

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

OCAK
ŞUBAT
MART
2011

SAYI

1

TCİD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Genel Yayın Yönetmeni

Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat/Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Prof. Dr. Durmuş Tezcan/Prof. Dr. Yener Ünver

Doç. Dr. Ümit Kocasakal/Yard. Doç. Dr. Barış Erman

Arş. Gör. Dr. Pınar Memiş/Arş. Gör. Dr. Gülşah Kurt Yücekul

Av. Fikret İlkiz/Av. Elif Yarsuvat/Av. Mustafa Tırtır

Av. Aysun Dalkılıç/Av. İlkan Koyuncu

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi

Cemile Meral

0212/511 54 32 Dahili: 112

cemile.meral@damgada.com

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği

Nuruosmaniye Cad. No: 56 K: 4 Cağaloğlu/İSTANBUL

Tel.: 0212/513 11 71

Basım Yeri

Kahraman Ofset Neşriyat San. Tic. Ltd. Şti.

Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. No:34/4 Atahan-Yüzyıl-Bağcılar/İSTANBUL

Tel.: 0212/629 00 01

Basım Tarihi

Temmuz 2011

İçindekiler

- Dr. Cengiz Apaydın **1** Taksirle Öldürme Suçu
(Hakemli Makale)
- Ar. Gör. N. Kaan Karcıoğlu **85** Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde
Suç İşlemek Amacıyla Kurulan
Örgütün Unsurları
(Hakemli Makale)
- Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu **133** Hırsızlık Suçunun Tarihi Üzerine
Bir Araştırma
(Hakemli Makale)

TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇU

(Hakemli Makale)

Dr. Cengiz Apaydın *

Özet

Makalede, Türk Ceza Kanunu'nun 85. maddesinde düzenlenmiş bulunan taksirle öldürme suçu incelenmiştir. Taksir, zararlı sonucun gerçekleşmemesi için iradenin yeterli olarak kullanılmaması ve dolayısıyla dikkat ve özenin gösterilmemesi ile ortaya çıkmaktadır. Normatif olarak anlaşılan kusur kavramına göre taksir, kusurluluğun, daha hafif de olsa, bir türünü oluşturur ve sübjektif sorumluluk alanına dâhildir. Türk Ceza Kanunu'nda taksirle öldürme suçu ile ilgili olarak öngörülen özel durumlar kapsamında, tek bir taksirli fiille birden fazla kişinin ölmesi veya bir kişinin ölmesi ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanması hali öngörülmüştür. Makalede bu durum derinlemesine incelenmiştir. Yine, bilinçli taksirin suç ve ceza üzerindeki etkileri açıklanmıştır. Ayrıca suç tipinin içtima, tekerrür ve müsadere gibi konularda gösterdiği özellikler üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Taksir, bilinçli taksir, taksirle öldürme, güven ilkesi, nedensellik bağı.

Abstract

The paper deals with the offence of negligent (involuntary) manslaughter. Negligence means a lack of will in order to prevent the harmful result, thus a lack of attention and care. According to the normative understanding of culpability, negligence is a lesser form of culpability, and belongs to the area of subjective responsibility. The Turkish Criminal Code provides for special circumstances in cases where more than one person are killed as a result of a negligence act, or where one person is killed and one or more persons are injured. The paper thoroughly examines this circumstance. In addition, the effects of wilful negligence are discussed. Finally, particularities of the offence regarding concurrence of acts, recidivism, and confiscation, are explained.

Keywords

Negligence, wilful negligence, involuntary manslaughter, principle of trust, causality.

* Cumhuriyet Savcısı

1. Genel Olarak

Taksir 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmıştır. TCK'nin 22. maddesine göre taksir, "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun yasal tanımında belirtilen neticesi öngörülme-yerek gerçekleştirilmesidir." Türk Ceza Hukukunda sorumluluk kasta dayanır. Taksir sorumluluğu, kanunun açıkça öngördüğü hallerde vardır ve istisnai bir sorumluluk türüdür¹. Taksirli suçlarda fail, mevcut şartlara göre imkânı içinde bulunan ve görevi gereği yerine getirmesi zorunlu olduğu özeni göstermeyerek, neticenin meydana gelmesine sebep ol-masından dolayı kınanabilmektedir². Taksir sorumluluğunun kaynağı, topluma karşı bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Gerçekten top-lum içinde yaşayan birey, başkalarının canına ve yaşam güvenliğine zarar vermemek zorundadır. Kanun, kişinin başkasına zarar vermemesi için kişiden gerekli dikkat ve özeni göstermesini, pasif kalmamasını ve ihmali davranmamasını istemektedir³.

Taksirli suçlarda da irade vardır. Çünkü iradi bir fiil yoksa suç da yoktur. Ancak taksirde bu irade sadece fiile ilişkin olup, neticeyi kapsa-maz. Burada iradeden kasıt, fiilin iradeli olması değil, failin hareketi iste-miş ancak neticesini istememiş olmasıdır⁴. Taksirli fiillerin cezalandırıl-ması ancak kusurluluğun normatif anlayışı ile tam anlamıyla haklılık ka-zanmıştır. Buna göre ortaya konulması gereken iradenin ortaya konul-maması olarak taksir, kusurluluğun, daha hafif de olsa, bir türünü oluş-turur ve sübjektif sorumluluk alanına dâhildir⁵.

Taksirin normatif ve sübjektif bir kusurluluk şekli oluşu nedeniyle taksirli suçlarda kanun koyucu, failin göstermesi gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek, öngörmesi mümkün olan neticeyi de öngörmemesi üye-rine sebep olduğu hukuka aykırı sonuçtan dolayı, kanunda açıkça so-rumluluğunu benimsemiştir⁶. Dolayısıyla gereken dikkat ve özene rağ-

1 Soyaslan, D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005, s.420; Toroslu, N, Ceza Huku-ku, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.141.

2 Önder, A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II İstanbul 1989, s.329.

3 Soyaslan s.420-421.

4 Keskin, O, K, Taksirle Ölüme ve Yaralamaya Neden Olma, Ankara 1994, s.84.

5 Önder, s.328.

6 Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 8. Basım, Filiz Kitabevi, İst- tanbul 1983, s.255 – 256.

men, neticenin öngörülmesi mümkün değilse, taksirden söz edilemez⁷. O halde gerekli dikkati ve özeni göstermeyen ve öngörülmesi mümkün neticeyi de öngörmeyerek zararlı neticenin oluşmasına neden olan fail, taksir sorumluluğu için aranan diğer şartların da varlığı halinde, işlediği fiilden dolayı sorumlu olacaktır⁸.

Hukuki anlamda taksir, neticenin fail tarafından öngörülebilir (tahmin edilebilir) olduğu halde öngörülmemesi (basit taksir) şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, neticenin öngörüldüğü halde istenmemesi şeklinde de (bilinçli taksir) olabilir. Diğer bir ifadeyle, öngörülebilir nitelikteki, neticenin öngörülmemesi şeklindeki taksire basit taksir, öngörülen neticenin gerçekleşmesinin istenmemesine rağmen harekete devam edildiği durumdaki taksire ise bilinçli taksir denir. Gerçekten de bilinçli taksirde, hareketin tipe uygun, hukuka aykırı bir neticeye sebep olabileceğini öngören fail, istemediği neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenerek hareketine devam etmektedir⁹.

Kanaatimizce taksirli sorumluluğun esası, önlenilebilir olan istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kurallarına uymama olup, taksirli sorumluluğu belirten özellik, tedbirsizlik ve özensizliktir; yani tedbir almak ödevinin ihlal edilmesidir. Nitekim 5237 sayılı TCK de taksirin esasını dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline dayandırmaktadır. Taksir, zararlı sonucun gerçekleşmemesi için iradenin yeterli olarak kullanılmaması ve dolayısıyla dikkat ve özenin gösterilmemesi ile ortaya çıkmaktadır.

Taksir, basit taksir ve bilinçli taksir olarak iki çeşittir. Basit taksir, taksirin en çok karşılaşılan şekli olup, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak fail tarafından öngörülebilir nitelikteki neticenin öngörülmemesidir. Fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıyordu neticeyi öngörebilecek ve netice meydana gelmeyecektir. Bilinçli taksir ise, failin hareketinden tipe uygun, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde bulunmakla beraber, failin neticeyi öngörmesine rağmen, bu neticeleri önleyebileceğine yükümlülüklerle aykırı biçimde güvenerek çaba sarf etmesine karşın istenmeyen neticenin meydana gelmesidir.

7 Dönmezer/Erman, C.II., s.255.

8 Çakmut, Ö, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.248.

9 İçel s. 22; Dönmezer/Erman, C.II, s. 980 vd; Önder s.333 vd; Centel, s.318; Soyaslan, s.426; Tosun, s.143, Yüce s.339.

Taksirle öldürme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun'un özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlar bölümünde 85. maddede düzenlenmiştir. Kanunun bu düzenlenmesine göre, “taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar, işlenen fiil birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kimsenin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kimsenin yaralanmasına neden olmuş ise kişi iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Taksirle ölüme sebebiyet, kasten öldürme suçundan bağımsız bir suç olup, fail ölüm sonucunun meydana gelmesini istememekte; ancak göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermediği için bu netice meydana gelmektedir. Kusurluluk türünün farklı olması, taksirle ölüme sebebiyetin, kasten öldürme yanında bağımsız bir suç olarak ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur¹⁰.

Taksirle insan öldürme suçunun unsurları birisi dışında kasten insan öldürme suçunun unsurlarının aynısıdır. Her ikisi arasındaki farklılık, suçun manevi unsuru bakımındandır. Taksirle insan öldürmede, kasten insan öldürmeden farklı olarak, failde ölüm neticesine yönelik doğrudan veya olası kast bulunmamaktadır. Fail, burada objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle **öngörülebilir** ve **önlenebilir** ölüm neticesini öngörmediği için, gerçekleşen ölüm neticesinden dolayı sorumlu tutulmaktadır¹¹.

Taksirle öldürme suçu 765 sayılı TCK m.455, 5237 sayılı TCK m.85'te yer almakta ve iki hüküm arasında farklılıklar bulunmaktadır. Taksirle öldürme bakımından iki yasa arasındaki en önemli farklılık, eski kanunumuzda tedbirsizlikle ölüme sebebiyet başlığı altında, taksirin şekilleri sayılarak belirlenen taksirle öldürme suçunun, doğrudan taksir kelimesi kullanılmak suretiyle 85'inci maddede ortaya konmasıdır¹². 765 sayılı TCK'de taksir tanımına yer verilmemiş, ancak taksir kalıplarına yer verilmişti. Bunlar; tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek veya sanatta acemilik, nizamata ve emir ve talimata riayetsizlik şeklinde sıralanmıştır.

10 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s.92.

11 Tezcan, D/Erdem, M, R/Önok, M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı Ankara 2007, s.172.

12 Malkoç, İ, Yeni Türk Ceza Kanunu, C.I, s.85.

Eski kanundan ikinci farklılık, ceza noktasında olmuştur. 765 sayılı TCK m.455'te suçun cezası "2 yıldan 5 yıla kadar" şeklinde belirlenmiş bulunan ceza, 5237 sayılı TCK m.85'te üst sınırı bir yıl artırılarak 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür.

Bir diğer farklılık, uygulamada sıkça uygulanan eski TCK 455/son fıkradaki kusurun derecesine göre cezanın indirilmesine olanak tanıyan hükme yeni kanunda yer verilmemesidir. Bu hükme karşılık olan hüküm, 5237 sayılı Kanunumuzun 22/4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu suretle, sadece öldürme ve yaralama fiilleri bakımından değil, bütün taksirli suçlar bakımından cezanın kusura göre belirlenmesine olanak tanınmış; öte yandan, taksirin 8 esası üzerinden matematiksel hesabının mümkün olamayacağı kabul edilmiştir¹³. Bu hususu açıklayan TCK 22. madde gerekçesi şöyledir: "Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeye ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak normatif değerlendirmeye hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir". 5237 sayılı TCK'de kusurun oran olarak belirlenmemesi ve taksirin 8 esası üzerinden matematiksel hesabının yapılmaması, aslında taksirli suçların cezasını artıran bir düzenlemedir.

Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığını belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkinde bulunan kusurlu-

13 Malkoç, C.I, s.85.

luk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder. Hâkim, bu teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir.

Kusurun oranını, miktarını belirlemek bilirkişinin işi değildir. Bilirkişi sadece kural ihlallerini belirtecek, kusuru belirleyecek kişi ise hâkim olacaktır. Maalesef uygulamada bilirkişi kusur oranını belirlediği gibi, sınırlarını aşarak eylemin basit taksirle veya bilinçli taksirle işlendiği yönünde raporlar dahi vermektedir.

765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK arasında taksirle adam öldürme suçunun düzenlenmesi açısından diğer bir fark ise, 765 sayılı TCK 455/2. maddesinde ölümle birlikte birden fazla kişinin yaralanması halinde bu yaralanmanın belli bir derecede olması aranırken, 5237 sayılı TCK 85/2 maddede yaralanmanın derecesi bakımından ayırım yapılmamış olmasıdır. Yeni TCK sisteminde yaralanma hayati tehlike oluşturmaksızın, basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte dahi olsa ve mağdur şikayetçi olsa taksirle öldürme suçunun nitelikli hali gerçekleşecektir.

765 sayılı TCK'de bulunmayan bir hükme 5237 TCK'de yer verilmiştir. Şöyle ki, taksirli hareketle neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza ise yarından altıda bire kadar indirilebilir (TCK m.22/6).

2. Taksirin Unsurları

Taksirin unsurları taksirin niteliğine göre belirlenecektir. Niteliğin kabul şekline bağlı olarak taksirin unsurlarını üç olarak tespit eden yazarlar¹⁴ olduğu gibi, bu unsurları altıya kadar çıkaran yazarlar da bulunmaktadır¹⁵. Genellikle kabul edildiği üzere taksirin unsurları şunlardır;

14 Toroslu s.144 vd.

15 Artuk, s.230 vd.

fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması, hareketin iradi olması, neticenin öngörülebilir olması, hareket ile netice arasında nedensellik bağının varlığıdır.

2.1. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması

Kastın ceza hukukunda esas sorumluluk şekli sayılmasına karşın, taksir istisnai bir nitelik taşır. Nitekim bir suçun söz konusu olduğu hallerde, kanuni tanımda kastın aranacağına ilişkin bir hüküm olmasa da kast bulunmak ve aranmak gerektiği halde, taksirli fiillerin cezalandırılmaları kanunda açık bir hüküm bulunmasına bağlıdır¹⁶.

Taksirin istisnai bir sorumluluk şekli olduğu kuralını şöyle açıklamak mümkündür. Taksirle, “fiil” kavramından az veya çok uzaklaşmıştır. Kasıtlı hareket etmekle taksirli hareket etmek arasında bir farkın mevcut olmadığı iddia edilemez. Bir insanın öldürülmesi (kasten öldürme) ile bir insanın ölmesine neden olma aynı şey değildir. Birincisinde, irade bilinç içinde kalan bir amaca yönelmiştir¹⁷. Ancak taksirde failin iradesi suç teşkil eden neticeye yönelmemiş olduğundan kanun, dikkat ve özen vazifesinin bulunabileceği hallerde taksirli fiilleri cezalandırmıştır¹⁸.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesinde taksirli bir fiilin cezalandırılması için kanunda bu yönde bir hüküm bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Nitekim Türk Ceza Kanunu 1997 Ön Tasarısının 22. maddesinin gerekçesinde de taksir açısından, şartlardan birincisi kanunda açıklık bulunmasıdır, denilerek taksirin bu unsuru belirtilmiştir. Bu husus 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22/1 maddesinde “taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır”, hükmüyle yer almıştır. Kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir taksirli eylem cezalandırılmaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yalnızca öldürme (m.85), yaralama (m.89), iflas (m.162), genel güvenliğin tehlikeye sokması (m.171), atom enerjisi ile patlamaya neden olma (m.173/2), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (m.180) çevreyi kirletme (m.182), askeri tesisleri tahrip (m.307/3), savaş zamanı yükümlülüklerin yerine getirilmeme (m.322/2), devletin güvenliğine ilişkin bilgileri açıklama (m.336/3)

16 Dönmezer/Erman C.II, s.276.

17 Erem/Danışman/Artuk, s.457.

18 Dönmezer/Erman C.II, s.278.

ve casusluk (m.338) suçlarının taksirli biçimlerinin cezalandırılmasını öngörmektedir¹⁹. Bu sebeple, bir suçun taksirle de işlenebileceği ve böylece cezalandırabileceğinin kabul edilebilmesi için kanunda açık bir düzenleme yapılmış olması gerekir. Bu hüküm 5237 sayılı TCK m.22/1'de açıkça gösterilmiştir. Örneğin, mala zarar verme suçu doğrudan kast veya olası kast ile işlenebilen bir suçtur ve kanunda bu suçun taksirle işlenmesi hususu suç olarak düzenlenmediğinden, bir kimse diğerrinin malına taksirle zarar verirse suç işlemiş olmaz ancak haksız fiilden sorumluluğu söz konusu olur.

2.2. Hareketin İradi Olması

Kusurluluğun ortak temelini oluşturan kusurlu irade, taksirde hareketin iradiliği şeklinde ortaya çıkar. Bu nedenle hareket iradi olmadıkça, taksirin varlığından söz edilemez²⁰. Failin hareketi bilerek ve isteyerek yapması, yani hareketin iradi olması gerekir. Eğer failin hareketi iradi değilse, hareketi bilerek ve isteyerek yapmamışsa bu durumda cezalandırılması mümkün değildir²¹.

Taksiri oluşturacak olan hareket icrai veya ihmali biçimde gerçekleştirilebilir. Hareketin bizzat fail tarafından gerçekleştirilmesi şart olmayıp, faile yüklenebilen bir hareket olması yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, bu durumda failin sorumlu olması için, başkası tarafından gerçekleştirilen hareketten dolayı da failin kusurlu olması gerekir²². Taksirle sebebiyet verilen zararlı sonuç, bir şey yapmayı gerektiren davranış kuralına aykırı bir davranışın yani yapılması gereken şeyin yapılmamasının (ihmal nedeniyle taksir) veya bir şey yapmamayı gerektiren davranış kuralına aykırı bir davranışın yani yapılmaması gereken şeyin yapılmasının (hareket nedeniyle taksir) ürünü olduğu için faile yüklenir. Şu halde, taksirli sorumluluğun temelinde, belirli bir taksirli suçu öngören ve cezalandıran ceza kuralından ayrıca, bir davranış kuralına da riayetsizlik vardır²³.

Öğretide hareketin iradiliğinin taksirli icra suçlarında kolayca belirlenmesine karşın, taksirli ihmal suçlarında bu belirlemenin kolay olma-

19 Öztürk/Erdem, s.187.

20 Toroslu, s.144.

21 Centel/Zafer/Çakmut , s. 410; Öztürk/Erdem/Özbek, s.261.

22 Gözübüyük, s. 385; Keskin, s.89.

23 Tullio, s.3.

dığı ifade edilmiştir. Bir görüşe göre, kişi bir şeyi unutmuşsa bunun nedeni yeteri derecede dikkatli davranmak istemeyişindedir. Madem ki, insan dikkatli davranmak, bir şeyi unutmamak yeteneğine sahiptir, o halde dikkatli davranmayı isteyecek durumdadır ve dikkatli davranmayı istemelidir. Başka bir ifadeyle fail, dikkat ve özen görevini ihmal etmek suretiyle taksirli duruma düşmektedir. İsteseydi fail, bu yükümlülüğü ihmal etmeyebilirdi. Fail bu görev veya yükümlülüğü yerine getirmeyi reddetmek suretiyle iradi olarak ihmalde bulunmaktadır²⁴. Ancak fail başka türlü hareket imkânına sahip bulunmuyorsa, yani hastalanmış veya kaza olmuş ise ortada mücbir bir sebep olduğunda meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz. Fakat bu ve bunun gibi zorunlu haller haricinde, ihmali hareketlerin de iradi olduğunu kabul etmek gerekir²⁵.

Hareketin iradi olması ve failin neticeyi önleyici tedbir almamış bulunması yeterli olup, mağdurun bileşik kusurunun varlığı, failin taksire dayalı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz²⁶.

Kanaatimizce, taksirli ihmali suçlarda, failin dikkatsiz ve tedbirsiz hareket etmesi nedeniyle özen görevini yerine getirmemiş olması hali eylemli olabileceği gibi, eylemsiz de gerçekleştirilebilir. Çünkü fail dikkatli ve tedbirli olmayı isteseydi buna yönelik iradesini ortaya koyardı. Ancak failin dikkatsizliği ve özensizliği bunları yeterince istememesinden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesinde açıklandığı üzere yasa koyucu ihmali suçlarda da iradi hareket edileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

2.3. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemiş Olması

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda taksirli hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak olarak belirtilmiştir. Bu tanıma göre taksirin esasını objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır. Ancak kanunda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın taksirin esası olduğu belirtilmekle birlikte, bu özenin içeriği konusunda ne bu hükümde ne de taksirli suç tiplerinde bir açıklama yer almaktadır.

24 İçel, s.163 vd.

25 Dönmezer/Erman, C.II, s.256 – 257.

26 Parlar/Hatipoğlu, s.216.

Dolayısıyla özen yükümlülüğü tipikliğin yazılı olmayan unsurunu oluşturmaktadır. Bu yönüyle taksirli suçların kanuni tanımını, “açık” ya da “tamamlanmaya muhtaç” suç tipleri olarak görmektedir. Taksirli davranışı cezalandıran bir hukuk normu, herkesten, tipikliğin gerçekleşmesinden kaçınmak için gereken, objektif olarak emredilen özene riayet etmelerini istemektedir²⁷.

Taksirin bu unsuru “davranış kurallarına uymama” olarak da nitelendirilmektedir²⁸. Taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu objektif özen yükümlülüğünün (dikkat ve özen yükümlülüğünün) ihlali, oluşturmaktadır²⁹.

Taksirin normatif cephesini meydana getiren ve onun kusurluluk içine girmesinin sebebinin açıklayabilen dikkat ve özen vazifesine aykırılık kavramı, taksirin neden cezalandırıldığına sebeplerini de gösterebilecek niteliktedir. Ancak taksir bu normatif yapı yanında, psikolojik bir yapıya da sahiptir. Bu kendisini, iradenin yeterli şekilde kullanılmaması şeklinde gösterir. Taksirin kusurluluk alanında ele alınması ve onun ceza sorumluluğu açısından bir kusuru oluştuğunun kabulü, kişinin özen yükümlülüğünü ihlal ederek öngörülebilecek bir neticeyi öngörmemesi nedeniyle kınanmasıdır³⁰.

İnsan davranışları başkalarının varlıkları için sonsuz tehlikeli durumlar yaratabileceğinden genel, bilimsel ve teknik tecrübe sürekli olarak başkalarına verilebilecek zararları önlemeye veya insan davranışlarından kaynaklanan tehlikeleri sosyal yönden kabul edilebilir sınırlar içinde tutmaya yönelik bir kısım davranış kuralları oluşturur³¹.

Hukuk düzeni, her insana bu kuralları ihlal etmemek üzere dikkat ve özen yükümlülüğü getirmektedir. Herkesin uyması gereken bu özen yükümlülüğü ile ihlal edilmemesi gereken kurallar kimi zaman yazılı hukuk metinleri olabileceği gibi, kimi zaman da toplumun ortak hayat tecrübeleri olacaktır. Belirli bir mesleğin icrası için gereken davranış biçimleri yazılı veya yazısız kurallar halinde bulunabilir. Örneğin, cerrahın

27 Koca/Üzülmez, s.202.

28 Centel/Zafer/Çakmut, s.408; Toroslu s.145.

29 Jescheck (çev. Yenisey), s.38.

30 İçel, s.244 – 245; Ünver, Y, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.327 – 328.

31 Toroslu s.145.

ameliyat için hastasının rızasını alma zorunluluğu yazılı bir kural iken, ameliyat için gerekli tüm özeni gösterme, sağlığa uygunluk koşullarını sağlama gibi kurallar tıp mesleğinin gerektirdiği kurallardandır. Yine toplum halinde yaşama sırasında uyulması gereken ve ortak hayat tecrübelerinden kaynaklanan kimi davranış biçimleri de bu kurallar içerisinde yer alır. Örneğin, her insan başkalarına zarar verebilecek patlayıcı bir madde veya vasıtayı açıkta ve tedbirsiz biçimde bulundurmaması gerektiğini bilmek zorundadır. Bu nedenle tabancasını dolu halde ve açıkta bırakan baba, çocuğun onu alıp başkasını yaralaması olayında kusurlu davranmış olacaktır³².

Yasa veya genel yaşam deneyiminin gereği olarak kişinin, kendi psikolojik bedensel durumuna göre belli durumlarda belli kurallara uygun davranma, özen gösterme ve dikkat etme görevi vardır. Bu görevi yerine getirmeyerek zararlı bir neticenin doğmasına sebebiyet veren kişi sorumludur. Ancak bunun için failin özen gösterme yükümlülüğüne uyması olanaklı bulunmalıdır³³.

Sırf tehlikeli bir hareketi yapmak, taksiri oluşturmayacağı gibi, tehlikeli bir mesleğin icrasındaki kaçınılmayan veya o anda meslek ve sanat dalının seviyesine göre normal karşılanarak kabullenilen hatalı hareketler de taksiri oluşturmayacaktır³⁴. Failin sorumluluğu bakımından ayrıca, yükümlülüğün varlığını ve içeriğini idrak edebilecek ve bu doğrultuda hareket edebilecek durumda olması gerekir. Yükümlülüğün fail tarafından idrak edilebilir olması aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin de öngörülebilir olduğu anlamına gelmektedir. Failin yükümlülüğünün bilincinde olmaması veya içinde olduğu şartlar gereğince, irade yeteneğinin mevcut bulunmaması duruma taksir sorumluluğu bakımından kusurun olmadığı sonucuna ulaşmak gerekecektir³⁵.

Özen yükümlülüğü bir yasak içerebileceği gibi, bir emir de içerebilir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, ilk durumda icrai, ikinci durumda ise, ihmali bir taksirli suç gündeme getirir. Başka bir anlatımla tak-

32 Toroslu s.145.

33 Centel/Zafer/Çakmut, s.408 – 409.

34 Ünver, s.328.

35 Özgenc/Şahin, s.241 vd.

sirli suç, icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir. Bu sonuncu durumda özen yükümlülüğü, gerçek olmayan ihmali suçlardaki garanti yükümlülüğü ile aynı anlama gelmektedir. Örneğin, makasçı (M) makas değiştirmedeği için meydana gelen tren kazasında (A) ölüyor. (M)'nin makası değiştirme konusundaki özen yükümlülüğü aynen gerçek olmayan ihmali suçlardaki sonucu önleme yükümlülüğü gibidir³⁶.

Doktrinde, failin olayda dikkatli ve özenli davranıp davranmadığının ne şekilde tespit edileceği tartışılmaktadır.

Bir grup yazar, failin şahsi niteliklerini göz önünde tutan subjektif bir kriterin uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Böyle bir kriter uygulanınca beden kusurları, miyop, sağrlık, makul heyecanlar gibi failin şahsi nitelikleri dikkat ve özen görevinin yerine getirilmesi bakımından göz önünde tutulmaktadır. Ancak bütün bunları failin yalnız sorumsuzluğu bakımından değil, fakat sorumluluğunu gerektirmeleri bakımından da rol oynamaktadırlar. Örneğin sağır olduğu halde, mesleğini icra eden arabacı veya ileri derece miyop olmasına rağmen otomobil kullanan şoför yönünden de durum böyledir³⁷. Diğer bir grup yazara göre ise, taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu oluşturan objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin şahsi nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın objektif esastan hareket edilir³⁸. Objektif özen yükümlülüğü, belli kişiden soyutlanmış, gereklilik yargısını ifade etmektedir. Örneğin, motorlu araç kullanımı sırasında ve genel olarak trafikte uyulması gereken kurallar objektif özen yükümlülükleri olarak nitelendirilir³⁹. Bu yönden objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesi, neticenin öngörülebilirliğin saptanmasında failin kişisel özelliklerini dikkate alınması işlevinden farklılık gösterir.

Yasa koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin gerekçesinde, dikkat ve özen yükümlülüğün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edileceği belirtilmiştir. Aynı gerekçede taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu ko-

36 Öztürk/Erdem, s.188.

37 Mezger, s.359; Raineri, s.295 (akt. İçel s.148).

38 Maurach/Gössel/Zipf II s.111. (akt. İçel ve Diğerleri s.256).

39 İçel ve Diğerleri s.257.

şullar altında, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek olmalıdır, denilmek suretiyle hem subjektif hem de objektif kriterleri içeren karma bir niteliğe yer verilmiştir.

Kanaatimizce, failin dikkat ve özeni göstermiş olup olmadığının tespiti için, failin şahsi niteliklerini göz önünde tutarak somut olayda failin objektif olarak belirlenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmediğinin incelenmesi gerekir. Failden beklenen dikkat ve özen görevi objektif ve failden bağımsız olarak değil, failin kişisel ve ekonomik durumu, tecrübesi, yaşı, zekâ düzeyi, beden kusurları, eğitim düzeyi, mesleği ve cinsiyeti göz önünde tutularak araştırılmalıdır. Ancak, taksirin bazı türlerinde dikkat ve özen görevleri yazılı hukuk kurallarından oluşur. Örneğin, medeni hukuk kuralları uyarınca anne babanın yükümlülüğü, trafik kuralları uyarınca yaya ve sürücülerin yükümlülükleri, işverenlerin ve işçilerin uymaları gereken yazılı iş güvenliği ile ilgili düzenlemelerde, fail bu düzenlemelerle belirlenmiş kuralı ihlal etmeseydi, suça konu zararlı neticenin meydana gelmeyeceği durumlarda, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilerek, kusurlu olduğu sonucuna varılacaktır. Aynı doğrultuda olmak üzere, meskûn bir mahalde belirlenmiş hız sınırını aşarak araç kullanıp bir kişinin ölmesine veya yaralanmasına neden olan failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı sabittir ve failin kusurundan dolayı cezalandırılması gerekecektir.

Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin davranış normlarıyla herkesin uymak zorunda olduğu genel bir emir öngörülmektedir. Ancak bu, sınırsız geçerliliği olan bir emir değildir. Modern toplumda bazı işlerin yapılması, zorunlu olarak bazı tehlikeleri beraberinde getirmekte ve bu tehlikelerden dikkat ve özen yükümlülüğüne azami riayete rağmen, kaçınmak mümkün olmamaktadır. Bu tür işletmeler toplumsal açıdan gerekli ve faydalı oldukları için tehlikeli olmalarına rağmen yasaklanmamakta, çoğunlukla bunlara bağlı olan kaçınılmayan tehlikeler “izin verilen risk” olarak adlandırılarak hukuken kabul edilmektedir. Örneğin, endüstriyel mamul üreten işletmeler çalıştırılması, bina inşa edilmesi gibi hallerde bu tür tehlikeler mevcuttur. İzin verilen risk çerçevesinde dikkat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluk sınırlanmış olmaktadır⁴⁰.

40 Bkz. Koca/Üzülmez, s.203.

Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler, birçok alanda birden fazla insanın ekip halinde hareket etmesini, kendi içinde uzmanlaşmayı ve bunlardan her birinin diğerinin kendine düşen yükümlülüğü yerine getireceğine güvenmeyi ya da taksirli suçlarla tehlike suçlarının önlemeye çalıştıkları hukuksal değerlerin meydana gelmemesi için aynı alandaki kimselerin diğerlerinin “oyunun kuralları”na uygun hareket edeceğine güvenmesini gerektirmektedir. Hukuk da bu güveni koruyucu normlar oluşturmak, bu güvenin nitelik, koşul ve kapsamını belirleyici teknik güvenlik normları yaratmak ve güvene dayalı hareketi koruyarak sorumluluk alanında sonuçlar bağlamak zorundadır. Trafik, tıbbi müdahaleleri sportif faaliyetler ve diğer alanlardaki mesleki iş bölümü biçiminde yürütülen faaliyetler buna örneklerdir. Öğretide bu, güven ilkesi adıyla formüle edilmiştir⁴¹. Örneğin bekleme yükümlülüğü bulunan hallerde (kırmızı ışıkta) kendisine geçiş hakkı verilen (yeşil yanan), diğerinin duracağına güvenmekte haklıdır. Dolayısıyla geçiş hakkı bulunan kişi davranışlarını diğerlerinin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlaline göre tanzim etmek zorunda değildir⁴².

Bilim ve tekniğin ilerleyebilmesi, ticari ve ekonomik yaşamın devamı için belirli risklerin göze alınması zorunludur. Özellikle sanayi, fabrikaların işletilmesi, patlayıcı madde üretimi, maden ocağı işletmeleri ve riskli işletmeler böyledir. Hukuk bunlar açısından belirli güvenlik tedbirlerinin alınması koşuluyla bunların gerçekleştirilmesine izin verir ve buna rağmen bir istenmeyen netice meydana gelirse bunu izin verilen risk sayarak suç ve ceza sorumluluğunun doğmayacağını kabul eder. İnsanlar için tehlikelerden mutlak surette kaçınma zorunluluğunun bulunmadığı için, sadece tehlikeli bir işe girişme taksir olarak kabul edilemez ve ceza sorumluluğunu gerektirmez⁴³.

Taksir ceza hukukunda istisnai ve normatif bir manevi unsur türüdür. Taksirin esasını objektif özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırılık oluşturup, ancak kanunda açıkça taksirin cezalandırılacağı hususunda bir hüküm bulunduğu suçun olduğu kabul edildiği için, öncelikle böyle bir yükümlülüğün var olması gerekmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı olabilecek hususlar kanun (TCK. m.83), sözleş-

41 Bkz. Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s.881.

42 Bkz. Koca/Üzülmez, s.203.

43 İçel/Evik, s.203.

me veya failin kendi öngelen bir davranışı olabilir⁴⁴. Eğer bu belirtilen kaynaklardan birisi bir kimseye bir yükümlülük yüklemez ise, o kişinin hareketsizliği taksirli davranış olarak kabul edilemez⁴⁵.

2.4. Neticenin Öngörülebilir Olması

Taksirin varlığı için davranış kuralının ihlal edilmiş olması yeterli değildir. İhlal edilen bu davranış kuralı sonucunda ortaya çıkan zararlı sonucun faile isnat edilebilir olması zorunludur. Failin gerçekleştirdiği fiilden kınanabilir olmadığı takdirde kusurlu sayılması ve sorumluluğuna gidilmesi de mümkün değildir. Bu itibarla sonucun faile isnat edilebilir olması için sonucun öngörülebilir olması gerekir. Taksirli sorumluluğun varlığı için mutlaka sonucun öngörülebilir olması gerekir. Failin öngörülmesi mümkün olmayan bir sonuçtan sorumluluk yüklemek mümkün değildir. Bu unsur, kusurlu sorumluluk şekli olan taksir ile kaza ve tesadüf ayıran çizgiyi de oluşturmaktadır⁴⁶.

Objektif özen yükümlülüğünün kişi tarafından algılanabilir olması, aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasını da ifade etmektedir⁴⁷.

Netice öngörülebilir değilse, failden özen ve dikkat göstermesi beklenemez. Öngörülebilir olmayan bir netice açısından özen gösterme yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez. Neticenin öngörülebilir olması aranmazsa, sorumluluğun kapsamı adeta sınırsız hale gelir. Öngörülemeyen bir neticeye engel olunması düşünülmez⁴⁸. Neticenin öngörülebilir olması, taksirin unsurunu hatta sınırını oluşturur. Netice öngörülebilir değilse, bu gibi neticeleri doğurabilecek hareketlerden çekilmesi hiç kimseden makul olarak istenemeyeceği için, ortada kusurluluk kalmaz⁴⁹ ve artık bir kaza veya tesadüfün bulunduğu söz edilir. Gerçekten meydana gelen netice her türlü öngörebilme yeteneğinin dışında ve hiç kimse tarafından öngörülmecek durumda bulunuyorsa taksir değil, kaza veya tesadüf olduğundan kusurluluk bulunmaz⁵⁰.

44 İçel/Evik, s.200.

45 Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s.908.

46 İçel, s.47; Demirbaş, s.350.

47 İçel ve Diğerleri s.261.

48 Centel/Zafer/Çakmut, s.410; Önder s.320.

49 Dönmezer/Erman, C.II, s.283.

50 Dönmezer/Erman, C.II, s.283.

Çünkü taksirde failin işlediği hareketten veya ihmalden doğacak neticeler, önceden tahmin edilebilirken, kazada gerekli tedbirler alınmış olduğu halde, bu neticeler tahmin edilememiş yahut bunların sebebi meçhul kalmıştır⁵¹.

Nitekim Yargıtay bir kararında, sonucun öngörülebilir olmasını şu şekilde irdelemektedir: *“Taksirle ölüme neden olma suçundan sanığın sorumluluğu için, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sayılan hareket ile ölüm arasında bir bütünlük olması aranacağından sanığın sonucu öngörmesini ortadan kaldıracak bir sebebin sonradan ortaya çıkması halinde eylem ile ölüm arasındaki uygun sebebiyet bağı kesileceğinden bu sonuçtan sanığı sorumlu tutmamak gerekir. Olayda, ölümün tıbbi yönden de sorumluluk yüklenemeyen kuduz aşısının bünyeden kaynaklanan sebeplerle husule getirdiği alerjik ansefalitten meydana geldiği belirtildiği cihetle, sanığın sonucu öngörmesini ortadan kaldıran bu neden nazara alınarak ölüm sonucundan sorumlu tutulmayıp, ancak özensizliğinden kaynaklanan köpeğin saldırı ve ısırmasıyla ölemlenilen yaralamadan ötürü taksirle yaralama suçu çerçevesinde sorumluluğu değerlendirilmelidir”* denilmek suretiyle failin taksire dayalı sorumluluğunun sınırını neticenin öngörülebilirliği unsurunun oluşturduğu vurgulanmıştır⁵².

Bir olayın birden fazla kişinin faaliyeti veya hareketine bağlı olarak gerçekleşmesi durumunda öngörme unsuru, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesine göre çözümlenmelidir. Örneğin, trafikte aracını kullanan sürücü, karşıdan gelen aracın kırmızı ışıkta duracağına güvenerek hareket etmek zorundadır. Bu gibi hallerde o ortamdaki her birey kurallara uygun davranmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, sürücünün karşıdan gelen aracın kırmızı ışıkta duramayabileceğini ve o duruma göre tedbir alması gerektiğini ileri süremeyiz. Buna karşın somut

51 Gözübüyük, s.271.

52 Yargıtay, 2. CD. 20.11.1991, 10834 – 11895. Aynı doğrultudaki bir diğer Yargıtay kararında ise şöyle denilmektedir. “Sanığın sonucu öngörmediği kabul edildiği halde 765 sayılı TCK’nin 45/son maddesinin uygulanmasını gerektiren bilinçli taksir olarak kabul edilebilecek nedenler karar yerinde gösterilip tartışılmadan, temel cezanın asgari had aşılılarak tayininde esas alınan ‘*sanığın taksirinin yoğunluğu ve meydana gelen sonucun ağırlığı*’ şeklindeki yetersiz gerekçe ile bilinçli taksir kabul edilmek suretiyle, yazılı şekilde uygulama yapılması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Yargıtay, 9.C.D. 11.5.2005, 2498– 2001.

olayda başkasının yanlış davranışı nedeniyle neticenin öngörülmesi gerekebilir. Ortamdaki diğer şahsın bir kural ihlali yaptığını gören kişinin bu ihlalin sonuçlarına karşı tedbir alma yükümlülüğü doğacaktır. Örneğin, yol kenarında oynayan çocuğun yola fırlayan topun arkasından koştuğunu gören sürücü frene basmalı veya yön değiştirmelidir. Yine failin başkalarının davranışlarını kontrol yükümlülüğünün bulunduğu hallerde de öngörme ögesini aramak gerekecektir. Örneğin, ameliyat yapan uzman hekimin, ameliyata katılan asistan ve yardımcı personelin davranışlarını kontrol ve önleme yükümlülüğü bulunmaktadır⁵³.

Neticenin öngörülebilir olması halinde failin psikolojik durumu bakımından iki ihtimal düşünülebilir. Fail öngörülmesi mümkün olan neticeyi öngörmemiş ise bu takdirde, taksirin bulunduğu artık şüphesizdir ya da fail bu neticeyi öngörmüş, ancak gerçekleşmesini istememiş, hatta gerçekleşmemesi için bütün dikkat ve özenini kullandığı halde neticeyi gerçekleştirmiş⁵⁴.

Neticenin fail tarafından öngörülmüş olup olmaması, bilinçli ve basit taksir açısından önemlidir. Neticenin öngörülebilir olmasına karşın, fail tarafından öngörülmemesi hali basit taksir olarak isimlendirirken; failin neticeyi öngörmesine rağmen istememesi halinde ise bilinçli taksirden söz edilir⁵⁵. Öngörüldüğü halde istenen netice ile istenmeyen netice arasındaki farkı tayin etmek zordur. Mahkemenin olaya özgü şartları inceleyip tartışması gerekir⁵⁶. Böylece bilinçli taksir ile olası kast arasında tercih yapacaktır. Fail yaptığı eylemin muhtemel neticesinin kesin olarak gerçekleşeceğini öngörebiliyorsa, bu durumda failin düşüncesi hiçbir değeri bulunmayacağından öngörme ile birlikte istemenin de mevcut olduğu düşünülebilecektir. Bu durumda fail olası kasttan dolayı sorumlu tutulabilecektir⁵⁷.

2.5. Neticenin İstenmemiş Olması

Netice, taksirli suçlarda suçun varlığı için en önemli unsurdur. Netice yoksa taksirli suçta yoktur⁵⁸. Failin bilerek ve isteyerek yaptığı hareket-

53 Toroslu, s.148.

54 Kaymaz/Gökcan, s.97.

55 İçel s.147 vd.

56 Kaymaz/Gökcan, s.97.

57 İçel, s.165.

58 Dönmezer/Erman, C. II, s.258.

ten doğan hukuka aykırı neticeyi istememiş olması gerekir. Diğer bir anlatımla, taksirden bahsedebilmek için öngörülmüş olsun (bilinçli taksir) veya olmasın (bilinçsiz taksir) neticenin istenmemesi aranır. Bu unsur, özellikle bilinçli taksiri olası kasttan ayırır. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere bilinçli taksir failin öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünerek eylemini icra etmesi olası kast ise, neticeyi öngören failin bunu göze alarak hareketine devam etmesidir⁵⁹.

Taksirli suçlarda netice önemli bir yer tutar; gerçekten de bu gibi suçlarda neticenin gerçekleşmesi failin cezalandırılmasını gerektiren bir unsur teşkil eder⁶⁰. Bu sebeple netice gerçekleşmediği takdirde, taksirli hareketin faili cezalandırılmaz ve taksirli suçlara teşebbüs söz konusu olamaz. Ancak trafik suçlarında olduğu gibi bazı suç tiplerinde zararlı neticeyi doğurabilecek bir takım hareketler netice gerçekleşmese dahi cezalandırmaktadır. Bu gibi suçlarda taksir söz konusu olmayıp, bu kuralara aykırılığın cezalandırıldığı kasıtlı suçlar söz konusudur⁶¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21/1 maddesindeki tanımına göre "bilme" ve "isteme" unsurları kastın belirgin unsurları olup, bu özellikleriyle ile neticenin istenmemiş olmasını unsur sayan taksirden ayrılmaktadır. Çünkü taksire özelliğini veren ve kasti suç ile taksirli suç ayırımında en belirleyici kıstas taksirli suçlarda neticenin öngörülebilir olmakla birlikte, istenmemiş olmasıdır. Kasıtlı suçlarda irade neticeye, taksirli suçlarda ise, harekete yöneliktir. Taksirli suçta, neticenin öngörülebilir olması, istendiği anlamına gelmez. Neticenin istendiği veya olası kastta olduğu gibi hareketin icra ediliş biçimine göre, neticenin gerçekleşmesinin açıkça göze alındığı anlaşılan durumlarda taksirden değil, kasıtlı bir eylemden söz edilir⁶².

Nitekim Yargıtay kararlarında, "mağduru duvardan iterek yaraladığı kabul edilen sanığın, eyleminin taksirle yaralama değil, öngörülebilir kastla işlenen kasten yaralama niteliğinde olduğuna"⁶³; "doktor raporu içeriğine göre mağdurda birden fazla bıçak yarası bulunduğu ve arkadaş şakası çerçevesinde bu yaraların meydana gelme imkânının ve yara-

59 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.630 – 631.

60 Dönmezer/Erman, C. II, s.277.

61 Dönmezer/Erman, C.II, s.277.

62 Parlar/Hatipoğlu, s.217.

63 Yargıtay, 4.CD. 10.02.2000, 10053–902.

lama suçunun oluş ve şartlarının gerçekleşmediğine, eylemin kasten yaralama niteliğinde bulunduğuna⁶⁴; “sanığın kasten ve insan bulunduğunu bildiği yöne doğru ateş ettiğinin belirlenmesi karşısında, eylemin kasten adam öldürme niteliğinde olduğuna”⁶⁵ “oluşa göre köpeğe ateş ederken mağdurun yaralanması, eyleminin taksirle yaralama niteliğinde bulunduğuna”,⁶⁶ değinilerek neticenin istenmesi hallerinde eylemlerin kasten işlendiği, buna karşılık, neticenin istenmediği hallerde ise, eylemlerin taksirle işlendiği kabul edilmektedir.

2.6. Hareket İle Netice Arasında Nedensellik Bağının Varlığı

Bir eylemin suç olabilmesi için hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunması gerekir, bu cezalandırmanın bir şartıdır. Taksirli olsun olmasın her türlü suç için, mutlaka hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁶⁷.

İllyet bağı ya da diğer adıyla nedensellik ilişkisi, fiziki dünyada gerçekleşen bir takım hareketler zincirini ifade eder. Bir önceki olayın/hareketin bir sonraki neticenin kaynak ve zorunlu sebebi olması durumunda illiyet bağının kurulduğu söylenebilir. Eğer (A) varsa (B) olur deniyorsa, bu ilişkinin var olduğu söylenebilecektir⁶⁸. Nedensellik, hareket ile netice arasındaki maddi bağıdır. Neticenin o fiilden dolayı meydana geldiğini, yani söz konusu fiil yapılmasaydı neticenin de oluşmayacağını ifade eder. Failin kusurlu kabul edilebilmesi için bu bağın mutlaka bulunması zorunludur⁶⁹.

Taksirle insan öldürme suçunda nedensellik ve objektif isnadiyet mevcut olmalıdır. Eğer failin davranışı, ölüm neticesinin gerçekleşmesi bakımından olmazsa olmaz koşul ise nedenselliğin varlığı kabul edilmelidir. Buna karşılık objektif isnadiyet ölüm neticesine dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin neden olmasını şart kılar. Bu bağlamda failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranması durumunda netice

64 Yargıtay, 2.CD. 22.03.2000, 2446–2825.

65 Yargıtay, 1.CD. 7.11.1996, 3109–3557.

66 Yargıtay, 4.CD. 30.06.1993, 4404 – 5368.

67 Dönmezer, S, Maddi Sebepiyet Alakası ve İhmal Suretiyle İcra Suçları, İstanbul 1944, s.11; Kunter, N. Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s.141.

68 Kelsen, H, Nedensellik ve İsnadiyet (çev. Hafızoğulları, Z) AÜHF.D. C.XXXV. sayı:1–4, s.226.

69 Taner, s.302–305.

gerçekleşmeyecekti denilebiliyorsa, ancak bu takdirde netice faile isnat edilebilir. Başka bir anlatımla burada dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması durumunda neticeden kaçınılabılır olup olmadığı incelenmelidir. Örneğin (A), yolda hızla seyrederken, intihar amacıyla aniden önüne atlayan yaya olan (B)'nin ölümüne yol açıyor. (A); yükümlülüğe uygun davranmış olsaydı bile, (B)'ye çarpacaktı. Bu durumda ölüm, (A)'nın yükümlülüğe aykırı davranışından ileri gelmemiştir ve dolayısıyla objektif olarak (A)'ya isnat edilemez⁷⁰.

Nedensellik bağının bulunması taksirli suçlar yönünden büyük önem taşır ve taksirli suçun özellikle öngörebilme unsuru ile yakından ilgilidir. Diğer bir deyişle, taksirli suç oluşturan bir neticenin varlığından söz edilebilmesi için bu neticenin bir insanın hareketine nedensellik bağı ile bağlanması gerekir. Somut olayda hâkimin, nedensellik bağı bakımından bir sonuca varabilmesi için neticenin öngörülebilir nitelikte olup olmadığını araştırması gerekir. Failin eylemiyle netice arasında nedensellik bağı kurulamıyorsa sorumlu olamaz⁷¹.

Taksirli suçun icrai hareketle işlenmesi durumunda (örneğin hız kuralını ihlal ederek aşırı hız yapma, cerrahın ameliyatta hastalıklı organizmayı çıkarırken acemilikle sinir kesmesi gibi) failin fiili olmasaydı netice meydana gelmeyecekti denebiliyorsa, hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi var demektir⁷².

Taksirli suçun ihmali hareketle işlenmesi ise, failin neticenin gerçekleşmesine engel olma yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde ihmalin neticenin sebebi olarak kabul edileceği; yani failin neticeye engel olmak için hukuken bir hareket yapma zorunluluğu ve neticeye engel olabilme imkân ve iktidarına sahip iken, bunları yapmaması halinde bu ihmali neticenin maddi bağı olabilir⁷³.

Nedensellik bağından açıkça söz edilen 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 40. maddesinde "suçu meydana getiren zararlı veya tehlikeli netice, bir kimsenin icra veya ihmalden doğmuş olmadıkça, kimse kanun tarafından suç olarak kabul edilen bir fiilden dolayı cezalandırıla-

70 Toroslu, s.164-165; Tezcan, D/Erdem, R, M/Önok, M, R, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2007, s.5.

71 Parlar/Hatipoğlu, Kast ve Taksir, s.451

72 Taner, s.97.

73 Önder, s.126 vd. Kunter s. 208 vd.; Taner, s.103.

maz”, hükmüne yer verilmiş, ayrıca ihmal durumunda nedensellik bağı konusunun nasıl çözümleneceğini de düzenlemiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda nedensellik bağına ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de; ceza sorumluluğu için failin nedensel değer taşıyan hareketi ile netice arasında neden–sonuç ilişkisi bulunmasının gerekliliğini ifade eden deyimlere taksirli suçları tanımlayan madde metinlerinde yer verilmiştir. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 85.maddesinde “taksirle bir insanın ölümüne neden olan kimse”, 89. maddesinde “taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi” deyimlerine yer verilerek anılan maddelerde, öngörülen taksirli hareketle maddi bir sebep–sonuç ilişkisi arandığı ifade edilmek istenmiştir⁷⁴.

Taksirli suçlarda, somut olayda gerçekleşen netice ile failin özen yükümlülüğü arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Failin fiili olmasaydı netice meydana gelmeyecekti denebiliyorsa, hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi var demektir⁷⁵. Örneğin, ölenin trafik kazası sonucu düzenlenen geçici raporunda bacağının kırıldığı, ancak hayati tehlikesinin bulunmadığı, ölü muayene raporunda da bacadaki kırığa bağlı yağ embolisi sonucu kardiyak arrest sonucu ölümün meydana geldiği olayda, yaralamaya sebebiyet veren sanığın kusurlu hareketiyle ölüm arasında doğrudan doğruya bir illiyet bağı bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. İlliyet bağının tespiti tıbbi değil, hukuki bir meseledir. Cumhuriyet savcısı veya hâkimin uzman bilirkişi raporu alarak değerlendirmeyi kendilerinin yapması gerekmektedir.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen netice arasında illiyet bağının varlığı kabul edilmesine rağmen, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı dahi netice gerçekleşecekti şeklinde bir faraziye ile sorumluluktan kurtulmak da mümkün olmamalıdır⁷⁶. Ancak doktrinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışla neticeye sebebiyet verilmiş olmasına rağmen, hareket dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı dahi netice gerçekleşecek idiyse taksirli suçun varlığının bulunmadığı da savunulmaktadır⁷⁷.

74 Parlar/Hatipoğlu, Kast ve Taksir, s.452 – 453.

75 Taner, s.97.

76 İçel ve Diğerleri, s.253; Özgenç, s.250.

77 Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.322; Özbek, s.296.

Taksirli suçlarda netice her zaman failin hareketinden meydana gelmeyebilir. Bazı hallerde neticenin meydana gelmesinde üçüncü kişi veya bizzat mağdurun hareketinin de etkisi olabilir. Bu hareketlerin birleşmesi ile netice meydana gelebilir. Böyle hallerde nedensellik bağının bulunup bulunmadığının veya kesilip kesilmediğinin belirlenmesi gerekecektir⁷⁸. Taksirin bir statü veya iş sahipliği ya da işyerindeki önemli bir mevkiinin işgaliyle eşdeğer anlama gelmediği, herkesin davranışının hukuk nazarında değerlendirilmesi ve gerek bir ihmalin var olup olmadığının gerekse varsa eğer ihmal bunun taksir teşkil edip etmediğinin diğerinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve nihayet diğer kişilerin tümünün veya bir ya da ikisinin taksirli davranışının bulunmasının otomatikman ekip şefinin taksirli davranışının ve/veya kusurunun da bulunduğu anlamına gelmediğini açıkça göstermektedir⁷⁹.

3. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer, yaşama hakkı, kişinin hayatıdır. Yaşama hakkı, vazgeçilmez bir değer olarak, ulusal ve uluslararası tüm hukuki kurallarıyla koruma altına alınmıştır. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi pek çok uluslararası belge, bu hakkı ve dokunulmazlığını vurgulamıştır. Anayasa'ya göre, herkes yaşama hakkına sahiptir (AY m.17/1). İnsan yaşamının dokunulmazlığı ceza yasalarıyla koruma altına alınmaktadır.

Yaşama hakkı, kişisel olduğu kadar, toplumsal bir değerdir. Bu nedenle, yaşama hakkının ihlâline yönelik eylemler, taksirli de olsa, daima yaptırımla karşılanmaktadır.

İnsan, insan olması nedeniyle, yaşama hakkına sahiptir. Yaşama hakkı, vazgeçilmez bir hak olarak, tüm diğer hakların özünü oluşturur. Diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi ve değer kazanabilmesi, yaşama hakkının; gerçekleştirilmesine bağlıdır⁸⁰. Yaşam hakkı, diğer bütün haklardan yararlanmak için ön şart olduğundan bu hakka yönelen bir saldırı bütün haklara yönelmiş sayılır⁸¹.

78 Çakmut, Ö, Y/Çakmut, A, Taksir Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 76, S. 2, Y. 2002 s.433.

79 Ünver, Güven İlkesi, s.907.

80 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s.96.

81 Erem, s.1958.

4. Suçun Mağduru

Her suçta bir mağdur vardır. Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kimsedir. Ancak gerçek kişiler suçtan mağdur olabilir. Tüzel kişiler ise suçtan zarar gören konumdadırlar⁸². Taksirle ölüme neden olma suçunun mağduru, ancak insan olabilir. Bu suçla korunmak istenen hukuki değer yaşama hakkı olduğuna göre, suçun işlendiği anda mağdurun hayatta olması gerekir. Hayatta olmak, canlı doğmayı gerektirdiği gibi; suça sebebiyet veren hareketlerin yapıldığı sırada yaşıyor olmayı da zorunlu kılar. İnsanın fiziki özelliklerinin, bu suç bakımından önemi yoktur. Mağdurun cinsiyeti, ırkı, dili, dini, sağlık durumu suçun oluşmasına etkili olmaz. Yaşayan canlının “insana benzememesi” ya da “hilkat garibesi” olması durumunda bile, taksirle ölümüne sebebiyet verilmesi suçun oluşmasına yetecektir⁸³. Buna karşılık, cenin, ana rahminden çıkarak ayrı bir varlık haline gelinceye kadar öldürme suçunun mağduru olamamaktadır. Bu suç bakımından özellikle bebeklerde mağdurun doğmuş ve sağ olması şarttır. Aksi halde hamile kadına karşı taksirli eylemde bulunulmuş olsa ve bunun neticesinde çocuk ölü doğmuş olsa burada çocuğa karşı işlenmiş bir taksirle öldürme suçu bulunmamaktadır. Ancak burada TCK 87/2-e veya 89/3-e maddelerinde düzenlenen yaralama suçunu oluşturur. Bu durumda mağdur veya maktul çocuk değil; annedir. Mağdurun yaşı ve sağlık durumunun da önemi yoktur. Kişi yaşamının esasen beyin ölümüyle sona ereceği kabul edilmektedir, bundan sonra kişi makineye bağlı olarak yaşasa bile artık bu suçun mağduru olamayacağı görüşü hâkimdir⁸⁴.

5. Suçun Faili

Ceza hukukunda hareket yeteneği insana özgü bir özelliktir. Bu nedenle hayvan ya da eşyanın veya ölü kimselerin hareket yeteneği bulunmamaktadır. Çünkü iradi olarak hareket yeteneği sadece insanlarda bulunmaktadır. Bu nedenle ancak insanlar suç faili olabilirler. Ceza normunda suçun failini göstermek için “her kim, kimse, bir kimse, kişi” terimleri kullanılmaktadır. Bu ifade tarzı ilgili suçun her hangi bir kimse tarafından işlenebileceğini göstermektedir⁸⁵.

82 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.444.

83 Erman, S/Özek, Ç, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar İstanbul 1994, s.7.

84 Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, s.236.

85 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.426.

Taksirle öldürme suçu özgül suçlardan (belirli niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilen) olmadığı için bu suçun faili herkes olabilir. Çünkü kanun “bir insanın ölümüne neden olan kişi” den bahsetmiştir. Suçun faili bakımından herhangi bir özellik arz eden durumu yoktur⁸⁶. Bu suçta fail ile mağdur sıfatları birleşmez. Kişinin kendinin ölümüne sebebiyet vermesi, suç olarak kabul edilmemiştir⁸⁷.

II. Suçun Unsurları

Taksirle insan öldürme suçunun unsurları birisi dışında kasten insan öldürme suçunun unsurlarının aynısıdır. Her ikisi arasındaki farklılık, suçun manevi unsuru bakımındandır. Taksirle insan öldürmede, kasten insan öldürmeden farklı olarak, failde ölüm neticesine yönelik doğrudan veya olası kast bulunmamaktadır. Fail, burada objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle *öngörülebilir* ve *önlenilebilir* ölüm neticesini öngörmediği için, gerçekleşen ölüm neticesinden dolayı sorumlu tutulmaktadır⁸⁸.

1. Hareket

Suçun maddi unsurunu teşkil eden fiil taksirli bir eylem ile bir kişinin ölmesine sebebiyet verilmesidir. Suç, serbest hareketli bir suçtur, o nedenle hareketin şekli önemli değildir. Taksirli fiil icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir⁸⁹. Hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi bulunmalı; ölüm neticesi failin gerçekleştirdiği hareket sonucunda ortaya çıkmalıdır⁹⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında bu durumu şöyle ifade etmiştir: “*Sulama kanallarının etrafının tel, çit ile çevrileceği veya üzerinin kapatılacağına dair mevzuatta hüküm bulunmadığı gibi uygulamanın da bu yönde olmadığı işletmeye açıldığı 1963 yılından itibaren aynı şekilde kullanılan kanala ölenin düşmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığa kusur yüklenemeyeceği gözetilmeden, yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmektedir*”⁹¹.

86 Akman, M, Taksirle Öldürme, <http://www.turkhukuksitesi.com>, s.5.

87 Arslan, Ç/Azizağaoğlu, B, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2004, s.352.

88 Tezcan/Erdem/Önok, s.172.

89 5237 sayılı TCK'nin 22. madde gerekçesi.

90 Dönmezer, S, Maddi Sebebiyet Alakası ve İhmal suretiyle İcra Suçları, İstanbul 1994, s.11.

91 Yargıtay 9.CD., 6.2.2007 tarihli 5622/714 sayılı karar.

Taksirli fiil, failin özgür iradesinin ürünü olmalıdır. Ayrıca, fail kendi kişisel yetenekleri, idrak gücü, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar itibarıyla objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünü öngörebilecek durumda olmalıdır⁹². Fiil bizzat fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, başkası tarafından gerçekleştirilebilir. Başkası tarafından gerçekleştirilen eylem nedeniyle failin kusurlu bulunması halinde de fail sorumlu olur⁹³. Örneğin, sarhoş ve ehliyetsiz bir şahsın aracını kullanmasına izin veren kişi, aracı bizzat kullanmadığı halde, aracının başka araçlarla çarpışmasından dolayı kusurlu olması halinde olduğu gibi, hareket ve kusur faille yüklenebilir⁹⁴. Buna karşılık mücerret ehliyetsiz bir şahsa araç kullandırma ile meydana gelen kaza arasında illiyet bağı yoktur⁹⁵.

Taksirli suçun icrai hareketle işlenmesi durumunda (örneğin, hız kuralını ihlal ederek aşırı hız yapma, cerrahın ameliyatta hastalıklı organizmayı çıkarırken acemilikle sınırı kesmesi gibi) kısaca belirtelim ki, eğer failin fiili olmasaydı netice meydana gelmeyecekti denebiliyorsa, hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi var demektir⁹⁶.

İhmali hareketle işlenen suçlarda ise netice harekete bitişik olduğundan illiyet bağının varlığı kolay anlaşılmaktadır. Örneğin ehliyetsiz araç kullanma suçu, ehliyeti olmadan aracı kullanma anında gerçekleşmektedir. Fakat ihmal suretiyle icra suçlarında netice ile hareketsiz kalma arasındaki illiyetin tespiti gerekmektedir. Bu durumda da genel olarak, gereken hareket yapılsaydı netice meydana gelmeyecekti denilebildiği durumda illiyet bağının var olduğu söylenebilecektir. Ancak, ihmal suretiyle icra suçlarının bir kısmında failin kendi menfi hareketiyle neticeye ilişkin hareketler serisi başlamakta, diğer bir kısmında ise başkalarınca veya tabiat olaylarınca başlatılan hareketler serisine failin müdahale etmemesi söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilkinde, yani nedensellik zinciri failin kendi ihmali davranışı ile meydana gelmişse başka bir şartın araştırılmasına gerek olmaksızın netice ile menfi hareket arasında illiyet

92 Özgenc/Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası Ankara 2001, s.178

93 Gözübüyük, Pulat, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt.4, Ankara 1980, s.385.

94 Yargıtay GK. 28.12.1970 tarihli ve 4-361/432 sayılı kararı.

95 Yargıtay CGK. 21.2.1983, 9-561/68; 9.CD.10.3.1983, 519/621; 9.CD. 17.12.1982, 3636/772 tarihli kararları.

96 Taner, s.97.

bağı var denilmelidir. Örneğin yol kenarına çukur açan inşaat sahibinin, buraya düşenin yaralanmasını önlemek için tedbir alma yükümlülüğü ayrıca araştırılmaz. Fakat başkalarınca veya tabiat olaylarına bağlı olarak başlatılan hareketler zincirine failin müdahale edip etmemesi bakımından durum farklıdır. Denizde boğulan çocuğu kurtarmayan failin menfi hareketi ile netice arasında fiziksel illiyet bulunması yeterli değildir. Burada failin çocuğu kurtarmak konusunda hukuki anlamda yükümlülük altında olup olmadığı ve ayrıca kurtarma olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bu örneği sürdürürsek; fail yüzme bilmeyen çocuğunun denize girmesine izin vermiş ve boğulmaması için tedbir de almamış ise, boğulup ölmeye sonuçlanan nedensellik zinan failin ilk kusurlu hareketiyle başladığından artık başka bir şart aramaya gerek olmadan illiyet bağıının var olduğu kabul edilmelidir⁹⁷.

Failin kusuru olmaksızın başlayan bir illi davranış serisi karşısında, hareketsiz kalması nedeniyle ortaya çıkan neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için, kendisinden beklenen davranışta bulunmasının fail yönünden hukuki bir yükümlülük olması gerekir⁹⁸. Bu yükümlülük salt ahlaki yükümlülük değildir. Fakat, ahlaki yükümlülüklerden bazısına hukuk düzeni tarafından da yükümlülük olarak değer verilmiştir. Başka bir anlatımla fail, kendisine hukuk düzeni tarafından emredilen icrai bir hareketi yapmayarak bu sonuca yol açmış bulunmaktadır. Hukuki yükümlülüğün kaynağı kanun (765 s. TCK. m.302, 473, 476/11, TMK'nin aile hukukuna ilişkin yükümlülükleri gibi) veya sözleşme (can kurtaranın boğulanı kurtarma görevi, tedavi sözleşmesi gereği hekimin yükümlülüğü vb.) olabilir. Bu nedenle, örneğin denizde boğulan kişiye yardım etmeyen cankurtaranın veya hastaya ilacını vermeyen hemşirenin menfi davranışları ile netice arasındaki illiyetin varlığı için kurtarma veya ilacı verme biçimindeki icrai harekette bulunma yükümlüsü olduklarının da tespiti gerekir⁹⁹.

Başka bir yükümlülük kaynağı da, failin kendi davranışı olabilir. Örneğin çukur açan kişinin onu kapatma veya tedbir alma yükümlülüğü vardır, fakat bu durumda çukuru kapatmayanın yükümünün ayrıca araş-

97 Kaymaz/Gökcan, s.102-103.

98 Dönmezer/Erman, C. I, s.478-480.

99 Kaymaz/Gökcan, s.103.

tırılması gerekmez. Çukuru onun açmış olduğunun tespiti yeterlidir¹⁰⁰. Buna karşılık, sanıkların, temel kazma sırasında fazla açtıkları çukuru doldurmayarak su birikmesine sebebiyet verdikleri bir olayda, bir kimşenin bu suya girmemesi ve düşmemesi için koruyucu önlem almamaları sebebiyle, iradesiyle de olsa suya girerek boğulup ölen kişinin ölümü ile sanıkların eylemleri arasında nedensellik ilişkisi bulunduğu kabul edilmiştir¹⁰¹.

Yargıtay içtihatlarında, taksirli hareketle netice arasında bulunması gereken nedensellik ilişkisinin denetlendiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay, bayram günlerinde işyerini tatil ettiğini işçilerine bildirdiği için, işçinin iş sahibinden habersiz olarak işyerine gelip çalıştığı sırada öldüğü bir olayda nedensellik ilişkisi olmadığına karar vermiştir¹⁰². Bunun gibi, Yargıtay, handa çalışan ve misafiriyle sohbete dalan mağdurun, kapıların kilitlenmesi üzerine kablo teli kullanarak pencereden inmek isterken telin kopması sonucunda öldüğü olayda, içeride kimse bulunup bulunmadığını kontrol etmeden kapıları kilitleyen, çalışanlara kapı anahtarını vermeyen sanıkların bu davranışları ile ölüm olayı arasında nedensellik ilişkisi bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁰³.

Bir başka Yargıtay kararında ise üniversite spor tesislerindeki basketbol sahasında elektrik direği dikip, elektrik tesisatı çekecek olan sanığın, sözleşme kapsamında bulunmayan eğik basketbol potasını tamir işini istek üzerine üstlendiği, ancak, kaynak makinası gerektiği için, tamiratı hemen yapamayıp, potayı demir bir boru ile desteklediği ve on sekiz yaşlarındaki mağdurun “tadilat dolayısıyla basketbol sahasına girmek yasaktır” levhasına rağmen sahaya girip eğik potaya asılarak daha fazla eğmek isterken altında kalıp öldüğü olayda, alınabilecek önlemlerin alınmış olması nedeniyle, ölüm ile sanığın eylemi arasında nedensellik ilişkisi bulunmadığına karar vermiştir¹⁰⁴.

Fail veya failerin hareketi ile netice arasındaki nedensellik ilişkisini kesecek bir durumun ortaya çıkmış olup olmadığına dikkat edilmelidir. Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir:

100 Dönmezer/Erman, C. I, s.480.

101 Yargıtay, CGK, 28.9.1957 tarihli, 57/56 sayılı karar.

102 Yargıtay, CGK, 11.4.1994 tarihli, 2-78/100 sayılı karar.

103 Yargıtay , 9. CD, 8.12.1983 tarihli ve 3121/3201 sayılı kararı.

104 Yargıtay, 9. CD, 20.10.2005 tarihli 3666/7891 sayılı kararı.

“Sanıkların, taş ve sopalarla saldırımları üzerine şabsın kamyoneti ile geri manevra yaparken bankette bulunan çocuğa çarpması olayında, sanıkların hareketleri ile ölüm arasında illiyet bağı yoktur”¹⁰⁵. Nedensellik ilişkisi kesilmiş ve neticenin öngörülmesi olanağı ortadan kalkmış ise fail veya failerin taksirinden söz etmek mümkün olmayacaktır¹⁰⁶.

Birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerde, taksirin varlığına ilişkin denetleme, her failin kendi faaliyetine ilişkin kurallara uyup uymadığı açısından yapılmalıdır. Çünkü bu tür çalışmalarda, her birey diğerlerinin doğru davrandığına güvenmek zorundadır. Ancak, failin böyle bir çalışmada başkalarının davranışlarını denetleme yükümlülüğünün veya yanlış davranışı fark edip müdahale etmesi olanağının bulunması halleri bunun dışındadır¹⁰⁷. Örneğin, ameliyat yapan ekipte yer alan cerrah, kendi faaliyetine ilişkin meslek kurallarına uymamaktan sorumlu olur, ekipte yer alan diğerlerinin yanlış hareketlerinden sorumlu olmaz. Ancak, bu hekim, örneğin, asistanını denetleme yükümlülüğü bulunduğundan, bunu yapmaması durumunda da taksirli hareket etmiş olur¹⁰⁸. Nitekim bu doğrultuda olmak üzere Yargıtay kararında şöyle denilmektedir, “Ameliyat sırasında biten oksijen tüpünü teknisyen sanıkların değiştirttikleri yetkisiz hizmetlinin yanlışlıkla karbondioksit tüpünü bağlaması sonucu ölümün meydana geldiği olayda, ameliyat öncesi ve ameliyat sırasında görevini yerine getirmeyerek asli kusurlu olan doktor sanığın ve onun kadar olmasa da ağırlıklı kusurları bulunan teknisyen sanıkların kusurlarının derecesi hakkında Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınması” gerektiği belirtilerek, ilgili teknisyenler yanında, hekimin de, denetim görevini yerine getirmeyerek, taksirle, ölüme sebebiyet verdiği hükme bağlanmıştır. Güven ilkesinin bir yansıması olarak trafikte sürücüler başkalarının kurallara uygun davranacaklarına güvenirlir. Ancak, somut olayda, başkalarının yanlış davranışlarının öngörülebilir olması durumunda, bunu öngörmeyen sürücü, taksirli davranmış olur¹⁰⁹.

105 Yargıtay, 9. CD, 1.11.2006 tarihli 3830/5579 sayılı kararı.

106 Tezcan/Erdem/Önok, s.133.

107 Toroslu, s.202.

108 Yargıtay, 2.CD, 5.2.1996 tarihli ve 268/1025 sayılı kararı.

109 Toroslu, s.203.

Ölüm sonucunun, taksirli harekete başka nedenlerin katılmasıyla meydana geldiği hallerde ise fail taksirle ölüme sebebiyetten değil; ancak, taksirle yaralamaya sebebiyetten sorumlu tutulur¹¹⁰. Nitekim, Yargıtay, taksirli hareketle yaralanan mağdurun yirmi dokuz gün sonra hastanede öldüğü bir olayda, ölümün bacadaki açık yaranın ameliyattan sonraki bakım sürecinde ortaya çıkan mikrop toksinlerinin kana karışmasıyla meydana gelmesi nedeniyle, taksirle ölüme değil; taksirle yaralamaya ilişkin hükmün uygulanması gerektiğine karar vermiştir¹¹¹.

Taksirli hareket olmasaydı, bu sonuç meydana gelmeyecekti ve bu sonuç yapılan hareketin doğal sonucudur denilebiliyorsa nedensellik bağı mevcuttur¹¹². Fail tüm dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirse bile, yine de istenmeyen netice gerçekleşecek ise, bu durumda failin taksirli suçtan sorumlu tutulabilmesi mümkün olamayacaktır.

2. Tipiklik

Taksir istisnai bir nitelik taşır. Nitekim bir suçun söz konusu olduğu hallerde, kanuni tanımda kastın aranacağına ilişkin bir hüküm olmasa da kast bulunmak ve aranmak gerektiği halde, taksirli fiillerin cezalandırılmaları kanunda açık bir hüküm bulunmasına bağlıdır¹¹³.

Taksirin istisnai bir sorumluluk şekli olduğu kuralını şöyle açıklamak mümkündür. Taksirle, “fiil” kavramından az veya çok uzaklaşmıştır. Kasıtlı hareket etmekle taksirli hareket etmek arasında bir farkın mevcut olmadığı iddia edilemez. Bir insanın öldürülmesi (kasten öldürme) ile bir insanın ölmesine neden olma aynı şey değildir. Birincisinde, irade

110 “Sanığın başıboş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, on beşinci aşıdan sonra hastalanıp öldüğü anlaşılmıştır. Olayda, ölümün tıbbi yönden de sorumluluk yüklenmeyen, kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği allerjik ansefalitten meydana geldiği belirtildiğinden, sanığın sonucu öngörmesini ortadan kaldıran bu neden dikkate alınarak sonucundan sorumlu tutulmayıp ancak özensizliğinden kaynaklanan köpeğin saldırı ve ısırmasıyla ölemlenme yaralanmadan ötürü sorumlu tutulması gerekir”, Yargıtay, 2. CD, 20.11.1991 tarihli ve 10834/11895 sayılı kararı.

111 Yargıtay, 9. CD, 12.2.1982 tarihli ve 520/709 sayılı karar.

112 Artuç, s.242.

113 Dönmezer/Erman C. II, s.276.

bilinç içinde kalan bir amaca yönelmiştir¹¹⁴. Ancak taksirde failin iradesi suç teşkil eden neticeye yönelmemiş olduğundan kanun, dikkat ve özen vazifesinin bulunabileceği hallerde taksirli fiilleri cezalandırmıştır¹¹⁵.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesinde taksirli bir fiilin cezalandırılması için kanunda bu yönde bir hüküm bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Nitekim Türk Ceza Kanunu 1997 Ön tasarısının 22. maddesinin gerekçesinde de taksir açısından, şartlardan birincisi kanunda açıklık bulunmasıdır, denilerek taksirin bu unsuru belirtilmiştir. Bu husus 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22/1 maddesinde "taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır", hükmüyle yer almıştır. Kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir taksirli eylem cezalandırılmaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yalnızca öldürme (m.85), yaralama (m.89), iflas (m.162), genel güvenliğin tehlikeye sokması (m.171), atom enerjisi ile patlamaya neden olma (m.173/2), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (m.180) çevreyi kirletme (m.182), askeri tesisleri tahrip (m.307/3), savaş zamanı yükümlülüklerin yerine getirilmeme (m.322/2), devletin güvenliğine ilişkin bilgileri açıklama (m.336/3) ve casusluk (m.338) suçlarının taksirli biçimlerinin cezalandırılmasını öngörmektedir¹¹⁶. Bu sebeple, bir suçun taksirle de işlenebileceği ve böylece cezalandırabileceğinin kabul edilebilmesi için kanunda açık bir düzenleme yapılmış olması gerekir. Bu hüküm 5237 sayılı TCK m.22/1' de açıkça gösterilmiştir. Örneğin, mala zarar verme suçu doğrudan kast veya olası kast ile işlenebilen bir suçtur ve kanunda bu suçun taksirle işlenmesi hususu suç olarak düzenlenmediğinden, bir kimse diğerinin malına taksirle zarar verirse suç işlemiş olmaz ancak haksız fiilden sorumluluğu söz konusu olur.

3. Hukuka Aykırılık

Hukuk sadece fiil ile ilgilenmediği gibi, sübjektif boyutla da yetinmez. Hukuka aykırılık manevi unsurun da bulunması şartıyla, suç ile hukuk düzeni arasındaki çatışmayı ifade eder. Hukuka aykırılık suç ile hukuk düzeni arasındaki çelişkidir. Ortada ihlal edici bir davranış bulunmadığında ödeve aykırılık bilinci ya da belli davranış ya da neticenin

114 Erem/Danişman/Artuk, s.457.

115 Dönmezer/Erman C.II, s.278.

116 Öztürk/Erdem s.187.

gerçekleştirilmesine yönelik irade mevcudiyeti yeterli değildir. Kusurluluk değerlendirmesi için dışsal objektif bir davranışa gereksinim vardır¹¹⁷. Suçtan bahsedebilmek için failin haksızlığı özgür bir irade ile seçmiş olup, aynı zamanda haksızlığı istemiş olması gereklidir.

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK m.24 ile devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusu olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve fiili işleyen ceza sorumluluğu söz konusu olamaz. Dolayısıyla, taksirle ölüme sebebiyet verme suçu bakımından, somut olayda, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını gösterecek olgularla karşılaşırsa, fail cezalandırılmaz. Çünkü bir fiilin cezalandırılması, onun tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunmasına bağlıdır. Bu çelişki ve çatışmayı ortadan kaldıran, hukuken geçerli, yazılı veya yazılı olmayan herhangi bir nedenin varlığı, suçun oluşmasını ve fiili işleyen cezalandırılmasını engeller¹¹⁸.

Taksirli suçlar bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin ortaya çıkması güç olsa da olanaksız değildir. Örneğin bir deniz kazasında hayatını kurtarmak isteyen kimse, ufak bir sandal görüp de buna tırmanmak istese, ancak sandal bu yüke dayanamayıp devrilse ve sandaldakiler denize düşüp boğulsalar olayda hukuka uygunluk nedenlerinden olan zorunluluk hali bulunmaktadır¹¹⁹.

Her ne kadar yaralamaya ilişkin olsa da, konuyu açıklaması bakımından şu örnek verilebilir: Viyana'da gerçekleşen bir olayda, üst düzey bir polis memurunun, virajlı yolda, hatalı olarak önündeki arabayı geçmek istemesi nedeniyle meydana gelen çarpışmada, öndeki arabanın sürücüsü yaralanır. Ancak, sürücü, yaralı olmasına rağmen, kaçmaya başlar, tedavi ettirme amacıyla izlenerek yakalanır ve otomobil hırsızlığı yaptığı, o sırada da çaldığı arabayı kaçırmakta olduğu belirlenir. Olayda, polisin hareketinin, taksirle yaralamaya sebebiyet verme olmasına karşın, sonuç olarak otomobil hırsızının yakalanmasını sağladığı için, hukuka uygun-

117 Katoğlu, T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s.159.

118 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s.102.

119 Kaymaz/Gökcan, s.113.

luk oluşturacağı kabul edilir¹²⁰. Esasında meşru müdafaa kasten işlenen suçlara karşı saldırıya maruz kalan kişinin göstermiş olduğu iradi ve zorunlu bir tepkidir. O nedenle de, kural olarak savunmaya yönelik fiiller bilerek ve istenerek, yani kasten gerçekleştirilir. Bu nedenle, meşru müdafaa halinde taksirle yaralama veya öldürme istisnai hallerde söz konusu olabilir. Örneğin, kendisine silahla ateş edip öldürmek isteyen hasmına ateş etmek maksadıyla tabancanın ağzına mermi verdiği sırada kaza ile tabancanın ateş alıp yanında bulunan bir şahsın isabet alarak yaralanması veya ölmesi halinde bu şahsa yönelik eylemi nedeniyle taksire dayalı olarak sorumlu tutulabilir. Yine fail, kendisine ateş eden hasmının ateşine karşılık verirken aniden hasmının önünden geçen bir kişinin yaralanmasına veya ölmesine neden olabilir. Eğer, bu durumda üçüncü şahsın da yaralanabileceği öngörülerek ve buna katlanılarak ateş edilmiş ise olası kastla yaralama veya adam öldürme suçu söz konusu olur. Esasen bu gibi hallerde de taksirden ziyade olası kastla adam öldürme ve yaralamayı düşünmek uygun olur. Ancak, failin üçüncü şahsa yönelik olası kastla hareketi söz konusu değilse, üçüncü şahıs ani olarak ortaya çıkmış ve fail, başka kişilerin olay mahallinden geçebileceklerini ve kurşunların bu şahıslara da isabet edebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise failin bu eylemi nedeniyle taksirden dolayı sorumlu tutulması mümkündür¹²¹.

5237 sayılı TCK hükümlerine göre meşru müdafaa halinde taksirle öldürme suçları, meşru müdafaada sınırın aşılması ve meşru müdafaa koşullarının varlığında da hata halinde söz konusu olabilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 27/1. maddesinin öngördüğü olasılık, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarının taksirle aşılmasıdır. Fail bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını aşmakta ise de, bunu bilerek ve isteyerek yani kasten yapmamakta ancak sınırı aşmış olması dolayısıyla kusurlu sayılabilmektedir. Bu durumda faile işlediği suçun cezası verilecek fakat cezası indirilecektir¹²². Belirtilen fıkranın uygulanabilmesi için, 1- Ortada hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin tüm koşulları ile bulunması gereklidir. Şayet olayda hukuka uygunluk nedeni yoksa sınırın aşıldığından bahsetmek de mümkün değildir. 2- Fail hukuka uy-

120 Bkz. Önder, s.153.

121 Kaymaz/Gökcan, s.125.

122 İçel/Evik, s.162.

gunluk nedenlerinde sınırı aşmalıdır. 3- Sınır kasten değil, taksirle aşılmalıdır. Eğer sınır kasten aşılsa, fail suçun tam cezası ile cezalandırılır. 4- Sınırın taksirle aşılması suretiyle işlenen suç, taksirle işlendiğinde de cezalandırılan bir fiil olmalıdır. Şayet işlenen suç ancak kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, faile ceza verilmeyecektir¹²³. Örneğin fail, sınırı aşmak suretiyle saldırganı öldürmüş ise, taksirle insan öldürmeye neden olma suçundan (TCK m.85) cezalandırılır ve cezası da TCK m.27/1'e göre indirilir. Buna karşılık sınırın aşılması suretiyle işlenen suçun taksirli şeklini kanun öngörmemiş ise, örneğin sınırın aşılması suretiyle mala zarar verilmiş ise (TCK m.151) fail cezalandırılmaz¹²⁴.

Kalabalığı dağıtmak hususunda emir alan kolluk görevlileri, halkın karşı koymasız yüzünden paniğe kapılarak ateş etmeye başlamış ve kalabalık içinde bulunanlardan bazılarını öldürmüş ise, belirtilen eylemleri dikkatsiz, tedbirsiz davranmalarından (taksirli hareket etmelerinden) ileri gelmişse, haklarında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 27/1. maddesi uygulanır¹²⁵. Buna karşılık, kolluk görevlilerinin paniğe kapılmalarını haklı gösterecek nedenler varsa, hukuka uygunluk nedeni olan görevin yerine getirilmesi uygulanır ve hiçbir şekilde cezalandırılmazlar. Çünkü bu durumda, faile yüklenebilecek taksir derecesinde dahi kusur yoktur¹²⁶. Aynı şekilde, somut bir olayda devam eden saldırılardan başka türlü kurtulma olanağı olmayan bir kimsenin, saldırıyı önleme zorunluluğu ile saldırganı karşı koyan kimse, savunma eylemiyle onu öldürse dahi, meşru savunma sınırları içindedir¹²⁷. Buna karşılık saldırının önlenmesinden sonra yapılan eylemler, hukuka uygunluk nedeni içinde sayılmayıp, ilgili hukuka uygunluk nedenini aşan eylemler olarak kabul edilecektir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılmış aşılmadığı, hukuka uygunluk sebebinin niteliğine ve somut olayın koşullarına göre tespit edilir¹²⁸. Haksız saldırıda bulunan kimseye yönelmiş olan meşru

123 Koca, a.g.m, s.142.

124 Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, s.140.

125 İçel/Evik, s.162.

126 Dönmezer/Erman, C. II, s.153.

127 Yargıtay 1.C.D 18.6.1981 tarih, 1981/1660 Esas, 1981/2957 sayılı kararı, YKD, 1981, s.10, s.1347-1348.

128 Dönmezer/Erman, C. II, s.153.

savunma bakımından taksirli sayılmayabilen bir aşılma, esasta kusursuz bir kişinin zarara uğratılmasını belirten zorda kalış durumu bakımından taksirli sayılabilir. Çünkü bu gibi hallerde failden çok daha büyük bir özen beklenir¹²⁹. Özellikle kolluk görevlilerinin silah kullanmalarına imkân veren kanunun hükmünü yerine getirme hallerinde taksiri tespit ederken, görevin gereklerini ve görevlinin içinde bulunacağı ruh halini göz önünde bulundurmak gerekir¹³⁰. Kolluk görevlisi araçta değil de amaçta sınırı aşmışsa, artık hukuka uygunluk nedeninin de dışına çıkmış olacağından, fail suçunun tam cezası ile cezalandırılacaktır¹³¹.

4. Kusurluluk

4.1. Genel Olarak

Failin sorumlu tutulabilmesi için, ceza normunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesi yetmez, ayrıca haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da bulunması gerekir¹³². Bu suçun manevi unsuru taksirdir. Fail basit veya bilinçli taksirle neticeye sebebiyet vermiş olmalıdır¹³³. Taksirle ölüme neden olma suçunun oluşması için taksirin, basit veya bilinçli taksir olması herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Ancak taksir türündeki farklılık, cezanın belirlenmesi aşamasında önem kazanmaktadır. Bilinçli taksir halinde, taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılmaktadır¹³⁴. Sırf hareketin yapılması ve bu hareketin ölüme neden olması, suçun oluşması için yeterli olmayıp somut olayda failin objektif dikkat ve özeni gösterip göstermediği, manevi unsur açısından araştırılacaktır¹³⁵. Fail ister hafif ister ağır taksirli olsun, ceza hukuku açısından sorumludur. Çünkü hafif taksirli de olsa, zararlı neticede hareketin nedensel bir katkısı mevcuttur¹³⁶.

Gerek bilinçli taksir gerekse basit taksirde, fail gerçekleşen neticeyi istememektedir. Basit taksirde, fail öngörmesi gerekeni öngörememekte,

129 İçel/Evik, s.165.

130 Dönmezer/Erman, C. II, s.153.

131 Dönmezer/Erman, C. II, s.153.

132 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.450.

133 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.103.

134 Akman, M, www.turkhukuksitesi.com/makale 1085.htm, s.6.

135 Parlar/Hatipoğlu, s.708.

136 Soyaslan, D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005, s.119.

bilinçli taksirde ise, öngördüğü halde gerçekleşmesini istemeyip, bunun gerçekleşmemesi için gerekeni yapmaktadır¹³⁷.

Doktrinde bilinçli taksiri, basit taksirden ayırıcı kriter olarak öngörme kavramının altı çizilmektedir. Basit taksirde, neticenin öngörülebilir olmasının belirli bir kritere bağlı soyut bir imkân olduğu halde, bilinçli taksirde neticeyi öngörmenin, somut olayda fail bilincinin somut durumu ile ilgili bulunduğu ifade edilmektedir¹³⁸.

Bilinçli taksirde fail, normalde öngörülebilir neticeyi, somut olayda da öngörmüş, buna rağmen her ne kadar öngördüğü neticeyi istemese de yine de hareketi yapmıştır. Basit taksirde ise, fail normalde öngörülebilir neticeyi, somut olayda öngörmemiştir¹³⁹. Tabancayı boş zannederek tetiğini çeken kimse, bir kişinin ölümüne neden olursa, öngörülebilecek neticeyi öngörmemiş olup, olayda basit taksir hali bulunmaktadır. Ancak dolu bir tabanca ile bir kişinin kafasının üstündeki hedefe ateş eden kişi, tabanca atışlarındaki ustalığına ve tecrübesine güvenerek neticeyi istememiş ise de neticeyi öngörmüş olup, ustalığı sayesinde neticeyi önleyebileceğine inandığı halde istenmeyen neticenin gerçekleşmesi olayında bilinçli taksir hali bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 27.12.2007 tarihli, 2007/241 esas ve 2007/9822 sayılı kararı da aynı doğrultuda olup, kararda şöyle denilmektedir: “Silah eğitimi almış sanığın, namlusunda mermi olup, emniyeti açık olan silahını, kılıftan çıkartırken umursamaz davranışları sonucu tam kusurlu olarak neticeyi meydana getirdiği olayda hakkında bilinçli taksir hükümleri uygulanması gerekirken, uygulanmaması yasaya aykırılık oluşturmaktadır”.

Aslında hem basit hem de bilinçli taksirde neticenin objektif olarak öngörülebilir olması şarttır. Eğer netice aynı şart ve durumdaki hiç kimse tarafından öngörülemez ise tesadüften söz edilir ve fail taksirden sorumlu tutulmaz. Bu nedenle basit taksirde fail öngörülebilir neticeyi objektif özen yükümlülüğüne uymadığı için öngörememekte (örneğin uyumaması gerektiği halde uyuması) ve istemediği neticeye yol açan davranışı ifa etmektedir. Bilinçli taksirde ise, fail neticeyi öngördüğü halde fiili işlemektedir¹⁴⁰.

137 Önder, s.336; Centel/Zafer/Çakmut, s.411.

138 İçel, s.94 – 195.

139 Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005, s.107.

140 Kaymaz/Gökcan, s.76.

Taksirde fail, hareketi iradi olarak yapmakla birlikte, davranış kurallarına uymadığı için neticeyi öngörmez ve istemez. Netice fail tarafından öngörülmesi de olabilir. Ancak, öngörme, istemenin varlığını göstermez. Fail, neticeyi öngördüğü halde, istememiş olabilir. Failin öngörülebilir neticeyi öngörmediği hallerde, basit taksir, failin, öngörülebilir neticeyi öngörüp istemediği hallerde ise bilinçli taksir söz konusu olur. Ancak, fail neticeyi istemişse, artık kastın varlığı söz konusu olur¹⁴¹.

Taksirin normatif cephesini meydana getiren ve onun kusurluluk içine girmesinin sebebini açıklayabilen dikkat ve özen vazifesine aykırılık kavramı, taksirin neden cezalandırıldığıнын sebeplerini de gösterebilecek niteliktedir. Ancak taksir bu normatif yapı yanında, psikolojik bir yapıya da sahiptir. Bu kendisini, iradenin yeterli şekilde kullanılmaması şeklinde gösterir. Taksirin kusurluluk alanında ele alınması ve onun ceza sorumluluğu açısından bir kusuru oluştuğunun kabulü, kişinin özen yükümlülüğünü ihlal ederek öngörülebilecek bir neticeyi öngörmemesi nedeniyle kınanmasıdır¹⁴².

İnsan davranışları başkalarının varlıkları için sonsuz tehlikeli durumlar yaratabileceğinden genel, bilimsel ve teknik tecrübe sürekli olarak başkalarına verilebilecek zararları önlemeye veya insan davranışlarından kaynaklanan tehlikeleri sosyal yönden kabul edilebilir sınırlar içinde tutmaya yönelik bir kısım davranış kuralları oluşturur¹⁴³.

Hukuk düzeni, her insana bu kuralları ihlal etmemek üzere dikkat ve özen yükümlülüğü getirmektedir. Herkesin uyması gereken bu özen yükümlülüğü ile ihlal edilmemesi gereken kurallar kimi zaman yazılı hukuk metinleri olabileceği gibi, kimi zaman da toplumun ortak hayat tecrübeleri olacaktır. Belirli bir mesleğin icrası için gereken davranış biçimleri yazılı veya yazısız kurallar halinde bulunabilir. Örneğin, cerrahın ameliyat için hastasının rızasını alma zorunluluğu yazılı bir kural iken, ameliyat için gerekli tüm özeni gösterme, sağlığa uygunluk koşullarını sağlama gibi kurallar tıp mesleğinin gerektirdiği kurallardandır. Yine toplum halinde yaşama sırasında uyulması gereken ve ortak hayat tecrübelerinden kaynaklanan kimi davranış biçimleri de bu kurallar içeri-

141 Centel/Zafer/Çakmut, s.403.

142 İçel, s.244 – 245; Ünver, Y, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.327 – 328.

143 Toroslu s.145.

sinde yer alır. Örneğin, her insan başkalarına zarar verebilecek patlayıcı bir madde veya vasıtayı açıkta ve tedbirsiz biçimde bulundurmaması gerektiğini bilmek zorundadır. Bu nedenle tabancasını dolu halde ve açıkta bırakan baba, çocuğun onu alıp başkasını öldürmesi olayında kusurlu davranmış olacaktır¹⁴⁴.

Yasa veya genel yaşam deneyiminin gereği olarak kişinin, kendi psikolojik bedensel durumuna göre belli durumlarda belli kurallara uygun davranma, özen gösterme ve dikkat etme görevi vardır. Bu görevi yerine getirmeyerek zararlı bir neticenin doğmasına sebebiyet veren kişi sorumludur. Ancak bunun için failin özen gösterme yükümlülüğüne uyması olanaklı bulunmalıdır¹⁴⁵.

Sırf tehlikeli bir hareketi yapmak, taksiri oluşturmayacağı gibi, tehlikeli bir mesleğin icrasındaki kaçınılmayan veya o anda meslek ve sanat dalının seviyesine göre normal karşılanarak kabullenilen hatalı hareketler de taksiri oluşturmayacaktır¹⁴⁶. Failin sorumluluğu bakımından ayrıca, yükümlülüğün varlığını ve içeriğini idrak edebilecek ve bu doğrultuda hareket edebilecek durumda olması gerekir. Yükümlülüğün fail tarafından idrak edilebilir olması aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin de öngörülebilir olduğu anlamına gelmektedir. Failin yükümlülüğünün bilincinde olmaması veya içinde olduğu şartlar gereğince, irade yeteneğinin mevcut bulunmaması duruma taksir sorumluluğu bakımından kusurun olmadığı sonucuna ulaşmak gerekecektir¹⁴⁷.

Özen yükümlülüğü bir yasak içerebileceği gibi, bir emir de içerebilir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, ilk durumda icrai, ikinci durumda ise, ihmali bir taksirli suç gündeme getirir. Başka bir anlatımla taksirli suç, icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir. Bu sonuncu durumda özen yükümlülüğü, gerçek olmayan ihmali suçlardaki garanti yükümlülüğü ile aynı anlama gelmektedir. Örneğin, makasçı (M) makas değiştirmede için meydana gelen tren kazasında (A) ölüyor. (M)'nin makası değiştirme konusundaki özen yükümlülüğü aynen gerçek olmayan ihmali suçlardaki sonucu önleme yükümlülüğü gibidir¹⁴⁸.

144 Toroslu s.145.

145 Centel/Zafer/Çakmut , s.408 – 409.

146 Ünver, s.328.

147 Özgenc/Şahin, s.241 vd.

148 Öztürk/Erdem, s.188.

Doktrinde, failin olayda dikkatli ve özenli davranıp davranmadığının ne şekilde tespit edileceği tartışılmaktadır.

Bir grup yazar, failin şahsi niteliklerini göz önünde tutan sübjektif bir kriterin uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Böyle bir kriter uygulanınca beden kusurları, miyop, sağırlık, makul heyecanlar gibi failin şahsi nitelikleri dikkat ve özen görevinin yerine getirilmesi bakımından göz önünde tutulmaktadır. Ancak bütün bunları failin yalnız sorumsuzluğu bakımından değil, fakat sorumluluğunu gerektirmeleri bakımından da rol oynamaktadırlar. Örneğin sağır olduğu halde, mesleğini icra eden arabacı veya ileri derece miyop olmasına rağmen otomobil kullanan şoför yönünden de durum böyledir¹⁴⁹. Diğer bir grup yazara göre ise, taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu oluşturan objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin şahsi nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın objektif esastan hareket edilir¹⁵⁰. Objektif özen yükümlülüğü, belli kişiden soyutlanmış, gereklilik yargısını ifade etmektedir. Örneğin, motorlu araç kullanımı sırasında ve genel olarak trafikte uyulması gereken kurallar objektif özen yükümlülükleri olarak nitelendirilir¹⁵¹. Bu yönden objektif özen yükümlülüğünün belirlenmesi, netice- nin öngörülebilirliğin saptanmasında failin kişisel özelliklerini dikkate alınması işlevinden farklılık gösterir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22.maddesinin gerekçesinde, dikkat ve özen yükümlülüğün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edileceği belirtilmiştir. Aynı gerekçede taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek olmalıdır, denilmek suretiyle hem sübjektif hem de objektif kriterleri içeren karma bir niteliğe yer verilmiştir.

Kanaatimizce, failin dikkat ve özeni göstermiş olup olmadığının tespiti için, failin şahsi niteliklerini göz önünde tutarak somut olayda failin objektif olarak belirlenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmediğinin incelenmesi gerekir. Failden beklenen dikkat ve özen

149 Mezger, s.359; Raineri, s. 295 (akt. İçel s.148).

150 Maurach/Gössel/Zipf II s.111. (akt. İçel ve Diğerleri s.256).

151 İçel ve Diğerleri s.257.

görevi objektif ve failden bağımsız olarak değil, failin kişisel ve ekonomik durumu, tecrübesi, yaşı, zekâ düzeyi, beden kusurları, eğitim düzeyi, mesleği ve cinsiyeti göz önünde tutularak araştırılmalıdır. Ancak, taksirin bazı türlerinde dikkat ve özen görevleri yazılı hukuk kurallarından oluşur. Örneğin, medeni hukuk kuralları uyarınca anne babanın yükümlülüğü, trafik kuralları uyarınca yaya ve sürücülerin yükümlülükleri, işverenlerin ve işçilerin uymaları gereken yazılı iş güvenliği ile ilgili düzenlemelerde, fail bu düzenlemelerle belirlenmiş kuralı ihlal etmeseydi, suça konu zararlı neticenin meydana gelmeyeceği durumlarda, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilerek, kusurlu olduğu sonucuna varılacaktır. Aynı doğrultuda olmak üzere, meskûn bir mahalde belirlenmiş hız sınırını aşarak araç kullanıp bir kişinin ölmesine neden olan failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı sabittir ve failin kusurundan dolayı cezalandırılması gerekecektir.

Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin davranış normlarıyla herkesin uymak zorunda olduğu genel bir emir öngörülmektedir. Ancak bu, sınırsız geçerliliği olan bir emir değildir. Modern toplumda bazı işlerin yapılması, zorunlu olarak bazı tehlikeleri beraberinde getirmekte ve bu tehlikelerden dikkat ve özen yükümlülüğüne azami riayete rağmen, kaçınmak mümkün olmamaktadır. Bu tür işletmeler toplumsal açıdan gerekli ve faydalı oldukları için tehlikeli olmalarına rağmen yasaklanmamakta, çoğunlukla bunlara bağlı olan kaçınılmayan tehlikeler “izin verilen risk” olarak adlandırılarak hukuken kabul edilmektedir. Örneğin, endüstriyel mamul üreten işletmeler çalıştırılması, bina inşa edilmesi gibi hallerde bu tür tehlikeler mevcuttur. İzin verilen risk çerçevesinde dikkat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluk sınırlanmış olmaktadır¹⁵².

Failin iradi hareket etme imkânına sahip olmaması veya objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriğini anlayabilecek durumda bulunmaması halinde kusurlu sayılması mümkün değildir. Objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriği hakkında kaçınılmaz bir yanılgıya düşülmesi halinde de fail kusurlu kabul edilemez¹⁵³. Buna göre serbest ira-

152 Bkz. Koca/Üzülmez, s.203.

153 Özgenç-Şahin, s.242.

desi ile hareket eden ve objektif özen yükümlülüğünü öngörüp buna göre hareket etme yeteneğine sahip olan fail, buna aykırı hareket ederek kişi veya kişilerin ölmesine neden olduğunda kusurlu kabul edilerek cezalandırılacaktır¹⁵⁴.

4.2. Kusurun Belirlenmesi ve Güven İlkesi İlişkisi

Kanunun istisnai sorumluluk olarak öngördüğü taksir, taksirli şeklinin kabul edildiği suçta mutlaka ispatlanmalıdır. Taksir karinesi kabul edilemez. Zira her somut olayda taksirin ispatlanmasından vazgeçilir ve sorumluluk için sadece maddi nedensellik bağının varlığı yeterli kabul edilirse, bu durum kusurlu sorumluluğun ortadan kalkması anlamına gelir. Bu husus özellikle objektif sorumluluk hipotezlerini kaldıran ve istenmeyen zararlı sonuçtan failin sorumluluğuna başvurulabilmesi için en az taksirli davranışın varlığını arayan sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda manevi unsuru düzenleyen TCK'nin 23. maddesi bakımından geçerlidir¹⁵⁵.

Taksirli suçlarda failin kusurlu sayılarak cezalandırılabilmesi için, "kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır."¹⁵⁶ İşte bu yeteneklere sahip olmasına rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kişi veya kişilerin ölmesine neden olan fail kusurlu kabul edilerek cezalandırılacaktır¹⁵⁷.

Objektif özen yükümlülüğünün kişi tarafından idrak edilebilir olması, aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasını da ifade etmektedir.¹⁵⁸ Failin iradi hareket etme imkânına sahip olmaması veya objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriğini anlayabilecek durumda bulunmaması halinde kusurlu sayılması mümkün değildir. Objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriği hakkında kaçınılmaz bir yanılgıya düşülmesi halinde de fail kusurlu kabul edilemez¹⁵⁹.

154 Kaymaz/Gökcan, s.152.

155 Hafizoğulları, s.278.

156 5237 sayılı TCK'nin 22. m.gerekçesi.

157 İçel ve diğerleri, Suç Teorisi, s.254.

158 Özgenç/Şahin, s.241-242.

159 Özgenç/Şahin, s.242.

Taksirin belirlenmesinde, taksirin türü göz önünde bulundurulmalıdır. Şöyle ki, genel taksir söz konusu olduğunda, somut olayda, belli bir mesleğe mensup ve belli şartlarda bulunan akli başında bir insan için sonucun öngörülebilirliğine ve önlenebilirliğine başvurmak gerekir. Gerçekten tedbirsizlik ve dikkatsizlikten fail, ancak zararlı sonucun gerçekleşebileceğini tahmin ettiğinde, öngördüğünde sorumlu olmalıdır. Zararlı sonuç fail tarafından öngörülemediğinde, artık kınanması mümkün değildir¹⁶⁰.

Buna karşılık özel taksir durumunda, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütüne başvurulmayacak, yazılı davranış kurallarına uymamanın belirlenmesi yeterli kabul edilecektir. Bu son durumda yazılı davranış kuralına uymamanın bilinçli ve iradi olması aranacaktır. Gerçekten bu taksir türünde sonucun gerçekleşmesinde failin özensiz bir davranışının olup olmadığının tespitinde, sadece, hukuka uygun olarak konulmuş bulunan ve uyulması zorunlu davranış kurallarının ihlal edilmiş olup olunmadığına bakılacaktır¹⁶¹. Bu bağlamda, örneğin kırmızı ışıkta gerçek kendisine yeşil ışık yanan yayanın ölümüne neden olan sürücü, taksirli insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Burada sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal etmiş olup olmadığı araştırılmayacaktır. Zira bu alana ilişkin yazılı davranış kurallarının, olayımızda kırmızı ışık ihlalinin saptanması taksir için yeterlidir. Aynı şekilde maden işletmesinde, hava ulaşımında veya tren işletmeciliğinde, bir kazanın gerçekleşmesi durumunda, sorumluluk bakımından sadece olası tehlikeleri önlemek için konulmuş olan zorunlu tedbir ve dikkat kurallarına uyulup uyulmadığına bakılacaktır. Öyle ise, emir ve nizamla aykırılıkta sorumluluğun varlığı için ihlalin tespiti yeterlidir. Ancak, sorumluluk, yazılı davranış kurallarının ihlalden doğan tüm zararlı sonuçları içerecek biçimde genişletilmemelidir. Bu konuda “normun konuluş amacı” ölçü olarak alınmalıdır. Bu durumda, taksirli sorumluluğun sınırı, ihlalden kaynaklanan her türlü zararlı sonuç değil, tersine ihlal edilen normun doğrudan önlemeyi hedeflediği zararlı sonuçlardan biri olmalıdır.

Nitekim toplum halinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi

160 Toroslu, s.165 vd; Hafizoğulları, s.278.

161 Toroslu, s.165 vd.

ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir. Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır¹⁶². Bunun için de kişinin, objektif özen yükümlülüğünün mevcudiyeti ile içeriğini idrak edebilecek ve buna göre davranabilecek durumda olması lazımdır. Eğer kişi objektif özen yükümlülüğünü idrak edebilecek ve buna uygun davranabilecek yetenekte değilse, örneğin akıl hastası veya küçük ise meydana gelen sonuçtan kişinin sorumlu tutulması mümkün olmaz. Objektif özen yükümlülüğünün varlığı ve içeriği konusunda esaslı yanılğı halinde, (örneğin meskûn mahalde hız sınırında yanılğı) bu yanılğı kaçınılmaz ise yine kişinin taksirli eylem nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olmaz¹⁶³.

5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'nin aksine kusurun derecelendirilmesini kabul etmemiştir. Gerçekten mülga TCK döneminde taksirli insan öldürme ve yaralama suçlarında kusur sekiz üzerinden derecelendirilmekte ve failin taksirli davranışına eklenen kusurlu davranış da dikkate alınarak ceza sorumluluğu belirlenmekte idi. Bu uygulama öğretide haklı olarak kusurun matematiksel olarak derecelendirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Bu eleştiri çerçevesinde TCK, kusurun derecelendirilmesini kabul etmemiştir. Buna göre, taksirli suçtan dolayı verilecek ceza, failin kusurunca belirlenecek ve her bir fail kendi kusurlu davranışına göre sorumlu olacaktır.

Güven ilkesi, varlığı halinde ilgili kimse açısından fiilin objektif isnadiyetini ortadan kaldıran bir kuramdır. Bu kuram günümüzde özen yükümlülüğünün ve fiilin objektif isnad edilebilirliğinin belirlenmesi açısından geçerli bir ilke olarak da adlandırılmaktadır. Bir taraftan izin verilen-verilmeyen tehlikenin varlığını tespit açısından önemli bir yardımcı araç olan bu kuram, esasında bireylerin belirli tehlike kaynaklarını önceden tahmin edip, kendisinden kaçınmak için strateji geliştirme-

162 5237 sayılı TCK'nin 22 madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Özgenç-Şahin, s.241 vd.

163 Özgenç/Şahin, s.242

si gereken tehlikenin belirlenmesine ilişkin bir kuramdır. Bu yönü itibarıyla, ihmali suçlarda hukuksal yükümlülük altında bulunan (Garantör) kimsenin ve bu yükümlülüğün sınırlarını ve istisnalarını belirleyerek adil, doğru ve sübjektif ceza sorumluluğu esasına dayalı bir uygulamaya yardımcı olur. Bu açıdan ilke, belirli bir trafığe, birden fazla kimsenin hareketinin aynı anda söz konusu olduğu veya etkilerinin aynı alanda var olduğu alanda harekette bulunan veya hareketsiz kalan yahut teknik güvenlik kurallarına riayet etmeyen ya da olası tehlikeyi savuşturmak için tedbir almayan kimsenin, aynı alanda bulunan bir kimsenin hareketi veya hareketsizliğinin yol açacağı davranışının yol açacağı zarar veya tehlike (hayati tehlike gibi) neticesini hesaba katmayabileceğini ve bu alana giren başka kimsenin yükümlülüğüne aykırı davrandığını gösterir belirtilerin bulunması durumunda istisnaen ne zaman hesaba katması gerektiğini belirler. Bunun nedeni, başka kimselerin davranışlarının yarattığı risklerin diğer risklerden, örneğin doğadan kaynaklanan riskten daha ağır-büyük olmadığı olmayıp, her zaman bu riski önceden tahmin edip önlemler almayan kimselere isnadının doğru ve haklı olmadığı, esasen o riski, istisnai durumlar hariç, kendisini yaratan kimseye hukuken yüklemenin gerekli olmasındadır¹⁶⁴. Bu olgu, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ve objektif ceza sorumluluğu yasağından kaynaklandığı gibi, esasen herkesin yaşamda sürekli başkalarının olası hatalı veya tehlikeli davranışlarına dikkat etmesi ve başkalarının olası özen yükümlülüğünün ihlalini veya bu ihlalin doğuracağı zarar veya tehlike neticesini bertaraf etmek, buna sürekli hazırlıklı olmak zorunda bırakılmayacağı, bu gibi bir tutumun hukuksal olmayacağı gibi, hayatı statik hale getireceği, her olayda olayın tarafı olan herkesi kusurluymuş ve neticeye az veya çok neden olmuş gibi sorumlu tutma varsayımını kabul etmek hatası gibi, birden fazla kimsenin bulunduğu alana girmenin potansiyel suçluluk varsayımını üstlenmek sakıncasını doğuracağı ve keza insanları ekip halinde işbölümü biçiminde gerçekleştirilecek eylemlerde inisiyatif almaktan kaçınmaya sevk ederek istenmeyen daha sakıncalı sonuçlara yol açacağı nedeniyle de böyledir¹⁶⁵.

Taksirli eylem nedeniyle ceza sorumluluğunun belirlenmesi, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin varlığını saptamak için, '*öngörülebilirlik*

164 Ünver, Y, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.338.

165 Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s.883.

ve önlenebilirlik ölçütlerinden yararlanılmakla birlikte, özellikle ekip halinde yürütülen faaliyetlerde tek başına bu ölçütlere başvurmak sorunu adil biçimde çözmemektedir. Çünkü ekip üyelerinin uzmanlaşmalarını ve yükümlülüklerinin bu uzmanlık alanına uygun belirlenmesinin hem işbölümü ve uzmanlaşmanın bir gereği olması hem de ekipteki herkesin diğerinin hareketlerinin doğuracağı riski önlemek için onun hareketlerini gözetleyip denetlemesi, dikkatini buna vermesi, bu kontrol amaçlı denetim davranışına rağmen gerçekleşmesi istenmeyen risklerin doğmasına, kişinin kendi hareketlerinde objektif özen yükümlülüklerine aykırı davranmasına ve kendi üzerine düşen görevi gereği gibi yapmamasına neden olacaktır.¹⁶⁶ Ekipteki diğer kimsenin hukuk kurallarına uygun, uzmanlık ve mesleğinin gerektirdiği biçimde ve risklere yönelik gerekli dikkat ve özeni göstereceğine davranacağına güvenerek harekette bulunan bir kimse, kendi davranışları açısından da üzerine düşen objektif özen kuralına uygun davranmışsa, taksirinden söz edilemeyecektir. Burada sadece bir kimsenin taksirinin olmadığı kabulü için, ekipteki diğer kimsenin davranışlarına güvenerek hareket etmesi yeterli olmayıp, kendisinin de somut olayda özen yükümlülüklerine uygun davranması gerekir¹⁶⁷.

Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler, birçok alanda birden fazla insanın ekip halinde hareket etmesini, kendi içinde uzmanlaşmayı ve bunlardan her birinin diğerinin kendine düşen yükümlülüğü yerine getireceğine güvenmeyi ya da taksirli suçlarla tehlike suçlarının önlemeye çalıştıkları hukuksal değerlerin meydana gelmemesi için aynı alandaki kimselerin diğerlerinin “oyunun kuralları” na uygun hareket edeceğine güvenmesini gerektirmektedir. Hukuk da bu güveni koruyucu normlar oluşturmak, bu güvenin nitelik, koşul ve kapsamını belirleyici teknik güvenlik normları yaratmak ve güvene dayalı hareketi koruyarak sorumluluk alanında sonuçlar bağlamak zorundadır. Trafik, tıbbi müdahaleleri sportif faaliyetler ve diğer alanlardaki mesleki işbölümü biçiminde yürütülen faaliyetler buna örnektirler. Öğretide bu, güven ilkesi adıyla formüle edilmiştir¹⁶⁸. Örneğin bekleme yükümlülüğü bulunan hallerde (kırmızı ışıkta) kendisine geçiş hakkı verilen (yeşil yanan), diğerinin du-

166 Katoğlu, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s.30.

167 Katoğlu, a.g.m, s.31.

168 Bkz. Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s.881.

racağına güvenmekte haklıdır. Dolayısıyla geçiş hakkı bulunan kişi davranışlarını diğerlerinin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlaline göre tanzim etmek zorunda değildir¹⁶⁹.

Güven ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ve objektif ceza sorumluluğu yasağından kaynaklandığı gibi, esasen herkesin yaşamda sürekli başkalarının olası hatalı veya tehlikeli davranışlarına dikkat etmesi ve başkalarının olası özen yükümlülüğünün ihlalini veya bu ihlalin doğuracağı zarar veya tehlike neticesini bertaraf etmek, buna sürekli hazırlıklı olmak zorunda bırakılmayacağı, bu gibi bir tutumun hukuksal olamayacağı gibi, hayatı statik hale getireceği, her olayda olayın tarafı herkesi kusurluymuş ve neticeye az veya çok neden olmuş gibi sorumlu tutma varsayımını kabul etmek hatası gibi, birden fazla kimsenin bulunduğu alana girmenin potansiyel suçluluk varsayımını üstlenmek sakıncasını doğuracağı ve keza ekip halinde işbölümü biçiminde gerçekleştirilecek eylemlerde inisiyatif almaktan kaçınmaya sevk ederek istenmeyen daha sakıncalı sonuçlara yol açacağı açıktır¹⁷⁰.

III. Suç ve Cezaya Etki Eden Nedenler

1. Suçun Nitelikli Halleri

765 sayılı TCK'de taksirle öldürmenin ağırlatıcı sebebini düzenleyen 455/2. madde ve fıkrasındaki düzenleme 5237 sayılı TCK'de yaralanmanın derecesi bakımından ayırım yapılmaksızın muhafaza edilmiştir. Ancak eski kanundan farklı olarak cezanın aşağı ve yukarı sınırları değiştirilmiştir.

5237 sayılı TCK m.85/2'de düzenlenen, fiilin birden fazla kişinin ölümüne, ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde faile 2 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası verilecektir. Bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için en az iki kişi ölmeli veya bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya daha fazla kişinin yaralanmış olması gerekir.

Karşılaştırmalı hukukta genellikle, meslek ve sanatın icrası sırasında ölüme sebebiyet verilmesi ağırlatıcı neden olarak kabul edilmektedir. Çünkü bir meslek veya sanatı icra eden kişiye karşı toplum güven duy-

169 Bkz. Koca/Üzülmez, s.203.

170 Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s.883.

makta, yapılan işin gereken özen gösterilerek icra edileceği konusunda bir kanaate sahip olmaktadır. Bu nedenle, mesleğin icrası sırasında sebebiyet verilen ve taksire dayanan ölüm halinde, failin daha ağır cezalandırılması gerektiği düşünülmektedir. Bazı yasalarda ise motorlu taşıt sürücülerinin ölümüne taksirle sebebiyet vermeleri ağırlatıcı neden sayılmaktadır¹⁷¹.

Taksirle ölümüne sebebiyet verilmesinde, failin kusurunun bilinçli taksir olması halinde, ceza üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK m.22/3).

1.1. Birden Fazla Kişinin Ölmesi

Taksirli fiil sonucu iki veya daha fazla kişi ölmüş ise 85/2. maddesine göre ceza tayin edilecektir. Birden fazla kişinin ölmesi halinde bu nitelikli halin uygulanması için ayrıca bazı şahısların yaralanmasının gerekli olmadığı açıktır. Ancak, bu ihtimal de maddede ifade edilmiş ve birden fazla kişinin ölümüyle beraber bir ya da birden fazla kişinin yaralanması halinde de faile 2 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiştir. Bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için en az iki kişi ölmelidir.

1.2. Bir Kişinin Ölümüyle Beraber Bir veya Birden Fazla Kişinin Ölmesi

Bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde faile 2 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası verilecektir. Bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için en az bir kişinin ölmesi ve bir veya daha fazla kişinin yaralanmış olması gerekir.

Taksirli hareket neticesinde bir kişinin ölümüne, diğer bir kişinin de yaralanmasına sebebiyet verilmişse ve yaralama suçunun mağduru bakımından şikâyet şartı gerçekleşmemiş ise ne şekilde hareket edileceği tartışmalıdır. Bilinçli taksir halinde işlenen nitelikli halde şikâyet aranmaz. Bu hem verilecek ceza, hem de yetkili mahkeme bakımından önem taşır. Burada görevli mahkemenin tayini bakımından yaralama neticesi de dikkate alınmalıdır. Ayrıca taksirin bilinçli olup olmadığı da üst dereceli ağır ceza mahkemesi tarafından belirlenmelidir. Ancak Yargıtay yaralama bakımından şikâyet şartı gerçekleşmediği sürece soruşturma

171 Önder, A, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.83.

yapılamayacağı ve kamu davası açılmayacağı gerekçesiyle nitelikli halin uygulanamayacağını ve asliye ceza mahkemesinin görevli olduğunu belirtmiştir¹⁷².

Taksirle yaralama başlığını taşıyan 89. maddede daha ağır yaralanma halleri yaptırım altına alınmış, maddenin 5. fıkrasında “bilinçli taksir hali hariç olmak üzere, bu maddenin kapsamına giren suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır” denilmiştir.

TCK 85/2. maddedeki ağırlatıcı nedeninin uygulanması bakımından aranan yaralanmanın bu maddelerden hangisine temas etmesi gerektiği hususunda bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla bir kişinin ölümüyle beraber bir kişinin de TCK'nin 86/1. veya 5328 sayılı yasayla değişik 86/2. maddesine temas eder şekilde yaralanması halinde bu ağırlatıcı nedenin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Taksirle bir kişinin ölümü hali için öngörülen ceza 2-6 yıl iken bir kişinin ölümüyle beraber bir kişinin hafif şekilde yaralanması hali için 2-15 yıl hapis cezası öngörülmüştür. Bu durum suç ile ceza arasında orantısızlığa neden olmaktadır. Ceza adaletinin temini bakımından bir kişinin ölümüyle beraber bir veya birden fazla kişinin yaralanması halinde, 85. maddesinin 2. fıkrasındaki ağırlatıcı nedeninin uygulanması için meydana gelen yaralanmanın belli bir ağırlıkta olmasının aranması gerekirdi¹⁷³.

Kanaatimizce, 765 sayılı TCK'nin 455 ve 459. maddelerinde olduğu gibi ağırlatıcı nedenlerin uygulanması bakımından meydana gelen yaralanmaların derecelerinin nazara alınması ceza adaletinin sağlanması ve sanıkların eylemlerine uyan mahkemelerde yargılanmalarını sağlayarak yargulamaların hızlı, sağlıklı ve etkin olmasını sağlayacağından daha isabetli olurdu. Yargıtay bir kişinin ölümü ve iki kişinin yaralanmasıyla sonuçlanan olayda yaralı mağdurların şikâyetçi olmaması nedeniyle eylemin 5237 sayılı TCK madde 85/1'deki suçu oluşturacağı sonucuna varmıştır. Nitekim Yargıtay 9. CD.'nin uygulamasında da bu görüşün kabul edildiği anlaşılmaktadır. Yargıtay kararında şöyle denilmektedir. “*Mağdur Mustafa'nın sanık hakkında şikâyetçi olmaması karşısında, 5237 sayılı TCK'nin 89. maddesinde yazılı yaralamaya neden olma suçunun takibi şikâyete bağlı suçlardan olduğu da gözetilerek sanığın sa-*

172 Tezcan/Erdem/Önok, s.177.

173 Kaymaz/Gökcan, s.157.

*dece Şerife Ü.'nün ölümünden sorumlu tutulması gerektiği ve eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 85/1. maddesine uyduğu düşünülmeyen yazılı şekilde (85/2, 22/3, 62/1, 53/6, 63) hüküm kurulması, kanuna aykırıdır*¹⁷⁴.

1. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar İle Taksirle Adam Öldürme Suçu Arasındaki İlişki

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda netice yüzünden ağırlaşmış suçlarda ağır neticenin faili yüklenmesi açısından taksir derecesinde bile bir kusur aramadığı, tek başına failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağlantısının kurulması bu neticeden sorumlu tutulması için objektif sorumluluk anlayışını benimsemiştir¹⁷⁵. Suçlar kural olarak kasten işlenirler, istisnai olarak ise taksirle ve kast-taksir kombinasyonu ile işlenirler. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde; "bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet verilmesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" denilmektedir. Bu nedenle ağır veya başka bir netice bakımından kastı bulunmayan failin bu netice dolayısıyla cezalandırılabilmesi için en azından taksirin bulunması zorunludur¹⁷⁶.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, kasten işlenen bir suçun sonucu olarak meydana gelen başka ya da ağır neticeden failin ancak taksir seviyesinde bir kusurun varlığı halinde sorumlu tutulabildiği ve ağır cezanın verilmesini gerektiren suçlara denir¹⁷⁷. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara failin temel suç tipine göre daha fazla cezaya çarptırılmasının nedeni, temel suç tipinin ağır neticeyi veya başka bir neticeyi doğurma tehlikesini bünyesinde taşımasına rağmen işlenmiş olmasıdır¹⁷⁸.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kasıtlı suç ile ağır netice arasında nedensellik bağı ve objektif isnadiyet mevcut olmalıdır. Ağır netice,

174 Yargıtay 9.CD. 7.6.2006, 1869/3198. Aynı nitelikte diğer kararları; 1.CD, 06.12.2006, 4255/5464; 2.CD, 27.09.2006, 233/15351.

175 Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, s.168.

176 Kaymaz/Gökcan, s.247.

177 Özbek, V, Ö, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, CHD, Y: 2, S: 4, Ağustos 2007, s.227-228.

178 Roxin, I, kn. 108 (akt. Koca/Üzülmez, s.487).

temel suç tipinin bünyesinde barındırdığı tehlikenin gerçekleşmesi olarak nitelendirilebilmelidir. Böyle bir tehlikenin ne zaman bulunduğu konusunda her bir temel suç tipi göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır. Ağır netice ile failin davranışı arasında nedensellik bağlantısının kurulamadığı ve bu neticenin faile objektif olarak isnat edilemediği durumlarda, sorumluluk, yalnızca temel suç tipi nedeniyle¹⁷⁹. Özetle bir kimse açısından ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, diğer koşullar ve suçun diğer unsurları yanında, özellikle bir fiilin o ilgili kimseye isnat edilebilmesi gerekir. Bu isnadiyetin yapılabilmesi için de, fiilin o failin eseri olması, yani hareketi ile netice arasında nedensellik bağının bulunması ve o fiilin meydana getirilmesi açısından kusurun bulunması gereklidir¹⁸⁰.

Kanuni tanımında, suçun oluşumu için bir neticenin meydana gelmesinin arandığı suçlarda, icra hareketinden söz edilebilmesi için, gerçekleştirilen hareketin söz konusu neticeyi meydana getirmeye elverişli olması lazımdır.¹⁸¹ Eğer failin hareketi bu neticeyi meydana getirmeye elverişli olmamakla beraber, başka etkenlerle, örneğin mağdurdaki bazı hastalıkların etkisiyle hareket elverişli bir hale gelmiş ise failin bilmediği ve öngöremeyeceği bu nedenlerin birleşmesi ile meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁸².

Türk Ceza Kanunu'nun 86/2 maddesinde belirtilen basit yaralama kapsamında olan itme veya hafif şiddette bir yumruk sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde, eylemin basit yaralama suçu, olası kastla ölüm suçu veya taksirle adam öldürme suç oluşturup oluşturmadığı tartışılmıştır.

Bir grup yazara göre, itme veya hafif şiddette bir yumruk sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde ölüm neticesinin meydana gelmesi objektif olarak öngörülemeyeceğinden, kural olarak bu gibi hallerde failin taksirle adam öldürme suçundan sorumlu tutulamaz. Bu gibi hallerde fail ancak 5328 sayılı yasayla değişik 5237 sayılı TCK'nin 86/2. maddesi uyarınca cezalandırılabilir¹⁸³.

179 Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, s.169.

180 Ünver, Y, "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s.900.

181 Özgenç-Şahin, s.120.

182 Kaymaz/Gökcan, s.250.

183 Kaymaz/Gökcan, s.250.

Ancak fail, mağdurun kalp hastası, hemofili hastası vb. olduğunu biliyorsa şöyle düşünmek gerekir: Eğer failin kastı öldürmeye yönelik ise kasten adam öldürmekten, kastı öldürmeye yönelik olmamakla beraber bu neticeyi de öngörmüş ve buna katlanmış ise olası kastla adam öldürmekten sorumlu tutulması lazımdır.

Diğer bir grup yazara göre, 5328 sayılı yasayla değişik 5237 sayılı TCK'nin 86/2. maddesi kapsamında kalan bir yaralama sonucu kişinin ölmesi halinde failin taksirle adam öldürme suçundan (TCK m.85/1) sorumlu tutulması gerektiği şeklindedir.¹⁸⁴ Yazarlara göre, omuz vurulan kişi yere düşüp kafası taşa çarpıp öldüğünde, burada kasten yaralamanın temel şekli gerçekleşmediğinden (86/1 md.) failin 87/4. maddesine göre sorumlu tutulamayacağını, ancak kastı sadece omuz vurmaya yönelik olmakla birlikte mağdurun düşüp ölmesi ve failin taksirden dolayı bir kusurluluğunun bulunması halinde pekala taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulabileceğini belirtmektedirler.

Kanaatimizce ölümle sonuçlanan kasten basit yaralama (TCK 86/2) eylemlerinde failin taksirden dolayı bir kusurluluğunun bulunması halinde taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir. Gerçekleştirilen eylem nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmesinin taksirin unsurlarından olan neticenin (ölüm) meydana gelmesinin öngörülebilir nitelikte olması gerekir.. Failin kastı, ölüm neticesine yönelik olmamakla birlikte, ölüm neticesi bakımından taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır. Tokat atma, itme veya hafif şiddette bir yumruk sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi gibi olaylarda, failin ölüm neticesini öngörmesi mümkün olmakla birlikte, gerekli özeni göstermeyerek neticeye sebebiyet verdiği hallerde taksirle ölüme sebebiyetten sorumlu tutulması gerekir.

Nitekim Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Örneğin, aynı sokakta oturup komşu olan sanık, maktul ve maktulün ailesi arasında çıkan tartışma ve kavga sırasında maktulün sanığa saldırdığı, sanığın maktule yumrukle vurması üzerine yere düşen maktulün Adli Tıp Kurumu raporlarına göre kendisinde var olan kalp damar hastalığının, olayın efor ve stresi ile aktif hale geçmesi nedeni ile gelişen solunum dolaşım yetmez-

184 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.614 Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Yayını, 3. Bası, Ankara 2006, s.234.

liğinden öldüğü anlaşılmakla; sanığın maktuldeki hastalığı bilip bilmediği araştırılarak bildiği takdirde bilinçli taksir nedeni ile 5237 sayılı TCK'nin 22/3, 85. maddeleri ile aksi halde ise taksir nedeni ile 5237 sayılı TCK'nin 22/2, 85. maddeleri ile cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır¹⁸⁵. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında şöyle denilmektedir: *“Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 21.03.2008 tarih ve 1118 sayılı mütalasında; sol skapula (kürek kemiği üstünde) tarif edilen yumuşak doku yaralanması lezyonunun, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte hafif olduğunun belirtildiği anlaşılmakla; maktulün yaralanmasının 5237 sayılı TCK'nin 86/2 maddesi kapsamında kalması karşısında; sanıkların maktuldeki kalp rahatsızlığını önceden bilip bilmedikleri hususu araştırılarak, bildikleri takdirde 5237 sayılı TCK'nin 22/3 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi uyarınca bilinçli taksirle ölüme neden olma, bilmedikleri takdirde ise 5237 sayılı TCK'nin 22/2 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi uyarınca taksirle ölüme neden olma suçu esas alınarak lehe yasa karşılaştırması yapılması ve sonucuna göre hükümlülerin hukuki durumlarının takdir ve tayini gerektirdiği düşünülmemesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”*¹⁸⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da, ölümün failin eyleminden önce mevcut olup da failce bilinmeyen nedenlerin veya failin iradesi dışında ve umulmayan sebeplerin birleşmesi ile meydana gelmesi hali için ayrı bir düzenleme yapılmamıştır¹⁸⁷. Mağdurda önceden mevcut olan nedenlerin eklenmesi yüzünden ölüm nedeni gerçekleşmiş olsa bile, bu durum, failin hareketinin netice bakımından nedensellik değerini ortadan kaldırmaz. Buna rağmen, önceden mevcut nedenlerin failin hareketine eklenmesi yüzünden neticenin meydana geldiği durumlarda faili bu neticeden dolayı sorumlu tutmak mümkündür. Ancak umulmayan bu nedenlerin bazı durumlarda neticenin faile objektif olarak isnat edilmesi olanağını ortadan kaldırılabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Öte yandan önceden mevcut veya sonradan eklenen nedenler, failin hareketi olmasaydı bile zaten tek başına neticeyi gerçekleştirecekti deniliyorsa,

185 Yargıtay, 1.C. D, 3.10.2008 tarihli, 2007/6587 Esas ve 2007/7114 sayılı karar.

186 Yargıtay, 1.C. D, 29.9.2009 tarihli, 2009/3932 Esas ve 2009/5458 sayılı karar.

187 Centel, a.g.m, s.183.

failin hareketinin gerçekleşen netice bakımından nedensellik değeri ortadan kalkar ve dolayısıyla gerçekleşen ölüm neticesinden dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz; sorumluluk, yalnızca kasten yaralama nedeniyledir¹⁸⁸.

Nitekim Yargıtay da basit yaralamadan sonra eklenen sebepler dolayısıyla mağdurun ölmesi halinde failin sorumluluğunun bu sebepleri bilip bilmemesine göre belirleneceği görüşündedir. Yargıtay'ın kararında şöyle denilmektedir: *“Olay günü maktul ve arkadaşlarının afiş asmak istemesi nedeniyle meydana gelen tartışmada sanıkların birlikte maktulü darp ettikleri ve bunun neticesinde maktulün kendinde mevcut olan kronik kalp hastalığının akut hale geçmesinden ileri gelen nedenle öldüğü tüm dosya kapsamında anlaşılmalı; sanıkların maktuldeki kalp rahatsızlığını önceden bilip bilmediği araştırılarak sonucuna göre, bildikleri tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK'nin 22/3, 23 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmedikleri tespit edildiği takdirde 22/2, 23, 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan mahkûmiyetleri gerekirken lebe olan yasanın tespiti amacıyla, 765 sayılı TCK'nin 452/2. maddesinin uygulama yeri olmayan 5237 sayılı TCK'nin 87/4. maddesi ile karşılaştırılması suretiyle yazılı şekilde 765 sayılı TCK'nin 452/2. maddesinin lebe kabul edilerek bu suçtan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmektedir”¹⁸⁹.*

Kasten yaralama dolayısıyla önce netice sebebiyle ağırlaşmış diğer bir halin, sonra ölümün meydana geldiği durumlarda, nedensellik ilişkisi ile failin netice bakımından taksiri varsa 5237 sayılı TCK'nin 87/4. maddesi uygulanmalıdır. Çünkü TCK m.87/1–3 kapsamına giren bir hal meydana geldiğinde eylem öncelikle orta ağırlıktaki yaralama kapsamındadır¹⁹⁰.

188 Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, s.332: Centel, a.g.m, s. 195.

189 Yargıtay, I.C. D. 28. 3. 2007 tarihli, 2007/693 Esas ve 2007/2059 sayılı kararı.

190 Centel, a.g.m, s.207–208.

2. Şahsi Cezasızlık Sebebinin Taksirli Sorumluluğa Etkisi

5237 sayılı TCK 22/6 madde ve fıkrasında, taksirli sorumluluk kapsamında cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan bir neden öngörmüştür. Buna göre, “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek cezadan yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.” Bu düzenleme ile taksirli hareket sonucu gerçekleşen netice, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmış ise, basit taksir halinde ceza verilmeyecek; bilinçli taksir halinde ise, ceza sorumluluğu devam edecek, fakat kanunda öngörülen oranda cezadan indirim yapılacaktır.

Kanunda böyle bir hükme yer verilmesinin isabetli olacağı, zaman zaman doktrinde de ifade edilmiştir¹⁹¹. Bu yöndeki taleplerin bir sonucu olarak, TCK 1997 Tasarısına (m.22/f. 4) ¹⁹² hüküm konulmuş ve bu hüküm aynen 5237 sayılı TCK’ye alınmıştır. Karşılaştırmalı hukukta da benzer yönde hükümlere rastlanılmaktadır. Örneğin Alman Ceza Kanunu’nun 60. paragrafında yer verilen hükme göre, failin failde meydana getirdiği zararlar, bir cezaya hükmedilmesinin isabetsizliğini açıkça ortaya koyacak derecede ağırsa, mahkeme cezaya hükmetmeyecektir¹⁹³.

5237 sayılı TCK 22/6. maddesinin gerekçesinde uygulamada ortaya çıkan iki durumun böyle bir hükmün sevk edilmesine neden olduğu belirtilmiştir. Bunlardan birincisi özellikle kırsal bölgelerde çok çocuklu kadınların gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri nedeniyle çocukların zarar görmeleri olaylarıdır. İkincisi ise trafik kazalarında meydana gelen ve çoğunlukla failin kendisi veya aile fertleri bakımından acı ve ağır kayıplarla sonuçlanan hadiselerdir. Örneğin babanın kullandığı aracın ha-

191 Bkz. İçel, K, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, TCK’nin 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, İstanbul, 1977, s. 334-335; Sokullu-Akıncı, Ceza Hukukunda Kusurluluk, s.99; Centel/Zafer/Çakmut, (4), s.405.

192 Dönmezer/Yenisey, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul, 1998, s.15, 729.

193 İçel/Yenisey, s. 1018; İçel ve Diğerleri, s.262.

talı sollama neticesi devrilmesi ve araçta bulunan eş ve çocukların ölmesi veya yaralanmaları durumunda, araç sürücüsü baba yaptığı hatalı sollamanın ıstırabını, ona ayrıca bir ceza vermeye gerek bırakmayacak şekilde manevi olarak çekmiş bulunmaktadır. Babaya ayrıca taksirli suç nedeniyle ceza vermek, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olacaktır. İşte dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ağır zararların meydana gelmesi halinde, taksirli davranışta bulunan kişiye ceza verilmeyecek veya cezasında indirim yapılacaktır.

5237 sayılı TCK 22/6. madde ve fıkrasının uygulanabilmesi için gerekli koşullar:

1. İşlenen suç taksirle işlenen bir suç olmalıdır. Uygulamada sadece taksirle insan öldürme ve yaralama suçlarında bu maddenin genellikle uygulama konusu yapıldığı gözlenmiş ise de; maddenin tüm taksirli suçlarda uygulanması gerektiği açıktır. Aynı doğrultudaki Yargıtay kararında konu açıklığa kavuşturulmuştur, “Taksirli hareket sonucu yanan sanığa ait olup, suçtan bir başkasının somut bir zarar görmemesi nedeniyle, TCK 22/6 maddesinin uygulanıp uygulanmamasının tartışılmaması bozmayı gerektirmektedir”¹⁹⁴.
2. Taksirli hareket sonucu neden olunan netice münhasıran failin kişisel ailevi durumu bakımından etkili olmalıdır. Burada etkinin hem kişisel hem de ailevi olması aranmaktadır. Her iki durum birlikte değerlendirilecektir. Failin kişisel ve ailevi durumundan ne anlaşılması gerektiği meselesi net olmayıp, madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde failin aile bireylerinden birinin yaralanması veya ölmesi sonucunu doğuran eylemlerin failin ailevi durumunu olumsuz şekilde etkileyeceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Alt ve üstsoy ile eş ve kardeşler dışındaki yakınların bu kapsama dâhil olup olmayacağı, keza akrabalık bulunmasa dahi failin çok yakın arkadaşlarının veya hizmetçisinin yaralanması veya ölmesi halinde de, 22. maddenin son fıkrasına göre faile ceza verilip verilemeyeceği hususunda tereddütler bulunmaktadır. Gerekçe bu hususta açıklayıcı bir bilgi taşımamaktadır¹⁹⁵.

194 Yargıtay 9.C.D, 15.3.2007 tarihli 2007/2135 sayılı kararı.

195 Kaymaz/Gökcan, s.120.

Bir grup yazara göre, taksirli fiilin meydana getirdiği netice sadece failin kişisel olarak mağduriyetine yol açıyorsa bu hüküm uygulanmaz. Failin çok sevdiği bir arkadaşıyla seyahat ederken dikkatsizliği nedeniyle kaza yaparak onun ölümüne sebebiyet vermesi halinde, ayrıca failin hizmetçisinin veya uzaktan bir akrabasının ölümüne neden olması halinde şahıs hakkında bu hüküm tatbik edilemez. Her ne kadar böyle bir olay nedeniyle fail kişisel olarak ağır bir mağduriyete uğramışsa da, kendi ailevi durumu itibariyle zararlı bir netice meydana gelmiş değildir. Kanun, taksirli fiilden doğan neticenin failin kişisel ve ailevi durumu üzerinde ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede etkili olmasını istemektedir¹⁹⁶. Metinde yer verilen “ve” bağlacı koşulların kümülatif olduğunu, bir arada bulunması gerektiğini belirtir. Şayet, bu koşullar alternatif olsa, bunlardan sadece biri yeterli olsaydı, “veya” demek gerekirdi. Bu noktada kanun metni açıktır, şayet kanun koyucunun iradesi farklı olsa da, metinde bunun ifade edilememiş olması sebebiyle kanunun açık hükmüne aykırı yorum yapmak mümkün olmamalıdır¹⁹⁷.

Diğer bir grup yazara göre ise, somut olayın şartlarına göre belirli miktarda indirim yapılması veya cezai olarak sorumlu tutulmaması yönünde hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır¹⁹⁸.

Kanaatimizce 5237 sayılı TCK 22/6 madde ve fıkrasında, taksirli sorumluluk kapsamında taksirli suçlarda bir şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak öngörmüş olup, maddede belirtilen neticenin hem kişisel hem de ailevi olması aranmaktadır. Her iki durum birlikte değerlendirilmelidir. Failin kişisel ve ailevi durumundan ne anlaşılması gerektiği meselesi Yargıtay kararları ile netleşecek olup, madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde failin aile bireylerinden birinin yaralanması veya ölmesi sonucunu doğuran eylemlerin failin ailevi durumunu olumsuz şekilde etkileyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay sanığın eniştesinin ölmesi halinde sanık hakkında 5237 sayılı TCK 22/6 maddesinin uygulanamayacağına karar vermiştir¹⁹⁹. 5237 sayılı TCK 22/6 maddesi olması

196 Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler (3), s.518; Tezcan/Erdem/Önok, s.179; Kaymaz/Gökcan, s.121; Özbek, TCK İzmir Şerhi (3), s.303; Koca/Üzülmez, s.214.

197 Tezcan/Erdem/Önok, s.179.

198 Özgenç, s. 332; Hakeri, H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.181.

199 Yargıtay 9.C.D 30.5.2007 tarihli 2007/677 Esas ve 2007/4851 sayılı kararı.

gereken hukuk açısından değerlendirildiğinde uygulanması için kanun koyucunun akrabalığın sınırlarını Medeni Kanun anlamında üstsoy, altsoy ve evlilik ilişkisini kapsar şekilde düzenleme yapması gerekmektedir. Kaldı ki taksirli eylem sonucu zarar verilen kişinin sanığın akrabası olması da gerekmez. Çünkü failin birlikte yaşadığı kişiler ile olan ilişkileri veya yakın arkadaşlık ilişkileri de ailevi ilişkiler kadar faili etkileyebilir. TCK m. 22/6'daki yapılacak yasal düzenleme ile yakınlığı sadece Medeni Kanun anlamında yakınlık olarak değil, örneğin kişinin metresi, imam nikâhlı eşi veya nişanlısı da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre failin artık ceza verilmesini gerektirmeyecek derecede zarar görüp görmediğine bakmak gerekir.

3. Ortaya çıkan bu etki artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete neden olmalıdır. Faile verilecek cezanın artık gereksiz kılacak derecede mağduriyetine neden olması da gerekir. Bu mağduriyetin maddi olması şart değildir, manevi nitelikte mağduriyetler de buraya dâhildir. Ne tür mağduriyetlerin cezaya hükmedilmesini gereksiz kıldığı hususu, somut olayın özelliklerine göre yargıç tarafından belirlenecektir.

Kanunda taksirli fiilin meydana getirdiği her netice cezasızlığa yol açmayacaktır. Neticenin, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın verilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması gerekmektedir. Burada neticenin kişisel ve ailevi durum üzerinde etkili olmasından maksat, taksirli hareketin meydana getirdiği neticenin failin hem şahsı hem de ailesi bakımından cezanın verilmesini gereksiz kılacak derecede bir yıkım doğurmasıdır²⁰⁰. Örneğin bir trafik kazası sonucunda çocuklarının ölümüne veya ağır bir şekilde yaralanmalarına yol açan kişi bakımından bu sonuç gerçekleşmiş olmaktadır. Şüphesiz hâkim bu husustaki takdirini kullanırken suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlülüklerini göz önünde bulunduracaktır. Hükümde geçen “cezanın verilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyetin” oluşup oluşmadığını somut olaya göre hâkim takdir edecektir. Buradaki mağduriyet kavramı fiilin sonuçlarından doğrudan doğruya etkilenmeyi ifade etmektedir. Doğrudan etki doğuran maddi ve manevi zararlar mağduriyetin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Ayrıca belirt-

200 Hafizoğulları, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksir, s.87.

mek gerekir ki, taksirli hareket sonucunda neden olunan netice, suçun kanuni tanımında belirtilen neticedir. Taksirli suçun tanımında suçun oluşması için ne tür bir netice aranıyorsa, o netice ile kişisel ve ailevi durum bakımından meydana gelen mağduriyet arasında bir bağın bulunması aranacaktır. Taksirle öldürme suçunda netice bir kimsenin taksirli fiil sonucunda ölmesidir²⁰¹.

Fiilin neticesi failin kişisel ve ailevi durumu üzerinde etkisi olmayan ya da bunlarla birlikte başka neticelerin de meydana gelmesine yol açmışsa, bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Sözgelimi, failin yaptığı taksirli hareket kendi çocuğunun ölümüyle birlikte bir başka kişinin de ölümüne yol açmışsa, fail başkalarının gördüğü zararlı netice bakımından bu fıkradaki şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacaktır²⁰². Örneğin, fail eşiyile birlikte seyahat ederken kaza yapar, hem eşi hem de karşı taraftan biri ölürse, bu durumda m.22/6 hükmü uygulanmaz. Bu durumda, fail ölen yakını bakımından ceza almaz, ancak karşı taraftaki kişiye yönelik eylemi sebebiyle taksirle öldürmeden sorumlu olur²⁰³.

5237 sayılı TCK 22/6 maddesinin gerekçesinde, hâkimin suçlunun durumunu takdir ederek ceza vermeyebileceği yazılı olmakla birlikte, madde metninde kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olan faille “*ceza verilmemez*” denildiği görülmektedir. Bu durumda, uygulamada, gerekçede örnek olarak gösterilen olaylar gerçekleştiğinde, ceza verilmemesinin kural haline gelmesi tehlikesi ortaya çıkacaktır. Hükmün amacı, çok yakınının ölmesine neden olan kişinin duyduğu ıstırapın, uğradığı kovuşturma ile artmasına yol açmamak ve ailenin tümüyle mağdur olmasının önüne geçmektir. Ancak, failin ıstırap duymadığı, duysa bile kendi yakınlarının yaşamlarını düşünme ve kollama yoluna gitmeyen bir kişinin toplum için daha tehlikeli olduğu ileri sürülebilir. Bu nedenle, söz konusu durumun yasal cezasızlık nedeni sayılması yerine, ceza verilip verilmeyeceği konusunda hâkime takdir hakkının tanınması daha uygun olacağı doktrinde ileri sürülmüştür²⁰⁴.

201 Koca/Üzülmez, s.215.

202 Koca/Üzülmez, s.214.

203 Tezcan/Erdem/Önok, s.179.

204 Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.82–83.

Kanaatimizce Cumhuriyet Savcısı veya hâkim, zarara uğrayan kişi ile fail arasındaki ilişkiyi, sosyal durumlarını, olayın oluş ve işleyiş şeklini, failin eyleminin tehlikelilik halini birlikte dikkate alarak bir değerlendirme yapmalıdır. Basit taksir halinde Cumhuriyet Savcısı olay nedeniyle failin yeterince zarar gördüğü kanısında ise ortada bir kişisel cezasızlık nedeni söz konusu olduğu için CMK m.171 uyarınca kendisine tanınan kamu davası açıp açmamak şeklindeki takdir yetkisini kullanacaktır. Bilinçli taksir halinde ise fail bu cezasızlık nedeninden yaralanamayacağı için Cumhuriyet Savcısı kamu davası açmak zorundadır. Fail ancak ceza indiriminden yararlanabilir. Cumhuriyet Savcısı basit taksir halinde kamu davası açmış ise; mahkeme yargılama sonucunda taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açtığı kanaatine ulaşırsa, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir. Eğer suç dava konusu olmuş ise, basit taksirle işlenen suçlarda, şahsi cezasızlık sebebinin şartlarının gerçekleşmesi halinde, faile ceza verilmeyecektir. Hâkim her ne kadar şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir edecekse de, şartların gerçekleşmesi halinde artık cezaya hükmedemeyecektir. TCK 22/6. maddesinin uygulandığı hallerde, doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Önce ceza tayin edilip, daha sonra ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi yasaya aykırıdır²⁰⁵. Buna karşılık bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir. Bilinçli taksir halinde de hâkim şartların gerçekleşmesi halinde cezada indirim yapmak zorundadır. Kanunun aradığı şartlar gerçekleşmesine rağmen hâkimin cezada indirime gitmemesi keyfilik oluşturur.

IV. Suçun Özel Görünüş Halleri

1. Teşebbüs

Failin suç işleme kastıyla hareket etmesine rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu gerçekleştirememesi halinde teşebbüsün varlığından bahsedilir. Teşebbüs aşamasında kalmış suç sadece objektif yönden tamamlanamamıştır, çünkü kanunun aradığı tipik fiil kısmen gerçekleşmiştir. Suçun kurucu unsurlarından biri olan manevî unsurun varlığı te-

205 Hakeri, Genel Hükümler, s.181.

şebbüste de söz konusudur ve teşebbüs aşamasında kalan bir suç da manevî unsur yönünden tamamlanmıştır²⁰⁶. Başlanılan ancak elde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denilir. Teşebbüs icra hareketi ile tamamlanma arasında söz konusu olur²⁰⁷. Ancak kasıtlı suçlarda suç işleme kararı söz konusu olabileceğinden sadece kasıtlı suçlarda teşebbüs kabul edilmiştir. 1 Haziran 2005 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nin "Suça teşebbüs" kenar başlıklı 35. maddesi, "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur." demek suretiyle teşebbüsün ancak kasıtlı suçlarda söz konusu olabileceğini vurgulamıştır²⁰⁸. Eğer kanunda "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da*" denilmeyerek "*Kişi, bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da*" denilmiş olsaydı bile ancak kasıtlı suçlara teşebbüs söz konusu olabilirdi. Çünkü mantıksal olarak, failin istemediği bir sonuca teşebbüs etmesi söz konusu olamaz²⁰⁹. O halde, taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir ve bunun sebebi sadece kanundaki tanım değil, aynı zamanda teşebbüsün mantıksal açıklamasıdır. Taksire özelliğın veren "sonucun istenmemesi" olduğuna göre failin istemediği bir sonuca teşebbüs etmesi de olanaklı değildir bir başka deyişle, kasıt yoksa teşebbüs de söz konusu olamaz²¹⁰.

Kanaatimizce taksirle işlenen suçlarda suç işleme kararı ve düşünüp öngörülerek istenmiş bir netice de olmadığı için, bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bu sebeple taksirle ölüme neden olma suçu da teşebbüse elverişli değildir.

2. Teselsül

5237 sayılı TCK'nin 43. maddesinde, teselsül, "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi" olarak tanımlanmıştır. Taksirli suçlarda ise, suç işleme kastı mevcut olmadığından, taksirli suçlarda teselsül durumu söz

206 Antolisei. Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale; Giuffrè Edit., Milano, 1994, s.437; Padovani: s.352 (akt. Aydın, D, AÜHFD, Y: 2006, S: 1, s.87).

207 Hakeri, Genel Hükümler, s.278.

208 Aydın, D, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Y: 2006, S: 1, s.87; Koca/Üzülmez, s.210.

209 Toroslu, s.269.

210 Bkz, Aydın, a.g.m, s.108.

konusu olmaz. Ancak, TCK'nin 85 ve 89. maddelerinde taksirli fiil sonucu birden fazla kişinin ölmesi veya yaralanması, bu suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir²¹¹.

3. İştirak

İştirak; bir kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları sonucu gerçekleştirmeleri olarak tanımlanmıştır²¹². İştiraktan söz edebilmek için kişilerin suç işlemekten önce işbirliği yapmaları, suç işleme hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Dolayısıyla iştirak, taksirli suçlarda söz konusu olmayıp, ancak kasten işlenebilen suçlar bakımından mümkündür²¹³.

İştirak halinde işlenen suçlarda, suçun işlenişine katılanların ceza sorumluluğunun belirlenmesi hususunda eşitlik, ikilik ve cezanın faile göre tespiti olmak üzere üç sistem uygulanmaktadır²¹⁴. TCK'de kasten işlenen suçlar bakımından 37–39. maddeleri arasında **faillik** ve **şeriklik** ayrımı yapılarak, 765 sayılı eski TCK'de olduğu gibi ikilik sistemi benimsenmiştir²¹⁵. Kanundaki iştirake ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, kasten işlenebilen bir suçun varlığı gerekmektedir (m.40). Bu nedenle Kanundaki kasten işlenen suçlara katılanların sorumluluk statülerini belirleyen iştirak hükümlerinin taksirle işlenebilen suçlarda uygulanması mümkün değildir. Aslında TCK'nin 22/5. maddesinde birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu olacağı belirtilmek suretiyle, taksirli suçlar bakımından fail ve yardım eden ayrımı kabul edilmemiştir. Kanundaki bu düzenlemeye göre, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla gerçekleştirdikleri hareketle taksirli suçun kanuni tanımında belirtilen neticesini birlikte gerçekleştirenlerden her biri fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Dolayısıyla taksirle işlenen suçlar bakımından yürürlükteki hukukumuz geniş fail anlayışından hareketle suça katılanların sorumluluğunu belirlemiş olmaktadır²¹⁶.

211 Kaymaz/Gökcan, s.160.

212 Dönmezer/Erman, C. I, s.446.

213 Centel/Zafer/Çakmut , s.510; Kaymaz/Gökcan, s.160;

214 Önder, Genel Hükümler, s.435; Artuk/Gökcan/Yenldünya, Genel Hükümler, s.763; Erem/Danışman/Artuk, s.359.

215 Centel/Zafer/Çakmut, s.504; Öztürk/Erdem, s.232, ; Toroslu, Genel Kısım, s.280; Demirbaş, Genel Hükümler, s.442.

216 Özgenç, Gazi Şerhi, s.319 vd.

Birden fazla kişilerin taksirli fiillerinin birleşmesi mümkündür ve iştiraktan söz edilemeyen bu gibi hallerde herkes kendi taksirli eylemi nedeniyle ve kusuru oranında sorumlu olur. Örneğin, sürücü (A) kanunda yazılı hız limitlerini aşarak tedbirsiz bir şekilde kendi şeridinde seyretmektedir. Karşı yönden aracıyla seyretmekte olan sürücü sanık (B) ise şerit tecavüzü yaparak (A)'nın şeridini işgal etmektedir. Sürücü (B)'nin kendi şeridinde seyrettiğini gören sürücü (A) diğer şeride geçtiği sırada yaya geçidi olmayan yerde, yolu da kontrol etmeden, karşıdan karşıya geçmeye çalışan (C)'ye çarpmaktadır. Bu gibi hallerde hem (A), hem (B), hem de (C) kusurludur. Her fail kendi kusuru oranında meydana gelen sonuçtan sorumludur. Mağdurun kusurlu olması da kusurların takas edilmesini, yani mağdurun kusurunun failin kusurunu iptal etmesi sonucunu doğurmaz²¹⁷.

Doktrinde bazı yazarlar bu tür olaylar bakımından bir "rücu yasağının olduğunu kabul etmektedirler"²¹⁸. Buna göre, bir kişi taksirli hareketi yaptıktan sonra, bu hareket üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen taksirli ya da kasıtlı diğer bir hareketin ön aşamasını oluşturuyorsa, ilk taksirli hareketi yapan failin davranışı ile netice arasında nedensellik bağı kurulamaz²¹⁹. Yine cezalandırılabilirliğin bu şekilde geniş tutulması eleştiriye uğramış ve hiç kimsenin bir davranışta bulunurken, bu davranışının bir başkasının sorumluluk bilinciyle ve serbest iradesiyle işleyeceği suça zemin teşkil edebileceği ihtimalini hesaba katma yükümlülüğünün olmadığı belirtilmiştir. Hukuk toplumunda hâkim olan güven ilkesine göre, bir kimsenin bir davranışta bulunurken, bu davranışının bir hukuki değeri ihlal etmemesi gerektiği hususuna dikkat edecekse de, bu esnada bir başkasının hukuka aykırı davranabileceği olasılığını hesaba katmak mecburiyetinde olmadığı ifade edilmiştir²²⁰.

İkinci ihtimal, failin gerçekleştirdiği taksirli davranışa bir başkasının taksirli davranışının eklenmesidir. Örneğin anayol üzerinde bulunan bir binanın yıkıtılması işini üzerine alan yüklenici, yıkma işine başlarken, yoldan geçenlerin zarara uğramaları ihtimaline karşı binanın yol üzerindeki cephesine tahta perde kurması gerekirken bunu yapmamıştır.

217 Dönmezer/Erman, C: II, s.284; Özgenç/Şahin, s.184.

218 Bkz. Jescheck, s.573, dpn. 53. Ayrıca bkz. Roxin, I, § 24, kn. 27 vd.

219 Demirbaş, Genel Hükümler, s.343.

220 İçel ve Diğerleri, Suç Teorisi, s.257, 258.

Ayrıca yıkım işinde çalışan iki işçi de yolda kimsenin bulunup bulunmadığına dikkat etmeksizin binadan sökülen büyük bir kalası sokağa atmışlardır. Sonuçta yoldan geçen bir kişi ölmüş veya yaralanmıştır⁴⁶⁷. Keza bir yüklenici inşaat sırasında balkon demirini yaparken sağlam malzeme kullanmamıştır. Anne de küçük çocuğunu balkona bırakmış ve çocuk demirlerin üzerine çıktığı esnada demirle birlikte aşağıya düşmüştür. İşte failin taksirli hareketinin bir başkasının taksirli hareketiyle birleşmesi halinde, herkes kendi taksirli fiilinden dolayı kusuruna göre sorumlu tutulacaktır²²¹. Ancak bu gibi hallerde önceki taksirli hareketle netice arasındaki illiyet bağının bulunmamasından veya kesilmesinden söz edilmesi doğru değildir²²².

Mağdurun taksirli davranışına failin daha önce yaptığı taksirli davranışın neden olması halinde de failin sorumluluğu söz konusu olmalıdır²²³. Örneğin (A)'nın kullandığı kamyonun kasasına binen yolculardan (B), kamyonun çok hızlı gitmesi nedeniyle devrilmesinden korkarak atlayıp ölmüştür. Bu olayda (A)'nın kamyonun kasasına yolcu almak ve hızlı gitmek şeklindeki taksirli hareketinin, yolcu (B)'nin taksirli hareketinin ön aşamasını oluşturduğu ve dolayısıyla rücu yasağı kuralından hareketle (A)'nın (B)'nin ölümünden sorumlu tutulamayacağı savunulmuştur²²⁴. Bu olayda Yargıtay ise, mağdurun ölümü ile sanığın hareketi arasında doğrudan illiyet bağı bulunmadığı görüşündedir. Bu tür olaylarda failin taksirli hareketi ile mağdurun taksirli hareketi birleşerek neticeye neden olmuştur ve fail kusuruna göre neticeden sorumludur²²⁵. Mağdurun taksirli harekette bulunmasına failin taksirli hareketi yol açtığından nedensellik bağının olmadığından söz edilmesi de mümkün değildir²²⁶.

Kanaatimizce taksirle öldürme suçunda iştirak söz konusu değildir. Çünkü iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için suç işleme kararı ve suçun kasten işlenebilen bir suç olması gerekir. Bu nedenlerle suça iştirak için, iştirak iradesinin bulunması gerektiğinden taksirli suça, iştirak olmaz. Ancak, taksirle öldürme suçunun birkaç kişi ile beraber ve suça

221 İçel, s.175.

222 İçel ve Diğerleri, Suç Teorisi, s.258.

223 Koca/Üzülmez, s.212.

224 Demirbaş, s.346; aynı yönde Erman/Özek, Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul, 1996, s.84, 85.

225 Koca/Üzülmez, s.213.

226 İçel, s.181.

birlikte sebebiyet verilmesinden söz edilebilir. Böyle bir durumda da her fail kendi taksirinden dolayı sorumlu olacaktır. Nitekim Yargıtay da iştirakin ancak kasıtlı suçlarda olabileceğini, taksirli suçlarda mümkün olmadığını belirtmiştir²²⁷.

4. İçtima

Kural olarak her netice, ayrı ve bağımsız bir suç oluşturur. Fail hareketi ile kaç tane netice meydana getirmişse, o kadar suç işlemiş kabul edilir ve bu neticelerin her birinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılır. Ancak bazı hallerde, bir tek hareketle birden çok netice ve birden fazla suç meydana getirilebileceği gibi; birden fazla hareketle tek bir netice de gerçekleştirilebilir²²⁸.

Suçların içtimasında birden fazla suçun bir failde birleşmesi durumu söz konusudur. Bu birleşme değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; a) Fail tek fiille birkaç suç işlemiş olabilir (Fikri içtima), b) Failin işlediği bir suç, diğer suçun unsur veya ağırlaştırıcı sebebinin teşkil edebilir (Bileşik suç), c) Fail kanunun aynı hükmünü birkaç defa ihlal etmesine rağmen bu tek suç sayılabilir (Zincirleme suç)²²⁹.

Suç işleme kastı mevcut olmadığından, taksirle öldürme suçunda zincirleme suç söz konusu olmaz. Farklı neviden fikri içtima olabilir. Mesela, fail hasmını öldürmek kastı ile silahını ateşler, fakat silahtan çıkan kurşun öldürmeyi hedeflediği kişinin yanında bulunan sert bir cisme çarparak bir başka kişinin ölümüne yol açar. Burada birden fazla kişiye karşı işlenmiş farklı suçlar (kasten öldürmeye teşebbüs ve taksirle öldürme) söz konusudur. Failin daha ağır cezayı gerektiren kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması, taksirle öldürmeden cezalandırılmaması gerekir²³⁰. Ancak bu örnekte failin hasmını öldürmek kastı ile silahını ateş ederken silahtan çıkan kurşunun öldürmeyi hedeflediği kişinin yanında bulunan kişilere isabet etmesi halinde olası kast adam öldürme suçu meydana gelir. Nitekim Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır²³¹.

227 Yargıtay 4.C.D, 4/6/1952 tarihli 6521 Esas ve 6074 sayılı karar.

228 Dönmezer/Erman, C: I, s.373.

229 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.791.

230 Parlar/Hatipoğlu, s.708-709.

231 Yargıtay 1.C.D, 17/12/2009 tarihli 2009/1217 Esas ve 2009/7700 sayılı kararında şöyle denilmek-

Taksirle ölüme sebebiyet verme suçu açısından kanunda özel bir içtima hükmü bulunmamaktadır. Buna göre, fiilin birden fazla kimsenin ölmesine ya da bir veya birden fazla kişinin ölmesi ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hallerinde, faile verilecek cezanın üst sınırı ağırlaştırılmıştır. Bu halde ceza, iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası olmaktadır²³².

Taksirle genel tehlike yaratan suçun işlenmesi sonucu kişiler ölebilir. Bu durumda hem tehlike suçu hem de taksirle adam öldürme suçu oluşur. Ancak, bu gibi durumlarda farklı neviden fikri içtima hükümleri (44. md.) uygulanarak faile en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilir. Tehlike suçunun kasten işlenmesi halinde de kişilerin hayati ve vücut bütünlüğü bakımından bir zarar ortaya çıkabilir; yani ölüm meydana gelebilir. Bu zararlı neticeler kasten meydana getirilebileceği gibi taksirle de gerçekleştirilebilir. Örneğin, failin kastı yangın çıkarmaktır, ancak yangın sonucunda bir ya da birkaç kişi ölebilir. Fail kişilerin öleceğini bilip istemiş ise zaten sorun yoktur; bu neticeler bakımından kasten sorumlu tutulur. Bu neticeleri öngörmesine rağmen neticelerin gerçekleşmesine kayıtsız kalarak hareket etmiş ise olası kast hükümlerine göre sorumlu tutulur. Fail yangını kasten çıkarmasına rağmen, bu yangın neticesinde kişilerin ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş olabilir. İşte bu durumda meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin taksiri söz konusudur ve fail meydana gelen ölüm neticesinden taksiri nedeniyle sorumlu tutulur. Bu gibi durumlarda fail her iki suçtan değil, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır²³³.

Taksirle adam öldürme suçları başka suçlarla içtima edebilir. Taksirle adam öldürme suçları en çok araçların tehlikeli şekilde kullanılması sonucu meydana gelmektedir. Araçların kişilerin hayatı, sağlığı veya mal-

tedir; "Aynı mahallede oturan S. ve B. aileleri arasında çocuklar yüzünden tartışma olduğu, olay günü, sanık B. B. ile mağdur B. S. arasında tartışma ve kavga çıktığı, sanığın tabancasını çekip, mağdur B.'ye ateş ettiği, maktüle E.'nin sanıkla mağdurun arasına girmek istediği sırada, sanığın ateş etmesi sonucu isabet alarak öldüğü olayda; sanığın, hedef seçtiği mağdura ateş ettiği sırada, E.'nin de isabet alıp yaralanabileceğini yada ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek maktüleyi öldürmesi eyleminde olası kastla hareket ettiğinin kabulü ile ve olası kastla öldürme suçundan cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde hata sonucu öldürme suçundan hüküm kurulması yasaya aykırılık oluşturmaktadır".

232 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.107.

233 5237 sayılı TCK'nin 170 ve 171 m.gerekçeleri.

varlığı bakımından tehlikeli olacak şekilde kullanılması sonucu bir veya birkaç kişinin ölümüne neden olunduğunda hem taksirle adam öldürme suçu, hem de genel tehlike yaratan bir suç işlenmiş olacaktır. Failin hangi suç veya suçlardan sorumlu olacağı tartışılmıştır.

Özgenç'e göre, *“trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması sonucunda bir trafik kazasına neden olunmuş ve bu kazada bir veya birden fazla kişi ölmüş olabilir. Bu durumda, sebebiyet verilen trafik kazasında meydana gelen ölüm açısından taksirin varlığını kabul etmek imkânı bulunmamaktadır. Çünkü trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokan kişi, bu davranışı sonucunda bir trafik kazasına neden olabileceğini ve hatta, bu kazada birilerinin ölebileceğini öngörür; buna rağmen, kendisini trafik düzenini ihlal eden davranışta bulunmaktan alıkoyamaz. Bu davranış sonucunda sebebiyet verilen trafik kazasında meydana gelen yaralama veya ölüm neticesi açısından failde en azından olası kastın varlığını kabul etmek gerekir. Buna karşılık, sebebiyet verilen trafik kazasında taksirle öldürme suçunun işlendiğinin kabul edilmesi halinde, artık bu olayda TCK'nin 179'uncu maddesinde tanımlanan suçun oluştuğunu söylemek imkânı kalmamaktadır. Çünkü bu durumda, kişi bir trafik kuralını kasten ihlal etmemiştir. Bir trafik kuralının taksirle ihlali halinde, TCK'nin 179'uncu maddesindeki suç oluşmamaktadır”²³⁴.*

Parlar/Hatipoğlu'na göre, *“Bu suçların oluşabilmesi için, olayda kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından somut bir zarar tehlikesinin doğması yeterli olup ayrıca ölüm veya malın zarara uğraması gibi sonuçların gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu itibarla, maddede tanımlanan biçimde trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması, örneğin aldığı alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen trafiğe çıkan kişinin sebebiyet verdiği trafik kazasında ölüm veya yaralanma meydana gelmiş ise, bu durumda failin 179/2-3'üncü fıkradaki suçtan ve olası kastla işlediği yaralama (86, 87 veya 88 ve 21/2'nci m.) veya kasten öldürme (madde 81, 21/2'nci m.) suçlardan dolayı farklı neviden fikri içtima (44'üncü m.) hükümlerine göre 43/3'üncü fıkra hükmü de gözetilerek cezalandırılması gerekir. Zira, trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokan kişi, bu davranışı sonu-*

234 Özgenç, s.1364.

cunda bir trafik kazasına neden olabileceğini ve hatta, bu kazada birilerin ölebileceğini öngörmesine rağmen, kendisini trafik güvenliğini ihlal eden davranıştan alıkoymadığından, bu kasıtlı davranışı sonucunda sebebiyet verilen trafik kazasında meydana gelen yaralama veya ölüm neticesi açısından failde en azından olası kastın varlığının kabulü gerekir. Kasten yaralama suçunun şikâyete bağlı olması (86/2 'nci m.) ve şikâyetin bulunmaması halinde ise, failin sadece 179'uncu madde uyarınca cezalandırılması gerekir"²³⁵

Kaymaz/Gökcan'a göre, "Kişinin bir trafik kuralını kasten ihlal etmesi, bundan dolayı meydana gelen zararlı neticenin de kasten işlendiği anlamına gelmez. Örneğin, kişinin şebirlerarası yolda hız limitini farkında olarak, bilerek ve isteyerek aştığını veya yasak olduğunu bildiği halde sollama yasağını ihlal ettiğini ve bunun sonucunda meydana gelen kazada bir veya birkaç kişinin öldüğünü düşünelim. Burada tehlikeli hareket, fail tarafından bilinmekte ve istenmektedir. Ancak, meydana gelen zararlı netice bakımından her zaman aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Somut olayda failin hız kuralını ihlal sonucu veya yasak sollama sonucu bir araca veya şahsa çarpacağını, bunun neticesinde de kişi veya kişilerin ölebileceğini öngördüğü halde buna kayıtsız kalarak ve bu sonuca katlanarak hareket ettiği kanıtlanabiliyorsa elbette ki meydana gelen ölüm neticesinden fail olası kastla sorumlu tutulabilir. Başkalarının ölebileceğini öngördüğü halde istemediği sonucuna varılırsa fail meydana gelen ölüm neticesinden bilinçli taksiri nedeniyle sorumlu tutulmalıdır. Meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin kasten mi, olası kastla mı, taksirle mi yoksa bilinçli taksirle mi hareket ettiği somut olayda araştırılıp belirlenmeli ve sonucuna göre, meydana gelen ölümden failin kasten, olası kastla, taksirle veya bilinçli taksirle sorumluluğu yoluna gidilmelidir. O nedenle, trafik güvenliğinin her kasten ihlalinde meydana gelen ölüm neticesinde fail en azından olası kastından dolayı sorumlu tutulmalıdır şeklinde bir düşüncenin isabetli olmadığı görüşündeyiz"²³⁶.

Kanaatimizce basit taksirle veya bilinçli taksirle meydana gelen trafik kazasında bir veya birden fazla kişi ölmüş ise ve bu olayda madde 179/2'de düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun şartları

235 Parlar/Hatipoğlu, s.1363–1364.

236 Kaymaz/Gökcan, s.209.

oluşmuşsa, olayda TCK m.44 anlamında bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması söz konusu olur ve bu durumda bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilir. TCK m. 179'un 2. fıkrasındaki suçun cezası, iki yıla kadar hapis cezasıdır. Bu cezanın alt sınırı, madde 49/1'deki hüküm gereğince 1 aydır. Yani bu suçun cezası 1 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıdır. Madde 85'te düzenlenmiş olan taksirle öldürme suçunun cezası ise, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezasıdır. 85. maddenin 2. fıkrasına göre fiil, birden fazla kişinin ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Görüldüğü gibi, taksirle öldürme suçu her halükarda daha ağır hükümler içermektedir. Dolayısıyla bu durumda daha ağır hükümler içeren taksirle öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu durumda farklı neviden fikri ictima hükümleri uyarınca faile en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının verilmesi ile yetinilecektir. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: *“Olay gün ve saatinde, köyde akrabalarının düğününe katılan sanığım, gelin arabasının geldiği sırada, maktülün de içinde olduğu insanların yoğun olarak bulunduğu düğün evi önünde, geçici köy korucusu diğer sanık Mahmut'tan aldığı kaleşnikof marka silahla 5-6 el havaya ateş ettiği sırada gelin ve damadın fotoğraflarını çekmeye çalışan maktul Mesut'ta isabet etmesi sunucu Mesut'un öldüğü olayda; 5237 sayılı TCK'nin 44.maddesi gereğince 'işlediği bir fiilden dolayı birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır' hükmü uyarınca, en ağır cezayı öngören 5237 sayılı TCK'nin 85/1, 22/3. maddeleri gereğince cezalandırıldığı halde, ayrıca genel güvenliği tehlikeye sokmak suçundan da cezalandırılması yoluna gidilmesi, yasaya aykırıdır”*²³⁷. Ancak Yargıtay'ın eylemi olası kastla öldürme yerine bilinçli taksirle ölüme neden olma şeklindeki nitelendirmesine katılmaktayız.

237 Yargıtay 1. C.D, 16/4/2010 tarihli 2009/1252 Esas ve 2010/2476 sayılı kararı.

5. Müsadere

Taksirli suçlarda müsadere mümkün değildir. Yüksek Mahkememiz taksirli suçlarda müsadere mümkün olmadığı görüşündedir ve bu görüşünü kararlı bir şekilde sürdürmüştür. “Taksirli suçta müsadere hükmü uygulanamayacağı dikkate alınmadan, olayda kullanıldığından bahisle ruhsatlı av tüfeğinin müsaderesine hükmolunması bozmayı gerektirmiştir”²³⁸

6. Tekerrür

Tekerrür, bir kişinin işlediği suçtan dolayı mahkûm olduktan sonra yeni bir suç işlemesi²³⁹ veya önceki suçundan dolayı gerçekleşen cezalandırmadan sonra yeni bir suç işlemesi olarak tanımlanmaktadır. Tekerrür kusurluluğu arttıran bir sebeptir. Failin yeniden suç işlemiş olması, önceki mahkûmiyetten dolayı uslanmadığını, suç işlemekte inat ve ısrarını gösterir²⁴⁰. Türk Ceza Kanunu’nun sisteminde tekerrür, kişinin diğer suçlara nazaran daha tehlikeli olduğunu gösteren bir durum olarak değerlendirildiğinden, cezayı artıran değil, güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu anlayışa uygun olarak tekerrür halinde fail açısından diğer suçlulara nazaran özel infaz rejimi kabul edilmiş, ayrıca cezanın infazından sonra da devam edebilecek şekilde bir denetimli serbestlik tedbiri rejimi öngörülmüştür. Kısacası tekerrür özel tehlikeli suçlularla birlikte infaz şeklinin değişmesini amaçlayan bir kurum özelliği arz etmektedir²⁴¹. 765 sayılı TCK’den farklı olarak, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, önceki mahkûmiyetin infaz edilmiş olması gerekmemekle birlikte, tekerrüre ilişkin süreler, önceki mahkûmiyet infaz edildikten sonra işlemeye başlayacaktır. Tekerrürün hükümlerinin uygulanabilmesi için, önceden işlenen suçtan sonra yeni bir suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesi gerekmektedir. Bu durum, TCK’nin 58. maddesinin 1. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki suçla ilişkin verilen mahkûmiyetin çekilmiş olması koşulunun aranması hali gerçek tekerrür-

238 2.CD. 5.12.1989 tarihli, 11063/11715 sayılı kararı.

239 Dönmezer/Erman, C: II, s.618; Erem/Danişman/Artuk, s.618; İçel ve Diğerleri, Yaptırım Teorisi, (2), s.192.

240 Üzülmöz, İ, Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara 2003, s.5.

241 Artuk/Çınar, s.78.

dür. Bu görüşü savunanlara göre, bir suçlunun suç işleme hususunda ahlaken düşük olduğunun belirlenebilmesi için önceki suçuna ait cezasını çektikten sonra yeniden suç işlemesi gerekir. Mefruz tekerrürde ise cezanın infaz edilmiş olması koşulu aranmayıp daha önceden verilmiş bir mahkûmiyet kararının varlığı yeterli sayılmıştır. Failin ikinci suç hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki suça ilişkin verilen mahkûmiyet kararının infaz edilmiş olmasının bir önemi yoktur. Bu sistemi savunanlara göre tekerrür sosyal bir olaydır, tekerrürün sosyal nedenleri ortadan kalkmadıkça önceki mahkûmiyete ne ceza verilirse verilsin sonuç aynı olacaktır²⁴².

765 sayılı TCK'nin 81. maddesinde yer alan “cezasını çektığı veya cezanın düştüğü” ibarelerinin mefruz veya gerçek tekerrür sisteminin hangisini kabul ettiğinin değerlendirilmesinde doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay uygulamalarında, tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki mahkûmiyetin infaz edilmiş olması koşulu aranmaktaydı²⁴³.

5237 sayılı TCK'nin 58. maddesinin birinci fıkrasında 765 sayılı TCK'den kaynaklanan gerçek-mefruz tekerrür tartışmalarına bir daha fırsat tanımamak için kanun metninde ayrıca ifade kullanma ihtiyacı duyulmuştur. 58/1'inci maddeye göre “tekerrür hükümlerinin uygulanması için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez”. 5237 TCK'de yer alan bu ifadeyle, kanunumuzun mefruz tekerrürü açıkça benimsediği ortadadır.

TCK'nin 58/4. maddesine göre “Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz” Böylece taksirli suçlarla kasten işlenebilen suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Elbette ki taksirli suçlar kendi aralarında tekerrüre esas olacaktır²⁴⁴.

242 Bkz. Yaşar, Yusuf, Tekerrür Çeşitleri-TCK Sistemi www.e-akademi.ore/makaleler/wasar-2.htm., erişim 05.06.2009.

243 Bkz. Üzülmüş, Türk Hukukunda Tekerrür, s.82 vd.

244 Kaymaz/Gökcan, s.160.

V. Soruşturma ve Kovuşturmaya İlişkin Kurallar

1. Görev

5235 sayılı Kanununun 11. ve 12. maddelerine göre, 85/1. fıkradaki bir kişinin ölmesi halinde suça bakma görevi asliye ceza mahkemesine, 85/2. fıkradaki bir veya birden fazla kişinin ölümüyle beraber bir veya birden fazla kişinin yaralanması halinde, suça bakma görevi ise ağır ceza mahkemesine aittir. Mahkemenin görev konusu kamu düzeniyle ilgili olduğundan her aşamada gözetilmelidir. Daha önce verilip kesinleşen hükümlerle ilgili olarak 5252 sayılı yasanın 9. maddesi uyarınca lehe yasa incelemesi de görevli mahkemede yapılmalıdır. O nedenle birden fazla kişinin ölümü veya bir kişinin ölümüyle beraber bir veya birden fazla kişinin yaralanması halinde lehe yasa incelemesi de ağır ceza mahkemesince yapılmalıdır²⁴⁵. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: *“765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 455/2. maddesinin karşılığı olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 85/2. maddesi kapsamında bulunan suç için öngörülen cezanın tür ve süresi bakımından 5252 sayılı TCK'nin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 9/3. maddesi uyarınca lehe yasa incelemesini yapmanın 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 12. maddesi ve aynı Kanununun geçici 1. maddesi hükümlerine göre Ağır Ceza Mahkemesinin görevi kapsamında bulunması nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi yerine, incelemeye devamla yazılı şekilde hüküm tesis, yasaya ve usule aykırılık oluşturmaktadır”*²⁴⁶.

Taksirle ölüme neden olma suçunda yetkili yargı merci, taksirli hareketin yapıldığı yerdeki, yargı merciidir²⁴⁷. Neticenin başka bir yerde gerçekleşmesi yetkili mercii değiştirmez.

2. Yaptırım

Ceza hukukunun asıl yaptırımı cezadır. Ancak çağdaş ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinin de ceza olarak kabul edildiği de bilinmekte-

245 Kaymaz/Gökcan, s.164.

246 9.C.D. 27.6.2006 tarihli, 1807/3708 sayılı kararı.

247 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.2837.

dir²⁴⁸. Taksirle ölüme neden olma suçunun failine TCK m.85/1 gereğince 2 yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir. Fiil birden fazla kişinin ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olmuş ise faile 2 yıldan 15 yıla kadar ceza verilir. (TCK m.85/2).

Failin taksirli suçtaki kusuru bilinçli taksir ise, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır (TCK m.22/3). Kanun koyucu, taksirin derecesine göre verilen cezadan indirim yapılması uygulamasını kaldırması nedeniyle, cezalar arasında makası açmış ve hâkime taksirin yoğunluğu ve meydana gelen zararın vahametine göre geniş takdir hakkı tanımıştır.

Taksirli adam öldürme suçlarında, mahkemeler sanığın kusurunun belirlenmesi açısından 5237 sayılı TCK zamanında da, olay yerinde keşif yapacaklar ve keşifte de bilirkişi dinleyeceklerdir. Burada bilirkişi tarafından sanığın kusur durumunu 765 sayılı TCK zamanında olduğu gibi sekiz üzerinden belirlemeyecek, yalnızca failin hangi eylemlerinin taksir olduğu ve hangi eylemlerinin özen yükümlülüğüne aykırı olduğu, trafik kazalarında hangi kuralların ihlal edildiği, saptanacak, ancak sanığın kusuru hâkim tarafından belirlenecektir²⁴⁹. Hâkim topladığı tüm bilgi ve belgeler, yaptığı keşif ve bilirkişi raporuna göre, kusurun ağırlığı, ölen sayısı, ölenle yaralananların sayısı ve onların yaralarının ağırlığı ve diğer sebepleri göz önünde bulundurarak alt ve üst sınırlar arasında bir cezaya hükmedecektir²⁵⁰.

Taksirli suçlarda, uzun süreli hapis cezaları da koşullan gerçekleştiğinde, adli para cezasına çevrilebilir²⁵¹. Ancak, kusurun bilinçli taksir ol-

248 İçel ve Diğerleri, s.47.

249 Yaşar, O/Gökcan, H, T/Artuç, M, Türk Ceza Kanunu, C: II, s.2833.

250 “2918 Sayılı Yasanın 84. maddesinde belirlenen manevraları düzenleyen genel şartlara uymamakla asli kusurlu olan sanığın 5237 sayılı TCK'nin 22. maddesinde açıklanan dikkat ve özen yükümlülüğünü ağırlıklı olarak ihlal ettiği anlaşılmakla, aynı Yasanın 22/4. maddesi uyarınca kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurularak alt ve üst sınırlar arasında bir cezaya hükmedilmesi gerekirken bu hususlar tartışılıp değerlendirilmeden asgari haddten ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. Yerinde görülmeyen sair itirazların reddine, ancak; Sanık müdafisinin bu konudaki talebi de gözetilerek, 5237 sayılı TCK'nin 50/4. maddesi hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususunun karar yerinde tartışılmaması, bozmayı gerektirmiştir” Yargıtay 9.C. D, 24.05.2006 tarih ve 2006/1311–2006/2779 sayılı karar.

251 Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: “5237 sayılı TCK'nin 50/4. maddesi hükmüne göre, taksirli suçlardan dolayı hükmedilen hapis cezasının uzun süreli de olsa, diğer koşulların varlığı halinde adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olması karşısında, hapis cezasının süresinden bahisle yasal olarak olanaklı olmadığı gerekçesi ile sanık müdafisinin bu husustaki talebinin reddine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” 9. C. D 21.5.2007 tarihli ve 8139/4362 sayılı karar.

ması halinde, paraya çevirme söz konusu değildir (TCK m.50/4). Taksirli suça verilen uzun süreli hapis cezası, sadece para cezasına çevrilebilir; TCK m.50'de gösterilen diğer yaptırımlara çevrilemez. Uygulamada, asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (TCK m.50/5). Hapis cezasının, TCK m.51 uyarınca adli para cezasına çevrilmiş olması durumunda, ertelenmesi söz konusu olamayacaktır²⁵².

TCK m.53/1-4 ve 53/5'te düzenlenmiş olan hak yoksunlukları ve yasaklılıkları kasten işlenen suçlarda öngörülen tedbirlerdir. TCK'de kural olarak taksirle işlenen suçlar nedeniyle hak yoksunluğu öngörülmemiştir. Bu kuralın istisnasını m.53/6'da düzenlenmiş olan meslek ve sanatın icrasının yasaklanması ile sürücü belgesinin geri alınması oluşturmaktadır²⁵³. Sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin bir tedbire 765 sayılı TCK'de yer verilmemiştir. Buna karşın hem idari bir tedbir olarak, hem de ceza yaptırımı olarak sürücü belgesinin geri alınması Karayolları Trafik Kanunu'nda (KTK) düzenlenmiştir. Hakkında taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulan fail, belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmışsa, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, icra ettiği mesleği yapmaktan yasaklanabilecektir. Yasaklama, verilen hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve cezanın tamamen infazının ardından süre itibarıyla işlemeye başlar (TCK m.53/6).

KTK m.119/2'ye göre, bu kanunda sayılan suçlardan başka diğer kanunlarda yer alan suçlardan mahkûmiyet hâlinde “mahkemece ceza süresini geçmemek üzere geçici olarak sürücü belgelerinin geri alınmasına da karar verilebilir”. Burada söz konusu olabilecek diğer kanunların başında TCK gelmektedir. KTK m.119/2 ile ceza kanundaki herhangi bir suç nedeniyle mahkûmiyet halinde sürücü belgesinin geri alınması konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu suçlar kasten işlenmiş bir suç olabileceği gibi, taksirli suç da olabilir. Yine işlenen suç ile motorlu aracın kullanılması arasında bir bağlantının varlığı aranmamaktadır. Diğer taraftan hâkimin bu takdir yetkisini hangi kriteri göz önünde

252 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.108.

253 Turhan, F, “Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu Ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S. 4, s.186.

bulundurarak kullanacağına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. TCK m.53/6 uyarınca sürücü belgesinin geri alınmasında iki kriter öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, işlenen suçun taksirli suç olması ve ikincisi de suçun trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısı ile işlenmiş olmasıdır. TCK m.53/6'daki sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin düzenleme, KTK m.119/2'deki hükmün karşılığını oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak da somut olayda KTK m.119/2 değil, TCK m.53/6'nin uygulanması gerekmektedir²⁵⁴. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: "Suç tarihi itibarıyla sürücü belgesinin 5237 sayılı TCK'nin 53/6. maddesi yerine, 2918 sayılı Yasanın 118/5. maddesi uyarınca geri alınmasına karar verilmesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır"²⁵⁵.

Kanaatimizce taksirle adam öldürme suçlarındaki sürücü belgesinin geri alınması ile meslek ve sanatın icrasının yasaklanmasına ilişkin TCK m.53/6'daki düzenleme güvenlik tedbiridir. Çünkü kanun, bu yaptırımın güvenlik tedbirleri bölümünde düzenlemiştir. Failin araç kullanmaya devam etmesi veya meslek ve sanatını icraya devam etmesi halinde aynı nitelikte suçlar işleyebileceği korkusuyla failin tehlikelilik hali gözetilerek uygulanan güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırım ile objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan failin uyarılması öngörülmüştür. Yasaklama ve geri alma, verilen hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girip, cezanın tamamen infazının ardından sürenin işlemeye başlaması da bu yaptırımların güvenlik tedbiri olduğunu göstermektedir.

Taksirle ölüme neden olma suçlarında hak yoksunluklarının özellikleri şunlardır:

1. İşlenen suç, bir meslek veya sanatının gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen bir suç olmalı veya trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen bir suç olmalıdır. Taksirin, basit veya bilinçli olması arasında bir fark yoktur. Her iki halde de bu fıkra uygulanabilir. Ancak bu ayırım, hak yoksunluğunun süresinin belirlenmesinde ölçüt olabilir.

254 Turhan, a.g.m, s.188.

255 Yargıtay, 9. C. D, 21.5.2007 tarihli, 9239/4368 sayılı kararı.

2. Taksirli suçtan dolayı bir mahkûmiyet veriliyor olması gerekir. Bu mahkûmiyet hapis cezasına mahkûmiyet olabileceği gibi, para cezasına mahkûmiyet de olabilir.
3. Mahkemece 3 aydan az ve 3 yıldan fazla olmamak üzere hak yoksunluğuna hükmedilebilecektir. Bu süre taksirin yoğunluğu, olayın oluş ve işleyiş şekliyle, zararın ağırlığına göre belirlenecektir.
4. Failin, belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilecektir. Sanığın mesleği şoförlük değilse şoförlük meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilemez. Ancak sanık doktor ise, mesleğinin gerektirdiği objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uymadan ameliyat yapması neticesinde, hastanın ölümüne sebep olmuşsa, bu durumda taksirle ölüme neden olduğu için doktor hakkında TCK 53/6. maddesindeki meslek ve sanatın yasaklanmasına karar verilebilecektir.
5. Trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda ise, sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilecektir.
6. Mahkemece hak yoksunluğuna karar verme zorunlu değil, takdiridir. Hâkim hak yoksunluğuna hükmedeceği gibi, hak yoksunluğuna hükmedilmesine yer olmadığına da karar verebilir. Bu husus takdire bağlıdır. Ancak bu konudaki hâkim kararı, hükme mutlaka yazılmalıdır. Hâkim, buradaki hak yoksunluğunun süresini de belirleyecektir.

3. Zamanaşımı

Taksirle ölüme sebebiyeti düzenleyen TCK m.85/1 açısından dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren on beş yıldır (TCK m.66/1-d). Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zamanaşımı süresi en fazla yirmi iki yıl altı ay olabilir (TCK m.67/4).

Eylemin birden fazla kişinin ölümüne veya bir ya da birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmasına ilişkin TCK m.85/2 açısından da dava zamanaşımı süre-

si, suçun işlendiği tarihten itibaren on beş yıldır (TCK m.66/1-d). Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zamanaşımını süresi en fazla yirmi iki yıl altı ay olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, on iki yaşını doldurmuş olup da henüz on beş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *üçte ikisinin* geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66/2).

4. Soruşturma Yöntemi

Taksirle ölüme sebebiyet suçu, şikâyete bağlı olmayıp, adli makamlarca resen takip edilen suçlardır. Eğer taksirle ölüme sebebiyet verme suçu görev sebebiyle işlenirse 4483 sayılı yasa gereğince izne bağlıdır. Eğer soruşturma aşamasında izin alınmamış ise mahkemece durma kararı verilerek soruşturma izni idareden istenir²⁵⁶. Sanıklardan birinin belediye başkanı olması halinde diğer sanıklar da aynı soruşturma yöntemine tabidir²⁵⁷. Suçun bir doktor tarafından işlenmesi halinde 1219 sayılı yasanın 75. maddesi uyarınca mesleki kusurunun bulunup bulunmadığına ilişkin Yüksek Sağlık Şurasından rapor alınması zorunluluğu Anayasa Mahkemesi kararı ile ortadan kaldırılmış olup, genel kovuşturma hükümlerine tabi kılınmıştır. Doktorların görevi ihmal eylemleri sonucu ölüm olaylarının gerçekleşmesi halinde eylemin görevi ihmal değil, taksirle ölüme neden olma suçu olarak değerlendirilerek bu konuda soruşturma izni alınması gerekmemektedir.

256 “Sanığın, olay tarihinde Karayolları 8. Bölge Müdürlüğü Asfalt Başmühendisliğine bağlı 1 no’lu Asfalt Şantiyesi Şefliğinde karayolu görevlisi bulunması karşısında; 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun kapsamında bulunup bulunmadığı araştırılarak, sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Yargıtay, 9.C.D. 26.11.2007 tarihli 2007/9931 esas ve 8597 sayılı kararı; aynı doğrultudaki bir diğer kararında” Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın 657 sayılı Yasaya tabi memur statüsünde görev yapıp yapmadığı araştırılarak hakkında 4483 sayılı Yasa uyarınca soruşturma izni alınması gerekip gerekmediği tartışılıp değerlendirilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırılık oluşturmaktadır”. Yargıtay, 9.CD. 26.11.2007 tarihli,2007/3269 esas ve 8606 sayılı kararı.

257 “Sanıklardan Z., Ş. ve İ.’in yapılan işin niteliği de dikkate alınıp konum ve statüleri araştırılarak sonucuna göre belediye başkanı olan sanık H. K. ile birlikte haklarında 4483 sayılı Yasa uyarınca işlem yapılması gerekirken, duruşmaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır” (9.CD. 26.4.2006 T, E: 363 - K: 2427).

VI. Sonuç

Taksirli sorumluluğun esasını önlenabilir olan istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kurallarına uymama olup, taksirli sorumluluğu belirten özellik, tedbirsizlik ve özensizliktir, yani tedbir almak ödevinin ihlal edilmesidir. Nitekim 5237 sayılı TCK'de taksirin esasını objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline dayandırmaktadır. Taksir, zararlı sonucun gerçekleşmemesi için iradenin yeterli olarak kullanılmaması ve dolayısıyla dikkat ve özenin gösterilmemesi ile ortaya çıkmaktadır.

Taksir, basit taksir ve bilinçli taksir olarak iki çeşittir. Basit taksir, taksirin en çok karşılaşılan şekli olup, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak fail tarafından öngörülebilir nitelikteki neticenin öngörülmemesidir. Fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davransaydı neticeyi öngörebilecek ve netice meydana gelmeyecektir. Bilinçli taksir ise, failin hareketinden tipe uygun, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde bulunmakla beraber, failin neticeyi öngörmesine rağmen, bu neticeleri önleyebileceğine yükümlülüklerle aykırı biçimde güvenerek çaba sarf etmesine karşın istenmeyen neticenin meydana gelmesidir.

Taksirle ölüme sebebiyet verme suçu, kasten öldürme suçundan bağımsız bir suç olup, fail ölüm sonucunun meydana gelmesini istemekte; ancak göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermediği için bu netice meydana gelmektedir. Kusurluluk türünün farklı olması, taksirle ölüme sebebiyetin, kasten öldürme yanında bağımsız bir suç olarak ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur.

Ölümlü sonuçlanan kasten basit yaralama (TCK m.86/2) eylemlerinde failin taksirden dolayı bir kusurluluğunun bulunması halinde taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir. Gerçekleştirilen eylem nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmesinin taksirin unsurlarından olan neticenin (ölüm) meydana gelmesinin öngörülebilir nitelikte olması gerekir. Failin kastı, ölüm neticesine yönelik olmamakla birlikte, ölüm neticesi bakımından taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır. Tokat atma, itme veya hafif şiddette bir yumruk sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi gibi olaylarda, failin ölüm neticesini öngörmesi mümkün olmakla birlikte, gerekli özeni göstermeyerek neticeye sebebiyet verdiği hallerde taksirle ölüme sebebiyetten sorumlu tutulması gerekir.

5237 sayılı TCK 22/6. madde ve fıkrasında, taksirli sorumluluk kapsamında taksirli suçlarda bir şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak öngörmüş olup, maddede belirtilen neticenin hem kişisel hem de ailevi olması aranmaktadır. Her iki durum birlikte değerlendirilmelidir. Failin kişisel ve ailevi durumundan ne anlaşılması gerektiği meselesi Yargıtay kararları ile netleşecek olup, madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde failin aile bireylerinden birinin ölmesi sonucunu doğuran eylemlerin failin ailevi durumunu olumsuz şekilde etkileyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Cumhuriyet Savcısı veya hâkim, zarara uğrayan kişi ile fail arasındaki ilişkiyi, sosyal durumlarını, olayın oluş ve işleyiş şeklini, failin eyleminin tehlikelilik halini birlikte dikkate alarak bir değerlendirme yapmalıdır. Basit taksir halinde Cumhuriyet Savcısı olay nedeniyle failin yeterince zarar gördüğü kanısında ise ortada bir kişisel cezasızlık nedeni söz konusu olduğu için CMK m.171 uyarınca kendisine tanınan kamu davası açıp açmamak şeklindeki takdir yetkisini kullanacaktır. Bilinçli taksir halinde ise fail bu cezasızlık nedeninden yaralanamayacağı için Cumhuriyet Savcısı kamu davası açmak zorundadır. Fail ancak ceza indiriminden yararlanabilir.

Basit taksirle veya bilinçli taksirle meydana gelen trafik kazasında bir veya birden fazla kişi ölmüş ise ve bu olayda madde 179/2'de düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun şartları oluşmuşsa, olayda TCK m.44 anlamında bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması söz konusu olur ve bu durumda bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilir. Taksirle öldürme suçu her halükarda daha ağır hükümler içermektedir. Dolayısıyla bu durumda daha ağır hükümler içeren taksirle öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu durumda farklı neviden fikri ıçtima hükümleri uyarınca faile en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının verilmesi ile yetinilecektir.

Taksirle öldürme suçunda iştirak söz konusu değildir. Çünkü iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için suç işleme kararı ve suçun kasten işlenebilen bir suç olması gerekir. Bu nedenlerle suça iştirak için, iştirak iradesinin bulunması gerektiğinden taksirli suça, iştirak olmaz. Ancak, taksirle öldürme suçunun birkaç kişi ile beraber ve suça birlikte sebebiyet verilmesinden söz edilebilir. Böyle bir durumda da her fail kendi taksirinden dolayı sorumlu olacaktır.

Taksirle adam öldürme suçlarındaki sürücü belgesinin geri alınması ile meslek ve sanatın icrasının yasaklanmasına ilişkin TCK m.3/6'daki düzenleme güvenlik tedbiridir. Çünkü kanun, bu yaptırımın güvenlik tedbirleri bölümünde düzenlemiştir. Failin araç kullanmaya devam etmesi veya meslek ve sanatını icraya devam etmesi halinde aynı nitelikte suçlar işleyebileceği korkusuyla failin tehlikelilik hali gözetilerek uygulanan güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırım ile objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan failin uyarılması öngörülmüştür. Yasaklama ve geri alma, verilen hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girip, cezanın tamamen infazının ardından sürenin işlemeye başlaması da bu yaptırımların güvenlik tedbiri olduğunu göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin/Azizagaoglu, Bahattin/Aydın, Devrim;** Suça Teşebbüs, AÜHFD, Y2006, S1.
- Artuç, Mustafa;** Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008
- Artuk, Mehmet Emin;** Ceza Hukuku El kitabı, İstanbul 1989.
- Artuk, Mehmet Emin;** “Yeni Türk Ceza kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CII, S2.
- Artuk, Mehmet Emin/Çınar, Ali Rıza;** Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Düşünceler; Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Baroları Birliği Yayını, Ankara 2004.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A.Caner;** Ceza hukuku Genel Hükümler, Birinci kitap, Seçkin Yayıncılık Ankara 2002
- Artuk, Mehmet Emin/Çınar, Ali Rıza;** “Yeni Bir Ceza kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler” Türk Ceza Kanunu Reformu2.kitapMakaleler, Görüşler, Raporlar, derTeoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A.Caner;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş, 2.Bası, Turhan kitapevi, Ankara 2006
- Bakıcı, Sedat;** “5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Bayraktar, Köksal;** “TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri” Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Makaleler, Görüşler, raporlar, TBB Yayınları no71, Ankara 2004.
- Bayraktar, Köksal/Öztürel, Önder/Memiş, Pınar;** Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantıları Sunulan Raporlar ve Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.
- Centel, Nur;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara 2002.

- Centel, Nur;** “Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat–1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3.Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem;** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Cihan, Erol;** TCK Tasarısının “Ceza Hukukunun Amacı” ile “Olası Kast” Açısından Değerlendirme, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantıları Sunulan Raporlar ve Bilimsel raporlar, İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.
- Çakmut (Yenerer) Özlem/Çakmut, Alp;** “Taksir Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C76, S2 Y2002.
- Demirbaş, Timur;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanunu ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005
- Donay, Süheyl/Kaşıkçı, Mahmut;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- Dönmezer, Sulhi;** “İhmal Suretiyle İcra Suçları” İÜHF.M.CIX, S.3–4.
- Dönmezer, Sulhi** Ceza Mesuliyetinin Esası, İstanbul 1949.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 8. Basım, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983.
- Dönmezer, Sulhi;** Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.
- Dülger, Murat Volkan;** “5237 sayılı YTCK’de Kastın Unsurları ve Türleri Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005.
- Erem, Faruk;** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin;** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş On Dördüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin;** Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.
- Hafizoğulları, Zeki;** “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksir ve Taksir Karinesine Dayandırılan Kusurlu Sorumluluk “ Polis Dergisi, Yıl 11, Sayı 44.
- Hakeri, Hakan;** “İhmalî Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi S4, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2007.
- Hakeri, Hakan;** Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçlarının Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

- Hakeri, Hakan;** Kasten Öldürme Suçları, TCK 81–82–83, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Hakeri, Hakan;** Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Hall, Jerome;** General Principles of Criminal Law, Second Edition, New York 1992.
- İçel, Kayıhan;** Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.
- İçel, Kayıhan;** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler İstanbul. “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, TCK'nin 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, İstanbul, 1977
- İçel, Kayıhan/Evik, A. Hakan;** İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih/Ünver, Yener;** Suç Teorisi, 2.kitap Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Jescheck, Hans;** Heinrich Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (Çev. Feridun Yenisey) , Beta Yayıncılık, İstanbul 1989.
- Kaymaz, Seydi/Gökcan, Hasan Tahsin;** 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Kelsen, Hans;** “Nedensellik ve İsnadiyet” (çev. Zeki Hafızoğulları) AÜHF.D. C. XXXV. S1–4.
- Keskin, Kadri;** Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara 1994.
- Koca, Mahmut;** “YTCK’ de Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi S1, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2006.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Kunter, Nurullah;** Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954.
- Malkoç, İsmail/Yüksektepe, Mert;** Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, C.II, Malkoç Yayınevi, Ankara 2008.
- Ozansü, Mehmet Cemil;** Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Önder, Ayhan;** Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II İstanbul 1989.
- Önder, Ayhan;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005
- Özbek, Veli Özer;** “5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, S.5, İstanbul Ocak 2005.

- Özbek, Veli Özer;** “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi S.4, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2007.
- Özbek, Veli Özer;** TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C.I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet;** “Bilinçli Taksir”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2004.
- Özgenç, İzzet;** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin yayıncılık, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuri;** Uygulamalı Ceza Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK’ye Göre Yenilenmiş 8.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu;** Muzaffer Kast ve Taksir, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Roxin, Claus/İsfen, Osman;** “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri” (çev. Osman İsfen), Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006
- Schroeder, Friedrich Christian;** “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”(çev İzzet Özgenç), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya 1998.
- Soyaslan, Doğan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Sözüer, Adem;** TBMM’de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Hakkında Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları.
- Sözüer, Adem;** Suça Teşebbüs, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1994.
- Şen, Ersan;** Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu CI, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Taner, Tahir** Ceza Hukuku, Umumi Kısım, İstanbul 1949.

- Tezcan Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan;** Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin Görüşü, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar ve Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku , Ankara 2007
- Toroslu, Nevzat;** Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat/Ersoy, Yüksel;** “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı” Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayınları, Ankara 2004.
- Toroslu, Nevzat/Ersoy, Yüksel;** “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı” Türk Ceza Kanunu Reformu, 2.Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, DerTeoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.
- Turhan, Faruk;** “Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu Ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam Ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S. 4.
- Ünver, Yener;** “YTCK’de Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi S1, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2006.
- Ünver, Yener;** “Tıp Ceza Hukukunda Güven Ölkesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat–1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.
- Ünver, Yener;** Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.
- Ünver, Yener;** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Üzülmez, İlhan;** Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara 2003, s. 5
- Yarsuvat, Duygun;** “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel kurallar “ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S2.
- Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi/Teziç, Erdoğan/Bülbül, Erdoğan/Kocasakal, Ümit/Aksoy, Eylem/Memiş, Pınar/Kurt, Gülşah/Tansuğ, Çağla/Yılmaz, Didem;** Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantıları, Sunulan Raporlar ve Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa;** Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Yüce, Turhan Tufan;** Ceza Hukuku Dersleri, CI, Şafak Yayınevi, Manisa 1982.

Yargıtay İctihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları

(Hakemli Makele)

Ar. Gör. N. Kaan KARCILIOĞLU*

Özet

Suç işlemek amacıyla örgütlenmek, Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan bağımsız olarak suç haline getirilmiştir. Buna göre örgüt kurmak ve yönetmek ile örgüte üye olmak, cezalandırılan hareketler olarak belirlenmiştir. Ayrıca örgüt yapısına dâhil olmaksızın örgüt adına suç işlenmesi, örgüte yardım edilmesi ile örgütün propagandasının yapılması bağımsız birer suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçlara ilişkin açılan davalarda öncelikle bir suç örgütünün var olup olmadığının tesbit edilmesi gerekmektedir. Yargıtay, istikrarlı içtihatları ile, suç örgütünü, en az üç üyeden oluşan, hiyerarşik ve sürekli bir yapılanma çerçevesinde belirsiz sayıda suçları işlemeyi amaçlayan ve amaç suçları işlemeye elverişli bir yapıya sahip birleşmeler şeklinde tanımlanmaktadır.

Çalışma ile bu unsurlar detaylı olarak incelenip tek tek ne şekilde yorumlanmaları gerektiğine açıklık getirilmeye gayret edilmektedir. Bu bağlamda, Yargıtay kararları üzerinden söz konusu unsurların uygulamada nasıl anlaşıldığı ortaya konularak bu konuda öğreti görüşleri de dikkate alınmak suretiyle teorik açıklamalar getirilmek istenilmiş bu doğrultuda bir takım görüşler de ileri sürülmüştür. Çalışma, suç işlemek amacıyla örgütlenme fiillerinin nasıl tanımlanması gerektiğine ilişkin de lege feranda bir çalışma olmaktan ziyade, mevcut normların nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin bir açıklamadır.

Anahtar Kelimeler

Suç Örgütleri, Hiyerarşik yapılanma, Devamlılık, Belirsiz sayıda suç işleme kararı, Örgüt kurmak, yönetmek ve örgüt üyeliği.

Abstract

The Turkish Penal Code criminalizes acts of association for committing crimes as an independent offence. The actus reus is defined in article 220 of the TPC as establishing and directing such associations and becoming a member. Also, committing crimes in the name of, assisting, and making propaganda of an association are defined as related offences. Determining the existence of a criminal association is a prerequisite for conviction in criminal proceedings related to one or more of these offences. The concept of "criminal association" has been defined by the Turkish Court of Cassation with consistent rulings, as an association which requires at least three participants, is permanent and organized in a hierarchical manner, with sufficient number of members, having necessary means, and having the aim to commit undefined number of crimes.

This work aims to provide an explanation of these elements in detail. For this purpose the precedents of the Turkish Court of Cassation and the opinions expressed in related literature are analyzed. Rather than providing a de lege feranda view on the concepts in question, this paper attempts to provide an explanation to legislation in force.

Keywords

Criminal Associations, Hierarchical structure, Permanency, Committing undefined number of crimes, Founding, commanding and participating criminal associations.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Araştırma Görevlisi.

Giriş

İnsanların serbestçe bir araya gelme, ortak bir amaç için organize olma hakları, gerek Anayasamızın gerekse çeşitli milletlerarası sözleşmelerin hükümleri ile garanti altına alınmıştır. Bu özgürlüğün, suç işlemek amacıyla kurulacak örgütleri kapsamadığı açıktır.

Kişilerin bir örgüt yapılanması çerçevesinde suç işlemek amacıyla birleşmeleri amaç suçların işlenmesini kolaylaştırması ve söz konusu yapının kamu barışı açısından doğrudan doğruya bir tehdit oluşturması gibi gerekçelerle ayrıca suç olarak tanımlanmıştır.

Ülkemizde suç örgütlerine ilişkin başlıca hükümler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220 ve 221. maddeleri ile 78, 314 ve 315. maddelerinde; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun ise 7. maddesinde yer almaktadır. Bu maddelerin dışında da, bazı suçların örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesini nitelikli hal olarak kabul eden hükümler mevcuttur.

İncelememiz, TCK'nin 220 ve 221. maddelerinde düzenlenen, suç işlemek amacıyla kurulan örgüt kavramı çerçevesinde yapılacak olup, amacımız, Yargıtay'ın bu maddeye ilişkin, süreklilik kazanmış içtihatlarında örgütün varlığı için aramakta olduğu koşullara açıklama getirmeye çalışmaktır.

Bu doğrultuda, Yargıtay'ın birçok kararında, örgütün varlığını değerlendirmek için adeta bir kalıp olarak kullanmakta olduğu kriterleri¹ ele alarak, yüksek mahkeme uygulamasını tartışarak analiz edeceğiz.

1 Ceza Genel Kurulu ve farklı daireler kararlarında söz konusu kriterlere açık veya örtülü olarak istikrarlı bir şekilde dayanmaktadır: "5237 sayılı Yasanın 220. maddesi anlamında bir örgütün varlığından bahsedebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki içerisinde, devamlı bir şekilde amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir. Tanımdan da görüleceği üzere suç işlemek için örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için, a- Üye sayısının en az üç veya daha fazla kişi olması gerekmektedir. b- Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalıdır. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişki olmazdır. c- Suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün olmakla birlikte, zorunluluk arz etmemektedir. Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla cezalandırılmasının yanında, ayrıca işlenen suçtan da cezalandırılacaktır. d- Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil ancak iştirak iradesinden söz edilebilecektir. e- Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip olunması gerekmektedir." (Yargıtay CGK, 3.4.2007 T., 2006/10-253 E., 2007/80 K.), aynı doğrultuda: Yargıtay 10. CD, 25.12.2008, 13985/19560; 10. CD, 13.3.2008, 544/4308; Yargıtay 6. CD, 9.6.2009, 1030/10354; 6. CD, 7.10.2008, 2007/23786, 2008/25075; 6. CD, 9.6.2009, 1030/10354, ile Akkaya, Çetin; Örgüt Suçu – Uyuşturucu Madde ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.162 – 163, dn. 150'de anılan birçok karar.

I. Suç İşlemek İçin Örgütlenme Fiillerine İlişkin Genel Değerlendirme

TCK'nin 220. maddesinde tanımlanan suç işlemek amacıyla örgütlenme fiilleri ile kamu düzeninin ve barışının bozulması tehlikesi ortaya çıkmakta, örgütün amaç suçları daha kolay işlemesine zemin sağlanmakta ve bireylerin demokratik bir hukuk devletinde huzur ve barış içinde yaşama haklarının kısıtlanması ihtimali artmaktadır.

Bu suçun, esasen başka suçları işlemek için bir hazırlık hareketi niteliğindeki fiilleri cezalandırmakta olduğu Türk doktrinde genel olarak kabul edilen görüştür². Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ise, ceza hukukunun tartışmalı ve bireysel özgürlükler açısından tehlike doğuran bir konudur³.

Örgüt suçu teşkil eden fiillerin cezalandırılması, bunlar hazırlık hareketi olarak kabul edilsinler veya edilmesinler, bu yapılmaya ilişkin, dış dünyaya yansıyan, somut eylemler çerçevesinde değerlendirilmelidir⁴. Suç işlemek amacıyla örgütlenmenin ayrı bir suç olarak tanımlanması, temel ceza hukuku prensiplerinin sınırlarında bir durum teşkil ettiğinden dolayı, suçun oluşması için aranan şartlar her olayda titizlikle değerlendirilmeli ve örgütte kurucu veya yönetici olduğu iddia edilenler ile üye olanlar veya üye gibi cezalandırılanların durumları tek tek tartışılmalı, örgütün tamamen dışında olup yalnızca örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara iştirak edenler ayırt edilmelidir.

Öte yandan bu gibi örgütler, kamu düzenini ve barışını tehdit eden, suç işlenmesi kolaylaştıran ve kurumsallaştıran, işlenen suçların ortaya

2 Özgenç, İzzet; Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.19; Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.6228; Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer; Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 3, Ankara, 2010, s.3488; Önder, Ayhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.426; Sancar, Türkan Yalçın; Çok Failli Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s.148. Yargıtay'da öteden beri bu görüştedir: "Ceza hukukundaki genel ilkeye bir istisna getirilmek suretiyle toplum yararına, hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır" (Yargıtay CGK, 13.4.1987, 8-42/211), ayrıca, Yargıtay CGK, 3.2.1986, 509/42 (Kararlar için bkz: Savaş, Vural/Mollamahmutoglu, Sadık; Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998). Bu görüş madde gerekçesinde de tekrar edilmiştir.

Aksi görüşte: Özek, Çetin; "Organize Suç", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s.198.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz: Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 12. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, s.421 vd.

4 Benzer görüş: Kavlak, Cihan; Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.339.

çıkarılmasını ise zorlaştıran bir etki yaratmaktadır. Organize yapının bünyesinde ekonomik kaynaklar birikmekte ve bu durum örgütün giderek büyüyerek, etki alanını genişletmesine de yol açabilmektedir⁵.

Tüm bu nedenlerle, suç işlemek amacıyla kurulan örgütler, toplumsal yapının işleyişinde büyük bir tahribat oluşturmakta, bu tahribatın yarattığı etki nedeniyle ise, örgütlü suçlarla mücadele için özel yöntemler geliştirilmektedir⁶. Bu gibi özel yöntemler, doğaları itibarıyla bireylerin temel haklarına yönelen ve bunların kısıtlanması sonucunu doğuran nitelikte olup, örgüt suçlarının soruşturma ve kovuşturma aşamaları, pek çok kez sanık haklarının ölçsüz şekilde ihlâli sonucunu doğurmaktadır⁷.

Bu suçlar için öngörülen özel koruma tedbirleri, bu suçlarla ilgili yürütülen soruşturmaların basına yansımaya biçimi nedeniyle, örgütün parçası olduğu iddia edilenler kamuoyunda damgalanmakta ve örgütün işlediği tüm suçların bir parçasıymış gibi algılanmaktadır. Çoğu kez birçok kişi hakkında başlatılan soruşturmalar, bunların bir kısmı hakkında takipsizlik kararı verilmesi ile sonuçlanmakta, kalanların bir kısmı ise yapılan kovuşturma neticesinde beraat etmektedir.

Gerek bu gibi örgütlenmelerin sebep olduğu tehlike hali, gerekse bunlarla mücadele edilirken izlenen yöntemler nedeniyle, hak ihlallerinin önlenmesi açısından bir denge arayışı ortaya çıkmıştır⁸. Zira örgütler ile soruşturma makamlarının mücadelesinde de bireylerin temel hakları tehlikeye girmektedir. Bu durum, mücadelenin dozunun iyi ayarlanması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır.

Bu konuda pek çok açıdan farklı araştırmalar yapılması mümkün ve gereklidir. Biz çalışmamızın kalan kısmında, yukarıda değindiğimiz hususları da gözönünde bulundurarak, Yargıtay'ın, artık istikrar kazanmış şekilde uyguladığı, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgütün var olup olmadığına ilişkin unsurları tartışarak, hangi birleşmelerin örgüt olarak kabul edilebileceklerine açıklık getirmeye çalışacağız. Bu şekilde,

5 Özek; s.195 vd.; Alacakaptan, Uğur, "Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s.25; Özgenç; s.19.

6 Örgütlü suçlulukla mücadele için uygulanan özel tedbirler ve bunların ayrıntılı şekilde değerlendirilmesi için bkz: Erdem, Mustafa Ruhan; Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

7 Bu husustaki görüş ve öngörülmesi gereken temel prensipler için: Özek; s.195, 229.

8 Erdem; s.25.

suç işlemek amacıyla kurulan örgütlere ilişkin suçlar açısından bir ön şart niteliğinde olan örgütün varlığının kabul edilebilmesi için gerekli koşullar açısından bir takım tartışmaları da ortaya koymayı amaçlıyoruz.

II. Suç İşlemek İçin Kurulan Örgütün Varlığının Kabul Edilebilmesi İçin Bulunması Gereken Asgari Unsurlar

A. Üye sayısının en az üç kişi olması

1. En az üç üye sayısına dâhil olanlar

“Üye sayısının en az üç kişi” olarak belirlenmesi bu sayıya kimlerin dâhil olabileceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Örgüt içindeki görevi üye olmak şeklinde belirlenenlerin bu sayıya dâhil oldukları konusunda kuşku yoktur.

Bir suç örgütüne katılma iradesine sahip olan, örgütlenmeye dâhil olma saiki ile hareket eden ve örgüt tarafından kabul gören, örgüt disiplinine ve hiyerarşisine bağlı ve bu konumda makul bir süre geçiren kişiler örgütün üyesi olarak kabul edileceklerdir⁹. Üye olduğu kabul edilecek kişinin “suç örgütüne” bilerek ve isteyerek üye olması gerekmektedir¹⁰. Yoksa yalnızca belirli bir takım suçları işlemek amacıyla mevcut bir örgütle hareket eden kişi örgüt üyesi haline gelmez¹¹. Keza örgüt ya-

9 Özek; 242; Evik, Vesile Sonay; Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.256 vd.; Özgenc; 27 – 28; Kavlak; s.369. “Dosyada mevcut cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçundan yargılanıp mahkûmiyet hükmü kesinleşen M.Ş.A. liderliğindeki şirinler çetesinin cezaevindeki üyelerinin ibtifaçlarını karşıladığına, çete liderinin bir takım işlerini yapıp yine adliyedeki bir takım işlerini takip ettiğine ilişkin sanığın beyanları, sanığın tabliye olan Şirinler çetesi lideri M.Ş.A.’yı karşılamaya giden çete üyeleri arasında olup gözetilme alındığına ve adli tabkikat yapıldığına dair 27.4.2002 tarihli soruşturma evrakları ile yine dosya arasında mevcut bu çete ile ilgili olarak şartlı tebdit, suça azmettirmek ve baksız menfaat temin etmeye çalışmak suçlarından gözetilme alındığına ve adli tabkikat yapıldığına dair 17.10.2001 tarihli soruşturma evrakları ile yine sanığın adı geçen çetenin üyesi olmaktan kesinleşmiş 2 yıl 6 ay ağır hapis cezası bulunan A.A.’nın ilamına ait infaz evraklarının geciktirilmesi için adliye personeli sanıklar M. ve B.’den talepte bulunduğu ilişkin deliller ve tüm dosya kapsamından sanığın silahlı suç örgütü üyesi olduğunun anlaşılması karşısında...” (Yargıtay 8. CD, 20.11.2007, 2006/8617, 2007/7955, karar için bkz: Akkaya; s.108); “... örgüt üyesi olmak için makul bir sürenin geçmiş bulunduğu belirlenmesi karşısında...” (Yargıtay 6. CD, 25.2.2009, 2008/15466, 2009/4055, ayrıca bkz. dn. 79).

10 Alacakaptan, Uğur; “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s.53 ve 58; Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.455; Özgenc; s.28. Doğal olarak örgütün cürmi nitelik taşıdığına da biliniyor olması gerekir, Alacakaptan; (2004b), s.53.

11 Alacakaptan; (2004a), s.28. Yargıtay 10. C.D., 19.11.2009, 11535/18078: “Sanığım ... 2. Diğer sanıklar Admir, Zekirja ve Adnan arasında oluşturulan örgütsel yapılanmaya dâhil olduğuna ilişkin yeterli ve kesin delil bulunmadığı gözetilmeden... a) örgüte üye olma suçundan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi, b) koşulları bulunmadığı halde, ... TCK'nin 188. maddesinin 5. fıkrasının uygulanması”.

pılanması ile hukukî zemin içinde kalarak ilişki kuranlar, bir suç örgütü ile karşı karşıya olduklarını bilseler dahi olsa örgüt üyesi olarak kabul edilemezler¹². Aynı şekilde, bir hakkın kullanılması suretiyle, meselâ haber yapmak, görüş belirtmek, hukuka uygun şekilde bir takım materyaller bulundurmamak suretiyle örgüt üyesi haline gelmek de mümkün değildir. Bahsettiğimiz eylemler yardım etmek olarak da kabul edilemez¹³. Bu gibi ihtimallerde örgütün propagandasını yapmak, suç işlemeye tahrik etmek gibi başka suçların oluşabileceği düşünülse bile, bunlar açısından yapılacak değerlendirmenin de, ifade özgürlüğüne ilişkin genel kurallar çerçevesinde kalması şarttır¹⁴.

Gene, örgüte üye olduğunun kabul edilebilmesi için bu durumun fiilen gerçekleşmesi gerekir. Yani, kişinin sadece sempatan olması, üye olmak üzere bir takım hareketlerde bulunması üyelik sıfatının var olduğunu kabul için yeterli değildir¹⁵. Kişilerin örgütün asli amacı için gerekli olan malzemeleri bulundurmamak, bunları gerektiğinde örgüte iade etmek üzere saklamak gibi eylemleri de başlı başına örgüte üye olduğunun kabulü sonucunu doğurmaz¹⁶. Üyelik için örgüte

- 12 “Sanık K.’nin suç örgütü yöneticisi S.P.’in 19001 yevmiye nolu vekâletnameye dayalı avukatı olup suç örgütü üyesi olması bakımından, Mahkemece kanıt olarak kabul edilen iletişimin tesbitine ilişkin tutanaklar incelendiğinde, konuşmaların sanığın avukatlık mesleğinin gereği olarak büküksal yardım sınırları içerisinde bulunduğu saptanması karşısında; adı geçen suç örgütü üyesi olduğuna dair mahkumiyetine yeter, kesin inandırıcı, somut ve hukuka uygun kanıtlar bulunmadığı ve mevcut kuşkunun sanık yararına yorumlanması gerektiği gözetilmeden...” (Yargıtay 6. CD, 7.4.2008, 2007/15181, 2008/9038).
- 13 Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre yardım etme fiillerinin maddi nitelik taşıması gerekir: “3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesi ile 5237 sayılı TCY’nin 220/7. maddesinin unsurları benzerlik arzettekte ve bir kısım fiiller her iki maddede de düzenlenmiş bulunmakta ise de, uygulamada benimsenen en ayırıcı ölçüt yardım fiillerinin maddi nitelikte bulunup bulunmamasıdır. Maddi nitelikteki yardım fiilleri suç tarihinde yürürlükte bulunan normlar dikkate alınmak suretiyle 5237 sayılı TCY’nin 220/7. maddesi kapsamında, maddi nitelikte olmayan fiiller ise 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.” (Yargıtay CGK, 12.12.2008, 2007/9-230, 2008/23, karar için bkz: www.yargitay.gov.tr)
- 14 Ayrıntılı tartışma için bkz: Akkaya; s.21 vd; Kavlak; s.404 vd.
- 15 “Yerleşik yargısal kararlarda belirlenen ilkelere göre, failin salt silahlı örgüte ilgi duyması, örgüte katılmak için zemin arayışına girmesi, bu amaçla kendisini örgüte ulaştırabilecek kişilerle temasa geçmeye çalışması ve örgüt mensuplarıyla görüşüp buluşmadan salt örgüte katılmak amacıyla başka bir bölgeye yolculuk yapması silahlı örgüt üyeliği suçunun oluşumu için yeterli değildir.” (Yargıtay CGK, 10.6.2008, 2007/9-270, 2008/164, karar için bkz. www.hukukturk.com). Aynı yönde: Evik, Vesile Sonay; “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s.385.
- 16 “... [D]osya kapsamında sanıkların örgüt üyesi olduklarına ilişkin İ... Emniyet Müdürlüğü İstibarat Şube Müdürlüğü’nün mücerret iddiadan öteye gitmeyecek yazısı dışında herhangi bir kanıt bulunmamaktadır. Ancak, sanıkların evinin kömürlüğünde suça konu patlayıcı madde ve malzemelerin yapılan arama sonucunda bulunduğu ve yakalanan bu malzemelerin yasa dışı PKK/KONGRA-GEL örgütüne ait olduğu konusunda kuşku yoktur. Sanıkların savunmalarından da,

bir katkının yapılması şarttır. Yapılan katkının önemsiz nitelikte olması halinde, esasen bir katkının bulunduğundan da bahsedilemez. Bu katkı maddi nitelikte olabileceği gibi, örgütün emrine amade bulunduğu ve hiyerarşik yapıya dahil olduğunun açıkça veya zımnen ortaya konulması şeklinde de olabilir¹⁷. Ancak bütün bu haller üyeliğin kabulü için gerekli diğer koşullarla birlikte değerlendirilmelidir¹⁸.

Aşağıda maddenin lafzı dikkate alınarak, örgütün kurucu veya yöneticisi olanlar ile örgüt üyesi olmamakla beraber üye gibi cezalandırılanların durumu ayrıca değerlendirilecektir. Yalnızca örgütün propogandasını yapanların söz konusu hesaba katılmayacakları konusunda kuşku bulunmamalıdır. Tartışılacak bir diğer husus, isnat yeteneği bulunmayanların örgüt üyesi olarak sayılıp sayılmayacağıdır. Gene örgüte tek taraflı irade beyanıyla üye olunmasının mümkün olup olmadığı da ayrıca değerlendirilecektir.

1) Örgütün kurucu veya yöneticisi durumunda olanlar

TCK'nin 220/1. maddesine göre, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün varlığından bahsedebilmek için "**örgütün üye sayısının en az üç kişi olması**" gerekmektedir. Bu konuda sorulması gereken ilk soru, sözü geçen üç üye koşuluna örgütün kurucusu veya yöneticilerinin dâhil olup olmadığıdır.

Maddenin birinci fıkrasında, **örgütü kuran** veya **yönetenlerin** cezalandırılacağı hükme bağlanmakta, ikinci fıkrasında ise kurulmuş olan örgüte **üye olanların** cezalandırılacağı söylenmektedir. Hükümde, örgütün sadece üyesi olanlar ile örgütün kurucusu veya yöneticisi konumunda olanlardan farklı şekilde bahsedilmiştir. Böyle bir ayırımın yapılması maddenin bu kısmında zikredilen üye ifadesinden, örgütte yalnızca "üye" konumunda olanların kastedildiği sonucunu doğurabilir¹⁹.

bu örgütün amacını bildikleri açık bir şekilde anlaşılmalıdır. Bu nedenle sanıkların, amacını bildikleri yasadışı silahlı örgüte ait vahim miktardaki patlayıcı maddeleri saklamak eylemleri, silahlı örgütler bakımından 'yardım eden' kavramı ile ilgili özel bir düzenleme olan 5237 sayılı TCY'nin 315. maddesinde düzenlenen suça uymaktadır. (Yargıtay CGK, 24.2.2009, 2008/78, 2009/39, www.hukukturk.com, Erişim: 9 Mart 2011).

17 Evik; (2004b), s.383.

18 Ayrıca bkz: Yaşar/Gökcan/Arıç; s.6235 vd.; Parlar/Hatipoğlu; s.3491 vd.; Özgenç; s.27 vd.

19 Madde gerekçesi de bu konuda yol gösterememektedir. Zira, gerekçenin konu ile ilgili kısmı, madde metnine, "*Ancak, örgütün varlığı için, üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.*" cümlesi eklenmeden önceki hale ilişkindir.

Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 416 ve 416 bis maddelerinde, üç veya daha fazla kişinin bir araya gelerek oluşturduğu örgütten bahsedilmektedir. Bizde de benzer bir ifade kullanılarak bu konuda tereddüt oluşmasının önüne geçilmeliydi.

Öte yandan, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313/6. maddesi, "...teşekkül, iki veya daha fazla kimsenin birlikte cürüm işlemek amacıyla etrafında birleşmesi ile oluşur" ifadesini kullanarak bu gibi tartışmaları engellemiş ve iki kişinin bir araya gelmesini, açıkça, örgütün varlığı için yeterli kabul etmişti.

Yargıtay, bu maddeye ilişkin uygulamalarında, bahsettiğimiz duruma değinmeden, somut olayda sanık (fail) sayısının en az üç kişi olması halinde, örgütün varlığına ilişkin diğer koşulları değerlendirmektedir²⁰.

Doktrinde de, "üye sayısının en az üç kişi olması gerekir" ifadesinden, örgütün yöneticileri veya kurucularının dışında üç üye bulunması gibi bir anlam çıkarıldığına rastlamadık²¹.

Kanımızca bir kanun metninde, belli bir tanıma bağlanmış olan veya belli bir hususu tanımlamak için kullanılan ifadeler, ilgili diğer metinlerde de o tanım çerçevesinde değerlendirilmelidir. TCK'nin 220. maddesinde, örgütün kurucuları, yöneticileri ve üyelerinden aralarında fark olduğunu belli edecek şekilde bahsedilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında "kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla **örgüt kuranlar** veya **yönetenler**"den bahsedilmekte ve bu fiilleri ika edenlerin cezalandırılacakları hükme bağlanmaktadır. İkinci fıkra ile "örgüte **üye olanlar**"ın cezalandırılacağı kabul edilmektedir. Bu hükümler ile örgütün kurucusu olmak, örgütü yönetmek ve örgüte üye olmak ayrı eylemler olarak tanımlanmıştır.

20 "Somut olaya bakıldığında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlilikte olduğu anlaşıl-makta ise de, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı ve bu olay dışında işlenmiş suç tesbit edilmediği gibi, işlenmesi planlanan suçlara ilişkin maddi delil elde edilmemesi karşısında..." (Yargıtay 10. CD, 25.12.2008 T., 2008/13985-19560). "Somut olayda örgüt oluşturmak için sayısal yeterliliğin bulunduğu anlaşılmakta ise de; failer arasında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanamamıştır" (Yargıtay 10. CD, 5.2.2005 T., 2009/16498 E., 2010/2335 K).

21 Özgenç, "örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir" hükmünü, örgütü oluşturacak kişi sayısının en az üç olması aranmaktadır şeklinde yorumlamaktadır: Özgenç, s.23. Keza, Toroslu da bu tartışmaya girmeden "bu suçun işlenebilmesi için üç veya daha fazla kimsenin birleşmesi, yani en az üç kişinin katılması gerekir." demektedir: Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2008 s.260. Benzer şekilde: Kavlak; s.353 vd.

Keza 221. maddede de, örgütün kurucu, yönetici ve üyelerinin etkin pişmanlık hükümlerinden ne şekilde yararlanabilecekleri konusunda düzenleme yapılırken, bahsettiğimiz ayırım çerçevesinde kural konmuştur.

İtalyan doktrininde örgüt üyesi, örgütü kuranlar veya yönetenler dışında kalmakla birlikte örgütün amaçlarını ve araçlarını benimseyerek verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olan kişiler şeklinde tanımlanmaktadır²². Bu tanımdan, İtalyan doktrininde de “üye” ibaresinin örgütün kurucusu veya yöneticisi konumunda olanları dışlandığını görmek mümkündür.

Kanun koyucunun, bahsettiğimiz bu kavramları birbirinden farklı olarak ve bilinçli şekilde kullandığı bellidir. Dolayısıyla, “*örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir*” hükmünde yer alan, “*üye sayısı*” ifadesinin de, aynı maddede yer alan “*üye*” kavramından farklı yorumlanması ve aynı madde içinde geçen “üye” ibaresinin iki farklı yoruma tâbi tutulması kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

ii) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt üyesi gibi cezalandırılanlar

TCK'nin 220. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında, sırasıyla, “*örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen*” kişiler ile “*örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden*” kişilerden bahsedilmektedir. Örgüte üye olmamakla birlikte, örgüt üyesi olmak suçunun cezasına çarptırılmaları öngörülenlerin²³ durumları ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

22 Evik; (2004a), s.256 – 257; Insolera, Gaetano; Diritto Penale e Criminalità Organizzata, Il Mulino, 1996, s.63 – 64. Kişinin örgüt programını ve amaçlarını benimseyerek bunlara katılma iradesini dış vurmasının yeterli olduğunun kabul edilmesinin, ceza hukukunun yalnızca dış dünyaya yansıyan maddi eylemlerle ilgili olmasını öngören temel prensiplere aykırı düşeceği kabul edilmiştir (Bkz: Insolera; s.63 – 64; Evik; (2004a), 257). Bundan, üyeliğin kabul edilebilmesi için yalnızca maddi bir katkı sağlanmasının gerekli olduğu anlaşılmalıdır. Ancak her halükârda kişinin örgütün bir parçası olduğunun, verilecek talimatları uygulamaya hazır olduğunun, kuşkusuz bir şekilde kabul edilebilmesini sağlayacak bir takım hareketlerinin bulunması gerekecektir.

23 “*Sanıklar İşat, Hakan, Özgür liderliğinde kurulan örgüt çatısı altında, tam bir işbirliği, eylemleri paylaşım anlayışı ile disiplinli biçimde hareket ederek; sanıkların önceden tesbit ettikleri işyerlerinden geceleyin birlikte bilgisayar, televizyon ve benzeri malzeme çaldıkları ve çalınan malzemeleri sanık İşat'ın Kızılay'da bulunan iş yerine getirerek buradan örgüte üye olmayan diğer sanıklar aracılığı ile satarak işleri organize ettikleri, sanıklar Selahattin, Özgür, Aydoğan, Mehmet, Sedat, Ferhat ve Yaver örgütün hiyerarşi yapısına dahil olmamakla birlikte, örgütün hırsızladıkları malzemeleri satarak, örgüte bilerek ve isteyerek yardım ettikleri, sanıklar Uğur ve ... Karakaya'nın örgüte üye olmamakla birlikte örgüt lideri sanık İşat ile birlikte örgüt adına hırsızlık suçu işledikleri...*” (Yargıtay 1. CD, 17.2.2010, 2009/3334, 2010/1352).

a) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyenler

220. maddenin altıncı fıkrasında yer alan ifade aynen şöyledir: “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır.”

Söz konusu fıkrada yer alan tek cümlemin ilk kısmında açıkça “**örgüte üye olmamakla birlikte**” denilmekte, ancak ikinci kısımda, “**örgüte üye olmak suçundan cezalandırılır**” ibaresi kullanılmaktadır²⁴. Bu şekilde, söz konusu kişilerin, örgüt adına suç işlemeleri durumunda, örgütün varlığı için gereken üç kişilik sayıya dâhil edilip edilmeyecekleri tartışmaya açık hale gelmektedir. Zira, fıkra metnine göre, bu kişiler esasında örgüte üye değildirler, fakat örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaları öngörülmektedir. Buna göre, örgütün sağladığı etki-den veya kolaylıklardan yararlanarak veya örgüte destek olmak amacıyla, örgüt adına suç işleyen kimseler, aynı zamanda örgüt üyesi olmak suçundan da cezalandırılacaklardır. Söz konusu kimseler, filleri ile örgütün faaliyet alanını ve gücünü artırmaktadır.

Örgüt adına suç işlemek ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği ayrı ve detaylı bir çalışmanın konusunu teşkil etmektedir²⁵. Biz, çalışmamızın kapsamı çerçevesinde, bu sıfatı taşıdığı kabul edilen kişilerin, örgütün varlığının kabulü için gerekli olan en az üç kişiye dahil olarak kabul edilip edilemeyeceklerini değerlendireceğiz.

Kanımızca bu kişiler, örgütün varlığı için aranan üç kişinin hesabında dikkate alınmazlar. Çünkü, madde birinci fıkrasında “**üye sayısının en az üç kişi**” olması aranmaktadır. Altıncı fıkrada ise açıkça “**örgüte üye olmamakla birlikte**” örgüt adına suç işlemekten bahsedilmektedir. Anılan kişiler, söz konusu fıkra hükmü uyarınca, hem işledikleri suçun, hem de örgüt üyesi olmak suçunun cezasına çarptırılacaklardır. Ancak bu kimseler örgütün yapısına dâhil olmayıp, zaten mevcut olan örgütün adına suç işlemektedirler.

Dolayısıyla kanun koyucu, örgütün gerçekten üyesi olanlar ile örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyenler arasında bir fark gö-

24 Yargıtay uygulaması da bu yöndedir: “Örgüt üyesi olmamakla birlikte, örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen kişi hem işlediği suçtan, hem de örgüte üye olmak suçundan ayrı ayrı cezalandırılır.” (Yargıtay 10. C.D., 10.2.2009, 2008/4774, 2009/1680).

25 Bu konuda bkz.: Özgenç; s.34 vd.; Kavlak; s.373 vd.

zetmiştir. Yaratılan farkın önemli sonuçlarından biri de, örgüte üye olmamalarına rağmen örgüt adına suç işleyenlerin üye sayısı hesabında dikkate alınmamaları gereğidir. Unutulmamalıdır ki, örgütün üye sayısının hesabı, örgütün var olup olmadığına karar vermek açısından önem taşımaktadır. Anılan fıkradaki eylem ise mevcut bir örgütün adına suç işleme eylemini cezalandırmaktadır. Bu bağlamda esasında mevcut olmayan bir örgütün var olduğu zannıyla suç işleyenler de bu madde kapsamında değerlendirilemezler.

b) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım edenler

Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmayıp, örgüte bilerek ve isteyerek yardım edenlerin örgüt üyesi olarak cezalandırılmalarını öngören hüküm de, bu kişilerin üç kişinin hesabında dikkate alınıp alınmayacakları açısından tartışmaya açıktır.

Yedinci fıkroda, altıncı fıkroda yer alandan farklı bir ifade kullanılmış ve “*örgüte üye olmamakla birlikte*” ifadesi yerine “***örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte***” denilmiştir. Öncelikle bu iki ifade tarzının, konumuz açısından farklı bir sonuç doğurup doğurmayacağı tartışılmalıdır.

Bir önceki fıkroda yer alan ifade, failin örgüte üye olmadığını açıkça ifade ederek, bu kapsamdaki failerin üye sayısının hesabında dikkate alınmayacağı konusundaki görüşümüze kuvvetli bir dayanak teşkil etmekteydi. Yedinci fıkroda tercih edilen, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmayan ancak örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi ifadesi de, dolaylı bir şekilde olsa da, esasen üye olarak sayılacakların dışındaki kişilerden bahsetmektedir. Kanun koyucu bu kişilerin üye sayısının hesabında dikkate alınmasını tercih etseydi “üye olarak cezalandırılırlar” yerine “üye sayılırlar”, “üye olarak kabul edilirler”, “üyesidirler” gibi bir ifade kullanırdı.

Bu grupta yer alanların üye kabul edilmemekle birlikte, üye olarak cezalandırılacaklarının ifade edilmesi, yalnızca örgüte yardım etmenin de örgüte üye olmakla eş değerde bir davranış olarak kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıca, yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız üzere, hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte yardım etmek, öncelik-

le bir örgütün varlığını gerektirir. Bir diğer ifade ile örgüte yardım etmek suçunun unsurlarından biri, yardım edilen bir suç örgütünün varlığıdır. Bu bağlamda, yardım eden sıfatını taşıyanların örgütün var olup olmadığını tesbit ederken hesaba katılması mantık hatası teşkil eder. Kaldı ki, hiyerarşik yapıya dâhil olmayan bir kimsenin, üye olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Yargıtay da bu kişilerin örgüt üyesi sayılmadıklarını ve bunlar hakkında, örgüt üyelerinin mükerrirlere özgü infaz rejimine tâbi kılınmasını düzenleyen TCK m. 58/7-9 hükmünün uygulanamayacağını kabul etmiştir²⁶.

iii) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara iştirak edenler

Örgüte dâhil olmamakla beraber örgüt üyesi gibi cezalandırılanlardan olmayıp, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara iştirak edenlerin durumu da ayrıca tartışılmalıdır. Bu kişiler örgüt yapılanması ile hiçbir bağlantıları olmamakla beraber, örgüt tarafından işlenen suçta iştirak etmektedirler.

Bu kişilerin sorumluluğu, yalnızca işlenmesine katıldıkları suçla ilişkin olarak, iştirak kuralları çerçevesinde belirlenecek ve ayrıca örgüt üyesi olmak suçundan dolayı ceza verilmeyecektir^{27,28}. Zira bu kişiler

26 "Sanık H.A. hakkında silahlı suç örgütüne bilere ve isteyerek yardım etme suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne ilişkin sanık müdafininin temyizine de gelince; 1- Örgüt mensubu olmayan sanık hakkında TCK'nin 58/7-9. madde ve fıkrasının uygulanamayacağıın gözetilmemesi..." (Yargıtay 8. CD, 9.7.2009, 942/10655, karar için bkz: Parlar/Hatipoğlu; s.3503).

27 Aynı yönde: Evik; (2004a), 259 – 260; (2004b) s.384 ve ayrıca bkz. dn. 88; Özgenç, s.46 – 47; Aydın, Devrim; Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 277 – 278. Özgenç, atf yaptığımız bu görüşüne örgüte yardım edenlerin sorumluluğunu tartıştığı kısmın sonunda yer vermektedir. Sayın yazar "örgüt mensubu olmayan kişinin yaptığı yardım"dan bahsetmekte ve fikrini bu çerçevede ileri sürmektedir: "Örgüt mensubu olmayan kişinin yaptığı yardım, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen somut bir suçla bağlantılı olabilir. Bu durumda yapılan yardım, işlenen somut suçta iştirak olarak değerlendirilmelidir. Örgüte bakım olan hiyerarşik yapı içinde yer almayan kişi, işlenen suçta iştiraktan dolayı cezalandırılmakla beraber, ayrıca örgüt üyesi olarak cezalandırılmayacaktır." Biz, konuya açıklık getirmek amacıyla, görüşümüzün yalnızca suç iştirak bahsinde geçen, "yardım eden" sıfatını taşıyanlar açısından değil, failler ve azmettirenler açısından da geçerli olduğunu ifade etmek isteriz. Bu bağlamda Evik'in bu yönde ifade ettiği görüşe iştirak ediyoruz, bkz: Evik; (2004a), s.259 – 260.

28 Akkaya, örgüte üye olmak eylemini incelerken, suçun oluşumu için "... suçun oluşumu için örgüt üyeliğinin her olayda ayrı ayrı tartışılarak failin örgüte katılma iradesinin bulunup bulunmadığının saptanması" gerektiğini söyleyerek dolaylı olarak bu fikri desteklemektedir: Akkaya, s.18. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir: "Tornacılık işi yapan sanığın, aralarında önceden anlaşış bölümlü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla kurulan suç örgütüne üye olarak suç işlediğine dair yeterli delil bulunmadığından, beraati yerine yazılı biçimde mahkûmiyet hükmü kurulması" (Yargıtay 8. CD, 12.3.2009 T., 2008/4959 E., 2009/3809 K. karar için bkz: Akkaya, s.18, dn. 27). Yargıtay bir başka kararında da: "Somut olayda; sanığın suç işlemek için sadece C.S. ile anlaşığı, Eski TCK'nin 403/5-6-7. madde-

örgüt yapılanmasının kamu barışına ve düzenine yönelik olarak yarattığı tehlikenin ortaya çıkmasına katkıda bulunmamakta, örgütün faaliyetlerine ve amaçlarına katılmamakta, bunları da benimsememektedir. Bu gibi kişilerin, dâhil olmadıkları bir yapıdan sorumlu tutularak cezalandırılmaları söz konusu olamaz.

Meselâ, uyuşturucu madde ticareti yapmak üzere kurulan örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir uyuşturucu madde ihracı eylemine, ilgili maddeyi taşımak için gerekli olan belgeleri temin etmek veya maddeyi yurtdışından Türkiye'ye taşımak şeklinde katılan bir kimse, bu fiilinden dolayı genel iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu tutulacaktır²⁹. Keza, göçmen kaçakçılığı suçunu işlemek için kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde, yurtdışından ülkeye sokulan göçmenleri ülke içinde, bir ücret karşılığında, kendi kamyonuyla taşıyan kişi de yalnız bu eyleme katıldı diye örgütün üyesi haline gelmez³⁰. Gene örgüt tarafından alınan karar çerçevesinde, bir kişiyi öldürmesi için anlaşılan kiralık katil, bu eylemi gerçekleştirmekle örgüt üyesi olmaz.

Bu durumda, örgütün işlediği suçların bir veya birkaçına iştirak eden (katılan), ancak örgüt yapılanmasına dâhil olmayan kişilerin, örgüt üyesi olarak kabul edilmemeleri dolayısıyla, örgütün üye sayısının hesabında da dikkate alınmaları söz konusu olmayacaktır.

leri uyarınca cezalandırılan diğer sanıklarla irtibatı olduğuna ilişkin dosyada herhangi bir bilginin bulunmadığı nazara alınmadan; kimlerin oluşturduğu hangi örgüte üye olduğu açıklanıp tartışılmadan yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması," (Yargıtay 10. C.D., 27.11.2006/3435-13152, Parlar/Hatipoğlu, s.3527'den alınmıştır.) şeklinde sonuca varmış, örgütün işlediği suçta katılan herkesin örgüt üyesi olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Başka bir kararda ise "... belirli bir suçun işlenmesi için bir araya gelinmesi halinde iştirak ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerekeceği..." denilmektedir (Yargıtay 10. C.D., 5.2.2009, 2008/14257, 2009/1312).

29 "İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nce yapılan yargılama sonucunda ... sanıklar B.B. ... hakkında örgüte üye olma suçundan beraatlerine, uyuşturucu madde ticareti yapmak suçlarından mahkûmiyetlerine ... karar verildiği, hükümlerin C. Savcısı, sanıkların müdafileri ve sanık B.B. tarafından temyiz edildiği... anlaşıldı.

...B. Sanık B.B. Hakkında örgüte üye olmak suçundan kurulan beraat hükmünün incelenmesi: Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden, sanık B.'nin diğer sanıklar tarafından oluşturulan örgütün hiyerarşik yapılanması içerisinde yer almadığı gibi örgütün varlığını bilerek ya da örgüt adına hareket etmediği anlaşıldığından tebliğnamedeki bozma düşüncesi benimsenmemiştir...". Aynı kararda sanık hakkında uyuşturucu madde ticareti suçundan verilen mahkûmiyet hükmü onanmıştır: Yargıtay 10. CD, 14.4.2010, 2009/11905, 2010/9075 (karar yayımlanmamıştır).

30 Yargıtay da örneğimize benzer bir olayda şu karara varmıştır: "9.10.2003 tarihindeki göçmen kaçakçılığı için bir olaya mabsus diğer sanıklarla bir araya gelen sanık B.T.'nin eyleminin, işbirliği ve eylemleri paylaşım anlayışı ve disiplini içinde hareket ederek süreklilik gösterir şekilde suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçunu oluşturmadığı gözetilmeden, göçmen kaçakçılığını örgütlü olarak işlediğinden söz edilerek tayin edilen cezada artırım yapılmaması..." (Yargıtay 8. CD, 18.2.2009, 2007/9225, 2009/2334).

Örgütün işledikleri suçlara iştirak maddi şekilde olabileceği gibi azmettirmek şeklinde³¹ veya yardım eden sıfatıyla da olabilir.

iv) İsnat yeteneği olmayanlar

İsnat yeteneği, bir kimsenin davranışından dolayı sorumlu olarak kabul edilebilmesi için için sahip olması gereken niteliklerdir³². Kişinin davranışından sorumlu tutulabilmesi için hareketlerinin anlamını kavrayabilme ve bunu isteme kabiliyetine sahip olması gerekir³³. Konumuz açısından sorun teşkil eden husus, isnat yeteneği bulunmayan kişilerin, örgütün üye sayısının hesabında dikkate alınıp alınmayacaklarıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, isnat yeteneğinin bulunmadığı kabul edilen kimseler, yukarıdaki soruya ne şekilde cevap verilirse verilsin, örgüte üye olmak suçundan dolayı sorumlu tutulamazlar.

Suç işlemek amacıyla kurulmuş örgütün, gevşek de olsa, hiyerarşik yapıya sahip bir organizasyon olduğu kabul edilmekle, bu örgütün üyelerinin de isnat yeteneğine sahip olduklarının kabulü gerekmektedir³⁴. Kanımızca isnat yeteneğine sahip olmayanların örgüt üyesi sayılarak, örgütün varlığı açısından hesaba katılacağı yönündeki görüş yerinde değildir³⁵. Zira isnat yeteneğine sahip olmayan kimseler suçun işlenmesinde kullanılan birer vasıta olmaktan öteye geçemezler. Halbuki, örgütlen-

31 "... 05.01.2006 tarihinde yapılan ibaleyi kazanamayan sanıklar Şinal ve İsmail'in, 06.01.2006 tarihinde yapılan ibaleyi iptal ettirmek için suç işlemek amacıyla kurulan 'Yuvalılar' isimli örgütün lideri sanık Bircan'ı azmettiren... "Yargıtay 6. CD, 18.12.2008, 2007/23201, 2008/25075, karar için bkz: Akkaya; s.66).

32 Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s.145.

33 Dönmezer/Erman; (Cilt: II), s.148; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.139.

34 Fiandaca/Musco; Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo; Diritto Penale Parte Speciale, Vol. I, 4. Basım, Zanichelli Editore, 2008, s.475; Yaşar/Gökcan/Artaç; s.6230; Toroslu; s.260 – 261; Önder; s.428; Akkaya; s.10.

35 Bu görüş için bkz: Hafizoğulları, Zeki/Kurşun, Günal; "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 71, 2007, s.36. Hafizoğulları'na göre, kişinin örgütün bir parçası olması bir şey, ona ceza verilir verilemeyeceğine ilişkin inceleme başka bir şeydir. Bu görüşe göre üç kişiden bir tanesinin isnat yeteneğine sahip olmaması örgüt olmaya engel değildir. Yazar da bu halde kişiye ceza verilemeyeceğini kabul etmektedir. Ancak bu durumunun kişinin suçun faili olarak kabulüne bir engel teşkil etmediği kanısındadır. Yazar devamla aynen: "Suçun faili olabilen kişi, suç örgütünü oluşturma suçunun da faili olabilir, ancak kendisine ceza verilemez, güvenlik tedbiri uygulanır. Böyle olunca, bir kimsenin, birçok çocuğu, bir suç işlemek amacı ile örgütleyerek suç örgütünü oluşturmaya imkânsız değildir. Bunun örneği, çocuklardan oluşturulan dilenci çeteleridir." demektedir. Benzer görüş: Boscarelli, Marco; "Associazione per Delinquere", Enciclopedia del Diritto, C.III, Giuffrè Editore, Milano, 1958, s.868.

me fiili, bu yönde bir irade beyanını, bilinçli hareketleri gerektirir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, isnat yeteneğine sahip olmadığı kabul edilen çocukları veya cezai sorumluluğu bulunmadığı kabul edilebilecek derecede akıl hastalığı olanları bir araya getirerek, haraç toplamaya başlayan bir tek kişi, meydana gelen bu topluluğun gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı fail olarak sorumlu tutulacak ve işlenen suçlar için TCK m. 37/2 uygulanacak ve verilen cezalar gerçek içtima kuralları çerçevesinde hesaplanacaktır.

On iki yaşından küçük çocuklara suç işlemeyi öngören bir toplulukta, bu çocuklar birer vasıta durumundadır. Bunlar, örgütün üyesi olarak kabul edilemez, örgütün üye sayısının hesabında da dikkate alınamazlar. Zaten örgütün varlığını kabul edilebilmek için gerekli asgari üye sayısına sahip bir yapının, isnat yeteneğine sahip olmayan kişileri kullanarak ve bunlar vasıtasıyla cebir, tehdit uygulayarak, meselâ haraç toplaması halinde, vasıta olan kişiler, örgütün yapı ve sahip olduğu araç – gereç, amaçlarını gerçekleştirmeye elverişlilik açısından dikkate alınacaktır.

Zira örgüte üye olmak bir irade açıklamasıdır ve bu gibi bir irade açıklaması ancak hareketlerinin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek kimseler tarafından yapılabilir. Bir başka ifadeyle böyle bir açıklamaya hukuk düzeninin bir anlam atfedebilmesi ancak bu durumda mümkün olur.

v) Örgüte tek taraflı irade beyanıyla üye olma sorunu

Örgüte tek taraflı irade açıklamasıyla üye olunmasının mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre üyelik için örgüt yöneticilerinin, başka üyelerin ve sair mercilerin iznine veya rızasına gerek yoktur. Buna göre bir kimsenin tek taraflı irade beyanıyla örgüte katılması mümkündür³⁶. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, örgüte tek taraflı irade açıklaması ile üye olunabilmesinin kabulü mümkün değildir³⁷. Zira, aksi görüş, örgütün organize ve hiyerarşik yapısının inkârı anlamına gelmektedir³⁸.

36 Özgenç; s.27; Parlar/Hatipoğlu; s.3490; Akkaya; s.18.

37 Evik; (2004a), s.260, 296; (2004b), s.384 - 385; Yaşar/Gökcan/Artuç; s.6235; Kavlak; s.370.

38 Aynı yönde: Yaşar/Gökcan/Artuç; s.6235.

Öte yandan, örgüte katılmanın resmi bir seramoni ile yapılmasına gerek olmayıp fiilen gerçekleşen katılım yeterlidir³⁹. Giriş töreni, kayıt gibi hususların bulunması gerekli olmamakla beraber, bu yönde delillerin varlığı da, bir kimsenin üye olduğunun ispatı için tek başına kanıt teşkil etmez. Üye olarak kabul edilebilmek için, kişinin bu niyetini dış dünyaya yansıyan hareketleri ile göstermesi ve örgütün de bu kişiyi kabul ettiğini gene dış dünyaya yansıyan bir takım hareketlerle belli etmesi gerekir. Ancak her iki durumun da zımmen gerçekleşmesi mümkündür. Meselâ bir kişi örgüt üyeleri tarafından kabul görmek için bir suç işlemesinin veya örgüte yardımda bulunmasının ardından, örgüt içindeki hiyerarşik yapılanmaya fiilen dâhil edilebilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, dâhil olma aşamasının, herhangi bir merasime tâbi olmasına gerek yoktur.

2. Üç üyenin bulunması koşulu ile örgütün kurulma ânı arasındaki bağlantı

Bu aşamada cevaplanması gereken bir başka soru, söz konusu üç üyenin bir araya gelmesi ile örgütün kurulma ânı arasındaki ilişkinin ne olduğudur. Örgütün varlığı için aranan üç üyenin vasfına ilişkin yaptığımız tartışma ve vardığımız sonuçtan bağımsız olarak, bu konuda hangi görüş kabul edilirse edilsin, suçun oluşması için örgütün en az üç üyesinin bulunması arandığına göre, en az üç üye (veya kişi) örgüt yapısına dahil hale gelmedikçe, örgütün kurulduğundan da bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, bir veya iki kişinin, suç örgütü oluşturmak için bir araya gelmeleri, bu konuda bir takım çalışmalar yapmaları, bu suçu oluşturmadığı gibi, ileride suçun işlendiği an tayin edilirken de dikkate alınmayacaktır⁴⁰.

Bu durumun suça teşebbüs bahsi açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Örgütlenme suçunun teşebbüse müsait olup olmadığına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ortaya konmuştur. Bir görüşe göre örgütün kurulmasına veya örgüte üye olarak katılma fiillerine teşebbüs etmek mümkündür⁴¹. İtalyan Yargıtayı'nın da kabul ettiği görüşe

39 Evik; (2004a), s.260.

40 Hafizoğulları/Kurşun; s.32: "... yeterli sayıda kişinin çete olmak konusundaki iradelerini karşılıklı olarak ortaya koymalarından önceki hareketler; hazırlık hareketleridir; serbest hareketlerdir; cezalandırılmazlar."

41 Bkz: Boscarelli; s.871; Evik; (2004a), s.294 vd.'nda sayılan yazarlar.

göre, örgütü kurmak, yönetmek gibi fiillere teşebbüs mümkün değilken, mevcut bir örgüte üye olmak teşebbüse müsait bir fiil olarak kabul edilmektedir⁴². Bir diğer görüşe göre ise, örgütlenme suçuna ilişkin fiillere teşebbüs etmek mümkün değildir⁴³. Öte yandan örgüt kurma fiiline teşebbüsün mümkün olduğu, zira bu gibi hallerde kurmaya yönelik eylemlere başlanıp elde olmayan nedenlerle bu eylemlerin sonuçsuz kalması gibi bir durumun söz konusu olabileceği söylenmektedir⁴⁴. Yargıtay, örgüte yardım suçuna teşebbüsün mümkün olduğu yönünde kararlar vermektedir⁴⁵.

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, üç kişiden oluşan ve suç işlemek amacıyla bir araya gelmiş her yapılanmanın, TCK m. 220 kapsamında bir örgüt olduğu sonucu da çıkarılmamalıdır. Örgütün varlığı, en az üç üyeye sahip olmakla birlikte diğer koşulların da gerçekleştiği anda kabul edilebilecektir. Yani, suçun işlendiği an, en erken üç üyenin bir araya geldiği ancak her halükârda tüm bu koşulların oluştuğu andır⁴⁶. Bu koşullar ortadan kalktığında, üye sayısı için altına düştüğünde, örgüt dağıldığında suç da sona erer⁴⁷.

3. Örgütün kurucusu olma sıfatı ile kuruluş sırasında bulunma arasındaki ilişki

Peki, eğer üçüncü üyenin katıldığı an, örgütün kurulduğu ansa, söz konusu ilk üç üye örgütün kurucusu olarak mı kabul edilecektir?

42 Beltrani, Sergio; Il Delitto Tentato Parte Generale e Parte Speciale, Cedam, Padova, 2003, s.189 – 190.

43 Bu görüşte: Parlar/Hatipoğlu; s.3495; Yaşar/Gökcan/Artuç; s.6247 – 6248; Kavlak; s.391 – 392. Hafizoğulları/Kurşun; s.32, 39 – 40; Akkaya; s.36. Bu görüşün İtalyan doktrini açısından değerlendirilmesi için bkz: Evik; (2004a), s.296.

44 Bu görüşte: Soyaslan; s.454; Evik; (2004a), s.298; (2004b), s.391.

45 "Yapılan ibhar üzerine kollukça takip edilen ve 'dur' ibtarına uymayıp kaçan otomobil içinde ele geçirilen örgüt bayrakları, örgütün elebaşına ait posterlerin dağıtılmadan yakalanmış olması ve sanığın bu malzemeler üzerinde parmak izlerinin bulunması karşısında; eylemin silahlı terör örgütüne yardım suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmeyen, tamamlanmış kabul edilecek fazla ceza tayini..." (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 12.4.2010, 2008/11926, 2010/4203).

46 Örgütün örgütsel bağ gerektirdiği ve bu bağın bir anda oluşamayacağından dolayı, suçun "zorunlu mütemadi suç" olduğu kabul edilmektedir: Sancar; s.141 – 142. Bu görüşe biz de katılıyoruz. Karşı görüş: Köroğlu, Hasan; Örgütlü Suçluluk Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.101.

Öte yandan örgüte üye olmak suçunun tamamlanması için makûl bir sürenin geçmiş olması gerektiği yönündeki isabetli görüş öğretisi ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Akkaya; s.18 – 19. Yargıtay 6. CD, 25.2.2009, 2008/15466, 2009/4055: "... örgüt üyesi olmak için makul bir sürenin geçmiş bulunduğu belirlenmesi karşısında..." (karar için bkz: Akkaya; s.68).

47 Önder; s.429; Toroslu; s.263.

Örgütün kurucusu olarak kabul edilebilmek için bu doğrultuda önderlik etmiş olmak, örgütün kuruluşuna ilişkin bir takım fikri ve fiili eylemler gerçekleştirmek ve örgüte kuruluş aşamasından itibaren dahil olmak⁴⁸ gerekir⁴⁹. Bu bağlamda, kuruluş aşamasında örgütün üyesi olan herkesin aynı zamanda kurucu sıfatı taşıdığını kabul etmek doğru olmaz⁵⁰.

Akla gelebilecek bir başka soru, örgütün varlığından bahsedebilmek için en az üç kişinin bir araya gelmesi arandığına göre, örgütün kurucusu olan tek kişi, henüz yalnızken veya yanında yalnızca bir kişi daha varken örgüt kurma fiilinden bahsedilebilir bahsedilemeyeceğidir. Kanımızca, bu aşamada bir örgütün varlığı kabul edilemeyeceğinden dolayı, örgüt kurma fiilinden de bahsedilemez^{51,52}.

Kişilerin örgüt yapılanması içinde hangi sıfatı taşıdıkları, verilecek cezaların yanı sıra, 221. maddedeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması aşamasında önem taşıyacaktır. Zira, örgütün kurucu ve yöneticilerinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmaları, üyelere göre daha nitelikli koşullara bağlanmıştır.

B. Hiyerarşik bir yapılanma bulunması

Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütten bahsedilebilmesi için, örgütü meydana getiren kişiler arasında hiyerarşik bir ilişki bulunması unsuru Yargıtay kararlarında istikrarlı bir şekilde aranmaktadır⁵³.

48 Aynı yönde: Akkaya; s.16. Yargıtay 8. CD, 31.3.2009, 2008/12615, 2009/5030: "... Dosya kapsamı, sanıkların aksi ispat edilemeyen savunmaları ve sanık Aytekin D.'in anlatımlarında; sanık Bülent İ. Süleyman E. vasıtası ile tanıdığını ve bu sanık aracılığıyla yükümlülerin kendisine gönderildiğini, sanık Turgut G. ü 2006 yılında tanıdığını, sanık Mehmet Ö.'in Süleyman E. aracılığıyla kendisine ulaştığını son zamanlarda doğrudan geldiğini, sanık İmdat B.'u yakalanmadan bir yıl öncesinden tanıdığını, Sanık Gürbüz A.'i tanımadığını, Süleyman E.'nin sevk işlemlerine yardımcı olduğunu bildiğini, Veli Ç.'i tanımadığını söylemesi, örgütün 2004 yılında sanıklar Aytekin D., Levent Ö. ve Süleyman E. tarafından kurularak sabte rapor düzenlemesine karşın bu sanıkların örgüt lideri Aytekin'in hesabına 2005 yılı sonrası ile 2006 yılında para gönderdiklerinin banka kayıtlarından anlaşılması karşısında, sanıkların örgüt üyesi olmak suçundan mabkûmiyetlerine karar verilmesi gerekirken, örgüt kurucusu olduklarından babisle yazılı şekilde hüküm kurulması..." (karar için bkz: Akkaya; s.81).

49 Aynı yönde: Parlar/Hatipoğlu; s.3489.

50 Aynı yönde: Evik; (2004a), s.252.

51 Bkz: Evik; (2004a), s.252; (2004b) s.385.

52 Konu teşebbüs açısından tartışılabilir. Örgütlenme fiillerine teşebbüs konusundaki açıklama için bkz.: II.A.2.

53 Yargıtayın istikrarlı uygulamasına ve bir çok kararında tekrar ettiği formüle göre "... üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması..." gerekmektedir

Yargıtay'ın bu unsurun varlığını açık olarak değerlendirmedeği kararları mevcutsa da bunlar hiyerarşik yapının aranmamakta olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır⁵⁴.

(Yargıtay 10. CD, 2.7.2007-1902/11275). “Somut olayda; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte oldukları anlaşılmakta ise de, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık olduğuna ilişkin kanıtların neler olduğu denetime olanak sağlayacak şekilde karar yerinde açıklanıp gösterilmeden...” (6. C.D., 7.10.2008, 2007/23786, 2008/16408, Yaşar/Gökcan/Artuç, s.6272'den); “...TCK'nin 220. maddesinde 'suç oluşturan birden çok veya belirsiz sayıda eylemleri işlemek amacıyla birleşmeyi ve sürekliliği ifade eden örgütlenme' ile 'buyruk verme ve alt üst ilişkisini oluşturan yapılanmanın' nasıl kurulduğu ve işlediği; ... karar yerinde tartışılmadan ve mahkûmiyete yeterli kanıtlar gösterilmeden, ... eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle ... hükümlülüğüne karar verilmesi, ...” (6. C.D., 8.10.2008, 5141/16603, Yaşar/Gökcan/Artuç, s.6273'den); “Somut olaya bakıldığında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte olduğu anlaşılmakta ise de, aralarındaki hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı ve bu olay dışında işlenmiş suç teşbit edilemediği gibi, işlenmesi planlanan suçlara ilişkin maddi delil elde edilmemesi karşısında, sanıklar bakımında 5237 sayılı TCK'nin 188/5. maddesinin uygulanması koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, TCK'nin 188/5. maddesi uyarınca cezaların artırılması...” (Yargıtay 10. C.D., 5.2.2009, 2008/14257, 2009/1312).

- 54 Nitekim, Yargıtay bazı kararlarında, organize işleyişi gerekçe göstererek, hiyerarşik yapının somut olayda ne surette bulunduğuna değinmeksizin, örgütün bulunmadığını kabul ederek verilen beraat kararlarını bozabilmektedir: “Sanıkların yasal yollardan üyelerinin çıkarlarını koruma ve meslektaşları arasındaki dayanışmayı sağlamak amacıyla kurdukları derneğin, sonradan kuruluş amacına aykırı biçimde açılan kamu ihalelerini düşük kıvrımla üyelerine kazandırmak, kendilerine ve üyelerine haksız çıkar sağlamak amacıyla ihaleler öncesinde ihaleye katılmaya istekli ve ihale yeterliliği bulunan dernek üyesi firma temsilcilerini dernekte toplayıp açılan ihaleyi hangi firmanın ne kadar kıvrımla kazanması gerektiği ve firmanın ihaleyi kazanmaması durumunda tedbir olarak da ikinci bir firmanın da belirlenerek, bu amaçla diğer firmaların ne kadar kıvrımla teklif verdiklerinin denetlenmesi için de dernek üyesi firmalara iki tane iki nüsha ihale dosyası hazırlanmış ve hazırlanan eşit olarak paylaşıldığı, tüm bu işlerin 20 maddeden oluşan bir protokol ile belirlendiği ve protokolün uygulanmasını sağlamak amacıyla derneğe üye kaydı sırasında üyelerden alacaklısı belirtilmeyen senetler alındığı ve senetlerin arkasına protokole uyulmadığında geçerli olacağı veya Milli Eğitim İhaleleri için geçerli şeklinde ifadelerin yazılmış olduğu, sanıkların işyerlerinde yapılan aramada ele geçirilen protokol ve belgeler ile teknik takip sonucu dinlenen telefon kayıt çözümlerinden ve tüm dosya kapsamından anlaşılacakla, sanıkların cürüm işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun sübuta erdiği gözetilmeden, yazılı gerekçe ile beraatlarına karar verilmesi, ...” (Yargıtay 8. C.D., 29.11.2006, 846-8666, Parlar/Hatipoğlu, s.3527'den alınmıştır).
- Yargıtay, alıntılanmış olduğumuz bu kararda, ihaleye fesat karıştırma işlerini düzenlemek için, dernek çatısı altında, organize bir şekilde, ihalelerin sonucunu garanti altına alacak bir takım görünüşte hukukî yöntemler kullanılmasını ve ihaleye fesat karıştırma fiillerinin organize oluşunu ön plana çıkarmış, örgüt yapılanmasından ziyade bu unsurlara ağırlık vermiş ve üyeler arasında ne surette hiyerarşik bir ilişki bulunduğu hususuna değinmemiştir. Halbuki, mesela, bu işleyişin içinde bulunan üyelerin işleyişin dışına çıkmak istemeleri, belli bir ihaleye sistem harici olarak katılmaları halinde veya işleyişe ilişkin itirazları bulunması durumunda ne gibi bir yaptırımla karşılaşacakları, alınan kararlara mutlak olarak uyulup uyulmadığı gibi hususlara değinilerek, hiyerarşik yapının da mevcut olup olmadığı değerlendirilebilirdi. Böyle bir değerlendirme yapıldığına ortaya konulmaması, yani gerekçe belirtilmemesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu gibi emsal niteliğindeki kararlara ilişkin gerekçe kısmında, örgüt suçları örneğinden gidersek, kabul edilmiş kurallar somut olaydaki kabule tek tek uygulanmalı ve bu şekilde uygulama ve doktrine de yol gösterilmelidir.

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde, cürüm işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenleyen 313. maddenin uygulanması açısından, diğer unsurların yanında, “*planlı ortaklık ve eylemli paylaşma*” olarak ifade ettiği unsurun varlığını arıyordu⁵⁵.

Doktrinde⁵⁶ ve uygulamada⁵⁷ kabul edilen görüşe göre, söz konusu hiyerarşik yapının nitelikli bir düzeyde olmasına gerek yoktur. Basit ve gevşek bir hiyerarşik yapı, bu unsurun varlığını kabul etmek için yeterlidir.

Ancak doktrindeki bazı yazarlar bu unsuru “sabit nitelikte asgari bir organizasyonun varlığı” ile sınırlı olarak algılamakta ve örgüt mensupları arasında ayrıca hiyerarşik bir görev dağılımının şart olmadığını kabul etmektedir⁵⁸.

İtalyan Yargıtayı’na göre, örgütün varlığının kabul edilebilmesi için kompleks bir organizasyonun varlığına gerek bulunmamakta olup, basit bir işbölümü yeterli olarak kabul edilmektedir⁵⁹.

- 55 Yargıtay CGK, 13.4.1987, 8-42/211; Yargıtay CGK, 3.2.1986, 509/42; Yargıtay 8. C.D., 3.7.1986, 2763/4070. Askeri Yargı ise, aynı dönemlerde, bu ölçütlere ek olarak, hiyerarşik yapılanmaya da dikkat çeken kararlar vermiştir: “...*Suçun süreklilik göstermesi, teşekkül mensupları arasında düzenli, planlı ve eylem paylaşması olması, zorunlu bir öge olmamakla birlikte, teşekkülün bünyesinde yönetim, yönetici, dayanışma ve disiplin olması... gerekir.*” (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 13.12.1984, 260/252); “*Suçun ana ögesi sürekli cürüm işlemek için kurulmuş teşekkülün bünyesinde disiplin ve dayanışma ve bir ölçüde düzenli ve planlı eylem paylaşması olmalıdır. Çoğu zaman teşekkülü idare eden bir yönetici de bulunmalıdır.*” (Askeri Yargıtay 2. D., 11.7.1984, 237/312). Kararlar için bkz: Savaş/Mollamahmutoğlu; s.3116 vd. Bu ölçütlerin örgütlenme fiilleri açısından bir şart olmadığını söyleyenler de mevcuttur: Önder; s.427.
- 56 Özek; s.195 ve 198; Evik; (2004a), s.213; Özgenç; s.19; Akkaya; s.12; Kavlak; s.349; Sancar; s.144. Erdem, 765 sayılı TCK döneminde yazdığı eserinde, örgütlü suçluluktan daha farklı bir şekilde tanımladığı organize suçluluğun önemli bir unsuru olarak hiyerarşik yapıyı göstermektedir. Yazara göre bir araya geliş “sistemli ve hiyerarşik” olmalıdır. Buna göre örgütün en tepesinde asıl yönetici niteliğinde olan bir şefin bulunması gerekir. Örgütlü suçluluğun bir türü olan organize suçlulukta genellikle bu şefe ulaşılmasını önleyici tedbirler alınır ve araçlar kullanılır: Erdem; s.38 - 39. 5237 sayılı TCK’nin 220. maddesinde bu derece kompleks bir yapı aranmamaktadır.
- 57 “...*Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalıdır. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişki olmalıdır.*” (Yargıtay CGK, 3.4.2007, 2006/10-253, 2007/80); “... *örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, ... gerekir.*” (Yargıtay 10. C.D., 25.12.2008, 13985/19560).
- 58 Toroslu; s.261. Benzer görüş: Soyaslan, örgütlenme şeklinin önemli olmadığını ve hiyerarşinin varlığının zorunlu olmadığını ifade etmekte, görev dağılımının da şart olmadığını belirtmektedir: Soyaslan; s.451. Önder de 765 sayılı TCK döneminde yazdığı eserinde “*genellikle teşekkül meydana getirenler birbirlerini tanırlar ve aralarında iş bölümü ve dayanışma mevcut olabilir ve bu teşekkülü yöneten bir yönetici bulunabilirse de bütün bunların gerçekleşmiş olması şart değildir*” demektedir, Önder; s.429. Ancak bu eserin yazıldığı tarihte yürürlükte olan hükümlerin, görüşümüze dayanak olan bir çok unsuru içermediğini de hatırlatmak gerekir. Aynı şekilde: Evik; (2004b), s.379.
- 59 Evik; (2004a), s.213; Tona, Giovanbattista; Trattato di Diritto Penale – Parte Speciale (Eds: Alberto Cadoppi/Stefano Canestrari/Adelmo Manna/Michele Papa), Cilt III, UTET Giuridica, 2008, s.1183; Sancar; s.144.

Kanımızca suç işlemek amacıyla kurulduğu iddia edilen örgütlerin, hiyerarşik ve organize bir yapıya sahip olmaları zorunludur⁶⁰. Kanunda da, her ne kadar doğrudan doğruya “örgütün varlığı için hiyerarşik bir yapılanma bulunması gerekir” türünden açık bir ifade kullanılmamışsa da, 220. maddenin yedinci fıkrasında yer alan “*örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâbil olmamakla birlikte...*” ifadesinden, örgütün hiyerarşik bir yapıya sahip olması gerekliliğinin kanun koyucu tarafından da öngörüldüğü sonucu çıkmaktadır.

Nitekim, madde gerekçesinde “*örgüt soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hâkimdir*” denilmiş, hiyerarşik ilişkinin bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabileceği de ayrıca belirtilerek hususa açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Ayrıca madde metnine göre, her örgütte var olması gerektiği anlaşılan kurucu ve yönetici sıfatını taşıyan kişiler ve bunlarla, örgüte üye olanların veya örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya yardımda bulunanların arasında bir fark gözetilmiş olması da görüşümüzü desteklemektedir.

İtalyan Ceza Kanunu'nda hiyerarşik olma unsuruna açıkça yer verilmiş olmasına rağmen, İtalyan Yargıtayı'nın, kararlarında, organize olma şartının unsurlarını gevşek yorumlaması, haklı olarak, eleştiri konusu olmuştur⁶¹. Gene İtalyan yargısının, organizasyon tanımında, hiyerarşik yapılanmanın ve görev dağılımının gerekli olmadığı yönünde ver-

60 *Sanıkların muhtelif tarihlerde birlikte ya da münferit tehdit, yaralama ya da ırza geçme veya ırza geçmeye teşebbüs biçiminde gerçekleştirdikleri ve mahkum edildikleri eylemlerinin gelişen olaylar zincirinde sanıkların önceden tasarlama ve organize olma ve fikir birliğine vararak örgütün amacına uygun suç işlemek için teşekkül oluşturduklarından söz edilemeyeceği gözetilmeden...* (Yargıtay 8. CD, 21.7.2008, 2007/500, 2008/9357, karar için bkz: Akkaya; s.76); “*Sanıklar A.Ü., Y.Ü., E.Y., K.A. ve B.A.'nın sanık S.A., sanıklar B.A., Y.A., A.A., ve M.A.'nın da sanık M.A. yönetiminde, birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para vererek tefecilik yapmak suretiyle baksız ekonomik çıkar sağlamak amaçlı kurulan örgütün çatısı altında bir araya geldikleri, sanıklar ...'ın mağdurlara faiz ile ödünç para verdiği, karşılığında açık senet aldıkları, bu senetlerin bazılarının üzerlerini doldurmak suretiyle icraya koydukları ve bir kısım mağdurları borcun ödenmesi hususunda tehdit ettikleri; sanıklar ...'ın faiz karşılığı ödünç para verdikleri tesbit edilememekle birlikte, ikametlerinde ele geçen senetler ve mağdur anlatımlarından örgüt adına hareket ettikleri; bu oluş kapsamında adı geçen tüm sanıkların, işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ve disiplin içinde amaçları doğrultusunda faaliyette buldukları, örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşılmakla...*” (Yargıtay 8. CD, 16.2.2009, 2008/15390, 2009/2146).

61 Tona; s.1183. Ayrıca bkz: Evik; (2004a), s.213-214 ve dn. 241 ve 242'de anılan yazarlar.

miş olduğu bazı kararlarının, ceza hukukunun temel ilkeleri ile uyuma-
yacağı kabul edilmiştir⁶². Bu nitelikleri taşımayan birleşmelerin, örgüt
suçu ile korunan hukuki değeri ihlâl elverişli olup olamayacakları da
ayrıca tartışılmalıdır⁶³.

Yargıtay uygulamasında, öncelikle, suç için elverişli nitelikte bir yapı
ve yeterli üye sayısının olup olmadığı değerlendirilmekte, daha sonra
ise organize ve hiyerarşik bir yapının bulunup bulunmadığı denetlene-
rek, diğer unsurlar da göz önüne alındıktan sonra örgütün var olup ol-
madığına karar verilmektedir⁶⁴.

Kimi kararlarda ise hiyerarşik yapıya ek olarak “iş bölümü”⁶⁵ yapıl-
ması veya “disiplin içerisinde”⁶⁶ olmak da aranmaktadır⁶⁷. Bazı kararlarda
ise organizasyonun niteliği açısından “buyruk verme ve alt üst ilişkisi-
ni oluşturan yapılanmanın nasıl kurulduğu ve işlediği”nin tartışılması

62 Fiandaca/Musco; s.476.

63 Fiandaca/Musco; s.476.

64 “... somut olayda; sanıklar A.Y. ile iş ortağı H.A.A. arasındaki ticari sorunların çözümüne katkıda bulunmak için sanıklar H.E., M.A., A.K. ve F.A.’nin birlikte bareket etmek ve tasarlamak suretiyle H.A.A.’yı olay tarihinde tabanca ile vurarak yaraladıkları ve sayılarının örgüt oluşturmak için yeterli olduğu bususlarında bir duraksama yaşanmamakta ise de; sanıklar arasındaki hiyerarşik temelinde dayanan sürekli bir birleşmenin bulunduğu dair her türlü kuşkuyu bertaraf edebilecek nitelik ve yeterlilikte deliller mevcut olmadığından gerek 4422, gerekse 5237 sayılı Yasalar açısından çıkar amaçlı suç örgütünü kurmak, yönetmek, bu örgüte üye olmak ve yardım etmek suçlarının oluştuğundan bahsedilemeyeceği...” (Yargıtay CGK, 20.10.2009, 8-152/245). “Somut olaya bakıldığında; hakkında mabkûmiyet hükmü kurulan sanıklardan İdris D.’in sanıklar Nurettin ve Turan’ın eylemine katıldığına ilişkin delil bulunmadığı gibi, sanıkların arasında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık da saptanmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan durum karşısında sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK’nin 220. maddesinin uygulanmasında koşulları bulunmadığı dikkate alınarak lebe yasanın buna göre belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” (Yargıtay 10. CD, 13.3.2008, 2008/544-4308).

65 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 765 sayılı TCK döneminde verdiği 16.2.2004, 1807/1015 tarih ve sayılı kararı ile “... teşekkülün varlığından söz edebilmek için birden fazla suçu işlemek amacı ile iki veya daha fazla kişinin önceden birleşip anlaşmaları ve süreklilik koşulu zorunlu olmakla beraber bu anlaşmanın örgütlenme ve işbölümünü de içermesi gerekir...” sonucuna varmıştır, (alıntı için bkz: Yaşar/Gökcan/Artaç, s.6228, dn. 298).

66 “... 2- Sanıkların, yasanın aradığı anlamda kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla hiyerarşik yapı ve disiplin içerisinde suç işlemek için örgüt kurduklarına ilişkin kuşkuken uzak ve mabkûmiyetleri için yeterli kanıt bulunmadığı gözetilmeden, yakıman öğrenci ve arkadaşlarının, sanıklar ve arkadaşlarının olumsuz kişiliklerinden korktuklarına ilişkin iddia ve ifadelerine dayanılarak, yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde, sanık F.’in kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurmak ve yönetmek suçundan, sanıklar E., T. ve A.’in suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak suçundan mabkûmiyetlerine karar verilmesi...” (6. C.D., 25.11.2008, 2007/17648, 2008/22617, Yaşar/Gökcan/Artaç, s.6271’den).

67 Özek de, “örgütün disiplinli, işbölümüne dayanan hiyerarşik yapısı”ndan bahsetmekteydi, bkz: Özek; s.198.

gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Bu gibi ifadeler kimi hallerde, gevşek hiyerarşik yapının ötesinde nitelik taşıyan bir örgütlenmenin de aranabileceğini, bir başka ifadeyle, Yargıtay'ın bazı durumlarda hiyerarşik yapı unsurunu daha katı olarak uygulama eğilimi taşıdığını göstermektedir.

Bu aşamada, hiyerarşik yapının hangi derecede mevcut olması gerektiği konusuna da açıklık getirmek gerekmektedir. Evik'in, bizim de katıldığımız görüşüne göre, en azından yöneticilerle, üyelerin ayırdedilebilmeleri, verilen görevlerin saptanabilmesi gerekmektedir⁶⁹. Aynı zamanda bu yapının işler halde de olması lazımdır. Kağıt üstünde dağıtılan görevlerin, iş bölümünün uygulanır durumda olması; yönetici olduğu söylenenlerin bu iktidara somut olarak da sahip olmaları gerekir. Tüm bu unsurlar dışarıdan gözlemlenebilen eylemler ile belirlenebilmektedir⁷⁰. Yoksa soyut nitelikte alınan kararlar örgütsel yapıyı ortaya koymaya yetmez. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesinin, örgütün varlığı açısından bir koşul olmaması, örgütsel yapının herhangi bir fiil olmaksızın yalnızca soyut niyet ile kurulmuş sayılabilmesine olanak tanımaz. Ceza hukuku iradi nitelik taşıyan eylemler ile ilgilenir. Bu eylemlerin varlığı gözlemlenebilen bir takım davranışları gerektirir. Öte yandan, yalnızca yeterli sayıda kişinin suç işlemek üzere anlaşmaları da örgütün varlığı açısından yeterli olmayıp, organize bir yapının mevcudiyeti de şarttır. Salt anlaşma farklı bir eylem türüdür⁷¹.

Soyut bir birleşmeyi aşan bir yapının bulunduğu kabul edilebilmesi için, örgüt içinde, kesin nitelikte olmasına gerek bulunmamakla beraber, bir işbölümü, görev dağılımının bulunması gerekmektedir⁷².

68 Bkz. Yargıtay 6. CD, 8.10.2008, 5141/16603; "Mabkemece bozmaya uyulduğu halde, 5237 sayılı TCK'nin 220. maddesinde 'suç oluşturan birden çok veya belirsiz sayıda eylemleri işlemek amacıyla birleşmeyi ve sürekliliği ifade eden örgütlenme' ile 'buyruk verme ve alt üst ilişkisini oluşturan yapılanmanın' nasıl kurulduğu ve işlediği; varolduğu kabul edilen birlikteliğin üye sayısı ve araç gereç bakımından amaç suçları işlemeye yeterli olup olmadığı karar yerinde tartışılmadan..." (karar için bkz: Akkaya; s.67).

69 Evik; (2004a), s.215.

70 Akkaya, yöneticileri "Örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde örgütün amacına uygun biçimde işleyişini sağlayan, örgüt üyelerine görev veren ve genel stratejiyi belirleyen kişiler" olarak tanımlamaktadır: Akkaya; s.17.

71 Sancar; s.142 – 143.

72 "... Sanıkların örgütün faaliyeti çerçevesinde sabte çek ve senet kullanmak suretiyle mağdurlardan elde ettikleri haksız malların bir kısmını birebir pazarlama yoluyla, bir kısmını da örgütün bu amaç doğrultusunda kullandığı ve başında sanıklar A.K. ve S.K.'nin olduğu işletme aracılığı ile paraya çevirdikleri, elde edilen haksız malların muhafaza ve satımının yapıldığı işletmelerin sahipleri sanıklar A.K. ve S.K.'nin mağdurlarla alışveriş sırasında bir araya gelmedikleri, alışverişin 'tokatçılar' olarak adlandırılan diğer sanıklar aracılığıyla yapıldığı, mağdur R.A.'nın ve tanık FB.'nin anlatımlarından, bazı mağdurları silab kullanmak suretiyle tehdit edip yıldırdukları, kendilerinin

Yöneticilerin ve üyelerin birbirlerinden ayırt edilebiliyor, yönetici sıfatını taşıyan birilerinin mevcudiyeti saptanabiliyor olmalıdır. Yönetici sıfatı bütün örgütsel yapıya hâkim olma anlamını taşımamakta olup, organizasyon içinde alt derecelerde de olsa, diğer üyeleri yöneten, bunların hiyerarşik üstü olanlar da yönetici olarak kabul edilecektir⁷³. Bu açıklamalarımızdan, askeri nitelikte veya karmaşık, resmi bir hiyerarşik yapının aranacağı anlaşılmalıdır. Üyelerin yöneticilere başkaldırmaları, onları pasif hale getirmeleri daima mümkündür. Bu sıfatların yer değiştirmesi, yöneticinin üye haline gelmesi de söz konusu olabilir. Ancak hiyerarşik bir yapının, kavram olarak, yöneten, sözünü dinleten birilerinin varlığını da gerektirdiği unutulmamalıdır⁷⁴.

Aynı şekilde, hiyerarşi unsurunun da dışında, organize yapının genel nitelikte oluşu yeterlidir. Organize yapı hem hiyerarşik yapı hem de sü-

den haksız menfaat elde edilecek olan mağdurlara yönelik işin organizasyonu, elde edilen malın örgütün faaliyet alanı içinde olan Akşehir İlçesi Adsız Kasabası'ndaki yere getirilmesi, muhafazası, paraya dönüştürülmesi noktasında tam bir işbirliği, eylemleri paylaşım anlayışı ile araç ve gereç açısından amaç suçları işlemeye elverişli olduğunun anlaşılması karşısında..." (Yargıtay 8. CD, 19.11.2007, 2006/8693, 2007/7884); "... Somut olay değerlendirildiğinde, fideye parası almak amacıyla mağduru kaçırap zorla alıkoyma ve bu olaydan yaklaşık 4 ay sonra bu sanıklardan birinin azmettirmesi üzerine diğerinin silahla ateş ederek mağduru öldürmeye teşebbüs etmesi eylemlerinde, sanıklar arasında hiyerarşik yapının varlığını, iş bölümünün egemenliğini ve örgüt içinde fonksiyonel iş bölümüne gidildiğini, en yukarıdan en aşağıya kadar herkesin ne şekilde bir rol üstlendiğini ve hangi alanda uzmanlaştığını, koruma mekanizmasının ne şekilde işlediğini, sürekliliği arz eden bir yapıya sahip olup amacının ber ne pahasına olursa olsun kazanç sağlamak olduğunu belirlemek mümkün değildir." (Yargıtay 1. CD, 19.3.2008, 2007/6059, 2008/2117 sayılı kararın karşı oy yazısından) Alıntılıdığımız bu karşı oy yazısı, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından daha nitelikli bir örgütsel yapı (organizasyon) aramaktadır.

73 "1- Sanığın örgüt içinde uzun süre tabur komutanlığı, bölge sorumluluğu gibi görevlerde bulunduğundan sonra 2003 yılı ekim ayına kadar takım, bölük ve tabur komutanlıklarının görev aldığı özel kuvvetler komutanlığı yaptığının anlaşılması ve kabulün de bu yönde olması karşısında 5237 sayılı kanunun 314. maddesinin 1. fıkrasında belirlenen yöneten konumunda olduğu ve bu fıkra göre cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, kabule de uymayan bir uygulama ile yazılı şekilde hüküm tesisi ..." (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 13.3.2006, 470/1484, karar için bkz.: www.hukukturk.com).

74 "Sanık İ.'nin telefon görüşmelerinde sanıklar E., E. ve K. ile katılan M.'nin Afyon Merkezde bulunan işyerinin kursunlandığı tarihte görüşme ve konuşmaların olduğu, telefon görüşmelerinde kendisine 'hacı' lakabı ile hitap edildiği, telefon görüşmelerinde K.'nin sanığa hitaben 'kaybolma lazımsın' dediği, Afyon'daki olay tarihinde ofis mevkiinde beklemesi söylendiği, bu şekilde örgüt liderinden talimat aldığı ve Afyon'a sanığın aracı ile gidildiği, suç örgütünün lider ve üyelerinin sürekli olarak geldikleri çay bahçesinde çalışan sanık N.'nin sanıkları tanıdığı ve örgütsel bir yapıda olduklarını bildiği, sanık E. Y.'ye ulaştırılmak üzere bırakılan bir tabancayı saklayarak sanığa ulaştırdığı, ayrıca sanık E. tarafından saklanması için verilen 6,35 mm bir tabancayı işyerinde saklayıp daha sonra sanığa iade ettiği anlaşılmalı ... suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek, mala zarar verme, tehdit, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali ve 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçlarının sanıklar tarafından işlendiğini kabulde usul ve yasaya aykırılık bulunmamıştır ..." (Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 5.3.2009, 2008/11890, 2009/4563, karar için bkz: Akkaya; s.68)

reklilik unsuru ile doğrudan ilintilidir. Organize yapının bir devlet kurumu ya da şirket gibi yazılı kurallara veya yerleşmiş, kurumsal uygulamalara ihtiyacı olmadığı açıktır⁷⁵. Ancak kimi hallerde böyle bir organizasyonun varlığı elverişlilik unsuru açısından dikkate alınabilir.

Niteliği itibariyle hiyerarşik bir yapılanma içinde bulunan kurumlar içinde veya bunlar vasıtasıyla suç işlenmesi, bunların bir kaç mensubunun suç teşkil eden işler içine girmeleri, hiyerarşik yapının otomatik olarak mevcut olduğu anlamına gelmez. Meselâ devlet memuru olan bir kaç kişi tarafından bir suç işlenmesi durumunda, bu kişiler arasında hukuken geçerli olan hiyerarşik ilişki gerekçe gösterilerek bu unsurun mevcudiyeti kabul edilemez. Ancak, suç örgütüne ilişkin diğer koşulların da varlığının mevcut olması halinde, bu kişiler arasındaki mevcut hiyerarşik yapının işlenen suçlar açısından da uygulanmaya devam etmesi halinde, bu koşulun yerine geldiği kabul edilebilir⁷⁶.

C. Niteliği itibariyle devamlılık arz etmesi ve belirsiz sayıda suç işleme kararının bulunması

1. Genel olarak

Suç işlemek amacıyla örgütlenmenin belki de en ayırt edici özelliği, bu yapının niteliği itibariyle devamlılık arz etmesi ve belirsiz sayıda suç işleme kararının bulunmasıdır⁷⁷. Yalnızca, konusu belirli suç veya suçları işlemek amacıyla yönelen birleşmeler, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüt olarak kabul edilemezler⁷⁸. Bu durumun istisnasını da kanun, belli bazı örgütlenme biçimleri açısından göstermiştir. Mesela 314. maddede tanımlanan örgütlenme suçu, devletin güvenliğine karşı suçlar ile anayasal düzen ve bunun işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulmuş örgütlere ilişkindir. Bu tip örgütler amaç suça yönelik olarak kurulmakta olup, çoğu kez amaç suçun işlenmesi ile faaliyetlerinin sona ereceği, amaçsız kalacakları öngörülmektedir.

75 Evik; (2004b), s.380.

76 Benzer yönde: Özgenci; s.21 – 22.

77 Özek; s.197; Alacakaptan; (2004a), s.26; Evik; (2004a), s.216; (2004b), s.378; Fiandaca/Musco; s.466 – 467; Boscarelli; s.865; Tona; s.1083; Kavlak; s.343.

78 “*Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanıkların işbirliği ve eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ederek süreklilik gösterir biçimde suç işlemek amacıyla örgüt kurduklarına dair kesin kanıt bulunmadığı ve olay tarihinde göçmen kaçakçılığı için bir olaya mabsus sanıkların bir araya gelmeleri eylemlerinin de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu oluşturmadığı gözetilmeden...*” (Yargıtay 8. CD, 13.5.2008, 2007/12848, 2008/5496); Aynı yönde: Yargıtay 8. CD, 13.5.2008, 3529-5494.

Bu gibi örgütlerin dışında kalan, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgütlerin, nitelikleri itibariyle devamlılık arz ettikleri kabul edilmektedir. Bu unsur, içinde belirsiz sayıda suç işleme kararını da barındırır. Eğer yalnızca belli bir tek suç veya konusu belirli bir takım suçları işlemek amacıyla bir araya geliş varsa, devamlılık unsuru da ortadan kalkmaktadır. Bu gibi haller genel iştirak hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Devamlılık ve belirsiz sayıda suç işleme iradesinin varlığı şeklinde ifade edilen unsur, esasen içinde iki alt unsuru barındıran bir çatı niteliğindedir. Her iki kavramı daha iyi tartışabilmek amacıyla iki ayrı alt başlık altında inceleme yapmak daha doğru olacaktır. Öte yandan bu iki alt kavram, birbirlerinden bağımsız birer başlık halinde değerlendirilemeyecek ölçüde iç içe geçmiştir.

2. Devamlılık unsuru

Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütten bahsedilebilmesi için gerekli olan unsurlardan biri de, örgütsel yapının niteliği itibariyle devamlılık arz etmesidir⁷⁹. Buna göre, diğer unsurlara (üye sayısı, hiyerarşik ve organize bir yapılanma ve elverişlilik) sahip bir birleşme bulunsa dahi, bu birleşmenin süreklilik arz etmemesi, ömrünün belirli bir veya birden fazla suçun işlenmesi ile sınırlı olması halinde suç işlemek amacıyla kurulmuş örgütün varlığından bahsedilemeyecektir. Yani süreklilik arz ettiği kabul edilmeyen birleşmeler, örgüt değildir⁸⁰.

Bundan örgütün sonsuz bir süre devam etmesi gerektiği ya da herhangi bir sebeple dağılan veya gerekli koşulları yitiren birleşmelerin devamlılık unsuruna sahip olmadıkları sonucu çıkarılmamalıdır. Önemli

79 "...Sanıkların işlemiş oldukları yağma eyleminden sonra dağılmayıp, gerek yağma konusu biletlerin pazarlanması gerekse, başka suçları işlemek amacıyla birlikliliklerinin devam ettiği, birden fazla belirsiz suçları işlemek amacıyla bir araya geldiklerinin anlaşıldığı ve örgüt üyesi olmak için makûl bir sürenin geçmiş olduğunun anlaşılması karşısında..." (Yargıtay 6. CD, 25.2.2009, 2008/15466, 2009/4055, karar için bkz: Akkaya; s. 68); "Sanıkların birinci yağma suçundan sonra eylemlerine devam ederek suç işleme iradelerinde devamlılık göstermeleri ve etkin görev paylaşımı içerisinde, amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gereçler ile suç işlemleri karşısında; suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçunun sübut bulduğu anlaşılma..." (Yargıtay 6. CD, 7.10.2008, 2007/23786, 2008/16408, karar için bkz: Akkaya; s.66); Yargıtay 8. CD, 18.2.2009, 2007/9225, 2009/2334, (karar metni için bkz. yuk. dn. 30).

80 Alacakaptan; (2004b), s.59. Yargıtay 6. CD, 8.10.2008, 5141/16603 (bkz. yukarıda dn. 68).

olan örgütsel yapının süreklilik amacı taşıması yani somut bir amaç için harekete geçip bu amaca ulaşınca kendiliğinden ortadan kalkan bir niteliğe sahip olmamasıdır. Öte yandan kurulan bir örgütü oluşturan kişilerin, faaliyetleri neticesinde kazandıkları paraları yeterli görüp dağılmaya karar vermeleri örgütsel yapının, devamlılık unsuru açısından var olmadığını göstermez. Bu gibi bir durumda, belirsiz sayıda suç işleme kararının varlığı önem kazanacaktır. Keza örgütün ömrünün çeşitli sebeplerle kısa sürmesi de devamlılık unsurunun bulunmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır⁸¹. Ancak örgütün ömrünün kısa olmasının ispat sorunu doğuracağı dikkate alınmalıdır⁸².

Bir takım kişilerin bir araya gelip, örgüt oluşturma yönünde irade beyanlarının ortaya çıkması ancak bu iradeleri doğrultusunda, örgütsel yapıyı oluşturmaya yönelik herhangi bir eylem gerçekleştirilmeden dağılmaları halinde, örgütsel yapılanma için gerekli olan anlaşmanın bulunmadığı kabul edilmelidir⁸³. Bunun doğal sonucu olarak, ne devamlılık unsurundan ne de organize ve hiyerarşik bir yapının kurulduğundan bahsedilebilecektir. Gene, örgütü oluşturanlar belli bir amaca ulaşip dağılmayı baştan kabullenmişlerse devamlılık unsurunun olduğu kabul edilemeyecektir. Aynı şekilde, devamlı bir araya geliş henüz tamamlanmamış, yani birleşmenin tarafları arasında süreklilik iradesi ortaya çıkmamış ise örgüt de yoktur⁸⁴.

Bu bağlamda, yalnızca konusu somutlaşmış bir suçu işlemek amacıyla bir araya gelen kişilerin bu suç işlendikten sonra dağılmaları veya henüz bu suç işlenmeden ortaya çıkarılmaları durumunda, süreklilik unsurunun bulunmamasından dolayı, bir örgütün var olduğu da kabul edilemeyecektir⁸⁵. Bu ihtimalde, işlenen suçlar açısından sorumluluk, iştirak hükümleri çerçevesinde belirlenecektir.

Suç işlemek amacıyla bir araya gelinmesi, bu amaçla iş bölümü yapılması, bir liderin olması, amaca yönelik hazırlıklar yapılması gibi hu-

81 Evik; (2004a), s.216; Kavlak; s.345. Ancak örgütün belli bir süre devam etmesi de gerekir, bkz: yuk. dn. 46.

82 Kavlak; s.346.

83 Bu durum örgütün kurulmasından farklıdır. Örgütsel yapının kurulduğu tesbit edildikten sonra suç da oluşmuştur: Evik; (2004b), s.378 – 379. Bu husus değerlendirilirken, örgütsel yapının oluşmuş sayılması için makul bir sürenin geçmiş olması gerektiği yönündeki fikir de unutulmamalıdır: bkz: dn. 46.

84 Önder; s.429.

85 Önder; s.429.

suslar örgütün varlığının kabulü için gerekli ancak yeterli değildir⁸⁶. Suç örgütü, doğası (niteliği) itibarıyla süreklilik arz eden ve bu nedenle de korunan hukuki menfaat olan kamu barışını en azından tehlikeye sokan bir yapılandırma. Suçun müstakil olarak cezalandırılma amacı da budur. Suç işlemek amacıyla yönelik devamlı nitelikte bir birleşmenin var olması halinde müstakilen cezalandırmanın amacı ortadan kalkar⁸⁷. Bir başka ifadeyle devamlı nitelikte olmayan bir araya gelişler, işlenmesi öngörülen suçun icra hareketlerine başlanmadıkça, ancak hazırlık hareketleri olarak kabul edilebilir. Bu durum, kamu barışının ve düzeninin bozulmasına izin verecek şekilde tehlike doğurmaz⁸⁸.

Kanun koyucu suç işlemek amacıyla taşıyan her türlü birleşmeyi cezalandırmak isteseydi bu yönde bir düzenleme de yapabilirdi⁸⁹.

Bir grup kişinin, belli bir suçu veya bir takım suçları işlemek amacıyla bir araya gelmeleri, devamlılık unsuru açısından yeterli değildir. Yani ister yalnızca bir adet suçu işlemek için olsun, isterse bir seri, konusu somutlaşmış suçu işlemek için olsun, belli bir amaçla bir araya gelip amaca ulaşılması halinde dağılmayı öngören kişi topluluklarının süreklilik arz ettikleri kabul edilemez⁹⁰.

86 Kavlak; s.344.

87 Aynı yönde: Alacakaptan; (2004b), s.52; Toroslu; s.262.

88 En azından kanun koyucunun öngörüsü ve kabulü, merî mevzuat da dikkate alındığında bu yöndedir.

89 Nitekim İngiliz ve Amerikan hukuklarında iki veya daha fazla kişinin bir suç işlemek için anlaşmaları ayrı suç olarak kabul edilmiştir. Bu suç tipi uyarınca suç işlemek ("suç" kavramının geniş yorumlandığı hatta yazılı kaynağı bulunmayan *common law* kaynaklı suç tiplerini veya diğer hukuka aykırı eylemleri de içerebildiğini belirtmek gerekir) için anlaşmaya varıldığı anda *conspiracy* adı verilen suç tipi oluşmaktadır. Bu suça ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Fletcher, George; Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, 2000, s.218 vd; Ormerod, David, Smith and Hogan Criminal Law, 12. Basım, Oxford University Press, 2008, s.399 vd.

90 Yargıtay kararına konu olan vakiada, taraflar arasında çıkan bir olay sırasında, kolluk görevlilerinin gelmesi nedeniyle bir tarafın silahlarına el konduğu, tarafların anlaşmak üzere bir araya geldikleri, silahını yakalanan grubun diğerinden dört adet silah istediği ve kendilerine ceza kestiğini belirttiği, daha sonra barıştırılmak için bir araya getirilen tarafların arasında yine olay çıktığı ve silahları yakalananların bu defa dört milyar lira istedikleri daha sonra da karşı taraftan kişileri dövdükleri anlaşılmaktadır. Diğer taraf bu olayların neticesinde kolluğa başvurarak diğer taraftan bir takım kişilerin yakalanmalarını sağlamışlar, bu olaylardan sonra, silah yakalanan taraftakiler diğer taraftakileri, yakalanan kardeşlerinin ceza alması halinde kendilerini öldüreceklerini söyleyerek tehdit etmişlerdir. Bu olaya ilişkin olarak Yargıtay, "*anlatılan husumet sonucu meydana gelen somut olaylara bakıldığında ve başkalarına yönelik eylemlerinin bulunmadığı, bu amaçlarla bir araya gelmediklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte olduğu anlaşılmasına ise de, aralarında biyerarşik bir ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı anlaşılmaktadır*" diyerek örgütün var olmadığına karar vermiştir (Yargıtay 6. CD, 9.6.2009, 1030/10354, karar için bkz: Akkaya; 69 vd.). Alıntılarımızda kararın varılan bu sonuç, kararda yer alan sübuta ilişkin kabul çerçevesinde doğrudur.

Örgütü oluşturanların, örgütün devamlılığını sağlamak amacıyla bir takım eylemler gerçekleştirmeleri⁹¹, bu yöndeki iradelerini ortaya koymaları bu unsurun oluşması ve ispatı açısından önemlidir.

3. Belirsiz sayıda suç işleme kararı

Suç işlemek amacıyla bir araya gelmiş olan kişilerin, örgüt olarak kabul edilip edilemeyecekleri konusunda yapılan değerlendirmede ittifakla kabul edilen görüş, süreklilik unsurunun bütünleyici parçası olan belirsiz sayıda suç işleme kararının (iradesinin) bulunmasıdır⁹². Aynı şekilde işlenmesi öngörülen suçlar birbirleri ile bağlantılı, benzer suçlar olabilecekleri gibi, birbirlerinden tamamen alakasız, farklı neviden suçlar da olabilirler⁹³. Meselâ aynı örgüt hem yasadışı fuhuş hem de uyuşturucu madde ticareti suçlarını işliyor olabilir.

Ancak aynı kararda verilen muhalefet şerhine göre, sübut farklı yorumlanmış ve olayda yer alan sanıklardan birinin etrafına adamlar toplayan bir kişi olduğunu, olayların gelişimi incelendiğinde, bu kişinin talimatları çerçevesinde hareket eden adamları ile birlikte “suç örgütü yöntem ve söylemlerini kullanarak suç işlediği”, kabul edilmiştir. Bu görüşe dayanak olarak sanığın “ceza kestiğini söylemesi”, “adamlarına talimat vererek” husumet içinde oldukları kişileri getirmesi ve darp ettirmesi gibi hususları göstermiş ve birleşmenin gerçekleştirdiği yağma fiillerinde kullandığı işbölümü ve metotlara dikkat çekmiştir. Muhalif kalanlar, görünürde bir yağma suçunun işlenmiş olmasının, örgütün önceden beri var olduğu ve devam ettiği sonucunu değiştirmeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Yukarıda yer alan muhalefet şerhinde pek çok doğru saptama olmakla beraber, somut olayda başka suçları işlemek iradesinin hangi hareketler dikkate alınarak tesbit edildiği yani örgütün devamlılığının mevcudiyeti ortaya açıklıkla konulamamıştır. Eğer dosya içerisinde, sanıkların evvelden beri çete gibi yapılanma oluşturarak belirsiz sayıda suçları işlemek amacıyla hazırlık içinde oldukları gibi deliller mevcut değilse, çoğunluğun görüşünün yerinde olduğunu düşünüyoruz.

91 Yargıtay 8. CD, 25.11.2009, 2007/10550, 2009/15006. Davada, “Sanıklardan Selabattin liderliğinde kurulan suç örgütünün 1993 ilâ 1997 yılları arasındaki yasadışı faaliyetlerini, aynı örgütün içinde bulunup işlenen bu suçlardan baklarında mabkûmiyet bükümleri bulunan Ali ve Sezgin’in itiraf etmeleri üzerine, bu şahısların yerlerinin tesbit edilerek önce öldürülmeleri daha sonra da sakat bırakacak şekilde yaralanmaları ve bunun için silâh temini konusunda Sanık Selabattin tarafından Murat dışındaki diğer sanıklara talimat verildiği...” örgüt üyelerinin itirafçıların öldürülmesine yönelik bir dizi hazırlık eylemin yanı sıra gruba dâhil olan sanıkların zorla senet tahsiline yönelik bir takım başka mağdurlar aleyhine eylemler gerçekleştirdikleri, aleyhlerine davalar açıldığı ve bu aşamada bazı itirafçıların ve müştekilerin vurdurulması talimatları verildiği ve bunun Emniyet tarafından engellendiği, “bu şekilde oluşan ve gelişen eylemlerinin silâhlı örgütün devamlılığı ve etkinliğini korumaya yönelik olduğunun anlaşılması karşısında...” sanıkların “... 4422 sayılı Yasaya aykırılık suçundan mabkûmiyetleri yerine beraat ... kararı verilmesi...” şeklinde karara varılmıştır (karar için bkz: Akkaya; s.48.).

92 Alacakaptan; (2004b), s.57; Tona; s.1183; Soyaslan; s.452; Toroslu; s.262; Sancar; s.146. Yargıtay 1. CD, 17.2.2010, 2009/3334, 2010/922: “Sanıklar arasında TCK’nin 220. maddesinin unsurlarını oluşturacak şekilde hiyerarşik bir ilişkinin bulunduğu, sanıkların belirli olmayan suçları işlemek için bir yapı oluşturduğuna ilişkin mabkûmiyetlerine yeterli ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatleri yerine yazılı şekilde mabkûmiyetlerine karar verilmesi.”

93 Kavlak; s.351.

Bu unsura ilişkin olarak akla gelebilecek ilk soru, yapılanmanın örgüt olarak kabul edilebilmesi için bir suçun işlenmiş olmasına gerek olup olmadığıdır. Bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır. Gerek yargı, gerekse öğretilerde ittifakla kabul edilen görüşe göre, örgütün varlığının kabul edilebilmesi için örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesine gerek yoktur⁹⁴. Bu durum ceza hukuku açısından istinai bir haldir⁹⁵.

Öte yandan, örgüt yapılanmasının kabul edilebilmesi için saptanması gerekli olan “belirsiz sayıda suç işleme kararı”nın ne şekilde ispatlanabileceği konusu ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu konuda söylenebilecek şey, söz konusu kararın somut eylemler ile ortaya konulması gerekeceğidir⁹⁶. Aksi takdirde örgütün varlığı için bulunması gereken kurucu unsurlardan biri eksik kalacaktır.

Belirsiz sayıda suç işleme kararının örgütünü oluşturan herkes açısından mevcut olması zorunludur. Bu karar üzerinde mutabık olmayanlar örgütsel yapının parçası değildirler. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenecek tek bir suça katılmak, yardımcı olmak gibi fiiller genel iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilecektir⁹⁷.

Örgütün belli bir takım suçları işlemek konusundaki kararını somutlaştırmış olması bu unsuru ortadan kaldırmaz. Yani örgüt yapılanması bazı suçların işleneceği kararını almış, bu konuda bir takım hazırlık hareketlerine girişmiş olabilir. Bu durum, işlenecek suçun konusunun somutlaşmış olduğu ve dolayısıyla belli bir suçu işlemek amacıyla bir araya gelmiş olduğu anlamına gelmez. Ancak, belirsiz sayıda suç işlemek amacı, örgütsel yapının sürekliliğine de işaret eder ve işleneceği kararlaştırılmış, konu itibarıyla somutlaşmış suçların dışında, bir takım

94 Önder; s.429; Özek; s.242; Özgenç; s.28 – 29; Kavlak; s.343. Yargıtay CGK, 3.4.2007 T., 2006/10-253 E., 2007/80 K. ayrıca bkz. dn. 1’de anılan kararlar.

95 Alacakaptan; (2004a), s.25.

96 Somut olayda daha önceden dolandırıcılık ve cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçlarından aranan sanıkların, farklı şahıslar adına yeni bir limited şirket kurarak, otomobil kampanyaları düzenledikleri ve ikna edebildikleri vatandaşlardan usulsüz para topladıklarına ilişkin bir ihbar üzerine açılan dava neticesinde şu şekilde bir değerlendirme yapılmıştır: “...bu şirket adına otomobil satış kampanyası düzenlendiği, ancak herhangi bir müşteriyle görüşülmediği, satış yapılmadığı ve para alınmadığı anlaşılmakla, sanıkların otomobil kampanyası düzenleyip herhangi bir teslimat yapmaksızın müşterilerden usulsüz para toplamak amacıyla bir örgütlenme disiplini ve dayanışma içinde bir araya geldiklerini gösterir mahkûmiyetlerine yeter kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden...” (Yargıtay 8. CD, 28.11.2007, 2006/10605, 2007/8313, karar için bkz: Akkaya; s.111).

97 Bkz: yukarıda II.A.1.iii.

suçların da işleneceği konusunda fikir birliği olduğunu ortaya koyar⁹⁸. Bu fikir birliği yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, örgütü oluşturan herkes açısından söz konusu olmalıdır⁹⁹. Söz konusu iradeye sahip olmayanlar üye olarak değerlendirilemezler.

Bir bankayı soymak amacıyla bir araya gelen on kişi olduğunu ve bu on kişiden yedi tanesinin banka soygunundan sonra da suç teşkil edecek bir takım başka eylemlere girişme, yani mevcut yapılanmayı sürdürme iradeleri olduğunu varsayalım. Bu durumda örgütsel yapının ancak bu yedi kişi arasında kurulduğu kabul edilebilir. Kalan üç kişinin sorumlulukları, diğer yedi kişinin örgütlenme iradelerini bilip bilmemelerine göre değerlendirilmeli, eğer bu durumu biliyorlarsa, somut olayda örgüte yardım etme veya örgüt adına suç işleme hallerinin bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır. Ancak bahsi geçen üç kişinin, diğerlerinin örgüt yapılanması meydana getirme iradelerinden haberleri yoksa bunların örgüt suçuna ilişkin olarak sorumlu tutulmaları hiçbir şekilde mümkün olmayacak ve yalnızca işledikleri fiillerden dolayı cezalandırılabilirlerdir.

Bir grup kişinin bir araya gelerek, konusu belli, bir veya birden fazla suçu işlemeye karar vermeleri ve bu karar doğrultusunda hareket etmeye başlamaları, devamlılık unsuruyla birlikte bu unsur açısından da değerlendirilmelidir. Belirsiz sayıda suç işleme kararı bulunmaması halinde, meydana gelen yapının devamlılık arz ettiği kabul edilse bile, bir suç örgütünün varlığı kabul edilemez. Bir örnek vermek gerekirse, bir grup kişinin, sürekli olarak bir araya gelmeleri ve bir suç işlemeleri halinde, söz konusu yapı sürekli bir nitelik arz ediyor olmasına rağmen, işlenen suçun dışında belirsiz sayıda suçları işleme kararı bulunmaması ve işledikleri suçun da amaçları yönünden istisna teşkil etmesi durumunda, bahsedilen birleşme suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüt olarak kabul edilemez. Mesela bir dernek çatısı altında bulunan veya aynı sosyal grubun mensubu olan kişilerin devamlı nitelikte bir organizasyonun parçası oldukları kabul edilebilir. Bu kişiler mevcut organizasyon çerçevesinde suç işlemeyi de kararlaştırmış olabilirler. Ancak sürekli ni-

98 "Taraflar arasında Trabzon'dan Erzincan'a yolcu taşıma nedeniyle çıkan rekabet sonucu meydana gelen somut olaylara bakıldığında ve başkalarına yönelik eylemlerinin bulunmadığı, bu amaçlarla bir araya gelmediklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte oldukları anlaşılmakta ise de, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı anlaşılmaktadır." (Yargıtay 6. CD, 30.4.2009, 8377/7582, karar için bkz: Akkaya; s. 75 – 76).

99 Alacakaptan; (2004b), s.58.

telikte olmasına rağmen, belirsiz sayıda suç işleme kararına sahip olduklarının ortaya konulamaması halinde bir örgütün varlığından bahsedilemez¹⁰⁰. Örgüt işlemeyi somut olarak planladığı eylemlerden sonra da varlığını devam ettirmeyi planlıyor olmalıdır¹⁰¹.

Burada dikkat çekmek istediğimiz husus, söz konusu ihtimalin yalnız bir suç için bir araya gelmeyi değil¹⁰², konusu belli birden fazla suç için bir araya gelmeyi de kapsadığıdır¹⁰³. Meselâ bir grup kişinin bir araya gelerek, belirlemiş oldukları birden fazla bankayı soyma kararı almaları durumunda, aralarında hiyerarşik, organize bir yapı meydana getirmeleri, amaçladıkları suçları işlemek konusunda elverişli imkân ve vasıtalara sahip oldukları sabit olsa bile, bunların belirsiz sayıda suç işleme kararına sahip oldukları kabul edilemez. Zira ortada süreklilik arz eden bir örgüt yapılanması yoktur. Keza benzer şekilde, belli bir somut amaca ulaşmak için, meselâ ihtiyaç duydukları belli bir tutarda parayı elde edebilmek amacıyla, bir seri suç işlenmesi halinde de bu unsurun varlığından söz edilemeyecektir. Buna bir başka örnek olarak, bir ihaleyi alabilmek için usulsüz işlemler yapan, rüşvetler dağıtan, evrakta sahtecilik yapan ve bu şekilde birçok suçları belli bir amaca ulaşmak için işleyen bir topluluğun yalnızca bu ihale için bir araya gelmiş olması gösterilebilir.

Yukarıda da izah etmeye çalıştığımız gibi, belirsiz sayıda suç işleme kararı veya süreklilik unsurları, suç işlemek amacıyla örgütlenme fiillerinin en tipik ayırt edici unsurudur¹⁰⁴. Zira ancak bu unsurlar ile bireylerin

100 Aynı yönde: Parlar/Hatipoğlu; s.3490.

101 Evik; (2004a), s.216; Akkaya; s.17 - 18.

102 Yargıtay 8. CD, 21.12.2009, 9869/16192: *“Sanıkların işbirliği ve eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ederek süreklilik gösterir şekilde suç işlemek amacıyla örgüt kurduklarına dair kesin kanıt bulunmadığı ve olay tarihinde göçmen kaçakçılığı için bir olaya mahsus sanıkların bir araya gelmeleri eylemlerinin de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu oluşturmadığı ...”*.

103 Tona; s.1083 – 1084; Boscarelli; s.865; Alacakaptan; (2004a), s.27.

104 Örgütsel yapılanmanın devamlılığı ve belirsiz sayıda suç işleme kararının bulunması, örgütün sürekli olarak suç işlemeye hazır bir yapılanma halinde hayatını sürdürerek kamu barışını tehlikeye sokmaktadır. Yargıtay’ın kararına konu olan bu olay örgütsel yapılanmanın tartışmakta olduğumuz unsurlarını yansıtmaktadır: *“Samık Misbah liderliğinde kurulan örgüt çatısı altında, sanıklar Aydın, Mustafa, Filit, Nurullah ve Seyyar’ın bir araya gelerek, tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ile disiplinli biçimde hareket ederek; sanık Mustafa’dan faizle borç para alan mağdur ve müştekilardan borcunu ödemeyenlere kararlaştırılan faizden çok daha yüksek faiz uygulayıp, silahla tehdit etmek suretiyle borcun ödenmesini sağladıkları, yine borcunu ödeyemeyen bir kısım mağduru bürriyetlerinden yoksun kılp, darp edip işyerlerini kurşunladıkları, silah zoruyla senet imzalatmaları, ödeyenlerin senetlerini iade etmedikleri, yine bir kısım mağurdan baskı ve tehdit kullanmak suretiyle haraç istedikleri, ayrıca yine bir kısım mağdurları da sebepsiz yere olay çıkarıp yaraladıkları, yine bar işletmeciliği yapan bir kısım sanıkların kendilerine rakip olarak gördükleri kişileri ve evlerini kurşunlayarak onları da yıldırma, korkutma ve sindirmeye çalıştıkları, hak-*

demokratik bir toplumda barış ve düzen içinde yaşama haklarını korumayı amaçlayan, kamu barışı ve düzeni şeklinde somutlaştırılan korunan hukuki menfaate zarar verilmesi tehlikesi belirgin hale gelmektedir¹⁰⁵. Kurulan yapı, ancak, belirsiz sayıda suç işleme amacını içeren süreklilik unsuru ile kamu barışı ve düzeni açısından ceza hukukunu ilgilendiren bir tehlike yaratabilmektedir. Böyle bir örgütlenme, belirgin bir hedefe yönelik olarak kurulup bu hedefe ulaşmak amacıyla faaliyet göstermekten daha farklı olarak, sürekli şekilde faaliyet göstermekte, topluma korku yaymakta, suç işlenmesini kurumsallaştırmakta ve kolaylaştırmaktadır. Tüm bu açıklamalarımız ışığında süreklilik ve belirsiz sayıda suç işleme kararı unsurlarını, suç örgütlerinin ayrıca suç olarak tanımlanmasının gerekçesi ile birlikte yorumlamak gerekmektedir. Yani her süreklilik arz eden birleşme, amaçları doğrultusunda suç işlenmesi halinde suç örgütü hale gelmeyeceği gibi, yalnızca somutlaşmış bir amaca ulaşmak için birden fazla suçun işlenmesi halinde ya da önceden belirlenmiş bir seri suçun işlenmesi amacıyla harekete geçilmesi de suç işlemek için örgütlenmenin mevcudiyetine kanıt teşkil etmeyecektir.

Son olarak, ayrıntılarına aşağıda değineceğimiz üzere, örgütün varlığı için, işlenmesi öngörülen suçların konu bakımından somutlaşmasına gerek olmasa da, hangi türden suçların işleneceğine ilişkin bir öngörünün olması gerekir. Aksinin kabulü suç işlemek amacına yönelik soyut düşüncenin cezalandırılması, bir başka ifadeyle, esasen bir tür hazırlık hareketi olan örgütlenme fiillerinin de hazırlık aşamasının cezalandırılması sonucunu doğurur.

D. Amaç suçları işlemeye elverişli yapı, üye sayısı, araç ve gereç sahip olunması

Suç işlemek amacıyla bir araya gelinmesi fiilleri, meydana getirilen örgütün amaç suçları işlemeye elverişli yapıya, üye sayısına, araç ve gereç sahip olması hâlinde cezalandırılabilir. Bu, belki de somut

larında resmi mercilere şikâyetle bulunan mağdurları yine baskı ve tehdit kullanmak suretiyle yıldırıp şikâyetten vazgeçirdikleri veya vazgeçirmeye çalıştıkları ve bu eylemlerin bir kısmında sanıl Ziya'nın sanıklara yardım ettiği, örgüte yönelik yapılan operasyon kapsamında yakalanan örgüt üyeleri ve evlerinde, birden fazla ruhsatsız tabanca, pompalı tüfek, bıçak ve değişik miktarlarda mermi ele geçtiği ve bu şekli ile örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşılmakla..." (Yargıtay 8. CD, 4.11.2008, 8499/12365, karar için bkz: Akkaya; s.79).

105 Aynı yönde: Sancar; s.154.

olayda değerlendirilmesi en zor olacak unsurdur¹⁰⁶. Zira sorun yalnızca amaç suçları işlemeye elverişli yapı, üye, araç ve gerece ilişkin delil bulmak değil, aynı zamanda “elverişlilik” kavramının ne anlama geldiğini tesbit etmektir. Aynı hükümde yer alan bir diğer mesele, “amaç suç” kavramının ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkindir.

“Örgütün yapısı, üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması” gerektiğini gösteren ibare ile suçun somut tehlike suçu haline dönüştürüldüğü kabul edilmektedir¹⁰⁷. Suçun somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi, cezalandırılabilirlik alanının daraltılmasını ve korunan hukuki menfaati somut tehlikeye sokmayan eylemlerin ceza hukuku sahasının dışına çıkarılmasını sağlamıştır. Yapılan düzenleme bu yönüyle yerindedir¹⁰⁸.

1. “Amaç suç” kavramı

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi elverişlilik unsurunun ne anlama geldiğini incelemeye başlamadan önce, bu unsuru düzenleyen ibarenin içinde yer alan “amaç suç” kavramına açıklık getirilmelidir. Bu bağlamda “amaç suç” ifadesinin her örgüt türü açısından isabetli olup olmadığı ve bu ibarenin nasıl yorumlanması gerektiği de tartışılmalıdır.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, bir birleşmenin suç örgütü olarak kabul edilmesi için işlenmesi amaçlanan suçların konu veya tür bakımından somutlaşmasına, bunun doğal sonucu olarak da herhangi bir suçun işlenmiş olmasına gerek yoktur¹⁰⁹. Bu nedenle, birleşmenin örgüt niteliğine sahip olup olmadığının belirlenmesi için yapılması gereken “amaç suçu işlemeye elverişli” olma şartına ilişkin değerlendirmenin, hangi suçların işlenmesinin amaçlandığı ortaya konulmadan belirlenmesi, yani “amaç suç”un ne olduğu tayin edilmeden yapılması güç olacaktır¹¹⁰.

106 Aynı yönde: Toroslu; s.261.

107 Madde gerekçesinde de bu durum vurgulanmıştır: “Suç işlemek için örgüt kurulması bir somut tehlike suçudur. Her ne kadar en az iki kişinin belli amaç etrafında suç işlemek üzere devamlı surette fiilen birleşmesi suretiyle örgüt meydana gelebilir de; kurulan örgüt güdülen amaç bakımından somut bir tehlike oluşturmayabilir. Bu nedenle, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır.”

Eski TCK dönemindeki düzenlemenin (313. madde) soyut tehlike suçu olduğu kabul edilmekteydi: Önder; s.426; Evik; (2004a), s.373. Aksi yönde: Alacakaptan; (2004b), s.56.

108 Aksi görüş: Hafizoğulları/Kurşun; s.37.

109 Özgenç; s.28 – 29.

110 Kavlak; s.356 vd.

Bu aşamada akla, “amaç suç” ifadesinden örgütün işlemeyi amaçladığı suç veya suçların mı anlaşılacağı, yoksa bu ifadenin “örgütün amaçları” şeklinde mi yorumlanması gerektiği soruları gelmektedir.

Örgütlenme fiillerinin başka suçların hazırlık hareketi olarak kabul edilmelerinden hareketle, amaç suçların da örgüt kurmak suretiyle işlenmesine hazırlık yapılan suçlar olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak örgütlerin işlenecek suçları konu ve tip bakımından somutlaştırmasının gerekli olmaması bu görüşün zayıf noktasıdır.

Öte yandan, amaç suç – araç suç kavramları esas olarak, kanunda belli bir takım suçların hazırlık hareketlerinin ayrıca suç olarak tanımlandığı haller açısından kullanmaya müsait kavramlardır. Bu gibi düzenlemelere örnek olarak, 5237 sayılı TCK’nin 314, 315 ve 316. maddeleri gösterilebilir. Bunlardan 314. maddede yer alan suç tipi, devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek için örgütlenmeyi suç haline getirmektedir. Söz konusu örgüt yalnızca amaç suçu işlemek için kurulmaktadır. Bu örgütün Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmak için kurulduğu kabul edilirse, örgütlenme araç suç, toprak bütünlüğünün bozulmasına yönelik eylemler ise amaç suç niteliğinde olmaktadır. Dikkat edilirse, Devletin toprak bütünlüğünü bozmayı amaçlayan bir örgütün kurulması cezalandırma için yeterlidir. Örgütün tüm unsurları haiz olduğu kabul edilirse, herhangi bir eyleme geçilmemiş olsa bile bu suçtan dolayı cezalandırma söz konusu olacaktır. Devletin toprak bütünlüğüne ilişkin neticeler, aynı zamanda fiilleri gerçekleştirenlerin nihai hedefleridir. Bir diğer ifade ile amaç suç ve nihai hedef birleşmektedir.

Konuya bir başka örnek kalpazanlık fiilleri açısından gösterilebilir. Kanununun 197. maddesinde parada sahtecilik fiilleri cezalandırılmaktayken, 200. maddede paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemenin izinsiz olarak üretilmesi, ülkeye sokulması satılması, satın alınması gibi esasen amaç suç olan sahte para basmanın hazırlık hareketlerine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bahsettiğimiz bu örnekler tam anlamıyla araç suç – amaç suç ilişkisini yansıtmaktadır.

İkinci ihtimalde ise, “amaç suç” kavramı, önceden somutlaşmış tipte suçları işlemeyi öngören örgüt tipleri açısından dikkate alınarak, işlenmesi öngörülen asıl suçlar açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

Bu tip örgütlerde, belli bir hedefe ulaşmak için, önceden belirlenmiş (hatta uzmanlaşmış) suç tiplerinin işlenmesi söz konusudur (kazanç elde etmek amacıyla, özellikle, uyuşturucu madde ticareti, göçmen kaçakçılığı veya insan ticareti eylemleri gerçekleştirilmesi gibi). Bu durumda örgüt, deyim yerindeyse, bir asıl işgal alanı belirlemekte ve bu çerçevede başka suç tiplerinin işlenmesi söz konusu olabilese de, işlenen bu diğer suçlar asıl suçlara göre ikincil nitelikte olmaktadır.

Bu gibi örgütler açısından, asıl işgal alanı olarak belirlenen suç “amaç suç” olarak kabul edilip, bunlar açısından elverişli yapı, üye sayısı, araç-gereç değerlendirilmesi yapılabilir.

Ancak belirtilen şekilde yapılan yorum da, herhangi bir suç tipinde özel olarak yoğunlaşmayan suç örgütleri açısından geçerli olamamaktadır. Siyasi hedeflere ulaşmak için kurulan örgütler açısından geçerli olabilen ya da faaliyetini belli bir takım somut suç tiplerine özgüleyen örgütler için geçerli olan tanım, böyle örgütler açısından bir sonuç doğurmamakta ve bu nedenle daha farklı bir “amaç suç” tanımı yapılması gerekmektedir.

Bazı hallerde, suç örgütünü oluşturanlar, ekonomik çıkar veya siyasi kazanımlar elde etmek gibi nihai hedefler belirlemiş olabilirler. Kimi örgüt yapılanmalarında bu hedeflere ulaşmak için pek çok farklı türden suç tipinin işlenmesi söz konusu olmaktadır (ekonomik çıkar elde etmek amacıyla, hırsızlık, dolandırıcılık, yağma gibi farklı suçların işlenmesi). Böyle örgütlerde hedef, nasıl olursa olsun çıkar elde etmektir ve organizasyon, belli suç tiplerine yoğunlaşmaksızın uygun bulunduğu pek çok farklı suç tipini işler. Gerçekten de, her suç örgütünün özellikle işlemeyi amaç edindiği bir suç tipi olmasına gerek yoktur¹¹¹.

Görüldüğü üzere, madde metninde yer alan “amaç suçlar” ibaresi üzerinde kolaylıkla mutabık kalınacak ve elverişlilik hükmünün yeknesak şekilde uygulanabilmesini mümkün kılacak bir tanım yapmak kolay değildir¹¹².

Bu gibi örgütler açısından, “amaç suçlar” ibaresinin örgütün nihai hedefleri şeklinde yorumlanması düşünülebilir¹¹³. Ayrıca suç olarak tanımlanmış olan siyasi hedefler bir yana, örgütlenmelerin nihai hedefi, suç

111 Benzer yönde: Kavlak; s.358.

112 Aynı yönde: Kavlak; s.285 – 287, 357.

113 Bu hususta tartışmalar için bkz: Kavlak; s.356 – 357.

işlemek değildir. Esasında işlenen suçlar ancak maddi kazanç, şan – şöhrat, sosyal statü elde etmek şeklindeki hedefler için birer araçtır¹¹⁴.

Mesela, ekonomik çıkar elde etmeyi amaçlayan kimi suç örgütleri de, hedeflerine ulaşmak amacıyla, tip olarak somutlaşmış suçları işlemek için kurulmuş olabilirler. İhaleye fesat karıştırma¹¹⁵, uyuşturucu madde ticareti¹¹⁶, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti gibi suçları asıl iştigal konusu olarak belirleyen bir takım örgütlerle uygulamada sık sık karşılaşılmaktadır. Bu örnekte de örgütün sürekli olarak işlemeyi öngördüğü suç tipi, nihai hedefe (ekonomik çıkar elde etmek vs.) ulaşmak için bir araç olma niteliğini korumaktadır. Dolayısıyla bu örnek ile farklı farklı suçları işlemeyi öngören örgütler arasında, faaliyetlerin ağırlıklı olarak tür bakımından somutlaşmış suç tiplerinin işlenmesine özgülenmesi dışında fazla bir fark yoktur. Her iki örgütlenme şeklinin de yasaklanmasının nedeni, kamu barışı ve düzeni açısından doğrudukları zarar tehlikesidir. Zira örgütler toplumsal yapının sürekli olarak ve kimi hallerde farklı farklı bireysel menfaatlere yönelen şekilde, bozulmasına sebebiyet vermektedirler. Dolayısıyla bu görüş ile sorunun çözümü için ortak bir nokta tesbit edilmektedir.

Ne var ki, bu yorum da, belirlilik unsuru açısından sıkıntılıdır. Mesela kazanç sağlamak amacıyla meydana getirilmiş örgütlenmelerin, hırsızlık gibi, elverişlilik unsuru açısından oldukça düşük bir eşige sahip olan suç tiplerini işleyebilecekleri ve bu bağlamda elverişlilik unsurunun da yerine getirilmiş olabileceği gibi varsayımsal bir sonuca varılması söz

114 Özgenç de konuyu değerlendirirken, kanunda yer alan ibare yerine “... oluşturulan örgütün, gerek üye sayısı gerek malzeme donanımı itibarıyla, güdülen amaçları gerçekleştirme açısından somut bir tehlike arz edip arzetmediği, bakım tarafından yapılacak somut değerlendirmeyle belirlenecektir” Özgenç; s.23. Nitekim Yargıtay da kimi kararlarında, somut olayı izah ederken bu gerçekten hareket etmektedir: “Sanıklar[ın] birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para vererek teşvicilik yapmak suretiyle baksız ekonomik çıkar sağlamak amaçlı kurulan örgütün çatısı altında bir araya geldikleri...” (Yargıtay 8. CD, 16.2.2009, 2008/15390, 2009/2146, ayrıca bkz. dn. 43).

115 Yargıtay 8. C.D., 29.11.2006, 846-8666, bkz. yuk. dn. 54.

116 “Sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte oldukları, sanık C.D.’in örgüt kurduğu, diğer sanıkların ise örgüte üye oldukları, sanık C.D.’nin örgüt lideri olup örgüt içerisinde uyuşturucu maddeleri temin eden, satan, uyuşturucu madde satışı yöneterek para akışını sağlayan ve organize eden olduğu, sanıklar S. ve Y.’nin C.D.’nin kiralandığı evde barınarak bu evde saklanan ve satışa hazır hale getirilen uyuşturucu maddeleri C.D.’in talimatlarıyla alıcılara teslim etme ve paralarını tahsil etme işini üstlendikleri, taksicilik yapan C.A.’ın ise C.D.’in talimatlarıyla müşterilere uyuşturucu madde götürdüğü, uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği evden diğer sanıklar S. ve Y.’i alarak uyuşturucuların alıcılarına nakil ve teslim edilmesini sağladığı, böylece sanıkların arasında biyereşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılığın bulunduğu anlaşıldığından...” (Yargıtay 10. CD, 14.4.2010, 2009/11905, 2010/9075, (karar yayımlanmamıştır), ayrıca bkz. dn. 29).

konusu olabilecektir. Böyle bir varsayım ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil eder. Nihai hedefleri dikkate alan yaklaşımın bu gibi arzu edilmeyen sonuçlara sebebiyet vermesi muhtemeldir.

Bu sorunun çözümü, meydana getirilen organizasyonun konu bakımından somutlaşmasa da, tür bakımından belirgin hale gelmiş suçları işleme amacını ortaya koymuş olması gerektiği kabul edilerek sağlanabilir. Gerçekten de, her ne kadar suç örgütlerinin işlemeyi amaçladıkları suçların konu ve tür bakımından somutlaşması gerekmeseyse de, suç işleme kararlılığının bulunması gerekir. Bu da soyut suç işleme niyeti ile olmaz. Örgütü meydana getirenlerin bir takım suçları işlemek konusundaki niyetlerini somutlaştırmış olmaları gerekir. İşte bu somutlaşan ve dışı yansıyan hareketler vasıtasıyla gözlemlenebilen suç işleme kararlılığının belli bir takım suçlara yönelmiş olması ile bu suçlar açısından elverişlilik denetimi yapılması da söz konusu olabilecektir. Nasıl olursa olsun, ekonomik çıkar elde etmeyi planlayan bir grup kişinin bir lider etrafında bir araya gelmeleri, bu kişilerin suç işleme kararlılığını kazanmalarına kadar suç örgütü niteliğine bürünmez. Bunlar, ancak sayısı belirli olmayan suçları işleme niyetleri ortaya çıkınca örgüt niteliğini kazanırlar. Söz konusu niyetin ortaya çıkması ise hangi tür suçların işleneceğinin en azından fikren belirlenmesini de gerektirir. Aksi takdirde soyut bir suç işleme niyetinden öte bir durum söz konusu olamayacaktır¹¹⁷.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında “amaç suç” ibaresinin kimi örgüt tipleri açısından anlam ve sonuç doğurabileceklerini kabul etmekle beraber, diğer bazı örgüt tipleri açısından arzu edilen sonucu sağlamaktan uzak olduğu görülmektedir.

Bu bağlamda, “amaç suç” ibaresi daima korunan hukuki menfaat kavramı ile birlikte düşünülmelidir. “Örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından” kamu barışını bozarak, işlemeyi öngördüğü suçlar ile nihai amaçlarına ulaşmaya elverişli bir durumun ortaya çıkıp çıkmadığı konusu yapılacak değerlendirilmede daima göz önünde tutulmalıdır.

117 Nitekim Toroslu da, “suçun varlığı için programlanan suçların işlenmiş olup olmamasının bir önemi yoktur” diyerek dolaylı olarak bu hususa dikkat çekmektedir: Toroslu; s.262.

2. “Elverişlilik” kavramı

TCK'nin 220/1. maddesinin açık hükmü uyarınca, meydana getirilen örgütün, amaçlarına ulaşmak için elverişli bir yapıya, üye sayısı ile araç ve gerece sahip olması gerekmektedir¹¹⁸.

Bir grup kişinin, suç işleyerek ekonomik kazanç elde etmelerinin daha kolay olacağı ve böyle bir yapı kurmaları gerektiği yönünde anlaşmaya vardıklarını kabul edelim. Bu kişilerin belli bir zaman aralığı geçmeden, örgütsel faaliyet olarak kabul edilecek bir takım fiiller gerçekleştirilmeden, hiyerarşik yapı oluşmadan, suç örgütü haline geldikleri sonucu çıkarılamaz. Örgütün oluşması için saf istek, inanç ve bu yöndeki irade beyanlarının ortaya çıkması yeterli değildir. Örgütsel yapıyı bir araya getirenlerin bir takım eylemler ile bu durumun dış dünyaya yansımaları sağlamaları da gereklidir. Ceza sorumluluğunun ancak bir fiilden kaynaklanan sorumluluk olduğu unutulmamalıdır.

Üç üyeye ulaşan ve diğer örgütsel unsurları da taşıyan her yapı suç örgütü olarak kabul edilemez. Gerek Yargıtay uygulamaları¹¹⁹, gerekse öğreti¹²⁰ örgütün üye sayısının, sahip olduğu araç ve gerecin, amaç suçları işlemek için elverişli olması gerektiği yönündeki bu koşulu önemle dikkate almaktadır.

118 765 sayılı TCK döneminde bu unsur kanunda yer almamaktaydı. Doktrinde ise yapının elverişliliğinin önemli olmadığını savunanlar olduğu gibi: Önder, s.426; Hafizoğulları/Kurşun; s.37; Bunun tam tersini savunarak, örgüt yapılanmasının amaçlarına ulaşmaya elverişli olmasının bir koşul olarak aranması gerektiğini kabul edenler de mevcuttu: Özek; s.228 – 229; Alacakptan; (2004a), s.25 vd.

119 “Sanıklar F, B, ve M. liderliğinde kurulan örgüt çatısı altında, sanıklar H., H., L., S., Y., E., M., S., B.'nin bir araya gelerek, tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ile disiplinli biçimde hareket ederek; sanıklar H., H., S., Y., M, 'ın otoları hırsızladıkları, sanık E. motor ustası olup hırsızlanan otoların otoların şase ve motor numaralarını değiştirdiği, sanık M. oto boya ustası olup, hırsızlanan otoları değiştiren şase ve motor numaraları kısmını boyadığı, sanık S.'nin, çalınan otoları parçaladığı, sanık B.'nin şase ve motor numaraları değiştirilen otoları piyasada sattığı, sanık M.'nin otoları çalma ve parçalama işlerini organize ettiği, sanık B.'nin sanık Ö.'nin iş ortağı olduğu ve yardım ettiği, sanık Ö.'nin de parçalanan otoların parçalarını dükkânında satarak bu işleri organize ederek örgütü yönettiği, örgüte yönelik yapılan operasyonda sanık Ö.'nin İzmir Karabağlar'da bulunan işyerinde yapılan aramada, işyerinin duvarlarını tamamen raf baline getirdiği, tüm raflarda yerli yabancı otomobillerden çıkarılmış ... bilim otomobil parçalarının çok sayıda bulunduğu, Uşak ilinden çalındığı tesbit edilen ... araca ait parçalar, büro kısmında ise kasa içerisinde oksijen kaynağı ile kesilmiş ile kesilmeden sökülmüş çeşitli araçlara ait şase numaraları yazılı plakalar ve motor numaraları yazılı plakaları, çeşitli isimler adına düzenlenmiş ruhsatnameleler, plakalar; çeşitli araçlara ait oto alım satım evrakları tesbit edildiği, yine ... çalıntı olan otomobillere ait parçalar ele geçtiği ve bu şekli ile örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı, araç ve gerece bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşılmakla...” (Yargıtay 8. CD, 12.3.2009, 2008/4959, 2009/3809, karar için bkz: Akkaya; s.78, ayrıca bkz. yuk. dn. 28); Yargıtay 6. CD, 8.10.2008, 5141/16603 (bkz. yuk. dn. 68); Yargıtay 8. CD, 4.11.2008, 8499/12365 (bkz. yuk. dn. 104).

120 Özek; s.228 – 229; Özgenç; s.23 vd.; Alacakptan; (2004a), s.25.

Örgütün üye sayısının, örgütün amaçlarına ulaşmaya elverişli olup olmadığı belirlenmesi her somut olayda ayrıca yapılması gereken bir değerlendirmedir¹²¹. Buna göre, üç kişiden az üyesi olan yapılanmaların diğer koşulları taşısalar dahi örgüt olarak kabul edilmeleri mümkün değilken, bu sayıya ulaşılsa dahi, amaç suçları işlemeye elverişli sayıda üye bulunmuyorsa, örgütün varlığından da bahsedilemeyecektir. Bu konuda, belli amaçlara ancak belli sayıda kişi tarafından oluşturulan örgütler ile ulaşılabilir türünden bir öngöründe bulunmak doğru olmaz. Ancak meselâ hükümeti yıkmak için, ya da ülkenin toprak bütünlüğünü bozmak amacıyla bir araya gelen kişilerin, yeterli sayıda üyeye sahip olmadıkları amaçlarına ulaşmalarının zor olacağı da ileri sürülebilir¹²².

Örgütün yapısı, organizasyonun ve hiyerarşik yapının seviyesi, örgütün varlığı açısından, kural olarak basit düzeyde olabilmektedir. Ancak bu yapının aynı zamanda elverişlilik unsuru açısından değerlendirilmesi gerektiği de unutulmamalıdır. Üye sayısına ilişkin yaptığımız açıklamalarda olduğu gibi, belli suçları işlemek için daha organize, örgütlü bir yapının mevcut bulunması, hiyerarşik yapının pek çok örgüt için yeterli olan gevşek yapıdan daha üst düzeyde olması icap edebilir.

Öte yandan, örgütün ulaşmayı öngördüğü boyut, faaliyet gösterdiği bölgedeki diğer örgütler ile arasındaki rekabet elverişlilik unsuru açısından önemsizdir. Mesela örgüt, çeteleşmenin yoğun olduğu ve farklı rakip çetelerin faaliyet gösterdiği bir bölgede hâkim olarak, faaliyet alanına giren işlerde, bölgesel liderliğe sahip olmayı amaçlıyor olabilir. Örgütün bu amaca ulaşabilecek elverişli bir yapıya sahip olup olmaması mühim değildir. Önemli olan suç işlemek suretiyle haksız ekonomik çıkar elde etmek şeklindeki temel amacına ulaşmaya muktedir olup olmadığıdır. Eğer bu amaca ulaşmaya elverişli bir yapı mevcutsa, örgütün faaliyet bölgesinde tek olmak amacına ulaşmaya elverişli olmadığı ileri sürülerek elverişlilik unsurunun bulunmadığı kabul edilemez. Bu bağlamda, örgütün kamu düzenini ve barışını bozmaya elverişli bir nitelikte olması yeterlidir.

Elverişlilik hususunda karar verilirken, örgütün işlemeyi öngördüğü veya işlemekte olduğu suçlara ilişkin bir değerlendirme yapılması yerin-

121 Özek; s.228 – 229; Özgenç; s.25.

122 Özgenç; s.25.

de olacaktır¹²³. Meselâ işlenmesi için fiziksel güce, şiddet kullanımına ihtiyaç duyulan tür suçları işlemeyi öngören örgütlerde bu amaçlara ulaşmak için yeterli sayıda üyeye, araç ve gerece (silah gibi) sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Öte yandan, çeşitli kurumların bilişim sistemlerine girerek ekonomik çıkar kazanmayı amaçlayan, bankaları bu şekilde dolandırmayı öngören örgütleri oluşturan kişilerin evlerini dahi terketmeden suç işlemeleri mümkündür. Bu kişilerin faaliyetleri gelişmiş bir takım bilgisayar sistemlerinin varlığını gerektirmekte ise böyle sistemlere sahip olup olmadıkları veya ulaşıp ulaşamadıkları tesbit edilmelidir. Aynı şekilde para karşılığı üçüncü kişilerin iletişimlerini denetleyerek bundan elde ettikleri verileri müşterilerine sağlayan örgütlerin, telefonları dinlemeye, bilişim sistemlerine girmeye yarayan araç – gereçlere sahip olmaları veya bu tip araç – gereçlere erişebilmeleri gerekecektir. Bu örneklerde yer alan suçları işlemeyi öngören örgütlenmelerin, ilgili suçları işlemek için gerekli özel araç ve gereçlere erişebiliyor olması gerekir. Elverişlilik unsuru açısından özellikle bu türden, gerekli niteliğe sahip, araç gerece sahip olunup olunmadığı değerlendirilecektir.

Bu bağlamda, örgütsel yapıyı oluşturan kişilerin, hangi somut suçları işlemeyi öngördükleri esasen önemli değilse de, örgütsel yapılanmanın geniş de olsa bir faaliyet alanının bulunduğu ve elverişlilik konusunda yapılacak değerlendirmede bu alanın dikkate alınacağını belirtmek gerekir. Amacı yalnızca suç işlemek suretiyle haksız ekonomik çıkar elde etmek olan bir birleşmenin, isterse hırsızlık, yağma gibi basit ve fazla araç-gereç, uzmanlık gerektirmeyen suçları işleyebileceği gibi soyut varsayımlarla, her halükârda elverişli bir yapıya sahip olduğu kabul edilemez. Bir diğer ifade ile bir grup kişinin suç işlemeyi göze

123 “Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanıklar H.O.T. ve Ş.T. liderliğinde kurulan örgüt çatısı altında, sanıklar A.S.(B.), M.Y., U.Y., S.C., Ş.A., D.T.’nin bir araya gelerek, tam bir işbirliği, eylemleri paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ederek, hayat kadını olarak geçimini temin eden mağdureleri baskı ve tehditle kendilerine tabi olarak çalışmaya zorladıkları, kendilerinden ayrılmak isteyen veya baklarında resmi mercilere şikâyetle bulunan mağdureleri, yine baskı ve tehdit kullanmak suretiyle yıldırıp, ayrılmalarından veya şikâyetlerinden vazgeçirdikleri, mağdureleri müşterilere örgüt üyeleri aracılığıyla götürüp getirdikleri, işe çıkan mağdurelerin çıktıkları iş bakımında örgüt üyelerine bilgi verdiği, kimin ne kadar işe çıktığı ile ilgili kayıt tutulduğu, yine bu alanda kendilerine rakip olarak gördükleri kişileri ve evlerini kurşunlayarak onları da yıldırma, korkutma ve sindirmeye çalıştıkları, örgüte yönelik yapılan operasyon kapsamında yakalanan örgüt üyeleri ve evlerinde, ruhsatsız tabanca, pompalı tüfek, değişik miktarlarda mermi ele geçtiği gibi, bir kısım örgüt üyelerinin öncesinde ruhsatsız tabanca yakalattıkları ve baklarında 6136 sayılı Yasaya aykırıktan işlem de yapıldığı ve bu şekli ile örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşılmakla...” (Yargıtay 8. CD, 3.12.2007, 9222/8495, karar için bkz.: Parlar/Hatipoğlu; s.3508 - 3509).

olarak, sürekli şekilde ve organize bir yapı çerçevesinde faaliyet göstermek üzere bir yapı meydana getirmeleri halinde, bu yapının suç örgütü oluşturup oluşturmadığı, kamu düzeni ve barışı açısından somut bir tehlike yaratıp yaratmadığının tespiti ile karar verilebilecek bir husustur. Söz konusu birleşmenin, mevcut üye sayısı dikkate alındığında, yağma, hırsızlık gibi suçları işleyebilecekleri, bu suçlar açısından elverişli bir yapıya sahip oldukları objektif olarak kabul edilebilir. Ancak bu birleşmenin bahsettiğimiz suçları işlemek konusunda bir öngörüsü yoksa bunları işlemek için elverişli bir yapıya sahip olmasının da bir önemi bulunmayacaktır. Bu halde bir örgütün varlığından söz edilemez. Yani, örgütün yapısının, nihai hedefe ulaşmak için işlenmesi öngörülen suçları gerçekleştirmek için elverişli üye sayısına ve araç – gerece sahip olması gerekecektir.

Varılan bu neticenin suç örgütlerinin cezalandırılma amacı ile uyum sağlamadığı ileri sürülebilir. Gerçekten de, işlenmesi öngörülen suçların konu bakımından somutlaştırılmış olması, örgütün varlığı açısından gerekli değildir. Aynı şekilde, bir örgüt belli bir takım amaçlarla kurulup, başka amaçlara da yönelebilir. Ancak örgütlerin belirsiz sayıda bir takım suçları işlemek için kurulmuş olmaları, bunların suç işleme kararına sahip olmalarını gerektirir. Suç işleme kararı, kaçınılmaz olarak hangi suçların işlenebileceği hususunda bir öngörü de içerir. Elverişlilik unsuruna ilişkin değerlendirme, işlenmesi öngörülen suçlar açısından yapılmalıdır.

Örgütün kamu barışını ve düzenini bozmaya elverişli bir yapıya sahip olması arandığına göre hangi suçu işleyeceği kararını verememiş bir birleşmenin de somut bir tehlike arz ettiğini kabul etmek zor olacaktır. Zira böyle bir durumda suç işleme kararının bulunup bulunmadığı şüpheli kalmaya mahkûmdur.

Ceza hukukunun temelinde, ancak dış dünyaya yansıyan eylemlerin cezalandırılabilmesinin olduğu, örgüt suçları açısından özellikle dikkate alınmalıdır. Ceza sorumluluğunun bir fiile dayanması, yukarıda bahsettiğimiz unsurlar açısından önemle dikkate alınacak olup, elverişlilik unsuru açısından da herhangi bir istisna mevcut değildir. Örgütün üye sayısı, yapısı, sahip olduğu araç ve gereçlere ilişkin değerlendirme yapılması zaten özünde bu prensibin bir yansımasıdır¹²⁴.

124 Aynı yönde: Kavlak; s.339, 358.

Sonuç

Suç işleme amacıyla kurulan örgütler toplumsal yaşamı zorlaştıran, bireylerin demokratik bir düzende huzur ve barış içinde yaşama haklarını ciddi bir tehlikeye sokan yapılanmalardır. Bu bağlamda söz konusu örgütleri kuranlar ve yönetenler ile bu örgütlere üye olanların ve örgüt adına suç işleyenlerle örgüte bilerek ve isteyerek yardım edenlerin, işlenmesi öngörülen suçlardan bağımsız olarak cezalandırılmaları ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Suç örgütleri, vatandaşlar açısından, isimleri duyulduğunda korku yaratan bir etkiye sahiptirler. Bu durum örgütsel yapılanmaların ortaya çıkarılmalarını zorlaştırmakta, kamu barışının ve düzeninin bozulması tehlikesini doğurmaktadır.

Öte yandan, suç örgütlerine ilişkin hükümler, insan haklarına dayalı demokratik düzenlerin sınırlarını zorlayan niteliktedir. Mesela, bu örgütlerin henüz suç işlemeden cezalandırılmalarının mümkün oluşu, ceza hukukunun temel prensiplerine aykırıdır. Suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle mücadele ve bunların ortaya çıkarılması için öngörülen tedbirler ise muhakeme hukukunda diğer suç tipleri için öngörülen tedbirlerden ayrılmakta ve bireysel özgürlüklerin kısıtlanma alanı yalnızca verilen cezalar açısından değil, henüz soruşturma ve kovuşturma aşamasında da genişlemektedir.

Bu nedenlerle, bir örgütün varlığından bahsedebilmek için hangi kurucu unsurların bulunması gerektiği ve bunların ispatı konuları büyük önem taşımaktadır. Cezalandırılabilir bir örgüt yapılanmasının unsurları Yargıtay'ın artık yerleşmiş içtihatlarında sıralanmaktadır. Buna göre, örgütsel yapının en az üç kişiden oluşması, hiyerarşik bir organizasyon çerçevesinde, belirsiz sayıda suç işlemek amacı etrafında fiili ve sürekli nitelikte bir birleşme bulunması, gerçekleştirilmesi istenilen hedeflere ulaşılabilmesi için elverişli bir yapıya sahip olunması gerekmektedir.

Sayılan unsurlar bağlamında, kanunda kullanılan “örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir” ifadesinin, söz konusu üç kişinin yalnızca üye statüsünde olanlardan mı oluşacağını, yoksa örgüte dâhil herhangi üç kişinin bu sayıya dâhil olup olmadığı sorunu tartışılmıştır. Ardından söz konusu hesaba katılması düşünülebilecek, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlara iştirak edenler ile diğer kişilerin durumları ele alınmıştır.

Suç örgütünün varlığının kabul edilebilmesi için bulunması gerekli bir diğer unsur, organize ve hiyerarşik bir yapılanmanın mevcudiyetidir. Söz konusu unsur, ilgili maddede, örgüte yardım edenlerin sorumluluğu düzenlenirken kullanılan, “örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmakla birlikte” ibaresi ile dolaylı olarak ifade edilmiştir. Söz konusu hiyerarşik yapılanmanın basit bir düzeyde bulunması yeterli olup, askeri bir disiplinin mevcudiyeti aranmayacaktır.

Suç örgütlerinin belki de en ayırt edici unsuru, bunların belirsiz sayıda suçları işlemek için süreklilik arz edecek şekilde kurulmuş olmalarıdır. Suç işlemek amacıyla birleşmenin süreklilik arz etmemesi, yalnızca belirli bir veya bir takım suçları işlemek amacıyla meydana getirilmiş olması halinde bu unsurun varlığından söz edilemeyecektir. Yani, sürekli nitelikte bir yapının varlığı söz konusu olmayacaktır. Birden fazla kişi tarafından konu ve sayı yönünden sınırlanmış suçların işlenmesi, örgütün varlığının kabul edilebilmesi için yeterli değildir. Bu gibi durumlarda iştirak hükümleri uyarınca uygulama yapılması gerekir.

Örgütün “amaç suçları” işlemeye elverişli bir yapıya, üye sayısına ve araç – gerece sahip olması gerekmektedir. Söz konusu unsurla ilgili ilk problem “amaç suç” kavramının nasıl yorumlanacağına ilişkindir. Amaç suç kavramı, belli bir takım suçların özel olarak tehlikelilik arz eden ve bu nedenle ayrıca cezalandırılması öngörülen hazırlık hareketleri açısından kullanıldığında anlam taşımaktadır. Mesela 314. maddede yer alan örgüt, yalnızca maddede sayılan amaç suçları işlemek için kurulabilir ve bu örgüt gerçek anlamıyla amaç suçları işlemek için işlenen bir araç suç niteliğindedir. Öte yandan, örgütün varlığı için hangi suçun işleneceğinin somutlaşmasına gerek olmayışı, birçok somut olayda amaç suçun ne olduğu, dolayısıyla elverişlilik unsurunun nasıl belirleneceği sorularını yanıtızsız bırakmaktadır. Bu durumda amaç suç kavramının yorumlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Sorunun çözümü için çeşitli ihtimaller değerlendirilmiş ve bir sonuca varmayı sağlayacak somut noktalar tesbit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, ceza hukukunun temelinde iradi davranışlardan kaynaklanan sorumluluk yattığına göre, cezalandırılabilir örgüt yapılanmasının hangi suçları işlemeye yöneldiğinin somutlaşmış olması gerektiği ileri sürülerek elverişlilik değerlendirmesinin bu maddi dayanaklar çerçevesinde yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.

Örgütlenme fiillerinin suç olarak tanımlanması ve bir örgütün varlığının kabul edilebilmesi için, örgütsel yapı kapsamında bir suç işlenmesinin gerekmeşi, uygulamada örgütün kurulması, yönetilmesi veya üye olunmasının bir takım fiiller ile dış dünyaya yansımalarına ilişkin temel gerekliliğin göz ardı edilmesine yol açmaktadır.

Her suç tipinde olduğu gibi örgütlenmeye ilişkin suç tiplerinde de, gözlemlenebilir fiillerin bulunması gerekmektedir. Ancak bu fiillerin suç olarak kabul edilebilmeleri için öncelikle bir suç örgütünün varlığının kabul edilmesi icap eder. Bu değerlendirme yapılırken de meydana gelen yapının kamu düzeni ve barışı için somut bir zarar tehlikesi yaratmaya elverişli olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu türden bir tartışma ancak suç organizasyonunun dış dünyada gözlemlenebilen yapısal unsurları üzerinden yapılabilir. Zaten başka bir ihtimalde, kamu barışının ve düzenin zarar görme tehlikesinden söz edilemez.

Kaynakça

- Akkaya, Çetin;** Örgüt Suçu – Uyuşturucu Madde ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010
- Alacakaptan, Uğur;** “Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004 (“2004a”)
- Alacakaptan, Uğur;** “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004 (“2004b”)
- Aydın, Devrim;** Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009
- Beltrani, Sergio;** Il Delitto Tentato Parte Generale e Parte Speciale, Cedam, Padova, 2003
- Boscarelli, Marco;** “Associazione per Delinquere”, Enciclopedia del Diritto, C.III, Giuffrè Editore, Milano, 1958
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997
- Erdem, Mustafa Ruhan;** Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001
- Evik, Vesile Sonay;** Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta Yayınları, İstanbul, 2004 (“2004a”)
- Evik, Vesile Sonay;** “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004 (“2004b”)
- Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo;** Diritto Penale Parte Speciale, Vol. I, 4. Basım, Zanichelli Editore, 2008
- Fletcher, George;** Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, 2000

- Hakeri, Hakan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008
- Hafizoğulları, Zeki/Kurşun, Günal;** “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 71, 2007
- Insolera, Gaetano;** Diritto Penale e Criminalità Organizzata, Il Mulino, 1996
- Kavlak, Cihan;** Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Köroğlu, Hasan;** Örgütlü Suçluluk Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001
- Ormerod, David;** Smith and Hogan Criminal Law, 12. Basım, Oxford University Press, 2008
- Önder, Ayhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994
- Özek, Çetin;** “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998
- Özgenç, İzzet;** Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt III, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Sancar, Türkan Yalçın;** Çok Faili Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık;** Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998
- Soyaslan, Doğan;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005
- Tona, Giovanbattista;** Trattato di Diritto Penale – Parte Speciale (Eds: Alberto Cadoppi/Stefano Canestrari/Adelmo Manna/Michele Papa), Cilt III, UTET Giuridica, 2008
- Toroslu, Nevzat;** Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2008
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa;** Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

Hırsızlık Suçunun Tarihi Üzerine Bir Araştırma

(Hakemli Makele)

Doç. Dr. R. Yılmaz Yazıcıoğlu

Özet

Makalede, hırsızlık suçunun eski devirlerde, Roma hukukunda, kilise hukukunda, Ortaçağ'da ve İslam hukukundaki gelişimi açıklanmış, sonrasında ise Türk hukukunda geçirdiği evrim üzerinde durulmuştur. Bunun dışında makalede 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hükümleri karşılaştırılmıştır. 2005 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu, hırsızlığın cezasını ağırlaştırdığı gibi, suçun unsurlarında da değişiklik yapmıştır. Yine, hırsızlık suçunun uygulaması az olan bazı nitelikli halleri ortadan kaldırılmış, bunların yerine yeni nitelikli haller getirmiştir. Ayrıca, hırsızlık suçunda malın değerinin yüksek olmasına dayanan ağırlaştırıcı neden ortadan kaldırılmış, buna karşılık malın değerinin az olmasına ilişkin hükümler kısmen değiştirilerek muhafaza edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Hırsızlık, Roma hukuku, hukuk tarihi, Mülga Türk Ceza Kanunu, malın değeri

Abstract

The paper deals with the historical development of the crime of larceny in antiquity, in Roman law, canonical law, in mediaval law, and in Islamic law. Later, the evolution of the offence in Turkish history is examined. In addition, provisions of the Previous (now-void) Turkish Criminal Code (Law 765) are compared with the Turkish Criminal Code in force (Law 5237). The new Turkish Criminal Code, which entered into force in 2005, has made some changes in the elements of the crime, as well as increasing the penalty provided for it. Besides, some aggravating and attenuating circumstances have been altered, due to a lack of application of previous provisions. In addition, the general aggravating circumstance based on the value of the object has been abolished, while maintaining a corresponding attenuation based on a minor value of the object.

Keywords

Larceny, Roman law, history of law, Previous Turkish Criminal Code, value.

a) Genel Olarak

Hırsızlık suçuna ilişkin geçmişin, diğer bir ifade ile hırsızlık fiilinin insanlar tarafından suç olarak kabul olunmasına ilişkin geçmişin insanlık tarihi kadar eski olduğu düşünülebilirse de, hırsızlık suçu, esasen mülkiyet hakkına yönelik bir eylem teşkil ettiğinden, ancak insanlar arasında önce “mal” sonra da “mülkiyet” kavramının doğması ve gelişmesini müteakip yaptırım altına alınmaya başlanmış bir fiildir. Bu sebeple, insanlık tarihinin başlangıcında mülkiyet kavramının bugünkü anlamı bulunmadığından, hırsızlık teşkil eden eylemler de ceza hukuku anlamında bir suç vasfı taşımamaktadır¹. Tarihsel olarak insanlar arasında mal kavramı ortaya çıkmaya başladığında yani insanlar arasında mallar üzerinde aidiyet kavramı oluşmaya başladığında, cezalandırılan bazı diğer suçlar gibi, başkalarının mallarına tecavüz teşkil eden eylemler bakımından da, bazı yaptırımların söz konusu olduğu görülür. Daha “devletin” bulunmadığı dönemlerde, hak sahibi malını kendisi korumak zorunda iken, “devlet” kurulunca, “devlet”, tanıdığı mülkiyet kavramını savunmak görevini de kendisi üstlenir. Zira ilk devirlerden itibaren bu hakka yönelik ihlallerin devletin varlığını da tehlikeye düşürdüğü iddia olunmuş bulunmaktadır. Devletin, ilk başlarda, başkasının malını alanı bu malı geri vermeye, mümkün olmadığı takdirde, verdiği zararı tazmin etmeye zorladığı görülür. Zamanla da, sadece mağdurun zararının giderilmesinin kamusal menfaatler bakımından yeterli gelmeyeceği, bugün modern ceza hukukunda öngörülen mal aleyhine suçların kamuyu da ilgilendirdiği ve devletin doğrudan müdahale etmesinin gerekliliği prensibi böylece daha o tarihlerde geçerlilik kazanmaya başlar².

b) Eski Devirlerde

Hırsızlık fiili, insan toplumlarının daha devlet biçiminde bir araya gelmediği, kabile, aşiret, klan³ şeklinde yaşadığı ilkel ceza hukuku döneminde, kişisel-özel-şahsi suç kabul edildiğinden önceleri oç alma

1 İlkel toplumlarda cürüm kavramı bugünkünden farklı olduğundan kişilere ve mallara karşı tecavüzler kabahat olarak kabul edilirdi. *Hırsızlık* fiili bir kabahat sayıldığından, bu fiili gerçekleştiren failin zarar görenin zararını tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktaydı (Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. bası, Ankara, 2009, s.27).

2 Tahiroğlu, Bülent; Roma Hukukunda Furtum, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1975, s.1.

3 Klan aynı toteme bağlı kimselerce meydana getirilen topluluktur.

hakkını⁴ gerektiren bir fiil olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır⁵. İlkel ceza hukukundan daha ileri bir seviyeyi yansıtan eski Hint, Çin, Mısır ve İbranî ceza hukuklarında ise, hırsızlık fiili için çeşitli yaptırımlar öngörülmektedir.

Eski Hint hukukunda, mülkiyet kavramı daha gelişmiş olduğundan⁶, bu hukuk düzeninde hırsızlık fiili suç olarak kabul edilmekte ve hırsızlık fiilini gerçekleştirenler, içinde yaşadıkları toplumsal sınıf uyarınca çaldıkları malın değerinin belli bir mislini tazmin etmek suretiyle yaptırım altına alınmaktaydı⁷. Eski Hint hukukuna göre, hırsızlık fiilinden dolayı devlet de sorumlu kabul olunmakta ve hükümdarın çalınan malların mağdura iadesinin sağlanması, bu mümkün olmadığı takdirde suç konusuna ilişkin bedeli bizzat vermesi⁸ hükme bağlanmış bulunmaktadır⁹. Hükümdar, huzurunda suçunu ikrar eden faili affetmek veya cezalandırmak konusunda takdir yetkisine sahipti; hırsıza yardım eden/şerik ise fail gibi cezalandırılırdı¹⁰.

Göktürkler'de cezalar kamu menfaatleri gözetilerek devlet adına verilmekte idi¹¹. Buna mukabil *Hunlar'da* ise, hırsızlık suçu işlediği sabit olan kimsenin ailesinin müsadere edilmesi söz konusu olduğundan kolektif ceza sorumluluğu döneminin dışına çıkılmadığı ve cezaların şahsiliği prensibine aykırı hareket ettikleri gözlenmektedir¹². Çin kaynaklarına göre, *Göktürkler'de* hırsızlık suçu karşılığı faile, çaldığı eşyanın sayı

- 4 Öç alma hakkı, ilkel ceza hukuku döneminde zarar veren bir fiil veya hareketin karşılığında gösterilen tepkiyi ifade eder. Diğer bir ifade ile öç alma hakkı, ilkel çağlarda zarar gören aile, klan veya kabile tarafından zarar veren kişi veya onun mensubu bulunduğu topluma verdiği karşılığı ifade etmektedir; bu sebeple de öç alma hakkının geçerli olduğu devirlerde ceza sorumluluğu şimdiki gibi şahsi değil, kolektif idi (Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 12. bası, İstanbul, 1997, s.41).
- 5 Seviğ, R. Vasfi; "Hırsızlık", Adliye Ceridesi, S. 4, 1937, s.279; Şensoy, Naci; Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul, 1963, s.13.
- 6 *Eski Hint hukukunda* mülkiyet kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Arsal, Sadri Maksudi; Umumi Hukuk Tarihi, 3. bası, İstanbul, 1948, s.48 vd.
- 7 *Eski Hint hukukuna* göre, fail *Sudra* sınıfına mensup ise malın sekiz katını, buna karşın fail, *Varsiyalar* sınıfından ise malın onaltı katını ödemek ile cezalandırılırdı (Okandan, G. Recai; Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1952, s.68).
- 8 Okandan, s.43 ve 67; Şensoy, s.13-14.
- 9 Sonradan sözkonusu olan *Manu Kanununda*, hırsızlık fiili suç konusunun değeri ve mağdurun kişisel durumu uyarınca para cezası ve malın iadesini düzenlediği görülmektedir (Okandan, s.67; Şensoy, s.14).
- 10 Okandan, s.68.
- 11 Ceza hukuku bakımından *Göktürkler*, ceza vermede kamu menfaatlerini ön plana alıp Devlet adına ceza verdiklerinden şahsî ve ailevî intikam alanından uzaklaşmış bulunmaktadır (Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet; Türk Hukuk Tarihi, Konya, 1989, s.43).
- 12 Cin/Akgündüz, s.43.

ve değer olarak on misli ödemesi öngörülmektedir¹³. Hafif cürümlerden sayılan ve bağısız at çalma ile diğer malları çalmak için uygulanan bu ceza, bağılı atı çalmak veya ikinci defa hırsızlık yapılması halinde değişmekte ve bu durumda suç ağır cürüm telakki edildiğinden failine ölüm cezası verilmekte idi¹⁴.

Sümerler'de ise, bu toplumda mülkiyet hakkına verilen yüksek değer uyarınca nitelikli hırsızlık fiilinde faile ağır yaptırımlar öngörülmektedir. Çalınan mal hükümdara veya dini bir kuruma ait ise, fail ve şerik ya malın otuzbeş misli ile sorumlu olur veya ölüm cezası ile yaptırım altına alınır. Keza fail, duvar delmek suretiyle mağdurun evinden bir şey alırsa cezası ölümdü ve evin duvarının önüne gömülürdü. *Sümer hukukuna* göre, yangın sırasında yangını söndürmeye çalışan birisinin eşyası çalınır, bu defa fail yakılarak cezalandırılırdı. Aynı şekilde *Babilliler'de* de Hamurabi Kanunu uyarınca (m. 22) hırsızlık suçunun karşılığı ölüm cezası olarak düzenlenmekte idi. Geçmişte Asurîler, İbraniler, Etiler de hırsızlığı suç olarak düzenlemekteydi¹⁵.

Asurîler (Asurlar), hırsızlık fiilini yaptırım altına alınması gereken bir eylem olarak değerlendirmekte ve ceza olarak kulak kesme, traş etme (hür kadınlar için), failin evli bir kadın olması durumunda, failin mağdura köle olması kabul olunurdu. Bu durumda hırsızın kocası kadını geri almak isterse mağdur ile anlaşmak zorundaydı, eğer anlaşma olmazsa, evli kadının burnu kesilirdi¹⁶. *Etiler'de* de, gerek hırsızlık fiili, gerekse hırsızlık fiiline teşebbüs yaptırım altına alınmakta, fail ya tazmine ya da zorla çalışmaya mahkûm olunmakta idi¹⁷.

Eski İran hukukunda mülkiyete dair hükümler pek azsa da¹⁸, hırsızlık fiili suç olarak kabul olunmakta ve bu suç karşılığı olarak ağır cezalar öngörülmekteydi; suçüstü halinde¹⁹ faile ölüm cezası verilmekte idi²⁰.

Eski Yunan'da, Spartalılar ve Atinalılar da hırsızlığı (*klopê*) suç olarak kabul etmekte ve yaptırım altına almış bulunmaktaydılar²¹. Esasen

13 Üçok,Coşkun/Mumcu, Ahmet; Türk Hukuk Tarihi, 3. bası, Ankara, 1982, s.23.

14 Cin/Akgündüz, s.43.

15 Şensoy, s.14.

16 Okandan, s.163.

17 Okandan, s.209.

18 Arsal, s.77.

19 Suçüstü halinde yakalanan faile ölüm cezasının yanında ayrıca suç konusu eşyanın boynuna asılması da öngörülmekteydi (Okandan, s.110).

20 Okandan, s.110, 144, 162; Şensoy, s.14.

21 Şensoy, s.14.

Atina ceza kanunları oldukça makuldu ve bunlara ilişkin esaslar *Solon* tarafından belirlenmişti. *Atinalılar'da* devlet malını çalmanın cezası, çalınan malın iadesi ile çalınan malın iki misli para cezasını içermekteydi. Bununla beraber kıymeti elli drahmiyi aşan birşey gündüz çalınacak olunursa, bu fiilin cezası ölümdü²². Değeri elli drahmiden az olan eşyaları çalmanın cezası ise, mağdur lehine tayin oluncak para cezasıydı²³. Ancak, bütün hukuk düzenlerinde suç sayılan hırsızlık fiili, eğer maharetle yapılıyorsa *Spartalılar'ca* suç olarak telakki edilmezdi. Bilâkis, yakalanmaksızın hilotların mahsülünü çalmak vatandaşlarca çok tasvip gören bir nevi kahramanlık olarak kabul olunmaktaydı²⁴.

c) Roma Hukukunda

Hırsızlık suçu *Roma hukukunda* da yaptırım altına alınan bir suç türü teşkil etmektedir. Özellikle günümüzde hırsızlık fiilini yaptırım altına alan ceza hükümlerinin oluşmasında Roma hukukunun etkisi göz ardı edilemez. *Romalılar'da* bireysel ve özel mülkiyet kavramları gelişmiş olduğundan *Roma ceza hukuku* sisteminde, hırsızlık fiili içtihatlar marifetiyle bilimsel olarak karşılanmaktaydı²⁵.

Eski Roma hukukunun tarihçesine bakıldığında, başlangıçta hırsızlık fiili bugün anladığımız manada bizatihi suç teşkil etmemekteydi; eski devirde bir başkasının malına zilyet bulunmak yaptırım altına alınmakta ve şahsi öce müstelzim bir fiil olarak kabul olunmaktaydı. Şahsi öcün uygulanabilmesi içinse, hırsızlığın aşikâr, meşhûr olması ve malın bulunması gerekmektedir²⁶. Şahsi öc *müessesesi*, malı çalınanın yani mağdurun çalanı yani faili takip etmeye ve ortaya çıkarmaya zorlamaktaydı. Mağdur, elinde “tabak” ve “peştamal” ile hırsızın evinde yaptığı araştırma neticesi²⁷ çalınan malını bulduğu durumlar ve hırsızın elinde çalınan

22 Bu cezayı *Drakonun* tayin ettiği söylenir (Arsal, s.121 dp.90).

23 Arsal, s.120-121.

24 Arsal, s.161.

25 Maggiore, Giuseppe; *Diritto penale*, C.II, Bologna, 1948, s.904.

26 *Meşhûr hırsızlık* hali, çalınan şeyin hırsızın elinde olması veya hırsızın çaldığını henüz saklayamadan yakalandığı yahut hangi evden girdiğini gösteren delillerin mevcudiyeti halinde çalınan şey “*tabak ve peştamal*” ile yapılan araştırma neticesi hırsızın evinde bulunduğu durumu ifade etmektedir (Seviğ, s.279).

27 Hırsızlık fiilini işlediği delillerle ortaya konulan hırsızın evine ise, malı çalınan kimse soyunmadan giremezdi; sözkonusu mahale art niyetli olarak üzerinde bir şey getirmeyi engellemek ve adaba aykırı hareket etmemek adına da içeri giren kimse cinsel uzuvlarını kapatmak suretiyle bütün elbiselerini çıkartmak zorundaydı. Adalet, araştırma yapacak olan mağdurun iftira etmesini engellemek için çıplak olmasını, ahlâk da, adaba uygun davranmak adına araştırma yapacak olan kimsenin edep yerleri olan cinsel uzuvlarının kapatılmasını emretmekte idi (Seviğ, s.279).

mal ile yakalanması hali *meşbut hırsızlık* olarak kabul olunmaktaydı²⁸. Bu durumda suç mağduruna, suç failini esir olarak almak veya öldürmek hakkı tanınmaktaydı²⁹.

Roma Hukukunda hırsızlık fiili için “*furtum*”³⁰ kelimesi kullanılırdı³¹. Romalı hukukçular başkasının malını çalanı “*alıp götüreren*” yani “*hırsız*” anlamına gelen “*fur*” sözcüğü ile³², “*hırsızlık*”, “*soygun*”, “*malın veya bir başkasının (başkasının hakimiyeti altında bulunan bir kimsenin çalınmasını) alınmasını veya götürülmesini*” de “*ferre*” kelimesinden gelen “*furtum*”³³ sözcüğü ile karşılamaktaydılar³⁴.

Roma hukukunda bir kimsenin mal varlığına karşı işlenen ve *ius civile*'nin tanıdığı dört haksız fiilin birinden doğan borçlardan biri olan *furtum* kavramı, önceleri özel hukuka ilişkin bir haksız fiil iken, zamanla post klasik devirden itibaren kamusal bir suç olmuş ve aynı niteliğini modern kanunlarda da devam ettirmek suretiyle ceza hukuku alına girmiş bulunmaktadır³⁵. Eski Roma hukukunda *hırsızlık*, ilahlara ait mallarda hırsızlık (*sacrilegium*), devlet malında hırsızlık (*pecalatus*) ve basit hırsızlık (*furtum*) şeklinde tasnif edilmektedir³⁶.

Furtum sözcüğü ile kast olunan *hırsızlık* yani başkasının malının alınıp götürülmesi, başlarda suçtan zarar görenin delillerini de kendisini topladığı şahsi bir suç iken, mahsul hırsızlığı kamusal suç (*delictum publica* veya *criminia publica*) kabul olunmaktaydı³⁷. Bu sebeple Roma hukukunda *hırsızlık* önceleri özel bir suç sayılmış (*delictum privatum*) ve suç mağduruna suç failini esir olarak almak veya öldürmek hakkı tanınmış idi³⁸.

28 “*Tabak ve peştamal ile araştırma yapan adam araştırma sırasında çalınmış malı bulursa, Kanun hırsızlığı meşbut kabul eder (Gaius, III üncü Kitap madde 192)*” (Seviğ, s.280).

29 Dönmezer, s.345.

30 *Furtum* terimi ve kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, s.5 vd.

31 Ancak *furtum* kelimesi ile sadece hırsızlık fiili değil, diğer mal aleyhine olan cürümler de ifade olunurdu (Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, İstanbul, 2001, s.345).

32 Bkz. Dizionario Latino-Italiano, Italiano-Latino, Genova, 1990 s.308; Latince -Türkçe Sözlük, hzr. Kabağaç, Sina/Alova, Erdal; İstanbul, 1995, s.254.

33 Bkz. Dizionario Latino-Italiano, Italiano-Latino, s.309; Latince -Türkçe Sözlük, s.255.

34 Bernardo, Albenese; “*Furto (introduzione storica)*”, Enciclopedia del diritto, C.XVIII, Milano, 1969, §.1; Tahiroğlu, s.197; Şensoy, s.16.

35 Bernardo, §.1; Tahiroğlu, s.1 ve 197.

36 Eski Roma hukukunda mirasa ilişkin hırsızlıklar “*furtum*” ile unsurları itibariyle aynı yaptırım bakımından ise ayrılmaktaydı (Şensoy, s.15).

37 Okandan, s.484; Şensoy, s.16.

38 Dönmezer, s.345.

Furtum kavramı, Roma hukukunda uzun bir süre ve XII Levha Kanunu'nda menkul bir malın çalınması olarak kabul olunmuştur. Bu dönemlerde, suçlunun suçüstü yakalanıp yakalanmaması cezanın tayinine büyük etki etmiştir. Suçüstü halinde (*furtum manifestum*), faile en ağır ceza verilir veya fail mağdura teslim edilirdi. *Pretor hukukunda*, suçüstü halinde ceza malın değerinin dört mislinin suçüstü olmayan hallerde (*furtum nec manifestum*) ise malın değerinin iki mislinin ödenmesi şeklinde idi³⁹.

İlk başlarda sadece “malın alıp götürülmesi” olarak hırsızlık fiilini de kapsar şekilde yorumlanan “*furtum*” terimi, Cumhuriyet devri ile birlikte üçüncü kişilere zarar veren ve XII Levha Kanunu'nun öngörmediği haksız fiil kategorileri dışındaki mal aleyhine işlenen diğer hileli hareketleri de kapsar şekilde yorumlandığı gözlenir. Bu sebeple *furtum* teriminin sadece malın çalınmasını değil, genel olarak başkasının malına sahip çıkmayı ve maldan faydalanmayı da içine alan ve dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, zimmet gibi suçları da kapsar şekilde kullanıldığı görülür⁴⁰. Başlarda hırsızlık suçu özel hukuk hükümlerine (*ius civile*) tabi ve mağdurun şikâyetine bağlı iken, failin zor kullanarak evden hırsızlık yaptığı durumlarda resen takip olunan bir suç olarak kabul olunur⁴¹.

Zamanla XII Levha Kanunu'nun hırsızlık suçunu daha gelişmiş bir suç yapısına götürdüğü gözlenir. XII Levha Kanunu, hırsızın yakalanmasını gerektirmeksizin, çalınan şeyin elde edilmesini aramaksızın *hırsızlık suçunu* başlı başına yaptırım altına alan bir rejime doğru götürür ve mağdura dava açma hakkı verir. İlk başlarda XII Levha Kanunu ile de mağdurun faili esir alma veya öldürme hakkı muhafaza edilmişse de mağdurun tayin ettiği cezaya Magistra müdahale edebilirdi. Bu dönemde suçun işlendiği zaman, suçüstü hali, failin hür olup olmaması ve çalınan malın aidiyeti yani tanrı veya devlete ait olması verilecek cezanın

39 Suçüstü halinde (*furtum manifestum*) hırsızlık suçunun hür kişi için cezası “kölelik”, köle için ise “kayalıklardan atılarak ölüm” idi (*principio a saxo*) (Maggiore, s.906; Okandan, s.485 vd.).

40 *Furtum* kavramının, Roma hukukunda uzunca bir süre içinde, gerek kavram gerek yaptırımları olarak önemli değişikliklere uğradığı görülmektedir.Özünde özel hukuk yaptırımı olarak ortaya çıkmış bulunan kavram, XII Levha Kanunu'nun *furtum'u* tarif etmesinden sonra, hukuk bilimi, Cumhuriyet döneminde kavrama en geniş anlamı vermiş ve klasik hukukçular kavrama açıklık kazandırmak suretiyle kamusal bir suç haline almasına yön vermişlerdir (Tahiroğlu, s.2).

41 Tahiroğlu, s.180.

belirlenmesinde etkiliydi. Fail, hür bir kimse ise, işkence edilerek mağdura verilir; mağdur faili ister esir alır, ister öldürürdü⁴². Yine bu dönemde failin, gece vakti hırsızlık yapması halinde ve gündüz vakti silah ile kendini müdafaaya kalkışması durumunda ölüm cezası ile cezalandırılması kabul edilirdi⁴³. Bu iki halin dışında şahsi öcün ifası Magistraların kontrolü altına alınmış idi⁴⁴.

Roma hukukundaki *furtum*'un günümüz ceza hukuklarında da kabul görebilecek temel unsurlarını dört esasta toplamak mümkündür:

- a) Alma, kaldırma (*contrectatio*);
- b) Malın menkul olması
- c) Haksız bir menfaat elde etmek amacıyla fiilin işlenmesi (*lucri facendi causa*)
- d) Kastın mevcudiyeti (*dolus malus*)

Roma'da hırsızlık fiilinin cezalandırılabilmesi için bu dört şartın dışında, ayrıca mağdurun zarara uğramış olması da gerekmektedir; eğer, mağdur bir zarara uğramayacak olursa, fail cezalandırılmazdı⁴⁵.

d) Kilise Hukukunda

Devlet kavramının ortaya çıkması ve devletin varlığından sonra hep ceza yaptırımına tabi kılınan hırsızlık suçu, *Kilise hukukunun* egemen olduğu ve engizisyon mahkemelerinin hüküm sürdüğü devirlerde daha bir şiddetli cezalandırılır olmuştur. *Kilise hukuku*, hırsızlık fiili altında her türlü zorla mal edinmeyi cezalandırmıştır⁴⁶.

42 Hırsızlık suçunun mağduru, bu suçun failini öldürmez ise, Roma'yı ikiye ayıran ve Roma ile Etruria arasında sınır teşkil eden Tiber Nehri'nin karşı kıyısında (Etruria'da) satar ve böylece faili köle statüsüne sokardı (Maggiore, s.906; Bernardo, §,1; Okandan, s.486).

43 XII Levha Kanunu'nun VII veya IX uncu Levhası'nda yer aldığı kabul olunan, "Gece vakti hırsızlık yaparken öldürülmüş olan adam meşru suretle öldürülmüş olsun (madde 1)"; "Gündüz ... imdat diye bağırılmış ise ... silah ile kendini müdafa ederse (madde 2)", hükümleri uyarınca mağdur öldürme hakkına haiz idi (Seviğ, s.280).

44 XII Levha Kanunu madde 3 uyarınca, "Meşrut hırsız hür bir adam ise dövülmeli ve *addictus* ile mağdura verilmelidir. Kul ise dövülmeli ve Tarpei kayasından aşağı atılmak (*principto a saxo*) suretiyle öldürülmelidir. Fakat balığ olmayanlar sadece dövülürler ve yaptıkları zararı tazmine mahkûm edilirler (madde 3)". Başlangıçta *addictio* hırsız köle yapmayı öngörmekte idi, ancak XII Levha Kanunu hırsız kölelikten kurtarmak için mağdur ile uzlaşmasına ve zararın dört misline tekabül eden *diyet* vermesi kabul olundu (Seviğ, s.280; Maggiore, s.906).

45 Hırsızlık suçunun cezalandırılabilmesi için mağdurun zarar görmesi şartı hırsızlık suçuna teşebbüsün cezalandırılmasını etkilediği için Eski Romalı hukukçular fiilin maddi unsurunun hareket kısmını oluşturan "*alma*", "*kaldırma*" kavramı yerine "*dokunma*" kavramını geliştirmişlerdir (Şensoy, s.17).

46 Şensoy, s.18.

Ancak *kilise hukukunda* aleni, görülebilen hırsızlık eylemleri (*visibilibiter eripere*) ile gizli, göz önünde olmayan (*occulte auferre*) hırsızlık eylemleri ayrılmakta ve aleni olan hırsızlık eylemleri, gizli olana oranla daha hafif olarak cezalandırılmıştır. Bugün 5237 s. TCK'nin 147'nci maddesinde “*zorunluluk hali*” başlığı altında düzenlenen hırsızlık fiilinin, “*ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebileceği*” şeklindeki bir düzenlemeye benzer bir yaklaşım, *kilise hukukunda* da, bir yandan Hıristiyanlığın getirdiği ahlâk anlayışı, bir yandan da dini bazı düşünceler uyarınca, suç işleyen failin aç ve çıplak olmasının, giyecek ve gıda hırsızlıklarında, cezayı azaltıcı bir sebep olarak kabul olunduğu görülmektedir⁴⁷.

e) Ortaçağda

Ortaçağda hüküm süren ağır ve vahşi cezalar hırsızlık suçu için de sözkonusu olmuş, özellikle nitelikli hırsızlık hallerinde kulak, burun kesmek, damgalamak suretiyle cezalandırma gerçekleştirilirken⁴⁸, üçten fazla hırsızlık halinde veya pazarda yankesicilik yapmak suretiyle hırsızlık durumunda⁴⁹ ise faile ölüm cezası verilmektedir⁵⁰. *Ortaçağdaki* bu ağır ve vahşi cezalar, özellikle başta *Montesquieu, Bentham, Beccaria, Voltaire* gibi düşünürlerin yayınladıkları makale ve kitaplar ile ceza hukuku alanında başlayan devrimin etkisi sonucu onsekizinci yüzyıldaki aydınlanma çağında, daha katlanılabilir ceza ve yaptırımlara yerini bırakmıştır. Böylece 1810 Fransız Ceza Kanunu ile onu takip eden yeni ceza kanunlarında hırsızlık suçunun cezası daha mülayim olmuştur⁵¹.

47 Maggiore, s.906.

48 Şensoy, s.19.

49 Bu gibi durumlarda, fail için öngörülen ölüm cezasının tatbik edilmesini engelleyebilmek ve sırf cezanın şiddetini azaltabilmek için ceza hukukunda zincirleme suç/müteselsil suç kavramı Ortaçağın pratik hukukçuları tarafından ileri sürülmüştür (Carrara, Francesco; Programma del corso di diritto criminale, part. gen., vol. I, Pisa, 1889, §.514; Maggiore, s.617; Proto, Pisani; Sulla natura giuridica del reato continuato, Palermo, 1951, s.15; Tosun Öztekin, “*Müeselsel Suçlar*”, İÜHFİM, C.XXII, S. 1-4, İstanbul, 1957, s.126).

50 Maggiore, s.617; Carrara, §.514.

51 Maggiore, s.906.

f) İslâm Hukukunda

İslam'da, hukuka “*fıkıh*”, ceza hukukuna ise “*ukubat*” adı verilmektedir⁵² ve suçlar üç bölüme ayrılmaktadır⁵³: “Allah’ın haklarına (Hakullaha) karşı işlenen suçlar”; “*Kulun çıkarına (bukukü ibâda) karşı işlenen suçlar*” ve “*taziren cezalandırılan fiiller*”⁵⁴. Hırsızlık fiili (*sirkat* veya *serika*)⁵⁵, şahısların mallarına tecavüzü ifade etmekte ise de, Allah’ın haklarına ilişkin suçlardan kabul olunmuştur⁵⁶. İslâm hukukunda, hırsızlık suçu Allah’ın hukukuna yönelik bir suç teşkil ettiğinden⁵⁷, bireylerin bu suç üzerinde tasarruf imkânı bulunamazdı; bu sebeple malı çalınan faili affedemez, fail ile barışamaz ve başka bir yolla olsa da hırsızlığa ilişkin cezanın indirilmesinde bir rol oynayamazdı⁵⁸.

İslâm hukukunda, hırsızlık fiili yani *sirkat*, basit (*sirkati suğra-küçük sirkat*, –basit, adi hırsızlık) ve büyük sirkat– yol kesme fiili (*sirkati kübra*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵⁹.

Basit hırsızlığın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise, çalınan malın miktar ve değerine göre tayin olunmaktadır. Çalınan mal dinar veya halis gümüş olarak 10 dirhem miktar ve kıymetinden fazla ise, fail cezalandırılmakta, bu orandan az ise cezalandırılmamaktadır. Hırsızlık fiilinin cezalandırılabilmesi için tek bir hırsızlık fiilinin değerinin en az 10 dirhemi bulması gerekmektedir; eğer birden fazla failin çaldıklarının toplamı on dirheme ulaşıyorsa, bu takdirde bir fail için on dirheme

52 İslam hukukunun temel kaynağı Kuran’da ise *ukubat* adında ayrı bir bölüm bulunmamaktadır.

53 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.62.

54 *Taziren cezalandırılan fiiller*, İslâm hukuku kaynaklarında gerek suç gerek cezası gösterilmemiş olmakla beraber kişilere ve kamuya zarar verdiği düşünülen fiiller karşılığı olarak Ütülem tarafından cezalandırılan fiillerdir (Dönmezer/Erman, C.I, s.117).

55 Hırsızlık fiiline İslâm hukukunda “*sirkat*” veya “*serika*” denmekte ve bu kelime ile de başkalarının mallarının rıza dışı alınması kastedilmektedir.

56 Şensoy, s.19; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.65.

57 Hırsızlık fiili, *Kuran*’ı Kerim’de *Sûrei Maide* içindeki ayette yer aldığından bir kimsenin, başkasının hakkına gizlice el atması veya bir malı Allah’ın görmediğini düşünerek çalmağa cüret etmesi, Allah’ın izzetine, saygınlığına bir saldırı kabul olunur, bu sebeple de *sirkat* karşılığı öngörülen ceza, çalınan malın karşılığı değil bilâkis *sirkat* karşılığı olan uzuv kesilmesidir (Şensoy, 20).

58 Taner, Tahir; Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. bası, İstanbul, 1953, s.145; Şensoy, s.19.

59 İslâm hukukunda *sirkati suğra* yani basit hırsızlık, *mübaşeretden sirkat* ve *tesebbüden sirkat* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Bübaşeretden sirkat*, hırsızın gizlice girdiği mahalden bizzat çaldığı malı çıkarması anlamına gelmekte, *tesebbüden sirkat* ise, birçok failin gizlice girdikleri yerden çaldıkları malı içlerinden birisi vasıtasıyla çıkarılması demektir. Ancak bu iki durumda da ceza aynıdır. İslâm hukukunda *yankesicilik* suretiyle yapılan hırsızlıklar da cezalandırılmaktadır ve bu tür hırsızlıklara *tarrariyyet* denilmektedir (bkz. Şensoy, s.20-21).

ulaşmış bir hırsızlık fiili söz konusu olamadığından el kesme cezası da uygulanmaz. Zira belirtilen miktar tek bir fail için tek bir hırsızlık fiilinde gereken miktardır; iki kişi el birliği ile on diremlik bir malı çalsa, her biri için sözkonusu olan miktar beş dirhemdir ve her bir fail için de hırsızlık fiili on dirhemi bulmadığından kendilerine *sirkat* cezası uygulanmaz⁶⁰.

İslam *ceza hukukunda*, hırsızlık suçunun karşılığı olarak iki tür ceza verilmektedir: Bunlardan bir tanesi mala, diğeri de cana yöneliktir. Mala yönelik olanı çalınan malın iadesi, bunun mümkün olmadığı durumlarda tazmin edilmesi şeklinde tezahür ederken; cana yönelik olanı yani *baddi sirkat*⁶¹ ise, bir uzvun kesin olarak kesilmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir⁶².

Esasta, İslam hukukuna göre, hırsızlık suçunun yaptırımı son derece ağırdır. İlk defa hırsızlık fiilini işleyenin sağ eli bileğinden, ikincisinde sol ayağı mafsaldan kesilmektedir. Buna rağmen hırsızlık etmeye devam edenler ise *tövbe* edinceye kadar hapsolünmaktadırlar⁶³. Kuran'da yalnız erkek veya kadın hırsızın ellerinin kesilmesi varken daha sonra ayak kesme ve hapis cezaları da sözkonusu cezaya eklenmiştir⁶⁴.

İslâm hukukunda hırsızlık fiilinden dolayı failin cezalandırılabilmesi için I) *Faile (hırsıza)*; II) *Suçun konusuna (çalınan mala)*; III) *Mağdura (malı çalınan kimseye)* ve IV) *Malın çalındığı yer ve zamana ilişkin* olmak üzere dört ayrı şartın gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁵.

60 Akşit, Cevat; İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İstanbul, 2000, s.113; Şensoy, s.21; Gökçen, Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, s.76; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.66.

61 İslâm hukukunda hırsızlık suçunun da içinde bulunduğu bazı suçlar bakımından miktar belli, değişmez ve büyük bir bölümü Kuran'da belirtilen *bad* cezası verilir. *Had*, kamuyu ilgilendiren, kamunun hakkına karşı işlenmiş olan suçların cezalarına verilen addır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.64).

62 Hırsızlık fiili, *Kuran*'i Kerim'de *Sûrei Maide* içindeki ayette yer aldığından Allah'a karşı suçlardan kabul olunur. Cenabı Hak, bu ayetle, şüpheye mahal olmayacak şekilde erkek veya kadın hırsızların (*sarik* veya *sarikimün*) gerçekleştirdikleri bu fiil karşılığı olarak, bu fiili bir daha işleyememeleri için uzuvlarının kesilmesini emretmektedir (bkz. Şensoy, s.20).

63 Gökçen, s.76.

64 Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, 9. bası, Ankara, 1999, s.80; Gökçen, s.76.

65 Şensoy, s.21-24; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.65-67.

aa) Faile (hırsıza) ilişkin şartlar:

- i) *Cezai ehliyet:* Çocuk, akıl hastası, bunamış, sağır ve dilsiz yahut âmâ olmamak. Eğer fail bu sayılan kimselerden olup da cezai ehliyeti tam kabul olunmaz ise, onlara *bad* cezası uygulanmaz; bunlar, sadece çalınan malı tazmin etmekle yükümlüdürler⁶⁶.
- ii) *Fail ile mağdur arasında ortaklığın veya malın kamuya ait bulunmaması gerekliliği:* Hırsız ile malı çalınan ortak iseler veya mal kamuya ait ise faile el kesme şeklinde tezahür eden *bad* cezası verilemez; zira hırsızın kamuya ait mal üzerinde hakkı vardır. Bu durumda hırsıza *bad* cezası değil, *tazir* cezası verilir. Alacağına karşılık borçludan alacağı cinsinden mal alan da *bad* cezası ile cezalandırılmaz, zira alacağını aldığı kabul olunur⁶⁷.
- iii) *Fail ile mağdur arasında belirli bir akrabalık veya sıbriyet bulunmaması.*

bb) Suçun konusuna (çalınan mala) ilişkin şartlar:

- i) *Suç konusu üzerinde failin mülkiyet hakkının bulunmaması gerektiği:* Çalınan mal üzerinde hırsızın mülkiyet hakkının bulunmaması gerekir. Mal başkasına ait yani başkasının mülkiyetinde olmalıdır. Malın belli bir kısmı üzerinde bile hırsızın mülkiyet hakkı varsa, böyle bir mülkiyet şüphesi bulunsa bile *bad* cezası uygulanamaz. Hatta suçun işlenmesinden sonra bile mülkiyet hırsıza geçecek olsa dahi failin cezalandırılmayacağı ileri sürülmektedir⁶⁸.
- ii) *Suçun konusunun (çalınan malın) belli bir değeri içermesi gerektiği:* Suçun konusunun yani çalınan malın dinar veya halis gümüş olarak 10 dirhem miktar ve kıymetinden fazla olması gerekmektedir, aksi halde fail cezalandırılmaz⁶⁹. Hırsızlık fiilinin cezalandırılabilmesi için tek bir hırsızlık fiilinin değerinin en az

66 Eğer bu sayılan kimselerden bir tanesinin de içinde yer aldığı bir grup tarafından hırsızlık suçu işlenecek olursa, cezai ehliyeti tam olmayan kimselerin dışındaki kimselere *bad* cezasının tatbik edilip edilmeyeceği ise tartışmalıdır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.66).

67 Alacağı cinsinden değil de başka bir şey çalan onu alacağıma karşılık aldım derse *bad* cezası düşer (Şensoy, s.22; Akşit, s.112).

68 Aydın, M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, 5. Bası, İstanbul, 2005, s.197; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.66.

69 Şensoy, s.22.

10 dirhemi bulması gerekir; birden fazla failin çaldıklarının toplamı on dirheme ancak ulaşıyorsa, bu takdirde bir fail için on dirhem sınırı aşılmamış olduğundan *bad* cezası ile cezalandırılabilir hırsızlık fiili söz olamaz⁷⁰. Malın değerli olup olmadığı geleceğe göre tespit olunur.

Diğer taraftan suçun konusunun hoşgörü gösterilen mallardan da olmaması gerekir. Çalınan mal tuğla, toprak gibi şeylerden ise faile *bad* cezası uygulanmaz. Ayrıca İslâm'da yasak olan şeyler değerli mal sayılmadıklarından şarap, domuz ve bazılarının çalınması halinde de *bad* cezası uygulanmaz⁷¹.

- iii) *Suçun konusunun (çalınan malın) çabuk bozulan şeylerden olmaması gerektiği:* Çalınan mal, pişmiş yemek, ağaç üzerindeki meyveler, av hayvanları, taze et gibi çabuk bozulan ve gelenek ve görenekler uyarınca değerli kabul olunmayarak alınmasına anlayış gösterilebilen şeylerden ise faile *bad* cezası verilmez⁷².

cc) Mağdura (malı çalınan kimseye) ilişkin şartlar:

- i) *Mağdur malın maliki veya zilyedi olmalıdır;*
 ii) *Mağdur ile fail arasında akrabalık veya sıhrî bımsılık bulunmamalıdır.*

dd) Malın çaldığı yer ve zamana ilişkin şartlar:

- i) *Hırsızlık fiilinin barış zamanında işlenmesi veya savaş yahut isyan bölgeleri dışındaki yerlerde işlenmiş olmasının gerektiği:* Hırsızlık fiili savaş zamanında veya savaş yahut isyan bölgelerinde işlenecek olursa fail ceza görmez.
 ii) *Hırsızlık fiilinin bolluk zamanında veya böyle bir yerde işlenmesinin gerekmesi:* Kıtık zamanında veya kıtık hüküm süren bir yerde hırsızlık fiili işlendiğinde halkın zor şartlarda bulunmasından dolayı faile *bad* cezası (*sirkat*) değil, *tazir* cezası uygulanır⁷³.

70 Akşit, s.113; Gökçen, s.76.

71 Akşit, s.115.

72 Şensoy, s.23; Gökçen, s.76.

73 Şensoy, s.23.

g) Ülkemizde

Ülkemizde, ceza hukukunun gelişimini ve dolayısıyla hırsızlık suçunu İslâmiyet'ten önceki dönemde; İslâmiyet'ten sonraki dönemde; Tanzimat döneminde ve Cumhuriyet'ten sonraki dönemde olmak üzere dört dönem altında inceleyebilmek mümkündür.

aa) İslâmiyet'ten önceki dönem

İslâmiyet'ten önce yukarıda da değinildiği gibi, Çin kaynaklarında Orta Asya'da yaşayan ve hem Türklerin hem de Moğolların atası olduğu kabul olunan *Hun İmparatorluğu'nda* çeşitli suç ve cezalara ilişkin yasaların yapıldığı bilinmektedir; ancak bu dönemde cezaların şahsiliği ilkesinin tam olarak uygulandığını söyleyebilmek mümkün değildir. Diğer taraftan *Hunlar* göçebe bir toplum olduklarından verilen cezaların sürekli bir hürriyeti tahdit içermesi de mümkün olamamaktaydı⁷⁴. Bununla beraber *Hun İmparatorluğu'nda* cezalar oç alma hakkından çıkmış devletin yetkisin alanına girmiş bulunmakta idi. Bazı durumlarda cezanın faile değil de yakınlarına uygulandığı da görülmekte idi⁷⁵. Hırsızlık suçunda bazen failin ailesinin müsadere edilmesi de sözkonusu olabilmekteydi⁷⁶.

Göktürkler'de de cezalar kamu menfaatleri gözetilerek devlet adına verilmekte idi⁷⁷. Çin kaynaklarına göre, *Göktürkler'de* fail hırsızlık suçuna karşılığı olarak mağdura çaldığı eşyanın sayı ve değer olarak on mislini ödemek zorunda idi⁷⁸. Hafif cürümlerden sayılan ve bağısız at çalma ile diğer malları çalmak için uygulanan bu ceza, bağılı atı çalmak veya ikinci defa hırsızlık yapılması halinde değişmekte ve bu durumda suç ağır cürüm telakki edildiğinden failine ölüm cezası verilmekte idi⁷⁹.

bb) İslâmiyet'ten sonraki dönem

Türklerin İslâm dinini kabul etmesinden sonra uzunca bir süre Türk toplumu üzerinde İslâmi kurallar hüküm sürmüş bulunmaktadır.

74 Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.20.

75 Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.27.

76 Cin/Akgündüz, s.43.

77 Cin/Akgündüz, s.43.

78 Üçok/Mumcu, s.23.

79 Cin/Akgündüz, s.43.

Osmanlı İmparatorluğu zamanında da İslâm hukuku uygulandığından yukarıda İslâm hukuku bakımından hırsızlık suçu için yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak bununla beraber hırsızlık suçuna ilişkin bazı kanun düzenlemeleri de mevcuttur. Tanzimat'tan önceki dönemde, *Fatih Sultan Mehmet*, *Kanuni Sultan Süleyman* ve *IV. Mehmet* dönemlerinde bazı düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır⁸⁰. Osmanlılarda suç ve cezalara ilişkin ilk çıkarılan yasalara *Fatih Sultan Mehmet* zamanında rastlanılmaktadır. Bu devirde iki düzenleme gerçekleştirilmiş ve bunlar içinden birinci düzenlemenin ilk üç faslı suçlara ayrılmış olup, üçüncü fasılda hırsızlık fiilleri ile cezaları düzenlenmektedir⁸¹. *Fatih Kanunnamesi*'nde, hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde yargıç, Kuran'da gösterilen el kesme cezası verip vermeme konusunda serbest bırakılmış, Kuran'daki cezaya hükmetmemesi halinde para cezası vermesi öngörülmüştür⁸². *Kanuni Sultan Süleyman* zamanında yayınlanan ceza Kanunnamesi'nin ikinci faslı ise, küçükbaş hayvan hırsızlıkları, büyükbaş hayvan hırsızlıkları ile diğer mallar aleyhine işlene hırsızlıklara ilişkindi. Bu düzenleme de İslâm hukukunun *sirkat* (hırsızlık suçu) için öngörülen cezalarıyla uyum içinde idi. Buna göre, küçükbaş hayvan hırsızlıklarında olduğu üzere on dirhem altında kalan mal hırsızlıklarında Ulûlemin *tazir* cezası, bu miktarın üzerindeki hırsızlıklarda (*sirkat*) ise *had* cezası olan elin kesilmesi öngörülmekte idi⁸³.

Bunun dışında Sultan İbrahim ve Dördüncü Mehmet devirlerinde yürürlükte bulunan 1091 tarihli (1680) Ceza Kanunnamesi'nde de hırsızlık fiiline ilişkin bazı hükümler yer almaktadır⁸⁴. Bu Kanunname'de, Kanuni Sultan Kanunnamesi'nde hırsızlık için öngörülen cezalar verilmekte idi; Kanuni Sultan Kanunnamesi'ne oranla tek fark, suça tekerrür halinde failine ölüm cezası öngörülmesi idi⁸⁵.

80 Sözkonusu düzenlemeler *tazirin* tür ve derecesini göstermek amacıyla yayınlanmışlarsa da, suçta ve cezada kanunilik esası içermediklerinden hangi fiillerden dolayı ne tür *tazir* cezası uygulanacağı somut olarak gösterilmemişti (Taner Tahir, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat I, İstanbul, 1940, s.232; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.79).

81 Kantar, s.65-67.

82 Aydın, s.218; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.186.

83 Şensoy, s.25.

84 1091 tarihli *IV. Mehmet* düzenlemesi de üç bölümden meydana gelmekte idi ve birinci bölümünde hırsızlığa ilişkin hükümler yer almakta idi.

85 Şensoy, s.25.

cc) Tanzimat Döneminde

Tanzimat döneminde ceza hukukuna ilişkin olarak ilk ortaya çıkan ve Osmanlı Ceza Hukuku'nda yer alan şer'i ve örfi kuralları birleştiren 1256 Ceza Kanunnamesi⁸⁶, hırsızlık fiilleri bakımından derli toplu hükümler ihdas etmemekteydi. Bu Kanun'un dördüncü faslının birinci⁸⁷ ve ikinci⁸⁸ maddeleri genel olarak mal ve eşyaya ilişkin tecavüz ve saldırılara yönelik eylemleri yaptırım altına almakla beraber hırsızlık adı altında bir suç düzenlenmemekte idi⁸⁹. Daha sonra 1256 Ceza Kanunnamesi yerine yürürlüğe giren 1267 tarihli Kanunu Cedit⁹⁰, 1256 Ceza Kanunnamesi Hümayunu'na oranla önemli bir değişiklik getirmemekte idi⁹¹. Bir giriş, üç fasıl ve 43 maddeden oluşan Kanunu Cedit'in üçüncü faslı olan *Fasl-ı Salis'in* birinci maddesi⁹² ile hırsızlık suçları karşılanabilmekte idi; ancak bu Kanunname de hırsızlık suçu bakımından bir özellik ihtiva etmemekte idi⁹³.

86 "... ulema ve vüzeradan velbasıl berkim olursa olsun kavanini şer'iyyeye mubalif hareket edenlerin kababati sabütelerine göre tedibatı lâyıklarının biç rütbe ve batıra ve gönüle bakılmayarak icrası zımında mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin" buyruğu üzerine 1256 tarihli Ceza Kanunnamesi meydana getirilmiştir (Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.271-272; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.84).

87 1256 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun dördüncü fasıl birinci maddesi –“*Taraf-ı Devleti Aliyyeden kimsenin mal ve emlâkine vaz'-ı yed olunmayacağına (el konulamayacağına) canib-î maâli-menâkıb-ı Hazret-i Şahânedan (Padişah tarafından) kezalik abdü mîsak buyurulmuş olduğundan (söz verildiğinden), büyük ve küçük bir kimse diğer birisinin mal ve emlâkine bigayr-ı bakkın (baksız olarak) taarruz ve tassallut ve müdabale etmeye. Veyahut cebren almak veya sattırmak için bizzat veya bivasıta icbar eylemek misillü şeyler vecben minel-vücüb (biçbir şekilde) caiz olmaya*” (madde metni için bkz. Akgündüz, Ahmet; Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, s.814).

88 1256 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun dördüncü fasıl ikinci maddesi –“*Ba'de ezin (bundan sonra) bu misillü madde-i memnûta ve mekrûbeye (bu gibi yasak ve hoş olmayan işlere) cesaret eden olur ise, feraza birinin mal ve emlâkine tasallutu (tecavüzü) vukuunda men' ve def olunur. Şayet bir takrip ile (bir yol bulurak) zaptetmiş bulunur ise mazbût olan (zaptedilen) mal ve emlâk mevcut ise aynen, değil ise semenen sahib-i evveline (ilk sahibine) reddettirildikten başka ol şabsın bilaf-ı kanun hareket ve cesaretine binaen erbab-ı menâsıb vemüriden ise (makam sahibi veya devlet memuru ise) hizmetinden tard ve ibraç olunup bu takımdan olmadığı halde memleketten âber (başka) mahalle bir sene durmak üzere nefy ve tağrib (sürgün) kılma*” (madde metni için bkz. Akgündüz, s.814).

89 Şensoy, s.25.

90 Kanunu Cedit, bir giriş, üç fasıl ve 43 maddeden oluşmakta idi.

91 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.86; Gökçen, s.23.

92 15 Safer 1267'de yürürlüğe giren Kanunu Cedit'in üçüncü faslı olan *Fasl-ı Salis'in* birinci maddesi –“*Taraf-ı Devlet-i Aliyyeden kimesnenin mal ve emlâkine vaz-ı yed olunmaya. Ve büyük ve küçük bir kimesne diğer birisinin mal ve emlâkine bigayr-ı bakkın taarruz ve tassallut ve müdabale etmek veyahut cebren almak veya sattırmak için bizzat veyahut bilvasıta icbar eylemek misillü madde-i memnûta ve mekrûbeye cesaret eden olur ise, feraza birinin mal ve emlâkine tasallutu vukuunda men ve def olunup şayet bir tarib ile (bir yolunu bulurak) zaptetmiş bulunur ise mazbût olan mal ve emlâk mevcut ise aynen, değil ise semenen sabb-i evveline reddettirildikten sonra ol şabsın bilaf-ı kanun harekete cesaretine binaen, erbab-ı menâsıb ve memuriyetten ise hizmetinden tard ve ibraç olunup bu takımdan olmadığı halde memleketinden âber mahalle bir sene durmak üzere nefy ve tağrib (sürgün) oluna*” (madde metni için bkz. Akgündüz, s.825).

93 Kantar, Baha; Ceza Hukuku, Ankara, 1937, s.72.

Islahat Fermanı'na⁹⁴ dayanan 1274 (1858) tarihli *Ceza Kanunname-i Hümayunu*, bugünkü esaslara ve laik anlayışa göre⁹⁵ kaleme alınmış bulunan 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme edilmek suretiyle meydana getirildiğinden hırsızlık suçuna ilişkin ilk düzenli metinler de bu Kanun'la beraber hukukumuzda kazandırılmış olundu⁹⁶.

Hırsızlık fiillerini ikiye ayırarak düzenleyen Kanun, biri memur olan veya olmayanların miri mallara (devlet mallarına) karşı gerçekleştirdikleri hırsızlıkları diğeri de eşhas (şahıslar) arasındaki hırsızlıkları yaptırım altına almaktaydı.

Devlet mallarına karşı gerçekleştirilen hırsızlıklar, Kanunun dördüncü faslının 82'nci maddesinde düzenlenmekte iken daha sonra 28 Nisan 1330 tarihli Kanun değişikliği ile zimmet veya genel mal edinme kavramı içinde değerlendirilmiştir. Şahıslar (eşhas) arasındaki hırsızlık fiilleri ise Kanunun yedinci faslında yer alan hükümler uyarınca yaptırım altına alınmaktadır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hırsızlık suçuna ilişkin esasları içeren kanun düzenlemesi, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda hırsızlık suçunun tanımı bulunmasına rağmen yer vermemekte idi⁹⁷.

dd) Cumhuriyet döneminde

i) Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda

Cumhuriyetin ilânından sonra, özellikle ülkede İslâm hukukunun hâkimiyetini kırmak, laik düzene geçmek ve daha modern kanunlara sahip olmak adına o günün modern kanunlarının iktibas edilmesi suretiyle Türkiye'de birçok temel kanunun ihdası yolu tercih edilmiştir. Bunlardan bir tanesini de 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (*Zanardelli*

94 Osmanlı İmparatorluğu'nda, Rusya ile yapılan Kırım Savaşı'na müttefik olarak katılan İngiltere ve Fransa'nın dayatması sonucu 28 Şubat 1856 tarihinde Islahat Fermanı ilân olunmuştur. Bu Ferman ile Müslüman olmayanların hakları genişletilmiş ve Osmanlı toplumunun da batı hayat seviyesine yaklaştırılması amaçlanmıştır.

95 Ancak toplumun da baskı ile 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu'na dini esaslı hükümler de koyulmuştur. Kanunun birinci maddesi ile şeriat hükümlerinin kaldırılmadığı, Kanunun şeriat hükümleri ile birlikte uygulanacağını dile getirmekte idi. Kanunun birinci maddesi ile nizamiye mahkemelerince cezalandırılan mahkûmun isterse bir kez de İslâm hukukuna göre şer'iy mahkemesince de yargılanması gerekirdi (Dönmezer/Erman, C.I, s.126; Kantar, s.75).

96 Şensoy, s.26.

97 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun hırsızlık suçunu tarif etmemesindeki sebebin, laik 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun prensiplerinin İslâm hukukunun bu konudaki esasları ile ciddi oranda çeliştiğinden o tarihteki Kanunkoyucunun İslam hukukçuları tarafından yapılmış bulunan tarifi bertaraf etmemek olduğu ifade olunmaktadır (Şensoy, s.26; dolaylı olarak aynı görüşte Dönmezer/Erman, C.I, s.126-127).

Kanunu)⁹⁸ oluşturmaktadır. Türkiye’de, 1889 İtalyan Ceza Kanunu’nun 1909 tarihli tercümesi, 1925 tarihli değişikliklerle birlikte 1 Mart 1926 tarihinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu olarak yürürlüğe konulmuştur⁹⁹.

1 Mart 1926 tarih ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun *Cürümler* başlıklı ikinci Kitabın *Mal Aleyhine Cürümler* başlıklı onuncu babın birinci faslı *Hırsızlık* cürümlerine ayrılmıştı. Bu fasılda yer alan 491, 492, 493 ve 494 üncü maddeler basit, ağır ve hafif hırsızlık suçlarını ihtiva etmekteydi.

1 Mart 1926 tarih ve 5237 sayılı Kanun’la mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda *hırsızlık suçu*, 20.06.1933 tarih ve 2275 sayılı, 10.07.1939 tarih ve 3708 sayılı, 03.06.1941 tarih ve 4055 sayılı, 15.07.1953 tarih ve 6123 sayılı, 03.10.1971 tarih ve 1490 sayılı, 22.06.1979 tarih ve 2248 sayılı ve en nihayet 14.06.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanunlar ile çeşitli defa değişikliklere uğramıştır.

765 sayılı Ceza Kanunu’ndaki *hırsızlık suçu*, 13.3.1926 tarihli Resmi Ceride’de yayınlanan ilk metinde, “*her kim diğer şahsın menkul malını rıza ve malûmatı olmaksızın bulunduğu yerden intifa maksadıyla alırsa üç aydan üç seneye kadar hapsolünür*” şeklindeydi¹⁰⁰.

98 İtalya’da Ceza Kanunları kanunun yürürlüğe girdiği tarihteki adalet bakanlarının ismiyle anılmaktadır. Bu sebeple 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu *Rocco Ceza Kanunu*, 1889 tarihli Ceza Kanunu da *Zanardelli Ceza Kanunu* olarak anılmaktadır.

99 765 s.Türk Ceza Kanununun hazırlanışı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk, M. Emin; “1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanışı”, in: Gerekçeli Ceza Kanunları, İstanbul, 1999, s.49 vd.
100 13.03.1926 tarihinde Resmi Ceride’de yayımlanan 765 s.TCK’nin Özel Hükümler başlıklı 2. Kitabının *Mal Aleyhine Cürümler* başlıklı 10. babının Hırsızlık başlıklı birinci faslındaki ilk madde metinleri şöyledi: “Madde 491.— Her kim diğer şahsın menkul malını rıza ve malûmatı olmaksızın bulunduğu yerden intifa maksadıyla alırsa üç aydan üç seneye kadar hapsolünür”.

“Madde 492.— Yukarıdaki maddede beyan olunan cürüm aşağıda yazılı suretlerden birinin inzima-mıyla işlenmiş olursa failin cezası altı aydan dört seneye kadar haptistir.

1. Hırsızlık fiili resmî dairelerde ve evrak mahzenlerinde veya umumî müesseselerde mubafaza olunan eşya hakkında veyahut diğer maballerde icra olunup ancak menafii umuma ait şeyler hakkında vuku bulmak;

2. Hırsızlık fiili, kabristan, türbe ve mezarların mubafaza veya tezyini için konulmuş veyahut cesetle defnedilmiş eşya hakkında irtikâp olunmak;

3. Hırsızlık ibadet olunan mabalde yapılma;

4. Bu fiil umumî bir mabalde veyahut umuma açılan yerlerde yankesicilik suretiyle ika edilmek;

5. Hırsızlık fiili karada ve denizde her nevi nakil vasıtaları içinde seyabat eden yolcuların eşya ve parası hakkında veyahut umuma mahsus nakliye vasıtalarını işletmekte bulunan idarelerin dairelerinde veya istasyon ve iskelelerinde yapılma;

6. Mandıra, ağıl gibi hayvanata mahsus maballerde bulunan veyahut lüzumuna göre açık yerlerde ve kırlarda bırakılan ve haklarında aşağıdaki maddenin on ikinci fıkrasının tatbiki mümkün olmayan hayvanları bu mabalde bulunma;

7. Ormanlarda kesilmiş odunları ve istif edilmiş kereste ve ağaçları ve sair yerlerde koparılmış veya biçilmiş ve lüzumuna binaen açık bırakılmış olan mahsulâtı ve tarlalarda bırakılmış ziraat aletlerini çalmak;

8. Adet muktezası olarak veyahut sureti tahsisi ve istimal itibariyle umumun tekkâfülü altında bulunan şeyleri çalmaktır”.

“Madde 493.— Hırsızlık cürmü:

1. Hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmaktan veya bir mabalde muvakkaten olsun birlikte oturmaktan veyahut karşılıklı nezaket icabatından ileri gelen itimadî suiistimal neticesi olarak hırsızlık suretine terek ve tevdi olunmuş olan eşya hakkında işlenirse;

06.06.1991 tarih ve 3756 sayılı kanunla yapılan son değişikikten sonra mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Cürümler başlıklı ikinci kitabın Mal Aleyhine Cürümler başlıklı onuncu babı'nın Hırsızlık başlıklı birinci faslında yer alan 491¹⁰¹ , 492¹⁰² ,

2. Hırsız, hırsızlığı beliyeye veya umumi musibet veya beyecandan yahut mal sahibinin duçar olduğu bususi bir felaketten mütevellit kolaylıktan bilistifade yaparsa;

3. Hırsız mal sahibiyile birlikte ikamet etmediği halde hırsızlığı geceleyin bir bina dâbilinde yahut süknaya mabsus bir yerde icra eylerse;

4. Hırsız, hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırma için mukkem surette yapılmış olan duvar, kapı, pencere, demir parmaklık gibi şeyleri mabveder; yıkar; devirir yahut vaka maballinde olmasa bile bunları kırarsa;

5. Fail ya cürmü işlemek veya çalınmış eşyayı başka kaldırmak için taklit anabtar veya sair âletler kullanarak bir kilidi açar yahut sahibinin kayıp veya terk ettiği anabtarı elde ederek açarsa;

6. Hırsız, hırsızlığı işlemek veya çalınmış başka yere kaldırmak için bina yahut duvarla çevrilmiş bir maballe girer veya ancak sunî vasıtalarla yahut şabsen çevikliği sayesinde bertaraf edilebilen mânioları kaldırarak hane ve sabair maballe girer ve aşarsa;

7. Hırsızlık, kanuna tefikan veya Hükümetin emrine binaen resmî bir memur tarafından mübür altına alınmış maballe konulan mübrün fekkıyla irtikâp olunursa;

8. Hırsızlık, kıyafetini tebdil etmiş bir kimse tarafından yapılırsa;

9. Hırsızlık üç ve daha fazla kimse tarafından toplu olarak işlenirse;

10. Hırsızlık salâhiyeti olmaksızın resmî sıfat takıman bir kimse tarafından yapılırsa;

11. Çalınan şey, sureti tahsise nazaran mutlaka umumi bir felâket ve musibetin tesir ve neticelerini menemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanmış eşyadan olursa;

12. Hırsızlık, meskûn bir banenin doğrudan doğruya müştemilâtından olan veya duvarla çevrilmiş bulunan maballindeki hayvan hakkında işlenirse;

Failin göreceği ceza, üç seneden altı seneye kadar ağır bapstir.

Bu maddenin muhtelif fıkralarında beyan olunan abvalden ikisi veya fazlası birlikte olarak hırsızlık edilirse failin göreceği ceza, beş seneden on seneye kadar artırılır.”

“Madde 494. – Her kim sahibinin izni olmaksızın benüz mabsulâtı biçilip kaldırılmamış olan tarla, bağ babçe ve bostanlardan hububat ve sebze vesair çalarsa mutazarrırın şikâyeti üzerine beş aya kadar bap-solunur.”

101 “Madde 491 - (Değişik: 6123 - 9.7.1953) Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa altı aydan üç seneye kadar bap-solunur.

(Ek fıkra: 3756 - 6.6.1991) Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enejî de taşınabilir mal sayılır.

Hırsızlık:

1. Resmî dairelerde ve evrak mahzenlerinde bulunan, Devlete ait mal ve evrak veya umumi müesseselerde muhafaza olunan yahut diğer maballerde bulunup menafîi umuma ait olan eşya hakkında vukubulursa;

2. Adet muktezası olarak yahut tahsis ve istimalleri itibariyle umumun tekâfülü altında bulunan eşya hakkında işlenirse;

3. Hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmak veya bir yerde muvakkat olsun birlikte oturmak yahut karşılıklı nezaket icaplarından ileri gelen itimadî suiistimal neticesi olarak siyanetine terk ve tevdi olunmuş eşya hakkında işlenirse;

4. Gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müştemilâtına girilerek işlenirse;

5. Mandıra, ağıl gibi hayvanata mabsus yerlerde bulunan yahut lüzumuna göre açık yerlerde veya kır-larda bırakılan ve baklarında 492 nci maddenin 9 uncu fıkrasının tatbiki mümkün olmayan hayvanları bu yerden almak suretiyle işlenirse; cezası bir seneden beş seneye kadar bapstir.

Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse cezanın aşağıı haddi iki sene bapstir.”

102 “Madde 492 - (Değişik: 6123 - 9.7.1953) Hırsızlık:

1. Geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mabsus bir yerde veya müştemilâtına işlenirse;

2. Kanunen veya Hükümetin emri ile resmen mübür altına alınmış şeyler hakkında işlenirse;

3. Çalınan şey umumi bir felâket ve musibetin tesir ve neticesini gidermek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanmış eşya hakkında olur yahut umumi musibet veya beyecandan yahut mal sahibinin uğradığı bususi bir felâkatten mütevellit kolaylıktan istifade suretiyle yapılırsa;

4. Mezarlıkların veya mahfuz mezarların muhafaza veya tezvini için konulmuş yahut cesetle gömülmüş eşya hakkında işlenirse;

5. İbadet olunan yerde mâbede ait eşya hakkında işlenirse;

6. Her nevi nakil vasıtaları içinde seyahat eden yolcuların eşya ve parası hakkında yahut umuma mabsus nakliye vasıtalarını işletmekte bulunan idarelerin dairelerinde veya istasyon ve iskele meydanlarında veya mâbetlerin içinde yapılırsa;

7. Yankesicilik suretiyle işlenirse;

493¹⁰³ ve 494¹⁰⁴ üncü maddelerde hırsızlık suçuna ilişkin hükümler ile hırsızlık suçuna etki eden hükümler de 765 sayılı Kanunun 522¹⁰⁵ ,523¹⁰⁶

8. Ormanlarda kesilmiş odunlar ve istif edilmiş kereste ve ağaçlar ve sair yerlerde koparılmış veya biçilmiş ve lüzumuna göre açıkta bırakılmış olan mabsuller ve tarlalarda bırakılmış ziraat aletleri hakkında işlenirse;
9. Meskün bir banenin doğrudan doğruya müstemilâtından olan veya duvarla çevrilmiş bulunan yerlerindeki bayvan hakkında işlenirse;
- Suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolunur.
(...) (Madde 492 nin son fıkrası, 29 Eylül 1971 tarih ve 1490 sayılı kanunun 13 üncü maddesiyle kaldırılmıştır.)
- (Ek fıkra: 1490 - 28.9.1971) Hırsızlık enerji naklini veya haberleşme tesislerinin iribatını sağlayan tel, kablo veya benzeri iletkenler hakkında işlenirse fail üç seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek fıkra: 1490 - 28.9.1971) Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse cezanın yukarı haddi verilir.”
- 103 “Madde 493 - (Değişik: 6123 - 9.7.1953) Hırsızlık:
1. Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şabısları veya malları mubafaza için sağlam maddelerle ve mukem surette yapılmış şeyleri yıkamak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek veyahut suni vasıtalarla veya şahsî çeviklik sayesinde bertaraf edilebilen mâniaları kaldırarak veya aşarak bane ve sair yerlere girmek suretiyle işlenirse;
2. Cürmü işlemek veya çalınmış eşyayı başka yere kaldırmak için taklit anahtar yahut sair aletler kullanarak veya sahibinin terk veya kaybettiği anahtarları elde ederek yahut haksız yere elinde bulundurduğu asıl anahtarla bir kilidi açarak işlenirse;
3. Kıyafet değiştirerek işlenirse;
4. Salâhiyeti olmaksızın resmî sıfat takmarak yapılırsa;
(Değişik : 2248 - 12.6.1991) Cezası üç senden sekiz seneye kadar haptistir.
(Değişik son fıkra: 3756 -6.6.1991) Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse veya sıvı yahut gaz halindeki yakıtları nakleden boru batlarından veya bunların depolarından işlenirse cezanın yukarı badde verilir. Yakıt boru batlarının yakıtın kaybına yol açacak şekilde delinmiş veya tabrip edilmiş olması halinde fail tamamlanmış sayılır.”
- 104 “Madde 494 - (Değişik: 3756 - 6.6.1991) Hırsızlık;
1. Geçici olarak kısa bir süre kullanılıp zilyedine iade edilen veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılan veya iade edilmek üzere alındığı açıkça anlaşılan ve ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmiş olmayan özel bir ulaşım aracı,
2. Failin müşterek veya iştirak halinde mülkiyetine sahip olduğu mal,
3. Zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için bir mal,
4. Hasadı veya bozumu yapılmış veya mahsulü toplanmış olmakla beraber henüz tamamı ile kaldırılmamış olan tarladaki başaklar veya bağ kütüklerinde yahut ağaçlarda kalmış mabsuller, hakkında işlenirse, faille iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.
Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde cürmün kovuşturulması şikâyete bağlıdır.”
- 105 “Madde 522 - Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mabsul olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer bafif ise yarısına ve eğer pek bafif ise üçte birine kadar eksiltir.
Kıymet tâyini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vakı zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır. Yoksa failin istibsal eylediği menfaat besap edilmez.
Eğer fail aynı neviden olan cürümlerden dolayı mükerrer bulunur veya bu babın ikinci faslında yazılı cürümlerden birini işlemiş olursa cezayı tenkise mahal yoktur.”
- 106 “Madde 523 - Bu babın birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fasıllarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrasında ve 518 ve 519 ve 521 inci maddelerinde beyan olunan cürümlerden birini işleyen kimse kendisi hakkında bir güne takibat icrasına başlanmadan evvel aldığı iade eylerse yahut işlenen failin mabiyetine ve sair abvale nazaran red ve iade kabil olmadığı takdirde mutazarrın zararını tamamen tazmin ederse göreceği ceza üçte birden üçte ikiyeye kadar indirilir.
Eğer bu red ve iade veya tazmin bususi takibat esnasında fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel ukubulursa failin göreceği ceza altıda birden üçte bire kadar indirilir.
(Ek fıkra: 3756 - 6.6.1991) 494 üncü maddenin 2, 3 ve 4 numaralı bentleri ile 521 a ve 521 b maddelerinde yazılı cürümlerden dolayı da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır.”

ile 524¹⁰⁷ üncü maddelerinde düzenlenmekteydi. Onuncu babın birinci faslında düzenlenen menkul zilyetliğin ihlâli şeklinde kendini gösteren hırsızlık suçları:

- I. Basit Hırsızlık (765 s.TCK m.491)¹⁰⁸ ;
- II. Hırsızlığın hafif şekilleri (765 s.TCK m.494);
 - a) *Kullanma hırsızlığı (m.494/1);*
 - b) *Müşterek veya iştirak mülkiyet halinde sabip bulunulan mal hakkında hırsızlık m.492/2);*
 - c) *Zorunluluk (ıztırar) haline ulaşmamış ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için hırsızlık (m.492/3);*
 - d) *Mahsul hırsızlığı (m.492/4).*
- III. Nitelikli hırsızlık (TCK m.491; 492 ve 493).
şeklinde üçe ayırmak suretiyle incelenebilirdi¹⁰⁹.

ii) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda

765 sayılı Türk Ceza Kanunu yerini 26.09.2004 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nca kabul olunan ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na bırakmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabı'nın *Kişilere Karşı Suçlar* başlıklı İkinci Kısım'ının *Malvarlığına Karşı Suçlar* başlıklı Onuncu Bölümü'nde yer alan 141, 142, 143, 144, 145, 146 ve 147. maddeleri hırsızlık suçuna ilişkindir. Kanunun 141 inci maddesi *Hırsızlık*, 142. maddesi *Nitelikli hırsızlık*, 143. maddesi *Suçun*

107 "Madde 524 - (Değişik: 3112 - 3.2.137) (Değişik 1. cümle: 3756 - 6.6.1991) Bu babın birinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve sekizinci fasullarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrası ile 518, 519 ve 521 inci maddelerinde beyan olunan cürümler:

1 - Haklarında aykırılık kararı verilmemiş karı kocadan birinin,

2 - Usul ve fîrudan yahut bu derece sibrî akrabadan birinin veya analık, babalık veya evlâtlığm,

3 - Faille beraber bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeşin zararına olarak işlenmiş olursa fail hakkında takibat icra olunmaz.

Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan karı veya kocanın yahut faille beraber bir dam altında yaşamayan erkek veya kızkardeşin veya faille beraber bir dam altında yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede sibrî akrabasının zararına olarak işlenmiş ise fail hakkında takibat icrası şikâyete bağlıdır. Bu takdirde failin göreceği ceza üçte bir miktar azaltılır."

108 Mülga 765 sayılı TCK'nin 491 inci maddesinde basit hırsızlık suçu: " (Değişik: 6123 - 9.7.1953) Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa altı aydan üç seneye kadar hapsolünür:

(Ek fıkra: 3756 - 6.6.1991) Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır" şeklinde düzenlenmekte idi.

109 Bu konuda ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. Dönmezer, s.345 vd.

gece vakti işlenmesi, 144. maddesi *Daha az cezayı gerektiren hâller*, 145. maddesi *Malın değerinin az olması*, 146. maddesi *Kullanma hırsızlığı* ve 147. maddesi de *Zorunluluk hali* başlığını taşımaktadır.

Buna göre Kanunun 141 ilâ 147. maddeleri arasında düzenlenen hırsızlık suçu 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda olduğu üzere üçe ayrılarak incelenebilir; bunlar:

- I) **basit hırsızlık suçu** (m.141),
- II) **hırsızlığın nitelikli halleri** (m.142-143-145),
- III) **hırsızlığın hafif şekilleri** (m.144-146-147)
 - a) *Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde hırsızlık (m.144/1);*
 - b) *Bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla hırsızlık (m.144/2);*
 - c) *Kullanma hırsızlığı (m.146);*
 - d) *Zorunluluk hâli (m.147);*

şeklindedir.

5237 sayılı Kanun, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak hırsızlık suçunu kişilere karşı suç kabul etmekte ve hırsızlık suçunun tanımında önemli bir değişiklik yapmayarak sadece madde metnine çalınan malın “*zilyedin elinden alınması*” ibaresini eklemektedir. Diğer taraftan mülga 765 sayılı TCK'nin 491, 492 ve 493. maddelerinde yer alan nitelikli haller ile hırsızlık suçunun hafif hallerinin büyük bir kısmını da yeniden düzenlenmektedir. Bununla beraber 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda mülga 765 sayılı Kanunun yürürlüğü sırasında uygulamasının pek fazla olmadığına inanılan hırsızlık suçunun bazı nitelikli hallerine artık yer verilmediği gibi, yine 765 sayılı Kanun'da yer almayan bazı yeni nitelikli hallerin de kapsam dâhiline alındığı görülmektedir.

Diğer taraftan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, mülga 765 sayılı TCK'de mal aleyhine işlenen suçlarda genel ağırlatıcı sebep olarak düzenlenen “*malın değerinin fabişi olması*” durumunu (765. s.TCK md. 522/1) artık nitelikli hâl olarak kabul etmemektedir; buna karşın suçta konu “*malın değerinin az olması*” durumunu cezada indirim veya cezasızlık sebebi (m.145)¹¹⁰ saymaktadır. Eğer, hırsızlık suçu “*bukukî ilişki-*

110 M.145: “(Malın değerinin az olması) (1) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin

ye dayanan alacağı tahsil amacıyla (ihkak-ı hak)” (m.144/2) yapılırsa bu durum ayrıca özel bir indirim sebebi olarak öngörülmektedir.¹¹¹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, hırsızlık suçunu gerçekleştirenlerin “sayısal” çokluğuna bir değer atfetmemekle beraber (krşz. 765 s.TCK m.491/son, 492/son ve 493/son), suçun “bina içinde” işlenmesi (md. 142/1-b; krşz. 765 s.TCK m.492/4 ve 493/1) ve “geceleyin” gerçekleştirilmesi (m.143) durumlarını genel bir nitelikli hâl kabul etmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun: 1) 491/1. maddesinde düzenlenen “Resmî dairelerde ve evrak mahzenlerinde bulunan Devlete ait mal ve evrak hakkında işlenmesi” ağırlatıcı sebebini; 2) 491/3. maddesinde düzenlenen “itimat gereği siyanetine terk ve tevdi edilen malın çalınması” ağırlatıcı sebebini; 3) 492/2. maddesinde hırsızlığın “Kanunen veya Hükümetin emri ile resmen mübür altına alınmış şeyler hakkında işlenmesi”¹¹² ağırlatıcı sebebini; 4) 492/4. maddesinde düzenlenen “mezarlıkların muhafazası veya cesetle konulmuş eşya hakkında işlenmesi” ağırlatıcı sebebini¹¹³; 5) 492/8. maddesinde düzenlenen “ormanda kesilmiş bitki ve sair yerler ile tarladaki mahsul ve bırakılmış ziraat aletleri hakkında işlenmesi”¹¹⁴ ağırlatıcı sebebini; 6) 493/1. maddesindeki “Alınmış önlemlere zarar vermek veya bunları aşarak girilen yerde hırsızlık yapılması”¹¹⁵ ağırlatıcı sebebini; 7) 491/son, 492/son ve 493/son maddelerinde öngörülen “hırsızlık suçunun ikiden fazla kimselerin birlikte işlemesi”¹¹⁶ ağırlatıcı se-

azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense de vazgeçilebilir”.

111 M.144/2: “(Daba az cezayı gerektiren haller) (2) Bir bukukî işlikiye dayanan alacağı tahsil amacıyla, işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükümlenir”.

112 765 s.TCK’nin 491/3: “Hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmak veya bir yerde muvakkat olsun birlikte oturmak yahut karşılıklı nezaket icaplarından ileri gelen itimadî suiistimal neticesi olarak siyanetine terk ve tevdi olunmuş eşya hakkında işlenirse”.

113 765 s.TCK’nin 492/4: “Mezarlıkların veya mahfuz mezarların muhafaza veya tezyini için konulmuş yahut cesetle gömülmüş eşya hakkında işlenirse”.

114 765 s.TCK’nin 492/8: “Ormanlarda kesilmiş odunlar ve istif edilmiş kereste ve ağaçlar ve sair yerlerde koparılmış veya biçilmiş ve lüzumuna göre açıkta bırakılmış olan mahsuller ve tarlalarda bırakılmış ziraat aletleri hakkında işlenirse”.

115 765 s.TCK 493/1: “Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şahısları veya malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek veyahut sunî vasıtalarla veya şahsî çeviklik sayesinde bertaraf edilebilen mânalara kaldırarak veya aşarak hane ve sair yerlere girmek suretiyle işlenirse”.

116 Yeni Türk Ceza Kanunu hırsızlık suçunu “ikiden fazla kimsenin birlikte işlemesi” ağırlatıcı sebebini kaldırmakla beraber Kanunun 142/3. maddesinde bu fiilin “örgüt faaliyeti altında işlenmesi” halini ağırlatıcı sebep olarak düzenlemektedir. Kanun, 79/2 inci maddesinde “Göçmen kaçakçılığı”, 91/4

bebi ile; 8) Söz konusu maddelerde öngörülen “*iki veya daha fazla hâlin birleşmesi*” durumuna ilişkin ağırlatıcı sebebi artık hırsızlık suçunda nitelikli hâl olarak öngörmemektedir.

Yeni Ceza Kanunu, hırsızlık suçunun 1) *Elektrik enerjisi bakımında işlenmesi* (m.142/1-f); 2) *Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle işlenmesi* (m. 142/2-b); 3) *Bilişim sistemleri kullanılması suretiyle işlenmesi* (m.142/2-e) hallerini de yeni nitelikli hâller olarak öngörmektedir.

Diğer taraftan Kanunkoyucu hırsızlık suçunun cezasını mülga Ceza Kanunu’na oranla ağırlaştırmaktadır.

üncü maddesinde “*Organ veya doku ticareti*”, 174/2 inci maddesinde “*Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi*”, 188/5 inci maddesinde “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti*”, 227/6 inci maddesinde “*Fubuş*”, 229/3 üncü maddesinde “*Dilencilik*”, 282/3 üncü maddesinde “*Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama*” suçlarının örgüt faaliyeti altında işlenmesi hep nitelikli hâl olarak değerlendirmektedir. Ancak, Kanun doğrudan “*örgüt*” tanımını yapmamakla beraber 220 inci maddede “*örgüt kurmayı*” ve böyle bir “*örgütte yer almayı*”, 314 üncü maddesinde Devletin güvenliğine karşı ve Anayasal düzeni değiştirmek için işlenen suçlar bakımından “*silahlı örgüt kurmayı*” ve böyle bir “*örgütte yer almayı*” suç haline getirdiği gibi, Kanun 6/j maddesinde de “*örgüt mensubu suçlu*” deyimini tanımlamaktadır; buna göre; “*örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi, anlaşılır*”.