

**CEZA HUKUKUNDA YÖNTEM SORUNU
OLARAK “SUÇLARIN İÇTİMAI” TEŞEBBÜS
AŞAMASINDA KALMIŞ LEX SPECIALIS
İLE TAMAMLANMIŞ LEX GENERALISİN
BİRLEŞMESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**
CONCURRENT CRIMES AS A METHODOLOGICAL ISSUE IN
CRIMINAL LAW AN EVALUATION ON THE CONCURRENCE OF
ATTEMPTED LEX SPECIALIS AND COMPLETED LEX GENERALIS

Bedirhan Erdem*

*Bu makale, 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş depreminde yitirdiğimiz
2017 Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mezunlu Ege Okant’ın
aziz anısına armağan edilmiştir.*

Özet: Hukuk yöntembilimi, iki temel sorun üzerine kuruludur: Hukukun bulunması ve hukukun uygulanması. Ceza hukukunda “suçların içtimaı”, bu ikinci sorun alanı içerisinde yer almaktadır. Bu kavram, aynı ceza uyumsuzluğunun çözümüne uygulanacak birden fazla ceza normunun nasıl birlikte uygulanacağına ilişkin sorunun da çözümünün de ifadesidir. Birden çok ceza normunun bir araya gelmesi sorununun, kusur ilkesi ve yasallık ilkesi çözecektir. Ayrıca hukuk yöntembilimine dair bu tartışmada, TMK’nın başlangıç hükümleri de dikkate alınacaktır. Bu yöntembilimsel tartışma, sınırlandırılmadığı zaman makale niteliğini kaybetme tehlikesini barındırır. Bu nedenle ceza hukukunda yöntem sorunu olarak “suçların içtimaı” tartışması, *lex specialis* tanımladığı suçun teşebbüs aşamasında kalması ve aynı anda *lex generalis* tanımladığı suçun tamamlanması durumuna özgülenmiştir. Bu özgüleme, ceza hukukunda “görünüşte içtima” ve “fikri içtima” başlıkları altında çözümlenirken, beraberinde iki yeni sorun getirir. Bunlar, “tüketen-tüketilen norm ilişkisi”nin sahiden normlar arasında dışlama ilişkisini tesis edip etmediği ve TCK m. 43/1 c. 3’ün TCK m. 44’ün uygulanmasına engel oluşturup oluşturmadığıdır. Bu iki soru işaretini açığa kavuşturan yine yöntembilimsel ilkeler olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İçtima, *lex specialis*, *lex generalis*, *lex consumens*, Kusur ilkesi, Yasallık ilkesi, Teşebbüs

* Doktora Öğrencisi, Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bedirhan.erdem@hu-berlin.de, ORCID: 0000-0002-8833-1757, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.06.2023, Kabul Tarihi: 30.10.2023

Abstract: The legal methodology is constructed upon two fundamental issues: finding the law and applying the law. The concurrence of crimes in criminal law pertains to the second issue. This term stands not only for the question “how the accumulating criminal norms can be applied for the solution of the legal problem at hand” but also stands for the answer to this question. It will be demonstrated within this article that the principles “*nulla poena extra culpam*” and “*nulla poena sine lege certa*” resolve the issue of applicability of concurrent criminal norms. In addition, the introductory provisions of the Turkish Civil Code, which shed light on the topic, will also be examined within this discussion concerning legal methodology. On a separate note, this methodological discussion has been limited not to exceed the scope of an article. Therefore, the discussion on the concurrence of crimes as a methodological issue in criminal law has been narrowed down to the issues of attempted *lex specialis* and completed *lex generalis*. These issues will be addressed under “pseudo-concurrence” and “ideal concurrence” titles. Consequently, these evaluations will introduce two new discussions: whether “*lex consumens derogat legi consumptae*” actually causes the relationship of exclusion between the norms and whether Art. 43/I s. 3 Turkish Penal Code constitutes an obstacle to the application of Art. 44 Turkish Penal Code. These discussions will be examined in light of methodological principles.

Keywords: Concurrence, *lex specialis*, *lex generalis*, *lex consumens*, The Guilt Principle, *Nulla Poena Sine Lege*, Attempt

GİRİŞ

Bu çalışmanın temel sorusu şudur: Özel ceza normunda (*lex specialis*) tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda (*lex generalis*) tanımlanan suçun tamamlandığı bir olayda ceza hukuku nasıl uygulanacaktır? Bu temel soru şu iki alt soruyla bağlantılı olarak sorulmaktadır: (i) Özel ceza normunun uygulanma alanı, teşebbüs normu ile genişletildiğinde de söz konusu iki ceza normu arasında özel-genel norm ilişkisi devam etmekte midir? (ii) Eğer bu iki norm arasında özel-genel norm ilişkisi devam etmiyorsa, bu iki ceza normu somut olaya nasıl uygulanacaktır? Bu sorular, özellikle iki olay grubu üzerinden tartışmaya açılacaktır: (i) Failin aynı mağdura karşı hem öldürme suçuna teşebbüs etmesi hem kasten yaralama suçunu işlemesi, (ii) Failin aynı mağdura karşı hem nitelikli cinsel saldırı¹ suçuna teşebbüs etmesi hem de cinsel saldırı suçunun temel biçimini işlemesi. İlk olay grubu, iki ayrı suç tipi arasındaki; ikinci olay grubu, temel suç

¹ Çalışma boyunca “nitelikli cinsel saldırı suçu”, yalnızca TCK m. 102/II’de düzenleme bulan “vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle” cinsel saldırı suçunu ifade etmektedir.

ile nitelikli suç tipi arasındaki ilişkinin incelenmesini gerektirmektedir. Aslında Türk ceza hukuku öğretisinde ikinci olay grubu “nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs olanaklı mıdır?” sorusu üzerinden tartışılmaktadır. Bu çalışma, öncelikle Türk ceza hukuku öğretisinin ikinci olay grubu yönünden yaptığı tartışmayı “teşebbüs” düzleminden “içtima” düzlemine taşımayı hedeflemektedir. Böylelikle bir yandan Türk ceza hukukunun uygulanması sırasında, hukuksal sorunun nitelendirilmesinde ortaya çıkan güncel sorunlar saptanırken diğer yandan ceza hukukunda suç tanımı öngören ceza normlarının bir araya gelmesinin çözümü (*suçların birleşmesi*) hukuk yöntembilimi içerisinde açığa kavuşturulacaktır.

Çalışma boyunca Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) yer alan “içtima” sözcüğünden kaçınılarak “birleşme” terimi kullanılacaktır. Bunun nedeni Arapça sözcüğü Türkçeleştirmek değildir. Nitekim “içtima”nın Türkçesi “toplanma”dır. Bu terim seçiminin nedeni, Türk ceza yasa koyucusunun, “*suçların içtimai*” başlığının altında salt olarak zincirleme suç ve fikri içtimayı kabul etmesidir. Yasa koyucuya göre, normların dışlayıcı yarışması, “görünüşte” bir içtimadır ve suçların içtiması başlığına ait değildir. Yine yasa koyucuya göre, suç öngören ceza normlarının birbirinden serbest ve bağımsız biçimde olaya uygulanmasını ifade eden “gerçek içtima” kuraldır ve suçların içtiması ondan ayrılır. Nitekim, Türk ceza hukuku öğretisinde çoğunluk görüşü, “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” (*quot crimina, tot poena*) ifadesinin ceza hukukunun temel ilkesi olduğunu ve suçların içtimasının bu ilkedен ayrıldığını savunmaktadır.²

² Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Adalet Yayınevi, s. 859; Büşra Sevd e Çubukçu, “Türk Ceza Hukuku’nda Görünüşte İçtima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, C. 14, S. 154, s. 1182; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017, Adalet Yayınevi, s. 604, 636 vd; Mahmut Koca, “Fikri İçtima”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2007, C. 2, S. 4, s. 197; Mahmut Koca ve İlhan Üzülm ez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, s. 516; İzzet Özg enç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, s. 666; “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimai”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)*, 2014, C. 2, S. 1-2, s. 31; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, § 6 kn. 672, 675; Ali Rıza Töngür ve Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, Adalet Yayınevi, s. 336; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, s. 572. “Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” ifadesinin dilbilim ve yasama tekniğ i yönünden eleştirisi için bkz. Metin Feyzioğ lu ve Devrim Güngör, Feyzioğ lu Metin ve Devrim Güngör. “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142/4”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2007, C. 56, S. 1, s. 142. Fikri içtimanın, “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç

Oysa içtima, yargıcın, yargılanacak uyumsuzluğa dair maddi sorunu net biçimde saptayıp ardından hukuki sorunun çözümüne geldiğinde, uygulayacağı birden çok suç tanımı öngören ceza normunu somut olaya nasıl uygulanacağına ilişkin bir yöntem sorunudur. Suç öngören ceza normlarının içtması, yargılanacak uyumsuzlukta hukuksal sorunun çözümüne gelindiğinde normların bir araya gelmesi, toplanması sorunun yöntemsel ifadesidir.³ Bu yönden, normların dışlayıcı yarışmasında, “zaten uygulanacak ceza normu tekti” ya da “bir araya gelen birden çok norm yoktu; aksine tek norm söz konusuydu” demek veya “gerçek içtima”da “normlar birbirinden bağımsızca uygulandığı için bir topla(n)ma söz konusu değildi” demek, ceza hukukunun uygulanmasına ilişkin yöntem sorununu, hüküm sonrası, *ex-post* bakış açısıyla kavramak anlamına gelir. Oysa başlı başına bir yöntem ve yorum sorunu olan “içtima” yargıcın hukuku uygulayacağı ana gitmeyi, *ex-ante* bakış açısını şart koşar. Türk ceza yasa koyucusu, “içtima” terimini, *ex-post* değerlendirmeye kavramsallaştırmıştır. Yasa koyucunun düştüğü yöntemsel yanılğı nedeniyle bu çalışmada, üst başlık olarak “içtima” teriminden kaçınılmıştır. “İçtima”nın doğrudan çevirisi olan “toplanma” yerine “birleşme” teriminin kullanılmasının nedeni, “birleşmek” yüklemine semantik yönden zengin olmasıdır. Hem yöntemsel sorunu hem de sorunun çözüm yöntemini en net ifade eden ve bunları ortaklaştıran Türkçe sözcük “birleşme”dir.⁴

Yöntem sorunu olarak suçların birleşmesi, ceza uyumsuzluğunun çözümü için suç tanımı öngören birden çok ceza normunun bir araya gelmesini ifade eder. Bu sorunun çözüm yöntemi olarak suçların birleşmesi, üç ayrı yöntemi ifade eder: (i) Bir araya gelen ceza normlarından birisinin diğerini dışladığı kabul edilerek uygulanacak normun “bir” (tek) duruma gelmesi (*normların dışlayıcı yarışması*),⁵ (ii) bir araya gelen

tane suç varsa o kadar ceza vardır” söylemine istisna olduğu yönündeki görüşün değerlendirilmesi için aşağıda bkz. dn. 14.

³ Tristian Barczak, “Normenkonkurrenz und Normenkollision”, *Juristische Schulung* (JuS), 2015 H. 11, s. 970.

⁴ “Birleşme” sözcüğü, sorun ile çözüm (soru ile yanıt) arasındaki hermeneutik dönüğün gösterilebilmesi için daha uygundur. Soru ile yanıt arasındaki hermeneutik dönüşüme ilişkin bkz. Hans-Georg Gadamer, *Gesammelte Werke* 1, Hermeneutik I, Tübingen 1990, Mohr Siebeck, s. 379 vd.

⁵ Adlandırmaya yönelik tartışma için bkz. Ruth Rissing-van Saan, “Vor § 52” un “§ 52 StGB” in Leipziger Kommentar StGB Online (LK-StGB) (De Gruyter Online-Datenbank), Vor § 52 Rn. 89; Detlev Sternberg-Lieben und Nikalous Bosch,

ceza normların cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında ortaklaştırılarak “birlik” durumuna gelmesi (*fikri içtima*), (iii) bir araya gelen normların birbirlerinden bağımsız ve serbest biçimde ayrı ayrı uygulanması için “toplam bütün” durumuna gelmesi (*gerçek içtima*). Bu üç yöntemden hangisinin yargıç tarafından seçilmesi gerektiği, suçların birleşmesinin temel, ilkesel dayanakları tarafından belirlenmektedir.⁶ Bu nedenle bu çalışmada, ilk önce suçların birleşmesinin temel dayanakları netleştirilecektir. Bu netlik, Türk ceza hukuku öğretisinde egemen olan görüşün aksine, suçların birleşmesinin temel dayanağının *ne bis in idem* ya da tek başına davranış birliği (*Handlungseinheit*) olmadığı; birleşmenin, çifte değerlendirme yasağından ve yasallık ilkesinin alt ilkesi olan belirlilik ilkesinden kaynaklandığı ortaya koyularak sağlanacaktır.

Suçların birleşmesinin temel dayanakları açıklandıktan sonra, çalışmanın başlangıç sorusu, önce normların dışlayıcı yarışması, sonra fikri içtima yönünden tartışmaya açılacaktır. Bu kapsam içerisinde, özellikle “normların dışlayıcı yarışması” başlığı altında, niçin “tüketen-tüketilen norm ilişkisi”nin yerinin olmadığı açıklanacaktır. Buna ek olarak fikri içtimanın uygulanmasına TCK m. 43/I c. 3’te düzenlenen “aynı suç” varsayımının engel oluşturmayacağı, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1/I uyarınca ve Türk ceza hukukuna egemen yasallık ilkesi yönünden gerekçelendirilecektir.

I. SUÇLARIN BİRLEŞMESİNİN İKİ TEMEL DAYANAĞI

Suçların birleşmesi, aynı türden tipikliğin ya da farklı türden tipikliklerin birden çok kez gerçekleştirilmesi durumunda, gerçekleştirilen tüm tipikliklerin hukuk düzeninde ifade ettiği ihlal edicilik ve failin bu ihlal ediciliğin bütününe konu edinen kusuru ölçüsünde cezanın be-

“§§ 52-55 StGB (Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen)” in Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB), (München: Verlag C. H. Beck, 2019), Vor §52 Rn. 102; Ralf Eschelbach, “§ 52 (Tateinheit),” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021), Rn. 1; Mohamad El-Ghazi, El-Ghazi Mohamad, Revision der Konkurrenzlehre- Unrechts- und Schulddivergenzen zwischen Ideal- und Real-konkurrenz, Tübingen 2020, Mohr Siebeck, s. 142; Kayıhan İçel, Suçların İçtimaı, İstanbul 1972, İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 167; Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, C. 14, s. 36 dn. 1.

⁶ Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (AT), 2023, Nomos, § 33 Rn. 4.

lirlenmesi ve bireyselleştirilmesine hizmet eden hukuksal kurumdur⁷. Bu kurum, aynı fail tarafından gerçekleştirilen birden çok tipin varlığı halinde, kusur ve yasallık ilkesine uygun olarak ceza hukukunun uygulanmasını sağlar.⁸ Bu nedenle, suçların birleşmesine ilişkin kurallar, aynı TMK’nin başlangıç hükümlerinde öngörülen kurallar gibi yargıca yönelik yöntem normlarıdır. Fakat yöntem normları olmaları, “birleşme”nin salt yargılama hukukuna ait bir hukuksal kurum olduğu yanılıgısına yol açmamalıdır. Türk ceza yasa koyucusu, bu yanılıgıya kapılarak, gerekçede, -fikri ictima için- “*ne bis in idem*” ilkesine göndermede bulunmuştur. Oysa, suçların birleşmesi en temelde çifte değerlendirme yasağına ve yargıçların kusur ve yasallık ilkesinden kaynaklanan, ceza normlarını belirlilik ilkesine uygun olarak uygulamak (tüketmek) yükümlülüğüne dayanır.⁹

Yargıç, cezayı belirlerken ve bireyselleştirirken, suça ilişkin bir olguyu, birden çok kez dikkate alamaz.¹⁰ Bu kusur ilkesinin gereği-

⁷ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 96, 115-116; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 2; Puppe, AT, § 33 Rn. 1; Ingeborg Puppe, “Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen-Eine Konkurrenzlehre 2.0”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 2020, H. 132, N. 1, s. 20.

⁸ El-Ghazi, Konkurrenz, 96; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 15. Ingeborg Puppe, “Vor § 52 StGB (Die allgemeinen Prinzipien der Konkurrenzlehre), und §52 StGB (Tateinheit),” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB) (Nomos, 2017), Vor § 52 Rn. 2 vd; Thomas Rönnau und Killian Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen”, Juristische Schulung (JuS), 2021, N. 17, s. 18. Karş. Barczak, s. 971.

⁹ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 73; Bernd v. Heintschel-Heinegg, Beck’sche Online-Kommentar StGB (BeckOK-StGB) (München: C. H. Beck, 2022), §52 Rn. 4; Bernd v. Heintschel-Heinegg, “§§ 52-55 StGB (Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen),” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Vor §52 Rn. 15; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 2. Türk ceza hukukunda bu görüşün temsili için bkz. Fikri İctima (Suçların İctimai), Ankara 2013, Adalet Yayınevi, s. 66 vd. Rönnau/Wegner, çifte değerlendirme yasağı ve tüketme yükümlülüğüne ek olarak üçüncü dayanak olarak “fiil ceza hukuku sistemi”ni işaret etmektedir. Yazarlara göre, suçların birleşmesine ilişkin kurallar bütünü, yasa koyucunun ilkesel olarak kabul ettiği fiil esasına dayanan kusur ilkesinden sapamaz. Suçların birleşmesini konu edinen bir kuram, her bir fiil arasındaki sınırını net biçimde çizilebilir ve bu sınırlara göre her bir fiile denk düşen kusur ölçüsünde faili cezalandırma olanağı sunabilmelidir. Rönnau/Wegner, s. 18. Ayrıca aşağıda bkz. dn. 97. Yazarların görüşü isabetli olmakla birlikte, fiil ceza hukuku çifte değerlendirme yasağı ve tüketme yükümlülüğünden bağımsız bir dayanak oluşturmaz. Fiil ceza hukuku sistemi, çifte değerlendirme yasağına ve tüketme yükümlülüğüne hukuki geçerlilik kazandıran kusur ilkesine içkindir.

¹⁰ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 4, 5; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 16; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 2, 3; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102.

dir.¹¹ Diğer yandan yargıcı, başkaca suç oluşturan, kusuru etkileyen ya da cezayı ağır kılacak olguları, sanık salt bundan başka daha ağır bir suç işledi diye keyfi biçimde göz ardı edemez.¹² Bu yasallık ilkesinin gereğidir.¹³ Bu yönden suçların birleşmesi, doğrudan doğruya, ne *von Liszt*'in sloganlaşmış “suç, fiil demektir; tek fiil varsa, aynı biçimde tek suç vardır”¹⁴ cümlesine ne de kesin hükmün yargı otoritesini anlatan “*ne bis in idem factum*” a dayanır.

¹¹ Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 3. Alman ceza hukuku öğretisinde, v. Heintschel-Heinegg, kusur ilkesinin, fiilin ihlal ediliğini, kusuru oluşturan alan içerisinde sınırladığını ileri sürmektedir. Bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 6; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 17. Ölçülülük ilkesi yönünden değerlendirme için bkz. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102.

¹² v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 4, 6; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 17; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 2.

¹³ Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4.

¹⁴ Bu ifadenin tarihsel kökeni için bkz. Ingeborg Puppe, “Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz- Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatmehrheit i.S. der h.L.”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2007, N. 6, s. 254 dn. 3. Tarihsel olarak, aynı türden tipikliğin ya da farklı türden tipikliklerin birden çok kez gerçekleştirilmesi durumunda, hangi tipikliğe göre ceza verileceği sorunu iki uç anlayışı beraberinde getirmiştir. Karş. Rönnau/Wegner, s. 17. İlki -Türk öğretisindeki çoğunluk görüşün “temel prensip” olarak değerlendirildiği- “ne kadar suç o kadar ceza” ifadesinde kendini bulan yığınlaşma (Kumulation) anlayışıdır. İkincisi, -Türk öğretisinin bu “temel prensip” olarak değerlendirdiği yaklaşıma istisna olarak kabul ettiği- “en ağır suçtan cezalandırılır” ifadesinde kendini bulan erime (Absorption) anlayışıdır. Türk öğretisi ilk yaklaşımı genel kural; ikinci yaklaşımı fikri içtimanın temelinde yatan ayrık kural olarak değerlendirmektedir. Yukarıda bkz. dn. 2. Oysa fikri içtimanın varlık koşulunu egeyen öğretinin “fiil tekliği”, daha doğru kavram seçimiyle davranış birliği (“davranış” sözcüğü için herkesten önce bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2021, Savaş Yayınevi, s. 133 vd) üzerinden aramasının altında yatan neden tam olarak “ne kadar suç, o kadar ceza” ifadesinin kendisidir. Karş. Nurullah Tekin, “Fikri İçtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansımaları”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2010, C. 5, S. 13, s. 169. Davranışın tek olmasından yola çıkan Türk öğretisi görüşü, fikri içtimayı, birden çok suç gerçekleştiren tek bir “fiil”le saptamaya çalışmakta ve tek bir suç tanımı öngören ceza normundan yaptırımı kabul etmektedir. Bu sayede, tam olarak tek davranış ile tek ceza arasındaki bağlantıyı kurabilme çabası içine girmektedir. Öğreti “istisna” olarak fikri içtimayı gösterse de aslında, “temel prensip” olarak adlandırıldığı, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve 20. yüzyıl Alman öğretisi görüşü uyarınca fikri içtima kurumunu anlamlandırmaktadır. TCK gerekçesinde ve Türk öğretisinde çoğunluk görüşünün aksine von Liszt ve Mezger’de (bkz. Puppe, ZIS 2007, 254 dn. 3) ifadesini bulan bu “temel prensip” suçların birleşmesine egemen genel-geçer bir ilke değildir. Bu, yalnızca yöntemsel bir yaklaşım türüdür. Bu nedenle suçların birleşmesinin başkaca yöntemlerle yorumlanmasının önünde hiçbir engel yoktur. Başkaca yöntemlerin önünde engel oluşturan bir “temel prensip”ten söz edilemez. Dahası ceza hukukunun uygulanmasının sınırlarını çizen yasallık ilkesine ve kapsamını belirleyen kusur ilkesine aykırı “prensip”ler türetmek de anayasaya aykırı olacaktır.

Çifte Değerlendirme Yasağı: Suçların Birleşmesinin Temel Dayanağının *ne bis in idem* İlkesi Olduğu Görüşünün İsabetsizliği

Çifte değerlendirme yasağını, *ne bis in idem* minyatür biçimi (*Miniaturform*) olarak değerlendiren¹⁵ ya da çifte değerlendirme yasağının *ne bis in idem* maddi ceza hukukundaki uzantısı olduğunu savunan¹⁶ görüşler, suçların birleşmesi ile *ne bis in idem* arasında dolaylı bir ilişki kurmaktadır. Ancak *ne bis in idem* başvuran Alman ve Türk ceza hukuku öğretisindeki bu görüşler isabetsizdir.¹⁷ Bu isabetsizlik üç ayrı şekilde gerekçelendirilebilir.

Birinci olarak, *ne bis in idem* yargılama makamının verdiği hükmün kesinleşmesine, o hükmün yargı otoritesine ilişkin sorunlara yönelik geliştirilen ve yalnızca normatif, değer odaklı gerekçelendirilebilen bir ilkedir.¹⁸ Çifte değerlendirme yasağının temeliyse, *ne bis in idem* ilkesindeki gibi, normatif ya da değer odaklı değildir. Bu yasak, oldukça basit bir mantık kuralına dayanır.¹⁹ Bir varlığın koşul nedeni, o varlığın var ya da yok olarak nitelendirilmesine yarar; bu koşul nedenin kendisi o varlığı nicelemez. Çünkü bu koşul neden, o varlık var olduğu sürece o varlığın her bir zerresinde zaten var olmayı sürdürecektir. Bu zorunluluk nedeniyle, bu koşul neden, varlığın niceliğini saptayamaz, niceliğin saptanmasında yardımcı da olamaz. Bunu cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi yönünden değerlendirsek, bir ceza aralığına başvurmak için koşul olan bir öge aynı anda o ceza aralığının içerisinde somut bir cezayı belirleyemez.²⁰ Çünkü

¹⁵ v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 16. Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 74.

¹⁶ Ne bis in idem başvuran öğretisi görüşlerin detaylı incelemesi için bkz. Christian Fahl, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, Berlin 1996, Duncker & Humblot, s. 20.

¹⁷ Alman ve Türk öğretilerindeki bu görüşün saptanması ve eleştirisi için Alman hukukunda herkesten önce bkz. Fahl, s. 20, Türk ceza hukukunda herkesten önce bkz. Göktürk, s. 70.

¹⁸ Luis Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft- Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015, Duncker & Humblot, s. 117 vd; Fahl, s. 21.

¹⁹ Stefan Maier, “§ 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung),” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Rn. 530.

²⁰ Fahl, s. 27 vd. Karş. Ralf Eschelbach, “§ 46 (Grundsätze der Strafzumessung),” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021), Rn. 205; Franz Streng, “§ 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung),” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB) (Nomos, 2017), Rn. 125; Maier, MüKo-StGB §46 Rn. 530.

somut cezanın belirlenmesini sağlayan çerçeve, varlıksal olarak suçun o koşul unsuruna ilişkin ögeye bağlıdır ve somut ceza saptandığı anda, bu öge de kendiliğinden o saptamanın içerisinde bulunmak zorundadır.²¹

İkinci olarak, *ne bis in idem*in sınırlarını çizen, kapsamını belirleyen *ubi non accusator, ibi non iudex* ilkesi gereği iddianamenin konusudur.²² Çifte değerlendirme yasağının kapsamını çizen, konusunu belirleyen ise suç tanımı öngören ceza normunun uygulanması için gereken koşul öğeleri dış dünyada gerçekleştiren en az (minimum) içeriğe sahip fiildir.²³ İlki, savcı tarafından bireyselleştirilmiş (ferdileştirilmiş) fiil iken; ikincisi, o suçu işleyecek herkes yönünden geçerli olan, yasa koyucunun belirlediği soyut fiil kalıbıdır.

Üçüncü olarak, *ne bis in idem* ilkesinin hukuken geçerliliği üç ayrı biçimde gerekçelendirilir: (i) (mahkûm edilenler yönünden) kusurluluğun devletin yargılama erkinin kurduğu hüküm ile tüketilmesi/söndürülmesi (itfa),²⁴ (ii) (aklananlar yönünden) yargılamaya katlanma yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucu kuşkunun tamamen sona erdirilip, o kimsenin eski durumuna getirilerek bir daha aynı kuşkuyla muhatap edilmemesi,²⁵ (iii) yargılama adaletinin sağlanması gereği olarak artık yargılananın bu kesin hükmün “isabetliliğine (doğruluğuna)” olur verdiğinin kabulü.²⁶ Temelini basit bir mantık kurallında bulan çifte değerlendirme yasağı, normatif olarak geçerliliğinin kaynağını ise doğrudan doğruya “kusur ilkesi”nde bulur.²⁷ *Ne bis in idem*in geçerlilik nedenlerinden ilki, yani kusurluluğun hüküm ile söndürülmesi de esasen kusur ilkesine ilişkindir. Ancak *ne bis in idem* ile çifte değerlendirme yasağı, kusur ilkesinin iki ayrı işleviyle²⁸ geçerlilik kazanır. Devlete yönelik *ne bis in idem*le getirilen yasak, kusurun ceza

²¹ Streng, NK-StGB § 46, Rn. 125; Maier, MüKo-StGB §46 Rn. 530.

²² Greco, s. 407-408.

²³ Detaylı bilgi için aşağıda bkz. Başlık II. a.

²⁴ Greco, s. 371.

²⁵ Greco, s. 312 vd, 372.

²⁶ Greco, s. 251, 372.

²⁷ Mohamad El-Ghazi, “Der Anwendungsbereich des Doppelverwertungsverbot”, JuristenZeitung (JZ), 2014, H. 69, N. 4, s. 182; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §46 Rn. 137.

²⁸ El-Ghazi, JZ 2014, s. 83; Michael Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, Berlin 2015, Duncker & Humblot, s. 72-73.

“kurucu” işlevinden²⁹ (*nulla poena sine culpa*) türetilirken, çifte değerlendirme yasağı, kusurun cezayı “belirleyici ve sınırlayıcı işlevi”nden (*nulla poena extra culpam*) türetilir.³⁰ İlkinde, devlete “sanığı çoktan yargıladın ve hükmü verdin, artık onun kusuru yok!” denirken; ikincisinde, “sanık hakkında cezaya hükmederken suçun unsurlarına ilişkin onun lehine ve aleyhine olan ögeyi bir daha değerlendirip cezayı kusur ölçüsünden saptırma!” denilmektedir.

Bu üç gerekçe karşısında *ne bis in idem* ile çifte değerlendirme yasağı arasında bağlantı kurarak, suçların birleşmesinin temelini, dolaylı olarak *ne bis in idem* ilkesi olduğunu savunmak olanaklı değildir. Bir olasılık, Türk ceza hukuku öğretisindeki çoğunluk görüşü ve Türk ceza yasa koyucusu, *ne bis in idem*i Türkçe karşılığı olan “çifte yargılama ve cezalandırma yasağı” üzerinden değerlendirmiş ve “çifte değerlendirme yasağı”na adlandırma olarak benzediğini düşünmüş olabilir. Yalnızca bu konuda egemen öğreti görüşü ve Türk ceza yasa koyucusu kısmen de olsa haklıdır: Bu iki yasak arasındaki tek ama yalnızca tek benzerlik, adlandırmaların içerisinde “çifte” ve “yasak” sözcüklerinin bulunuyor olmasıdır.³¹

Çifte değerlendirme yasağı ile kusur ilkesinin bağlantısına detaylı bakıldığında, cezanın belirlenmesinde bir kez göz önüne alınıp değerlendirilen bir ögenin, ilk seferdeki bu değerlendirme sonucunda failin kusuruyla olan bağlantısını yitirdiği görülür.³² Hukuka aykırı ve kusurlu biçimde tipikliğin gerçekleştirilmesi, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde başvurulacak kusurluluğun özünü oluşturur.³³

²⁹ Kusur ilkesini anayasa hukuku yönünden detaylı biçimde tartışan Almanya Federal Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 25, 269 (285); BVerfGE 45, 228; BVerfGE 90, 173; BVerfGE 120, 241; BVerfGE 123, 413.

³⁰ *nulla poena sine culpa*, kusurun cezayı kurucu işlevine yönelikken, *nulla poena extra culpam*, kusurun cezayı belirleyen ve sınırlayan işlevine yöneliktir. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 81, 86; Hettinger, s. 72-73.

³¹ Türkçe adlandırmalarında sözcüklerin kısmen aynı olmasından yola çıkarak, *ne bis in idem* ile çifte değerlendirme yasağının “aynı mantığın ürünü” ya da “benzer nitelikte” oldukları hakkındaki görüş için bkz. Erdal Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 20, S. 2, s. 114-115; Irmak Koruculu, Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, s. 160.

³² El-Ghazi, JZ 2014, s. 182; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 91.

³³ El-Ghazi, JZ 2014, s. 182; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 92; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §46 Rn. 137; Hettinger, s. 83. Özellikle yasa koyucu tarafından suçun yasal tanımının yapıldıktan sonra, yine yasa koyucu tarafından bir ceza ara-

İkinci seferde yeniden ele alınan bu öge, failin kusuruna uygun cezada eksikliğe ya da fazlalığa yola açar; çünkü o ögeye ikinci kez failin aleyhine ya da lehine bir etki tanınmış olur.³⁴ Bu da kusur ilkesinin apaçık ihlali olacaktır.

Tüketme Yükümlülüğü

Suçların birleşmesinin çifte değerlendirme yasağından sonraki temel dayanağı, kusur ilkesinden³⁵ ve yasallık ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesinden³⁶ kaynaklanan tüketme yükümlülüğü ya da kuralıdır.³⁷ Devletin yargılama erkine yönelen bu yükümlülük, yasa-

lığının belirlendiği düşünülürse bu ceza aralığının yasal tanıma denk düşen ihlal ediciliğin ve kusurluluğun soyut karşılığı olduğu anlaşılabacaktır. Yasa koyucunun bu ön çalışması, sadece yasallık ilkesine değil; ayrıca kusur ilkesine de dayanır. Çünkü yasa koyucu tipik bir fiilin, farklı ihlal edicilik ve farklı kusur derecelerinde gerçekleştirilebileceğini gözeterek mutlak bir ceza öngörmekten kaçınmış ve bir aralık belirlemiştir. Bu konuda detaylı tartışma için bkz. Hettinger, s. 77 vd, 121. Yasa koyucunun belirlediği bu ceza aralığının, kusur ilkesine dayandığı savı, Türk ceza hukuku öğretisinde Toroslu tarafından şu iki saptamayla ileri sürülmüştür: (i) “(Cezanın) bireyselleştir(il)me(si) faaliyeti yasama aşamasından itibaren başlamakta, hatta bu durum ‘yasama bireyselleştirmesi’ olarak isimlendirilmektedir” (s. 148). (ii) “Cezaların bireyselleştirilmesi ilkesinin ortaya çıkışında iki önemli durum etkili olmuştur. Bunlar(dan ilki) sabit cezalardan belli sınırlar arasında belirlenmiş olan cezalara geçilmesi(dir)” (s. 149). Bkz. Haluk Toroslu, Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, Savaş Yayınevi. Çifte değerlendirme yasağının yargılama-yasama erkleri arasındaki iş bölümüne dayandığı yolundaki görüş ve bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. Fahl, s. 22; El-Ghazi, JZ 2014, s. 180; Hettinger, s. 46 vd.

³⁴ El-Ghazi, JZ 2014, s. 182; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 92; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §46 Rn. 137.

³⁵ Tüketme yükümlülüğünü münhasıran kusur ilkesi temelinde gerekçelendiren görüş için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 80 vd.

³⁶ Tüketme yükümlülüğünü münhasıran yasallık ilkesi temelinde gerekçelendiren görüş için bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4-5. Puppe’nin görüşünün de kusur ilkesi temelinde kurulduğu yönündeki karşı görüş için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 98.

³⁷ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 4; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 17; Karl Lackner, Kristian Kühl und Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl/Heger-StGB) (München: Verlag C. H. Beck, 2023), Vor § 52 Rn. 28; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4. Tüketme yükümlülüğünün kaynağını ceza yargılamasına ilişkin ilkelerde bulan görüş için bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 4. Türk ceza hukuku öğretisinde Göktürk, “Ausschöpfung-sgebot” kavramını “haksızlık muhtevasının tüketilmesi” olarak Türkçeleştirmiştir. Bkz. Göktürk, s. 71. İlgili Türkçeleştirme, kavradığı normatif fenomeni tam olarak karşılayamamaktadır. Tüketmeye ilişkin yükümlülük, hem anayasal olarak ifadesini bulmuş yasallık ilkesinin hem kusur ilkesinin sonucudur. Tüketmenin konusunu fiilin salt ihlal edici içeriği (“haksızlık muhtevası”) değil, en geniş

manın cezalandırılmasını emrettiği fiillerin, yargılamanın keyfiliğine ya da merhametine bırakılmasını önleyerek ceza adaletinin kusur ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlar.³⁸ Belirlilik ilkesi, sadece yasamadan açık ve seçik biçimde suç yaratmasını değil; yargılamadan da açık ve seçik biçimde yasanın hukukunu uygulamasını talep eder. Nitekim yasallık ilkesi özünde devletin tüm erklerine yönelen keyfiliği yasaktır (*Willkürverbot*).³⁹ Yargılama yönünden bu yükümlülüğün

ifadesiyle fiilin hukuk düzeninde bir bütün olarak ifade ettiği ihlal ediciliği ve failin, gerçekleştirdiği tipiklikler yönünden ifade ettiği ihlal edicilik ölçütündeki kusuru oluşturur. Sonuç olarak bu çalışmada, ikinci dayanak olarak Göktürk tarafından yapılan “haksızlık muhtevasının tüketilmesi” çevirisini kullanmak yerine, “belirlilik ilkesinin kaynak oluşturduğu tüketme yükümlülüğü” adlandırması kabul edilmektedir. Karş. Ingeborg Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen- Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung (Idealkonkurrenz), Berlin 1979, Duncker & Humblot, s. 318.

³⁸ Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 74.

³⁹ Giovanni Biaggini, *Verfassung und Richterrecht-verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Basel 1991, Helbing und Lichtenhahn Verlag, s. 287. Karş. Bernd Schünemann, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin 1978, De Gruyter, s. 3; Walter Kargl, *Strafrecht, Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit*, Frankfurt am Main 2018, Nomos Verlag, Rn. 337; Roland Schmitz, “§ 1 StGB (Keine Strafe Ohne Gesetz),” in *Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB)*, Band I, (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Rn. 5. Ayrıca bkz. Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik”, *Kadir Has Hukuk Fakültesi Dergisi (KHASHFD)*, 2022, C. 10, S. 1, s. 137. “Yasallık” fikri, aydınlanmayla birlikte kamu yararını ön plana koyan düşüncenin genel sonucudur. Bu düşünce “sözleşmeci kuram” olarak da bilinir. Bu düşünceye göre devletin ortak iyiyi (allgemeine Beste) hedeflemesi yasayla olanaklıdır. Çünkü ortak iyiyi belirleyen genel iradenin biçim kazanmış hali, yasanın ta kendisidir. Yurttaşların barış ve güven ortamında haklarından yararlanması yasalar aracılığıyla sağlanabilir. Tekin Akıllıoğlu Akıllıoğlu Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1991, C. 24, S. 2, s. 16. Bu düşüncenin doğrudan doğruya ceza hukukuna etki ederek, yasallık tartışmasını suçlar ve cezalar yönünden başlatması tesadüf değildir. Çünkü 17. ve 18. yüzyılda bünyesinde fazlaca eksiklik barındıran ceza yasaları, keyfi suç ve cezalandırmaların önünü açmış ve bu keyfilik, kişilerin yargıçtan yargıca değişen değer yargılarıyla cezalandırılmasına neden olmuştur. Tikel (salt yargıca ait) değer yargısının tümel (yasayla ortaya konmuş) değer yargısıyla yer değiştirmesi (ikamesi) ancak yasallık ilkesiyle gerçekleşmiştir. Öyle ki, suçların ve cezaların yasallığına ilişkin ilk görüşler, (Montesquie, Beccaria, Grolman, Feuerbach) en katı biçimiyle, yani yargıcın “yorum yapma yasağı”nı da kapsayarak, doğmuştur. Bu katı görüş ancak doğumundan tam yüz yıl sonra yargıcı salt altlama otomati (düzeneği) (Subsumtionsautomat) olarak gördüğü gerekçesiyle eleştirilebilmiştir. Regina Ogorek, *Richterkönig oder Sumbsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, Vittorio Klostermann, s. 38, 41, 47-49. Karş. Benjamin Vogel, “Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetlicher Bestimmtheit”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*,

pozitif dayanağı, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 230/I-c ve TCK m. 61/I, X'dur.

Alman öğretisinde bir görüş, isabetli biçimde, bu kavrama hukukun genel ilkesi olan “kimse kendi kusurunda yararlanamaz” özdeyişinin de kaynaklık ettiğini ileri sürmektedir.⁴⁰ En nihayetinde, tüketme yükümlülüğü kavramı, yargıcın tüketici biçimde somut olayda suç oluşturan fiillerin tümünü inceleyip hüküm fıkrasında ve hükmün gerekçesinde göstermesi gereğine işaret eder.⁴¹ Böylece suçun işlenişinde faile yüklenebilen her bir kusur bütünüyle göz önüne alınmış olacaktır.⁴² Alman ceza hukukunda egemen görüş, tüketme yükümlülüğünü, “fikri içtimanın açıklığa kavuşturma işlevi” (*Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz*) olarak da dile getirmektedir.⁴³

Belirlilik ilkesinin kaynaklık ettiği tüketme yükümlülüğü uyarınca, yargıç, mahkûmiyet hükmü aracılığıyla, birden çok yasa hükmünün koşullarını yerine getiren, yani birden çok tipe uygun fiilin, hukuk düzenindeki ihlal ediciliğini⁴⁴ ve failin kusurunu tüketici biçimde or-

2016, H. 128, N. 1, s. 140. Çağdaş Kara Avrupası hukukunda suç ve cezada yasallık ilkesi, olağanüstü dönemlerde dahi sınırlandırılmayacağı için insan onurunun korunmasına ilişkin temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Kargl, W.: *Strafrecht, Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, Nomos, Frankfurt am Main* 2018, Rn. 288, 335. Suç ve cezada yasallık ilkesinin bu nedenle temel hak benzeri olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Schmitz, MüKo-StGB, §1 Rn. 2.

⁴⁰ Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 4; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4.

⁴¹ Puppe, *Idealkonkurrenz*, s. 356.

⁴² El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 97, 116; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 17; Puppe, *Idealkonkurrenz*, s. 19-20.

⁴³ Çünkü hukuksal soruna fikri içtima uygulandığı zaman, normların yarışmasına kıyasla, hükmün gerekçesinde, yargılamanın konusunu oluşturan olayın hukuk düzeninde ifade ettiği ihlal eksiksiz biçimde açıklığa kavuşabilmektedir. Aynı biçimde failin kusuru, fikri içtimayla, yasa koyucunun iradesi uyarınca tüketici biçimde ortaya koyulabilmektedir. El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 74, Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 1; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 27; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 28; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 6; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 90, § 52 Rn. 3. Aksi yönde karşı. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102, § 52 Rn. 2. Karşı. Göktürk, s. 75. Puppe, bu adlandırmanın Alman ceza hukuku öğretisinde ilkin Schröder tarafından yapıldığını ileri sürmüştür. Puppe, *Idealkonkurrenz*, 356, dn. 2. Açıklığa kavuşturma işlevinin, adil yargılanma hakkı ile ilişkisi için bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 7; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 6.

⁴⁴ Ceza kanununa göre failin gerçekleştirdiği tipiklik sonucunda ceza normuyla korunan hukuksal varlığa yapılan hukuka aykırı saldırının hukuk düzenindeki ifa-

taya koymalıdır.⁴⁵ “Soyut ifade etmek gerekirse, ceza hukuku uyarınca yapılan bir değerlendirmede, A-ihlal ediciliği, bunu gerçekleştiren fail aynı anda A-ihlal ediciliğinden daha ağır B-ihlal ediciliğini de gerçekleştirdiği için göz ardı edilemez. A+B ihlal ediciliği tek başına, B ihlal ediciliği A’dan büyüktür

desi, Türk ceza hukuku öğretisinde, Almanca “Unrecht” adlandırmasının doğru-
dan çevirisi olan “haksızlık” adlandırması kullanılarak kavramsallaştırılmaktadır
(bkz. Akbulut, s. 528; Hakeri, 310; Koca/Üzülmez, s. 267; Özgenç, s. 174; Öztürk/
Erdem, § 6 kn. 242; Töngür/Çetintürk, s. 117; Demirbaş, 286; Veli Özer Özbek,
Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara
2022, Seçkin Yayınevi, s. 282. Türkçe, “haklılık” ya da “haksızlık” sözcükleri, failin
gerçekleştirdiği fiile yapılan bir göndermeden daha çok, failin o fiili gerçekleştiren
bir hakka (Eingriffsrecht) sahip olup olmamasını çağrıştırmaktadır. Bu da me-
deni hukuktaki subjektif hukuka aykırılık kuramına benzer bir tanıma yol açarak
doğrudan doğruya faile göndermede bulunmaktadır. Faile göndermede bulunan
“haksızlık” adlandırması, “tipik fiilin, ceza normuyla korunan hukuksal varlığa
gerçekleştirdiği hukuka aykırı saldırının hukuk düzenindeki ifadesi”ni kavram-
sallaştırmak için yetersizdir. Çünkü bu tanım için bulunması gereken kavram, fiil
ceza hukukuna uygun olarak doğrudan doğruya fiile ve fiilin etkileşime girdiği
çevreye göndermede bulunmalıdır. Bu gerekçelerle, çalışmada, İtalyan ceza hu-
kuku öğretisinde, fiil ceza hukuku ve hukuksal varlık kuramı odağında geliştiri-
len, anayasal ilke “Il principio di offensività”dan yola çıkarak “ihlal edicilik”
kavramı kullanılmaktadır. İlkeye ilişkin detaylı açıklama için Donini, Massimo
Donini, “Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi euro-
pei,” in Diritto Penale Contemporaneo Rivista trimestrale 4, (2013): 16. Massimo
Donini, “Das Offensivitätsprinzip. Von der italienischen Strafrechtswissenschaft
zu europäischen Programmen.” in Beiträge zur italienischen Strafrechts- und Krimi-
nalpolitik, herausgegeben von Thomas Vormbaum, LIT Verlag, 2015; Vittorio
Manes, Manes Vittorio, “Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur
Rechtsgutlehre”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 2002,
H. 114, N. 3, s. 720-34. Türk ceza hukuku öğretisinde “ihlal edicilik” kavramının
kullanımına ilişkin herkesten önce bkz. Katoğlu, KHASHFD, 140 vd.

⁴⁵ BGHSt 39, 100 (108). v. Heintschel-Heinegg, “tüketme”nin yargıç tarafından değil,
mahkûmiyet hükmü tarafından sağlandığını ileri sürmektedir. Buna göre, tüket-
me, yargıcın faaliyetinden ziyade yargıcın kurduğu hükmün sonucudur. Bkz. v.
Heintschel-Heinegg BeckOK-StGB §52 Rn. 4; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB
Vor §52 Rn. 27. Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 76. Yazar burada, “kesin hükmün
yargı otoritesinden kaynaklanan suçu ve suçluluğu söndürme, tüketme işlevi”
(Schuldtilgungsfunktion der materiellen Rechtskraft) ile tüketme yükümlülüğünü
(Ausschöpfungsgebot) birbirine karıştırmaktadır. Kesin hükmün yargı otorite-
si, kamu davasının içerisindeki malzeme tam anlamıyla tüketilmiş olsun ya da
olmasın iddianamenin sınırları içerisinde bu işlevini yerine getirir. Greco, s. 371
vd., 700. Oysa tüketme yükümlülüğü, belirlilik ilkesinin yargıca yüklediği bir
görevdir ve erkler ayrılığı ile doğrudan bağlantı içerisinde. Yargıca yüklenen
yükümlülük yönünden ayrıca bkz. Puppe, Idealkonkurrenz, s. 318. v. Heintschel-
Heinegg’in savı şu şekilde anlaşılabilir: Ceza davasıyla yargılama makamının
huzuruna taşınan suç iddialarının tümü göz önüne alındığında, mahkûmiyet
hükmü, iddianameye konu olan fiilin hukuk düzeninde yarattığı ihlalin ve failin
kusurunun eksiksiz ifadesi olmalıdır. Benzer yorum için bkz. Rissing-van Saan,
LK-StGB § 52 Rn. 3.

*diye, B ihlal ediciliğinin içerisinde erimez.”⁴⁶ Sonuç olarak, belirlilik ilkesinin yargılama erkine getirdiği bu yükümlülüğün net olarak ifadesi şudur: “Keyfi yorum ilkeleriyle, işlenmiş olan suçu görmezden gelme! Başlangıçta sorduğumuz soruya dönersek, “öldürmeye teşebbüs, yaralamayı; tamamlanan temel suç, nitelikli suça teşebbüsü **dışlar, tüketir, içerir**” gibi genel geçer deyişlere dayanarak⁴⁷ somut olayda fiilin ihlal ediciliğinin kuvvetini arttıran,⁴⁸ failin kusurunu ağırlaştıran olguları, dahası başkaca işlenen suçları yok sayma! Aksi takdirde hem yasallık hem kusur ilkesini çiğnersin.”⁴⁹*

Ara Sonuç

Birleşme kurumunun temeli, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğüne dayanır. Çifte değerlendirme yasağı, yargılama erkine, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, tek ve aynı olgu ya da olayı birden çok kez değerlendirmemeyi emrederken; tüketme yükümlülüğü, yargılama erkine, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, gerçekleştirilen tipikliklerde aynı unsur bulunsadahi, fail tarafından gerçekleştirilen ihlal ediciliğin ve bu ihlal ediciliği konu edinen kusurun eksiksiz biçimde ortaya koyulmasını emreder.⁵⁰ Yasa koyucu, Türk ceza yasasında “fikri içtima” kurumunu düzenlemiş (TCK m. 44) ve ancak normların dışlayıcı yarışmasına (görünüşte içtima), birleşik suç düzenlemesi (TCK m. 42) dışında, genel-geçer bir kural öngörmemiştir.⁵¹

Ceza hukukunda normların dışlayıcı yarışmasına başvurulduğu durumlarda, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü uyum içerisinde. Nitekim Alman ceza hukukundan Türk ceza hukukuna aktarılan “*görünüşte içtima söz konusuysa fikri içtima uygulan-*

⁴⁶ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 75.

⁴⁷ Başka türden bir yaklaşım örneği olarak, “öldürmeye teşebbüs, kasten yaralamayı tüketerek dışlar; nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs, tamamlanmış cinsel saldırıyı dışlar; çünkü ona göre özeldir” için bkz. Göktürk, s. 248 ve 252. Alman ceza hukuku öğretisinde, aynı yaklaşım örneklerinin saptanması için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 165-166. Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Başlık. III. B.

⁴⁸ İhlal ediciliğin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi yönünden derecelendirilebilir, “az” ya da “çok” biçiminde nicel kılınabilir olduğu konusundaki detaylı tartışma için bkz. Hettinger, s. 111-117.

⁴⁹ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 86, 115. Ayrıca bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 4.

⁵⁰ Puppe, AT, § 33 Rn. 4.

⁵¹ Eleştiri için aşağıda bkz. dn. 115.

maz” kuralının⁵² temelinde yatan da tam olarak bu uyumdur. Çünkü normların dışlayıcı yarışmasında, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü arasında ilkesel bir çekişme (ihtilaf) yaşanmaz. Yargılama erki bu durumda çifte değerlendirme yasağına uyduğu anda tüketme yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmaktadır. Bu uyum nedeniyle, dışlayıcı yarışmayı bir yasa kuralına bağlamak gerekmemiştir.

Bu iki ilke arasında çekişme olduğu durumlar için yasa koyucu fikri içtima hükmünü düzenlemiştir.⁵³ Ne zaman, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü çekişme durumuna geçer;⁵⁴ yani, yasağa uymak yükümlülüğü çiğnemek; yükümlülüğe uymak da yasağı çiğnemek anlamına gelirse, yargıç yasallık ve kusur ilkesine uygun olarak ceza hukukunu uygulayabilmek için “fikri içtima” kuralına başvuracaktır.⁵⁵ Bu yönden fikri içtima hem açıklığa kavuşturma hem uyumlaştırma/düzeltilme işlevine sahiptir.⁵⁶ Bu sonuçlar gereği, çalışmanın girişinde sorulan sorunun yanıtı, önce normların dışlayıcı yarışması sonra fikri içtima yönünden ele alınacaktır. Ancak hem dışlayıcı yarışma hem fikri içtima yönünden soru tektir.⁵⁷ Yargıç ceza hukukunu nasıl uygularsa kusur ve yasallık ilkesi uyarınca çifte değerlendirme yasağını ve/veya tüketme yükümlülüğünü çiğnememiş olur?⁵⁸

⁵² Alman hukuku: El-Ghazi, Konkurrenz, s. 74; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 21; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor § 52 Rn. 62 vd, 77 vd; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 24, 30; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 313 vd; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 8, 49 vd; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 2, 90; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 5, 102, 137 vd. Türk hukuku: Akbulut, s. 890-891; Çubukçu, Terazi HD 2019, s. 1183; Koca/Üzülmez, s. 562; Özgenç, s. 732 vd; Öztürk/Erdem, § 6 kn. 701; Töngür/Çetintürk, s. 355; Demirbaş, s. 572; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 591.

⁵³ Karş. Puppe, Idealkonkurrenz, s. 321.

⁵⁴ Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 76 vd; Puppe, AT, § 33 Rn. 6.

⁵⁵ Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 298, 305; Puppe, AT, § 33 Rn. 6; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 320; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 6-8; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 5 vd. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 79, 96, 298, 305.

⁵⁷ Karş. Puppe, AT, § 33 Rn. 4.

⁵⁸ Gerçek içtimada, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü arasında bir çekişme olmamakta; yargıç doğrudan doğruya tüketme yükümlülüğüne uymaktadır. Çünkü her bir suçun her bir ögesi -hiçbiri birbiriyle kesişmeksizin- ihlal edicilik ve kusur yönünden dikkate alınmasını gerektirmektedir. Karş. Puppe, AT, § 33 Rn. 1. Türk ceza hukukunda, gerçek içtima yoluyla suçların birleşmesine yönelik detaylı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine 5275 sayılı İnfaz Kanunu’nda m. 99’da koşullu salıvermeyle bağlantılı olarak cezaların toplanmasına ilişkin düzenleme mevcuttur.

II. “GÖRÜNÜŞTE İÇTİMA”: CEZA NORMLARI ARASINDAKİ DİŞLAMA İLİŞKİSİ

Ceza hukukunda “görünüşte içtima” dendiğinde anlaşılması gereken normların dışlayıcı yarışmadır.⁵⁹ Dışlayıcı işlev sonucu, dışlanan norm ne hükmün gerekçesinde ne cezanın belirlenmesinde ve bireyselleştirilmesinde karşımıza çıkar.⁶⁰ Bu mantığın gereğidir. Mantıktaki işlem-kaplam ilişkisi düşünüldüğünde, dışlanan norm, dışlayan normun işleminde bulunmaktadır.⁶¹ Normatif olarak bunun anlamı

⁵⁹ Ulrich Klug, “Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1956, H. 68, N. 3, s. 399-400; Sternberg-Lieben/Bosch, *Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102*. Türk ceza hukuku öğretisinde “sadece ‘davranış birliği’nde, normların yarışmasının olanaklı olduğu, davranış çokluğunda kural olarak yarışmanın söz konusu olamayacağı ancak ayrık hallerde yarışmadan söz edilebileceği” görüşü ağırlıktadır. Bu görüşün detayları için bkz. Göktürk, 74, 132; Erkan Sarıtaş, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S. 2, dn. 10. Aksi yönde bkz. İçel, 62. Alman ceza hukuku öğretisinde ise aksi yöndeki görüş (davranış birliğinde de çokluğunda da dışlayıcı yarışmanın olanaklı olduğu görüşü) egemendir: Bu görüşün savunucuları için bkz. El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 147 dn. 38. Bu görüş için ayrıca bkz. Rissing-van Saan, *LK-StGB Vor § 52 Rn. 89, 92*; El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 147-149; Sternberg-Lieben/Bosch, *Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102*.

⁶⁰ v. Heintschel-Heinegg, *BeckOK-StGB §52 Rn. 7*; Puppe, *Idealkonkurrenz*, s. 355. Tamamen aksi yönde bkz. Sternberg-Lieben/Bosch, *Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 103, 137 vd.* Kısmen aksi yönde bkz. Rissing-van Saan, *LK-StGB Vor § 52 Rn. 95*.

⁶¹ Dışlanan normun, dışlayan normun işleminde olması, içtirme ilişkisi (Einschlussverhältnis/Subordination) olarak da adlandırılabilir (Klug, *ZStW 68* (1956), 400). Özel-genel norm ilişkisi yönünden bkz. Eschelbach, *SSW-StGB*, § 52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, *BeckOK-StGB §52 Rn. 9*; v. Heintschel-Heinegg, *MüKo-StGB Vor §52 Rn. 35*. Klug’un yaklaşımının genel değerlendirmesi için bkz. Rissing-van Saan, *LK-StGB Vor § 52 Rn. 93*. Türk ceza hukuku öğretisinde İçel, normların dışlayıcı yarışmasının şu durumu belirttiğini ifade etmektedir: “Fiille ilgili birden çok ceza normu bulunmasına rağmen, bunlardan sadece birinin fiilin hukuka aykırılığını kapsama yönünden yeterli olması durumu” (İçel, s. 167). Bu ifade, normların dışlayıcı yarışmasını mantık ve zorunluluk alanından, değer biçici keyfiliğe taşımaktadır. Bir fiilin hukuk düzenindeki ihlal ediciliğini kapsamak yönünden yeterli olan normu ceza yasasında saptamak, belirlilik ilkesi gereğince yargıcın arzusuna bırakılmış değildir. Belirlilik ilkesi gereği, sadece devletin yasama erkinin değil, yargılama erkinin de belirginleştirme ödevi vardır. Bu konuda ayrıca bkz. BVerfGE 126, 170 (198). Lothar Kuhlen, “Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot”, *FS Otto*, 2007, Carl Heymann Verlag, s. 94, 100; Frank Saliger, “Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2011, H. 6, N. 11, s. 904. Bu nedenle ceza hukukunun uygulanmasında, normlar arasındaki dışlayıcılığın saptanmasında yargısal keyfiliğe yol açacak herhangi bir görüş, yasallık ilkesini görmezden gelmek olacaktır. Bu nedenle, İçel’in tanımı yerinde değildir. Bununla birlikte, normların birbirini dışlamasını sağlayan yorum faaliyeti olduğu ve bu yorum

şudur: Dışlayan normda tanımlanan suçun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan ihlal ve failin kusurluluğu yönünden, dışlanan normda ek olarak gözetilmesi gereken hiçbir öge yoktur.⁶² Bu mantık ilişkisi, bizi, dışlayıcı işleve; dışlayıcı işlev de bizi, yalnızca dışlayan normun somut olayda altlanacağı kabulüne götürür.⁶³ Dolayısıyla, ceza hukukunun uygulanması sırasında, çifte değerlendirme yasağına uymak tüketme yükümlülüğüne aykırılık oluşturmayacaktır.⁶⁴ Ceza hukukunun uygulanması sırasında normlar arasında kurulan dışlayıcı ilişkinin temelini çifte değerlendirme yasağı olduğu anlaşıldığında, yalnızca özel-genel norm arasında kurulan ilişkinin tam anlamıyla dışlama ilişkisi olduğu görülecektir.⁶⁵ Çünkü ögelerinin gerçekleşmesi, bir başka normun (N1) ögelerinin gerçekleşmesine tek yönlü biçimde zorunlu olarak bağlanan norm (N2), bu diğer normla (N1) kurduğu ilişkide tam olarak dışlanabilecektir.⁶⁶

İki normun ögelerinin gerçekleşmesi sırasında ortaya çıkan zorunlu bağlılık, çifte değerlendirme yasağının temelindeki mantıksal kuralın da işletilmesini sağlar ve bunun sonucunda dışlanan olarak

faaliyetinde normların koruma amacının (hukuksal varlık) dikkate alınabileceği kuşkusuzdur. Karş. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102, Klug, ZStW 68 (1956), s. 413. Fakat bunun sınırını TMK m. 1/1 ve ceza hukukuna egemen yasallık ilkesi çizer.

⁶² Puppe, Idealkonkurrenz, s. 355; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 288.

⁶³ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 2; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 8.

⁶⁴ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8. Burada bir konuya da kısaca değinmekte yarar var. Dışlamadan anlaşılması gereken, bir normun hukuk düzeninden dışarı atılması ya da yürürlükten kaldırılması değildir. Normların yarışması, Honig’in çoktan belirttiği üzere “aynı yaşam olayı bu iki yasa kuralına altlanabiliyor olduğu zaman” söz konusudur. “Dışlama”, yürürlükte olan o normun gerçekleşmesinin, somut olayda altlanıp sonuca bağlanmasının engellenmesidir. Nitekim yöntemsel sorun olarak suçların birleşmesi, hukukun bulunması değil; hukukun uygulanmasına ilişkindir. Sonuç olarak, normların yarışması yönünden dışlama ilişkisi, her zaman dışlayan norm ile dışlanan norm arasında ve somut olay ölçütünde kurulur. Tek başına, ilgili normların hukuk düzenindeki yürürlüklerini ifade etmez. Ayrıca, dışlama ilişkisi, ilgili suçların tanımı öngören ceza normlarında saptadığımız tipiklikler arasında değil; bu tipikliklerin gerçekleştirilmeleri (Tatbestandsverwirklichungen) arasında kurulur. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 12; Ingeborg Puppe, “Was ist Gesetzeskonkurrenz?”, Juristische Schulung (JuS), 2016, N. 11, s. 963, 969.

⁶⁵ Puppe, Idealkonkurrenz, s. 355; Puppe, JuS 2016, s. 963.

⁶⁶ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 9. Aynı yönde El-Ghazi, Konkurrenz, s. 176-177, 180; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 8. Ayrıca bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 9; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 35.

adlandırdığımız genel norm, halihazırda dışlayan olarak adlandırdığımız özel normun içerisinde gerçekleşmiş olur.⁶⁷ Bununla birlikte Alman ve Türk ceza hukuku öğretisinde,⁶⁸ tüketen-tüketilen norm ilişkisinin de dışlayıcı bir ilişki olduğu yönündeki görüş egemendir. Ancak

⁶⁷ Bu çalışmada savunulan normların gerçekleştirilmelerinde zorunlu ya da gerekli bağlılık ölçütü yerine soyut olarak salt ögelerin tam örtüşmesi ve öge fazlalığı ölçütünü esas alan görüş, özel-genel normun saptanmasında egemen görüştür. Bkz. Alman hukuku: Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 25; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 98; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 105. Tanım hakkındaki detaylı tartışma için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 156 vd. Türk hukuku: Akbulut, s. 891; Çubukçu, *Terazi HD* 2019, s. 1184; Hakeri, s. 649; Koca/Üzülmez, s. 562; İçel, *Görünüşte İctima*, s. 37, 40; Özgenç, s. 732-733; Öztürk/Erdem, § 6 kn. 702; Töngür/Çetintürk, s. 356; Demirbaş, s. 573. Dışlayıcılığın, özel-genel norm ilişkisinde saptanması için münhasıran kavramsal özdeşlik arayan “ögelerin tam örtüşmesi ve ek bir öge gerekliliği” görüşüne katılmak olanaklı değildir. Çünkü bu görüş mantıksal işlem-kaplam ilişkisini, sadece ama sadece kavramsal aynılık, daha doğru ifadeyle semantik özdeşlik üzerine kurmaktadır. Semantik özdeşlik, ilk basamakta, bir kuralın uygulanmasını sağlayan koşul ögelerin (a1, b1, c1), diğer kuralın uygulanmasını sağlayan koşul ögelerle (a2, b2, c2) özdeş olmasını (a1=a2=A, b1=b2=B, c1=c2=C), tam olarak çakışmasını arar. Bu arayış, hukuk yöntembiliminde genel geçer ilke olan *lex specialis derogat legi generali*yi, yalnızca ama yalnızca yasallık ilkesinin katı biçimde egemen olduğu ceza hukukunda bir anlam ifade etmesi sonucuna götürür. Böylesi bir arayış, daha doğrusu bu biçimsellik, hukukun diğer dallarında işlevsiz kalmaya mahkumdur. Çünkü hiçbir hukuk dalında, devletin yasama erkinin ceza hukukunda olduğu gibi somut yaşam olayına uygulanacak soyut kuralı her bir koşul ögesine kadar titizlikle tanımlama yükümlülüğü yoktur. Bir diğer yandan semantik özdeşlik arayışı, anlamsal olarak aynılığı tipikliğın unsurlarında özdeşlik üzerinden arayarak dilbilimsel olarak büyük bir yanılgıya düşmektedir. Bir koşul ögenin (a1) diğer koşul öge (a2) ile anlamlarının aynı olabilmesi için mutlaka aynı isimde (A) birleşmeleri (a1=a2=A) gerekmez. Hiç kuşkusuz uygun bir bağlam içerisinde farklı isimler aynı anlamda birleşebilir. “Konya” ile “Kırşehir” isim olarak farklıdır; ancak “İç Anadolu Bölgesi” bağlamında “o bölgenin ili” olmalarında aynılışırlar. Bu gerekçelerle, mantıksal işlem-kaplam ilişkisini, biçimsel semantik özdeşliğe daraltarak özel-genel norm ilişkisini “dilin rastlantısallığı”na terk eden görüş benimsenemez. Aynı yönde detaylı eleştiri için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 169 vd; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 178 vd; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 5 vd. Karş. Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2021, C. H. Beck, s. 32. Türk ceza hukuku öğretisinde “zorunlu bağlılık” ölçütüne yaklaşan görüşler için bkz. Özbeke/Doğan/Bacaksız, s. 591-592; Toroslu/Toroslu, s. 92-93.

⁶⁸ Alman hukuku: RGSt 59, 325; RGSt 60, 122; BGHSt 11, 15; BGHSt 28, 1; BGH JZ 1977, 23. Egemen görüş olduğu yönündeki saptamalar için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, 223; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 21; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 14; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 31 vd.; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 104; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 92 vd; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 27. Türk hukuku: Akbulut, s. 893 vd; Çubukçu, *Terazi HD* 2019, s. 1186; Hakeri, s. 653 vd; Koca/Üzülmez, s. 516; İçel, *Görünüşte İctima*, s. 38, 43; Özgenç, s. 666; Öztürk/Erdem, § 6 kn. 672, 675; Töngür/Çetintürk, s. 336; Demirbaş, s. 572.

çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen ve mantıksal dışlama sonucuna götüren özel-genel norm ilişkisini kuran zorunluluk bağı, “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” adı altında yeni bir dışlama ilişkisine genişletmeye çalışmak ceza hukuku dogmatığı açısından sorunludur.⁶⁹

Mantıksal Zorunluluk Bağı “Değer” Kavramı ile Genişletilebilir mi?: “Tüketen-Tüketilen Norm İlişkisi” Sorunu Üzerine Kısa Bir Değerlendirme

Tüketen-tüketilen norm ilişkisinin, özel-genel norm ilişkisi gibi dışlayıcı bir ilişki olduğu savı, Alman ceza hukuku öğretisinde son olarak v. Heintschel-Heinegg’in çalışmalarında, Türk ceza hukuku öğretisinde ise son olarak Sarıtaş’ın çalışmasında en net ve kesin ifadesini bulmuştur. v. Heintschel-Heinegg’e göre, “özel-genel ilişkisi mantıksal; tüketen-tüketilen ilişkisi değer biçici dışlama”dır.⁷⁰ Benzer yönde, Sarıtaş’a göre, tüketen-tüketilen norm ilişkisinde, dışlanan (tüketilen) norm, “normatif ve sosyal anlamda müştereken tek bir değersizlik yargısına konu olduğu diğer fil karşısında geri çekilme”ktedir.⁷¹ Her ne kadar iki yazar da tüketen-tüketilen ilişkisinin dışlayıcılığını “değer” kavramı üzerinden kabul etse de ikisinin bu dışlayıcılık ilişkisine bağladığı etkiler birbirine hiç benzememektedir. v. Heintschel-Heinegg, ancak ve ancak daha ağır suçun görüntüsüne uygun düştüğü sürece tam olarak bir normun diğerini tüketerek dışlayacağını; aksi takdirde tüketmeden söz edilemeyeceğini kabul etmektedir.⁷² Sarıtaş, “failin, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebeple, iddianamede sevk maddesi olarak gösterilen normlar nedeniyle cezalandırılamaması halinde, iddianamede yer verilen önceki hareketlerden dolayı cezalandırılması”nın söz konusu olabileceğini ileri

⁶⁹ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 8; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 355. Aksi yönde bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 7 vd.; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 31 vd.; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102 vd.; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 89 vd. Tartışmanın detaylı olarak değerlendirmesi için bkz. Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 28. Tek ilkenin (özel-genel) yeterliliği ile çok ilkenin (özel-genel, tüketen-tüketilen, asıl-ikincil) zorunluluğu arasındaki Türk ceza hukuku öğretisi tartışması için ayrıca bkz. İçel, s. 176-177.

⁷⁰ Bkz. Bernd v. Heintschel-Heinegg, “Zur Abgrenzung von Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit,” Juristische Arbeitsblätter (JA), 2009, N. 5, s. 392; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 49.

⁷¹ Bkz. Sarıtaş, s. 627.

⁷² v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, s. 392; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §8 Rn. 8, 14; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 50.

sürmektedir.⁷³ Aslında, Türk ceza hukukunda Sarıtaş'ın bu yaklaşımı, çok öncesinde, Yargıtay'ın, "görünüşte içtima durumunda fail(in), sadece daha ağır sonuç doğuran suçtan; suçlardan birisi için cezalandırma koşulu gerçekleşmediğinde ise diğer suçtan dolayı cezalandırılacağı(na)" karar vermesiyle kendini göstermiştir.⁷⁴ Sarıtaş'ın "ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep" ifadesinin genişliği⁷⁵ ve Yargıtay'ın normların dışlayıcı yarışmasının hukuk dogmatikindeki temelini açıkça yadsıması bir kenara, bu yaklaşım, beraberinde getirdiği çok temel bir soruya yanıt vermek zorundadır: Fail, fiilin hukuk düzenindeki ihlal ediciliğini tek başına tüketerek (dışlayarak) ifade ettiği kabul edilen ceza normundan cezalandırılmadığı için, nasıl tüketilen (dışlanan) ceza normu faili cezalandırmak için diriltilebilmektedir?⁷⁶ Fiil ceza hukukunun egemen olduğu herhangi bir ceza hukuku sisteminde, failin hangi normdan cezalandırılacağına *ex-ante* belirli olması zorunludur; bir fiilin suç tanımını öngören hangi ceza normundan cezalandırılabilceğini, sırf ceza yaptırımının uygulanabilirliği üzerinden *ex-post* değerlendirmeye tabi tutmak, fiil ceza hukuku sistemiyle bağdaşmaz.⁷⁷

⁷³ Sarıtaş, s. 650.

⁷⁴ Yargıtay 9. CD., E. 2015/8610 K. 2015/6770 T. 22.10.2015; Yargıtay 10. CD., E. 2014/10229 K. 2015/308 T. 23.1.2015; Yargıtay 10. CD., E. 2011/10006 K. 2015/37 T. 13.1.2015. Yargıtay'ın ilgili ifadesinin eleştirisi için aşağıda bkz. dn. 77.

⁷⁵ Yazara göre (Sarıtaş, s. 636), ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebepler, "kusur yeteneğini kaldıran bir sebebin var olması, kaçınılmaz haksızlık hatasına düşmüş olması, cezasızlık sonucunu doğuran bir mazeret sebebinin söz konusu olması, objektif cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmemesi- yahut şahsi cezasızlık sebebinin veya cezayı kaldıran şahsi sebebin söz konusu olması hallerinden biri"dir. Yazar, çalışmasında, yargılama koşullarına (muahakeme şartı) ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır. Ancak, sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmamasına neden olacak herhangi bir yargılama koşulu nedeniyle de dışlananın dirileceği görüşü, yazara başvurularak savunulabilir.

⁷⁶ "Dışlananın dirilmesi" (Wiederaufleben) konusunda bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 96. Dışlananın dirilmesinin "dışlayıcılık" sonucuna uygun olmayacağı konusunda bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 50 vd.

⁷⁷ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 144. Ayrıca yukarıda bkz. dn. 9. "Görünüşte içtima" kavramı ile "tüketilenin (dışlananın) dirilebilirliği" görüşü birbiriyle çelişir. Nitekim, Sarıtaş, çalışmasının giriş kısmında (Başlık B), "görünüşte içtima" üzerinden tüketen-tüketilen norm ilişkisini anlatırken, yalnızca "görünüşte" birden çok uygulanabilir normdan söz etmektedir (s. 627-628). Ancak çalışmasında, (sonraki davranışa dair) suç tanımını öngören ceza normunun kurala ilişkin koşul olgularının gerçekleştiği kabul etmektedir (s. 635-636, 650). Ceza mahkemelerinin kararlarının olgulara ilişkin tespitinin *ex-tunc* etkili olduğunu düşünürsek, yazar, aslında birbirinden ayrı iki normun kurala

ilişkin koşul olgularının birbirinden bağımsız ve hiç de “görünüşte” olmaksızın gerçekleştiğini örtülü olarak kabul etmektedir. Buna ek olarak, bir yandan “haksızlığın diğer haksızlık içinde eridiği” savıyla “görünüşte ictima” savunulurken diğer yandan “dışlananın dirilebilirliği” savunulamaz. Bir fiil ihlal ediciyse ona karşılık gelen yaptırım uygulanmasa da hukuk düzeninde ihlal edici olmaya devam edecektir. Sarıtaş, tüketen-tüketilen norm ilişkisindeki dışlayıcılığı, hukuksal varlık kuramına başvurarak “değersizlik yargısının ‘tek’ olması (ve hukuksal değer ihlali bağlantısı)” gerekçesiyle açıklamaktadır (s. 625-626). Ancak bunun sonucu olarak, yazar, kendi savunduğunun aksine, dışlama sonucuna varmak için “cezalandırılabilirlik engeli olmaması”na dair koşulu aramamalıdır. Zira hukuk düzeninde, yazarın ifadesiyle “değersizlik” ya da “hukuksal değer ihlali bağlantısı”, tipik fiil hukuka aykırı olarak gerçekleştiği anda varlık kazanır. Eğer, yine de dışlayıcılık için “cezalandırılabilirlik engeli olmaması” koşulunda ısrar edilecekse, dışlayıcılık ilişkisine ulaşılması için hukuksal varlık kuramından yola çıkılamaz. Türk ceza hukukunda tüketen-tüketilen norm ilişkisinin bir görünümü olarak “cezalandırılmayan önceki ya da sonraki hareket” (die straflose Vor- bzw. Nachtat) görüşü yerinde değildir. Bu görüş, hukuk düzeninde gerçekleştirilen iki ayrı ihlal arasında tam bir örtüşme, özdeşlik (Identität) olmaksızın, sadece fiiller arasında, onların hukuksal anlamda sonuçları (aynı hukuksal varlığın çiğnenmesi) üzerinden kısmi (parçalı) benzerlik (Teilidentität) kurarak dışlama ilişkisini savunmaktadır. İlgili eleştirinin kaynağı için bkz. Puppe, ZIS 2007, s. 255. Örneğin, Sarıtaş, cezalandırılmayan önceki davranış örneği olarak, ilkin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu, sonrasında aynı mağdura karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlemeyi öne sürmekte (s. 634); cezalandırılmayan sonraki davranış örneği olarak, ilkin hırsızlık suçunu, ikincisinde mala zarar verme suçunu öne sürmektedir (s. 647). Yazara göre, ilk örnekte, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu; ikincisinde de mala zarar verme suçu dışlanandır. İlk örnekte, ilgili iki suç açısından tek benzerlik, mağdurun cinsel özgürlüğünün (özerkliğinin) çiğnenmesi; ikinci örnekte ise malvarlığına yönelik saldırının olmasıdır. Ancak aslında, bu benzerlikler de tam olarak özdeş değildir. Cinsel istismar suçunu tanımlayan ceza normu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu tanımlayan ceza normu, cinsel özgürlüğün (özerkliğinin) bambaşka cephelerden (negatif cinsel özerlik-pozitif cinsel özerlik) saldırıya uğramasının engellenmesine ve bu özerkliğe yüklenen bambaşka işlevlerin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Aynı biçimde hırsızlık suçu ile mala zarar verme suçu yönünden de malvarlığına saldırı bambaşka yönlerden (zilyetlik-malın maddesel işlevselliği) bambaşka biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki dogmatik gerekçelendirme için aşağıda bkz. dn. 118. Tüketen-tüketilen norm ilişkisinin bir görünümü olarak “cezalandırılmayan önceki ya da sonraki hareket” (die straflose Vor- bzw. Nachtat) görüşü, salt fail öncesinde ya da sonrasında daha ağır ceza gerektiren bir suç işlediği için, suçlar arasında aynı hukuksal varlığı çiğnedikleri gerekçesiyle parçalı bir benzerlik kurarak, hukuk düzenindeki bir ihlali hiç gerçekleştirilmiş saymaktadır. Bu tekniğin keyfiliğini bir kenara bırakırsak, ihlal ediciliğin varlığını failin alacağı ceza yönünden ya da ceza politikası yönünden değerlendirmek, (i) fiil ceza hukuku sistemi ile bağdaşmaz. Çünkü kusurun konusu, ihlal ediciliktir ve cezayı belirleyecek kusur, ex-ante ihlal edicilik üzerinden kurulur, tam tersi değil. Ayrıca bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 144; Puppe, ZIS 2007, s. 255; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 19. (ii) Tüketme yükümlülüğüne aykırıdır. Hiç kimse daha fazla kusurlu olduğu için bu fazla kusurluluğuna dayanarak kendi lehine sonuç çıkaramaz. Aksi durumda farklı olanlara farklı muamele yapmamızı emreden eşitlik ilkesi çiğnenmiş olur. (iii) Yasallık ilkesine aykırıdır. Çünkü

Öncelikle “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” gerekçe gösterilerek varılmak istenen dışlama ilişkisi, çifte değerlendirme yasağının sonucu olarak ele aldığımız normların dışlayıcı yarışması içinde değerlendirilemez.⁷⁸ Örneğin bir kimsenin, konutta ya da salt hırsızlık suçunu işlerken ya da işledikten sonra mala zarar verme suçunu da işlediği olayda, bu hırsızlığın, mala zarar verme suçunu tüketerek, onun gerçekleşmesini engellediğini savunan görüş,⁷⁹ verdiği örneği çifte değerlendirme yasağı temelinde açıklayamaz. Öncelikle hırsızlık suçu ile mala zarar verme suçu öğelerinin gerçekleştirilmeleri arasında zorunluluk bağı bulunmamaktadır. “Hırsızlık suçunun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan ihlal ve failin kusurluluğu yönünden mala zarar verme suçunda ek olarak göze alınmasını gerektiren herhangi bir ögenin olmadığı” da ileri sürülemez. Dahası bu öğeleri gerçekleştiren fiillerin ifade ettiği ihlal edicilik ve failin her bir fiil yönünden kusuru, birbiriyle örtüşen, denkleşen yapıya da sahip değildir.⁸⁰ Bu iki norm yönünden ne işlem-kaplam ilişkisinden ne öğeler arasındaki zorunluluk bağından söz edilebilir.⁸¹ Sonuç olarak, tüketen-tüketilen norm ilişkisi kavramı altında söz edilen “dışlayıcılığın”, çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen mantıksal dışlayıcılıkla uzaktan yakından ilgisi yoktur. Nitekim bu konuya *v. Heintschel-Heinegg*’in de katıldığı

yasa koyucu, ihlal edicilik yönünden parçalı bir benzerliğin kurulduğu anlarda kusur ilkesine uygun biçimde cezanın nasıl belirleneceğine yönelik politik değerlendirmesini TCK m. 44’te yapmıştır. Bu değerlendirmenin dışına çıkmak için yine yasaya başvurmak gerekir. Bir kuram, tek başına buna olanak tanıyamaz. Bu eleştirinin dayanağı için ayrıca bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 1, 7; Puppe, ZIS 2007, s. 256.

⁷⁸ Fahl, s. 326; karşı. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 21a.

⁷⁹ Alman hukuku yönünden bu görüşün savunucuları için bkz. Fahl, s. 287; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 125, Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102 vd; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 233 dn. 512’de söz edilen yazarlar. Türk hukukunda bu görüşü savunanlar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 593, Sarıtaş, s. 647 ve dn. 159’de saptanan yazarlar. Unutulmamalıdır ki, TCK m. 142/IV’te “hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla ... mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı ... kovuşturma yapılabilmesi” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, ilgili suçlar yönünden dışlayıcı yarışmaya başvurma olanağını ortadan kaldırmaktadır. TCK m. 142/IV hakkında Türk ceza hukuku öğretisindeki yorumlar için bkz. Begüm Datlı, Türk Ceza Kanunu’nda Hırsızlık Suçu, Ankara 2020, Adalet Yayınevi, s. 151 vd. TCK m. 142/IV’ün eleştirisi için bkz. Feyzioğlu/ Güngör, 142 vd.

⁸⁰ Karşı. Puppe, ZStW 132 (2020), s. 7.

⁸¹ Tüketen-tüketilen norm ilişkisini anlamlandırmak için mantık ilkelerine başvurulamayacağının kesin olarak saptaması için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 224.

öğreti görüşü, Alman ceza hukukunda dikkat çekmektedir.⁸² Bu görüşe göre, tüketen-tüketilen norm arasındaki dışlama ilişkisi, kendi dayanağını, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde⁸³ geçerli olan “suçun olağan görüntüsünün engelleyici etkisi” (*Sperrwirkung des Regeltatbilds*) kuralında bulur.⁸⁴ Bu görüşe göre, bir suç işlenirken, o suçun suçbilimsel (kriminolojik) olarak normal, “olağan”, kural olarak nitelendirilebilecek yaygın görüntüsüne uygun gerçekleşen fiil sonucunda faile hak ettiğinden daha fazla bir ceza verilmemelidir.⁸⁵ “Suçun olağan görüntüsü”, suçun gerçekleşmesi için zorunlu olan öğelerden başkaca istatistiksel olarak o suçun işlenişinde sıklıkla rastlanan ya da suç görüngübilimi (*kriminalphänomenologie*) uyarınca olağan olarak değerlendirilebilen olgu ya da olaylardır.⁸⁶ Yöntembilimsel olarak çifte değerlendirme yasağının örnekseme yoluyla (kıyasen) bu olay grubuna uygulandığı düşünülse de⁸⁷ Alman ceza hukuku öğretisinin savunduğu “suçun olağan görüntüsünün engelleyici etkisi” ile yasada düzenlenen “çifte değerlendirme yasağı” (§ 46 Abs. 3 StGB) arasında hiçbir benzerlik yoktur.⁸⁸ Çünkü ceza hukuku dogmatğinde, çifte değerlendirme yasağının kapsamını, suç tanımı öngören ceza normunun uygulanması için gereken öğeleri dış dünyada gerçekleştiren en az (minimum) içeriğe sahip fiil belirler. Bu en az içerik, fail tarafından suç tanımında öngörülme-yen davranış ve sonuçlarla arttırılmış, fazla-lastırılmışsa artık arttırılan, fazladan gerçekleştirilen kısım için çifte

⁸² Fahl, 299; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 25. Ayrıca bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 230.

⁸³ Bunun aksine, hukuksal varlık kuramı temelinde bu dışlayıcılık ilişkisinin açıklanmasının olanaksızlığına yönelik değerlendirmeler için yukarıda bkz. dn. 77.

⁸⁴ Fahl, s. 294; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 25; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 126. Bu görüş hakkında ayrıca bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 229; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 21, 28.

⁸⁵ Fahl, s. 303 vd.; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 25. Ayrıca bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 208.

⁸⁶ Fahl, s. 303. Karş. Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 208. Bu konuda Alman ceza hukukundaki temel tartışmaların detaylı incelenmesi için herkesten önce bkz. Emine Kabak Yüce, Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi, İzmir 2022, Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 294 vd.

⁸⁷ Bu konudaki tartışma için bkz. Fahl, s. 77 vd. Alman Federal Mahkemesinin verdiği kararlarda bu konuyu kesin bir sonuca bağlayamadığı yönündeki saptama için bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 208.

⁸⁸ El-Ghazi, JZ 2014, s. 184; Fahl, s. 94. Ayrıca bkz. BGH NStZ 1991, 33 (349), ilgili karar için bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 21a.

değerlendirme yasağı uygulanma alanı bulmaz.⁸⁹ Çifte değerlendirme yasağının kapsamı, fail kim olursa olsun, o suçun oluşması için özdeş olarak gerçekleşecek fiil içeriğidir.⁹⁰ Bu fiil içeriğinin dışına taşan kısım için çifte değerlendirme yasağından söz edilemez. Oysa, suçun olağan görüntüsü, fiilin her fail tarafından gerçekleştirilen tipe uygun en az içeriğine ilişkin değildir; fiilin istatistiki olarak birçok fail tarafından gerçekleştirilen -ve bu nedenle olağan görüntü olarak nitelendirilen-aşkın (fazla, artık) kısma ilişkindir. Bu kısım çifte değerlendirme yasağının kapsamının dışındadır. Bu değerlendirmelerin tümü TCK m. 61/III yönünden de geçerlidir. Bu nedenle Türk hukukunda “suçun olağan görüntüsünün engelleyici etkisi” görüşüne başvurulamaz.

Çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen ve mantıksal dışlama sonucuna götüren özel-genel norm ilişkisi ile suçun olağan görüntüsünün engelleyici etkisiyle gerekçelendiren ve değer biçici dışlama sonucuna götüren tüketen-tüketilen norm ilişkisi ayrımı son derece yaratıcı bir ayırmadır. Ancak bu ayırım isabetli değildir. Çünkü “suçun olağan görüntüsü” görüşüne dayanarak tüketen-tüketilen norm arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışmak, hukuksal kesinlik ilkesine ve yasallık ilkesi gereği yargılama erkine yüklenen belirginleştirme yükümlülüğüne⁹¹ aykırıdır.⁹² Bu aykırılık konutta hırsızlık ve mala zarar verme suçu yönünden tüketen-tüketilen ilişkisini reddeden Alman Federal Mahkemesi kararının aşağıdaki gerekçesinde doğrudan doğruya tartışılmıştır:

Tüketme ilişkisine dayalı öğreti görüşünün uygulanabilmesi için suç tanımı öngören ceza normları arasında yapılacak “değer biçici karşılaştırma, nihai biçimde iki basamaklı bir incelemeyi gerektirir. Öncelikle ilk basamakta kendi somut biçiminde mala zarar verme suçunun konutta

⁸⁹ Fahl, s. 94, 96. Aksi yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararlarının saptanması için bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 205. Federal Mahkemesinin aksi yöndeki kararlarının isabetli eleştirisi için bkz. El-Ghazi, JZ 2014, s. 184-185; Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 206. Örneğin nitelikli cinsel saldırının tamamlanması için mağdurun vücut boşluğuna organ ya da başka cismin girmesi yeterlidir. Ayrıca fail, mağdurun vücut boşluğuna boşalarak semenini bırakmışsa, çifte değerlendirme yasağı gerekçe gösterilerek, somut olaydaki “boşalma” olgusunun failin aleyhine değerlendirilemeyeceği savunulamaz. İlgili örnek için bkz. Fahl, s. 83.

⁹⁰ El-Ghazi, JZ 2014, s. 185; Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 206.

⁹¹ Yukarıda bkz. dn. 61.

⁹² Bu görüşün yarattığı belirsizliğin temel gerekçesinin “suçun olağan görüntüsüne uygunluk” değerlendirmesinin herhangi bir ölçüte bağlanamaması olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 21a.

hırsızlık suçu için olağan olup olmadığı saptanacaktır. Eğer olağansa, ikinci basamakta, kendi özel ihlal edici içeriğinde somut olaydaki mala zarar verme suçunun, somut olaydaki konutta hırsızlık suçundan ayrı biçimde kendini gösterip göstermediği saptanacaktır. İkili değerlendirme gerektiren bu yaklaşım, hukuksal kesinlik ve hukuksal açıklık gereksinmelerini tam olarak karşılayamayacak bir belirsizliği beraberinde getirir. Bu da benzer olarak değerlendirilebilecek olay gruplarında, hukukun yeknesak ve öngörülebilir biçimde uygulanmasını zora sokar.”

Öncelikle, hangi kapsamda, genel olarak, mala zarar vermenin, konut dokunulmazlığının ihlali yönünden ‘olağan’ olduğunun saptanması gerektiği belirsizdir. Fail, cebren konuta girişi sağlamış ve cebir nedeniyle kapıyı ve pencereleri maddesel olarak kayba uğratmışsa, bu durumda tek başına mala zarar verme suçunun konut dokunulmazlığının ihlali suçu bakımından ‘olağan’ olarak gerçekleştiği sonucuna varılıp varılamayacağı sorunludur. (Eğer bu sonuca varılırsa) Konuta giriş engelini doğrudan doğruya ortadan kaldırma amacını taşımayan alarm sistemine, kameralara ya da başkaca güvenlik ekipmanlarına zarar vermek ve yok etmek veya konuta giriş yaptıktan sonra konut içerisinde hırsızlık için arayış sırasında mala zarar vermek de aynı biçimde, konutta hırsızlığa olağan olarak eşlik eden suç (görüntüleri) olarak değerlendirilebilir. İlk basamakta mala zarar verme suçunu, konutta hırsızlık suçunun olağan görüntüsüne uygun olduğu için konutta hırsızlık suçuna eşlik eden suç olarak belirlemek, herhangi bir somut olayda bu suçları tanımlayan normların muhataplarını öngöremeyecekleri derecede zor bir değer biçme sürecine tabi kılar. Bu belirsizlikler, somut olayda olağan olarak değerlendirilen mala zarar verme suçunun, somut olaydaki konutta hırsızlık suçunun ihlal edici içeriği tarafından kapsanıp kapsanmadığının incelenmesine gelindiğinde daha da artar. Çünkü, (ikinci basamakta) tekrarlanan bu değerlendirmeyi yapmak için hangi (objektif) ölçütlere başvurulacağı da (ilk basamaktaki gibi) belirsizdir.”⁹³

Bu kararla beraber, tüketen-tüketilen ilişkisinin “değer biçici” dışlama kavramı altında yorumcudan yorumcuya değişkenlik gösteren ve salt ceza yargıçlarına daha az emek harcatmayı hedefleyen bir teknik olduğunu itiraf etmek gerekir.⁹⁴ Zira bu tekniğe, ne mantık kurallarıyla bir temel bulunabilmekte ne hukuk kurallarıyla geçerlilik kazandırılabilmektedir.⁹⁵ Öyleyse, tüketen-tüketilen norm ilişkisine atfedilen dışla-

⁹³ BGH, v 27.11.2018 – 2 StR 481/17, para. 28, 29 ve 30.

⁹⁴ Karş. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 144 vd. Ceza hukuku dışındaki hukuk dallarında, “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” adı altında bir dışlayıcı yarışma olduğunu savunan egemen öğreti görüşüne rastlanmadığına yönelik değerlendirme için bkz. Barczak, s. 974.

⁹⁵ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 296; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 145.

yıcılık işlevinde, haklılık (meşruluk) açığı vardır.⁹⁶ Ceza hukukunda, yasalılık ilkesine ve ilgili tekniğin hukuk düzeninde yarattığı belirsizliklere rağmen, bu keyfiliği haklı kılmak için çifte değerlendirme yasağını genişletmeye veya yeni kuramlarla karmaşaya yol açmaya gerek yoktur. Puppe'nin ifadesiyle "... fail ceza hukukuna değil de fiil ceza hukukuna sahip olduğumuz sürece, yargıç(lar), suç teşkil eden fiilleri saymak ve fiil odaklı olarak cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi için değerlendirmede bütünlüğü sağlamak, yani, failin kaç suç işlediği ve işlediği suçların değerinin ne olduğu konusunu açığa kavuşturmak görevinden caydırılmaz."⁹⁷

Çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen ve mantıksal dışlama sonucuna götüren özel-genel norm ilişkisine başvurulamadığı durumlarda, Türk ceza yasası koyucusu çifte değerlendirme yasağı ve belirlilik ilkesinden doğan yargılama erkine yönelik tüketme yükümlülüğüne uygun hüküm kurulabilmesi için fikri içtimayı düzenlemiştir.⁹⁸ Bu yönden, fikri içtima kurumuna çoktan, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü arasında uzlaşmayı sağlama, düzeltme işlevi yüklenmiştir.⁹⁹ Aynı biçimde Alman ceza hukuku öğretisinde, yukarıda da incelendiği üzere,¹⁰⁰ "açıklığa kavuşturma işlevi"nin fikri içtimaya yönelik ifade edildiği de unutulmamalıdır. Tüm bu gerekçeler karşısında "değer biçici dışlama" ya da "normatif ve sosyal anlamda müştereken tek bir değersizlik yargısı" adı altında fiilin ihlal ediciliğinin ve failin kusurunun, *praeter legem* ve hatta *contra legem* toplama çıkarmaya tabi tutulamayacağı apaçıktır.¹⁰¹ Bu toplama ve çıkarmayı yasa koyucu, bu soruna yargıç ve öğreti el atmadan çok önce, "fikri içtima" kurumunu yasada düzenleyerek yapmıştır.¹⁰² Bu kural da uygulanamıyorsa, artık burada gerçek içtimaya başvurularak iki ayrı tipiklikten iki ayrı cezanın belirlenip, bireyselleştirilmesi yargılama erkinin ödevidir. Sonuç olarak, mantıksal zorunluluk bağı, "değer" kavramı ile yer değiştirerek ya da bu kavrama başvurup bağı genişleterek, "tüke-

⁹⁶ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 295; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 7; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 313 vd.

⁹⁷ Puppe, ZStW 132 (2020), s. 19.

⁹⁸ Yukarıda bkz. Başlık I. c.

⁹⁹ Yukarıda bkz. Başlık I. b. ve c.

¹⁰⁰ Yukarıda bkz. dn. 43.

¹⁰¹ contra-*legem* uygulama olacağı yönündeki değerlendirme için bkz. Klug, ZStW 1956, s. 408.

¹⁰² El-Ghazi, Konkurrenz, s. 299. Karş. Rönnau/Wegner, s. 22.

ten-tüketilen norm ilişkisi” adlandırmasıyla yeni bir normların yarışması türü yaratmak, yasallık ilkesi ve kusur ilkesini çiğnemektir ve bu nedenle hukuka aykırıdır.¹⁰³

Teşebbüs Normuyla Uygulanma Alanı Genişletilen Lex Specialisin Normların Yarışmasına Etkisi

Ceza hukukunda normların yarışması dendiği zaman, çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen ve mantıksal dışlama sonucuna götüren özel-genel norm ilişkisi anlaşılır ve dışlama ilişkisi, kusur ilkesine de uygun düşecek biçimde “zorunlu bağlılık” ölçütüyle saptanır. Bu bilgiler çerçevesinde aynı yaşam olayına kasten öldürme ve kasten yaralamaya ilişkin ceza normlarının uygulanabilirliği sorulduğunda, “sağlığı bozma” ögesi, ölüm ögesine zorunlu olarak bağlandığı için kasten öldürme suçunun gerçekleşmesinin, kasten yaralama suçunun gerçekleşmesini dışladığı kabul edilecektir. Zorunlu bağlılık saptaması sonucunda, (dışlayan) öldürme suçunu tanımlayan ceza normunun, özel; (dışlanan) yaralama suçunu tanımlayan ceza normunun genel norm olduğu görülür.¹⁰⁴ Aynı biçimde, vücut dokunulmazlığının cinsel davranışla çiğnenmesi, vücuda organ ya da başka cisim sokularak cinsel davranışın gerçekleşmesine zorunlu olarak bağlandığından, nitelikli cinsel saldırı suçunun gerçekleşmesi, temel cinsel saldırı su-

¹⁰³ Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 300; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 1, 7; Klug, ZStW 1956, s. 413.

¹⁰⁴ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 11; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 287. Dışlayıcılığın özel-genel norm ilişkisinden kaynaklanamayacağını, tüketen-tüketilen ya da asıl-ikincil norm ilişkisinden kaynaklanabileceğini çünkü yaralama suçu ile öldürme suçunun birbirinden farklı ögeler barındırdığını savunan görüş (bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 16-18; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 52 vd.; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 105) yerinde değildir. Bu görüş sadece özel-genel norm ilişkisini kuran mantıksal işlem-kaplam ilişkisini semantik özdeşliğe indirgediği için değil (yukarıda bkz. dn. 67), ayrıca bu iki suçu düzenleyen normların koşul öğelerinin semantik olarak özdeş olduğunu saptayamadığı için isabetsizdir. Çünkü isim olarak “ölüm” ya da yüklem olarak “öldürmek”, alt tanımlarında isim olarak “yaralama” ya da yüklem olarak “yaralamak” içerir. Yani “ölüm”e, “a1”; “sağlığı bozma” ögesine “b1” dersek, ölüm bir alt tanımında sağlığın bozulması (b1) ve beyin ölümünün gerçekleşmesi (c1) olarak (a1=b1+c1) ele alınabilir. Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 176. Böylelikle “ölüm”ün (b1+c1), “yaralama”yı semantik olarak da içereceği kolayca görülür. Ölüm ile yaralama suçu arasındaki özel-genel norm ilişkisini, semantik özdeşlik ölçütüne başvurarak reddeden görüşün, esasında bu iki normun, semantik özdeşlik ölçütüne başvurulduğu zamanda da özel-genel norm ilişkisi içerisinde bulunduğunu görememesi talihsizdir.

çunun gerçekleşmesini dışlar. Zorunlu bağlılık saptaması sonucunda, dışlayan nitelikli cinsel saldırı suçunu tanımlayan ceza normunun, özel; dışlanan cinsel saldırı suçunun temel biçimini tanımlayan ceza normunun genel norm olduğu kabul edilecektir. Ancak bu iki örnekte de suçların tüm öğeleriyle birlikte gerçekleştiğine dikkat edilmelidir. Zira teşebbüs söz konusu olduğunda bu suç tiplerindeki öğeler arasında saptanan bağlantının “zorunluluğu”, teşebbüs kurumunun işlevi gereği ortadan kalkabilir.¹⁰⁵

Teşebbüs normu, ilgili ceza normunda tanımlanan fiilin uygulanma alanını, yani suçun tipikliğini genişletir. Suçun öğelerinin tümü gerçekleşmese de teşebbüs normu, devlete cezalandırma yetkisi verir.¹⁰⁶ Fakat dışlama ilişkisi için somut olayda söz konusu ceza normların ikisinin de öğelerinin tümüyle gerçekleşmesi beklenir.¹⁰⁷ Zira ancak bu durumda zorunlu bağlılık kesin olarak saptanabilmektedir.¹⁰⁸ Nitekim örnekler üzerinden düşünüldüğünde, ne öldürmeye teşebbüs, yaralamanın tüm öğelerini ne nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs, cinsel saldırının temel biçiminin tüm öğelerini içermek zorundadır.¹⁰⁹ Eğer bu zorunluluğun teşebbüs örneklerinde de devam edeceği yorumu benimsenirse¹¹⁰ adil olmayan ve gerçeğe aykırı sonuçlar ortaya çıkacaktır.

¹⁰⁵ Klug, ZStW 1956, s. 400; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 164; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 9. Karş. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 100, 113.

¹⁰⁶ Ayrıca bkz. Haluk Toroslu, “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, Ankara 2023, C. 72, S. 1, s. 419 ve dn. 6.

¹⁰⁷ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 14; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 336; Puppe, JuS 2016, s. 963. Karş. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 52 vd.

¹⁰⁸ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 14; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 336; Puppe, JuS 2016, s. 963. Bununla birlikte, iki norm yönünden teşebbüs söz konusu olduğunda dışlayıcılık elbette söz konusu olacaktır. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 165. Öldürme ve yaralama yönünden karş. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 52 vd.

¹⁰⁹ Bunu en net biçimde ortaya koyan Alman Federal Mahkemesi kararı ve Eyalet Mahkemesi kararları için bkz. BGH, v. 15.04.2008 – 5 StR 44/08; LG Saarbrücken, v. 29.09.2020 – 1 Ks 9/20; LG Bochum, v. 07.05.2021 – 7 Ks 30 Js 238/20 – 2/21; LG Leipzig, v. 08.06.2020 – 1 Ks 306 Js 37449/19; LG Mainz, v. 02.03.2021 – 1 Ks 3100 Js 30085/19; LG Hamburg, v. 30.10.2019 – 601 Ks 3/19. Ayrıca bkz. Maatz, Kurt Rüdiger, “Kann ein (nur) versuchtes schwereres Delikt den Tatbestand eines vollendeten mildereren Delikts verdrängen? - Die Konkurrenz-Rechtsprechung in Fällen versuchten Totschlags/Mordes, versuchter Vergewaltigung und versuchter Nötigung auf dem Prüfstand”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1995, H. 5, s. 211.

¹¹⁰ Ancak öldürme suçunun bazı nitelikli hallerine (özellikle eziyet çektirerek veya canavarca hisle öldürmeye) teşebbüs durumunda kurulan mahkûmiyet hükmü, tamamlanmış yaralama suçunun da gerçekleştiğini ifade edebilir. Zira burada, dışlama ilişkisinin kabul edilmesi, nitelikli tipin ifade ettiği ihlal ediciliğin kapsayıcılığı nedeniyle keyfi olmayacaktır. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 136.

Yargıç, ceza normunu somut olaya uygularken, eşitlik ilkesi gereği, yaralamanın öğelerini içermeyen öldürmeye teşebbüs ile yaralamanın öğelerini içeren öldürmeye teşebbüs arasında¹¹¹ ve aynı biçimde temel suçu içermeyen nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs ile temel suçu içeren nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs arasında “ihlal edicilik” yönünden fark gözetmekle yükümlüdür. Teşebbüsün zorunluluk bağı üzerindeki etkisi gözetilmeden, toptan bir yaklaşımla, “ağır olan suç tamamlanmış olsaydı, zaten diğer normu dışlayacaktı; bu nedenle teşebbüs durumunda da aynı biçimde diğer normu dışlar” demek, örtülü olarak, ceza hukukunu, eşitlik ve yasallık ilkesine aykırı olarak uygulamak demektir. Bu durumda, özel ceza normunda (*lex specialis*) tanımlanan suç ile genel ceza normunda (*lex generalis*) tanımlanan suçun ikisi de tamamlandığı sürece dışlama ilişkisinden ve zorunlu olarak bağlanan suçu tanımlayan ceza normunun, genel ceza normu olduğundan söz edilebilecektir. Özel ceza normunun uygulanma alanı teşebbüs normu ile genişletildiğinde, yani genel ceza normunda tanımlanan suç tamamlanmış ama özel ceza normundaki suç tamamlanmamışsa, dışlama ilişkisi söz konusu olamaz. Nitekim failin özel ceza normundaki suça teşebbüs edebilmesi için genel ceza normunda tanımlanan suçu tamamlaması da gerekmez. Ayrıca ceza hukuku dogmatığı yönünden düşünüldüğünde, tamamlanan genel ceza normu, teşebbüs aşamasında kalmış özel ceza normuna göre, fiilin ihlal ediciliği yönünden fazladan tamamlanma olgusunu içermektedir; aynı anda, teşebbüs aşamasında kalmış özel ceza normu da tamamlanan genel ceza normuna göre, hukuki varlığın taşıyıcısı veya sahibinin uğradığı saldırı yönünden, daha fazla tehlike içermektedir.¹¹² Sonuç olarak, özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı

¹¹¹ Öldürmeye teşebbüs ve kasten yaralama suçu yönünden bkz. Albin Eser und Detlev Sternberg-Lieben. “§ 212 StGB (Totschlag)” in Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB), (München: Verlag C. H. Beck, 2019), Rn. 23; Ulfrid Neumann und Frank Saliger, “§ 212 StGB (Totschlag)” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB) (Nomos, 2017), Rn. 37; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 135; Hartmut Schneider, “§ 212 StGB (Totschlag),” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, (München: Verlag C. H. Beck, 2021), Rn. 120. Carsten Momsen, “§ 212 (Totschlag),” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021); Rn. 29.

¹¹² Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 14.

olayda, bu iki ceza normu, normların dışlayıcı yarışmasına başvurularak birleştirilemez.¹¹³

Türk ceza hukuku öğretisinde bu saptama, cinsel saldırı suçunda Demirtaş'ın "... bütün nitelikli hallerde olduğu gibi bu nitelikli hale de teşebbüs kural olarak mümkündür" savında kendini bulmuştur.¹¹⁴ Daha sonra-

¹¹³ Puppe, Idealkonkurrenz, s. 140, dn. 23; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 9; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 100. Bu yönden Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (YCGK) bir kararında (E. 2016/194 K. 2020/260 T. 4.6.2020) 86/III-e'ye teşebbüs eden ve ancak 86/II'de tanımlanan suçu işlemiş olan fail yönünden, teşebbüs normuyla genişletilen 86/III-e'nin, 86/II'ye göre özel norm olduğundan söz etmesi kabul edilemez. Olayda, sanık katılana önce yumrukla vurmuş daha sonra marketten aldığı bira şişesini kırıp katılanı silahla yaralamaya teşebbüs etmiştir. YCGK, "'özel normun önceliği' ilkesi uyarınca olaya genel norm değil özel normun uygulanması gerektiğinden, somut olayda sanığın silahla kasten yaralama suçuna teşebbüsten sorumlu tutulması gerekmektedir" yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Ancak sonrasında, "ortada basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte tamamlanmış bir yaralamanın var olduğu da göz önüne alındığında, işlenen fiille orantılılık ve hakkaniyet ilkeleri gözetilerek teşebbüs hükmünün düzenlendiği TCK'nın 35. maddesi uyarınca cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmek suretiyle belirlenecek ceza, tamamlanmış basit yaralama suçu için öngörülen cezanın altına düşmeyecek şekilde belirlenmelidir" kararını vermiştir. Yargıtay'ın bu kararı iki yönden hukuka, bir yönden de mantığa aykırıdır. Hukuka aykırıdır. Çünkü, (i) eğer iki normun öğelerinin gerçekleşmesi yönünden özel-genel norm ilişkisinden söz ediliyorsa, yalnızca özel norm somut olaya atlanır. Genel norm, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde - "ortada ... tamamlanmış bir yaralamanın var olduğu da göz önüne alındığında" denilerek- dikkate alındığı anda, "çifte değerlendirme yasağı" -dolayısıyla kusur ilkesi- çiğnenmiş olur. (ii) Yasa koyucu, failin birden çok tipiklik gerçekleştirdiği ve bu tipikliklerin barındırdığı unsurların hukuka aykırı olarak gerçekleşerek oluşturdukları ihlal ediciliklerin kısmen (parçalı) kesiştiği durumlarda, bu tipiklikler yönünden ortaklaşa cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin nasıl yapılacağını TCK m. 44'te düzenlemiştir. TCK m. 44, hafif ceza öngören normun engelleyici etkisini (Sperrwirkung des milderer Gesetzes) (bu kavram için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 144; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8, 21-22, 60, 83.1; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 25, 29; Maatz, s. 211; Puppe, NK-StGB § 52, Rn. 54; Rissing-van Saan, LK-StGB § 52 Rn. 50; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 103, 106 134. Bu kavramı, normların dışlayıcı yarışması ile bağlantısı yönünden eleştiren görüş için bkz. Puppe, Idealkonkurrenz, s. 314. Karş. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor § 52 Rn. 77 vd.) tanınamış ve doğrudan "erime sistemi"ni kabul etmiştir. Bu ceza politikası karşısında, -belirlenecek ceza, tamamlanmış basit yaralama suçu için öngörülen cezanın altına düşmeyecek şekilde belirlenmeli denilerek- yasada öngörülmemiş bir alt sınır belirlemek yasallık ilkesine aykırıdır. Ayrıca YCGK'nın kararı, mantığa aykırıdır. Çünkü suçun tamamlanmış temel biçiminin, YCGK'nın ifadesiyle, "özel normun önceliği" ilkesiyle nitelikli biçimi tarafından dışlanabilmesi için bu nitelikli biçimin tüm öğeleriyle gerçekleşmesi gerekir. Bu mantığın, mantıktaki işlem-kaplam ilişkisinin kurulmasının gereğidir. Aksini düşünmek akla aykırıdır.

¹¹⁴ Soner Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs." Ankara Hacı Bayram Veli

sında teşebbüsün özel-genel norm arasındaki ilişkiye etkisi Yavuz’un doktora tezinde net biçimde incelenmiştir. Yazara göre, “temel suçun tamamlandığı ancak cezayı artıran nitelikli unsurun sadece teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, nitelikli unsurlu suç ile temel suç arasında özel-genel norm ilişkisi kurulması mümkün olmaz. Zira ceza normları arasında özellik-genellik ilişkisi kurulabilmesi için daha özel olan normun bütünüyle gerçekleştirilmesi aranır. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, peşinen bu suç tipinin üstünlüğünün bulunduğu ve temel suçun bunun gerisine çekileceği kabul olunmamaktadır.”¹¹⁵ Yazarların ifadeleri yerindedir.¹¹⁶ Bununla birlikte, çalışmanın başlangıç sorusuna

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2021, C. 25, S. 3, s. 398. Ayrıca bkz. Alparslan Dereli, “Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 8, S. 16, s. 560-561; Efser Erden Tütüncü, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 24, S. 2, s. 628 vd.

¹¹⁵ Yağız Yavuz, *Suçun Nitelikli Unsurları*, İstanbul 2022, Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 373.

¹¹⁶ Bu yazarlara ek olarak, Türk ceza yasası koyucusunun, mantıksal ilişki gereği kurulan özel-genel norm arasındaki dışlama ilişkisini yasada düzenlemesi (TCK m. 42/I c. 2) gerçeğe gösterilerek “peşinen (nitelikli) suç tipinin (temel biçime göre) üstünlüğünün bulunduğu” iddiasında ve eleştirisinde de bulunulamaz. TCK m. 42/I uyarınca, “biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç” a fikri içtimaya dair kurallar uygulanamaz. Türk ceza yasa koyucusu söz konusu düzenlemede, tek fiilin, iki suç tipini oluşturduğu ve ancak bu suç tiplerinden birinin diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu durumda, yalnızca bu öge fazlalığı olan tipin gerçekleştirildiğini kabul etmektedir. Bu kabulün temeli yukarıda açıklama bulan normların dışlayıcı yarışmasıdır. Burada bizi fiilin tek tip ifade ettiği yorumuna götüren, dışlama ilişkisi sonucu yasal tanıma uygun tek fiilin varlığı olmaktadır. Alman ceza hukuku öğretisinde bu “birleşik” liğin özel-genel ilişkisine dayandığı yönünde bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 10; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 102; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor § 52 Rn. 39.; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor § 52 Rn. 105. Türk ceza hukuku öğretisinde, TCK m. 42’nin özel-genel değil, tüketen-tüketilen ilişkisini konu edindiğinden bahseden çoğunluk görüşüne (Çubukçu, Terazi HD 2019, s. 1186; Hakeri, s. 654; İçel, s. 181, dn. 64; İçel, Görünüşte İctima, s. 44; Göktürk, s. 132; Koca/Üzülmez, s. 553; Demirbaş, s. 575.) katılmak olanaksızdır. Çünkü yasa koyucunun önceden öngörebildiği bu dışlama, soyut olarak öngörülemez ve her somut olayda yalnızca değer biçici bakış açısıyla ihlal edicilik üzerinden yapılan praeter legem ve hatta contra legem hesaplamaya dayanan tüketen-tüketilen ilişkisiyle (yukarıda bkz. Başlık II. A. ve dn. 77) uzaktan yakından bir bağlantı içinde değildir. Alman ceza hukuku öğretisindeki egemen görüşün aksini savunan Türk ceza hukuku öğretisindeki çoğunluk görüşü yerinde değildir. Türk ceza hukuku öğretisinde, birleşik suçun temelini, haklı olarak özel-genel norm ilişkisinde bulan güçlü azınlık görüşü için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 366.

¹¹⁷ Yasa koyucunun ilgili düzenlemesi gereksiz ve özensizdir. Bu konuda ayrıca bkz. Koca,

normların dışlayıcı yarışması yönünden (yazarlarla aynı yönde) verilen olumsuz yanıtı karşılık beş ayrı olası eleştiri getirilebilir.

İlk olası eleştiri, söz konusu ceza normlarının amaçladığı korumanın benzer ya da aynı hukuksal varlıklara yönelik olduğunu ve yargıcın hukuk düzeninde fiilin ihlal ediciliğini değerlendirirken bunu bir birlik, bir bütünlük içerisinde değerlendirmesi gerektiğine yöneliktir.¹¹⁷ Bu olası eleştiriye “değerlendirmede suçların birleş(tiril)mesi” savı denilebilir. “Değerlendirmede suçların birleş(tiril)mesi” savı yerinde değildir; belirlilik ilkesine aykırıdır. Bu sav, yargıca yüklenen tüketme yükümlülüğünü göz ardı etmektedir. Çünkü, sadece ağır olan suça teşebbüsün gerçekleştiğinden söz ederek ceza hükmü kurmak,

CHD 2007, s. 198; Özgenç, s. 671; Sarıtaş, s. 621 dn. 9. Gereksizdir; çünkü TCK m. 42/1 kendiliğinden anlaşılabilir mantıksal dışlama ilişkisine (özel-genel norm ilişkisi) dayanır. Bunu ayrıca yasada ifade etmeye gerek yoktur. Özensizdir; çünkü normlar arasındaki mantıksal ve kendiliğinden anlaşılabilir dışlama ilişkisi, bu iki normun de tüm öğeleriyle gerçekleşip gerçekleşmemesine bakmaksızın gerçekleşen somut olayın koşullarından ve o olayın ölçeğinden kopartılmış bir soyutluğa dayandırılmıştır. Oysa dışlama, hukukun uygulanacağı anda bir normun tüm öğeleriyle gerçekleşmesinin, bir başka normun tüm öğeleriyle gerçekleşmesini dışlamasıdır. Bu özensizlik, maalesef, şu genel geçer kabulü doğurma riskini barındırır: Temel suç tipi ile bu suçun nitelikli tipi arasında her durum ve koşulda normların yarışmasına başvurulur ve nitelikli suç tipinin üzerinden fiil değerlendirilir. Bu kabul ancak ve ancak TMK m.1/I uyarınca TCK m. 42’nin özüne uygun düştüğü ölçüde geçerlidir. TCK m. 42’nin özü olan özel-genel ilişkisinde “bileşik” suç yorumlandığı zaman, özel olarak değerlendirilen normun teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletildiğinde TCK m. 42’nin uygulanamayacağı açıktır. Örneğin, yağma suçuna teşebbüs ile tamamlanmış hırsızlık suçu ele alındığı zaman, tamamlanmış “bulunduğu yerden alma” davranışı, salt yağma için teşebbüs edilen “bulunduğu yerden alma” davranışına göre daha fazla öge barındıracak ve bu nedenle yağma suçu tarafından kapsanarak bir birleşik suça vücut vermeyecektir. Herkesten önce bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 102. Aksi yönde bkz. Hakeri, s. 610; “bileşik suçun bölünmezliği” savına başvuran aksi yöndeki görüş için bkz. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2021, US-A Yayıncılık, s. 357; Toroslu/Toroslu, s. 367. Bu nedenle sözel anlama dayanarak en başından “Her durumda yağma suçunu tanımlayan ceza normu, hırsızlık suçunu tanımlayan ceza normunun gerçekleşmesini dışlar” demek, TCK m. 42’yi özüne ilişkin anlamından tamamen sıyrarak uygulamak olacaktır. Bu da TMK 1/I’e aykırıdır. Bu konuda aşağıda bkz. Başlık. III.

¹¹⁷ Bu görüş için herkesten önce bkz. Sarıtaş, s. 626. Çalışmada, Türk ceza hukuku öğretisinde kullanımı daha egemen olan “hukuksal değer” kavramı yerine bilinçli olarak “hukuksal varlık” kavramı kullanılmaktadır. Bu seçimin gerekçesi için bkz. Katoğlu, *KHASHFD*, s. 139; M. Emir Göka ve Bedirhan Erdem, “Gölge Yazarlık Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Akademik Gölge Yazarlığın Cezalandırılabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2022, C. 28, S. 1, s. 557-59. “Hukuksal varlık” kavramının anlamı için herkesten önce bkz. Toroslu/Toroslu, s. 110.

diğer suçun tamamlandığını ve başkaca bir ihlalin gerçekleştiğini tek başına ifade etmez.¹¹⁸ Ayrıca benzer ya da aynı hukuksal varlık olsun olmasın, suç tanımı öngören her ceza normu, kendine ait ihlal edici öze ve karaktere sahiptir.¹¹⁹ Yukarıda da açıkça ifade ettiğimiz üzere, fiilin

¹¹⁸ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 14; Puppe, JuS 2016, s. 963. Özellikle Türk ceza hukuku öğretisinde teşebbüs yönünden a priori “ağır olan sonraki, hafif olan öncekini tüketir” yaklaşımını benimseyen Sarıtaş’a katılmak olanaklı değildir. Yazara göre, “sonraki hareket suça teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile faille tamamlanmış önceki hareketinden dolayı değil yalnızca sonraki hareketinden dolayı ceza verilecektir”. Sarıtaş, s. 648. Bu görüşün detaylı eleştirisi için yukarıda bkz. Başlık II. A. ve dn. 77. Bu kabul ancak ve ancak somut olayda gerçekleşen ihlal ediciliğin özdeşliğine bakıldıktan sonra, diğer suçta gözetilmesi gereken hiçbir ögenin bulunmadığı saptaması yapılarak varılması gereken bir yargıdır. Bu yargıya ise mantıksal zorunluluk bağı ölçütüne başvurularak ulaşılabilir. bkz. Başlık III. Teşebbüs aşamasında kalmış ağır suçun, tamamlanmış hafif suçu “tüketerek” dışlayacağını kabul etmek ise aralarında zorunlu bağıllık saptanmadan olanaksızdır. Bu yaklaşımın eleştirisi için ayrıca bkz. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 115.

¹¹⁹ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 166-67; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 11. Aynı suçun farklı nitelikleri söz konusu olduğunda, aynı hukuksal varlığın farklı yönlerinin koruma altına alındığı unutulmamalıdır. Zira her tipiklik ona bağlanan bir ihlal ediciliğin soyut ifadesidir. Bu nedenle nasıl olsa aynı ya da benzer hukuksal varlıklar ihlal edilmiş denilerek, kestirme biçimde, çığnenen normlar arasında dışlayıcı yarışma kabul etmek tipiklik ve ihlal edicilik arasındaki bağı görmezden gelmek olacaktır. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 112. Alman ceza hukukunda aynı yönde görüşü benimseyen Federal Mahkeme kararı için bkz. BGHSt 39, 100; 41, 13. Türk ceza hukukunda aynı yönde görüşü benimseyen Yargıtay kararı için bkz. YCGK., E. 2016/833 K. 2017/115 T. 28.2.2017.

Örneğin failin, eşi olan mağdurun saçlarına, yüz-boyun bölgesine ve üzerindeki giysilerine mangal jeli döküp sonrasında mağduru yaktığı olayda, mağdur bir ay boyunca yoğun bakımda kalmıştır. Taburcu olan mağdurun yüzü, tıbben onarılması olanaksız izler nedeniyle tamamen değişikliğe uğramıştır. Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan ilgili olayın değerlendirilmesi için bkz. v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 391 vd. Bu olayda, Türk ceza hukukuna göre çığnenen ceza normları, TCK m. 86/I, m. 86/III-a, m. 86/III-e, m. 86/III-f, TCK m. 87/I-c, m. 87/I-d ve TCK m. 87/II-d’dir. TCK m. 86/I dışında, hiçbir norm diğerleriyle ögeler yönünden zorunlu bir bağlantı içerisinde değildir. Belirlilik ilkesi gereği tüketme yükümlülüğünün sonucunda, aynı temel suçun birden çok nitelikli halinin aynı olay içerisinde gerçekleşmesi durumunda, ögeler arasında zorunlu bağlantı kurulmadığı sürece, dışlama ilişkisinden söz edilemez. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 15, Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 110, Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 122. Bu nedenle tüm normlar fiilin ihlal ediciliğinin ve failin kusurunun saptanmasında gerekçede belirtilmek zorundadır. Örneğin yargıç, m. 86/III-f’nin ceza artırım oranı, m. 86/III-a ve m. 86/III-e göre daha fazla olduğundan bahsederek bu normların gerçekleşmediğinden, dışlandığından bahsedemez. TCK m. 87 uyarınca arttırım yapılarak ulaşılacak ceza için TCK m. 86’ya göre öncelikle tespit edilecek ceza, m. 86/III-f dikkate alınarak hesaplanır. Fakat bunun nedeni a ve e bentlerinin dışlanması değil; aksine, bu üç bende uygulanan yaralama suçunun cezasının hesaplanmasında, yasa koyucunun cezanın belirlen-

ihlal ediciliği ve failin kusuru, *praeter legem* ve hatta *contra legem* toplama çıkarmaya tabi tutulamaz.¹²⁰ Bunun için yasa koyucu hâlihazırda fikri içtimaya ilişkin kuralı düzenlemiştir.

İkinci bir olası eleştirisi, cinsel saldırı suçu özelinde getirilebilir. Bu olası eleştiriye göre, aynı suçun temel tipi tamamlanır ve ancak nitelikli tipi tamamlanmazsa burada suçun tamamlanmış tipinin gerçekleştiği kabul edilmelidir.¹²¹ Teşebbüs edilen tip, tamamlanmış tipin arkasına çekilir; tamamlanmış olan, teşebbüsü dışlar. Bu olası eleştiriye “teşebbüsün ikincilliği” savı denilebilir. Teşebbüsün ikincilliği savı, yerinde değildir. Teşebbüsün, tamamlamanın arkasına çekilebilmesi¹²² için teşebbüs ile uygulanma alanı genişletilen ceza normunun (örn. nitelikli cinsel saldırı), tamamlanan norma (örn. cinsel saldırının temel biçimi) zorunlu olarak bağlanabiliyor, ona suç yolunda ön aşama sunuyor olması gerekir.¹²³ Oysa temel cinsel saldırı suçunu işlemesi için failin ayrıca nitelikli cinsel saldırı suçuna da teşebbüs etmesi gerekmez. Çünkü

mesi ve bireyselleştirilmesini ortaklaştırmak için özel olarak öngördüğü 87/I ve 87/II kurallarıdır. Aynı uygulama, TCK m. 87/I-c, m. 87/I-d ve TCK m. 87/II-d için de söz konusu olacaktır.

¹²⁰ Alman Federal Mahkemesi’nin aksi yöndeki tutumu ve bu kararların değerlendirilmesi için bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 90.

¹²¹ Bu görüş için herkesten önce bkz. Toroslu, AÜHFD, s. 435 vd. Türk ceza hukuku öğretisinde, tamamlanmış olan temel cinsel saldırı suçunun karşısında nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün olanaklı olmadığı yönündeki görüşün savunucularının saptanması için bkz. Dereli, s. 560.

¹²² Arkasına çekilmesinden ya da ikincil olmasından anlaşılması gereken, bir suçun tamamlandığında ona zorunlu olarak bağlanan teşebbüs aşamasıdır. Bu nedenle, teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilen ceza normu, uygulanma alanı genişletilmemiş temel ceza normuna göre geneldir ve bu ilişki içerisinde dışlanan normdur. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 10; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 287; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 19. Teşebbüs ve tamamlama arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmadığı, ikincillik söz konusu olduğu yönünde bkz. Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 26; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 132; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 110; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 11-13; Teşebbüs yönünden ikincillik ile tüketen-tüketilen ilişkisi arasında net bir çizginin çizilemeyeceği yönünde aynı yazarın bir başka görüşü için bkz. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 31-33. Teşebbüs ve tamamlama arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmadığını reddeden görüşlerin detaylı eleştirisi için herkesten önce bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 180 vd.

¹²³ Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 9; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 132. Ayrıca bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 10; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 13; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 33.; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 110; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 26.

uygulanma alanı teşebbüs normu ile genişletilen nitelikli cinsel saldırı suçunu tanımlayan ceza normu, temel cinsel saldırı suçunun öğelerinin tümünün gerçekleştirilmesi yolunda (suç yolunda) bir ön aşama, uğrak değildir. Nitekim temel cinsel saldırı tipi ile nitelikli cinsel saldırı tipi, aynı normun farklı görünüşleri değildir, yani aynı fiili, aynı öğelerle, aynı yönde tanımlayan tek bir normun yaşam olayına göre uygulanmasından elde edilen ve zamansal (kronolojik) olarak art arda dizilen bağlantılı sonuçlar (*Schlussfolgerungen*) söz konusu değildir.¹²⁴ Bu nedenle de cinsel davranışla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiil nedeniyle kurulan mahkûmiyet hükmü, vücuda organ ya da başka cisim sokularak cinsel davranışta bulunmaya teşebbüsün ihlal ediciliğini ne karşılar ne ifade eder.¹²⁵ Bu yönden teşebbüsün ikincilliği savı, belirlilik ilkesinden kaynaklı tüketme yükümlülüğüne aykırıdır.

Ek olarak teşebbüsün ikincilliği savının, yasanın sistematığına ve kusur ilkesine aykırılık oluşturduğunun da açıklanması gerekir. Faili, mağdurun vücuduna organ ya da başka bir cisim sokmadığı için yani suç işleme kararını yerine getirmediği için ödüllendirecek tek kurum, gönüllü vazgeçmedir. Yalnızca bu durumda sanık nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs etmemiş, yani bu ihlal hukuk düzeninde doğmamış kabul edilebilecektir.¹²⁶ Gönüllü vazgeçmenin koşulları olmadan, ilgili teşebbüs fiilini sanki hiç gerçekleşmemiş gibi göz ardı etmek, dışlamak yasallık ilkesine aykırıdır. Bu görüşün kusur ilkesini görmezden geldiği şu varsayımsal örnekte kendini daha açık göstermektedir: Birbirin-

¹²⁴ TCK m. 43/I c. 3'ün getirdiği varsayım, zincirleme suçla ilişkin kuralların uygulanmasında geçerlidir. Bu varsayımın örnekseme yoluyla genişletilerek başkaca olay gruplarına uygulanabilmesi için (i) yasa koyucunun bu düzenlemeyi öngörmesinde gözettiği yarar ile bu düzenlemeyi genişleterek uygulamadaki yararın benzer olması ve (ii) bu yorumla birlikte hukukun uygulanmasında eşitlik ilkesinin gözetildiğinin kabul edilmesi gerekir. Normların yarışması için bu genişletici yorumu kabul etmek hem yasallık ilkesine aykırı düşeceği hem farklı durumda olanlara benzer uygulama yapılması sonucu eşitliğe aykırı olacağı için hukuka aykırıdır. TCK m. 43/I c. 3 hakkında detaylı inceleme için bkz. Başlık. III. B.

¹²⁵ Maatz, s. 212. Nitelikli suç teşebbüs her koşul ve durumda temel suç tipinin gerçekleşmesine vücut verebilecekse artık burada “zorunlu bağlılık”tan bahsedilir. Bu durumda, nitelikli suç teşebbüsten mahkûmiyet hükmü kurulması belirlilik ilkesinden kaynaklı tüketme yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaz. Karş. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 106.

¹²⁶ Aynı yönde bkz. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 67 vd.; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 122.

den bağımsız iki ayrı olaydan birinde fail, mağdurun vücuduna temas ederek, onu öperek, okşayarak kendisini mağdurun vücut boşluğuna organını sokmak için icra davranışlarına hazırlanmış ve icraya başladığı anda bir engel nedeniyle suçu tamamlayamamıştır. Diğer olaydaki fail ise mağdura herhangi bir temasta bulunmaksızın mağdurun vücut boşluğuna organını sokmak için icra davranışlarına hazırlanmış ve icraya başladığı anda kendisinden kaynaklanmayan bir engelle suçu tamamlayamamıştır. Teşebbüsün ikinciliği savına göre, yargıç, ilk olaydaki faili, cinsel saldırının tamamlanmış biçiminden cezalandırıp, teşebbüs fiilini hiç gerçekleşmemiş gibi düşünüp, -adaletsizliği ortadan kaldırmak için- cezayı alt sınırdan uzaklaşarak vermeli; ikinci fail yönünden ise nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurmalıdır. Birinci soru, ilk fail, ikinci faile göre daha fazla ihlal edicilik oluşturan bir fiil işlemişken neden hukuk düzeni, birinci failin işlediği fiili, ikinci faile göre daha az ihlal edicilik oluşturan nitelikli cinsel saldırı altında değerlendirmeli ya da bu ihlali daha az cezayla karşılamalıdır? İkinci soru, yasa koyucunun açıkça suç saydığı bir fiile teşebbüs olgusu, neden birinci fail yönünden sadece cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınmakta ve ancak -olgusal olarak da- daha az ihlal edici içerikteki fiili işleyen ikinci fail yönünden açıkça mahkûmiyet hükmünün konusu olmaktadır? Bu soru(n)lar karşısında, teşebbüsün ikincilliği savının, kusur ilkesine uygun düştüğü kabul edilemez.

Cinsel saldırı özelinde ve ancak ikinci olası eleştirinin tam aksi yönündeki bir üçüncü eleştiriye göre ise, bazı hallerde, cinsel saldırı suçunun temel biçimi, nitelikli cinsel saldırı suçunun icra başlangıcı için hazırlık davranışlarını oluşturabilir. Bu durumda, normların dışlayıcı yarışması gereği, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs, cinsel saldırı suçunun tamamlanan temel biçimini dışlayacaktır.¹²⁷ Bu üçüncü olası eleştiri, ondan önceki olası eleştiriler gibi yasallık ilkesine aykırıdır. Nitelikli cinsel saldırıya hazırlık davranışlarıyla cinsel saldırının temel biçimini gerçekleştiren davranışların kesişip kesişmediği, belirlilik ilkesi gereği normatif-soyut ölçütlerle ortaya koyulabilir.¹²⁸ Yargıçlar, kendi cinsellik ve cinsel ilişki algısına göre kişilerin cinsel özerkliklerine yönelik ölçüt getiremez. Aksi durumda, aynı davranış modeli, bir

¹²⁷ Federal Alman Mahkemesi'nin 20. yüzyılda benimsediği 21. yüzyılda terk ettiği aynı yöndeki ölçüt için bkz. BGHSt 1, 152.

¹²⁸ Maatz, s. 212.

yargıcın cinsellik algısına göre, bağımsız biçimde ihlal edici karaktere ulaşmışken, başka bir yargıca göre, çoktan başka suçun içinde erimiştir.¹²⁹ Ayrıca olası üçüncü eleştiri tüketme yükümlülüğüne ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Çünkü nasıl teşebbüsün, tamamlamanın arkasına çekilebilmesi için teşebbüs ile uygulanma alanı genişletilen ceza normunun, tamamlanan norm ile tam olarak örtüşmesi gerekiyorsa; hazırlık davranışları suç kılınan bir fiilin de icra davranışının gerçekleştirilmesiyle dışlanabilmesi için bu örtüşmenin tipiklik yönünden var olması aranır.¹³⁰ Burada sorulması gereken soru, yasa koyucunun ilgili suça yönelik tüm hazırlık davranışlarını mı yoksa ilgili suçun belirli, tehlikeli ya da ağır ihlal oluşturacak hazırlık davranışlarını mı ceza normuyla suç olarak tanımladığıdır.¹³¹ İlk durumda, hazırlık davranışlarını düzenleyen ceza normunun gerçekleştirilmesi, suç oluşturan fiili tamamlamaya yönelik icra davranışlarının gerçekleştirilmesiyle dışlanır.¹³² Ancak ikinci durumda, yani fail, suç oluşturan belirli, tehlikeli ya da ağır ihlal oluşturan hazırlık davranışlarıyla suçu tamamladığında, artık burada özel-genel norm ilişkisinden söz edilemez. Aksi durumda, suç olarak düzenlenen hazırlık davranışlarını gerçekleştirerek suçun icrasına başlamak davranışı ile suç olarak düzenlenmeyen hazırlık davranışlarını gerçekleştirerek suçun icrasına başlamak davranışının ihlal ediciliği tüketme yükümlülüğüne ve eşitlik ilkesine aykırı biçimde özdeş kılınmış olacaktır.¹³³

¹²⁹ “Nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs edebilmek için muhakkak cinsel saldırının temel biçiminin gerçekleştirilmesi gerekir” yönündeki görüşün mağdurbilim (viktoloji) açısından isabetsizliği için bkz. Maatz, s. 212.

¹³⁰ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 36.

¹³¹ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 36-37.

¹³² Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 36.

¹³³ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 37; Puppe, JuS 2016, s. 965. Yargıtay, bu yanlışlığa, 1072 sayılı Rulet, Tilt ve Benzeri Oyun Aletleri ve Makineleri Hakkında Kanun’un 2. maddesini, TCK 228/I yönünden özel norm olarak değerlendirerek düşmüştür. Yargıtay 8. CD., E. 2018/9355 K. 2020/15081 T. 7.7.2020. İki yönden karar hukuka aykırıdır: (i) 1072 sayılı Yasa m. 2, TCK 228/I’de tanımlanan suça tüm hazırlık davranışlarını değil, yalnızca belirli ve ağır hazırlık davranışlarını suç olarak tanımlar. Hazırlık davranışlarının gerçekleşmesi, tamamlama davranışını düzenleyen normun gerçekleşmesini dışlayamaz. Eğer dışladığı kabul edilirse, yasallık ve kusur ilkesine aykırı olarak ceza hukuku uygulanmış olur. (ii) Burada çifte değerlendirme yasağına uymak tüketme yükümlülüğüne aykırılık oluşturur. Bu ilkesel çekişme durumunda başvurulacak hüküm, TCK m. 44’tür. Yukarıda bkz. Başlık. I. c. Aksi durumda, ceza hukuku yasallık ilkesine aykırı olarak uygulanmış olacaktır. Nitekim ilgili karara karşı oy yazan üyeler de aynı noktaları vurgulamışlardır. Yargıtay 8. CD., E. 2018/9355 K. 2020/15081 T. 7.7.2020.

Dördüncü eleştiri, failin en ağır sonuca yönelik kasta göre ceza almasının kusur ilkesine uygun düşeceği görüşünden kaynaklanabilir.¹³⁴ Esasında bu görüşün kökeni, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin, öldürme kastı ile yaralama kastının bir arada bulunamayacağı ve bu nedenle öldürmeye kastın ve yaralamaya kastın kavramsal olarak aynı olayda düşünülmesinin olanak dışı olduğu yönündeki yerleşik kararıdır.¹³⁵ Bu yerleşik görüş, sonrasında Alman Federal Mahkemesi tarafından haklı olarak reddedilmiştir. Zira sonuçta gerçekleştirmeyi arzuladığı (örn. öldürme) suça yönelik kasıt, üzerinden geçilecek olan suça (örn. yaralama) yönelik kastı dışlamaz; aksine içerir.¹³⁶ Bu olası eleştirinin kaynaklanabileceği öğreti görüşünün gözden kaçırıldığı nokta,¹³⁷ eğer ölüm sonucu gerçekleşmiş olsaydı, faili, öldürme suçundan mahkûm etmek, zorunlu olarak da ona bağlanan mağdurun sağlığını bozmasına ilişkin kusurunu da içerecekti. Fakat gerçekleşmeyen ölüm sonucunda teşebbüs normu uyarınca kurulacak mahkûmiyet, dış dünyada gerçekleşen yaralama sonucuna yönelik failin kusurunu görmezden gelmek anlamına gelecektir. Ayrıca fikri içtimanın yaralama kastının çifte değerlendirilmesine yol açacağına yönelik endişe temelsizdir. Çünkü fikri içtima, tam olarak, çifte değerlendirmenin olmaması için iki norm yönünden cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini aşamalarını ortaklaştırmaktadır.¹³⁸

Beşinci ve son olası eleştiri, özel-genel norm ilişkisinin yanında "geçit suçu" kavramına başvurarak tüketen-tüketilen norm ilişkisini¹³⁹ kabul eden görüşten gelebilir. Türk ceza hukuku öğretisinde *Göktürk* tarafından savunulan bu görüş uyarınca, her durum ve koşulda, teşebbüs normu ile uygulanma alanı genişletilmiş olan öldürme normu, ona geçit suç olan kasten yaralamaya göre tüketen norm; teşebbüs normu ile uygulanma alanı genişletilmiş nitelikli cinsel saldırı normu da temel suç tipine göre özel normdur.¹⁴⁰ Bu suç tiplerinin arasında dışlama ilişkisinin her durum ve koşulda var olduğunu savunan bu görüş,

¹³⁴ Karş. İçel, s. 237-238.

¹³⁵ RGSt 28, 200, 212; 44, 321, 323.

¹³⁶ BGH, v. 28. 6. 1961- 2 StR 136/61; v. 24.09.1998 – 4 StR 272/98.

¹³⁷ Karş. İçel, s. 219-220.

¹³⁸ Yaralama kastının çifte değerlendirilmiş olacağı yönündeki eleştirinin isabetsizliği için ayrıca bkz. Maatz, s. 211.

¹³⁹ Yukarıda bkz. Başlık II. A. ve dn. 77.

¹⁴⁰ İlgili görüş için bkz. Göktürk, s. 247 vd.

yerinde değildir. Eğer bir görüş, yöntemsel olarak tüketen-tüketilen ve özel-genel arasında ayırım olduğunu kabul ederek yola çıkacaksa, tüketen-tüketilen ilişkisine dayalı dışlamanın olay sonrası somut düzlemde “değer biçici” biçimde gerçekleştirildiğini, özel-genel ilişkisine dayalı dışlamanın olay öncesi soyut düzlemde mantık gereği “kendiliğinden” gerçekleşeceğini kabul etmelidir.¹⁴¹ Bu durumda ilgili görüş, (i) teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş olan öldürme normunun her durum ve koşulda değil ancak ve ancak yaşam olayına göre ve “değer biçici” toplama-çıkarma işlemiyle bir dışlama ilişkisine gireceğini ifade etmesi gerekirken, tam aksi yönde ilişkiyi mutlak kılarak genelleştirmiştir. (ii) Teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş olan nitelikli cinsel saldırı suçunu düzenleyen norm ile cinsel saldırı suçunun temel biçimini düzenleyen norm arasında öğeler yönünden zorunlu bir bağlantı olmamasına ve hatta semantik görüş uyarınca¹⁴² dahi özel-genel norm ilişkisi kurulamamasına rağmen, görüş tam aksini savunmaktadır. Tüm bunlara ek olarak beşinci olası eleştirinin dayanağını oluşturabilecek öğreti görüşünün doğrudan başvurduğu “geçit suçu” kavramına da ayrıca değinilmesi gerekir.

“Geçit suçu” suçların birleşmesi kurumunun temel dayanaklarının üstüne kuruludur. Bu kavramsallaştırma, istisnasız, normların dışlayıcı yarışması yönünden ele alınmakla birlikte kimi görüşler dışlama yönünden normlar arasında “tüketen-tüketilen” norm ilişkisine, kimi görüşler “asıl-ikincil” norm arasındaki ilişkiye göndermede bulunmaktadır. Alt başlıklar değişse de söz konusu geçit suçu olduğunda, üst başlık, muhakkak, normların dışlayıcı yarışmasıdır.¹⁴³ “Geçit suçu” kavramı, geniş başlıkta suçların birleşmesi kurumunun temellerine bağımlı olup dar başlıkta da normların dışlayıcı yarışmasına yönelik tartışmadan koparılamaz. Geçit suçu kavramıyla anlatılmaya çalışılan, basamaklara bölümlenebilen bir fiilde, sonraki basamaktaki fiilin, önceki basamaktaki fiili kendi başına suç oluşturmayacak biçimde dışlamasıdır. Öyle ki, geçit suçu kavramında, bir olayın bütününe

¹⁴¹ Bu kabul hakkında detaylı bilgi için bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 93, 144; Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 12; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 7.1, 14; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor § 52 Rn. 20, 31-32; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 104; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 27-28.

¹⁴² Yukarıda bkz. dn. 67 ve 104.

¹⁴³ Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 131.

bakıldığına, tek bir fiil kendi içerisinde birden çok basamağa, ayrı davranış ve ayrı sonuç olarak bölümlenebilmekte ve bu basamaklar, farklı tipiklikler içerisinde anlamlandırılabilir. Bu bölümlerde, önceki basamağa yerleşen davranış ve sonuç kendi başına bir suç oluşturabilecekken, sonraki basamakta bulunan davranış ve sonuç, ön basamağın kendi başınlığını, yani kendi başına suç oluşturma olanağını sona erdirmektedir.¹⁴⁴ Kısacası, son basamak, ondan önceki basamakta yer alan suç tipinden de failin sorumlu tutulmasını anlamsız duruma getirmektedir. Fakat bu anlamsızlaşmanın gerçekleşebilmesi için geçilecek olan suç için başka bir suçtan geçmenin zorunlu olması gerekir. Ancak geçilecek olan suç teşebbüs aşamasında kaldığında, geçit suçunun zorunluluğu ortadan kalkar. Geçit suçu (birinci basamaktaki suç), geçilecek olan suçun (ikinci basamaktaki suç) tamamlanması için zorunlu olabilir ancak geçilecek olan suça teşebbüs için geçit suçundan geçmek zorunlu değildir. Sonuç olarak, suçların birleşmesinin temellerinden bağımsız biçimde ve normların dışlayıcı yarışmasına ilişkin tartışmaya girmeksizin, sadece geçit suçuna başvurarak “dışlama” sonucuna varmak isabetsizdir.¹⁴⁵ En nihayetinde, beşinci olası eleştirinin

¹⁴⁴ Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 131. Sternberg-Lieben/Bosch’a göre bu anlamsızlaşma, failin üst basamağa çıkmak için alt basamağa basmak zorunda olmasından ve bu basamaklarda yer alan suçları tanımlayan ceza normlarının koruma amaçlarının özdeş ya da aynı yönde olmasından kaynaklanır. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 111. Ayrıca bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, §52 Rn. 13; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB, Vor §52 Rn. 15; İçel, s. 229 vd.

¹⁴⁵ “Geçit suçu” kavramının suçların birleşmesi kurumunun temellerinden ayrılarak kendi başına bir kuram durumuna getirilmesi yasallık ilkesi ve kusur ilkesine aykırı sonuçlara yol açabilir. Suçların birleşmesi kurumundan koparılan “geçit suçu” kavramının bünyesinde barındırdığı bu ihlal riski, Türk ceza hukukunda, özellikle son dönemde YCGK’nın TCK m. 245/II’de tanımlanan fiili, a priori TCK m. 245/III’te düzenlenen suça “geçit suç” ilan etmesiyle kendini göstermiştir. Sıklıkla karşı oy ile karşılaşan YCGK’nın kabulüne göre, “TCK’nın 245/3. maddesindeki sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlama suçunu işlemeyi kasteden failin öncelikle sahte oluşturulmuş veya üzerinde sahtecilik yapılmış bir banka veya kredi kartına ihtiyacı vardır. Bunun için de sahte banka veya kredi kartını ya kendisi oluşturup üretmek, ya satın almak ya da kabul etmek suretiyle TCK’nın 245/2. maddesinde düzenlenen sahte banka veya kredi kartı üretme, satın alma veya kabul etme suçlarından birini işlemesi zorunludur. Bu nedenle TCK’nın 245/2 maddesi... aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki suçu işlemeye kastı bakımından geçit suçu niteliğindedir”. YCGK., E. 2017/1151 K. 2021/90 T. 9.3.2021; YCGK., E. 2020/176 K. 2022/324 T. 10.5.2022; YCGK., E. 2020/36 K. 2022/323 T. 10.5.2022. YCGK’nın kararı üç gerekçeyle yerinde değildir: (i) TCK 245/III’de ifadesini bulan “kartın kullanımı” davranışı, muhakkak kartın fiziksel

dayanağı olan öğreti görüşünün ısrarlı biçimde normların dışlayıcı yarışmasına her durum ve koşulda başvurması, eşitlik ilkesine ve ceza hukukuna egemen yasallık ilkesine aykırı biçimde hukukun uygulanması sonucunu doğuracaktır.¹⁴⁶

Sonuç olarak, normların dışlayıcı yarışmasına başvurularak teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş özel ceza normu, tamamlanmış genel ceza normunu dışlayamayacağı gibi tamamlanmış genel ceza normu da teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş özel ceza normunu dışlayamaz. Bir sonraki başlıkta uyumsuzluğun çözümü için bir araya gelen bu iki normun fikri içtimayla birleştirilerek somut olaya uygulanabileceği tartışılacaktır. Bu tartışmada asıl odak noktası, Türk ceza hukuku öğretisinde kimi suçlar arasındaki fikri içtimayı engellediği düşünülen TCK m. 43/I c. 3’tür.

III. “FİKRİ İÇTİMA”: TCK M. 44’ÜN UYGULANMASINA TCK M. 43/I C. 3 ENGEL OLUŞTURUR MU?

Suçların birleşmesinin temel dayanağı yasallık ve kusur ilkesine uygun biçimde ceza hukukunun uygulanmasıdır.¹⁴⁷ Fikri içtimanın işleviyse, birden çok gerçekleştirilen tipikliklerin, kendi ihlal edici içriklerinin bir yandan kısmen (parçalı olarak) kesişmesi, iç içe geçmesi

olarak bulundurulmasını gerektirmez. Karta ait verilerin kullanımı yoluyla da bu suç işlenebilir. (ii) II. fıkradaki “üretim” fiilini gerçekleştirip sonra III. fıkradaki suçu fail ile sadece karta ait verileri kullanarak III. fıkradaki suçu işleyen failin gerçekleştirdiği fiillerin hukuk düzenindeki ihlal ediciliği ve failin kusurluluğu YCGK tarafından aynı ve hatta özdeş olarak değerlendirilmektedir. (iii) Sahte olarak üretilen bir banka ya da kredi kartı, nakit para olmadığı için doğası gereği taşıyıcısı tarafından birden çok kez kullanılmak için üretilir. III. fıkra kapsamında, daha ne zaman, hangi biçimde ve ne kapsamda gerçekleştirileceği somutlaştırılmayan fiil yönünden kasıt, birden çok kez kullanımda, nasıl daha en başta o kartın üretilmesindeki kasta dahil olabilir? Doğası gereği, III. fıkra yönünden kasıt, somut olaydan somut olaya değişkenlik gösterecektir. YCGK’nın TCK m. 245/III’ün a priori geçit suçu olarak TCK m. 245/II’yi kabul etmesi, somut olayda düşünsel birleşme ya da gerçek birleşme kurumu uygulanarak yasallık ve kusur ilkesine uygun karar verilmesinin önündeki en büyük engeldir.

¹⁴⁶ Ayrıca bu görüş, öldürmeye teşebbüs ve yaralama arasındaki tüketen-tüketilen ilişkisini Alman Federal Mahkemesi kararlarına gönderme yaparak ortaya koymuştur. Göktürk, s. 247-48, dn. 767. Talihsizdir ki, bu görüş, daha bu kararlara atıf yaptığı zaman, ilgili kararlardaki yaklaşım, Mahkeme tarafından tutarsız ve isabetsiz bulunarak çoktan değişikliğe uğramıştı. İlgili kararlar için bkz. BGH v. 17.12.2014 4 StR 556/14, BGH 10.5.2011 4 StR 659/10; BGHSt 44, 196 (198); BGH, v. 24.09.1998 – 4 StR 272/98.

¹⁴⁷ Yukarıda bkz. Başlık. I.

diğer yandan birbirinden ayrılması durumunda, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin ortaklaştırılmasıdır. Aynı yasal unsurların birden çok tipiklik tarafından kapsanıyor olduğu durumda, sorun, davranış tekliğinin sağlanıp sağlanmadığından daha çok kusur ilkesine uygun biçimde, gerçekleştirilen tüm tipiklikler yönünden cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin ortak kılınmasıdır.¹⁴⁸ Türk ceza yasa koyucusu, bu durumda birden çok gerçekleştirilen tipiklikleri “temel prensip” olarak adlandırdığı tek davranış-tek suç-tek ceza eşitliğine uydurmak için “erime sistemi” görüşünü savunarak -ve böylelikle birbirleriyle kesişmeyen ögeleri cezanın belirlenmesinde göz ardı ederek- kusur ilkesine aykırı biçimde “en ağır suçtan” cezalandırma yoluna gitmiştir. Ancak bu anayasaya aykırılığı düzeltmek ne öğretinin görevidir ne de yargılama erkinin yetkisinin içindedir. Anayasaya m. 38/I’in “...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” ve TCK m. 61/X’un “kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir” ifadesi karşısında aksini savunmak yasallık ilkesi çiğnemek olacaktır.¹⁴⁹

Yargıç, teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş özel ceza normu ve tamamlanmış genel ceza normunu, somut olaya altlarken çifte değerlendirme yasağı ve tüketme yükümlülüğü gereği, fikri içtimaya başvurmalıdır. Fikri içtima hükmüne başvurmak tamamlanmış kasten yaralama suçu ile öldürme suçuna teşebbüs yönünden sorun oluşturmamaktadır.¹⁵⁰ Ancak tamamlanmış cinsel saldırı ile nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs yönünden TCK m. 43/I c. 3 tartışılmak zorundadır. Çünkü Türk ceza hukuku öğretisinde yazarlar, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs ile tamamlanmış cinsel saldırı suçunun arasında normların dışlayıcı yarışmasının olamayacağını ifade etmekle birlikte, bu suçlar arasındaki ilişkiyi anlamlandırmakta TCK m. 43/I

¹⁴⁸ Puppe, AT, § 33 Rn. 2; Puppe, NK-StGB vor § 52 Rn. 6.

¹⁴⁹ Devam eden değerlendirme için bkz. dn. 177.

¹⁵⁰ Alman ceza hukuku için bkz. BGHSt 44, 196; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 99; Eschelbach, BeckOK-StGB § 212 Rn. 48; Eser/Sternberg-Lieben, Sch/Sch-StGB § 212 Rn. 23; Lackner/Kühl/Heger-StGB, § 212 Rn. 9; Neumann/Saliger, NK-StGB § 212 Rn. 37; Ruth Rissing-van Saan und Till Zimmermann, “§ 212 StGB.” in Leipziger Kommentar StGB Online (LK-StGB) (De Gruyter Online-Datenbank), Rn. 82; Schneider, MüKo-StGB § 212 Rn. 120; Momsen, SSW-StGB § 212 Rn. 29.

c. 3 engeline takılmaktadır¹⁵¹. Bu tartışmadaki esaslı sorun, cinsel saldırının nitelikli biçimi ile temel biçiminin TCK m. 43/I c. 3 anlamında “aynı suç” olarak değerlendirilerek, “aynı zamanda, aynı mağdura karşı işlenen aynı suç” bulunduğu savıyla fikri içtimanın uygulanmasının reddedilip reddedilemeyeceğidir. Bu tartışma, hukuk yöntem-bilimine ilişkindir. Bu nedenle TMK’nin “Başlangıç Hükümleri”¹⁵² ve ceza hukukuna egemen yasallık ilkesi uyarınca bir değerlendirme yapılmasını gerektirir.

Hukuk Yöntembiliminde TMK m. 1/I’nin Anlamı ve İşlevi

Hukuk yöntembilimi, yalnızca özel hukuk uyumsuzluklarına uygulanacak hukuk kurallarının yorumu sorununa yanıt arayan ve medeni hukuka özgülenmiş bir bilgi alanı olmaktan ötedir. Hukuk yöntembilimi, özellikle ve öncelikle anayasa hukukuna ilişkindir. Bir yandan yargılama makamı ile yasama makamı arasındaki erkler ayrılığına dayalı sınırın korunmasına (*sınır koruma işlevi*) diğer yandan yargılamanın demokratik olarak haklı kılınmasına¹⁵³ (*demokratik haklılaştırma işlevi*) hizmet eder.¹⁵⁴ Yöntembilim, sınır koruma işlevini, yasama makamının yasadığı soyut ve genel normu, huzuruna taşınan olgular ölçütünde somutlaştırma, bireyselleştirme yetkisine sahip olan yargılama makamının bu yetkisini sınırları içinde kullanması için kurallar öngörerek yerine getirir.¹⁵⁵ Buna bağlı olarak, hukuk yöntembiliminde

¹⁵¹ Demirtaş, s. 422 vd; Yavuz, s. 374.

¹⁵² MK’nin başlangıç hükümlerinin ceza hukukuna egemen biçimsel yasallık ilkesine ve ceza muhakemesine egemen temel ilkelere uygun düştüğü ölçütü uygulanabilir olduğu konusunda bkz. David Dürr, “Vor Art. 1-4” und “Art. 1.” in Zürcher Kommentar-Art. 1-7 ZGB (ZK-ZGB). Einleitung (Zürich: Schultess Verlag, 1998), Vor Art. 1-4 Rn. 118; Susan Emmenegger und Axel Tschentscher, “Art. 1.” in Berner Kommentar- Art. 1-9 ZGB (BK-ZGB), Band I, Einleitung und Personenrecht (Bern: Stämpfli Verlag, 2012), Art. 1 Rn. 92 vd, 109, 116-119.

¹⁵³ Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, München 2020, C.H. Beck, § 1 Rn. 45.

¹⁵⁴ Ayrıca adil karar verilmesine yönelik işlev için bkz. Möllers, § 1 Rn. 111; Franz Reimer, Gerechtigkeit als Methodenfrage, Tübingen 2020, Mohr Siebeck, s. 9.

¹⁵⁵ Möllers, § 1 Rn. 46. Ancak unutulmamalıdır ki, hukuk yöntembilimi, katı/ mutlak erkler ayrılığı düşüncesinin mimarları olan aydınlanma düşünürlerinden ve anayasa kuramını, norm kuramı üzerinden kuran hukukçulardan çok önce var olmuş kökleşik bir bilgi alanıdır. Bkz. Ekkehard Schumann, “Das Rechtsverweigerungsverbot: Historische und methodische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden”, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), 1968, H. 81, 1-2, dn. 27-30. Fakat çağımız Kara Avrupası hukukunda, yön-

hukukun bulunması için izlenilmesi öngörülen yöntemsel sıra düzenleri (hiyerarşi), hukuk kuralının anlamlandırılmasında doğrudan sözel anlamdan yola çıkılmasına ilişkin getirilen ilkeler ve yasanın getirdiği kuralı olabildiğince geçerli kılmak için başvurulanan anlamlandırma kuralları, demokratik haklılaştırma işlevini yerine getirme çabasının sonucudur.

Pozitif ifadesini “hukukun uygulanması ve kaynakları” başlıklı TMK m. 1’de bulan yasanın önceliği ilkesi (*Grundsatz des Gesetzesvorrangs*), erkler ayrılığına dayanan hukuk devletinin bir sonucudur. Erkler ayrılığının sonucu olarak, hukuku uygulayacak olan yargıcın vereceği kararın içeriği; yasa koyucunun soyut biçimde verdiği ön karar ile belirlenmekte, daha doğru ifadeyle çerçevelenmektedir.¹⁵⁶ Yasanın önceliği ilkesi, hukuku uygulayacak olan yargıcın, yasa koyucunun bu ön kararına uygun davranmasını sağlamaya yönelir.¹⁵⁷ Bu ön karar, hukuk dogmatikliğinde sıklıkla “yasa koyucunun iradesi” olarak adlandırılmaktadır ve genellikle yasa kuralının tarihsel yorumu içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁵⁸

“Yasa koyucunun iradesi”, geçmişte yasayı yapan seçkinlerin ya da belirli bir toplumsal kümenin aklından geçirdikleri veya ilgili yasanın gerekçesine yazdıkları değildir.¹⁵⁹ Nitekim “yasa, onu yapandan

tembilimin tartışmalarını, tamamen anayasadan soyutlamak olanaksızdır. Hukuk yöntembiliminin üzerine yoğunlaştığı soru(n)ların iki nirengi noktası, hukukun kaynağı ve hukukun uygulanmasıdır. Hukukun uygulanması ve kimi zaman yaratılması, anayasanın koyduğu esaslara uygun olarak ve anayasanın yetkiledirdiği organlar tarafından gerçekleştirilebilir. Bu yönden yöntembiliminin içerisinde barındırdığı kuramlar, kurallar ve kavramlar, erkler ayrılığına dayalı yetki paylaşımının temel tartışmalarından ayrılamaz.

¹⁵⁶ Biaggini, s. 293; Christian Hillgruber, “Art. 97 GG (Unabhängigkeit der Richter),” in Dürig/Herzog/Scholz- Grundgesetz-Kommentar (GG) (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Rn. 27.

¹⁵⁷ Biaggini, s. 296; Bernd Grzeszick, “Art. 20 GG (Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht),” in Dürig/Herzog/Scholz- Grundgesetz-Kommentar (GG) (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Rn. 90.

¹⁵⁸ Biaggini, s. 294.

¹⁵⁹ Karş. Biaggini, s. 295. Burada “yasa koyucu”dan ne anlaşıldığı da oldukça önemlidir. Sıklıkla başvurulanan bir kavram olan yasa koyucudan ne anlaşılması gerektiği sorusu, Polonya hukuk felsefesi çevresinde isabetli olarak iki ayrı başlık altında incelenir: Somut ve soyut yasa koyucu. Somut yasa koyucu da kendi içinde ikiye ayrılır: Öze ilişkin (maddi) yasa koyucu ve biçimsel (şekli) yasa koyucu. Öze ilişkin yasa koyucu, (i) bir kuralın hem biçiminde hem içeriğinde doğrudan doğruya etkide bulunan kimseleri (gerçek yasa koyucu) ve (ii) gerçek yasa koyuculardan oluşmuş ve yasama organı tarafından tanınmış ya da yasama organı içerisinde

akıllıdır”.¹⁶⁰ Çünkü hermeneutik gereği, yasamayla birlikte yasa, kaçınılmaz olarak, onu yapanların iradesinden bağımsız bir varlık kazana-caktır.¹⁶¹ Yasa metni, daha kesin bir ifadeyle, yasa kuralının sözü, yasa koyucunun ilgili hukuksal sorun karşısındaki ön kararının ne olduğu-nu anlamak, idrak etmek için yargıcın elindeki ilk araçtır.¹⁶² Kural ola-rak yasa koyucunun ön kararını açık ve seçik biçimde kuralın sözünde ifade ettiği kabul edilir. Bu nedenle yasanın sözel anlamı, hukukun bulunması ve sonrasında uygulanmasında kaçınılmaz ön koşuldur.¹⁶³ Yasa koyucunun yasanın sözünde ön kararını açık ve seçik biçimde

kurulmuş komisyon ya da kurulları (örgütlü yasa koyucu) kapsar. Biçimsel yasa koyucu, anayasa ya da yasanın yasa tasarısını yasaya dönüştürme yetkisiyle donatıldığı kimselerdir. Soyut yasa koyucu ise insanların arzularında yaşayan ideal yasa koyucu tipidir. Tüm akıl yasalarına ve değer sistemlerine uygun olarak yasa koyan kimseyi anlatır. Bu nedenle soyut yasa koyucu için akılcı (ussal, rasyonel) yasa koyucu da denmektedir. Slawomira Wronkowska, “The Rational Legislator As A Model For The Real Lawmaker”, Polish Contributions To The Theory And Philosophy Of Law, Amsterdam 1987, Rodopi s. 148 vd. Michał Krotoszynski, “Legislative History, Ratio Legis, and The Concept of the Rational Legislator”, Ratio Legis, SpringerLink 2018, s. 58. Yasa koyucunun somut ve soyut yasa koyucu başlıklarına ayrılması yerindedir. Ancak soyut yasa koyucunun, varsayımsal bir yasa koyucu olduğu unutulmamalıdır. Bu varsayımsal yasa koyucu, günümüze ait bir çıkarımın sonucu değildir. Aksine uzun süre inanılmış “hükümdarın yasa-dığı akla aykırı olamaz; çünkü hükümdar asla ama asla akla aykırı olanı istemez” dogmasının ürünüdür. Ogorek, R.: Richterkönig oder Sumbsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1986, s. 117. Nitekim, TCK m. 44’ün gerekçesinde, “Bir suçun temel ve nitelikli şe-killeri dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilme-lidir.” ifadesi yer almaktadır. İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2005, Seçkin Yayınevi, s. 575. Gerekçede yer alan ifadenin aksi yönünde bkz. Hakeri, s. 638; yukarıda bkz. dn. 118. Gerekçeye yazılan bu ifadeye, TCK m. 44’te herhangi bir yasal düzenleme olmaksızın tek başına etki tanınamaz. Aynı suç varsayımına ilişkin tek normatif dayanak, TCK m. 43/I c. 3’tür. Yargıç, ilgili düzenlemenin amacının ayrıca fikri içtimayı de kapsayıp kapsamadığı konu-sunda hukuk yöntembilimi kuralları uyarınca değerlendirme yapmak konusunda gerekçede yazan ifadeye bağlı kılınamaz.

¹⁶⁰ Alman hukuk öğretisinde “yasa, yasa koyucudan akıllıdır” özdeyişi, (özdeyişi ilk kullananın kim olduğu tartışmalı olmakla birlikte) 1885 yılında von Bülow tarafından “Gesetz und Richteramt” isimli eserde (37), 1886 yılında Kohler tarafından “Ueber die Interpretation von Gesetzen” başlıklı makalede dile getirilmiştir. Bu saptama için bkz. Möllers, §6 Rn. 70, dn. 134.

¹⁶¹ Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 174. Karş. Gadamer, s. 332.

¹⁶² Biaggini, s. 300; Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 206. Yasa kura-lının sözü, yargıcın hukuku “anlama süreci”ne attığı ilk adımdır. Dürr, ZK-ZGB, Vor Art. 1-4 Rn. 227.

¹⁶³ Heinz Hausheer und Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB- Art. 1-10 ZGB, Stämpflis Handkommentar (SHK-ZGB) (Bern: Stämpfli Verlag, 2003), Art. 1 Rn. 232. Karş. Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 222.

ifade etmediği yönünde inandırıcı bir neden olmadığı¹⁶⁴ sürece yargıç yasanın sözüne karşın hukuku uygulayamaz.¹⁶⁵ Nitekim TMK m. 1/I'de de medeni yasa koyucu, ilgili kuralın öze ilişkin anlamıyla sözel anlamı arasındaki tutarsızlığın ortadan kaldırılmasına yönelik olarak, yasa kuralının sözüne karşın hukukun uygulanması olanağını tanımıştır.¹⁶⁶ TMK m. 1/I, yasa kuralının düzeltilmesi ya da örtülü bir boşluğun doldurulmasını ifade etmez; bu madde, yasa koyucunun ön kararının kuralın sözünde açık ve seçik olarak belirlenememesi ve ancak öze ilişkin anlamda en net biçimde saptanabildiği durumda, yasanın hukukunun uygulanmasıdır.¹⁶⁷ Yoksa yargıç TMK m.1/I uyarınca kuralın sözüne karşın öze ilişkin anlamını uyguladığında hukuk yaratmamaktadır.¹⁶⁸ Bu yönüyle TMK m. 1/I, hukuk yöntembiliminde yargıcın TMK m. 2/II'ye başvurarak örtülü boşluğu doldurması ile karıştırılmamalıdır.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Nitekim inandırıcı bir neden olmaksızın yasanın sözünden sapmak devlete yönelik keyfilik yasağının açıkça ihlali olacaktır. Biaggini, s. 422-423. Karş. Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 237.

¹⁶⁵ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 233; Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 231. Yasanın sözel anlamı ile öze ilişkin anlamının arasında bir alt üst ilişkisinin kurulamayacağı ve hem söze hem öze ilişkin anlamın "hukukun bulunması" (Rechtsfindung) için aynı anda, aralarında fark gözetilmeksizin, ortak biçimde dikkate alındığı konusunda bkz. Dürr, ZK-ZGB, Art. 1 Rn. 62, 71. Yasa koyucunun yasanın sözünde ön kararını açık ve seçik biçimde ifade etmediği yönünde inandırıcı bir neden olmadığı sürece yargıcın yasanın sözünden sapamayacağına ilişkin görüşün, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenmesi ve egemen görüş durumuna getirilmesi hakkındaki saptama için bkz. Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 231.

¹⁶⁶ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 233. İnandırıcı nedenlerin ayrık ve somut olayın koşullarına bağlı olduğu konusunda bkz. Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 243.

¹⁶⁷ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 233. Hausheer/Jaun ile aynı yöntembilimsel paradigmayı paylaşmasa da İsviçre hukuk öğretisinde, Dürr, yasanın anlamının, söze ve öze ilişkin anlam yönünden bir bütün olduğunu savunarak, kuralın özüne ilişkin anlamına uygun biçimde hukukun uygulanmasının, yine yasanın uygulanması anlamına geleceğini savunmaktadır. Dürr, ZK-ZGB, Art. 1 Rn. 105 vd.

¹⁶⁸ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 234.

¹⁶⁹ Türk hukuk yöntembiliminde, TMK m. 1/II kuralından amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) türeten görüş, TMK m. 1/I uyarınca söze karşın öze ilişkin anlamın öncelenmesi ile TMK m. 2/II uyarınca normun düzeltilerek uygulanmasını bir başlık altında ele alarak, her ikisini TMK m. 1/II anlamında yargıcın hukuk yaratması içerisinde değerlendirdiği için isabetsizdir. Bu konuda bkz. Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 263 vd. Aksi yönde bkz. Dürr, ZK-ZGB, Art. 1 Rn. 104.

Bu açıklamalar sonrasında Türk hukukunda, hukuk yöntembilimi içerisinde TCK m. 43/I c. 3’ün nasıl yorumlanması gerektiği tartışmaya açılacaktır. Bu tartışma kapsamında ilgili yasa kuralının sözüne karşın (*contra verba legis*) özüne uygun olarak yorumlanması gereksinimini değerlendirilecektir. Bu gereksinim ceza yasa koyucusunun, getirdiği “aynı suç” varsayımının (*Fiktion*)¹⁷⁰ her soyut olayda, genel geçer biçimde¹⁷¹ mi yoksa yalnızca belirli bir olay grubu, yani salt zincirleme suç yönünden mi dikkate alınacağını saptanması gereğinden doğmaktadır.

TMK m. 1/I Uyarınca Kuralın Sözüne Karşın (*contra verba legis*) Hukukun Uygulanması: TCK m. 43/I c. 3’teki Aynı Suç Varsayımının Uygulanma Alanının Sınırı Üzerine

Hukuk yöntembiliminde geçerli olan yöntem karinesine göre, yasa kuralının sözü, yasa koyucunun o olay ölçütündeki ön kararının ne olduğunu açıkça ifade eder.¹⁷² Bunun aksi ancak sözel anlamın, yasa koyucunun ön kararının bu biçimde belirleme yapmasındaki amacını, yani o kuralın varlık nedenini karşılamadığı yolunda inandırıcı bir neden ile kanıtlanabilir.¹⁷³ TMK m. 1/I deki belirleme uyarınca, inandırıcı olarak nitelendirilebilecek ilk neden, kuralın sözünün doğrudan uygulandığı zaman, kuralı özünden saptırma olasılığıdır.¹⁷⁴ Bu olasılıkta, o kural hem taşıdığı işleve hem yasa koyucunun o olay ölçütünde aldığı

¹⁷⁰ TCK m. 43/I c. 3 yasa koyucunun, yargılama makamının ceza hukukunu uygulaması sırasında başvurması için getirdiği yardımcı normdur. Yardımcı normlar, yasal tanım yapan veya varsayım ya da karine düzenleyen kurallardır. Kesin karine olabilmesi için yasa koyucunun “var” kabul ettiği, kurguladığı olguların (eşitlik, aynılık, babalık, irade özgürlüğü vb.), yasa koyucunun kabulünden bağımsız olarak fiilen var olma olanağına sahip olması gerekir. Hukuken tanımlanışı dahi özdeş olmayan iki ayrı fiil, doğadaki değişim ve devinim gereğince birbirinin aynısı olamaz. Bu nedenle Yasa’daki “... aynı suç sayılır” ifadesi, kesin karineden öte bir varsayımdır. Kesin karine ve varsayım arasındaki farkın açıklanması için bkz. Zippelius, s. 29-30.

¹⁷¹ Bu yönde bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020, Beta Yayınevi, s. 523.

¹⁷² Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 234. Hermeneutik açıdan bunun olanaksız olduğu, yargıç ile yasa koyucu arasında bir sıra düzen (hiyerarşi) yerine iş bölümü ilişkisi bulunduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Dürr, ZK-ZGB, Vor Art. 1- 4 Rn. 231 vd, 243 vd.

¹⁷³ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 237.

¹⁷⁴ Karş. Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 240.

ön karara yabancı kalmaktadır.¹⁷⁵ Hukuk yöntembilimi uyarınca TCK m. 43/I c. 3'teki aynı suç varsayımı, salt sözel anlamına göre, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs ve tamamlanmış temel cinsel saldırı suçu yönünden fikri içtima hükümlerini uygulanamaz kılmaktadır.

Ancak bu iki gerekçeyle isabetsizdir. TCK m. 43/I c. 3'ün, bu iki suç tipi arasındaki fikri içtimayı engellemesi, birincil olarak aynı suç varsayımının amacını ve kuralın öze ilişkin anlamını boşa çıkarmakta; ikincil olarak bu iki suç tipi arasındaki suçların birleşmesi ilişkisini hukukten belirsiz kılmaktadır.

Aynı suç varsayımının işlevi, “bir suç işleme kararı” içerisinde ardışık işlenen suçlar yönünden cezanın nasıl kusur ilkesine uygun olarak belirleneceğine yardımcı olmaktır. Buna ek olarak, bu varsayımın dayandığı değerlendirme değişik zamanlarda işlenen fiiller ve fiil sayısınca ortaya çıkan suç tiplerine yöneliktir.¹⁷⁶ Aynı suç varsayımının işlevi ve temelinde yatan bu değerlendirme, özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı duruma yabancıdır. Çünkü bu iki tipi aynı suç saymak, bu olay grubunda kusur ilkesine uygun cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini sağlamaz. Nitekim zincirleme suçta olduğunun aksine burada, birden çok fiil de söz konusu değildir. Aynı suç varsayımı, münhasıran zincirleme suç kurumuna yönelik düzenlenmiştir. Bu yabancılık karşısında, TCK m. 43/I c.3'ün “bir suçun temel şekli ile ... nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” sözüne karşın TMK m. 1/I uyarınca özüne ilişkin anlamının uygulanması gerekir. Bu uygulama sonucunda, üzerinden temel cinsel saldırı suçu tamamlandığı ve nitelikli cinsel saldırı suçu teşebbüs aşamasında kaldığında, bu iki suç tipi suçların birleşmesi yönünden “aynı suç” olarak değerlendirilmeyecektir.

Ayrıca, TCK m. 43/I c.3'e başvurmak pratik yönden kestirme olmakla birlikte hukuk dogmatikliği yönünden tehlikelidir. Yargıç, *iuro*

¹⁷⁵ Karş. Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 242-243.

¹⁷⁶ Gerçekten de zincirleme suç söz konusu olduğunda, doğalcı anlamda, her bir fiil kendi başına bir suç oluşturur. Bir suç işleme kararı esasında her bir fiilde birbirinden bağımsızca somutlaşmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 31. Türk ceza hukuku öğretisinde zincirleme suç ile fikri içtima arasındaki fark için herkesten önce bkz. Yalçın-Sancar, s. 34 vd.

novit curia gereği, herhangi bir hukuksal sorunu belirsiz bırakamaz (*Rechtsverweigerungsverbot*).¹⁷⁷ Peki bu iki suç, aynı suç olarak kabul edilirse hukuksal soruna dair “belirlilik” sağlanacak mıdır? Hayır! Özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda, TCK m. 43/I uyarınca zincirleme suç söz konusu olamaz; çünkü değişik zamanlarda birden çok fiile bağlı gerçekleşen birden çok tipiklikten söz edilemez. Buna ek olarak, burada TCK m. 43/II de söz konusu olamaz; çünkü mağdur birden çok değildir, tektir, aynıdır. Aynı suç varsayımını kabul etmenin tek sonucu, bu hukuksal sorunu belirsiz bırakmak ve çözümü hukuksal sonuç yani yaptırım üzerinden aramak olacaktır. Keyfi bir artış yapmak ya da bir ceza alt sınır koymak. Ceza belirlenirken ve bireyselleştirilirken keyfi artışa ya da yasada öngörülme-yen bir sınıra başvurarak varılan çözüm, sadece

¹⁷⁷ Kara Avrupası’nda Fransız hukukunda Code civil’in 4. maddesinde (“Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”), Belçika hukukunda Code judiciaire’in 5. maddesinde (“Il y a déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi”) düzenleme bulan hukuku uygulamaktan kaçınma yasağı şu şekilde ifade edilebilir: “Yargıç, yasanın olay karşısında sustuğunu, olayı aydınlatmadığını ya da eksik (yetersiz) kaldığını gerekçe göstererek karar vermekten kaçınmaz”. Bu yasağın konusu, yargılama makamının huzuruna taşınmış uyuşmazlığa dair herhangi bir hukuksal sorundur. Yasak uyarınca hiçbir hukuksal sorun, yasa karşısında “belirsiz” ya da “kapalı” (non-liquet) olarak değerlendirilerek çözümsüz bırakılamaz. Bu çözümsüzlüğün önüne geçen, yani yargıcın hukuksal sorunu belirsiz bırakarak hüküm kurmasını engellemeyi hedefleyen hukuku uygulamaktan kaçınma yasağı, Kara Avrupası hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır. Hukuku uygulamaktan kaçınma yasağı, bir yandan yargıca belirli türde karar vermeyi yasaklarken diğer yandan yargıca uyuşmazlığı, o uyuşmazlıktan doğan hukuksal sorunların tümünü açıklığa kavuşturarak çözmesini emretmektedir. Bu nedenle hukuku uygulamaktan kaçınma yasağının, aslında yargılanan uyuşmazlığa dair ortaya çıkan “hukuksal sorunu belirsiz ya da yanıtız bırakma yasağı” olduğu da söylenebilir. Schumann, ZZP, s. 80; Dürr, ZK-ZGB, Vor Art. 1-4 Rn. 47. Fransa ve Belçika’nın aksine Kara Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan Avusturya, İsviçre ve Türk hukuklarında, bu yasak, yasa kuralının açık sözünden değil, kuralın özünden çıkarılmaktadır. ABGB § 7, ZGB Art. 1 Abs. 2 ve TMK m. 1/II’nin özü, hukuku uygulamaktan kaçınma yani hukuksal sorunu belirsiz bırakma yasağıdır. Bunun yanı sıra Alman hukukunda hukuku uygulamaktan kaçınma yasağının kaynağı olarak gelenek-görenek hukuku gösterilmektedir. Schumann, ZZP, s. 80. Hukuki sorunu belirsiz ya da yanıtız bırakma yasağı, yargıcın keyfi bir çözüm getirmesi anlamına gelmez. Ceza hukukuna egemen biçimsel yasallık ilkesi ve TMK m. 4 düşünüldüğünde, yargıç, ceza yasa koyucusunun ön kararı ve ceza yasasının sistematigi içerisinde, hukuki sorunu çözüme kavuşturmakla yükümlüdür. Karş. Dürr, ZK-ZGB, Vor Art. 1-4 Rn. 42.

hukuksal sorunu belirsiz bırakmaya yol açmaz, iki soruyu da beraberinde getirir. Birincisi, “tek” fiille “aynı” mağdura “aynı” suçu “aynı” zamanda işleyen fail için nasıl ceza artışına gidilmektedir ya da nasıl bu failin cezasına yasada öngörülme-yen bir alt sınır getirilmektedir?¹⁷⁸ İkincisi, yasa koyucu birbirini dışlamayan iki normun gerçekleşmesi durumunda, en ağır olan yaptırıma göre cezanın belirleneceğini düzenlemişken (TCK m. 44), nasıl “aynı” ve “tek” suçu gerçekleştiren fail daha ağır bir sonuçla karşı karşıya kalmaktadır? Bu soru(n)lara rağmen, yine de “aynı suç” varsayımı uygulanarak çözümü yaptırımda aramak konusunda diretilecekse yasallık ilkesine aykırı biçimde ceza hukukunun uygulandığının ve yasa içerisinde bir değer çatışkısı yaratıldığının da kabul edilmesi gerekecektir. Sonuç olarak, “aynı suç” varsayımını, özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı duruma uygulamak, devlete yönelik keyfilik yasağının ve yargılama erkine yönelik hukuksal sorunu belirsiz bırakma yasağının açıkça ihlalidir. Bu nedenle, TCK m. 43/II c. 3 tamamlanmış cinsel saldırı suçu ile teşebbüs aşamasında kalmış nitelikli cinsel saldırı suçu arasında fikri içtimanın uygulanmasına engel oluşturacak biçimde yorumlanamaz.

¹⁷⁸ Gerçekten de Türk ceza hukukunda Yargıtay ve öğreti, Anayasa m. 38/I’e ve TCK m. 61/X’a aykırı biçimde yasa koyucunun öngörmediği bir alt sınır getirerek ceza hukukunu “anayasaya aykırı ama adil (!)” uygulamaya çalışmaktadır. Alman ceza hukuku öğretisindeki benzer yaklaşım ve bu yaklaşımın eleştirisi için herkesten önce bkz. Puppe, *Idealkonkurrenz*, s. 314 dn. 4 ve 315 vd. Bu çabayı doğuran ceza adaleti ya da “hakkaniyet” düşüncesini anlamakla birlikte, Yargıtay’ın bu çözümünün ceza hukukunun *contra legem* uygulanması olduğu apaçıktır. Yargıtay kararları ve ilgili öğreti görüşleri için bkz. Demirtaş, s. 398; Yavuz, s. 374 vd. Esasen Yargıtay’ın *contra legem* çözümü, Türk ceza yasası koyucusunun fikri içtima düzenlemesinde kusur ilkesine uygun bir düzenleme getirememesinden kaynaklanır. Erime sistemi adı altında düzenlenen TCK m. 44, kavramsal belirsizlikleri bir yana, failin gerçekleştirdiği fiilin bir bütün olarak hukuk düzenindeki ihlal ediciliğine ve failin kusurluluğuna oranla faile daha az ceza verilmesine yol açmaktadır. Maddenin eleştirisi için herkesten önce bkz. Toroslu/Toroslu, s. 373 vd. Türk ceza yasası koyucusunun benimsediği ceza politikası, anayasal ilke olan kusur ilkesinin ihlalidir ve anayasaya aykırıdır. Ayrıca bkz. El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 114. Ancak Yargıtay, yasama erkinin “erime sistemi” ismi altında failin yararına benimsediği ceza politikası karşısında (TCK m. 44), Anayasa Mahkemesi iptal kararı olmaksızın, yargı erkiyle *contra legem* biçimde hukuku düzeltmez. Çünkü yargıçların, yasa koyucunun politik değerlendirmelerine el atması, en sonunda, erkler ayrılığı ilkesinin çiğnenmesidir.

SONUÇ

Bu çalışmada, özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda normların dışlayıcı yarışmasına başvurulamayacağı, burada TCK m. 44’te düzenleme bulan fikri içtimanın uygulanma alanı bulacağı sonucuna varılmıştır. Bu sonuca varılırken ulaşılan ara sonuçlar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

Suçların birleşmesi, birden çok kere aynı türden ya da başka türden tipiklik gerçekleştirilmesi durumunda, faile verilecek olan cezanın, tipikliklerin hukuk düzeninde ifade ettiği ihlal edicilik ve failin kusuru ölçüsünde belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin yöntem kurallarını ifade eder. Temeli, çifte değerlendirme yasağı ve yargıçların kusur ve yasallık ilkesinden kaynaklanan ceza normlarını belirlilik ilkesine uygun olarak uygulamak yükümlülüğüne (tüketme yükümlülüğü) dayanır.

Ceza hukukunda normların dışlayıcı yarışmasına başvurulduğu durumlarda, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü uyum içerisindedir. Bu iki ilke arasındaki çekişme halleri için yasa koyucu “fikri içtima” hükmünü düzenlemiştir. Ne zaman, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü çekişme durumuna geçer; yani, yasağa uymak yükümlülüğü çiğnemek; yükümlülüğe uymak, yasağı çiğnemek anlamına gelirse, yargıç yasallık ve kusur ilkesine uygun olarak ceza hukukunu uygulayabilmek için “fikri içtima” kurumuna başvuracaktır.

Ceza hukukunda görünüşte birleşme, normların dışlayıcı yarışmadır. Dışlayan normda tanımlanan suçun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan ihlal ve failin kusurluluğu yönünden, dışlanan normda ek olarak gözetilmesi gereken hiçbir öge yoktur. Dolayısıyla, hukukun uygulanmasında çifte değerlendirme yasağına da tüketme yükümlülüğüne de aykırılık söz konusu olmaz. Ceza hukukunun uygulanması sırasında normlar arasında kurulan dışlayıcı ilişkinin temelini çifte değerlendirme yasağı olduğu anlaşıldığında yalnızca özel-genel norm arasındaki ilişkinin tam anlamıyla dışlama ilişkisi olduğu görülecektir.

Özel-genel norm ilişkisi, mantıksal zorunluluk bağı ölçütünde saptanır. Bu ölçüt, “değer” kavramına başvurularak “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” ve “değer biçici” dışlama adı altında genişletilemez.

Bu genişletme, tüketme yükümlülüğüne, kusur ilkesine, yasallık ilkesine aykırıdır. Ayrıca fiil ceza hukuku sistemiyle bağdaşmaz.

Özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda, normların dışlayıcı yarışmasına başvurulamaz. Teşebbüs, ilgili ceza normunda tanımlanan fiilin uygulanma alanını, yani suçun tipikliğini genişletir. Suçun öğelerinin tümü gerçekleşmese de teşebbüs normu, devlete cezalandırma yetkisi verir. Fakat dışlama ilişkisi için somut olayda söz konusu ceza normlarının ikisinin de öğelerinin tümüyle gerçekleşmesi beklenir. Ne öldürmeye teşebbüs, yaralamanın tüm öğelerini ne nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs, cinsel saldırının temel suç öğelerini tamamıyla içermek zorundadır.

Özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda, TCK m. 43/I c. 3'te düzenlenen "aynı suç" varsayımının, özellikle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs ve tamamlanmış cinsel saldırı suçu yönünden, fikri içtimanın uygulanmasını engellemez. TCK m. 43/I c. 3'ün, bu iki suç tipi arasındaki fikri içtimayı engellemesi, öncelikle TMK m. 1/I uyarınca aynı suç varsayımını amacını, öze ilişkin anlamını boşa çıkarmakta; ikincil olarak da bu iki suç tipi arasındaki suçların birleşmesi ilişkisini belirsiz kılmaktadır. TCK m. 43/I c.3'e başvurulduğu veya hukuksal sorunun çözümüne yaptırım ile ulaşılmaya çalışıldığı durumda, yargıç, *iuro novit curia* gereği, herhangi bir hukuksal sorunu belirsiz bırakmama ödevini çiğnemiş olacaktır.

Özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda, fikri içtimanın uygulanması, ceza hukukunun çifte değerlendirme yasağı ve tüketme yükümlülüğüne uygun biçimde uygulanması anlamına gelecektir.

Kaynakça

Kitaplar

Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022, Adalet Yayınevi.

Biaggini Giovanni, Verfassung und Richterrecht-verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel 1991, Helbing und Lichtenhahn Verlag.

- Centel Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020, Beta Yayınevi.
- Datlı Begüm, Türk Ceza Kanunu’nda Hırsızlık Suçu, Ankara 2020, Adalet Yayınevi.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Dürr David, “Vor Art. 1-4” und “Art. 1.” in Zürcher Kommentar-Art. 1-7 ZGB (ZK-ZGB). Einleitung, Zürich: Schulthess Verlag, 1998.
- El-Ghazi Mohamad, Revision der Konkurrenzlehre- Unrechts- und Schulddivergenzen zwischen Ideal- und Realkonkurrenz, Tübingen 2020, Mohr Siebeck.
- Emmenegger Susan und Axel Tschentscher. “Art. 1.” in Berner Kommentar- Art. 1-9 ZGB (BK-ZGB), Band I, Einleitung und Personenrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2012.
- Eschelbach Ralf, “§ 46 (Grundsätze der Strafzumessung)” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021).
- Eschelbach Ralf, “§ 52 (Tateinheit)” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021).
- Eser Albin und Detlev Sternberg-Lieben, “§ 212 StGB (Totschlag)” in Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB), München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- Fahl Christian, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, Berlin 1996, Duncker & Humblot.
- Gadamer Hans-Georg, Gesammelte Werke 1, Hermeneutik I, Tübingen 1990, Mohr Siebeck.
- Göktürk Neslihan, Fikri İctima (Suçların İctimai), Ankara 2013, Adalet Yayınevi.
- Greco Luis, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft- Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015, Duncker & Humblot.
- Grzeszick Bernd, “Art. 20 GG (Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht).” in Dürig/Herzog/Scholz- Grundgesetz-Kommentar, (München: Verlag C. H. Beck, 2020).
- Hafızoğulları Zeki ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, US-A Yayıncılık.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, Adalet Yayınevi.
- Hausheer Heinz und Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB- Art. 1-10 ZGB, Stämpfli Handkommentar (SHK-ZGB). Bern: Stämpfli Verlag, 2003.
- Hettinger Michael, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, Berlin 2015, Duncker & Humblot.
- Hillgruber Christian, “Art. 97 GG (Unabhängigkeit der Richter)” in Dürig/Herzog/Scholz- Grundgesetz-Kommentar, (München: Verlag C. H. Beck, 2020).
- İçel Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul 1972, İstanbul Üniversitesi Yayını.
- Kabak Yüce Emine, Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi, İzmir 2022, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Kargl Walter, Strafrecht, Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, Frankfurt am Main 2018, Nomos Verlag.

- Koca Mahmut ve İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Koruculu Irmak, Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Lackner Karl, Kristian Kühl und Martin Heger. Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl/Heger-StGB). München: Verlag C. H. Beck, 2023.
- Maier Stefan, “§ 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung)” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- Momsen Carsten, “§ 212 (Totschlag)” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021).
- Möllers Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, München 2020, C.H. Beck.
- Neumann, Ulfrid und Frank Saliger. “§ 212 StGB (Totschlag).” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB). Nomos, 2017.
- Ogorek Regina, Richterkönig oder Sumsbsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986, Vittorio Klostermann.
- Özbek Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2005, Seçkin Yayınevi.
- Öztürk Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Puppe Ingeborg, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen- Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung (Idealkonkurrenz), Berlin 1979, Duncker & Humblot.
- Puppe Ingeborg. “Vor § 52 StGB (Die allgemeinen Prinzipien der Konkurrenzlehre), und §52 StGB (Tateinheit).” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB). Nomos, 2017.
- Puppe Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (AT), 2023, Nomos.
- Reimer Franz, Gerechtigkeit als Methodenfrage, Tübingen 2020, Mohr Siebeck.
- Rissing-van Saan Ruth und Till Zimmermann, “§ 212 StGB” in Leipziger Kommentar StGB Online (LK-StGB), De Gruyter Online-Datenbank.
- Rissing-van Saan Ruth, “Vor § 52” un “§ 52 StGB.” in Leipziger Kommentar StGB Online (LK-StGB), De Gruyter Online-Datenbank.
- Schmitz Roland, “§ 1 StGB (Keine Strafe Ohne Gesetz)” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band I, München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- Schneider Hartmut, “§ 212 StGB (Totschlag)” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, München: Verlag C. H. Beck, 2021.
- Schünemann Bernd, Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, Berlin 1978, De Gruyter.

- Sternberg-Lieben, Detlev und Nikalous Bosch. “§§ 52-55 StGB (Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen).” in Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB), München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- Streng, Franz. “§ 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung).” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB). Nomos, 2017.
- Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, Savaş Yayınevi.
- Toroslu Nevzat ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2021, Savaş Yayınevi.
- Töngür Ali Rıza ve Ekrem Çetintürk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, Adalet Yayınevi.
- v. Heintschel-Heinegg Bernd, “§§ 52-55 StGB (Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen)” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd. Beck’sche Online-Kommentar StGB (BeckOK-StGB). München: C. H. Beck, 2022.
- Yavuz Yağız, Suçun Nitelikli Unsurları, İstanbul 2022, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Zippelius Reinhold, Juristische Methodenlehre, München 2021, C. H. Beck.

Makaleler

- Akıllıoğlu Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1991, C. 24, S. 2, s.11-21.
- Barczak Tristian, “Normenkonkurrenz und Normenkollision”, *Juristische Schulung (JuS)*, 2015 H. 11, s. 969-76.
- Çubukçu Büşra Sevede, “Türk Ceza Hukuku’nda Görünüşte İctima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, C. 14, S. 154, s. 1181-1190.
- Demirtaş Soner, “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2021, C. 25, S. 3, s. 381-429.
- Dereli Alparslan, “Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 8, S. 16, s. 543-568.
- Donini Massimo, “Das Offensivitätsprinzip. Von der italienischen Strafrechtswissenschaft zu europäischen Programmen” in Beiträge zur italienischen Strafrechts- und Kriminalpolitik, herausgegeben von Thomas Vormbaum, LIT Verlag, 2015.
- Donini Massimo, “Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei.” in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista trimestrale* 4, (2013): 4-43.
- El-Ghazi Mohamad, “Der Anwendungsbereich des Doppelverwertungsverbotes”, *JuristenZeitung (JZ)*, 2014, H. 69, N. 4, s. 180-185.
- Erden Tütüncü Efser, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 24, S. 2, s. 619-672.
- Feyzioğlu Metin ve Devrim Güngör. “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142/4”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2007, C. 56, S. 1, s. 139-143.

- Göka M. Emir ve Bedirhan Erdem, "Gölge Yazarlık Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Akademik Gölge Yazarlığın Cezalandırılabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2022, C. 28, S. 1, s. 489-574.
- Göktürk Neslihan, "Türk Hukuku'nda Suçların İctimar", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)*, 2014, C. 2, S. 1-2, s. 31-59.
- İçel Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İctima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, C. 14, s. 1181-1190.
- Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik", *Kadir Has Hukuk Fakültesi Dergisi (KHASHFD)*, 2022, C. 10, S. 1, s. 135-145.
- Klug Ulrich, "Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1956, H. 68, N. 3, s. 399-416.
- Koca Mahmut, "Fikri İctima", *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2007, C. 2, S. 4, s. 197-221.
- Krotoszynski Michał, "Legislative History, Ratio Legis, and The Concept of the Rational Legislator", *Ratio Legis*, SpringerLink 2018, s. 57-73.
- Kuhlen Lothar, "Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot", *FS Otto*, 2007, Carl Heymann Verlag, s. 89-105.
- Maatz Kurt Rüdiger, "Kann ein (nur) versuchtes schwereres Delikt den Tatbestand eines vollendeten milderer Delikts verdrängen?- Die Konkurrenz-Rechtsprechung in Fällen versuchten Totschlags/Mordes, versuchter Vergewaltigung und versuchter Nötigung auf dem Prüfstand", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)*, 1995, H. 5, s. 209-213.
- Manes Vittorio, "Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutlehre", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2002, H. 114, N. 3, s. 720-734.
- Puppe Ingeborg, "Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen-Eine Konkurrenzlehre 2.0", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2020, H. 132, N. 1, s. 1-23.
- Puppe Ingeborg, "Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz- Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatmehrheit i.S. der h.L.", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2007, N. 6, s. 254-59.
- Puppe Ingeborg, "Was ist Gesetzeskonkurrenz?", *Juristische Schulung (JuS)*, 2016, N. 11, s. 961-966.
- Rönnau Thomas und Killian Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen", *Juristische Schulung (JuS)*, 2021, N. 17, s. 17-23.
- Saliger Frank, "Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2011, H. 6, N. 11, s. 902-918.
- Sarıtaş Erkan, "Cezalandırılmayan Önceki Hareketler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S. 2, s. 615-654.
- Schumann Ekkehard, "Das Rechtsverweigerungsverbot: Historische und methodische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden", *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)*, 1968, H. 81, 1-2, s. 79-102.

- Tekin Nurullah, “Fikri İctima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansıması”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2010, C. 5, S. 13, s. 167-188.
- Toroslu Haluk, “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, Ankara 2023, C. 72, S. 1, s. 417-446.
- v. Heintschel-Heinegg Bernd, “Zur Abgrenzung von Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit,” *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2009, N. 5, s. 391-392.
- Vogel Benjamin, “Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2016, H. 128, N. 1, s. 138-172.
- Wronkowska, Sławomira, “The Rational Legislator As A Model For The Real Lawmaker”, *Polish Contributions To The Theory And Philosophy Of Law*, Amsterdam 1987, Rodopi s. 147-163.
- Yerdelen Erdal, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 20, S. 2, s. 105-136.