

CEZA HUKUKUNDA FİKRİ İÇTİMA

Mustafa ÖZEN *

I. GENEL OLARAK

1926 yılından beri yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. 5237 sayılı yeni kanun, özellikle ceza hukukunun genel hükümlerinde ciddi değişiklikler getirmiştir. Biz bu çalışmamızda, yeni kanunun fikri içtima konusunda, önceki kanun döneminde bulunan tartışmalı konulara yeni bir bakış açısı getirip getirmedeğini inceleyeceğiz.

Kural olarak, ceza hukuku anlamında her netice bağımsız bir suç anlamına gelir. Örneğin, Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde kasten öldürme suçu düzenlenmiştir. Buna göre, bir kişinin kasten öldürülmesi, tek bir suçu oluşturur. Ancak bazı durumlarda, istenilen neticeden başka farklı birden çok netice meydana gelebilir. Gerçekten, bazı durumlarda, yapılan bir hareketle birden çok netice meydana gelebileceği gibi, yapılan birden çok hareketle bir netice meydana gelebilir. Ceza hukukunu ilgilendiren birden çok neticelerin ayrı ayrı suç kabul edilip, her bir neticeye, kanunda öngörülen yaptırımın uygulanması sonucunda, cezaların toplanarak tek bir cezanın verilmesine cezaların içtimaı denir. Ancak, kanun koyucu izlediği suç siyaseti çerçevesinde, birden fazla ve her biri farklı bir kanun maddesini ihlal eden neticenin meydana geldiği bazı özel koşullarda, bağımsız suçlardan birini diğerinin içinde adeta eriterek tek bir suç kabul etmektedir. Bu tip içtimaya suçların içtimaı denir. İnceleme konumuz suçların içtimaı türlerinden

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

biri olan fikri ıçtima olduğu için cezaların ıçtimai konusuna girmeyeceğiz. Suçların ıçtimai konusunda da, fikri ıçtimayı açıklamak bakımından zorunlu hissettiğimiz kadarıyla, diğer suçların ıçtiması kapsamına giren durumlardan kısaca bahsedeceğiz.

II. SUÇLARIN İÇTİMAI

İçtima kelimesi, Arapça bir kelime olup toplama, bir araya getirme anlamına gelmektedir. Konuya girmeden önce hemen belirtmek gerekir ki, ıçtima kelimesinin kanunda tekrar düzenlenmiş olması, izlediği dil açısından oldukça çelişkili bir durum oluşturmaktadır. En basit bir örnek olarak, 765 sayılı yasanın 456. maddesinde düzenlenen kasten müessir fiil suçunda yer alan '*müessir fiil*' terimi kaldırılmış ve bu terimin yerine öz Türkçe bir terim olup 86. maddede düzenlenen kasten yaralama suçundaki '*yaralama*' terimi kullanılmıştır. Aynı şekilde 80. maddede, açıkça belirtilmemiş olsa da, öğreti ve uygulamada yerleşmiş bulunan '*müteselsil suç*' terimi kaldırılmış ve onun yerine '*zincirleme suç*' terimi kullanılmıştır. Buna benzer birçok örnek vermek mümkündür. Konumuz açısından da aynı yol takip edilerek fikri ıçtima yerine, '*şekli birleşme*' terimini kullanabilirdi. Suçların ıçtimai; aslında birden çok suç bulunmasına rağmen, farklı gerekçelerle, tek suçtan cezai sorumluluğun benimsenmesi durumudur. Suçların ıçtimai kapsamına giren her bir durumun yapısı ve gerekçesi birbirinden farklı olmakla birlikte, ortak noktası, tek suçtan sorumluluğun benimsenmesidir. Suçların ıçtimai, 5237 Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kısmının beşinci bölümünde suçların ıçtimai başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, 42. maddede, bileşik suç, 43. maddede, zincirleme suç ve 44. maddede fikri ıçtima'ya yer verilmiştir. Suçların ıçtimai kapsamında ki suçlar, aslında, kanunda tek başına ayrı birer suç olarak düzenlenmişlerdir. Ancak, kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği bu suçlar, ya tek bir suç içinde erimişlerdir ya da bir suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olmuşlardır.

Suçların ıçtimai konusunda asıl mesele, istenen bir netice için yapılan hareketin istenen neticeyle birlikte birden çok başka neticeye sebebiyet vermesi halinde, failin nasıl cezalandırılacağıdır. Bu konuda dört farklı ihtimal düşünülebilir.

1. Fiil tek ve netice tektir.
2. Fiil tek ama netice birden çoktur. Birden çok netice, farklı veya aynı olabilir.
3. Fiil birden çok ama netice tektir.
4. Fiil birden çok ve netice de birden çoktur.

1. Örnekte, her hangi bir sorun söz konusu değildir. Çünkü, istenen netice tektir ve tek netice gerçekleşmiştir. Kişi sadece gerçekleşen tek neticeden sorumlu olacaktır.

2. Örnekte, fiil tek ama netice birden fazladır. Failin hangi neticelerden ve nasıl sorumlu olacağı sorunu, 44. maddede düzenlenen ve inceleme konumuzu oluşturduğu için aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz fikri içtima kapsamında çözümlenmeye çalışılacaktır.

3. Örnekte, fiil birden çok ama netice tektir. Burada, fiillerin aynı zamanda ve aynı amaca yönelmiş olmaları halinde çokluğunun önemi olmadığı ve istenen netice meydana geldiği için sadece gerçekleşen neticeden sorumluluk yoluna gidilecektir.¹ Pek doğaldır ki, hareketlerden her biri farklı farklı neticelere yönelmiş ise gerçekleşmeyen neticeler açısından teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.

4. Örnekte, hem hareket hem de netice birden çoktur. Bu ihtimalde, eğer birden çok fiil, daha önce verilen bir karar üzerine gerçekleştirilmişse, gerçekte suç çokluğu olmasına rağmen, kararda birlik esas alınarak, zincirleme suç kabul edilecektir. Gerçekleştirilen fiiller arasında, karar birliği yok ise, her bir fiilin neden olduğu netice sayısınca suç olup, gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

III. FİKRİ İÇTİMA TERİMİ

Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima; aslında şekli, görünüşte ya da düşünsel anlamda birleşme anlamına gelir. Fikri içtimayı düzenleyen 44. madde, *'İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı ge-*

¹ Giovanni Fiandaca/Enzo Musco; *Diritto Penale*, Parte Genrale, Bologna, 1995, s. 595.

rektiren suçtan dolayı cezalandırılır' şeklindedir. Bu düzenlemeye göre fikri içtima, bir fiil ile kanunun birden çok ve farklı hükümlerinin ihlal edilmesi ve faile en ağır cezanın verilmesi anlamına gelir.

IV. FİKRİ İÇTİMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Fikri içtimanın hukuki niteliği konusunda değişik fikirler ileri sürülmüştür. Gerçekten, ortada tek bir fiil bulunmasına karşın birden çok ve farklı kanun maddesinin ihlal edilmesi halinde failin hangi suç veya suçlardan nasıl cezalandırılacağı önemli bir sorundur. Bu sorunun çözümü için, belli hukuki esaslara dayanmak gerekmektedir. Bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu görüşlere kısaca bakmak gerekirse;

1. Gerçekte tek suçun olduğu görüşü: Bu görüş taraftarlarına göre, fikri içtima halinde, aynı geçitli suçlarda olduğu gibi tek suç vardır. Suçlardan daha hafif olanı daha ağır olanının içinde erimiştir. Bu görüşte olan yazarlar, aslında ortada iki ayrı suçun olduğunu kabul etmektedirler.²

2. Görünürde tek suçun olduğu görüşü: Bu görüş taraftarlarına göre, aslında ne kadar suç işlenmişse o kadar suç vardır. Yani, suç olarak nitelendirilebilecek netice sayısı kadar suç vardır. Ancak, maksada uygunluk düşüncesinden dolayı, en ağır cezadan sorumluluk yoluna gidilmektedir.³

Gerçekte tek suçun olduğunu savunan yazarlar, bu görüşlerini farklı temellere dayandırmaktadırlar.

Bunlardan ilki, fikri içtimada tek suçtan dolayı sorumluluğa gitmenin sebebi, faildeki kastın tekliğidir. Fail, aslında hareketini yaparken tek suç işlemek istemektedir. Bu görüş taraftarları kasttaki birliği, nedensellik bağı ile birlikte değerlendirirler. Buna göre, dış dünyada ne kadar değişiklik varsa o kadar da nedensel değerli fiil vardır. Dış

² Kayıhan İçel, *Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme*, İ.H.F.D., 1964, Cilt XXX, Sayı 1-2, s. 173.; Sulhi Dönmezer /Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt II, İstanbul, 1999, s. 376.

³ Nurullah Kunter; "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", İ.H.F.M., 1948, Cilt XIV, Sayı 1-2, s. 369.; İçel; *Fikri içtima üzerinde bir inceleme*, s. 174-175.; Dönmezer/Erman; *a. g. e.*, s. 376.

dünyadaki değişiklik yaratan hareketin temelinde bir kast vardır.⁴

Bu görüşe katılma mümkün değildir. Her şeyden önce, dış dünyada değişiklik yaratan her hareket kasten yapılmış sayılamaz. Böyle bir kabul, taksirli suçları yok saymak anlamına gelir. Mesela, düşmanını vurmak için ateş eden kişi, hiç öngörmediği halde, arka bahçede çalışmakta olan bir başka kişiyi de öldürürse, dış dünyada meydana gelen değişiklik iki tanedir ve failin her iki netice açısından kastı aynı değildir veya görüş taraftarlarının ifadesi ettikleri gibi, neticeleri doğuran harekete geçmedeki kararı aynı değildir.

İkincisi ise, fikri içtima kapsamına giren birden çok netice arasında zorunlu olarak bir bağ vardır. Bu bağ, birden çok neticeyi bir netice haline getirmiştir.⁵

Suçlar arasında zorunluluk, ayrılabilir zorunluluk ve ayrılamaz zorunluluk olarak iki şekilde değerlendirilebilir.⁶ Mesela, bir kişiyi aşağılamak kastıyla tokat atılması halinde, ortada hem 125. maddede düzenlenen hakaret suçu hem de 86. maddede düzenlenen kasten yaralama suçu işlenmiştir. Buradaki zorunluluk, ayrılmazdır. Ancak, bir kişiyi evinin içinde iken öldürme durumunda konut dokunulmazlığını ihlal suçu öldürme suçunun işlenmesi açısından zorunlu bir neden olmadığı için, fikri içtima düşünülemez.

Üçüncüsü, failin amacına üstünlük tanıyan görüştür. Bu görüş taraftarları da, kendi içinde amaç suç-araç suç ayrımı ve yakın amaç ayrımı yapmaktadırlar. Fail, amaç suçu işlemek için araç suçu işlemişse, burada araç suç, amaç suçun içinde erimektedir. Dolayısıyla fail, amaç suçtan cezalandırılacaktır.⁷ Ancak, araç suçun cezası daha ağır olursa kanunun 44. maddesiyle bu görüşün çelişeceği açıktır. Yakın amaç, uzak amaç ayrımında, failin yakın amacına ağırlık verilmektedir. Mesela, TCK'nın 102. maddesi gereğince, bir kişinin zorla herkesin görebileceği bir meydana ırzına geçilmesi halinde, ortada iki farklı suç vardır. Bunlardan biri, 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçu, diğeri, 225. maddede düzenlenen hayasızca hareketlerde bulunmak suçudur. Bu olayı göz önüne aldığımızda, bu görüş yandaşlarına göre, failin yakın amacı, zorla cinsel ilişkiye girmektir. Dolayısıyla bu

⁴ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, s. 379.

⁵ Dönmezer/Erman; *a. g. e.*, s. 380.

⁶ Kunter, *a.g.m.*, s. 373.

⁷ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, s. 377.

maddeden ceza almalıdır. Bu görüşe ilk önce, failin yakın amacının belirlenmesinin güç olduğu, ikinci olarak da, yakın amaç olarak değerlendirilen suçun, uzak amaç olarak değerlendirilen suça oranla daha hafif ceza öngörmesi halinde 44. maddeyle çelişeceği gerekçeleriyle katılmak mümkün değildir.

Görünürde tek suçun olduğunu savunan görüş taraftarlarına göre, her suç, bir değer ihlalidir. Ortada birden çok değer ihlali varken, sırf birden fazla değer ihlal hareketinin temelinde yatan ortak bir unsur olan fiilin tekliğinden hareketle, tek suçun olduğunu kabul etmek, suçla ihlal edilen değere önem vermemek anlamına gelir. Bu nedenle ihlal edilen her bir suç tipi, kendi bağımsız değerini korumalıdır.⁸ Ancak, bu kabul, suç politikası gereğince, kişinin tek ve en ağır suçtan cezalandırılmasına engel değildir.

Dönmezer/Erman'a göre, Fikri içtimanın kabul edilmesi ve dolayısıyla birden çok kanun maddesinin ihlal edilmesine rağmen faile tek ama en ağır suçtan ceza verilmesinin nedeninin, yukarıda açıklanan görüşlerle izahının mümkün değildir. Fikri içtimanın kabulünün temelinde, toplumsal düzeni ihlal eden, toplumsal barışı bozan irade-deki tekliktir yatmaktadır.⁹ Bu görüş kabul edilecek olursa, toplumsal düzeni ihlal iradesi niteliğini taşıyan bir kurşunla, birden çok kişinin ölümü halinde, fikri içtimayı kabul etmek gerekir.

Bu genel değerlendirmeden sonra Türk Ceza Kanunu'ndaki mevcut düzenleme ışığında fikri içtimayı incelemek gerekir.

Fikri içtima Türk Ceza Kanunu'n 44. maddesinde, *'İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır'* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında, fikri içtimanın olabilmesi için;

1. Bir fiil olmalı
2. Bu bir fiil ile kanunun birden fazla farklı hükmü ihlal edilmeli
3. Bu birden fazla farklı suçlardan en ağırından cezai sorumluluk yoluna gidilmeli

⁸ Dönmezer/Erman, a.g.e, s. 381.

⁹ Dönmezer/Erman, a.g.e, s. 383.

1. Bir fiilin işlenmesi

Birinci koşula göre, fikri içtimadan bahsedebilmek için bir fiilin işlenmesi gerekir. Öğretide ve uygulamada konuyu sorun haline getiren esas nokta, fiile yüklenen anlamlardaki farklılıktır. Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı kanunun fikri içtimayı düzenleyen 79. maddesinde fikri içtima, *'İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkâmda en şedit cezayı tazammum eden maddeye göre cezalandırılır'* şeklinde düzenlenmişti. 765 sayılı kanunun 79. maddesinde de *'işlediği bir fiil'*den bahsedilmekteydi. Dolayısıyla bu yasanın yürürlükte bulunduğu zamandaki tartışma bugün de hala geçerliliğini korumaktadır. 5237 sayılı yasa, bu anlamda sorunu çözümleyici bir yenilik getirmemiştir. 5237 sayılı yasanın getirdiği yenilik, 765 sayılı yasanın *'kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse'* ifadesi yerine, *'birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kimse'* ifadesini kullanmış olmasıdır. Tek fark, 5237 sayılı yasanın, sadece *'birden fazla'* ifadesini kullanmasında yatmaktadır. Ancak, zaten bu anlam, eski yasanın düzenlemesinden çıkmaktadır. Dolayısıyla öze ilişkin bir fark yoktur.

Fiil kelimesi, hareket ve bu hareketin doğurduğu netice ile bu iki unsur arasındaki nedensellik bağının toplamından oluşur. Dolayısıyla, dış dünyada değişiklik meydana getirip ceza hukuku anlamında bir değer ifade eden fiil icrai veya ihmali şekilde gerçekleştirilebilir.¹⁰ Sorun, fiile anlam verilirken bu unsurlardan hangisinin temel alınacağıdır. Bu konuda, iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir kısım yazarlar, fiil teriminden hareketi diğer bir kısım yazarlar ise, neticeyi anlamaktadırlar.¹¹

Fiil kelimesinden hareketi anlayanlara göre, fikri içtimanın olabilmesi için fiil kelimesinden hareket anlaşılmalıdır. Buradaki hareket, ceza hukuku alanında bir anlam ifade eden harekettir. Ulaşılmak istenen hedefe varmada doğal bir bağ içinde bulunan birden çok hareket tek hareket sayılır. Bu fikre göre, bir kişiyi öldürmek için atılan kurşun, hedeflenen kişi ile birlikte bir başka kişiyi yaralaması halinde, fikri içtima kabul edilecektir.¹² Hemen belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı

¹⁰ Giuseppe Bettiol, Diritto Penale, Padova, 1978, s. 612.

¹¹ Delitala, Concorso Di Norma e Concorso Di Reati, İn Riv.İt. 1934, s. 104; De Luca, Concorso Formale Di Reati e Limiti Oggettivi Della Cosa Giudicata Penale, İn Riv. Process.Pen., 1960, s. 187.

¹² İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 583.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen /A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Ge-

kanunun konuyu düzenleyen madde gerekçesi, fiil kelimesine hareket anlamı vermektedir. Kanun, yürürlüğe girdikten sonra, gerekçeden bağımsızdır. Gerekçe sadece, yorumlamada başvurulabilecek yollar-dan birini oluşturur. Bu nedenle, fiil kelimesinden, hareket anlamı çı-karma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Fiil kelimesinden, neticeyi anlayanlara göre, fiilin tekliğinden an-laşılması gereken neticenin tekliğidir. Buna göre, ceza hukuku alanın-da bir değer ifade eden ne kadar netice varsa o kadar da fiil vardır. Dolayısıyla, netice sayısı kadar suç olup gerçek içtima kuralları uy-gulanmalıdır. Fikri içtimanın oluşabilmesi için, ortada (somut anlam-da) bir netice olmalı ve fakat kanunun birden fazla farklı hükmü, ihlal edilmelidir.¹³ Bu fikre göre örneğin, bir kişiye herkesin içinde tokat atılması halinde, fikri içtima gerçekleşmiştir. Çünkü, dış dünyaya yan-sıyan sadece tek netice olan kasten yaralama suçu işlenmiştir. Fakat bu somut anlamda tek neticenin yanı sıra, TCK'nın 125. maddesinde düzenlenmiş hakaret suçu da işlenmiştir. Bu fikri savunanlara göre, fiilden hareketi anlayan görüş taraftarlarının fikri içtima olarak kabul ettikleri, yukarıdaki verdiğimiz öldürme olayında, iki ayrı suç vardır ve gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Yargıtay, 765 sayılı kanun döneminde, her iki görüşe uygun kararlar vermişti. Örnek olarak şu kararları verebiliriz.

'Sanığın aynı zamanda ve aynı yerde hem dikiliden ağaç kesmesi hem de düşük ve devrikten emval temin etmesi halinde TCK 79 uyarınca 6831 sayılı yasanın 91/1 maddesi uygulanmalıdır'.¹⁴

'Öldürmeye karar verdiği eşine, iki el ateş edip vurduğu esnada müteakip atışlarına devam ederken, araya giren ve kendisine engel olmak isteyen mak-tulü öldürdüğü, ona isabetin öngörülebilir olduğu halde maktulü de sakınma-dan, onu bertaraf etmeye özenmeden maktuleye yönelik atışlarını sürdüren ve bu sırada vaki kayma –sekme– saptırma gibi herhangi bir arıza nedeniyle maktulün de vurulmasını gerçekleştiren sanığın fiilinde, TCK'nın 79. mad-desinin uygulanma yeri yoktur'.¹⁵ Yargıtay, 5237 sayılı kanun döneminde

nel Hükümler, Ankara, 2006, s. 822.; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 448.

¹³ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara, 2005, s. 237.; Hakan Hakeri; Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s. 336 vd.; Giovanni Leone, Del Reato Abituale, Continuato e Permanente, Napoli, 1933, s. 218.;

¹⁴ 3.CD., 5.12.2001, 12467/12812; YKD, Şubat, 2003.

¹⁵ CGK., 4. 2.1997., 1996/1-3000, 1997/4, YKD, Mayıs 1997.

verdiği kararda, hareket görüşüne üstünlük tanıdığı görülmektedir.¹⁶

Biz de, konuyu açıklamada bazen yetersiz kalsa da fiil kelimesinden neticeyi anlayan görüşe katılmaktayız. Çünkü, hareket anlaşılacak olursa, bir bomba ile bir kişinin ölümüne ve bir kişinin yaralanmasına neden olunması halinde, fikri içtima kabul edilerek en ağır cezadan sorumluluk yoluna gidilmesi gerekecektir. Böyle bir sonuç, adalet duygusuna ciddi zarar verir. Bu konuya son vermeden önce, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fikri içtimanın uygulanıp uygulanmayacağı sorununa değinmek gerekmektedir. Örneğin, A, B'yi yaralamak kastıyla bir tokat atsa ve fakat, B, kafasını set bir cisme çarparak ölse, A'nın cezai sorumluluğu nasıl tespit edilecektir? Ortada, ilk önce yaralama ve daha sonra ölüm şeklinde kanunun iki farklı hükmü ihlal edilmekte ve iki somut netice bulunmaktadır. TCK'nın 23. maddesinde bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmasaydı, konu, meydana gelen daha ağır neticenin, ilk yaralama fiili sonucu meydana geldiği tespit edilirse, hareket tek ama netice birden çok olduğundan, fikri içtimanın varlığına göre çözümlenmelidir. Bu örnekte, hareket görüşüne katılmak zorunluluğu doğmaktadır.

2. Birden fazla farklı suçun işlenmesi gerekir

Fikri içtimanın olabilmesi için ikinci koşul, bir fiil ile birden fazla farklı suçun işlenmesi gerekir. Bu duruma, farklı nev'iden fikri içtima denmektedir.¹⁷ 5237 sayılı kanunu 44. maddesinde kabul ettiği, fikri içtima, farklı nev'iden fikri içtima şeklidir. Bir fiil ile birden fazla aynı hüküm ihlal edilmesi haline, aynı nev'iden fikri içtima denmektedir.¹⁸ Aynı nev'iden fikri içtima dururumu, 5237 sayılı kanunda, iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Zincirleme suçun düzenlenmiş olduğu 43. maddenin 2. fıkrasına göre, aynı kanun hükmünün birden çok ihlali

¹⁶ www.kazanci.com.tr., Y. 8.CD, E. 2006/6963, K. 2006/7019, T. 27.9.2006, 'Sanığın Geceleyin Meskun Mahalde Silahla "12" El Ateş Ederek Mağduru Yaralaması/5237 sayılı TCK'nın 86. ve 170/1-C Madde ve Fıkralarında Yazılı Suçları Oluşturacağı - 44. Maddedeki Düzenleme Uyarınca Sadece En Ağır Cezayı Gerektiren Kasten Yaralama Suçundan Dolayı Cezalandırılması gerekir'.

¹⁷ Bettiol, *a. g. e.,* s. 608.; Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 1994, s. 474.; Fiandaca/Musco, *a. g. e.,* s. 598.

¹⁸ Bettiol, *a. g. e.,* s. 608.; Fiandaca/Musco, *a. g. e.,* s. 598.

halinde zincirleme suç kabul edilecektir. Fakat, 3. fıkrada tek tek sayılan suçlar, istisna tutulmuştur. Bu suçlar; kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkencedir. Sonuç olarak, aynı nev’iden fikri içtima halinde; kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkence suçlarında, gerçek içtima kuralları uygulanacak, diğer hallerde, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. İtalyan Ceza Kanunu’nun konuyu düzenleyen 81. maddesinin 1. fıkrasında, ‘kanunun aynı veya farklı hükümleri’ ifadesine yer verilmesi, İtalya’da aynı ve farklı nev’iden fikri içtimanın kabul edildiğini göstermektedir. Ancak, İtalyan öğretisinde, Leone, aynı nev’iden fikri içtimanın, zincirleme suç kapsamında düşünülmesi gerektiği fikrini ileri sürmektedir.¹⁹

5237 sayılı kanun, 765 sayılı kanunun 52. maddesinde düzenlenmiş olmasının aksine, sapma haline yer vermemiştir. Gerek tek neticeli sapma halinde, bize göre, ortada tek netice olduğundan, bir sorun görünmemektedir. Çift neticeli sapma hallerinde ise, sorun, farklı nev’iden fikri içtima esasına göre çözümlenecektir. Fikri içtima kapsamındaki suçlardan biri kasten diğeri taksirle işlenebilir.²⁰ Fikri içtima kapsamına giren suçların mutlaka aynı anda ihlal edilmesi gerekmez.

Fikri içtimada, suçun mağduru, aynı olabileceği gibi farklı kişiler de olabilir. Mesela, bir kişiyi tahkir kastıyla herkesin ortasında yumruklanmasında, mağdur kişi, hem hakaret suçunun hem de kasten yaralama suçunun mağdurudur. Herkesin ortasında zorla bir kişinin ırzına geçilmesinde, suçun birinci mağduru ırzına geçilen kişi, ikinci mağdur ise, kamu yararı/toplumdur.

3. Bu Suçlardan En Ağırından Cezai Sorumluluğun Kabul Edilmesi

Fikri içtima, suçların içtimanın bir türünü oluşturmaktadır. Suçların içtima;

gerçekte birden çok suç olmasına rağmen, farklı mülahazalarla, tek suçtan sorumluluğun kabul edilmesi halidir. Fikri içtimada da, birden çok suç bulunmaktadır. Fikri içtimada bulunan birden çok suç, farklı türdendir. Failin cezai sorumluluğu, farklı suçlardan en ağırı hangi-

¹⁹ Leone, *a. g. e.*, s. 218.

²⁰ Fiandaca/Musco, *a. g. e.*, s. 598.

si ise, ona göre belirlenecektir. Burada karşımıza, suçların en ağırının tespitinde, somut cezanın mı yoksa soyut cezanın mı esas alınması gerektiği sorunu çıkabilir. Bu konuda her iki görüşü savunanlar olmakla birlikte, ağırlıklı görüş, soyut cezanın esas alınması gerektiği şeklindedir.²¹

V. FİKRİ İÇTİMANIN KABULÜNÜN SONUÇLARI

Fikri içtimanın koşullarının gerçekleşmesi halinde, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuk açısından, fikri içtimanın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi Açısından

Fikri içtimada görevli (madde yönünden yetkili) mahkemenin belirlenmesi, hangi suça göre yapılması gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. Yüksek görevli mahkeme, alt görevli mahkemenin sanığa sağladığı güvenceleri de sağladığı, büyüğün küçüğü de kapsadığı düşüncesiyle, daha ağır suça bakacak mahkeme, madde yönünden yetkili olmalıdır.

2. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi Açısından

Yetkili (yer yönünden yetki) mahkemenin belirlenmesi, fikri içtima kapsamı içinde işlenen suçlardan hangisinin işlendiği yerin esas alınacağı ile ilgilidir. Bu durumda, ihtimalli değerlendirme yapmak gerekir. Eğer, her iki suç aynı yerde işlenmişse, suçların işlendikleri yer mahkemesi yetkili olacaktır. Eğer, suçların işlendikleri yer farklı ise, daha ağır suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olmalıdır. Çünkü, yukarıda değindiğimiz gibi, görevli mahkemenin daha ağır suça göre belirlenmiş olması, bizi bu sonuca götürmektedir.

3. Zamanaşımı Açısından

Fikri içtima kapsamına giren suçlarda zamanaşımının ne zaman başlayacağı, hangi suçu esas almakla ilgilidir. Zamanaşımının başlangıcı, eğer bütün suçlar aynı zamanda gerçekleşmişse, suçların işlendiği

²¹ Fiandaca/Musco, *a. g. e.*, s. 606.

zamandan başlayacaktır. Eğer, suçlar farklı zamanlarda gerçekleşmişse, ilk suçun işlendiği zamandan başlamalıdır.²² Çünkü, hukuk düzeni ilk kez o zaman ihlal edilmiştir.

4. Af Açısından

Af, kendi içinde genel af ve özel af şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Genel af; kamu davasının bütün neticeleriyle ortadan kaldırmaktadır (TCK m. 65/1). Bu nedenle, fikri içtima kapsamına giren suçlardan biri, genel af kapsamına girerse, artık söz konusu suç hiç işlenmemiş sayılacağından, fikri içtimadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Özel af; sadece cezayı (ceza ilişkisini) ortadan kaldırır (TCK m. 65/2) . Bu nedenle, suçun varlığına engel olmadığından, fikri içtimanın oluşumuna da engel teşkil etmeyecektir.

5. Şikayet Açısından

Şikayet, takibi şikayete bağlı suçlarda, suçtan zarar gören kişinin, yetkili makamlara, suç teşkil eden fiilin takip edilmesini istemesidir. Mağdur hüküm kesinleşinceye kadar şikayetini geri alabilir (TCK m. 73/4). Şikayetin geri alınmasının hüküm doğurabilmesi için, şikayet edilen kişinin kabulü gerekir (TCK m. 73/6). Fikri içtima kapsamına giren suçlardan biri şikayete tabi ise, mağdur süresi içinde şikayetini geri alır ve şikayet edilen kişi de bu geri almayı kabul ederse, artık soruşturulacak veya kovuşturulacak bir suç kalmayacağından, fikri içtima da söz konusu olmayacaktır. İhlal edilen diğer hüküm re'sen kovuşturuluyorsa, şikayetin geri alınmasına rağmen bu suçtan kovuşturma yapılır.

6. Uzlaşma Açısından

Uzlaşma, CMK'nın 253. maddesinde düzenlenmiştir. Uzlaşmayı kısaca özetlemek gerekirse, kural olarak takibi şikayete bağlı suçlarda, failin suçu kabullenip, mağdura verdiği zararı tamamen veya kısmen ödemeyi önerir, mağdur da bu teklifi kabul eder ve aralarında anlaşırlarsa, soruşturma aşamasında, Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer

²² Fiandaca/Musco, *a. g. e.*, s. 611.

olmadığı, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme, düşme kararı verir. Fikri içtima kapsamına giren suçlardan biri uzlaşma kapsamına girer ve taraflar uzlaşırlarsa, artık, soruşturulacak veya kovuşturulacak bir suç kalmayacağından, fikri içtima da söz konusu olmayacaktır. İhlal edilen diğer hüküm re'sen kovuşturuluyorsa, şikayetin geri alınmasına rağmen bu suçtan kovuşturma yapılır.

VI. SONUÇ

1. 5237 sayılı kanunu 44. maddesinde kabul ettiği fikri içtima, farklı nev'iden fikri içtima şeklidir. Dolayısıyla, yeni kanun, aynı nev'iden fikri içtima halini, fikri içtima kapsamı içinde kabul etmemiştir. Aynı nev'iden fikri içtima hali; 43. madde, iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; aynı nev'iden fikri içtima hali kapsamında işlenen, kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkence suçlarında, gerçek içtima kuralları uygulanacak, diğer hallerde, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. 765 sayılı kanunda, sadece, farklı nev'iden fikri içtimanın kabul edildiği şeklinde açık bir hüküm bulunmamakta ve dolayısıyla, Yargıtay, hem aynı nev'iden fikri içtima hem de farklı nev'iden fikri içtimayı kabul etmekteydi.

2. 5237 sayılı kanunun konuyu düzenleyen madde gerekçesi, fiil kelimesine hareket anlamı vermektedir. Kanun, yürürlüğe girdikten sonra, gerekçeden bağımsızdır. Gerekçe sadece, yorumlamada başvurulabilecek yollardan birini oluşturur. Bu nedenle, fiil kelimesinden, hareket anlamı çıkarma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Örneğin, A, B'yi yaralamak kastıyla bir tokat atsa ve fakat, B, kafasını set bir cisme çarparak ölse, A'nın cezai sorumluluğu nasıl tespit edilecektir? Ortada, ilk önce yaralama ve daha sonra ölüm şeklinde kanunun iki farklı hükmü ihlal edilmekte ve iki somut netice bulunmaktadır. TCK'nun 23. maddesinde bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmasaydı, konu, meydana gelen daha ağır neticenin, ilk yaralama fiili sonucu meydana geldiği tespit edilirse, hareket tek ama netice birden çok olduğundan, fikri içtimanın varlığına göre çözümlenmelidir. Bu örnekte, hareket görüşüne katılmak zorunluluğu doğmaktadır.

3. Fikri içtima konusudna en fazla tartışma, fiil kelimesine verilen anlamda çıkmaktadır. 5237 sayılı kanun, fikri içtimayı 44. maddede düzenlemiştir. Bu düzenlemede, *'işlediği bir fiil ile..'* ifadesine yer ve-

rilmiştir. 765 sayılı kanunun 79. maddesinde de ‘işlediği bir fiil’den bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu yasanın yürürlükte bulunduğu zamandaki tartışma bugün de hala geçerliliğini korumaktadır. 5237 sayılı yasa, bu anlamda sorunu çözümleyici bir yenilik getirmemiştir. 5237 sayılı yasanın getirdiği yenilik, 765 sayılı yasanın ‘*kanunun muhtelif ahkamını ihlal eden kimse*’ ifadesi yerine, ‘*birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kimse*’ ifadesini kullanmış olmasıdır. Tek fark 5237 sayılı yasanın, sadece ‘*birden fazla*’ ifadesini kullanmasında yatmaktadır. Ancak, zaten bu anlam, eski yasanın düzenlemesinden çıkmaktadır. Dolayısıyla öze ilişkin bir fark yoktur.

4. Fikri içtima terimi, kanuna genel anlamda hakim olan, ‘*terimlerin öz Türkçeleştirilmesi*’ felsefesine uymamaktadır. Mesela, müteselsil suç, müessir fiil terimleri kaldırılmış olmasına rağmen içtima terimi kaldırılmamıştır. Fikri içtima yerine, ‘*fikri birleşme*’ denilebilirdi.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2006.
- Antolisei, F., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 1994.
- Bettiol, Giuseppe, *Diritto Penale*, Padova, 1978.
- DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in Riv. Process.pen., 1960
- Delitala, *Concorso di norma e concorso di reati*, in Riv.it. 1934
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2005.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, İstanbul, 1999
- Fiandaca, Giovanni/ MUSCO Enzo, *Diritto Penale, Parte Genrale*, Bologna, 1995
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2005.
- İçel, Kayıhan, “Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme”, *İ.H.F.D.*, 1964, Cilt XXX, Sayı 1-2.
- Kunter, Nurullah, “Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi”, *İ.H.F.M.*, 1948, Cilt XIV, Sayı 1-2.
- Leone, Giovanni, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933
- Özgenc, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, Ankara, 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Ankara, 2005.