

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 87/4. MADDESİNDE DÜZENLENEN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ YARALAMA SUÇU

Yrd. Doç. Dr. Seydi KAYMAZ*

I. GİRİŞ

Kural olarak suçlar kasten işlenir. Kast, *“suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek işlenmesidir”* (21/1. m.) Bu itibarla kural olarak kişinin irade etmediği, iradesinin kapsamında bulunmadığı bir neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir. Sorumluluk için meydana gelen neticenin failin bilgisi dahilinde olması ve failin bu neticeyi de istemesi lazımdır. 5237 sayılı Yasa'nın 21/2. maddesine göre, *“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde”* de sorumlu tutulması mümkündür. Olası kast olarak tanımlanan bu halde kişiye daha az ceza verilmesi öngörülmüştür.

“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.” (22/2. m.) *“Kişinin öngörmediği neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.”* (22/3. m.) Taksirle işlenen fiillerin, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılması mümkündür. (22/1. m.)

Modern hukukta ceza sorumluluğu subjektif sorumluluk esasına dayanmaktadır. Ceza hukukunda kusursuz ceza olmaz ilkesi mevcut olup, esas itibarıyla sorumluluk kusura dayanır.¹ Yine kural olarak fail, ancak kastettiği neticeden dolayı sorumlu tutulabilir.

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Artuk, M. Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Ankara 2002, s. 655; Ünver, Yener, *“Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”*, *Ceza Hukuku Günleri*, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997 İstanbul), s. 109

Bununla birlikte kişi, suç oluşturan bir eylemi gerçekleştirirken, kastettiği sonuçtan daha ağır veya daha başka bir sonuç meydana gelebilir. Örneğin, başkasına yaralamak amacıyla yumruk vurmasına rağmen kişi ölebilir. Aynı şekilde kişi basit bir etkili eylemde bulunmak isterken mağdurun gözü çıkabilir. Yine cinsel istismar maksadıyla başvuru cebir ve şiddet sonucu suçun mağduru ölebilir. İşte failin gerçekleştirmek istediği neticenin meydana gelen neticeden daha ağır veya daha farklı olması halinde neticenin kastı aştığından söz edilmekte,² böylece cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran suç tipine netice sebebiyle ağırlaşmış suç denilmektedir.³

Failin kastetmediği bu ağır ve başka neticelerden ne şekilde sorumlu tutulacağı ve bu sorumluluğun hukuksal esaslarının ne olduğu veya olması gerektiği hususu halen devam eden bir tartışma konusudur.⁴ 5237 sayılı TCK bakımından tespit edilmesi gereken bir husus da 87/4 maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunun kasten işlenen bir suç kategorisinde mi yoksa taksirli suç kategorisinde mi değerlendirilmesi gerektiğidir.

765 sayılı TCK'nın 45/1 maddesinde, "*cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır*" denilerek cürümler bakımından kastın bulunması gerektiği belirtilmiştir. Ancak devamla, "*failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır*" denilerek bu kurala istisnalar getirilmiştir. İşte sorumluluk bakımından failin kusurunun aranmadığı haller objektif sorumluluk halleri olarak adlandırılmıştır.

765 sayılı TCK'da objektif sorumluluğun kabul edildiği suçlardan biri de bu yasanın 452. maddesinde düzenlenen kastın aşılması suretiyle-

² Kastedilenden başka netice her zaman ağır olmayabilir. O nedenle haklı olarak bu maddenin başlık ve ifadesinin yanlış olduğu ileri sürülmüştür. (Toroslu, Nevzat - Ersoy, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler Raporlar, İkinci Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 10; Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005, s. 72; Tanım için ayrıca bkz., Toroslu - Nevzat, *Ceza Hukuku*, (Kısaltma: Toroslu, 2005) Ankara 2005, s. 153.

³ Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 9. Bası, İstanbul 1986, s. 315 vd; Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998, s. 183, Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Kısaltma: *Genel Hükümler*) C. II, İstanbul 1989, s. 386; Toroslu bu suçlar için sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlar ifadesini kullanmaktadır. Bkz., Toroslu - Nevzat, *Ceza Hukuku*, (Kısaltma: Toroslu, 2004) Ankara 2004, s. 116.

⁴ Netice sebebiyle ağırlaşan suçlardan sorumluluğun hukuksal esasları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Özen, s. 33 vd; Dönmezer - Erman, II, s. 308 vd.

le adam öldürme suçudur. 765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesinde *"katil kastiyle olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefı nefis husule gelmiş olursa"* failin cezalandırılacağı belirtilerek meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin kasti ve kusuru aranmaksızın sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

765 sayılı TCK'nın 452/2. maddesinde ise, *"eğer telefı nefis failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç gayri melhuz esbabın inzımanı ile vukua"* gelmesi halinde de failin sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. Böylece *"failin hareketine eklenen nedenlerin onun tarafından öngörülmüş olup olmamalarının önemi yoktur. Yasa 'failce bilinmeyen' failin iradesinden hariç, 'gayri melhuz' nedenlerden söz etmek suretiyle, bu konuda herhangi bir araştırma imkanını önceden kesin olarak yok etmek istemiştir."*⁵

Belirtelim ki, bu tür sorumluluğun kilise hukukunda yer alan, hukuka aykırı olan bunun bütün neticelerine katlanır (versari in re illicita) şeklindeki anlayışın kalıntısı olduğu belirtilerek kusura dayanmayan sorumluluk doktrinde şiddetli eleştirilere neden olmuştur.⁶

Bu düşüncelerin sonucu olarak 5237 sayılı TCK'da failin sorumluluğu kusura dayandırılmak istenmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama başlığını taşıyan 5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesinde, *"kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse"* kişinin cezalandırılacağı belirtilmiş, bu maddenin gerekçesinde failin meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu yasanın 23. maddesinde yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümlerin göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır.⁷

5237 sayılı TCK'nın 23. maddesine göre ise; *"bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından takirle hareket etmesi gerekir."*

⁵ CGK, 9.7.1984, 1-446/255; Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. III, 2. Baskı, Ankara 1998, s. 4707-4708.

⁶ Özgenç, İzzet - Şahin, Cumhur, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001, s. 185; Özgenç, İzzet, "Kast-Taksir Kombinasyonları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*; Prof. Dr. Süleyman Arslan Armağanı, C. VI, (1998), S. 1-2, s. 360-361; Önder, *Genel Hükümler*, s. 389; Ayrıca bkz., 5237 sayılı TCK'nın 23. madde gerekçesi.

⁷ Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 87. madde gerekçesi.

II. SORUMLULUĞUN HUKUKİ ESASI VE SUÇUN HUKUKSAL NİTELİĞİ

1. Sorumluluğun Hukuki Esası

Failin kastının daha ağır neticeyi kapsamadığı hallerde meydana gelen ağır neticeden ne şekilde sorumlu tutulacağı ve failin sorumluluğunun hukuki esasının ne olduğu hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, kastı aşan suçta ağır sonuç maksadın konusunu oluşturmaya bile iradenin dışında olmayıp iradenin ışığında gerçekleşmektedir. Kastı aşan sonuç dolaylı olarak istenilmiş olduğundan burada kastın varlığını kabul etmek gerekir. Bir diğer düşünceye göre, kasten yaralama sonucu ölüme neden olunması halinde kast ve taksir yanında kendine özgü bir kusurluluk şekli bulunmaktadır. Bu konuda savunulan bir başka düşünceye göre, kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesinde failin müessir fiile yönelik olarak kastı, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise taksiri mevcuttur. Diğer bir ifadeyle, kast ile taksir bir arada bulunmaktadır; kasten yaralama sonucu meydana gelen ölüm neticesinden failin sorumlu tutulabilmesi için en az taksirinin bulunması gereklidir.⁸ Bu görüş sahiplerine göre, 765 sayılı

⁸ Önder, *Genel Hükümler*, s. 392; Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970, s.95; Toroslu, (2004), s. 114-115; Özen, s. 131 vd.) Bu görüş taraftarlarına göre, kişinin gerçekleştirmek istediği neticeden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi halinde, kast ve taksir bir arada bulunmaktadır.(Bu konuda bkz., İçel, Kayıhan - Akıncı, Füsun Sokullu - Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoglu, Fatih S. - Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000, s. 264 vd; Özen, s. 131 vd.; Toroslu, (2004), s. 115) Buna göre failin etkili eylemde bulunmak amacıyla hareket etmesi halinde kast mevcuttur. Ancak, failin bu hareket sonucu ölüm neticesinin meydana gelebileceğini öngörmemesi nedeniyle ise taksirinin mevcut olduğu savunulmuş ve failin TCK'nın 452. maddesine göre cezalandırılmasının nedeninin bu taksiri olduğu belirtilmiştir. Bu görüş sahiplerine göre, TCK'nın 452. maddesindeki hüküm mevcut olmasa bile faili gerçekleştiren ölüm neticesinden dolayı taksiri nedeniyle sorumlu tutmak mümkündür. (Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 664, Dönmezer - Erman, II, s. 262) Özgenç - Şahin'e göre, "kast-taksir kombinasyonunun sözkonusu olduğu bu hallerde, iki kademe mevcuttur. Birinci kademeyi kasten işlenen temel suç, ikinci kademeyi ise taksirle sebebiyet verilen ağır netice oluşturmaktadır." Böylece yazarlar, "iki netice" yerine "iki kademe" ifadesini kullanmayı tercih etmişlerdir. Esasen yazarların suçun tanımı ve fiil ve netice konusundaki fikirleri de farklılık arz etmektedir. Yazarlara göre netice fiilin bir unsuru olmayıp, fiilin bir neticesi olmakla beraber fiilden ayrı olarak maddi unsurun içinde yer almaktadır. O nedenle yazarlar fiil bakımından kasten hareket eden failin meydana gelen netice bakımından taksirle hareket etmesinin mümkün olduğunu savunmaktadırlar. (Özgenç - Şahin, s. 186) Belirtelim ki kanunumuzun 87/4 ve 23. maddesindeki düzenleme de bu şekildedir. Kasıtlı hareket eden kişinin taksirinden söze edilemeyeceği ve kastla taksirin bir arada bulunamayacağı ileri sürülerek bu görüşler eleştirilmiştir. Örneğin; Dönmezer-Erman, "kastın aşılması halinde, tek netice vardır; fakat bu netice failin maksadından daha ağırdır. İşte bu

TCK'nın 452. maddesinde düzenlenen ve kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda da kastla taksir bir arada bulunmaktadır. Failin müessir fiil kastıyla harekete geçmesi halinde kast vardır. Fakat failin bu eylem neticesi ölüm sonucunun meydana gelebileceğini öngörmemesi taksiri mevcuttur. O nedenle kanunda TCK'nın 452. maddesi bulunmamış olsa dahi ağır neticeye kasıtlı hareketiyle sebebiyet veren failin meydana gelen ağır netice bakımından taksiri nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olacaktı. Kısaca, failin meydana gelen kastedilmeyen ağır neticeden sorumlu tutulmasının nedeni taksirinin bulunmasıdır ve kastın aşılmasında en azından taksir bulunmadıkça failin meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutulamayacaktır.⁹

Bu konuda başka görüşler de ileri sürülmüştür.¹⁰ Ancak, 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi bakımından doktrindeki hakim fikir; 765 sayılı TCK'nın 452. maddesinde, kaynağını bu Yasa'nın 45. maddesinde düzenlenen; *"failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır"* şeklindeki hükümden alan, sırf nedensellik bağına önem veren bağımsız bir suçun düzenlendiği şeklindedir. Failin sorumluluğu ne kasta, ne de taksire dayanmıştır. Diğer bir ifadeyle müessir fiil kastı ile yapılan hareketin ölüm neticesini meydana getirmesi sorumluluk için yeterli görülmüştür. Özetle, ölüm neticesi bakımından kişinin objektif sorumluluğu kabul edilmiştir.¹¹

daha ağır netice ya fiilin ayrı ve bağımsız bir hukuki nitelik kazanmasını, yani yeni bir suç tipinin ortaya çıkmasını gerektirir, ya da aşırı netice suçun bir ağırlatıcı sebebini oluşturur: birinci ihtilam kastın aşılması halini, ikinci ihtimal ise...objektif sorumluluk şeklini, yani netice sebebiyle ağırlaşmış olan suçlar kategorisini meydana getirir" demektedirler. (Dönmezer - Erman, II, s. 261-262) Fakat bu eleştirilerin haklı olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşte olan Toroslu ve Özen'e göre, kast ile taksirin bir arada bulunamayacağına ilişkin itiraz aynı sonuç yönünden doğru kabul edilebilir. Çünkü, failin aynı sonucu hem istemiş, hem de istememiş olması düşünülemez. Ancak, kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda tek sonuç değil, birincisi fizik değer ihlaline yönelik müessir fiil neticesi, ikincisi de yaşanan hakkının ihlali sonucunu doğuran ölüm neticesi olmak üzere iki netice vardır. İki ayrı sonuç bulunduğu failin bunlardan birini istemiş, yani bu sonuç bakımından kasten hareket etmiş, diğeri istememiş ve bu sonuç bakımından taksirle hareket etmesi mümkündür. Ayrıca ikinci neticenin birincisine oranla daha ağır bir ihlale neden olması farklı bir netice sayılmasına engel teşkil etmez. (Toroslu, (2004), s. 115, Özen, s. 133-134).

⁹ Bkz., Sokullu - Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoğlu - Ünver, s. 272; Önder, *Genel Hükümler*, s. 392; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 355; Battagiani ve Maggiore'nin görüşleri için bkz., Dönmezer - Erman, II, s. 262.

¹⁰ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. III, Ankara 1993, s. 2057-2058; Toroslu, (2004), s. 114-116; Özen, s. 126 vd.; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 664.

¹¹ Erman, Sahir - Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, s. 59; Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler*, 15. Bası, İstanbul 1998, s. 88; Erem, C. III, s. 2060; Gözübüyük, A. Pulat, *Türk Ceza Kanunu*

Yüksek Mahkeme'miz de, kastın aşılması kavramını sırf nedensellik (illiyet) esasına dayalı objektif bir sorumluluk olarak nitelendirmiştir.¹²

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç başlığını taşıyan 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesine göre, *"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."* Böylece kast ve taksir yanında, kast-taksir kombinasyonu olarak adlandırılan bir kusurluluk şekline yer verilmiştir.

Maddede, meydana gelen sorumluluk bakımından en azından taksir düzeyinde bir kusurluluğun aranması nedeniyle, ağır neticenin kasten

Açıklaması, C. IV, Ankara 1976, s. 373, Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 665. Gerçekten kasten yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesinden failin ne şekilde sorumlu tutulması gerektiğine dair çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür

Bu konuda savunulan bir düşünceye göre, kastın aşılması halinde kastla tesadüf ve kaza bir arada bulunmaktadır. Buna göre, fail etkili eylem açısından kastla hareket etmekte, fakat ağır netice bir kaza ve tesadüften doğmaktadır.

Bir başka düşünceye göre, burada kast ve taksir yanında kendine özgü bir psikolojik unsur mevcuttur. Ayrıca kastı aşan suçta, kast ile taksir arasında bir kusurluluk şekli bulunduğu, kastı aşan suçta daha ağır neticenin bir cezalandırma şartı olduğu, kastı aşan suçta ağır netice istenmiş olmamakla beraber istenmemiş de olmadığı şeklinde görüşler ileri sürülmüştür. (Bu görüşler ve eleştiriler için bkz., Toroslu, (2004), s. 114 vd; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 664, Dönmezer-Erman, II, s.262 vd; Özen, s. 126 vd, Yukarıda açıklandığı üzere 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi ile ilgili olarak doktrinadaki hakim görüş ve Yüksek Mahkeme'mizin görüşü ve uygulaması 765 sayılı TCK'nın 452. maddesindeki sorumluluğun kusurluluğa dayanan bir subjektif sorumluluk olmayıp, objektif bir sorumluluk olduğu şeklindedir. (Dönmezer - Erman, II, s. 263-264; Demirbaş, s. 353; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 663).

- ¹² Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu raporlarına göre, kavgı sırasında maktûle oluşan lezyonların başlı başına ölümü tevliid eder nitelikte bulunmadığı, maktûlenin ölümünün maruz kaldığı travmanın kendinde mevcut eski epilepsi hastalığını aktive ederek statüs epileptikus ve bu nedenle oluşmuş komplikasyonlar sonucu ölümün meydana geldiği fiille ölüm arasında illiyet bağının olduğunun ifade edildiği anlaşılmalıdır her iki sanık hakkında TCK'nın 452/2,51/1,59. maddeleri gereğince tecziyesi yerine yazılı şekilde TCK'nın 456. maddesinin 4. fıkrası ile hüküm kurulması, (1. CD, 24.12.2003, 1335/3331 yayınlanmamıştır) failin eylemi ile ölüm sonucu arasında nedensellik bağının bulunması, başka bir deyişle, kastı aşan etkili eylem sonucu adam öldürmenin sözkonusu olabilmesi için, ölümün failin etkili eylem sayılan hareketinden doğmuş olması gerekir. Bu suçta, subjektif takdirin önemi bulunmadığından, failin de ölüm sonucunun meydana gelebileceğini öngörebilir durumda olması aranmaz. Fail yaptığı hareket sonucunda mağdurun ölebileceğini aklından bile geçirmemiş, hatta bunu tahmin edebilecek tecrübe veya bilgiye sahip bulunmamış olsa bile, hareketiyle sonuç arasında objektif uygunluk bulunduğu takdirde nedensellik bağı mevcuttur." (CGK, 12.2.2002, 1-29/167; Ekinci, Mustafa - Özcan, Şerafettin, *Açıklamalı-İçtihatlı Kastan Adam Öldürme Suçları*, Ankara 2004, s. 232).

meydana getirilmesinin de mümkün olduğu ve bu halde de eylemin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçuna vücut vereceği anlaşılmaktadır.¹³

2. Suçun Hukuksal Niteliği

A. Genel Olarak

765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesinde, *"katil kastıyla olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefı nefis husule gelmiş olması"* halinde faile adam öldürme suçundan tayin edilecek cezanın belli oranlarda indirilerek verilmesi hükme bağlanmıştır. Bu hükmün bağımsız bir suça mı vücut verdiği, yoksa adam öldürme suçunun hafifletici nedenini mi veyahut müessir fiil suçunun ağırlatıcı nedenini mi teşkil ettiği hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Belirtelim ki, faildeki kasıt öldürmeye yönelik olmayıp yaralamaya yönelik olduğundan, adam öldürme suçunun hafifletici nedeninin söz konusu olmadığını; ölüm neticesi fail tarafından istenmediği için de müessir fiil suçunun ağırlatıcı bir nedenin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Burada meydana gelen netice itibarıyla bir netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur.¹⁴

5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesinde düzenlenen suçun kasten yaralama suçunun ağırlatıcı nedeni olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bu suç bakımından esas itibarıyla kasten yaralama suçunun mevcut olması gerekli ise de, meydana gelen ağır neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için *"en azından"* taksir seviyesinde bir kusurluluğunun arandığı neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipi söz konusudur.

B. Suçun Kasıtlı Bir Suç Olarak mı Yoksa Taksirli Bir Suç Olarak mı Değerlendirilmesi Gerektiği Sorunu

a. Genel Olarak: Failin kastı yaralama olmasına rağmen, meydana gelen ölüm neticesi bakımından sorumlu tutulabilmesi için en az taksir düzeyinde bir kusurluluk arandığına göre bu suçu taksirli bir suç olarak mı, yoksa kasten işlenen bir suç olarak mı kabul etmek gerekir?

Bunu tespit etmek önemlidir, çünkü bunun başka hukuksal sonuçları da olacaktır. Örneğin; paraya çevirme, (5237 sayılı TCK 50. m.) tekrerrür (5237 sayılı TCK 58. m.) gibi konularda kasten işlenen suçlarla taksirle

¹³ Schroeder, Friedch - Christian, *Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler*, (Çev. İzzet Özgenç) *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998, s. 273.

¹⁴ Erman - Özek, s. 59.

işlenen suçlar bakımından farklılık bulunduğu gibi, ceza mahkumiyetinin sonuçları bakımından da farklılık mevcuttur.

Belirtelim ki bu sorunun çözümü kolay değildir. Çünkü, suçun oluşumu için meydana gelen ölüm neticesinin taksirle meydana gelmesi yeterli kabul edildiğine göre, suçun kasta dayanan bir suç kabul edilemeyeceği söylenebilir. Tersine, ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından taksir düzeyinde bir kusurluluk aranmasına rağmen, hareketin yaralama kastıyla meydana getirilmesi gerektiği ileri sürülerek bu suçun taksirle işlenen bir suç kabul edilemeyeceği de iddia olunabilir.

Sorunu karmaşık hale getiren bir husus da, 23. maddede “*failin, 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*” denilmesidir. Maddede failin meydana gelen ağır netice bakımından “*en azından*” taksir düzeyinde bir kusurluluk ile hareket etmesi gerektiğine belirtildiğine göre, kast düzeyindeki bir kusurluluk ile ağır neticeye sebebiyet verilmesi halinde de bu suç oluşacağını kabul edilmiş bulunmaktadır.

b. Failin Meydana Gelen Ağır Netice Bakımından Taksirle Hareket Etmesi: Meydana gelen ağır netice bakımından failin taksirle hareket etmesi halinde kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Kast-taksir kombinasyonu uyarınca failin sorumluluğunun belirlenmesi gerektiğine savunan görüşe göre, bu halde iki kademe mevcut olup, birinci kademeyi kasten işlenen temel suç olan yaralama, ikinci kademeyi ise taksirle¹⁵ sebebiyet verilen ağır netice olan ölüm neticesi oluşturmaktadır.¹⁶

Buna göre, failde yaralamaya yönelik olarak kast mevcut olmalıdır. Meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise failin objektif özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği, meydana gelen ölüm neticesini öngörebilip öngörülemediği, diğer bir ifadeyle taksirinin, yani kusurunun mevcut olup olmadığı araştırılacaktır.¹⁷ Failin meydana gelen ölüm neticesini öngö-

¹⁵ Schroeder, s. 272-274. Yazar, ağır taksir için, “Her kim içinde bulunduğu şartlar itibariyle kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini aşarak bir şekilde müşahade etmesi gerekir idiyse veya şahsi kabiliyetleri itibariyle bunu kolayca müşahade edebilir durumda idiyse; ‘leichtfertigkeit’, yani daha ağır bir şekilde dikkatsizlik veya ihtimamsız hareket etmiş olur” şeklinde bir tanımı tavsiye etmektedir. (Schroeder, s. 272).

¹⁶ Özgenç - Şahin, s. 186; Özgenç, İzzet, *Kavga Suçu (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler*, (Kısaltma: Kavga); *Yargıtay Dergisi*, C. 19, S. 4, (Ekim 1993), s. 494.

¹⁷ Taksirden dolayı sorumluluk için, öngörebilme unsuru yanında, failin meydana gelen neticeyi önleyebilmesinin de gerekli olduğunu savunan Toroslu’ya göre, taksirli sorumluluğun birleştirici esasını, failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili, bu kuralları ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olmasından dolayı kınanmasında aramak gerekir. (Toroslu, (2005), s. 144).

rebileceği sonucuna varılması halinde fail meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulacak aksi halde sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

Doktrinde meydana gelen ağır neticeye taksirle neden olunması halinde suçun hangi kategoride değerlendirilmesi gerektiği hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.¹⁸ 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alan Sözüer, fiilin kasten işlenmesinden hareketle kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu suçların kasıtlı suçlar kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁹

Kanaatimize göre, her ne kadar fiil kasten işlenmiş ise de, bu fiil meydana gelen ağır neticeye yönelik değildir. Ağır neticenin taksirle meydana gelmesi halinde meydana gelen suçun kasten işlenen bir suç olduğunu söylemek güçtür.

Alman Ceza Kanunu kast-taksir kombinasyonunun mevcut olduğu suçları kasten işlenen suçlar olarak görmektedir.²⁰ Gerçekten, Alman Ceza Kanunu'nun 11/2. maddesinde (StGB 11/2) *"Hareket yönünden kastı arayan, buna karşılık sebebiyet verilen özel netice bakımından taksiri yeterli gören kanuni tipi gerçekleştiren bir fiil bu kanundaki anlamında kasıtlıdır"*²¹ denilmektedir. Dolayısıyla Alman hukuku bakımından sorun bu şekilde çözülmüştür.

Alman Ceza Kanunu'nun 11/2. maddesinde yer alan *"hareket yönünden kastı arayan, buna karşılık sebebiyet verilen özel netice bakımından taksiri yeterli gören kanuni tipi gerçekleştiren bir fiil bu kanundaki anlamında kasıtlıdır"* şeklindeki bir hükmün kanunumuzda yer almaması nedeniyle netice sebebiyle ağırlaşmış suçların kasıtlı suç olarak kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Kanaatimize göre, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, kasten işlenen temel suç ve taksirle gerçekleştirilen ağır neticeden oluşan bir taksirli suç niteliğindedir.²² Bu suça vasıf veren, meydana gelen taksirle gerçekleştiri-

¹⁸ Bkz., Özgenç, *Kavga*, s. 494-495; İçel - Sokullu Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoglu - Ünver, s. 272; Önder, *Genel Hükümler*, s. 392, Demirbaş, s. 355; Dönmezer - Erman, I, s. 262 vd.

¹⁹ Sözüer, Adem, Yargıtay Başkanlığı'nca Düzenlenen *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel hükümleri ve Yansımaları Paneli*'nde yaptığı konuşma 10-11 Şubat, Ankara 2005.

²⁰ Schroeder, s. 274. Aynı düzenlemenin Rus Ceza Kanunu'nun da mevcut olduğu belirtilmektedir. Schroeder, s. 274.

²¹ İçel, Kayıhan - Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları* 3. Bası, İstanbul 1990, s. 1004.

²² Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz., Özgenç, *Kavga*, s. 494-496 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alan Özgenç'in kasten işlenen temel suç ve taksirle gerçekleştirilen ağır neticeden oluşan suçları taksirli bir suç olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yazar'ın incelediği Yüksek Mahkeme'mizin kararına konu olan bir olayda sanıklar mağduru kasten yaralamak için anlaşmışlardır. Ancak sanıklardan birinin

len ağır neticedir. Örneğin, temel suç kasten yaralama olmasına rağmen, ölüm neticesinin meydana gelmesi ile suç kasten yaralama suçu olmaktan çıkmakta neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça dönüşmektedir.

c. Failin Meydana Gelen Ağır Netice Bakımından Kasten Hareket Etmesi: Neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunun oluşması için temel suç olan yaralama bakımından failin kastı mevcut olmalıdır. Meydana gelen ağır netice olan ölüm bakımından da failin kastının mevcut olması, diğer bir ifadeyle ölüm neticesinin de kastın kapsamı dahilinde olması halinde kasten işlenen bir suçtan söz etmek gerektiği açıktır.

Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere kişisel görüşümüz, meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin ister doğrudan kastla isterse de olası kastla hareket etmesi halinde artık neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suçtan söz edilemeyeceği, bu gibi hallerde kasten adam öldürme suçu söz konusu olacağı şeklindedir.

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Faili

Herhangi bir kişi bu suçun faili olabilir.

Eylemin basit hali için sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüş iken eylemin,

a. Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

vurmuş olduğu tekme ve tokat darbeleri sonucu dengesini kaybederek merdivenlerden aşağı düşmüş ve ölmüştür. Yüksek Mahkeme yumruk vurmeyen diğer sanıkların eylemlerinin kavga da ölene el uzatmak suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir. (CGK. 1.2.1988, 1-515/11) Yazar, TCK'nın 452. maddesi bakımından ister kusuru bulunsun ister bulunmasın bütün sanıkların meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerektiğini belirttikten sonra kendi görüşlerini şöyle özetlemiştir: "Karara konu teşkil eden olayda iştirak halinde (müşterek faillik şeklinde) işlenen bir kasten müessir fiil suçu vardır. Bütün suç ortakları mağdura sadece 'dövüp gözdağı vermeyi' amaçlamışlardır. Fakat suç ortaklarından Ramazan'ın müessir fiili sonucunda mağdur merdivenden düşmüş ve kafa içi kanamasından ölmüştür. Olayın cereyan tarzından hiçbir suç ortağının öldürme kastıyla hareket ettiğini tespit edememekteyiz. O halde müşterek faillik şeklinde işlenen kasten müessir fiil (temel suç) sonucunda mağdurun ölümüne sebebiyet verilmiştir. Görüşümüze göre, meydana gelen ölüm neticesi açısından ancak taksirten dolayı kusurlarının mevcudiyetini tespit edebildiğimiz kişileri taksirli yan yana failler olarak sorumlu tutabileceğiz." Böylece Özgenç, kasten işlenen temel suç (yaralama) bakımından iştirak mevcut olmasını bu suçta kasten işlenebilen bir suç kabul etmek için ve bu suçta iştirak için yeterli görmemiş diğer suç ortaklarının taksirlerinin mevcut olması halinde taksirli yan yana failliğin söz konusu olacağını savunmuştur. (Özgenç, *Kavga*, s. 496, dpn. 93).

b. Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c. Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d. Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e. Silahla, işlenmesi hali için on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Böylece failin sıfatı, (a ve d bendi) mağdurun sıfatı (b ve c bendi) ve suçta kullanılan alet (e bendi) şiddet sebebi olarak kabul edilmiştir.

2. Suçun Mağduru

Suçun mağduru yaşayan, “canlı”, “insan”dır. Bu itibarla ana rahminden ayrılıp bağımsız bir varlık haline gelen “insan” bu suçun mağduru olabilir. Cenin, henüz ana rahminden ayrılıp bağımsız bir varlık haline gelmediği için, çocuk düşürme suçunun mağduru olabilirse de bu suçun mağduru olamaz.

Ölmesi çok yakın veya kesin olan bir kişinin kasten yaralanıp öldürülmesi de bu suç oluşturur. Yeni doğan bir bebeğin yaşama kabiliyetinin olup olmaması bu suçun mağduru olması için bir öneme sahip değildir.

Mağdurun failin üstsoyu, altsoyu, eşi ve kardeşi olması hali ve suçun mağdurun yerine getirmiş olduğu kamu görevi nedeniyle işlenmesi şiddet sebebi olarak kabul edilmiştir. (86-3/a-c m.)

Yanılma ve sapma nedeniyle hedef alınan kişiden başkası da bu suçun mağduru olabilir. Diğer bir ifadeyle hedefte sapma ve yanılma sonucu yaralamaya maruz kalan kişinin ölümü halinde de 87/4. maddesi hükümlerinin uygulanma imkanı mevcuttur.

Ancak, bir yakınının dövülmesi, örneğin kalp hastası olan bir şahsın oğlunun dövülmesi sırasında kişi yaşadığı heyecan ve stres sonucu ölürse, 87/4 maddesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Fakat eğer fail kalp rahatsızlığını bildiği mağdurun kalp krizi geçirip ölmesi amacıyla oğlunu, kızını veya eşini gözü önünde döver ve bunun sonucu olarak da kişi kalp krizi geçirerek ölürse, failin kasten adam öldürmek suçundan sorumlu tutulması lazımdır.²³

²³ Erman - Özek, s. 64.

3. Fiil

A. Genel Olarak

Suçun maddi unsurunu teşkil eden fiil, bir kişinin “yaralanması”dır. Suçun oluşumu için yaralama sonucu ölüm neticesinin de gerçekleşmesi lazımdır. Böylece “müessir fiil” kavramı terk edilerek “yaralama” kavramı benimsenmiştir.

“Yaralama”nın “müessir fiil”in her şeklini kapsamadığı, ayrıca 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesinde yer alıp bu suç ile 87/4. maddesinin de yollamada bulunduğu 86/1. madde arasındaki farkı ortaya koyan; yaralanmanın etkisinin “basit tıbbi müdahale ile giderilebilme” ölçütünün belirsiz olduğu ve 86/1. maddede düzenlenen “acı verme” ve “algılama yeteneğinin bozulması” kavramlarının açık olmadığı belirtilerek bu düzenlemeler haklı olarak eleştirilmiştir.²⁴ Ayrıca basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmanın, hekimler tarafından farklı algılanabilecek kişisel değerlendirme farklılıkları yaratabileceği de vurgulanmıştır.²⁵

765 sayılı TCK’nın 452. maddesinde, “katil kastıyla olmayan darp, cerh veya müessir fiil” sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesinden söz edilmiş, müessir fiilin düzenlendiği ve şiddetine göre derecelendirildiği TCK’nın 456. maddesinin herhangi bir fıkrasına yollamada bulunmamıştır. Dolayısıyla hafif derecedeki yaralanma şekli ile de bu suçun oluşabileceği kabul edilmiştir.

Oysa, 5237 sayılı TCK’nın 87/4. maddesinde kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi suçunu oluşturan yaralama bakımından yalnızca 86/1. maddesine atıfta bulunmuştur.

B. Yaralama

a. Genel Olarak: Kasten yaralama suçunun temel şeklinin tanımlandığı 86/1. maddesinde,²⁶ “kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi”nin cezalandırılmasından

²⁴ Toroslu - Ersoy, s. 15; Artuk, Mehmet Emin - Çınar, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 80; “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 306.

²⁵ Adli Tıp Uzmanları Derneği, *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*, (Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).

²⁶ Bkz., 5237 sayılı TCK’nın 86. m. gerekçesi.

söz edilerek “yaralama”; başkasının vücuduna acı verme, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma şeklinde tanımlanmıştır. Gerekeçdeki ifadeyle, “kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her davranış, yaralama kabul edilmiştir.”²⁷

Maddede kullanılan “yaralama”, “acı verme” veya “sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma”; hareket ve uygulanan şiddetten ziyade bu hareket ve şiddet sonucu mağdur üzerinde bir meydana gelen sonuçları ifade etmektedir. Belirtelim ki bu terimler hukuksal terimler değildir;²⁸ bu terimlerin sözlük anlamlarının belirlenmesi lazımdır. Sözlük anlamı ile yara; “keskin bir şeyle, bir vuruşla vücutta oluşan derin kesik veya zedelenme”; “yaralama” ise, “yaralama işi” olarak ifade edilmiştir.²⁹ Bir başka kaynakta, eski Türkçe’de yarığ veya yarağ kökeninden geldiği belirtilen “yara”, “bedende çarpma, silah darbesi vb. şeyin açtığı derin kesik”; “yaralanmak” ise; “silah vb. bir şeyle vücudunda yara açılmak” olarak tarif edilmiştir.³⁰ Cerrahi anlamda yara, “deri ve mukoza tabakasının yarılmasına, ezilmesine veya zedelenmesi” şeklinde açıklanmıştır. Belirtelim ki “Adli Tıp’ta yara cerrahi manadaki yaradan çok şümullüdür. Bir şahsı zehirlemek suretiyle hasta etmek, kolunu burkarak eklem yerinden çıkarmak, aç susuz veya soğukta bırakmak suretiyle hasta etmek, korkutmak suretiyle bazı ruhi arızalar meydana getirmek yara tabiri içinde incelenir.”³¹ Türk Ceza Kanunu’nda vücut dokunulmazlığını karşı suçlar bölümünde kullanılan yaralama kavramını adli tıp anlamında kabul etmek ve değerlendirmek gerektiği açıktır. O halde, yalnız darp ve cerh suretiyle meydana getirilen yaralanmaları değil, aç ve susuz bırakmak suretiyle meydana gelen rahatsızlıkları, korkutmak suretiyle meydana ge-

²⁷ 5237 sayılı TCK’nın 86. madde gerekçesi.

²⁸ Türk Hukuk Lügatı’nda bu terimlerin tanımına rastlayamadık.

²⁹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1998, s. 1596-1597.

³⁰ Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, C. 20, Sabah Gazetesi Yayını, İstanbul 1992, s. 280-281.

³¹ Tunalı, İbrahim, Adli Tıp, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 112 Adli tıp anlamında “yara” hakkında ise şu açıklamalar yapılmıştır. “Adli tıpta yara çok geniş bir anlam taşır; mahkemeler sadece bir darbe ile meydana gelen, dokuları yırtan veya yırtmayan her çeşit lezyonu değil, her türlü darbe ve zorlanmadan ileri gelen hastalıkları da yara diye kabullenip muhakeme eder. Mahkemeler sadece yaranın mutlak veya nispi ağırlığını göz önünde bulundurur ve yaraları derecelere ayırırlar: yalnız deriyi veya yüzeysel kasları ilgilendiren (ihtilat yapmamış yaralar, hafif ezilmeler, birinci derecede yanıklar vb.) ve yirmi gün işten alı konmaya sebep olan yaralar hafif yara, şiddetli ezilmelere, ihtilata yol açan cerahatli olan (ateşli silah yaraları, eskarlarla birlikte olan derin yanıklar, vb.) iyileşebilen veya yetersiz şekilde iyileşebilen (bir sakatlık bırakan) yaralara ağır yara ve nihayet öldürücü alanlara (yaşamak için gerekli organlardaki derin yaralar, beyin, kalp akciğer, sindirim sistemi yaraları) öldürücü yara denir” Meydan Larousse, C. 20, s. 280-281).

tirilen ruhi arızaları da bu kavram içinde değerlendirmek gerekir.³² Esasen maddede “sağlığının ve algılama yeteneğinin bozulmasına neden” olunması da yaralama kapsamında kabul edilmiştir.

Yaralamanın temel şekli 86/1. maddesinde tanımlanmıştır. 87. madde kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halleri, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2. maddesinde ise kasten yaralamanın hafif hali düzenlenmiştir. Bu maddede etkisi “*basit tıbbi bir müdahale*” giderilebilecek ölçüdeki yaralama fiilleri için daha az ceza öngörülmüştür.

Bu kapsamda değerlendirilen diğer bir kasten yaralama fiili de, ihmal suretiyle meydana getirilen yaralamalardır.

Adli Tıp Uzmanları Derneği tarafından hazırlanan kılavuzda, travmanın mağdur üzerinde meydana getirmiş olduğu zararın derecesine göre yaralanmalar, ağır, orta ve hafif yaralanma şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır. Buna göre, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2. maddesindeki yaralanmalar “*hafif*”, 86/1. maddesindeki yaralanmalar “*orta*”, 87. maddenin 1 ve 2. maddelerindeki yaralanmalar “*ağır*” olarak nitelendirilmiştir. 87. maddenin 3. maddesindeki kemik kırılması ise, kemiğin niteliği, meydana getirmiş olduğu bedensel zarar ve tehlike nazara alınarak bazı kemik kırılmaları, “*ağır*”, bazıları “*orta*” bazı kemik kırılmaları ise “*hafif*” yaralanma olarak nitelendirilmiştir.³³

b. Acı Verme: Hukuksal bir terim olmayan “*acı*”nın sözlük anlamı; “*iç ve dış tesirlerin uzviyette meydana getirdiği rahatsızlık, sızı, sancı, ağrı*”³⁴ ve “*dışarıdan gelen etki ile dış organlarda birden bire duyulan.. ıstırap*” olarak açıklanmıştır.³⁵ TCK’nın 86/1. maddesindeki “*acı verme*” kavramının 765 sayılı TCK’nın 456. maddesinde yer alan “*cismen eza verme*” kavramı yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır.

³² Adli Tıp Uzmanları Derneği tarafından hazırlanan , *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*’da; kişinin sağlığını ya da algılama yeteneğini bozacak derecedeki yaralanma” tanımının, travmanın ruhsal etkilerini de kapsadığı belirtilmiştir. (Adli Tıp Uzmanları Derneği, *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*, Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).

³³ Travmanın mağdur üzerinde meydana getirmiş olduğu zararın derecesine göre yaralanmalar, ağır, orta ve hafif yaralanma şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır. Buna göre 87. maddesindeki yaralanmalar “*ağır*”, 86/1. maddesindeki yaralanmalar “*orta*”, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2. maddesindeki yaralanmalar ise “*hafif*” olarak nitelendirilmiştir. (Adli Tıp Uzmanları Derneği, *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz* (Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).

³⁴ *Meydan Larousse*, C. 1, s. 55.

³⁵ *Türkçe Sözlük* (TDK), C. 1, s. 4.

Buna göre “acı verme”den; mağdurda failin eylemine bağlı olarak meydana gelen az veya çok duyulan her türlü fiziki acı anlaşılmalıdır.³⁶ Bu itibarla “itelemek” de acı verici bir harekettir.³⁷ Ancak 87/4 maddesinin kasten yaralama bakımından 86/1 maddesine yollamada bulunduğu hatırlanmalıdır.³⁸ 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesinde düzenlenen basit bir tıbbi müdahale ile tedavi edilebilen yaralanmalar bu suçun maddi unsurunu teşkil etmeyecektir.

c. Sağlığın Bozulması: Bu kavramdan kişinin sağlık durumunun ihlal edilmesi, patolojik bir durumun yaratılması veya patolojik durumun derecesinin artırılması anlaşılmalıdır. O nedenle bir kimsenin sağlık durumunun daha da kötüye gitmesine sebebiyet verilmesi de bu kavram kapsamında değerlendirilmelidir. Sağlığın sürekli bozulması gerekli olmayıp, sağlığı geçici olarak bozan eylemler de bu kavrama dahildir. Mağdurda fiziki acı olmadığı halde sağlığı ihlal edilmiş olabilir. O nedenle rıza ile cinsel ilişki sonucu zührevi bir hastalığı bulaştırmak da acı vermediği halde sağlığın bozulmasına yol açar. Belirtelim ki, vücuda acı verme ile sağlığın bozulması arasındaki ayırımı yapmak her zaman kolay değildir.

d. Algılama Yeteneğinin Bozulması: Algılama; “bir olayı veya bir nesnenin varlığını duyum yolu ile yalın bir biçimde bilinç alanına almak, idrak etmek”tir.³⁹ Algılama yeteneğinin bozulmasından, kişinin anlama, düşünme, muhakeme etme yeteneklerinde karışıklık, bozukluk meydana getirecek her türlü eylemler anlaşılmalıdır. Akli melekelerde karışıklık, düzensizlik meydana gelmesi, kişinin ruhi durumunda normal olan durumdan sapmalar meydana getirilmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Gerçekten, gerek akıl yönünden karışıklık, gerekse de ruhsal karışıklık kişinin algılama yeteneğini bozduğundan bu kavrama dahildir. Kişinin hipnotize edilerek bayıltilması, sarhoş edilmesi, onun iradesine hakim olamaz hale getirilmesi algılama yeteneğinin bozulmasına örnek gösterilebilir.⁴⁰

³⁶ Dönmezer, *Kişilere*, s. 116.

³⁷ Yüksek Mahkeme’imize göre; “itelemek dahi müessir fiildir” (2. CD, 27.5.1939, 7593/7207; Erem, III, s. 2096).

³⁸ 87/4. maddesinde, hem 86. maddenin 1. fıkrasına hem de değişik 3. fıkrasına yollamada bulunulmuştur. Ancak kasten yaralama fiilinin tanımlandığı, unsurlarının gösterildiği fıkra maddenin 1. fıkrasıdır. 3. fıkra da mağdurun ve failin sıfatı ile kullanılan aletin niteliğine göre şiddet nedenlerine yer verilmiştir. O nedenle, kasten yaralamaların derecesi bakımından bir karşılaştırma yapılırken 86. maddenin 1. fıkrasındaki kasten yaralama suçu esas alınacaktır.

³⁹ *Türkçe Sözlük*, (TDK), C. 1, s. 50.

⁴⁰ Dönmezer, *Kişilere*, s. 116, Erman - Özek, s. 100.

C. Yaralamaya Teşebbüs

87/4 maddesinde kasten yaralama suçu neticesinde ölümün meydana gelmesinden söz edildiğine göre, bu suça teşebbüs halinde de maddenin uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilir. Gerçekten kanun koyucu suçun tamamlanmış halini yaptırım altına aldığı gibi, teşebbüs halini de yaptırım altına almıştır, denebilir. Ancak, 87/4. maddesinde kasten yaralama neticesinde ölümün meydana gelmesi arandığına göre, fiilin tamamlanmış ve mağdur üzerinde bir zarar meydana getirmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılır. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suçta “*darp*” ve “*cerh*”⁴¹ şeklinde bir yaralama meydana gelmeyeceğine göre, kural olarak kasten yaralamaya teşebbüs halinde 87/4. maddesinin uygulanma imkanının olmadığını kabul etmek gerekir.

D. TCK’nın 86/1. Maddesi Dışındaki Yaralama Hallerinde Bu Suçun Oluşup Oluşamayacağı

a. Genel Olarak: TCK’nın 87/4. maddesinde bu Kanun’un 86/1. maddesinde yazılı kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi suç olarak düzenlenmiştir. O nedenle 86/1. maddede yazılı dereceye varmayan (5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2 m.) veya bundan daha ciddi düzeydeki yaralama hallerinde (87/1, 2, 3. m.) kişinin ölmesi durumunda 87/4. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunun oluşup oluşmayacağı hususunda belirsizlik mevcuttur. Aşağıda çeşitli ihtimallere göre durumu değerlendirilmeye çalışacağız.

b. 5328 Sayılı Yasa’yla Değişik 5327 Sayılı TCK’nın 86/2. Maddesinde Yazılı Kast Kasten Yaralama Halleri: 5237 sayılı TCK’nın 86/1. maddesinde yazılı ağırlığa ulaşmayan, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesinde yazılı yaralama neticesinde kişinin ölmesi halinde 87/4 maddesinin uygulanabileceği düşünülebilirse de 87/4. maddesinde ölüm neticesini meydana getiren yaralama açısından 86. maddenin 1.fıkrasına göndermede bulunulduğundan, herhangi bir yaralama şeklinin bu suçun maddi unsurunu teşkil edemeyeceğini kabul etmek gerekir. Gerçekten, eğer 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesinde yazılı şekilde bir yaralamanın da bu suçu oluşturabileceği kabul edilseydi 87/4 maddesinde yalnızca “*yaralama*” ifadesi kullanılır ve 86. maddenin 1. fıkrasına göndermede bulunulmazdı.

⁴¹ Darp, vurma, yaralama; cerh ise, yaralama, yarananma, çürütme anlamına gelmektedir. Bkz., Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 15. Baskı, Ankara 1998, s. 135, 166 .

Bu itibarla, şiddetli olmayan bir yumruk sonucu mağdurun ölmesi veya mağdurun “yaralanması” sonucunu doğurmayan “itme” şeklindeki bir hareket neticesinde ölmesi halinde 87/4 maddesindeki suç oluşmayacaktır.

c. 5328 Sayılı Yasa’yla Değişik 5237 sayılı TCK’nın 88/1. Maddesinde Yazılı Kasten Yaralamanın İhmal Suretiyle İşlenmesi: 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 88/1 maddesinde düzenlenen “*kasten yaralama*”dan hangi maddedeki yaralamanın anlaşılması gerektiği ve bu fıkra düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleştirilmesi sonucu bir kişinin ölmesi halinde fail hakkında 87/4. maddesi hükümlerinin uygulama yeri bulunup bulunmadığında tereddütler bulunmaktadır.

5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 88/1. maddesindeki “*kasten yaralama*”dan, 86/1. maddesindeki kasten yaralamanın temel şeklinin anlaşılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, yapılan değişiklikten sonra, 88/1. maddesindeki “*kasten yaralama*”dan yalnızca 86/1. maddesindeki kasten yaralamanın temel şeklinin anlaşılamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü, “*kasten yaralama*” kavramı hem 86/1, hem de 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesindeki “*yaralama*” halleri için kullanılmıştır. Gerçekten, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/3. maddesinde, kasten yaralamanın nitelikli halleri düzenlenirken, hem 86/1, hem de 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2. maddesindeki yaralama halleri kastedilmiş, 5328 sayılı Yasa’yla değişik 86/2. maddesine temas eden yaralamanın nitelikli halinde şikayet aranmaksızın cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir.⁴² (86/3-e m.) Bu itibarla 5328 sayılı Yasa’yla değişik 88/1. maddesindeki kasten yaralamadan da hem 86/1, hem de 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesindeki kasten yaralama halinin anlaşılması lazımdır.⁴³ 5328 sayılı Yasa’yla değişik 5237 sayılı

⁴² Gerçekten, değişiklikten önce 86/1. maddesindeki suç şikayete tabi değildi. Şikayete tabi olan 88/1. maddesinde düzenlenen suçtu. 88/1. maddesindeki fıkra 86. maddenin 2. fıkrası olarak düzenlenince teselsül suretiyle 3. fıkra olan bu fıkra yapılan değişiklikle; bu fıkra yazılı hallerde, “şikayet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır” şeklinde bir ibare eklenmiştir.

⁴³ Değişiklikten önce, 88. maddenin 2. fıkrasını teşkil eden bu fıkradaki (değişik 88/1 m.); “*kasten yaralama*”dan, 86/1. maddesindeki kasten yaralamanın temel şeklinin anlaşılması gerektiği, 88/1. maddesinde (değişik 86/2 m.) kasten yaralamanın meydana getirmiş olduğu sonuçtan, (daha hafif derecede bir yaralama olmasından) kaynaklanan bir hafif halin, 2. fıkra ise (değişik 88/1 m.) fiilin işleniş şeklinden, (fiilin ihmali suretiyle işlenmesinden) kaynaklanan bir halin söz konusu olduğu görüşündeydik. Halen de değişik 86/2. maddesinde yaralamanın neticesinin hafif olmasından kaynaklanan bir hafif halin düzenlendiğini, değişik 88/1. maddesinde ise fiilin işleniş şeklinden kaynaklan uygulanması hakim takdirine dayalı bir cezada indirim nedeninin düzenlendiği kanaatindeyiz. Ancak, yapılan değişiklikten sonra ortaya çıkan sistematığe göre, değişik 88/1. maddesindeki “*kasten yaralama*”dan, hem 86/1, hem de değişik 86/2. maddesindeki yaralama halinin anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.

TCK'nın 88/1. maddesinde kasten yaralama halleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığından, ihmal suretiyle işlenen fiil sonucu kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin meydana gelmesi halinde de, cezanın 88/1 maddesine göre indirilebileceği anlaşılmaktadır.

Peki, kasten yaralanmanın ihmali davranışla işlenmesinin her halinde, ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda 87/4. maddesi hükümleri uygulanabilecek midir? Diğer bir ifadeyle, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi sonucu 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde yazılı şekilde yaralanan mağdur daha sonra ölse 87/4. maddesindeki suç oluşacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilemeyeceğini düşünmekteyiz. Kanun koyucu icrai bir fiil ile işlenip değişik 86/2. madde kapsamında kalan bir yaralama halinde 87/4. maddesindeki suçun oluşmasını kabul etmediğine göre, daha hafif olarak değerlendirdiği bu fiilin ihmali davranışla işlenmesi sonucu ölümün meydana gelmesi halinde 87/4. maddesinin uygulanabileceğini kabul etmek mümkün değildir. 87/4. maddesinde yazılı suçun oluşabilmesi için ihmali davranış sonucu meydana gelen yaralamanın 86/1. maddesinde yazılı düzeyde olması aranmalıdır.⁴⁴

Buna göre, ihmal suretiyle işlenen kasten yaralama fiili sonucu 86/1. maddesinde yazılı şekilde yaralanan kişinin ölümü halinde, fail, meydana gelen ağır netice bakımından en azından taksirinin bulunması koşuluyla 87/4. maddesine göre cezalandırılacaktır.

d. TCK'nın 87. Maddesinin 1, 2 ve 3. Fıkralarında Yazılı Haller: 87/4. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan yaralama suçu bakımından 86. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen temel yaralama şekline atıfta bulunulmasına rağmen, 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen yaralama hallerine bir atıfta bulunulmamıştır. Bu durumda, netice sebebiyle ağırlaşan yaralama bakımından yaralamanın temel haline atıfta bulunulduğuna, temel nitelikteki yaralama hali bu suçun oluşması için

⁴⁴ Kanaatimiz bu yönde olmakla beraber, yapılan değişiklikten önce de maddelerin düzenlenme şeklinin bu hususlarda sağlıklı bir yorum yapmaya, her türlü duraksamadan uzak bir sonuca ulaşmaya elverişli olmadığını belirtmek lazımdır. Yapılan değişiklikle durum daha da zorlaşmıştır. Gerçekten 87/4. maddesinde, 86. maddenin 1 ve 3. fıkrasına yollamada bulunulmaktadır. 3. fıkra ise, hem 86. maddenin 1. fıkrasını hem de 2. fıkrasını kapsamakta ve her iki fıkra bakımından uygulanma yeteneğine sahip bulunulmaktadır. 87/4. maddesinde 86. maddenin 3. fıkrasına yollamada bulunulmakla acaba, 3. fıkranın uygulanma yeteneğine sahip olduğu 2. fıkraya da yollamada bulunulmuş olur mu? Bu soruya net cevap vermek mümkün değildir. Esasen, 86. maddenin 2. fıkrasında yazılı halin ayrı bir madde şeklinde düzenlenmesi daha yararlı olurdu ve böylece bu karışıklığın önüne geçilmiş olurdu.

yeterli görüldüğüne göre, daha ağır hallerin düzenlendiği 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında yazılı neticeleri doğuran yaralanmaların evveliyatla bu suçun oluşumu için elverişli kabul edilmesi gerektiği, o nedenle de 87/4. maddesinde bu maddenin diğer fıkralarına atıfta bulunulmasına gerek duyulmadığı düşünülebilir.

Buna karşılık, 87. maddenin 1, 2 ve 3 fıkralarında yazılı ağır yaralama halleri, 87/4. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçunun maddi unsuru kabul edilmek istenmemiştir, aksi halde yalnızca 86/1. maddesine atıfta bulunulmazdı, şeklinde bir görüş de ileri sürülebilir.

Gereğede bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte, kanun koyucunun 87. maddesinde yazılı yaralama şekilleri sonucu ölümün meydana gelmesi halinde artık kişinin en azından olası kast hükümlerine göre hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle 87/4. maddesindeki suç bakımından aynı maddenin diğer fıkralarına atıf yapılmadığı da iddia olunabilir.

Kanaatimize göre, 5237 sayılı TCK'nın 86/1, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2 ve 87. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde şöyle düşünmek gerekir: Kanun koyucu kasten yaralama suçunun temel şeklini 86/1. maddesinde düzenlemiş, kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile tedavi edilebilmesini, yani yaralamanın neticesinin hafif olmasını bu suçun hafif hali olarak düzenlemiş ve daha az ceza ile karşılamıştır. Buna karşılık kasten yaralama sonucu daha vahim neticelerin meydana gelmesini ise netice sebebiyle ağırlaşmış suç başlığı altında 87. maddede düzenlemiştir. Diğer bir ifadeyle, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2 ve 87. maddelerde kasten yaralama suçunun neticeleri düzenlenmekte bu neticelerin ağır veya hafif olmasına göre ceza tayin edilmektedir. Şu halde, kasten yaralama sonucu mağdurun duyu veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olması halinde 87/1-a maddesi, bitkisel hayata girmesi halinde 87/2-a maddesi, kemik kırılmasına neden olması halinde ise 87/3. maddesine göre fail cezalandırılacaktır.

Mağdur, maruz kaldığı kasten yaralama nedeniyle organlarından birinin sürekli zayıflaması sonucunu doğuracak şekilde yaralanıp ölebilir. Keza, bu şekilde yaralanıp bir müddet yaşadıktan sonra da ölebilir. Bu durumda artık 87/1-a maddesini aşan ve daha ağır bir cezayı gerektiren bir netice meydana gelmiştir, o nedenle fail 87/4. maddesine göre cezalandırılmalıdır. Bu durumda fiilinin netice sebebiyle ağırlaşmış halinin

neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gibi bir durum söz konusu olacaktır.⁴⁵ Bu itibarla 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama fiilinin, yine aynı maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiş bulunan neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunun unsuru kabul edilmesi kanaatimize göre isabetli olmamıştır.

Belirtelim ki, 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alan Özgenç'de TCK'nın 87. maddesinin diğer fıkralarında yazılı neticeleri meydana getiren yaralama nedeniyle mağdurun ölmesi halinde failin 87/4. maddesine göre sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir.⁴⁶

4. Netice

A. Genel Olarak: Suçun oluşumu için kasten gerçekleştirilen yaralama sonucu kişinin ölmesi lazımdır. Ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde, fail kasten yaralama suçundan sorumlu tutulur. Bu itibarla kasten yaralama nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmemesi halinde ne 87/4 maddesindeki suç, ne de bu suça teşebbüs durumu meydana gelmez. Özetlemek gerekirse bu suç bakımından teşebbüs hükümleri uygulanmaz; fail, yaralanmanın derecesine göre 86/1, değişik 86/2 veya 87. madde hükümlerine göre cezalandırılır.

Neticenin yaralamadan hemen sonra meydana gelmesi şart olmayıp fiilin icrasından bir müddet sonra da netice meydana gelebilir. Burada önemli olan fiil ile mağdurun ölümü arasında bir nedensellik ilişkisinin mevcut olmasıdır.⁴⁷

Kasten yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde kaç neticenin bulunduğu hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, *"kastın aşılması halinde tek netice vardır; fakat bu netice failin maksudından daha ağırdır. İşte bu daha ağır netice ya fiilin ayrı ve bağımsız bir hukuki nitelik kazanmasını, yani yeni bir suç tipinin ortaya çıkmasını gerektirir, ya da aşırı netice suçun bir ağırlatıcı sebebinin oluşturur: birinci ihtimal kastın aşılması halini, ikinci ihtimal ise... objektif sorumluluk şeklini, yani netice sebe-*

⁴⁵ Aynı eleştiri için bkz., Donay, Süheyl - Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 2005, s.124-125. Yazarlar, 87/4. maddesinde yer alan "yukarıdaki maddenin" bir ve ikinci fıkrasına yapılan yollamayı 87. maddenin 1 ve 2. fıkralarına yapılan yollama olarak kabul etmişlerdir. Yukarıda açıklandığı üzere 87/4. maddesinde yazılı "yukarıdaki madde"den 86/1. maddeyi anlamak gerekir.

⁴⁶ Özgenç, İzzet, Adalet Bakanlığı'nca Düzenlenen *Yeni Türk Ceza Kanunu Tanıtım ve Eğitimcilerin Eğitimi Semineri*'nde yaptığı konuşma, Ankara, 3.1.2005-9.1.2005.

⁴⁷ Erem, III, 2053.

biyle ağırlaşmış olan suçlar kategorisini meydana getirir.”⁴⁸ Türk doktrininde Toroslu ve Özen tarafından savunulan görüşe göre ise, kast ile taksirin bir arada bulunamayacağına ilişkin itiraz aynı sonuç yönünden doğru kabul edilebilir. Çünkü, failin aynı sonucu hem istemiş, hem de istememiş olması düşünülemez. Ancak, kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda (günümüz için 5237 sayılı TCK’nın 87/4. maddesinde düzenlenen suç) tek sonuç değil, birincisi fizik değer ihlali yönelik müessir fiil neticesi, ikincisi de yaşam hakkının ihlali sonucunu doğuran ölüm neticesi olmak üzere iki netice vardır. İki ayrı sonuç bulunduğundan failin bunlardan birini istemiş, yani bu sonuç bakımından kasten hareket etmiş olması, diğerini istememiş ve bu sonuç bakımından taksirle hareket etmiş olması mümkündür. Ayrıca ikinci neticenin birincisine oranla daha ağır bir ihlale neden olması farklı bir netice sayılmasına engel teşkil etmez.⁴⁹

Özgenç - Şahin’e göre, kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu bu gibi hallerde, iki kademe mevcuttur. Birinci kademeyi kasten işlenen temel suç, ikinci kademeyi ise taksirle sebebiyet verilen ağır netice oluşturmaktadır. Böylece yazarlar, “netice” ibaresi yerine “kademe” ibaresini kullanmayı tercih etmişlerdir. Suçun unsurlarını farklı bir şekilde tanımlayan yazarlara göre, netice, işlenen fiilin bir unsuru değil, belli bir suçun kanuni tarifindeki bir unsuru oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle “fiil=hareket+netice” formülü doğru değildir. Netice de fiil gibi (ancak fiilden ayrı olarak) suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.⁵⁰ Bu nedenle yazarlar, failin, yaralama fiili bakımından kasten, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise taksirle hareket edebileceğini savunmaktadırlar.⁵¹ Belirtelim ki 5237 sayılı TCK’nın 23. maddesindeki düzenleme de bu şekildedir.

B. Eklenen Sebepler Yüzünden Neticenin Meydana Gelmesi: Meydana gelen ağır neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin oluşumuna failin fiili sebebiyet vermelidir.⁵² O nedenle failin fiilinden önce mevcut olup da failce bilinmeyen veya failce öngörülemeyen sonradan eklenen sebepler yüzünden netice meydana gelmiş ise bu neticeden faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Sorumluluğu kusura dayandırmak isteyen kanun koyucu bu sebeple 765 sayılı TCK’nın 452/2 maddesinde düzenlenen bu objektif sorumluluk halini bilinçli olarak yasaya dahil etmemiştir.

⁴⁸ Dönmezer - Erman, II, s. 261-262.

⁴⁹ Toroslu, (2004), s. 115; Özen, s. 133-134; Ayrıca bkz., Alacakaptan, s. 95.

⁵⁰ Özgenç - Şahin, s. 149, dñn. 12.

⁵¹ Özgenç - Şahin, s. 186; ayrıca bkz., Özgenç, *Kast-Taksir Kombinasyonları*, s. 360-361.

⁵² Özgenç - Şahin, s. 192; Erem, III, s. 2054; Erman - Özek, s. 61; Özen, s. 161.

Failin hareketi esas itibariyle yalnız başına ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli olmamakla beraber, mağdurda mevcut olup eklenen sebepler yüzünden ölüm neticesi meydana gelmiş olabilir. Örneğin; fail, şeker hastası veya hemofili hastası olan mağduru yaralamak maksadıyla bıçakla derin olmayacak şekilde yaralayıp, mağdurun hastalığı nedeniyle kanamanın durmaması sonucu mağdur kan kaybından ölebilir.

Bu durumda objektif olarak öldürmeye elverişli olmayan hareket somut olayda öldürmeye elverişli bir hareket niteliğindedir. Bu gibi hallerde eğer fail mağdurun şeker veya kalp hastası olduğunu biliyorsa ve öldürmek kastıyla hareket ediyorsa fail adam öldürmek suçundan sorumlu tutulmalıdır. Bunda tereddüt edilemez. Failin öldürmek kastıyla hareket ettiği kanıtlanamamakla beraber, hastalığı bilmesine rağmen fiili gerçekleştirdiği ve neticenin meydana gelmesine katlanarak hareket ettiği kabul edilebiliyorsa fail olası kastla adam öldürmekten sorumlu tutulmalıdır.

Ancak fail mağdurdaki şeker ve hemofili hastalığını bilmiyor ancak failden de böyle bir sebebin eklenebileceğini tahmin etmesi bekleniyorsa, yani failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ve taksirli olduğu kabul edilebiliyorsa, failin meydana gelen neticeden olayı taksiri sebebiyle sorumlu tutulması lazımdır.

5. Nedensellik İlişkisi

Gerçekleşen neticenin faille isnat edilebilmesi, failin bundan sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin failin hareketinden doğması lazımdır. Yani netice failin fiilinin eseri olmalıdır. Eğer netice failin fiilinin bir eseri değilse failin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir.⁵³

765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesinde objektif sorumluluk hali düzenlenmiştir. 452. maddeye göre, failin meydana gelen netice açısından taksir düzeyinde bir sorumluluğu bulunmasa bile meydana gelen neticeden sorumlu tutulur. Ayrıca önceden var olup fail tarafından bilinmeyen sonradan eklenen nedenler ölümün meydana gelmesinde etkili olsalar bile failin hareketi tek başına neticeyi doğurmaya elverişli olduğu takdirde illiyet bağı kesilmiş olmaz, fail meydana gelen neticeden sorumlu tutulur.⁵⁴

452/2. maddesinde; ölümün *"failin fiilinden önce mevcut olup da, failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veya failin iradesinden hariç gayri melhuz esba-*

⁵³ Dönmezer - Erman, I, s. 543; Toroslu (2005), s. 90; Özgenç - Şahin, s. 115.

⁵⁴ Dönmezer - Erman, II, s. 264; Erman - Özek, s. 61.

bın inzımanı ile” meydana gelmesi halinde de -daha az ceza öngörölmekle beraber- failin sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. “Failin hareketine eklenen nedenlerin onun tarafından öngörölmüş olup olmamalarının bir önemi yoktur. Kanun, ‘failce bilinmeyen’, ‘failin iradesinden hariç’ ‘gayri melhuz’ sebeplerden söz etmek suretiyle; bu konuda herhangi bir araştırma imkanını önceden kesin olarak yok etmek istemiştir. Buna göre fail, söz konusu sebeplerin kendi hareketine eklenebileceklerini ve böylelikle ölümün vuku bulacağını öngörmemiş olsa bile fiili ile netice arasında illiyet bağının varlığı kabul edilecektir.”⁵⁵

“Yapılan hareketin gündelik hayat tecrübelerine, çoğunlukla vuku bulan olaylara, büyük sayılar kurallarına göre ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olması, diğer bir deyimle normal bilgi, tecrübe ve basiret sahibi her hangi bir kişi tarafından yapılan hareketten ölüm sonucunun doğabileceğinin öngörülebilir bulunması” halinde uygun nedensellik ilişkisin var olduğu kabul edilir.⁵⁶ Belirtelim ki Yüksek Mahkeme’imiz aslında hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunduğu bazı olaylarda uygun nedensellik ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle faillerin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.⁵⁷

⁵⁵ CGK, 7.9.1984, 1-446/255; Savaş - Mollamahmutoğlu, III, s. 4708; Özgenç - Şahin, s. 121; Dönmezer-Erman, kanunumuzun, failin sübjektif durumunu asla göz önüne almadığı ve fail tarafından tahmin edilme imkanı bulunsan veya bulunmasın gerçekleşen neticeden sorumlu tutuğunu, böylece kanunumuzun nedensellik ilişkisi bakımından şart teorisini benimsediğini, ancak gerçekleşen neticenin cezasının indirilerek verilmesi nedeniyle adeta yumuşatılmış şart teorisini uyguladığını belirtmektedirler. (Dönmezer - Erman, I, s. 609) Şart teorisini savunan yazarlar, neticeyi meydana getiren uzak ya da yakın, önemli veya önemsiz, etkili veya etkisiz, o neticeyi doğurabileceği önceden tahmin edilebilen veya edilemeyen bütün sebepler arasında hiçbir ayırım yapmaksızın, her birinin neticeyi meydana getirdiğini ve bu sebeplerden herhangi biri ile netice arasında nedensellik ilişkisini bulunduğunu kabul ederler. (Bu konuda geniş bilgi için bkz., Dönmezer - Erman, I, s. 561).

⁵⁶ Erman - Özek, s. 61; Ayrıca bkz., Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 665.

⁵⁷ “Lokantada yediğı yemek ve içtiğı rakı parasını ödememesinden dolayı, lokanta sahibi iki sanık tarafından dövölen ve yol kenarına bırakılan maktölün yoldan geçmekte olan vasıtaya binmek istediğı sırada sarhoşluk ve dayak tesiri ile dengesini kaybedip, kamyon altında kalarak ölmesinde sanıkların fiili ile sonuç arasında illiyet rabatası bulunma[maktadır.] (CGK, 11.5.1987, 1-98/177; Parlar, Ali - Demirel, Güleç, Açıklamalı İçtihatlı, Kişilerin Hayatına ve Beden Bütönlüğüne Karşı Suçlar, Ankara 2002, s. 379; Özgenç - Şahin, s. 122.

Özet: Kocası olan sanık tarafından iki gün önce dövölen kadının, kendisini asarak canına kıydığı anlaşılmamasına göre, etkili eylem ile ölüm arasında mağdurenin intiharı gibi bir olay girmiş ve bu bakımdan nedensellik bağı kesilmiştir. Başka bir deyişle ölüm ile sanığın eylemi arasında maddi bir bağlantı bulunmadığı anlaşılmıştır. Bir kimse egemenlik alanının dışında kalan ve bu nedenle tahmini kendisinden beklenmeyen bir sonuçtan sorumlu tutulamaz. Bu nedenlerle, sanığın karısını dövüp yaralamasında ‘etkili eylemle ölöme yol açmak’ ve ‘intihara yardım’ suçlarının öğeleri oluşmamıştır. (CGK, 12.5.1980, 1-151/206; Savaş - Mollamahmutoğlu, III, s. 4716; Aynı

5237 sayılı TCK'da nedensellik ilişkisine dair bir hüküm mevcut değildir. TCK'nın 23. maddesinin gerekçesinde, *"765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve Hükümet Tasarısı'nın bazı hükümlerinde, kişi(nin) gerçekleştirmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu"* tutulduğuna⁵⁸ işaret edildikten sonra, *"Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan 'versari in re illicita', yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir"* denilerek, objektif sorumluluk ilkesinin benimsenmediği vurgulanmıştır.⁵⁹

23. maddede de failin kastetmediği daha ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticenin failin bir fiilinin eseri olması, yani fiil ile netice arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunması yanında, failin bu netice bakımından en azından taksirinin bulunması gereklidir. O nedenle sorunu nedensellik ilişkisi ile beraber failin kusuru bakımından değerlendirmek lazımdır.

Failin fiili neticeyi meydana getirmeye elverişli olmakla beraber, başka nedenler araya girmiş, önceki illiyet bağıını kesmiş ve ölüm neticesi sonraki fiil nedeniyle gerçekleştirmiş ise, failin sorumluluğu yoluna gidilemez. Bu nedenle, *"kavga esnasında sanığın salladığı tek bıçak darbesiyle yaralanan maktulün arabanın direksiyonuna geçip bir süre yola devam ettiği sırada fenalık geçirip arabanın devrilmesine sebep olup, trafik kazasından kaynaklanan nedenlerle ölmesiyle sonuçlanan olayda, sanığın bıçakla yaralama fiiliyle ölüm sonucunu tayin*

yönde bkz., CGK, 4.11.1997, 1-166/258; Kaban, Mater - Aşaner, Halim - Güven, Özcan - Yalvaç, Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları* (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara 2001, s. 534-535; CGK, 28.1.1985, 1-209/41; Parlar - Demirel, s. 438-440).

Özgenç-Şahin, aktarılan bu ve benzeri olaylarda gerçekleştirilen fiillerle meydana gelen ölüm neticesi arasında illiyet bağının mevcut olduğunu, ancak asıl sorunun meydana gelen netice açısından sanıkların kast veya taksirinin mevcut olup olmadığının tayininden ve bu nedenle sorumlu tutulup tutulmayacakları noktasında olduğunu belirtmektedirler. Özgenç - Şahin, s. 127.

⁵⁸ Hükümet Tasarısı'nın 138. maddesi şu şekildedir: "Etkili eylemden ölüm meydana gelmiş ise, fail hakkında 133. maddedeki hallerde altı yıldan sekiz yıla, 135. maddedeki hallerde sekiz yıldan on iki yıla ve 136. maddedeki hallerde on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezası verilir.

Ölüm, failin fiilinden önce var olup da failce bilinmeyen hallerin birleşmesi veya failin iradesi dışında ve beklenilmeyen nedenlerin eklenmesiyle meydana gelirse 133. maddedeki hallerde iki yıldan altı yıla, 135. maddedeki hallerde altı yıldan sekiz yıla ve 136. maddedeki hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir." Bkz., Hükümet tarafından 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan Türk Ceza Kanunu Tasarısı, s. 272).

⁵⁹ Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 23. madde gerekçesi.

eden trafik kazası arasında illiyet rabtası bulunmadığı gözetilerek oluş ve rapor kapsamına göre sanığın bıçakla yaralamak suçundan TCK'nın 456/2, 457/1, 51/1, 59 ve 81/1. maddeleri ile tecziyesi yerine yazılı şekilde failin iradesinden hariç gayri melhuz esbabın inzimamı sonucu ölüme neden olmak suçundan TCK'nın 452/2. maddesiyle hüküm kurularak suç vasfının tayininde yanılığa düşülmesi"ni kanuna aykırı gören⁶⁰ Yüksek Mahkeme' mizin kararını isabetli bulmaktayız.

Bazı hallerde failin fiili ile meydana gelen netice arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olup olmadığından tereddütler bulunabilir. Örneğin, fail bir sopa ile mağdura vurmak için üzerine yürüdüğünde bu saldırıdan kurtulmak isteyen mağdur kendisini balkondan aşağı atarak ölebilir, ya da arka arkaya gidip uzaklaşmaya çalışırken ayağı taşa takılarak yere düşüp başının sert bir zemine çarpması sonucu hayatını kaybedebilir. Burada, henüz yaralama fiili gerçekleştirilmemiş olup, yaralamaya teşebbüs durumu söz konusudur. Ölümün, fail tarafından mağdurun vücudu üzerinde meydana getirilen bir yaralanmanın neticesi olmadığı bu gibi durumlarda failin fiili ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik ilişkisinin kurulmasının mümkün olup olmadığı ve failin bu gibi hallerde meydana gelen neticeden sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu tereddütlere neden olmuştur.

Yüksek Mahkeme' miz 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda sanığın yerden aldığı taşla mağdura yönelmesi üzerine, mağdurun korkup arkasına baka baka kaçarken ayağının takılması sonucu düşüp yüzünün taşa çarpması neticesinde öldüğü olayda, sanığın fiili ile mağdurun ölümü arasında illiyet bağlantısı olmadığına hükmetmiştir.⁶¹ Buna karşılık, "Para karşılığı cinsel ilişkide bulunmak üzere sanıklara ait minibüsle gazinodan uzaklaştıkları sırada, yolda fiyat üzerinde anlaşamamaları nedeniyle maktulenin ilişkide bulunmayacağına açıklaması üzerine sanıkların maktuleyi dövmeye kalkıştığında, bu saldırıdan başka türlü kurtulamayacağını anlayan maktulenin kendisini minibüsten attığı, başı yere çarpan maktulenin" öldüğü olayda fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olduğuna karar vermiştir.⁶²

Yukarıda yaralamaya teşebbüs başlığı altında açıkladığımız üzere kanaatimizce, 87/4. maddesi hükümlerine göre failin sorumlu tutulabilmesi için ölümün failin meydana getirmiş olduğu bir yaralamanın sonucu olması lazımdır. Gerçekten, 86/1. maddesinde yazılı bir "yaralama" durumu söz konusu olmadığı hallerde meydana gelen ağır netice bakımından failin

⁶⁰ 1. CD, 28.6.2004, 1917/2530 (Yayınlanmamıştır).

⁶¹ CGK, 4.10.1993, 4-153/215; Uygun, Mehmet, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, (1992-1996), Ankara 1997, s. 306-307.

⁶² Savaş - Mollamahmutoğlu, III, s. 4727.

87/4. maddesi hükümlerine göre sorumlu tutulması mümkün değildir. O nedenle, mağdurun arka arkaya kaçarken ayağının taşa takılıp düşüp kafasının taşa çarpması sonucu ölmesi olayında, meydana gelen ağır netice failin fiilinin doğrudan ve doğal bir sonucu olmadığından failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir. Burada ancak fail taksiri nedeniyle sorumlu tutulabilir. Yukarıya aktarılan ikinci olayda faillerin hareket halindeki minibüs içinde dövme teşebbüs ettikleri maktulenin kurtulmak maksadıyla aşağı atlayabileceğini muhtemel kabul etmelerine rağmen bu neticeye katlanarak saldırdıklarının kabulü halinde meydana gelen ölüm neticesinden olası kast hükümlerine göre sorumlu tutulmaları gerekir. Sanıkların olası kastla hareket ettiklerinin kanıtlanamaması halinde, bu olayda maktulenin araçtan aşağı atlayabileceğini dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmeyen sanıkların taksirle adam öldürmek suçundan sorumlu tutulmaları lazımdır.

Uzun süre kocasının dayaağına maruz kalan ve bunun sonucu olarak beden ve ruh sağlığı bozulan, yani “yaralanan” mağdurenin bu durumdan kurtulmak maksadıyla intihar etmesi halinde de sanığın fiili ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisi mevcut kabul edilmelidir.⁶³ Sorunu 765 sayılı TCK’nın 452. maddesi kapsamında ele alan Özgenç - Şahin, bu olaylarından her birinde fiillerle meydana gelen netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunduğunu, sorunun meydana gelen netice açısından kast veya taksirinin bulunup bulunmadığının tayininden ibaret olduğunu belirtmişlerdir.⁶⁴

Cevaplanması gereken bir soru da şudur: Fail, kalp rahatsızlığını bildiği halde mağdura şiddetli olmayacak şekilde yumruk vursa ve bu fiilin etkisiyle mağdur kalp rahatsızlığından ölse ne şekilde sorumlu tutulmak gerekir?

Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK hükümleri uyarınca, failin kusurluluk durumuna göre, doğrudan veya olası kastla veyahut taksirle adam öldürmek suçundan sorumlu tutulması lazımdır.⁶⁵

⁶³ Özgenç - Şahin, s. 122 vd.

⁶⁴ Özgenç - Şahin, s. 127.

⁶⁵ Eğer, fail kalp rahatsızlığı olduğunu bildiği mağdura, kalp rahatsızlığının da etkisi ile ölebileceğini öngörmüş, ancak buna kayıtsız kalarak şiddetli olmayacak şekilde bir mağdura bir yumruk vurmuş ve bunun neticesinde rahatsızlanan mağdur ölmüş ise, failin olası kastla hareket ettiği kabul edilmeli ve buna göre cezalandırılmalıdır. Böyle bir öngörü mevcut olmamakla birlikte failden böyle bir sebebin eklenebileceğini öngörmesi bekleniyorsa, yani failin taksirli olduğu kabul edilebiliyorsa, fail taksirle adam öldürmekten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Eğer fail, mağdurun kalp rahatsızlığını bilmiyor ve bunu bilmemesi nedeniyle taksirli de kabul edilemiyorsa fail yalnızca etkili eylem suçundan cezalandırılmalıdır.

Eşi tarafından sürekli dövülen bir kadının, eşinin kendisini sürekli dövmesinden dolayı bunalıma girip intihar etmek suretiyle yaşamına son vermesi halinde de aynı şekilde fail kusurluluk durumuna göre meydana gelen neticeden sorumlu tutulmalıdır.⁶⁶

IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU

1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun oluşumu için failin yaralamaya ilişkin kastı bulunmalıdır. 5237 sayılı Yasa'nın 87/4 ve 23. maddelerine göre failin meydana gelen ağır netice olan ölümden dolayı sorumlu tutulabilmesi için ise en azından taksir düzeyinde bir kusurunun olması lazımdır.

Maddede, meydana gelen sorumluluk bakımından en azından taksir düzeyinde bir kusurluluğun aranması nedeniyle, ağır neticenin kasten meydana getirilmesinin de mümkün olduğu ve bu halde de eylemin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçuna vücut vereceği anlaşılmaktadır.⁶⁷ Buna göre, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun meydana gelmesi için failin yaralama kastıyla hareket etmesi, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise kasten veya taksirle hareket etmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen ağır netice bakımından failin taksirle hareket etmesi halinde kast-taksir kombinasyonunun olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre birinci kademeyi kasten işlenen temel suç, ikinci kademeyi ise taksirle sebebiyet verilen ağır neticenin oluşturduğu belirtilmiştir.⁶⁸

⁶⁶ Buna göre, eğer failin kadını intihara sürüklemek için sürekli dövdüğü kanıtlanabiliyorsa kasten adam öldürmek suçundan, failin kastı bu yönde olmamakla beraber, bunu öngörüyor ve buna kayıtsız kalıyorsa olası kastla adam öldürmek suçundan ceza tayin edilmelidir. Failin neticeyi istemesi ve neticeye katlanması söz konusu olmamakla beraber, objektif özen yükümlülüğü gereği meydana gelen ölüm neticesini öngörmesi gerektiği sonucuna varılabiliyor, yani fail taksirli kabul edilebiliyorsa taksirle adam öldürmek suçundan dolayı cezalandırılmalıdır. Yüksek Mahkeme'miz, kocası tarafından iki gün önce dövülen kadının, kendisini asarak canına kıydığı olayda, etkili eylem ile ölüm arasında mağdurenin intiharı gibi bir olayın girdiği ve nedensellik bağının kesildiği gerekçesiyle failin TCK'nın 452. maddesi uyarınca cezalandırılmayacağına hükmetmiştir. (CGK, 12.5.1980, 1-151/206. Savaş - Mollamahmutoğlu, III, s. 4716.

⁶⁷ Schroeder, s. 273.

⁶⁸ Özgenç - Şahin, s. 186; Özgenç, *Kavga*, s. 493.

Aşağıda önce kast-taksir kombinasyonunun mevcut olduğu hal, daha sonra ise meydana gelen ağır netice bakımından failin kasten hareket etmesi hali incelenecektir.

2. Kast-taksir Kombinasyonu: Kast-taksir kombinasyonu uyarınca neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun oluşumu için failin yaralamaya ilişkin kastı bulunmalıdır. 5237 sayılı Yasa'nın 87/4 ve 23. maddelerine göre failin meydana gelen ağır netice olan ölümden dolayı sorumlu tutulabilmesi için ise en azından taksir düzeyinde bir kusurunun olması lazımdır.

Buna göre meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin objektif özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği, meydana gelen ölüm neticesini öngörebilir öngörülemediği, diğer bir ifadeyle taksirinin, yani kusurunun mevcut olup olmadığı araştırılacaktır.⁶⁹ Failin meydana gelen ölüm neticesini öngörebileceği sonucuna varılması halinde fail meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulacak, aksi halde sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.⁷⁰

⁶⁹ Taksirden dolayı sorumluluk için, öngörebilme unsuru yanında, failin meydana gelen neticeyi önleyebilmesinin de gerekli olduğunu savunan Toroslu'ya göre, taksirli sorumluluğun birleştirici esasını, failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili, bu kuralları ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olmasından dolayı kınanmasında aramak gerekir. (Toroslu, (2005), s. 144).

⁷⁰ Bazı hallerde, manevi unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek kolay olmayabilir. Yüksek Mahkeme'mizin kararına konu olan bir olayda, sanık pencereden atlamak isteyen şahsı engellemek maksadıyla üzerine atlayıp şahsın yere düşmesine ve kafasının komidine çarpıp yaralanmasına ve daha sonra ölümüne neden olmuştur. Yüksek Mahkeme'miz, sanığın eyleminin maktulün yaşamını kurtarmaya yönelik olması nedeniyle kasıtlı kabul edilemeyeceği gibi, tedbirsizlik niteliğinde de değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu nedenle failin eylemi 765 sayılı TCK'nın 452/2. maddesinde yazılı suçu oluşturmayacağı gibi, taksirle adam öldürme suçunu da oluşturmaz. Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK hükümlerine göre bu olayda zorunluluk halinin geniş bir şekilde yorumlanarak kişinin kendisine yönelik saldırının, yani intiharı önlemek maksadıyla yapılan hareketin de zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi (5237 sayılı TCK 25. m.) ve dolayısıyla kusurluluğu ortadan kaldıran bir halin mevcut olduğunun kabulü ile fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi lazımdır. (5271 sayılı CMK 223/3 m.) Yüksek Mahkeme'mizin kararı şöyledir: "Maktulün pencereden atlamak üzere yaptığı girişimi önlemek isteyen ve hızlı bir müdahale ile onu ölümden kurtarmak için üstüne atılıp düşüren sanığın, bu davranışı neticesinde sendeleyip düşerek başını odadaki komidine çarpması neticesi maktulün sol parietalden yaralandığının ancak sanığın da yardımıyla kaldırıldığı hastanede tıbbi müdahaleye rağmen kurtarılmayarak on gün sonra öldüğünün anlaşılması ve bu oluş tarzının mahkemece de aynen kabul edilmesi karşısında; maktulün yaşamını kurtarmaya yönelik eylemin tedbirsizlik niteliğinde de değerlendirilemeyeceği gerçeğinden hareketle beraatına

Failin meydana gelen neticeyi öngörebilip öngöremeyeceğinin tespitinde, kısaca *“bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilecektir.”* Toplum halinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyetleri, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.⁷¹

Daha sonra subjektif bir değerlendirmeye, failin *“kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda”* olup olmadığı araştırılacaktır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması sebebiyle kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.⁷²

Toroslu, netice sebebiyle ağırlaşan suçlarla ilgili olarak objektif sorumluluğu bertaraf etmek amacıyla failin en azından taksirli olması aranmakta ise de, suçu ağırlaştıran sonuç yönünden taksirin belirlenmesindeki güçlük nedeniyle uygulamada taksir karinesinin⁷³ ve dolayısıyla objektif sorumluluğun kabul edilmesi tehlikesine işaret etmektedir.⁷⁴

karar verilmesi gerekirken, sanığın cismen eza ve cefa vermek ya da etkili eylemde bulunmak niyetinin olmadığına işaret edilmesine karşın, icapsız bir vasıflandırma ile TCY'nın 452/2. maddesince mahkumiyet hükmü kurulması, yasaya aykırıdır.” (1. CD, 9.6.2004, 903/2268. Yayınlanmamıştır).

⁷¹ 5237 sayılı TCK'nın 22. madde gerekçesi

⁷² 5237 sayılı TCK'nın 22. madde gerekçesi. Toroslu'ya göre de; öngörülebilirlik her somut olayda öncelikle failin içinde bulunduğu bütün şartlar nazara alınarak belirlenmelidir. Birden çok süjenin faaliyetinin katılması söz konusu olduğu hallerde, taksir problemi, başkalarının tedbir kurallarına uygun davranacağına itimat prensibine göre çözümlenmelidir. (Bkz., Toroslu, Nevzat, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara 1987, s. 42.

⁷³ *Türk Hukuk Lügati*'nde, karine; “malum olan bir vakadan malum olmayan bir vakayı istidlal” olarak tanımlanmıştır. (*Türk Hukuk Lügati*, 3. Bası, Ankara 1991, s.192) İstidlal ise, “bir delile dayanarak bir şeyden bir netice çıkarma, delil ile anlama” olarak tanımlanmıştır. (Develioğlu, s. 455) Feyzioğlu'na göre karine, gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan veya olaylar bütününden yola çıkılarak, diğer bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir kurala dayanılarak yapılan işleme, karine denilir... Karinede kullanılan kural, bir tecrübe kuralı ise, fiili karine; hukuk kuralı ise, kanuni karine vardır. Tecrübe kuralları, benzer olaylardan yola çıkılarak bulunur. Sabit kabul edilen bir noktadan, bu şekilde bulunmuş bir tecrübe kuralından yararlanmak suretiyle bir adım ileriye gitmek ve bu ikinci noktayı da sabit kabul etmek (...) fiili karinedir. (Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara 2002, s. 152-154) Yukarıda verilen karine tanımına göre burada fiili bir karine kabul edildiği sonucu çıkmaktadır.

⁷⁴ Toroslu (2005) s. 154.

5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alıp düşünceleri büyük ölçüde kanuna yansıyan Özgenç'in, 1993 yılında yazmış olduğu makaledeki görüşleri bu tehlikenin ciddi şekilde mevcut olduğunu göstermektedir. Gerçekten, kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu bu gibi hallerde, biri kasti temel suç, diğeri taksirle sebebiyet verilen ağır netice olmak üzere iki kademenin mevcut olduğunu belirten Özgenç'e göre, *"kasti temel suçun işlenişi, kural olarak, gerçekleşen ağır netice açısından objektif özen yükümlülüğünün ihlali mahiyeti arz etmektedir."* Yazar'a göre, *"yine de meydana gelen ağır neticenin öngörülebilir öngörülemeyeceği araştırılacaktır. Kasten işlenen temel suçun kendisi meydana gelen ağır netice açısından mücerret bir tehlike suçu mahiyeti arz ettiği için, bu ağır netice açısından sadece istisnai hallerde objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmediği sonucuna varılabilecektir."*⁷⁵

Bir başka eserinde yazar, *"taksirle işlenen suçun haksızlık unsurunun gerçekleşmesi, kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, kusurun emaresini"*⁷⁶ teşkil etmektedir. Buna göre, kişinin akletme kabiliyeti bakımından, ruhi bakımdan bir maluliyetinin söz konusu olduğu, objektif özen yükümlülüğünün şuurlunda olmadığı veya içinde bulunduğu şartlar itibariyle irade kabiliyetinin mevcut olmadığı hususlarında şayet müşahhas dayanak noktaları mevcutsa, taksirle işlenen suçtan dolayı failin kusursuz oluşu yargısına varabiliriz" demektedir.⁷⁷ Böylece taksirle işlenen suçlarda hareketin yapılması, kusurun emaresi olarak kabul edilmekte, ancak bunun aksinin ispatı halinde fail kusursuz kabul edilerek cezadan kurtulabilmektedir. Somut olayın şartları itibariyle ağır netice olan ölümün meydana gelmesi beklenmiyor ve öngörülemiyorsa objektif özen yükümlülüğünün ihlaliinden, diğeri bir ifadeyle failin taksirinden söz edilemeyecektir.⁷⁸ Belirtelim ki, failin taksiri, meydana gelen ölüm neticesinin öngörülebilir öngörülemeyeceği noktasında araştırılacaktır. Çünkü taksirli suçun diğeri unsurları kasten işlenen temel suçun içinde mündemiç kabul edilmektedir.⁷⁹ Böylece suçun tanımlandığı hukuksal normun ihlali ile deyim yerindeyse failin en azından taksir seviyesinde bir kusurunun mevcut olduğu farz ve kabul olunmaktadır. Buna göre sorumluluktan kurtulması için failin somut olayda kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekecektir.

⁷⁵ Özgenç, *Kavga*, s. 493-494.

⁷⁶ Burada her ne kadar "karine" sözcüğü yerine "emare" sözcüğü kullanılmış ise de, emare de netice itibariyle bir "delil"dir. Emare, "dolayısı ile delil" ve "belirti" olarak da tarif edilmiş ve bir "delil" türü olarak kabul edilmiştir. (Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 1998, s. 578-579); Dolayısıyla kanuni tarifte yer alan hareketin yapılması kusurun (taksirin) delili, yani karinesi olarak kabul edilmiştir. Bkz., Schroeder, s. 264.

⁷⁷ Özgenç - Şahin, s. 242.

⁷⁸ Özgenç, *Kavga*, s. 493-494.

⁷⁹ Özgenç, *Kavga*, s. 494.

3. Failin Meydana Gelen Ağır Netice Bakımından Kasten Hareket Etmesi

Bu ihtimalde şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: TCK'nın 87/4. maddesinde yazılı suçun meydana gelmesi için ilk aşama bakımından failin kastı yaralamaya yönelik olmalıdır. Bu suçun oluşumu için failin hareketi gerçekleştirirken kastının yaralamaya yönelik olması zorunludur. İkinci aşamada, meydana gelen ağır netice olan ölüm neticesi bakımından da failin kastı öldürmeye yönelik olacaktır.

Bu durumda da şu sorulara cevap vermek gerekir: Failin kastı yaralamaya yönelik olduğu halde, bu eylem sonucu gerçekleşen ölüm neticesi bakımından kastı nasıl öldürme kastı olabilir? Yani, fail aynı kişiye karşı aynı eylemle hem yaralama kastıyla, hem de öldürme kastıyla hareket edebilir mi? Cevaplandırılması gereken bir soru da, eğer failin kastı ölüm neticesini de kapsamına alıyorsa, *"kastın neticeyi aştığı"* nasıl ileri sürülebilir? Bu durumu kasten adam öldürme suçundan farklı düzenlemenin ve daha az ceza ile karşılaşmanın gerekçesi ne olabilir?

Bu soruların cevaplarını 23 ve 87. maddelerinden ve bu madde gerekçelerinden bulmak mümkün değildir. Düzenleme, hukukumuz için yeni olduğundan Türk doktrininde bu konular henüz irdelenmiş değildir. 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesine benzer bir hükme sahip olan Alman Hukukunda bu sorun tartışılmıştır. TCK'nın 23. maddesine karşılık gelen Alman Ceza Kanunu'nun 18. maddesi şu şekildedir: *"Kanunun bir failin sebebiyet verdiği muayyen bir nitece dolayısıyla daha ağır bir cezayı öngördüğü hallerde; fail veya şerikin, bu nedenle daha ağır bir ceza ile cezalandırılabilmesi için, meydana gelen ağır neticeye en azından taksirle sebebiyet vermesi gerekir."*⁸⁰

Schroeder, madde metninde yer alan, *"en azından"* ifadesinin ağır neticenin oluşumuna kasten sebebiyet verilmesi halinde de netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin uygulama yeteneğini mümkün kılması nedeniyle bu ifadeyi olumlu karşılamakta ve gerekli görmektedir. Yazara göre, buradaki *"en azından"* ifadesi meydana gelen ağır netice açısından kastın varlığını bir gereklilik olarak görmemesi itibarıyla de lüzumlu ve olumludur.⁸¹ Ağır neticenin oluşumuna kasten sebebiyet verilmesi halinin netice sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamına dahil edilip edilmemesinin Alman doktrininde ve mahkeme içtihatlarında uzun süreden beri tartışmalı olduğunu belirten Schroeder, Alman Yüksek Mahkemesi'nin netice sebebiyle ağırlaşan suçun neticesine kasten sebebiyet verilmesi halini de

⁸⁰ Schroeder, s. 273.

⁸¹ Schroeder, s. 273.

bu suç kapsamında değerlendirmesiyle bu tartışmanın sonuçlandırıldığını belirtmektedir.⁸² Alman Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan olayda, yağma suçu esnasında kasten adam öldürme suçu da işlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun ilgili 251. maddesinde; *"fail yağma sırasında en azından taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verirse, ömür boyu hapis veya en azından on yıl hapis cezasına çarptırılır."* denmektedir. Failin meydana gelen özel netice olan ölüm neticesi bakımından taksir ile değil de kasten hareket etmesi halinde 251. maddenin uygulanıp uygulanamayacağını tartışan Yüksek Mahkeme maddede yer alan, *"en azından taksirle"* ifadesinin, kastı da kapsayacağına ve failin yalnızca bu madde ile cezalandırılacağına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, bu sonuca ulaşırken fikri içtima hükümlerine de dayanmıştır.⁸³

⁸² Schroeder, s. 273

⁸³ Alman Yüksek Mahkemesi'nin karar özeti şöyledir: "1. Alman Ceza Kanunu'nun ölümle neticelenen yağma suçunu düzenleyen 251. maddesi aynı zamanda, ölüm neticesine kasten sebebiyet verilmesini halini de kapsar.

2. Eğer, Alman Ceza Kanunu'nun ölümle neticelenen yağmayı düzenlediği 251 ve adam öldürme suçunun nitelikli hallerinin düzenlediği 211. maddesindeki suçların kanuni unsurları birlikte gerçekleştirilmişse, bu suçlar hareketin tekliği (fikri içtima) ilişkisi içerisinde oldukları. Ölüm neticesinin meydana gelmesi failin aleyhine olacak şekilde iki kez değerlendirmeye tabi tutulamaz. Fail fikri içtimanın düzenlendiği 52. madde, nitelikli adam öldürmenin düzenlendiği 211 ve ölümle neticelenen yağmanın düzenlendiği 251. madde gereğince cezalandırılacaktır. (52. maddeye göre tek bir fiille kanunun birden fazla hükmü ihlal edilirse, fail en ağır cezayı öngören maddeden bir kez cezalandırılır.)" (BGH St 39,100).

Gerçekten, Alman Ceza Kanun'un 18. maddesinde; "Kanun, fiille bağlı olarak özel bir neticenin meydana gelmiş olması durumunda daha ağır bir ceza öngörmüşse, fail veya iştirakçi yalnızca, bu özel netice açısından en azından taksirle hareket etmiş olmaları halinde sorumlu olacaklardır" (Bu çeviri sayın Meral Ekici - Şahin'e aittir, bu maddenin başka bir çevirisi için bkz., İçel - Yenisey, s. 1005) denmektedir. 251. maddede ise, "fail yağma sırasında en azından taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verirse, ömür boyu hapis veya en azından on yıl hapis cezasına çarptırılır." denilmektedir. Özetini yukarıda aktardığımız kararın konusunu teşkil eden olayda tartışma konusu olan husus, failin meydana gelen özel netice açısından kusurunun taksir değil de kast olması halinde ne olacağıdır. Diğer bir ifadeyle, 251. maddenin, ölüm neticesine kasten sebebiyet verilmesi halinde de uygulanıp uygulanmayacağı, "en azından taksirle" ifadesinin, kastı da kapsar şekilde bir yorumun yapıp yapılamayacağı ve böyle bir yorum yapılması halinde failin nasıl cezalandırılacağıdır. Yüksek Mahkeme suçun, açgözlülük, bir suçu gizlemek veya delilleri ortadan kaldırmak amacıyla işlenmesini, nitelikli adam öldürme suçunun unsurlarının gerçekleştirildiği şeklinde değerlendirmiş ve bu fiilin yağma suçu sırasında gerçekleştirilmesiyle de 251. maddenin unsurlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Yani tek bir fiille kanunun iki ayrı hükmü ihlal edilmiştir. Tartışmalar sonucunda, diğer ihtimallerin göz önünde bulundurulması halinde cezalandırma açısından haksızlıklar ortaya çıkacağı gerekçesiyle ağır neticeye kasten sebebiyet verilmesi halinde de fikri içtima kurallarının uygulanmasına karar verilmiştir. (Bu kararı Türkçe'ye çevirerek yararlanmamı sağlayan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora öğrencisi sayın Meral Ekici - Şahin'e teşekkür ederim).

Netice sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunda netice açısından en azından taksir seviyesinde bir kusurluluk arandığına ve neticenin de kastın kapsamında olması kabul edildiğine göre bu halde, yani neticenin de kastın kapsamında olduğu durumda kasten işlenmiş bir suçtan söz edilmesinin doğru olacağı görüşündeyiz.

Bu görüşte olmamızın bir nedeni de şudur: Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 456. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında olduğu gibi kasten yaralama suçunun nitelikli hallerine yer verilmemiştir. Buna karşılık 765 sayılı TCK'nın 456/2-3 maddesine tekabül eden eylemler netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama olarak düzenlenmiştir.⁸⁴ Kastan yaralama fiilinin nitelikli halleri kanunda ayrıca düzenlenmediğinden meydana gelen ağır netice bakımından doğrudan kast veya olası kastla hareket edilmesi de netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (87/1-2-3 m.) kapsamında değerlendirilmiştir. 23. maddesinin gerekçesinde kişinin kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleştiğinde netice sebebiyle ağırlaşmış suçun söz konusu olacağı belirtildikten sonra; *"Örneğin; basit yaralamada bulunulmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştirilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin; gözün, kulağın üzerine sert bir biçimde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağına bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir"*⁸⁵ denilmektedir.

⁸⁴ 5237 sayılı TCK'nın 87. maddesinde kemik kırılması, bitkisel hayata girme, gibi yeni hallere de yer verilmiştir.

⁸⁵ Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 23. madde gerekçesi. Kanaatimize göre, 87. maddenin 1 ve 2. fıkralarında ve 23. maddenin gerekçesinde yazılı hallerde mutlaka netice sebebiyle ağırlaşmış bir suçun oluşacağı ileri sürülemez. Bilindiği üzere netice sebebiyle ağırlaşmış suç, meydana gelen neticenin failin kastettiği neticeden daha ağır olması halinde söz konusudur. Peki, başkasının yüzüne bıçakla vuran failin mağdurun yüzünde sabit ize neden olmak amacıyla hareket etmediği baştan nasıl kabul edilebilir? Yahut başkasının gözü üzerine sert bir şekilde vuran failin kastı mağdurun gözünün görme yeteneğinin kaybolmasına yönelik olmadığını kim söyleyebilir? Bunlar bir ispat meselesi olup yapılacak yargılamada ortaya çıkabilecek hususlardır. Eğer failin kastı yüzde sabit iz oluşturmak veya mağdurun gözüne kalıcı bir zarar vermek ise ve bu neticeler de meydana gelmiş ise artık failin hareketindeki kast ile gerçekleşen netice aynı olduğundan neticenin ağırlaşmasından ve dolayısıyla netice sebebiyle ağırlaşan bir suçtan söz edilemeyecektir. Kaldı ki fail kendisini terk eden sevgilisine bir ceza olması ve güzelliğine zarar vermek amacıyla yüzüne bıçakla vurduğunu ikrar edebilir. Bu durumda failin kastettiği netice ile meydana gelen netice aynı olduğuna göre neticenin aşıldığından söz edilemeyeceği açıktır. O nedenle 87. maddenin 1-2-3. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan düzenlemelerin isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Kanaatimize göre bu fıkralarda düzenlenen yaralama hallerinin nitelikli yaralama başlığı altında incelenmesi daha doğru olurdu. Ancak yasa koyucu 87. madde yerine değişik 86. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen haller için nitelikli hal tabirini kullanmıştır.

Böylece meydana gelen ağır netice bakımından failin olası kastla hareket etmesi halinde, kanunda ayrıca 765 sayılı TCK'nın 456/2-3. maddelerindeki gibi kasten yaralamanın nitelikli hali düzenlenmediğinden fail 87. maddenin 1, 2 veya 3. fıkralarına göre cezalandırılacaktır. Hatta failin meydana gelen netice bakımından doğrudan kastla hareket etmesi halinde de bu madde uygulanacaktır; çünkü yukarıda açıkladığımız üzere bu ağır yaralanmaların kasten gerçekleştirilmesi ayrıca yaptırım altına alınmamıştır. Kanun koyucu böylece 765 sayılı TCK'nın 456. maddesinde yaralamanın nitelikli hali olarak kabul edilen yaralamaları netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama olarak kabul etmiş ve böylece sorunu bizce doğru olmayan bir şekilde çözmeye çalışmıştır

Fakat kasten adam öldürme suçu kanunda ayrıca yaptırım altına alınmış (81 m.), nitelikli halleri 82. maddede düzenlenmiştir. O nedenle, failin ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından olası kastla veya doğrudan kastla hareket etmesi halinde artık sorunun 23 ve 87/4. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu gibi hallerde netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan değil, kasten adam öldürmek suçundan söz edilmelidir. Eğer fail ölüm neticesi bakımından olası kastla hareket etmiş ise olası kastla adam öldürmek, doğrudan kastla hareket etmiş ise kasten adam öldürmek suçundan sorumlu tutulmalıdır.

Ayrıca, yaralama kastıyla yapılan hareket sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde, failin kastının hem yaralamaya, hem de ölüm neticesine yönelik olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Başkasına müessir fiilde bulunan fail bu eylemi sonucu kişinin ölebileceğini de öngörüyor ve buna rağmen bu sonucu da göze alarak hareketi gerçekleştiriyorsa, failin öldürme suçu bakımından olası kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda artık ölüm neticesini içine alan olası kast mevcuttur; artık yaralama kastından ve bu kastın aşıldığından söz edilemez.

5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında görev alan Özgenç, failin meydana gelen ağır netice açısından olası kastla hareket etmesi halinde de netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunun (87/4 m.) oluşacağı görüşündedir.⁸⁶

⁸⁶ Özgenç, İzzet, Adalet Bakanlığı'na Düzenlenen *Yeni Türk Ceza Kanunu Tanıtım ve Eğitimcilerin Eğitimi Semineri*'nde yaptığı konuşma, Ankara, 3.1.2005-9.1.2005. Ancak, Özgenç - Şahin'in 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi bakımından görüşleri farklı olmuştur. Yüksek Mahkeme'mizin kararına konu olan bir olayda, başkasını yaralamak için azmettirilen kişinin fiili sonucu mağdur ölmüştür. Yüksek Mahkeme'miz, illiyet bağı kurulabildiği takdirde objektif sorumluluk esaslarına göre azmettirenin müessir fiilin bütün sonuçlarından sorumlu tutulması gerektiğine ve 452. maddesi hükümlerine göre sorumlu olduğuna hükmetmiştir. (1. CD, 24.4.1996, 646/1519) Bu kararı değerlendiren Özgenç-Şahin, azmettirenin veya yardımcı bulunanın meydana

V. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER

1. Genel Olarak

Taksirli suçtan failin cezalandırılabilmesi için failin gerek kişisel durumu ve gerek içinde bulunduğu koşullar itibariyle objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve buna uygun olarak hareket edecek durumda bulunması lazımdır.⁸⁷ Örneğin; fail yaş küçüklüğü, kısmi veya tam akıl hastalığı nedeniyle objektif özen yükümlülüğünün varlığından veya içeriğinden bilgi sahibi olmayabilir. Bazen fail, objektif özen yükümlülüğünün varlığında veya muhtevasının idrakinde hataya (yanılgıya) düşebilir. Örneğin; şehir içindeki karayolunda hız limitlerini aşan fail gerçekten Karayolları Trafik Kanunu'ndan kaynaklanan bu kuralın bilincinde olmayabilir.

Bazen de fail objektif özen yükümlülüğünün farkındadır, ancak buna uygun davranmasını kendisinden beklemek mümkün değildir veya failin o şekilde davranmasını mazur gösterecek nedenler vardır. Örneğin; fail cebir veya tehdit altında hareket etmektedir veya meşru müdafaa yahut zorunluluk hali söz konusudur.⁸⁸

Yukarıda belirtilen hususlar 765 sayılı TCK'da farklı kategorilerde incelenmiştir. Ancak 5237 sayılı Yasa'da bu durumların hepsi, cezanın ortadan kaldırılması veya azaltılması sonucunu doğurduğundan, bu neticeden hareketle bu sebeplerin hepsi ikinci bölümde "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında incelenmiştir; biz de kanunun sistematığına uyarak konuyu bu başlık altında incelemeyi tercih ediyoruz.⁸⁹

gelen ölüm neticesini öngörebilecek durumda bulunması halinde meydana gelen ölüm neticesinden taksiri dolayısıyla sorumlu tutulmasını gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak yazarlar, "meydana gelen netice açısından failin veya şerikin (azmettiren veya yardımda bulunan) muhtemel kastının mevcut olması halinde, 'artık netice sebebiyle ağırlaşmış suç'tan ve dolayısıyla 452. maddenin tatbikinden' söz edilemeyeceğini savunmuşlardır. Bkz., Özgenç - Şahin, s. 379).

⁸⁷ Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 22. madde gerekçesi.

⁸⁸ Özgenç - Şahin, s. 242 vd.; Zaruret hali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968. Toroslu'ya göre zaruret halinde bulunan kimse suç işlemeye mezun kılınmış ise de; icbar edilmiş değildir. Yani kendisini veya üçüncü şahsı feda ederek suç işlemeyebilir. Fakat mücbir sebep halinde failin başka bir şekilde hareket etme imkanı yoktur. O nedenle zaruret hali hukuka uygunluk nedeni, mücbir sebep ise kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedendir. (Toroslu, *Zaruret Hali*, s. 90).

⁸⁹ Toroslu - Ersoy, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığının doğru olmadığını ileri sürmüşlerdir. Yazarlar, kanunun hükmünü icra, amirin emrini ifa, meşru savunma ve zorunluluk hali ile hakkın icrası ve mağdurun rızasının cezai

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan tüm nedenleri değil, konumuz açısından özellik arz eden halleri incelemeye gayret edeceğiz

2. İlgilinin Rızası

26/2. maddesine göre, “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” Doktrinde mağdurun kendisine karşı işlenen bir eylem için onayının bulunmasına mağdurun rızası denmekte ve konu bu başlık altında incelenmektedir.⁹⁰ 765 sayılı TCK’da bu yönde bir hüküm mevcut olmamakla birlikte mağdurun rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekteydi. Ancak rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için kişinin üzerinde serbestçe tasarruf yapabileceği bir konuya ilişkin olması aranmakta idi.⁹¹

5237 sayılı TCK’da bu husus açıkça düzenlenmiştir. Buna göre hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için ilgilinin rızasının, üzerinde mutlak

sorumluluğu ortadan kaldıran değil, fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eden nedenler olduğunu belirtmişlerdir. (Toroslu - Ersoy, s. 10-11. Aynı yöndeki eleştiri için bkz., “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 295) 5237 sayılı TCK’nın 24, 25 ve 26. maddelerinin gerekçelerinde de bu nedenlerin hukuka uygunluk nedenleri olduğu belirtilmiştir. Ancak anlaşıldığı kadarıyla bu bölümde düzenlenen nedenlerin hepsinin ortak özelliği ceza sorumluluğunu kaldırma veya azaltma olduğundan ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler başlığı kullanılmıştır.

Hükümet Tasarısı’nın Birinci Kitap, İkinci Kısım, Hukuka Uygunluk Nedenleri başlıklı Üçüncü Bölümü altında yer alan hükümlerin birçoğunun hukuki niteliğinin doktrinde tartışma konusu olmaya devam ettiğini belirten Özgenç’e göre, “doktrin-deki bazı görüşler ve hatta bazı ülke kanunları, örneğin zorunluluk halini bir hukuka uygunluk hali değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmektedir. Aynı şekilde, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin genellikle bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilirken; bazı görüşler, bu durumda hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin bulunduğunu ve dolayısıyla kusurluluğu ortadan kaldıran neden olduğunu ileri sürmektedirler. Keza doktrin ve uygulamamızda ‘suça etki eden neden’ olarak ifade edilen haksız tahrik, esasında kusurluluğu azaltan sebep olarak değerlendirilmek gerekir. Doktrinde ileri sürülen görüşler açısından bağlayıcı olmak için, bu bölümde söz konusu edilen nedenlerin sonucu göz önünde bulundurulmak suretiyle bir isimlendirilmeye gidilmiştir.” (Özgenç, İzzet, “Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı”, *Hukuki Perspektifler Dergisi* S. 2, (Sonbahar 2004), s. 104).

⁹⁰ Hükümet Tasarısı’nda “mağdurun rızası” ifadesi kullanılmakta iken bu ifade TBMM Alt Komisyonunda “kişinin rızası” ve “ilgilinin rızası” şeklinde değiştirilmiştir.

⁹¹ Toroslu, (2005), s. 119 vd.; Oktar, Salih, “Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri”, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 26-27 Mart 1997 İstanbul, s. 84, 85).

surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olması lazımdır. Ayrıca kişinin rıza açıklamaya ehil olması da gerekir. Bu nedenle rızayı açıklayacak kişinin akıl ve ruh sağlığının yerinde olması, rıza ile hangi hak ve menfaatlerden vazgeçtiğinin bilincinde olması lazımdır. Keza, rıza açıklayacak olan kişinin rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olması gerekir.⁹²

Yaşam hakkı üzerinde kişiye serbestçe tasarruf etme imkanı tanınmamıştır. O nedenle kişinin rıza veya talebi üzerine bir kişinin yaşamına son verilmesi (ötenazi) halinde hukuka uygunluk nedeninden veya sorumsuzluk nedeninden söz edilemez.

Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar bakımından konu tartışmalıdır.⁹³ Kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı yerine getirmesi gereken bazı ödevlerinin bulunduğu ve kendi vücudu üzerinde tasarruf ederek bu ödevlerini yerine getiremeyecek bir hale koymaya yetkili olmadığı, diğer bir ifadeyle vücudu üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkına sahip olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁴ Ancak, doktrindeki hakim görüş, takibi şikayete bağlı suçlarda kişinin rızasının geçerli sayılması gerektiği yönündedir.⁹⁵

Konumuz açısından yanıtlanması gereken soru şudur: Kasten yaralama bakımından rızası bulunan kişi, bu yaralama neticesi ölürse ne şekilde uygulama yapılacaktır?

Erman - Özek'e göre, bir hastalık ve mutlak iştigale mani olmayacak bir tokadı, mağdurun rızası üzerine ona vuran kimsenin bu hareketi mağdurun rızası nedeniyle hukuka aykırı olmaktan çıkar. Böyle bir durumda yapılan fiil hukuka aykırı olmaktan çıkacağından, bundan ölüm neticesi doğmuş olsa bile müessir fiil neticesinde adam öldürme suçu bulunmaz ve fiilin taksirle adam öldürme olarak nitelendirilmesi gerekir.⁹⁶

5237 sayılı TCK'nın mevcut düzenlemesine göre şöyle düşünmekteyiz. 5237 sayılı Yasa'nın 87/4. maddesi bu suçun maddi unsurunu teşkil edecek yaralama bakımından TCK'nın 86/1. maddesine yollamada bulunmuştur.

⁹² İçel - Sokullu Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoglu - Ünver, s. 182.

⁹³ Alman Ceza Kanunu'nun 226/a maddesinde, mağdurun rızasına rağmen bir müessir fiil suçlarına ilişkin olarak, fiilin genel ahlaka aykırılık teşkil ettiği hallerde hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Grop Walter, "Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısı'nda Hukuka Uygunluk Sebepleri", (Çev. Faruk Turhan), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998, s. 225).

⁹⁴ İçel - Sokullu Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoglu - Ünver, s. 188; Dönmezer - Erman, I, s. 84; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 502.

⁹⁵ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 503; Erem - Toroslu, s. 330; İçel - Sokullu Akıncı - Özgenç - Sözüer - Mahmutoglu - Ünver, s. 188; Oktar, s. 85; Önder, *Genel Hükümler*, s. 238.

⁹⁶ Erman - Özek, s. 60.

86/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçu ise takibi şikayete bağlı bir suç değildir. O nedenle kişinin bu yaralama şekli bakımından rıza açıklama yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla kişinin rızası bulunsadahi gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi ve bunun neticesinde meydana gelen ölüm sonucundan fail sorumlu tutulacaktır. Kasten yaralama neticesi ölümün meydana gelmesi suçunu düzenleyen TCK'nın 87/4. maddesi kovuşturulması şikayete tabi bulunan 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçuna yollamada bulunmadığından bu nitelikteki bir yaralama ile 87/4. maddesindeki suçun işlenmesi mümkün değildir. O nedenle kişinin rızasının bulunması halinde meydana gelen ölüm neticesinden failin sorumlu tutulup tutulmayacağı sorunu 5237 sayılı TCK'nın 86/1, 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkraları ile 5328 sayılı Yasa'yla değişik 86/2. maddesinde düzenlenen yaralama halleri için yaşanmayacaktır.

Bununla birlikte, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 88/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi hali için tereddütler bulunmaktadır. Çünkü, fiil başlığı altında yaptığımız açıklamalarda da vurguladığımız üzere, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 88/1 maddesinde yer alan *“kasten yaralama”*dan hem 86/1, hem 5328 sayılı Yasa'yla değişik 86/2. maddesindeki kasten yaralama hali, hem de 87. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini anlamak lazımdır. Bu maddedeki *“kasten yaralamadan”* kendisinden önce yer alan maddelerdeki bütün kasten yaralama halleri kastedilmektedir. Ancak, yukarıda da açıkladığımız üzere, 87/4. maddesindeki suça vücut verecek yaralanmanın 86/1. maddesinde yazılı derecede olması gerektiğinden, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde 87/4. maddede yazılı suçun oluşabilmesi için de meydana gelen yaralamanın 86/1. maddesinde yazılı düzeyde olması lazımdır. 86/1. maddesinde yazılı suçun kovuşturulması şikayete tabi olmadığından ve böylece bu maddede yazılı kasten yaralama halinde kişinin rızası sonuca etkili olmayacağından, kişinin rızası bulunsadahi gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi ve bunun neticesinde meydana gelen ölüm sonucundan fail sorumlu tutulacaktır.

3. Haksız Tahrir

Haksız tahrir,⁹⁷ failin *“haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli bir elemin etkisi altında suç”* işlenmesi olarak tanımlanmıştır.

⁹⁷ 5237 sayılı TCK'nın 29. madde gerekçesi.

Haksız tahrikin hukuksal niteliği konusundaki bir görüşe göre, haksız tahrik sebebiyle failin cezasından indirim yapılmasının nedeni, mağdurun kendi haksız hareketiyle suçun işlenmesine sebebiyet vermesi, onun bu kusurunun failin kusurundan indirilmesinin hakkaniyete uygun olmasıdır.⁹⁸

Diğer bir görüşe göre, haksız tahrik, failin haksız bir hareketin meydana getirdiği gazabın, hiddetin etkisi altında suç işlemesi nedeniyle, kusur yeteneğindeki azalmayı ifade eder. Bu görüşte olan yazarlar, haksız tahriki kusurluluğu etkileyen nedenler başlığı altında incelemişlerdir.⁹⁹ 5237 sayılı TCK'da da haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir neden olarak kabul edilmiştir.

Taksirli suçların niteliği itibarıyla bu suçların haksız tahrikin etkisi altında işlenmesi mümkün değildir. Haksız tahrik ancak kasten işlenen suçlar bakımından söz konusu olabilir.

Kasten yaralama sonucu kişinin ölümüne neden olma halinde kasten yaralama eylemi bakımından haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Gerçekten mağdurdan kaynaklanan haksız bir hareketin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında failin mağdura yaralamak kastıyla bir yumruk vurması halinde haksız tahrik mevcuttur. Mağdurun bu yumruğun etkisiyle düşerek kafasını betona çarpıp ölmesi halinde, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle bu neticeye sebebiyet veren failin hareketi ile taksirle meydana gelen ölüm neticesi arasında illiyet bağı kesilmemiş olduğundan, haksız tahrik hükümlerinin meydana gelen ölüm neticesi bakımından da uygulanması, yani kasten yaralama neticesi ölüme neden olma suçu için de tatbik edilmesi lazımdır. Yüksek Mahkeme'mizin 765 sayılı TCK bakımından süreklilik arz eden uygulaması da bu yönde olmuştur.¹⁰⁰

⁹⁸ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler*, C. 1, Ankara 1993, s. 419.

⁹⁹ Özgenç - Şahin, s. 285; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 702-703).

¹⁰⁰ Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu raporlarına göre, kavga sırasında maktulde oluşan lezyonların başlı başına ölümü tevlid eder nitelikte bulunmadığı, maktulenin ölümünün maruz kaldığı travmanın kendinde mevcut eski epilepsi hastalığını aktive ederek statüs epileptikus ve bu nedenle oluşmuş komplikasyonlar sonucu ölümün meydana geldiği fiille ölüm arasında illiyet bağının olduğunun ifade edildiği anlaşılmakla her iki sanık hakkında TCK'nın 452/2, 51/1, 59. maddeleri gereğince tecziyesi yerine yazılı şekilde TCK'nın 456. maddesinin 4. fıkrası ile hüküm kurulması, (1. CD, 24.12.2003, 1335/3331. Yayınlanmamıştır).

4. Hata

A. Genel Olarak: Hata, bilmemek ve yanlış tasavvur etmektir.¹⁰¹ Hata, doktrinde hukuki hata ve maddi (fiili) hata olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir hukuk kuralının mevcut olup olmadığına veya yorumunda yapılan hata hukuki hata, buna karşılık suçun maddi unsurlarına ilişkin hata ise maddi (fiili) hata olarak tanımlanmaktadır.¹⁰²

765 sayılı TCK'nın 44. maddesinde "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" denilerek, kanunun bilmeyen failin cezadan kurtulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Böylece 765 sayılı TCK'ya göre hukuki hatadan failin yararlanması mümkün değildir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'miz bazı kararlarında kanunu bilmesi mümkün olmayan faillerin kusurlu sayılamayacağını belirterek bu hükmü yumuşatma yoluna gitmiştir.¹⁰³

Fiili hatada ise fiili gayri meşru kılan bir durumun bilinmemesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle fail eylemi gerçekleştirirken hataya düşmemiş olsa idi eylem suç teşkil etmeyecekti denilebilen hallerde fiili hata mevcuttur. Örneğin; kendisinin zannederek masa üzerindeki başkasının telefonunu alan failin hatası fiili bir hata olup eğer fail yanılmasaydı kendi cep telefonunu alması nedeniyle suç işlememiş olacaktı. 756 sayılı TCK'da maddi hataya ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak, doktrinde kasten işlenen suçlar bakımından bu gibi hataların esaslı hata olduğu ve kusurluluğu ortadan kaldırdığı için failin bu gibi hallerde cezalandırılmayacağı kabul edilmekte idi.¹⁰⁴

B. Hukuksal Hata: 5237 sayılı TCK'nın 4/1. maddesinde "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" denildikten sonra, 4/2. maddesinde "*ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*" denilerek failin sakınamayacağı hukuksal bir hatadan yararlanacağı belirtilmektedir. Böylece 765 sayılı TCK'ya göre hukuksal hatadan yararlanmak mümkün değilken, 5237 sayılı TCK'ya göre fail koşulları mevcut ise hukuksal hatasından yararlanacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Yüksek Mahkeme'miz vermiş olduğu "*bazı kararlarda ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" kuralını yumuşat-

¹⁰¹ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 669.

¹⁰² Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 669.

¹⁰³ CGK, 10.10.1952, 2004/941/942; Savaş - Mollamahmutoğlu, I, s. 817; 3. CD, 18.1.1951, 10370/234; Özütürk, Nejat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, C. 1, İstanbul 1970, s. 118.

¹⁰⁴ Önder, *Genel Hükümler*, s. 342 vd; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 679 vd; Özgenç-Şahin, s. 193.

mış, hukuka aykırılık bilinci ve suç kastı bulunmadığı gerekçesiyle kanunu bilmeyen faileri sorumlu bulmamıştır.¹⁰⁵

Hata ve yanılma, bizzat taksirin bünyesinde yer alan kavramlar olması nedeniyle taksirle işlenen suçlar bakımından hukuksal hatanın korunup korunmayacağı, diğer bir ifadeyle failin bu hatadan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda tereddütler doğabilir. Ancak, kanunumuz hata bakımından kasten işlenen suç ve taksirle işlenen suçlar bakımından bir ayırım yapmamıştır. O nedenle taksirli suçlar bakımından da fail hukuksal hatasından yararlanacaktır. Hem kasten, hem de taksirle işlenen suçlarda hatadan yararlanmak mümkün olduğuna göre, kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda da fail hukuksal hatasından istifade edecektir.

C. Fiili Hata (Unsur Yanılgısı):¹⁰⁶ Doktrindeki hakim görüş, kasten işlenen suçlarda failin esaslı fiili hatasından yararlanacağı yönünde olmakla beraber, taksirle işlenen suçlardaki fiili yanılmadan failin yararlanıp yararlanamayacağı hususunda değişik fikirler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar, hata ve yanılmayı taksirin bir şekli saydıkları için suçun unsurlarında yanılmanın kastı ortadan kaldırmakla beraber taksirin varlığına engel olmayacağını savunmuşlardır. Buna karşılık diğer bazı yazarlar da fiili hatanın taksiri de kapsadığını ve kusurluluğu ortadan kaldırdığını ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁷

765 sayılı TCK'da taksirli suçlarda hataya ilişkin bir hüküm bulunmadığına dikkat çeken Dönmezer - Erman, ancak kaza ve tesadüfün bulunduğu, 45. maddedeki taksiri de yok eden bir hata halinde failin sorumluluktan kurtulabilmesinin mümkün olduğunu savunmuşlardır.¹⁰⁸

¹⁰⁵ İktisadi mahiyette bulunan, kömürün müsaadesiz başkasına devredilmesi suçuna henüz Türkçe bilmeyen ve konuşmayan bir şahsın memnuniyeti bilmemesi sebebiyle suça iştiraki de bahis konusu olamaz. (CGK, 10.10.1952, 2004/941/942; Savaş - Mollamahmutoğlu, I, s. 817) Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzumu kalmadığı kanaatinden ileri geldiğini müdafaaten beyan eylemesine göre, bu müdafaaya hilafında kasti cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkumiyet kararı verilmesi yolsuzdur. (3. CD, 18.1.1951, 10370/234; Özütürk, s. 118).

¹⁰⁶ Özgenç - Şahin, bu hata türünü unsur yanılgısı başlığı altında incelemektedirler. Yazarlara göre, unsur yanılgısı, müşahhas olayda bir suçun maddi unsurlarına müteallik hususlardaki bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgidir. Bir başka ifadeyle, faildeki müşahhas olaya ilişkin tasavvurun gerçeğe bağdaşmamasıdır. (Özgenç - Şahin, s. 193) Hata başlığını taşıyan 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde, "fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse kasten hareket etmiş olmaz." denilmiş, böylece hata hali yalnız fiille sınırlandırılmayıp, suçun maddi unsurlarının tümünü kapsar şekilde düzenlenmiştir. Bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesine göre fiili hata için unsur yanılgısı ibaresinin kullanılması yanlış olmayacaktır.

¹⁰⁷ Dönmezer - Erman, I, s. 344.

¹⁰⁸ Dönmezer - Erman, I, s. 344.

5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde fiili (maddi) hata düzenlenmiştir. 30/1 maddesine göre, *"fülin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."* Böylece, kasten işlenen suçlar bakımından suçun yasal tanımındaki unsurlarda fiili hataya düşen failin kastı bulunmayacağından cezalandırılmayacaktır. 30/1. maddesinin son cümlesindeki *"bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır"* şeklindeki ifadedden, hataya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle sebebiyet verilmesi halinde failin taksirinden dolayı sorumlu tutulacağı anlaşılmaktadır. Ancak bunun için suçun taksirle işlenen bir suç olması lazımdır. Gerçekten, *"meydana gelen neticeye ilişkin olarak dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşabiliyorsa 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 yanlışlığında taksirin varlığı kabul edilse bile kanunda hırsızlık fülinin ancak yararlanma kastıyla işlenebileceği belirtildiği için, böyle bir olay 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."*¹⁰⁹

Yargıtay da, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş ederek öldürme ve benzeri olayları 765 sayılı TCK'nın 455. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.¹¹⁰ Buna karşılık, gerek karanlık, gerekse de arazi durumu ve görüş engellerinden dolayı tam seçme imkanı bulamadan kişilerin bulundukları yere doğru ateş edilmesi sonucu kişilerin isabet alarak ölmesi olaylarını TCK'nın 452. maddesi kapsamında kastın aşılması suretiyle adam öldürmek kapsamında değerlendirmiştir.¹¹¹ 5237 sayılı TCK hükümlerine göre bu gibi hallerde failin olası kastla hareket ettiğini kabul etmek uygun olur.

¹⁰⁹ 5237 sayılı TCK'nın 30. madde gerekçesi. Unsur yanlışlığı ve taksir ilişkisi konusunda ayrıca bkz., Özgenç, *Kast-Taksir Kombinasyonları*, s. 350 vd.

¹¹⁰ Olay gecesi saat 22.00 sıralarında, sanığın duyduğu sesin atını ürkütmesi ve bu sesi ayrı sesine benzetmesi nedeniyle paniğe kapılarak sesin geldiği tarafa doğru av tüfeği ile bir el ateş ettiği, fişegin maktule isabet sonucu ayılan meydana geldiği anlaşıldığından, öldürme kastı bulunmayan sanığın eylemi tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturur. (CGK, 19.6.1995, 1-189/217. Uygun, Mehmet, *Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları*, (1992-1996), Ankara 1997, s. 296).

¹¹¹ Sanığın aşamalarda uyum gösteren savunmaları, dosya içeriği ve keşif zabıtları birlikte değerlendirildiğinde; olaydan önceki gecelerde sanığın köydeki evlerin camlarının tıkratılmak suretiyle içinde oturanların huzursuz edildiği, olay gecesi uyanıp dışarı çıkan sanığın, evinin yakınında bir insan karartısı görüp o tarafa doğru 'kim o' diye seslendiği, cevap alamayınca 'bulunduğu nokta karanlık olduğundan dolayı görülemediği' keşifle saptanan maktulün bulunduğu yere doğru av tüfeği

D. Hedefte Hata (Sapma) ve Şahısta Hata: Hatanın düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde hedefte sapma ve şahısta hata hali düzenlenmemiştir. Şahısta hatanın bu maddenin 1 ve 2. fıkraları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle ayrı bir düzenleme yapılması gereksiz görülmüştür. Hedefte sapma halinde bir hatanın söz konusu olmadığı, bu durumun suçların içtimaı hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle hedefte sapma haline yer verilmesine gerek görülmemiştir.¹¹²

Buna göre, fail (F)'nin, (A) isimli şahsı yaralamak kastıyla attığı taşın (B) isimli şahsa isabet ederek yaralanmasına neden olduğu ve bu yaralama neticesinde daha sonra öldüğünü düşünelim. Bu olayda Fail (F)'nin (A)'ya karşı eylemi kasten yaralamaya teşebbüs suçunu oluşturacaktır. (B)'ye karşı eylemi ise eğer ölüm neticesinin meydana gelmesinde faili taksirli kabul edebiliyorsak 87/4. maddesinde düzenlenen kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi suçunu oluşturacaktır.

Yargıtay'ımızın kararına konu olan benzer bir olayda Yüksek Mahkeme'miz faili yalnızca 765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesine göre sorumlu bulmuştur.¹¹³

IV. SONUÇ

87/4. maddesinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu bakımından 86/1. maddesinde yazılı yaralama haline yollamada bulunulduğundan, bundan hafif yaralama halleri ile bu suç oluşamayacaktır. O nedenle, 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesindeki bir

ile ateş ederek şahısta hata sonucu babasının ölümüne neden olduğunun açıklıkla anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin müessir fiilde bulunmak kastıyla yaptığı atışla ölümüne neden olma şeklinde nitelendirilerek, TCK'nın 452/1, 51/2, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesinde zorunluluk bulunduğu" (1. CD, 26.10.1993, 1936/2117; Parlar - Demirel, s. 417. Aynı yönde bkz., 1. CD, 28.2.1996, 3828/488; Parlar - Demirel, s. 409).

¹¹² Bkz., 5237 sayılı TCK'nın 30. madde gerekçesi. Hedefte sapma ve şahısta hata halinde ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında daha fazla bilgi için bkz., Toroslu, (2005), s. 172 vd.

¹¹³ Sanıklardan Ali'nin kazlarını sanık Azmi'nin bahçesine soktuğu, bu yüzden çıkan tartışmada sanık Azmi'nin 5-7 metreden sanık Ali'ye attığı taşın, tarafları ayırmaya gelen Yusuf'a isabet ederek başta çökme kırığı husule getirip beyin kanamasından ölümüne neden olduğunun anlaşılması karşısında; sanık Azmi'nin fiilinin müessir fiilde bulunmak kastıyla yaptığı fiille ölümüne neden olma şeklinde nitelendirilerek TCK'nın 52. maddesi delaletiyle 452/1, 51/1 maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasında zorunluluk bulunulduğunun gözetilmemesi, (1. CD, 26.5.1993, 1044/1217; Yaşar, Osman, *Uygulamada Türk Ceza Yasası*, Ankara 2000, s. 851).

yaralama sonucu mağdurun ölmesi halinde 87/4. maddesindeki suç oluşmaz; koşulları mevcut ise taksirle adam öldürme suçu söz konusu olabilir. 5328 sayılı Yasa'yla değişik 5237 sayılı TCK'nın 88/1. maddesinde yazılı kasten yaralamadan, bu maddeden önce düzenlenmiş bulunan bütün kasten yaralama hallerinin anlaşılması lazım ise de, yukarıda açıkladığımız üzere kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleştirilmesi sonucu ölümün meydana gelmesi suçunun oluşması için ihmali davranış sonucu meydana gelen yaralamanın 86/1. maddesinde yazılı derecede olması lazımdır.

Ayrıca, her ne kadar, 87/4. maddesinde bu maddenin diğer fıkralarına bir yollamada bulunulmamış ise de, bu fıkralarda yazılı şekilde yaralanan mağdurun ölmesi halinde de 87/4. maddesi hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Kanunumuzda Alman Ceza Kanunu'nun 11/2. maddesinde yer alan; *"hareket yönünden kastı arayan, buna karşılık sebebiyet verilen özel bir netice bakımından taksiri yeterli gören kanuni tipi gerçekleştiren bir fiil de bu kanundaki anlamında kasıtlıdır"*¹¹⁴ şeklindeki bir hükmün bulunmaması nedeniyle, temel suç bakımından kastın, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ise taksirin söz konusu olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları kasten işlenen suç olarak kabul etmek mümkün değildir. Temel suçun kasten işlenmesinden hareket edilerek bu suçun kasten işlenen bir suç olarak kabulünün doğru olmayacağı, kasten işlenen yaralama ve taksirle gerçekleştirilen ölüm neticesinin söz konusu olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunun taksirli suç kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.¹¹⁵

Meydana gelen ağır netice bakımından failin kasten hareket etmesi halinde ise kanaatimize göre artık netice sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan söz edilemez. Bu gibi hallerde doğrudan kastla veya olası kastla adam öldürmek suçu söz konusudur.

Alman doktrininde ve mahkeme içtihatlarında uzun süre tartışılan bu konunun ülkemizde de uzun süre tartışılacağını şimdiden söylemek abartılı bir yorum olmayacaktır. Yüksek Mahkeme'mizin bu konudaki görüşünün ne yönde olacağını beklemek gerekir.

¹¹⁴ İçel - Yenisey, s. 1004.

¹¹⁵ Aynı görüş için bkz., Özgenç, *Kavga*, s. 495-496.

KAYNAKLAR

- Adli Tıp Uzmanları Derneği, *Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz*, (Editör: Yasemin Balcı, <http://www.atud.org.tr>).
- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970.
- Artuk, M. Emin - Gökçen Ahmet - Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Ankara 2002.
- Artuk, Mehmet Emin - Çınar, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002.
- Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 15. Baskı, Ankara 1993.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler*, 15. Bası, İstanbul 1998,
- Dönmezer, Sulhi - Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 9. Bası, İstanbul 1986.
- Donay Süheyl - Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı, Karşılaştırmalı, Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 2005.
- Ekinci, Mustafa - Özcan, Şerafettin, *Açıklamalı-İçtihatlı Kasten Adam Öldürme Suçları*, Ankara 2004.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. I-III, Ankara 1993.
- Erem, Faruk - Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 1999.
- Erman, Sahir - Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994.
- Grop, Walter, “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, (Çev. Faruk Turhan) *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998.
- Gözübüyük, A. Pulat, *Türk Ceza Kanunu Açılımı*, C. IV, Ankara 1976.
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara 2002.
- Jescheck, Hans - Heinrich, “Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”; (Çev. Adem Sözüer), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998.

- İçel, Kayıhan - Akıncı, Füsün Sokulu - Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoglu, Fatih - Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000.
- İçel, Kayıhan - Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları* 3. Bası, İstanbul 1990.
- Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 1998.
- Oktar, Salih, "Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri", *Ceza Hukuku Günleri*, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 26-27 Mart 1997.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Kısaltma: Genel Hükümler) C. II, İstanbul 1989.
- Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998.
- Özgenç, İzzet - Şahin Cumhur, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası Ankara 2001.
- Özgenç, İzzet, "Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004.
- Özgenç, İzzet, "Kavga Suçu, (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler", *Yargıtay Dergisi*, C. 19, S. 4, Ekim 1993.
- Özgenç, İzzet, "Kast-Taksir Kombinasyonları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan Armağanı, C. 6, S. 1-2 Konya 1998.
- Özgenç, İzzet, Adalet Bakanlığı'na düzenlenen Yeni Türk Ceza Kanunu Tanıtım ve Eğitimcilerin Eğitimi Semineri'nde yaptığı konuşma, Ankara, 3.1.2005-9.1.2005.
- Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık; *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2. Baskı, C. III, Ankara 1998.
- Schroeder, Friedch - Christian, *Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler*, (Çev. İzzet Özgenç) *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998
- Sözüer, Adem, Yargıtay Başkanlığı'na düzenlenen Yeni Türk Ceza Kanununun Genel hükümleri ve Yansımaları Paneli'nde yaptığı konuşma, Ankara, 10-11 Şubat, 2005.
- Uygun, Mehmet, *Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları*, (1992-1996), Ankara 1997.
- Ünver, Yener, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk"; *Ceza Hukuku Günleri*, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 26-27 Mart 1997.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 2004.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968.

Toroslu, Nevzat - Ersoy, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.

Tunalı, İbrahim, *Adli Tıp*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

“Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü,” *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, C. II, Ankara 1988.

Yaşar, Osman, *Uygulamada Türk Ceza Yasası (Genel Hükümler)*, Ankara 2000.

Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005.