

Kusurluluk;

Failin kınanıp kınanamayacağı. Eylemin psikik açıdan faille olan bağına kast-taksir kavramları içinde değerlendirme + hukuka aykırılık saptanır + failin kusurluluğuna bakılır.

TCK m.40/1 ve TCK m. 30 kusurluluk - haksızlık. Davranış hukuka aykırı mı? Faille bağlantısı psikolojik açıdan kurulmaya çalışılır; kusurlu mu; kasıtlı mı taksirli mi?

Fail, eylemi yaparken iyi mi kötü mü diye düşünmediğinden dolayı kınanır = kusurluluk (sübjektif)

Fail, iyi - kötü ayrımı yapamayacaksa kınanamaz, bu nedenle sorumlu tutulamaz, güvenlik önlemi uygulanır.

Yükletilebilirlik; Nesnel yükletilebilirlik (objektif isnadiyet); davranış ve sonucu birbiriyle isnadiyet bağı içinde olmalı.

; Sübjektif yükletilebilirlik; fail ile davranış arasında psikik bağ (kast- taksir)

; Kusur açısından yükletilebilirlik; bireysel yükletilebilirlik.

1. Kusursuz ceza olmaz.
2. Cezanın düzeyi kusura göredir, ilkeleri bireysel yükletilebilirlikten çıkmaktadır.

Kusurun konusu (kınama yargısı); davranışla ilgili olarak çıkar. Örn; eve izinsiz girmiş, aleni olmayan yere dahil olmuş, konut dokunulmazlığını ihlal etmiş; failin zihniyeti kınanır. Zihniyeti kusurludur ve bu yoldaki davranışı iradi olarak yapmıştır.

Kusurun konusu olan davranış somut bir davranıştır. Bu kusur ahlaki değil, hukuki nitelikte bir kusurdur.

Failin bilip bilmediği (kast), bilmesi gerekip gerekmediği, başka türlü davranabileceğini bilmesine rağmen yanlış davranması (taksir) değerlendirilir.

Kusur, tamamen hukukidir, ahlaki bir değerlendirme ile ilgisi yoktur.

Sivil itaatsizlik konusu olan suçlar. Örn; vicdani red. Askerlik yapmak istememek, çünkü askerliği inancına aykırı görmek. Ancak böyle suçlarda bu inanç, hukuku ortadan kaldırmaz; inanç suçları da denir. Bunlarla ilgili Avrupa Konseyi kararları vardır (ılımlılaştırmak için).

Kınamanın ölçüsü nasıl olmalıdır?

1. Faile göre olduğu takdirde; öznel bir hal alır.
2. Ortalama insana göre olursa; hukuk herkes için prensibi ile çatışacaktır.
3. Hem fail hem ortalama insana göre olabilir.

Kusur, somut işlenmiş eyleme göre belirlenir. TCK m. 30 vd'nda da "işlenmiş eylem" den bahsedilir.

Bir failin yaşamı gözetilerek kusurluluk çıkarılamaz. 19.yy sonu Von Liszt, bazı insanların sürekli kusurlu bir yaşam sürdüğünü söylemiş; Alman Becarria da fail kusuru, yaşam kusuru kavramını ortaya atmıştır. Buna göre, bazı insanlar sürekli kusuru davranma eğilimindedirler. Liberal görüş buna karşı çıkmıştır. (Glades people)

Ancak bu görüşün ilk yansıması Hitler Almanyası; devlete bağlı olmayanlar kusurludur denilmiş ceza hukuku böyle yönlendirilmiştir. Stalin Rusyası; emekçi sınıfına mensup insanlar kusursuzdur denildi. Dolayısıyla suç işleyemezler. Kusurun ön şartı olarak yaşam kusuru burada da ortaya çıktı. Ancak bu özgürlükçü demokraside kabul edilemez.

#İstisna: Ceza verilirken failin yaşam biçimi gözetilebilir; cezanın bireyselleştirilmesi. TCK m. 61 ve m.62.

Kusurun bölünebilirliği; Dövme davranışında kusurlu, tehditte kusursuz olunabilir.

KUSURUN KOŞULLARI

1. Kusur yeteneğinin bulunması (olumlu koşul)
2. Kusuru kaldıran- azaltan- etkileyen nedenlerin olmaması (olumsuz koşul)

Bu koşullar doğrudan tanımlanması gereken koşullarken, ceza yasaları bunları dolaylı olarak tanımlarlar. TCK m.31; kusur yeteneği

1. Kusur yeteneği

İşlemiş olduğu eylemin hukuki anlamını ve sonuçlarını algılayabilmiş olması gerekir + davranışını, iradesini bu algılamaya göre yönlendirmiş olmalıdır.

- a. Algılama yetisi
- b. İradeyi yönlendirebilme yeterliliği

a. Algı

Algı, kişinin duyu organları ile dış dünyadaki etkileri, etkileşimleri alabilmesidir. Algı, kınama yargısının temelindedir. Kusur kapasitesinin ilk ögesidir. farik (fark etme) ve mümeyyiz (ayırma, ayırt etme) (temyiz etme)

TCK m. 30/4; kaçınılmaz yanılğı. Failin, o eylemin suç olduğunu bilmemesi, kaçınılmaz yanılğı ile kusur ortadan kalkmaktadır. Eylemlerin her biri birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

b. İrade Yeterliliği

Somut olayda failin ayrıca davranışlarını yönlendirebilmesi, irade üzerinde bir baskının olmaması gerekir. Her fail, her davranışını bir amaca göre yapar. Davranışların, nedensellik içinde bazı sonuçları doğacağı açıktır. Fail de hareketini bu sonuca göre yürütecektir. Algılama ile yanlışı seçer ve özgür iradesiyle bunu yaparsa sonuçlarına katlanır.

Bilinçli olmalı + özgür iradesiyle bunu yönlendirebilmeli

Özgür irade ile yönlendiremiyorsa hareketlerinden sorumlu tutulamaz çünkü irade yeterliliği koşulunu sağlamadığından kusurlu olmaz.

1. Kusur yargısının konusu bir somut davranıştır.
2. Hukukun ilgilendiği odak noktası sadece suçun işlendiği sıradaki davranış önemlidir. Sadece bireysel yükletilebilirlik ile ilgilidir.

Failin kusuru, eylemi gerçekleştirdiği ana göre değerlendirilir.

Özetle kusur aranırken;

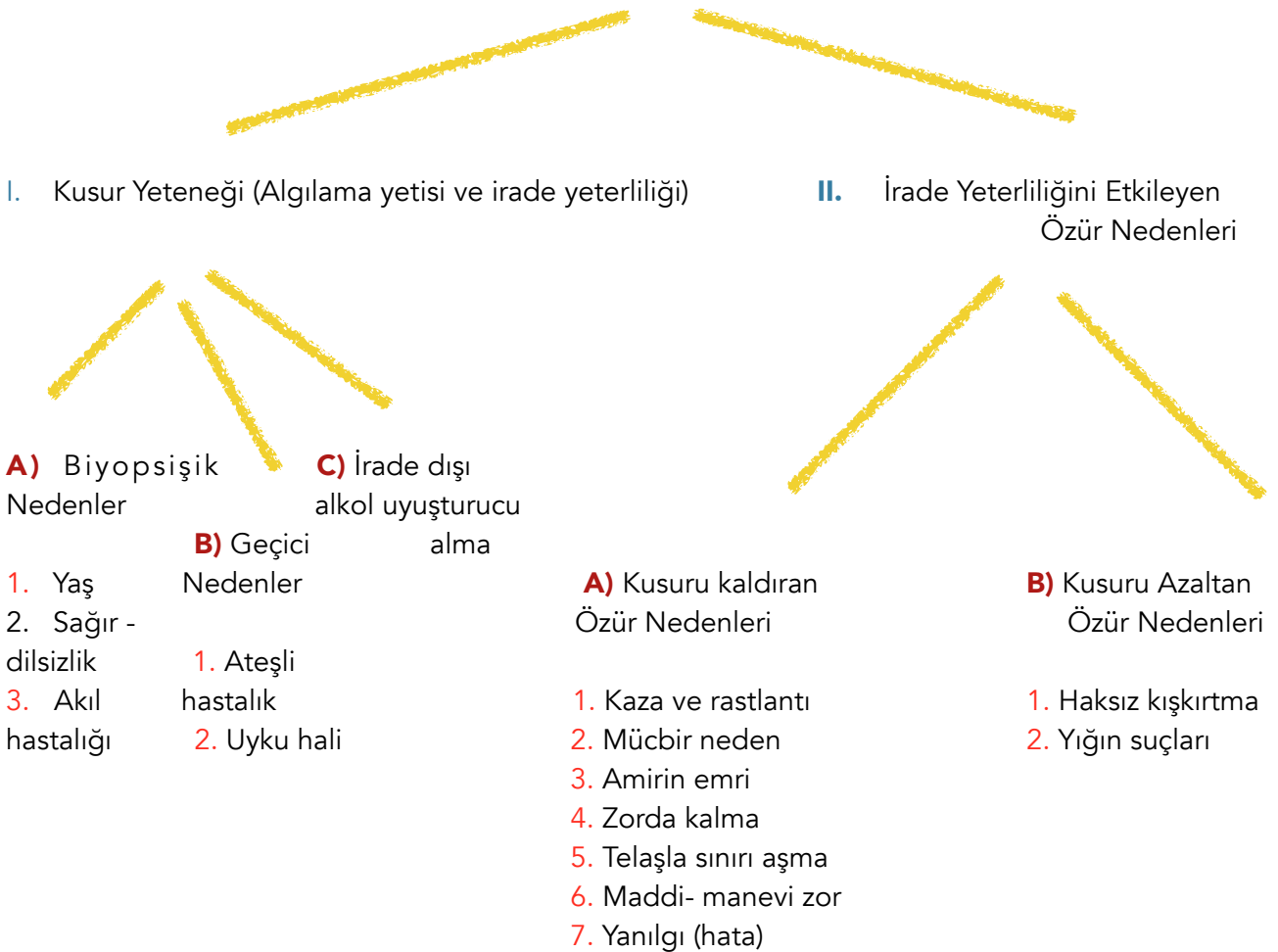
- Birden çok davranış varsa hepsi ayrı değerlendirilecek.
- Failin yaşam biçimi asla değerlendirilmez.
- Failin davranıştan sonra kusur yeterliliğini yitirmiş olması infaz hukukunu ilgilendirir.
- Failin yaşam biçimi, ancak ceza ile ilgili yani ceza bireyselleştirilirken göz önüne alınır.

2. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler

1. Amirin emrini yerine getirme TCK m.24/2
2. Zorunluluk hali (Zorda kalma) TCK m.25/2
3. Sağır dilsizlik
4. Hukuka uygun nedenlerde meşru müdafaa sınırının telaşla aşılması TCK m.27/2
5. Cebir ve tehdit (maddi ve manevi zor kullanma) TCK m. 28
6. Haksız kışkırtma dolayısıyla irade yeteneğinin etkilenmesi
7. Kusurluluğu etkileyen hata durumları
8. Yaş küçüklüğü
9. Sarhoşluk

Salt irade üzerinde etki yapan nedenler ise; mazaret nedenleridir.

KUSURU ETKİLEYEN NEDENLER



I. KUSUR YETENEĞİNİ ETKİLEYEN NEDENLER

A) Biyopsişik nedenler

1. Yaş küçüklüğü

I. 12 yaşını doldurmamış küçüklerde, bu failin ceza sorumluluğu yoktur. Ancak soruşturma yapılır. Sonrasında çocuk hakkında koruyucu ve eğitici istemlerde bulunulabilir. Çocuk faili ailesinden uzaklaştırmamak önemli bir çıkış noktasıdır.

II. 12 yaşını bitirmiş 15 yaşını doldurmamış çocuklar.

Yargıç, çocuğun kusur yeteneğinin olup olmadığını belirler. Kusur yeteneği varsa;

Hapis cezası son çare olarak öngörülmüştür.

a. Kısa süreli hapis cezası söz konusu ise bu cezanın başka yaptırımlara çevrilmesi zorunludur.

b. Ertelemenin sınırı 2 yıl iken burada 3 yıldır.

c. Çocuklarda (18 yaşından önce) hüküm tekrere mensup olmaz.

d. Çocuklara özgü kapalı cezaevlerinde ya da ıslahevlerinde çektirilir; ceza verilmişse.

e. Adli para cezası verildiğinde, ödenmezse hapis cezasına çevrilmesi çocuklarda söz konusu değil.

f. Çocuklar hakkında iştirak halinde işlenmiş suçlarda, çocuk mahkemelerinde çocuk koruma yasasına göre yargılama yapılır.

g. Savcı, kolluk kuvvetlerine soruşturmayı yapın diyemez, bizzat kendisi yapmak zorundadır.

h. 5 yılı aşmayan ceza gerektiren suçlarda çocuklar tutuklanamaz.

i. Müdafii atanması zorunludur, duruşmalar kapalı yapılır. = Duruşmanın açıklığı temel ilke, burada iken duruşma da hükmün bildirilmesi de kapalıdır; istisnaen.

III. 15 - 18 yaş arası çocuklar

Yasa, bu çocuklarda kusur yeteneğinin olduğunu kabul eder ancak yeterince gelişmediği için ceza indirimi yapılır.

*Kusur yeteneği vardır ancak zayıftır.

Ceza verilir ancak indirilir.*

2. Sağır ve dilsizlik

Çocuklardaki kuralların aynılarıdır ancak 3 yıl sonradan yaş sınırlaması başlar. 0-15 15-18 18-21

3. Akıl hastalığı

İradeyi engeller. Tıp konusudur. Bunu belirlemek yargıcın yetkisinde değildir. Tıp, akıl hastası olduğunu söylerse, topyekün kusurluluk yeteneği var mı konusunda ise eylemi işleyen kişiyle ilgili yargıç hukuki karar verecektir. Bunun yalnızca tıba bırakılması yeterli değildir, hukuki boyutu da önemlidir. Genel bir kusurluluk hiçbir zaman söz konusu değildir, somut eyleme göre ayrıca değerlendirilmesi gereklidir.

Ayrıca, akıl hastası dönemsel olur. Örn; sara nöbeti sırasında da bir kişi geçici olarak akıl hastasıdır. Yargıç, bilirkişiye doğru sorular sormalı ve yargılama yetisini asla bilirkişiye bırakmamalıdır.

Akıl hastalığı, ikiye ayrılarak incelenir. Tam ise veya önemli derecede kusur yeteneğini azaltmış ise o kişilere ceza verilemez çünkü onlarda kusur yeteneği yoktur. Bunun dışındaki olaylarda da ceza verilebilir ancak indirilir; çünkü ilke, kusur oranında ceza verilmesidir.

Akıl hastalığı algılama yeteneğini ortadan kaldırır, önemli oranda azaltır ya da azaltır. Ceza verilemediğinde güvenlik önlemi uygulanır çünkü tehlikeli bir durum söz konusudur. Akıl hastalarına yönelik bir güvenlik önleminin uygulanması infaz kurumunda değil tedavi kurumunda geçirilir. Mahkeme suç yaptırımı olan bu cezanın türünü değiştiremez. Ancak güvenlik tedbiri cezayı bir hapsolme şekline soktuğu için, bu cezanın sonuçları olarak bazı hakların ortadan kaldırılması söz konusu olacaktır. Amaç, her zaman kişinin iyileşmesi ve toplum için tehlike olmaktan çıkmasıdır.

B) Geçici Nedenler

Akıl hastalığı gibi bir patolojik hastalık söz konusu değil ama kusurluluğu etkileyen bir durum ortaya çıktığından, ayrıca incelenir.

Geçici bir nedenin varlığının kabulü için ona yol açanın fail olmaması gerekir; bunu bilerek kasıtlı olarak ona yol açmamalıdır. Örn; faille bir ilaç enjekte edildiyse yahut suyunun içine alkol veya uyuşturucu karıştırılırsa. Kural; kusur yeteneğine suçun işlendiği sırada bakılır. İşte burada eğer kişi kendi isteği ile alkol almışsa, kendi kusurundan kaynaklanan bir şekilde kusur yeteneğinin kaybettiyse bundan sorumlu olacaktır. Buna "*actio libera in causa*"; *nedeninde özgür davranış* denir; kişi alkol alırken özgürdü.

Örn; bir annenin uyku halinde çocuğunu emzirirken uyuyakalması ile çocuğunun üzerine yatması ve çocuğun ölmesi. Burada tedbirsizlik, tipik harekette kusur yani taksir vardır. Uyku halinde araba süren taksici de aynı şekilde taksirli halden sorumlu olacaktır.

Failde işlediği eylemin anlam ve sonuçlarını anlama yetisinin kaybında -tamamen kaybedilmiş ya da önemli derecede azalmış- yasa bunu geçici neden olarak kabul etmiştir. Eğer, kendi isteğiyle bu kayba yol açmışsa ancak bundan sorumlu olacaktır.

TCK m. 34'e göre irade dışında mı iradi olarak mı alkol-uyuşturucu almıştır ayrımına bakılır ve her somut olayda tespiti yapılır. Sık sık sarhoşluk da ayrımlara tabi tutulmuştur. İlk ayırım, kasıtlı ve taksirli olarak madde almak; kasıtlı madde alımında, fail içkinin onu sarhoş edeceğini bilir ve o sonucu ister. Taksirli sarhoşlukta ise, madde istenerek alınır ama sonucun doğmayacağına inanarak alınır. Diğerleri ise bir suç işlemek için madde alınır; bu tasarlayarak suçtur. Hepsi aynı sonucu doğurur; sarhoşluk. Ancak ceza belirlenirken göz önünde tutulur; her üçü de iradidir ve failin sorumluluğunu gerektirir. TCK m. 34/2; failin fülle olan sübjektif bağlantısının -kast ve taksir- üzerinde durulmuştur.

Nedeninde serbest davranış kuralı - Alic kuralı (Actio libera in causa):

Latince ilk harflerinin biraraya gelmesiyle, öğretilerde "ALIC kuralı" olarak geçer.

- Kusurluluk haksızlığı ortadan kaldırmaz, kusurluluk sırf fail açısından incelenir.
- Kusur zaman dilimi açısından eylemin işlendiği sırada olmalı.
- Failin zihinsel ve iradesel bir değerlendirmesi yapılır; algılama meleksi ve iradesini yönlendirebilmesi gelişmiş mi?
- Fail kusuru, yaşam kusuru da asla aranmaz, ancak eylemi işlediği sıradaki kusuru aranır.

Eylem icrai de ihmali de olabilir ama illa ki kusur olmalıdır. Eylemi işledikten sonra kusurluluk yeteneğini kaybetmesi de ancak ceza yargılaması hukukunu ilgilendirir. Yahut kusur yeteneğini kaybetmesinde kendi kusuru olduğunda sorumlu tutulur. İşte ALİC ilkesine göre eylemi işlediği sırada kusur yeteneği olmayan kişinin sorumlu tutulmasını istisnai olarak sağlamış olur.

Önce örf ve adette çıkmıştır. Çünkü failin, kusur yeteneğini kaybederken, algı melekesi de irade yeterliliği de vardır. Bu kuralın çıkışıyla ilgili çeşitli görüşler vardır;

*Tipiklik görüşüne göre, failin kendi yeteneğini ortadan kaldırması bu kavramın içerisinde, devamındadır. Eylemin yasalarda olduğunu bilerek yapar.

*Diğer görüş, bu istisnai durumdur der; failin suç işlerken kusur yeteneği olmaz ama ilk başta kusur yeteneği olduğu için o onun yerine geçer.

*Diğer görüş; çatışma -bağdaşmazlık görüşüne göre kişinin bu halde cezalandırılması kusur yeteneğine karşıdır ancak buna kendisi neden olduğu için çatışan iki durum vardır. Bu nedenle cezalandırılma meşrulaşır.

Geçici neden olması burada önemli çünkü bu nedenler olduğu sırada eylem işlenir; güvenlik önlemi uygulanması öncelikli değildir.

Taksirli ve kasıtlı ALİC ayrımı da vardır. Eğer kasıtlılık varsa çifte kasıt vardır; bir maddeyi alırken kasıtlı olması ve sonucu istemesi. İkincisi işlediği suç açısından da kasıt aranır. Taksirli ALİC de ise anne örneğinde olduğu gibi, eylem önceden taksirli bir biçimde başlamıştır. Suçun manevi ögesi dolayısıyla taksir çıkmıştır. Uyumakta olan annenin çocuğunu başka bir yere yatırmamasından dolayı; hareketin kendinde taksir bulunmaktadır; ALİC kuralının işletilmesine gerek yoktur.

Alkol ya da uyuşturucu madde bağımlıları ise kronik hastalardır ve tıpkı akıl hastaları gibi TCK m. 57 uyarınca haklarında güvenlik önlemi alınır.

“Kusuru belirlemek her zaman hukukun görevidir.”

II. ÖZÜR NEDENLERİ

A) Kusuru Kaldıran Özür Nedenleri

İrade ve istençi ortadan kaldıran nedenlerdir.

1. Kaza ve Rastlantı

Kaza ve tesadüf, ca fortuit, önleme olağanın dışında bulunan maddi koşulların sonucu kazadır. Fırtına çıkması ile geminin batması. Tesadüf ise, kimse tarafından öngörülemeyecek olan durumun sonucudur; aniden geminin dümeninin kırılması. Bu iki durumda da failin cezalandırılması mümkün değildir. Hukuksal açıdan kaza ve tesadüfte insanın iradesiyle karşısına çıkan durumu çözmek için imkanı yoktur. Bazı hukukçular failin davranışıyla ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik bağının ortadan kalktığını söyler. Çoğunluk ise bunun maddi konuyla ilgisi olmadığını ve sonucun failin davranışı ile bağlantısının hiç olmadığını söyler, yalnızca kusurluluğa bakabilirler; adam karısını tarlaya gönderir, kadına orada yıldırım çarpar, burada adamın sorumluluğu söz konusu olmaz.

Bir özellikleri de önlenmesi mümkün olmayan durumlar olmalarıdır. En doğru görüş, hem önlenmesi hem de öngörülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla faili sorumlu tutmak da mümkün olmayacaktır. Örn; Alman örneğinde; bir treni yöneten makinist yanlışlıkla kırmızı bir ışığı yeşil

olarak görürse bu bir kazadır. Failin herhangi bir kusuru yoktur. Bir çocuk balkonda oynarken yere düşer ölmez ancak tam o sırada yoldan geçen araç çocuğa çarpar ve öldürür; bu da bir tesadüftür. Bu durumlarda kişiler sorumlu tutulmaz, mazur görülür. 1930 tarihli İtalyan Ceza yasasının 45. maddesi kaza ve tesadüfü düzenlemişken; TCK bu konuyu düzenlememiş maddi ve manevi cebri düzenlemiştir.

2. Zorlayıcı Neden - Mücbir Sebep- Force Majeur

Üçüncü bir kişiden yahut bir doğa olayından kaynaklanabilir. Bu neden karşısında kişi çaresizdir; deniz kıyısına gelmiş çocuğu bebek arabasında bırakmış olan anne, arabanın üstüne kaya yuvarlandığını görür, yapacak hiçbir şeyi yoktur kendisi dışında gelişmiş bir olaydır. Kaza ve tesadüf arasındaki fark; mücbir sebepte fail hiçbir çareye sahip değildir ve müdahale imkanı tamamen ortadan kalkmıştır, işte buna mücbir sebep denir. Kaza ve tesadüfte fail belli bir davranışa zorlandığının farkında değildir, mücbir sebepte farkındadır ancak o davranışta bulunması bile sonucu değiştirmez. Fail sorumlu tutulamaz.

3. Amirin Emri

TCK m. 24/2 ve 24/3 bunu düzenler. Memur, emri yerine getiren kişi olduğu için bunda elbet bir mazaret nedeni çıkacaktır. Emir verildiğinde memur bunu dinlemek zorunda ise, memur sorumlu olmaz çünkü iradesini doğru yönde yönlendirmesi söz konusu değildir; amir sorumlu olacaktır. AY m. 137, Polis Salahiyet ve Vazife Kanunu ve 657 s. Devlet Memurları kanunu, yetkili merciinden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan kişinin sorumlu olmayacağı düşüncesinde hükümler içermektedirler.

Memur yerine getirmek istemediğinde, denetim görevini yaparak bunu belirtir ve emir bu kez yazılı olarak gelirse artık emri yerine getirmede mazur görülür, sorumlu değildir. Sorumluluk amirindir. Buradaki denetleme yükümlülüğü oldukça önemlidir fakat bazı meslekler buna mücadele etmez; örneğin askeri hizmetlerde. AY m.137'de bu düzenlenmiştir, maddedeki istisnalar askeri mevzuatta yazılıdır. Aynı doğrultuda TCK m. 24'de emrin yerine getirilmesinin yasalarca engellendiği hallerde de -askeri yasada- ast sorumlu tutulmaz, emri veren sorumlu olur denilmiştir.

Ancak emir bir suç ise emri yerine getiren de emri veren de sorumlu tutulacaktır. TCK m. 24/3

Askeri mevzuat, amiri ve üstü ayırmaktadır. Amir emir verdiği mutlakla ona uyulmalıdır, kendi birimi içindedir. Ancak, üst her zaman aynı birim içinde değildir. Burada eğer üst o emri vermeye yetkiliyse uyulması mecburidir.

4. Zorda Kalma -Zaruret Hali -Izrar Hali -Zorunluluk Durumu

Zorunluluk durumu, tehlikeye karşıdır. İki dağcı tırmanıyor, ipin ikisini birden taşıması mümkün değilse, üstteki dağcının alttakinin ipini keserek onu öldürmesi halinde ipi kesen dağcıya ceza verilemez çünkü iradesini başka türlü kullanma imkanı yoktur denir. Avcılar, ormana gider, tehlikeyle karşılaşır ve ilk buldukları eve girerler; burada da haneye tecavüzden sorumlu değillerdir.

TCK m. 25; gerek kendisine gerek başkasına bir hakka yönelik olup bilerek yol açmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden kaçınmak amacıyla işlenen fiilden fail sorumlu tutulmaz demektir. Carneades, gemi kazasından kurtulanlar arasından iki kişi bir tahtaya tutunur, biri diğerini itip okyanusa atarsa bundan sorumlu tutulamaz.

Roma hukukunda da, failin bir kötülüğü önlemekten başka bir amaç taşımadığı ya da kendi malını başkalarınınkini feda etmeden kurtarmadığı hallerde, failin zararının göreceği zarara eşit ya da ondan az olması halinde cezalandırılmaz denilmiştir.

German hukukunda da, zorunluluk yasak tanımaz kuralı çıkmaktadır.

Hukuk tarihinde de, 1881 yılında İngiltere'den ABD'ye giden geminin fırtınaya yakalanıp batması ile kurtulanlar filikaya binerler. Ancak filikalar herkesi taşıyamaz, 16 kişi denize atılır. İngiliz gemisi batar, sandala binenler günlerce aç susuz sandalda kalırlar ve bir kişiyi öldürerek onu yerler. (Bunlar ceza almış) Fransa'da bir kadının aç çocuğuna ekmek çalması - TCK m.147' de bu düzenlenmiştir. Doktorun ağır hastaya yetişmek için trafik kurallarını çiğnemesi. Sarhoş birinin araba sürmemesi için elinden anahtarını almak. Cezaevinden bir teroristi, bir kişiyi, hayvanı kurtarmak için serbest bırakmak.

Görüşler;

Grotious'a göre zorunluluk haliyle hukukun dışına çıkılabilir. Başka bir görüş, çaresizlikle yapılan eylemler ahlaka aykırı olabilir ancak hukuka uygundur der. Üçüncü bir görüşe göre ise, hakların çatışması söz konusudur, kurtarılmak istenen ve feda edilen haklar vardır, birinin kurtarılması dengelenmeyi sağlamaktadır. Pozitivistler, failerin toplumsal bir görüşle hareket ettiklerini ve tehlike oluşturmadıklarını, cezalandırılmamaları gerektiğini söylerler. Son görüşe göre, failin eyleminin topluma yararlı olduğunu söylenir. Ayrıca bir yaklaşım, eylemi işleyen failin içgüdüsel davrandığını söylemektedir.

Zorunluluk durumlarının, iradeyi etkilediği düşüncesi çerçevesinde son dönemdeki yaklaşımlar gelişmektedir.

Hukuksal değerlerin eşitliği halinde, bu mazaret nedeni olarak kabul edilir, eşit değilse hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilir ayrımı bizde yoktur. TCK da TBK m. 52/2'deki gibi, fail mazur görülür ancak başkasına zarar verdiği için bundan kaynaklanan zararı gidermek zorundadır demektedir. Burada ise, hukuka uygunluk nedeni yaklaşımı vardır çünkü tazminat istenebilir.

CMUK 123/3-b'ye göre zorunluluk durumu varsa faile ceza verilmez denir. Yani bir mazaret nedeninden bahsetmektedir.

Zorda kalma durumunu düzenleyen özel maddeler de vardır. Genel madde TCK m. 25/2 iken, olayla ilgili özel madde varsa onlar uygulanır.

1. TCK m. 92; organın satılması satın alınması suç olarak düzenlemiştir. Maddede ayrıca bir hüküm getirilmiştir; organı satan kişinin bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar göz önüne alınarak, ceza indirimine yahut cezanın kaldırılmasına gidilebilir.
2. TCK m. 147; hırsızlıkla ilgilidir. Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için istenmesi halinde yine ceza indirimine yahut cezanın kaldırılmasına gidilebilir. Fransa'da kadının ekmek çalması; bilinçli bir şekilde irade var ancak kusur yeteneğini; irade yeterliliğinin zorlayan bir neden var.
3. TCK m. 303; düşmanla işbirliği yapmak suçtur. Bu suçu savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunarak bu orduda hizmete alınmak zorunluluğu altında olan vatandaşta.

Zorda kalmanın koşulları; tehlikeye ilişkin koşullar, tehlikeden korunmaya ilişkin koşullar, tehlike ile korunma arasında nedensellik bağı olmalıdır biçiminde ortaya çıkar.

Tehlikeye ilişkin koşullar;

1. Bir tehlikenin var olması gerekir; fail bir zararın doğacağı şüphesinde olmalı.
2. Tehlike sonucunu doğurmamış olmalı. Sonucunu doğurmuşsa; kusurluluğu kaldıran zorda kalma hali söz konusu değil. Örn; bir köpek hızla koşuyorken açık kapısı olan bir eve sığınmak; tehlike burada vardır.
3. Tehlikenin muhakkak olması gerekir. Gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olmalı.
4. Tehlike, kendisinin veya bir başkasının bir hakkına yönelmiş olmalıdır. Malvarlığına, şerefe, özel hayatın gizliliğine yönelebilir. Üçüncü kişinin hakkının korunması için ille de rızasının alınması gerekli değildir.
5. Bu tehlikeye, fail yol açmamalıdır. Ancak bunu iradi olarak yapmayacaktır. Olası kast, bilinçli taksirde fail bundan yararlanamayacaktır, çünkü sonucu bilmektedir. Ancak, bilişsiz taksirde bu durum söz konusu olabilir.
6. Fail, bir kısım doktrine göre; eğer bu konuda tehlikeyi bertaraf etmekle yükümlü birisi ise yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Diğer doktrine göre; yükümlü değildir. İtfaiye erinin; ölümcül tehlikesi olan bir binaya girmesi.

Korunmaya ilişkin koşullar;

1. Kişi, ya kendisinin ya da bir başkasının hakkını, bir ihlal yaparak koruyacaktır.
2. Tehlike ile koruma arasında bir orantının bulunması gerekir. Bu orantıda temel olan, değerler arasında eşitlik. Korunan değer ile çığnenen değer arasında orantı olmalı; çığnenen değer korunan değerden daha az ya da ona eşit olmalıdır.

Zorunluluk Durumu ve Meşru Müdafaa Farkları

1. Zorunluluk durumu, hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir özür nedenidir. failin davranışı meşru kabul edilmez, haksızlığı kabul edilir ancak mazur görülür.
2. Meşru müdafaa failin davranışı doğrudan meşru görülür.
3. Meşru müdafaa bir kişiden gelen bir saldırı vardır, bu nedenle hukuka uygunluk nedeni olarak çıkar.
4. Zorunluluk durumunda ise bir tehlike söz konusudur ve üçüncü bir kişinin hakkı ihlal edilir. Yani bu bir özür nedenidir, fail mazur görülür.
5. Meşru müdafaa bulunan kişiye kaçma yükümlülüğü getirilmez. Haysiyet söz konusudur.
6. Ancak zorda kalmada kişi kaçabilir.
7. Meşru müdafaa bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan, BK'ya göre de doğan zararı tazmin yükümlülüğü yokken; zorda kalmada üçüncü kişiye verilen zararın tazmini gereklidir.

5. Meşru savunmada sınırın heyecanla, korkuyla, telaşla aşılması

TCK m. 27/2. Böyle bir durumda fail mazur görülür çünkü iradesini ölçülü bir biçimde yönlendirmesi mümkün olmadığından, kusuru yoktur. Öfkeden dolayı suç işlese haksız kışkırtma olur. İradenin yeterince yönlendirilemediği ve kusurun kalktığı söz konusu olur, ceza indirilir. Ancak burada kusur tamamen yoktur denilir. Heyecan, korku ve telaşla kişi kontrolünü tamamen yitirebilir ve iradesini yönlendiremeyebilir. Mutlaka bir saldırının olması ve bu saldırı nedeniyle telaşa kapılmış olması gerekir.

6. Maddi ve manevi zor - Zor kullanma

TCK m. 28. İradenin yönlendirilmesine engel olur. Fail sorumlu olmaz, iradeye egemen olmadığından kusuru yoktur. Bunlardan biri; cebir (şiddet). İradeyi etkileyen şiddet. Her ikisinde de irade var ancak yönlendiremediğinden kusur yok. Tehdit mutlaka ağır ve muhakkak olmalıdır.

*Mutlak zor (vis absoluta); irade tamamen ortadan kalkmaktadır. Kişiyi zorla alıkoymak, tetiği çektilme. İradi bir davranış olmadığından, ceza hukuku kapsamında değerlendirilmemektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal değildir, tamamen ceza hukukunun incelemesi dışındadır; ortada bir iradenin varlığı söz konusu değildir.

B) Kusurluluğu Azaltan Özür Nedenleri

1. Haksız kışkırtma - Haksız Tahrik

TCK m.29; birisini kızdıracak biçimde hareket etme. Tahrik, hareket ile aynı kökten türemiştir, harekete geçirme anlamındadır. Ağır haksız tahrik, hafif haksız tahrik ayrımı yeni yasa ile kaldırıldı. Takdir yetkisi hakime bırakıldı. Kusurluluğu azaltan neden olarak bazı ülkelerde; genel hükümler bazılarında özel hükümler içinde düzenlenmiş; bazılarında hiç düzenlenmemiştir. Freud'dan beri iç ve dış tahrik şeklinde tahrik ikiye ayrılmaktadır.

Takas -ödeşme görüşüne göre; A, B'ye küfrederse, B A'yı döver. Bu, temelsiz bir görüştür. Haksız kışkırtmanın temelini objektif biçimde açıklayan görüşler de var. Frank ve Mezgel'e göre kusur dışında kalan ve beraber bulunan bazı nedenler buna eklenmiştir. Bu nedenler objektif olarak değerlendirilmelidir. Kapalı bir görüştür. Buna karşın en açıklayıcı görüşler subjektif görüşlerdir. Ancak hepsinin birleştiği nokta; haksız tahrikte failin iradesi zayıflamaktadır dolayısıyla kusuru azalmaktadır. Buna göre ceza indirimi yapılmalıdır. Kusura göre ceza ilkesinin doğal sonucu olarak. Haksız tahrikin genelliği ilkesi. Bir kısım görüş ise yalnızca kan suçlarında haksız tahriki kabul etmiştir. Bir kısım yasalar ise 1830 tarihli İtalyan ceza yasası genel hükümlerde düzenlemiştir ancak bunu yalnızca ceza indirimi çerçevesinde düzenlemiştir. 1926 tarihli ceza yasası ve TCK haksız tahriki bağımsız bir kurum olarak kusurluluğun derecesini azaltan bir neden olarak düzenlemiştir.

Koşulları;

1. *Kışkırtıcı bir insan davranışı olmalıdır.* Bu eylem, somut bir eylem olmalıdır. Kişinin yakınlarına veya mal varlığına yönelik bir davranış da kışkırtıcı bir eylem olabilir. Mutlaka bir insan davranışından kaynaklanmalıdır. Eğer hayvan davranışı olursa zorda kalma hali olacaktır meğer ki bir insan o hayvanı kışkırtmak için kullanmasın. Somut olayın özelliklerine göre bunu yargıç duruşmada belirler.

2. *Bu davranış hukuka aykırı olmalıdır.* Koşullara - somut olaya göre durumu yargıç değerlendirir.

Ancak bu haksızlığı sınırlayan durumlar vardır. Örn; töre saiki. Bu saikte, tahrik kusurluluğu azaltan neden olarak sayılamaz. Hakkın kötüye kullanılması da haksız tahriktir. Suç işleyen birini kolluk güçleri gelinceye dek alıkoyma; kişinin, kolluk kuvveti olmamasına rağmen bu yetki ve sınırı ceza yasası tarafından belirlenmiştir. Bu yetkinin sınırı derhal kolluk güçlerine haber vermekten geçer. Keyfi şekilde kişi orada tutulamaz. Haksız fiili hukuki ve ahlaki yönlerden düşünmek, ahlaki

da hesaba katmak gerekir. Eğer örf ve adeti engelleyecek bir düzenleme varsa haksızlık oradan kalkar. Örf ve adet, hukukun önüne geçirilerek; hukuken haksız olmayan bir fiil ahlaki açıdan haksız olduğu için haksız fiil olarak adlandırılmaz.

İlk haksız davranışın kim tarafından yapıldığını inceleme konusunda Yargıtay bir görüş birliği içindedir. Ancak bu belirlenemiyorsa; her ikisine de uygulama eğilimindedir.

Fiilin haksızlığını belirlemede yazılı hükümlerin önüne örf ve adet geçmemelidir. Eylem haklı olduğu takdirde haksız kışkırtma söz konusu değildir. Taksirli davranışlardan da haksız bir davranış biçimi değerlendirilebilir.

3. *Haksız eylemin öfke ya da şiddetli bir elemenden doğması.* Burada suçun gerçekten haksız davranıştan kaynaklanan öfkenin sonucu olarak işlenip işlenmediğine bakılmalıdır; nedensellik bağı olmalıdır (birinci bağı). O öfkeden kaynaklanan bir suç işlemeli (ikinci nedensellik bağı). Her iki nedensellik bağı da incelenmelidir. Haksız kışkırtma o anda bir eylemi doğurmalı mıdır yoksa aradan uzun bir süre geçebilir mi? Cevap; Yargıtay ve öğretisi evet demiştir.

Yargıç, nedensellik bağlarını tam olarak incelemek ve çözmek zorundadır. Aksi halde fail, bahane olarak bunu ileri sürebilir. Haksızlık; bunalım karinesi değildir; kişiden kişiye değişebilir. Bu noktada ölçülü olmak; ortalama haysiyette bir kişiyi düşünmek gerekir. Yargıç, koşullara, taraflara göre değişebilen bu kurumu, eylemsel olarak somut duruma göre belirlemelidir. Tahrik asla karine değildir; tahrik olması, nedensellik bağlarının kurulması şarttır. Tahrik karinesi yaratılması, fiili bir sorundur.

4. *Bir oranın bulunması.* Bu da yine fiili duruma göre, yargıç tarafından değerlendirilir.

5. *Kışkırtılan eylem mutlaka kışkırtan kişiye yönelik olmalıdır.* Tahriki oluşturan eylemi yapan kişi dışında kimselere- yakınlarına, bir eylemin yönelmesi kabul edilemez. Ancak haksız tahrikin yöneldiği kişi ile failin aynı kişi olması şartı yoktur.

** Yanılgı mutlaka suç kastını kaldırır. TCK m. 30/3'de varsayılan tahrik koşullarında yanılgı olduğu zaman yargıç fail lehine hüküm kurar demiştir. Ancak bu yanılgının kaçınılmaz bir yanılgı olması gerekir aksi takdirde istismar edilir. A, tartışma sırasında Türkçe bilmeyen bir Alman'a kendisine küfrettiğini düşünerek yumruk atar. Burada bir yanılgı olduğundan A bundan yararlanabilir.

Haksız Kışkırtma ile Meşru Müdafanın Farkları

1. Meşru müdafada saldırı henüz bitmemiştir, muhakkaktır. Haksız kışkırtmada saldırı bitmiştir.
2. Haklı savunma hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka uygun sayıldığı için verilecek karar da aklanma kararı olacaktır. Ancak haksız kışkırtmada suçu etkileyen bir durum olduğundan suçun tüm öğeleri oluşmasına rağmen indirim yapılır.
3. Hem haksız kışkırtma hem de meşru müdafaa aynı anda bulunamaz. Taksirli suçlarda haksız kışkırtmanın olamayacağını savunan yazarlara karşın bazı yazarlar tam tersi görüştedirler. Elbetteki haksız kışkırtma olur. Örn; demiryolu bekçisinin çocukların onu kızdırması nedeniyle demiryolu makasını kapatmayı unutmaması, tren kazası olması.

En yoğun kast, düşünce kastıdır. Haksız kışkırtma ile tasarlama kastı yan yana gelebilir mi? Planlama görüşü benimsenerek tasarlama kastı ve haksız kışkırtma bir araya gelebilir. Yahut haksız

bir fiille kışkırtılan bir kişi, aradan uzunca bir zaman geçtikten sonra dahi kışkırtan kişiye karşı suç işlerse; planlama görüşü benimsenerek tasarlama kastı ile hareket etmiştir ancak haksız kışkırtmadan yararlanır denilir.

Haksız kışkırtmada kişide yanılığa düşülebilir; fail kendisini haksız olarak tahrik eden adam yerine başka birine zarar verirse, yine haksız kışkırtmadan yararlanır.

Yahut çocuğun annesinin birisiyle yaşamasına kızdığı kişiyi yaralaması durumunda kişide yanılığ yoktur; çocuk haksız kışkırtmadan yararlanır.

Töre saikiyle işlenen suçlarda haksız kışkırtma bizzat bu saik nedeniyle asla kabul edilmez.

** Haksız kışkırtma kişisel bir olaydır. Örn; üç kişiye karşı küfredilir, bunlar karşı küfredene saldırırlar, işte bu noktada her biri için tek tek haksız eylemin kışkırtıcı sonuç doğurup doğurmayacağını belirlenmesi gerekir.

2. Yığın Suçları

Yığın içinde suç işleme, kusurluluğu azaltıcı nedenler arasında bir geçici nedendir. Bazı yasalar, insanın yığın içinde suç işlediği, iradesini doğru yönlendirmediği için ceza indirimi yapar; örn; İtalyan ceza yasası. Sürü psikolojisine göre, insanların toplum içindeyken kendilerinden umulmayan davranışlar içine girdikleri kanıtlanmıştır; bunlara kollektif suçlar denir. Fransız ceza yasasının tartışmalı bir maddesinin (yığın içinde rastgele yakalanan kişiler, suçlu kabul edilir) ancak bir yıl uygulanabilmesinden sonra; kollektif suçlarla ilgili bir yığın içinde bulunan kişiler için yığın psikolojisinde oldukları anlaşılırsa ceza indirimi olacağı söylendi. Fransua Rable (François Rabelais); bir gemi vardır, geminin kaptanı açık denizde koyunları yüklü bir şilep görür. Kaptanı gören koyunların sahibi çoban, kaptana hakarethane bir harekette bulunur. Bunu gören kaptan hiç sinirlenmez, ancak şilepin yanına yaklaşır, çobana ne yaptığını sorar. Çobanın koyunları satacağını öğrenen kaptan, bir tanesini satın alır. Daha sonra satın aldığı koyunu denize atar; denize düşen koyunun ardından tüm koyunlar denize atlarlar. Kaptan, çobanı ağır bir şekilde cezalandırmış olur. Ancak bu cezalandırmayı sürü psikolojisinden yararlanarak yapmıştır.

Rabelais'in ardından 19.yy pozitivist Cesare Lombroso, sürü psikolojisini açıklamış; sonra Enrico Ferri, kişilerden oluşan bir yığın da dürüst ve erdemli kişileri değiştirir demiştir. Daha sonra, Kollektif Suç kitabı, Pugliese tarafından yayınlandı. Yığınlar bir buhar kazanına benzer, yığın arttıkça basınç artar, yığının harekete geçmesi için birinin kışkırtması yeterlidir. Bu davranışların nedeni kimilerince taklit, kimilerince telkin, manevi baskı yahut coşku baskısı şeklinde anlatılır. 1700' lerde Bastille Cezaevi müdürünün linç edilmesi; önce bıçaklanır sonra nehre atılır, cesedin üstüne bize ihanet eden canavar yazılır. Daha sonra yığından birisi, adamın kafasını kesmeyi önerir; daha önce hiç bir suç işlememiş olan bir kasap gidip dükkanından bıçak alır ve kafasını keserek halka teşhir eder; 1832 olayı, kolera zamanı, insanlar zaman zaman toplu olarak hasta olduğundan şüphelendikleri kişileri öldürürler; 1962 Peru'nun baskenti Lima'da; maç sırasında top seyircilerin arasına düşüyor; seyircilerden biri topu kesip sahaya atıyor; büyük kargaşa başlıyor; 500 ölü 800 yaralı.

Yığın suçları kanunda tam olarak düzenlenmemiştir; ancak TCK m.34. maddede geçici neden arasına girebilir.

7. Hata - Yanılgı

Yanılgı ile ilgili kavramlar;

1. **Bilgisizlik.** Yanılgı veya hata; errore, bilgisizlik ise; ignorancia. Bir konuda bilgi sahibi olmama yahut bir bilginin yanlış ya da eksik bilinmesi.
2. **Kuşku.** Bilgisinden kuşku duymak, onu bilip bilmediğinden kuşku duymak. **Kuşku, sorumluluğu kaldırmaz.** Olası kasıttta, bu nedenle ceza indirilir ama kaldırılmaz. Yanılgı denildiğinde gerçek durum ile kişinin zihninde tasarladığı şey arasında bir başkalık vardır. Yani gerçek tam olarak bilinmemektedir, irade tam olarak doğmamakta, doğru biçimde oluşmamaktadır. İradeyi sakatlayan bir durum söz konusudur. Yanılgı, davranışlarla da bir kuralla da ilgili olabilir. Örn, bir kuralın ceza yasalarındaki yorumunu yanlış yapmak.
3. **Sapma;** inhiraf; aberracio; fail A'yı öldürecekken yanlışlıkla B'yi öldürür. Burada yanılgı yok; irade tamdır, beceri tamdır ama gerçekleşmesinde sapma vardır.

Burada ilke, irade edilen sonuç ile gerçekleşen sonuç farklı olduğu zaman, ceza hukuku iradeden yana tavır alır. TCK m. 30 ve m. 4 bunlar çerçevesinde yanılgı kavramı işlenir.

Bir kısım yanılgılar, kast üzerinde bazıları kusurluluk üzerinde etki yaparlar.

Yanılgı Görünüm Biçimleri

A. **Kastı Etkileyen- Kaldıran Yanılgılar (Olaysal- Eylemsel Yanılgılar) - Tipiklikte Yer Alan Unsurlarda Hata**

1. Maddi ögelerdeki yanılgılar - TCK m. 30/1
2. Suçların nitelikli biçimi (türetilmiş- türemiş suç) ile ilgili yanılgı - TCK m. 30/2
3. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılgı - TCK m. 30/3 ve 30/2
4. Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında yanılgı - TCK m. 27/1

Eylemlerle, tipikliğin maddi ögeleriyle ilgililerdir. Bunlar algılama ve bilinç ile ilgili yanılgıdır. Böylece tipikliğin dış dünyaya yansıyan maddi ögelerinde yanılgıya düşülmüştür.

B. **Kusurluluğu Etkileyen Yanılgılar**

1. Haksızlık yanılgısı - TCK m. 30/4
2. Kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi koşullarında yanılgı - TCK m. 30/3

A. **Kastı Kaldıran Yanılgı Halleri**

1. **Maddi ögelerdeki yanılgılar (TCK m. 30/1)**

Esaslı yanılgı, eylemle ilgili bir yanılgıdır; Ahmet'i öldürmek isterken Mehmet'i öldürmesi. Böyle bir yanılgıda sakat bir irade olduğundan, iradeden yana tavır alındığından, örn; bu olayda ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Kanunda kişide yanılgı incelenmiyor, nesnede yanılgı incelenmiyor.

Bazı yazarlar, yanılgıdan kaçınabilmek imkanı yoksa, kusurluluk ortadan kalkar, dolayısıyla kasıt da ortadan kalkar demişler ancak kişinin bunu önlemesi mümkünken önlememişse ihmal söz konusu. Diğer yazarlar ise, doğrudan fiili bir yanılgı olup olmadığını belirlemek gerektiğini söylemişlerdir. Asıl doğru olan ilkeler doğrultusunda inceleme yapmaktır.

Adam trenden inmek üzereyken kendi valizi sanarak başkasının valizini alır. Fail yanlış algılamış ve yanılığa düşmüştür. Bazı yazarlara göre bu esaslı bir yanılığdır çünkü bilseydi bu suçu işlemeyecekti. Ancak diyelim ki bir kişi bir şeyin başkasına ait olduğunu düşünüyor fakat yine de alıyor ve kendisine mal etmeye başlıyor. Bulunmuş malı, kendisine mal etmek suçtur. Burada iradede sakatlık yoktur. Buradan yola çıkarak birincisi esaslı bir yanılığdır ve sorumluluk söz konusudur denilmiştir. Bu çözüme ilişkin Yargıtay kararları vardır.

Taksirli suçlarla ilgili çeşitli görüşler var; bazı yazarlara göre yanılığ taksir sayılabilir denildi; gereken özen gösterilmediği için. Bazılarına göre, hata var hatta bu nedenle taksir ortadan kalkabilir denildi. Örn; hekim hastayı muayene eder, öldüğünü söyler ancak adam ölmemiştir; hekim dikkatsizlikten dolayı taksirli olarak sorumludur. Ancak eğer hekim muayene etmeden adam gömülmüşse; hekim hakkında hüküm kurulurken farklı bir şekilde inceleme yapılmalıdır. Yeni ceza yasası bu tartışmalara son verecek bir maddeyi getirdi; TCK m. 30/1; maddi ögelerde bir yanılığ varsa bu bir esaslı yanılığdır dolayısıyla suç kastı ortadan kalkar.

Suçun maddi ögelerinin en başında maddi konu gelir; suçun üzerinde etki yaptığı varlık ya da şey; buna davranış, nedensellik bağı, sonuç girer. Tüm bunlar duyu organlarıyla algılanır. Burada hiç bir zaman hukuki bir değerlendirme söz konusu değildir. Bu değerlendirmeye arada normatif ögeler de katılabilir; failin sıfatı (memur), failin sıfatını bilmemek gibi.

Failin tasavvuru, gerçeğe uygun olsaydı eylem suç olmayacaktı deniliyorsa; sonuç fail cezalandırılmayacaktır. Zifiri karanlıkta domuz avına çıkmış kişilerin yanında domuz sesi çıkararak şaka yapan kişinin vurulması sonucunda, tüm haller göz önüne alınarak yanılığ sonucuna varılmış, ceza ve sorumluluk söz konusu olmamıştır. Ancak eğer kişi sadece süphelenmişse; olası kasıt olacaktır. Ayrıca eğer süphelenmiş ve gerekeni yapmamış ise; taksir söz konusu olacaktır.

- **Kişide yanılığ;** Suçun maddi konusu bir kişi ise, buna *errore in persona* denir. Eğer maddi konu bir şey ise; *errore in obiekto* denir. Böyle bir halde de yanılığ söz konusu olabilir, çünkü A'nın yerine B öldürülmüştür; yahut Ayşe'yi kaçırmak için gidilip aynı yatakta yatan annesi kaçırılmıştır. Ancak eğer değerler değişik ise sonuç değişir; babayı öldürmek isterken üçüncü bir kişiyi öldürmek; babayı öldürmek ağırlaştırıcı nedendir ancak asıl olay üçüncü kişi üzerinde gerçekleşmiştir; ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Tam tersi; başka biri öldürülmek istenirken babanın öldürülmesinde de ağırlaştırıcı neden uygulanmaz.
- Aynı şey hedefte sapmada da vardır; eğer değerler aynıysa değişmez.
- **Nedensellik bağında yanılığ;** nedensellik bağında da bir yanılığ söz konusu olabilir; failden nedensellik bağının en azından esaslı noktalarının bilinmesi beklenir. Gerçekleştirilen hareketin sonucu atipik olarak faile yüklenebiliyorsa nedensellik bağındaki ufak tefek değişiklikler göz önünde tutulmaz çünkü fail kabaca fiilin sonucunu bilmektedir denir. Eğer bilmiyorsa; nedensellik bağında yanılığa düşmüştür.
- **Yorum yanılığısı;** Failin suçun hukuki tanımında yer alan bir unsurun maddi içeriğini bilmesi fakat onun ceza hukukundaki niteliği konusunda yanılığa düşmesi halidir. Örn; failin akıcı bir sıvının eşya kapsamına girdiğini bilmemesi gibi. Bunun dolayısıyla fail ancak kaçınılmaz bir yanılığ söz konusuysa yararlanabilir. Yani eğer fail yorum yanılığısı nedeniyle işlediği fiile izin verildiğini sanmışsa **yasak yanılığısı** söz konusu demektir.

- **Tersine öge yanılığı; aksine unsur hatası;** kişi birisinin paltosunu çalmak isterken yanlışlıkla kendisinin paltosunu aldığını fark ediyor. Ahlaki açıdan desteklenmez; çalma kastı vardır ancak somut olaya göre karar verilmelidir; varsayılan olaya göre karar verilemez; burada işlenemez suç çıkar; maddi konu uygun değildir; kimse kendi malını çalamaz.

Suçun tanımında yer alan bazı koşullar; kast kavramının içinde olmadıklarında yanılığın da içinde olamazlar; örn cezalandırılabilme koşulu TCK m. 216; tehlike ve somut tehlike suçlarında; somut tehlike doğup doğmaması failin elinde olmadığından kast kavramı içinde değildir. Fail, babasının cüzdanından arkadaşlarıyla beraber para çalar; TCK m.167 babaya karşı hırsızlık oluşmaz. Failin bunu bilip bilmemesi suç kastının içinde olmadığından cezalandırılmaz, ancak arkadaşları cezalandırılır. Eğer, özen gösterilseydi taksirli suçtan dolayı ceza yüklenecektir (TCK m. 30/1; bu halde taksirli suç hali saklıdır). Yani TCK m. 30/1 ile açıklanan; suçun maddi unsurlarında yanılığa düşen, onları bilmeyen kimsenin kasten hareket etmiş olmayacağı iken; TCK m. 30/2 ile taksirli haller saklı tutularak, maddi unsurlarda düşülen hatanın taksirli sorumluluğu kaldırmayacağı belirtilmiştir. Eğer fail gerekli dikkat ve özeni gösterseydi suçun maddi unsurlarında yanılığa düşmeyecekti ise taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusudur.

2. Suçların Nitelikli Biçimi ile ilgili Yanılgı -Türemiş suçlarda yanılgı

Suçun bir temel hali vardır; TCK m. 81; yalın suç. TCK m. 82 ise bazı ek öğelerle, yalın suçtaki temel öğelere bir öge ekler; nitelikli suçlar; türemiş suçlar denir, bunlar yalın suçtan türemişlerdir. Bu öğeler; bazen suçu ağırlaştırıcı bazen de hafifletici nedenlerdir. Eğer bunlar maddi öğelerle ilgililer ise kastla ilgili olacaklardır. İki hal mevcuttur,

Suçun birinci hali; cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren hallerdir; #2 olasılık;

- Fail, işlediği suçta cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir durum varsa ve bunu bilmemekte ise, etkilenmeyecektir. TCK m. 81'deki suç, eğer gebe bir kadına karşı işlenirse; ceza ağırlaştırılır. Eğer fail, kadının gebeliğini bilmiyorsa, sadece yalın suçtan dolayı cezalandırılır.
- Failin işlediği suçta nitelikli bir durum yoksa ama öyle olduğunu düşünüyorsa; bu düşünceye göre cezalandırılmaz, ağırlaştırıcı neden uygulanmaz; gerçekleşen nedene göre cezalandırılır; yalın suça göre ceza alacaktır. Kardeşlerinden birini öldürmek isterken diğer kardeşini öldürür; o kardeşini öldürmeye yönelik bir kastı olmadığından, yalın halden ceza alır. Çünkü bu kişiden doğan niteliklerdir; her ne kadar kişide hata da bu olayda yer alsada maddi konu ilk kardeşdir; bu kardeşin dışına çıkıldığından nitelikli hal ortadan kalkar. *Fail, kastettiği kardeşini öldürmediğinden, aynı zamanda diğer kardeşini öldürmek kastıyla da hareket etmediğinden, kasten öldürmenin nitelikli şeklinden sorumlu tutulamaz, yalın suçtan cezalandırılır.*

Suçun ikinci hali; cezayı indiren nitelikli durumlar; #2 olasılık;

- Failin suçunda cezayı azaltan nitelikli hal yoktur ancak fail bunların var olduğunu sanarak suç işlemiştir. Fail, mirasçılardan biridir; diğer mirasçıya ait bir eşyayı çalar. Ancak o eşyanın başkasına ait olduğu öğrenilirse; indirici nedenden yararlanır. Yine değersiz sanarak değerli bir eşyayı çalan kimse için de indirimden yararlanacaktır denir.
- Failin işlediği suçta cezayı azaltan neden söz konusudur ancak fail bunu bilmemektedir örn; fail çaldığı kolyenin çok değerli bir kolye olduğunu düşünür; ancak kolye aslında taklittir; bu halde de fail indirici halden yararlanır.

Kişide Yanılgı

A'yı öldürmek isterken B'yi öldürmek. Bunun anlamı suçun maddi konusu üzerinde bir yanılgıdır. Ahmet'in eşyasını çalmak isterken Mehmet'in eşyasını çalmak. Buradaki hukuki değerler eşit düzeydedir. Kişide yanılgı, errore in persona, eğer maddi konu şey olursa, errore in objecto.

Sapma

Sapmada yanılgı yoktur, bilgi de irade de tamdır ancak beceriksizlik vardır. Ahmet'e ateş eder Mehmet'i vurur. Davranış icraya koyulurken yanlış kişi vurulur.



1. Hedefte sapma (aberratio ictus): Tek ihlal
İki ihlal
Çok ihlal

2. Suçta -hukuki konuda sapma

3. Nedensellik bağında sapma

A arkadaşları ile seyahat eden B'yi öldürmeyi kafasına koyar. Bunun için B'ye ünlü bir içki şişesini gönderir ama içine tuz ruhu koymuştur. B gönderilen içkiyi arkadaşlarına ikram eder ancak kendisi içmez. C içkiyi içer ve ölür. Burada sapma söz konusudur. Rozar olayı; rozar kereste tüccarıdır, B'yi öldürmek ister ve yanında çalışan C'yi, B'yi öldürmesi için azmettirir. C oradan geçen B sandığı D'yi öldürür. Burada kişide bir yanılgı var ancak A açısından C aracılığıyla hareket ettiği için illiyet bağında da bir yanılgı vardır. Eski Türk ceza yasasının 52. maddesi. TCK m.30/1 ve 30/2.

Kişide yanılgı ile Sapmanın Benzerlikleri

1. Hem yanılgıda hem de sapmada fail gerçekleştirmek istediği maddi konu üzerinde, suçun gerçekleştirilemez.
2. Gerçekleştirilmek istenen ve gerçekleştirilen sonuç yönünden dış alemde bir farklılık yoktur. (her ikisi de öldürme) ve kasıt tamdır.
3. Kişide yanılgıda fail hiç bir zaman esaslı bir şekilde yanılgıya düştüm diyemez. Çünkü derse suç kapsamında olamazdı fakat failin sorumluluğu olduğundan suç kapsamındadır.

Kişide yanılgı ile Sapmanın Farkları

1. Yanılmada hareketin konusu tektir, sapmada ise birden fazla. A yerine B'yi öldürdü, yanılma; A'ya ateş etti B'yi öldürdü; sapma. Sapmada birden fazla maddi konu vardır.

2. Yanılmada failin hareketlerinde birlik, bütünlük varken sapmada çarpıklık vardır.
3. Yanılmada fail davranışını sürdürürken sonuna kadar maddi konu üzerinde davranışını gerçekleştirmek istemekte ve onun üzerinde gerçekleştiğini sanmaktadır. Oysa sapmada icra hareketlerine başladığında bile bir çekince yoktur çünkü hedefi hala fiilini üzerinde gerçekleştirmek istediği kişidir fakat sonuç farklı çıkmaktadır. Böylece nedensellik bağında bir sapma vardır.
4. Kişide yanılığında kusur faildedir. Fail özenli davransaydı yanılmayabilirdi. Ancak sapmada A'ya ateş ettiğini biliyor fakat icradaki beceriksizliği nedeniyle B ölüyor. Sapmada icra devam ederken bir yanılığ yok, beceriksizlikten dolayı sapma vardır.

Hedefte sapma

Tek neticeli sapmada; maddi konu üzerinde bir yanılığ olduğu zaman eğer bunlar arasında hukuki konu açısından bir eşitlik varsa hiçbir sonuç doğmaz. Ancak farklı mahiyette yahut nitelikte hukuki konular ise, bunların niteliklerinden doğan, aleyhte olanlar irade lehine çözüm yapılarak uygulanmayacaktır. Eski Ceza yasası m. 52'de bu sorun çözülmektedir. Örn; A, B'yi tasarlayarak öldürmek istemektedir ancak C'yi öldürür. Tasarlama, maddi konunun niteliğinden kaynaklanmamaktadır; fail öldürmeyi tasarlamaktadır. Burada tasarlama kastından kaynaklanan ağırlaştırıcı neden uygulanır, çünkü tasarlama kastı maktulün niteliğinden değil failin davranışından kaynaklanmaktadır, ağırlaştırıcı neden failin davranışı (tasarlama kastı) için uygulanır.

Çok neticeli sapma söz konusu olabilir. A'ya ateş açılır, A'nın vücudundan çıkan kurşun B'yi yaralar. TCK'da fikri içtima. Eski dönemde bu, iki suç olarak kabul ediliyordu; ilki insan öldürme, diğeri gereken özen göstermediği için taksirli suç. TCK bunu tek suç olarak kabul etti; insan öldürme suçundan yargılanır. Ancak yargıç kararında A'nın öldürüldüğünü, B'nin yaralandığını söyler ancak fikri içtima gereği tek ceza verir. Yani yargılama iki suçtandır fakat ceza tektir.

Suçta sapma

Suçta sapmada ayrı ayrı iki değer söz konusudur. Fail, A'yı yaralamak için bastonunu salladı ve vitrinin camını kırdı. Yaralama, vücut bütünlüğüne; vitrin camını kırma, malvarlığına karşı zarar. TCK bunu içtima kavramı içinde çözmeye çalıştı. Burada korunan değerler, hukuki konular farklıdır. Eski ceza yasası döneminde iki suç olduğu söylendi, kasıtlı bir suç (yaralama) ve taksirli bir suç (mala zarar). Ancak mala zarar vermenin taksirli biçimi yoktur, yani suç olmaz. Malı zarar gören mağdur haksız fiilden dolayı tazminat ister; TBK. İçtima burada yoktur derler. İçtimada; suçların toplanmasında #3 tür suç vardır; bileşik suç, zincirleme suç, fikri içtima (tek bir eylemle birden fazla suç işleme). Peki fikri içtima burada uygulanabilir mi? İtalyan ekolü sonuca göre eylem sayısı belirlenir der. TCK gerekçesinde Alman ekolünü benimsemiştir; davranış önemlidir der; eğer tek davranış varsa bile fikri içtima uygulanır ve hangi suç ağır ise ondan ceza verilir.

Nedensellik bağında sapma

Weber kastı annenin çocuğunu öldürmek için çocuğunu denize atması ancak çocuğun kafasının kayalıklara çarpması ile çocuğun ölmesi. Weber, iradenin değişmediğini ortada tek suçun olduğunu söyler, öldürme kastı değişmemiştir.

3. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılğı

TCK m.30/3'te bu sorun çözülmüştür düşüncesine dayanılarak bu sorun kitapta uzunca anlatılmamıştır. Söz konusu yanılğı birçok şekilde çıkabilir. Nedenlerin koşullarında yanılğı; eğer yanılğı kaçınılmazsa fail nedenlerden yararlanır. Fail, nedenin varlığında yanılğıya düşebilir. Yahut hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarında yanılğıya düşebilir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda yanılğı; fail eğer nedenlerin var olmamasına rağmen var olduğunu düşünüyorsa. Bir takım yazarlar -objektif görüşe göre; hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olduğunu söylerler bu görüşteki yazarlara göre fail bunu bilmeseye bile uygulanacaktır. Diğer yazarlara göre ise, failin tehlikeliliği meydana çıkmıştır, en azından teşebbüs aşamasında olduğunun kabul edilmesi ve ceza verilmesi gerektiğini söylerler.

Mağdur belirli bir malın alınmasına rıza göstermiştir fakat fail başka bir malı almıştır. Birisi karanlıkta kendisine saldırılacağını düşünmektedir; bu nedenle karanlıktan gelen diğer kişiye saldırmıştır. Bir kısım yazarlar, söz konusu durumlarda, nedenlerin uygulanmayacağını, failin dikkatli davranması gerektiğini söylerler. Diğer görüşteki yazarlar ise; eylemin esasen hukuka aykırı olmadığından yola çıkarlar. Hukuka uygunluk nedenlerini, bir kişinin fiilinin hukuka aykırılığını kaldıran olumsuz koşullar olarak incelerler. Olgucu görüşü savunanlar ise (pozitivistler), tehlike kavramından hareketle böyle bir insanın tehlikeli olduğunu söylerler. Diğer bir görüş ise burada yanılğı kavramı üzerinde duran görüştür. Eylemin esasıyla ilgili bir yanılğı söz konusuysa, kaçınılmaz bir yanılğı söz konusuysa, fail bundan yararlanacaktır. Eğer yanılğı gerçekten esaslı bir yanılğıysa, artık meşru müdafaaanın koşulları oluşmuştur, yanılğı dolayısıyla fail hakkında ceza verilmeyecektir.

4. Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarının aşılması

TCK m.27/1'de düzenlenir ve sadece kasıt olmaksızın aşılmada yani taksirli aşılmada bu düzenlenir. Zaman açısından aşmada kasıt mutlaka vardır, aşma kasıtlı ise sorumluluk tamdır.

B. Kusurluluğu Etkileyen Yanılğılar

1. Haksızlık Yanılğısı -Yasak Yanılğısı

TCK m.30/4; "İşlediği eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir yanılğıya düşen kişi bundan sorumlu tutulamaz." Fail yapmış olduğu eylemin maddi cephesine (maddi unsurlarına ilişkin bilgisi tamdır) tamamen egemendir ve iradi olarak yapar ancak o eylemin suç olmadığını düşünmektedir. Yani bu, normun varlığında yanılğıdır.

1. Düzenlemenin geçerliliğinde yanılğı; failin, yasa koyucunun normu kaldırdığını sanması.

2. Düzenlemeyle davranışın birbirini kapsamadığı konusunda yanılğı, yorum yoluyla çıkar; kapsamda yanılğı.

#2 farklı haksızlık yanılğısı çıkar;

1. **Soyut haksızlık yanılğısı** -doğrudan haksızlık yanılğısı; failin normla eyleminin birbirini kapsamadığı konusunda yanılğıya düşmesi, yorum yoluyla çıkar; kapsamda yanılğıdır.

2. **Somut haksızlık yanılığı** ise hukuka aykırı bir davranışta bulunduğunu ve eylemin yasak olduğunu bilen fail, somut olayda hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünmektedir. Failin eyleminin suç teşkil edip etmediği ile ilgili değildir.

Bu zamana kadar icrai nitelikte, kasıtlı kural olan suçlar işlendi.

Maddi Öğelerine Göre Atipik Suçlar

A. Savsama - İhmal suçları

Bunlar cezalandırılabilir bir davranışın özel görünümüdür ve istisnai olarak düzenlenmişlerdir. Türk öğretisi bu suçları, davranışın işleniş biçimi olarak incelemiştir. Alman öğretisinde de yine icrai suçlardan ayrı bir şekilde incelenmektedir.

Savsama; oluşum şekli bakımından icrai suçlardan farklılık gösterir. Teşebbüs, iştirak konularında farklı yansımalarla ortaya çıkar. Bunların niteliği; yasaklayıcı normları; yasaların koyduğu yasakları icrai bir şekilde çiğnemek değil de, emredici normları; yasaların koyduğu bir görev yapma emrini çiğnemektir. Eğer bu görev yerine getirilmezse cezalandırılır. Fail bu görevi yerine getirme gücünde olmasına karşın o gücü kullanmaz, olaya müdahale etmez; pasiftir, bir davranışı yoktur.

Fail, hareketsiz kalarak hukukun buyurduğu emri yerine getirmez. TCK m. 257' deki görevi kötüye kullanma; TCK m. 257/2' de memurun verilen yetkiyi kullanmaması, savsaması olarak çıkar. Ayrıca TCK m. 98, hal ve koşulların elverdiği ölçüde (gücünün yettiği durumda) yardım etmeme yahut durumun derhal ilgili merciiye bildirilmemesi diyerek; savsama suçu için önemli ve adete tüm savsama suçlarını tanımlayan bir özelliğe sahiptir.

İhmalin nasıl ve hangi koşullarda olacağını yasa belirlemiştir; hukukun normatif özelliği, gücüdür. eğer yasa bunu belirlemez buyurmazsa, ahlak ve hukuk birbirine karışmaktadır. Örn; yasa koyucu yalan söylemeyi tanıklıkta, dolandırıcılıkta vb. yasaklamaktadır, her yalan söylendiğinde bu bir suç sayılmaz.

TCK m. 83; anne çocuğunu boğarak öldüremez, ve onu aç bırakır. Annenin çocuğa bakma yükümlülüğü vardır. Anne bu yükümlülüğü yerine getirmeyerek, insan öldürme suçunu işler. Burada anne ihmal suretiyle suç işlemiştir. İhmalin 2# türü; suçun mahiyeti icrai bir suçken bunun ihmal suretiyle işlenmesi; ihmal suretiyle icra suçu ve sırf ihmal suçu çıkmaktadır. Yasa koyucu bunları TCK m. 83, 88, 94/5 maddelerinde işlemiştir. Yükümlülük suçu ortaya çıkar.

Savsama nedir?

Örn; hekim, hastayı reanimatöre -canlandırıcı bir alete- bağlar. Hekim reanimatörü çalıştırdığı sürece, hasta yaşıyor. Hekim, hastayı aletten çekerse bu icrai bir davranıştır. Ancak diyelim ki hekim aleti hiç çalıştırmadı bu sırf ihmali bir davranıştır. Yahut arabayla giderken birini sollamak istiyorsunuz, arkadan gelen bisikletliyi gördünüz ona rağmen sollamayı yapıyorsunuz, bisikletli biraz çekiliyor ancak yeterli alan kalmıyor ve bisikletliye vurup öldürüyorsunuz. Biraz sağa çekilmemeniz ihmal, ancak sollamayı iradi olarak yapmanız icradır. Ayrım nasıl yapılacaktır? İlla ki bir yükümlülük söz konusu olmalı ancak bu yükümlülük failin kendisinden beklenebilir ve gücünün yettiği bir yükümlülük olmalıdır. Bu da bir suç işleme biçimidir, ancak etkin değil edilgin niteliktedir.

Hümanist yaklaşımın savunucularına göre, ihmali suçların alanını genişletilmiş; ve baskıya boyun eğmeme davranışı dahi suç kabul edilmiştir.

İcra ihmal ayrımının olduğunu ve olmadığını söyleyen iki ayrı grup vardır. İcra ve ihmal ayrımının önemli olmadığını savunanlar için (ontolojik görüştekilerden ayrım yoktur diyenler); bu

yaklaşım tartışılmamalıdır nitekim kanun; TCK m. 98'de savsama kavramının hangi boyutlar içinde düşünülmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

İhmal ve icra ayrımı olduğunu savunanlar noktasında #2 farklı görüş çıkmaktadır;

A. İhmal kavramı vardır diyenlerden biri; **ontolojik -varlık bilimsel -doğalcı** görüştekilerden ayrımı kabul edenlerdir. Bunlardan bir bölümü;

1. *Doğal açıdan bakarlar;*

- a. İcra dendiği zaman, bir vücut hareketi vardır, ihmalde ise kaslar çalışmamaktadır derler. yani dış dünyadaki değişikliğe sebep olmada vücut hareketi varsa icra, yoksa ihmaldir derler. Örn; baba çocuğuna vurarak öldürdü; icradır. Ancak çocuk havuza girdi; baba hiç kıpırdamadı bu bir ihmaldir derler.
- b. Enerji kullanma ölçütü; icrai suçta fail bir enerji kullanırken, ihmali suçta fail enerji kullanmaz. doğalcı görüşlerin içinde en etkin olanı budur. Ancak bazı problemlerin çıktığı görülmüştür ve yardımcı bir kriterin gerekliliği öne sürülmüştür.

2. *Nedensellik bağına dokunanlar* vardır. İcrai harekette sonuç doğal anlamda aktif bir nedensellik bağına yol açarken, ihmali suçlarda bu sonucun koşulu olur. Nedensellikten daha farklı bir biçimde ortaya çıkar, bir koşul olur denir (Nurullah kunter). Bu görüş de problemlidir, bu nedenle hem bu görüş hem de enerji görüşü karıştırılarak karma görüş de ayrıca ortaya atılmıştır.

B. Doğalcı görüşlerden sonra yine icra ihmal ayrımını kabul eden **normatif görüşler** ortaya çıkmıştır.

İhmal bir yükümlülük getiren norma dayanmaktadır dolayısıyla hukuki açıdan normatif bir değerlendirme yapılacaktır. Değişik görüşler çıkmıştır;

1. Toplum ona bir değer veriyorsa, bu sorun toplumsal anlama göre çözülür; annenin çocuğunu emzirmemesi.
2. İkinci görüş; ağırlık noktası neye dayanır; hem ihmal hem icrai bir davranış varsa hukuksal suçlamada ağırlık noktasının hangisi olduğuna bakılır. Hemşire yanlış teşhis koyar; hastada kanama olur ancak hasta tedaviden sonra kontrol edilmediğinden de ölür. Dava açılır; ağırlık noktası, yanlış ilaç vermektense yoksa gidip hastayı görmemektense kaynaklanır? Buna göre bu görüşü savunanlar; ağırlık noktasının hangisinde ortaya çıkıyorsa onun üzerinde durulsun derler.
3. Başka bir görüş de hem ihmal hem icra varsa; icra kural olduğu için icraya ağırlık verilsin derler. Eğer somut olayda kuşku içindeyse, kuşku icradan yanadır diyerek bir ilke getirir. Ancak icrai suçlar ağırken, ihmali suçlar hafiftir. Bu nedenle fail aleyhine karar verilmiş olur. Bu nedenle bu ilke; kuşku fail lehinedir ilkesiyle çatışmış olur. Buna karşılık, diğer yazarlar ise fail lehine hakim karar vermesi gerektiğini söylerler.

Hukuk, savsamayı nasıl açıklar?

Görüşler 2'ye ayrılır; ontolojik görüşler ve normatif görüşler. Ontolojik görüşler ikiye ayrılır; savsama diye bir varlık söz konusu değildir; çünkü bu varlık zihnimizde yarattığımız bir kavramdır. Diğer ve büyük bir bölümü ise bunun ontolojik açıdan varlığı söz konusudur derler. Bunu ileri sürenlerden bir kısmı, savsama denilen olayın insan ruhundaki yap-yapmama çatışmasının bir ürünü olduğunu söylerler. Bir başka nazariye ise olumsuz davranışın dış faaliyet olarak izah edilmesi olarak çıkan başka görüşleri içerir. Bunlardan ilki bir Alman yazarıdır; insan mutlaka bir davranış

içindedir ilkesinden yola çıkar. Uyuyan insan da bir davranış içindedir; bu nedenle savsama da başka bir davranışın yapılmasıdır. 1. O anda zıttında bir davranış yapmaktır. Bekçinin makası kapatmak yerine yemek yemesi. 2. Sırf zaman açısından incelerler, daha önceden yapılan bir şeyden kaynaklandığını söylerler. Örn, yüzme hocasının yüzme bilmeyen birine havuza atla demesi. aynı görüşteki başka bir kişi, bir arabacının atları kamçılarken -icrai davranış- karşısına başkasının çıkması, dadı nezaret görevini üstlendi -icrai davranış, daha sonra çocuğu beslemedi suç işledi. Bazıları ise savsamanın sadece bir soyut kavram olduğunu ve soyut kavram olarak var olduğunu söylerler. Yalnızca insana özgüdür derler. Bunun tam tersini ileri sürenlerden Antolisei, savsama somuttur der. Mutlaka bir davranıştan çıkar, failin davranışının dış dünyaya haricileşmesi bizi ilgilendirir demektedir. Tüm bunlar ontolojik görüş olarak çıkar.

Ancak günümüzdeki görüşler, ontolojik görüşlere ittifak etmemekte normatif görüşlere ağırlık vermektedir.

Normatif görüşler #3 biçimde ortaya çıkar;

1. Failin ondan beklenen davranışı yapmaması; annenin çocuğunu emzirmemesi. Mezger'in savunduğu görüştür. Bu görüş ihmalin iki ögesi olduğunu söyler; ilki beklenilmiş olmak ve diğeri mümkün olmak. Beklenilmiş olmak, icrai harekette davranmak mecburiyetinin yerine geçer der. Bu da 3 şekilde olur; 1. hukuk normları ile olur; ahlak normları göz önünde tutulmaz. 2. bir sözleşmeden doğabilir. Örn; hizmetçinin çocuğa bakması. 3. arabayla giderken birine çarptınız; ya kaçarsınız ya da yaralıya yardım edersiniz. Tehlikeyi yaratan kişi, tehlikenin sonuçlarını ortadan kaldırmak için gerekeni yapmalıdır. Aksi halde -kaçarsa sorumlu olur.
2. Hukuken gereken ve beklenen davranışı yapmama. Bu görüş, özellikle İtalya'da savunulmuştur ve Türk hukukunu da etkilemiştir.
3. Gereken -yükümlü olduğu davranışı yapmama. Bu da yine İtalya'da ortaya atılmıştır.

Örnekler; keçi kılı ve işçiler olayı, bisiklet sürücüsü ve kamyon şoförü olayı, eczacı ve hasta çocuk olayı, kokain olayı; ameliyattaki hasta ve doktor (novakain yerine kokain vermiş), sağlıkçı olayı, reanimatör olayı

B. İhmal suretiyle icra suçları - Görünüşte ihmal suçları

Örn; bir yangında itfaiye erleri yangına müdahale etmezler. Görevlerini savsamışlardır. Bunun sonucunda biri ölmüştür. Burada, tehlikenin ötesinde bir sonuç doğmuştur; görevlerini yapmadıkları için biri ölmüştür meğer ki itfaiye erlerinin yangına müdahale edemeyecekleri bir durum olmasın. İtfaiye erlerinin yükümlülüklerini yapmayarak işledikleri suç ihmal suretiyle icra suçudur. Sonucu doğuran, erlerin ihmali davranışdır. Bu suçların TCK m. 83, 88, 94/5 ile yasal düzenlemeleri yapılmıştır. Failin varlık nedeni o sonucun doğmasını engellemektir. İtalyan ceza yasasının 40. maddesi, engellemekle yükümlü olduğu sonucu engellemek sonuca doğrudan yol açmakla eşdeğerse fail sorumludur der.

Nedensellik ilişkisinin kurulması; o davranışın söz konusu ihmalin sonucu olarak mı doğduğunu belirlemek önemlidir. İhmal suretiyle işlenen maddi suç, Kunter'in görüşüne göre. Bu suçlarda tipiklik açısından sonuçlu bir suç olmalı. İhmali davranış o sonucu doğurmalı. Yükümlülük kavramı. İhmal davranışıyla icra suçu eşit değerdeyse; böyle bir suç işlenmesi için elverişlidir. Ancak her ahlaki yükümlülük hukuki yükümlülüğe dönüştürülemez. Bu yükümlülük; hukuk normlarından, sözleşmeden, önceden failin yarattığı tehlikeden doğabilir.

Ön koşullar

1. Suç tipi icrai bir davranışla işlenen bir suç tipi olacak.
 - a. Suç, dış dünyada değişiklik yaratan somut sonuçlu suç olacak.
2. Yasal öge; yasada ihmal suretiyle ihmal suçunun tipi öngörülecek. TCK m. 83, 88, 94, 5
3. Sonucu önleme yükümlülüğü olacak; önlenbilir sonucu önleme yükümlülüğü.
 - a. Hukuksal bir yükümlülük olacak.
 - b. Fiilen bu sonuç önlenbilir olacak.
4. İcra ile ihmal denk, eşdeğer olacak, icrai hareket ve ihma(equivalence)

1. İcrai bir davranışın olması gerekliliği

Ahmet çok yaşlı annesiyle nehir kıyısında geziye çıkmaktadır. Ancak ahmet annesinin ölmesini ve onun mirasını almayı ister. annenin ayağı kayar, nehre düşer ancak Ahmet annesini kurtarmaz.

Yasa koyucu diğer yurttaşlardan Ahmeti'n annesini kurtarmalarını bekleyemez, çünkü herkese ahlaki bir görev yüklenemez. Burada hukuki yükümlülük yalnızca oğluna düşmektedir. Fail bu yükümlülüğü bildiği halde yerine getirmez ve bu ihmal ölüm sonucunu doğurur. Ancak o sırada orada bulunan diğer kişiler için TCK m.98'i gündeme getirebilir; ilgililere haber verme yahut yüzme biliyorsa kurtarmaması dahi aynı maddeyle ilgilidir yani saf savsama suçu olacaktır. Yalnızca oğlu, insan öldürme suçundan sorumlu tutulurken, diğer kişiler savsama suçundan sorumlu tutulabilir. Bu suçlar, maddi bir davranıştan ileri gelecektir. Ayrıca hukuken bir düzenleme söz konusu olacaktır; bu suçlar özel kısımda düzenlenmiştir.

2. Yasallık ögesi

Anne gibi çocuğuna bakmakla yükümlü olan insanlar için uygulanmış ancak yolda birisine çarpıp kaçan bir adam için bu suçu uygulamak yasal bir düzenleme olmadan mümkün görünmemektedir. Bu düzenleme yeni Türk ceza yasasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin genel mi yoksa özel mi düzenleme olması gereklidir.

Herkesten ihmali davranış dolayısıyla ahlaki nitelikte bir ödev beklemek mümkün değildir, kıyas yoluyla da suç yaratmak imkanı olmadığından yasal bir düzenlemenin olması şarttır. Bu nedenle TCK bu düzenlemeyi özel düzenleme olarak 3 madde ile sınırlamıştır. Buna karşılık Almanya, Avusturya'da genel düzenleme içinde yer almaktadır. Lex certa; yasaların belirginlik, kesinlik, apaçıklık ilkesine uyulması gerektiği ve kıyas yolunun kapatılmasının esas olması nedeniyle özel düzenlemeyle düzenlenmesi daha yerindedir.

3. Hukuki nitelikte bir yükümlülük söz konusu olmalı

Söz konusu koşulun iki ögesi vardır; hukuki nitelikte bir şeyi yapmak ya da yapmamak ile ilgili bir yükümlülük getirmelidir, ve yükümlülük sahibi olan kişinin bunu gerçekten yapabilecek gücü olmalıdır. Aile hukukunda çıkan yükümlülük; anne ve babanın çocuklarına bakma yükümlülüğüdür. Burada hem hukuki hem de ahlaki bir görev yükletilmektedir. Eylemin yapılmaması hemen hukuka aykırılık karinesini doğurmaz (tipiklikteki gibi değil); öncelikle böyle bir yükümlülüğün varlığı araştırılmalı eğer yükümlülük varsa o takdirde hukuka aykırılık karinesi doğar.

Yükümlülüklerin kaynakları; 1. yasalar, 2. sözleşmeler, 3. bir tehlike yaratanın o tehlikenin sonuçlarını ortadan kaldırmakla yükümlü olması (arabayla birine çarpan birinin hastaneye

götürülmesi yükümlülüğü çarpan kişidedir.) ve 4. örf ve adettir. Daha dar anlamda bakıldığında bazı yükümlülükler tehlikeyi önlemek ve gözetmek üzere ortaya çıkabilir, koruma amacı güderler.

- Kaynak olarak yasalar; MK m. 335 vb maddelerinde aile içindeki yükümlülükler çıkmaktadır. Vasinin, bina sahiplerinin vb sorumlulukları engelleme ve koruma niteliğindeki, yazılı hukuktan ortaya çıkan kaynaklardır.
- Sözleşmeden çıkan kaynaklar; anne ve babanın tuttuğu bakıcının yükümlülüğünün doğması için, işin fiilen başlaması gerekir; örn, bakıcı eve gelip çocuğa bakmaya başlamalıdır. Aksi takdirde yükümlülük başlamaz.
- Gözetim yükümlülüğüdür; tehlike yaratan kişi tehlikenin sonucunda doğacak zararları ortadan kaldırmak için çabalamalıdır. Fakat bunun için illa ki yasal bir düzenleme olmalıdır.

Failin söz konusu yükümlülüğü yerine getirebilecek güçte olması diğer bir unsurdur. Çocuğu boğulurken yüzme bilmeyen bir annenin yükümlülüğü çıkmamaktadır. Yahut, soğuk bir havada anne ve çocuğun donma tehlikesi geçiriyor olması sırasında ellerindeki tek battaniyeyi çocuğa örtmesi beklenmez. Özel bir bilgi gerektiren vb. durumlarda ebeveynin yükümlülüğünü hakim normatif, değerlendirici nitelikteki ölçütlere başvurarak inceler, yükümlü olmaz.

4. İcrai eylemle ihmal edilen sonuç eşdeğer olmalı

Söz konusu olan denkliktir. Annenin çocuğunu boğarak yahut aç bırakarak öldürmesi birbirine denktir; aynı sonucu doğururlar. Serbest davranışlı suçlarda eşdeğerlik son derece kolaydır; bir insan boğarak da vurularak da vb. öldürülebilir. Fakat bağlı davranışlı suçlarda kural olarak bu mümkün değilse de yasa koyucu TCK m. 157' yi düzenlerken pasif bir davranışla bağlı hareketli suç olan dolandırıcılığın işlenebileceğini söyler. Ceza yasası üstü örtülü bir şekilde dolandırıcılık suçunun TCK m.157'nin gerekçesinde görünüşte bir savsama suçunu düzenlemiştir. Gerekçede antikacı dükkanı sahibinin antika olmayan bir malı almak isteyen alıcıyı, malın antika olmadığını söylemeden, susarak dolandırması şeklinde bir örnek vermiştir.

Bazı düzenlemeler genel düzenleme şeklindedir, herkese yükümlülük getirir. Ancak çoğunlukla düzenlemeler özel kişilere yöneliktir, bunlara özgü suçlar denir. Görünüşte savsama suçu da bu nedenle özgü bir suçtur; çünkü fail yükümlü bir faildir, bir niteliği vardır.

Başka bir ayırım, bazı düzenlemelerde suçlar sonuçlu bazıları sonuçsuzdur. Görünüşte savsama suçları (ihmal suretiyle icra suçları) sonuçlu suçlarda söz konusudur; illa ki dış dünyada bir sonuç doğmalıdır.

Başka bir ayırım; TCK m. 98 veya 257'de olduğu gibi sözel olarak madde metninden ne olduğu anlaşılır; fakat bir kısmı ise yorum gerektirir.

C. Durum - Şüphe Suçları

Tehlike suçları somut ve soyut tehlike olarak ayrılmıştır ve sonuçsuz suçlar olarak ortaya çıkarlar. Eski ceza yasası 551. maddesine göre; bir kişinin üzerinde onun yaşantısıyla ilgili olmayan bazı araçlar bulunursa (suç işlediği kuşkusunu uyandıran) eğer kişi bunu meşruluğunu kanıtlamazsa ceza alırdı. Manzini buna şüphe suçu derken, bir kısmı buna durum suçu demiştir. Ortada bir davranış olup olmadığı tartışılmıştır. Buna benzer düzenlemeler yazılı hukukta vardır fakat eski 551. madde yeni yasaya alınmamıştır. İcra var diyenler, üzerinde o aracı bulundurması bir icradır ancak bunu ispatlayamaması yargılama hukukunu ilgilendirir der. Bir kısmı ise ortada bir icra yok fakat

ilişki kurulamayan bir durumun da varlığı söz konusudur der. Zilyetliği açıklamada kişinin güçlük çektiği bu suçlar; icra olup olmamasına göre farklı isimler alırlar, şüphe ya da durum suçları gibi.

3628 sayılı yolsuzluklarla ilgili yasa, mal bildirimini ile ilgili yasadır. Yasanın 4. maddesi; yasaya ve genel ahlaka uygun olarak sağlandığı kanıtlanmayan mallar, veya ilgilinin toplumsal yaşantısı bakımından geliriyle bağlantılı gözükmeyecek şekilde harcamalarında ortaya çıkan artışlar haksız mal edinme sayılır der. Ayrıca 13. maddede, haksız mal edinmenin yaptırımını düzenlenmiştir; 3 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 5 milyon liradan 10 milyon liraya ağır para cezası verilir. Burada bir durum düzenlenmiştir. Bu suç atipik bir suçtur.

D. Kalkışma Suçları

Yine atipik suçlar içine girerler. Bunlar hemen hemen tüm yasalarda yer alırlar. Tehlike suçlarıdır. Örn; suç amacı gerçekleştirmek için örgüt kurmak. Bu örgüt, cezalandırılmamış olsaydı hazırlık davranışı olarak kalacaktı; teşebbüsteki hazırlık davranışı cezalandırılmaz. Teşebbüs niteliğindeki bir davranış dış dünyaya yansımadağı sürece cezalandırılmaz. Çünkü fail her an vazgeçebilir. Eğer cezalandırılırsa fail, suça teşebbüs ettirilmiş olur. Fakat söz konusu kalkışma suçları cezalandırılır. TCK m. 314'e göre hükümeti devirmeye teşebbüs vb amaçlarıyla kurulan örgütler cezalandırılır. Bu suçlar öğretide suça teşebbüsün kendisi suç, daha tamamlanmadan cezalandırılabilen, tamamlanması öne alınmış suçlar olarak atipik suçlar şeklinde incelenirler.

- Teşebbüs nedeniyle bu suçlarda indirim yapılmaz. Teşebbüs aşamasındayken, tamamlanmış suç gibi nitelendirilir. Bu suçlarda yasa koyucu özel bir suç politikası gütmeyi her zaman düşünmüştür, düzenleme de buna yöneliktir. Ancak bu suçların tamamlanmasında şunu iyice araştırmalıdır, amaç suçu gerçekleştirebilecek, buna elverişli bir nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde gerçekleştirilemeyecek bir suç ortaya çıkar. Bu halde cezalandırılmaz.

- Davranışın tipik özelliği, failin tehlikeli halini ortaya koymaktadır. Yasa koyucu, korunan değer tehlikeye girmesine dahi izin vermeden bu suçları teşebbüs aşamasında cezalandırır. Teşebbüs kavramından farklıdır; teşebbüs, hazırlık davranışı cezalandırılmamakta fakat bunlar hazırlık aşamasında tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadırlar. Hazırlık davranışları bağımsız bir şekilde cezalandırılmaktadır. Ruhsatsız silah taşımak; bağımsız suçtur ancak ileride işlenecek hukuka aykırı eylemi kanıtlanma bağlamında hazırlık suçlarına dahildir. Suç işlemeye kışkırtma suçu; bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir ancak bunlar ileride yapılacak bir eylemin cezalandırılması için hazırlık suçları kapsamındadırlar. Teşekkül suçları gibi amaç suçu gerçekleştirme suçları da düzenlenmiştir. Tüm bu hazırlık suçları; genel suç kuramında aykırı bir şekilde cezalandırılabilen ve genel suç kuramını genişletmektedirler.

Manevi Öğelerine Göre Atipik Suçlar

A. Taksirli Suçlar

Taksir: özensizlik. TCK bu suçları 16 madde içinde düzenlenmiştir. TCK'ya göre taksir, bir kimsenin özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle, irade etmediği ancak öngörülebilir bir sonucu gerçekleştirmesidir. Örn, sirkte bıçak atma oyununda, gönüllü bir kimsenin oyunu oynamak istemesi. Eylem iradi ancak yaralanmanın olabileceğini de kestiriyor. Yahut fail araba sürerken hiç ummadığı bir kaza yapar, çünkü arabayı hızlı kullanmıştır. Bu kazada bilinçsiz

taksir söz konusu. Ancak diğer yandan tüm kurallara uyan bir sürücünün arabasının arızalanması sonucu kaza yapması; kaza ve rastlantıdır. Ceza hukukunun gözetmediği bir noktadır; taksirden itibaren sorumluluğu başlatır. Taksirde söz konusu olan özen yükümlülüğüne uymamak objektif bir kavramdır. Bu temelde sorumluluk başladığında tamamen nesnel niteliktedir.

Bir sorun çıkar. Eski ceza yasası taksir kavramını tanımlamıyor, tek tek örnek olarak sayıyordu. Fakat TCK taksiri tanımladı. Tanımın gelişmeyi dondurduğu düşüncesi gündeme gelmiştir. Taksir kavramını inceleyen çok kaynak bulunmamaktadır; bu da öğretilerde taksirle ilgili bir boşluk olduğunu ortaya koymaktadır. Fakat yasanın tanımı yapması yine de yerinde olmuştur.

TCK m. 22/2'de tanım yapılmıştır; dikkat ve özen yükümlülüğü ile bilinçsiz basit taksiri; devamında ise bilinçli taksiri tanımlar. Bilinçli taksirde sonucu öngörmesine rağmen o sonucu aşacağına inanmaktadır; bilinçsiz taksirde ise sonucu öngörmemektedir. Eğer bilinçli taksirdeki gibi fail sonucu öngörüyor fakat aşacağına inanmıyorsa olası kasıt olacaktır.

Taksirli suçlarda sonuç doğurması şart değildir. Taksirli bir suç dolayısıyla bir tehlike de doğabilir. Önemli olan failin yasadaki öğeleri gerçekleştirmesidir. Maddedeki tanımda bu belirtilmemişse dahi gerekçede belirtilmiştir (22. maddenin gerekçesi).

Öngörmeye ve sonucun doğmayacağına inanarak kendisine güvenmesinde özensizlik; taksir. Doğru tanım şu biçimde olmalıdır; taksir, özen yükümlülüğüne uyulmayarak suçun yasal tanımdaki öğelerinin gerçekleştirilmesidir.

Suçun manevi ögesi; haksızlığın türü, kasıttır. Suç kuramı incelenirken; ihmal, icra, kasıt ve taksir. Kasıtlı ve icrai suçlarda suç kuramı kuraldır. Bu nedenle ihmali ve taksirli suçlar atipik suçlardır.

Taksirli suçlar, davranış açısından icrai bir suçta benzemekte ve davranış da kasıtlı suçta olduğu gibi iradi ise de; bu suçlar farklı özelliktedir. Kasıt ve taksirli davranışın ortak yönü eylemin iradiliğidir. Sonuçta farklılık vardır; taksirde sonuç istenmemektedir. Bu ayırmada ortaya normatif bir ölçüt çıkmaktadır; özensizlik. Taksirli suçlarda davranış yalnızca iradi değil aynı zamanda amaçlı bir davranıştır. Özensizlik nedeniyle çoğu zaman bir sonuç doğmaktadır. Dolayısıyla bir özen yükümlülüğüne uymama, onu dışlama, çiğneme söz konusudur. Taksir kavramının kusur yönüne doğru kayması, faili kınama dolayısıyla taksirin ahlaki yönünü ortaya çıkarmaktadır.

Taksir - Kusur İlişkisi

Kusurun #2 biçimi vardır; kasıt ve taksir. Korunan değer açısından; taksir ve kastın farkı yoktur. Davranış açısından da her ikisinde de özdeşlik ve her ikisinde de amaca yönelme var. Ancak öz anlamında farklılık taşırlar. İnsan davranışı daima bir amaca yöneliktir. Bu amaca yönelik olmak; doğal olarak vardır. Davranışın özen yükümlülüğüne aykırı oluşu ise bir başka sonucu doğurur. Bu takdirde normatif dünyaya yaklaşılar ve bir değerlendirme zorunluluğu çıkar. Taksirli suçlarda hareketin bir iradiliği söz konusu ise de buradaki amaç sonuca yönelik değildir. Halbuki kasıtlı suçlarda amaç sonuca yönelmiştir. Taksirli suçlarda hareketin yönelmiş olduğu sonuç tipikliğin dışında bir sonuçtur. Bu nedenle değerlendirme yapılır; davranış fail tarafından istenmiş mi, sonucun gerçekleşmemesi için gerekli özen gösterilmiş mi? Eğer fail gerekli özeni gösterip bundan kaçabilseydi sonuç doğmazdı deniliyorsa fail özen gösterip kaçınmadığı için kınanır. Taksir bu nedenle normatif düzenlemeye daha çok önem veren bir konudur.

Kasıt ve taksirli davranışın bir farkı da buradan çıkar. Fail özen yükümlülüğüne uymamaktadır. Objektif bir biçimde özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde sonucun doğup doğmayacağı irdelenir. Daha sonra sübjektif mahiyette bir değerlendirme yapılır; failin söz konusu olayın sonuçlarını öngörüp öngöremeyeceği belirlenir. Buna göre fail eğer öngörebilecek

bir kişi ise, Hareketin ifade ettiği haksızlık nedeniyle sübjektif değerlendirmede kusurluluk da ortaya çıkar. Bu nedenle failin kınanması söz konusu olur.

Taksir #2'li bir yöne sahiptir; kusur kavramının içine giren sübjektif yönü ve haksızlık kavramının, tipikliğin içine giren objektif yönü.

Bu iki yön; hem özen yükümlülüğü hem de öngörülebilirlik açılarından değerlendirilir. Objektif yönü açısından özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği çıkar. Sübjektif değerlendirmede ise o kişinin bundan özen yükümlülüğüne uyarak kaçınıp kaçınamayacağı değerlendirilir. Öngörülebilirlik açısından da aynı değerlendirmeler yapılır.

Doğan sonuç bir haksızlığın ifadesidir. Davranışın haksızlığı ile sonucun haksızlığı farklıdır. Taksirli suçun temelini sonuç değil hareketin özen yükümlülüğüne aykırı biçimi belirlemektedir. Kusur yargısı; failin öngörmesine rağmen davranışı yapmasıdır. Fail, davranışın bazı sonuçlarını bilmesi gerekirken kayıtsız kalarak, incelemeyerek öngöremediyse bu da kınamanın temelindedir.

Klasik görüşe göre; sonuç kavramından yola çıkılır. Görüş, taksirli suçlarda özen yükümlülüğüne aykırılığı kusurun bir unsuru olarak görür. Savunucuları, taksir kavramını; kusurun bir unsuru olarak görürler. Bu görüş nedeniyle taksir, toplumsal açıdan zararlı bir sonuca yol açmak olarak sınırlanmış oluyordu. Davranışın özen yükümlülüğüne aykırılığı iki aşamalı bir inceleme ile anlaşılıyordu; kurallara uymadığı için özen yükümlülüğüne uymaması ve daha sonra kişisel olarak özen yükümlülüğüne uymayan kişinin incelenmesi; kişi kaza yapmayacağını düşünerek hız yaparsa. Ancak burada tehlike yaratılmışsa ve bir sonuç varsa, suç vardır yoksa yalnızca trafik kuralları aşılmıştır denirdi.

Yeni klasik teori taksiri kusurdan haksızlık alanına kaydirmiştir. Buna göre davranışın gerekli özene uygunluğu hukuka aykırılık açısından incelendi ancak sağlıklı sonuçlar vermedi.

Bugünkü öğretiyeye göre, haksızlık yalnızca sonuca yol açma olarak tanımlanmıyor, özene aykırılığın bir haksızlık alanında bulunduğunu dolayısıyla tipikliğin bir sonucu olduğunu söyleniyor. Objektif olarak kaçınılabilecek, objektif olarak yükletilebilecek davranışlarda, tipikliğin manevi ögesi söz konusu değildir, kusur içinde işlenmelidir.

Son yeni öğretiyeye göre ise taksir de kast gibi tipikliğin manevi ögesini barındırır mı barındırmaz mı tartışması hala sürmektedir. Failin anlayışı gerçekten kınanabiliyorsa kusurludur. Failin hem objektif olarak taksiri hem de sübjektif olarak kusurluluğu ortaya çıkmaktadır.

Taksirin evreleri

1. İradi bir eylem olmalı
2. Bu eylem tipe uygun olmalı
3. Tipe uygunluk hukuka aykırılık karinesi doğurur bu karine ele alınmalı
4. Daha sonra failin kınanabilirliği gündeme gelmeli

Taksirli suçun haksızlık (tipiklik) unsurlarının nelerden ibaret olduğu ile ilgili İtalyan ve Alman doktrinlerinde çeşitli görüşler vardır;

Roxin'e göre taksirin objektif yükletilebilirlik dışında herhangi bir dayanağı yoktur.

Kühl ve Wessels/Beulke'ye göre ise taksirin; sonuca yol açma, özen yükümlülüğüne aykırılık ve objektif yükletilebilirlik olmak üzere üç unsuru vardır ve bunlar birlikte irdelenmelidir.

Baumann/Weber/Mitsch ise taksirin, kasıtlı olmayan bir davranışın varlığı şeklinde olumsuz fakat kaçınılabilirlik ve özen gösterilebilirlik şeklinde iki olumlu unsuru çıkar derler.

Türk doktrini; taksirle işlenebilen bir suç olmalı, iradi bir davranış olmalı, bir sonuç doğmalı ve sonuç ve hareket arasında bir nedensellik bağı olmalı, bu sonuç fail tarafından öngörülebilir olmalı ve failin sonucu öngörmemesi yahut öngörmesine rağmen sonucun doğmasına engel olmaması; özen yükümlülüğüne uymaması.

Temelde taksirli davranış haksızlık tipine uygun olmalıdır. Özensizlik nedeniyle bir sonuca yol açma; TCK m.27'de de irdelenmiştir. Davranış da sonuç da hukuk açısından onaylanmaz. Taksirli davranışlarda tipikliğin yalnızca objektif unsurlardan ibaret olduğu, sübjektif unsurları içermediği görüşü yerinde değildir.

Tipiklik olmalı, tipikliğin maddi ve nesnel unsurları olmalıdır. Tipikliğin söz konusu maddi-nesnel unsurları şunlardır;

1. Nesnel özen yükümlülüğüne aykırı davranış olmalı
2. Sonuçlu suçsa sonuca yol açması
3. Sonucun nesnel olarak faile yükletilebilmesi gerekir.

Tipikliğin manevi- öznel unsurlarına gelindiğinde bu unsurlar özellikle bilinçli taksirde (öngörülü taksir) ortaya çıkar. Bilinçli taksirde sonucu öngörme mümkünken aşabileceğini düşünen fail tarafından davranış yapılmaktadır. Burada kusur dolayısıyla kınama yargısı daha belirgin bir şekilde ortaya çıkar. Halbuki bilinçsiz taksirde öngörme söz konusu değildir.

Kusurluluk konusunda sonucun kişisel olarak öngörülebilirliği gündeme gelir. Özenli davranışın öğeleri incelenerek ortaya çıkan bir incelemedir. Öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik önemli kavramlardır.

Taksirli Davranışta Tipikliğin Maddi -Nesnel Öğeleri

1. Nesnel özen yükümlülüğüne aykırılık

Kanunda, taksirli davranışın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olduğu açıklanmıştır. Kanun, "gerekli dikkat ve özene aykırı davranmak suretiyle bir başkasının ölmesi, yaralanması gibi bir neticeye yol açılmamalıdır" der. Sonuçlu suçlar açısından nesnel özen yükümlülüğü daha belirgin bir biçimde ortaya çıkar. Özensizlik bir davranış dolayısıyla ortaya çıkar. Hukuki değeri korumaya yönelik bir özen yükümlülüğü çıkmış olur. Hukuki değeri çığneyen bir davranış objektif özensizlik nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Sırf ortalama bir insanın davranışları üzerinden bu değerlendirme yapılır, fail bu aşamada incelenmez. Daha sonra fail üzerinde yapılan sübjektif özensizlik incelemesi de bu temel üzerinden gelişmektedir.

Özen Yükümlülüğü

Özen yükümlülüğünün kaynağını yalnızca yasalar değil deneyimler -müşterek tecrübe de oluşturmaktadır. Doğrudan normatif bir değerlendirme içine girer. Özen yükümlülüğünde tipikliğin katı bir anlayışı söz konusu değildir, yoruma açık tam olarak belirgin olmayan hükümler olarak öğretilen bunlara açık kurallar da denilmiştir. Eğer özen yükümlülüğüne uyulmazsa bazı sonuçların doğacağı söz konusudur. Bu konudaki ölçütün kime göre olacağı sorunu gündeme gelmiştir. Somut olay anına gidilerek genel bir özen yükümlülüğünün belirlenmesi ve belirlemede ortalama insanın ölçüt alınması gerektiğini savunanlar hakim görüşü ve failin niteliklerine göre çözümlenmelidir diyerek kaçınılabilirlik doktrinini oluşturanlar olarak daha azınlıktaki bir görüş biçiminde karşıt görüşler ve ayrıca her iki değerlendirmenin gerekliliğini de savunanlar vardır.

Ancak TCK'nın düzenlemesinden ilk nesnel görüşün benimsendiği anlaşılır. Özen kavramı tamamen normatif- nesnel bir kavramdır. Buna yargıcın nesnel bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

Objektif ölçüt esas olmakla beraber, kişinin kendi işi gereği alması gereken önlemler nedeniyle kişisel bilgisi yine o alandaki kişiler açısından nesnel olarak belirlenir.

Herkesten istenen ortalama talepler de mümkün olabilir, bunlar çoğunlukla hukuk normlarında yer alırlar. Örn; trafiğe çıkanlar için karayolları trafik mevzuatı vb. Şayet bu tür hukuk normlarında tanımlanmış ortalama talepler yoksa, kişinin genel meslek ve yaşam tecrübesine bakılmalıdır. Örn; bir doktor açısından, tıbbın kabul edilen kuralları önem taşımaktadır. Bu tür kurallar da mevcut değilse, failin ilişki çevresindeki koşullara göre özenli hareket eden bir kişiye göre özenin ölçüsü belirlenmelidir.

Özen yükümlülüğünü sınırlandıran iki husus söz konusudur. İlkinde; objektif olarak yükletilebilirlik kişi tüm önlemleri alması nedeniyle mümkün değilse; failin taksirli olduğundan bahsedilemez. İkinci olarak; özen yükümlülüğünde bir de *güven ilkesi* vardır. Güven ilkesine uymayan kişi (trafik kazalarında daha çok görülür; örn, karşı tarafın kırmızı ışıkta duracağına inanan kişi kendisine yeşil yandığında yoluna devam ederken diğeri ışıkta geçer ve kaza olur) objektif yükletilebilirliğe doğrudan uymamıştır.

2. Sonuca yol açma

Hukuki anlamdadır ve nesnel nitelikte bir ögedir. Tehlikeli bir sonuç yaratma; sırf davranış suçudur. Sonuçlu suçlarda meydana gelen sonuca, davranış tarafından sebebiyet verilmiş olmalıdır. Özene aykırı davranış ve sonuç arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmalı ve sonucun özene aykırı davranışa nesnel bir yükletilebilirliği söz konusu olmalıdır.

TCK m. 216; failin davranışı bittikten sonra, cezalandırılabilme için açık ve yakın bir tehlike öngörülmüştür; bu tehlike davranıştan bağımsızdır. Bu nedenle bazı yazarlar, taksirli suç dolayısıyla bir ölümün söz konusu olabilmesi için birinin ölmesi değil, onun hayatını öldürmeye yönelik bir davranışın olması objektif cezalandırılabilme koşuludur derler. Taksirli suçlardaki sonuç, maddede varsa doğmalıdır, çünkü sonuç cezalandırılabilme koşuludur denir. Bu sonuca failin hükmetmesi mümkün değildir, o sonuç doğar yahut doğmaz; taksirli suçlarda fail sonucu irade etmez, meydana gelen tamamen nesnel bir sonuçtur dolayısıyla nesnel cezalandırılabilirlik koşuludur. Buna karşın doktrindeki diğeri bir görüş ise, sonucun haksızlığın bir unsuru olduğunu savunmaktadır.

Taksirli suçlarda netice, bir objektif cezalandırılabilme şartı özelliği gösterir, tipikliğe ait değildir. Nitekim failin davranışının objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmenin yanında ayrıca bir öldürme, yaralama sonucuna neden olması zorunlu değildir. TCK m. 171; taksirle yangına yol açma vb. şekilde sonucu olmayan suçları da içermektedir.

3. Doğar sonuç varsa bu sonuç faille nesnel nitelikte yükletilebilmektedir

Davranış ile sonuç arasında bir nedensellik bağı olacaktır; objektif isnadiyet söz konusu olmaktadır. Sonuç objektif öngörülebilirliğin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Fail bu öngörülebilirliği çözdükten sonra bundan kaçınabilir mi sorusu çıkar? Bilinçli taksirde ise, sonuç öngörülebilirken fail sonucu doğurmadan davranış gerçekleştirileceğine inanmakta, güvenmektedir yani sonucu öngörmüşken ondan kaçınmamaktadır. Bu bir kestirme sorundur, dolayısıyla davranışın normal sonuçları üzerinde değil yasal tipin sonuçları üzerinde durulmalıdır. Eğer sonucu

meydana gelmesi öngörülebilir nitelikte değilse o bir tesadüftür. Örn; sürücü bir yayaya çarparak onu yaralayabileceğini her zaman öngörmeli ona göre hızını ayarlamalıdır; objektif niteliktedir. Yahut, tabanca sahibi bir babanın silahını evde masanın üzerine bırakması; objektif olarak çözülmesi gereken bir sorundur.

Nesnel Yükletilebilirlik Çerçevesinde Ortaya Çıkan Problemler

Taksirli davranışlarda, özen yükümlülüğüne aykırılık ile sonuca yol açma arasında nesnel nitelikte bir yükletilebilirlik (-yükümlülüğe aykırılık bağlantısı denilen) aranır. Bunun için öncelikle özene aykırı davranış ve aykırı olmayan davranış karşılaştırılmalı, daha sonra varsayılan özene aykırı davranışın olması halinde hangi sonucun doğacağına bakılmalıdır. Eğer özen yükümlülüğüne aykırı olmayan davranışta bulunulsa idi sonuç doğmayacak idiyse yükümlülüğe aykırılık bağı, objektif isnadiyetin varlığı kabul edilir. Örn; Şoför A azami hız sınırının 30 km olduğu bir yerde, 50 km hızla gitmektedir. A'nın görüş alanının park etmiş bir araç kapatmakta ve aracın arkasında küçük bir çocuk oyun oynamaktadır. Çocuk birden karşıdan karşıya geçmeye çalışır ve A aracı ile çarparak onu yaralar. A mecburi hız sınırına riayet etmesi halinde dahi çocuğun görülebilir olduğu yerden çarpma yerine dek olan mesafede durmanın mümkün olmadığını iddia etmektedir. A yaralamadan dolayı sorumlu mudur? Çeşitli görüşler çıkar;

- Salt nedensellik teorisine göre, fail yükümlülüğe aykırı davranışı sebebiyle yol açtığı sonuçtan sorumludur, sonucun yükümlülüğe uygun davranılması halinde meydana gelip gelmeyeceği önem taşımaz.*
- Riskin arttırılması teorisine göre ise, failin davranışı ile sonuç arasında nedensellik bağı olduğu takdirde, sonucun isnat edilebilmesi için failin, özene aykırı davranarak sonucun meydana gelmesi ihtimalini arttırmasının yeterli olduğu savunulur.*
- Kaçınılabilirlik teorisi ise genellikle Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında kabul edilmiş ve doktrinde de hakim olan görüştür. Buna göre, sonuç, özen yükümlülüğüne uygun hareket edilmiş olsaydı bile meydana gelecek idiyse, faille isnat edilemez. Ancak bu görüş, taksirli suçlarda cezalandırılabilirliği sınırlamakta ve sonucun isnadına yönelik olarak ispatı mümkün olmayan, varsayımsal bir hususa dayandırılmaktadır. Örn, bir müteahhit inşaat mevzuatına aykırı binalar yaptığında, bu görüşe göre, mevzuata uygun binalar yapması halinde de binaların depremde yıkılabileceğini ortaya koyduğunda sorumluluktan kurtulur. Yani bu tamamen bir varsayıma dayanan bir husustur.*

Normun Koruma Amacı Nedir?

Tehlikelere yol açılmasını engelleme, koruma amacı mağdura yahut faile göre tartışılmaz, nesnel niteliktedir.

Mağdurun Kendi Sorumluluğu Sonucunda Kendine Zarar Vermesi

Mağdurun kendi sorumluluğu nedeniyle bir zarar da doğabilir; bunlar bir başkasına yükletilemez. Örn; A müşterisi olan B'ye eroin satar. B eroini aşırı dozda alır ve ölür. TCK m. 188' e göre eroin satmak yasak; normun korunma amacı kamu sağlığını güvence altına almak. Ancak somut olayda mağdur, kendi hareketiyle gerçekleştirdiği bir davranış sonucu ölmüş olduğundan A doğrudan sorumlu değildir. Fakat A, B'nin bunu yapabileceğini düşünüyorsa satmamalıdır.

Rıza üzerine başkasına zarar vermede de failin olay üzerindeki egemenliği önemlidir. Fail egemense sorumluluğu çıkacaktır. A ve B olayında bu kez A, B'ye eroin satar fakat B, A'dan eroini

kendisine enjekte etmesini ister. Burada B'nin rızası geçerli bir rıza değildir. Burada fiil objektif olarak A'ya isnat edilir çünkü A iğne yaparak bizzat failiği elinde bulundurmaktadır. B'nin rızası geçerli olmadığından, A'nın fiili intihara yardım suçu olarak değerlendirilmelidir (TCK m.84).

Taksirli Bir Davranışa Kasten veya Taksirle Hareket Eden 3. Kişinin Karışması

Taksir ya da kasıtlı hareket edenler bazen 3. kişinin davranışıyla birleşebilir.

İlk olarak birinin taksirli davranışı, diğerinin kasıtlı suçuna katkıda bulunabilir. Bir katil suç işlemekte zehir kullanmak ister, eczacının özensizliği nedeniyle zehrin yerini öğrenir ve birini öldürür. Eczacı sorumlu tutulur mu? Özene aykırı davranış yüzünden nedensellik bağıyla bir sonuç doğmuştur. Ancak sonucun taksirli davranan kişiye yükletilebilir olması mümkün mü? Köy kahvesinde bir tartışma sırasında, tartışanlardan biri masaya tüfeğini koyan kişinin tüfeğini alarak, diğerini vurur. Tüfeği masaya koyan sorumlu mudur?

Söz konusu örneklerle ilgili sorumluluk açısından çeşitli görüşler vardır;

- Alman Federal Mahkemesi'ne göre uygun nedensellik bağı teorisi çıkar; tam sorumlu olarak hareket eden 3. kişinin kasten veya kusurlu olarak olaya katılması, ilk hareket edenin taksir sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.
- Uygun nedensellik bağı teorisinde ileri sürülen diğer bir görüş, iştirak olgusundan yola çıkar. Buna göre kasti bir suça taksirle iştirak etme taksirli failik olarak cezalandırılabilir. Ancak taksirli suçlarda iştirak olmaz, çünkü herkesin taksiri ayrı bir biçimde ele alınır denilerek bu görüş reddedilir.
- Nedensellik bağının kesilmesi görüşü, ceza hukuku normları hükmedilebilir sonuçtan kaçınmayı buyuran normlarıdır. Eğer müdahale ile hükmedilebilir bir durumsa fail bundan kaçınmıştır, sorumludur derler. Fakat taksirli hareket edenin hükmedilebilirliği, kasti hareket eden 3. kişinin müdahalesi ise sona erer. Bu nedenle taksirli hareket eden kişinin cezalandırılması gerekli değildir.
- Başka görüştekiler ise, hiç kimse bir ihtimali hesaba katmak suretiyle sorumlu tutulamaz derler.
- Almanya'da etkisini gösteren bir başka görüş ise, *sorumluluğun sınırlı alanları görüşüdür*. Sorumluluğun sınırlanması söz konusudur, eğer taksirde bulunan kişi bir suçun işlenip bir tehlikenin yahut zararın doğacağı olasılığını gözlemlerse bunun sonuçlarıyla sorumludur.

İkinci olarak failin gerçekleştirdiği taksirli bir davranışa bir başkası yeni bir taksirli davranış eklemektedir. Müteahhidin inşaat alanını çevirmemesi ve işçilerin de mal taşırken özensiz davranarak dışarıdaki kişilere zarar vermeleri; taksir üstüne taksir söz konusudur. Patronun taksiri ve işçilerin taksiri göz önüne alınır; herkes kendi fiilinden sorumlu olur, ona göre ceza verilir.

Bunun dışında, failin taksirli hareketine ek olarak mağdurun da taksirli sorumluluğu söz konusu olabilir. Azami hız sınırının üzerinde giden bir sürücünün önüne aniden bir yaya atılıyor; bu durumda gerek fail gerekse mağdur taksirli hareket etmiştir. Ancak eğer yalnızca mağdurun taksirli hareketi söz konusu ise ve failin sonucun meydana gelmesinde özensizliği yoksa, sonuçtan fail sorumlu değildir.

Kişinin istememekle beraber kendisinden beklenen özeni göstermemesinden doğan hukuka aykırılığa, sonuca taksir denir.

Taksirin koşulları;

1. Davranış açısından kasıtlı suçtan hiçbir farkı yoktur. Her ikisinde de davranış iradidir.
2. Davranış ile sonuç arasında nedensellik bağı vardır.
3. Özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu ve bu yükümlülüğüne uyduğu takdirde fail sorumlu tutulmaz.
4. Fail, tedbirsiz davrandığından dolayı kınanır ancak sonucun öngörülebilir olması şartıyla. Eğer sonuç öngörülemezse kaza yahut rastlantı olur.

Kasıt ve Taksir ayrımı

1. Kasıtlı ve taksirli suç birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle taksirli suçlar atipik suçlar arasında incelenmiş, kasıtlı suçlar açısından ise hukukun genel kuralı üzerinde durulmuştur.
2. Taksir kastın hafifletilmiş biçimi değildir. Bu nedenle birinin bulunduğu yerde diğeri asla bulunmaz. Taksirle işlenebilen bir suç tipinin ihlali ancak taksir tipinin içinde incelenir.
3. Taksirli suçlarda teşebbüs yahut iştirak söz konusu değildir.
4. Kasıtlı suç kuraldır; taksirli suç istisnadır sadece yasanın öngördüğü hallerde taksirli suçlar söz konusudur.

Etkin nedensellik görüşü; fail hukuka aykırı bir biçimde araç kullanmıştır ve böyle bir insan iyi biri değildir. Yanılma görüşünde ise taksirin aslında kaçınılabılır bir durum olduğunu ancak failin kaçınmadığını, öngörülebilme görüşü ise failin durumu öngörebileceğini ancak öngörmediğini söylerler. Doğru olan öngörebilme ve önleyebilme görüşüdür; öngörebilme olanağına karşın failin toplumsal düzeni ilgilendiren tehlikeli davranışları önleyememesi halinde taksir oluşmaz.

Taksirin öğeleri;

1. Yasada eylemin taksirli bir suç olduğunun öngörülmesi
2. Hareketin mutlaka iradi olması; icrai de ihmali de olabilir
3. Sonucun istenmemesi, sonuç iradi olmamalı
4. Özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması gerekir
5. Sonucun öngörülebilir olması gerekir
6. Sonuçla fiil arasında nedensellik bağı olması gerekir

Taksirli suç bir haksızlık biçimidir; cezalandırılması gerekir yeter ki yasada öngörülmüş olsun. Ancak aynı zamanda failin bu özensizlik konusunda kınanabilmesi de gerekir. Bunun için öncelikle failin, kusur yeteneği olması gereklidir. Kişisel olarak kınamada, failden özen yükümlülüğüne uymasının beklenmesi ve bunu yapabilecek güçte olması gereklidir. Objektif olarak mevcut olan bir özen yükümlülüğü vardır ancak fail de kişisel olarak bunu yapabilecek güçte olmalıdır. Eğer yapabilecek güçte ise fail kınanır.

Taksirin Türleri**Bilinçli Taksir - Bilinçsiz Taksir**

Asıl taksir biçimi bilinçsiz taksirdir. İkinci biçim ise bilinçli taksirdir. İtalyan öğretisi, bilinçsiz taksire öngörüsüz taksir derken, bilinçli taksire öngörülü taksir der. Birincisinde sonuç öngörülmezken, ikincisinde sonuç öngörülür ancak gerçekleşmeyeceğine dair bir inanç vardır. Frank formülü - sirkte bıçak atma; bilinçli taksirin önemli bir örneğidir. 765 sayılı yasada bilinçli taksir öngörülmemiştir fakat tanımı 2003 yılında Yargıtay tarafından bir maddeye eklendi ve daha sonra yeni TCK'ya da aynı tanım alındı. *"Taksirli suç işlendiği takdirde ve bilinçli bir taksir varsa ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır."*

Bilinçli taksirin niteliği hakkında çeşitli görüşler; bilinçli taksiri kast kavramına sokan görüşler, kast ve taksirin yanında üçüncü bir kusurluluk şekli olarak görenler ve taksirin bir çeşidi olarak kabul edenler;

1. Sonuç öngörülmüş olmasına rağmen, aşılabacağına inanmak yetmez çünkü bu halde sonucun istenmediğinden söz edilemez; bu doğrudan olası kasıt anlamına gelir derler.
2. Kastta istemenin yanında, öngörebilmeye dayanan bir taksir kavramı ve bunun yanında da bilinçli taksir şeklinde ayrı bir biçim vardır derler; üçüncü bir biçim çıkarmışlardır. -Löffler
3. Olası kasıttan ayrılması gerekir, olası kastın sınırlanması ve bilinçli taksir sayesinde taksirin alanının genişletilmesi gerekir derler. TCK bu görüşü benimsemiştir.

Bilinçli taksir; yasal tanıma uygun eylemin gerçekleşmesini olası saymakla birlikte bu eylemi gerçekleştirmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı ve kaçınılabılır bir şekilde güven besleyen ve bu güvenle hareket eden, kınanabilir ve korunan değeri tehlikeye düşüren ya da zarara uğratan kişi bilinçli taksirle davranmış olur.

Taksirli suçlarda TCK, m. 22/son 'u getirir. Fail taksirli bir suç işlemiş ve suçun meydana gelen sonuçları fail için kişisel veya ailesel sonuçlara yol açmış ise ceza verilmeyebilir - bilinçsiz taksirde. Bilinçli taksirde ise ceza bir ölçüde indirilebilir.

B. Sonucu Nedeniyle Ağırlaşmış Suçlar - Karma Suçlar

Ceza hukuku, kusuru temel alır. Sorumluluğun temeli kusura dayanmaktadır. İnsan kişiliğine saygılı bir suç hukukunun temeli, failin kusuru oranında ceza verilmesindedir. Bu nedenle kasıt ya da taksire dayanma esası vardır. Karma suçlarla ilgili TCK m.23'te eğer failin kastını aşan bir sonuç doğarsa bu sonuç açısından en az failin bir kusuru olmalıdır denilmiştir. Fail cinsel saldırıda bulunurken, mağduru öldürmüştür. Farklı değerler söz konusudur başka bir değer ihlali; ayrı bir suç oluşur. Sonucu nedeniyle ağırlaşmış bir suç ortaya çıkmıştır.

TCK, kusura dayanan sorumluluk içinde düzenlendiği bu suçların temelini 23. maddede öngörülmüştür; sonucu nedeniyle ağırlaşmış suç düzenlemesidir. Failin daha fazla cezalandırılmasının sebebi, bu tür davranışların böyle sonuçları sık sık doğurma ihtimalinin olmasıdır. Başka bir değer ihlali söz konusu olduğundan kastın aşılması deniliyordu fakat artık sonucu nedeniyle ağırlaşmış suç başlığı altında toplanmıştır.

Bazı görüşler,

1. Meydana gelen ağır sonucun, taksir sorumluluğunu gerektirdiğini belirtmiştir. Fail, öngörmese bile taksirinden kaynaklanmıştır derler ancak bu tür sonuçlar bazen öngörülemezdir. Bu görüş bu nedenle yeterli değildir.

2. Bazıları ise, ağır sonucun suç tipinde bir öge olmadığını, sadece ceza verilmesinde bir ölçüt olduğunu söylerler, suçun yapısından çok adil cezalandırmaya bakarlar.

3. Başka bir görüşe göre, suçun ağır sonucunun bir kaza ve rastlantı olduğunu fakat gerçek kaza ve rastlantıdan farklı olarak bir davranıştan kaynaklandığını söyler; nedensellik bağı üzerinde dururlar. Failin davranışından kaynaklandığı için cezalandırılmalıdır derler.

4. Başkaları ise, cezalandırmanın mümkün olmadığını, ispat sorununun söz konusu olduğunu söylerler.

Feuerbach, bu suçlarda *kasıt + taksir* söz konusudur demiştir. Yumruk atma bir kasıt, ancak adamın gözünün çıkması bir taksirdir demiştir. Almanya'da çoğunluğun görüşü budur.

Bu suç tiplerinin lehinde ve aleyhinde olanlar vardır. Bu suç tiplerinin cezalandırılması gerektiği görüşleri yerindedir; TCK bunların öznel sorumluluğa dayandığını belirtmiştir. Bu suçların Anayasaya uygunluğu da gündeme gelmiş ve Türkiye'de 2006 yılında Anayasa Mahkemesi bu suçların anayasaya uygun olduğunu söylemiştir.

765 sayılı TCY m. 451; önceden kişide var olan ve bilinmeyen bir sebep nedeniyle suçun sonucunun ağırlaşması; örn; yaralanan kişinin hemofili sebebiyle ölmesi ve m. 452; şaka yaptı öldü; kastı aşan suç denilen düzenlemeler içeriyordu.

Yaralama suçunda vücut dokunmazlığına kast edilirken, ölüm sonucu ile hayat hakkı elinden alınmış olur; farklı değerler söz konusudur. Bu ağır sonuç açısından, yasaya göre en az taksirli bir suç söz konusu; öznel sorumluluk.

Öncelikle; temel suç tipiyle ağır suç arasında, suç tipinde özelleştirilmiş bir tehlike ilişkisinin varlığı söz konusudur. Hukuka aykırılık söz konusu olmalıdır. Kusurluluk açısından da failin tam kusur yeteneğine sahip olması gereklidir. Dolayısıyla bu sonucun doğması açısından kınanabilirlik söz konusu olmalıdır.

İkinci aşamada; en azından taksirli bir durum söz konusu olmalıdır. Yumruk atılarak gözü çıkarılan bir kişi için; ilk suçta nicelik açısından bir ağırlık vardır. Temel suç tipinde görülen sonucun nicelik itibariyle daha ağır bir sonucuna yahut nitelik itibariyle başkaca bir sonuca sebebiyet verildiği takdirde sonucu nedeniyle ağırlaşmış suç vardır.

Bu iki aşamalı inceleme; sonucu nedeniyle ağırlaşmış suçların tipikliğini oluşturur.

İkinci aşamada en azından taksir arandığından; bu aşamada söz konusu olan yine kasıt da olabilir. (taksir + taksir, kast + kast, kast + taksir). TCK m. 87/1 ve m. 87/3; ister kasıtlı olarak gözünü çıkarmak için yumruk atsın ister gözünün çıkacağını öngörmemiş yahut öngörüp de kaçınabileceğini düşünmüş olsun, olaya aynı maddeler uygulanır çünkü her ikisinde de değerler aynıdır; vücut bütünlüğü.

Eğer fail, ırza geçmede mağdurun ölmesini göze alırsa; olası kast olur ve iki ayrı suç ortaya çıkar. Kast + kast birleşiminde; aynı değeri koruyanlar normlarda bir değişiklik olmaz. Ancak kast + kastta farklı değeri koruyanlarda iki ayrı suç ortaya çıkar. Farklı değerler söz konusuysen, yani yine ırza geçmede fail bu kez mağdurun öleceğini öngörmüyor yahut öngörüp de kaçınabileceğini düşünüyorsa yani kast + taksir varsa; yasadaki m. 102/5 uygulanır.

Burada bir tartışma çıkar;

İlk grup sonucu nedeniyle ağırlaştırılmış gerçek suçlar. İkinci grup sonucu nedeniyle görünüşte ağırlaştırılmış suçlar.

Sonucu nedeniyle ağırlaştırılmış gerçek suçlarda, failin ağır sonuç bakımından yalnızca taksirle hareket etmesi aranır. Örn; TCK m. 87/4. Failin esasen ağır sonuç bakımından kasten hareket ettiği hallerde ortada iki ayrı suç vardır ve oluşan diğer suça da doğrudan o suçla ilgili olan hükmü uygulamak gerekecektir.

Sonucu nedeniyle görünüşte ağırlaştırılmış suçlarda ise, gerçekleşen ağır sonuçlar bakımından failin sorumluluğu için en azından taksirle hareket etmesi aranır. Ancak burada en azından ölçütü sebebiyle, bu sonuçların fail tarafından kasten de gerçekleştirilebileceği ve bu takdirde bağımsız birer suç oluşturmayacakları söz konusu olacaktır ve ancak bu ağır sonuçları yaptırım altında alan ilgili hüküm sayesinde cezalandırılacaklardır. Örn; TCK m.109/4 veya m. 87/1-3. Aynı sonucun kast+kast ile veya kast+taksir ile gerçekleşmesi halinde aynı maddeler (m. 109/4; m. 87/1-3) uygulanacaktır.

Karma Suçların Koşulları;

1. İki ayrı suç vardır. Bir temel suç bir de daha ağır bir sonuç (aynı değer ihlalinin doğan) ya da bir temel suç ve suçun tipik sonucundan başkaca çıkan bir sonuç vardır (farklı değer ihlalinin doğan)
2. Bu suçlarda eylem failin kastettiğinden daha ağır bir sonucun oluşmasına yol açar.
3. Temel suçlarda tipikliğin tüm unsurlarını haizdir.
4. Meydana gelen daha ağır veya başka sonuç en az taksirli olmalıdır. Eğer aynı değerler korunuyorsa kast +kast da olsa sonuç değişmez aynı madde uygulanır. Farklı değerlerin korunmasında kast+ kastta bu madde uygulanmaz. Kast +taksirde yasanın ilgili maddesi uygulanır (m. 87/1-3)
5. Gerçekleşmesi istenen temel suça ilişkin kast ile gerçekleşen sonuç arasında nedensellik bağı olmalıdır.
6. Mağdur aynı olmalıdır.
7. Bu suçların, yasada yer almış olması gerekir; yasallık ilkesi zorunludur.

Sonucu nedeniyle ağırlaştırılmış suçlar yasada taksirli suçlardan sayıca daha fazladır. TCK'nın sonucu nedeniyle ağırlaştırılmış suçlarla ilgili düzenleme içeren maddeleri:

m. 87/1-3,	m.243/3	m. 3...
m.90/5	m.267/3 -7	
m.91/8	m.306/2-4	
m. 95	m.307/2b, 5	
m.98/2	m.326/2	
m.99/3 ve 4	m.327/2	
m.102/5 ve 6	m.328/2b	
m.103/5 (içtima) 6, ve 7	m.329/2 ve 3	
m.109/4 ve 6	m.330/2	
m.181/3 ve 4	m.333/2	
m.210/2	m.334/3	
m.235/3	m.335/2	
m.237/2	m.336/2	

Suçun Yansıma Biçimleri

Suçun genel teorisi içindedir. İlk biçimi suçun nerede, ne zaman, nasıl, hangi araç ve amaçla işlendiği biçiminde çıkar. Bu suçun eklenmiş hallerini ortaya çıkarır. Bazen suç birden çok kimse tarafından da işlenebilir. Teşebbüs ve iştirak kavramları.

Özel yansıma biçimlerinin ilk biçimi, tipikliğin biçimlerinde görülür. Tipiklik bazen bir temel normla biter. Bazense o eylemin bir temel biçimi ve ona bazı şeyler eklenmek suretiyle cezanın indirilmesi yahut arttırılması yoluyla suçun nitelikleri denir; bunlar aslında suçun türemiş biçimleridir. Örn, çoğunlukla insan öldürme suçunda, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda ve hırsızlık suçlarında çıkmaktadır. Bir kadının çantasının alıp kaçılmasıyla, gizli yapılan hırsızlık; yankesicilik aynı değildir. Yankesicilik savunmayı mümkün kılmaz; bu nedenle yasa bunu ağırlaştırıcı neden saymaktadır. Sonuçta suçun bir temel biçimi vardır; yalın, basit, kural suç; bir de nitelikli biçimi vardır. Bu nedenle yasa koyucu çoğu suçlarda ağırlaştırıcı indirici neden yoluna başvurur çünkü nitelikli suçlarda haksızlık biçimi yalın suçtakinden farklıdır; TCK m. 81 yalın suç tanımlarken; TCK m.82; türetilmiş suç.

Türemiş biçimler #2'ye ayrılır; bir temel suça bağımlılık bir de bağımsız biçimi vardır. Temel suç öncelikle oluşmalı daha sonra nitelik söz konusu olmalı; örn, insan öldürmede tasarlama kastı. Bunlar özel- genel ilişkisi içinde özel olan nitelikli olandır. Bağımsız biçimi söz konusuysa, yasa koyucu iki ayrı suçu birleştirir; birleştirme; birleşik suç artık kendisini türeten suçlardan tamamen bağımsızdır. Örn, tehdit ve yağma suçları birarada ise tehdit şikayete bağlı olduğunda şikayet olmadığı takdirde ortadan kalkmasına karşın yağma ortadan kalkmaz; bağımlılık söz konusu değildir.

Roma hukuku zamanından beri bir suçun nedeni; kişiler, zaman, nicelik, nitelik ve sonuç açısından araştırılmalıdır denilmiştir. Daha sonra Atinalı Thomas bir insanın davranışı söz konusu olduğu zaman, kime, kim tarafından, ne zaman, nasıl, hangi araçlarla yaptığı incelenmelidir demiştir. Tüm bu incelemelere dayanılarak türemiş biçimler çıkarılmalıdır denilmiştir. Suçun nitelikli biçimleri bazen haksızlığı azaltır bazen arttırlar.

Bazı nedenler faille ilgili, bazıları nesnel, bazıları yasaldır- uygulanması zorunludur- bazıları takdiridir- yargıcın takdirine bırakılmıştır. İndirici nedenler asla yargıcın takdirine bırakılmaz; yasa da bulunmalıdır yasallık ilkesinin sonucudur (TCK m.61/10).

Türemiş suç indirici arttırıcı nedneler bazen suç öncesi bazen de suç sonrası olabilir. Ayrıca bazen genel hükümlerde bazen de özel hükümlerde yer alabilirler.

Nitelikli biçimler, temel suçu genişletirler. Temel suç zeminken, arttırıcı ve indirici nedenler türemiş suçları ortaya çıkararak temel suçun alanını genişletirler.

Nesnel -Olaysal Nedenler

1. Bazen eylemin işleniş biçimi; kasten adam öldürme suçunu eziyet çektirerek işlemek; kimyasal silah kullanarak insan öldürme. Yahut hırsızlık suçunda hissettirmeden, beceriyle işlemek veyahut aleni yerde suç işlemek; haksızlığın herkesçe görülebilmesi anlamına gelir, daha yıkıcı bir eylemdir.
2. Bazen de zaman ve yer açısından ceza ağırlaşır. Konut yahut işyerinde hırsızlık işlemek, cami içinde veya gece hırsızlık işlemek.
3. Bazen de failin niteliği ortaya çıkar; özgü suç. Failin memur olarak cinsel saldırı suçunu işlemesi
4. Mağdurun sıfatı da ortaya çıkabilir; insan öldürmenin kamu görevlisine karşı işlenmesi
5. Fail ile mağdur ilişkisinden kaynaklanabilir; babayı veya eşi öldürmek, yaralamak.

6. Suçun maddi konusu açısından; araba sokağa bırakıldığında bir güvene dayanarak bırakılır; araba hırsızlığında herkesin güvenilirliğine bırakılmış bir eşya üzerindeki hırsızlık da arttırıcı nedendir yahut camilerin halılarının çalınması da aynı biçimdedir.

Öznel Nedenler

1. Failin amacı
2. Failin tasarlama kastı

Bu düşüncenin, güdünün gerçekleşmesi kaydıyla arttırıcı nedendir; töre saikiyle yahut bir suçu gizlemek için (cinsel saldırı) adam öldürmek, burada mağdurun ölmesi şart değildir o saikiyle teşebbüs dahi etse arttırıcı neden söz konusu olur. Tam tersi de çıkabilir; örn; alacağını tahsil amacıyla hırsızlıkta indirici neden uygulanır.

Temel suçtaki temel ögeler öncelikle bulunmalıdır; suçun temel biçimindeki vazgeçilmez ögeleri. Bu teme ögeler yoksa türemiş suçun uygulanması mümkün değildir. İndirici yahut arttırıcı nedenler cezayı etkileyen nedenler olabilirler, akrabalar arasında belli hallerde hırsızlık indirici neden olabilir; bu indirici nedenlerle türemiş suçların bir bağlantısı yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin türemiş suçlarla bir ilgisi yoktur; çünkü hukuka uygunluk nedenleri suçun temel ögeleriyle ilgilidir. Birden çok failin katıldığı bir suç ise arttırıcı neden olabilir; hırsızlığın çok fail tarafından incelenmesi. Cinsel saldırının birden çok faille gerçekleşmesi, arttırıcı nedendir; örneğin bunlarla da suça katılmanın ilgisi de yoktur. Fikri içtima, müteselsil, zincirleme suçlarla da ilgisi yoktur. Yine şahsi cezasızlıkta da altsoy üstsoy arasında hırsızlık suçu işlenirse cezasızlık nedenidir; haksızlık ve suç vardır ancak ceza verilmez. Bunların da türemiş suçlarla bir bağlantısı yoktur. Tüm bunlar kusurlulukla ilgilidir, kast kavramı içinde olmaları gerekir; TCK m.30'a göre fail bunları bilmemesi halinde de indirici arttırıcı hallerden yararlanır.

Temel suçtan bağımsız olan birleşik suçun ayrımı dikkatli yapılmalıdır. Bir annenin gayrimeşru ilişkiden meydana gelen çocuğu öldürmesi yasada ayrı bir şekilde düzenlendi ve bir tartışma yarattı; asıl öldürmenin indirici biçimi midir yoksa bağımsız bir suç mudur? İndirici neden diyenler öznel saikten yola çıktılar; bağımsız diyenler indirici neden olsa bağımsız düzenlenmez ceza düzenlemesi yapıldı demişlerdir.

Suçun Tipikliğini Etkileyen Nedenler

A. Tipikliğini Genişleten Nedenler

1. Teşebbüs -Kalkışma
2. Suç Ortaklığı - İştirak

Suçun tanımında her zaman tek şahıs söz konusudur. Ancak failin bir azmettiricisi söz konusu olduğunda, azmettiren kişi de cezalandırmayı sağlayan bir kurumun gerekliliği söz konusu olur. Yasa koyucu bu açığı kapatmak için iştirakı düzenler. Yahut adam öldürmeye kalkışan bir kişi, kişiyi öldürememişse, bir sonuç ortaya çıkmadığından tipikliğin ögeleri tam olarak gerçekleşmemiş olur. Ancak bu kişinin de cezalandırılabilmesi için teşebbüs kavramı çıkmaktadır. İşte bu şekilde tipikliğin alanı genişletilmiş olur.

B. Tipikliği Daraltan Nedenler

1. Zincirleme suç
2. Fikri içtima

Hizmetçi bir ay boyunca her gün evden birşeyler çalmaktadır. En sonunda yakalanır; bu halde 30 kere hırsızlıktan ceza alması gerekir. Fakat bunun yerine yargıç zincirleme suçtan dolayı; 30 yükümlülüğe tek ceza verir. Böylece tipikliğin alanı daralmış olur. Yahut fikri içtimada; demiryolu üzerinde bir kişi bir kıza cinsel saldırıda bulunuyor. Demiryolu kapatma, hayasızca davranma, cinsel saldırı olmak üzere üç suç vardır. Failin eylemleri üç suçtan da sabittir ancak en ağırı için ceza verilir. Tipikliğin alanı yine daraltılmış olur.

A. Tipikliği Genişleten Nedenler

a. Teşebbüs -Kalkışma

Kalkışmanın suç yolu; kalkışma bir suç yolu çizer; iter criminis (suç yolu- güzergahı). Suç yolunda; çeşitli evreler vardır.

İlk evre iki aşamada gerçekleşir. Birinci evrenin ilk aşaması düşünsel aşamadır; örn; kız kaçırma, fail birinin kızını kaçırmaya karar verir, olanakları düşünerek ya suç işlemeye karar verir ya da vazgeçer, eğer işlemezse bu cezalandırılacak bir davranış değildir; fail ceza hukuku söz konusu değildir, eylem ceza hukuku söz konusudur. Fail, A'yı kaçırmaya karar verir, ilk aşama tamamlanmıştır. Bundan sonra, birinci evrenin ikinci aşamasında; bilgi toplar, plan yapar; örn; araba ayarlayabilir gibi; bunlar hazırlık davranışlarıdır. Ancak fail her an bu aşamada da vazgeçebileceğinden cezalandırılmaz; hazırlık davranışları kanundaki istisna halleri dışında cezalandırıldığı takdirde fail suça teşvik edilmiş olur.

İkinci evrede, tek aşama vardır. Çünkü bu evrede icra davranışı başlar. Fail, kaçıracağı A'nın geçeceği yollarda pusu kurar. Artık davranışını dış dünyaya yansıtmış, kaçırmak için davranışa geçerek pusu kurmuştur. Buna *icra başlangıcı* denir.

Üçüncü evre ise birkaç aşamadan oluşabilir; suç tipine göre. Oluşma evresi -perfection, özellikle sonuçsuz suçlarda oluşur ve biter (hakaret suçu gibi). Ancak kaçırma -özgürlükten yoksun kılma suçunda, A pusu kurmuş ve mağdureyi yakalayarak arabaya doğru sürüklemiştir. Suç oluşmuştur ancak henüz tamamlanmamıştır. Daha sonra fail mağdureyi kendi egemenlik alanına götürdüğünde suç tamamlanmış olur -konsomasyon. Söz konusu kaçırma, kesintisiz bir suçtur. Burada polisler, mağdurenin kaçırıldığı evi bulup, faili yakaladığında suç tükenmiş olur; tükenme anının tamamlanma anından farklı çıkması daha çok kesintisiz suçlarda olur. Suç yolu bir zaman içinde sürer. Ancak hakaret suçunda; suçun oluşma, tamamlanma ve tükenme anı aynıdır; kesintisiz olarak sürmeyen tek davranışlı, sonucu olmayan, ihlalin davranışa bitişik olduğu bir suçtur. Bu nedenle tek davranışlı bir suç teşebbüse elverişli değildir meğer ki hakaret etme davranışı parçalanmış - örn, mektupla- olmasın.

Dış dünyaya icrai davranış yansır yansımaz, icra başlangıcıdır. Roma hukukunda da bu değerlendirilmiştir. Carolina yasası da aynı şekilde teşebbüs kavramını değerlendirmiş, Capsol zehir hazırlamayı teşebbüs olarak ele alıp cezalandırmıştır. Bugünkü aşamaya gelene dek teşebbüs indirici yahut arttırıcı neden olarak kabul edilmiştir. 19.yy da hafifletici neden kabul edilmiş, Carrara'ya göre ise suçtan bağımsız bir unsur olarak incelenmiştir. Şu an ise teşebbüs suçun çerçevesini çizen bir destek normu olarak kabul edilir, ancak bunun kabul edilmesi için; TCK m. 35; özel bir hükümlerle, asıl suç normuyla beraber uygulanması gereken bir çerçeve hükmüdür.

“Suça teşebbüs

Madde 35- (1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

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

Bir tehlike söz konusu olduğundan teşebbüs yaptırım altına alınmıştır. Bunun bazı gerekçeleri çıkmıştır. Çeşitli görüşler,

1. Nesnel görüş, teşebbüsle tehlikeye düşürülen değer üzerine eğilmiştir. Bu değer tehlikeye düştüğü zaman bir yaptırım öngörmeyi, faili işlenmiş suça göre daha az bir cezayla cezalandırmayı uygun görmüştür. Tehlike kavramı üzerine yoğunlaşmıştır ve böyle bir tehlikenin failin icrai davranışıyla başladığını kabul etmiştir. Ancak bu görüşte; icrai davranışın sonucu doğurmaya objektif olarak elverişli olması gerekliliği ve failin hazırlık davranışlarının asla cezalandırılmayacağı şeklinde iki şartı çıkmaktadır. Failin davranışının yöneldiği maddi konu yok ise sonuç işlenemez bir suçun söz konusu olmasıdır. Örn; fail, Ahmet'i öldürmeyi düşünmekte ve gece yatağına girip yatağı kurşunlamıştır ancak Ahmet o gece yatağında değildir, suç kabul edilmez. Cezada indirici neden uygulanması zorunludur; failin sorumluluğu genişletilir.
2. Öznel görüş, suça yönelik irade üzerinde durur. Fail, suça yönelik iradesini dış dünyaya yansıttığı anda cezalandırılmalıdır çünkü tehlikeli bir insan olduğunu ortaya koymuştur. Pozitivistler de bu görüşü savunmuşlardır. Eskiden yapılan tam ve eksik kalkışma ayırımına Fransızlar; tam kalkışmaya eksik suç dediler. Tam kalkışmayı tamamlanmış suç ile eşit değerde görmüşler, ve cezanın indirilmemesi gerektiğini söylemişlerdir. Ancak öznel görüşe göre, hazırlık aşamasına yakınlık söz konusudur. Öncelikle işlenemez suç mümkün değildir; çünkü bir tesadüf ile tehlikeli kişi ödüllendirilmiş olur. Cezada indirim konusunu ise yargıcın takdirine bırakılır; yargıç failin tehlikeli olduğu kanınıdaysa cezada indirim söz konusu olmasın demişlerdir. Yani cezada indirim zorunlu olmayışı ile failin özgürlük alanı daraltılmış olur.
3. Karma görüşler de ortaya çıkmıştır. Bunlardan etki görüşü, failin gerçekleştirdiği ihlali göz önüne almıştır. Bu görüşün karşısına, fail görüşü çıkmıştır, buna göre failin tehlikeliliğinin değerlendirilmesi gerekir denilmiştir. Etki görüşü daha nesnel ve fail görüşü daha öznel görüşte kalmışlardır. Hazırlık davranışı ile icra başlangıcında nesnel görüş ağırlıkta kaldı ve nesnel ölçütler getirilmek istendi. Gerçekleşmesi imkansız sonuç söz konusu ise sadece bu halde işlenemez suç kabul edilebilir denildi. Teşebbüste kimileri cezanın indirilmesini zorunlu kimileri de takdire bağlı kabul etti.

Kuzey ülkeleri; Danimarka, Norveç vb. öznel görüşe; Kara Avrupası ise nesnel görüşe ağırlık vermiştir. Karma görüşü dengelemek oldukça önemlidir. Örn; yatak odasına girip yatağı kurşunlayan failde eksik kalkışma söz konusudur (YirmiSekiz Hoca).

TCK m. 35; “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ” ;objektif görüş söz konusudur. “Diğer

hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir”; indirici neden zorunludur. Nitekim TCK gerekçesinde de nesnel görüşü benimsediğini belirtmiştir.

TCK m. 36; İcra hareketlerini bitirmemede bir teşebbüs; vazgeçme; sonucun gerçekleşmesini önleme; **gönüllü vazgeçme** söz konusu olur. TCK m. 36 ile eksik ve tam teşebbüs ortaya çıkmaktadır. Bu halde #2 türlü suç çıkar ; sonuç suçu ve sırf davranış suçu. Eğer davranış tek davranışlı bir suç değilse; yumruk atmak üzereyken birinin kolunu tutması; atamadı teşebbüs aşamasında kaldı; failin icrai davranış bitti sonuç doğmadı; tam teşebbüs denilmiştir. Ya icrai davranış tamamlanır; sırf davranış ya da tamamlanmış olmakla beraber dış dünyada bir değişiklik meydana gelir; sonuç doğar.

Koşulları

Teşebbüs maddesi (TCK m.35) asıl özel suç normu hükmünü genişletir ve bu madde sayesinde teşebbüs eylemleri cezalandırılabilir. Öncelikle hangi suça teşebbüs edildiği incelenir daha sonra, özel hüküm TCK m. 35 gündeme gelir.

1. Öznel öge açısından bir değişiklik yoktur. Ancak nesnel öge açısından; ya doğrudan doğruya icra davranışlarını yapar yahut icra davranışlarını tamamlar ancak sonuç ortaya çıkmaz. Bu nedenle yazarlar, incelemeye manevi ögeden başlayarak maddi ögeye geçerler.
2. Yasallık koşulu için; soyut yasal öge nedir? Hangi suça teşebbüs edilmişse onunla ilgili norm + özel hüküm (TCK m.35) incelenir.
3. Bundan sonra öznel öge incelenir. Öznel öge kasıttır. Sadece kasıtlı suçlar bakımından teşebbüs mümkündür. Teşebbüs her tür atipik suçta olmayabilir. Kabahate teşebbüs kabahatler kanunu dışındaki bir konuda söz konusuysa da yine kanunla düzenlenmiştir. Söz konusu kasıt, suçu tamamlamaya yönelik bir kasıttır. Tamamlanmış olan suçlarda; özel kasıt, amaç, saik aranacaktır; töre saiki burada yine gündeme gelir. Kastın tanımı içine giren tüm unsurlar teşebbüs kavramı içinde aranacaktır, fail bunları bilecektir, bilmediği yahut irade etmediği takdirde kasıt kapsamında ona göre değerlendirilecektir.
4. Maddi öge ise teşebbüs kavramını genişletir. İcrai bir davranışla suça başlanacaktır. Bu davranış suçu işlemeye elverişli olmalıdır. İcrai davranış ya tamamlanmayacak yahut sonuç oluşmayacaktır.

a. Teşebbüsten söz etmek için failin kasıt kavramı içinde düşündüğü suçu *doğrudan doğruya icraya başlamış* olması gerekir. Bu vurgunun nedeni; hazırlık davranışlarının cezalandırılmıyor olması ve failin iradesinin doğrudan doğruya icraya başlaması ile ortaya çıkacağı düşüncesidir. Ayrıca failin korunan değeri tehlikeye atması da doğrudan doğruya icraya başlamasının bir başka göstergesidir. Çeşitli görüşler çıkmıştır; bunlar objektif görüşlerle başlar. Objektif ölçüt; doğrudan doğruya icraya başlamaktır. Maddi nitelikteki davranışla ilgili olan, faille ilgisi olmayan görüşlerdir. Bunlar #2'ye ayrılır; nesnel -biçimsel ve maddi- nesnel görüş.

Biçimsel görüş; hangi suça teşebbüs edilmişse o suçun tipik davranışlarını gözetir, serbest davranışlı mı bağlı davranışlı mı bunlara bakar. Adam öldürmede nişan almak hazırlık aşamasıdır; teşebbüs değil çünkü vazgeçebilir ancak ateş ettiği an bu davranış tipik öldürmenin içindedir; öldürmeye teşebbüs söz konusudur.

Maddi görüşe göre ise, yasal tanımındaki davranışla, bağlılığı olan davranış maddi açıdan destekleyen görüşler de onun bir parçası sayılmalıdır; pusu kurmak, nişan almak vb. Yasal tanımda öngörülen eylemle zorunlu bağlılıkla bu açıklanır der. Bu Frank formülüdür. Ona göre mahiyeti itibarıyla pusu kurmak, nişan almak eylemle zorunlu olarak bir bağlantı içindedir ve öldürme eylemine girer. Bir adım daha ileri giderek yasa koyucu, eylemle doğrudan doğruya bağlılık şartı getirmiştir.

Bu objektif görüşlere karşı, sübjektif görüşler de ortaya çıkmıştır bunlar hazırlık davranışının alanını daraltmaktadır. Pusu kuran, nişan alan bir insan elbette ki bir tehlike yaratmıştır. Teşebbüste aranan tehlike ortaya çıkmıştır. Böyle bir insan cezalandırılmalıdır denildi. Ancak bunun sınırını

çizmek konusunda anlayamadılar. Bir kısmı, fail iradesini tartışmaya yol açmayacak biçimde ortaya koymaktadır, suç anına giderek bu belirlenebilmeli dediler. İki görüş hala tartışmayı sürdürmektedir. İkisinin bir karışımı da ortaya çıkmıştır. Buna bağlı olarak hem objektif hem sübjektif görüşten düşünceler alınarak, özellikle dış dünyaya yansıyan davranışla korunan hukuki değer objektif görüşten alınmasıyla ve failin kasıtlı davranışı değerlendirilmeye çalışıldı.

Suç tipiyle bağlantılı bir teşebbüs ortaya çıkmalıdır. Yasa koyucumuz Frank formülünü kabul etmiştir ve TCK gerekçesinde doğrudan doğruya icradan bahsetmiştir; suç tipiyle doğrudan doğruya bir bağlantı içinde olan davranışlar demiştir.

b. Elverişli davranışların gerçekleştirilmiş olması gerekir. Elverişlilik eylemin doğrudan doğruya icraya yönelik olması için bir koşuldur. Bu elverişlilik açısından, kullanılan araç tartışılmıştır. Bu nedenle araçla birlikte, failin yeteneği, atış mesafesi gibi durumlar hep birlikte ele alınmalıdır. Bu yargıcın çözeceği fiili bir sorundur. Örn; şeker hastası için glikoz enjekte edilmesi o kişinin ölmesi için elverişliken, sağlıklı biri için elverişli değildir. Maddi öge de oldukça önemlidir. İşlenemez suç kavramı; maddi konunun ortada olmadığı zamanlarda söz konusu olabilir. Ahmet'in Mehmet'i öldürmek için yatağına mermi boşaltması ama Ahmet'in yatakta olmaması; işlenemez bir suç mu doğurur? Failin tehlikeliliği ortaya çıkmıştır denilirse işlenemez suçun kapsamı genişlemiş olur. Ortada hiç bir maddi konu yoksa; elverişsiz teşebbüs kavramı ortaya atılmıştır. Davranışların elverişsizliği, kastedilen suçun icrasına başlanmasını imkansız hale getirmiştir; manevi öge vardır ancak maddi öge yoktur. Pozitivistler böyle bir failin tehlikeli olduğunu ve cezalandırılması gerektiğini söylemişlerdir.

c. Failin elinde olmayan nedenlerle, icra davranışını tamamlamaması ya da yine elinde olmayan nedenlerle icra davranışı tamamlamasına rağmen sonuç doğmaması (sadece sonuçlu suçlarda söz konusu olur) gerekir. Sonuçlu suçlarda; icrai davranış tamamlanıp sonuç doğmadığında; Yargıtay eski yasa döneminde yerleşik içtihadına göre, adam yaralanmışsa tam teşebbüs yaralanmamışsa eksik teşebbüs demiştir. Ancak fail kendine düşen davranışı bitirdiği için eksik ve tam teşebbüs ayrımı gereksizdir. Bazen de suç sırf davranış suçu olur, sonuç zaten ortaya çıkmaz. Mektupla hakaret suçunda; mektup karşı tarafa ulaşmadan mektubu geri alabilir. Böyle bir durumda yasa koyucu yargıca büyük bir takdir yetkisi vermiştir. TCK m. 35/2' ye göre, zararın ve doğan tehlikenin ağırlığı gözetilmek kaydıyla, ceza verilmelidir. Teşebbüs daima bir temel oluşturur; bağımsız bir suç tipi olduğu için ağırlaştırıcı veya indirici neden değildir.

Kalkışmaya Elverişli Olmayan Suçlar- Teşebbüste Özel Durumlar

Teşebbüs, basit suçlarda kabul edilmemiştir; kabahatte söz konusu değildir, cürme teşebbüs. Kabahatlerde teşebbüs ancak yasa koyucu öngörmüşse söz konusudur. İdari nitelikteki kabahat suçlarında ve taksirli suçlarda teşebbüs söz konusu değildir. Zaten teşebbüs düzenlemesinde doğrudan kasıt düzenlenmiştir.

- İtiyadi suçlarda da teşebbüs olmaz.
- Kesintisiz suçlarda, ihmali davranışla işlenen kesintisiz suçlarda da teşebbüsün olması imkansızdır.
- Olası kasıtlı işlenen suçlarda eğer klasik görüş benimsenerek sonuç kastı belirlenirse teşebbüs olmaz. Ancak bugünkü görüşe göre teşebbüs mümkün olacaktır.
- Tehlike suçlarında da eğer davranış parçalanabilirse teşebbüs söz konusu olabilir, bunun dışında genellikle teşebbüs cezalandırılmaz. Somut tehlike suçları.
- Atipik suçlarda da suçun kendisi teşebbüs aşamasında cezalandırılıyorsa- kalkışma suçları gibi - teşebbüs tekrar söz konusu olmaz.
- İhmali suçlar; gerçek ihmali suçlar teşebbüse elverişli değildir. Ancak görünüşte ihmali suçlar; teşebbüse elverişlidir; fakat bir sorun çıkar. Teşebbüsün başlangıç anı ne zamandır? Suç

anınin tespiti bu suçlarda zordur ancak bir ölçü getirilmeye çalışılmaktadır; fail kasıtlı olarak yükümlülüğünü yerine getirmemeye başladığı anda teşebbüs başlamıştır.

- İştirak halindeki suçlar, müşterek faillikte, çeşitli görüşler çıkmıştır. Bütüncü görüşe göre, karar alındı ve faillerden biri icraya başlamıştır; bu bir bütündür suç icraya başlanmıştır denir; bunu reddeden tekçi katı görüşe göre ise, her bir fail birbirinden ayrı olarak değerlendirilmeli ve teşebbüs anı kişiye göre ayrı ayrı belirlenmelidir derler.
- Dolaylı faillik; dolaylı fail bir başka suçu işleteceği insanın iradesi üzerinde egemenlik kurar. Suçu işleyen kişi bir davranışta bulunmadan, icraya geçmeden dolaylı fail sorumlu tutulamaz.
- Sonucu nedeniyle ağırlaşmış suçlarda; teşebbüs vardır ancak bazı sonucu nedeniyle ağırlaşmış suçlarda suç tipinin o sonucu doğurması beklenmez; bunlarda o sonuç taksirden doğabilir; eğer taksir söz konusuysa teşebbüs söz konusu olmaz. Ancak eğer kasıt+kasıt karması söz konusu ise teşebbüs uygulanabilir.

Gönüllü Vazgeçme -İhtiyariyle Feragat

Bazı yazarlara göre kişisel cezasızlık nedenleri arasında incelenir. Çünkü bunun içinde etkin pişmanlık şeklinde bir kavram söz konusudur. Ancak etkin pişmanlık ayrı bir olgudur; gönüllü vazgeçmede etkin pişmanlık yanlış bir adlandırmadır; burada söz konusu pişmanlık olmasa bile doğan zarar ortadan kaldırıldıysa madde uygulanır. Sonucun doğmasından sonra vazgeçmelere etkin pişmanlık denmektedir. Gönüllü vazgeçme sadece doğrudan doğruya genel hükümlerle ilgili ve kasıt kavramı içindedir.

Fail elinde olan bir nedenle icrai davranışı yapmaktan vazgeçebilir; gönüllü vazgeçme. Bu halde fail cezalandırılmaz. #2 halde gönüllü vazgeçme söz konusudur; icrai davranışı bitirmeden gönüllü vazgeçerse edilgin bir vazgeçme vardır yahut icrai davranışı bitirir ve sonucu engellemek için etkin bir davranışta bulunur; etkin vazgeçmedir. Failin suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ve sonucun gerçekleşmesini önlerse.

Kişisel cezasızlık nedenidir ve haksızlık ve kusur kavramının dışında tamamen kişisel nitelikte teşebbüs aşamasında karşımıza çıkan bir kavramdır. Haksızlık vardır, kusur yeteneği tamdır ancak kişisel bir şekilde cezasızlık söz konusu olur.

Genel suç kuramı içinde gönüllü vazgeçmenin yeri; suçun yasal tanımında bir öge olarak görülmüştür. Tüm ortakların yararlanması gerektiğini söylerler; kimileri de sorumluluğu kaldırmamalı cezayı azaltan bir neden olmalı derler. Bazıları ise cezayı bir zamanaşımı, af gibi düşünmüşlerdir. Ancak günümüzdeki görüşe göre kişisel cezasızlık nedenidir ve sorumluluğu ortadan kaldırır. Bunun dışında bu kuruma karşı çıkanlar vardır; cezalandırılma şarttır derler çünkü doğada bir davranış yapılmışsa yapılmamış sayılmaz. Yahut failin tehlikeliliği ortaya çıkmıştır; cezalandırılma şarttır; bir suçluya ayrıcalık tanınamaz derler. Ayrıca bu kurumun, insanı çoğu zaman suça özendirdiği öne sürülmüştür. Bu nedenle fail çoğu zaman suçu sonuçlandırır; gönüllü vazgeçmeyi bilmemekten dolayıdır. Bunlar kurumun özüyle değil uygulanmasıyla ilgili bir durumdur.

Gönüllü vazgeçmeyi savunanlar #2'ye ayrılır; hukuksal görüşler vardır; öznel ve nesnel görüşler:

Öznel olanlar; fail yapacağı eylemi iradesiyle öznel olarak ortadan kaldırmış, iyiniyetli davranarak kötünियetini iptal etmiştir derler. Bazıları da kötüniyetini butlanla ortadan kaldırmıştır derler. Bazıları da failin kastı yeterli değildir, kasıt yetersizliği vardır derler. Bazıları da kusurun ortadan kalktığını ve failin kınanamaz bir alana girdiğini söylerler -Roxin. Karine görüşüne dayananlar ise failin suç işleme yönündeki iradesinin yetersizliğini ortaya çıkaran bir karine vardır derler.

Nesnel görüşler ise, davranışı değerlendirir. İcra başlangıcını ve sonuca ilerlediyse o kısma kadar tüm süreci failin sildiğini söylerler. Bazılarında dışsal davranışlarla suç iradesi kalkmıştır derler.

Bazıları da bu yoldaki davranışlarla iradenin ve davranışın askıya alındığını söylerler -Binding. Karma görüş de hepsini birlikte değerlendirirler. Ayrıca vazgeçen kişileri devlet ödüllendirmelidir diyenler de vardır.

Günümüzde suç politikası -yerindelik görüşü; cezanın amacı genel ve özel önlemedir ve fail bu önlemleri harekete geçerek kendisi yapmıştır. Cezanın amacını gerçekleştiren bir fail cezalandırılmamalıdır derler. Bunun dışın Feuerbach; failin hissettiği manevi baskı ile gerçekleştirdiği vazgeçme cezanın amacını ortadan kaldırmıştır, cezanın amacı zaten suçtan vazgeçmektir. Fonnlisst; altın köprü görüşüne göre, fail gönüllü vazgeçtiği takdirde, daha önceden yıktığı köprüleri yeniden yapar; devlet suçu önlemeyi özendirmeli, cezalandırmamalıdır der. Caydırıcı suç politikasını destekleyen siyasi bir yerindelik denetimi yapmıştır. Bu iki görüş de suç politikasına uygun görüşlerdir.

Vazgeçme, suça teşebbüs aşamasında olmalıdır. Vazgeçme genel hükümlerde incelenir çünkü teşebbüs kavramıyla bağlı bir hükümdür -TCK m. 36. Ancak etkin pişmanlık kavramı özel hükümler içinde geçer. Gönüllü vazgeçme etkin pişmanlık kavramından ayrı tutulmalıdır.

Failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması için etkin yahut edilgen davranışının bir engellemeye yol açmış olması gereklidir ancak bu katı uygulanmamalıdır çünkü mağdurun ya da 3. bir kişinin failin gönüllü vazgeçmesinin sonuçlanmasını engelleyebilir.

Her durumda da gönüllü vazgeçme söz konusu değildir; tek davranışlı suçlarda gönüllü vazgeçme çok mümkün değildir. Yahut nitelikli suçlarda, silahla suç işlenmesi, sürekli olarak bir tehlike yaratır; örn gasp suçu işleyecek bir kişi silah kullanmadığında artık nitelikli suç değil temel suçtan ceza alacaktır.

Unsurları

1. Suç tamamlanmamış olmalıdır. Tamamlanıp bittikten sonra etkin pişmanlık- suç sonrası cayma söz konusu olacaktır. Bu nedenle gönüllü vazgeçme teşebbüs içinde düzenlenmiştir. İcrai davranış gerçekleşmeden kişi elinde olan nedenlerle caymalı yahut gerçekleşen davranışın sonuçlarını önlemeye yönelik sonucun doğmasını engelleyecek bir davranışta bulunulmalıdır - sonuçlu suçlarda.

2. Vazgeçme iradi olmalıdır. İstenç dışı olmamalıdır. Kendi iradesine egemen olarak vazgeçmelidir. Örn; fail birini zehirlemek istiyor, çayına zehir kattı, irade dışı olarak fincanı düşürüp dökerse bu istenç dışı bir davranışla vazgeçmedir; vazgeçtiği söylenemez.

3. Vazgeçme mutlaka gönüllü olmalı; iç ve dış etkenlerin etkisiyle olmamalıdır. "İhtiyariyle", kendi isteğiyle suç işleme ya da sonucun gerçekleşmesi imkanını ortadan kaldırması gerekir. Ne amaçla vazgeçtiği önemli değildir; objektif şekilde gönüllü olarak vazgeçmesi önemlidir. Örn; hırsız ev sahibi uyandırdığı için hırsızlık yapmaktan vazgeçtiyse bu bir gönüllü vazgeçme değildir; yakalanma riskini göze alamadığı için vazgeçme gönüllü bir vazgeçme değildir. Pişmanlık kavramı fail aleyhine yorumlanamaz. Objektif olarak vazgeçmişse, pişman olsa da olmasa da, gönüllü vazgeçmeden yararlanır.

Gönüllü Vazgeçme Sonucunda;

Eğer icra davranışlarını bitirmeden fail vazgeçmişse, vazgeçilen suçla ilgili herhangi bir tehlike doğmamıştır bu nedenle fail hakkında o suçtan dolayı bir soruşturma vb. yapılamaz. Eğer fail sonucu engelleyebildiyse de yine aynı şekilde soruşturma vb. yapılmaz. Ancak başka bir suç doğduysa; örn; birini öldürmek istemiş, önce bacağını bıçaklamış; ancak sonra öldürmekten vazgeçmiş burada artık yaralama suçu vardır. Ya da kız kaçırmak için kızın evine girdi; ancak kız kaçırmaktan vazgeçti; artık konut dokunulmazlığını ihlal etmiştir bu suçtan yargılanır ancak kız kaçırmadan dolayı cezalandırılmaz.

Etkin pişmanlık, ceza yasasının bazı maddelerinde - 15-16 madde kadar- öngörülmüştür, genel hükümlerde yoktur. Gönüllü vazgeçme ise genel hükümlerde yer alır. Gönüllü vazgeçmede ille de failin pişman olması gerekli değildir. Maddenin suç tipinin tipiklik özelliğine göre düzenleme

yapılmalıdır; örn; kız kaçırma suçunda mağdureyi güvenli bir yere bırakırsa ceza indirilir yahut verilmez vb.

b. İştirak -Katılma

Kural olarak tek faille suç işlenir. Ancak bazen suç tipinde unsur olarak fail sayısı birden fazladır yahut suçun doğası böyledir. Örn; tefecilik suçu için en az iki kişiye faizle para verilmesi gereklidir. Birden çok faille işlenmesi suçun işlenmesini kolaylaştırır bu nedenle suç tipinde olmasa bile arttırıcı neden de olabilir. Bazen de aynı yönde amacı olanlar tarafından birlikte işlenir; örgüt kurma. Failler aynı yönde değil zıt yönde davranabilir; örn; kavga suçu.

İştirak, suç ister tek faille ister çok faille işlenmiş olsun, unsurlara katılma ile ilgilidir. Örn; rüşvet alan da veren de teşvik edilebilir, yahut eskiden zina suçu için evini tesis edebilir. Burada suça katılma vardır.

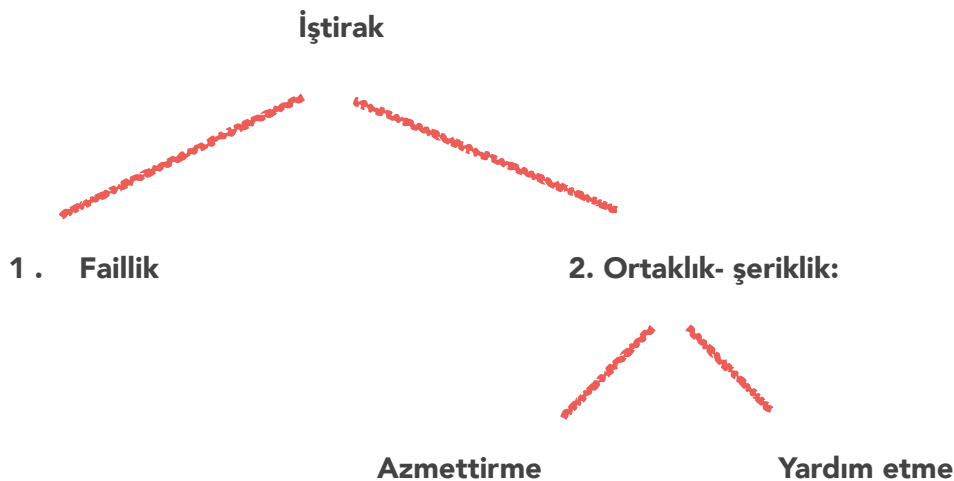
Genel hükümlere bir madde konulduğunda ancak iştirak söz konusu olur. Çok failli suçlarda ise özel hükmün bulunması gereklidir. Katılmada sorumluluk azalabilir fail düzeyinde olabilir, ancak çok failli suçlarda sorumluluk fail düzeyindedir.

Suçta katılmada öne çıkan kavram faildir. Fail kavramına göre düzenleme yapılacaktır. Fail kavramına verilen anlam sistemin kaderini belirler. Bu düzenleme #2 biçimde çıkar;

1. görüş, **geniş anlamda fail kavramı**: suça katılanların hepsi faildir -ve hepsi eşit düzeyde sorumludur çünkü katkıları eşit düzeydedir. Suç kavramı bir bütün olarak düşünülür ve görüş, hepsi bir denklik içinde katkılarda bulunmuşlardır der. Bu görüş kabul edilirse bunun dışındaki durumlar fail kavramından ayrılarak düzenlenecektir. Bu temel ilke dışında kalanlar istisnadır demektir. Sorumluluğu daraltmaktadır. Geniş fail- dar sorumluluk yolunu izlemektedir.

2. görüş, **dar anlamda fail kavramı**: failler belirlenir, tipiklik unsurlarını gerçekleştiren kişiler ancak fail olabilir demektir. Sorumluluğu az olan kişilerle, suçu doğrudan işleyen kişilerin sorumluluğu aynı değildir. Bu görüş sorumluluğu genişletmektedir. Dar fail- geniş sorumluluk yolunu izleyen bu görüş Türk ceza hukuku sistemi tarafından kabul edilmiştir. Ayrıca bu görüşle, tipiklik de genişletilmiştir.

İştirak Biçimleri



1. Faillik

Faillik ile ilgili çeşitli görüşler vardır.

Sübjektif görüş; failin kafasındaki anlayışa bakar. Eğer fail; ben, fail iradesiyle ve istenciyle bu suçu işledim derse; animus auctoris (niyetli, saikli aktör); faildir. Hayır ben bu suçu katılan olarak işledim derse; animus sochi; katılındır.

Objektif görüşe göre ise, icra davranışlarını kimin gerçekleştirdiğine bakılır. **1. Biçimsel görüş;** yasal düzenlemedeki davranışın tipine bakılır; o tipte, biçimle özdeş bir icra davranışına giren kişi, faildir. **2. Maddi- nesnel görüşe** göre ise, neticenin doğmasına etki yapan kişiler de fail kavramının içine sokulmuştur. Örn, bir hırsızlık suçunda gözcü olmazsa suçun işlenmesi mümkünse yani gözcü suçun işlenmesi için olmazsa olmaz bir kişi değilse bile gözcü de fail olacaktır.

****3. Eyleme egemenlik görüşüdür,** TCK tarafından kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, suç olaylarının seyrine hükmetme, bunları egemenliği altına alabilme potansiyeline sahip kişilerin her birine fail denir. Çünkü bu failerin katkısı olmadan o suç işlenemez. Bu katkı birden çok biçimde olabilir;

1. davranışa egemen olabilir
2. iradeye egemen olabilir -müşterek faillik; örn, akıl hastası birine bıçak verip birini yaralamak
3. yöntem olarak da işlevsel egemenlik çıkar; örn, gözcülük görevi her zaman gerekli olmayabilir ancak gözcülük olmazsa o suç işlenemeyecekse; gözcülük işlevi gözcüyü fail statüsüne sokar.

Suçun yasal tanımında yer alan eylemi birlikte gerçekleştirenler. Fail kavramı #4 biçimde incelenir;

1. Doğrudan fail; eylemi bizzat gerçekleştiren kişidir. Bazen bir kişi yapar diğerleri katkıda bulunur bazen de bir kaç kişi birlikte yapabilir. Ancak bazı suçlarda fail tektir başka biri fail olamaz; özgü suçlarda; yalancı tanıklık: suçun mahiyeti gereği birlikte faillik söz konusu değildir.

2. Yan yana faillik; birbirinden haberi olmaksızın bir kaç kişinin aynı insana aynı suçu işlemesi. İştirakla hiç bir ilgisi yoktur; hepsi bağımsız olarak sorumludur.

3. Müşterek faillik; eylem üzerine egemenlik söz konusudur; bu ya davranışa egemenlik ya da işlevsel egemenlik olarak kendisini gösterir.

4. Dolaylı faillik; dolaylı fail, akıl hastasını kullanan kişi, irade üzerinde egemenlik kurar.

a. Birlikte -Müşterek Faillik

Birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirip, suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurmaları halinde söz konusudur. Yasa koyucu bu kişileri eşdeğer düzeyde sorumlu tutar. #2 temel öge; kasten, bilinçli suç işleme, bir irade uyuşması ve objektif bir öge olan eylemin birlikte işlenmesi söz konusu olmalıdır (birlikte suç işleme kararı ve fiilin birlikte icrasına gerçekleştirilen katkı). İrade uyuşmasının sınırları aşıldığı takdirde, diğer failerin bundan sorumlu tutulması söz konusu değildir.

b. Dolaylı Faillik

TCK m. 37/2 'de tanımlanmıştır. Başkasını "aracı" olarak kullanan faildir. Mutlak zorda, başkasının elini tutup tetiği çektiren kişi, o kişinin davranışı üzerinde doğrudan bir egemenlik kurmaktadır; bu nedenle mutlak zor halinde tetiği çektiren fail, doğrudan fail olarak çıkar.

Dolaylı fail, suçu doğrudan işleyen failin iradesi üzerinde tam bir egemenlik kurmaktadır. Azmettirenenden de farklıdır çünkü azmettirmede farklı olan doğrudan failin kendi iradesine egemen olmasıdır. Ayrıca yine dolaylı failde de bir zorlama vardır ancak bu zorlama vis absoluta -mutlak zor

seviyesine gelirse o kişi dolaylı değil doğrudan fail olur. Burada bir korkutma, manevi cebir vardır. TCK m. 28/2; dolaylı fail. İntihara mecbur edenler, intihara sevk edenler; iradeye egemen olan dolaylı faillerdir. Başkasının yanılığından yararlanan dolaylı failler; fail kastı olmadan, maddi unsurları bilmeden davranabilir; o kişi sorumlu tutulmaz; işte dolaylı fail kasıt kavramının ortadan kalkmasından yararlanabilir. Örn, A, B'nin uzağı görmemesinden yararlanarak karşısındaki insanı korkuluk olarak gören B'ye ateş ettirir. A burada dolaylı faildir; B'nin iradesi üzerinde egemenlik kurarak işlenmiş bir suç söz konusudur.

Sorumluluğu kaldıran hallerin koşullarında hataya düşülebilir, örn zorunluluk durumu için bir tehlike olmamasına rağmen tehlike varmış algısı yaratarak başkasına suç işleyen kişi, irade üzerinde egemenlik sağlayan, dolaylı fail olacaktır. Hukuka uygunluk nedeninin var olduğu konusunda da bir yanılığ yaratılabilir. Örgüt suçlarında da örgütü yönlendiren lider, olay yerinde değilken sürekli olarak kesin uygulanması gereken talimatlar verir. Örgüt üyeleri emirleri yerine getirmezlerse öleceklerini bildiklerinden tüm emirleri yerine getirirler. Masa başı fail; örgüt lideri burada dolaylı faildir. TCK m. 220/5; örgüt yöneticilerinin tüm suçlarda cezalandırılacağını öngörür; dolaylı fail değilse bile kişi objektif olarak sorumlu görülmektedir, bu eleştirilmektedir. Ancak maddenin gerekçesinde liderin iradeye egemen olması gerektiği belirtilmektedir; objektif sorumluluk yükletilmesi biraz azaltılmıştır.

Kusur yeteneğinin yokluğundan faydalanmadır. En çok görüldüğü alan, kusur yeteneği bulunmayan bir çocuk veya akıl hastasının söz konusu olduğu durumlardır. Kusur yeteneğinin olmadığını bilmiyorsa, dolaylı fail değil azmettirici olacaktır.

İhmali suçlarda dolaylı failliğin olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Dolaylı faillik saf ihmali suçlarda söz konusu olamaz. Ancak saf olmayan ihmal suretiyle icra suçlarında söz konusu olabilir, dolaylı fail zor kullanmak suretiyle herhangi bir hemşirenin hastaya ilaç vermesini engelleyebilir.

Aracı kişi aşırıya kaçtığı zaman, dolaylı failin sorumlu olmaması gerekir, ancak bu aşırıya kaçma dolaylı fail tarafından önceden öngörülebilecek bir durumsa taksir söz konusu olur. Taksirli olup olmadığı konusu ayrıca değerlendirilmelidir.

Dolaylı fail, aracı kişinin kasten hareket edip etmediği konusunda hataya düşebilir. #2 biçimde, kusur yeteneğine sahip biri sanabilir; kişi gerçekten kusur yeteneğine sahipse, akıl hastası değilse dolaylı fail aracının iradesi üzerinde egemenlik kurmuş olmaz, azmettirici olur. Diğer halde, dolaylı fail aracının kusursuzluğu hakkında yanılığa düşebilir; dolaylı fail fiil üzerinde egemenlik kurmuş olmaz, azmettiren durumunda ancak olabilir ve sorumluluğu da azmettirmekten kaynaklanır. Ayrıca kasıt konusunda da yanılabilir, aracı kasıtsız olarak davranır ancak dolaylı fail onun kasıtlı davrandığını sanmaktadır; kasıt söz konusu olmadığından cezalandırılma mümkün değildir; teşebbüs söz konusu olabilir.

2. Şeriklik - Ortaklık

Birden çok kişi söz konusu olmalı, katılma konusunda davranışlar birden fazla olmalı, bu katılmaların nedensel değeri olmalı, en azından icrai davranış ortaya çıkmalıdır. Kasıt daima aranacaktır ve bağımlılık kuralı gerçekleşecektir.

Ortaklığın niçin cezalandırıldığı ile ilgili çeşitli görüşler vardır. Temel görüş faillik ve şeriklik için aynıdır. **Kusura katılma görüşü**; failin kusurluluğuna azmettiren veya yardım eden ortak olmuş olur. Bu görüş terk edilmiştir. **İkinci görüş**; yardım eden hem kusurluluğa hem de haksızlığa katılmıştır. Yardım edenin korunan hukuki değere saldırıda bulunduğu yöneliktir. Benimsenmesi mümkün bir görüş değildir, TCK da kabul etmemiştir. Almanya'da **üçüncü bir görüş**; bağımsız bir

biçimde ortaklık suçu vardır; azmettiren asıl failden bağımsız olarak o suça ortaklık suçunu işlemiştir. Çünkü haksızlığa yol açmışlardır. Bu haksızlık hem yardım eden hem azmettiren için bağımsız niteliktedir. Bu görüş, bağımlılık kuralının reddeder. Saf bağımsız bir ortaklık suçu vardır ancak bağımlılık, objektif cezalandırılabilme koşuludur der. **Dördüncü görüşten** itibaren TCK'nın alanına girilir.

Nedensellik ve manevi açıdan canlandırma görüşüne göre, eğer manevi bir biçimde suçu işleyecek olan failin kafasında bir düşünce yaratılmışsa ya da destek, azmettirme, teşvik gibi şekillerde o failde suç işleme düşüncesinin canlandırıldığı ileri sürülür. Ancak eğer **maddi bir yardım etme söz konusu** ise hem maddi hem manevi açıdan nedensel olarak katkıda bulunduğu ve faile suç işlemesi için yardım edilmesinin, azmettirilmesinin söz konusu olduğu söylenmiştir. Bu görüş ihlal edilen değeri göz önünde tutar; bu değere bir saldırı vardır ve ihlal söz konusudur, ve bu ihlalde şerikler, haksızlığın ortaya konulmasında katkı sahibidirler. Ancak asıl fail bu eylemi yapmamışsa azmettirenin cezalandırılması mümkün değildir demektirler.

TCK bu iki görüşü benimser, kusurluluğu göz önüne almaz, eylem kasıtlı yapılmışsa ve hukuka aykırılık ortada varsa demektir. Fail tarafından gerçekleştirilen eylem bir haksızlığa yol açmıştır ve bu haksızlığa yol açan tüm yardım edenler, azmettirenler ortak olmuşlardır.

Bağlılık kuralının ilk özelliği ortaya çıkmaktadır; şeriklerin cezalandırılabilmesi. İkinci özelliği ise, ortakların cezai sorumluluğunun suçun gerçekleşmesine bağlılığıdır. Bağlılık kuralı gereği, şeriklerin fail aracılığıyla suçun gerçekleşmesi sonucu cezalandırılabilmeleri söz konusudur; faille kişisel bir bağlantı kurulur. İkame suretiyle bir suça neden olurlar, kasıt ve hukuka aykırılık yeterlidir, kusurluluk aranmaz. Niceliksel açıdan icrai davranış en azından teşebbüs noktasına gelmelidir. Teşebbüs noktasına gelmediği surette azmettiren yahut yardım edenin cezalandırılması mümkün değildir. Böylece bağlılık ilkesinin nicelik boyutu öne çıkmış olur.

Özgü suçlarda hem azmettiren veya yardım eden hem de yardım eden, failin niteliğini bilmelidir; bağlılık kuralı bağlamında.

Bağlılık kuralının görünüş biçimleri;

1. Asgari- sınırlı bağımlılık kuralı; asıl failin tipik fiili gerçekleştirilmesi şeriklerin sorumluluğu için gereklidir. Tipiklikle yetinilmemelidir; kasıt ve hukuka aykırılık yeterli olmaktadır denilir. TCK bunu kabul eder.
2. Aşırı bağımlılık kuralı; kasıt ve hukuka aykırılık ile yetinilmez, kusurluluk da aranır.

Bağlılık kuralının kapsamı ve koşulları

Nitelik açısından; kusur kavramı kuralın dışındadır.

Nicelik açısından; haksızlık unsurlarının arandığı görülür. Tipik fiil mutlaka bir haksızlığı gerektirmektedir, en azından teşebbüs aşamasında, nicelik açısından bir bağlılık kuralı söz konusu olacaktır.

Kasıt kavramı ön plandadır. Hukuka aykırılık koşulu da aranır, hukuka uygunluk nedeni varsa tüm failer için uygulanacaktır.

Özgü suçlara katılmada, failin niteliğini bilen ona yardım eden sorumlu olacaktır.

Şerikliğin Biçimleri

1. Azmettirme

Bir suç düşüncesi olmayan kişide bu düşünceyi yaratmaktır. Dolaylı faillikten en önemli ayrımı azmettirenin burada suç düşüncesi oluşturmasıdır.

Koşulları

1. Birisine suç kararını verdirtme söz konusu olmalı. Bazen failin kendi kafasında böyle bir düşünce vardır ancak kararsızdır; azmettiren onu suç işlemeye ikna eder. Bu azmettirme de yahut teşvik de olabilir; yargıç karar verir.
2. Azmettirilen kişi o suçu işlemelidir, en azından teşebbüs noktasına gelmelidir.
3. Azmettiren kişinin kasıtlı olması gerekir. Azmettiren fiiline ilişkin olarak iki yönde davranmalı, o eylemi işletme konusunda kasıtlı olmalıdır ve o suçu kapsamına almalıdır.

TCK m. 114; suç işlemeye teşvik azmettirmeden ayrılır. Suçun belli kişiye yönelik olması halinde azmettirmeden söz edilir.

Nicelik açısından bazen aşılma söz konusu olur. Ahmet Mehmet'i, C'yi dövmesi için azmettirdi ancak Mehmet C'yi darp ettiyse; Ahmet sadece dövmeden ceza alır. Fail birisini dövmek için azmettirilmiştir ancak silah kullanmıştır; kasit çerçevesinde göz önünde tutulur. Ancak azmettiren böyle bir ihtimali öngörüyorsa ve önemsemiyorsa olası kasıttan, öngörüyor ancak olmayacağına inanıyorsa yahut öngörmesi gerekiyorsa taksirden söz edilir.

Azmettiren kişi o suçun tamamlanması için azmettirmelidir.

Kişide yanlış söz konusu olabilir; sonuç değişmez; korunan değerler aynıdır. Ağırlaştırıcı nedenin varlığına göre çözüm getirilir. Hedefte sapmada ise beceriksizlik söz konusu olduğundan sapma kuralları içinde değerlendirilir.

Fail teşebbüs aşamasına varmadan bu işi bırakırsa; doktrinde buna verimsiz - sonuçsuz azmettirme denir. Verimsizdir ancak azmettirenin tehlikeliliği çıkmıştır. TCK da bununla ilgili bir düzenleme söz konusu değildir; bir eksiklik vardır.

Azmettirmenin Dolaylı Faillikten Farkları

1. Azmettiren, özgür iradesiyle davranan bir kişide suç düşüncesi yaratmaktadır. Dolaylı fail, özgür iradesi olmadığından aracı kişinin iradesi üzerinde egemenlik kurar.
2. Dolaylı fail ve aracı arasında özne - nesne ilişkisi vardır. Azmettiren ile azmettirilen arasında — ilişkisi vardır.
3. Aracı başkası tarafından suçta kullanıldığının farkında değildir, azmettirilen azmettiren adına suç işlediğinin farkındadır.
4. Dolaylı fail, aracı kişiyi habersiz olarak kendisi için hareket ettirir. Azmettirilen suç işlediğinin farkındadır, özgür iradesiyle bundan vazgeçebilir.
5. Egemenlik

Azmettirme Biçimleri

- a. Suçta vekalet; vekalet ilişkisine benzer; azmettiren, azmettirilene para teklif eder. Azmettirenin yararı önemlidir; azmettirilenin herhangi bir yararı yoktur.
- b. Azmettirilenin menfaati vardır; teşçi (cesaretlendirme) adı verilir. Azmettiren, kişinin menfaatini göz önünde tutmak suretiyle azmettirilene suç işletmek için bunu kullanır.

c. Her ikisinin de çıkarı söz konusu olabilir. Birlikte azmettirme denilmiştir.

Azmettirenin Cezası

Aynen doğrudan fail gibi verilir. Ancak #2 noktada arttırıcı neden gelmektedir. 1. Eğer azmettirme üst soy alt soy ilişkisinden kaynaklandysa ceza arttırılır. 2. Eğer çocuklar azmettirildyse, azmettirenin cezası arttırılır.

Faillik daima ortaklığa göre birinci plandadır, kuraldır. Bir suçta hem azmettirme biçimindeki şeriklik ve aynı kişinin failliği söz konusuysa faillik incelenir.

Azmettiren belli değilse; azmettirenin ortaya çıkmasını sağlayan fail ve katılanların cezasının indirilmesi söz konusudur. Kişisel bir indirimdir.

2. Yardım Etme

İşlenecek suçu kolaylaştırır. Nedensellik değeri olan her türlü katkı yardım etme olarak düşünülür. İrade ve hareket üzerinde egemenlik söz konusu değildir. Fonksiyonel bir egemenlik; örneğin gözcülük; gözcü olmazsa suç işlenemez hale gelirse söz konusudur. Ancak eğer gözcünün fonksiyonel bir egemenliği yoksa yardım eden olarak düşünülür. TCK m. 190- TCK m. 191. TCK m. 197; parada sahtecilik ve TCK m. 199; parada sahteciliğin işlenmesi için gerekli araç gereçler vb. bu madde düzenlenmeseydi yardım eden kapsamına gireceklerdi. Ancak m. 199 ve m. 191 bağımsız birer suç olarak düzenlenmişlerdir.

Koşulları

1. Yardım etme niteliğinde bir davranış olmalı. Maddi yardım etme yahut manevi yardım etme olarak çıkabilir.

Maddi yardım etme; araç sağlama gibi. Manevi açıdan yardım etme; yol gösterme, teşvik gibi.

Maddi yardım etme; araç sağlama; tabanca yahut bıçak sağlama; eğer araçlar kullanılmazsa suç düşüncesine manevi katkıda bulunulduğu söylenir maddi değil manevi yardımdan sorumlu olur. Yahut kaçırılan bir kızın tutulması için ev vermek. Manevi yardım etme; fikri açıdan destek olur, mevcut suç kararını destekler, özendirir, manevi açıdan destekler yahut yol gösterir. En büyük manevi yardım vaattir; Ailesine göz kulak olacağını söyleme vb. Vaadin suç işlemeyen önce olması gerekir.

2. Yardım edenlerin sorumluluğu için suçun en azından teşebbüs aşamasına varması gereklidir.

3. Yardım edenin kastı asıl eylemin belli bir suça yöneltilmesine ve tamamlanmasına yönelik olmalıdır. Sınır nitelik açısından aşılsa da bundan dolayı sorumlu olmaz. Yahut sınır nicelik açısından aşılsa, olası kasıt ya da taksirli aşmadan sorumlu tutulabilir.

Yardım edenin cezası indirimlidir.

Ortaklık gönüllü vazgeçen şerik bundan yararlanır, bunun diğer şeriklere etkisi olmaz; gönüllü vazgeçmenin kişisel bir cezayı indirim nedeni olmasının bir sonucudur.

Teşebbüs ve iştirakte, teşebbüste ceza indirilir, iştirakte yardım eden açısından ceza indirilir; ancak bunlar indirici neden değildir; tipikliği genişlettikleri için kendilerine özgü bir indirim nedenidir. Adı teşebbüs aşamasında kalmış temel suçtur.

B. Tipikliği Daraltan Nedenler

a. Suçların Birleşmesi -Suçların İçtimalı

TCK suçların içtimalı başlığı altında TCK m. 42 bileşik suç, m. 43 zincirleme suç ve m. 44 fikri içtimalı düzenlemiştir. TCK m. 42; bileşik suç- mürekkep suçta, içtima hükümleri uygulanmaz demektir. Bileşik suç; tehdit + hırsızlık: yağma; biri diğerinin unsurudur. Bir kaynaşma söz konusudur; ancak içtima yani toplama yoktur. Bileşik suçta tek bir suç söz konusudur. Suçların içtimalı içinde incelenmez.

TCK m. 44'da fikri içtima düzenlenir. Suçların içtimalı bir kişinin birden çok suç işlemesi halinde sorumluluğun nasıl belirleneceği problemi ile ilgili bir konudur.

Bileşik suç, fikri içtima ve zincirleme suç kavramları adalet için önemli kavramlardır. Bir suçun bir başka suçun unsurunu oluşturmasında kaynaşma tamdır. Fikri içtima ve zincirleme suç üzerinde durulmalıdır.

Suçların içtimalı; suçların ne zaman tek ne zaman birden çok olduğu incelenmelidir. Birden çok suç tek fiille işlenebilmektedir. Suçlar biraraya gelir ancak bağımsızlıkları ortadan kalkmaz. Zincirleme suçta ise hem birden çok fiil hem de birden çok suç vardır, aynı tür suç işlenmektedir, ceza arttırılır.

Öznel görüşe göre, failin kasıt kavramı tek hareketle iki kişiyi öldürmek ise, iki suç vardır. Plan görüşüne göre, kişi plan yapmıştır. Yeni görüşe göre ise, davranış ölçüt alınır. TCK m. 44'ün gerekçesinde: "Gerçekleştirdiği fiilin birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olması durumunda, failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır." şeklinde belirtilmiştir. Hukuki anlamdaki davranış anlayışı, davranış birden çok olsa da onları bütünleştiren noktalar vardır. (Normatif)

Aile bireylerine kötü davranma, sistematik bir biçimde; bağımsız bir suçtur. İşkence suçu, öldürme, havasız bırakma vs; bütün halinde tek davranıştır. Tek hareket yetmesine rağmen birkaç harekette bulunulabilir; tek yumrukla on yumruk aynıdır; yaralama suçu. Seçenekli davranışlı suçlarda, birini yaptığı zaman suç oluşur. Cinsel davranışlı suçlar, teklik.

b. Zincirleme Suç

Zincirleme suçun esasını açıklamak üzere ileri sürülmüş #3 görüş vardır. İlki varsayılan bir birliktir diyenlerdir. Buna göre zincirleme suç, suç işleme kararındaki birlik ortak unsuru etrafında toplanan bir kişi tarafından işlenmiş aynı suçların oluşturduğu bütündür. İkinci görüş ise, tek suç görüşüdür. Bu görüşe göre aynı suçun birden çok işlenmesi ancak suçun tekliği ile açıklanabilir. Bu görüşler TCK tarafından kabul görmemiştir.

Üçüncü bir görüş olan, suç çokluğu görüşüne göre, her bir hareket bağımsızdır ancak ceza verilirken teklik vardır. TCK bu görüşü kabul etmiştir. Aslında suç mahkumiyet çokluğu vardır, ceza arttırılır. Cezaların toplanmasının şiddeti azaltılmak için bu müessese kanunda düzenlenmiştir.

1. Zamanaşımı en son suç tarihinden başlar.
2. Verilen hüküm birden çoktur.
3. Yaş 18'den küçükse veya bir kısmını önceden işlediye en son yaşa bakılır.
4. Yetkili mahkeme en son suçun görüldüğü mahkemedir.

Koşulları

Nesnel Koşullar

1. Birden çok suçun işlenmesi (aynı suçun birden çok işlenmesi)
Kabahatlerde olmaz, ceza hukuku açısından suç olmalıdır. İhmalî suç da olabilir.
2. Eylemlerin her birinin aynı suça yol açması
Temel suç ya da temel suçtan türeyen suç ya da nitelikli türler; aynı suç. TCK m. 43.
Mağduru belli olmayan suçlarda da bu madde uygulanır. Hukuki değerlerin de aynı olması gerekir. Birden çok suçun farklı zamanlarda işlenmesi gerekir.
3. Aynı suçun birden çok ve aynı kişiye karşı işlenmesi

Öznel Koşullar

4. Birden çok suçun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesidir. Taksirli suçlarda zincirleme suç söz konusu olmaz. Kasıtlı karıştırmamak gerekir.

Zincirleme suç, kesintisiz suçtan farklıdır. Burada birbirinden ayrı suç işleme söz konusudur. Fikri içtimada tek davranışla birden çok suç işlenir, bu suçlar birbirinden farklıdır. Zincirleme suçta; bağımsız suçlar söz konusudur. Kasten adam öldürme, kasten yaralama, işkence suçlarında zincirleme suç uygulanmaz.

c. Fikri İçtima

Bir eylemle, birden çok suçun işlenmesi söz konusudur. TCK m. 43/2. Farklı zamanlar olmasına gerek yoktur. Aynı türden fikri içtima; suçların aynı olması halinde, suçların farklı olması halinde ise, farklı türden fikri içtima vardır. Yargıç, hükümlerin onanması demelidir, hükmün onanması değil.

Koşulları

1. Eylemin tekliği; bir fiilin farklı suç tiplerini gerçekleştirilmesi veya aynı suçun birden çok defa aynı fiille işlenmesi söz konusudur. Her iki halde de tek kabul edilen fiilin parçalarının bir suç tipini gerçekleştirmiş olması şarttır.
2. Tek eylemle birden çok suça yol açılması

1. Eylemin Tekliği

- *İcra hareketlerinin tam ayniyeti*

İcra davranışları üst üste çakışır, özdeşlik vardır. Örneğin, birisi polis memurunu görevini yaptığı için darp ediyor; memura direnme + yaralama; olayda fikri içtima söz konusudur. Davranış özdeşdir.

- *İcra davranışlarının kısmi ayniyeti*

İcra davranışları kısmi olarak aynı olursa, örneğin; özel belgede sahtecilik. Belgeyi birine verdi, ikna etti, parayı aldı. Sahtecilik suçu, belge verildiği anda oluştu ve bitti. Arkasındaki suçla kısmi örtüşme var. TCK m. 212; özel bir hükümdür, bu halde içtimayı kabul etmemiştir. Buna göre sahte belgenin dolandırıcılık suçunda kullanılması halinde, hem sahtecilk hem dolandırıcılık suçları ayrı ayrı cezaya hükmoluncaktır.

2. Tek Eylemin Birden Fazla Suça Sebebiyet Vermesi

- *Aynı türden fikri içtima*

Aynı suçlara yol açarsa, aynı türden fikri içtima olur. TCK m. 43/2' düzenlenmiştir. Zincirleme suçtan farklıdır. Zincirleme suçta, fiillerin birden çok olması, her bir fiilin aynı suçu oluşturması, bunun değişik zamanlarda ve aynı mağdura işlenmesi gereklidir. Ancak aynı türden fikri içtimada hem fiil tektir, hem aynı anda işlenmesi gerekmektedir hem de tek fiille işlenen aynı suçun mağdurları farklı kişilerdir. Örneğin, tek kurşunla birden çok kişinin ölmesi, bir sözle birden çok kişiye sözlü tacizde bulunulması gibi. Ayrıca örneğin, birden fazla kişinin müşterek malik olduğu bir taşınıra karşı işlenen hırsızlık suçunda, suçun konusu tektir. Bu nedenle burada fikri içtimanın varlığı için yeterli bir durum yoktur. Tek fiille farklı konular üzerinde aynı suçun işlenmiş olması da gerekmektedir.

- *Farklı türden fikri içtima*

Tek fiil, farklı suçlara yol açarsa farklı türden fikri içtima söz konusu olur. Farklı türden fikri içtimada suçlar ve korunan değerler farklıdır.

TCK'da bazı suçlarla bağlantılı olarak, esasından aynı türden fikri içtima bulunmasına rağmen, gerçek içtima kurallarının uygulanmasına ya da cezanın ağırlaştırılmasına ilişkin özel içtima hükümleri bulunmaktadır. Örneğin; soykırım bağlamında işlenen kasten öldürme suçlarında fikri içtima uygulanmaz, mağdur olan gerçek kişi sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır. Ayrıca TCK m. 43/3'te "kastan öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz" denilmiştir. Sözü geçen suçlar, zincirleme suç ve aynı türden fikri içtimanın dışında tutulmuştur.

3. Bu suçların her birinin kovuşturulabilir olması gerekir

Varlığı zorunlu olan her suç yönünden, fiilin haksızlık unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Bunun dışında, her suç bakımından aranıyorsa kovuşturma şartlarının (izin, talep, şikayet vb.) gerçekleşmesi de gereklidir. Gerçekleşmezse fikri içtima içinde ele alınmaz.

Fikri İçtimada Özel Haller

Kasıtlı ve taksirli fiiller fikri içtimada söz konusu olabilir. Fikri içtima, teşebbüs derecesinde kalan suçlarda da uygulanır. Örneğin, birisini öldürmek için fail silahını ateşlemiştir ancak kurşun mağdura isabet etmeden, duvardan sekerek başkasının yaralanmasına sebep olmuştur. Teşebbüs aşamasında kalan kasten öldürme suçu ve taksirle yaralama suçu çıkar. Farklı türden fikri içtima söz konusudur. Hedefte sapma hallerinde Yargıtay fikri içtimayı kabul etmiştir.

Kesintisiz ve ani suçlarda da uygulanabilir. Temel suç tipiyle sebebi nedeniyle ağırlaşan suçlar arasında uygulanmaz. (özel - genel ilişkisi olduğu için)

Fikri içtimanın sonuçları

TCK m. 44; fail, en ağır suçtan cezalandırılır.

Tipiklik kavramının dışında bazı kavramlar vardır. Bağımsız unsurlar; objektif, suç öncesi, cezalandırılabilirliği sağlayan.

- Cezalandırılabilir Ögeleri - Cezalandırılabilirliğin Koşulları

1. Pozitif Ögeler - Var olması gerekenler

- Ön koşullar
- Nesnel koşullar
- Yargılama koşulları

2. Negatif Ögeler - Var olmaması gerekenler

- a. Uzlaşma
- b. Davanın açılmasının geri bırakılması (savcılık karar verir) ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması (mahkeme karar verir)- Erteleme
- c. Kişisel cezasızlık nedenleri - her ikisi de indirici nedendir

Kişiyeye bağlı

Eylemeye bağlı

d. Cezayı yargıç kendiliğinden bir nedene bağlamak suretiyle indirir. - takdiri nedenler

A. Pozitif Ögeler - Var Olması Gereken Koşullar

1. Ön koşullar

19. yy'da Manzini ve Massai tarafından ortaya atılmıştır. Manzini icrai davranışlardan önce hukukun gereği bulunması gereken koşullar vardır demiştir. Hukuki ön koşullar; TCK m. 203' e göre mühür bozma suçunun işlenmesi için önce bir mührün bulunması gerekir. Güveni kötüye kullanma suçunda öncelikle bir sözleşmenin varlığı gereklidir. Rüşvet suçunun işlenmesi için kamu görevlisinin olması gerekir. Yahut doğal nitelikte ön koşullar; çocuk düşürme için kadının gebe olması gerekir.

Ön koşul ile unsurlar arasındaki temel fark, unsurların suç işlenirken; önkoşulun ise icradan önce bulunması zorunluluğudur. Ön koşullar diğer unsurlarla eşzamanlı olmak zorunda değil. Bir başka farklılık, manevi öge açısından çıkar. Failin kastı ön koşulları kapsmalıdır. Failin para verdiği kişinin kamu görevlisi olduğunu bilmemesi, yahut çocuğunu düşürüttüğü kadının gebe olduğunu bilmemesi halinde ön koşullar açısından kastı yoktur.

2. Nesnel Cezalandırılabilme Koşulları

Failin bunları bilip bilmemesinin, isteyip istememesinin bir değişiklik yaratmadığı, öznel nitelikte olmayan koşullardır. Failin icrai hareketlerinin bitmesi ya da o sırada oluşan koşullardır. TCK m. 216; açık ve yakın bir tehlikenin failin hareketlerinin bitmesi ile doğması; nesnel cezalandırılabilme koşuludur. Failin öznel dünyasının, kastının dışında koşullardır. 19. yy'da Floria buna karşı çıkan ilk isim olmuştur. Darlaştırıcı bir özellik göstermektedir ve failin isteğinin tamamen dışındadır. TCK m. 257; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu; bir cezalandırılabilme koşulu söz konusudur; bundan dolayı ortaya bir zarar çıkmış ise cezalandırılabilir.

Alman hukukunda nesnel cezalandırılabilme koşulları ikiye ayrılarak incelenmiştir;

- Gerçek cezalandırılabilme koşulları
 - Görünüşte cezalandırılabilme koşulları
- şeklindedir.

Gerçek olanlar cezalandırılmayı tamamen önlerler. Görünüşte olanlar haksızlığın bir biçimi olarak çıkarlar, cezalandırılmayı sınırlarlar. Yabancılarla ilgili suçlarda karşılıklılık ilkesi gerçek anlamda bir cezalandırılabilme koşulu olarak getirilmiştir. TCK m. 241'de mal ve hizmet satımından kaçınma suçunda, eğer gerçekten satılmayan mal kamu için acil bir gereksinimin ortaya çıkması sonucunu doğuruyorsa cezalandırılır. Buradaki cezalandırılma koşulu göreceli bir durumdur, görünüşte cezalandırılma koşuludur. Ancak bu ayırım çok öne çıkmamaktadır.

Ustur ile cezalandırılabilme koşulu birbirinden ayrılamıyorsa, söz konusu şartı ustur olarak kabul etmek fail yararınadır çünkü usturda, failin kastının onu kapsamaması gerekir; kuşkudan fail yararlanır ilkesi uygulanmalıdır. Nesnel cezalandırılabilme koşulları mutlak surette nesnelirler, failin şartı isteyip istememesi onun ortaya çıkan şarttan dolayı cezalandırılabilmesini değiştirmez.

Nesnel cezalandırılabilme koşulları; TCK m. 162, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 216, 217, 220, 319, 240. Teşebbüs halinde kalmış bir suçta cezalandırılabilme koşulları

konusunda tartışma söz konusudur. Ancak teşebbüste aranan zarar ve tehlike ile maddede öngörülen zarar ve tehlike birbirine karıştırılmadan yargıç bir değerlendirme yapmalı, buna göre teşebbüs normunu uygulamalıdır.

Manevi öğeler de söz konusu olduğunda; failin kusurluluğu ile nesnel cezalandırılabilme koşullarının ve eylemin bir bağlantısı bulunmamaktadır. Suçun tamamlanması, cezalandırılabilme koşulunun gerçekleştiği andır ve zamanaşımı bu anda başlayacaktır. Cezalandırılabilme koşulu olmadığı takdirde fail beraat edecektir. Eğer koşulun gerçekleşmesi için hala zaman varsa, yargıç durma kararı verir, kovuşturma aşamasını durdurur; mağdurun şikayetini bekleyebilir. Eğer süre geçmişse, dava düşer.

3. Yargılama Koşulları

Bu koşulların ceza yargılamasına mı ceza hukukuna mı ait oldukları tartışmalıdır. Çift bünyeli bir yapı sergilemektedirler. Cumhuriyet savcılarının takdir yetkisi yoktur, yeterli kuşku olduğunda davayı açmak zorundadırlar. Yasa koyucu bunu gözeterek, bu durumu yumuşatmaya çalışmıştır. Bireysel yarar ile toplumsal yarar arasındaki denge farklılığına yönelerek, bireysel yarar üste çıktığında bazı yargılama koşullarını getirmiştir. Eşler arasında zorla cinsel ilişkiye girmede olduğu gibi; şikayete bağlıdır. Yargılama koşulları; istek, izin, yakınma -şikayettir.

İstek - talep; yurtdışında işlenen suçlarda, Adalet Bakanlığı'nın talebi söz konusu olmaktadır.

İzin #2 türüdür; denetlenebilen -takdir yetkisinden kaynaklanan izin ve Adalet Bakanlığı tarafından belli maddelerdeki suçlarda kullanılan izin. Yargısal denetime açık ve yargısal denetime kapalı izin türleridirler. Denetlenebilen takdir yetkisinden kaynaklanan izin; kamu görevlilerinin denetlenmesi ile ilgili yasada, cumhuriyet savcısının soruşturmasını yaptıktan sonra önemli gördüğü halde kovuşturma için izin istemesi söz konusudur. Kovuşturmaya gerek yoksa takipsizlik kararı verilir. İlgili merci izin vermezse idari yargıya gider, denetlenebilir.

İkinci tür izin ise, Adalet Bakanlığı tarafından TCK m. 299, 301, 305, 306; *Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı İşlenen Suçlar*. Adalet Bakanlığı'na verilen yetkiler kullanılırken, cumhuriyet savcısı önce soruşturmayı tamamlar, dava açma gereği olduğunu kanıtlarsa Adalet Bakanı'ndan izin ister. Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunda, cumhuriyet savcısı soruşturması sonunda yeterli kanıt varsa, Adalet Bakanlığı'ndan davayı açmak için izin ister. Çünkü cumhuriyet savcısı siyasi değerlendirme yapamaz, yasa koyucu böyle durumlarda siyasetçinin bir değerlendirme yapmasını istemektedir, çünkü mahkumiyetin doğuracağı zarar yarardan fazla olup, Türkiye'yi güç durumda bırakabilir. Eğer izin verilmezse, savcının bu izin isteğini yargının önüne getirme yetkisi yoktur. İzin verilmediğinde bu işleme karşı yargı yolu kapalıdır. Bakanlık izin verdiği ya da vermediği durumlar için gerekçe göstermek zorunda değildir.

Karar: Sorumsuzluk ilkesi gereği milletvekilleri ve bakanlar hakkında meclis kararı gerekir.

Şikayet, bazı suçların duyulması doğru olmadığında çıkan bir koşuldur. Suçtan zarar görene şikayet hakkı tanınmıştır. Çoğunlukla hafif suçlardır. Faille, suçtan zarar gören arasında uzlaşma imkanı olabilir. Yasa koyucu bu suçları #2'ye ayırır. Bir kısmı mutlak surette şikayete bağlanmıştır; savcı şikayet olmadan resen takip edemez. Maddelerde şikayet açıkça öngörülmüştür. Bir kısım suçların ise hafif şekli ancak şikayete bağlıdır; görece şikayete bağlı suçlardır. Kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki çatışmada bireysel yarar üstte tutulmuştur ancak bunun istismar edilmemesi için bazı tedbirler almıştır; örneğin süreye bağlamıştır.

Yakınmanın konusu, iddia edilen, işlenen eylemdir, olaydır. #3 sonuç çıkar; 1. Fail, eylemin niteliğinin hukuki adını vermek zorunda değildir, bu yargıcın görevidir. 2. Faili belirlemek de

yakınanın görevi değildir, belirleyebilir ancak zorunda değildir. 3. Fail, birden çok kişi tarafından işlenen bir suçta yalnızca birini ya da birkaçını şikayet ediyorum diyemez.

İlkeler

1. Yakınmanın bölünmezliği ilkesi; biri şikayet edildiğinde bu diğerlerine de bulaşır. Mağdur, ya şikayetinden vazgeçer yahut hepsinden şikayetçi olmuş olur. Şikayetin bölünmezliği vazgeçmede de sonuç bulur.
2. Şikayetin konusu eylemdir, bu nedenle mağdur eylemi anlatmalıdır.
3. Eylemin ceza hukukundaki adını söylemek zorunda değildir.

Şikayet hakkı süresi; 6 aydır, hak düşürücüdür, kesintiye uğramaz, uzatılamaz. Yasa koyucu, mağdurun faili ve fiili öğrendiği andan itibaren süre başlar demektedir. Şikayet önceden yapılabilir, fail daha sonra öğrenilebilir. Ancak şikayet hakkı süresi fiil ve failin öğrenilmesi ile başlayacaktır. Mağdur, faillerden birinin adını öğrenirse süre başlamış olur. Failin o olduğuna inanması yeterlidir. Şikayet korunan değer sahibine aittir. Ancak CMUK bazı yakınlarla da şikayet hakkını tanımıştır. Şikayet tüzel kişiliğe yönelik bir eylemde organlarına tanınır. Yabancı devlet adamlarına yönelik eylemlerde, devletlerin şikayet hakkı vardır. Ölümlere sövme suçunda kardeşler ile üst soy ve alt soya da şikayet hakkı verilmiştir. Yurtdışında bir eylem söz konusu olduğunda elçiliklere, konsolosluklara şikayette bulunulur. Davanın kesinleşmesine kadar şikayetten vazgeçilebilir.

B. Var Olmaması Gereken Koşullar

1. Uzlaşma

CMUK'da öngörülmüştür. TCK m. 73 ve 253. maddelerinde de düzenlenmiştir. Uzlaşmanın konusu olan suçlar, kural olarak şikayete bağlı suçlardır. Ayrıca TCK m. 253/2-b'de de öngörülmüştür. Ancak cinsel dokunulmazlık gibi suçlarda, şikayete bağlı bir suç olsa da uzlaşmanın olmayacağı öngörülmüştür.

2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

#2 koşul öngörülmüştür. İlki objektif koşuldur; suç kuşkusunun bulunmasına rağmen, soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olup da üst sınırı 1 yılı aşmayan suçlarda söz konusudur. İkincisi sübjektif koşuldur; savcı şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmediğini görürse, davanın açılmasının ertelenmesi hem şüpheli hem de toplum açısından davanın açılmasından daha yararlıdır derse davayı 5 yıl süreyle erteler. Şüphelinin zararı gidermesini sağlar.

3. Kişisel Nedenler

Haksızlık vardır ancak haksızlık nedeniyle bir yükümlülük kararı vermek bazen ceza hukukunun amaçlarıyla bağdaşmayabilir. Bu nedenle yasa koyucu bazı olasılıkları düşünerek ve failin kimliğine veya davranışına bakarak bazı kişisel cezasızlık veyahut indirim nedenleri getirmiştir.

a. Kimliğe Bağlı Kişisel Nedenler

Kişisellikten doğar, diğer failler değil söz konusu sıfatı taşıyan fail ancak yararlanabilir. TCK m. 22/6; failin taksirli bir suç işlediği zaman kişisel olarak zor bir duruma düşmesi hali. Yahut TCK m.167 malvarlığına karşı suçlarda, yakın akrabalıkta söz konusudur; akraba, altsoy, üstsoy niteliği taşıyan fail cezalandırılmaz. Birisinin suçtan doğan bir eşyayı kabul etmesi; yataklık suçu. Eğer bu suçu fail, asıl suçu işleyen faille beraber yapmışsa artık bu madde uygulanmaz. TCK m. 245/4; akrabalık ilişkisinden kaynaklanan bir durum yine söz konusudur. Ayrıca TCK m. 263'te birbirine yakın olan kişilerin kovuşturmada yalan yanıklık yapmasında, bu yalan tanıklıktan dolayı cezalandırılmaz. TCK m. 281/1 kişinin kendisi ile ilgili kanıtları ortadan kaldırması, o kişi eğer gerçekten failse cezasızlık nedeni olarak kabul edilmiştir. TCK m. 283; suçluyu kayırma suçunda yakın akrabaların kişisel cezasızlık nedenidir. TCK m. 284. Ayrıca Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu da kişisel cezasızlık nedenidir. Öngörülen niteliğin bulunması, cezasızlık için yeterlidir ve zorunludur. Yeter ki bu durum suçlendiği anda var olsun, eğer suç işlendikten sonra doğarsa söz konusu olmaz. Örn, hırsızlık suçu işlendikten sonra evlenmede bu neden uygulanmaz. Eğer nedenin varlığı konusu suçta şüpheye düşülürse; kuşkudan sanık yararlanır ilkesi uygulanır.

b. Eyleme Bağlı Kişisel Nedenler

Faillerden biri ya da fail bir suç örgütünün yerini haber vermişse, davranışı yapan bundan yararlanır. TCK m. 221 buna örnektir. Aynı şey teşebbüs kavramında gönüllü vazgeçmede de yer almıştır.

Etkin pişmanlık da yine burada söz konusu olacaktır. Ancak etkin pişmanlık terimi yerine suç sonrası cayma teriminin kullanılması daha uygundur. Burada söz konusu olan bir pişmanlık değil, iradi bir eylemle suç sonrası caymadır. Ceza hukuku, failin içdünyası ile ilgilenmemektedir. Kimi yazarlar bu kurumun kabul edilmesine karşı çıkmaktadırlar. Suç bittikten sonra suçun işlenmiş olduğu ortadan kaldırılamaz demektedirler. Ancak bu görüşlere karşın bu kurumun varlığı TCK 'da söz konusudur. Çünkü suç siyaseti açısından böyle bir yola başvurmakta yarar var (SS). Sövme suçu vb. buna elverişli değildir.

Ayrıca hazırlık davranışlarının cezalandırılması da söz konusudur. TCK m. 93, 192, 201, 221, 254, 282, 294, 293, 316 bu konuyu düzenlemektedirler. Bu konudaki düzenleme elbette teşebbüs kavramından farklıdır. Çünkü ikinci bölüm suçlar zaten hazırlık aşamasındadır, eğer bunlar cezalandırılacak olursa fail dolaylı olarak suça teşvik edilmiş olacaktır. Örneğin tehlike suçları; metro bombolamak için plan yapmak. Tehlikeli suçlar kesimine girer ve bu suçların failleri örneğin örgüt üyeleri vb. için uygulanan infaz rejimi değişir. Denetimli serbestlik önlemi uygulanır. Bunların özelliği kişisel olmalarıdır. Eylemin haksızlık niteliği değişmez fakat kişisel bir davranış nedeniyle fail ödüllendirilir. Bunlardan bazıları ispata bağlı olarak kabul edilmiştir. Eğer bir eylem yükletilerek birine bir sövme suçunda bulunuyorsa, TCK m. 127'de öngörülmüştür. Gönüllü vazgeçmede olduğu gibi bunun da iradi olması gereklidir. TCK 221/3, 168, 254/3 ve 293 maddelerindeki pişmanlık sözcükleri yerinde olmamıştır. Ayrıca bu neden eylem işlendiği sırada yahut hemen sonra gerçekleşmelidir. TCK m. 223'te ceza verilmesine yer olmadığına şeklinde belirtilmiş beraatine denmemiştir. Yani buradaki haksızlık sabittir ancak nedenden dolayı ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir. Örneğin kişi bir terör örgütüne üyedir ancak gelip örgütün yerini söylemiştir.

TCK m. 127; savcı yeterli şüphe varsa dava açmak zorundadır; dava açma zorunluluğu. TCK m. 254 (etkin pişmanlık) ile daha da derinlemesine incelenmiştir.

c. Takdiri nedenler

Takdiri nedenlerle ilgili ilkeler;

1. Bunların genel olmalarıdır; tüm suçlar içindirler. Fail birden çok suç işlemişse, failin tüm suçları için uygulanır.
2. Takdiri olmaları yani zorunlu olmamalarıdır.
3. Üçüncü husus; sınırlı olmamalarıdır. TCK m. 62'de gibi denilerek ihtimallerin arttırılabileceği yahut verilen örneklerden biri olabileceği belirtilmiştir.
4. Dördüncü ilke, çelişkisizlik ilkesidir. Yargıç belirli gerekçelerle temel cezayı belirler. Çelişkiler söz konusu olursa, gerekçesizlik ortaya çıkacaktır. Temel ceza arttırılarak verilir, daha sonra takdir yetkisi kullanılarak ayrı bir gerekçeyle indirime başvurulabilir. Ceza eylemle, takdiri indirim nedeni faille ilgilidir. Önemli olan burada bir çelişkinin söz konusu olmamasıdır.
5. Beşinci ilke, mükerrer veya çifte değerlendirme yasağıdır. Bir suç işlendiği zaman, ceza arttırılarak veya indirilerek verilebilir. Ancak kanuni indirici nedenden dolayı yapılan indirim, takdiri indirim nedeni olarak da kullanılamaz. Yahut olayda dört farklı takdiri neden varsa, yalnızca tek seferde indirim yapılır, dört kez üst üste indirim yapılmaz. TCK m. 62/3'te belirtilmiştir.

TCK m. 62; "(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir."

Takdiri indirim nedenleri için gerekçe gösterilmesi şarttır. Yargıç yetkisini neden kullanıp kullanmadığını göstermelidir. Bu göstermede hakların engellenmemiş, örselenmemiş olması şarttır. Bu nedenle dikkatli kullanılması gereken bir yetkidir.

TCK m. 62/2'de Öngörülen Nedenler

1. Failin geçmişi ile ilgilidir. Temel ceza verilirken bu değerlendirilmişse, çifte değerlendirme yasağı gereği, ikinci kez kullanılamaz.
2. Failin toplumsal ilişkileri. Failin toplum içinde yer alması aileden başlamaktadır, ve iş yeri, okulu vb. bulunduğu ilişki kurduğu çevreler içinde değerlendirilmesidir. Yaşam koşulları, sürdüğü hayat vb. şeklinde belirtilmiştir. Ancak yaşam kusuru söz konusu olamaz.
3. Failin suç öncesi ve suç sonrası davranışları. Suç sonrası; örneğin fail yaraladığı kişiyi hastaneye götürmüş, suçun etkilerini gidermeye çalışmıştır.
4. Güvenlik önleminin, yaptırımın, cezanın fail üzerindeki etkisi.

Suçun Benzerlerinden Ayrımı

Her haksız eylem suç değil, her suç haksız eylem değildir. Bunun dışında idare hukukunda kabahatler söz konusudur. Kabahatler tamamen ceza yasasının kapsamından çıkarılmıştır. Ancak bunlarla ilgili bazı ilkeler ceza yasasıyla ortak hale getirilmiştir örneğin, yaptırım belirlemek suretiyle bu açıdan katı bir yasallık ilkesi benimsenmiştir. Bunun dışında geniş anlamda fail kavramı benimsenmiştir. Kabahat - suç ayrımı için bazı ölçütler konulmaya çalışıldı. Bazı öğretici kabahatlerin yapay, suçların doğal olduğunu söyledi. Başka bir görüş ise suçla toplumu sarsan niteliktedir, kabahatlerin işlenmesi ise basit davranışlardır toplumu sarsmaz denildi. Bunlar geçerli olmamıştır. Geçerli olan o düzenleme içerisindeki yaptırımın türüdür. Kabahatin uygulaması idari niteliktedir.

İtirazlara yargıçlar bakar. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu. Kusursuz idari yaptırım olmak, kişisel ilkeleri benimsenmiştir. Kabahat de bilinçli olarak işlenecektir, taksirli kabahatler istisnai olarak benimsenmiştir. Kabahatin hukuka aykırı olması da söz konusudur. 5326 s kanunun yaptırımları içeren bölümü ve ilkeler önemli. Suçlar yurtdışında izlenir ancak kabahatler izlenmez. İdari yaptırımlar arasında nitelik ve amaç farkı gözetilmemiştir. Yaş açısından farklıdırlar; kabahatlerde sorumsuzluk yaşı 15 iken, suçlarda 12'dir. Kabahatlerin teşebbüsü söz konusu değildir, suçlar teşebbüs aşamasında kalabilir. kabahatler açısından sorumsuzluk ve yerine getirmede zamanaşımı söz konusudur, mahkemelerin bu konudaki yetkisi istisnai niteliktedir. Herhangi bir kabahat işlendiğinde bu sicile geçmez, tekrarı esas olmaz.

Haksız eylemler tamamen Borçlar hukukunun içinde kalır. Ancak yasa koyucu suç olan bir eylemi haksız eylem, haksız eylemi suç haline getirebilir. Suç- haksız eylem arasındaki farklılıklar tartışılmıştır. Fark vardır diyenler bazı ölçütler geliştirirler. Biri, maddi öge üzerinde durarak, suçun onarılması imkansız bir sarsıntı yarattığını, haksız eylemin yaratmadığını söyler. Bazıları ise haksız fiilde kasıt aranması şart değilken, kural olarak suçta kasıt aranır derler. Alman yazarlar ise hukuka aykırılık ögesi üzerinde dururlar, suçun haksız, hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirir hukuku doğrudan çığnediğini fakat haksız fiilin hukuku dolaylı olarak ihlal ettiğini söylerler. Ancak bunlar arasındaki en temel fark yahut ölçüt yaptırımdır.

Disiplin suçları, kamusal görevi yapanların görevi iyi yapmaları için göz önünde tutulur. Devletin görevlerinin sürekliliğini örselemeden işlemler yapılması ile ilgilidir. Ceza hukuku ile ilgisi yoktur, bir hiyerarşiden doğmaktadır; bu hiyerarşi devletin düzen ve normal çalışması için geçerlidir. Bir disiplin eylemi suç ise, bunun sabitliği ile ilgili verilmiş hüküm tarafından idare mahkemeleri bağlıdır. Yerindelik açısından değerlendirme yapılabilir, yasallık açısından bir katılık söz konusu değildir. Uyarı ile başlar ihraca kadar çıkmaktadır. Bu cezalarda bir takdir hakkı kullanılabilir.

Vergi suçlarının, bir kısmı vergi mahkemeleri bir kısmı da ceza mahkemeleri tarafından görülür. Vergi suçu kamusal bir suçsa, ceza hukukunun alanına girer.

- Yaptırım Hukuku

Suç hukukunun önemli bir parçasıdır. Eğer ceza bir amaç olsaydı ölüm cezası TCK içinde yer alırdı fakat ceza faili tamamen topluma döndürme amacı taşıyan bir araçtır. Bugün demokratik suç hukukunu benimsemiş olan hiç bir ülkede ceza bir amaç değildir. Suç politikası içinde de buna değinilmiştir.

Yazılı hukukumuz içinde #2 türlü yaptırım söz konusudur; cezalar ve güvenlik önlemleri. Cezalar dendiğinde bunları yasa koyucu sadeleştirmiştir; özgürlüğü sınırlayanlar -hapis yahut adli para cezaları. Bunlar fail kusurlu olduğu zaman uygulanacaktır. Güvenlik önlemlerindeki ölçüt tehlikeliliktir. Kusurluluk temel ölçüt değildir, güvenlik önlemi kusursuz olanlara uygulanır ancak ceza asla kusursuz olanlara uygulanmaz. Burada iki izlilik sonucu çıkar. Buna göre suç teşkil eden eylemin karşılığı olarak uygulanacak yaptırım, ya ceza ya da güvenlik önlemi olarak çıkacaktır. Alman hukuku iki izlilik adını; İtalyan hukuku iki çizgililik, şeritlilik adını vermektedir. Ancak günümüzde bir üç izlilik çıkmaktadır. Örneğin erteleme, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi, mağdurun zararının giderme veya uzlaşma üçüncü bir izin görünüm biçimlerini oluşturur. Ceza kavramının bir ödeşme, kefalet olması amacı mutlaka vardır. Yeni anlayış kefaletle yetinmez, Kant'ın görüşüne göre bu kefalet anlayışının katılığı kaybolmaz, herşeyin temeli ahlaka dayandırılır. Ancak aklın emrinin yerine getirilmesi cesareti gösterilirse o zaman ahlaklı olunur demektir.

Yaptırım #2 biçimde çıkar; ilkinde ceza normu, ceza düzgüsü varsa bunun ihlal edilebilirliği ortaya çıkar, bu ihlal edilebilirliği engelleyen nokta yaptırımdır. İkinci olarak, bir ihlale karşı gösterilen tepkidir. Ceza normunun buyurduğu şey çığnenmiştir, buna yönelik bir tepki gösterilir. Burada ancak ve ancak hukuk yasalarına tepki koyulur, doğa yasalarına tepki niteliğinde değildir. Doğa yasası çığnemeyi kendisi değiştirecektir. Yaptırım daima doğruluk, verite karşılığındadır ancak doğa yasasındaki bir realite karşılığındadır. Veriteyi devlet gücü gerçekleştirecektir.

Yaptırım nedir, nasıl sistemleştirilir? Tüm ülkelerde bu sistemleştirme yoluna gidilerek, tek izlilik, iki izlilik ve üç izlilik biçiminde sistemler çıkmıştır. İsveç'te bir tek izlilik sisteminden bahsedilir. İki izlilik ise hemen hemen bütün uygar ülkelerde benimsenmiştir. İtalyan hukukunda iki şeritli sistem denilmektedir. İki izlilikte alt iki sistem vardır; ya bir toplanma sistemi vardır; hem ceza vardır hem de güvenlik önlemi söz konusudur ya da seçenekli bir sistem vardır; veya denir bunlardan biri uygulanır; veyahut temsil, ikame sistemi çıkabilir, burada da hapis cezası güvenlik önlemine çevrilir örneğin.

Ceza yasası olabildiğince çıkan zararı onarmaya yönelmiştir, onarım sistemi günümüzde belirlemektedir; erteleme sistemi; infazın ertelenmesi, hükmün geriye bırakılması gibi mağdurun zararını gidermeye yönelik düzenlemeler çıkmaktadır. İşte bu onarım sisteminin de gözetilmesi ile üç izlilik çıkmıştır denilmektedir.

Güvenlik önlemi toplumu korumaya yöneliktir, çok çeşitlidir.

Tehlike karşısında toplumu korumak için uygulanan güvenlik önlemi ile ceza arasında farklar ve benzerlikler

- Benzerlikleri

Güvenlik önlemleri TCK'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir ancak daha ayrıntılı hale getirilebilir, oldukça geniş bir konudur. İtalyan ceza yasası 41 maddede düzenlemiştir. Ceza ise güvenlik önlemlerine göre daha sınırlıdır.

1. Güvenlik önlemleri tehlikeliğe karşıdır ve insanı toplumsallaştırmak amacını gütmektedir. Cezalar da aynı amacı öngörmektedir. Failin infaz kurumunda iyileşmesi amaçlanır.
2. Her ikisi de fail üzerinde bir iz, damga, etki bırakmaktadır.
3. Güvenlik önlemlerinin cezaya benzediği en önemli nokta, bazı güvenlik önlemlerinin özgürlüğü sınırlamasıdır.
4. Ceza kusurlu insana verilir, kusurlu olmayan tehlikeli kişiye güvenlik önlemi uygulanır. Cezada kefaref felsefesi vardır.
5. Her ikisi de yasallık ilkesine tabidir. Hem anayasaya hem de TCK'ya göre her ikisi de yaptırım kavramı içindedir, mutlaka kanunla öngörülmesi gerekir. Adli ve idari önlemler farklıdır. Bu nedenle bir yaptırım ister ceza ister güvenlik önlemi olsun yargıç karar verecektir.
6. Cezanın bireyselleştirilmesi, güvenlik önlemi için de söz konusudur. Eğer güvenlik önlemi faile uymuyorsa, yargıç tarafından değiştirilecektir.
7. Cezada olduğu gibi güvenlik önleminde de; hüküm kesinleşince cezayı çekme, güvenlik önlemini çekme yükümlülüğü doğar. Güvenlik önlemine yahut cezaya uymadığı takdirde buna katlanacaktır, tekrar yargılanacaktır.

- Farkları

1. Ceza verilmesi için failin kusur yeteneğini haiz olması ve o eylemde kusurlu olması gerekir. kusursuz ceza verilemez ancak kusursuz güvenlik önlemi uygulanır.
2. Ceza geçmişe yöneliktir, sarsılan hukuki düzenini düzeltmek içindir. Ancak güvenlik önlemi geleceğe yöneliktir.
3. Cezanın da ıslah etme amacı taşıdığı unutulmamalıdır.
4. Ceza bir kınama yargısıdır. Bir kişiye ceza verilerek, o kişinin kusurlu olduğu resmen, devlet ve toplum adına söylenmiş olur. Güvenlik önlemi ise bir kınama yargısı değildir.
5. Her ikisinde de

Görüşlere göre, yaptırımlar kusur açısından #2'ye ayrılır; Kusura bağlı olan yaptırımlar; ceza, kusura bağlı olmayan yaptırımlar; güvenlik önlemidir derler.

Plato; kötülükleri basamaklara koyarsanız, birinci kötülük doğru olmayan bir şeyi yapmaktır ancak doğru olmayan bir şeyi yapan kişiyi cezalandırmamak en büyük kötülüktür demiştir. Bugüne dek cezanın kaldırıldığı bir düzen yoktur. Ancak bunu önerenler vardır; Gramatica. Ceza mutlaka uygulanmalıdır. Cezanın toplumsal bir amacı vardır, koruma,esirgeme, savunmayı sağlar. Ayrıca bireysel yararı söz konusudur, bunun dışında bir araç olarak kullanılması söz konusudur.

İşlevleri

1. Ceza bir yanıttır. Cezayı bilen o suçu işlemekten vazgeçer. Bu nedenle cezanın suçu önleme işlevi söz konusudur. Beccaria cezanın ağır olması önemli değildir, muhakkak olması önemlidir demiştir. Nitekim ağır cezalar hiçbir zaman caydırıcı olmamıştır, ya toplumu isyan ettirmiştir yahut yargıçlar ceza ile vicdanları arasında kalmışlar cezayı yumuşatmanın yollarını aramışlardır.
2. Cezanın en önemli işlevi, telkin, bastırmadır. Özellikle uzun süreli hapis cezalarının işlevi bastırmadır.

Tüm bunlara göre, cezanın hem varlık nedenine hem temeline hem de amacına yönelik felsefeler vardır. Özellikle cezayı devlet neden verir sorusuna çeşitli yanıtlar verilmiştir. İlki toplumsal sözleşmeye başvurur. Beccaria, Rousseau, sözleşmeye uymayan insan ihanet etmiştir derlerdi. Bundan sonra, saltçı mutlakçı görüşler çıkmıştır. Kefaret görüşüne eğildiler. Bunların içinde Kant öne çıkmıştır. Aklın emrinin dışında çıkıldığında ahlaksızlık ortaya çıkar demiştir. Eğer birinin cezasının infazı gerekiyorsa, o infazın yerine getirilmesi şarttır demiştir. Bunun dışında Hegel de kefarete görüşünü benimsemiştir. Diyalektik bir yöntem kullanmıştır, o kadar ileri gitmiştir ki estetik zaruretle mutlakçı görüşleri savunanlar çıkmıştır. Mutlakçı görüşlerin temelinde kefarete yatmaktadır. Yaptırımlar, adaletin gereğidir demişlerdir. Bu anlayış günümüzde oldukça geride kalmıştır. Çünkü bunun uygulanması halinde devlet terörüne yol açılmış olur. Mutlakçı görüşler yerlerini nisbi görüşlere bırakmışlardır. Bentham, Beccaria, Feuerbach nisbi teoriler öne sürenlerdendir. Ceza kuramları geleceğe yönelik olarak da gelişmiştir.

Buradan ceza kuramlarının #2 önemli sonucu çıkar; genel önleme amacı ve özel önleme amacı.

Genel önleme amacı için yasada yaptırımın varlığının bulunması yeterlidir. İşlenecek eylemle, o suçun koruduğu değerle o yaptırım orantılı olacaktır. Cezalar eğer gerçekten infaz edilir ve halk da bunu bilirse bu da genel önlemeyi, cezanın muhakkak olmasını sağlayacaktır. Ancak devletin bu konuda aşırıya gitmesi yanlış olur, yargıçlar da bu cezalardan uzak durmak için yanlış yollara sapabilirler. Yargıçlar için; mutlaka eylemin kanıtlanması, ceza yargılamasını ıslah edilmesi ve iyi uygulanması oldukça önemli görevlerdir. İbret olsun diye ceza vermek, failin zararına toplumun

yararına bir adaletsizlik çıkar ve fail burada bir araç olarak kullanılır. Çünkü kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge bozulur.

Özel önleme cezaya maruz kalan failin o cezayı çektikten sonra birdaha suç işlememesini sağlamaktır. Geleceğe hitap eder ve cezanın vesilesi değildir; bireysel, özel bir önlemedir. Akıllı insan yanlış olunduğu için değil, yanlış olunmaması için ceza verir. Von Liszt, faileri tecrit etmek gerekir demiştir. Faili ceza yoluyla başka suçları işlemekten caydırabilirsiniz ve fail aynı suçu tekrarlamayı artık istememelidir. #3 çeşit fail ortaya çıkardı; rastlantı suçları, ıslahı mümkün olabilen suçlar, ıslahı mümkün olmayan suçlar (itiyadi suçlar). Bugün varılan sonuç hem özel önleme hem de genel önleme amacını gerçekleştirecek karma bir sisteme ulaşmak amacındadır. Ancak hiçbir görüş kefaret amacının gerçekleşmesinden uzaklaşmamıştır. Sistemler buna göre oluşmuştur, TCK sistemi yalnızca Alman ağırlıklı değildir birçok ülkeden esinlenmiştir.

Yargılanan bir insandır. Ödetme ve acı duyma bir aradadır. Cezanın nasıl olması gerektiği sorusu çıkmaktadır. Ceza bünyesinde hem genel önleme hem de özel önleme amaçlarını taşımaktadır. Cezanın bazı nitelikleri söz konusudur. Türkiye bazı anlaşmalara da imza atmıştır, insanlık dışı ceza uygulamalarını önleme ile ilgili bir sözleşmeyi imzalamıştır. Yalnızca öc alma amacıyla bir ceza yargılanması düşünülemez, fail araç haline getirilmiş olur. Bu nedenle cezada bazı nitelikler sürekli olarak aranmıştır.

Cezanın Özellikleri

1. Yasal olması. Suçlar yasalsa, yaptırımlar da yasal olacaktır. Yaptırım, suçun hukuki sonucudur ve bir tepki niteliğindedir. İşlenmiş olan eyleme, hukukun verdiği bir cevaptır. Bu açıdan ceza mutlaka bastırıcı, tenkidi niteliktedir; kefaret anlayışı ve acı vermesi kaçınılmazdır.
2. Cezanın en önemli özelliklerinden birisi işlenmiş olan eylemin doğurduğu haksızlıkla orantılı olmasıdır. Korunan değer burada öne çıkmaktadır. Eğer gerekli dozda değilse, az kalıyorsa, adalet bundan şikayet edecektir. Eğer dozun üstüne çıkılırsa, zulüm başlayacaktır.
3. Cezanın bireyselleştirilmesi için yargıca yetki verilmiştir. Kişilerin hem ruhsal hem bedensel yetilerine uymalıdır. Ceza derecelendirilebilir olmalıdır; sabit ceza sistemi değil; örn 1 yıldan 5 yıla gibi.
4. Faili küçülten, şerefiyle oynayacak biçimde ceza verilmemelidir. Örn, eskiden olan damgalama, ayak kesme, el kesme, dayak vb. Ceza, mutlaka insan onuruyla bağdaşmalıdır.
5. Ceza kusurla da orantılı olmalıdır. Nitekim kastın yoğunluğu, taksirin derecesi ile orantılı bir ceza verilmelidir.
6. Ceza yalnızca geçmiş değil geleceği de değerlendirerek failin cezaya katlanması halinde onu nasıl bir geleceğin beklediğinin de düşünülmesi gerekir. Eğer yalnızca geçmiş düşünülürse salt kefaret olur oysa ceza, ıslah etme amacını da taşımaktadır.
7. Ceza, madem ki bir tepkidir, toplumun iradesinin bir tepki şeklinde ortaya çıkmasıdır, savunma tepkisidir, bu yıkıcı oranda ortaya çıkmamalıdır. Salt öc alma duygusunu tatmin için ceza verilemez.
8. Cezalar herkesi tatmin eder ve geri alınabilirlerdir. Yani bir adli hata söz konusu olduğunda geri düzeltilebilmelidir. Fakat ölüm cezası bir sabit cezadır ve bu özelliğe sahip değildir.
9. Bir özelliği de hukuk karşısında eşitliktir. Ancak cezanın bireyselleştirilmesi bu niteliği engellemez. Ceza elbette ki kişisel bir yaptırımdır.
10. Cezanın bir başka özelliği de insancıl olmasıdır.
11. Cezanın ahlaki bir yönü de vardır; ahlaka karşı olmamalıdır.
12. Aynı zamanda ceza olabildiğinde devlete fazla yük getirmemelidir. Masraf açısından sık sık dile getirilir.

13. Yaptırım uygulanırken, cezanın son çare olduğu hiçbir zaman unutulmamalıdır.

Ceza tanımı (YirmiSekiz):

Ceza, devletçe topluma ağır zarar veren ve toplum tarafından onaylanmayan eylemin karşılığı (kefarete özelliği) ve son çare olarak, yasa ile öngörülen, kural olarak bağımsız yargı kararı ile eylemin ve kusurun ağırlığına göre suçlunun kişiliğine ve hukuksal eşitlik ilkesine denk düşecek biçimde bireyselleştirilebilen, düzeltilebilir, bölünebilir, başkalarını ve suçluyu suç işlemekten caydırıcı, suçluyu kimi hak ve özgürlüklerden yoksun kılıcı, acı verici, korkutucu, iyileştirici, ahlak ve insan şerefiyle bağdaşabilir insancı bir yaptırımdır.

Sistemler de ceza kavramlarına göre ceza hukuklarını yaratırlar. Komünizm zamanlarında, ceza hukukunun temelini işçi sınıfı yerleştirilerek, fail ceza hukuku yaratılmıştır. İşçiler suç işlemez denmiştir. Faşist İtalya'da da devlet değerleri ön plana çıkmış, bireyler ezilmeye başlanmıştır. Bugün ceza yasalarında kişilere karşı suçlar, devlete karşı suçlardan daha önce gelmektedir. Liberal anlayış ceza yasalarına yansımaya başlamış, üç izlilik sistemi benimsenmiştir. Ancak önceden devlet için birey anlayışıyla,

TCK m. 1, suç işlemenin önlenmesinden bahsedilmiştir. TCK m. 61'de cezanın bireyselleştirilmesi, ve güvenlik önlemlerinde tehlike kavramının öne çıktığı da görülür. TCK m. 3/2 eylemin ağırlığıyla orantılı ceza söz konusudur, hukukie eşitlik kavramına değinmiş, dağıtıcı adalet kavramı ile herkese göre ceza dağıtımını benimsenmiştir. TCK m. 61'de yargıca temel ceza belirlenirken, zararın ya da tehlikenin ağırlığına göre belirle demektedir. Kusurluluk kavramını açıklamış, kastın ağırlığı, taksirin ağırlığına dayanan kusura göre cezayı belirle demektedir. Ceza ve güvenlik önlemleri ile ilgil infaz yasası m. 3'te yasanın özel ve genel önleme amacını ön plana çıkardığı görülmektedir. Cezanın dozajı ile ilgili bir kuralı gündeme getirir. Yargıtay kararlarında da sık sık özel ve genel önlemeye dokunduğu görülür. Bazı bozma kararlarında da cezanın islah edici, tekerrürü önleyici dozajını gözet şeklinde telkini nitelikte yazılar yazıldığı da görülür. Cezanın artık öc alma duygusunu doyurma için verilmemesi gerektiği ile ilgili de Anayasa Mahkemesi kararları vardır.

Alman bir yazar; Adalet uğruna ceza veriyoruz deriz ancak ceza veriyorsak mümkün olduğunca adil olmalıyız. Kefarete uğruna da ceza veriyoruz ancak ceza veriyorsak kefareti algılama da olanaksız kılınmamalıdır. Bireyleri iyileştirmek için ceza vermiyoruz ancak ceza veriyorsak hükümlü topluma olan güvenini kazanmalı ve iyi bir yola girmelidir.

Devletin ortaya çıkışı oldukça önemlidir. Devlet egemenlik hakkını tek başına ele geçirmiş ve ayrıca egemenliğin bir yansıması olan cezalandırabilirliği ele almıştır. Bununla kamusal suçlar ortaya çıkmıştır. Daha sonra devlet, kovuşturma tekeline eline almıştır. Yönetimi eline alan devlet ile birlikte savcılık makamı ortaya çıkmıştır. Fransa'da ilk önce çıkmıştır. Özellikle, kıta Avrupası sistemini benimseyen ülkelerde, söz konusu gerçek savcılık makamı vardır. bir suç işlendiğinde, devletle sokaktaki insan arasında bir ceza ilişkisi doğmakta bu ilişki yargısal ilişkiye dönüşüyor, karar verildikten sonra infaz ilişkisi haline gelmektedir. Suç işleyen yurttaş her aşamada devletin dediğine uyacaktır. Hüküm giyen hükme boyun eğmelidir. Devletin sonsuz boyunduruğu altında bir toplumdan, bireylere karşı işlenen suçlar ön plana alınmıştır. Eğer bir toplum az gelişmişse, sorumluluk ortaklaşadır. Ancak toplum geliştikçe, ceza ve yaptırım kişiselleşmektedir.

Yaptırım, güvenlik önlemleri ve ceza olarak ikiye ayrılır. Cezalar ise, özgürlüğü engelleyici hapis cezası ve adli para cezalarıdır. Hapis cezası; müebbet ve müebbet olmayan hapis cezaları. Müebbet olmayan hapis cezaları ise #2'ye ayrılır; kısa süreli ve uzun süreli. Feri cezalar ve

mütemmim -tamamlayıcı cezalar yeni yasa ile güvenlik önlemine dönüştürülmüştür. Feri cezalar, yargıç bir hüküm kurduğu zaman ister güvenlik önlemine değinmesin ister değinsin otomatik olarak uygulanan cezalardır. Tamamlayıcı cezaların uygulanması için ise yargıcın açıkça göstermesi gerekiyordu.

1. Özgürlük değerine yönelik cezalar; hapis cezası
2. Malvarlığına yönelik cezalar; adli para cezası
3. Şerefe yönelik cezalar; istisnai olarak vardır. İftira maddesi TCK m. 267/9; mahkeme basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan verilen hükümlülük kararını kamuya duyurur.

Adli para cezası ve hapiste sınırlayıcı bir nitelik ortaya çıkmaktadır. Yazılı hukukla (anayasa başta olmak üzere yasalar) ve uluslararası sözleşmelerle sınırlandırıldığından, yargıcın hareket alanı sınırlanmıştır. Örneğin, Türkiyede bir hakim ölüm cezası da dayak cezası da veremez.

Hapis Cezası

Olumlu yönleri söz konusudur. Bunlar;

- Topluma, hukuka güven sağlaması
- Eğitim programını uygulama imkanını ve failin topluma toplumsallaşmış olarak dönmesini sağlar.
- Kefaret anlayışını çok iyi yansıtır. İbret verici bir tarafı vardır, fail, davranışının cezasını çekmektedir, geleceğin olası suçlularını suç işlemekten alıkoyar.

Olumsuz yönleri;

- Kişileri umutsuzluğa sevkeder. Olumsuz bir ortamda ıslah etmek oldukça zordur.
- Kişi, suçların nasıl işlendiği öğrenip topluma öyle dönebilir. Bu noktada tekrür hükümleri uygulanır.

Bazen adli para cezası ile hapis cezasından yalnızca biri maddede geçer yahut adli para cezası ve hapis cezası denir; bu halde ikisi de verilir. Bazen de veya denir bu halde yargıca takdir hakkı verilmiştir.

TCK m. 46; hapis cezası, hükümlü bir ceza infaz kurumuna koyulur ve özgürlüğü tamamen kaldırılır. Müebbet ve müebbet olmayan şeklinde #2'ye ayrılmaktadır. Müebbet olmayan hapis cezaları da kısa ve uzun süreli olmak üzere ayrılmaktadır.

Hapis cezasından hiçbir uygar devlet vazgeçmiş değildir. Ne kadar suç varsa o kadar ceza vardır ve bu cezalar birbirinden bağımsızdır. Ancak şartlı salıvermede bunlar toplanarak işlem görür. Yeni yasa eski yasadaki özel toplama biçimini ortadan kaldırmıştır. Tazmini cezalar da vardır. Tazmini cezalar, verilen zararın karşılığıdır. Bu cezalar hakkında bazı hükümler uygulanmaz örneğin yaş uygulanmaz. Bunun dışında nisbi cezalar da söz konusudur. Örneğin, ormana keçi girmişse, keçi başına ceza verilir. Disiplin cezaları ise bir düzeni sağlamak için verilir, örneğin yemin etmekten çekinen tanık için uygulanır. Ayrıca bir tazyik, baskı hapsi vardır. Ailenin korunması ile ilgili yasanın 3. maddesinde, verilen uzaklaştırma kararına uymama halinde çıkmaktadır.

a. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası

Müebbet; ömür boyu. Aslında fiili durum, ömür boyu değildir. Bunlarda şartlı salıverilme söz konusu olabilir. Belli bir süreyi iyi halde geçiren kişiler için söz konusu olmaktadır. Müebbet

hapis cezası, süreli hapis cezası gibi aynı rejime tabidir ancak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının rejimi değişiktir. Şartlı salıverilmede süreleri farklıdır. TCK mç 48.

b. Süreli Hapis Cezası

Kural olarak; 1 aydan 20 yıla kadardır. Yasa koyucu istisnai olarak bu sınırı aşabilmektedir; TCK m. 313. Süreli cezalar içerisinde; kısa süreli olanlar söz konusudur; TCK m. 49; 1 yıla kadar hapis cezaları şeklinde öngörülmüştür. Kısa süreli cezalar daima sakıncalıdır, bunlara şok yaratan cezalar denir. Bu cezaların sakıncaları; ıslah programının uygulanamaması, toplum içinde bireyin saygınlığının yitirilmesi, birey yeni suçlar öğrenerek dışarı çıkması, ailesinin yıpranması, etkilenmesi ve böyle bir cezanın önleyici yahut caydırıcı da olmayışıdır.

TCK, kısa süreli hapis cezalarında seçenek yaptırımlar öne sürmüştür, uzun süreli olanlarda ise ertelemeyi, koşullu salıverilmeyi ve uzlaşma kurumlarını önererek hapis cezalarının söz konusu olumsuzluklarını, sakıncalarını gidermeyi amaçlamıştır.

Birey kısa süreli hapis cezasına hüküm giydiğinde hüküm sırasında uyarılmıştır. Bir kısım düzenlemelerde getirilen ikame, yerine geçme sistemi TCK m. 50'de öngörülmüştür, genel hükümdür, yan ceza yasalarında da uygulanacaktır.

Kısa süreli hapis cezalarını seçenekli yaptırımlara çevirmenin koşulları

1. Mahkumiyet kararının süresi kısa olmalıdır. Nesnel bir koşuldur. İstisna; taksirli suçlarda süre koşulu yoktur. Özel koşul söz konusudur, yargıç suçlunun, kişiliğini, sosyal durumunu, ekonomik durumunu ve suçu işlerken gösterdiği davranış biçimlerini değerlendirerek ceza biçiminin ona uygun olduğuna karar verir. TCK bu şekilde, iki koşul getirmiştir.
2. TCK m. 50/3; hakim takdir hakkını haiz değildir, zorunlu olarak seçenek yaptırımlardan birine çevirecektir. Failin cezası 1 yılın altında ve yaşı 18'in altı veya 65 üstü ise seçenekli yaptırımlardan birine çevirecektir. Bu zorunluluğu uygulanabilmesi için daha önce bir hapis cezasına mahkum olmaması gerekir.

Seçenek Yaptırımları

Yasallık ilkesine tabidir, sınırlıdır.

Hapis cezasını adli para cezasına veya güvenlik önlemlerinden birine çevirmek

Güvenlik önlemine çevrilmede bir ilkeden yola çıkmıştır. Kendisine verilen ruhsatı, izni kötüye kullanarak suçu işlemiştir. Burada bir politika uygulanmıştır. Adli para cezasına çevirmede, 20 TL ile başlatılır, fail yararına bir düzenlemedir. Önce hapis cezası gün olarak öngörülmelidir.

Çevrilen güvenlik önlemleri - TCK m. 50/1:

- Mağdurun ya da kamunun suç dolayısıyla uğradığı zararın giderilmesi. Burada üçüncü bir iz ortaya çıkmaktadır, mağdur yahut kamu idaresi korunur. Bazı hallerde de yasa koyucu zararın giderilmesinin halini, bu önlemin uygulanmasına engel olarak görmüştür. Önlemin değiştirilmesi gerekliliği çıkar, iki kez ödeme yapılmaz.
- Eğitim görme. Alt sınırı 2 yıl olarak öngörülmüştür.

- Sanığın belli yerlere gitmekten belli etkinliklere katılmaktan yasaklanması. Tedbirin süresi açısından hapis cezasının yarısından bir katına kadar bir zaman dilimi belirlenir, esneklik öngörülmüştür.
- Fail bir meslek nedeniyle bir ruhsat, ehliyet almışsa ve bunu kötüye kullanmışsa, hapis cezasının yine yarısından bir katına kadar ehliyeti elinden alınır.
- Kamuya yararlı bir işte çalışma.

Seçenekli Yaptırımlara Çevirmenin Sonuçları

Hukuki sonuç; eğer adli para cezasına veya önleme çevrilmişse, asıl yaptırım artık odur; yani artık bu kişinin hapis cezasına hüküm giydiği söylenemez, adli para cezasına yahut önleme hüküm giymiştir. Uymama durumunda, daha önce verilmiş olan hapis asıl ceza sayılacaktır. Para cezasına çevrildiği takdirde, hapis cezası, tekrar gündeme gelecektir, ya kısmen yahut bütünüyle infaz edilecektir. Adli para cezasını ödemediği için tazyik- bastırma hapsi de söz konusu olabilir. Ancak çocuklarda para cezasına çevrilmez veya tazyik hapsi uygulanmaz. Ayrıca, hükümlü bu tedbiri yerine getiremem derse ve bu yerine getirememesi kendi imkanları dışında ise, yargıç değiştirebilecektir. Eğer seçenek yaptırımların yerine getirilmesi mümkün olmuşsa, kısa süreli hapis cezaları yerine getirilemeyecektir, hapis cezası ile ilgili sonuçlar doğmayacaktır.

Erteleme

Erteleme, hem bir cezanın bireyselleştirilmesi sorunudur hem de hapis cezalarının sakıncalarını giderme sorunudur. #2 işlevlidir ve çokça kullanılmaktadır. Faile yerine getirmezsün cezaevine girersün denildiği için iyi sonuçlar vermektedir. Cezanın bireyselleştirilmesi ile özel önleme sonucunu ve toplum içinde özel önleme sonucunu iyi bir şekilde yerine getiren bir kurumdur.

- Davanın açılmasının ertelenmesi
- Dava açılıp hükmün açıklanmasının ertelenmesi
- Verilen cezanın infazının ertelenmesi

Suçluyu iyi halde olmaya teşvik etmekte ve özgürlüğü kısıtlanacak ve ilk kez suç işleyen kişiyi olumsuz etkilerden korumaktadır.

Anglo sakson ve Kıta Avrupası sistemlerinde farklılık söz konusudur. Ertelemeye anglosakson denetimi esas tutmaktadır. Kara Avrupası sistemi ise geciktirme, infazı geciktirme sistemini benimsemiştir. Mahkumiyet hükmü verilmesi ertelenir, Anglosakson sisteminde denetlenirken Kara Avrupası'nda denetlenmiyordu ancak artık denetime de tabidir.

a. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Cumhuriyet savcısı tarafından CMUK m. 171/2' de kamu davasının açılmasının ertelenmesi, üst sınırı 1 yılı geçmeyen suçlarda yeterli delil olduğu takdirde söz konusudur. Ertelemeye imkan veren bir suç olmalı, savcı yeterli delile sahipse ve kamu davasının açılması ile kişinin suçu işlemekten çekineceğine karar veriyorsa, kamu davası ertelenir. 5 yıl içinde kasıtlı bir suç işlemediği takdirde, savcı kovuşturmanın gerekli olmadığına karar verir. Bu 5 yıl içinde zamanaşımı işlemez.

b. Verilen Cezanın Bildirilmesinin -Hükmün Bildirilmesinin Ertelenmesi

CMUK m. 235/5; hükmün açıklanmasının geriye bırakılması. Bir hukuki sonuç doğurmayan bir kurumdur. Cezanın 2 yıl veya daha az yahut adli para cezası olması halinde uygulanan bir hükümdür. Önce ceza sabittir denir, ancak mahkumiyet, ceza açıklanmaz.

Sübjektif koşul, bu karar verilirse kişi bir daha suç işlemeyecektir denmeli ve objektif koşul; verilen zararın ödenmesi söz konusu olmalıdır. Bu hükmün uygulanması failin isteğine bağlıdır. 5 yıl içinde kasıtlı bir suç işlese mahkeme mahkumiyet hükmünü kuracak ve açıklayacaktır. Taksirli suçlarda olmaz; mahkeme yeniden dosyayı incelemeye alır ve davanın düşmesine karar verir.

c. İnfazın Yapılmamasını Sağlayan Erteleme

TCK m. 51'de düzenlenmiştir. Bireyselleştirme kurumudur. Yargılama sırasında bireyselleştirilmez. Ertelenmiş ceza gerçekten ıslah edici nitelikte olursa, fail ikinci bir suçu işlemeyecek ve tekerrür oluşmayacaktır. Suç siyaseti açısından tekerrürün ıslah edici olduğunu bazıları ise koşullu af olduğunu söylemektedirler. Eski ceza yasasında koşullu aftı ancak bugünkü anlayışa göre bir koşullu af söz konusu değildir. Yargıtay da bunu bireyselleştirme kurumu olarak tanımıştır, cezanın infazı kurumlarından biridir. Yalnızca, infaz kurumunda değil dışarda ceza geçirilmektedir. Cezanın infazına ilişkin bir seçenek söz konusudur.

Bireyle devlet arasında kurulmuş olan ceza ilişkisi, infaz ilişkisine sözde dönmüş olur.

TCK m. 51;

Yeni bir suç işlenmediği, getirilen koşulların yerine getirilmesi halinde bu olasılığın kullanılmasını öngörmüştür. Yargıç, ertelemeye kendiliğinden de, istek üzerine de karar verebilir. Ertelemeyi kabul ederse de etmezse de gerekçe göstermelidirler.

Koşulları

1. Bir hükümlülük kararı olmalıdır ancak bu karar ertelemeye elverişli olmalıdır. Nitekim kanunda seçenek yaptırımlar ve güvenlik tedbirleri bakımında erteleme dışlanmıştır. Hem hapis veya para cezası uygulanmışsa yargıç sadece hapis cezasını erteleyebilir.

2. Ertelemenin süresi 2 yıl ya da daha az süreyi gerektirir. Yani ertelemeye hapis cezasının süresi yönünden sınırlama getirilmiştir, işlenen suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir. 18 yaşını doldurmamış veya 65 yaşını bitirmiş kişiler için 3 yıldır. Kişi bu süreyi yargılama sürecinde tutuklu olarak geçirmişse ne olacaktır? Cezası bu halde infaz edilmiş sayılacağına göre ertelemek anlamsız olacaktır. Tekerrüre esastır.

3. Hükümlünün daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı 3 aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması gereklidir.

4. İşlenen suçun yarattığı zararın giderilmesi. Böyle bir şart öngörüldüğü takdirde TCK m. 51/2- şart zarar tazmin edilinceye kadar cezanın infazına devam edileceği öngörülmüştür.

Ertelemenin Sonuçları

Erteleme kararından sonra bir suç işlenmediği takdirde TCK'da ceza infaz edilmiş sayılmaktadır. Ertelenen ceza toplum içinde çekilmektedir. Ertelemeye cezanın infazını sınırlayan süreye, **denetim süresi** denir. TCK m. 51/3'e göre; denetim süresinin 1 yıldan az 3 yıldan çok olmaması gerektiği söz konusudur. Erteleme kararına ilişkin hükmün kesinleştiği andan itibaren başlar. Denetim süresinin alt sınırı da mahkum olunan ceza süresinden az olamaz. İki koşul getirmektedir.

Yasa, denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasını öngörmüştür. Bu tedbir sırasında TCK m. 51/4'e göre,

- failin bir eğitim programına devam eder, bir meslek veya sanat sahibi olmasına yönelik programdır.
- eğer bir meslek, sanat sahibi ise bunu ücret karşılığında yapması kendisine tanınır.
- 18 yaşından küçükse, meslek ve sanat programı izlenir, gerekirse bir bakım evine konulur. Bir rehber görevlendirilebilir. Rehber failin durumu ile ilgili 3 ayda bir rapor verir.

Maddedeki yükümlülükler karar verilebilir dendiği için bu tamamen yargıcın takdirine bırakılmıştır. Herhangi bir denetim, tedbire başvurulacaksa bu yasallık ilkesi temelinde dayanacaktır.

Denetim süresi içinde uygulanan önlemlere uyulmayabilir, kasıtlı bir suç işlenebilir. TCK m. 51/7; bu takdirde yargıç erteleme kararını geriye alır ve ertelenen cezanın kısmen ya da bütünüyle infazına karar verecektir. Taksirli suçta geri alma söz konusu değildir, irade suçun tamamını kapsamaz. Eski ceza yasasından tamamen farklıdır, yeni uygulamada ceza kısmen ya da tamamen geri alınır, yargıcın takdirine bırakılmıştır. Failin durumuna göre karar verilir, bireyselleştirme kurumudur.

Deneme süresinde kasıtlı bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi söz konusu olduğunda, artık ceza infaz edilmiş sayılır. Bu nedenle deneme süresi bittikten sonra yeni bir suç işlendiği zaman tekröre esas olacaktır ve ertelemeyi de önleyecektir.

Uzlaşma

Davanın açılmasını engelleyen, olmaması gereken bir yargılama koşuludur. Faille bir uzlaşma söz konusu olursa dava açılmayacaktır.

- Cezanın Belirlenmesi ve İnfazı

Cezanın Belirlenmesi

Devletin ceza verme yetkisinin, ortaya çıkması üzerine bir soruşturma açılır ve ceza belirlenir. Bu belirlemenin bazı koşulları vardır. Bu belirleme içinde en önemli kavram, **bireyselleştirme** kavramıdır. Bireyselleştirme, belirli bir suçlu bakımından #2 noktayı zorunlu kılar; 1. Suçluyu diğer suçlulardan, karakteri, suça neden olan nedenler, kendisinde bulunan uslanma gibi gizli yetenekleri açısından yargıçtan bir ayırt etme, belirleme ister. 2. suçlunun gelecekte yeni bir suç işleme olasılığını azaltacak, ondaki gizli eğilimleri bastıracak nitelikte olması gerekir. Bireyselleştirme, eleştirilerin aksine eşitlik ilkesine uygundur. İki insanın gerek ruhsal gerek bedensel nitelikleri birbirine uymayacaktır.

Güvenlik önlemleri de aynı kurala tabidir. Güvenlik önleminin kullanımı cezaya göre daha kolaydır. Bireyselleştirme, kefaretin karşılığı değildir. Kefaret anlayışı ile bağdaşmaz ancak korkutma, uslandırma, özel önleme amaçları ile ise tamamen örtüşmektedir. Bu bakımdan bu yeni bir kurumdur, 19 .yy' da ortaya çıkmıştır. İlk kez 1898 tarihinde Sale adında bir borçlar hukukçusunun, *Bireysellik Üzerine* isimli kitabı ile bu kavram ortaya atılmıştır. Bireyselleştirme ilk yasama bireyselleştirmesi ikinci olarak da yargısal bireyselleştirme olarak çıkmaktadır. Üçüncü bireyselleştirme de infaz sırasında bireyselleştirmedi, eğer infaz idarece yapılıyorsa idari bireyselleştirme, eğer adli makamlarca, savcılıkta yapılıyorsa bu da adli gibi görünen bir idari bireyselleştirmedi.

Bireyselleştirmenin yöntemi ile ilgili bazı sorunlar vardır. Kişiliğe nasıl uydurulacaktır? Süresi önceden belli olacak mıdır? Toplumsal savunma okulunun ortaya attığı bir sav, yargıçların hukuki açıdan eylemin suç olup olmadığını söylemeleri, ancak ona uygun yaptırımın hekimler tarafından belirlenmesi şeklinde çıkmıştır. Tüm bunlar zengin bir yaptırım müessesesini gerektirmektedir. En önemli tartışma da süre konusudur. Bazı ülkelerde süresiz hüküm tavsiye edilmiştir. Bir kişinin ne kadar zaman içinde ıslah olacağını önceden kestirmek mümkün değildir, karar verilip uygulanmaya başlanmalı, eğer iyileşirse salıverilmeli denmiştir. Londra'dan beri birçok kongrede bu tartışılmıştır, kökeni Katolik kilisesine dayanır, ilk uygulamayı 1565 yılında İspanyol kilisesi yapmıştır denir. Daha sonra bunu en çok savunan kişi Von Liszt olmuştur. 19. yy Norveç ceza yasasından süresiz hüküm resmen yer almıştır. Bu ancak ağır olan suçlarda uygulanmıştır. Süresiz hükmün lehine olan görüşlere karşın aleyhte olan görüşler de vardır. Kişinin bunalıma gireceğini söylemişlerdir. Ceza evi personeli karşısında hükümlüler kişiliksiz hale getirilmiştir çünkü o personellerin raporunu göre iyileşme belirlenecektir, suistimale yatkındır. Bunun haricinde günümüzde, güvenlik önlemleri çoğunlukla süresizdir bu nedenle güvenlik önlemlerinin, süresiz hükme cezalardan daha yatkın olduğu ileri sürülmüştür. İnfaz hukukunun çıkmasından sonra, penaloji de ceza bilimi olarak ortaya çıkmıştır. Türkiye'de henüz yoktur.

TCK m. 61. Yargıcın getirdiği kurallar çerçevesinde ceza belirlenir ve bu kurallara uymakta da yasallık söz konusudur. Cezanın belirlenmesinde #2 temel evre vardır.

1. Soyut belirleme evresi: yasa koyucu yapar.
2. Somut belirleme evresi: yargıç yapar, yasaya, yasallık ilkesine göre.

**TCK sisteminde kaç eylem varsa o kadar ceza vardır. Bütün cezalar, birbirinden bağımsızdır. Eski CK'nun çözdüğü içtima, birleşme konusu artık mümkün değil.

1. Soyut belirleme evresi;

a. Özel nitelikte belirleme; genel olarak suçun cezasını belirler. Kanun koyucu, önce cezaların türlerine ve her bir türün ağırlığına ilişkin genel bir belirleme yapar. Örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası. Süreli hapis cezalarının en az 1 ay en fazla 20 yıl olduğunu, müebbet hapsin ömür boyu sürdüğünü söyler.

b. Genel belirleme, özel hükümlerde çıkar. Her bir suç tipi için hangi türden ve hangi ağırlıkta ceza verileceğini belirlemektedirler.

c. Para cezaları da gün olarak belirlenir daha sonra paraya çevrilir. Önce genel bir belirleme vardır.

Basamaklı ceza sisteminin kabul edilmesiyle ceza yaptırımının bireyselleştirilmesini sağlamak amacıyla cezaların tespiti ve tayininde olay hakimine takdir yetkisi veren hükümler söz konusudur. Sistemin sakıncaları takdiri nedenler (TCK m. 62) vb. şekillerde giderilmeye çalışılmıştır. Sakıncalara rağmen, suçu ve suçluyu göz önünde bulundurarak, cezanın genel ve özel amaçlarını gerçekleştirecek şekilde bireyselleştirmeye uygun bir sistem kurulmuş olmaktadır. Mütefavit ceza sistemi de denir; bir alt sınır ve üst sınır söz konusudur. Seçenekli, alternatif ceza da söz konusudur. yargıç para ya da hapis cezasını seçer, eğer fail mükerrir ise yani tekrar suç işliyorsa, seçenekli bir cezada hapis cezasını çekmek zorundadır; tekerrürün bir yaptırımıdır.

2. Somut belirleme evresi;

Yargıç, TCK m. 61'deki kurallara uyarak bunu yapacaktır. Bazı ilkeleri vardır.

1. *İlke, yasallık ilkesi.* Her aşamada bu ilke gözetilmelidir. Bu cezayı etkileyen nedenler bakımından da çıkan bir ilkedir. TCK m. 61/9 ve 10:

“(9) Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.

(10) Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.”

Yasallık ilkesinde ikinci kural olarak, önce arttırıcı nedenlerin sonra indirici nedenlerin uygulanması söz konusudur. Üçüncü kural, ise cezanın belirlenmesine ilişkin her aşama, kendisine ulaşılan hal üzerinden yapılır. 6 aydan 7 aya arttırıldı indirici neden 7 ay üzerinden hesaplanır. Dördüncü kural tekrürle ilgilidir, seçenekli ceza söz konusu ise hapis cezası seçilecektir. Beşinci kural, yasada soyut genel hükümlerde belirtilen sınırların aşılmasıdır. Kuralın uygulanırken, ceza arttırılırken veya indirilirken bu kural aşılabılır ama sonuçta aşılamaz. Örneğin 20 yıl aşılamaz, arttırıcı ve indirici nedenlerle 22 yıl çıksa bile ulaşılan sonuç 22 ancak yasaya göre 20 yıl aşılamayacağından 20 yıl verilmelidir. İstisna; TCK m. 61/7, eğer hapis cezasında 20 yıl aşılmışsa, 30 yıl geçilemez. *“Sürelî hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz.”*

2. *İlke; kusur ilkesidir.* Kusursuz ceza olmaz. TCK m. 61/1-f kusurun yoğunluğu üzerinde taksir ve kasıt kavramlarına bağlantı yaparak durmuştur, adil bir dengeyi gözetmiştir.

3. *İlke; yargıcın cezayı belirlerken, bireyselleştirirken; eyleme, faile ve cezanın amacı ile işlevine bakmasıdır.* Bunun dışında hiçbir etken kabul edilmez, diğerleri keyfiliktir.

4. *İlke; daima objektif, nesnel nedenlerin; sübjektif, öznel nedenlerden önce gelmesidir.* Eylem, suçun maddi konusu, işlendiği yer, zaman, kullanılan araçlar; objektif nedenlerdir.

5. *İlke; ceza sorumluluğunu etkileyen ve takdiri indirim nedenlerine ilişkin ilkedir; bunlar birbirinden bağımsız olarak değerlendirilecektir ve sadece takdiri nedenler yargıca bırakılmıştır.*

6. *İlke; seçenekli bir arttırma söz konusu olabilir. Ancak bu bir kez yapılır, sadece temel ceza belirlenirken yapılır.*

7. *İlke; arttırma ve indirme nedenleri bazen iç içe olabilir, yasa koyucu bu sırayı belirlememiştir, böyle bir açık söz konusu ise, fail lehine hangisiyse o sırayla uygulanmalıdır.*

8. *İlke; bireyselleştirme araçları; erteleme takdiri nedenler gibi gözetilmelidir.*

9. *İlke; mükerrer, çifte değerlendirme yasağıdır.*

10. *İlke; gerekçe şarttır.* AY m. 141; CMUK m. 34'e göre yargı kararlarının her türlü gerekeçli olur. Gerekçe, yasa maddesinin tekrarı değildir. Gerekçe hem kamuoyunu, hem ilgilileri tatmin edecektir.

Cezanın belirlenmesinde aşamalar

İlk aşama en önemli aşamadır. Temel cezayı belirlerken ilk aşamada, lehte ve aleyhte olan ilkelerin tartışılması gerekir. TCK m. 61/1; eyleme veya faile ilişkin olmalıdır.

1. *Eyleme ilişkin olanlar;*

a. suçun işleniş biçimi -temel cezanın arttırılmasına neden olabilir.

b. suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suçun maddi konusunun önemi ve değeri -bir çek çalmakla yirmi çek çalmak arasındaki fark gibi,

c. meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı -doğan zararın maddi ve manevi açıdan değerlendirilmesi.

2. Faile ilişkin nedenler;

- a. kasıt ve taksir - yoğunluğunun değerlendirilmesi
- b. failin güttüğü amaç ve saik.

Cezayı verirken gerekçe gösterilmesinde gerekçe bunlarla sınırlı olmalı, akla mantığa ve hukuka uygun olmalıdır. Gerekçede, failin yaşam biçimi incitici biçimde kullanılmamalıdır; yetki aşımı olur. Ceza belirlenmiştir.

İkinci aşamada, olası kasıt ortaya çıkar. Kasıt, kurucu bir nedendir, ancak olası kasıta cezanın indirilmesi söz konusudur. Aynı biçimde bilinçli taksir varsa da arttırılır.

Üçüncü aşamada, toptan ağırlaştırılan ve indiren nedenlerin sırası çıkar. TCK m. 61/5; uygulama sırasındır. (5) Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir. TİZHaYAKİT-

Hapis cezası gün 24 saat; ay 30 gün; yıl takvim yılına göre aynı gündür; 365 veya 366 gündür. Para cezası; gün para cezasıdır. Günlük en az 20 lira en fazla 100 lira olmalıdır; TCK m. 52

Hapis cezası verildikten sonra, cezadan indirim yapılması gerekir; tutuklandıysa, gözaltında tutulduysa bu süreler indirilmelidir. Bazı ülkelerde bu takdire bırakılmıştır ancak Türkiye’de kesinlikle hakim bunu indirmek zorundadır. Birinin özgürlüğünün sınırlanması söz konusudur. Kişi tutuklandı, sonra beraat etti. Beraat kararından sonra bir suç daha işledi, beraat kararından önce suç işlemişse o tutukluluk süresi yeni suçun cezasından indirilir ancak karardan sonra işlenen yeni suçtan indirilmez aksi halde suç teşvik edilmiş olur; içtihatları birleştirme kararı. Eğer bir mahkum hastanede yattıysa, o süre de hapis cezasından indirilir, ceza çekmiş sayılır, özgürlüğü sınırlıdır. Ancak kanun istisna getirir, eğer mahkum kendisi o hastalığa vb. sebep olduysa hastanede yattığı süre düşülmez.

Cezanın İnfazı

Bir ceza kuralı konulmadan önce insanlar o eylemi yapmakta özgürdüler, devletle kişi arasında bir ilişki kurmak mümkün değildir. Kural konulduktan sonra, bireylerin özgürlüğü kısıtlanır. Kurala aykırı olan eylem işlendiği an bireyle devlet arasında ceza ilişkisi kurulmuş olur.

Tüm bunlarda çıkan kural; *bir fail cezalandırıldığı zaman, o hüküm gerçek sayılır* biçimindedir. Karar yanlış olabilir, bir adli yanlış söz konusu olabilir, bunun ortadan kaldırılmasına ilişkin yollar vardır; bu nedenle “gerçek sayılır” denilmektedir. Ceza hükmü kurulduktan sonra, infaz, cezanın yerine getirilmesi başlamaktadır. Devlet yerine getirme ve egemenlik yetkisini kullanır ve yükümlü de bu yetkilere uymak zorundadır. Yargı kararı cezayı yerine getirmenin meşru temelini oluşturur. Yine yargı kararı bir kişinin aynı suçtan iki kez yargılanmasını da engellemektedir. Yürütme verilen yargı kararına uymakla yükümlüdür. İnfazda halefiyet yoktur. Örneğin; bir babanın yerine oğlu hapis yatmaz; cezanın kişiselliği ilkesi. Cezanın infazı kural olarak kesintisiz olur. TCK’ya ve infaz yasasına göre, her ceza birbirinden bağımsız olarak infaz edilir.

Hapis Cezasının Çektirilmesi

İlk cezaevi 1595 yılında Hollanda’da kurulmuştur. 2 yıl sonra da kadınlar için bir cezaevi yine Hollanda’da kurulmuştur. O zaman cezaevi yargılama aşamasında kişileri tutma amacıyla açılmıştır. Daha sonra cezanın çektirilmesi amacı taşımaya başlamıştır. Aydınlanma çağından sonra ancak ilkeler gündeme gelmiştir. 1577 yılında ilk kez bir İngiliz yazarı tarafından cezaevinden tutulmanın nedenleri eleştirilmiş, ilk kez iyileştirme kavramına değinmiştir. Baskıcı bir zindan anlayışı o dönemde ön plandadır, toplumsallaştırma düşünülmemiştir. Baskıya dayanan bir eğitime amacı

vardır. Baskı da o dönemde okullarda bir eğitim unsuru, bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Pedagoji bugün zora ve korkuya dayanan bir eğitimi kabul etmez. Bu baskıcı bir yöntemken, günümüzde yapıcı yöntem ön plandadır. Faili iyileştirme amacı, 5237 sayılı infaz yasasının maddelerinde yer almaktadır. İnfaz yasası kurallarının uygulanmasından sonra asıl amaç olan özel önleme amacını taşımaktadır. İnsancı bir infaz sistemini getirmeye çalışmıştır.

Hapis cezasına özgü, cezaevinde geçerli ilkeler söz konusudur.

1. Güvenlik ilkesi, cezaevi iç ve dış tehlikelere karşı güvenliğini sağlamalıdır.
2. Düzen; cezaevinde mutlaka düzenle ilgili kurallar söz konusudur. Kurallar cezaevi tüzüğünde Türkiye ölçeğinde düzenlenmiştir, her cezaevi buna göre özel tüzüğünü düzenleyecektir.
3. Bakım ilkesi, cezaevinin temiz, sağlıklı, hijyenik bir ortama sahip olması şarttır.
4. Adalet ilkesi; İnsan şerefine uygun bir düzenleme söz konusu olmalı, cezaevindeki uygulamaların adil olması gerekliliği söz konusudur. İnanç vb. ayrımlar gözetilmeden eşitliğin gözetilmesi şarttır. İnfaz yasası m. 2 ve m. 6'da özellikle görülür.

Dünyada #2 ceza sistemi bulunur; 1. Topluluk sistemi; cezaevindekiler gece ve gündüz toplu halde bulunurlar. Koşu sistemidir; en eski sistemdir. 2. sistem özellikle Amerika'da 19. yy ilk yarısında ortaya çıkan ayırma sistemidir. Hükümlüler gece ve gündüz ayrı hücrelerde bulunurlar birbirlerini göremezler. Ancak bu sistemde yalnızca gündüz beraber olma gece ayrılma çıkabilir, Pensilvanya'da çıkmıştır; Pensilvanya sistemidir. 3. sistem, derece sistemidir. İlk önce hükümlü geceli gündüzlü belli bir süre hücrede yalnız kalır, sonra sadece gece kalır, gündüzleri konuşmamak kaydıyla diğerleriyle birlikte. Toplum yaşamına saygısız bireylerdir yorumu yapılır.

Türk hukukunda infaz kurumları #2 ye ayrılır; açık ve kapalı infaz kurumları. Bunun dışında çocuklar ve kadınlar için de açık ve kapalı infaz kurumları söz konusudur. Kapalı cezaevlerinin kapalı olmasının nedeni firara vb. karşı her türlü mekanizmaya sahip olması, iç ve dış güvenliğini sağlamasıdır. Cezaevleri #2'ye ayrılır; olağan güvenli olanlar ve yüksek güvenli olanlar. Haklar ve özgürlükler farklıdır, yüksek güvenli olanlarda; bazı imkanlar daha sınırlıdır, ağır suçları işleyenler burada tutulmaktadır, iç ve dış güvenlik fazlaca önemsenmiş ve dış dünyaya temaslar da sınırlandırılmıştır.

Açık infaz kurumları, kapalı infaz kurumlarında bulunup da iyileştirme gösterenlere teslim edilen bir cezaevidir. İç ve dış güvenlik yoktur ancak firar halinde kapalı cezaevine girerler. Meslek icra edilir, tarım yapılır, buna göre para kazanılır. Çocuk cezaevinin yeni adı çocuk eğitim evi olmuştur. Bunların iç ve dış güvenliği daha gevşektir, eğitime ağırlık verilir. 18 yaşını geçen çocuğun eğitimi bitmemişse, çocuk 21 yaşına kadar orada kalabilir. Bunun dışında 18 -21 yaş arası gençler için infaz kurumları vardır.

Cezaevine ilk gelen hükümlüler, gözetime tabi tutulur. Kişilikleri tespit edilir. Daha sonra, Adalet Bakanlığı tarafından dağıtılır. İlk kez suç işleyenler, mükerrerler birbirlerinden ayrılır. Müebbet hapis cezasına mahkum olanlar diğerlerinden ayrılıp kapalı cezaevine gönderilirler. Tehlike sergileyen terör suçluları, diğerlerinden ayrılır. Yaşlarına göre ayırım, fiziksel durumlarına göre ayırım yapılır.

Cezaevinde kalmak, dış dünya ile ilişkiyi tamamen kesmek anlamına gelmez. Mektup yazma, görüşme imkanları söz konusudur. Mektuplaşma ve görüşme avukatla denetlenemez. Ziyaretçi kabul etme konusunda başta yakınlar; eş, altsoy, üstsoy, kardeş veya kayyım, vasi gündeme gelir. Bunun dışında Adalet Bakanlığınca savcılara, birinin birisiyle görüşmesi için izin verme yetkisi tanınmıştır. Telefon görüşmeleri dinlenir, kısıtlanabilir. İnternette yararlanma hakları vardır.

- İzin verilmesi

İnsanı tamamen toplumdan soyutlamak mümkün değildir. Bunun için izinler düzenlenmiştir; 1. Özür, mazaret iznidir. Hüküm süresinin beşte biri iyi halle geçirilmişse, yakınlarının ağır hastalığı, ölümü bunun dışında bu kişileri etkileyen depresyon, sel vb. halinde müdürün onayıyla bu kişilere izin verilir. Asıl onay Adalet Bakanlığı'ndan gelir. 1 günden 10 gün kadardır; yol süresi hariç. Dış güvenlik görevlisinin yanında bulunması şartıyla, 2 gün cenazeye katılma izni alabilir. Özel izinler vardır; hükümlülerin aileleriyle bağlantılarının sürdürülmesi sağlanabilir. Hükümlünün açık infaz kurumunda bulunması veya kuruma geçmesinin hak kazanması, hükümlülük süresinin dörtte birinden fazlasını iyi halde geçirmesi haline 3 günlük izin alınabilir. İş arama izni, süre dahil 8 saattir. En az 6 ayı kesintisiz cezaevinde geçirme ve koşullu salıverilmeye 1 ay kalması zorunludur. Toplumla dönmeyi yöntemlerinden biridir. Kurum yönetimi failin izni kullanırken temaslarını vb. denetler. TCK m. 292.

Cezaevindeki etkinliklerden biri de, hükümlülerin çalıştırılmasıdır. Bunun önemli noktası, haksız rekabete yol açabilmesidir. Hükümlülerin çoğu zaman az bir ücretle çalışır. Dış dünyayla haksız rekabet oluşur. Uluslararası metinlerde nasıl olması gerektiği incelenmiştir. Asgari kurallar, sağlık, yaş, izin kullanımı vb. belirlenmiştir. Meslek sahibi olmayan kişiler zorla çalışır, sanat meslek öğrenmek zorundadır; eğitimin bir parçasıdır.

İnfazda kesintisizlik ilkesi; infazın kural olarak sonuna kadar sürmesi. İstisnaları vardır; **1. öbekteki, kısa süreli hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik olanlardır.** Bunlarda haktan yararlanma için istek olmalıdır, hükümlülük süresi 6 ayı geçmemelidir, yetkili bir mahkeme buna karar vermelidir, bunlar koşullu salıvermeden yararlanamazlar. Bunlardan **ilki; haftasonu infazdır.** Cuma günü saat 19.00 da cezaevine girer, pazar günü 19.00 da çıkar. **İkincisi, geceleri infazdır.** Her gün saat 19.00 da girer, sabah 7 de çıkar. Bunların faydası, aile bağlarının kopmaması, devletin az masraf yapması ve diğer hükümlülerden çok etkilenmemeleridir. **Üçüncüsü ise evde infazdır.** Kural olarak 65 yaşını bitiren hükümlüler içindir. Yine en fazla 6 ay hükümlülük süresi içindir. 70 yaşını bitirmiş olanlarda azami süre 1 yıla çıkar. 75 yaşını bitirenlerde 3 yıla çıkar. (Erbakan maddesi) Ancak bir şartı vardır, zarar varsa zarar ödenmek zorundadır. Evde infazın denetleme araçları vardır; telefon robotu, telefon edildiğinde konuşanın hükümlü olup olmadığını kontrol eder, kilitli bilezik.

2. öbekteki; hükümlünün isteğiyle cezasının çektirilmesinin yerine getirilmesi. İlkinde, **3 yıl veya daha az süreli hapis cezalarının hükümlünün ailesi ve kendisi için çıkan olumsuz sonuçlarını gidermek için 2 defa ertelenebilir.** Ya hükümlü yükseköğrenimini bitirmek için ya da tarımla uğraşan ailesine katkıda bulunmak için bunu isteyebilecektir. yahut sürekli tedavisi olan bir hastalığı söz konusu olabilir. Ceza zamanaşımı işlemez. Başsavcılık yetkilidir. **İkincisi, hastalık nedeniyle hapse cezasının geriye bırakılmasıdır.** Akıl hastalığında söz konusu olabilir, bir sağlık kurumunda tedavi altına alınır. Bu kurumda geçirdiği süre infazdan sayılır. Diğer hastalıklarda infaz sağlık kuruluşlarının hükümlülere ayrılan bölümlerinde çektirilir, infaz hükümlü iyileşinceye kadar geri bırakılır. Bu geri bırakma kararı infazın yapıldığı başsavcılıkça verilir, sağlık kurumunun raporu ve adli tıbbın onayı gereklidir. dönemselsel olarak bu incelenecektir, iyileştiği andan itibaren infaz başlayacaktır. **Üçüncü nokta; gebelik halidir.** Gebe olan ya da doğum yaptığı tarihten itibaren 6 ay geçmedikçe infaz yapılmaz. Çocuk ölmüş ya da başkasına verilmişse, bu süre düşer infaz tekrar başlar.

3. öbekte yer alan istisnalar; birincisi hükümlünün kamuya yararlı bir işte çalışmasına karar verilmesi. Cezanın yarısını iyi halle geçirme ve 2 yıldan daha az süre cezaya hükmedilme şarttır. **İkincisi, bazen hükmün yorumu üzerine bir erteleme yapılmasıdır.** Bazen tereddütler

doğabilir, savcılık tereddütün giderilmesine kadar karar vermemesi, mahkemeye başvurusu mahkeme kararına kadar durdurulması söz konusu olur. **Üçüncüsü, yasama dokunulmazlığıdır. Dördüncüsü, asker kişilerin cezasıdır.** Askere gitmeden önce işledikleri suçtan dolayı hükümlü olan hapis cezası 1 yıla kadar ertelenecektir. Askerlikte işlenen suçtan alınan ceza yerine getirilir.

Bunların içinde en önemlisi koşullu salıverilmedir. Cezaevinin infazı ile ilgili bazı noktalar öne çıkar. Cezaevinde bir yargıcın bulunmasını gerektiren ve ayrıca bir grup ilgililerin bulunmasını gerektiren kurumlara yol açmıştır.

İnfaz hakimliği, hapis cezasının infazının denetlenmesi için 2001 yılında kurulmuştur. İnfazla ilgili her türlü sorun, infaz yargıcının önüne taşınabilir. Hükümlülerin infaz kurumuna yerleştirilmeleri, bedensel ve ruhsal sağlıklarının korunması, çalıştırılmaları, barınmaları vb. ile ilgili her türlü şikayete bu yargıçlar bakar. Disiplin cezaları ile ilgili sorunlara bakar. İzleme kurullarının kendisine intikal ettirdiği olayları, raporları inceleyecektir. İnfaz hakimliğine şikayet; en çok hükümlülerce yapılır. Bunlar başvurmazsa, eşinin, kardeşlerinin, müdafilerinin, yasla temsilcilerinin, anne babalarını başvurma hakkı kabul edilmiştir. Olayın ceryan ettiği günden itibaren 30 gün, öğrenildiği andan itibaren 15 gün şikayet süresi vardır. Yargıç ihtiyaç hissederse, işlemi durdurabilir. Şikayet müdüre, başsavcılığa, doğrudan doğruya infaz yargıcına yapılabilir. Kendisi dışında bir kuruma yapılırsa, 3 gün içinde yargıca ulaştırılmalıdır. Öncelikler, bir ön inceleme yapar kim tarafından ne şekilde yapıldığını inceler, daha sonra şikayetin konusunu inceler. Şikayetin esasını incelerken olayla ilgili bilgi ve belgeleri ilgili mercilerden ister. İncelemesi bittikten sonra cumhuriyet savcısına da başvuracaktır. İnfaz yargıcı kararını bir hafta içinde verecektir. Red kararı verildiğinde buna karşı itiraz yolu açıktır. İtiraz infaz yargıcının kurulduğu yerdeki ağır cezamahkemesine yapılır. Eğer infaz yargıcı o mahkemenin de üyesi ise, itiraz çözümlene kadar davaya bakamaz.

İzleme kurulları, karar merci değil sadece denetim mercidir. İnceler, bilgi alır, denetim yapar. Bir başkan dört asıl üye ve üç yedek üye vardır. Gerekli incelemeleri yapar, şikayetleri dinlerler, ceza ve infaz uygulamalarına ilişkin görüşlerini düzeltilmesi için, Adalet Bakanlığı'na, ilgili yerlere bildirirler. En az üç ayda bir toplanırlar. Olağanüstü toplantı yapılabilir.

Koşullu Salıverme

Yeni ve oldukça önemli bir kurumdur. İnfaz sırasında hem özel önlemeyi hem de bireyselleştirmeyi (infaz sırasında bireyselleştirme) amaçlayan bir kurumdur. TCK m. 107, koşullarını düzenlemiştir. Faile çekmiş olduğu cezanın bir kesimini dışarda geçirme imkanı sağlar, fail toplumla bütünleşerek topluma dönmeye başlar ve iş aramaya başlar. Oldukça önemli bir kurumdur. İlk önce İngiltere'de ortaya çıkmıştır, kolonilerde iş gücü elde etme amacı taşımaktaydı. Hükümlülerin topluma dönmelerini sağlar. İyileşirsen bırakılırsın dendiği için uslandırma işlevi vardır. Deneme süresinde, deneme deneyimine dikkat etmesi sağlanır. Yeni suç işlediği takdirde cezaevine gireceği için suç işlemesi de önlenmiş olur. Topluma dönmesinde başarı seviyesi ciddiyete bağlıdır. Cumhuriyetin başından beri bu kurum Türkiye'de vardır. Koşullu salıvermeden yararlanmak amacıyla, failin gerçekten değişip değişmediğinin anlaşılması için asgari bir süre gereklidir.

Objektif koşul, hapis süresinin üçte ikisini cezaevinde geçirme şarttır. Ömür boyu hapis cezalarında özel süreler öngörülmüştür, oranı ağırlaştırılmış müebbet hapisten 30 yıldır, müebbet hapis 24 yıla indirilmiştir. Yasa koyucu, eğer fail 15 yaşından küçükse cezaevinde geçirmiş olduğu sürenin 1 günü 2 gün sayılır demiştir. Özel durumlar çıkmaktadır, fail hakkında birden çok hükümlülük kararı olabilir. TCK da her ceza birbirinden bağımsızdır, her eylem bir suç her suçun bir

cezası olacak ve her suçun infazı yerine getirilecektir. Birden çok hükümlülük kararı söz konusu ise bir içtima düzenlemesi şarttır. TCK da bu düzenleme yapılmıştır.

TCK m. 58'de öngörülen tehlikeli suçlular söz konusudur. Bunların süreleri TCK m. 107'de tek tek belirlenmiştir. Bunlarda infazın dörtte üçü cezeevinde geçirilmek zorundadır. Tüm bunlar belli bir süre cezaevinde kalma ile ilgili objektif koşuldur.

İkinci koşul, iyi hal koşuludur.

- Koşullu salıvermenin uygulanamayacağı haller

Hapis cezalarının adli para cezasına çevrildiği halde uygulanmaz

6 aydan daha az hapis cezalarında

Tekerrürün tekerrüründe uygulanmaz.

TCK m. 108/16'da sayılmış, anayasal düzene karşı suç işleyenlerde uygulanmaz. Bankacılık yasası m. 164'e göre zimmet suçu işleyenlere, suçu terörle mücadele suçunun kapsamına giren ve üç defa hücre hapsine mahkum edilen suçlulara uygulanmaz. Terörle mücadele suçunun kapsamındaki suçları işleyenlerde... uygulanmaz.

- Usul

Komisyon toplanmalı, karar verilmeli, Bakanlığa iletilemelidir. Red kararına itiraz mümkündür. Buna Türkiye'de uyulmaz. Hükümlülerin hakkında uygun rapor verme yalnızca görevlilere bırakıldığından, bozulma söz konusudur.

Koşullu salıvermede, bu süreden fail denetimli serbestlik önlemine tabi tutulmaktadır. Hükümlü sürekli olarak denetlenir.

Koşullu salıvermenin geri alınması, kasıtlı suçta hapsi gerektiren yahut uyardıya rağmen denetimli serbestliğin yükümlülüklerine uyulmaması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine koşullu salıverme geri alınır. Mahkeme kasıtlı suçtan verilen hapis cezasının paraya çevrilmesi halinde koşullu salıverme geri alınamaz. Ya geriye kalan cezanın aynen ifasına yahut bir kısmının infazına denir, son tahliye tarihini aşmamalıdır.

Güvenlik Önlemi

Tanım: Failin sergilediği ya da maruz kaldığı tehlike durumu gözetilerek yahut suçun maddi konusu ya da suç işlenirken kullanılan araçla bağlantılı olarak uygulanan, koruma ya da iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır.

Tehlikelilik hali odak noktasındadır. Tehlikelilik halini ortaya koyan bir olgu söz konusu olmadıkça güvenlik önlemi uygulanmaz. TCK m. 2'de yasallığı hükme bağlanmıştır. Fiilin ağırlığı ile bağlantılı olarak güvenlik önleminin uygulanması bunu anlatır. Ceza mutlaka kusuru gerektirdiği halde, güvenlik önlemi kusuru gerektirmez. Ancak kusurlu insana da güvenlik önlemi uygulanabilir. güvenlik önleminin amaçları;

Suç işleyen kişiyi hem korumak hem de iyileştirmek ayrıca toplumu da ondan korumak şeklindedir. çifte amaç hem birey hem de toplum açısından amacı çıkar. Örneğin; çocuklar hakkındaki güvenlik önlemleri çocuğu hem çevresine hem ailesine karşı korur. suçun tekrarlayanlar hakkındaki güvenlik önleminde de onu tehlikeli suçlu kabul ettiğinden, toplumu ona karşı koruma amacı taşır. akıl hastalarında da hem korunurlar hem iyileştirilirler.

Güvenlik önleminin konusu; suçun maddi konusu ile ilgili olur. suçta kullanılan sopa, bıçak vb. zor alınır, devlete verilir. Suç işlenirken kullanılan araçlarla ilgilidir; bıçağın zor alımı. Maddi konuyla birleşenler; uyuşturucu madde bizatihi suç maddesidir, zor alımına karar verilir. Karar merci mahkeme ya da hakimdir.

Mahkeme tarafından çocuk yargıcı konulmasıyla yetinilir, hem koruyucu hem destekleyici mahiyette önlemlere başvurulur. bazen de hakim kararına gerek kalmaz, otomatik olarak uygulanır; belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma önlemi hükümlülük kararının doğal bir sonucudur.

TCK m. 53-60; sekiz ayrı güvenlik önlemine yer verilmiştir. TCK m. 58, güvenlik önleminin uygulanacağı kurumlar da belirtilmiştir. Özel yasalarda da güvenlik önlemleri çıkar; spor faaliyetlerinde görülen şiddet ve düzensizliğin önlenmesine ilişkin yasanın 1 ve 2. maddelerinde güvenlik önlemi vardır; bundan hüküm giyildiği takdirde spor müsabakalarını seyirde yasaklama getirilmektedir.

1. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakma

TCK m. 53'te düzenlenmiştir. Bu yoksunluk kural olarak kasıtlı işlenen suçlardan verilir ve hapis cezasına mahkumiyet halinde verilir. Hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar haklardan yoksun kalma önlemine maruz kalır. Hapis cezasının infazı ile sınırlandırmanın nedeni, cezada öngörülen amaçla ilgilidir, cezaya mahkumiyet halinde amaç gerçekleşmiş ve kişi pişman olmuştur, zaten haklardan yoksun olarak cezayı çekecektir denmiştir. Kendisine olan güvenin yitirilmemesi açısından doğrudur, ancak etkililiği tartışmalıdır. Bu sınırlamanın cezanın etkisini azaltacağı söylenmiştir. Failin kusurlu hareket etmesi de gerekli, çünkü cezaya mahkum edilmektedir, güvenlik önleminin yapısıyla bağdaşmamaktadır. Mahiyeti itibarıyla tartışmalıdır.

Uygulanış biçimi; TCK m. 53/1 ve 53/5, 53/6. Araba kullanırken kasıt yapıldığında kasıtlı değil taksirli suç söz konusudur; istisnadır (53/6) Kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına hüküm giymenin sonucu olarak bazı haklardan yoksun bırakılma önlemi uygulanır. hapis cezasının infazı bittikten sonra kendisine bir hak ve yetki verildiyse onu yürütmekten bir yoksunluk uygulanacak ve bu cezaya eklenecektir. Bu açıdan bakıldığında #3 tür hakları kullanmaktan yoksunluk önlemi çıkar;

1. Hükümlülüğün yasal sonucu olarak hak yoksunluğu, 2. Cezanın yanı sıra uygulanan hak yoksunluğu, 3. Taksirli suçlardan dolayı verilen hak yoksunluğu. İlki kuraldır, diğerleri istisnadır. Mahkeme hükmünde buna ayrıca değinilmesine gerek yoktur çünkü yasal bir sonuçtur.

Feri ceza; otomatikman uygulanan cezalardı, şimdiki ceza kanunu döneminde söz konusu değil ancak hükümlülüğün yasal sonucu olarak çıkan hak yoksunluğu aynı mahiyeti taşımaktadır.

18 yaşını doldurmayanlar için hak yoksunluğu söz konusu olamaz. Kasten işlenmiş olan suç, ertelenmiş bir cezayı gerektiriyorsa, ertelenmiş ceza da belli bir deneme süresi sonunda infaz edilmiş sayılıyor ve bu deneme süresi süresince fail otomatikman belli haklardan yoksun kalır. Çünkü erteleme infazla ilgili bir kurumdur. Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş olanlar hakkında bu uygulanmamaktadır.

1. Yoksun kılınan haklar, TCK m. 53/1'de sayılmıştır;

- Kamu görevinin üstlenilmesi ile ilgili hak yoksunlukları çıkmaktadır. Atamanın, seçilmenin sürekli olup olmaması hiçbir önem taşımamaktadır, yoksun kılınır.
- Seçme ve seçilme ehliyetinden ve siyasi hakları kullanmaktan da infaz edilinceye kadar yoksundur. Bir sorun çıkar; anayasa ve milletvekili seçimi kanununda af halinde bile hak yoksunluğunun kaldırılmaması söz konusudur. Genel af kavramıyla bağdaşmaz, genel af suçun hukuki varlığını tüm suçlarıyla ortadan kaldırır. ancak buna rağmen, hak yoksunluğunun kalkmaması ile ilgili yasa maddeleri söz konusudur. Bu durumda, doğrusu bu yasaların değiştirilmesidir. Yasa koyucu, adli sicil kanuna ekleme yaparak, 13-a maddesi, hak yoksunluğunun geri alınmasının mümkün olduğunu söylemiştir. TCK ile hak yoksunluğu, infaz

süresiyle sınırlanmıştır. ancak eski dönemden yasa maddeleri, hak yoksunluğunun kalkmayacağı ile ilgili olarak kalmıştır.

- c. Velayet, vesayet, kayımlık yapma hakkından yoksunluktur, yasal temsilcilik hakları ortadan kaldırılır. Yasa koyucu, istisna getirmiş yargıç takdir yetkisi vermiştir, eğer hapis cezası ertelenen ya da koşullu salıverilen işinin alt soyu üzerindeki yasal temsilcilik yetkilerinde yoksunluk vars yargıç bu uygulamayı dışlıyorum diyebilir.
- d. Vakıf, dernek, sendika, şirket, siyasi parti tüzel kişilerinin yöneticisi ya da denetçisi olmak hakkından yoksunluk söz konusudur. MK m. 471'e göre hapis cezasına hükümlülük, kısıtlama nedenidir, fiil ehliyetini ortadan kaldırır.
- e. Resmi izne tabi meslek veya sanatı icra etmek.

2. Cezanın yanısıra uygulanan hak yoksunlukları

Kendilerine tanınan hak, izin veya yetki kötüye kullanılarak suç işlendiği zaman, ceza verilerek o haktan yoksun kılınması bir hükümlülük kararı (ön koşul) üzerine söz konusu olacaktır. Örneğin, rüşvet alan bir kamu görevlisi hakkında bu hak yoksunluğu uygulanır ve mutlaka kararda gösterilmeli, gerekçesi de yazılmalıdır. Kasıtlı bir suç olmalıdır, hapis cezasına hüküm giyecektir. Adli para cezasına hüküm giyerse, gün sayısının yarısından bir katına kadar hak yoksunluğuna karar verecektir. Cezanın bitiminden, infazdan sonra işlemeye başlayacaktır ve mutlaka kendisine tanınan bir yetkinin kötüye kullanılmasının ürünü olması şarttır. Bu hak yoksunluğuna da bir sınırlama getirilmiştir, hapis cezasına hüküm giydiği takdirde, o cezanın yarısından bir katına kadar, adli para cezası ise gün sayısına göre belirlenen bir sınır söz konusudur. İnfazdan sonra işlemeye başlaması hepsinde ortaktır. Bireyselleştirilirken tek ölçüt, failin tehlikeliliğidir. Yargıç takdir eder. Bu konuda birden çok suç işlemişse her biri için ceza d ahak yoksunluğu önlemi de bağımsızdır. Daha ziyade ekonomik çıkar güdüsüyle işlenen suçlardır.

3. Taksirli suçlarda hak yoksunluğu

sürücü belgesinin alınması ile hak yoksunluğu söz konusu olur. Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile ilgili yönetmelikte de bellidir.

Müsadere

TCK m. 54, 55; müsadere, zor alım. Bir maddenin, eşyanın yasla olarak rızası dışında elinden alınıp, devlet hazinesine verilmesidir. Genel müsadere anayasa tarafından yasaklanmıştır, genel müsadere uygulanamaz, tüm malvarlığının zor alımı. TCK zorunlu müsadere sistemini kabul etmiştir, mahkemeni takdirine bırakmamıştır. Eğer sanık ölürse dava devam eder ve müsadereye hükmolunur. Hükümlü ölürse ancak kesinleşmiş olan müsadere infaz edilir. Müsaderenin ceza mı güvenlik önlemi mi olduğu tartışılmıştır. Suç karşılığında uygulana bir önlemdir, kabahatlerle ilgili olarak devlete mal edilen bir şey söz konusu olabilir. Ceza yasasının öngördüğü müsadere ayırmak için, yasa koyucu onlara mülkiyetin kamuya geçirilmesi demiştir. Kabahatlar yasası m. 18. Müsadere, ya bir şeyin, objenin ya da bir kazancın müsaderesi olacaktır. Eski yasada kazanç müsaderesi yoktu TCK düzenlemiştir; #2 tür müsadere ortaya çıkmıştır.

Eşya müsaderesi TCK m. 54'te tanımlanmıştır. Suçun işlenmesi sırasında kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veyahut suçun işlenmesinden doğan (sahte para basımı) ya da niteliği itibarıyla kamu güvenliği, esenliği, sağlığı, genel ahlak açısından tehlikeli olup da suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın mülkiyeti devlete geçtiği zaman eşya müsaderesi söz konusudur.

Eşya müsaderesinin türleri

1. Bir suçun işlenmesine bağlı olan eşya. Kasıtlı işlenen bir suç olmalıdır ve suçun en azından icrasına başlanmış olmalıdır; yani teşebbüs aşamasına girilmiş olmalıdır. Suçta kullanılan eşya kategorisine bu koşullarda girer ve bu eşya müsadere edilecektir. Müsadere için suçun sabit olması ve mahkumiyet kararının veirlmesi şarttır. müsadere mahkumiyet kararının doğal sonucudur. Akıl hastası ise yargıç bu suç sabit oldu dediği andan itibaren mahkumiyet kararı vardır yine müsadere yapılır, ancak ceza yoktur. Cezanın olmaması mahkumiyet kararı olmadığı anlamına gelmez; suç sabittir; mahkumiyet kararıdır. Eşya ile suç bağlantılı olmalıdır; ya suçun ürünü olmalı, ya suçta kullanılmalıdır. Ayrıca suçun işlenmesine özgülenmiş, tahsis edilmiş bir eşya olmalıdır. Özellikle örgüt suçlarında çıkar, örgütün işlerini yürütmek için kullanılan eşyalar söz konusu olur.

2. Suçun işlenmesi ile oluşan eşya; sahte bir belge düzenlendiyse, belge müsadere edilir. Ancak bu eşyanın III. kişilere ait olmaması gerekir ve iyiniyetli III. kişi söz konusu olmalıdır. Eğer kişi eşyanın suçta kullanılacağını biliyorsa suça katılma olasılığı dahi çıkabilmektedir. İyiniyetli olmadığını gösterir.

Müsadere orantılılık olması şartı vardır. Suçta kullanılan eşyanın müsadere işlenen suçta göre vicdani rahatsız edecek biçimde, hakkaniyete aykırı olmamalıdır; TCK m. 54/3. Yargıca takdir hakkı verir. Orman yasasına göre, ormandan ağaç kesmek vb. suçtur. Yolculuk yaparken, arabasını durdurup ağaçlardan kozalak toplayan bir kişiyi bekçi durdurur. Mahkeme ceza verir ve arabanın müsadere karar verir; orantısızlık söz konusudur. Paydaşlardan hangisi.....

3. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere. Teşebbüs en azından başlamalıdır. Kamu güvenliği, sağlık, ahlak açısından mümkün olabilir. Suçun işlenmesinde kullanılmış olması ve o eşyanın iyiniyetli III. kişiye ait olmaması gerekir.

4. Konusu suç olan bir eşyanın müsadere. İzne tabi olabilir, müsadere edilecektir.

5. TCK m. 54/2; müsadereye tabi bir eşyanın tespit edilmiş olup ele geçirilememesi halinde, eşyanın değeri kadar paranın müsadere karar verilir. Kazanç müsadere kararına benzer ancak bir kazanç söz konusu değildir, eşyanın ele geçirilememiş olması halinde bedeli müsadere edilir.

Kazanç müsadere; yasak olan bazı mesleklerden dolayı büyük kazançların sağlanmasına engel olmuştur. Suç bir kazanç aracı olmamalıdır. İhaleye fesat karıştırma, dolandırıcılık, kaçakçılık vb. Suçun maddi konusunu oluşturan kazançlar, suçun işlenmesiyle sağlanan kazançlar veyahut bunları dönüştürülmesi ile elde edilen bütün ekonomik kazançlardır. TCK m. 55'te tanımlanmıştır. Kasıtlı suç işlenmesi şartı vardır, bu suçtan maddi bir menfaat elde edilmesi gereklidir. Bu maddi menfaat bir mağdurdan elde edilmişse, bu maddi menfaatin mağdura verilmemesi gerekir (birden çok sayıda mağdur halinde, ancak tek mağdur varsa verilir.) Mağdurun ve iyiniyetli III. kişilerin haklarını koruyucudur. Eğer mağdur bu kazancı hukuk davası ile isteyebilecekse, müsadere kararı verilmemelidir. İyiniyetli olanlar korunur. Sahibi vrya ziyedi belirlenemiyorsa, müsadere kararı verilir. Kazancın da belirlenmesi gerekir. Kısmi belirleme de mümkündür. Bazı suçlarda mümkün olmayabilir, yasa koyucu müsadere sınırını genişletmiştir. Bu genişletme sonucu hüküm yıkıcı sonuca ulaşabilir, yeni yasa genel müsadereye (anayasanın yasakladığı) gitmiştir yorumu yapılır. Ekonomik değer, imhası, tüketilmesi gibi şekillerde müsadere imkansız kılınması halinde, onu karşılayan paranın müsadere edilmesi söz konusudur.

C. Çocuklara Özgü Güvenlik Önlemleri

TCK m. 56'da yasada düzenlenmesi öngörülmüştür; 5295 sayılı çocuk koruma yasasında gösterilmiştir. Bu yasa iki tür önleme yer verir, koruyucu ve destekleyici önlemler. TCK'nin yapmış olduğu bu atıf nedeniyle çocuklar ve suça sürüklenen çocuklar kavramı ortaya çıkmıştır. Bunlar dolayısıyla gerekli güvenlik önlemlerinin alınması gerekliliği hükmüne bağlanmıştır. Yasadaki 12. madde, TCK m. 31 ile birlikte yorumlanmalıdır. Bu takdirde doğrudan doğruya çocuklara ilişkin güvenlik önlemleri alınacaktır. Eğer 12 yaşını doldurmuş ancak kusur yeteneğini haiz değilse, TCKm. 31 uygulanacak güvenlik önlemi alınacaktır. 12-15 yaş arasında ancak akıl hastası ise TCK m. 32, çocuklara ilişkin güvenlik önlemi uygulanacaktır. Bunun dışındaki çocukların yargılanması gerekir. Korunmaya muhtaç çocuk kavramı ve suça sürüklenen çocuk kavramı

18 yaşından küçük kişiler çocuk sayılır. Bedensel, zihinsel, ahlaki, duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, istismar edilmiş çocuklar; korunmaya muhtaçtır. Ancak yasalarda suç olarak düzenlenen bir eylemi işlediği iddiasıyla, hakkında soruşturma kovuşturma yapılan çocuklar, suça sürüklenmiş çocuklardır. Bu önlemlerin alınmasındaki amaç, çocuğun yaşaması, gelişmesi, korunması haklarını güvence altına almak, çocuğun selametini sağlamak, çocuğun ayrımcılığa tabi tutulmamasını sağlamak, uygulanacak önlem açısından ailesini ve çocuğu karar aşamasında bilgilendirmek suretiyle işbirliği ile çalışılması. Usulün insan haklarına uygun, adil olması esastır. Soruşturma kovuşturma süresinde çocuğun durumu gözetilir. Kararların alınması ve uygulanmasında, çocuğun eğitim durumuna, yaşın gelişimine dikkat edilmeli, bunların gelişmesi için çalışmalıdır. hapis, özgürlüğün sınırlandırılmasına en son çare olarak benimsenmelidir. kurum tutma tedbiri de son çare olmalı, ailenin yanında durması esas hedef olmalıdır. Toplumda kazandırılması gözetilmeli, yetişkin suçlulardan ayrı tutulmalıdırlar. Karar alınması ve yerine getirilmesinde başkaları tarafından kimliğin öğrenilmemesine özen gösterilmelidir.

Tedbirin mahiyeti, ya koruyucu ya destekleyici ya da her ikisini bir den kapsamalıdır yasanın 5. maddesi. Öncelikle aile ortamında tedbirin sağlanması gözetilmeli, danışmanlık, yardım etme söz konusu olacaktır. Danışmanlık, çocuğun eğitimi, yetişmesi, gelişmesinde çıkan sorunları giderir. Eğitim tedbirinde, meslek edinilmesi sağlanabilir, yatılı okula verilebilir. Bakım tedbiri, çocuğun resmi ve özel kurumda bakımı yahut koruyucu aile sistemi içinde yerleştirilmesi söz konusu olmalı, bakımı yapılmalıdır. Barınma açısından, yeri olmayan çocuklara barınma imkanları sağlanır ve özellikle gebe kadınlara uygun yerler sağlanır. Tehlike altında bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir, aile ortamı da bu açıdan incelenir.

Bu tedbirlere karar verilirken çocuğun menfaati gözetilmelidir. Çocuğun anne, babası, vasisi, bakımından sorumlu kimse, savcı, çocuk esirgeme kurumu gibi kurumlar da bu önlemin alınmasını yargıçtan isteyebilir. Çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir, bunu değiştirebilir. Bu tedbirler 18 yaşına dek sürdürülür. Ancak çocuğun yaşı 18 yaşını aşmışsa da gerektiği zaman eğitimi sürdürmesine karar verilebilir. Rehberler, çocuğun korunması ve gözetilmesine müdahale edebilirler, takip ederler. Çocuklar için tedbirlerin verilmesinin dışında MK hükümlerine göre velayet, vesayet, kayyım vb. karar verme konusunda yetkilidirler. Yargı, istisnai olarak duruşma yapılmasına karar verebilir, buna karşı yargı yolu açıktır.

Danışmanlık, eğitim, barınma, bakım, sağlık önlemleri istek üzerine ya da kendiliğinden yargıç tarafından alınır ve yetkili olan yargıç çocuğun ailesinin oturduğu yerde önlemlerin uygulanmasına karar verir. Önlemlerin soruşturma kovuşturma yargılama türleri. Çocuk koruma yasası suça sürüklenmiş çocuklar hakkındaki yargılama yöntemleri farklıdır. Soruşturmayı bizzat cumhuriyet savcısı yapar. Eğer gözaltına alınmışsa büyüklenden ayrı bir yerde tutulur. Eğer büyüklerle beraber suç işlemişse ayrı kovuşturma yapılır. kovuşturma mahkemenin iddianamenin kabulü ile başlar. Çocuklara özgü hem soruşturma hem kovuşturma yöntemleri farklıdır. Çocuklara kelepçe takılmaz. Çocuklar hakkında erteleme hükümleri sık sık kullanılır. cumhuriyet savcısı

davanın açılmasının ertelenmesine karar verir. Adli kontrol önlemine çok sık başvurulur; çocuğun belli yerlere gitmesine vb. izin verilmez. TCK m. 109'da öngörülmüştür; tutukluluğun seçeneğidir. Tutuklama koşulları oluşmalı, ancak tutuklama ağır olduğu için savcı, bu kişi hakkında adli kontrolün uygulanması ve hangi önlemlerin uygulanması istediğini belirtmelidir. Tutuklama durumu yoksa adli kontrol uygulanamaz. Eğer çocuk tedbirlere uymazsa, tutuklama koşulları zaten var kabul edildiğinden çocuk tutuklanabilir.

15 yaşının doldurmamış çocuklar hakkında verilecek ceza 5 yılı aşmıyorsa, tutuklanamazlar. Kovuşturma usulüne ilişkin, iddianamenin kabulünden sonra da, büyüklerden farklı düzenlemeler yapılmıştır. Çocuğun duruşmaya nasıl çıkacağı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması verilebilir, uzlaşma hükümleri söz konusu olabilir.

D. Akıl hastalarına özgü güvenlik önlemleri

TCK m. 117'de öngörülmüştür. Tam akıl hastası olanlar yahut algı yetisi, irade yeterliliği ortadan kalkmış kişiler için tedavi önlemleri uygulanır. Tıp bu önlemleri uygular ancak bu karar somut suça göre verilir. Yani bu salt tıbbi bir sorun değil, hukuki bir sorundur. Sorunu çözecek olan bilirkişi değil, yargıçtır. Yargıç kusur yeterliliği olmadığı için, ceza verilmesine yer olmadığına karar verecektir. Dolaylı hükümlülük kararıdır. kişinin suçu işlediği saptanmıştır ancak kusuru olmadığı için ceza verilemez. Tedbire başvurulur; yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında tedavi altına alınır. Suçun belirlenmesi sabit olmalıdır, yargıç eylemin sabit olduğu hakkında hüküm kuracaktır.

Akıl hastasından toplum korunur ve akıl hastası da iyileştirir; çifte amaç güdülür. Tedavi edilinceye kadar denir; süresiz hüküm kurulur. Tehlikeliliğin ne zaman biteceği önceden kestirilemez. Yargıcın bunun bitip bitmediğini anlaması için sık sık sağlık kurumu rapor verir. Raporla hem hastalığın seyri hakkında, hem de güvenlik açısından açıklanması gerekenler açıklanır. Tıbbi denetlemenin gerekli olup olmadığı açıklanmalıdır. Eğer bu denetimin belli aralıklarla yapılması önerilmişse, yargıç ve kurum tarafından kişi izlenir. Tehlikeliliği artarsa ona göre denetim yapılacaktır.

Akıl hastalığı, iradeyi yönlendirme ve algılamayı azalttığı için zaman içinde değişebilir. Yargıç tedbiri kaldırabilir yahut devam ettirebilir. Uyuşturucu madde ve alkol bağımlıları da bağımlılıklarından kurtuluncaya kadar tedavi altına alınırlar; akıl hastası gibi düşünülürler. Kronik bir bağımlılık olmalıdır.

E. Denetimli Serbestlik Önlemi

Denetimli serbestlik önlemi, aslında bağımsız bir önlem değildir. Ya hapis cezasının infazı sırasında uygulanır ya da başka bir güvenlik önleminin infazını tamamlayıcı niteliktedir. Bu önleme, denetimli serbestlik önleminin tamamlayıcı niteliği adı verilir; bağımsız değildir. İnfaz tamamlandıktan sonra yahut hükmolunan güvenlik önleminin infazı sürecinde uygulanır. Bazen de bir cezaya hükmedilmeden, hüküm açıklanmadan bu önleme başvurulabilir. Denetimli serbestlik, özel biçimde seçilmiş suçlular hakkında cezaya hükmedilmenin koşullu geri bırakılması ve özgür bırakılan sanık hakkında onun kişiliğini amaçlayan bir denetleme ve faili yönlendirme biçimidir. Hakları sınırlandıran diğer seçeneklerden önce gelen, tamamlayıcı bir önlemdir. Amaç, o süre içinde iyi hal göstermesini sağlamaktır; davanın açılmasının geri bırakılması sırasında uygulanması halinde, fail iyileşirse dava açılmaz. Merhamet duygusunun ürünü değildir, ıslah yani özel önleme amacını güden bir kurumdur. Lehide görüşler vardır. 1. Fail özgürce yaşamını sürdürür. 2. Cezaevinin sakıncalarından kurtulur. 3. kendi çevresi - ailesi ile olur. 4. başak tutukluların etkisinde kalmaz. 5. kendi işini yapar, ekonomik yaşantısını sürdürür. Aleyhinde görüşler de vardır. Sık sık uygulanırsa, cezanın genel önleme etkisinin ortadan kaldırılması ve haksız suçlamalar karşısında

masumluk, suçluluk karinesini çiğnediği söylenir. Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri, koruma kurulları yönetmeliğinde bu önlem düzenlenmiştir. Bir denetim planı yapılır, özellikle suça sürüklenen çocuklar, hükümlülere uygulanmak kaydıyla, hizmet, eğitim programları vardır.

Denetimli serbestliğin mahiyet nedir? Hem sanık hem de kuşkulu yararına bir kurumdur. Davanın açılmasını yahut duruşma yapıp cezaya hükmedilmesini koşullu olarak önler; tedbirin yükümlülüklerine uyulmalıdır. Cezanın yerine geçen bir önlem değildir. Kendine özgü bir önlemdir. Tamamlayıcı niteliktedir. Türk hukukunda, ertelemeye, koşullu salıvermede uygulanır. Türk hukukunda bunlar ışığında failer bir sınıflandırılmaya tabi tutulur.

Failer üzerine

Faillik koşulu; insan olmak ve yaşıyor olmak. Ceza hukuku iki temel kavram üzerine oturur; eylem ve fail. Pozitivistlerin etkisiyle fail önemli bir kavram olarak öne çıkmıştır. Daha sonra fail ceza hukuku tamamen öne çıksın denildi, Nazi Almanyası, fail kusuru, yaşam kusuru. Suç müptelaları; mükerrirler. Bugün artık normatif fail kavramı dışlanır. Ceza hukuku hem fiil hem fail ceza hukukudur. Ceza faile uydurulacaktır; bireyselleştirmede olduğu gibi. Doğal açıdan suç işlemiş birine, delenkane denir ancak eğer o eylemin suç olduğu belirlenmiş ise kriminal denir. Çocuk suçluluğu doğal nitelikte incelenir; delenkane denir ancak çocuk fail hukuki nitelikte bir suç işlemişse kriminal olur. Bir ülkede işlenen suçlar, hukuk düzeninin belirlediği suçlar; kriminalite. Bunun dışında yine hukuk düzenine aykırı ancak düzenlenmemiş, karanlıkta kalmış suçlar vardır; kriminalitenin içindedir.

Failer, zımni olarak sınıflandırılmıştır. TCK, suçlunun mükerrirliği üzerinde durur. Raslantılı suçlar; bir rastlantı sonucu suç işleyenler ve tehlikeli suçlular; TCK m. 58 vardır. Tehlikeli suçlular, rastlantı yoktur, suç işlemeye suretiyle tehlikeliliği ortaya koyarlar. Rastlantı suçlularına bakıldığında, ilki cezası ertelenenler için denetimli serbestlik ilkesi uygulanır. Bunlar hakkında 1 yıldan 3 yıla kadar bu önlem uygulanır. TCK m. 51'de verilebilir denir; yargıcın takdirine bırakılmıştır. Koşullu salıvermede de dışarda geçirdiği sırada denetimli serbestlik uygulanabilir der. Çocuklar hakkında da uygulanabilir. Bunlar zorunlu olmayan denetimli serbestliktir; takdire bırakılmıştır. Bunun dışında bağımlı suçlularda, denetimli serbestlik uygulanır denir. Rastlantılı suçlar; akıl hastası vb. 3 yıldan fazla olmaz. Diğer suçlular ise tehlikelilik durumlarını sergileyen suçlulardır. Denetimli serbestliğin uygulanması zorunludur. TCK m. 58. Denetimli serbestliğin süresi, 1 yıldan az 5 yıldan fazla olmaz. Tehlikelilik kusur yeterliliğinin en yoğun biçimidir. Bu nedenle kusurluluk bir cinstir ancak tehlikelilik onun bir alt türüdür. Tehlikelilik; suç işleme olasılığıdır. Bu olasılık nedeniyle tehlikelidir. Tehlikelilik somut bir şekilde ele alınır, faile işaret eder. Yasa koyucu bu suçluların sınıflarını ayırmıştır. 1. Alışmış, itiyadi kişilerdir, suç işlemeye alışmış kişilerdir der. 2. Mükerrir suçludur. 3. Geçimini suç işleyerek sağlayan kişilerdir. 4. Örgüt mensubu suçlulardır. Yasa koyucu bu kişilerde özel bir infaz rejimi ve zorunlu denetimli serbestlik önlemi uygular. Pozitivistlerin ileri sürdüğü tehlikelilik kavramı hukuki kavram haline dönüşür. TCK m. 6/5-h,i,j bentlerinde bu kişilerin tanımı ve TCK m. 58'de mükerrirlerin tanımı vardır.

1. İtiyadi Suçlu- Suça Alışmış Kişi

TCK m. 6/5-a kasıtlı bir suçu 1 yıl içinde farklı zamanlarda 3 kez işlemiş kişilerdir. Yasa koyucu aynı suçtan söz eder. Bu üç hükmün de kesinleşmiş olması şartı vardır. Tekerrür hükmü gündeme gelir.

2. Suçu Meslek Edinen Suçlu

Geçiminin bir kısmını, tamamını suçtan sağlayacaktır. Dolandırıcılık, hırsızlık, fuhuş suçlarında çıkar. Hakkında özel infaz rejimi ve önlem uygulanır.

3. Örgüt Mensubu

TCK m. 6/5-j'de tanımlanır. Örgütü kuran, yöneten, üye olan o örgüt adına suç işleyen herkes. Suçlunun kendisinden uzak normatif bir kavramdır.

4. Mükerrir suçlular

Tekerrür; tekrarlama. Mükerrir; tekrarlayan. Tekerrür kavramı, TCK m. 58'de tanımlanmıştır ve m. 58/son 'da mükerrir suçlular üzerinde durulmuştur. Mükerrirlerde özel bir infaz sürecine tabi tutulurlar. Koşullu salıvermede süre uzar. Bir kişinin bir suçu işleyip hüküm giyidikten sonra ve cezalandırmadan sonra suç işlemesi tekerrür denir. Pozitivistler, mükerrir suçlu olmayı tehlikeli suçlu olmanını kesin karinesi olarak kabul etmişlerdir. İnfazı etkileyen nedendir, arttırma nedeni değildir. Denetimli serbestlik zorunludur. Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm gerçekleşikten sonra suç işlemesi; infaz şart değil, kesinleşme şarttır. Cezaevinde infaz yapılırken birini yaraladıysa da mükerrir olur. Tekerrür hükmü genel hükümlerde yer aldığından tüm ceza yasaları için de geçerlidir. Özel- yan ceza yasalarına göre fail hüküm giymişse de tekerrür hükmü uygulanır. Orman yasasını iki kez çiğnerse örneğin yien tekerrür uygulanır.

Sorun; tekerrür neden arttırıcı neden yahut ayrı rejim olarak kabul edilmiştir? Görüşler; 1. kaldırıcı görüş; ilga görüşüdür; tekerrür bir ceza hukuku kurumu olarak benimsenmemektedir. İkinci defa suç işlemek dolayısıyla ceza arttırılıp rejimi değiştirilmişse, eskiden işlenene suç nedeniyle ceza arttırılmaktadır. Oysa bir insan bir eylemden dolayı bir kez cezalandırılır; bu ceza hukuku kuralını ortadan kaldıran bir uygulama olan tekerrür ceza hukuku kurumu değildir denir. Eski bir görüştür. 2. ceza yaptırımının yetersiz kaldığı görüşüdür. Cezanın yaptırım, kefaret gücü faili suç işlemekten alıkoymamıştır. Faile verilen acı yetersiz kalmıştır. Bu nedenle ikinci kez suç işlendiğinde ceza arttırılır denir. Ceza infaz edilmeden tekerrür hükmünün uygulanması bu görüşle çelişir. Zaten kişi cezayı çekmemiştir denilerek; bu görüşün çelişkili oluşu söylenmiştir. 3. Kusurluluk görüşü (kitapta isnadiyet), failin kusurluluğu artmıştır. Failin kusurunun ağırlığı arttığından, infaz gerekmez. 4. İki açıdan ele alınabilir, öznel görüş. Failin tehlikeliliğinin belirlenmesini ve buna göre yargıca ceza hususunda takdir hakkı tanınmasını öngörmüştür. İki görüş çıkar, pozitivistlere ait görüş; olgulara göre mükerrirler daima tehlikeli kişilerdir ve suçu itiyat edinmiş kişilerdir. failin kişiliğine uygun bir yaptırım öngörülmelidir ve bu güvenlik önlemi olmalıdır ağırlıklı olarak denildi. İkinci öznel görüş; suç yeterliliği, cürmi ehliyet görüşüne göre, mükerrir suçlu, suç işleme açısından güçlü bir iradeyi sergilemektedir. İkinci bir suç işlediği için bu konudaki yeterliliğini ortaya koyar. Böyle bir fail için farklı bir yaptırım getirilmelidir. TCK ağırlıklı olarak bu görüşü benimsemiştir ve gerekçesinde kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle belli bir cezaya mahkum edilmiş olmasında rağmen suç işlemekteki kararlılığıyla tehlikeli olduğunu kanıtlamıştır der. Suç arttırılmaz, infaz rejimi değiştirilir denir.

Koşulları, failin mevcut bir ceza hükümlülüğü olması ve yeni bir suç işlemesidir. İlk suç infaz edildikten belli süre geçmişse ondan sonra yoktur. Süre infazla sonra başlar ancak uygulama infazdan önce olabilir.

a. Failin önceden bir suç işlemesi ve bu suçun kesinleşmiş bir ceza hükümlülüğü olmalıdır (para cezası da olabilir ancak ceza olması şartı vardır). Cezanın infaz edilmesi gerekli değildir, infaz sürenini başlaması ve sürenin miktarı açısından önemlidir. Kesinleşmiş olan hükümlülük tekerrüre esas olduğundan, ilk hükümlülük temyiz edilmediği zaman hüküm kesinleşmeden suç işlediği zaman tekerrür uygulanmaz. Failin hapis cezası para cezasından başka cezaya çevrildiği zaman, asıl ceza çevrilen ceza olduğundan tekerrür hükümleri uygulanmaz. Çevrilen ceza ise yine uygulanır ancak önlemlere çevrildiyse uygulanmaz. Genel af ile ilk hükümlülük hukuken silindiğinden, tekerrür uygulanmaz. Ancak özel af, cumhurbaşkanının affı,

yalnızca cezanın infazını etkiler, tekerrürü ortadan kaldırmaz çünkü hükümlülük kararı hukuken varlığını sürdürür. Eğer ilk ceza ertelenmişse ve ertelenme süresi de bitmişse, ceza çekilmiş sayılır ve tekerrüre esastır. Zamanaşımı, cezanın infazıyla ilgilidir, mahkumiyeti ortadan kaldırmaz, zamanaşımına uğramış mahkumiyet tekerrürü gerektirir. Ancak yeni bir yasa ile eski bir suç suç olmaktan çıktıysa tekerrür uygulanmaz.

b. Yeni bir suçun işlenmiş olması gerekir. Ceza mahkumiyetinden sonra işlenecektir. Suçun türü ne olursa olsun uygulanacak rejim aynıdır. Özel tekerrür (aynı suçun tekrar işlenmesi)-genel tekerrür ayrımı kaldırılmıştır. Fail, ikiden çok suç işlerse hem itiyadi suçlu olacak hem de mükerrir suçlu olacaktır. Yasa koyucu, bir hüküm getirmemiştir; 1 yıl şartı sağlanıyorsa itiyadi uygulanabilir ancak tekerrür de uygulanabilir, seçilir der. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç ve tamamlanmış bir suç olduğunda da tekerrür hükmü uygulanır.

c. Tekerrür için sürenin başlaması için, infaz süresinin geçmiş olması şarttır. Geçmediği süre başlamaz. Hapis cezası varsaü, infazdan itibaren 5 yıl içinde suç işlenmiş olması şartı vardır. 5 yıl ve daha az süreli hapis cezalarında bu süre 3 yıldır. Yeni suçun mahkumiyet hükmü 5 yıldan fazlasını gerektirmiyorsa, 3 yıllık süre, fazlasını gerektiriyorsa 5 yıl denir. Eski suç infaz edilmemişse, süre olmadan her zaman tekerrür hükümleri uygulanır. Ertelenmişse, infazın süresinin bitimi ile süre başlar. *****
Adli para cezası taksite bağlanmışsa, son taksitin bitiminde itibaren süre başlar.

Tekerrürle İlgili Özel Durumlar

1. TCK m. 58/4 ve 5; istisnai haller. Kasıtlı suçlar ve taksirli suçlar arasında tekerrür uygulanmaz. Kasıtlılar kendi içinde taksirli olanlar kendi içinde ele alınır ve tekerrür böyle uygulanır.
2. Sırf askeri suçlar. Askeri nitelikte, askerlikle ilgili suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükmü uygulanmaz.
3. Ulusal tekerrür; bir ülkede yasa koyucunun sadece Türk mahkemelerinin verdiği kararları tekerrüre esas sayarım derse çıkar. Tam tersi; uluslararası tekerrür. TCK kural olarak ulusal tekerrürü, istisnai olarak uluslararası tekerrürü kabul etmiştir. İnsa öldürme, yaralama, yağma, uyulturucu madde imal ve ticareti, parada sahtekarlık, kıymetli damgalarda sahtekarlık... suçlarında uluslararası tekerrür hükümleri uygulanır denildi.
4. 18 yaşından önce işlenmiş suçlar tekerrüre esas teşkil etmez.

Tekerrürün Sonuçları

1. Eğer, yeni işlenen suçta yargıç seçeneikli ceza görürse, hapis ya da adli para cezası artık hapis cezasını uygulamak zorundadır. Takdir yetkisi artık yoktur. Hapis cezası da paraya çevrilemez aksi takdirde hile-i şeri olur.
2. İnfazda #2 sonuç doğar; 1. mükerrir olanların cezalarının süresi artar, TCK m. 58/6. Adli para cezası günlük 100 tlden hesaplanır. 2. Denetimli serbestlik önleminin uygulanması ve hapis cezasını verildiği durumlara yönelik durum yani mükerririn ikinci suçtan dolayı mahkum olduğu cezanın infaz süresine ilişkin koşullar: koşullu salıvermede sürenin uzaması gibi. Eski ceza para cezası ise 100 tl den hesaplanır ve kaç güne tekabül ediyorsa onun dörtte üçü ne göre.
3. Denetimli serbestliğin uygulanması zorunludur. Yargıç kararından bundan bahsetmese bile bu bir bozma kararı değildir, ek kararlar alınması mümkündür. Tıpkı eski ceza yasası dönemindeki

feri cezalar gibi. Duruma göre herhangi bir uzman görevlendirilebilir; 3 aylık raporları infaz yargıcına sunar.

4. Bir başka sonuç, 3 aydan az hapsi gerektiren kasıtlı suç kapsamında tekerrürle yeni bir suç işlendiği zaman, taksir.....tekerrür infaz üzerinde etkisini gösterir; erteleme ve tekerrür aynı anda uygulanabilir.

DÜŞME

Verilen hüküm yahut ceza bazı durumlarda düşebilir. Davanın ve cezanın düşmesi 12 maddede düzenlenmiştir. TCK 64-75.

Suç teşkil eden eylemle beraber, devletle fail arasında ceza ilişkisi kurulur. Bu ilişki davaya dönüşür, hükümlülük kararı verilirse bir ceza ilişkisi doğar. Ancak bazen dava ilişkisi de ceza ilişkisi de ortadan kalkabilir. Faillerin gerek nitelikli gerekse de bazı davranışları kişisel cezasızlık nedeni yaratmaktadır; alt soy üst soy arasında malvarlığına karşı suçların oluşmaması gibi. Gönüllü vazgeçmede de fail vazgeçtiği an teşebbüsten dolayı hükümkurulmaz. Yahut etkin pişmanlık; suç sonrası cayma da bazen indirici neden bazen de cezasızlık nedeni olarak çıkmaktadır. Cezanın verilmesini engelleyen nedenler; davanın açılmasını yahut hüküm kurulmasını veyahut hüküm kurulmuşken failin cezaevine girmesini engeller niteliktedir. Olay olarak suçun varlığını ortadan kaldırır. Bir suç işlenmiş ve hiçbir yasakoyucu o suçu işlenmemiş hale getirmez. Ancak yasa koyucu o davranışı bazen suç olmaktan çıkartır, davranış olay- olgu olarak vardır ancak hukuk açısından yok diyebilir; af çıkartılması gibi. Bazen de hüküm kurulmasına rağmen ceza ilişkisini ortadan kaldırır; zaman geçmesi gibi.

Ceza ilişkisinin sona ermesi; birey işlediği andan itibaren bir devletin kendisini cezalandıracağını düşünecektir, edilgin bir özne haline gelerek buna boyun eğecektir. Ancak burada yasallık ilkesinin sonucu olarak yasada öngörülenden fazla cezaya maruz kalmama hakkı doğar. Devletin görevi, derhal harekete geçmek, kamu davasına canlandırmak, tarafsız bir organ önünde o kişinin bu eylemi işleyip işlemediğini belirlemek, işlediği sabitse cezalandırmak. İkinci aşama; infaz. Fail cezaı infaz edecek kişilere teslim olmalıdır.

Bir ceza hükmünün infazına başlanması için kesinleşmesi şarttır. Hiçbir hüküm kesinleşmedikçe yerine getirilmeyecektir. Yargının verdiği karar, doğru sayılır. Gerçek realite ile ilgilidir, herkesçe görülür ancak yargı kararı kişinin o suçu işlediği ile ilgili kuşkuyla yenerek bir olasılığa dayanır. Adli yanılı her zaman çıkabilecek bir olasılıktır; yasa koyucu bunu gözeterek yargılamanın yenilenmesi koşulunu getirmiştir.

Kamu davasının ya da ceza hükümlülüğünün düşmesi konusundaki kuramlar

Bir anlayışa göre; suç ve cezanın düşmesinden söz etmek yanlıştır. Tarihi olay yaşanmamış olamaz. Ceza ilişkisini düşürdüğü iddia edilen nedenler, yargılama hukukunun konusudur. Ceza hukuku sadece bu düşme sebeplerinin sonuç ve etkilerini gösterir. Bu kurum maddi ceza hukuku içinde ancak bu nedenle dolaylı olarak yer almıştır. Dava açılmasını düşüren nedenler ve infazı düşüren nedenleri ayırımı yapmışlardır. Bu ayırım Fransız ceza yargılaması yasası bunu benimsemiştir; doğrudan doğruya ceza yargılamasının konusudur denir. Devletin cezalandırma yetkisinin ortadan kalkması olduğu öne sürülerek bu eleştirilmiş, ceza hukuku ile ilgilidir denilmiştir.

İkinci bir görüşe göre, suç ortadan kalkar ve hukuk açısından bu eylem suçtur diyen kuru geçici olarak ortadan kalkar denir; af gibi. Bu nedenle bu nedenlerin ceza hukuku ile ilgili olduğu öne sürülür.

Üçüncü bir görüştekiler, suçun temel öğeleri üzerinde dururlar ve cezalandırılabilirlik ögesini eklerler. Bu kurumların hepsi cezalandırılabilirlik ögesini ortadan kaldırırlar dolayısıyla ceza hukukunun kapsamına girerler derler.

Dördüncü görüş; cezalandırılabilirlik ögesini reddeder ve suçun somut bir hal almış olan, kanıtlanmış suçun niteliğini ve dolayısıyla cezayla ilişkisini kaldırır derler.

Ceza zamanaşımı bir ceza hukuku kurumudur ceza sabit olduktan sonradır ancak dava zamanaşımı farklıdır, davayı düşürür. İkinci bir tartışma da suçun hukuki sonuçlarının düşmesi kuramı. Carmenotti, hukuki ilişkinin fesh edildiğini ortadan kaldırdığını söyler; olgu kalır der. 3. görüş, ceza verme yetkisi egemenlik yetkisi ile ilgilidir, devlet bu durumlarda bu yetkisinden vazgeçer. Bu yetki bazen içerden kaynaklanabilir; gönüllü vazgeçme, etkinpişmanlık gibi. Dıştan gelen nedenler ise, zamanaşımı, af gibi bu yetkinin kullanılmasını ortadan kaldırırlar. Bir başka görüş, devletin cezayı verme yahut davayı açma isteme yetkisini kullanmamasıdır; devlet bunu istemeyebilir, bundan yarar görmeyebilir, devletin iradesinden kaynaklanan bir kurumdur.

Derhal beraat kararı verilebilecek vb. durumlarda bu işletilemez. Derhal karar verilirse failin suçlu olduğu benimsenmiş olur ancak suçsuzluk karinesi bu yolla çiğnenir. Kesin bir hüküm verilmesi gerekir. Failin aftan yararlanması için sabit bir hüküm söz konusu olmalıdır. CMUK m. 223/9.

Düşme Nedenlerinin Özellikleri**

1. Kişiseldirler. Objektiftirler ancak nedenlerin içerisine giren kişiler yararlanabilir. Davadan vazgeçme şikayeti geri alma istisna.
2. Bunlar belli suçlara özgü ise sadece o suçlarla sınırlandırılırlar.
3. Ceza ilişkisini kaldıran birden çok neden olabilir. yargıç tek tek durumları uygulamalı, hangisi lehe sonuç veriyorsa, hüküm ona göre kurulmalıdır.
4. Resen uygulanırlar.
5. Başka neden olsa bile onun önüne geçerler. Sanıkla pazarlık yapılmaz: 1960 yasasında olduğu gibi istisnai bir durum olabilir.

Ölüm. Fail hakkında bir soruşturma başlamışsa, cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir. Eğer dava başlamışsa, fail kuşkuludur, iddianame düzenlendikten ve mahkemece iddianame kabul edildikten sonra sanık statüsüne dönüşür. Sanıkken, mahkeme- yargıç davanın düşmesine karar verecektir. CMUK 223 ve 64. Yargıç, kendiliğinden, resen hareket eder. Hüküm kesindir. TCK m. 223/9: derhal beraat kararı verilecek hallerde düşme kararı verilmez hüküm ölüm konularında uygulanmaz. Müsadere konusu çözülür, suçta kullanılan eşya veya ondan doğan kazançlar müsadere edilecektir yeter ki bunlar III. kişilere ait olmasın. Müsadere kendiliğinden suç olan eşyalara da uygulanır. Yargıç davayı düşürür ancak müsadere kararı verir.

Hükümlünün ölümü halinde; mutlaka düşme kararı verilir ancak müsadere konusu çözülür. Yargılama giderleri düşmez, bu hükümlünün mirasçılardan alınır. Para cezası varsa, taksite bağlanmış ve bir kısmı ödenmişse, ödenen kısım düşmez, kalan kısım düşer.

1. Af

Af, tarihin başından beri olan bir olaydır. Affın lehinde aleyhinde görüşler vardır. Belli şartların gereği olarak af yoluna gidilmiştir. Af bazen cezaları kaldırır, hafifletir, dönüştürür. Bir yargılama konusu değildir, doğrudan doğruya yasama konusudur, yahut bir kral da af çıkarabilir. Af işlemini yapan kurum affın koşullarını belirler, Türk hukukunda yasama organı. Cezayı düşüren bir neden hem de hüküm verilinceye kadar davanın düşmesine yol açarsa, ceza yargılaması ile ilgili af olmuş olur. Kamu davası düşer, ceza infaz edilmez ortadan kalkar. Affa uğramış suç olgu olarak

vardır ancak suçun hukuksal niteliği bir zaman dilimi içerisinde yok edilir. TCK m. 74. Olay olarak ortadan kalkmadığı için doğan hukuki neticeler dolayısıyla dava açılabilir, tazminat davası gibi. Affedilen yalnızca kamu- ceza davasıdır. Affın aleyhinde olanları başında Beccaria gelir; af cezanın önleyici etkisini ortadan kaldırır demıştır. Cezanın genel önleyici etkisini ve muhakkak olduğu bilincini ortadan kaldırır demıştır. Kant gibi mutlak adalet görüşüne sahip olanlar da buna karşı çıkmıştır, cezanın kefarete sonucunu ortadan kaldırır derler. Pozitivistler de siyasetçilerin çıkar amacıyla kullanılmasını eleştirir ve karşı çıkarlar. Örneğin, 1961 AY'na de sık sık orman suçları affedilmiştir. Önce orman suçu oluşturulmuş sonra da af çıkarılmıştır. Daha sonra AY ile bu yasaklanmıştır. Pozitivistler bunları gözeterek, süresiz hüküm yoluna gidilip af kurumu tamamen ortadan kalkmalıdır demektedirler. Buna karşı affın lehinde olan görüşlerden en çarpıcısı, af adli hataları önleyen bir kurumdur anlayışıdır. Affın ortadan kaldırılması mümkün değildir, ancak yanlış kullanılırsa tekrür sayısı artar. Anayasada da düzenlenmiştir; m. 150.

Af bazen bireysel nitelikte bazen toplu niteliktedir. Bazen genel bazen özel nitelikte olur. Özel af- genel af. Genel özelafl ayrımı hukuki nitelikte bir ayrımdır, sonuçları da birbirinden farklıdır. Genel af radikal sonuçlar doğurur. Ceza infaz edilmez çünkü o suçla ilgili olan, hukuki kurum olan suç o dönem için ortadan kalkmış, ceza indirilmiş yahut değiştirilmiştir. Genel özel af ayrımı özellikle cezanın infazı ile ilgili sonuçlar doğuru, özel afta cezanın türü değiştirilir, kaldırılır ancak hüküm geçersiz olmaz.

Türk anayasa koyucusu affı zorlaştırmış, nitelikli çoğunluğa bağlamıştır; üsts nin 3/5 'i ile ancak kabule bağlamıştır. Genel af AY m. 65/1'de tanımlanır, kamu davasını düşüren ya da hükmedilen cezaları tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldırır genel af söz konusudur. Kişi sayısı ile değil öz ile ilgilidir. Bazen tam bazen kısmi genel af çıkar. Cumhuriyetin 10. yılında ve 1950li yıllarda olmak üzere iki kez tam genel af çıkmıştır. Eğer bu kısmi olursa, bir kısım hükümlüler aff edilir - 5 ıla kadar olan hükümlüler gibi. Bazen de af şartlı getirilebilir, mükerrir olmayanlar yahut 5 yıl içinde bir daha suç işlememek kaydıyla aff edilirler; şartlı genel af. Şartsız genel af da bunu karşısında çıkar.

Af metni esas alınmalıdır. Suçların adı- nitelikleri yazılır. İkinci biçim doğrudan doğruya yasa maddesi göstermekle olur. Yahut 10 yıla 5 yıl kadar olan cezalar aff edilmiştir 5 yılı aşanların da 5 yılı aff edilmiştir denebilir. En doğrusu yasa maddelerinin aff edilmesinin belirtilmesidir. Af yasası eylemi değil eylemin suç niteliğini ortadan kaldırır; kamu davası yürüyorsa düşer, açılmamışsa kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir savcı, cezaya hükmedilmişse ceza ortadan kalkar. Hükümlüye bağlanmış sonuçların hepsi de ortadan kalkar; tekrür kuralının uygulanması mümkün değildir. Daha önce işlenmiş olan bir suç olsa bile erteleme hükmü uygulanır çünkü yok kabul edilmiştir. Zor alımına karar verilen şeylerin, ödenen adli para cezalarını geri verilmesine yol açmaz. Ancak kalan para cezaları ödenmeyecektir. Yargılama giderleri hükümlüden istenmesine engel teşkil eder, ölüme benzemez çünkü hüküm ortadan kalkmıştır. Özel af, TBMM nin ve Cumhurbaşkanının çıkardığı özel aflar. Cumhurbaşkanının özel affı AY m. 104, sınırlıdır ancak sürekli hastalık, sakatlık, kocama nedeniyle af çıkarılabilir. TBMM ise AY m. 87; 3/5 çoğunlukla özel af çıkarabilir, mahkumiyet hükmüne değil cezaya etkilidir. Cezayı kaldırır, değiştirir yahut dönüştürür. Özel afta hak yoksunlukları ortadan kalkmaz, tekrür etkilenmez. Erteleme yapılabilir.

2. Zamanaşımı

Zamanaşımı zamanın geçmesi nedeniyle suçu kovuşturmada toplumsal yarar olmadığı durumdur. Ceza zamaşımının süreleri daha uzundur dava zamaşımına göre ve ceza kesinleştikten sonra verilebilir.

Her iki zamaşımı hakkında topluca bir değerlendirme yapmak gerekirse acaba zamaşımının kabulü doğru mudur yoksa yanlış mıdır? - ->unutmayı bir yerde yasal hale getirmektedir. Zamaşımının hem lehinde hem de aleyhinde birçok görüş vardır.

Lehte olanlar:

- Manevi ceza/cefa/eza görüşü: Bu görüşe özellikle 18 -19. yy hukukçuları tarafından savunulmuştur. bunlara göre bir kişi bir suç işlemişse o suçtan dolayı mutlaka bir vicdan azabı duyar ve bu vicdan azabıyla her an yakalanma korkusu yaşar ve bu onun için cezadır. Dolayısıyla böyle bir kişi uzun süre geçtikten sonra bu kişiyi cezalandırmak iki kez cezalandırmaktır. Tabi bu görüş bütün suçluların aynı olduğu görüşünden ortaya çıkmaktadır. Bu ancak insan öldürme gibi suçlarda söz konusu olabilir, sık sık işlenen suçlarda bunun olduğunu düşünmek mümkün değildir. Kimse korkuyu cezaya eşdeğer görmemiştir. Bu varsayımlarla elbetteki zamanaşımını savunmak mümkün değildir.

- Islah görüşü: Şarta bağlıdır. Fail suçu işledikten sonra uygun süre herhangi bir suç işlememiştir. Bu nedenle iyileştiği kanıtlanmıştır ve böyle bir kişiyi cezalandırmak yanlıştır. Bir kısmı da suçlunun ülkeyi terk etmemesi gerektiğini, ıslah olduğunu kanıtlanması gerektiğini söylerler. Bu da varsayıma dayanan bir görüştür. TCK'da aynı cinsten suç işlemekten bahsedilmemiş. Sanki eski yasa bu bakımdan bu görüşten esinlenmiş gibiydi. Böyle bir görüş ceza zamanaşımını açıklamaya yetmez.

- Daha çok dava zamanaşımını açıklayan ve onu yargılama hukuku içinde olduğunu söyleyen görüşten yararlanır. Kanıtlama olanağı kalmamış, olan kanıtlara güven yitmiş, suçu kanıtlamanın imkansız olduğunu ileri sürmüşlerdir ve bu arada özellikle küçük çocukların işlediği suçlar açısından doğru olduğu söylenir. Belki dava zamanaşımı için bu doğrudur. Ama ceza zamanaşımı için böyle bir görüş ileri sürmek mümkün değildir. Belge düzeyindeki kanıtlar bu görüşü çürütür.

- Psikolojik değişim ve evrim görüşü: Bergson. Bu görüşe göre failin bir insan olduğu dolayısıyla her insan gibi biyolojik ve psikolojik açıdan gelişip değiştiği ve suç işlediği sıradaki insan olmadığı ve bu nedenle bu evrimin değerlendirilmesi gerektiği; uzun süre geçtikten sonra böyle bir faili cezalandırmanın doğru olmadığını ve yanlış bir bireyselleştirme olduğunu söylemektedir. İleri yaşlarda suç işleyenler için bu tartışılabilir. Bundan esinlenen Gabriel Tart, zamanaşımı süresinin bu kişilerde daha az olmasını ileri sürmüştür. ->çocuklar ve gençler. Yeni ceza yasasında da bu görüş bir nevi kabul görmüştür. 15 yaşına kadar olan suçlularda yarısı, 18 yaşına kadar olan suçlularda 2/3 olur. Bazı yazarlar bnu metafizik olarak eleştirirler.

- İnsan belleğinin unutmaya dayanan görüş. Zaman içinde olayın etkileri silinecektir. Zamanın gücü ceza gereksinmesini siler, dolayısıyla zaman geçince faili cezalandırmak yanlış olur, diğer etkenler de düşünülürse büsbütün haksız bir görüş değildir. Toplum belki suçu unuttur ancak mağdurlar unuttur mu? Mağduru bu görüş dışlamış oluyor. O nedenle bu görüşe karşı çıkmıştır. Toplumun sık sık işlenen suçları hiç unutmadığı karşı görüş olarak ileri sürülmüştür.

- Kovuşturmanın devlet tarafından terk edildiği görüşü. Bu görüş bir karineye dayanmaktadır. 19. yy'ın sonlarında Carrara suçluyu, özel hukuktaki borçlunun durumuna benzetmiştir ve artık ceza görmeme hakkının ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Özel hukuktaki zamanaşımı sadece kişiler arasında etkilidir ama kamu hukukunda zamanaşımı toplumu ilgilendirir. Bu nedenle böyle bir karine ileri sürülemez.

- Devletin soruşturmayı- kovuşturmayı savsaması görüşü: Devlet için bir nevi yaptırımdır. Sorumsuzluğun sonucuna devlet katlansın denir. Fransız hukukunda bu görüş uzun süre egemen olmuştur. Fransız hukukunda çok esinlenmiştir.

- Toplumsal yararın olmadığı yolundaki görüş: Suç işlenerek kamu düzeni bozulmuştur. Sarsılan kamu düzeni yaptırım uygulanarak düzeltilmemiş. Bu uzun süre sonucunda faili cezalandırmanın yararı yoktur. Cezanın genel önleme etkisi hemen verilmediği takdirde ortadan kalkıyor, dahası fail cezalandırıldığı zaman aynı etkiyi gösteriyor ve fail üzerindeki özel önleme

etkisi de zayıflıyor ve karşınıza kin tutan bir kişi çıkıyor. Failin tehlikeliliğini arttıran bir durum olduğu söylenmiştir. Evrim teorisiyle beraber düşününce belki de en doğru görüş bu görüştür.

Aleyhte görüşler

- Beccaria'nın zamanaşımına yararlılar içerisinde olarak karşı olacağı açıktır. Faili cezalandırmanın yararı her zaman ağır basacağı, zamanaşımını gündeme getirirseniz fail bundan kaçma yolunu bulacaktır ve kar-zarar hesabı yaptığında kaçma yolu olarak kaçabilirim der. Beccaria zamanaşımını kışkırtan bir durum yarattığını söyler.
 - Bentham da ızdırap verici, suçludan beklenen yarar- zarar hesabı yaptığında duyacağı acı ve elde edeceği yarar arasında kıyas yaptığını ve zamanaşımının suçu teşvik edeceğini söyler.
 - Pozitivistler kurnaz, kaçmasını beceren, hilekar suçluları zamanaşımının teşvik ettiğini söyler. Zamanaşımı kanıtları ortadan kaldırır- bozar. Failin mensup olduğu toplumsal katmana göre böyle bir durumda suçu ya tahrik edecektir ya da mesleki suçluları birbirinden ayırt etmeyi önerirler ve zamanaşımının bunu ayırt etmediğini söylerler.
- Sonuç olarak bütün bu görüşleri değerlendirdiğinizde toplumsal yarar var mı yok mu üzerinde yoğunlaşmak gerekir. Zamanaşımı yargılama hukuku kurumu mudur, ceza hukuku kurumu mu?

Yargılama hukukuna ilişkin bir kurumdur diyenler:

Zamanaşımının yargılama koşulu olduğunu zamanaşımı geçince fail hakkında soruşturma yapılamayacağını söyler. Kanıtların ortadan kaybolmasına dayanan zamanaşımına dayanan nedenleri de, yargılama hukukunda kanıt kavramının son derece önemli olduğu ve dava zamanaşımının bu nedenle yargılama hukukunun içine gireceğini söyler. Bu yüzden çoğu Alman yazarı bunu dava engelleri içinde inceler. Dava zamanaşımı için söylenenler doğrudur ancak ceza zamanaşımı için geçerli değildir. Bu yüzden bu görüşü savunanlardan bazıları ceza zamanaşımının reddini ileri sürerken, diğerleri sadece dava zamanaşımını açıkladıklarını kabul ediyorlar.

Zamanaşımı kavramı doğrudan doğruya ceza hukuku disiplinine aittir diyenler:

İlk olarak faili cezalandırabilmenin bir koşuludur. Üstelik zamanaşımı eylemin suç niteliğinin ortadan kaldırmaz, suç hukuken vardır ancak devlet ceza verme yetkisini yitirir. Bu nedenle bu ceza verme yetkisini ortadan kaldırır, bu nedenledir ki ceza hukukunun içinde yer alır derler. Dolayısıyla failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını buna göre belirleyeceğiz derler. Fransız hukukunda dava zamanaşımı ceza usulde düzenlenmiştir, ceza zamanaşımı ceza yasasında düzenlenmiştir. Bizde ise her ikisi de TCK'da düzenlenmiştir.

Karma görüş:

Dava zamanaşımıyla ceza zamanaşımını birbirinden ayırırlar. Çoğunluğu dava zamanaşımının yargılama hukukuna ait olduğunu, ceza zamanaşımının ise ceza hukukuna ait olduğunu söylerler. Türk hukukunda da yazarlar kendilerine göre savunma yapmışlardır. AY m. 38> zamanaşımını maddi hukuk içinde düşündüğü ortaya çıkıyor, bu nedenle bunun daha çok maddi ceza hukukuna ait olduğunu da ortaya çıkarmaktadır.

Ceza yargılamasının kuralları: derhal uygulanır, isterse aleyhine olsun. Derhal uygulama burada göz önünde tutulmayacak hangisi lehine ise o uygulanacak. Bu nedenle bu ceza hukukuna ait bir kurumdur.

a. **Dava Zamaşıımı**

Belirli bir sürenin geçmesi ile davanın açılmaması ve açılmış davanın yürütülememesi söz konusudur. Bunu yargılama hukuku yazarları da az çok aynı şekilde tanımlar. Bütün suçlar açısından bu süre geçerlidir. Ancak bazen yasa koyucu istisnai olarak bazı suçların zamaşıımına uğramadığını söyler- soykırım, millet ve devlete karşı suçlar.

Zamaşıımının süreleri

Zamaşıımının süresi neye göre belirlenir? Anglo sakson ülkelerinde suç türlerine göre zamaşıımı ayrı ayrı belirlenmiştir. Diğer bir sisteme bakıldığında cezanın ağırlığının gözetildiği görülür. Genel hükümler içinde en pratik sistem de budur. Hem eski ceza yasasında hem de TCK'da benimsenen sistem buydu. Bu açıdan bakıldığında 18 yaşını bitirmiş, tam anlamıyla kusur yeteneğine sahip kişilerde zamaşıımı TCK m. 66'ya göre belirlenir. Buna göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 30 yıl, müebbet hapis cezasında 25 yıl, 20 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası gerektiren suçlarda 20 yıl, 5 -20 arasında 15 yıl, 5 yıla kadar olanlarda veya adli para cezası söz konusuysa 8 yıl. 12-15 yaş arası olanlar için süre yarıya iner. 15-18 yaş arasındakilerde de 2/3 olur.

Yasa koyucu zamaşıımına uğramadan takip edilmesini esas alır. Zamaşıımı belirlenmesinde süre olarak ne temel alınır? (çeşitli sistemler)

- Bir kısım sistemde, failin alacağı somut ceza göz önünde bulundurulur. Bunlar hesaplanma ile elde edilen ceza miktarı ölçüt alınır; somut ceza sistemi.

- Soyut ceza sisteminde, cezayı indiren - arttıran nedenler göz önünde tutulmaz. Nitelikli neden varsa göz önünde tutulur. Tasarlayarak insan öldürmeden dava açıldıysa ağırlaştırılmış müebbet olduğundan ona göre zamaşıımı süresi belirlenir. Bazı sistemler sabit ceza sistemi getirir- daha kolay.

- Karma sistemde, kişisel hallerin bulundurulmamasını ve bulundurulmasını göz önünde tutanlar vardır. Bu da soyut ve somut ceza sistemini birlikte gözetir. Eski ceza yasası m. 102'de cezaları gerektiren cürüm için hangi suçtan fail suçlandıysa deniliyordu: bazı yazarlar somut bazı yazarlar soyut demiştir. SS'e göre iki yorum da olanaklı. 1942 tarihli içtihatları birleştirme kararı soyut cezayı benimsedi .Bazen faile yüklenen suçun niteliği değişebilir. Bu durumda faile verilecek cezayı eğer o suçu yargılamak başka mahkemenin görevindeyse görevsizlik kararı verilir ve bu yansıtılır. Bazen görevsizlik kararı verilmesi gerekmez bu durumda ne yapılacağı TCK'da çözülememiştir. Hoca yargıç ek savunma isterse ona göre süre düşünölmeli demektedir. Artık 1942 İBK gerek kalmamıştır. Çünkü TCK m. 66/4'te bu açıkça belirtilmiştir: soyut. Bu sistem basamaklı cezalarda vardır, üst sınır esas alınır. Seçenekli olanlarda da hapis cezası esas alınacak. SAdece adli para cezasında zamaşıımı süresi sabit olarak uygulanır.

- Nitelikli durumlara yollama yapıldığında gözetilir.

- Dava zamaşıımında başka türlü hareket etmek zordur, yani somut ceza sistemi adil olmayan sonuçlar doğurur. Ancak nitelikli hal varsa zamaşıımı süresinin arttırımına göre yapılmasını kabul edilmiştir. Çünkü iddianamede bu ortaya çıkacaktır. Teşebbüs- içtima söz konusu değil. Aynı eylemden dolayı yeniden yargılama yapılması söz konusu olabilir. Bu durum TCK m.

66/5'te özel bir kesici neden getirmek suretiyle düzenlenmiş ve tartışmaya son vermiştir. Bazen yargılamanın yenilenmesi gündeme gelir. Böyle bir durumda yeni yargılama yapıldığı takdirde bu yeni yargılamadaki eyleme göre, eylemin nasıl vasıflandırılıyorsa buna göre zamanaşımı belirlenir.

- Zamanaşımının başlaması m. 66/6'ya göre düzenlenmiştir. Bir kere suçun tamamlanmış olması gerekir. Sırf davranış suçlarında davranışın yapılması ile tamamlanmış olur. Ancak davranışla sonucun suçlarda suç o anda tamamlanır. Bu takdirde failin zamanaşımını tam olarak belirlenemez. Eğer davranıştan sonra sonuç doğduysa öngörülen madde gözetilir, buna göre zamanaşımı belirlenir. Buna göre suçların tamamlanması ile ilgili bir özellik söz konusu değildir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, teşebbüste son davranışın yapıldığı gün zamanaşımı başlar. Bu teşebbüse göre değişir. Teşebbüs icra başlangıcının yapıldığı anda başlar. Yine zamanaşımı bu son davranışı yapıldığı andan itibaren işlemey başlar. Kesintisiz suçlarda, davranış icrai veya ihmali olarak devam eder. Bu suçlarda TCK'da kesintinin gerçekleştirdiği andan itibaren zamanaşımı başlar denildi. Zincirleme suçlarda son suçun işlendiği tarihte zamanaşımı başlar. TCK iştirak halinde suçlarda da tartışmayı bitirmiştir, iki görüş vardı, ilkinde göre iştirak halinde suçlarda ortak suç için öngörülen davranış göz önünde bulunduruluyordu. TCK bağlılık kuralını da göz önüne bulundurularak icra hareketi ile zamanaşımı başlar dedi.

- Nesnel cezalandırılabilme koşullarında m. 66/6'ya göre cezalandırılabilme koşulu nesnel olarak çıktığı anda zamanaşımı başlar.

- TCK bazı özel hükümlerde de zamanaşımının başlangıcını belirlemiştir. TCK m. 230: birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören-> evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten başlar.

- Dava zamanaşımının işlemeye başlayacağı an önemlidir. Bazı suçların işleniş biçimleri nedeniyle mağdurun yaşı, durumu itibarıyla ayrı bir zamanaşımının öngörüldüğü durumlar vardır. Bu suçlar çocuklara karşı üst soy veya bunu nüfus altına alan kimseler tarafından işlendiği zaman zamanaşımı çocuk 18 yaşını doldurana kadar durur sonra işlemey başlar.

- Kanunda zamanaşımı davanın düşme nedenleri arasındadır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı savcı tarafından verilir. Dava açıldıysa yargıç zamanaşımının işlediğini görürse resen dikkate alır, kararı verir.

Dava zamanaşımının engelleri

Bir kısmı durmasına bir kısmı kesilmesine yol açar. Dava zamanaşımının durması, bazı nedenlerin ortaya çıkması ile olur, o engel ortadan kalktığı zaman yeniden başlar. Kesintiye uğramasında ise, daha önce işleyen süre tamamen sıfırlanır, o kesintiden itibaren süre yeniden başlar. Durma nedenleri ve kesinti nedenleri sınırlı ve sayılı olarak yasada öngörülmüştür.

Durma nedenleri

- İzin: İzin öngörüldüyse zamanaşımı durur. İzin gelinceye kadar zamanaşımı durur. İzin geldikten sonra izin istenen süre çıkacak geriye kalan süre işlemeye başlayacaktır.

- Karar alınması: Karar alınması kovuşturma koşulu olarak çıkar. C. savcısı istekte bulunduğu anda zamanaşımı durur, karar verildikten sonra zamanaşımı işlemeye başlar.

- Bekletici sorun: Bazen mahkeme bir konuda karar vermek için başka bir yargı organının bir sorunu çözmesini bekleyebilir. Böyle bir durumda zamanaşımı yine o sorun çözülene kadar işlemeyecek, duracak, sorun çözüldükten sonra kaldığı yerden işlemeye devam edecek.

- Kaçaklık durumu: Sadece kovuşturma durumunda çıkar. Suç faili hakkında kaçaklık kararı verildiyse bu karar kaldırılana kadar zamanaşımı durur.

Kesinti nedenleri

Sınırı vardır. Sürenin yarısı eklenir, o yarı geçilemez. Örneğin 10 yıllık zamanaşımına tabi, kesintiye uğradı en fazla 15 yıl. Yasa koyucu her ikisinde de kazuistik yöntem kullanmıştır.

- Şüpheli ya da sanıklardan birinin ifadesinin savcı tarafından alınması. CMUK ifade denildiğinde, savcının sorgusunu almasını kabul eder. Aynı şekilde kolluk güçleri de ifade alır. Kolluğun ifade alması süreyi kesmez.

- Yargıç tarafından sorgunun yapılması.

- Kuşkululardan biri hakkında tutuklama kararı verilmesi. Sadece tutuklanan sanık hakkında değil, suç ortakları açısından da zamanaşımı kesilir. Ancak iştirak şartları gerçekleşmelidir. Aynı suçtan dolayı tutuklama verildiğinde.

- İddianame düzenlenmesi: İddianamenin düzenlendiği suçla ilgilidir. İddianame niteliklerini haiz olmalı, imza, mahkemey teslim gibi. Düzenlendiği anda mahkeme reddetse bile zamanaşımını keser.

- Mahkeme hükümlülük kararını vermişse. Kesinleşmesi şart değildir. Kesinleşince, ceza zamanaşımı başlar.

- Birkaç neden söz konusuysa, en son nedenden dolayı kesildiğinde zamanaşımının bütününe ertesi gün eklenir ve o süre geçilmemelidir (10- 15 yıl durumu gibi).

b. Ceza Zamanaşımı

Kesinleşmiş bir yargı kararı olduğunda ceza zamanaşımına itirazlar daha çok yapılır, fail cezalandırılmıştır. süreleri dava zamanaşımına göre daha uzun belirlenmiştir. Ceza zamanaşımı cezanın iyileştirici rolünü azaltacaktır. Zamanaşımı açısından ölçütler: ceza zamanaşımı somut cezaya göredir. cezanın bir kısmı çekilmiş ise geriye kalan cezaya göre olur. somut cezada çekilecek cezanın süresi de göz önünde tutulmalıdır. eğer hapis cezası para cezasına çevrilmişse zamanaşımı çevrilen somut cezaya göre zamanaşımı belirlenir. İnfaz edilecek ceza gözetildiği için eğer daha önce tutuklu olarak kalmışsa, tutukluluk süresi somut cezadan indirilir ve süre ona göre belirlenir. deneme süresi söz konusu ise deneme süresi içinde failin tekrar suç işlemesi ile... sürenin hesaplanmasında infaza karar verilen kısım hep gözetilmelidir. kısa süreli hapis para cezasına çevrildiyse de aynı ölçüt geçerlidir. Ancak kısa süreli hapis cezası para cezası dışında bir önleme övrüldiyse ceza zamanaşımı söz konusu değildir, ceza yoktur. TCK'ya göre toplama yoktur - koşullu salıvermenin hesabı dışında- her ceza ayrıdır.

iki tür ceza vardır, hapis cezaları her zaman para cezasından daha ağırdır. Dava zamanaşımında olduğu gibi, burada da 18 yaşını bitirenlerden çocuklar ayrılır; 12 -15 yaş arasındakiler için yarıya indirilir, 15-18 yaş arasındakiler için süreler 2/3 olarak hesaplanır. Çocuklar yararına pozitif ayrımcılık gözetilmiştir. Eğer failin cezası ağırlaştırılmış müebbet hapisse ceza zamanaşımı 40 yıldır; maddelere bak. Hem para cezası hem hapis cezası öngörülmüşse ağır olan hapis olduğu için ceza zamanaşımı buna göre hesaplanacaktır. hapis cezası infaz edilmişse, kalan adli para cezasına göre ceza zamanaşımı hesaplanır.

Hükmün kesinleştiği gün de dahil olmak üzere ceza zamanaşımı hesaplanır. TCK'nın 4. kısmında, yut dışında işlenen kimi suçlarda zamanaşımının kaldırıldığı görülür. Eğer ceza

ağırlaştırılmış müebbet, müebbet yahut 10 yıldan fazla hapis cezaları ise ve yurtdışında işlenmişse ceza zamanaşımı söz konusu değil. TCK m. 76- 78. Zamanaşımı kural olarak kesintiye uğramaz. burada da dava zamanaşımında uğramaz ancak ceza zamanaşımından kesintiye uğrayabilmektedir. Kesintiye uğradığı zaman örneğin failin kaçması ile çıkmaktadır. İştirak halinde işlenmiş suçlarda bir kesinti söz konusu olduğunda kesinti. TCK m. 71; kesinti. tebligat varsa tebligatla zamanaşımı kesilir. İlk kesilmesi, failin cezasını çekmesi için faile tebligat yapılmasıdır. Tebliğin kestiği zamanaşımını, zorla getirme- (ihzar- hazır bulundurma) da kesmektedir. tebligatın kişinin kendisine yapılması gerekir, mahkuma tebligat yapılmazsa ceza zamanaşımı kesilmez. Bu tebligat dikkatli yapılmalıdır, şartları ağırdır, o suçla ilgili olarak yapılmalıdır. Tebligat kanunu. Hangi suçla ilgili mahkumiyet kararı varsa o suçla ilgili tebligat yapılmalıdır, birden çok suç işlemişse. Aynı mahkumiyetin içinde hem adli para cezası hem de hapis cezası varsa kanuna göre tekine tebligat yapılması ise kesinti mümkün olur. Yakalama da zamanaşımını keser. Eğer para cezası hapse çevrilmişse ve onunla ilgili bir yakalama çıkmışsa bu da zamanaşımını kesecektir, yeter ki yakalama kararı yetkili olan merci tarafından çıkarılmış olsun. Hükümlünün çok sayıda hükümlülüğü varsa yakalama hangisi için çıkarılmışsa, zamanaşımı onun için kesilecektir. Üst sınırı 2 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suç, failin zamanaşımına tabi olduğu bir suç için zamanaşımına dahil olduğu sürede işlendiğinde kesme nedeni getirilmiştir. Bu kasıtlı bir suç olacaktır. Bu süre, soyut cezanın üst haddidir. 5320 s CMUK'un yürürlüğü ile ilgili m. 15, birden fazla hükümlülüğü olan kişi, birine ait cezayı çekerken, diğerlerine ait zamanaşımı kesilir. Cezanın infazının ertelenmesi yahut durdurulması halinde ceza zamanaşımı işlemez. Ceza zamanaşımı ile birlikte ceza verildiğinde bazı hak yoksunlukları ortaya çıkar, önlem olarak hak yoksunlukları ömür boyu değil sadece infaz döneminde sürer. tıpkı diğer cezayı düşüren nedenlerde olduğu gibi dava ve ceza zamanaşımı kendiliğinden uygulanır, tarafların bunlar üzerinde tasarruf hakkı yoktur.

3. Şikayetten Vazgeçme

Var olan bir şikayetin geri alınması söz konusudur. Failin işlediği suç şikayete bağlıdır, mağdur şikayet etmeyerek onu savcılığın önüne getirmeyebilir, bu bir dava koşuludur - şikayetten feragat. Bir de şikayet edilmiştir, mağdur iradesini özgürce ilgililere duyurmuştur ancak vazgeçer. Davayı düşüren, cezayı düşüren nedenlerden şikayetten vazgeçme- şikayeti geri alma. Etkin bir davranışta bulunularak, şikayet geri alınmalıdır. Burada faile de yer verilmiştir. Fail gündeme gelmiştir, suç duyulmuştur, şikayetten vazgeçme kabule bağlanmıştır. Herhangi bir kişi hakkında ihbar- şikayet yapıldığında, o kişinin şerefi örselenmiş olur, o kişiye suç işlemediğine ilişkin hak tanımak gerekir. bu nedenle şikayetin geri alınmasında faile de yer verilmiştir. TCK m. 73'te düzenlenmiştir.

Şikayetin geri alınması şikayet hakkını usulüne göre kullandıktan sonra, şikayetin geçersiz olması için suçtan zarar gören mağdurun bir irade açıklamasında bulunmasından ibarettir. Şikayetten feragattan ayrılır, feragatta mağdur pasif davranmıştır, soruşturma yahut kovuşturma aşaması olmamıştır. Böyle bir hakkın tanınmasının doğruluğu tartışılmıştır. Klasik yazarlar, pazarlık konusuna dönüşeceği için karşı çıkmışlardır. Özellikle resen takip edilen suçlarda da şikayete dönüşebilir. Eski ceza yasasında evlenme söz konusu olduğunda, boşanma söz konusu olmadığında ceza ortadan kalkıyordu ancak TCK da bu kabul edilmez. Şu kadar para verirsen evlenmeye razı olursan şikayetten vazgeçeriz vb. pazarlık konusu olmuştur. Şikayet ile ilgili olarak, bu bir yargılama hukuku kurumu mudur yoksa ceza hukuku konusu mudur tartışılmıştır. Şikayet edilmiş ancak devam ederken şikayetten vazgeçme kesinleşmeye dek mümkün olduğu için bu bir dava koşuludur, yargılama hukukunun bir konusudur derler. Bir kısım yazarlar ise ceza hukuku kurumu olduğunu söylerler, eylem varlığını sürdürür ancak suç olmaktan çıkar ve devlet de cezayı verme hakkını yitirir bu nedenle bu artık bir ceza hukuku kurumudur derler. Fail mağdurun

bu önerisini kabul etmediği takdirde dava düşmez, bu nedenle de ceza hukuku kurumu olarak çıkmaktadır derler. En doğrusu bunun çift bünyeli olduğunu söylemektir. Ancak kovuşturma aşamasından sonra, dava açıldıktan sonra bunun ceza hukuku kurumu olduğunu kabul etmek daha doğrudur. Örneğin Yargıtay aşamasında geri alınma yapılabilir.

Vazgeçme hakkı zarar gören, şikayet hakkına sahip olan, korunan değerlerin sahibi olan kişidedir. Vazgeçmenin konusu şikayetin konusudur: şikayetin konusu eylem- olaydır. Şikayet, eylemin herhangi bir merciye iletilmesi ile başlar. Şikayet eylem- olaya yöneliktir. Aynı kural vazgeçmede de geçerlidir. TCK 6 aylık süre tanır, bu süre faili ve olayı öğrendiği andan itibaren başlamaktadır. Failler varsa, birinin adını öğrenmesi ile süre başlar. Faili yakalamak mağdurun görevi değildir. Vazgeçme de aynı şekilde olayla ilgilidir. Örn, hem sövmeye hem dövme varsa, dövmeden vazgeçtim denildiği anda sövmeye sirayet etmez. Ancak sövmenin faillerinden Ahmet dışındakilerin şikayetini geri alıyorum denilemez; şikayetin bölünmezliği. Şikayet kişiye bağlı bir haktır, ayırt etme gücüne sahip olan kişinin kullanabilmesi gerekir der. İkinci bir görüş aracı bir görüştür, bunu kullanırken kendisine borç doğurucu bir işlemde bulunmuyorsa kullanabilir derler. Yargıtay ve ağırlıklı görüş, mağdurun böyle bir durumda şikayet hakkını kullanabilmesi mümkündür demektedir. Şikayet hakkının kullanılması için zaman sınırı vardır, şikayetten vazgeçme için de hüküm kesinleşinceye kadar denmektedir.

Vazgeçmenin biçimi, vazgeçme açık olmalıdır. Fail buna göre kabul edecektir. Bazı durumlar, mağdurun bundan vazgeçtiğini ortaya koyabilir. Düşme kararı verilir, mağdur suskun kalır, zımni olarak şikayetten vazgeçti anlamına gelebilir. Ancak şikayet edenin davayı takip etmemesi şikayetten vazgeçtiği anlamına gelmez.

İştirak halindeki suçlarda vazgeçme diğer sanıklar için de geçerlidir. Ancak sanıklardan biri bu vazgeçmeyi kabul etmeyebilir, diyebilir ki böyle bir suç işlenmiştir ancak ben buna katılmadım. Bu takdirde vazgeçmeyi hangi sanık kabul ettiyse o sanık için geçerlidir. Şikayetin bölünmezliği, vazgeçme açısından geçerlidir ancak kabul açısından geçerli olarak çıkmaz. Bazen suçlar, ağırlaştırıcı nitelikte olan suç halinde şikayete tabi olmayabilir. Koşula bağlı şikayet mümkün müdür? Çeşitli görüşler vardır, karşı olanlar bunun yargılama hukuku ağırlıklı olduğunu ve kamusal bir davayla ilgili olduğunu pazarlık konusu yapılamayacağını ve koşula bağlı olamayacağını, kötüye kullanılacağını ileri sürmüşlerdir; yerinde görüştür. İkinci bir görüş; Yargıtay'da bunu kabul eder, ahlaka aykırı olmamak koşulu ile bu konuda taraflar anlaşabilir, bazı koşullar ileri sürebilirler. Örneğin, tazminatı öde vazgeçelim diyebilirler, olağan bir durumdur.

Vazgeçme kabule bağlı bir işlemdir. Fail suçu işlemediğini yahut o kadar ağır bir şekilde işlemediğini ileri sürebilir bu nedenle TCK m. 73/6: failin kabulüne bağlılık söz konusudur. Bu saığın tekelinde bir haktır yalnızca sanık bunu kabul eder ya da etmez, sanığın kişiliğine bağlı bir haktır. Yalnızca sanık bu konuda avukatına kabul yetkisini verebilir, böyle bir yetki ile avukatın kabul veya red hakkı kendiliğinden ortaya çıkar. Bu kabul zımni de olabilir, düşme kararı verilmiştir, fail temyiz etmemiştir gibi. Bu kurumun bir istismar biçimi de vazgeçmeden vazgeçmedir. Bu mümkün değildir. Vazgeçme istismar edilmiş olur. Fail kabul etmiştir, mağdur vazgeçmiştir, geri dönülmez. Mağdur, soruşturma aşamasında vazgeçtiği için şerefin örselenmesi söz konusu değildir, kabule bağlı değildir.

Vazgeçme kovuşturma aşamasında gerçekleşmişse, davanın düşmesine karar verilir. Hüküm kesinleşinceye dek vazgeçilebilir, Yargıtay'ın önündeyken dahi vazgeçme olursa, Yargıtay davanın düşmesine karar verir. Bir vazgeçme söz konusu olduğunda dava düşürülecektir; düşürülen dava vazgeçmeyi kabul eden sanık tarafından temyiz edilemez. CMUK m. 223/9' a göre, hemen beraat kararı verilebilecek durumda ise düşme kararı verilmez. Çünkü beraat kararı düşme kararından daha lehte bir karardır. Şikayetten vazgeçme ceza ilişkisi bakımından bazı sonuçlar doğurur. Bu nedenle bir tazminat davasını kural olarak etkilemez. TCK'da hükme bağlanmıştır. Mağdur vazgeçmesini kapsamlı tutabilir, hukuk davasını da vazgeçmeye dahil edilebilir, bu takdirde hukuk

davası açılmaz. Şikayetten vazgeçme, müsadere edilmiş olan yahut ödenmiş olan adli para cezasını gerektirmez.

4. Ön Ödeme

Cezası az olan suçların yargı önüne gelmesini önlemek için soruşturma- kovuşturma aşamasında snaiğa dava açılmayacak yahut açıldıysa düşecek denilerek bir teklif götürülür. Halbuki ön ödeme kovuşturma aşamasında dahi olabilmektedir. Ön ödemenin niteliği tartışmalıdır. Bazıları yargısız infazdır; yargılamanın kendisidir, bazıları da yargılama engelidir dediler. Ceza verildiği zaman ön ödeme yargılamayı önlemiş olur ancak cezayı önlemez. Bazıları da bu devletle kişi arasında bir anlaşmadır derler, devlet bu suçu kabul et seni yargılamam en alt sınırından cezayı ödersin yahut ceza vermem der. Bu bir barış antlaşmasıdır derler. Bir kısım görüştekiler,** artık burada ön ödeme kurumu, ister yargılama, ister kovuşturma aşamasında işlesin, idari bir yaptırım haline dönüşür derler. Yargıç yargılama sonucunda hüküm kurmaz, o hükme göre ceza vermez denir. Ön ödeme hem yargısal özelliklere- kişi yargılanmaya başlanmıştır- hem de bir sulh anlaşmasının özelliklerine sahiptir denir; çift karakterli bir yapıdadır. Bu da başka bir görüştür. Bir başka görüş de ön ödemenin ceza hukukunun temel ilkeleriyle çatışmasıdır.

Koşulları

TCK m. 75'te düzenlenmiştir. Ön ödemenin 2 koşulu çıkar: 1. cezanın türü ve miktarı açısından ön ödeme kapsamına girecek suç ve 2. O yaptırımın, cezanın belli süre içinde devlet hazinesine yatırılması.

1. Sadece adli para cezasında ya da hapis cezası olursa, yasada öngörülen soyut hapis cezası üst sınır 3 ayı geçmemelidir. Orman yasası gibi özel ceza yasalarında örnekleri çoktur. Ancak yasa koyucu m. 75'te bu suçların uzlaşma hükümlerine girmemesi gerektiğini de söyler. Şikayete bağlı suçlar, uzlaşma hükümlerine tabi suçlardır. Yasa koyucu resen soruşturulan suçları gözetmiştir, bu suçların içinde 3 aya kadar hapis cezası olanlar koşuldur. Uzlaşma dışında kalan suç, sadece adli para cezası ise uygundur. Adli para cezasını dışında bağımsız olarak yahut birlikte hapis cezası varsa 3 ayı geçmeyecektir. Nisbi para cezaları da buna dahildir. Seçenekli ceza öngörüldüyse, adli yahut hapis, 3 ayı geçmemek koşulu ile ön ödeme kurumu uygulanır.

2. Ön ödemenin kapsamına giren bir suç cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmişse, ön ödemenin kapsamı ve para cezasının, yargılama giderlerinin belirlenmesi için faile tebligat yapılmalıdır. Adli para cezasının alt sınırı: 5 gün. Hapis cezasının alt sınırı da 20 liradan hesaplanacaktır. Eğer alt sınır belirlenmemişse TBK m. 49'a göre, 1 ay olacaktır. Seçenekli ise fail yararına davranılarak para cezası ele alınacaktır. Teşebbüs vb. göz önünde tutulmaz, failin işlediği suçun soyut düzenlemesine bakılarak hesaplama yapılır.

Faile 10 gün içerisinde hazineye kendisine tebliğ edilen miktarı yatırması halinde hakkında dava açılmayacağı söylenir. Tebligatın açık ve doğru yapılması önemlidir. Örneğin fail beş ayrı suç işlemişse, toplama olmaz, eylem ve ceza olarak bağımsızlık vardır; hesaplamalar ve tebligat ayrı ayrı yapılır. Bu soruşturma aşamasıdır. Kovuşturma aşaması ise 2 türlü çıkar. Bazı küçük suçlarda doğrudan davaya başlanır. Yahtu ceza davasını savcı açmıştır ancak eylemin niteliği değişmiştir ve suç ön ödemenin kapsamına girmektedir. Savcı soruşturma aşamasında ön ödeme gündeme gelmişse, ödenecek yargılama giderlerini yazmalı ve tebliğden itibaren 10 gün içinde hazineye yatırılacak demelidir. Yapılmış olan tebligatta yanlışlık olursa, tebligat geçerli olmaz. Her suçun cezaları birbirinden ayrı ve bağımsız olduğu için her bir suç için ayrı tebligat yapılmalıdır. Kovuşturma aşaması savcının iddianamesinin mahkemece kabul edilmesi ile başlar. Bu aşama 2 türlü çıkar: ya savcı suçu nitelerken yanlış nitelemiş daha ağır bir suçtan dava açmıştır ve mahkeme

incelediği zaman daha hafif olduğunu ve ön ödeme kapsamına girdiğini görür yahut 2. savcılığı hiç uğramadan bazı suçlar doğrudan mahkeme önüne gider örneğin trafik suçları gibi, ön ödeme kurumunun kapsamına girebilirler: yasa koyucu ön ödeme kurumunun kapsamını kovuşturma aşamasına dek genişletti. Aynı eylem nedeniyle ikinci kez dava açılmaz: iki kez yargılanmaz: nebis in idem, böyle bir ön ödeme durumunda artık tekrar dava açılmaz, bu ilke sonuç doğurucu bir ilkedir.

Hukuka uygunluk nedenleri kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerle ilgili tartışma. Zorda kalma bazılarına göre kusurluluğu kaldıran neden, bazılarına göre hukuka uygunluk nedeni bazılarına göre de mazeret nedenleridir.

Bir kısım yazarlara göre kusurluluğu etkileyen nedenler ve hukuka uygunluk nedenleri farklıdır. Mazeret nedenleri ise 3. bir grup altında incelenir. Kusurluluk suçun maddi nitelikteki unsurları olan tipiklik ve hukuka aykırılık öğelerinin faille olan ilişkisidir. Fail bunun farkında ise kusurludur denir. Kusurluluk fail hakkında bir değer yargısı getirmektedir. Bu normatif, hukuka dayanan bir değer yargısıdır. Böylece kusur yeteneği ortaya çıkar; kusur yeteneği, kusurluluk hakkında verilecek olan değer yargısının ön koşuludur. Kusur yeteneği daha çok irade yeterliliği ile ilgilidir, fail iradesini yönlendirebilmelidir. Fail iyi kötü ayrımı yapabilecekken kötüyü seçmiştir, kusurludur denir. Bu nedenle hareket kavramı önemlidir, hareket olmadan kusurluluk hakkında değer yargısı yapılamaz.

Psikolojik, normatif, sırf normatif kusur kavramı da aynı zamanda aşılmıştır. Kasıt ve taksirin de haksızlık biçimleri olduğu da açıktır. Kimi yazarlar kusurluluk kavramının ikili işlevi olduğunu söylerler: hem cezanın temelini oluşturur hem de cezayı belirler derler. Kasıt ve taksirin belirlenmesini de kusurluluk şekilleri biçiminde çıkarmışlardır. Bununla kusur kavramında ilk ayrılma görülür.

Kusur kavramına en iyi karşılık kınanabilirlik olacaktır. Kusurluluk-kınanabilirlik: failin hukuka uygun davranabilme olanağına sahip olmasına karşın hukuka aykırı bir davranışı seçmesi ve gerçekleştirilmesi nedeniyle kınanabilir olması ve dolayısıyla sonucun ona yüklenebilmesi. Kınanabildiği için sonuçta ona yüklenebilir (öznel yüklenebilirlik- subjektif yüklenebilirlik). Objektif yüklenebilirlik: ahmet bu davranışı yaptı ve bu sonuç doğdu ahmetin kişiliği dışalanarak davranışı ile sonuç arasındaki bağ. Öznel yüklenebilirlik kınanabilirlik ile ilgilidir. Kusurluluk hükmüne ulaşabilmek için bazı koşullar şarttır. 1. kusur yeteneği. 2. failin kusurlu biçimde davranışı işlemesi, yaptığı davranışın haksız old. bilincinde olmalı, haksızlık bilincini taşımalıdır. haksızlık yanılığsı söz konusu olur. Failin haksızlık bilinci istenirken haksızlık yanılığsına düşebileceği hesaba katılır. 3. Fail eylemi bilinçli olarak yapmıştır, bu eylemi yaptığı objektif olarak bellidir kanıtlar bunu göstermiştir, objektif yüklenebilirlik ortaya çıkmıştır. 4. Failin kusur yeteneği dolayısıyla kusurluluğu söz konusu olur, kınanır, öznel yüklenebilirlik ortaya çıkar. Böylece kusurluluk aşamaları ilerler. Kaza ve tesadüfte ne objektif ne de subjektif yüklenebilirlik söz konusu olacaktır ve kusurluluğun dışında kalır.

Bazı yazarlar, kusurluluk ile kusur ayrımı yaparlar. Kusur, failin özgür iradesiyle haksızlığı seçmesidir. Bu nedenle kusurluluk daha geniştir ve kusuru da içerir derler.

Günümüzdeki ceza hukuku artık kusur ceza hukuku olmuştur. Suç ve ceza politikası. TCK bu açıdan sorunludur. Hukuka uygunluk, kusurluluğu etkileyen ve mazeret nedenleri tam olarak aydınlatılamamıştır.

Mazeret nedenleri- özür nedenleri- excuse ile hukuka uygunluk nedenleri arasındaki ayrım üzerinde geçtiğimiz yüzyıla dek durulmamıştır ancak ilk adımı Von Liszt atmıştır. 1880 yıllarındaki kitabında hukuka aykırılık ile kusurluluğu farklı olarak ilk kez gündeme getirmiş ve suç genel kuramı içinde değerlendirmiştir. Dönemin iki ünlü cezacısı Almanya'da Carrara ve İtalya'da Von Liszt. 1889

tarihli TCK'nın da temeli olan İtalyan Ceza yasasında, kusurluluk kavramına yönelik kelimeler belirmeye başlamıştır. Hukuki hata denilerek haksızlık yanılığının temeli atılmış ancak bu bir yanılığ olarak kabul edilmemiş bilmemek mazeret değildir denilerek cezalandırılmıştır. Buna karşı çıkmıştır nitekim bizde de haksızlık yanılığı kaçınılmaz bir yanılığ ise, özür kabul edilir denilmiştir. 21. yy ile bu düzenleme karşı çıkılan biçimde değiştirilmiş ve Almanya'nın da etkisi ile haksızlık yanılığı, yanılığ biçiminde ele alınmıştır. Dolayısıyla yeni yasa ceza sorumluluğu azaltan veya kaldıran nedenler demmiştir. Bunların içinde hukuka uygunluk, kusurluluğu etkileyen ve mazeret nedenleri karışıktır. Bu nedenle doktrinde tartışma başlamıştır. Hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri ayrımı kolaydır. Yalnızca zorda kalma tartışmalıdır. Üçüncü bir görüş ortaya çıkarak zorda kalma ne bazılarının kabul ettiği gibi hukuka uygunluk nedeni ne de diğerlerinin kabul ettiği gibi kusurluluğu etkileyen nedendir zorda kalma mazeret nedenidir demmiştir; biz böyle inceledik.

Kara Avrupası hukuku ile Anglo sakson arasında terminolojide farklılık vardır. Anglo sakson hukukunda ayrıntılı bir suç unsurları şeması yoktur bu nedenle mazeret nedenleri bir excuse, savunma olarak çıkmaktadır. Kara Avrupası ise bunları kusurluluğu etkileyen nedenler olarak adlandırmaktadır çünkü bir kısmı kusurluluğu azaltır bir kısmı da kaldırır demektedir. Alman ve Türk suç öğretisi bu konuda iç içe girmiştir. CMUK m. 223: zorunluluk durumu kusuru kaldıran bir neden olduğu açıkça düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedeni değildir, mazeret nedeni midir kusurluluğu kaldıran neden midir sorusu çıkar. Mazeret nedenleri nelerdir?

Hukuka aykırılık ve kusurluluk, haksızlık ve kusur ayrımı konusu ile bağlantılıdır. Öncelikle eylem tipe uygun, hukuka aykırı ise haksızlık çıkmaktadır. Haksız bir eylemdir. Haksızlık bir eylemin hukuk düzeninde var olan ve suç tipini oluşturmayı sağlayan davranışlarla çatışmaz. Suçun genel kuramında değinilmiştir, eylemle hukuk düzeni arasındaki çatışma haksızlık kavramını vermektedir. Normlardan kaynaklanan bir çatışmadır. Normlar yasak ve emir getirirler. Bu objektif yüklenebilirliğin kaynağıdır. Faili cezalandırmak için bu yetmez. Bir de öznel olarak kişisel olarak ona yüklenebilmesi gerekir, bunun için de kusurluluk gerekir, öznel yüklenebilirlik çıkar. Hukuka aykırılık tipe uygun davranışın bir özelliğidir, haksızlık ise bu tipe uygun hukuka aykırı eylemin bizatihi kendisidir, eylem haksız denir. Ve hukuka aykırılık değerlendirmesinin konusunun onun değer yüküyle beraber ifade edilmesidir. Kusur değerlendirmesine daha sonra başlanır. Toplumun geneli için geçerli olan beklentiler üzerinde durulur, failin kişisel olarak becerebileceği, üstesinden gelebileceği şeyler üzerinde durulur, bunlar dikkate alınır ve öznel isnadiyet vardır çünkü denir ki fail bu işin doğrusunu seçebilir, doğrusunu yapabiliirdi. Failin haksızlık bilinci burada kusurluluk ilkesinde karşımıza çıkar. Hukuka aykırılık haksızlığın içine girer ve kusurluluktan önce objektif yüklenebilirlikle incelenir. Kişinin işlediği o eylem nedeniyle kınanabilirliği denilerek sübjektif isnadiyet çıkmaktadır. Her insan davranışının cezalandırılmaz olduğu çıkar. Bazen bu davranışların içeriği azaltılır yahut tamamen içeriği ortadan kaldırılır. Eğer hukuka uygunluk nedeni varsa eylem vardır ancak suç var olmaz. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı ile birey, meşru bireydir ve davranışı hukuka uygun kabul edilir. Kusurlulukta eylem sabittir ancak cezalandırılmaz çünkü akıl sağlığı yerinde yoktur örneğin. Mazeret nedenleri, kusurun tamamen ortadan kalkmadığı fakat buna ceza verilmediği bazı durumlar olarak çıkmaktadırlar. Meşru müdafaa hukuka uygunluk nedenidir fakat zorda kalmada faile denir ki; sen kuduz köpekten kaçtın ve hem konut dokunulmazlığını ihlal ettin hem de birinin kafasını yaraladın ama sen köpeği korkutabiliirdin geriye dönük kurşun atabiliirdin bunu yapmamana rağmen ben seni mazur görüyorum. Kusurluluk içeriği de haksızlık da ortadan kalkmaz, ancak kişiden kahramanlık da beklenmez bu nedenle mazur görülür; yine de bir zarar vardır manevi tazminat ödenir. Bunların kınanabilirliği öyle bir noktadadır ki faile ceza verilemez ancak bu kusurluluğun içeriği de tamamen ortadan kalktı denilemez bu nedenle tazminat öde denir. Mazeret nedenleri kusurun ve haksızlığın azalması ve buna bağlı olarak önemli ölçüde faili harekete geçiren bir neden ile bağlantılıdır denir. Kusurluluğu azaltan bir neden vardır çünkü fail o

dürtünün altında konut dokunulmazlığını bozmuştur denir. Meşru müdafaada da sınırın telaşla aşılmasında da telaş dürtüsü ile sınırı aşmışsın aşmayabilirdin ancak ben seni mazur görüyorum denir, mazeret nedeni olarak çıkar.

Mazeret nedeninin ana ilkesi: hukuk düzeni kahramanlar için değildir, olağan insanlar için yasa yapılı; objektif değerlendirme ile fail mazur görülür, ancak hukuk düzeni ceza hukuku açısından ceza vermeye yer olmadığına karar verir. Fakat diğer hukuk dalları açısından failin peşini bırakmaz ve tazminat öde der. Haksızlık içeriği failin saldırıya karşı savunma, tehlikeye karşı korunma verilen emre itaat etme yükümlülüğüne uyma amaçlarını gerçekleştirmek için hareket etmesinden dolayı haksızlık içeriği azalır. Hukuka uygunluk seviyesine yaklaştıkça bu azalmanın ortaya çıktığı görülür, haksızlık içeriği böylece hareketin amaçladığı sonuca ulaşması için önemli bir hareketin amaca yönelmiş ve haksızlık içeriği azaltılmış olur. Kusurun içeriğini de zayıflatır, meşru müdafaadaki telaş gibi, hukuka uygun bir irade oluşumunu engeller, kusurun içeriğini de azaltır. Ancak tamamen ne haksızlık ne de kusurun içeriğini ortadan kaldırır. İkisi de azalır ancak bütünüyle ortadan kalkmaz yasa koyucu bunu değerlendirmiştir ve öyle bir azalma vardır ki ceza verilemez der. Hem insan psikolojisine hem de adalete uygundur. Ancak TCK açıkça mazeret nedenlerinden söz etmez fakat m. 227/2'de meşru müdafaadaki telaş anlatılırken bu terimi kullanır; "mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmişse" demektedir. CMUK m. 223/3 de bazı mazeret nedenlerini açıkça hükme bağlamaktadır. Bunların bir kısmı mazeret nedenleri bir kısmı da kusurluluğu azaltan nedenler olarak görüldü (derste). Eylemin tespiti sonucu yargıç tarafından mazeret nedeni olarak görüldüğüne karar verilir ve ceza verilmez; CMUK m. 223/3 uyarınca.

Kara Avrupası - Anglo Sakson arasındaki bu konudaki temel ayrılık. Kara Avrupası suç kuramı içinde irdeler, hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk nedenleri daha sonra ceza verilmesi ile ilgili kusurluluğu etkileyen nedenler ve mazeret nedenleri. Fakat Anglo sakson sistemi bunları bir savunma sistemi içinde sokmaktadır. Burada bir terminoloji değişikliği de çıkmaktadır. İki sistemde adlandırmalar farklıdır. Anglo sakson bazı noktalarda bütüncül bir anlayışla birleşmiştir fakat Kara Avrupası sisteminin incelemesini Anglo saksonla açıklamak da mümkün olmamaktadır (dil açısından). Kıta Avrupası bu nedenleri haklı gerekçeler göstererek, ayrıntılı biçimde birbirlerinden ayırmaktadır. Mazeret nedenlerinde ahlakla bir birleşme ortaya çıkmaktadır; suç teorisinin mazeret nedenleri ile tamamlanması burada söz konusudur.

Suç ortaklarının sorumluluğu çıkmaktadır. Mazeret nedenleri kişiseldir hukuka uygunluk nedenleri biri için varsa hepsi için vardır. Mazeret nedenlerinden eylem nedeniyle mazur görülen kişinin yararlanması başka suçluların cezalandırılmasına engel olmadığı için mazeret nedenlerinin içeriğinin belirlenmesi de kılavuz olarak ortaya çıkmaktadır.

Özet: anglo sakson suçu bir bütün olarak alıp değerlendirir. Hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu etkileyen nedenler ve mazeret nedenlerinin birbiriyle bütün olarak kullanmakta ve hepsine excuse- mazeret nedenleri demektedir. Tüm bunları ayrıca failin savunma mekanizması içinde düşünür ve pratikliğe önem vermektedir. kara Avrupa'sında kuramsal temelde ve suçun öğelerini işlerken analizci- çözümleneci bir görüşle bu öğeler parçalara ayrılır. Tipiklik kavramı içinde maddi - manevi öge, hukuka aykırılık incelenmiştir. Kusurluluk kavramı içinde kimileri zorda kalmayı hukuka uygunluk nedeni olarak kimileri de geniş anlamda mazeret nedenlerini de içeren kusurluluğu kaldıran nedendir derken bir kısmı da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler mazeret nedenlerinden ayrı işlenmelidir diyerek zorda kalma mazeret nedenidir demiştir.

Özellikle Alman ve Türk suç kuramı bu anlamda bütünleşmeye başlamıştır. Almanya'dan esinlenilmekle beraber onlardan alınmayan iki madde: 34 ve 35. İki tür zorda kalma söz konusudur. 34. madde zorda kalmayı hukuka uygunluk nedenleri arasına sokar ancak ikincisini kusurluluğu etkileyen nedenler arasına sokmaktadır. Bu madde türk hukukuna intikal etmemiştir. Ancak CMUK m. 223'de zorda kalmayı kusuru etkileyen nedenler arasına sokmaktadır. Neden? Eğer hukuka uygunluk nedeni denirse suç oluşmadığı için eylem var ancak suç yoktur, beraat kararı verilir denir.

Ancak 223. madde açıkça zorda kalmaya değinerek böyle bir durumda ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir der. CMUK açıkça ben zorda kalmayı kusursuzluk nedeni olarak görüyorum mesajını vermiştir. Biz ise bunu mazeret- özür nedenleri arasında irdelleyeceğiz.

Mazeret nedenlerinin tanımı ve hukuki niteliği nedir? !!! Kusurluluğu etkileyen nedenlerin, yanığı - kusuru kaldıran; haksız tahrik -kusuru azaltan, mazeret nedenlerinden ayrılması gerekir. Öncelikle hukuk düzenini ihlal eden bir davranış çıktığında bir haksızlık hukuka aykırılık çıkar. En azında hukuka aykırılığın karinesi ortaya çıkar, hukuka uygunluk nedeni varsa karine çürütülür. Ancak yoksa eylemi yapan takibe alınır ve maddi- objektif nitelikte bir isnadiyet ortaya çıkar, failin kişiliği ile bağlantılı olmayan bir yüklemidir. Ardından kişiye bu eylemi yaparken değerlendirmen gerekirdi, bu eylem bilinen sosyal ilişkileri ihlal eden bir eylemdir, eylemin doğru yanlış olup olmadığı bilinciyle yaklaşmalıydın ve sende kusur yeterliliği var ancak sen değerlendirmemişsin sen kusurlusun denir. Kusur yeterliliği olduğu için kusuru azaltan kaldıran bir neden de yoktur. Zorunluluk durumunda sen bir tehlike karşısında herahngi birinin evinin kapısını kırarak oraya saklanabilirsin ancak daha sonra bunun zararını ödemelisin denir. Yahut haklı savunmanın tüm koşulları vardır ancak kişi ileri gitmiştir, telaşa kapıldım der; TCK m. 27/2, hukuka aykırılık ortadan kalktı meşru müdafaa var denilemez ancak telaşa kapılıp ileri gitme söz konusu olduğundan biraz kusurlusun biraz hukuka aykırılık var ancak ben seni mazur görüyorum denir, biraz hukuka aykırılık ve kusur olduğundan burada tazminat yükümlülüğü devreye girer. Hukuka tamamen uygun olsaydı tazminat tüm hukuk düzeni içinde etki gösterirdi. Bu farklılık nedeniyle buna mazeret nedeni denir. Yahut dağa tırmanırken ipi kesip arkadaşını attığı için kişiye ceza verilmez ancak hukuk davasında sorumludur çünkü zaten failin kendisi de tamamen vicdanen rahat değildir, biraz kusur ve biraz hukuka aykırılığın söz konusu olduğu buradan anlaşılır.

TCK m. 27/2; mazur görülür denilerek, açıkça mazeret nedeninden bahsedilir. Mazeret nedeni denildiğinde Türk hukukunda karşımıza 4 neden çıkar:

1. Zorda kalma,
2. Meşru müdafaa sınırını telaşla aşılması,
3. Amirin emri (emrin hukuka aykırılığı bilinir),
4. Görevlerin çatışması (iki görevden birini yapmak zorunda olmak- komşunun çocukları havuza düşmüş ancak birini kurtarabilir, ancak birini kurtarabildiğinden diğerini kurtarmaması nedeniyle sorumlu tutulamaz: değerlerin en azından eşit olması gerekmektedir).

Mazeret nedenleri hem hukuka uygunluk nedenlerini hem de kusurluluğu etkileyen nedenleri berraklaştırır. Mazeret nedenlerinde haksızlığın ve kusurluluğun önemli ölçüde faili harekete geçiren nedenin etkisi ile orantılı olarak azaldığı görülür. Bu azalma bir psikolojik baskının ürünü olarak çıkar bu nedenle denir ki bu da cezayı gerektirmeyen bir düzeye inmiştir, ceza verilmekten kaçınılır. Mazeret nedenlerinin kökenini oluşturan temel düşünce, failin içinde bulunduğu durumun şartlarında kendisinden hukuka uygun bir davranışın beklenmemesi, hukuka uygun bir davranışta bulunmasının imkansızlığıdır. Hukuk düzeni kahramanlar için değildir, yasa koyucu ağır bir görevi kişiden istememek adına bu düzenlemeyi yapar. Bu ana nedeni destekleyen düşüncelerin başında haksızlık içeriğininin zayıflaması, failin içinde bulunduğu durumun psikolojik baskısı gelir; örneğin meşru müdafaa halinde kişinin çok rahat hareket edememesi ve telaşa kapılması gelir. Bu nedenle bu kişi mazur görülür. CMUK m 223/3. eylem, suç sabittir ancak ceza verilmez, kişi mazur görülür. Bu kişinin eyleminin sabit olması borçlar hukukunda sonuç doğurur: 53. madde gereği hukuk hakimi tazminata hükmeder.

Türk doktrininin kusurluluğu etkileyen nedenlerden mazeret nedenlerini ayırması gerektiği yönünde bir görüş haklıdır.

Kıta Avrupası ve Anglo sakson sistemleri iki farklı çıkış noktasında hareket etmektedirler fakat uyuştukları noktalar da vardır. Söz konusu ayırımın olmadığını savunanların yanında olduğunu savunanlar da vardır, ceza hukuku ile etiğin- ahlakın burada kesiştiğini söylerler. Mazur görülme söz

konusu olduğundan burada ahlakiliğin üstünde dururlar. SS: hukukla ahlakın kesiştiği önemli noktalardan biridir. Hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenlerini ayrılmasında yasa koyucuların savunma noktasında buluşturmalarında da önemli rol oynar. Anglo sakson sistemindeki ayrımı destekleyen bir başka neden hukuka uygunluk ve mazeret nedeni ayrımının belirlenmesi yasa koyuculara tanımlama imkanı sağlanmasını sağlamaktadır. Diğer bir neden ise teorik tutarlılık; kuramsal tutarlılıktır. İştirakteki sorumluluk konusunda da bir başka neden çıkar. İştirakte, herhangi biri için hukuka uygunluk nedeni varsa hepsi bundan yararlanır ancak kusurluluk ve mazeret ile ilgili konularda ise o olguyu yaşayan kişi ancak yararlanır. Bu nedenle anglo sakson sistemindeki bazı hukukçular ayırım yapılması gerektiği yönünde görüştedirler. Zorda kalma anglo sakson sisteminde de vardır, hukuka uygunluk nedeni olarak da göz önünde tutulur ancak yazarlar iki kötü durumdan en az zararlı olanının seçilmesi olarak bir açıklama getirilmiştir, ahlakilik çıkmıştır bu nedenle zımni olarak mazeret nedenini bu noktada kabul etmişlerdir.

Kara Avrupası ve anglo sakson sistemlerinde farklılıklar, ceza hukuku, ahlak ve sonuç açısından söz konusudur. Ceza hukuku açısından, gayri meşruluğa izin veren bazı sistemlerin olduğu bunlara da hukuka uygunluk nedeni denilmesi söz konusudur, haksızlık ortadan kaldırılır. Kusurlulukda ise kusurluluk içeriği ortadan kalkar. Mazeret nedenlerinde ise kusurluluk da haksızlık da vardır ancak öyle zayıflamıştır ki yasa koyucu bunu mazur görür. Ahlak açısından ise aynı koşulları yaşayan her insanın aynı şekilde davranacağını söyleyerek toplumsal ahlakla bütünleşirler. Sonuç açısından, hukuka uygunluk nedenlerinde suç yoktur; yaptırım uygulanmaz, diğerlerinde ise suç vardır ancak ceza uygulanmaz.

Türk hukukunda ise sorumluluğu kaldıran nedenler şeklinde bir torba biçiminde düzenleme yapılmıştır, elbette ki tutarlı bir düzenleme değildir. Bu nedenle CMUK m. 223 ile bir ayırma gidilmesi gerektiğini göstermiş ve bu ayırımı yapmış olmuştur. Bu ayırımın yapılmasının nedenleri bundan ibaret değildir. Birçok neden vardır.

Ayırımın nedenleri:

1. İlk nedeni, daha iyi bir adaleti yerine getirmektir. Çünkü bu ayırım yapıldığında daha adil bir karar verme imkanı yargıca tanınmış olur. Kasten adam öldürme ile yargılanan bir sanık ben meşru müdafaa sınırları içerisinde kaldım bunun tespitini istiyorum dediğinde, tespit sonucu failin melru müdafaa sınırları dışına telaşla çıkıldığının anlaşılır. Yargıç TCK m. 27/2 'deki uygulamayı yapmak suretiyle adil bir yargılama yapmaya kavuşmuş olur aksi halde meşru müdafaa katı bir şekilde uygulayarak vicdani bir rahatsızlık içie düşecek adil bir karar verdiğine inancı azalacaktır. İnsan yapısına uygun bir düzenleme bu ayırım sayesinde öngörülecek, adalet imkanı yerine gelecektir. Bu imkan bazı mesleklerde daha da öne çıkar, örneğin tıbbi zorunluluk. Yargıcın karşısında hekimin mazur görüldüğü durumlar çıkabilir, hekim burada adaleti bu ayırım ile daha iyi sağlayacaktır. TCK m. 99'e göre gebelik süresi 10 haftayı geçmiş bir hamilelikte çocuk düşürme suçtur ancak tıbbi zorunluluk varsa bu bir hukuka uygunluk nedenidir denilmiş, böyle bir zorunluluk halinde hekimin müdahalesinin hoş görüleceği durumu yaratır; bu SS'e göre bir mazeret nedenidir ancak hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmıştır.

2. Bu nedenlerin hukuki nitelikleri farklıdır. Biri suçu, haksızlığı ortadan kaldırır, biri kusuru ortadan kaldırır, mazeret nednei de haksızlık ve kusurun içeriğini zayıflatır.

3. Yaptırımların üç izliliği üzerinde durulmuştur. 3. iz mağdurun zararını giderecek önlemler. Bu ayırımın bu izlilik üzerinde de etkili olduğu öne sürülmüştür. Çünkü bu ayırma göre yaptırım öne sürülür.

4. Meşru müdafaa sınıрын aşılmasının belirlenmesi noktasında mazeret nedenlerinin en çarpıcısı olarak gösterilen bu kurumun, failin içinde bulunduğu psikolojik baskıyı çok iyi yansıttığı burada belirtilmiştir. Karşılıklı saldırıların da haklı nedene dayanması üzerinde dururlar. Ayırımın

gerekliliğini öe süren ünlü bir karar da vardır, AMerika'nın metro istasyonlarının bulunduğu Mahattan şehrinde Bernard Götz adında biri 4 siyahi genç tarafından 5 dolar istenir, Götz onlara ateş eder. İlk olarak Götz'e kendisine saldırılacağını mı sandığı sorulur. ayrıca bir öfke ile hareket edip etmediği, yaralıların kaçıyor olmasına karşın ateş edip etmediği sorgulanmış ve Götz'ün meşru savunmanın sınırlarını aştığı belirlenmiştir. Kamuoyu ikiye ayrılmıştır, bir yandan failin cezalandırılmamasını isteyenler bu sonuca haklı savunmanın kabul edilmesi dışında başka bir yoldan ulaşamazken, bu eylemin haklı savunma olarak nitelendirilmesini de kabul edememektedirler. Çünkü bu halde aynı durumda başka kişilere de aynı biçimde karar verileceğinin bilmektedirler - empati !. diğer yandan da haklı savunma olarak kesinlikle nitelendirilmemesi ve ceza alması gerektiğini savunanlar söz konusudur. İşte bu noktada hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni ayrımı önem taşımaktadır. Yargılama; meşru savunma reddedilirken buna alternatif olarak saldırgan olarak düşünülen kişinin saldırgan olmadığı yahut geri çekildiği hallerde yapılacak karşı saldırının haksız olarak nitelendirileceğine karar verilir. Fakat saldırganın dehşet, korku, heyecan, telaş ile sınırın aşılması ile haksızlık azalır denilmiştir. Götz davası gibi oldukça zor bir davanın dahi bu ayırım ile berraklaşması söz konusu olacaktır.

5. Suça iştirak uygulamasında kavramsla açıdan birbirinden ayrı kurumların uygulanmasında da bu ayırım öne çıkmaktadır. Bütün failer yahut bir fail buna göre yararlanır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde bütün suç ortakları da yararlanır. Eylem vardır ancak hukuk düzeni açısından ortada bir eylem yoktur. Bu sonuç yalnızca ceza hukuku alanında değil tüm hukuk alanlarında söz konusudur. Hukuk düzenine aykırılık yoktur artık kimse haksız fiil iddiasıyla dava açıp tazminat isteyemez.

Hukuka uygunluk nedeninin kapsamı içinde hareket eden kişinin tamamen objektif bir değerlendirmeye ile böyle olduğu sonucuna varılır. Ama mazeret nedenleri hususunda psikolojik açıdan bir değerlendirme yapılır. Hukuka aykırılık ve haksızlık sürer ama biz faili hoş görürüz, mazur görürüz. Bu istisna bir durumdur. Hukuka uygunluk nedenleri örf ve adet hukukunda da olabilir. Yazılı olması şart değildir ama mazeret nedenleri çok istisnadır ve mutlaka yazılı hukukta yer alması gerekir. Yasallık ilkesi burada karşımıza çıkar.

Bu ayırımın tarihi bir süreci vardır.

20.yy'ın ikinci yarısından sonra mazeret nedenleri hukuka uygunluk nedenlerinden ayrılmıştır. Mazeret nedenlerinin çıkış tarihini kimileri 1969 olarak alırlar. Eskiden mazeret nedenleri tabirini kullananlar vardı fakat mazeret nedeni dendiğinde tüm 3 neden bir arada ele alınıyordu tıpkı Anglo sakson sistemindeki gibi. Ancak bu tarihten sonra bu ayırım berraklaşmaya başladı. Alman hukukunda, İtalyan hukukunda tipiklik kavramının ortaya çıkışından sonra bu kavramlar ortaya çıkmaya başladı. Özellikle meşru müdafaa ile kısmen kusurluluğu ilgilendiren zorda kalmaya yönelik yazarla bu kavramları hukuka uygunluk nedeninin dışında çıkardılar. Alman ceza hukuku 34. ve 35. maddeleri, hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni olarak zorda kalmayı iki farklı halde düzenlemiştir. 1975'ten sonra yasal düzenlemeye kavuşmuştur. 1969- 1975 arası mazeret nedeni yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Türk hukukunda Alman hukukundan etkilenilmiş olunmasına rağmen halen tam düzenlemeye kavuşmamıştır. Von Liszt'ten itibaren hukuka uygunluk nedenleri gelişmeye başlamıştır fakat Wolt Schmidt (??) ile ortaya atılmıştır. Schmidt, failden hukuka aykırı, uygun davranmasının beklenilemezliği nedeniyle hoş görülmenin, psikolojik baskı nedeniyle söz konusu olduğunu belirtmiştir. Amirin emri ile hukuka aykırı eylem yapması, failin meşru müdafaa da telaşlı davranması.

YirmiSekiz.net bir hukuk projesidir.
www.yirmisekiz.net