninin dölleme ürünü olması ve bağımsız varlık taşıması gerekir. Anne karnındaki cenine karşı insan öldürme suçu işlenemez⁷⁹. Ceninin anne karnından kısmen de olsa çıkmış

⁷⁷ Ayrıca bkz: **Hafizoğulları -Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 34.

⁷⁸ Bkz: www.tdk.gov.tr

⁷⁹ **Hakeri**, s.18.

olması gerekmektedir. Vücudunun bir kısmı ana rahminden ayrılmış bulunan çocuk kasten insan öldürme suçunun konusu oluşturabilir⁸⁰.

Suçun konusu yaşayan insan olduğu için, bebeğin yeni doğmuş olmanın yanı sıra canlı da olması gerekir⁸¹. İhtilafli hallerde failin cezalandırılabilmesi bakımından çocuğun canlı doğduğunun ispatı gerekir. Çocuğun canlı olarak doğduğu ispat edilemezse kasten öldürme suçundan bahsedilemez.⁸²

Canlı olma; bir düşünceye göre yaşama kabiliyetine sahip olmak anlamına gelir. Yaşama kabiliyetine sahip olmayan çocuk kısa bir süre yaşasa da canlı olarak kabul edilemez. Diğer bir düşünceye göre ise yaşama kabiliyeti olmasa da fiilen yaşamış olan bir canlının öldürülmesi halinde de suç oluşur.

Kanaatimizce çocuğun fiilen yaşaması yeterli olup, ayrıca yaşama kabiliyetine sahip olup olmamasının kasten öldürme suçuna bir etkisi yoktur. Çünkü fiilen yaşamış olan çocuğun da yaşama hakkının korunması gerekir⁸³.

Fiilen yaşamanın söz konusu olması için çocuğun soluk almış olmasının gerekip gerekmediği de doktrinde tartışılmıştır. Düşüncemize göre, çağdaş tıp biliminin verilerine göre çocuğun canlı olduğunun tespiti halinde soluk almış olup olmamasının önemi yoktur⁸⁴.

Çocuğun anne karnında iken anneye yönelik saldırı sonucunda doğması ve doğduktan sonra ölmesi halinde hangi suçun oluşacağını tespiti önem taşımaktadır. Kanaatimizce bu halde gerçekleşen sonuç dikkate alınarak kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

3- SUÇUN MANEVİ UNSURLARI

A- Manevi Unsur ile Kusurluluğun Birbirinden Ayrılması

Manevi unsur, işlenen fiil ile fail arasındaki psikolojik bağı ifade eder. Bu bağ kurulmadan bir suçun varlığından söz edilemez.

⁸⁰ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.10. **Demirbaş**, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, s.9 vd.

⁸¹ **Erman-Özek**, s.6 vd.

⁸² Yarg. CGK.nun konu ile ilgili 15.05.2000 tarih ve 1-101/107 E. sayılı kararı için bkz: **Hakeri**, s.19.

⁸³ **Erman-Özek**, s.6 vd.; **Hakeri**, s.19.

⁸⁴ Benzer görüş için bkz: **Erman-Özek**, s.6 vd.

İnceleme konusu suçun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür.

Belirtelim ki, kusurluluk ile manevi unsur birbirinden farklı olgulardır.

Gerçekten kusurluluk, işlediği fiil (suç) dolayısıyla kişinin muahaze edilmesini, kınanabilmesini ifade eder. Bu itibarla kusurluluk, işlediği fiille bağlantılı olarak kişi açısından yapılan bir değerlendirmedir.

Hâlbuki suçun manevi unsuru gerçekleşmediğinde, zaten suç oluşturan bir eylem mevcut değildir. Yukarıda belirtildiği gibi kusurluluk, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçtan ötürü failinin kınanabilip kınanamayacağı konusundaki yargıyı ifade etmektedir⁸⁵.

Bu itibarla işlenen fiilin suç teşkil etmesi, bir haksızlık oluşturması ile kişinin bu suçtan dolayı kınanıp kınanamayacağı ayrı ayrı hususlardır. Örneğin, akıl hastasının, bir kimsenin başına odunla vurarak yaralaması durumunda (m.32/1, 86), eylem suç (haksızlık) teşkil etmektedir. Ancak burada kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması dolayısıyla kusurlu bir davranışından söz edilemez. Bu ihtimalde fail hakkında ceza uygulanamazsa da, güvenlik tedbiri tatbik edilir (m.32/1). Bu da göstermektedir ki, suçun mevcudiyeti ile failin kusurlu sayılması farklıdır. Şu halde bir kimsenin işlenen fiilden dolayı kusurlu bulunup bulunmadığı yargısından önce, ortada tipe uygun bir suçun bulunması gerekir.

Bir suç, kasten veya taksirle işlenebilir. Şu halde, kast ve taksir suçun (manevi unsuru açısından) işleniş şekilleridir. Öte yandan failin kusurunun belirlenmesi işlenen eylemin kastlı ya da taksirli olmasıyla da yakından irtibatlıdır. Çünkü kusur yargısının dayanağını gerçekleştiren fiil oluşturduğu gibi, eylemin kastlı ya da taksirli olmasına göre de kusur farklı özellikler arz edebilir⁸⁶. Ayrıca fiil, failin, kastettiğinden başka ve daha ağır bir neticenin gerçekleşmesi halinde de sorumlu tutulması söz konusu olur. “Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” olarak isimlendirilen bu ihtimalde, failin söz konusu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından bu neticeye yönelik taksirinin bulunması gerekir (m.23).

⁸⁵ **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s.233.

⁸⁶ **Özgenç, İzzet**, Suçun Yapısında Kusur (Doçentlik Tezi), İstanbul 1997, s.78 vd. **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s.223 vd.

Aşağıda anlattığımız tüm bu hususlar bağlamında; öldürme kastı ile yaralama kastının birbirinden ayrılması için uygulamada geliştirilen kriterler, öldürmenin kasten veya olası kastla işlenmesi hali ile kasten yaralama sonucu ölüm meydana gelmesi (netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama) hususları ele alınacaktır.

B- Fiilin Nitelendirilmesi: Kişinin Kastının Öldürmeye Yönelik Olup Olmadığının Tesbiti

İnceleme konusu öldürme suçu, kasten işlenebilir.

TCK.nun 21. maddesine göre kast, “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi”dir. Kastın bu tanımı, 30 ncu maddenin 1 nci fıkrasında, “fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz” denilmek suretiyle başka bir tarzda ifade edilmiştir⁸⁷.

Fail, bir insanı öldürmek için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış, ancak daha sonra ölüm meydana gelmemiş, mağdur yaralanmış olabilir. Bu halde kasten yaralama suçu tamamlanmıştır. Ancak bu noktada fiilin “kasten yaralama” mı yoksa “kasten öldürmeye teşebbüs” mü olduğu hususu önem kazanır. Bunun için failin kastının tespiti gerekir. Böyle durumlarda kişinin fiili bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutulup kastının öldürmeye yönelik olduğu sonucuna varılırsa kasten öldürmeye teşebbüs, yaralamaya yönelik olduğu düşünülürse tamamlanmış kasten yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olur.

Failin kastı esasen iç dünyasına ilişkin olup her somut olayda değişiklik gösterebilir, tesbiti son derece zordur ve ispat hukukuna ilişkin bir problemdir. Bununla birlikte konu, önemi ve bağlantısı dolayısıyla burada incelenmektedir.

⁸⁷ “765 sayılı Yasa döneminde; her cürüm için, o suç kalıbında tanımlanan ya da belirlenen davranışla bu davranışın sonucunu bilmek ve karar verip irade etmek veya öngörülen ve suç oluşturan bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade anlamına gelen kast, 5237 sayılı Yasa sisteminde kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Bu sistemde; sadece hareket ve neticenin değil, suçun kanuni tanımındaki tüm maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi kastın varlığı için zorunludur”. Bkz: Yarg. CGK. 15.7.2008 t. ve 1-150/192 s.lı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası.)

Yargıtay uygulamada failin kastının tespitine yönelik bazı kriterler oluşturmuştur.

C- Yargıtay'ın Fiilin Nitelenmesine İlişkin Geliştirdiği Kriterler, Ceza Daireleri Arasındaki İçtihat Farklılıkları

Kasten öldürme ile yaralama suçlarını birbirinden ayıran kriterler Yargıtay CGK.nun 2.3.2010 tarihli ilamına göre; “a)Fail ile mağdur arasında olay öncesine dayalı, öldürmeyi gerektirir bir husumetin bulunup bulunmadığı, b)Olayda kullanılan vasitanın öldürmeye elverişli olup olmadığı, c)Mağdurdaki darbe sayısı ve şiddeti, d)Darbelerin vurulduğu bölgenin hayati önem taşıyıp taşımadığı, e)Failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği, f)Olay sonrası mağdura yönelik davranışları, başka bir anlatımla olayın kendine özgü tüm özellikleri dikkate alınarak” tesbit edilmelidir⁸⁸.

Yargıtay'ın bu içtihadı 765 Sayılı TCK. döneminde de aynı şekilde idi.

İfade edelim ki netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama ile öldürmeye teşebbüsün birbirinden ayrılması hususu çok kolay değildir. Uygulama, yeni mevzuatın yürürlüğe girmesinin üzerinden altı yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen tam oturmamıştır.

Yargıtay'da kasten yaralama suçuna ilişkin olaylara bakan daire ayrı (3. CD.), kasten öldürme suçuna ilişkin olaylara bakan daire ayrı olduğu ve her dairede iki ayrı heyetle çalışıldığı için de bu farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca davanın mahalli mahkemede ne şekilde açıldığı da önemlidir. Birbirine çok benzeyen iki olaydan biri mahalli savcılık tarafından netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama kabul edilip bu şekilde dava açılmakta (m. 87/1-2) ve buna göre mahalli mahkemece verilen ceza, bazen Yargıtaya gelmeden kesinleşmekte bazen de sanık tarafından temyiz edildiğinde karar, Yargıtay 3. CD. tarafından doğru bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay 3. Ceza Dairesi 16.02.2011 tarihli bir kararında; “Adli Tıp Kurumu İzmir Şube müdürlüğünün 17.11.2003 tarihli raporlarına göre av tüfeği ile yaralanma sonucu mağdurun kafatası kemik kırığı, beyin dokusu tahribatı sonucu hayati tehlikeye maruz kaldığının belirtilmesi

⁸⁸ Bkz: Yarg. CGK.nun 2.3.2010 t. ve 1-252/46 sayılı ilamı. (Kazancı İçtihat Bankası) Ayrıca bkz: **Hakeri**, s.30 vd; **Apaydın, Cengiz**; Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, İstanbul 2009, s. 114 vd.

karşısında suçun 5237 sayılı TCK'nun 86/1,3 ve 87/1-d maddesindeki karşılığı hapis cezasının alt sınırının beş yıldan az olamayacağı nazara alındığında 765 sayılı TCK'nun sanık lehine olduğu gözetilmeden yazılı şekilde yanlış uygulama ile hüküm kurulması"nı bozma sebebi saymıştır⁸⁹.

Benzer başka iki olayda ise 1.CD. fiilleri kasten öldürmeye teşebbüs saymıştır: “*Sanığın tarlasında çalışmakta olan Yasin'in yanına, yanında babası Kadir ve kardeşi Abdullah olduğu halde tırpanlarla giderek tırpanın keskin kısmı ile kafasına vurması sonucunda, sağ periyatalde 7-8 cm uzunluğunda derin kesi ve 2,5x3 cm ebadında çökme kırığına bağlı kraniyektomi defekti oluşturduğu, beyin dokusunda zedelenme meydana getirdiği olayda; kullanılan aletin niteliği, mağdura vurulmasındaki şiddeti, meydana gelen yaralanmanın niteliği dikkate alındığında kastın öldürmeye yönelik olduğunu kabulü gerekirken yazılı şekilde suçun yaralama olarak vasıflandırılması*”⁹⁰.

“Mağdurun, av tüfeği ile bir el ateş edilmesi sonucu, hayati tehlike geçirmeden 7 gün mutad iştigaline engel olacak şekilde yaralanması olayında, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüs nedeniyle 35. madde

⁸⁹ Bkz: Yarg. 3. CD'nin 16.02.2011 t. ve 18033/1704 s.lı kararı. Benzer yönde derlediğimiz bazı kararlar şöyledir: “ (...) Eylem nedeniyle müdahilin hayati tehlike geçirdiği, sağ frontal bölgede 4x4,5 cm kemik defekti olduğu, kırığın hayat fonksiyonlarını 4. derece etkilediği ve müdahilde uzuv zaafi meydana geldiği Adli Tıp raporundan anlaşılmış olmakla, ceza tayininde yaranın ağırlığı dikkate alınarak asgari haddten uzaklaşılması gerektiğinin gözetilmemesi”. (Yarg. 3. CD'nin 30.05.2011 t. ve 2024/7483 s.lı kararı.) “Sanığın mağduru hayati tehlike geçirecek tarzda silah ile yaralaması eyleminden dolayı 5237 sayılı TCK'nun 87/2-son cümle gereğince tayin olunacak hapis cezasının 5 yıldan az olamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde eksik tayini temyiz edenin sıfatına göre bozma nedeni yapılmamıştır”. (Yarg. 3.CD., 31.01.2007 t. ve 14229/659 s.lı kararı.). “Sanık Mehmet Yalavuz'un aşamalarda ki savunmasında; Mağdur Gazi'nin elindeki tüfeği kendisine doğrultarak kendilerini öldüreceğini söylediğini, kendisinde bu tüfeği sarhoş olan sanığın elinden almaya çalıştığı sırada tüfeğin patladığını Gazi'nin ayağından yaralandığını savunmasına, Mağdur Gazi Kayalar savunmasında; sanık Mehmet Yalavuz'un tüfekte diz ve diz altına iki kez ateş ettiğini arkasından kalçasınada iki kez ateş ederek kendisini yaraladığını belirtmesine, Adli Tıp Kurumu Başkanlığının 25/07/2005 tarihli raporuna göre; Gazi Kayalar'ın ateşli silah yaralanması sonucunda, hayati tehlike geçirecek, uzuv tatili oluşacak ve kemik kırığının hayat fonksiyonlarını 5 ağır derecede etkileyecek nitelikte yaralandığını belirlemesi karşısında; sanık Mehmet Yalavuz'un mahkumiyetine karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde beraat kararı verilmesi”. 3. CD'nin 8.2.2010 t. ve 3267/1769 s.lı kararı.

⁹⁰ Bkz: Yarg. 1. CD'nin 17.01.2008 t. ve 2750/28 s.lı kararı.

ile yapılan uygulama sırasında alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza tayin edilmesi yerine üst sınırdan ceza tayin edilmesi⁹¹.

⁹¹ Bkz: Yarg. 1. CD'nin 28.02.2008 t. ve 7914/1500 s.lı kararı. Benzer yönde derlediğimiz bazı kararlar şöyledir: “Tabanca gibi etkin bir silahla yakın mesafeden mağdurun karın bölgesi hedef alınarak yapılan atış sonucu, ince bağırsak, kolon ile sol böbrek yaralanmasına ve sol böbreğin alınmasına hayati tehlike de geçirerek 25 gün iş ve gücüne engel olacak şekilde yaralandığı olayda, hedef alınan vücut nahiyesi, kullanılan silahın niteliği, atış mesafesi ve hasıl olan harabiyet nazara alındığında sanığın ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu ve bu nedenle öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması”. (Yarg. 1.CD., 04.12.2006 t. ve 3971/5425 s.lı kararı.). “Sanığın mağdurun kafa ve boyun bölgesine birden çok kez tavra ile vurarak, sol temporopariyetal bölgede çökme kırığına neden olduğu, mağdurun hayati tehlike geçirdiği, çökme kırığının hayat fonksiyonlarını ağır (4.) derecede etkilediği olayda, teşebbüs nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 35.maddesi ile uygulama yapılırken, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak, alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza tayini gerekirken, hiç isabet almayan mağdurlara yönelik eylemlerde verilebilecek şekilde alt sınırdan ceza verilmesi”. (Yarg. 1. CD'nin 11/10/2010 t. ve 4328/6504 s.lı kararı.) “Ateşli silah yaralamasına bağlı olarak mağdur İhsan'da sağ maxilla bölgede 3x0,5 cm sıyrık ve ekimoz tesbit edildiği, mağdurun hayati tehlike geçirmediği ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte yaralandığı; mağdur Cafer de ateşli silah yaralamasına bağlı sol acetebulum parçalı 3.dereceden kırık tesbit edildiği, mağdurun hayati tehlike geçirmediği anlaşıldığı halde, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüs nedeniyle 13 yıldan 20 yıla kadar hapis cezasını öngören TCK.nun 35. maddesi ile yapılan uygulama sırasında alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza tayin edilmesi yerine 16 yıl hapis cezası verilerek fazla ceza tayini”, 1. CD'nin 31/03/2010 t. ve 5850/1990 s.lı kararı. “Sanık Kemal'in mağdur İsmail'i darp etmesi sonucu, mağdurun "baş sağ parietal bölgede açık çökme kırığı ve kraniektomiye" neden olacak şekilde yaralandığı olayda; Darbenin hayati bölgeye doğrudan yöneltilerek yapılması dikkate alındığında, sanık Kemal'in öldürme kastı ile hareket ettiğinin kabulü ile öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde suç vasfının belirlenmesinde hata edilmesi”. (Yarg. 1. CD'nin 24.02.2009 t. ve 9541/873 s.lı kararı.). “(...) mağdura ait Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 22.02.2006 ve 15.10.2007 tarihli raporlarına göre; suç tarihi itibarıyla 18 yaşından küçük olan mağdurun çobanlık yaptığı sırada koyunlarının sanığın başına girmesi üzerine sanığın mağduru ikaz ederek hayvanlarını çıkarmasını istediği, buna sinirlenen mağdurun, sanığa küfürler ederek elindeki sopayla üzerine yürümesinin haksız tahriki altında kalan sanığın, elindeki kürekle mağdurun hayati önemi bulunan baş bölgesine kuvvetli bir şekilde vurarak sol temporalde 7x2 cm. çapında 1 cm derinliğinde açık çökme kırığı oluşturacak şekilde yaralandığı, yaşamsal tehlike geçiren, 45 gün iş ve gücünden kalan mağdurda iyileşmesi kabil olmayacak derecede devamlı akıl hastalığı oluşturduğu anlaşılma; kullanılan aletin elverişliliği, hedef alınan baş bölgesinin yaşamsal önemi, darbenin şiddeti ve meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığı karşısında sanığın tahrik altında kasten öldürmeye teşebbüs ettiğinin kabulü ile 765 sayılı TCK'nun 448,62 ve 51 maddeleri ile 5237 sayılı TCK'nun 82/1-e,35 ve

Bu tür içtihat farklılıklarının direnme kararı veya Başsavcılığın itirazı müessesesinden yararlanarak ve bilimsel esaslar dikkate alınarak yeknesak hale getirilmesi faydalı olacaktır. Bu tür durumlarda mahalli mahkemelerce verilen cezaların yetersiz kaldığını gören bazı hukukçular; bu adaletsizliğin giderilmesi için “aleyhe bozma yasağı”nı kanundan çıkarılması gerektiğine dair görüşler ileri sürülmektedir.

Bizce, “aleyhe bozma yasağı”nı kanundan çıkarılmak yerine, mahkemelerden verilen kararların standartlarını yükseltmenin yolunu aramak daha doğru olacaktır.

Aşağıda fiilin nitelendirilmesine ilişkin Yargıtay tarafından geliştirilen kriterler, değerlendirilecektir. Kuşkusuz bu kriterler sınırlı sayıda kabul

29 maddelerinin Yargıtay denetimine imkan verecek açıklıkta uygulanıp, sonuçları birbirleriyle karşılaştırılarak lehe olan hükmün belirlenmesi ve uygulamanın ona göre yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi”. (1. CD’nin 21/04/2009 t. ve 350/2305 s.lı kararı.). “1)Sanığın, sokak lambaları ile aydınlatmanın sağlandığı meydana, hedef gözeterek, öldürmeye elverişli tüfek ile 15-20 metre gibi etkili mesafeden 3 el ateş ederek mağduru sol kolundan yaraladığı, radius ve ulna proximal diafiz parçalı kırıklarına, radial ve ulnar arter lezyonlarına neden olan ateşli silah yaralanması nedeniyle mağdurun hayati tehlike geçirdiği, yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilemez nitelikte olduğu, vücuttaki kemik kırıklarının ve çıkıklarının hayat fonksiyonlarına etkisinin ağır (4.) derecede olduğu, olaya bağlı olarak sol üst ekstremitede gelişen fonksiyonel kaybın organlardan birinin işlevinin yitirilmesi niteliğinde olduğu anlaşılmalı, sanığın, eylemine uyan kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine yaralama suçundan yazılı şekilde karar verilmesi”, 1. CD’nin 24/03/2010 tarih ve 8627 /1795 sayılı kararı. Sanığın, av tüfeğiyle yakın uzaklıktan 7 el ateş ederek mağduru sağ uyluk posterolateralde 5x4 boyutunda ve sol uyluk posterolateralde 5x5 boyutunda meydana gelen toplu girişler sonucu, bilateral femur açık parçalı kırığa ve solda siyatik sinir kesisine neden olup, uzun tatiline ve 120 gün mutad iştigaline engel olacak şekilde yaraladığı olayda; Eylemde kullanılan silahın özellikleri, atış mesafesi, atış sayısı, hedef alınan vücut bölgesi ve hasil olan yaralanmaların niteliği dikkate alındığında, ortaya çıkan kastın öldürmeye yönelik olduğu ve bu nedenle kasten adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde yaralama suçundan hüküm kurulması. (Yarg. 1. CD’nin 01.10.2007 t. ve 4905/7074 s.lı kararı.) “ Yakın mesafeden tüfekle 4 el ateş etmesi sonucunda solda popliteal arter ve peroneal sinir lezyonlarına, sağda femur ve tibia açık parçalı kırıklarına neden olarak, hayati tehlike oluşturup, 120 gün iş ve güce mani olacak şekilde kardeşi olan mağduru yaralayan sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 35. maddesinin uygulanmasında, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde en alt sınırdan ceza tayini”. (Yarg. 1. CD’nin 25.04.2008 t. ve 2773/3372 s.lı kararı.).

edilmemelidir. Olayın niteliğine göre bazen bir kritere dayanılarak değerlendirme yapılabilirken çoğu zaman bu kriterlerin birkaçı veya hepsi birden kullanılarak fiil nitelendirilmektedir. Ayrıca, sanığın ikrarı ya da diğer deliller kişinin kastını ortaya çıkarmaya yarıyorsa, fiil vasıflandırılırken bu deliller de dikkate alınır.

a- Mağdur ile Fail Arasındaki Husumet Sebebi ve Mahiyeti

Fail ile mağdur arasında, öldürme suçunun işlenmesine sebep olabilecek derecede bir husumet bulunup bulunmadığı, öldürme kastının tespitinde kullanılan kriterlerden biridir. Taraflar arasında husumet bulunması tek başına yeterli değildir. Bu düşmanlık failin mağduru öldürmesini gerektirecek boyutta olmalıdır. Husumetin bu boyutta olup olmadığının takdiri yargılamayı yapan mahkeme tarafından belirlenecektir.

Yargıtay; taraflar arasında husumet yoksa, kastın yaralamaya yönelik olduğunu kabul etmektedir. *“Daha önce aralarında öldürmeyi gerektirecek bir husumet bulunmayan amcasına güürültü yapması ve küfretmesi nedeniyle kızmış olan sanığın, yanına daha nitelikli birkaç fişek yerine içinde kuş saçması ile doldurulmuş bir fişek bulunan tek kırma av tüfeğini alarak amcasının evine gitmek ve evin dış kapısından girer girmez, merdivenlerin yukarısında, kendisine 2,5 metre mesafede ayakta durmakta olan amcasına tehevürle "seni öldüreceğim" biçiminde bağırduktan sonra, mani sebebin olmadığı anlaşılan fiziki ortamda, kaçma veya eğilerek vurulmaktan kurtulma imkanı bulunmayan mağduru rahatlıkla vurma olanağına sahipken, mağdur yerine tavana doğru ateş etmekten ibaret olan eylemi bir bütün halinde adam öldürmeye teşebbüs değil, "korkutma kastıyla" icra edilen silahla tehdit suçunu oluşturur”⁹².*

“Oluşa ve dosya kapsamına göre; olaydan önce sanığın işlettiği ticari takside bir süre şoför olarak çalışan maktulün, sanığa borçlanıp borcunu ödememesi üzerine işten çıkartıldığı, sanığın alacağını istemesine rağmen ödemediği, olay günü yine borç konusunu görüşmek üzere buluştukları, sanığın aracın şoför koltuğuna, maktulün de arka koltuğa oturduğu, çıkan tartışmada maktulün, küfür ederek arkadan sanığın boğazına sarılması üzerine, sanığın cebindeki tükenmez kalemı çıkararak maktule doğru iki kez salladığı, maktulün sol gözünden yaralandığı, olay yerinde bulunan sanığın kardeşi tarafından

⁹² Bkz: Yarg CGK.nun 17.2.2009 t. ve 1-208/27 s.lı içtihadı. (Kazancı İçtihat Bankası.)

hastaneye götürülen maktulün tedaviye rağmen hastanede öldüğü olayda; Özellikle hayati bölgelerin hedef alındığını gösterir kesin kanıt bulunmaması, sanık ile maktul arasında öldürmeyi gerektirir husumetin olmaması, kullanılan vasitanın niteliği, engel bir durum olmamasına rağmen kendiliğinden eylemine son vermesi dikkate alındığında, sanığın öldürme kastını açığa çıkaran kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı anlaşılmalı; yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan 5237 sayılı TCK.nun 87/4 maddesi gereğince hüküm kurulması yerine kasten öldürme suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş”tir⁹³.

b- Suçta Kullanılan Saldırı Aleti, Kuvveti ve Tesir Mesafesi

Sanığın suçun işlenmesinde kullandığı saldırı aleti, kastının tespiti için kullanılan kriterlerden biridir. Sanığın kullanmış olduğu alet ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli ise, fiilin öldürmeyle yönelik olduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay 1. CD., 29.12.2009 tarihli içtihadında; “(...) sanıklar İsmail ve Ali arasında çıkan kavgada, sanık İsmail’in, ayırmak için yanlarına gelmek isteyen Ertuğrul’u tabanca ile etkili mesafeden, hayati bölgelerini hedef alarak, batından bir isabetle mide, karaciğer yaralanması oluşturacak, dalağın alınması nedeniyle organ kaybı meydana getirecek, hayati tehlike geçirmesine sebebiyet verecek şekilde yaraladığı olayda, sanığın eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşıldığı halde, kasten öldürmeye teşebbüs yerine kasten yaralama suçundan hüküm kurulması”nı bozma sebebi saymıştır⁹⁴.

Görüldüğü gibi Yargıtay, tabanca ile etkili mesafeden atış yapılmışsa, kişinin öldürmek amacıyla hareket ettiğini kabul etmektedir.

⁹³ Yarg. 1. CD.nin 15.06.2011 t. ve 3582/3885 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.) “(...) Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulamalarına göre, sanıkla mağdur arasında olay öncesine dayalı öldürmeyi gerektirecek bir husumetin bulunmadığı, sanığın 1,5-2 metre gibi çok yakın mesafeden, mağdurun bacaklarına hedef almak suretiyle ateş ettiği, her hangi bir engel sebep olmadığı, ve tabancanın şarjöründe 3 adet mermi bulunduğu halde, kendiliğinden eylemine son verdiği, mağdurun bu yaralanma sonucu hayati tehlike geçirmeksizin 120 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı, bu yaralama nedeniyle ameliyat edilmeseydi dahi hayati tehlikenin söz konusu olmadığı anlaşılmasına göre, sanığın eyleminin silahla yaralamak suçunu oluşturduğunu kabul zorunluluğu vardır”. Bkz: Yarg. CGK. nun 07.12.1992 t. ve 1-318/334 s.lı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁹⁴ Yarg. 1. CD.nin 29.12.2009 t. ve 9718/8198 s.lı içtihadı. (Karar yayımlanmamıştır.)

Saldırı aletinin niteliğinin yanı sıra kullanılış biçimi de fiilin nitelendirilmesinde önem taşımaktadır. Saldırı aletinin kesici, delici alet olması, somut olayda kullanılış biçimi ve meydana gelen netice failin kastının öldürmeye yönelik olduğunu gösterebilir⁹⁵.

c- Buldukları Yerin Durumu

Fail ve mağdurun bulunduğu konum, öldürme kastının tespitinde önem arz etmektedir⁹⁶. Fail, mağdurun yakınında olmasına rağmen hayati bölgelerine ateş etmemişse, kastının öldürmeye yönelik olmadığı değerlendirilebilir. Ancak yakın mesafeden yapılan atışın sayısı fazla ise, fiilin öldürmeye yönelik olduğu belirtilebilir.

Yargıtay 1.CD. 09.12.2009 tarihli kararında; “ *Dosya kapsamına göre; sanığın, av tüfeğiyle maktule Emine’ye 2 el ateş ederek öldürdükten sonra, maktulenin yanındaki kucağında 2000 doğumlu küçük kızı mağdure Kübra bulunan mağdure Meliha’yı öldürmek amacıyla yakın mesafeden hayati bölgelerini hedef alarak av tüfeğiyle ateş ettiği anlaşılmakla; sanığın, Meliha’nın kucağında mağdure Kübra olduğunu gördüğü ve ateş ettiğinde Kübra’nın da hayati bölgelerinden yaralanması muhakkak olduğu halde, ateş ederek mağdure Kübra’yı sağ omuz anterior, aksiler bölge, kol ve ön kol bölgesinden, hemopnömotoraksa, humerus, ulna ve radius kırıklarına neden olacak, hayati tehlikeye maruz kılıp, 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaraladığı, mağdure Meliha’yı da sol üst meme, sol koltuk altı aksilla anterior, aksilla orta hat ve sol kol medialden, hayati tehlikeye maruz kılıp 15 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaraladığı olayda; sanığın mağdure Kübra’ya yönelik kastının da öldürmeye yönelik olduğu eyleme bağlı olarak açığa çıktığı halde, suçun olası*

⁹⁵ “Somut olayda sanık, suç aleti orak elinde olduğu halde 150 m kadar koşarak maktulün yanına vardıktan sonra saldırıp orakla sağ uyluk arka kısmına vurmuş, bulunduğu yere düşen maktul femoral arter kesisi nedeniyle çok kısa süre içinde ölmüştür. Suçta kullanılan orağın niteliği, olayda etkin biçimde kullanılmış olması, darbenin sağ uylukta 8 cm derinliğe ulaşmış femoral arter kesisine neden olacak ve derhal ölüm sonucunu doğuracak şiddette yöneltilmiş olması karşısında sanığın kastının Özel Daire bozma ilamında belirtildiği üzere öldürmeye yönelik olduğu, bu nedenle eyleminin kasten adam öldürme suçunu oluşturduğu anlaşıldığından, sanığın eyleminin etkili eylem sonucu adam öldürme suçunu oluşturduğuna ilişkin Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir”. Bkz: Yarg. CGK’nun 27.11.2001 t. ve 1-264/277 sayılı kararı. Karar için bkz: **Yaşar-Gökçen-Artuç**, s.2575.

⁹⁶ **Yaşar-Gökçen-Artuç**, s.2575.

kasıtlı öldürmeye teşebbüs⁹⁷ olarak kabul edilmesi” sebebiyle yerel mahkemenin hükmünü bozmuştur⁹⁸.

Silahın tesir mesafesinden hayati bölgeleri hedef alarak ateş etmek, öldürme niyetini ortaya koyar⁹⁹.

d- Mağdurun Vücudunda Meydana Gelen Yara Yeri ve Mahiyeti

Uygulamada en çok kullanılan kriter mağdurun vücudunda meydana gelen yara yerleri ve yaranın mahiyetidir. Yara yerleri ve mahiyetlerinin tespiti Adli Tıp Kurumu Başkanlığı’na yapılmaktadır.

Mağdurda meydana gelen yaranın yeri ve mahiyeti dikkate alındığında, hayati tehlike oluşturabilecek nitelikte ise, failin kastı öldürmeye, isabet bölgesi ve meydana gelen yaralanma ölüm meydana getirecek nitelikte değilse yaralamaya yönelik denilebilir.

⁹⁷ Olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

⁹⁸ Yarg 1.CD. 09.12.2009 t. ve 2481/7560 s.lı kararı. Bkz: **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s. 2575. “Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanık ile maktulün aynı mahallede oturduğu, maktulün çeşitli defalar sanıktan para istediği, çevrede çekinilen bir kişi olarak tanınan maktulden korkan sanığın bu istekleri geri çevirmeyerek maktule para verdiği, olay günü de maç izlemek için birahaneye giden sanığı gören maktulün yanına gelmek istemeyen sanığı ısrarla ve aşağılayıcı sözlerle yanına çağırarak sanıktan yine para istediği, istenen miktarı veremeyeceğini söyleyen sanığa yönelik hakaretlerine devam ettiği, çevreden rahatsız olanların uyarısı üzerine, maktulün sigara içmek için birahane dışına çıktığı, sanığın ise bir müddet daha içerde kalarak maktulün gitmiş olabileceğini düşünerek evine gitmek üzerine birahanedan ayrıldığı, dışarı çıkan sanığı gören maktulün tekrar hakaret ederek sanığı yanına çağırdığı, sanığın koluna girerek onu kuytu bir yere götürmeye çalıştığı, ancak sanığın buna direndiği, bu esnada sanıktaki tabancayı fark eden maktulün tabancayı almak istemesi üzerine, sanığın geri çekilerek yakın mesafeden maktulün sol bacağına hedef alarak iki el ateş ettiği, engel olmadığı halde eylemini sürdürmeyip kaçıp gittiği, maktulün sol femur ve sol tibia bölgelerinden giriş çıkış yapan mermi isabetleriyle yaralandığı ve sol femur bölgesinde damar delinmesine bağlı dış kanama sonucu öldüğü olayda, sanığın kastının yaralama olarak vasıflandırılarak 5237 sayılı TCK.nun 87/4. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde kasten öldürmek suçundan cezalandırılması suretiyle fazla ceza tayini, bozmayı gerektirmiş”. Bkz: Yarg. 1. CD.nin 2011/416 E., 2011/3742 s.lı kararı. (Karar yayımlanmamıştır.)

⁹⁹ “Kullanılan malzemenin cinsine göre, tek bir atışla çeşitli büyüklüklerde çok sayıda saçma isabet ettirebilme olanağı sağlaması nedeniyle av tüfekleri, vücut bütünlüğüne zarar verme ve ölüm sonucunun elde edilmesinde son derece etkili bir silahtır. Av tezkeresi sahibi ve geçmişte beş değişik av tüfeğinin maliki olduğu anlaşılan sanığın, av tüfeklerinin bu niteliğini bilmediğinden söz etmek de olanaklı değildir”. Bkz: Yarg CGK.nun 12.3.2002 t. ve 1-45/203 s.lı kararı. (**Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.2575.)

“Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanık Talat'ın azmettirmesiyle sanık Canku'nun etkili mesafeden hedef alarak tabancayla bir el ateş etmesi üzerine, batin bölgesinden isabet alan mağdurun transver kolon, jejunum ve sol kommon iliak arter lezyonlan, brid ileu, jejunostomi, bilateral hemotoraks, L5 korpus vertebra sağ lateralinde parçalı kırık ve sağ sakroiliak eklemi içine alan iliak kemik kırığı nedeniyle yaşamsal tehlike geçirdiği ve kırık nedeniyle hayat fonksiyonlarının ağır-4 derecede etkilendiği, batındaki geniş rektum diastazi ile sağ alt ekstremitedeki fonksiyonel kaybın organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması niteliğinde olduğu olayda; Hedef alınan vücut bölgesi, kullanılan aletin elverişliliği, yaranın yeri ve niteliği hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların ortaya çıkan kasularının öldürmeye yönelik olduğu anlaşıldığı halde, sanık Canku'nun kasten insan öldürmeye teşebbüs, sanık Talat'ın ise kasten insan öldürmeye teşebbüse azmettirme suçlarından cezalandırılmaları yerine, suçların niteliğinin tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde kasten yaralama ve bu suça azmettirme suçlarından yazılı şekilde karar verilmesi”¹⁰⁰.

(...) “sanığın, tesadüfen karşılaştığı maktulden sigara istediği, sigara kullanmayan maktulün sanığın bu isteğini geri çevirdiği, bunun üzerine sanığın, maktulün sağ kasık bölgesine ele geçirilemeyen bıçakla bir kez vurarak, eylemini devam ettirmeden kaçtığı, maktulün büyük damar kesilmesinden kaynaklanan dış kanama sonucu öldüğü olayda, 1) Hedef alınan vücut bölgesi, engel halin bulunmayışı ve ölüm nedeni dikkate alındığında, sanığın eylemine bağlı olarak ortaya çıkan kastın öldürmeye yönelik olduğuna dair kesin ve inandırıcı delillerin bulunmadığı, eyleminin "kasten yaralama sonucu ölüme neden olma" suçunu oluşturduğu gözetilmeden, 12 ile 16 yıl aralığında hapis cezası öngören TCK.nun 87/4.maddesi uyarınca, aynı Kanununun 61.maddesine göre, suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer dikkate alınarak üst sınırdan cezalandırılması yerine, suçun niteliğinde yanılığa düşülerek, "kasten öldürme" suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Yarg. 1. CD.nin 08.02.2011 t. ve 7259/503 sayılı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

¹⁰¹ Yargıtay 1. CD.nin 12.5.2011 tarih ve 7158/3028 sayılı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.) Yargıtay CGK. 27.02.1995 tarihli ve 1-10/41 no'lu kararında; “Dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, mağdurla sanık arasında geçmişe dayanan ve öldürmeyi gerektirecek hiçbir husumet bulunmamaktadır. Olay; sanık ve arkadaşının oto ile geçmekte oldukları yolun mağdurun bulunduğu gruptaki kişilerin kendi aralarındaki kavga sonucu kapanması nedeniyle, aniden başlayıp mağdurun silahla yaralanması ile

“Sanıkların, maktul Emine'yi kasten öldürmek suçundan kurulan hükümler yönünden; Sanıkların gece vakti aralarında husumet bulunan mağdur Ferdi'nin kardeşleri ve annesi maktule ile birlikte oturdukları evin önünden birkaç defa geçerek mağdur Ferdi'yi buldukları araca çağırdıklarını gören maktulenin, çocuklarıyla birlikte sanıkların yanına giderek ayrılmalarını istedikleri sırada başlayan tartışma ve kavgada, sanıkların tabancalarını çekerek ateş etmeleri sonucunda, maktulenin otopsi raporunda belirtildiği şekilde, sol uyluk 1/2 orta iç yandan giren ve sol uyluk 1/3 alt dış yandan çıkan bir adet ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı büyük damar yaralanmasından gelişen dış kanama sonucu öldüğü olayda, maktuledeki yaranın yeri ve niteliği ile olayın özelliği dikkate alınarak, sanıkların eyleminin TCK.nun 87/4.maddesi bağlamında kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan, yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde kasten insan öldürmek suçundan cezalandırılmaları”¹⁰².

e- Failin Fiiline Kendiliğinden mi, Yoksa Engel Bir Nedenden Dolayı mı Son Verdiği Hususu

Yargıtay fiili tavsif ederken failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiğine de bakmaktadır. Bu kriter failin kastını tesbit etmekte faydalı olacağı gibi fiilin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığını da belirlemeye yarar.

“Dosya kapsamına göre; sanık Ali'nin, önceden tanıştığı mağdur Sıdika'ya evlenme teklif ettiği, ancak mağdurun bu teklifi kabul etmediği, bir süre sonra

sonuçlanmıştır. Gerek sanığın savunması ve gerekse mağdurun bulunduğu gruptaki tanık anlatımlarına göre, yere düşen mağdur ile sanık arasında en fazla 2-3 m. Mesafede bulunmakta olup, sanığın bu mesafeden mağdura 8 el ateş etmesine rağmen raporda belirtildiği gibi, bu atışlardan üçü ayaklarına, biri de hayati bölge sayılan sağ hipokandriuma cilt altı seyirli bir yara meydana getirecek şekilde isabet etmiştir.(...) İncelenen olayda; belirtilen yakın mesafeden, silahındaki bütün mermileri mağdurun hayati bölgelerine yöneltme ve isabet ettirme imkanı varken sanık, atışlarının çoğunu mağdurun ayaklarına isabet ettirmiştir. Hayati bölgeye vaki isabetin ise yere düşen mağdurun yerden kalkmaya çalışması ile vücudunun mobil hale gelmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. (...) Açıklandığı üzere, suçun işleniş nedeni ve biçimi, mağdura vaki isabet sayısı, mermilerin biri dışında, diğerlerinin hayati önemi haiz olmayan ayaklara isabet etmesi ve rapordaki mütalaa nazara alındığında, sanığın yaralama kastı ile hareket ettiği anlaşıldığından, direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir” denilmiştir.

¹⁰² Bkz: Yarg. 1. CD.nin 10.3.2011 t. ve 4594/1216 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

teklifini tekrarlayan sanığın mağdurdan yine aynı cevabı aldığı, olay günü, mağdurun iş görüşmesi yapmak için sanığın da tesadüfen bulunduğu bara gittiği, burada işyeri sahibi tanık Nihat'la konuşmaya başladığı, bu sırada sanığın, yerinden kalkarak mağdura doğru yöneldiği, omzundan tutup kendisine doğru çevirdiği, mağdurun hayati önemi bulunan sağ göğüs bölgesine, kolunda sakladığı namlu kısmı 13 cm. uzunluğundaki bıçakla bir kez vurduğu, mağdurun sağ göğüs üst kısmından aldığı darbenin toraksa نافız olduğu, pnömotoraksa ve hayati tehlikeye sebebiyet verdiği, tanık Nihat ve bar çalışanlarının üzerine atlayıp bıçağı almaları sonucu, sanığın eylemini tamamlayamadığı olayda, Hedef alınan vücut bölgesinin yeri, suç aleti bıçağın öldürmeye elverişliliği, mağdurdaki yaranın niteliği ve engel halin varlığı dikkate alındığında, sanığın, öldürme kastının eylemine bağlı olarak ortaya çıktığı anlaşıldığı halde, "öldürmeye teşebbüs" suçundan cezalandırılması yerine, suçun niteliğinde hataya düşülerek, yazılı şekilde "kasten yaralama" suçundan cezalandırılması¹⁰³.

"(...) sanıkla mağdurlardan Fatma'nın sekiz yıldır evli oldukları ve müşterek iki çocuklarının bulunduğu, olaydan yedi ay kadar önce eşinden şiddet gördüğü gerekçesiyle boşanma davası açan ve çocuklarını kayınvalidesi tanık Gafure'ye bırakan mağdur Fatma'nın, annesi mağdur Aysel'in evinde yaşamaya başladığı, bir süre sonra çocuklarını da yanına aldığı, olay günü sanığın, eşi ve çocuklarının bulunduğu ve eşiyile boşanma aşamasına gelmelerinden sorumlu tuttuğu kayınvalidesi mağdur Aysel ve baldızı mağdur Yasemin'in evine giderek kapıyı çaldığı, kapıyı açan mağdur Fatma'ya, bir süre bekledikten sonra, 6136 sayılı Kanun kapsamındaki tabancasını çıkartarak bir el ateş ettiği, sanığın rahatlıkla isabet sağlayacak kadar yakın mesafede bulunmasına rağmen, mağdur Fatma'ya karşı eylemine devam etmediği, bu kez karşısına çıkan ve asıl hedef gördüğü mağdurlar Aysel ve Yasemin'i hedef alıp, "hepinizi öldüreceğim" diyerek yenilediği kastıyla tekrar ateş etmeye başladığı, mağdur Aysel'in, batın sağ alt kadrandan aldığı isabetin, bağırsak yaralanmasına, apandisin alınmasına ve hayati tehlikeye neden olduğu, mağdur Yasemin'in ise kendisine siper ettiği sağ kol bölgesinden aldığı isabetle hayati tehlike geçilmeyecek ve basit tıbbi müdahale ile giderilmeyecek şekilde yaralandığı, sanığın aynı zamanda gürültüleri duyup alt kattan olay yerine gelen, mağdur Aysel'in komşusu mağdur Hasret'in de ayaklarını hedef alarak, kaval kemiğinden

¹⁰³ Yarg. 1. CD.nin 8.3.2011 t. ve 5523/1326 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

yaralanmasına sebebiyet verdiği, mağdurların yardım için bağırımları ve tabancasındaki mermilerin bitmesi üzerine sanığın eylemlerini tamamlayamadan kaçtığı olayda; Hedef alınan vücut bölgelerinin yeri, suç aleti tabancanın öldürmeye elverişliliği, mağdurlar Aysel ve Yasemin'deki yaralarının niteliği ve engel hallerin varlığı dikkate alındığında, öldürme kastının eylemlerine bağlı olarak ortaya çıktığı anlaşılan sanığın, mağdurlar Aysel ve Yasemin'i "öldürmeye teşebbüs" suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması yerine, suçların niteliğinde hataya düşülerek, yazılı şekilde "kasten yaralama" suçlarından cezalandırılması¹⁰⁴.

f- Hadisenin Sebebine Göre, Başlangıç, Devam ve Sona Ermesini Kapsayan Oluşu

Öldürme fiilinin öncesinde ve sonrasında yaşanan olayların, öldürme kastının tespiti için değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁵.

“(..) sanığın, parkta yürüyüş yapmakta olan ve daha önceden tanımadığı maktulle konuşma ve tartışma olmaksızın, herhangi bir neden yokken, maktulden habersiz bir şekilde arkasından gelerek, bıçakla maktulün sağ uyluk kısmından bir kez vurup bıçağı bacağının içinde çevirdiği, sağ uyluk 1/3.posteriorda T şeklinde 3,5x3 cm.lik bir açısı dar, bir açısı çevirme nedeniyle tespit edilemeyecek şekilde giren bıçağın femoral arteri yaralayarak, sağ uyluk 1/3 üst ön yüzden 3 cm.lik yara oluşturarak sonlandığı ve büyük damar kesilmesinden gelişen iç ve dış kanama sonucu maktulün öldüğü olayda; suçta kullanılan aletin öldürmeye elverişliliği, darbenin şiddeti ve sanığın bıçağı maktulün sağ uyluk kısmına sapladıktan sonra içerde çevirmesi hususları dikkate alındığında, sanığın eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu ve kasten insan öldürme suçundan 5237 sayılı TCK.nun 81,31/3,62.maddeleri ile cezalandırılması gerektiği düşünülmemektedir, suçun niteliğinde yanılığa düşülerek kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan TCK.nun 87/4, 31/3,62.maddelerine göre hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini¹⁰⁶.

“Aşırı derecede alkollü olan sanığın, rastgele salladığı bıçağın kavgayı ayırmaya çalışan maktule isabet ettiği, sol uyluk 1/3 üst ön yüzde meydana gelen bir adet bıçak yarasının büyük damar kesilmesinden gelişen dış kanama

¹⁰⁴ Bkz: Yarg. 1. CD.nin 15.3.2011 t. ve 1854/1545 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

¹⁰⁵ Yaşar-Gökcan-Artuç, s.2577.

¹⁰⁶ Yarg 1. CD.nin 10.05.2011 t. ve 4378/2943 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

nedeniyle maktulün ölümüne neden olduğu, kavganın hareketli ortamında hedef seçme imkanı bulunmayan sanığın, hedef gözetmeksizin bıçak salladığı ve tek darbe ile yetindiği, öldürme kastını ortaya koyacak başkaca davranışı bulunmadığı, öldürülen ile arasında husumet mevcut olmadığı saptandığından ve olayda yaralama kastı ile hareket ettiği, gösterilen gerekçeye ve kabule göre de sanığın bıçağı rastgele salladığının kabul edildiği anlaşıldığından, sanığın kastının yoğunluğu nazara alınarak temel cezanın tayininde teşdit uygulanması gerektiği de gözetilmek suretiyle eylemine uyan 5237 sayılı TCK.nun 87/4, 62.maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine, vasıfta hata ile yazılı şekilde kasten insan öldürme suçundan hüküm kurularak fazla ceza tayini”¹⁰⁷.

Görüldüğü gibi somut olayın gerçekleşme şekli, kastın tespiti için önem arz etmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Yarg. 1. CD.nin 10.3.2011 t. ve 1250/1212 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

¹⁰⁸ “ (...) sanık Bilal'in bıçakla, maktulü birisi batın diğeri sol kol omuz bölgesinde olmak üzere iki isabetle yaraladığı, bunlardan batın sağ üst kadrındaki yaranın midklavikuler hatta, sağ memenin yaklaşık 7-8 cm altında, 2 cm derinliğinde, 2 cm uzunluğunda olduğu, diafragmayı delip batma girerek karaciğer üzerinde 0,3 cm derinliği olan 2 cm.lik yaralanma meydana getirdiği, anılan yaranın yaşamsal tehlike yaratır nitelikte olduğu ve gerekli tıbbi tedavi yapıldıktan sonra 14.04.2007 günü saat 14.00 sıralarında taburcu edilen maktulün, 15.04.2007 günü şiddetli göğüs ağrısı nedeniyle hastaneye kaldırıldığı ve yapılan tüm tedavilere rağmen aynı gün saat 10.45 sıralarında öldüğü anlaşılmıştır. Dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu 1.İhtisas Kurulu raporunda kişinin ölümünün kesici delici alet yaralanması nedeniyle iç organ yaralanmasına bağlı kanama ve kişide bulunan kronik kalp hastalığının akut hale geçmesi sonucu meydana geldiği, olay anına kadar yaşamını sürdüren kişinin yaralanma nedeniyle iyileşmeden 15.04.2007 tarihinde öldüğü göz önüne alındığında, 13.04.2007 tarihli yaralanma ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, otopsi raporunda sol arkus kosta üzerindeki yaralanmanın kişide ölüm meydana getirecek nitelikte olduğu, (...) Adil Tıp Genel Kurulu raporunda ise karaciğerdeki 0,3x2 cm'lik yaralanma ile yaralanmadan 2 gün sonraki ölüm sırasında 300-400 ml'lik koagüle kanama şeklinde görülen sonuca yol açan yaralanmasının kişinin yaşamını tehlikeye sokacak nitelikte olduğu, ancak iki gün içinde doğrudan ölüme yol açacak nitelikte olmadığı, kişinin ölümünün kendisinde bulunan ileri derecedeki kronik kalp damar hastalığının, kesici delici alet yaralanması sonucu aktif duruma geçmesinden gelişen solunum dolaşım durmasından ileri gelmiş olduğu tespit edilmiştir. Tüm dosya içeriği ve raporlar birlikte değerlendirildiğinde, sanık Bilal ve yanındaki diğer sanıkların öldürme kastıyla hareket ettikleri ve ölümün de yapılan bu fiilin doğal neticesi olarak meydana geldiği, yine bu bağlamda fiil ile netice arasında nedensellik bağının bulunduğu hususları dikkate alındığında, oluşan suçun unsurları itibariyle TCK.nun 81. maddesinde öngörülen kasten insan öldürmek suçunu oluşturduğu anlaşıldığından, sanık Bilal'in TCK.nun 81/1,29,62; sanıklar Bedri ve Osman'ın TCK.nun 81/1,39,29,62; sanık Hamza'nın TCK.nun 81/1,39,29,31,62 maddelerine göre cezalandırılması yerine, yazılı şekilde suç vasfında yanılığa düşülerek sanıkların kasten

D- Olası Kastla Öldürme

TCK. olası kast müessesesini getirmiştir. 21 inci maddesinin 2 nci fıkrasında; *“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi hâlinde, olası kast vardır. Bu hâlde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir”* denilmektedir.

Madde gerekçesi; *“Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Mevzuatımıza giren yeni bir kavram olan olası kastla ilgili uygulamadan bazı örnekler vermek yararlı olacaktır. Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat, buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir. Düğün evinde törene katılanların tabancaları ile odanın tavanına doğru ardı ardına ateş ettikleri sırada, bir kişinin aldığı alkolün de etkisi ile elinin seyrini kaybetmesi sonucu, yere paralel olarak yaptığı atışlardan bir tanesinden çıkan kurşun, törene katılanlardan birinin alınına isabet ederek ölümüne neden olur. Bu örnek olayda kişi yaptığı atışlardan çıkan kurşunların orada bulunan herhangi birine isabet edebileceğini öngörmüş; fakat, buna rağmen silâhıyla atışa devam etmiştir. Burada da fail silâhıyla ateş ederken ortaya çıkacak yaralama veya ölüm neticelerini kabullenmiştir”* şeklindedir.

Failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmesi ve fiilinin olası sonuçlarını

yaralama sonucu ölüme neden olmak suçlarından, sanık Bilal'in TCK.nun 87/4,29,62; sanıklar Bedri ve Osman'ın TCK.nun 87/4,39,29,62 sanık Hamza'nın TCK.nun 87/4,39,29,31,62 maddelerine göre cezalandırılmaları suretiyle eksik ceza tayini”. Bkz: Yarg. 1. CD.nin 14.4.2011 t. ve 7236/2285 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

kabullenmesi halinde, “olası” (muhtemel) kasttan bahsedilir¹⁰⁹. Diğer bir ifadeyle hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngören failin, söz konusu hareketi yapmaktan kaçınmaması, “olursa olsun” demesi, olası kastın varlığını gösterir.

“Sanığın maktulü kovalayarak hedef gözetip ateş etmesi sonucu gerçekleşen olayda doğrudan kastla hareket ettiği, kasten insan öldürme suçunu işlediği düşünülmeyen yazılı şekilde olası kastla öldürme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi”¹¹⁰.

Olası kast halinde fail, doğrudan kastta olduğu gibi, suçun maddi unsurlarını öngörmektedir. Ancak doğrudan kasttan farklı olarak olası kastta “isteme” unsuru eksiktir. Olası kastta fail açısından icra ettiği fiilin amacına ulaşmak önemlidir. Fail bu amaca ulaşmak adına, muhtemel tehlikeli neticeleri göze almakta, kabullenmektedir¹¹¹. Örneğin, öldürmek istediği (A)’ya ateş eden (B), (A)’nın yanındaki (C)’ye kurşunun isabet edebileceğini öngörmesine rağmen, ateş etmeye devam ederek (C)’nin ölmesine sebep olursa, gerçekleşen bu neticeden olası kastla sorumlu tutulacaktır. Çünkü (B), (A)’yı öldürmek istemekte ancak bu amacı dışında ortaya çıkabilecek diğer neticeleri de kabullenmektedir. Keza trafikte kendisine kırmızı ışık yanmasına ve diğer araçların durup beklemesine aldırmaksızın, karşıdan karşıya geçen yayaların üzerine doğru süratle geçişine devam eden ve bir yayanın ölümüne sebebiyet veren kimse bakımından da durum aynıdır¹¹².

¹⁰⁹ Ebert, s.60; Baumann-Weber-Mitsch, s.486 vd.

¹¹⁰ Bkz: Yarg. 2. CD.nin 2.3.2009 t. ve 9335/997 Sayılı içtihadı. (Kazancı içtihat bankası.)

¹¹¹ Schroeder, Friedrich -Christian, “Probleme Der Legislatorischen Feststellung Der Fahrlässigkeit: Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, (Çev.:Özgenç, İzzet), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.260; Ayrıca bkz: Koca, Mahmut- Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.180 vd.

¹¹² “(...) olay yerinin bölünmüş ve 3 şeritli asfalt yol olduğu, olay yerinde ışık kontrollü kavşak sistemi ve kavşak içinde yaya geçidi çizgilerinin bulunduğu; alkollü olan ve aracı ile İzmit yönünden Sakarya yönüne gitmekte olan sanığın, olay yeri olan D-100 Köseköy Işıklı Kavşağına geldiğinde, yayalara yeşil ışık, araçlara kırmızı ışık yandığı, diğer araçların durarak beklediği, yayaların yaya geçidinden geçtiği sırada, yaya geçidinden geçmekte olan yayalara çarpacağını, bu çarpmanın yaralanmayla ya da ölümle sonuçlanabileceğini öngörmesine karşın, aracının hızını kesmeden, yaya geçidinden, duran araçların sağından geçerek kavşağa girdiği, yaya geçidinden, sanığın gidiş yönüne göre yolun solundan yolun sağına geçmekte olan maktule Nurcan Yıldız’a kaldırırca 3.50 metre kala çarptığı ve yaklaşık 20 metre sürüklediği, olay yerinden kaçtığı; maktulenin,

Olası kastla işlenen suç ile kasten işlenen suçun birbirinden ayrılması gerekir.

“Olası kast ile doğrudan kast arasındaki ayırıcı ölçüye gelince, buradaki en belirgin unsur, doğrudan kasttaki bilme unsurudur. Fail hareketinin yasal tipi gerçekleştireceğini biliyorsa doğrudan kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir. Yine failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da, açıkça istemese dahi doğrudan kastın içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerimize göre diğer bazı sonuçları da doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da doğrudan hareket ettiği kabul edilmelidir. Olası kastı doğrudan kasttan ayıran ölçüt suçun yasal tanımındaki unsurların gerçekleşmesinin muhakkak olmayıp muhtemel olmasıdır. Somut olayda, sanık kendisine engel olmak isteyen maktulü gördüğünde, başlangıçta aracını durdurmuş ancak maktulün aracın önünden geçerek yanına gelmesi için hareketlenmesi üzerine, aracı ile hareket ederek maktule çarpmış, çarpma üzerine de durmayarak, 80-100 metre sürükledikten sonra, aracıyla olay yerinden uzaklaşmış, çarpma ve sürüklenmeye bağlı olarak da ölüm meydana gelmiştir. Fail aracını öldürme suçunda vasıta olarak kullanmıştır. (...) aracını maktulün üzerine hızla sürerek onu 80-100 metre sürükleyen fail, ölüm sonucunu istemese de günlük hayat tecrübelerimize göre böyle bir olayda ölüm sonucunun doğması kaçınılmaz olup, fail bu sonuçtan doğrudan kast kuralları uyarınca sorumlu tutulmalıdır”¹¹³.

Olası kastın haksızlık içeriği doğrudan kasta göre daha azdır. Çünkü bu nevi kastla hareket eden, tehlikenin yani neticenin meydana geleceğini öngörmesine rağmen ne neticenin meydana gelmesi için gayret göstermiştir ne de neticenin meydana geleceğinden emindir¹¹⁴. Bu bakımdan doğrudan kastın

kafatası travması zemininde gelişen beyin kanaması ve genel vücut travması zemininde gelişen otraf kemiği kırıkları ile mütefarik iç ve dış kanamanın müşterek sonucu olarak öldüğü; eylemin olası kasıtlı insan öldürme suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde, 5237 sayılı TCK.nun 81, 21/2 ve 53. maddeleri uyarınca hüküm kurulması yerine, bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması”. Bkz: Yarg. 1.CD. nin 31.12.2007 t. ve 8147/9996 s.lı kararı. (Artuk-Gökçen-Yenidünya, TCK. Şerhi, I, m.21).

¹¹³ Bkz: Yarg CGK.nun 23.11.2010 t. ve 1-54/120 s.lı kararı. (Karar yayımlanmamıştır.)

¹¹⁴ Yüce, s. 333.

yanında olası kastın ikinci derecede kast olarak kabul edilmesi doğrudur. TCK. da, olası kast halinde, cezada indirim öngörülmüştür.

Bilindiği gibi olası kastın kabul edildiği hallerde teşebbüsten bahsedilemez. Diğer bir anlatımla, olası kast belirli bir sonuca yönelmiş olmadığından ve sorumluluk ancak somut olayda meydana gelen netice ile belirlenebildiğinden olası kastla işlenen suçlar teşebbüse müsait değildir.

Yargıtay 1. CD.nin 24.11.2010 tarihli içtihadında; *“Sanığın, aracı kasten eşi ve kayınvalidesinin üzerine sürdüğü sırada, olay yerinde bulunan mağdur Uğur'un da yaralanabileceğini öngörebilecek durumda olduğu halde eylemine devam ettiği ve mağdur Uğur'un ayağı üzerinden geçerek yaralanmasına sebebiyet verdiği, Sanığın meydana gelen neticeden sorumlu tutularak olası kastla yaralama suçundan hüküm kurulması gerektiği düşünülmeden, olası kast ile öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması”*nı, bozma sebebi saymıştır¹¹⁵. Yargıtay'ın bu yöndeki içtihatları istikrar kazanmıştır.

“Olası kast”ı, bilinçli taksirden de ayırmak gerekir.

TCK.nun 22. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında; *“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir, “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suçla ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır”* hükmü mevcuttur.

Taksirli suçların belirgin özelliği, iradi hareketin varlığı ve kanunî tanım da yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu öngörmemenin, “gerekli dikkat ve özen” yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir. Gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için, kanunda yasaklanmış olan neticenin gerçekleşeceği öngörülmemiştir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir. Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak

¹¹⁵ Bkz: Yarg. 1. CD.nin 24.11.2010 t. ve 3058/7533 Sayılı içtihadı (Kazancı içtihat bankası.)

varolan dikkat özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, ceza normunda yasaklanan neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır¹¹⁶.

Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır. Bilinçli taksir hâlinde hükmedilecek ceza üçte birden yarisına kadar artırılacaktır¹¹⁷.

Yargıtayın bu konuda verdiği bazı kararlar aynı doğrultudadır.

“(...) muhakkak görünen neticenin failce bilinmesi halinde doğrudan kast, öngörülen olası neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi suretiyle neticenin meydana gelmesinin engellenemediği ahvalde bilinçli taksir, öngörülebilir neticenin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması nedeniyle öngörülemediği hallerde ise basit taksir söz konusu olacaktır”¹¹⁸.

“(...) olay günü akşam saatlerinde arkadaşı tanık Ozan ile aşırı alkol alan sanık Fatih’in arkadaşlarının toplandığı olay yerine gittiği, burada bir süre maktul ve diğer arkadaşlarıyla sohbet ettiği, daha sonra yanında bulunan tabancayı çıkartarak oynamaya başladığı, bu sırada tabancanın bir kez ateş alması sonucu maktulün göğüs bölgesinden yaralandığı, sanık ve diğer arkadaşlarının yoldan geçen aracı durdurarak maktulü tedavisini yaptırmak amacıyla en yakın hastaneye götürdükleri fakat yapılan müdahaleye rağmen maktulün kurtarılamayarak öldüğü olayda; sanığın topluluk içerisinde mermi bulunduğunu bildiği tabanca ile oynadığı ve öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesinde kusurlu bulunduğu anlaşılacakla, bilinçli taksirle öldürme suçundan cezalandırılması gerekirken, olası kastla öldürme suçundan hüküm kurulması”¹¹⁹.

¹¹⁶ Bkz: Madde Gerekçesi.

¹¹⁷ Bkz: Madde Gerekçesi.

¹¹⁸ Bkz: Yarg. CGK.nun 5.10.2010 t. ve 1-132/183 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

¹¹⁹ Bkz: Yarg. 1. CD.nin 27.1.2011 t. ve 374/214 sayılı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)
“Sanığın olay tarihinde 170 promil alkollü olarak ilçe merkezinde aracı ile seyir halinde iken direksiyonu arkadaşının üzerine kıldığı, bu hareketi ile yolun sol tarafında kaldırımda bulunan insanlara çarpabileceğini öngördüğü, aracın hakimiyetini kaybetmesinden sonra frene basıp, aracı kendi şeridine sokma çabası göstermediği,

Yargıtay CGK. 6.7.2010 tarihli içtihadında ise konu ile ilgili olarak şu değerlendirmeleri yapmıştır: “(...) Doğrudan kast, failin hareketinin yasal tipi gerçekleştireceğini bilmesi ve istemesini gerektirir, ancak failin hareketiyle hedeflediği doğrudan sonuçların yanısıra, hareketinin zorunlu sonuçları ya da kaçınılmaz yan sonuçlar da, açık bir isteme olamasa dahi doğrudan kast kapsamında değerlendirilmelidir. Olası kastın Yasa'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında; "öngörmesine rağmen, fiili işlemesi" şeklinde tanımlanarak, başkaca ayırıcı bir unsura yer verilmemesi, olası kast ile 5237 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında; " Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır" şeklinde tanımlanan bilinçli taksirle karıştırılacağı hususu öğretilmiş, yasa koyucu da, madde metninde yer vermediği "kabullenme" ölçüsüne, madde gerekçesinde; "Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Görüldüğü gibi, kastın bir türü olarak tanımlanmasına karşın, olası kast bilinçli taksire daha yakın olup, her somut olayda, bilinçli taksirle de karıştırılma olasılığı bulunmaktadır. Her iki kusurluluk şekli arasındaki ayırıcı ölçüleri, yargısal kararlar ve bilimsel görüşlerden de yararlanmak suretiyle şu şekilde belirlemek mümkündür: Gerek olası kastta gerekse bilinçli taksirde, sonuç fail tarafından öngörülmektedir. Bilinçli taksirde, öngörülen ve gerçekleşen netice istenmemekte, olası kastta ise istenmemesine rağmen fail tarafından kabullenilmektedir. Olası kastta fail, öngördüğü sonucun meydana gelmesini kabullenip, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almazken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine rağmen, şansa veya başka etkenlere hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek, öngörülen sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.”¹²⁰.

Belirtelim ki Yargıtay bu kararında olası kast ve bilinçli taksiri birbirinden ayırırken doğru olmayan kriterler kullanmıştır. Kararda; “olası kastta ise

bunun sonucunda da yolun sol tarafındaki kaldırımda oturmakta olan maktule çarparak, multipl kaburga kırığına bağlı gelişen hemapnömotoraks sonucu dolaşım ve solunum yetersizliği sebebi ile ölümüne neden olduğu olayda; sanığın neticeyi öngörmesine rağmen, sonucuna kayıtsız kalarak eylemini gerçekleştirdiği anlaşılmalı, olası kastla insan öldürme suçundan hüküm kurulması gerekirken, yazılı biçimde bilinçli taksirle öldürme suçundan hüküm kurulması”. Yarg 1. CD.nin 23.9.2008 t. ve 7292/6666 s.lı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası.)

¹²⁰ Bkz: Yarg. CGK.nun 6.7.2010 t. ve 8-51/162 s.lı içtihadı. (Kazancı içtihat bankası.)

istenmemesine rağmen fail tarafından kabullenilmektedir” denilmiştir. Oysa olası kastta neticenin istenmemesi değil, neticeye kayıtsız kalınması söz konusudur. Eğer netice istenmiyorsa, kabullenilmesi de mantıken söz konusu olmayacaktır. Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemekte, bu da neticeyi kabullendiğini göstermektedir. Bu sebeple Yargıtay’ın bu kararının doğru gerekçelere dayanmadığı kanaatindeyiz.

E- Kasten Yaralama Neticesi Ölüm Meydana Gelmesi (m.87/4)

TCK.nun 87. maddesinin 4. fıkrasında; “*Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hâllerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” denilmektedir.

Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması hâlinde mağdur inhibisyon¹²¹ sonucu ölmüş olabilir. Burada fail, yaralama fiilini işlerken, mağdurun ölebileceğini tahmin etmemiştir. Bu durumda failin, neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından bu neticeye yönelik taksirinin bulunması gerekir (m.23). Kişi bu neticenin meydana gelmesinden taksirle de sorumlu tutulamıyorsa, sadece nedensellik bağının bulunmuş olması, o kişiyi ağır neticeden sorumlu tutmamız için yeterli olmaz¹²². Buna karşın fail, eyleminin daha ağır neticelerini öngörmüş ve bunları umursamamış, kabullenmiş ise, artık olası kastı söz konusu olduğundan meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutulur. Örneğin, yaralamak düşüncesiyle hasmının başına odunla vuran kişi, bu eylemi neticesinde mağdurun ölebileceğini öngörmüş, ancak bu neticeyi umursamamış, kabullenmişse, artık netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan (m.87/4) değil, kasten öldürmeye ilişkin TCK.nun 81. maddesine göre cezalandırılır. Ancak olası kast indirimi yapılması gerekir.

¹²¹ İnhibisyon: engelleme, bir işlevin veya etkinliğin önlenmesi, durdurulması, anlamına gelmektedir. Bkz: www.tdk.gov.tr (ER:10.07.2011), Sağlık terimi olarak “Bir süreç ya da eylemin durdurulması” anlamına gelmektedir. <http://www.saglikterimleri.com/1414-inhibitor-nedir.html>.

¹²² Bkz: Yargıtay CGK. 4.5.2010 tarih ve 1-30/99 Sayılı ilamı..(Karar yayımlanmamıştır.)

TCK.'nın sisteminde, kasten yaralama sonucunda mağdurun ölmesi dolayısıyla netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre sorumluluk için (m.87/4); fiilin, kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak ağırlıkta (m.86/1) olması gerekir. Şayet basit tıbbi müdahale ile geçebilecek yaralama (m.86/2) sonucunda (örneğin karın boşluğuna vurulan bir yumruğun etkisiyle) mağdurun ölmüşse, daha önce de açıklandığı gibi fail taksirle öldürmeden (m. 85/1) sorumlu tutulmalıdır.

Yargıtay uygulamaları da bu doğrultudadır¹²³.

Netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama fiillerinde; olası kast indirimi yapılması doğru değildir. Yaralama neticesinde eğer TCK.nun 87 nci maddesinde yer alan nitelikli hallerden biri meydana gelmiş ve bu halde, ağır netice açısından failin en az taksir derecesinde kusurluluğu varsa, kişinin ağır neticeden sorumlu tutulması gerekir.

4- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A- Hukuka Aykırılık ve Hukuka Uygunluk Sebepleri

Bir haksızlık olarak suçun bir unsuru da, hukuka aykırılıktır. “Hukuka aykırılık”, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir¹²⁴.

¹²³ “Sanıkla katılan Remzi arasında çıkan tartışma esnasında, sanığın iteklemesi sonucu maktulenin olay mahallinde yere düştüğü ve olayın travması, efor ve stresi nedeniyle kendisinde önceden mevcut kronik kalp-damar hastalığı sonucu öldüğü olayda; Maktule ile aynı köyde ikamet eden sanığın, maktuldeki kalp rahatsızlığını önceden bilip bilmediğinin araştırılarak sonucuna göre, bildiği tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK.nun 22/3 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmediği tespit edildiği takdirde 22/2, 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması”. Bkz: Yarg. 1.CD., 17.4.2007, 4671/2883, (**Artuk-Gökçen-Yenidünya**, TCK Şerhi, C 1, s.498.)

¹²⁴ Bkz. **Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:II, İstanbul 1997, n. 665 vd.; **Alacakaptan**, s. 81; **Bayraktar, Köksal**, Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul 1998, s.67 vd.; **Yüce**, s.249. Ayrıca bkz. **Gropp, Walter** (Çev.: Turhan, Faruk), Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.205 vd; **Oktar, Salih**, Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, in: Ceza Hukuku Günleri. 70. Yılında Türk Ceza

Hukuka aykırılığın içeriğini o toplumda geçerli olan davranış normları belirler¹²⁵.

Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine diğer bir kural -bu hüküm ceza kanununda veya başka bir hukuk dalında yer alabilir- izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna varılır. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala "hukuka uygunluk sebebi" denir¹²⁶.

Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukuken meşru saydığı bir hareket haline getirirler. Örneğin adam öldürme suç olmasına karşılık, ölüm cezasının geçerli olduğu bir ülkede, mahkemenin verdiği kesinleşmiş idam cezasını infaz eden kişinin fiili, hukuka aykırı sayılmaz, ve suç olarak nitelendirilmez. İfade edelim ki, hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılık unsuru gerçekleştikten yani fiil hukuka aykırı bir şekilde işlendikten sonra etki yaparak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Aksine fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde ortaya çıkmasını sağlar.

TCK.nun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölümünde, "Hukuka uygunluk sebepleri" ve "Kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler" bir arada düzenlenmiştir. TCK.nda hukuka uygunluk sebebi olarak; kanun hükmünü yerine getirme daha doğru bir deyimle görevin ifası (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın icrası (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) yer almaktadır.

Aşağıda, "Kanun Hükümünü Yerine Getirme", "Meşru Savunma", "Hakkın İcrası Halleri" ve "İlgilinin Rızası", konu ile bağlantısı oranında açıklanacaktır.

Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998, s.75 vd.; **Kangal, Zeynel T.**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, s.27 vd; **Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray**, "Zorunluluk Halinin (TCK.m.25/2) Hukuki Niteliği", DEÜHFD., Cilt:9, Sayı:2, İzmir 2007, s.197.

¹²⁵ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s.236; **Gropp**, Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri, s.205 vd.

¹²⁶ Bkz. **Gropp**, Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri, s.205 vd.

B- Kanun Hükmünü (Görevi) Yerine Getirme (m. 24/1)

a- Genel Bilgiler

TCK.'nın 24 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında; “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” hükmü mevcuttur.

Burada esas olarak görevi yerine getirme düzenlenmiştir. Çünkü kanun hükmünü yerine getiren kimse gerçekte görevini ifa etmektedir. Bu görev kaynağını doğrudan doğruya kanundan alıyorsa, “kanun hükmünü yerine getirme”den¹²⁷, eğer görevli ve yetkili amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi söz konusu ise “amirin emrini ifa”dan bahsedilir.

TCK.'nın 24 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, hak ve yetkiden değil bir “kanun hükmü”nden söz edildiğine dikkat edilmelidir. Bilindiği gibi bir kanun hükmüyle diğer hususların yanında bir yetki veya hak düzenlenmiş olabilir. Bu şekliyle kanun hükmünü yerine getirme geniş kapsamlı bir kavramdır. Kişiye, her hangi bir konuda hak veya yetki veren bir kanun hükmünün usulüne uygun tarzda icra edilmesi durumunda, hukuka aykırılık söz konusu olmaz.

Yargıtay’ın kanun hükmünü icraya ilişkin kararları yukarıda aktardığımız hususları teyit etmektedir: “*Maktül ve arkadaşlarının çalıntı oto ile 3.30 sıralarında seyrettikleri sırada... polis kontrolünü gören maktulün aracı polislerin üzerine sürerek zik zak yaparak kaçmaya başladıkları, araçlarına binen polis sanık ve arkadaşını takibe başladıkları ve kaçmakta olan araca dur ikazı yaparak ateş açtıkları, bu atışlardan birinin hırsızladıkları otoyolu kullanan maktulün sırtına isabet ettiği ve aldığı bu yara sonucu maktulün öldüğü anlaşıldığından Polis Vazife Salahiyet Kanunu’nun 16. maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullandığından (765 sayılı) TCK.’nin 49/1. maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*”¹²⁸.

Bu başlık altında polisin güç ve silah kullanma yetkisine de değinilmelidir.

¹²⁷ Bkz. **Günel, H. Yılmaz**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, (Doçentlik Tezi), Ankara 1967, s.1 vd.; **Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s.553.

¹²⁸ Yarg.1.CD.05.06.2002, 1274/2325 (**Meran**, s.137).

b- Kolluk Kuvvetlerinin Güç Kullanması

PVSK.nun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre; “*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir*¹²⁹”. Görüldüğü gibi polise icra etmiş olduğu görevin gereği olarak gerektiğinde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanma yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetkinin kanuna uygun şekilde kullanılması gerekir. Polis, elan mevcut bir saldırı yoksa zor kullanmadan önce direnmeye devam edilmesi halinde zor kullanılacağı ihtarı yapmalıdır. Direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Kanunda geçen “bedeni kuvvet”ten; “polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı beden gücü” anlaşılmalıdır. Maddi güç ise; “polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını ifade eder”.

c- Kolluk Kuvvetlerinin Silah Kullanması

Polisin taşımaya yetkili olduğu silahı hangi hallerde kullanabileceği PVSK.nun 16 ncı maddesinde gösterilmiştir. Polisin silah kullanması somut olayın durumuna göre haklı olmalıdır.

Polis silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde ateş edilebilir. Bu halde örneğin araçla kaçan kişinin aracının tekerlerine ateş etmelidir. Doğrudan kaçan kişiye ateş edilmesi halinde PVSK.nun 16 ncı maddesindeki silah kullanma hakkının sınırları aşılmış olabilir.

¹²⁹ Belirtelim ki aynı şekilde Jandarma'nın da silah kullanma yetkisi mevcuttur. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 11. nci maddesinde; “ Jandarma, kendisine verilen görevlerin ifası sırasında hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisine sahiptir” hükmü mevcuttur.

PVSK.nun 16 ncı maddesinde; “Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir. Kanun hükmünün yerine getirilmesinde, kanunun çizdiği sınırın aşılmaması gerekir. Aksi takdirde hukuka aykırılık yeniden ortaya çıkar ve faile şartları mevcutsa sınırın aşılmasına ilişkin TCK.’nun 27/1 inci maddesi doğrultusunda ceza verilir” hükmü mevcuttur..

Yargıtay, PVSK.nun 16 ncı maddesini uygularken somut olayın özelliklerine göre silah kullanmanın haklı gerekçeye dayanıp dayanmadığını da araştırmaktadır.

“(…) polis memuru sanığın ve ekip arkadaşı tanık Ahmet’in, sanığın yönetimindeki motosiklet ile durumlarından şüphelendikleri, üzerinde yolcu olarak tanık Halil’in de bulunduğu ve maktulün kullandığı motosiklete dur ikazı yaptıkları, yapılan ikaza rağmen durmayan motosikleti takibe başladıkları, takip sonucu durdurulan motosikletten tanık Halil’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 Ahmet’e yönelik herhangi bir direnme eylemi de bulunmadığı, maktulün kullandığı motosiklette yolcu olarak bulunan tanık Halil’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 itibarıyla maktulün kullandığı motosikletten üstün olması nedeniyle takip sonucu yakalanabilmesinin mümkün olduğu, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 5681 sayılı Yasa ile değişik 16. maddesinde belirtilen silah kullanılmasını gerektiren herhangi bir durum bulunmadığı, (...) saat 15.00 sıralarında, sanığın, kaçan maktulü durdurmak için, maktule doğru iki el ateş ettiği, maktulün ense kısmına aldığı bir adet ateşli silah yaralanması sonucu hayatını kaybettiği olayda; hayati bölgeler hedef alınarak ateş edildiğini gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde, kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan 5237 sayılı TCK. nun 87/4. maddesinin 2.

cümlesi uyarınca hüküm kurulması gerekirken, suç niteliğinde yanlışya düşülerek, unsurları oluşmayan olası kastla insan öldürme suçundan hüküm kurulması”nı hukuka aykırı bulmuştur¹³⁰.

Belirtelim ki Yargıtay’ın silah kullanma yetkisinde sınırın aşılması hallerinin hemen hepsini TCK.nun 87/4 maddesi kapsamında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak nitelenmesi yerinde değildir. Böyle hallerde TCK.nun 27/1

¹³⁰ Bkz: Yarg 1 CD.nin 30.11.2010 t. ve 2565/7628 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.) “(...) ancak havaya, otomobilin lastiklerine ve alt kısımlarına doğru ateş etme olanağı varken, hareketlilik ortamında arabaya rastgele ateş ettiği, yaklaşık 6 metre uzaklıktan yapılan atışlar sonucu (...) araca toplam 6 mermi isabet ettiği, bu mermilerden birinin aracın arka koltuğunun orta kısmında oturmakta olan maktulün oksipital kafa bölgesine isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; Doğrudan doğruya aracın arka koltuğunda oturan maktul ve aracı kullanan tanık Muhammet’e ateş edildiğini gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı, TCK.nun 24. maddesinde düzenlenen ve ceza sorumluluğunu kaldıran hukuka uygunluk nedeninde sınırın kasten aşıldığı, fail tarafından istenmeyen ölüm sonucunun, fail tarafından istenen etkili eylemle meydana geldiği, kasten insan öldürme, olası kastla insan öldürme ve TCK.nun 27/1. maddesine dayanılarak taksirle insan öldürme suçlarının oluştuğunun kabul edilemeyeceği anlaşıldığından; Kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan TCK.nun 87/4. maddesinin 2. cümlesi uyarınca hüküm kurulması”. Bkz: Yarg. 1. CD.nin 4.6.2011 t. ve 2010/6134 E., 2011/2092 K. s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.) “Oluşa, dosya içeriğine ve tanık S. S. E’un 03.02.2006 tarihli anlatımına göre, (...) maktul Umut’un, internet kafeye hırsızlık niyetiyle girmek istediği, işyerinin alarm kutusunu kırdığı, polis memuru olan sanık Mehmet’in dükkanın içinden kepenkleri açarak çıkmasıyla maktul Umut’un ve tanık Sabri’nin kaçmaya başladıkları, sanığın bu sırada kaçan maktul ve tanık Sabri’nin arkalarından ateş ettiği, maktulün çalışır halde kendisini bekleyen, Süleyman takma isimli kişinin sürdüğü 35 P 7947 plakalı beyaz clio marka aracın ön sağ koltuğuna bindiği ve aracın hareket ettiği, polis olan sanığın, kaçmakta olan şüphelileri durdurmak amacıyla 2559 sayılı PVSK’nun 16/E. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak silah kullandığının anlaşıldığı ancak, havaya, otomobilin lastiklerine veya alt kısımlarına doğru ateş etme olanağı varken, hareketli ortamda arabaya doğru yere paralel şekilde rast gele ateş ettiği, 28.01.2006 tarihli polis tutanağına göre, (...) söz konusu aracın incelenmesinde, arka cam sağ alt yanında bagaj kaportasından giren kurşunun, düz seyirle sağ ön koltuğu delip, sağ ön koltukta oturan Umut’un ense bölgesine isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; Doğrudan doğruya aracın ön sağ koltuğunda oturan maktul Umut’a ve aracı kullanan Süleyman isimli kişiye ateş edildiğini gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı, TCK.nun 24. maddesinde düzenlenen ve ceza sorumluluğunu kaldıran hukuka uygunluk nedeninde sınırın kasten aşıldığı, fail tarafından istenmeyen ölüm sonucunun, fail tarafından istenen etkili eylemle meydana geldiği, bu durumda kasten insan öldürme, olası kastla insan öldürme ve TCK.nun 27/1. maddesine dayanılarak taksirle insan öldürme suçlarının oluştuğunun kabul edilemeyeceği anlaşıldığından; Kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan TCK.nun 87/4. maddesinin 2. cümlesi uyarınca hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde kasten öldürme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi”. Bkz: Yarg. 1. CD.’nin 07.04.2009 tarih ve 5377/1913 s.lı kararı. (Karar yayımlanmamıştır.)

maddesinde yer alan hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması hükmünün uygulama alanının bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır. Aksi tutum, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması hükmünün uygulama alanını hukuka aykırı bir biçimde daraltacaktır. Nitekim PYSK. nun 16 ncı maddesinde silah kullanma yetkisinde sınırın aşılması halinde TCK.'nun 27/1 inci maddesi gereğince hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

C- Meşru Savunma

TCK.nun 25/1. maddesinde; “(1) 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 işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez” denilerek bir hukuka uygunluk sebebi olan meşru müdafaa düzenlenmiştir. Her canlı, tabii olarak saldırı karşısında tepki gösterir. Meşru müdafaayı hukuka uygunluk sebebi saymak suretiyle TCK. bu realiteyi kabul etmiştir¹³¹.

TCK. nun 25 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre kişinin kendisine veya başkasına ait bir “hak”ka karşı gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırılara karşı meşru savunma yapması mümkündür. Böylece, bütün haklara yönelik saldırılarda meşru müdafaa kabul edilmiştir.

Meşru müdafaaya ilişkin hükümde “...haksız bir saldırıyı defetmek zorunluluğu...” bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Şu halde, tecavüz ile savunma -kural olarak- aynı anda olacaktır. Bununla birlikte başlamamış fakat başlaması muhakkak olup da başladığı zaman savunmayı imkânsız ya da çok güç hale getirecek bir tecavüze karşı yapılan savunma meşrudur. Bu husus TCK.nun 25/1 inci maddesinde “gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı” ibaresi kullanılmak suretiyle vurgulanmıştır. Savunma saldırının bir sonucu olmalı ve saldırıya karşı yapılmalıdır.

Yargıtay 1. CD.nin 06.03.2007 tarihli bir içtihadında; “Maktulün olay yeri olan Elalem Bar'da alkol alıp eğlendiği sırada yaptığı taşkınlık sebebiyle barın güvenlik müdürü olarak görev yapan İsmail Oduncunun talimatıyla dışarıya çıkarıldığı, yaklaşık 1-1,5 saat kadar sonra aşırı alkollü vaziyette tekrar bara

¹³¹ Bu konuda bkz: **Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara, 1995, s.17 vd.

gelerek kendisine yapılan hareketin hesabını sormak istediği, bu nedenle İsmail Oduncu 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 9 mm.lik tabancası ile 3 el ateş edip tek isabetle maktulü öldürdüğü olayda; Tabancasının halen maktulün elinde bulunduğu, İsmail'in canına kastettiği, 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" belirtilmiştir¹³².

Meşru savunma haksız saldırıyı durduracak ölçüde olmalıdır. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir tepki verdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanır.

Yargıtay bir olayda saldırıda kullanılan araçlar arasında orantı bulunmadığı için saldırıyı haksız tahrik altında işlenmiş olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 1. CD. bu kararında; "Mağdur sanık Haşim'in daha önce kendini tokatlaması nedeniyle aralarında husumet bulunan kayınbabası mağdur-sanık Tahsin'i traktörüyle köye geldiğini görünce sopa ile saldırıp traktör kabininin camlarını kırarak tekrar sopayla vurmak suretiyle raporunda belirtilen şekilde yaralaması üzerine, sanık Tahsin'in de bu olayın yarattığı ağır tahrik altında tabancası ile ateş ederek Haşim'i sol göğüs ve sol scapula bölgesinden yaraladığı anlaşılmakla, sanık Tahsin'in eyleminin "ağır tahrik altında adam öldürmeye teşebbüs niteliğinde" olduğu, olayda meşru müdafaa şartlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulması"nı hukuka aykırı bulmuştur¹³³.

D- Hakkın Kullanılması (m. 26/1)

a- Genel Açıklamalar

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi, 5237 sayılı TCK.nun 26/1 inci maddesinde; "Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez" şeklinde düzenlenmiştir.

Hakkın icrası niteliğinde olan hukuka uygunluk sebepleri mevzuatımızda sayılamayacak kadar çoktur. Nitekim bir iş, meslek, sanat, bilim veya spor

¹³² Yarg. 1.CD., 06.03.2007, 345/1071 (Artuk-Gökçen- Yenidünya, TCK. Şerhi, s.542.)

¹³³ Yarg.1.CD., 03.05.2007, 5331/3409. (Artuk-Gökçen- Yenidünya, TCK. Şerhi, s.542.)

faaliyetlerinin icrası hakkı, savunma hakkı, şikâyet hakkı, düşünce hürriyetinin idrak edilmesi vb. hakkın icrasına örnek olarak gösterilebilir¹³⁴.

Yukarıda şartlarını belirttiğimiz hakkın icrası hukuka uygunluk sebepleri çok sayıda olup, bu sayı toplumdaki gelişmelere paralel olarak değişmekte ve yeni yeni haklar ortaya çıkmaktadır¹³⁵. Bu bakımdan biz aşağıda, hakkın icrası hukuka uygunluk sebeplerinden inceleme konusu suç tipi ile ilgili olabilecek tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli, spor hareketleri, tedip hakkı ile ilgili bilgiler vereceğiz.

b- Tıbbi Müdahaleler, Organ ve Doku Nakli

Hekimin tedavi veya estetik amaçlarla insan üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler hakkın icrası kapsamında değerlendirilir. Buna göre hakkını kullanan kişinin eylemi suç teşkil etmeyeceği için, cezalandırılması da mümkün değildir¹³⁶.

Tedavi amaçlı tıbbi müdahale hekimler için hem mesleki bir hak hem de hukuki bir görevdir¹³⁷. Estetik gayelerle yapılan müdahalelerde de aynı şekilde düşünmek mümkündür. Ancak estetik amaçlı müdahaleyi yapan doktor, tedavi amaçlı hareket eden hekim gibi mesleki bir mükellefiyeti değil, kendine tanınan bir yetkiyi kullandığından, estetik ameliye uygulanan kimselerin rızasıyla ve bu rıza çerçevesinde hareket etmek zorundadır.

Buna göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için öncelikle müdahalenin tıp mesleğini icra etmeye yetkili kimse tarafından yapılması gerekir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için gerekli diğer bir şart; muhatabın fiile rızasının -kanunda öngörülen hallerde- usulüne uygun şekilde alınmış olmasıdır.

¹³⁴ İçel, Kayıhan-Akıncı, Füsun Sokullu- Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem – Mahmutoğlu, Fatih S. - Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, s.167.

¹³⁵ İçel- Akıncı- Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, İçel Suç Teorisi, s. 168;

¹³⁶ Bkz. Yenidünya, A. Caner, “Hekimin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s.65 vd; Çakmut, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.24 vd.; Oktar, Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, s. 80 vd. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklayan görüşler için bkz. Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s.48 vd

¹³⁷ Çakmut, s.180; Erman, s.50.

İfade edelim ki, hekimin, ilgilinin muvafakati üzerine yapacağı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması, hekimin tıp meslek ve sanatının verilerine uygun hareket etmesine bağlıdır. Eğer tabip yeterli bilgiye sahip olmadan veya tıp ilminin gereklerine aykırı bir müdahalede bulunursa, hakkın kullanılmasının sınırları aşılmış olur.

2238 Sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun"; gerek canlılardan gerekse ölülerden organ ve doku alınması, bunların başkasına aşılması ve nakli konularını düzenlemiş ve dolayısıyla, belirtilen şartlara uyulması kaydıyla bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdas etmiştir. Bu suretle organ ve doku nakli, mevzuatımıza hakkın icrası şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebebi olarak girmiştir¹³⁸.

c- Tedip Hakkı

Hakkın icrası hukuka uygunluk sebeplerinden biri de “tedip hakkı”dır. Ana babanın sahip olduğu velâyet hakkının bir sonucunu da “tedip hakkı” oluşturur (MK. m. 339). Keza kişilerin idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak veya bir meslek ve sanat öğretmekle yükümlü buldukları kimseler üzerinde de terbiye hakları bulunabilir.

Tedip hakkı, çocuğu uslandırma, ona terbiye ve eğitim verme amacına yönelik olduğundan, bu amaca aykırı ve hislerin tatminine yönelik ahlâka, adaba uygun olmayan ve insani duyguları rencide eden hareketlerin tediple ilgisi yoktur.

d- Spor Hareketleri

Hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi içinde incelenmesi gereken bir başka konu da spor hareketleri yapılırken işlenen müessir fiil, adam öldürme gibi eylemlerin hukuka aykırı olup olmadığıdır. Devlet sportif faaliyetleri tanıyıp düzenlemek hatta teşvik etmekle, vatandaşlara spor faaliyeti icra etme hakkı vermiştir.

Sportif faaliyetler dolayısıyla başkalarına verilen zararlar veya meydana getirilen tehlikelerin hukuka uygunluğu ancak “hakkın icrası” çerçevesinde açıklanabilir.

¹³⁸ **Gökçen**, Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler, s.64.

Günümüzde her spor dalıyla ilgili olarak riayet edilmesi gereken kurallar ve bu faaliyeti icra edende bulunması lazım olan şartlar önceden tespit edilmektedir. Dolayısıyla bu faaliyetlerin icrasını haklı kılan da, bu kurallarda öngörülen şartlardır. Bu bakımdan işlenen fiilin hakkın kapsamı içinde kalıp kalmadığı, bu koşulların incelenmesi suretiyle tespit edilecektir.

E- İlgilinin Rızası (m. 26/2)

TCK.nun 26 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” hükmü mevcuttur. İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi kabul edilebilmesi için, “*kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunması*” gerekir.

İnceleme konusu suç açısından ifade edelim ki yaşama hakkı kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak değildir.

Bu konuda doktrinde tartışmalı olan; iyileşmesi mümkün olmayan hastalığa tutulmuş ve acı çeken bir kişinin kendi talebi üzerine hayatına son verilip verilemeyeceği hususudur. Ötanezi olarak adlandırılan bu durumun hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür¹³⁹.

Bir görüşe göre, tedavisi imkânsız bir hastanın acılarını sona erdirmek için kendi talebi üzerine öldürülmesinde fail, insani saiklerle hareket etmektedir ve bu davranış ahlaka da aykırı değildir. Bu konudaki ikinci görüş, ötanezinin kabul edilmesinin kötüye kullanılacağını, hayatlarından ümit kesilmiş hastaların iyileşmesinin de çok sık görüldüğünü, bu bakımdan ötenazinin kasten öldürmeden farklı olmadığını savunmaktadır. Bu konudaki son bir görüşe göre, ötanezi kasten öldürme suçuna göre daha hafif bir cezayla karşılanan ayrı ve bağımsız bir suç sayılmalıdır¹⁴⁰.

Hukukumuzda ötanezi hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler (m. 81-83) uygulanır.

¹³⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Artuk, Mehmet Emin - Yenidünya, A. Caner, “Ötenazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s.297 vd.; İçel-Akıncı- Özgenç-Sözüer-Mahmutoglu-Ünver, İçel Suç Teorisi, s.188.

¹⁴⁰ İçel- Akıncı- Özgenç-Sözüer-Mahmutoglu-Ünver, İçel Suç Teorisi, s. 189.

F- Sınırın Aşılması

a- *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması (m. 27/1)*

TCK.nun 27 nci maddesinde; “*Ceza sorumluluğunu kaldırان nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur*” denilmektedir.

Her ne kadar madde metninde “ceza sorumluluğunu kaldırان nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması” ibaresine yer verilmişse de, bundan maksat, “hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması”dır. Bilindiği gibi “ceza sorumluluğunu kaldırان veya azaltan nedenler” başlığı altında “hukuka uygunluk sebepleri” ile “kusurluluğu etkileyen sebepler” birlikte düzenlenmiştir. Kusurluluğu etkileyen hallerin söz konusu olduğu durumda (haksız tahrik, zaruret hali gibi) kişinin işlediği fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği etkilenmekte ancak kişi, kasten hareket etmektedir. Bu bakımdan bir olayda örneğin, hem zaruret halinden hem taksirden bahsedilemez¹⁴¹.

Hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılması halinde ise, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur, ama hukuka uygunluk sınırı aşılmıştır. Böyle hallerde sınırı aşan fiil, hukuka aykırı olur.

Sınırın aşılması kasten ya da taksirle olabilir. Eğer kişi sınırı kasten aşmışsa, artık hukuka uygunluk sebebinin varlığı önemli değildir. Kişi kasten işlediği suçtan sorumlu olur.

Hukuka uygunluk sebebi taksirle de aşılmış olabilir. Yukarıda da açıkladığımız gibi kanun hükmü gereği görevini ifa etmekte olan zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri, zor kullanma yetkilerini taksirli bir biçimde aşar ve ölüm meydana gelirse TCK.nun 27 nci maddesinin 1 inci fıkrası hükmü uygulama alanı bulur ve sınırı aşan kimse taksirle öldürmeden 27. maddenin 1. fıkrası uyarınca sorumlu tutulur.

Meşru müdafaa da sınır kasten aşıldığında, örneğin, meşru savunmada bulunan kişi vaki saldırıyı defetmek için saldırganı öldürmenin şart olmadığını bile bile ve sırf tecavüze uğramış olması fırsatından yararlanarak saldırganı öldürdü-

¹⁴¹ Aynı yönde bkz. **Özgenç**, Gazi Şerhi, s.395.

ğü takdirde hukuka aykırılığın kalkmayacağı ve failin bu maddedeki herhangi bir ceza indiriminden yararlanamayacağı şüphesizdir.

Yukarıda verilen örnekte fail, maruz kaldığı saldırı dolayısıyla ve içinde bulunduğu durum itibarıyla esasta gerekli olandan fazla bir savunmada bulunmuş olabilir. Sınırın aşılmasındaki bu taksir kendisinin cezalandırılmasına yol açabilirse de, bunun için işlenen suçun taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen bir fiil olması zorunludur. Demek oluyor ki, bu gibi hâllerde işlenen suçun niteliğine bakılacak ve sadece kasten işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç söz konusu ise faile ceza verilmeyecek buna karşılık, suç taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen fiillerden birini oluşturduğunda, maddede öngörülen biçimde cezadan indirim yapılarak faile taksirli suçtan dolayı ceza verilecektir.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinde (Organ ve doku nakli esnasında, spor hareketlerinde) sınırın kasten aşılarak ölüm meydana gelmesi halinde kişi bu neticeden sorumlu olur. Sınırın kast olmaksızın (taksirle) aşılması durumunda kişiye taksirle öldürmeden dolayı tayin edilecek ceza altıda birden üçte birine kadar indirilebilir.

Tedip hakkının kullanılması çerçevesinde mesela yaramazlık yapıp araç trafiğinin bulunduğu yolda oynamak için ısrar eden çocuğu bundan men etmek isterken uygulanan fiziki güç neticesinde, çocuk yere düşerek ölüm neticesi meydana gelirse, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılması (m. 27/1) söz konusu olduğundan kişiye taksirle öldürmeden dolayı tayin edilecek ceza altıda birden üçte birine kadar indirilebilir. Tabiidir ki sınırın kasten aşılması halinde kişi meydana gelen neticeden tümüyle sorumludur¹⁴².

İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi kabul edilebilmesi için, “*kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunması*” gerekir. Yaşama hakkı kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hak olmadığından kişinin gösterdiği rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen fiiller neticesinde ölüm meydana gelirse, -yukarıda gösterilen istisnalar dışında- fail bu fiilden sorumlu olur.

¹⁴² “Ancak; öğretmen sanığın, öğrenci mağdura tokat vurduğu kabul edildiği, yaralama suçunun öğeleri oluştuğu ve tedip yetkisini aştığı halde, eylemi hukuka uygun kılan tedip hakkından söz edilerek beraat hükmü kurulması”. (Yarg.ın 23.9.1992 t ve 5254/5738 s.lı içtihadı)

***b- Meşru Müdafada Sınırın Mazur Görülebilecek Bir Heyecan,
Korku veya Telaştan Aşılması (m. 27/2)***

TCK.nun 27/2. maddesinde; “(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez” denilmektedir.

TCK.nun 27/2 nci maddesinde düzenlenen hüküm; bir hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir (CMK m. 223). Ancak konu bütünlüğünü sağlamak için burada incelenecektir.

Bu durumda, kişinin, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü heyecan, korku veya telaş dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, yasal savunmada sınırın aşılmasından dolayı kusurlu sayılmayacağı kabul edilir. Dolayısıyla, belirleyici olan maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira kişi sırf maruz kaldığı saldırının etkisiyle, "heyecan, korku veya telaşa" kapılarak yasal savunmanın sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek¹⁴³, buna karşılık

¹⁴³ Bkz: Yarg. 1. CD.'nin 13.03.2006 tarih ve 13/619 sayılı ilamı (Karar yayınlanmamıştır). Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 31.03.2009 tarih ve 1-201/81 sayılı içtihadında hükmün tatbik şartları ayrıntılı olarak incelenmiştir: “(...) 06.09.2005 günü yasadışı terör örgütü sempatizanlarının katılımıyla basın açıklaması yapmak için yaklaşık 150-200 kişilik bir grubun saat 13.30 sıralarında toplandıkları, basın açıklaması yapıldıktan sonra grup içerisinde terör örgütü lehine (...) sloganlar atılmaya başlandığı, gruptakilerin dağılma uyarılarına uymayarak taş ve sopalarla işyerlerine, araçlara ve kolluk birimlerine saldırdıkları, kamuya ve özel kişilere ait birçok iş yerinin ve araçların camlarının kırıldığı, bu olaylar nedeniyle 2911 sayılı Yasaya aykırılık, görevliye direnme, mala zarar verme, suçluyu övme suçlarından başlatılan soruşturmada toplam 37 kişinin gözaltına alınıp 7 kişinin tutuklandığı anlaşılmaktadır. Siirt C.Başsavcılığınca, olaydan hemen sonra sanık Göksel Yüksel'in kullanmış olduğu Landrover marka askeri araç üzerinde yapılan inceleme ve keşif tutanağında; aracın ön, sol ön kapı, sol arka kapı camı, sağ arka kelebek camlarının tamamen kırılmış olup camların çoğunluğunun araç içinde ve koltukların üzerinde olduğu, aracın ön kaput üzerinde sol tarafta, direksiyon önünde, sol kapı arka noktasında ve camla kaputun birleştiği noktada, sol ön kapı üzerinde tavan kısmında, sol arka kapı üzerinde ve cam üst kısmında, sol arka teker çamurluk üzerinde, sol arka taraf cam altında üç ayrı noktada, sol arka teker jant kısmında, sağ tampon üzerinde, sol arka taraf tavanla kapı arasında bulunan camın üzerinde muhtemelen taşla vurulma sonucu oluşmuş ezilme ve kırıkların bulunduğu, araç içerisinde 8x10x7 cm, 8x11x6 cm, 12x12x7 cm, 7x8x5 cm ebatlarında dört adet taşın bulunduğu tespit edilmiştir. Keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda ağırlıklı olarak sol taraftan olmak üzere aracın ön, sol ve arka taraftan yani üç yönden taş atılmış olabileceği belirtilmektedir. Olay yerinden toplanan 7 adet 9 mm çapında boş kovan, kısmen deforme olmuş 1 adet mermi çekirdeği ve gömleği ile parçalanmış çekirdeğin sanığın olay sırasında kullandığı MP-5 marka makineli tabanca ile atıldıkları tespit edilmiştir.

Olay sırasında maktulün, sanığın silahından çıkan mermilerden birinin sağ temporal bölgede kulak savmanından 5 cm yukarısına isabet etmesi nedeniyle beyin harabiyeti ve kanaması sonucu öldüğü yapılan otopsi işlemiyle saptanmıştır. Maktulün de içinde bulunduğu kalabalık tarafından atılan taşlar sonucunda araçta bulunan sanık Göksel Yüksel'de; "sol axiller bölge arka kısmında künt travmaya bağlı hassasiyet ve hareket kısıtlılığı", tanık jandarma eri Selman Ürküt'de; "sağ el 5. parmakta abrazyon, sağ frontal bölgede yumuşak doku şişliği", tanık jandarma eri Abdulgani Bircan'da; "sol kaş üstünde ekimoz ve künt travmaya bağlı kemik ödemi, frontal bölgede künt travmaya bağlı ağrı" bulguları tespit edilmiştir. Olay sırasında aracın içerisinde bulunan tanıklar Selman Ürküt ve Abdulgani Bircan özetle; Özel Hareket Tabur Komutanlığında asker olduklarını, olay günü sanık Göksel Yüksel ile birlikte taburdan belge almak üzere alaydan çıktıklarını, aracı sanığın kullandığını, Abdulgani Bircan'ın aracın ön tarafında oturduğunu, şehir merkezinde seyir halinde iken bindikleri askeri aracın önünde başka bir araç olduğu için aniden durduğunu, aracın solundan 100-150 kişilik bir grubun slogan atarak üzerlerine taş atmaya başladıklarını, "TC. askerlerine ölüm" şeklinde bağırdıklarını, Kürtçe söylenen bir kısım sözleri Kürtçe bilmedikleri için anlayamadıklarını, aracın ön, arka ve yan kısımlarındaki camların kırıldığını, atılan taşlar sonrası yaralandıklarını, sanığın taş atan ve üzerlerine doğru gelen guruba "gelmeyin yoksa ateş ederim" diye uyarıda bulunduğunu, gruptakilerin taş atmaya ve üzerlerine gelmeye devam ettiklerini, aracı sallamaya başladıklarını, arka kısımda oturan Selman'ın taşlardan zarar görmemek için aracın içine doğru kapaklandığını, olay yerinden kurtulabileceklerini tahmin etmediklerini, sanığın MP-5 marka tabancasıyla kırık olan camdan seride tek darbe ateş ettiğini, bu ateş ile birlikte kalabalıkta bir durulma meydana gelince olay yerinden uzaklaştıklarını, sanık tarafından ateş edilmeyeydi kalabalıktan kurtulamayacaklarını, beyan etmişlerdir.(...) Sanık Göksel Yüksel özetle; (...) çünkü araçtan dışarı çıkmasının hayati tehlike arz ettiğini, olay sırasında üzerlerinde askeri üniformanın bulunduğunu, kalabalığın kendisini araçtan çıkarmaya çalıştığını söyleyerek savunmada bulunmuştur. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda dosyada bulunan kanıtlar bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde; Siirt Jandarma Özel Hareket Tabur Komutanlığında görevli uzman çavuş olan sanığın, olay günü kendisine verilen bir görevi yerine getirmek üzere yanında jandarma erleri tanıklar Abdulgani Bircan ve Selman Ürküt de olduğu halde, kullandığı Landrover marka askeri araç ile Siirt İl merkezinden geçip Verem Savaş Dispanserinin önüne geldiklerinde, önündeki aracın durması nedeniyle aracını durdurmak zorunda kaldığı, bu sırada sanık ve tanık jandarma erlerinin içinde bulunduğu askeri araç, yasa dışı gösteri yaptıkları ve terör örgütü lehine slogan attıkları için polis tarafından dağıtılmaya çalışılan, dağılırken çevrede bulunan kamuya ve özel kişilere ait bina ve araçlara taş ve sopalarla saldıran bir grubun içinde kaldıkları, sağa sola saldıran gruptakilerin, trafiğin içinde kalması nedeniyle hareket edemeyen askeri aracı görerek bu kez taşlarla bu araca saldırmaya başladıkları, sanığın da yaptığı uyarılara karşın taşlı saldırıya son verilmemesi ve aracın camlarının kırılarak atılan taşların içeriye düşmeye başlaması üzerine zimmetinde bulunan MP-5 marka makineli tabanca ile kırık olan camdan dışarıya doğru seride bir kez ateş ederek saldırıyı yapan grubun içinde yer alan Abdullah Aydan'ın başından vurularak ölümüne neden olduğu anlaşılmaktadır. (...) Kısa sayılamayacak bir zaman diliminde artarak devam eden bu saldırı nedeniyle gerek sanık gerekse araçta bulunan tanıklar çeşitli yerlerinden yaralanmış ve ancak sanığın ateş etmesi sonucu kalabalığın dağılmasıyla sona eren saldırıdan kurtulmuşlardır. Bu şekilde meydana gelen olayda, sanığın hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşmış olduğunu

saldırının etkisinin yanında, saldırıdan kaynaklanmış olsa bile, öfke gibi nedenlerle sınır aşıldığında ise aynı korumadan faydalanılması söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, failin amacı, saldırının defedilmesinden çok kin duygusunu tatmine yönelik ise yasal savunmada sınırın aşılması değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir¹⁴⁴.

belirlenebilmesi için öncelikle yasal savunma koşullarının oluşup oluşmadığının saptanması gereklidir. Somut olayda, maktulün de içinde bulunduğu kalabalık tarafından vücut bütünlüğüne yönelik saldırısı karşısında, sanığın kendisini ve yanında bulunan jandarma erlerini savunma hakkının doğduğu kabul edilmelidir. Ancak, sanığın saldırgan kişileri yaralamaya yönelik olarak, örneğin bacaklarına doğru ateş ederek saldırıyı defetmesi olanaklı iken ölenin de bulunduğu kalabalığa doğru şahıs ve hedef gözetmeksizin makineli tabancasıyla seride rastgele ateş etmesi sonucu maktulü başından vurarak öldürmesi eyleminde, saldırı ve savunmaya ilişkin diğer koşulların bulunduğu kuşku bulunmamakta ise de, “gerçekleştirilen savunmanın, maruz kalınan tecavüzü defedecek ölçüde olması” yani “saldırı ile savunma arasında oran bulunması” koşulu gerçekleşmediğinden yasal savunmanın koşullarının oluştuğundan söz edilemez. Bir başka anlatımla, savunma ile saldırı arasındaki denge savunma lehine tartışmasız biçimde bozulmuş, dolayısıyla da ölçülülük ya da orantılılık ilkesi ihlal edilmiştir. Savunmanın, yasal savunma koşullarında başladığı, ancak orantılılık ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle yasal savunmanın gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceğine göre bu durumda, TCY’nın 27. maddesinde düzenlenen “sınırın aşılması”nın söz konusu olup olmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir. Sanığın, herhangi bir hedef gözetmeden kalabalıktaki kişilerin üzerine rastgele ateş ettiği ve sınırın kastla aşıldığı sabit olduğuna göre, maddenin 1. fıkrasının olayda uygulanma koşullarının bulunmadığı açıktır. Yasa koyucu tarafından sadece yasal 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 olmayacağına gelince; uzun yıllardır yaygın terör olaylarının yaşandığı Güneydoğu Anadolu Bölgesinde bulunan Siirt İlinde gerçekleşen yargılama konusu olayda sanığın ve yanında bulunan iki jandarma erinin maruz kaldığı ve ölüme yönelik sözlerle de desteklenen fiili saldırının ağırlığı, uyarılara karşın ısrarla ve artarak devam etmesi ile bölgenin özellikleri bir bütün olarak göz önüne alındığında yasal savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile aşıldığının kabulü zorunludur. Sanığın yaşanan olayın etkisiyle içine düştüğü psikolojik hal nedeniyle heyecanlanması, paniğe kapılması ve hatta korkması bunun sonucunda da yasal savunma sınırını aşması beklenebilecek bir durum olup, somut olayda TCY’nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma koşulları gerçekleşmiştir. Bu itibarla, sanığın olayda yasal savunma sınırını mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aştığını kabul ederek TCY’nın 27. maddesinin 2. fıkrası ile 5271 sayılı CYY’nın 223. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar veren yerel mahkeme ile bu kararı onayan Özel Daire çoğunluk görüşünde bir isabetsizlik olmayıp Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir”. (Karar yayınlanmamıştır).

¹⁴⁴ Bkz: Yarg. CGK.nun 31.3.2009 t. ve 1-201/81 sayılı içtihadı. (Kazancı içtihat bankası). “Dosya içeriğine ve karşıtı kanıtlanamayan savunmaya göre; maktulün, yanında bulunan tanıklar Genco ve Şihli ile birlikte gece saat 01.00 sıralarında sevk ve idaresindeki araçla

Yargıtay 1.Ceza Dairesi, 09.04.2007 tarihli konuyla ilgili bir kararında; “zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz etmek suretiyle kasten adam öldürmekten ve izinsiz silah taşımaktan yargılanan 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 on kez ateş etmesi şeklindeki eyleminin meşru savunma sınırını aştığının anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCK.’nın 27/2 nci maddesi uyarınca sanığa ceza verilmemesi gerekir” demiştir¹⁴⁵.

V- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1- TEŞEBBÜS

A- Kasten Öldürmeye Teşebbüs

Teşebbüs, TCK.’nun 35 inci maddesinde; “(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

alkollü şekilde seyir halinde iken ıssız bir yerde bulunan Kumluca’daki çevre yolu inşaat şantiyesine girdikleri ancak yolun kapalı olması nedeniyle geri manevra yaparken aracın şarampole kayması üzerine tanıklar Genco ve Şıhlı’nın araçtan indikleri ve şantiyede çalıştığı kamyon içerisinde uyumakta olan sanığın yanına gelerek yardım talep ettikleri, sanığın olumsuz cevabı üzerine yanından ayrıldıkları, bu sırada alkollü olan maktulün, ruhsatı bulunmayan tabancasını çıkartarak yardım etme olanağı bulunmadığını söyleyen sanığı tehdit ettiği, yardıma zorladığı, kamyonu indirerek kendi aracına doğru götürürken silahı ara sıra sanığa doğrulttuğu ve sözlü tehditlerini sürdürdüğü, maktulün saldırıya devam etme ihtimalinin bulunması, elindeki silahla tehditlerine devam etmesi, olayın gerçekleştiği zaman dilimi gibi içinde bulunduğu hal ve koşullar altında saldırıya uğrayacağı ve öldürülme korkusu yaşayana sanığın, kendisine yönelik haksız saldırıyı defetmek amacıyla ele geçirdiği tahta parçasıyla maktule vurarak elindeki tabancayı düşürmek istediği, ancak yaşadığı heyecan, korku ve telaş nedeniyle darbenin maktulün başına rastladığı, Adli Tıp Morg İhtisas Dairesinin Raporuna göre, maktulün frontal bölgede açık parçalı kafatası ve kaide kırıkları ile birlikte beyin harabiyeti ve beyin zarları kanamasından öldüğü, meydana gelen çökme kırığının tek ve şiddetli bir künt darbe ile oluşmasının mümkün olduğunun bildirildiği olayda; Sanığın meşru savunma koşulları altında eylemin gerçekleştirdiği ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan ileri gelen nedenle meşru savunmada sınırı aştığı anlaşılmakla; bu nedenle sanık hakkında TCK’nın 27/2 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine yazılı şekilde kasten insan öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi”. Bkz: Yarg. 1. CD.nin 11.2.2009 t. ve 5557/546 s.lı içtihadı.

¹⁴⁵ Bkz: Yarg.1.CD.09.04.2007, 4811/2535. (Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:13, Eylül 2007, s.228 vd.)

(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Kasten öldürme suçuna teşebbüs mümkündür. Fail öldürme suçu işlemek için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış ancak elinde olmayan sebeplerle öldürme eylemini tamamlayamamışsa kasten öldürmeye teşebbüs söz konusu olacaktır¹⁴⁶.

“765 sayılı TCY’nın aksine, 5237 sayılı TCY’nın teşebbüsü düzenleyen 35. maddesinde; teşebbüs halinde cezanın belirlenmesi ile ilgili olarak “eksik teşebbüs-tam teşebbüs” ayırımına yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür.

Buna göre, suça teşebbüs durumunda hakim, önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı saptayacak; daha sonra, bu konuya ilişkin hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uygulayacaktır. Bu hüküm uygulanırken de somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate

¹⁴⁶ “(...) bu sırada sanığın, yerinden kalkarak mağdura doğru yöneldiği, omzundan tutup kendisine doğru çevirdiği, mağdurun hayati önemi bulunan sağ göğüs bölgesine, kolunda sakladığı namlu kısmı 13 cm. Uzunluğundaki bıçakla bir kez vurduğu, mağdurun sağ göğüs üst kısmından aldığı darbenin toraksa nafiz olduğu, pnömotoraksa ve hayati tehlikeye sebebiyet verdiği, tanık Nihat ve bar çalışanlarının üzerine atlayıp bıçağı almaları sonucu, sanığın eylemini tamamlayamadığı olayda, (...) sanığın, öldürme kastının eylemine bağlı olarak ortaya çıktığı anlaşıldığı halde, "öldürmeye teşebbüs" suçundan cezalandırılması yerine, suçun niteliğinde hataya düşülerek, yazılı şekilde "kasten yaralama" suçundan cezalandırılması”. Bkz: Yarg. 1. CD.nin 8.3.2011 t. ve 5523/1326 sayılı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.) “(...) mağdurların yardım için bağırması ve tabancasındaki mermilerin bitmesi üzerine sanığın eylemlerini tamamlayamadan kaçtığı olayda; Hedef alınan vücut bölgelerinin yeri, suç aleti tabancanın öldürmeye elverişliliği, mağdurlar Aysel ve Yasemin'deki yaralarının niteliği ve engel hallerin varlığı dikkate alındığında, öldürme kastının eylemlerine bağlı olarak ortaya çıktığı anlaşılan sanığın, mağdurlar Aysel ve Yasemin'i "öldürmeye teşebbüs" suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması yerine, suçların niteliğinde hataya düşülerek, yazılı şekilde "kasten yaralama" suçlarından cezalandırılması”. Bkz: Yarg. 1. CD.nin 15.3.2011 t. ve 1854/1545 sayılı ilamı.. (Karar yayımlanmamıştır.)

alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında bir ceza tayin edilecektir”¹⁴⁷.

Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama arandığından örneğin silahın etki mesafesinden çok uzak bir noktadan mağdur hedef alınarak silahın ateşlenmesi halinde elverişli hareket söz konusu olmadığından öldürmeye teşebbüsten söz edilemez.

Kasten öldürmeye teşebbüs halinde mağdurun yaralanması (m.86, 87/1-2-3) da söz konusu olabilir. Failin fiilin tavsifi, kastının öldürmeye mi yoksa yaralamaya mı yönelik olduğuna ilişkin Yargıtay’ın geliştirdiği kriterler manevi unsurlar başlığı altında incelenmiş olduğundan burada tekrar üzerinde durulmayacaktır¹⁴⁸.

B- Gönüllü Vazgeçme

TCK.nun 36 ncı maddesinde; *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır”* hükmü mevcuttur.

Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, artık teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Failin öldürmek amacıyla ateş edip ağır yaraladığı kimseyi, pişman olup hastaneye götürmesi ve böylece ölüm neticesinin gerçekleşmesini engellemesi veya karısını öldürmek isteyen kocanın, onu zehirle-

¹⁴⁷ Bkz: Yarg. CGK.nun 23.6.2009 t. ve 1-8/175 s.lı içtihadı. (Kazancı İçtihat Bankası.)

¹⁴⁸ “(...) İlkeleri, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 31.03.1986/8-153; 21.05.1984/388-178; 12.12.2000/245-250; 28.03.2000/42-56; 22.05.2001/100-108; 24.06.2003/ 149-196; 08.07.2003 196-212; 30.09.2003/226-229 ve 31.03.2009/248-82 gün ve sayılı kararlarında açıklandığı üzere, bir eylemin kasten öldürmeye teşebbüs mü, yoksa kasten yaralama mı sayılacağı belirlenmesi sırasında; suç nedeni, kullanılan aletin cinsi, kullanılış şekli, isabet alınan bölge, darbe adedi ve şiddeti, failin suçtan önceki ve sonraki davranışları, aradaki husumet, hedef seçme olanağının bulunup bulunmadığı, mağdurdaki yaraların yerleri ve nitelikleri, failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği gibi ölçütlere başvurulmaktadır. Kastın belirlenmesi açısından her bir olayda kullanılması gereken ölçütler farklılık gösterebileceğinden, tüm bu olguların olaysal olarak değerlendirilmesi gerekmektedir”. Bkz: Yarg. CGK.nun 13.10.2009 t. ve 1-141/229 s.lı içtihadı. (Kazancı İçtihat Bankası.)

dikten sonra ölüm neticesi meydana gelmeden bir panzehirle zehrin etkisini ortadan kaldırması, gönüllü vazgeçmeye örnektir.

Yargıtay uygulamaları da bu doğrultudadır.

“Olay tarihinde, sanık ile mağdur arasında geçen tartışma sonrası, sanığın mağduru boyun bölgesinden fasiel arter kesisine neden olacak şekilde bıçakla yaraladığı, fenalaşması üzerine tanık Hüseyin’e haber vererek mağdurun hastaneye yetiştirilmesini sağladığı, hayati tehlike geçiren mağdurun acil müdahale sonucu yaşama döndürüldüğü olayda; sanığın öldürmeye yönelik kasıtlı başladığı icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiği ve ölüm neticesinin gerçekleşmesini önlediği sabit olduğundan, 5237 s. TCK.nun 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme şartlarının oluştuğu anlaşıldığından, sanık hakkında bu yasa hükmü uyarınca yaralama suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken yazılı şekilde suçun doğrudan bıçakla yaralama olarak vasıflandırılması yasaya aykırı ise de sonuç ceza değişmeyeceğinden bu husus bozma nedeni yapılmamıştır”¹⁴⁹.

2- İŞTİRAK

A- Genel Bilgiler

Kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kimsenin aralarında yaptıkları anlaşma gereği fiilin oluşumuna illi değeri haiz katkıda bulunarak birlikte işlenmesi halinde iştirakin varlığından söz edilir ve bu suretle işlenen suçlara “iştirak halinde işlenen suçlar” adı verilir¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Bkz: Yarg. 1.CD’nin 02.12.2009 t. ve 10290/7404 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası.)

¹⁵⁰ Bu konuda bkz: **Gökçen, Ahmet**, Suça İştirak, Yayınlanmamış makale, İstanbul, s.1 vd.; **Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2011, s.618 vd.; **Gropp, Walter**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1998, s.299; **Baumann, Jürgen - Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003, s.669 vd.; **Jescheck, Hans Heinrich–Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin,1996, s.641 vd.; **Wachenfeld, Friedrich**, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914, s.187 vd.; **Erem-Danışman-Artuk**, s.357 vd.; **Özgenç, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.19 vd.; **Zafer Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, İstanbul 2010, s.308 vd.; **Koca-Üzülmez**, s.382 vd.; **Akbulut, Berrin**, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, Haziran 2010, Sayı:1, 176 vd.; **Kunter, Nurullah**, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, İÜHF.M., C.: XIII, S.: 1, İstanbul 1947, s.66 vd.; **Hafizoğulları-Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.345 vd..

Suçta iştirake ilişkin hükümler, birden fazla kişinin suç teşkil eden bir fiilin icrasına iştirak etmeleri halinde, suç ortaklarının sorumluluk statülerini belirler. İştirak; faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır. İştirak kavramı, faillik ve şerikliği birlikte ifade etmektedir¹⁵¹. Fail, kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirir. Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, işlenişine bulunduğu katkı kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortakları ise şeriktir.

Şerikler (azmettiren ve yardım eden), kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirmeyen suç ortakları olduğu için bunların suçtan sorumlu tutulabilmeleri bağluluk kuralı ile mümkün olmaktadır. Ceza hukukunda azmettiren ve yardım edenin suçtan sorumlu tutulabilmesinin failin icra ettiği fiile bağlı olması, bağluluk kuralı olarak isimlendirilir ve bunun içeriği TCK.nun 40. maddesinde açıklanmıştır¹⁵².

Aşağıda faillik, şeriklik ve bağluluk kuralı hakkında bilgiler verilecektir.

B- Faillik

a- Genel Bilgiler

TCK.'nun 37 nci maddesinde; “(1) suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” denilmektedir. Bu düzenleme ile suçun kanuni tanımında yer alan fiili, birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail kabul edilmiştir.

Faillik üç şekilde gerçekleşebilir: Müstakil faillik, Müşterek faillik, ve Dolaylı faillik.

b- Müstakil Faillik

Ceza normunda yasaklanan haksızlığı yalnız başına gerçekleştiren kişiye "doğrudan" veya "müstakil" fail denir. Müstakil faillik; tek başına fail şeklinde olabileceği gibi birbirinden bağımsız olarak suçun işlenişine katılan, aralarında birlikte suç işleme kararı bulunmayan müstakil faillik şeklinde de olabilir.

İfade edelim ki aralarında birlikte suç işleme kararı olmaksızın, birden fazla kişi tarafından aynı konu üzerinde aynı suçun aynı anda işlenmesi halinde,

¹⁵¹ **Ebert, Udo**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2001 s.187.

¹⁵² Bu konuda bkz: **Gropp**, s.326 vd., **Ebert**, s.205; **Özgenç**, s.474 vd.; **Zafer**, s. 312; **Akbulut**, s. 176 vd.

kişiler, müşterek fail değil, müstakil failer olarak sorumlu tutulur. Mesela; birbirinden habersiz (A) ve (B)'nin, müşterek düşmanları (C)'yi öldürmek için geçeceği yol üzerine pusu kurup (C) geçerken aynı anda ateş ederek (C)'yi öldürmeleri ihtimalinde; bu hal söz konusudur. Bu durumda birbirinden habersiz hareket eden kişilerin sorumluluğu, sadece kendi davranışları göz önünde bulundurulurken tayin edilir¹⁵³. Keza (M)'yi zehirlemek suretiyle öldürmek isteyen (F1), (M)'ye zehir verse, ancak (M)'ye verilen bu zehir onu öldürmeye yetecek güçte bulunmasa, fakat (M), aynı zamanda (F1)'den habersiz olarak (F2)'nin verdiği çok daha etkili olan zehirin etkisiyle ölmüş bulunsa; fiilin müşterek failer tarafından işlendiğini kabule imkân yoktur. Bu bakımdan her failin sorumluluğu, kendi kusurlu davranışı dikkate alınarak tayin edilir. Bu örneğimizde (F1), somut olayın durumuna göre kasten yaralamadan veya kasten öldürmeye teşebbüsten, (F2) ise tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumlu olur.

Doktrinde bu tür hali ifade etmek üzere Alman Ceza Hukukunda kullanılan (Nebentaeterschaft)'tan hareketle “yan yana faillik” terimi kullanılmaktadır¹⁵⁴.

c- Müşterek Faillik

Kanunda tanımlanan haksızlık, birden fazla suç ortağı tarafından müştereken gerçekleştirilebilir. Bu durumda "müşterek faillik" söz konusudur (m. 37/1). Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icraî hareketleri birlikte gerçekleştirilmekte ve dolayısıyla, fiilin icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurulmaktadır.

Müşterek faillik için iki şartın bulunması gerekmektedir:

- Birden çok failin, fiilin icrasını fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurarak gerçekleştirmesi,
- Birlikte suç işleme kararının bulunması.

Bazen kanunkoyucu, bu şartların gerçekleşmesini aramaksızın da kişileri müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir. Örneğin, suç işlemek için kurulmuş örgütün yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı

¹⁵³ **Özgenç**, Genel Hükümler, s.452.

¹⁵⁴ Bkz. **Koca -Üzülmez**, Genel Hükümler, s.414; **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, s.319 vd.; **Ebert**, s.193; **Baumann-Weber-Mitsch**, s.688 vd.

müşterek fail olarak sorumlu tutulmaktadır (m. 220/5). Kanunda bu tür düzenleme yapılması suç politikasının bir gereğidir.

Müşterek faillikten söz edebilmek için tek kişi tarafından gerçekleştirilebilen bir suçun işlenmesine, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak diğer kişilerin, fiil üzerinde hâkimiyet kurarak katılması gerekmektedir.

Fiilin icrasında müşterek hâkimiyet kurulduğundan, suçu işleyen kişiler fail statüsündedir. İşlenen haksızlıkla doğrudan temas halinde olan müşterek faillerin sorumlu tutulabilmeleri için bağlılık kuralına ihtiyaç yoktur. Bu bakımdan müşterek faillikte sorumluluk, bağlılık kuralına dayanmaz.

Müşterek faillikte, kişiler aralarında işbölümü yapmış olduklarından, müştereken gerçekleştirmiş oldukları fiilin tümünden sorumlu tutulurlar. Her müşterek fail suçun icrasına ilişkin müessir, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır. Bu katkı suç planının başarıya ulaşması açısından önemlidir ve bu sebeple fiil üzerinde hakimiyetin esasını teşkil etmektedir¹⁵⁵. Örneğin, iki kişi mağduru öldürmek ister ve her biri mağdura bıçakla vurursa, her ikisi de müşterek fail olur. Burada önemli olan hareketi yapan faillerde birlikte suç işleme kararının mevcudiyeti ve yukarıda izah edildiği şekilde fiil üzerinde hakimiyet kurulmasıdır.

Yargıtay'ın içtihatları da bu doğrultudadır.

“sanıkların, maktulün olay tarihinden 27 yıl önce sanık Mehmet'in annesi ve sanıklar Cahit ve Mustafa'nın kardeşleri olan Ayşe'nin ırzına geçtiği iddiasının halen konuşuluyor olması nedeniyle maktule ders vermeye karar verdikleri, sanık Cahit'in, maktulün gayri resmi damadı olan sanık Hasan'dan maktulün adresini çanak anten taktırmak bahanesiyle sorduğu ve sanık Hasan'ın tarifıyla maktulün evine gittikleri, sanıklar Cahit, Mustafa, Hasan ve Mehmet'in, maktulün kapısına giderek maktulü çanak anten taktırmak bahanesiyle çağırdıkları, maktulü Mehmet'in kullandığı araca bindirerek bir müddet dolaştırdıkları, تنها bir yer olan olay yerine gelip durdurdıkları, araçtan indikleri, sanık Cahit'in, maktule "sen hiç günah işledin mi" diye sorduğu, maktulün de "yok" diye cevap vermesi üzerine sanık Cahit'in, "nasıl işlemedin lan" diyerek aniden gelişen kasıtlı elindeki bira şişesiyle maktulün kafasına vurmaya başladığı, sanıklar Mehmet ve Mustafa'nın da maktule yumruk ve

¹⁵⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.439.

tekmelerle vurdukları, sanıkların, yere düşen maktule yerde de vurmaya devam ettikleri, maktulün yerde kendisinden geçip hareketsiz hale gelmesi üzerine ve sonucun alındığı kanısı ile eylemlerine son verdikleri, maktulün, (...) tıbbi tedaviye karşın olaydan 11 gün sonra künt kafa travmasına bağlı beyin kanaması ve komplikasyonları sonucu öldüğü olayda; a) Hayati bölgelerin hedef alınması, etkili eylemlerin niteliği, şiddeti, sürekliliği ve olayın seyri göz önüne alındığında, ölümün beklenir sonuç haline geldiği, sanıkların fikir ve eylem birliği içinde hareket ederek, suçun işlenmesi üzerinde ortak hakimiyet kurarak maktulü kasten öldürdükleri anlaşıldığı halde, 5237 sayılı TCK.nun 81. maddesi ile cezalandırılmaları gerekirken, kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan 5237 sayılı TCK.nun 87/4.maddesi ile hüküm kurulması”¹⁵⁶.

Birden çok fail, suçun sorunsuz bir şekilde işlenmesini temin etmek amacıyla suçun icrasına katılmış ise, bu halde de müşterek faillik söz konusu olacaktır. Madde gerekçesinde açıklandığı gibi örneğin (A) yı öldürmek için 3 kişi birlikte hedef alarak ateş eder ve (A) sadece isabet eden bir mermi ile ölürse diğer ateş eden failleri de müşterek fail olarak cezalandırmak gerekir. Çünkü bu halde, failler fiil üzerinde hakimiyet kurmuştur.

Suçun işlenişi üzerinde müşterek hakimiyet kurabilmek için suç ortağının, fiilin doğrudan işlenişine müdahale etmesi ya da suçun işlendiği yerde bizzat

¹⁵⁶ Bkz: Yargıtay 1. CD.nin 05.05.2011 tarih ve 2027/2606 sayılı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.) “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” (Yarg 1. CD.nin 27.12.2006 t. ve 1132/6069 s.lı kararı.). “Başından beri sanık Hasan ile birlikte hareket ettikleri, bu kapsamda olmak üzere; maktülden anahtarları alarak, maktulün çalıştığı işyerinden hırsızlık yapmayı planladıkları, olay günü de maktülü 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 Hasan’la iştirak halinde hâkimiyet kurdukları düşünülmeden, her iki sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 37. maddesi yerine yazılı şekilde 39. maddesi ile uygulama yapılması”. Bkz. Yarg. 1. CD.’nin 15.06.2006 t. ve 742/2621 s.lı kararı (Artuk-Gökçen-Yenidünya, TCK. Şerhi, 2, m.37);

bulunması zorunlu değildir. İletişim araçlarıyla fiilin icrası sevk ve idare edilerek de fiil üzerinde hakimiyet kurulabilir¹⁵⁷.

Ayrıca suçun icrasına bulunulan katkı, suçun işlenmesi açısından zorunlu ise, bu halde de müşterek faillik sözkonusu olur. İfade edelim ki, müşterek faillikte, müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi, fiilin gerçekleşmeme tehlikesini ortaya çıkarır¹⁵⁸.

Müşterek failler arasında birlikte suç işleme kararı bulunmalıdır¹⁵⁹.

İşlenen suçta müşterek failler suça katılma iradesi ile hareket etmediği takdirde birlikte suç işleme kararından söz edilemeyeceğinden, müşterek fail olarak sorumluluk söz konusu olmaz. Başka bir ifade ile müşterek faillikten bahsedebilmek için ortakların işlenecek suç bakımından müşterek hareket ettiklerini bilmeleri ve istemeleri lazımdır¹⁶⁰.

¹⁵⁷ **Özgenç**, Genel Hükümler, s.443.

¹⁵⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler, s.441 vd.

¹⁵⁹ **Gropp**, s.320.; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.451; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.485.

¹⁶⁰ “(...) sanık Gürol'un düğün salonu önünde yürürken maktul Mehmet ile çarpışması sonucu aralarında tartışma çıktığı, maktul Mehmet'in Gürol'u iteklemesi üzerine Gürol'un, koşarak düğün salonuna girdiği, orada bulunan kardeşleri Bekir ve Vural'a haber verdiği, tekrar düğün salonundan çıkan Vural ve Gürol'un maktul Mehmet ile kavgaya başladıkları, Mehmet'in akrabası olan maktul Ramazan'ın da Mehmet yanında kavgaya katıldığı, kardeşlerinden sonra çıkan sanık Bekir'in, maktuller ile kardeşlerinin kavgaya ettiklerini görmesi üzerine, tabancasını çekerek önce maktul Ramazan'a, sonra mağdur İbrahim ve maktul Mehmet'e ateş ederek, mağdur İbrahim'i öldürmeye teşebbüs ettiği ve maktulleri öldürdüğü, kamera kayıtlarına göre atışların on saniye içinde gerçekleştirildiği olayda; sanıklar Vural ve Gürol'un, öldürme suçunda sanık Bekir ile fikir ve irade birliği içinde olduklarını gösterir kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı anlaşıldığından, maktuldeki öldürücü kurşun yaraları dışında oluşan yaralanmalar ile ilgili olarak TCK.nun 86. ve 87 maddeleri kapsamında rapor alınarak, sonucuna göre yaralama suçları yönünden, sanıklar Vural ve Gürol'un hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, TCK.nun 87/4 ve 39. maddeleri uyarınca hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza verilmesi”. Yarg 1. CD.nin 08.06.2011 tarih ve 285/3725 sayılı ilamı. (Karar yayınlanmamıştır).

“(...) sanıkların birlikte aldıkları suç işleme kararına bağlı olarak maktulün ikamet ettiği köye geldikleri, bu karar doğrultusunda sanıklardan Sait'in evin yakınında silahı ile beklediği, çevre güvenliğini sağladığı, ayrıca maktulün evden kaçması ihtimaline karşı fiili tamamlama görevi aldığı, diğer sanığın evin önünde silahı ile yer aldığı, bu şekilde işbölümü esasına dayalı olarak fiilin işlenişinde müşterek hâkimiyet kurdukları anlaşılmalı ve sanıkların 5237 sayılı Kanununun 37. maddesine göre müşterek fail sayılmaları ve lehe yasanın bu doğrultuda belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde yardımcı

Müşterek faillikle ilgili bu düzenleme dolayısıyla 765 s. TCK'nun 463 üncü maddesine benzer bir hükme TCK.nda yer verilmemiştir.

d- Dolaylı Faillik

Kişi, suçu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda ise "dolaylı faillik" söz konusu olur (m.37/2)¹⁶¹. Örneğin, kusur yeteneği olmayan, cezalandırılmayan veya kusurlu sayılmayan bir insanı, bir suçun işlenmesinde vasıta olarak kullanmak¹⁶². Böyle bir kimseyi belli bir fiili ika etmeye sevk edene, dolaylı fail denir. Dolaylı fail, başkasına işletmiş olduğu fiilden, fail olarak sorumlu tutulur.

Kusur yeteneği olmayan bir kimseyi örneğin küçük veya akıl hastasını suça azmettiren, suç işletmek amacıyla bir kimseyi anlama ve isteme yeteneğinden yoksun hale getirerek o suçu işleyen, bir kimseyi maddi veya manevi cebirle bir suçu işlemeye zorlayan, bir suçu işletmek için kişiyi aldatıp onu işleyen kimseler, dolaylı fail olarak cezalandırılır¹⁶³.

Bu durumda, arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır. Bu hâkimiyet nedeniyle, kişi, dolaylı fail olarak işlenen suçtan sorumlu tutulmaktadır. Örneğin (D)'nin; kendisiyle alay etmesi sebebiyle hiç sevmediği hasmı (M)'yi, silah temin ederek akıl hastası (A)'ya öldürtmesi durumunda, (A)'nın hareketi, tipe uygun hukuka aykırı olmasına rağmen (A), kusurlu bulunmadığından bu fiilden ötürü ceza hukuku sorumluluğu bulunmaz. Müstakil fail olan (A), cezalandırılmayınca onu azmettiren (D)'nin de bu fiilden şerik olarak sorumlu tutulması mümkün olmaz. Şeriklik hükümlerinin uygulanabilmesi için cezalandırılabilir bir fiil işlenmiş olması kuralını kabul eden ceza hukuku anlayışı, arzu edilmeyen bu sonucu önlemek için, dolaylı faillik müessesesinden yararlanmaktadır¹⁶⁴.

fail sayılarak hüküm kurulması”, Bkz: Yarg. 1.CD., 25.5.2007, 6133/4096. (**Artuk-Gökçen-Yenidünya**, TCK Şerhi, 2, 966 vd.).

¹⁶¹ **Jescheck**, s.662 vd.; **Gropp**, s.310 vd.; **Ebert**, s.194 vd.; **Baumann-Weber-Mitsch**, s.699 vd.

¹⁶² **Özgenç**, Suça İştirakin, s.197; **Yıldız, Ali Kemal**, Dolayısıyla Faillik, in: Ceza Hukuku Günleri. 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998, s.235 vd.; **Otaç**, s.161.

¹⁶³ **Ebert**, s.194; **Özgenç**, Suça İştirakin, s.233 vd.

¹⁶⁴ **Önder**, s. 455 vd.

C- Şeriklik

Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, kanunî tanımdaki haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortakları, şerik olarak vasıflandırılır. Kanunun şerikliğe ilişkin düzenlemeleri, sorumluluk alanını genişleten hükümler olup şeriklik; azmettirme ve yardım etme (m. 38, 39) olarak ikiye ayrılır.

a- Azmettirme

TCK.'nın 38 inci maddesindeki azmettirme, ceza hukuku terminolojisinde “suç işleme düşüncesi ve kararı bulunmayan bir kimseye, suç işleme kararı verdirme” anlamına gelmektedir¹⁶⁵.

765 sayılı TCK.'da, azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı ancak, asli maddi failin suçu işlemekte şahsi bir menfaati bulunduğu sabit olursa, azmettirenin cezasında indirim yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme yeni TCK.'da yer verilmemiştir.

Azmettirmenin cezalandırılabilmesi için, muayyen bir suçu işleme hususunda hiçbir düşüncesi olmayan kişiye, bu suçu işleme kararı verdirilmesi gerekir. Sadece bu kararın verdirilmesi yeterli değildir. Ayrıca azmettiren şerik olduğundan, bağlılık kuralı gereği; karar verdiğini hukuka aykırı fiilin, fail tarafından kasten işlenmesi ve en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir¹⁶⁶.

Suçta azmettirilen kişi, icra hareketlerine hiç başlamaz ve suçu işlemekten vazgeçerse, “akim¹⁶⁷ kalmış azmettirme” den söz edilir. Doktrinde, bu gibi hallerde, azmettirenin belli oranda cezalandırılabilmesi için, kanuna hüküm konulması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁸.

Azmettirmede, azmettirilen kişi sınırı aşmış olabilir. Örneğin kasten yaralama için azmettirilen kişi, fiili gerçekleştirirken netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama sonucu mağdur ölmüş (m. 87/4) olabilir. Bu halde azmettiren ağır

¹⁶⁵ Ayrıca bkz: **Gropp**, s.335 vd.; **Baumann-Weber-Mitsch**, s.715 vd.; **Mahmutoğlu, Fatih Selami**, Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, İÜHFİM, C. LXIII, S.1-2, Yıl:2005, s.63 vd; **Erem- Danışman- Artuk**, s. 392; **Dönmezer-Erman**, II, n.1289 vd.; **Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, s.436 vd.; **Otaç**, s.156.

¹⁶⁶ **Baumann-Weber-Mitsch**, s.717 vd.

¹⁶⁷ Akim; “sonuçsuz, neticesiz” anlamına gelmektedir.

¹⁶⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 468.

neticeden sorumlu tutulmamalıdır. Ancak gerçekleşen netice bakımından olayda TCK.nun 23. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşmış suç şartlarının bulunup bulunmadığı da değerlendirilip buna göre bir sonuca varılmalıdır¹⁶⁹.

Olası Kastla öldürmenin gerçekleştiğinin kabulü halinde, somut olayın durumuna göre azmettirenin de gerçekleşen ölüm neticesinden sorumlu tutmak gerekebilir¹⁷⁰.

Azmettiren (A), (C) yi öldürmesi için (B) yi azmettirmiş ancak (B) mağduru yaralamışsa, bağlılık kuralı gereği (A) ancak gerçekleşen neticeden, yani yaralamadan sorumlu tutulabilir.

Azmettirilen suçun, nitelikli halinin yerine basit şeklinin işlenmesi halinde azmettiren de suçun basit şeklinden sorumlu tutulacaktır. Örneğimizde (A), (C) nin kemiklerinin kırılması suretiyle yaralanmasına azmettirmiş, ancak (B) nin gerçekleştirdiği yaralama neticesinde kemik kırılmamışsa, (A) gerçekleşmeyen ağır neticeden sorumlu tutulamaz.

Azmettirmede yanılma ve sapma özellik arz edebilir. Kişinin mağdur hakkındaki yanılması azmettirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Örneğin (A), (B) yi öldürmesi için (C) yi azmettirirse, ancak (C), (B) zannederek (D) yi öldürse, bu halde fail kasten öldürmeden sorumlu tutulur. Aynı şekilde azmettiren de kasten öldürmeden sorumlu olur¹⁷¹.

Azmettirme halinde aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması halinde her zaman 38. maddenin 1. fıkrası göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin (A), (C) yi öldürmesi için (B) yi azmettirirse, (B) nin silahla (C) ye ateş etmesi sonucu (C) nin yanında oturan (D) isabet alıp ölse, aynı neviden fikri içtima kuralları (m. 43/2-3) gereğince hem olası kastla öldürme, hem de öldürmeye teşebbüs söz konusu olacaktır¹⁷². Bu halde

¹⁶⁹ Bkz. **Erdem, Mustafa Ruhan**, Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar, Uğur Alacakaptan'a Armağan, 1, İstanbul 2008, s.257 vd.

¹⁷⁰ Ayrıca bkz. **Özgenç**, Gazi Şerhi, s.530.

¹⁷¹ **Mahmutoğlu**, Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, s.106.

¹⁷² Mahmutoğlu'na göre, "Olası kastın varlığı saptandığında ise, azmettiren için iradesi dışında bir netice gerçekleştiğinden ilke olarak sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Ancak olay yeri, olayda kullanılan araç, mağdurun hedef alındığı yerdeki konumu, birlikte yapılan suç işleme planları gibi hususlar dikkate alındığında azmettirenin de olası sonuçları kabullendiği sonucu çıkarılabilir ise, bu takdirde

azmettiren de aynı şekilde işlenen suçların cezası ile cezalandırılacaktır. Ancak (B) nin açtığı ateş sonucu (C) ye isabet etmeyen kurşun, (C) nin oturduğu yerin arkasındaki duvardan sekerek karşı yöndeki bir kişinin ölümüne sebep olsa, fail, fikri içtima (m. 44) kuralları gereğince her iki suçtan değil en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulur. Azmettiren de burada aynı şekilde sadece öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.

Ava giden (A), (B) ile birlikte avlanırken, çalılıkların arasında bir karartı görüp (B) yi ona ateş etmeye azmettirirse, (B) nin bu fiili icra etmesi üzerine çalılıklarda olanın av hayvanı değil (C) olduğu ve öldüğü ortaya çıkarsa, (B), suçun maddi unsurlarında hata (m. 30/1) hükmüne göre taksirle öldürmeden sorumlu olur. Taksirli suçlara iştirak olmayacağından, (A) nin burada sorumluluğu cihetine gidilemez. Ancak (A), çalılıkların arasında gördüğü karartının (C) olduğunu biliyorsa bu halde TCK.nun 37/2 nci maddesi gereğince dolaylı faillik hükümlerine göre kasten öldürmeden sorumlu tutulması gerekir¹⁷³.

Özgü suçlar bakımından azmettirme özellik arz etmektedir.

TCK.'nun 40 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında göre, özgü suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur. Böyle bir durumda kişi, özel faillik sıfatını taşıyanı azmettirirse bu suçtan, bu sıfatı olmayan kişiyi azmettirirse, yardım edeni azmettirmeden sorumlu olur.

TCK.nun 38 nci maddesinin 1 nci fıkrasına göre, “azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır”.

Failin şahsi cezasızlık sebebinden faydalanması, azmettirenin ceza sorumluluğunu etkilemez. Örneğin, kişiyi TCK.nun 167. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen şekilde mal aleyhine işlenen bir suça azmettiren, failin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanmasına karşılık kendisi işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır. Keza, yasama sorumsuzluğuna sahip olan milletvekilinin (AY.m.83/1) meclis kürsüsünden bir kimseye hakaret etmeye azmettirilmesi halinde, milletvekili bu fiili işlediği takdirde, kendisi şahsi cezasızlık sebebi dolayısıyla sorumlu olmayacak, ancak azmettirenin sorumluluğu devam edecektir. Çünkü TCK.'nun 40 ncı maddesinin 1 nci fıkrasına göre, suçun

gerçekleşen neticeden azmettireni sorumlu tutmak mümkündür” . Bkz. **Mahmutoğlu**, Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, s.106.

¹⁷³ Aynı yönde bkz. **Mahmutoğlu**, Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, s.71.

işlenişine iştirak eden kişi diğzerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suçta azmettirme, çocukların suçta azmettirilmesi, hallerinde, azmettirenin cezasında artırım yapılır (m. 38/2). “*Bu durumlarda azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukukî dayanağı, ayrıca, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesi*”dir¹⁷⁴.

Suçun “kiralık katil” veya “tetikçi”ye işlettirildiği hallerde, çoğu zaman azmettirenin kimliğinin belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşmaktadır. Kanunda, azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlamak için, cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsî sebebe yer verilmiştir (m. 38/3).

b- Yardım Etme

Failin kasten işlediği suçta, kasten maddi veya manevi nitelikte destekte bulunan kişi, bağıllık kuralı gereğince “yardım eden” olarak sorumlu tutulur.

Yardım etme, TCK.’nın 39 uncu maddesinde düzenlenmiştir.

Failin suç teşkil eden fiili işlerken bir başkası tarafından desteklendiğinin, kendisine yardım edildiğini bilmesi zorunlu değildir¹⁷⁵.

Suçun hazırlık hareketlerine yardım edilmesi söz konusu ise yardım eden cezalandırılmaz. Ancak fail suçun icrasına teşebbüs etmiş ise yardım edeninin sorumluluğu sözkonusu olur.

Yardım etme, maddî ve manevî olmak üzere ikiye ayrılır (m. 39/2).

Maddi yardım etme halleri; “suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin etmek ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddî yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”tır.

Birtakım fiillerle suçun işlenmesini kolaylaştıran kimseye “araç temin eden” denir. Buradaki “araç”tan maksat, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere sağlanan herhangi bir taşınır veya taşınmaz eşyadır. Örneğin, kasten öldürmede kullanılmak üzere tabanca temin edilmesi veya pusu kurulması için evinin kullanılmasına müsaade edilmesi, araç teminidir. Yardım edenin sorumluluğu araç

¹⁷⁴ Bkz. Madde gerekçesi.

¹⁷⁵ **Özgenç**, Genel Hükümler, s.470.

teminine dayanmaktadır¹⁷⁶. Bu sebeple sağlanan araç, suçta kullanılmazsa veya suçu işlemeye elverişli olmazsa, yardım eden cezalandırılmamalıdır¹⁷⁷. Araç kullanılmaz ancak faildeki suç işleme kararını kuvvetlendirirse bu halde manevi yardım etme kapsamında şerike ceza verilmelidir.

Maddî yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak, suçtan önce olabileceği gibi suç işlendiği sırada da olabilir.

Maddî yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak ile müşterek faillik birbirine benzemektedir¹⁷⁸. Bu yüzden suç işlendiği sırada maddî yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma, şeriklik sınırını aşmamalıdır. Aksi takdirde kişi müşterek fail konumuna girer. Gerçekten, suçun işlenmesini kolaylaştırmaktan daha ileri hareketler, müşterek failliktir¹⁷⁹. Örneğin, birden fazla el ateş ederek maktulü öldürene engel olmayıp, aksine tabancalarını çekerek olaya karışan kimselerin eylemi, asıl suçu işleyene cesaret, maktule ise korku vermek suretiyle öldürme suçuna maddî yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmaktır¹⁸⁰. Buna

¹⁷⁶ “(...) sanık Mesut'un, babası sanık Alican'ın öldürme ve yaralama suçlarında kullandığı silahlardan birini işyerinden getirerek olay öncesinde ona verdiği, olay sırasında da babasının mermisi bitince içinde mermi basılı durumda olan şarjör temin ettiği ve böylece suçun işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak suretiyle 5237 sayılı TCK.nun 39/1 maddesi kapsamında sanık Alican'ın Öldürme suçlarına yardım eden olarak katıldığı anlaşıldığı halde, maktuller Mehmet Emin ve Mehmet Şirin'i kasten Öldürmeye yardım etme suçlarından cezalandırılmasına karar verilmesi yerine oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” Bkz: Yarg 1. CD.nin 12.4.2011 t. ve 303/2211 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.) “(...) Olay sırasında iki farklı tabancadan ateşlendiği ekspertiz raporuyla anlaşılan toplam 16 adet (9+7) mermi kovanının elde edildiği, sanık Yücel'in silahla ateşine, mağdur-katılan Taner tarafından da aynı şekilde karşılık verildiği, böylece sanıklar Mürsel ve Yüksel'in mağdurlara tabancayla ateş ettiklerinin maddi delillerle ve tanık anlatımlarıyla tereddütsüz belirlenemediği, bu nedenle eylemlerinin diğer sanık Yücel'in yanında yer almak suretiyle suçun işlenmesini kolaylaştırmak olduğunun anlaşılması karşısında, haklarında TCK.nun 39. maddesinin uygulanması yerine, TCK.nun 37 maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayini”. Yarg. 1. CD.nin 11.4.2011 t. ve 319/2167 s.lı ilamı.

¹⁷⁷ Bkz. **Centel-Zafer-Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.517.

¹⁷⁸ **Gropp**, s.336; **Baumann-Weber-Mitsch**, s.749 vd.

¹⁷⁹ “Sanığın; suçun işlenmesindeki rolü ve sağladığı katkının önemi, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurması, suç işleme kararındaki birlik nazara alındığında dolandırıcılık suçunun müşterek faili olduğu gözetilmeden, yazılı şekilde TCY'nin 39. maddesi ile cezadan indirim yapılması”, Yarg. 11.CD, 20.09.2006, 5243/7374 (**Artuk-Gökçen-Yenidünya**, TCK. Şerhi, 2, m.39).

¹⁸⁰ “Aralarında ihtilaf bulunan sanık V ile maktül AK'in, olay günü telefonla birbirlerini karşılıklı olarak aramak suretiyle, hakaret ve tehditlerini sürdürdükleri, bu telefon

karşılık kaçıp kurtulmak isteyen mağdurenin, elbisesinden tutup kaçmasına engel olan kişi, müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır.

Yarg.1. CD., 15.06.2006 tarihinde; “*Yerel mahkemenin tüm dosya ve deliller kapsamında edindiği kanaate göre, başından beri maktulü etkisiz hale getirerek üzerindeki anahtarları alıp o şekilde hırsızlık yapma konusunda diğer sanıklarla anlaşan, olay gecesi de tamamen diğer sanıklarla birlikte hareket eden, diğer sanıkların maktule yönelik eylemleri sırasında yanlarında bulunan, kendinden geçen maktulün arabanın bagajına yüklenmesine yardımcı olan, otomobili kullanan, öldüğü düşünülen maktulün ırmağa atılması eylemine bizzat katılan, ardından yapılan hırsızlık eyleminde etkin rol oynayan ve çalınan paraları diğerleri ile paylaşan, böylece öldürme suçunun hareketi ve neticesi üzerinde diğer sanıklarla birlikte hakimiyet kurduğu anlaşılan, sanık Semih’in öldürme suçunun faili olduğunun kabul edilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, tebliğnamede yer alan sanık Semih hakkında öldürme suçuyla ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 39. maddesinin uygulanması yönündeki görüşe itibar edilmemiştir*” diyerek uygulama açısından yol gösterici bir karar vermiştir¹⁸¹.

Suçun işlenişine azmettirme derecesine varmadan manevi katkıda bulunanlar da şerik olarak cezalandırılır.

trafiğine, maktulün araması üzerine sanık İD’in de katıldığı, bilahare sanık İD’in, sanık V’i, daha sonra da İK’nu aracına alarak, çağırdıkları maktül AK’i evlerinden aldıkları, aracı İD’in kullandığı, İD’in yanında sağ ön koltukta VÇ’in, aracın arka koltuğunda ise hemen VÇ’in arkasında maktül A’nin, İD’in, arkasındaki koltukta ise İK’nun oturduğu, AK ve VÇ arasında araç içinde başlayan tartışmaya İK’nun da katılması üzerine, İK ile AK arasında boğuşmanın başladığı, bu boğuşmaya önde oturan VÇ’in de silahını çekerek maktül AK’in bulunduğu yöne ateş etmek suretiyle katıldığı, araç kullanan, İD’in olaya aktif bir şekilde katılmadığı ancak, kendi aracında meydana gelen olayı önlemek yönünde de herhangi bir girişiminin bulunmadığı, araç durduktan sonra maktulün araçtan inerek kaçması üzerine her üç sanığın birlikte İD’in işyerine gittikleri, burada suçta kullanılan silahın İD’e verildiği ve bu silahın İD tarafından saklandığı, yine aynı şekilde olayda kullanılan aracın da başka bir araçla değiştirildiği ve olay akşamı kullanılan aracın yakatırıldığı ve yine aynı şekilde, yaralananların tedavileri ile de bizzat İD’in ilgilendiği sabittir. Sanık İD’in, öldürme suçunun icrai davranışlarına katıldığı yönünde cezalandırılmasına yetecek derecede kanıt bulunmamakta, bu sanığın da öldürme eylemine müşterek fail olarak katıldığı kuşkulu kalmakta ise de, yukarıda anlatılan ve kabul edilen oluş içerisindeki rolünün yardım etme niteliğinde bulunduğu kabulünde zorunluluk bulunmaktadır”. (Yarg. CGK.nun 9.6.2009 t. ve 1-10/149 s.lı ilamı.)

¹⁸¹ Yarg.1. CD., 15.06.2006, 742/2621 (Artuk-Gökçen-Yenidünya, TCK. Şerhi, 2, m.39).

Manevi yardım etme, a) suç işlemeye teşvik etmek, b) suç işleme kararını kuvvetlendirmek, c) suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaad etmek ve d) suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek şeklinde gerçekleşebilir.

Yukarıda bahsedilen şeriklik hallerinden ikisi veya üçü bir arada bulunabilir. Örneğin, suçun nasıl işleneceği konusunda faile yol gösteren kimse aynı zamanda suçun işlenmesini över ve onaylarsa teşvik eden veya somut olayın durumuna göre suç işleme kararını kuvvetlendiren kişi durumuna girer. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu hallerde en ağır olan şeriklik şekline tek bir ceza tayin edilmelidir¹⁸².

D- Bağlılık Kuralı

a- Genel Açıklamalar

Azmettiren ve yardım eden, kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirmeyen suç ortaklarıdır. Bunların gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri bağlılık kuralı ile mümkün olmaktadır. Azmettiren ve yardım edenin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi failin icra ettiği fiile bağlı olup bu husus, bağlılık kuralı olarak isimlendirilir¹⁸³.

Şerikin fiili, kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirecek nitelikte olmamakla birlikte, sorumlu tutulabilmesi illi değer taşıyan ihmali veya icrai bir davranışta bulunmasına bağlıdır.

Şerikin suçun konusu ile doğrudan bağlantısı olmamasına karşın suçun faili ile doğrudan ilişkisi söz konusudur¹⁸⁴. Şerikliğin haksızlığı kısmen failin fiilinden kısmen de şerikin kendisinin hukuki değere saldırısından kaynaklanmaktadır.

Bağlılık kuralının diğer bir fonksiyonu ise, özel fail niteliği taşımadığı için fail olamayan suç ortağının gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmesine imkan sağlamasıdır. Özel yükümlülük altında bulunmayan kişinin işlenişine

¹⁸² Baumann-Weber-Mitsch, s.751 vd.

¹⁸³ Bu konuda bkz. Gropp, s.326 vd., Ebert, s.205; Özgenç, s.474 vd.; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, s. 312; Akbulut, s. 176 vd.

¹⁸⁴ Özgenç, s.475.

bulunduğu katkının mahiyeti ne olursa olsun bu suçtan ancak şerik olarak sorumluluğu cihetine gidilecektir¹⁸⁵.

TCK., “suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı”nı (m.40/1) ve ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasını (m.40/3) aradığı için sınırlı bağluluk kuralını kabul etmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere bağluluk kuralının şartları; “kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı (m.40/1)” ve “ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması (m.40/3)”dır.

b- Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Sirayeti

İştirak halinde işlenen suçlarda, suçun nitelikli (daha fazla veya daha az cezayı gerektiren) hallerinin suç ortaklarına sirayeti konusunun bağluluk kuralı başlığı altında tahlil edilmesi doğru olacaktır¹⁸⁶.

Nitelikli hallerin suç ortaklarına teşmili, 765 sayılı TCK.’nun 66 ve 67 nci maddelerinde kişisel ve fiili ağırlatıcı sebeplerin şeriklere sirayeti başlığı altında düzenlenmiştir.

TCK.’nun 40 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının 2 nci cümlesinde; “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*” hükmü mevcut olup madde gerekçesi ise; “*Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, “kişisel ağırlatıcı nedenlerin” ve “fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması” hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağluluk kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağluluk kuralına metinde yer verdikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, “ağırlatıcı neden”lerin kişisel veya fiili olarak ayırımı tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43 ve 44. maddeleri hükümleri metinden çıkarılmıştır*” şeklindedir.

Doktrinde bağluluk kuralına ilişkin hükümlerin, nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti konusunu kapsamadığı veya yetersiz şekilde düzenlediği

¹⁸⁵ Özgenç, s.476.

¹⁸⁶ Baumann-Weber-Mitsch, s.769 vd.; Gropp, s.328 vd.; Ebert, s.208 vd.

şeklinde eleştiriler yapılmıştır¹⁸⁷. Kanaatimizce bu eleştiriler yerinde değildir. TCK.nun genel hükümleri iştirak ve özellikle bağlılık kuralına ilişkin hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde nitelikli hallerin ortaklara sirayeti bakımından bir problemin olmadığı kolaylıkla görülecektir.

Konuyu bir örnek olay üzerinde açıklamak pedagojik açıdan faydalı olacaktır: Örneğin; kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi, TCK. nun 82 nci maddesinin 1 nci fıkrasının (d) bendinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Buna göre bayan (B) nin, eşi (E) yi öldürmesi için aşık olduğu (A) yı azmettirmesi ve (A) tarafından da fiilin işlenmesi halinde; aşık (A), nitelikli halden değil, suçun temel şeklinden (m.81) sorumlu olur. Çünkü TCK.nun 82 nci maddesinin 1 nci fıkrasının (d) bendinde düzenlenen suç görünüşte özgü suç niteliğindedir. Bu sebeple (A), özel faillik niteliğini taşımadığından suçun temel şeklinden (m. 81) cezalandırılmalıdır. Azmettiren konumundaki bayan (B) de nitelikli halden (m. 82/1-d) değil, TCK.nun 38 nci maddesi gereğince suçun temel şeklinden sorumlu olur. Çünkü 38. maddeye göre, azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır¹⁸⁸.

Görüldüğü gibi bağlılık kuralı ile getirilen yeni düzenlemeyi eski kanunun mantığı ile anlamak veya çözmeye çalışmak mümkün değildir. Çünkü mesele yeni kanunda tamamen farklı bir perspektifle ele alınmakta ve çözülmektedir.

İfade edelim ki, Yargıtay'ın içtihatları bu konuda henüz istikrar kazanmamıştır. Yargıtay benzer bir olayda kanuni düzenlemeyi dikkate almaksızın azmettirenin ve aradaki şahsi ilişkiyi bilen failin nitelikli halden, sorumlu olduğu yönünde içtihatla bulunmuştur¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Bkz. **Hafizoğulları - Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.358 vd.; ayrıca bkz. **İskender, Salih Zeki**, Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2011, Ankara 2011, C:37, S:3, s.5 vd.; **Akbulut**, s.204.

¹⁸⁸ Aynı görüşte bkz. **Özgenç**, s.438 vd.; **Akbulut**, s.210 .

¹⁸⁹ “Sanık Halil İbrahim'in, eşi olan maktuleye fuhuş yaptırdığı, maktulenin, buna karşı çıktığı ve sanığı şikayet ettiği, daha sonra müşterek evi terk ederek başkasıyla yaşamaya başladığı, olay günü boşanma konusunu konuşmak üzere sanıkların oturduğu eve geldiği, burada sanıklarla tartıştığı, evi terk edip gitmek istemesi üzerine, sanık Halil İbrahim'in, yaşı küçük kardeşi olan sanık Adem'i azmettirmesi sonucu, sanık Adem'in, tabanca ile yanında sanık Halil İbrahim olduğu halde maktuleyi kovalayarak, sığındığı marangoz dükkanında tabanca ile ateş ederek öldürdüğü olayda; Sanık Halil İbrahim'in, eşi olan maktuleyi öldürmesi için sanık Adem'i azmettirdiği, sanık Adem'in de, maktulenin sanık Halil İbrahim'in eşi olduğunu bildiği anlaşılmalı, azmettirenin kaynaklanan şahsi

Yukarıdaki örnekte, öldürme fiiline azmettiren bayan (B) nin, suçun icrasına müşterek fail olarak katılması durumunda; “şerikliğe nazaran failliğin asliliği” kuralı gereğince nitelikli öldürmeden (m. 82/1-d), fiili birlikte işlediği aşığı (A) ise basit öldürme (m.81)’den sorumlu olması gerekir¹⁹⁰.

Örneğimizdeki aşık (A), (B) yi, eşini öldürmeye azmettirse, (B) de eylemi gerçekleştirse, her ikisi nitelikli öldürmeden (m. 82/1-d) sorumlu tutulacaktır. Çünkü TCK.nun 82 nci maddesinin 1 nci fıkrasının (d) bendinde yaptırıma bağlanan fiil, özgü suç niteliğindedir. Eş, özel faillik niteliğini taşıdığı için nitelikli halden cezalandırılır. TCK.nun 38 nci maddesine göre, “azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı” için azmettiren aşık (A) hakkında da m. 82/1-d hükmü uygulanmalıdır.

5237 sayılı TCK.nun hükümleri bu şekilde olmakla birlikte, Yargıtay bazı kararlarında 765 Sayılı Kanunda yer alan; şahsi ve fiili ağırlaştırıcı sebep ayrımı yaparak farklı sonuca ulaşmaktadır. Oysa 5237 TCK.nun sisteminde şahsi ağırlaştırıcı sebep veya fiili ağırlaştırıcı sebep ayrımı yoktur. Bu alanda çıkan hukuki problemler yukarıda açıklandığı üzere bağlılık kuralı ve diğer hükümlerle birlikte çözülmektedir.

Fiile ilişkin nitelikli bir halin söz konusu olması durumunda, 765 Sayılı TCK.nun 67 nci maddesine gereğince bu halin suç ortaklarına uygulanabilmesi için failin bunu bilmesi gerekmektedir. Nitelikli halin varlığından haberdar olmayan suç ortağına bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.

ağırlaştırıcı sebebin sirayetinin kabulü ile, sanık Adem hakkında öldürme suçundan 5237 sayılı TCK.nun 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine,...iştirak edilmemiştir.” Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 01.02.2010 tarih ve 438/493 sayılı ilamı.

¹⁹⁰ Yargıtay benzer bir olayda, isabetli olarak hem azmettiren hem de müşterek fail olan bayanın nitelikli halden, aşığın ise kasten öldürmenin basit şekilden cezalandırılacağı içtihadında bulunmuştur: “Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktule Besime’nin, sanık Orkide’nin babaannesi olduğu, olay tarihinde sanıklar Gökhan ve Orkide’nin maktule Besime’nin evinde gizlice buluştukları, birlikte esrar içtikten sonra maktulenin sanıkları uygunsuz vaziyette gördüğü, maktule tarafından olayın ailesine anlatılacağı endişesi ile sanık Orkide’nin korktuğu ve sanık Gökhan’ı, maktuleyi öldürmesi için azmettirdiği, bunun üzerine her iki sanığın birlikte maktuleyi öldürdüğü olayda; 5237 sayılı TCK.nun 40/1-2. maddesi göz önüne alındığında, sanık Orkide’den kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı nedenin suçun faili olan sanık Gökhan’a sirayet etmeyeceği düşünülmeksizin, sanığın kasten öldürme suçundan 5237 sayılı TCK.nun 81/1. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken, TCK.nun 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulması”. Bkz. Yarg. 1. CD.nin 10.02.2010 tarih ve 2844/758 s.lı kararı. (İskender, s.18 vd.)

TCK.nun 30 ncu maddesinin 2 nci fıkrasında, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacaktır. Bir başka anlatımla suça iştirak eden kişi fiile ilişkin bir nitelikli halin varlığından haberdar ise hakkında uygulanacak, haberdar değilse uygulanmayacaktır. (örneğin, 82-1/a,b,c) Görüldüğü gibi TCK.nun sistemine göre ayrıca bir düzenleneme yapılmasına gerek olmadan sonuca ulaşılmaktadır.

Yeni TCK.nun sistemine göre haksız tahrik, kusurluluğu azaltan bir haldir¹⁹¹. Suç ortaklarından sadece birine yönelik haksız tahrik diğerlerine uygulanmaz. Çünkü TCK.nun 40 nci maddesinin birinci fıkrasına göre suçun işlenişine iştirak eden kişi kendi kusurlu hareketine göre cezalandırılır. Suç ortaklarından birinin olayda haksız tahrikin koşullarının oluştuğu konusunda hataya düşmesi halinde (m. 30/3) kişi bu hatadan yararlanacaktır.

Öldürme suçunun nitelikli hallerine yardım etme (m.39) durumunda da bağlılık kuralı çerçevesinde çözüm üretilmelidir. Örneğin (A), (B) nin kardeşi olduğunu bildiği (C) yi, (B) nin öldürmesine yardım ederse, sorumluluğu TCK nun 82 nci maddesindeki nitelikli hal dikkate alınarak tesbit edilmelidir. Buna karşılık (A), kendi kardeşi olan (B) yi öldüren (C) ye yardım ederse, TCK.nun 81 nci maddesine göre (kasten öldürmenin basit şekli yardım) sorumlu tutulacaktır¹⁹².

E- İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (m.41)

İştirak halinde işlenen suçlarda iştirak edenlerden bir veya birkaçının gönüllü vazgeçmesi halinde ne yapılacağı TCK.nun 41 nci maddesinde açıklanmıştır.

Tek kişi tarafından işlenen bir suçta, failin, suçun icra hareketlerinden vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde TCK.nun 36. maddesi uygulanacaktır. Ancak iştirak halinde işlenen suçlarda katılanlardan birinin gönüllü vazgeçmesi, diğerlerinin ise suçun işlenmesinde ısrar etmesi durumunda sorumlulukların

¹⁹¹ Bkz. Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2011, s.56.

¹⁹² Akbulut, s.210.

nasıl tespit edileceği aşağıda çeşitli ihtimaller üzerinde durularak açıklanmaya çalışılacaktır.

Suç, müşterek failer tarafından işlenmiş olabilir. Bu halde müşterek faillerden biri suçun işlenmesinden gönüllü vazgeçmiş ise sadece bu kişi hakkında vazgeçme hükümleri uygulanır. Ancak vazgeçen tarafından tamamlanan fiil bir suç oluşturuyorsa kişi, 36 ncı maddeye göre, o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır. Örneğin (A) ve (B), (C) nin ölümcül bölgelerine doğru silahla ateş ederken (B), (C) yi yaralamış ancak silahında yeterli mermi bulunmasına rağmen icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmiş ve (C) yi olay sonrası hastaneye götürerek ölüm neticesinin meydana gelmesine engel olmuş olabilir. (A) ise (B) ye ateş etmiş silahındaki bütün mermileri kullanıp (C) ye isabet ettirememiş ve olay yerinden kaçmıştır. Bu halde (B) gönüllü olarak suçun icrasından vazgeçtiği ve (C)'yi hastaneye götürüp ölmesini engellediği için, kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmaz. (A) ise, suçun icrasından vazgeçmeyip icra hareketlerine devam edip sonra olay yerinden kaçtığı için, kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulur.

Suçun gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayretin dışında başka bir sebeple işlenememişse de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır (m. 41/2-a). Örneğin (A) ve (B), (C) yi öldürmeye karar verip silahla pusuda beklerken (B) suçu işlemekten gönüllü olarak vazgeçer, olay yerinden geçen polislerin yardımıyla silahla ateş etmesini engellediği (A) nın yaraladığı (C) yi hastaneye kaldırır ve ölmesine engel olursa (B) sadece ruhsatsız silah bulundurma suçundan, (A) ise kasten öldürmeye teşebbüs ve ruhsatsız silah bulundurma suçlarından cezalandırılır.

Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen suçun işlenmiş olması halinde de TCK.nun 36 ncı maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerekir (m. 41/2-b). Örneğin (A), (B) ve (C), (D) yi öldürmek için birlikte hareket eder ve silahı dolu olmasına rağmen bir el ateş edip (D) yi yaraladıktan sonra gönüllü olarak vazgeçen (A), (B) ve (C) yi suç işlemekten vazgeçirmek için elinden gelen tüm gayreti göstermesine rağmen (B) ve (C) silahla ateş etmeye devam eder ve (D) yi öldürürse (A) kasten yaralama (B) ve (C) ise kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme bakımından şeriklerin durumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Azmettirme ve yardım etme halinde icra hareketlerine başlayan failin gönüllü vazgeçmesi şeriklerin sorumluluğunu etkilemeyecektir. Çünkü gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir. Bağlılık kuralını düzenleyen TCK.nun 40 ncı maddesinin 1 nci fıkrasına göre, suçun işlenişine iştirak eden her kişi diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. Örneğin (A), (B) nin öldürülmesi için (C) yi azmettirmiş, (D) ise (C) ye silah temin etmiş olabilir. Fail (C) ise (B) nin ölümcül bölgelerine bir el ateş ettikten sonra fiilden gönüllü olarak vazgeçip (B) yi hastaneye kaldırmış ve ölmesine engel olmuş olabilir. Bu halde (C) gerçekleşen neticenin yaralama suçunu oluşturması sebebiyle kasten yaralamadan, (A) kasten öldürmeye teşebbüse azmettirmeden, (D) ise kasten öldürmeye teşebbüs suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılacaktır.

Şeriklerin gönüllü vazgeçmesi halinde TCK.nun 41 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre hareket edilmesi gerekir. Örneğin (A) yı öldürmesi için (B) yi azmettiren (C), (B) nin (A) yı yaralamasından sonra olay yerine gidip kendi çabalarıyla ölüm neticesinin gerçekleşmesini önlerse; (B) öldürmeye teşebbüsten, (C) ise gerçekleşen yaralama sebebiyle “kasten yaralama” suçundan sorumlu tutulacaktır. Fail (B) ye silah temin eden (D) nin, (B) nin (A) yı yaralamasından sonra olay yerine gidip kendi çabalarıyla ölüm neticesinin gerçekleşmesini önlemesi halinde de (D), yaralama suçuna “yardım eden” olarak sorumlu tutulacaktır.

Örneğimizde (C) nin soyut olarak azmettirmeden vazgeçmesi, yani durumu (B) ye bildirmeden kendi içinde pişmanlık yaşamaması, cezalandırılmasını engellemez. Gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için TCK.nun 36 ncı maddesindeki şartların oluşması gerekir.

3- SUÇLARIN İÇTİMAI

A- Müteselsil Suç

TCK.nun 43/1 nci maddesinde; “(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya” hükmedileceği belirtilmiştir¹⁹³. Ancak 43/3 ncü maddede; “Kasten öldürme (...) suçlarında bu madde hükümleri

¹⁹³ Bu konuda bkz: İcel, Kayhan, Suçların İçtimai, İstanbul 1972, s.87 vd.

uygulanmaz” dendiği için kasten öldürme suçlarında müteselsil suç hükümleri uygulanamaz.

B- Aynı Neviden Fikri İçtima

TCK.nun 43/2 nci maddesinde; “*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır*” denmesine karşılık 43. maddenin 3 ncü fıkrasında; “*Kasten öldürme (...) suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz*” hükmü mevcut olduğundan, inceleme konusu suç açısından aynı neviden fikri içtima hükümleri¹⁹⁴ uygulanamaz.

Örneğin (A), (B) ye ateş etmiş ancak (B) yi değil yanında yürüyen (C) yi öldürmüştür. Bu halde (B) bakımından öldürmeye teşebbüs, (C) bakımından ise olası kastla öldürme suçu söz konusu olur. (A) hakkında TCK.nun 43 ncü maddesinin 2 nci fıkrası uygulanamayacağından hem kasten öldürmeye teşebbüsten hem de olası kastla öldürmeden cezalandırılması gerekir.

C- Fikri İçtima

TCK'nın 44. maddesinde fikri içtima düzenlenmekte ve “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” denmektedir¹⁹⁵. Burada dikkat edilmesi gereken, işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasıdır. Diğer bir deyişle eylem tek olmalı, ancak bu eylemle birden fazla ve birbirinden farklı suç işlenmelidir. Böyle bir durumda faile bu suçlardan en ağır olanının cezası verilecektir.

Madde gerekçesinde; “*Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir*” açıklaması bulunmaktadır.

TCK.nun 44 ncü maddesi bakımından üzerinde durulması gereken bir başka husus; “hedefte sapma”dır.

Bu konu hakkında madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir; “*Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri*

¹⁹⁴ Aynı neviden fikri içtima hakkında bkz: **İçel**, Suçların İçtimaı, s.77 vd.

¹⁹⁵ Fikri içtima hakkında bkz: **İçel**, Suçların İçtimaı, s.57 vd.; Ayrıca bkz: **Özen, Mustafa**, Ceza Hukukunda Fikri İçtima, TBB Dergisi, S.73, Kasım Aralık 2007, s.132 vd.

içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hâkimdir. Bu nedenle, kamuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir”.

(A), (B) ye ateş etmiş ancak kurşun sektiği için başka yönde yürüyen (D) yi öldürmüş ise, (B) bakımından öldürmeye teşebbüs (D) bakımından taksirle öldürme suçu söz konusu olur. Bu halde TCK.nun 44 ncü maddesi kapsamında failin en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerekir.

VI- KUSURLULUK, KUSURLULUĞU ETKİLEYEN VE KALDIRAN HALLER

1- Genel Bilgiler

Daha önce manevi unsurlar başlığı altında da açıkladığımız gibi “kusurluluk” failin kınanabilirliği ile ilgili bir değer yargısı olması dolayısıyla, fiil, failinin kusuru olmadan işlense dahi, suç vasfını devam ettirecektir.

İnceleme konumuzu oluşturan suç bakımından işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan akıl hastasının, öldürme fiilini gerçekleştirmesi bir haksızlıktır ve fiil suç teşkil etmektedir. Ancak burada failin kusur yeteneği olmadığından, kusurlu sayılmaz. İşlenen bu fiilden ötürü fail kusurlu sayılmasa da, haksızlık ve suç vasfı devam eden eylem ceza hukuku

bakımından önem taşır. Bu halde fail hakkında ceza uygulanamaz, fakat güvenlik tedbirleri tatbik edilebilir¹⁹⁶.

Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır. Kusurluluğu etkileyen halleri; “hukuka aykırı ve fakat, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m. 24/2-4), Zorunluluk hali (m.25/2), Meşru Müdafaa sınırın korku kaygı panik içerisinde aşılması (m.27/2)¹⁹⁷, Cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.28), Haksız tahrik (m.29), Çeşitli hata halleri (m. 30/3-4), Yaş küçüklüğü, (m.31), Akıl hastalığı (m.32), Sağır ve dilsizlik (m.33), Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34)”, olarak belirtmek mümkündür.

Aşağıda kusurluluğu etkileyen haller, inceleme konusu suçla bağlantılı olarak açıklanmaya çalışılacaktır. TCK.nun 30. maddesinde düzenlenen “hata”, kusurluluk konusuna münhasır olmadığından ayrı bir başlık altında incelenecektir.

2- Hukuka Aykırı, Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi (m.24/2-4)

TCK.nun 24/2. maddesinde; “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz” hükmü mevcuttur.

İnceleme konumuz olan kasten öldürme için verilen emir, konusu suç teşkil ettiği için yerine getirilemez. TCK.nun 24/3 ncü maddesinde; “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur” denilmektedir¹⁹⁸. Dolayısıyla emri yerine getiren bu halde sorumluluktan kurtulamaz. TCK.nun 24/4. maddesine göre ise; “Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008, s.56 vd; Özgenç, Gazi Şerhi, s.245; Koca - Üzülmöz, s.256 vd.

¹⁹⁷ Bu konu daha önce anlatılmıştır.

¹⁹⁸ PVSK.nun 2/B maddesinde de konuya ilişkin bir düzenleme mevcuttur.

¹⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel Hükümler, s.636; Koca-Üzülmöz, Genel Hükümler, s.263 vd.

3- Zorunluluk Hali (m.25/2)

TCK.nun 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 verilmez”²⁰⁰.

Ülkemizde doğuda, kış aylarında ulaşımın kesilmiş olduğu bir zamanda, tıp eğitimi almamış kişilerin, özellik arzeden bir doğumu yaptırması, zorunluluk haline örnek gösterilebilir. Bu halde doğum yapan kadına müdahale eden ve tıp mesleğini icra etmeye yetkili olmayan kişinin fiili yaralama veya doğumda ölüm meydana gelmiş ise öldürme olarak nitelenebilir. Ancak failin hareketi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilirse, fiil suç teşkil eder fakat fail kusurlu sayılmadığı için hakkında cezaya hükmedilmez.

4- Yaş Küçüklüğü

Kasten öldürme suçunun faili, oniki yaşını doldurmamış olan çocuklar olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir (m. 31/1).

Failin oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olması ve işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Bu kişilerin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında ceza indirilerek hükmolunur (m. 31/2).

Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığına bakılmaksızın ceza indirilerek hükmolunur²⁰¹.

²⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.641 vd.; **Koca-Üzülmez**, s.266 vd.; **Kangal**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s.27 vd.

²⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.601 vd.; **Koca-Üzülmez**, Genel Hükümler, s.284 vd.

Yargıtay 1. CD. nin 15.11.2006 tarih ve 2398/4942 sayılı ilamında; “*Sanık F. nin suç tarihinde 18 yaşını doldurmaya 2 ayı kaldığı düşünülerek, 5237 sayılı TCK.nun 31/3. maddesinin tatbikinde makul bir indirim yerine cezanın azami indirime tabi tutulması*” yasaya aykırı bulunarak bozmuştur²⁰².

İfade edelim ki Yargıtay’ın bu yorumu hukuka uygun değildir. Temel cezanın tespiti TCK.nun 61 nci maddesi çerçevesinde yapılır. Failin 18 yaşını bitirmesine iki ayının kalmış olması, müstakillen teşdit sebebi olarak düşünülemez. Bunun dosya kapsamına uygun şekilde gerekçelendirilmesi gerekir.

5- Sağır ve Dilsizlik

Failin sağır ve dilsiz olması halinde yaş gruplarına göre sorumluluğun tespiti gerekmektedir. Onbeş yaşını doldurmamış olanların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir (m. 33). Onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizlerin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Bu kişilerin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında ceza indirilerek hükmolunur.

Onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığına bakılmaksızın ceza indirilerek hükmolunur (m.33)²⁰³.

6- Akıl Hastalığı

Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında

²⁰² Bkz: Yarg. 1. CD. nin 15.11.2006 t. ve 2398/4942 sayılı kararı.

²⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.610 vd.; **Koca-Üzülmez**, Genel Hükümler, s.290 vd.

güvenlik tedbirine hükmolunur (m.32/1). İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye ceza indirilerek hükmolunur. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak kaydıyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir (m. 32/2)²⁰⁴.

Akıl hastalığının mevcudiyetinin ne şekilde tespit edilmesi gerektiği CMK.nun 74. maddesinde açıklanmıştır.

Akıl hastalığının tespiti hususunda Temyiz Mahkemesi, son derece hassas davranmaktadır²⁰⁵.

7- Cebir veya Tehdit Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi (m.28)

TCK.nun 28. maddesine göre; “(1) Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır”²⁰⁶.

Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kişi, kusurlu sayılmayacağından cezaya hükmolunmaz. Örneğin kafasına silah dayalı olan

²⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.614 vd.; **Koca-Üzülmez**, Genel Hükümler, s.291 vd.

²⁰⁵ “Sanık hakkında Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Kurulunca düzenlenen 10.3.2003 tarihli raporda cezai ehliyetini önemli derecede etkileyecek mahiyet ve derecede ""hafif derecede zeka geriliği"" saptandığı bildirilmiş, dosya içerisinde mevcut olmamakla birlikte 4. İhtisas Kurulu raporu içeriğinden, Adli Tıp Kurumu Gözlem İhtisas Dairesinin 26.4.2002 tarih ve 244 sayılı raporuna göre, sanıkta cezai ehliyetini etkileyecek ya da ortadan kaldıracak akıl hastalığı veya akıl zayıflığı tespit edilemediği, cezai ehliyetinin tam olduğunun bildirildiği, 4. İhtisas Kurulu raporunda Gözlem İhtisas Dairesinin bu raporuna niçin itibar edilmediğinin yeterli ve tatmin edici gerekçelerle tartışılmadığı görülmekle, Gözlem İhtisas Dairesi ile 4. İhtisas Kurulu raporları arasındaki farklılığın (...) Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor alınarak giderilmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği düşünülmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi”. Yarg. 1. CD.nin 28.9.2004 t. ve 114/3167 s.lı ilamı (Kazancı İçtihat Bankası.)

²⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.630 vd.; **Koca-Üzülmez**, Genel Hükümler, s.273 vd.

kişi, tehdit edenin zorlamasıyla bir başkasını öldürürse, hakkında cezaya hükmolunmaz. Bu halde tehdit eden kişi, fail olarak cezalandırılır.

Kişi karşı koyamayacağı ve sakınamayacağı ağır bir korku halinde suça katılmışsa, bundan sorumlu tutulmayacaktır. Bu husus Yargıtay 1. CD.nin 5.10.2007 tarihli içtihadında; “Sanık Nermin hakkında ise; maktul ile arkadaşlığının boşanmış olduğu eşi sanık Ahmet tarafından öğrenilmesi üzerine diğer sanıkların öldürme kararı aldıkları, öldürme suçunu gerçekleştirmek amacıyla maktulün istedikleri yere gelmesini sağlamak amacıyla sanık Nermin’e telefon açtırdıkları anlaşılmalı; mevcut dosya kapsamı, sanığın beyanlarına göre sanık Nermin üzerinde karşı koyamayacağı ve sakınamayacağı ağır bir korku hali oluşturdukları, bu nedenle 5237 sayılı TCK.nun 28. maddesi gereğince sanığa ceza verilemeyeceği”²⁰⁷ şeklinde ifade edilmiştir.

8- Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma

TCK.nun 34 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında; “geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez” denmektedir.

Geçici nedenin söz konusu olması, failin bu sebebin ortaya çıkmasında hiçbir kusurunun bulunmamasına bağlıdır. Bu bakımdan örneğin, ilaç sanarak sarhoş edici bir madde kullanan veya arkadaşlarının muzipliği yüzünden alkollü olduğunu bilmediği bir içkiyi içen veyahut zorla vücuduna böyle bir madde zerk edilen kişinin, sarhoşluğun meydana gelmesinde hiçbir kusuru olmadığından cezai yönden sorumlu tutulmayacaktır²⁰⁸. Buna karşılık kastlı veya taksirli olarak geçici nedenin meydana gelmesine neden olan, kusur yeteneği varmış gibi cezalandırılır. Kanunumuzda açıkça öngörülmemiş olan bu sonuç, actio liberae in causa (sebebinde serbest hareketler) anlayışının bir sonucudur.

TCK.nun 34 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmünden, isteyerek kullandığı alkol veya uyuşturucu madde tesiriyle suç işleyen kişinin, 1 inci fıkraya hükmünden istifade edemeyeceği ve cezai sorumluluğunun tam olduğu anlamı çık-

²⁰⁷ Bkz: Yarg. 1. CD.nin 5.10.2007 t. ve 3924/7271 sayılı içtihadı

²⁰⁸ Bkz. **Alacakaptan**, s.120, dn.35.

maktadır. Bu bakımdan kasten öldürme suçunu işlemek için, alkol almak suretiyle kendisini cesaretlendiren kişinin ceza sorumluluğu tamdır.

9- Haksız Tahrik (m.29)

TCK. nun Haksız tahrik başlığını taşıyan 29. maddesinde; “(1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir” hükmü mevcuttur.

Haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmektedir. Böylece, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği, önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır²⁰⁹.

İnceleme konumuzu oluşturan suç tipi bakımından eğer fail, “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında” kasten insan öldürme suçunu işlemişse; cezası 29. madde uyarınca indirilerek uygulanacaktır²¹⁰.

765 sayılı TCK.nun yürürlükte bulunduğu dönemde ağır tahrik - basit tahrik ayrımının yanlış yapıldığı gerekçesiyle bir çok hüküm bozulmaktaydı²¹¹.

²⁰⁹ Özgenç, Gazi Şerhi, s.412.

²¹⁰ “Dosya kapsamına göre, sanığın, tesadüfen karşılaştığı maktulden sigara istediği, sigara kullanmayan maktulün sanığın bu isteğini geri çevirdiği, bunun üzerine sanığın, maktulün sağ kasık bölgesine ele geçirilemeyen bıçakla bir kez vurarak, eylemini devam ettirmeden kaçtığı, maktulün büyük damar kesilmesinden kaynaklanan dış kanama sonucu öldüğü olayda, (...) 2) Sanığın, maktulle rastlantı sonucu karşılaştığı, istediği sigarayı alamayınca eylemini gerçekleştirdiği, Devlet memuru olan maktulün kendisinden sigara istemesi üzerine hakaret ederek, etkili eylemde bulunduğu ilişkin savunmanın, mantık kurallarına aykırı ve daha az ceza almaya yönelik olduğu, sanığın, sonradan psikolojik rahatsızlığını ileri sürerek cezadan kurtulma yolunu denediği, ayrıca soruşturma ve kovuşturma aşamasında verdiği ifadeler arasında çelişkilerin de bulunduğu dikkate alındığında, maktulden sanığa yönelen haksız bir eylem bulunmadığının kabulü gerekirken, aksine kabulle haksız tahrik hükmü uygulanarak eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir”. Bkz: Yarg 1. CD.nin 12.5.2011 t. ve 7158/3028 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

²¹¹ “Konuk olarak buldukları evde birlikte alkol aldıkları sırada maktul Kemal'in, sanığın telefonla görüştüğü arkadaşlarına alkolün etkisiyle hakaret ettiği, bu nedenle çıkan tartışma ve ortamın bozulması üzerine evine gitmek için dışarı çıkan sanığın bulundurma

5237 sayılı TCK.da bu ayırım kaldırılmış ve cezanın indirilmesinde hakime takdir hakkı verilmiştir. Nitekim madde gerekçesinde bu husus; “765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan adi ve ağır tahrik ayırımı kaldırılmıştır. Tahrik hâlinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır. Hâkim tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi saptayabilecektir. 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” şeklinde ifade edilmiştir.

Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kasten öldürme suçunu işleyen kimse hakkında cezanın indirilmesi yoluna gidilmelidir. Haksız tahrike ilişkin şartlar oluşmamışsa hakim cezada indirim gidemez. Bunun için haksız tahrike ilişkin şartların etraflıca değerlendirilmesi gereklidir.

Karşılıklı tahrik halinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği konusunda; Yargıtay; “Meşru savunma koşullarının bulunmadığı sonucuna varılması ve karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığının saptanması halinde, bu haksız davranışların birbirlerine oranla değerlendirilmesi, öncelik-sonralık durumlarının, birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmediklerinin, ulaştıkları boyutların, vahamet düzeylerinin, etkileri ve derecelen gibi hususların dikkate alınması etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığının, kısaca tahrikte dengenin sanık yararına bozulup bozulmadığının saptanması, sonucuna göre sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılması” gerektiğini ifade etmiştir²¹².

ruhsatlı tabancasıyla havaya iki el ateş ettiği, bu sırada sanığın yanına elinde bıçakla gelen maktülün sözlü ve fiili sataşması üzerine sanığın kendisini hedef alan atışı sonucunda öldürüldüğü, tanık anlatımlarından, maktülün düştüğü yerde bıçağın elde edilmesinden, bu kanıtlarla uygunluk gösteren ve karşıtı kanıtlanamayan savunmadan anlaşılacakla, maktülün sanığın telefonda konuştuğu arkadaşlarına gereksiz yere hakaret etmesi ve evine gitmek için dışarı çıktığında arkasından gelerek bıçakla üzerine yürümesi gibi haksız hareketlerinin etkisinde eylemin gerçekleştirildiği dikkate alınarak cezasından ağır tahrik hükümlerine göre yukarı sınıra ulaşmayan adil bir oranda indirim yapılması gerekirken basit tahrik hükmünün uygulanarak fazla ceza tayini”. (Bkz: Yarg. 1. CD.nin 11.5.2005 t. ve 4788/1215 s.lı ilamı.).

²¹² Bkz: Yarg. 1. CD.nin 31.3.2011 t. ve 872/1888 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

10- Hata (m.30)

Hata, TCK.nun 30. maddesinde düzenlenmiştir. TCK.'nın bu düzenlemesine göre hata; kastı kaldıran ve kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere iki kısımda incelenebilir²¹³.

A- Kastı Kaldıran Hata

Kastı kaldıran hata, suçun maddi unsurlarında olabileceği gibi nitelikli unsurlarında da olabilir.

a- Suçun Maddî Unsurlarında Hata (m.30/1)

TCK.'nın 30 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında; “*failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*” denmektedir.

Madde gerekçesi; “*Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bile- rek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi vestiyerden kendisinin zannederek başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir.*

Fıkra da ayrıca, maddî unsurlarda hata hâlinde, taksirle sorumluluğa ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanılığında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay

²¹³ Hata hakkında geniş bilgi için bkz: **Koca, Mahmut**, Türk Ceza Hukukunda Hata, in: 3. Yılında Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009, s.81 vd.; **Güngör, Devrim**, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 23 vd.

dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. (...)

“Şahısta hata” aslında bir ve ikinci fıkra hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür.

Keza, hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimaî hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimaî ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır” şeklindedir.

Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hatanın, kasta etki edip etmeyeceği, işlenen fiilin taksirli veya kastlı bir suç olup olmadığına göre değişir. Bu bakımdan, unsurlara ilişkin hata taksirliyse ve işlenen fiil de, taksirle icra edildiği takdirde dahi cezalandırılabilen bir eylemse, failin bilmemesi veya yanılması onun kusurlu sayılmasına engel teşkil etmez²¹⁴.

Yargıtay uygulamaları da bu doğrultudadır.

“(...) buna karşılık; 5237 sayılı yasanın 30. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; “fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” şeklindeki 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 karşılaşmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliriyorsa, taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olur. bu haksızlık kanunda suç olarak tanımlanmışsa, fail taksirle sorumluluğundan cezalandırılır. somut olayda, sanık kardeşini sincap zannederek ateş

²¹⁴ Bkz: Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel Hükümler, s.682 vd..

etmiş ve onu öldürmüştür. bu durumda, kasten öldürme suçunun konusu insan olduğundan, suçun maddi unsurlarından olan “suç konu”sunda yanılıya düşen sanığın “suç kastı” ortadan kalkmıştır. dolayısıyla “kasten öldürme” veya “olası kastla öldürme” suçlarından cezalandırılmayacaktır”²¹⁵.

b- Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata (m.30/2)

TCK.’nın 30 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında; *“bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”* denilmektedir. İşlenen suçta bulunan daha fazla cezayı gerektiren nitelikli unsur, fail tarafından bilinmediği takdirde cezanın artırılması mümkün değildir²¹⁶.

Cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurun varlığı konusunda hata iki şekilde söz konusu olabilir. İlk olarak kişinin gerçekleştirmek istediği suçta bir takım daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlar bulunmasına karşılık, bilfiil tahakkuk eden suçta bu gibi sebeplerin mevcut olmaması halinde, irade ile gerçek arasındaki bu aykırılığı, irade lehine çözmek gerekir²¹⁷.

Örneğin hasmı zannettiği kişiye silahla ateş ederek öldüren kişi, aslında babasını öldürmüştü, bu halde cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal, fail hakkında uygulanmaz. Ancak babasını öldürmek için silahını ateşleyen kişi, gerçekte başkasını öldürmüştü, TCK.nun 30/2 nci maddesi gereğince, nitelikli hal, fail hakkında uygulanmaz.

B- Kusurluluğu Etkileyen Hata

a- Kusurluluğu Etkileyen Nedenlerin Maddi Şartlarında Hata (m.30/3)

Kusurluluğu etkileyen haller, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler olarak ikiye ayrılırlar. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir

²¹⁵ Yarg. CGK.nun 15.7.2008 t. ve 1-150/192 s.lı ilamı. (Kazancı içtihat bankası.) “(...) sanık hakkında maktul Emirhan'a yönelik eylemden 5237 sayılı TCK.nun 30/1 maddesi uyarınca uygulama yapılırken eylemin taksirle öldürme olarak değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi”. Yarg. 1. CD.nin 24.3.2011 t. ve 5531/1798 s.lı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.) Ayrıca bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.682 vd

²¹⁶ Bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.685 vd.

²¹⁷ Bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.685 vd.

nedeninin maddi şartlarında hataya düşen kimse, bu hatasından yararlanır. Bu ihtimalde, kişi kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran halden faydalanacağından, hatanın bu çeşidi, kusurluluk kapsamında değerlendirilmelidir²¹⁸.

Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden birinin maddi koşullarında hataya düşen (örneğin, zaruret halinin şartlarında yanılma) failin, hatasının kaçınılmaz olması halinde işlediği fiil açısından kusurunun bulunmadığı belirtilmelidir. Böyle bir olayda, esasen kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak örneğin, zaruret halinin koşulları mevcut değildir ya da kusurluluğu kaldıracak nitelikte bir tehdit ya da cebir bulunmamaktadır. Fakat kişi, somut olayda bu hallerin koşullarının gerçekleştiğini zannetmektedir. Buradaki yanılığının kaçınılmaz olması halinde ceza sorumluluğu yoktur²¹⁹.

Örneğin (A), önünde yürüyen ve kendi aralarında şakalaşan (B) ve (C)'nin, kendisine hakaret ettiği zannıyla (B) yi öldürse somut olayın durumuna göre kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hataya düşmüş kabul edilebilir. Bu halde fail hakkında haksız tahrike ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

b- Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)

TCK.nun 30/4. maddesine göre; “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*”. Kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu, meşru olmadığı hususunda hataya düşmesi durumunda, haksızlık yanılgısı söz konusudur. Failin haksızlık yanılgısı içerisinde bulunma-

²¹⁸ Bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.692 vd; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s.425.

²¹⁹ “(...) sanık Ali ile maktul arasında önceye dayalı anlaşmazlık bulunduğu, olay tarihinde içerik alınmamaları nedeniyle bekledikleri sırada, maktulün de tesadüfen aynı yere geldiği, sanık Ali'nin silahını çekip ateş etmeye başladığı, Hakan'ın da silahını çektiği, ancak ateş etmediği, diğer sanık Ferhat'ın olay sonuna kadar Ali'nin yanında yer alıp onun peşinden giderek destek olduğu olayda; (...) Sanığın suçu tahrik altında işlediğinin delillerinin bulunmadığı, sanık Ali'nin kardeşinin öldürülmesinden maktulü sorumlu tutmasına dayalı olarak hataya düştüğüne dair 5237 sayılı TCK.nun 30/3. maddesinin uygulanma imkanının bulunmadığının kabulüyle sanık Ali Tutucu'nun 5237 sayılı TCK.nun 81/1,62, sanıklar Hakan ve Ferhat'ın 81/1,39/1-2-c,62. maddeleri gereğince cezalandırılmaları gerekirken yerinde olmayan ve dosyada delilleri bulunmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi”. Yarg. 1. CD.nin 26.6.2008 t. ve 982/5179 sayılı ilamı. (Karar yayımlanmamıştır.)

sı, kasta etkili değildir. Zira haksızlık yanılığı, kusurlulukla ve kusurluluğun unsurlarından algılama (anlama) yeteneği ile irtibatlıdır²²⁰.

Haksızlık yanılığının kaçınılamaz olması halinde kişi gerçekleştirdiği fiil dolayısıyla sorumlu tutulamaz. Diğer bir ifadeyle kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılabilir olup olmadığının tespitinde kişinin somut olayın durumuna göre bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur²²¹.

İnceleme konumuzu oluşturan kasten öldürme suçu evrensel bir değer olan yaşama hakkına müdahale ettiğinden TCK.nun 30/4. maddesi bu alanda uygulama alanı bulamayacaktır.

VII- YAPTIRIM

TCK.nun 81 nci maddesinde kasten öldürme suçuna “müebbet hapis cezası” öngörülmüştür. 82. maddedeki nitelikli hallerin gerçekleşmesi halinde ise, “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” uygulanacaktır.

765 Sayılı TCK.nun 448 nci maddesinde kasten öldürme suçuna, 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezası öngörülmüştü. Nitelikli hallerde müebbet ağır hapis cezası yaptırım olarak kabul edilmişti.

09/08/2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 4771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihe kadar 765 sayılı TCK.nun 450 nci maddesinde düzenlenen nitelikli kasten öldürmenin müeyyidesi idam olarak belirlenmişti. 4771 Sayılı Kanun’un 1-A maddesi ile “Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 7.1.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür”. Görüldüğü gibi maddede, idam cezası, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına değil “müebbet ağır hapis” cezasına çevrilmiştir.

Ancak bu değişiklikte; “a) Türk Ceza Kanununun 47, 50, 51, 55, 58, 59, 61, 62, 64, 65, 66, 102, 112, 451, 452, 462 ve 463 üncü maddeleri ile 7.11.1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama

²²⁰ Bkz: Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel Hükümler, s.693 vd; Özgenç, Gazi Şerhi, s.426.

²²¹ Bkz: Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel Hükümler, s.693 vd; Özgenç, Gazi Şerhi, s.426.

Usulleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin idam cezasına ilişkin hükümleri, b) Türk Ceza Kanununun 17 nci maddesi ile 13.7.1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19 ve Ek 2 nci maddelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümleri” saklı tutulmuştur. Şu halde bu değişiklik sonucunda 765 sayılı TCK.nun 59 ncu maddesindeki takdiri indirim sebeplerinin uygulanması söz konusu olduğunda²²², idam cezası yerine müebbet ağır hapis cezası dikkate alınarak indirim yapılmalı, müebbet ağır hapis cezasının ise 59. maddenin uygulanması sonucunda süreli hapis cezasına dönüştürülmesi gerekmektedir.

Böyle olmasına karşılık Yargıtay CGK. 4.3.2003 tarihinde verdiği kararında; “4771 sayılı Yasanın 1/A madde ve fıkrası ile; savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, Türk Ceza Yasası, Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Yasa ve Orman Yasasında yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş, fıkranın (a) bendinde ise, TCY'nin 47, 50, 51, 55, 58, 59, 61, 62, 64, 65, 66, 451, 452, 462 ve 463. maddeleri ile 2253 sayılı Yasanın 12. maddelerinin idam cezalarına ilişkin hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Yasa koyucu, fıkranın (a) bendinde tek tek saydığı indirim nedenleri yönünden önceki miktarların korunduğunu belirtmekle, sadece temel cezayı dönüştürme iradesini taşıdığını ortaya koymuş, böylelikle temel cezada yapılacak indirimlerde müebbet ağır hapis cezasının esas alınmasını ve dolayısıyla sonuç cezanın değişmesini önleyerek, önceden yaptırımını idam cezası olarak öngördüğü suçlar ile müebbet ağır hapis olarak belirlediği suçlar ve cezaları arasında var olan dengeyi korumak istemiştir. Bu düzenlemenin doğal sonucu olarak, temel ceza idam olarak belirlendikten sonra yapılan indirimler nedeniyle sonuç cezanın müebbet veya muvakkat hürriyeti bağlayıcı ceza olarak tayin edildiği kesinleşmiş hükümlerde, 4771 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması sonuç ceza üzerinde bir değişiklik meydana

²²² 765 sayılı TCK.nun 59. maddesinde; “Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolünür” hükmü mevcuttu.

getirmeyeceğinden, bu durumda, mahkemesinden yeni bir karar istenmesine gerek bulunmamaktadır” şeklinde kanaate ulaşmıştır²²³.

Düşüncemize göre burada belirtilen görüş isabetli değildir. Çünkü failin lehine olan ceza hükmünün uygulanması; uluslararası hukuk metinleri, Anayasa ve özellikle 765 sayılı TCK.nda kabul edilmiş bir esastır. Kanunu bu şekilde yorumlamak, bu temel kuralı açıkça ihlal eder. Nitekim yapılan yanlışlığı fark eden Kanunkoyucu, 5218 sayılı Kanun’la²²⁴ yeniden değişikliğe giderek, 765 sayılı TCK.nun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "idam" ibaresini, "ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirerek içtihadındaki yanlışlığı gidermiştir. Ancak 4771 sayılı Kanun, aradaki lehe kanun olması sebebiyle döneminde işlenen suçlar bakımından uygulanmaya devam etmelidir.

SONUÇ

Yaşama hakkı, bütün uluslararası belgelerde ve Anayasada korunan temel bir haktır. Hayatta olmayan bir insanın diğer haklardan yararlanması mümkün olmadığından sözleşmeler hem yaşama hakkının dokunulmazlığını, hem de bu hakkın korunmasını öngörmektedir.

5237 sayılı TCK.nda bu hakkın ihlalinin yaptırımı, müebbet hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bunun sebebi TCK.nun hayat hakkına vermiş olduğu değerdir.

Kuşkusuz ölüm neticesi her zaman kasten öldürme suçunu oluşturmaz. Kişi kendi isteği ile ölüm neticesini meydana getirmiş veya buna teşebbüs etmişse (intihar), cezalandırılmaz. Fiilin bir başkası tarafından kasten işlenmesi halinde kasten öldürme, taksirle işlenmesi halinde taksirle öldürme, bir planın icrası dahilinde millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla işlenmesi halinde soykırım, “toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi” halinde insanlığa karşı suç, söz konusu olur. Kasten öldürme suçu icrai hareketle işlenebilir. İhmali davranışla

²²³ Bkz: Yarg. CGK. nun 4.3.2003 t. ve 9-24/20 sayılı içtihadı

²²⁴ 14.7.2004 tarihinde kabul edilen 5218 sayılı Kanunun 1-A maddesi şöyledir: “1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun; 1) 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi yürürlükten kaldırılmıştır. 2) 12 nci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 3) 13 üncü maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Ağır hapis cezası, ağırlaştırılmış müebbet, müebbet veya muvakkattir. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ve müebbet ağır hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder. (...) 12) 59 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "idam" ibaresi, "ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis" (...) olarak değiştirilmiştir.

kasten öldürme, TCK.nun 83. maddesinde bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir.

Kasten öldürme tıp biliminin verilerine göre canlı olarak dünyaya gelmiş olan herkese karşı işlenebilir. Ancak ceninin yaşama hakkı, hamile kadının hayat hakkıyla sınırlı olarak kabul edildiğinden, gebe kadının sağlığının tehlikede olması halinde, ceninin yaşama hakkına son verilebilecektir.

765 sayılı TCK.nun 451. maddesindeki objektif sorumluluk öngören düzenlemeye TCK.nda yer verilmemiştir.

765 sayılı TCK.nun 452. maddesinin karşılığını oluşturan hükme, TCK.nda kasten öldürme suçları arasında değil, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinin düzenlendiği bölümde (m.87/4) yer verilmiştir.

765 sayılı TCK.nun 453. maddesindeki “*Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş*” olması halinde failin daha az ceza ile cezalandırılmasını öngören hükme, çağdaş eğilimler doğrultusunda 5237 sayılı TCK.nda yer verilmemiştir.

Kasten öldürme suçu ile korunan hukuki değer; “yaşama hakkı”dır. Yaşama hakkı, bireysel varlıklar hiyerarşisi içinde en üst yeri işgal eder. Bu nedenle ceza hukuku, diğerlerinden önce bu hakkı korumak zorundadır.

Mukayeseli hukukta incelediğimiz kanunlarda; basit öldürme ve nitelikli öldürme tarzında bir ayrıma gidildiği ve nitelikli öldürme suçuna daha ağır ceza uygulandığı görülmektedir. Ancak cezaların ağırlığı ülkelere göre değişmektedir. Danimarka Ceza Kanununda nitelikli hallerde yer verilmemiş ancak cezanın alt ve üst sınırı arasındaki süre oldukça açılmıştır.

Kara Avrupasında yer alan ülke kanunlarında talep üzerine öldürme konusundaki hükümler dikkati çekmektedir. Alman CK. m. 216, Danimarka CK., m. 239, İtalya CK. m. 579, Polonya CK. m. 150 talep üzerine öldürmeyi daha az ceza gerektirecek şekilde düzenlemiştir. Ancak bir kısım kanunlarda ise ülkemizde olduğu gibi böyle bir hükme yer verilmemiştir. İfade etmek gerekir ki, TBMM.ne sunulan Hükümet Tasarısında talep üzerine öldürme ile ilgili benzeri bir madde mevcuttu. TBMM Adalet Komisyonunda bu hüküm metinden çıkarılmıştır. Kanaatimizce yaşama hakkının önemi dikkate alındığında talep üzerine öldürme fiilinin hafif bir ceza ile geçiştirilmesi isabetli değildir.

Kasten öldürme suçların bakımından tartışmalı bir diğer konu da yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinin ayrı bir suç olarak düzenlenip düzenlenmeyeceği hususudur. Bazı Kanunlar, yeni doğmuş çocuğu öldürmeyi, kasten öldürmenin dışında bağımsız bir suç saymış ve daha az ceza öngörmüşlerdir. Polonya CK.’nun 149 ncu, Rusya Federasyonu CK.nun 106 ncı,

İtalya CK.nun 578 nci, Danimarka CK.nun 238 nci maddesinde bu tarz bir hüküm mevcuttur.

Hükmet Tasarısının 139. maddesinde (765 s.lı TCK m. 153) yeni doğan evlilik dışı çocuğu öldürmeye daha az ceza öngören bir hüküm mevcuttu. Bu hüküm, isabetli olarak 5237 sayılı kanuna alınmamıştır.

İnceleme konusu suçta ceza normunun yasakladığı netice “ölüm”dür. İşlenen fiil ne kadar ağır olursa olsun ölüm meydana gelmediği sürece kasten öldürmeden bahsedilemez. “Ölüm” anının tespiti konusunda başlıca iki anlayış vardır: Biyolojik ölüm ve beyin ölümü.

Biyolojik (klasik) ölüm, büyük hayat fonksiyonlarının durması şeklinde tanımlanmakta ve "kalbin işlemeze hale gelişi, soluğun kesilişi, hareketin duruşu, zekânın yıkılışı, beş duyunun gayri faal hale gelmesi", ölüm sayılmaktaydı.

Reanimasyon (yeniden canlandırma) metot ve aletlerinin yaygın bir biçimde kullanılmaya başlanması, son nefes ve son kalp atışı şeklindeki klâsik ölüm tanımının yeterli bir kıstas olmadığını ortaya koymuştur. Bugün kalp-akciğer pompası gibi aletler ve reanimasyon metotları ile solunum veya dolaşımı durmuş kimselerin bu fonksiyonları bazen sürdürülebilmektedir. Yine dolaşım ve solunumun durmasına rağmen beyin faaliyetlerinin devam ettiği de görülmektedir. Büyük hayat fonksiyonlarının sona ermesine ilişkin bu karışıklık, bilim adamlarını tıpta yeni bir ölüm kıstası arayışına itmiş ve vücut fonksiyonlarının birlikte işleyişini sağlayan beyne verilen önem artmıştır. Böylece ölümün yeni kriteri olarak "beyin ölümü" kıstası ortaya atılmıştır. Beyin ölümü, klinik bir tanı olup beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönülemez kaybıdır.

Organ nakli ile ilgili mevzuatımızda beyin ölümü ve kriterlerinden bahsedildiğinden, Türkiye açısından beyin ölümü anlayışının kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Suçun oluşabilmesi için hareket ile netice arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Fiil ile netice arasında illiyet bağı yoksa failin sorumluluğuna gidilemez. İnceleme konusu suç açısından ölüm neticesi, failin fiilinden kaynaklanmalıdır. Ancak bazı olaylarda ceza sorumluluğu açısından salt nedensellik bağının mevcudiyeti yetmez, ayrıca neticenin faile objektif olarak da isnat edilebilmesi gerekir.

Kasten öldürme suçunun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Fail, bir insanı öldürmek için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış, ancak daha sonra ölüm meydana gelmemiş, mağdur yaralanmış olabilir. Bu halde kasten yaralama suçu tamamlanmıştır. Ancak failin “kasten yaralama” mı yoksa “kasten öldürmeye teşebbüs” mü olduğu hususu önem kazanmaktadır. Böyle durumlarda kişinin fiili bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutulup

kastının öldürmeye yönelik olduğu sonucuna varılırsa kasten öldürme suçuna teşebbüs, yaralamaya yönelik olduğu düşünülürse tamamlanmış kasten yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olur.

Kasten öldürme ile yaralama suçlarını birbirinden ayıran kriterler Yargıtay CGK.nun 2.3.2010 tarihli ilamına göre; “a)Fail ile mağdur arasında olay öncesine dayalı, öldürmeyi gerektirir bir husumetin bulunup bulunmadığı, b)Olayda kullanılan vasitanın öldürmeye elverişli olup olmadığı, c)Mağdurdaki darbe sayısı ve şiddeti, d)Darbelerin vurulduğu bölgenin hayati önem taşıyıp taşımadığı, e)Failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği, f)Olay sonrası mağdura yönelik davranışları, başka bir anlatımla olayın kendine özgü tüm özellikleri dikkate alınarak” tesbit edilmelidir.

Yargıtay’ın bu içtihadı 765 Sayılı TCK. döneminde de benzer şekilde idi.

İfade edelim ki netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama ile öldürmeye teşebbüsün birbirinden ayrılması, çok kolay değildir. Uygulama, yeni mevzuatın yürürlüğe girmesinin üzerinden altı yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen tam oturmamıştır. Yargıtay’da kasten yaralama suçuna ilişkin olaylara bakan daire ayrı (3. CD.), kasten öldürme suçuna ilişkin olaylara bakan daire ayrı olduğu için de bu farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca davanın mahalli mahkemede ne şekilde açıldığı da önemlidir. Birbirine çok benzeyen iki olaydan biri mahalli savcılık tarafından netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama kabul edilip bu şekilde dava açılmakta (m. 87/1-2) ve buna göre mahalli mahkemece verilen ceza, bazen Yargıtaya gelmeden kesinleşmekte bazen de sanık tarafından temyiz edildiğinde karar, Yargıtay 3. CD. tarafından doğru bulunmaktadır. Benzer başka bir olayda ise kasten yaralamadan verilen cezayı 1.CD yetersiz bulabilmektedir.

Bu şekilde ortaya çıkan içtihat farklılıklarının direnme kararı ve Başsavcılığın itirazı müessesesinden yararlanarak ve bilimsel esaslar dikkate alınarak yeknesak hale getirilmesi faydalı olacaktır. Bu tür durumlarda mahalli mahkemelerce verilen cezaların yetersiz kaldığını gören bazı hukukçular; adaletsizliğin giderilmesi için “aleyhe bozma yasağı”nı kanundan çıkarılması gerektiğine dair görüşler ileri sürülmektedir. Bizce, “aleyhe bozma yasağı”nı kanundan çıkarılmak yerine, mahkemelerden verilen kararların standartlarını yükseltmenin yolunu aramak daha doğru olacaktır.

Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemekte, sonucun meydana gelmesini kabullenmektedir. Örneğin; yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambası kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte

olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat, buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir.

Düşüncemize göre olası kastla işlenen suçlara teşebbüs olmaz. Yargıtay da olası kastla işlenen suçlara teşebbüsü kabul etmemektedir. Bu halde gerçekleşen neticeye göre değerlendirme yapılmalıdır.

Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması hâlinde mağdur inhibisyon sonucu ölebilir. Burada fail, yaralama fiilini işlerken, mağdurun ölebileceğini tahmin etmemiş olabilir. Bu durumda failin, neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından bu neticeye yönelik taksirinin bulunması gerekir (m.23). Kişi bu neticenin meydana gelmesinden taksirle de sorumlu tutulamıyorsa, sadece nedensellik bağının bulunmuş olması, o kişiyi ağır neticeden sorumlu tutmamız için yeterli olmaz. Buna karşın fail, eyleminin daha ağır neticelerini öngörmüş ve bunları umursamamış, kabullenmiş ise, artık olası kastı söz konusu olduğundan meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutulur. Örneğin, yaralamak düşüncesiyle hasmının başına odunla vuran kişi, bu eylemi neticesinde mağdurun ölebileceğini öngörmüş, ancak bu neticeyi umursamamış, kabullenmişse, artık kasten yaralama sonucu ölümden (m.87/4) değil, olası kastla öldürmeden sorumlu olur.

TCK.'nın sisteminde, kasten yaralama sonucunda mağdurun ölmesi dolayısıyla netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre sorumluluk için (m.87/4); fiilin, kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak ağırlıkta (m.86/1) olması gerekir. Şayet basit tıbbi müdahale ile geçebilecek yaralama (m.86/2) sonucunda (örneğin karın boşluğuna vurulan bir yumruğun etkisiyle) mağdur ölmüşse, fail, ancak taksirle öldürmeden (m. 85/1) sorumlu tutulabilir.

Netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama fiillerinde, olası kast indirimi yapılması doğru değildir. Ancak, Yargıtay, böyle durumlarda -bizce hatalı olarak- olası kast indirimi yapmaktadır.

TCK.nun “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlıklı İkinci Bölümünde, “hukuka uygunluk sebepleri” ve “kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler” bir arada düzenlenmiştir. TCK.nda hukuka uygunluk sebebi olarak; kanun hükmünü yerine getirme daha doğru bir deyimle görevin ifası (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın icrası (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) yer almaktadır.

Meydana gelen ölüm neticesi bünyesinde hukuka uygunluk sebebi barındırıyorsa fiil suç teşkil etmez.

TCK.nun 27/1. maddesinde “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması” ibaresine yer verilmişse de, bundan maksat, “hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması” dır. Kusurluluğu etkileyen hallerin söz konusu olduğu durumda (haksız tahrik, zaruret hali gibi) kişinin işlediği fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği etkilenmekte ancak kişi, kasten hareket etmektedir. Bu bakımdan bir olayda örneğin, hem zaruret halinden hem taksirden bahsedilemez.

Hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılması halinde, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur, ama hukuka uygunluk sınırı aşılmıştır. Böyle hallerde sınırı aşan fiil, hukuka aykırı olur. Sınırın aşılması kasten ya da taksirle olabilir. Eğer kişi sınırı kasten aşmışsa, kasten işlediği suçtan sorumlu olur.

Hukuka uygunluk sebebi taksirle de aşılmış olabilir. Kanun hükmü gereği görevini ifa etmekte olan zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri, bu yetkilerini taksirli bir biçimde aşar ve ölüm meydana gelirse TCK.nun 27 nci maddesinin 1 inci fıkrası hükmü uygulama alanı bulur ve sınırı aşan kimse taksirle öldürmeden 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu tutulur.

TCK.nun 27/2 nci maddesinde düzenlenen hüküm; bir hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir (CMK m. 223). Bu durumda, kişinin, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü heyecan, korku veya telaş dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, yasal savunmada sınırın aşılmasından dolayı kusurlu sayılmayacağı kabul edilir. Dolayısıyla, belirleyici olan maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira kişi sırf maruz kaldığı saldırının etkisiyle, "heyecan, korku veya telaşa" kapılarak yasal savunmanın sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, buna karşılık saldırının etkisinin yanında, saldırıdan kaynaklanmış olsa bile, öfke, hiddet gibi nedenlerle sınır aşıldığında ise aynı korumadan faydalanılması söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, failin amacı, saldırının defedilmesinden çok kin duygusunu tatmine yönelik ise yasal savunmada sınırın aşılması değil, haksız tahrik söz konusu olabilecektir.

Kasten öldürme suçuna teşebbüs mümkündür. Fail öldürme suçu işlemek için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış ancak elinde olmayan sebeplerle öldürme eylemini tamamlayamamışsa kasten öldürmeye teşebbüs söz konusu olacaktır.

765 sayılı TCK.nun aksine, 5237 sayılı TCK'nun 35. maddesinde; teşebbüs halinde cezanın belirlenmesi ile ilgili olarak “eksik teşebbüs-tam teşebbüs”

ayırımına yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma için fiilin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür.

TCK.nun 36. maddesine göre fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, artık teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Failin öldürmek amacıyla ateş edip ağır yaraladığı kimseyi, pişman olup hastaneye götürmesi ve böylece ölüm neticesinin gerçekleşmesini engellemesi veya karısını öldürmek isteyen kocanın, onu zehirledikten sonra ölüm neticesi meydana gelmeden bir panzehirle zehrin etkisini ortadan kaldırması, gönüllü vazgeçmeye örnektir.

Suçta iştirake ilişkin hükümler, birden fazla kişinin suç teşkil eden bir fiilin icrasına iştirak etmeleri halinde, suç ortaklarının sorumluluk statülerini belirler. İştirak; faillik ve şeriklik (azmettirme ve yardım etme) olarak ikiye ayrılmaktadır. Fail, kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirir. Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, işlenişine bulunduğu katkı kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortakları ise şeriktir.

İştirakte azmettiren ve yardım edenin suçtan sorumlu tutulması, failin icra ettiği fiile bağlı olması, "bağlılık kuralı" olarak isimlendirilir ve bunun içeriği TCK.nun 40. maddesinde açıklanmıştır.

Ceza normunda yasaklanan fiili, birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, faildir. Faillik üç şekilde gerçekleşebilir: Müstakil faillik, Müşterek faillik, ve Dolaylı faillik. Fiili (haksızlığı) yalnız başına gerçekleştiren kişiye "doğrudan" veya "müstakil" fail denir. Müstakil faillik; tek başına fail şeklinde olabileceği gibi birbirinden bağımsız olarak suçun işlenişine katılan, aralarında birlikte suç işleme kararı bulunmayan müstakil faillik şeklinde de olabilir.

Kanunda tanımlanan haksızlık, birden fazla suç ortağı tarafından müştereken gerçekleştirilebilir. Bu durumda "müşterek faillik" söz konusudur. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icraî hareketleri birlikte gerçekleştirilmekte ve dolayısıyla, fiilin icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurulmaktadır. İşlenen haksızlıkla doğrudan temas halinde olan müşterek faillerin sorumlu tutulabilmeleri için bağlılık kuralına ihtiyaç yoktur.

Müşterek faillikte, kişiler aralarında işbölümü yapmış olduklarından, müştereken gerçekleştirmiş oldukları fiilin tümünden sorumlu tutulurlar. Her müşterek fail suçun icrasına ilişkin müessir, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır. Bu katkı suç planının başarıya ulaşması açısından önemlidir ve bu sebeple fiil üzerinde hakimiyetin esasını teşkil etmektedir.

Müşterek faillikle ilgili bu düzenleme dolayısıyla 765 s. TCK'nun 463 üncü maddesine benzer bir hükme TCK.nda yer verilmemiştir.

Kişi, suçu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda ise "dolaylı faillik" söz konusu olur.

TCK.'nun 38 inci maddesindeki azmettirme, "suç işleme düşünce ve kararı bulunmayan bir kimseye, suç işleme kararı verdirme" anlamına gelmektedir. Azmettiren, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

Suçta azmettirilen kişi, icra hareketlerine hiç başlamaz ve suçu işlemekten vazgeçerse, "akim kalmış azmettirme" den söz edilir ve azmettirenin herhangi bir cezai sorumluluğu olmaz. Doktrinde, bu gibi hallerde, azmettirenin belli oranda cezalandırılabilmesi için, kanuna hüküm konulmasının gerektiği ileri sürülmüştür.

Azmettirilen kişi sınırı aşmış olabilir. Örneğin kasten yaralama için azmettirilen kişi, fiili gerçekleştirirken netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama sonucu mağdur ölmüş (m. 87/4) olabilir. Gerçekleşen netice bakımından olayda TCK.nun 23. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşmış suç şartlarının bulunup bulunmadığı değerlendirilip buna göre azmettiren ve failin durumu belirlenmelidir.

Olası Kastla öldürmenin gerçekleştiğinin kabulü halinde, somut olayın durumuna göre azmettireni de gerçekleşen ölüm neticesinden sorumlu tutmak gerekebilir.

Özgü suçlar bakımından azmettirme özellik arz etmektedir.

TCK.'nun 40 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında göre, özgü suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

Failin şahsi cezasızlık sebebinden faydalanması, azmettirenin ceza sorumluluğunu etkilemez. Örneğin, kişiyi TCK.nun 167. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen şekilde mal aleyhine işlenen bir suçta azmettiren, failin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanmasına karşılık kendisi işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır. Çünkü TCK.'nun 40 ıncı maddesinin 1 nci fıkrasına göre, suçun işlenişine iştirak eden kişi diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır.

Failin kasten işlediği suça, kasten maddi veya manevi nitelikte destekte bulunan kişi, “yardım eden” olarak sorumlu tutulur (m.39).

Şerikin fiili, kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirecek nitelikte olmamakla birlikte, sorumlu tutulabilmesi illi değer taşıyan ihmali veya icrai bir davranışta bulunmasına bağlıdır.

Şerikin suçun konusu ile doğrudan bağlantısı olmamasına karşın suçun faili ile doğrudan ilişkisi söz konusudur. Şerikliğin haksızlığı, kısmen failin fiilinden kısmen de şerikin kendisinin hukuki değere saldırısından kaynaklanmaktadır.

Nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti konusunun da açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır: Örneğin; kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi, TCK. nun 82 nci maddesinin 1 nci fıkrasının (d) bendinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Buna göre bayan (B) nin, eşi (E) yi öldürmesi için aşık olduğu (A) yı azmettirmesi ve (A) tarafından da fiilin işlenmesi halinde; aşık (A), nitelikli halden değil, suçun temel şeklinden (m.81) sorumlu olur. Çünkü TCK.nun 82 nci maddesinin 1 nci fıkrasının (d) bendinde düzenlenen suç görünüşte özgü suç niteliğindedir. Bu sebeple (A), özel faillik niteliğini taşımadığından suçun temel şeklinden (m. 81) cezalandırılmalıdır. Azmettiren konumundaki bayan (B) de nitelikli halden (m. 82/1-d) değil, TCK.nun 38 nci maddesi gereğince suçun temel şeklinden sorumlu olur. Çünkü 38. maddeye göre, azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

Görüldüğü gibi bağlılık kuralı ile getirilen yeni düzenlemeyi eski kanunun mantığı ile anlamak veya çözmeye çalışmak mümkün değildir. Çünkü mesele yeni kanunda tamamen farklı bir perspektifle ele alınmakta ve çözülmektedir.

Yukarıdaki örnekte, öldürme fiiline azmettiren bayan (B) nin, suçun icrasına müşterek fail olarak katılması durumunda; “şerikliğe nazaran failliğin asliliği” kuralı gereğince kendisi nitelikli öldürmeden (m. 82/1-d), fiili birlikte işlediği aşığı (A) ise basit öldürme (m.81)’den sorumlu olur.

Örneğimizdeki aşık (A), (B) yi, eşini öldürmeye azmettirirse, (B) de eylemi gerçekleştirse, her ikisi nitelikli öldürmeden (m. 82/1-d) sorumlu tutulacaktır. Çünkü TCK.nun 82 nci maddesinin 1 nci fıkrasının (d) bendinde yaptırıma bağlanan fiil, özgü suç niteliğindedir. Eş, özel faillik niteliğini taşıdığı için nitelikli halden cezalandırılmıştır. Azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı için azmettiren aşık (A) hakkında da m. 82/1-d hükmü uygulanmalıdır.

Fiile ilişkin nitelikli bir halin söz konusu olması durumunda, 765 Sayılı TCK.nun 67 nci maddesine gereğince bu halin suç ortaklarına uygulanabilmesi için failin bunu bilmesi gerekmektedir. Nitelikli halin varlığından haberdar olmayan suç ortağına bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.

TCK.nun 30 ncu maddesinin 2 nci fıkrasında, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacaktır. Bir başka anlatımla suça iştirak eden kişi fiile ilişkin bir nitelikli halin varlığından haberdar ise hakkında uygulanacak, haberdar değilse uygulanmayacaktır. (örneğin, 82-1/a,b,c) Görüldüğü gibi TCK.nun sisteminde nitelikli hallerin sirayetine ilişkin ayrıca bir düzenleneme yapılmasına gerek olmadan sonuca ulaşılmaktadır.

Yeni TCK.nun sistemine göre haksız tahrik, kusurluluğu azaltan bir haldir. Suç ortaklarından sadece birine yönelik haksız tahrik diğerlerine uygulanmaz. Çünkü TCK.nun 40 nci maddesinin birinci fıkrasına göre suçun işlenişine iştirak eden kişi kendi kusurlu hareketine göre cezalandırılır. Suç ortaklarından birinin olayda haksız tahrikin koşullarının oluştuğu konusunda hataya düşmesi halinde (m. 30/3) kişi bu hatadan yararlanacaktır.

Öldürme suçunun nitelikli hallerine yardım etme (m.39) durumunda da bağımlık kuralı çerçevesinde çözüm üretilmelidir. Örneğin (A), (B) nin kardeşi olduğunu bildiği (C) yi, (B) nin öldürmesine yardım ederse, sorumluluğu TCK nun 82 nci maddesindeki nitelikli hal dikkate alınarak tesbit edilmelidir. Buna karşılık (A), kendi kardeşi olan (B) yi öldüren (C) ye yardım ederse, TCK.nun 81 nci maddesine göre (kasten öldürmenin basit şekli yardım) sorumlu tutulacaktır.

TCK.nun 43. maddesinin düzenlemesine göre; kasten öldürme suçlarında müteselsil suç ve aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanamaz.

Farklı neviden fikri içtima (m.44) bakımından önemli olan işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasıdır. Burada eylem tek olmalı, ancak bu eylemle birden fazla ve birbirinden farklı suç işlenmelidir. Bu durumda faile bu suçlardan en ağır olanının cezası verilecektir. Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir.

Hedefte sapma durumunda farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş birliği vardır. Bu nedenle, Yeni TCK.nda hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçil-

miştir. Örneğin bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmalıdır.

“Kusurluluk”, fiili gerçekleştiren failin kınanabilirliği ile ilgili bir değer yargısı olması dolayısıyla, fiil, failinin kusuru olmadan işlense dahi, suç vasfını devam ettirecektir. Bu nedenle, işlediği fiil dolayısıyla failin kusurlu olmaması, tüm unsurlarıyla gerçekleşen eylemin suç sayılmasına mani olmaz.

Kusurluluğu etkileyen halleri; “hukuka aykırı ve fakat, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m. 24/2-4), Zorunluluk hali (m.25/2), Meşru Müdafaada sınırın korku kaygı panik içerisinde aşılması (m.27/2), Cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.28), Haksız tahrik (m.29), Çeşitli hata halleri (m. 30/3-4), Yaş küçüklüğü, (m.31), Akıl hastalığı (m.32), Sağır ve dilsizlik (m.33), Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34)”, olarak belirtmek mümkündür.

İnceleme konumuzu oluşturan suç bakımından işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan akıl hastasının, kasten öldürme fiilini gerçekleştirmesi bir haksızlıktır ve fiil suç teşkil etmektedir. Ancak burada failin kusur yeteneği olmadığından, kusurlu sayılmaz. Bu halde fail hakkında ceza uygulanamaz, fakat güvenlik tedbirleri tatbik edilebilir, özel hukuk sorumluluğu devam eder.

Hata, TCK.nun 30. maddesinde düzenlenmiştir. TCK.’nın bu düzenlemesine göre hata; kastı kaldıran ve kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere iki kısımda incelenebilir.

Kastı kaldıran hata, suçun maddi unsurlarında olabileceği gibi nitelikli unsurlarında da olabilir.

Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata (m.30/1), eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanıldır. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hatanın, kasta etki edip etmeyeceği, işlenen fiilin taksirli veya kastlı bir suç olup olmadığına göre değişir. Bu bakımdan, unsurlara ilişkin hata taksirliyse ve işlenen fiil de, taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir eylemse, failin bilmemesi veya yanılması onun kusurlu sayılmasına engel teşkil etmez.

Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır (m.30/2). Bu sebeple işlenen suçta bulunan daha fazla cezayı gerektiren nitelikli unsur, fail tarafından bilinmediği takdirde cezanın artırılması mümkün değildir.

Cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurun varlığı konusunda hata iki şekilde söz konusu olabilir. İlk olarak kişinin gerçekleştirmek istediği suçta bir takım daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlar bulunmasına karşılık, bilfiil tahakkuk eden suçta bu gibi sebeplerin mevcut olmaması halinde, irade ile gerçek arasındaki bu aykırılığı, irade lehine çözmek gerekir. Örneğin başkası zan ettiği kişiye silahla ateş ederek öldüren kişi, aslında babasını öldürmüştü, bu halde cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal fail hakkında uygulanmaz. Ancak babasını öldürmek için silahını ateşleyen kişi, aslında başkasını öldürmüştü, bu halde de nitelikli hal, fail hakkında uygulanmaz.

Kusurluluğu etkileyen nedenler kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler olarak ikiye ayrılırlar. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir nedeninin maddi şartlarında hataya düşen kimse, bu hatasından yararlanır. Bu ihtimalde, kişi kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran halden faydalanacağından, hatanın bu çeşidi kusurluluk kapsamında değerlendirilmelidir.

Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden birinin maddi koşullarında hataya düşen (örneğin, zaruret halinin şartlarında yanılma) failin, hatasının kaçınılmaz olması halinde işlediği fiil açısından kusurunun bulunmadığı belirtilmelidir. Böyle bir olayda, esasen kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak örneğin, zaruret halinin koşulları mevcut değildir ya da kusurluluğu kaldıracak nitelikte bir tehdit ya da cebir bulunmamaktadır. Fakat kişi, somut olayda bu hallerin koşullarının gerçekleştiği hususunda yanılığa düşmüştür. Bu yanılığının kaçınılmaz olması halinde cezalandırılmaz. Örneğin (A) önünde yürüyen iki kişi, (B) ve (C) aslında kendi arasında şakalaşırken kendisine hakaret ettiği zannıyla (B) yi öldürse somut olayın durumuna göre kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hataya düşmüş kabul edilebilir. Bu halde fail hakkında haksız tahrike ilişkin hükümler uygulanır.

5237 Kanun tarafından yeni getirilmiş müesseselerin, özellikle, olası kast, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması, teşebbüs, gönüllü vazgeçme, iştirak, fikri içtima, hata, ile ilgili hükümlerin mahkemelerimiz tarafından uygulanmaya başladığını görmek sevindiricidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin**, Bağlılık Kuralı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XIV, Haziran 2010, S:1.
- Alacakaptan, Uğur**, Suçun Unsurları, Ankara 1970.
- Anayurt, Ömer**, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004.
- Apaydın, Cengiz**, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, İstanbul 2009.
- Artuk, Mehmet Emin- Yenidünya, A. Caner**, “Ötenazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, TCK. Şerhi, C:1, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2011.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner**, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2011.
- Bauknecht, Gesine -Lüdicke, Lieselotte**, Das französische Strafgesetzbuch, Freiburg 1999.
- Baumann, Jürgen-Weber, Ulrich–Mitsch, Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- Bayraktar, Köksal**, Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul 1998.
- Bayraktar, Köksal**, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun”a İlişkin Düşünceler, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul 1979.

- Bozkurt, Enver- Kanat, Selim**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı, Ankara 2004.
- Centel, Nur – Zafer, Hamide- Çakmut, Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C:I, 1. Bası, İstanbul 2007.
- Cornils, Karin – Greve, Vagn**, Das danische Strafgesetz, Zweisprachige Ausgabe, Freiburg 2001.
- Çakmut, Özlem Yenerer**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Demirbaş, Timur**, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, Ankara 1992.
- Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:I, 11. Bası, İstanbul 1994.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:II, 11. Bası, İstanbul 1997.
- Ebert, Udo**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001.
- Erdem, Mustafa Ruhan**, Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar, Uğur Alacakaptan'a Armağan, 1, İstanbul 2008.
- Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açından Türk Ceza Hukuku, Cilt:4, Dördüncü Baskı, Ankara 1993.
- Erem, Faruk -Toroslu, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973.
- Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
- Erman, Barış**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- Erman, Sahir-Özek, Çetin**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.
- Geilen, G.**, Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, JZ 1968
- Gökçen, Ahmet**, Suça İştirak, Yayımlanmamış Makale, İstanbul 2011.
- Gökçen, Ahmet – Balcı Murat**, İhmali Davranışla Kasten Öldürme Suçları, Yayımlanmamış Makale, İstanbul 2011.

- Gökçen, Ahmet**, Organ ve Doku Naklı Üzerine Düşünceler, Selçuk Üniv Hukuk Fak Dergisi, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, Konya 2000.
- Gözübüyük, Şeref- Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4.Bası, Ankara 2003.
- Gropp, Walter**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1998
- Gropp, Walter** (Çev.: Turhan, Faruk), Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998.
- Günel, H. Yılmaz**, Yetkili Mercinin Emrini İfa, (Doçentlik Tezi), Ankara 1967.
- Günay, Erhan**, Teori ve Uygulamada Olası Kast- Bilinçli Taksir, Öldürme ve Yaralama Kastı Derleme, Ankara 2005.
- Güngör, Devrim**, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.
- Hafizoğulları, Zeki -Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Hafizoğulları, Zeki -Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- Hakeri, Hakan**, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006.
- Hinderling, Hans**, “Organ Aktarmalarının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları”, (Çev: Erdener Yurtcan), in: MHAD, S.5, İstanbul 1969.
- Hoffman, Markus**, Das Spanische Strafgesetzbuch, Freiburg 2002.
- İçel, Kayıhan**, Suçların İçtimai, İstanbul 1972.
- İçel, Kayıhan-Akıncı, Füsun Sokullu- Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem – Mahmutoglu, Fatih S. - Ünver, Yener**, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000.
- İnceoğlu, Sibel**, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.
- İskender, Salih Zeki**, Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2011, C:37, S:3.

- Jescheck, Hans Heinrich–Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin,1996.
- Kamay, Behçet Tahsin**, Adli Tıp, C.: I, Üçüncü Bası, Ankara 1959.
- Kangal, Zeynel T.**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010.
- Kaymaz, Seydi**, Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu), Ankara 2009.
- Keyman, Selahattin**, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD., C.: XXXVII, S.: 1-4 (1980), Ankara 1982.
- Koca, Mahmut - Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- Koca, Mahmut**, Türk Ceza Hukukunda Hata, in: 3. Yılında Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009
- Korff, Douwe**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, 1. Baskı Kasım 2006.
- Kunter, Nurullah**, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, İÜHFM., C.: XIII, S.: 1, İstanbul 1947.
- Kunter, Nurullah**, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami**, Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, İÜHFM, C. LXIII, S.1-2, Yıl:2005.
- Meran, Necati**, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005.
- Meran, Necati**, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara 2007.
- Oktar, Salih**, Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, in: Ceza Hukuku Günleri. 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998.
- Otacı, Cengiz**, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Ankara 2009.
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992,

- Özbek, Veli Özer - Doğan, Koray**, “Zorunluluk Halinin (TCK.m.25/2) Hukuki Niteliği”, DEÜHFD., Cilt:9, Sayı:2, İzmir 2007.
- Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara, 1995.
- Özen, Mustafa**, Ceza Hukukunda Fikri İhtima, TBB Dergisi, S.73, Kasım Aralık 2007.
- Özgenç, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996
- Özgenç, İzzet**, Suçun Yapısında Kusur (Doçentlik Tezi), İstanbul 1997.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2011.
- Öztürk, Bahri -Erdem, Mustafa Ruhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) 5. Bası, Ankara 2007.
- Parlar, Ali - Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 1, Ankara 2007.
- Riz, Roland – Bosch, Johanna**, Italienisches Strafgesetzbuch, Zweisprachige Ausgabe, Bozen 1995.
- Schroeder, Friedrich -Christian**, “Probleme Der Legislatorischen Feststellung Der Fahrlässigkeit: Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, (Çev.:Özgenç, İzzet), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998.
- Schroeder, Friedrich-Christian- Bednarz, Thomas**, Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, Freiburg 1998.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2006.
- Terzioğlu, Arslan**, Organ Transplantasyonu ve Getirdiği Etik Sorunlar, Türkiye Klinikleri, Tıp Etiği-Hukuku- Tarihi, Yıl: 1993, Cilt: 1, Sayı: 1.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008.

- Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan – Sancakdar, Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Toroslu Nevzat**, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD., C.:XXXV, S.: 1-4 1978, Ankara 1981.
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007.
- Vögeli, Hans Felix**, Strafrechtliche Aspekte der Sportverletzungen im besondern die Einwilligung des Verletzten im Sport, (Dissertation) Zürich 1974.
- Wachsfeld, Friedrich**, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914.
- Weigend, Ewa**, Das polnische Strafgesetzbuch, Freiburg, 1998.
- Yaşar, Osman- Gökcan, Hasan Tahsin- Artuç, Mustafa**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2. Ankara 2010.
- Yenidünya, A. Caner**, "Hekimin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009.
- Yenisey, Feridun – Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.
- Yıldız, Ali Kemal**, Dolayısıyla Faillik, in: Ceza Hukuku Günleri. 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998.
- Yüce, Turhan Tufan**, Ceza Hukuku Dersleri, C.: I, Manisa 1982.
- Zafer Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, İstanbul 2010.