

SUÇLARIN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN TANIMLAR, SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER**

GİRİŞ

Suçların birleşmesi (içtimaı) konusundaki temel ilke cezaların birleştirilmesidir; cezaların birleşmesi kural, suçların birleşmesi ise istisnadır¹. Bu ilke 5237 sayılı TCK'ya ilişkin TBMM Adalet Komisyonu Raporu'nda "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" şeklinde ifade edilmiştir². İstisnayı oluşturan suçların birleşmesi temel olarak iki şekilde gerçekleşmektedir: "fikri içtima" ve "zincirleme suç". Zincirleme suç TCK'nın 43. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında, fikri içtima ise 43. maddenin 2. ve 3. fıkraları ile 44. maddede düzenlenmiştir. Suçların birleşmesi konusu içinde ele alınan ve bu başlık altında işlenen bir diğer konu ise görünüşte içtimadır. Adı üstünde bu durumda birleşme görünüştedir, gerçekte böyle bir birleşme bulunmamaktadır. Ancak yasal düzenlemede de öğretiyeye paralel şekilde bu durum suçların birleşmesi bölümünde 42. maddede düzenlenmiştir. Ancak 42. maddede "bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz" denilerek bunların suçların birleşmesi hali olmadığı açık bir biçimde ifade edilmiştir.

Türk Ceza Hukuku'nda suçların birleşmesi konusunda belirtilmesi gereken ilk husus terim sorunudur. Modern suç teorisi esas alınarak hazırlanan ve bu anlamda 765 sayılı TCK'ya göre oldukça yenilikçi olan 5237 sayılı yeni TCK'da dil konusunda da yenileşmeye gidilmiştir. Bu anlamda, eski TCK'da kullanılan dile göre oldukça güncel bir Türkçe ile kaleme alınan TCK'da, bazı terimler günümüzde kullanılan Türkçe

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, kn.580.

2 TBMM Adalet Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin 3.8.2004 tarih ve Esas:1/593, Karar: 60 sayılı Raporu, TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 664, s.229.

sözcükler ile karşılanmasına rağmen (örneğin müddei umumi yerine savcı, bidayet yerine ilk derece, temyiz mahkemesi yerine Yargıtay gibi) içtima ve iştirak terimleri yeni sözcükler ile değiştirilmemiştir. Oysa içtima yerine birleşme, iştirak yerine katılma sözcükleri hem güncel dilde kullanılan hem de Türkçe kökenli olan sözcüklerdir. Dolayısıyla bize göre bu konuda kullanılması gereken terimler; suçların birleşmesi, zincirleme suç, düşünsel birleşme ve görünüşte içtimadır³. Biz yeni terimleri tercih etmemize rağmen, bu çalışmada hem yeni terimlere hem de TCK ile uyumlu olabilmek adına yasada yer alan terimlere yer vermekteyiz. Ancak özellikle öğretide ve uygulamada “fıkri içtima” yerleştiği için, düşünsel birleşme yerine bu ifadeyi kullanmaktayız.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi ceza hukukunda suçların birleşmesi temel olarak cezaların birleşmesi ve suçların birleşmesi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. TCK, suçların birleşmesi konusunda ilke olarak “gerçek birleşme” kuralını benimsemiştir. Bu kurala göre “kaç tane eylem varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza bulunmaktadır”⁴. Bu nedenle cezaların birleşmesine “gerçek birleşme” de denilmektedir. Buradan hareketle cezaların birleşmesinin kural, suçların birleşmesinin ise istisna olduğu görülmektedir⁵. Buna göre suçların birleşmesine giren istisnai durumlar dışında, işlenen her eylem ayrı bir suç oluşturarak bağımsızlığını korumakta ve her bir suç açısından ayrı ceza verilmesi gerekmektedir. Nitekim klasik suç teorisinin etkisinde eylemi, hareket ve neticenin bütünü olarak kabul eden yazarlar tarafından bu durum “kanuni tarife uygun her netice, prensip itibarıyla, ayrı ve bağımsız bir suç oluşturur ve fail hareketi ile ne kadar netice meydana getirmişse, o kadar da suç işlemiş sayılarak, her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalara uğrar” şeklinde ifade edilmiştir⁶.

Ancak bu kuralın katı bir biçimde uygulanması TCK’nın 3. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen orantılılık ilkesine aykırılık oluşturabilir, çünkü bu kural gereğince failin cezasının mutlaka

3 Aynı görüşte bkz: Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.702.

4 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.498.

5 Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.449; Öztürk/Erdem, kn.580.

6 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999, kn.1116.

gerçekleştirdiği eylemle orantılı olması gerekmektedir. Bu durum eşitlik ilkesinin de bir sonucu olduğu gibi, ceza hukukunda göz önünde bulundurulması gereken en önemli ilkelerden birisidir. Dolayısıyla faile verilecek ceza, eylemin haksızlık içeriği ve failin kusuru ile orantılı olmalıdır. Bu bağlamda suçların birleşmesi kurallarının olmaması ya da doğru uygulanmaması halinde faile işlemiş olduğu suç tipine uyan tüm suçlardan ceza verilmesi ve dolayısıyla orantısız ceza verilmesi söz konusu olabilecektir⁷.

Suçların birleşmesi birden çok suçun bulunduğu durumlarda söz konusu olmaktadır⁸. Dolayısıyla birden çok suç bulunduğu için de failin birden çok ceza sorumluluğunun bulunması gerekmektedir⁹. Ancak birden çok suç bulunmasına rağmen, faile neden tek bir suçun cezasının verildiğinin, tek bir suç varmış gibi sorumlu tutulduğunun ve çeşitli suçlar açısından söz konusu olabilecek çok çeşitli birleşme hallerinin suç teorisi açısından bir bütün olarak açıklanması gerekmektedir.

Ülkemiz ceza hukukunda olduğu gibi, suçların birleşmesi ile cezaların birleşmesi yönünden farklı birleşme sistemlerini kabul etmiş ülkelerde, gerçek birleşme yani cezaların birleşmesi ilkesinin uygulanabilmesi için birden fazla suçun bulunması ve suçların birleşmesi kapsamına giren bir durumun bulunmaması gerekmektedir. Suçların birleşmesi çeşitlerinden birisinin söz konusu olması halinde ise, gerçek birleşme uygulanmayarak, suçların birleşmesinin hangi türü gerçekleştiyse buna göre failin sorumluluğu belirlenecektir. Böylece ikilik sistemini öngören ceza hukuku sistemleri yönünden suçların birleşmesi ile cezaların birleşmesi arasındaki en önemli farkı failin sorumluluğunun belirlenmesi oluşturmaktadır¹⁰. Bu bağlamda suçların birleşmesi, bir kimsenin birden çok suç işlemesi halinde sorumluluğunun ne şekilde belirleneceğiyle ilgilenmekte ve buna çözümler getirmektedir¹¹.

Ancak bu açıklanmadan önce, suçların çokluğu kavramından neyin anlaşılması gerektiği kısaca açıklanmalıdır. Aslında burada suç

7 Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.515.

8 Kayıhan İçel, Suçların İçtimai, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1972, s.40; Öztürk/Erdem, kn.580.

9 İçel, Suçların İçtimai, s.15.

10 İçel, Suçların İçtimai, s.11.

11 İçel, Suçların İçtimai, s.9.

ile kastedilen, suçun maddi unsurunda yer alan eylem alt unsurudur. Ancak bu alt unsur klasik ceza hukuku okulunda “hareket, netice ve nedensellik bağı” olarak kabul edilirken, modern suç teorisinde bunlar tek tek maddi unsurun alt unsurları olarak kabul edilmekte ve böylelikle her suç açısından netice ve hareket ile netice arasındaki nedensellik bağının gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Yine benzer şekilde bazı suçlar tek hareketle gerçekleşebilirken, bazı suçlar ise birden fazla hareketle gerçekleştirilmektedir. İşte burada da doğal anlamda hareket ile hukuki anlamda hareket ayrımı gündeme gelmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, eylem tekliği ve eylem çokluğu kavramlarıyla, suç tekliği ve suç çokluğu kavramlarının aynı anlama gelmediğidir. Ancak bu kavramların arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır, çünkü eylem tekliği ve çokluğu, suçların tekliği ve çokluğunun şartını ve bağlantı noktasını oluşturmaktadır¹². Buna göre eylemin tek olduğu her durumda suç tek değildir¹³. Örneğin fikri içtimanın her iki türünde de eylem tek olmasına rağmen suç çokluğu söz konusu olmaktadır. Benzer şekilde zincirleme suçun uygulanıp uygulanmaması noktasında da bazı art arda yapılan hareketlerin hukuki anlamda tek hareket kabul edilip edilmemesi yani tipik hareketin tekliğinin söz konusu olup olmaması, zincirleme suçta göre cezanın arttırılıp arttırılmaması konusunda son derece önemlidir¹⁴.

Eylem tekliği ve eylem çokluğu ile suç tekliği ve suç çokluğu kavramlarının aynı anlama gelmemesi nedeniyle suç çokluğunun belirlenmesinde tek başına hareketin mi neticenin mi ya da bir başka kavramın mı esas alınması gerektiği belirlenmelidir¹⁵. Öncelikle ifade etmeliyiz ki suç çokluğunun belirlenmesinde tek başına hareketin veya neticenin esas alınması yanıltıcı sonuçlara götürebilecektir. Zira fikri içtimada yasal olarak tek hareketle birden fazla suçun gerçekleşebileceği yani suç çokluğunun söz konusu olabileceği kabul edildiğine göre, bu doğru bir seçim olmayacaktır. Dolayısıyla bize göre burada esas alınması gereken “normun yani tipikliğin ihlalidir”¹⁶. Zira suçun tekliği veya çokluğu ancak ilgili suç tipine (norma) bakılarak

12 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München, Verlag C. H. Beck, 2003, §33, kn.13.

13 İçel, Suçların İçtimai, s.18.

14 Koca/Üzülmez, s.450.

15 İçel, Suçların İçtimai, s.34.

16 Öztürk/Erdem, kn.580.

çözölebilecektir¹⁷. Suç tekliğı ve çokluğı ayırımında yasanın emredici ve yasaklayıcı normlarının ihlal edilme sayısı ölçüt alındığında bu ayırım net bir biçimde yapılmış olacaktır¹⁸. Ancak aşağıda da açıkladığımız üzere eylem tekliğı – çokluğı ayırımında esas alınması gereken ölçüt harekettir¹⁹. Suç çokluğı ile eylem çokluğunun bir biriyle ilgili ancak farklı kavramlar olduğı unutulmamalıdır.

Bu bağlamda her ne kadar TCK’nın 43/2 ve 44. maddelerinde birden çok suçun bir “fiil” ile işlenmesinden söz edilmekteyse de buradaki fiil kavramından “hareket”in anlaşılması ve söz konusu maddelerdeki ayırım “hareket tekliğı ve hareket çokluğı” olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz²⁰.

Suçların birleşmesi konusunun anlaşılması ve açıklanabilmesi; ayrıca hukuki sonuçlara ve ceza miktarlarına doğrudan etkisi olduğı için suç, eylem ve hareket kavramlarının doğru biçimde anlamlandırılması ve açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle bu kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Hareketin Tekliğı – Çokluğı Ayırımı

Suçların birleşmesi konusunda belirtilmesi gereken ilk husus, bazı durumlarda doğal olarak birden fazla görünen hareketin bulunmasına rağmen hukuk düzeni tarafından bunların tek hareketmiş gibi kabul edilmesidir. Dolayısıyla bazı suç tiplerinde doğal anlamda fazla sayıda hareket olmasına rağmen yasa koyucu suçun oluşması için birden fazla hareketin olmasını aramakta (dolandırıcılık) ya da birden fazla hareket olsa da bunları tek bir hareket olarak kabul etmektedir (aynı evin içinde birden fazla eşya alınmak suretiyle gerçekleştirilen hırsızlık)²¹.

Bize göre eylemin tek olup olmadığının belirlenmesinde, “hareket” esas alınmalıdır. Bu nedenle “hareketin tekliğı ve çokluğı ayırımı” kullanılmalıdır, çünkü haksızlığın esasını hareket oluşturmaktadır, “netice” ve buna bağlı olarak “hareket ile netice arasında bulunması gereken nedensellik bağı” yasa koyucunun izlediğı suç politikası

17 Türkan Yalçın Sancar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, Y.20, S.70, Mayıs – Haziran 2007, s.244.

18 İçel, Suçların İçtimai, s.41; Koca/Üzölmez, s.450, 451.

19 Roxin, §33, kn.10; Koca/Üzölmez, s.451.

20 Koca/Üzölmez, s.452.

21 İçel, Suçların İçtimai, s.29; Özgenç, s.171, 172.

gereğince suçun yasal tanımında zorunlu olarak bulunması gereken unsurlar değildir. Bu nedenle eylemin tekliği veya çokluğunun belirlenmesinde hareket esas alınmalıdır²².

Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde ise uzun zaman boyunca klasik suç teorisi etkili olduğundan, “eylem”, “fiil” denilince bundan hareket, netice ve bunları birbirine bağlayan nedensellik bağı anlaşılmıştır. Klasik suç teorisine göre, suça haksızlık içeriğini kazandıran unsur netice olduğundan ve her suçta mutlaka bir netice bulunması gerektiğinden, suçların birleşmesinde eylem denilince bundan netice anlaşılmaktadır. Bu bağlamda klasik suç teorisine göre eylemin tekliğiyle kastedilen neticenin tekliğidir. Ülkemiz öğretisinde son yıllara (özellikle 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği 2005 yılına) kadar çoğunlukta olan görüş, eylemin tekliği ve çokluğunun belirlenmesinde neticenin esas alınması yönündedir^{23 24}.

Ancak suçların birleşmesi konusunun klasik suç teorisinin bu anlayışıyla açıklanması ve anlaşılması bize göre oldukça zordur. Suçların birleşmesi konusunda eylem tekliği denilince bundan hareketin tekliği anlaşılmalıdır²⁵. Nitekim TCK’da eylem kavramının hareketi ifade etmek üzere kullanıldığı bazı maddelerin metni ve gerekçelerinden de açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin 44. maddenin gerekçesinde verilen örneklerden eylemden maksadın hareket olduğu belirtilmektedir. Yine eylemin, neticeyi kapsamadığı TCK’nın 8. maddesinde de açıkça ifade edilmektedir²⁶.

Bu konuyu somutlaştırılmak için şu örnekten hareket edilebilir: TCK’nın 282. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç gelirlerinin aklanması suçunda aynı anda ya da çok kısa bir zaman dilimi içinde belli miktardaki bir gelirin aklanması amacıyla farklı hareketlerin yapılması

22 Roxin, §33, kn.10, 17-69; Koca/Üzülmez, s.435.

23 Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s.504; İçel, Suçların İçtimaı, s.34; Dönmezer/Erman, II, kn.1130.

24 Bu konudaki görüşler için bkz: Centel/Zafer/Çakmut, s.502-504.

25 Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukuku Dersleri, Manisa, Şafak Yayınevi, 1982, s.379, 380; Özgenç, s.523; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.532; Koca/Üzülmez, s.452.

26 Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.687-691; Koca/Üzülmez, s.652.

halinde eylemlerin tekliği söz konusu olacaktır. Örneğin suçtan elde edilen bir gelirin önce yurt dışına çıkarılması, burada bankaya yatırılması ve bankadan kredi çekilmesi sonra bankadan çekilen kredinin ödenmemesi suretiyle bankaya yatırılan ve teminat gösterilen paranın banka tarafından alınmasına karşı gelinmemesi ancak bankadan kredi olarak alınan paranın tekrar yurda sokulması hareketleri ardışık biçimde yapıldığında her ne kadar içinde farklı işlemleri barındırsa da tek bir eylem ve suç gerçekleştirecektir²⁷. Benzer şekilde aynı zamanda ve aynı nedenle birden çok polis memuruna karşı direnme hareketleri de hukuki anlamda tek hareket olarak kabul edilmelidir²⁸.

Nitekim hareket tekliği kuramına göre seçimlik hareketli suçlarda, doğal anlamda hareket çok olmasına rağmen hukuki anlamda tek tipik hareketin varlığı kabul edilmektedir²⁹. Seçimlik hareketli suçlarda suçun tamamlanması bakımından tek hareket yeterli olmasına rağmen, seçimlik hareketlerin tamamının gerçekleştirildiği hallerde de hareketin tekliği söz konusu olmaktadır³⁰.

5237 sayılı TCK birçok yasa örnek alınarak ve birçok yasadaki hükümler alınarak oluşturulmuşsa da hem suç genel teorisi açısından hem de özel bölümde yer alan pek çok suç tipi açısından örnek alınan yasanın Alman Ceza Kanunu (Al CK) ve suç teorisi olduğu bilinmektedir. Ancak Al CK’da zincirleme suç ve bileşik suçla ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Yalnızca Al CK’nın 52. paragrafında fıkri içtima (Idealkonkurrenz, Tateinheit) olarak kabul edilebilecek bir düzenleme yer almaktadır³¹. Söz konusu yasada bunun dışında 53, 54. ve 55. paragraflarda gerçek birleşme (Realkonkurrenz, Tatmehrheit) durumu düzenlenmektedir³². Alman suç teorisinde suçların çokluğu konusunun

27 Murat Volkan Dülger, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.610, 611.

28 “...Aynı zamanda ve aynı nedenle birden çok polis memuruna direnmenin tek suç oluşturduğu gözetilmeden, TCY’nin 43. maddesi (gereğince) ¼ oranında artırılmak suretiyle fazla cezalar belirlenmesi ... yasaya aykırı... görüldüğünden hükmün bozulmasına...” 4. CD. 28.01.2008, 2007/10292, 2008/737. Akt: Erdener Yurtcan, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.445.

29 İçel, Suçların İçtimai, s.30.

30 Koca/Üzülmez, s.455.

31 Bkz: Roxin, §33, kn.70–118.

32 Bkz: Roxin, §33, kn.119–169.

kilit noktasını hareketin tekliği (hareketlerin doğal tekliği) kuramı oluşturmaktadır. Buna göre birden fazla hareketin zamansal ve mekânsal birlik nedeniyle tek olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de korumasız kalan mağdura karşı peş peşe birden fazla cinsel saldırı da bulunulması, hırsızlık veya yağmada aynı mağdurun birden fazla eşyasının alınması, yalan tanıklıkta birden fazla gerçeğe aykırı beyanda bulunulması, dövülen mağdurun öldürülmesi, aynı veya farklı kimselerle çok kısa zamanda aralığında ve aynı mekanda yasaklanan şekilde fuhuş yapılması eylemlerinde “tek hareketin” varlığını kabul etmiştir. Buna göre Alman suç teorisinde öncelikle hareketin tek mi yoksa birden çok mu olduğu tespit edildikten sonra, eğer tek hareket söz konusuysa ya da hareketin tekliği (doğal ya da hukuki hareket tekliği) kabul ediliyorsa ve görünüşte içtima hallerinden birisi somut olayda bulunmuyorsa fikri içtima hükümleri uygulanabilmektedir. Fikri içtima da aynı neviden (çeşit) ya da farklı neviden (çeşit) olabilmektedir³³.

TCK’da ise durum bunlardan farklıdır. Alman Ceza Kanunu’nda hiç olmayan zincirleme suç, 43. maddede; yine anılan yasada düzenlenmeyen bileşik suç ise 42. maddede düzenlenmektedir. Ayrıca, aynı neviden fikri içtima 44. maddede düzenlenmesi gerekirken, 43. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bunun dışında “doğal hareket tekliği” ve “hukuki hareket tekliği” kavramlarının ülkemiz suç teorisi açısından da kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak Al CK sistemi ile TCK sisteminin birebir aynı olmayıp farklılıklar içerdiği göz önünde bulundurulmalıdır.

II. Fikri İçtima (Düşünsel Birleşme)

A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Suç normu oluşturulmasındaki amaç çeşitli hukuksal değerlerin korunmaya alınması ve bunlara yapılacak saldırıların yaptırımına karşılanmasıdır³⁴. Genellikle yasada yer alan bir suç tipi, yasaklanan eylemin tüm hukuka aykırılığını içermektedir. Bazı durumlarda ise, işlenen eylemin ihlal ettiği hukuksal değerlerin çokluğu, onu çeşitli suç tipleri ile ilişkilendirmektedir. Söz konusu eylemin tek bir yönden değerlendirilmesi o eylemin tüm hukuka aykırılık niteliğinin karşılanması

33 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.515, 516; Roxin, §33, kn.1–5. Ayrıca bkz: İçel, Suçların İçtimai, s.32; Koca/Üzülmez, s.457.

34 Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.668-678.

bakımından yeterli olmamaktadır³⁵. İşte çeşitli normların aynı eylemle ilgisi söz konusu olduğunda fikri içtima söz konusu olmaktadır³⁶.

Failin gerçekleştirdiği tek eylemle farklı suçları veya aynı suç birden fazla işlemesi halinde fikri içtima gerçekleşir. Fikri içtima için eylemin tek olması ve aynı eylemle birden çok suçun işlenmesi gerekir³⁷. Failin tek eylemiyle aynı suçların gerçekleşmesi halinde aynı neviden fikri içtima, farklı suçların gerçekleşmesi halinde ise farklı neviden fikri içtima söz konusu olur³⁸. Bunlardan aynı neviden fikri içtima TCK'nın 43. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, farklı neviden fikri içtima ise 44. maddede düzenlenmektedir.

Fikri içtimanın her iki halinde de yasa koyucu tarafından faile tek ceza verilmesi öngörülmüştür. Birden fazla suç olmasına rağmen tek ceza verilmesinin hukuksal gerekçesi için farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan suç tekliği görüşüne göre, fikri içtima halinde failin tek eylemi olduğu için aslında tek suç vardır ve tek ceza verilmesi gerekir. Bu görüşte olanlar suç tekliği – suç çokluğu ayrımında suçun maddi unsurlarından olan “hareketi” esas almakta ve tek hareketin olması nedeniyle bu durumda suç tekliği durumunu kabul etmekte, suçların kaynaştığını ifade etmektedirler³⁹.

Suç çokluğu görüşüne göre ise her ne kadar tek hareket varsa da ceza normunun birden fazla ihlali söz konusu olduğu için, suç sayısının belirlenmesinde normun kaç kez ihlal edildiğinin göz önüne alınması gerekir. Buna göre düşünsel fikri içtimada normun birden fazla ihlali söz konusu olduğu için suç çokluğu bulunmaktadır⁴⁰.

Biz bunlardan suç çokluğunun bulunduğu görüşüne katılıyoruz. Nitekim TCK'nın 43/2 ve 44. maddelerindeki düzenlemelerde de suç

35 İçel, Suçların İçtimai, s.57.

36 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.684; İçel, Suçların İçtimai, s.57.

37 Mahmut Koca, “Fikri İçtima”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S.4, Ağustos 2007, s.199; Roxin, §33, kn.70; İçel, Suçların İçtimai, s.63; Öztürk/Erdem, kn.597;

38 Roxin, §33, kn.2.

39 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.531, 532.

40 Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1953, s.481; Roxin, §33, kn.71; İçel, Suçların İçtimai, s.58, 59.

çokluğu görüşünün esas alındığı görülmektedir⁴¹.

Fikri içtimada suç çokluğunun mu yoksa suç tekliğinin mi esas alınması gerektiği hususu, en önemli etkisini faile verilecek cezanın belirlenmesinde ve seçilecek yöntemin hukuki niteliğini açıklamakta kendisini göstermektedir. Suç tekliğinin kabul edilmesi halinde sorun bulunmamaktadır; zaten tek suç bulunduğu için faile bu tek suçun cezasının verilmesi ile yetinilecektir. Suç çokluğunun kabul edilmesi halinde ise faile tek ceza verilmesinin gerekçelendirilmesi ve bunun açıklanması gerekmektedir ki konunun zorluğu da buradan kaynaklanmaktadır.

Bu konuda iki farklı görüş yer almaktadır. Bunlardan ilkinde failin tek eylemiyle de olsa birden fazla suçu gerçekleştirmeyi başarması halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanarak faile cezasının bir miktar artırılarak verilmesi veya işlediği suçlardan cezası daha ağır olanının verilmesiyle yetinilmesi eleştirilecek bir durumdur. Zira bu durumda suçlar arasında öznel bir bağlantı olmadığı gibi, tek eylemin bulunması da bu durumu açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Böylelikle becerikli suçlular adeta ödüllendirilmektedir, dolayısıyla fikri içtima ile gerçek birleşme arasında farklılık gözetilmemeli ve faile işlediği her suçtan ayrı ayrı ceza verilmelidir. Nitekim yasal düzenlemelerde de fikri içtima için öznel bir unsurun varlığı aranmamaktadır. Suç işleme kararındaki birlik nedeniyle failin tek ceza ile cezalandırıldığı zincirleme suçta cezada belli bir artırım yapılması hükmüne paralel olarak aynı neviden fikri içtimada aynı artırımın yapılması ise fikri içtimayı oluşturan suçlarda öznel bir unsur olmadığı için çelişki oluşturmaktadır⁴².

Bu konudaki ikinci görüşte ise farklı neviden fikri içtimada failin tek eylemle gerçekleştirdiği suçlardan yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılmasının nedeni olarak “non bis in idem” kuralı gösterilmektedir⁴³. Buna göre birey gerçekleştirmiş olduğu bir

41 Aynı görüşte bkz: Koca, s.200.

42 Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih M. Mahmutoglu/Yener Ünver, Suç Teorisi, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s.418; İçel, Suçların İçtimaı, s.60.

43 “Kişi, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olabilir; ancak non bis in idem kuralı gereğince bu fiilden dolayı ancak bir defa cezalandırılabilir. Gerçekleştirdiği fiilin birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olması durumunda, failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna

eylemden dolayı ancak bir kez cezalandırılabilir. Nitekim bu durum 44. maddenin gerekçesinde de ifade edilmektedir. Fikri içtimaya yasa da yer verilmesi ve bu durumda faile tek bir suçun cezasının verilmesi suretiyle bireyin aynı eylemden dolayı birden fazla kez cezalandırılmasının önüne geçilmek istenmektedir⁴⁴.

Yasa koyucunun fikri içtimada tek ceza verilmesi ile yetinmesi tek eylem ile işlenen suçların kaynaşmış olmasındandır, bu durumda ortada bir suç bulunmakta ve bir suça ancak bir ceza verilebilmektedir. Bu durumun ise hareketin tekliği görüşü ile açıklanabilmesi mümkündür⁴⁵. Ancak tek hareket bulunmasına ve suçların kaynaşmış olduğunun da kabul edilmesine rağmen neden ağır cezayı gerektiren suça ilişkin cezanın verildiğinin de açıklanması gerekmektedir. Bu ise tam olarak tatmin edici olmasa da ceza adaleti ile açıklanabilir; zira ceza hukuku bakımından meydana gelen birden fazla neticenin görmezden gelinmemesi gerekir. Ancak adil olan, fail bir başka suç ya da suçlar işlemiş olduğundan en ağır cezanın verilmesiyle yetinilmeyip cezanın bir miktar artırılmasıdır, böylelikle fikri içtimanın fail için bir tür ödül olma özelliği de ortadan kalkacaktır⁴⁶. Ayrıca tek eylemin varlığı failin birden fazla suçtan cezalandırılmasına engel oluşturmaktadır, aslında burada birleşen düşüncedir, zira failin düşüncesi tek bir suç işlemektir⁴⁷.

Biz fikri içtimada suç çokluğunun olduğunu, bunu belirlemede ise hareketin değil, normun ihlalinin ölçüt olarak alınması gerektiğini düşünüyoruz. Suçların çok olmasına rağmen faile tek ceza verilmesinin gerekçesinin ise ceza adaleti kavramıyla açıklanabileceğini, birden fazla suç işleme kastıyla hareket edip, tek eylemiyle birden fazla suçun

gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır.”

44 Koca, s.201; Koca/Üzülmmez, s.468; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.530; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.732.

45 Aynı konuda Koca ise, fikri içtimada suç çokluğunun kabul edilmesine rağmen faile tek ceza verilmesiyle yetinilmesinin en güçlü dayanağının eylemin tek olmasında aranmasını, fikri içtimanın bir eylemin haksızlık içeriğini farklı hukuki bakış açılarından kavramayı mümkün kılan bir kurum olarak anlaşılması gerektiğini, fikri içtimanın bir eylemin çeşitli yönlerden değerlendirilmesi olup, esasını da eylem tekliği üzerine yapılan değerlendirme çokluğu olduğunu ifade etmektedir. Bkz: Koca, s.201.

46 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.733, 734; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.532.

47 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.530.

işlenmesinin istisnai bir durum olduğunu, ikinci suçun genellikle taksirle gerçekleştiğini dolayısıyla iki ayrı suçtan ceza verilmesinin orantılılık ilkesi gereğince ağır sonuçlara yol açabileceğini, cezanın şiddetinin azaltılması amacıyla tek eylemle gerçekleşen birden fazla suça tek ceza verilmesinin düzenlendiğini düşünüyoruz. Ancak aynı neviden ve farklı neviden fikri içtimai farklı maddelerde düzenlemesi ve farklı neviden fikri içtimada ceza artırımına gitmemesi nedeniyle TCK'nın fikri içtimaya ilişkin düzenlemesini bu açıdan yerinde bulmuyoruz.

B. Fikri İçtimain Şartları

Aynı konunun iki görünümü olan farklı neviden ve aynı neviden fikri içtimada, eylemin tek olması ve tek eylemin birden fazla suça neden olması ortak unsurlardır. Her iki fikri içtima açısından da başkaca bir unsur gerekmemektedir. Bu iki tür arasındaki fark ise, farklı neviden fikri içtimada, farklı suçların işlenmesi söz konusu iken aynı neviden fikri içtimada ise aynı suç birden fazla işlenmektedir⁴⁸.

1. Eylemin Tek Olması

Fikri içtimain ilk ve en önemli şartı, failin tek eylem gerçekleştirmesidir. Yukarıda da açıkladığımız üzere eylemin tekliğinin belirlenmesi hususunda hareketi esas almaktayız, dolayısıyla hareketin birden fazla olmasını eylem çokluğu ve hareketin tek olmasını ise yalnızca bir eylem olması olarak kabul etmekteyiz. Buna göre yasada geçen “fiil” kavramından da “hareketin” anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz⁴⁹. Eyleme verilecek bu anlam fikri içtimain uygulama kapsamının belirlenmesi açısından önem taşır. Hareketin tekliği “hareketlerin hukuki birlikteliği” şeklinde olabileceği gibi “hareketlerin doğal birlikteliği” şeklinde de olabilir. Hareketlerin hukuki birlikteliği, birden fazla hareketli suçlarda ya da kesintisiz suçlarda olduğu gibi yasa koyucunun suç tipini düzenlerken aslında birden fazla olan hareketi tek hareket kabul etmesi halidir. Hareketlerin doğal birlikteliği ise, failin gerçekleştirdiği hareketlerin zamansal ve mekansal anlamda birliktelik oluşturmasıdır. Failin mağduru çok sayıda yumruk ya da sopa darbesiyle dövmesi; failin çok sayıda mermi ya da bıçak darbesiyle mağduru öldürmesi bu duruma örnek oluşturur⁵⁰. Bu durumda her ne kadar çok sayıda hareket olsa da bunlar tek hareket olarak kabul edilir.

48 Koca, s.201; Koca/Üzülmez, s.468.

49 Aynı görüşte bkz: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.734; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.534; Öztürk/Erdem, kn.597; Koca, s.202.

50 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.535.

Bu hareketlerin sonucunda birden fazla normun ihlal edilmesi ya da aynı normun birden fazla ihlal edilmesi halinde fikri içtima söz konusu olur. Dolayısıyla bunlar tek hareket kabul edildikleri için her ne kadar doğal anlamda çok hareket olsa da, zincirleme suç ya da gerçek birleşme olarak kabul edilmeyip, normun fazla sayıda ihlal edilmesi halinde fikri içtimanın varlığı kabul edilir.

Öğretide bazı yazarlar klasik suç teorisinin etkisiyle eylemden neticeyi anladıklarını ifade etmektedirler. Bu yazarlara göre eylem sayısı netice ile belirlenmektedir. Örneğin bu yazarlara göre gözlüklü bir kişinin gözüne yumruk atan fail, tek eylemiyle yaralama ve mala zarar verme şeklinde iki ayrı neticeye neden olduğundan iki ayrı suçtan dolayı cezalandırılmalıdır⁵¹. Benzer şekilde bir bilişim sistemine girerek oradaki kişisel verileri ele geçiren kişi hem bilişim sistemine girme hem de kişisel verileri ele geçirme suçundan cezalandırılmalıdır⁵². Nitekim 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın neticeyi esas alarak verdiği kararlar da bu yöndedir⁵³.

Fikri içtimada eylemin tek olmasından anlaşılması gereken, fikri içtimayı oluşturan suçların, icrai hareketlerinin birleşme göstermesidir. Suçların yalnızca manevi unsur açısından ayniyet göstermesi yeterli olmadığı gibi gerekli de değildir. Bu bağlamda fikri içtimanın varlığı için failin hareketini tek amaca ulaşmak için yapması tek başına yeterli olmadığı gibi⁵⁴, failin aynı saikle gerçekleştirdiği hareketler ve de failin aynı anda birden çok eylemi gerçekleştirme kararına sahip olduğu durumlar da fikri içtimanın varlığı için tek başına yeterli değildir⁵⁵.

Birden çok suçun icra hareketlerinin tek eylemde örtüşmesinin tür ve derecesine göre fikri içtima, birden çok gerçekleşme olasılığı ve her olasılık için de çeşitli kombinasyonlar halinde gerçekleşebilir. Örneğin fikri içtimanın icrai hareketlerin tam ayniyeti halinde gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi kısmi ayniyet halinde de gerçekleştiği kabul

51 Oysa burada failin tek eylemiyle gerçekleştirdiği iki farklı suç bulunmakta ve farklı neviden fikri içtima kuralı gereği faile yalnızca cezası daha ağır olan suçun cezası uygulanmaktadır. Aynı görüşte bkz: Özgenç, s.529.

52 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.551.

53 Bu kararlar için bkz: Özgenç, s.519, dn.1048.

54 İçel, Suçların İçtiması, s.63.

55 Koca/Üzülmez, s.468, 469; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.534.

edilir⁵⁶. Örneğin bir kişinin icra memurunu görevini yaptığı için darp ettiği durumda hem kamu görevlisine görevini yaptırmamak için direnme (TCK m.265) hem de kasten yaralama (TCK m.86) suçları söz konusu olmakta ve bu iki suçun icra hareketleri açısından tam benzerlik ortaya çıkmaktadır⁵⁷. Öte yandan yağma suçunda failin mağdura önce vurması ve sonra parasını alması halinde, eylemler açısından sadece kuvvet kullanma gerçekleşmiş olmasına rağmen fikri içtima söz konusu olacaktır⁵⁸. Bu konuda benzer bir örnek de dolandırıcılık suçu ile belgede sahtecilik suçu arasında bulunur. Dolandırıcılık eyleminin özel sahte belgeyle işlenmesi halinde fikri içtima söz konusu olur⁵⁹. Ancak TCK'nın 212. maddesi ile bu konuda farklı bir düzenleme getirilerek bu durumda fikri içtima hükmünün uygulanmayacağı ve failin her iki suçtan ayrı ayrı sorumlu tutularak gerçek birleşme hükümlerine göre cezalarının toplanacağı belirtilmiştir⁶⁰.

2. Tek Eylemin Birden Fazla Suça Neden Olması

Tek eylemin birden fazla suça neden olması şartında ise, gerçekleşen suçların aynı ya da farklı suç tipleri olması haline göre aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima halleri gerçekleşmektedir. Bu, yasal düzenlemeye de yansıdığı için önemli bir ayrımdır.

a. Aynı Neviden Fikri İçtima (Aynı Çeşit Düşünsel Birleşme)

Tek bir eylemle aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde aynı neviden fikri içtimanın varlığı kabul edilir. Fikri içtimanın bu çeşidi TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Söz konusu fıkra da “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır” hükmü yer almaktadır⁶¹.

56 Roxin, §33, kn.70; Karşı görüş için bkz: Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitanevi, 1992, .462; İçel, Suçların İçtiması, s.67; Koca, s.210, 211.

57 Roxin, §33, kn.80.

58 Roxin, §33, kn.82.

59 Roxin, §33, kn.70.

60 Koca/Üzülmez, s.469, 470.

61 Ancak Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe her ne kadar öğretide bu düzenleme “aynı nevi”den fikri içtima” olarak adlandırılrsa da bunun yeni bir zincirleme suç hali olduğunu ileri sürmektedirler. Bu konuda bkz: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.528. Aynı doğrultuda: Centel/Zafer/Çakmut, s.513.

TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında zincirleme suç düzenlenmiş iken 2. fıkrasında aynı neviden fikri içtimanın düzenlenmesi yerinde olmamıştır, zira aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suç arasındaki tek ortak özellik bunların gerçekleşmesi halinde failin cezasında yapılan artırımın aynı oranda olmasıdır⁶². Dolayısıyla aynı neviden fikri içtimanın, farklı neviden fikri içtimanın düzenlendiği TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmesi teorik açıdan daha uygun olurdu⁶³.

765 sayılı TCK'da aynı neviden fikri içtima düzenlenmemiştir. Buna paralel olarak eylem sayısını belirlemede neticeyi esas alan klasik suç teorisi öğretisi tarafından aynı neviden fikri içtima kabul edilmemektedir. Çünkü klasik suç teorisine göre eylem, netice olarak kabul edildiği için, bir neticenin yasanın aynı hükmünü birden fazla ihlal etmesi söz konusu olmamaktaydı. Bu durumda tek eylemle aynı suçun birden çok işlenmesi halinde birden fazla neticenin gerçekleştiği ve birden fazla suçun işlendiği kabul edilmekteydi. Örneğin bir kurşun ya da bomba ile birden fazla kişinin öldürülmesi, bir sözle birden çok kişiye hakaret edilmesi, bir hileli davranışla birden çok kişinin dolandırılmasında mağdur sayısı kadar suçun oluşması gibi⁶⁴. Bu

62 Özgenç, s.523; Koca/Üzülmez, s.472; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.529.

63 Aynı görüşte bkz: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.719; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.529; Koca/Üzülmez, s.472; Koca, s.199. Nitekim yasanın redaktörü olan Özgenç de "Zincirleme suç ile aynı neviden fikri içtima arasındaki tek müştereklik, cezada yapılabilecek artırıma ilişkin oranların aynı olmasından ibarettir. Aslında birbirlerinden farklı durumlara ilişkin iki ayrı içtima hükmünün ayrı maddelerde düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Ancak, yeni TCK'ya ilişkin olarak TBMM Adalet Komisyonundaki çalışmalarımız sırasında bunu izahta karşılaştığımız güçlük nedeniyle, her iki içtima durumunu aynı madde altında düzenlemek mecburiyetinde kalmış bulunmaktayız" diyerek bu düzenlemenin gerekçesini açıklamaktadır. Özgenç, s.523.

64 Öğretide Öztürk/Erdem, bu durumda halen zincirleme suçun söz konusu olduğunu, ancak TCK'nın 43/2. maddesindeki düzenleme karşısında uygulama açısından zincirleme suçun uygulanmasının mümkün olmadığını, ancak bir eylemin yasanın aynı hükmünü ihlal etmesinin zincirleme suç sayılması ve dolayısıyla cezanın ağırlaştırılması, buna karşılık farklı yasa hükümlerini ihlal etmesinin fikri içtima kabul edilmesi ve dolayısıyla da yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı failin cezalandırılmasıyla yetinilmesinin anlaşılabilir bir durum olmadığını ifade etmektedirler. Bkz: Öztürk/Erdem, kn.587.

Yazarların cezanın artırılması arasında farklılığa gidilmesi yönündeki eleştirisine

durumda 765 sayılı TCK'nın 80. maddesine göre zincirleme suçun oluşacağı ifade edilmekteydi. Nitekim ETCK'nın 80. maddede mağdur sayısı hakkında sınırlama getirilmediği için bu mümkündü ve uygulama da bu şekilde yapılmaktaydı. Yine 765 sayılı TCK döneminde bu gibi durumlarda tek eylemin gerçekleştiğini ancak farklı suçların işlendiğini dolayısıyla farklı neviden fikri içtimanın söz konusu olduğunu ifade edenler olduğu gibi Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktaydı⁶⁵.

5237 sayılı TCK'da suç sayısının belirlenmesinde neticenin değil hareketin esas alınması⁶⁶ dolayısıyla zincirleme suçta hareket çokluğu söz konusu iken fikri içtimada hareket tekliğinin söz konusu olması ve ayrıca zincirleme suçun düzenlendiği 43/1. maddede bu durumun gerçekleşmesi için eylemlerin mağdurunun aynı kişi olması şartı getirilmesi nedeniyle aynı neviden fikri içtima kabul edilmiş ve yasada mad düzenlenmiştir. Dolayısıyla aynı neviden fikri içtimada tek eylem, hukuki anlamda tek eylem olarak anlaşılmalıdır⁶⁷.

Aynı neviden fikri içtimada, aynı eylemle aynı suçun farklı kişilere karşı aynı anda işlenmesi söz konusu olmaktadır⁶⁸. Örneğin bir mermi ile birden çok kişinin öldürülmesi⁶⁹, bir sözle birden çok kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, bir şikayet dilekçesiyle birden fazla kişiye karşı iftirada bulunulması, bir eylemle birden çok kişinin hakarete uğraması veya tehdit edilmesi veya özgürlüğünden yoksun kılınması, bir gazete ilanı ile birden çok kişinin dolandırılması⁷⁰, bir virüsün internet sitesinde yayınlanması neticesinde çok sayıda kişinin bu virüsü bilişim sistemine indirmesi ve sistemlerinin zarar görmesi halinde aynı neviden fikri içtima söz konusu olmaktadır⁷¹.

katılmakla beraber, bunun gerekçesine katılmıyoruz. Zira zincirleme suçta birden fazla suç ve dolayısıyla birden fazla hareket, fikri içtimada ise tek hareket ancak birden fazla suç bulunmaktadır. Ancak yazarlar kanımızca harekete değil, neticeye önem verdikleri için iki durumu da aynı değerlendirmekte ve arasında ayırım yapılmasını bu düşünce tarzından hareketle anlamlandıramamaktadırlar.

65 Koca/Üzülmez, s.472; Özgenç, s.518–522; Centel/Zafer/Çakmut, s.507.

66 Özgenç, s.523.

67 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.719; Centel/Zafer/Çakmut, s.529.

68 Koca, s.473.

69 İçel, Suçların İçtimai, s.79.

70 Roxin, § 33, kn.81; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.529; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.691; Özgenç, s.523; Koca/Üzülmez, s.473.

71 Ögretide Özbek, “hırsızlığa konu çanta içinden iki ayrı kişiye ait cep telefonu

Buna göre farklı neviden fikri içtima ile aynı neviden fikri içtima arasındaki ortak unsur, failin gerçekleştirdiği eylemin tek olmasıdır⁷². Buna karşın farklı neviden fikri içtimada tek eylemle gerçekleştirilen farklı suçlar söz konusu iken aynı neviden fikri içtimada tek eylemle aynı suç birden fazla kez işlenmektedir. Yine farklı neviden fikri içtimada tek eylemle aynı kişiye karşı suçun işlenmesi mümkün iken (örneğin yüze atılan yumrukla mağdura karşı hem kasten yaralama hem de mala zarar verme suçunun işlenmesi gibi), aynı neviden fikri içtimada suç teorisi ve yasal düzenleme gereği suçların farklı kişilere karşı işlenmesi gerekir.

Suçun konusuna müşterek ya da iştirak halinde malik olunması halinde failin tek eylemiyle birden fazla kişiye karşı suç işlenmesi durumu söz konusu olmayıp, suçun konusunun tek olması nedeniyle tek suçun varlığı söz konusu olacaktır. Dolayısıyla farklı neviden fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için suçun konusunun da farklı olması gerekir. Örneğin müşterek mülkiyet halinde malikleri bulunan bir arabanın çalınması halinde mağdur sayısının birden çok olmasına rağmen suçun konusunun bir araba olması nedeniyle yalnızca bir suç vardır⁷³.

Benzer şekilde bir banka şubesine girilerek birden fazla kişiye ait paranın çekilmesi halinde de suçun mağduru mudiler değil, bankanın ortağı konumundaki gerçek kişilerdir ve tek suç bulunmaktadır, zaten failde de “x” ya da “y” isimli mudinin parasını almak değil, bankada bulunan paraları almaya yönelik kast vardır. Ancak failin arda arda günlerde bankada soygun yapması halinde ise çok eylem ve çok suç olacak, buna karşın suç işleme kararındaki birlik nedeniyle zincirleme suç oluşacaktır⁷⁴. Tek tek mudilerin ya da parası emanet edilen kişilerin hedef alınması ve mağdur edilmesi ve tek hareketle olmayıp farklı hareketlerle yapılması halinde hem tek eylem hem de tek mağdur şartları gerçekleşmediği için ne fikri içtima ne de zincirleme suç hükümlerinin

çıkması durumunda da” aynı çeşit fikri içtimanın söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bkz: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.719. Ancak biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz, zira nasıl ki aynı evin içinde o evde bulunan farklı kişilerin eşyalarının çalınması halinde dahi tipik hareketin teklifi kuramı gereği tek eylem ve tek suç bulunuyorsa, tek çantanın çalınması durumunda her ne kadar iki farklı kişiye ait iki farklı cep telefonu çıksa da aynı kuram gereği tek suçun varlığının söz konusu olduğunu düşünmekteyiz.

72 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.719.

73 Özgenç, s.523, 524.

74 Özgenç, s.524.

uygulanması mümkün olmayıp gerçek birleşme uygulanacaktır⁷⁵. Bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle yapılan hırsızlık da doğrudan mudinin hesabı hedef alındığından hesabından para aktarılan mudi sayısınca suçun olduğu ve bu eylem failin tek bir hareketiyle gerçekleştiğinde (bilgisayar yazılımları sayesinde bunun olması mümkündür) aynı neviden fikri içtima söz konusu olabilecektir. Öte yandan failin bilişim sistemi kullanılmak suretiyle gerçekleştirdiği hırsızlık suçunda mudileri gözetmeyip, doğrudan bankayı ve bankanın sistemini hedef alması halinde ise tek suçun varlığı kabul edilecek, ancak suça konu paranın miktarı ve girilen mudi hesabı sayısı dikkate alınmak suretiyle suçun haksızlık unsurundaki fazlalık dolayısıyla suçun üst sınırına doğru çıkılması takdir edilebilecektir. Kredi kartları açısından ise Yargıtay kart sayısı kadar suçun oluştuğunu, aynı kartın farklı zamanlarda kullanılması halinde ise zincirleme suçun oluşacağını kabul etmektedir⁷⁶.

Aynı neviden fikri içtima konusunda değinmek istediğimiz bir başka konu da tek eylemle birden fazla kişiye hakaret edilmesi suçunda mağdurun kamu görevlisi olması halidir. Bize göre mağdur kamu görevlisi olsa da genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Ancak TCK'da hakaret suçunun yer aldığı 125. maddenin 5. fıkrasındaki “kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde, suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır” düzenlemesi yanlış yorumlanmış ve bu durumda kamu görevlisi sayısınca suç işlendiğinin kabul edilmesinin gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yanlış anlaşılmanın engellenmesi için 5377 sayılı Yasa ile TCK'nın 125. maddesinin 5. fıkrasına şu tümce eklenmiştir: “Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükmü uygulanır.” Bize göre yapılan düzenleme doğru ancak ifade ediliş tarzı

75 “...ilköğretim okulu hizmetlisi ve mutemedi olan sanığın, okulda görevli öğretmenlerin haberi olmadan, ders ücreti ve maaşlarından, bankadaki hesaplarına para aktarırken haksız kesinti yaparak ... tutarında menfaat temin etmek şeklindeki eyleminde mağdur sayısı kadar suç olduğu, 5237 Sayılı Kanunun 43. maddesinde yer alan zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasında...” 11. CD., 25.05.2006, 2006/1859, 2006/4708. Akt: Yurtcan, s.453.

76 “5237 sayılı TCK'nın 245. maddesinde düzenlenen banka ve kredi kartının kötüye kullanılması suçunun kart sayısınca oluşacağı ve zincirleme suç hükmünün aynı kartın farklı zamanlarda birden fazla kullanılması halinde uygulanacağı gözetilmelidir.” 11. CD., 12.11.2007, 2007/7255, 2997/7837. Akt: Yurtcan, s.452.

yanlıştır, zira burada zincirleme suç değil⁷⁷, aynı neviden fikri içtima vardır⁷⁸. Bu yanlış ifade ise yukarıda ifade ettiğimiz şekilde aynı neviden fikri içtimanın 44. maddede değil, 43. maddede zincirleme suç ile birlikte düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Buna rağmen yasa koyucunun bu tümcede “43. maddenin 2. fıkrası hükmü uygulanır” ya da “aynı neviden fikri içtima kuralı” uygulanır şeklinde bir ifade kullanması daha doğru olurdu. Nitekim yasanın değişiklik gerekçesinde bu durum açık bir biçimde ifade edilmektedir.

TCK’nın 43. maddesinin 3. fıkrasında “kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz” denilmek suretiyle, aynı neviden fikri içtima açısından da zincirleme suçta olduğu gibi özel bir birleşme hükmü getirilmiştir. Buna göre söz konusu suçların failin aynı eylemiyle farklı kişilere karşı işlenmesi halinde fikri içtima uygulanmayıp, normun ihlal sayısına göre cezaların birleştirilmesi (gerçek birleşme) yoluna gidilecektir. Örneğin atılan bir bombayla çok sayıda kişinin öldürülmesi ya da yaralanması, aynı şekilde arabayla çarpma sonucu birden çok kişinin öldürülmesi ya da yaralanması, tek bir tehditle birden fazla kişinin malının alınması gibi hallerde fikri içtima değil gerçek birleşme söz konusu olacaktır⁷⁹. Bu fıkayla ilgili zincirleme suç konusunda yapmış olduğumuz açıklamalar aynı neviden fikri içtima açısından da geçerlidir.

b. Farklı Neviden Fikri İçtima (Farklı Çeşit Düşünsel Birleşme)

Farklı neviden fikri içtima TCK’nın 44. maddesinde “fikri içtima” başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu maddede “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” hükmü yer almaktadır. Buna göre tek bir eylemle farklı suçların gerçekleşmesi halinde farklı neviden fikri içtima söz konusu olur. Örneğin failin vitrine atığı taş

77 Nitekim öğretide Zafer bunun bir zincirleme suç durumu olduğunu ileri sürmektedir. Bkz: Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s.339.

78 Özgenç, s.525, 526.

79 “...sanığın bu mağdurlara yönelik eylemlerinde, yaralama kastı ile hareket ettiği kabul edilerek, mağdur sayısınca ayrı ayrı 4 kez silahla yaralama suçundan cezalandırılmasına karar vermek gerekirken olayda uygulama yeri olmayan 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi ile uygulama yapılarak yazılı şekilde karar verilmesi ... yasaya aykırıdır.” 1. CD., 14.11.2007, 2006/5195, 2007/8413. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.742. Aynı görüşte bkz: Özgenç, s.530.

ile hem vitrin camını kırması hem de içerde bulunan satış görevlisinin başından yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde, failin tek eylemiyle hem mala zarar verme hem de kasten ya da taksirle yaralama suçları söz konusu olduğu için bu durum gerçekleşir.

Farklı suçlardan kasıt, mutlaka farklı maddelerin ihlali değildir; aynı madde içinde yer almakla birlikte farklı suç tiplerinin gerçekleşmesi halinde de fikri içtima söz konusu olabilir⁸⁰. Örneğin failin aynı eylemiyle çocuk pornografisine ilişkin görüntülerin yurda sokulması, bulundurulması ve depolanması (TCK m.226/3) ile hayvanlarla cinsel ilişki görüntülerinin ülkeye sokulması bulundurulması, depolanması (TCK m.226/4) suçlarının işlenmesi halinde, bunlar her ne kadar aynı maddenin fıkraları olarak düzenlenmişlerse de farklı suç tipleri oldukları için, farklı neviden fikri içtima kuralının uygulanması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir⁸¹. Aynı durum genel ceza yasaları ile yan ceza yasaları açısından da geçerlidir⁸². Ancak yasa koyucu bu gibi durumlarda fikri içtimanın uygulanmasını engelleyen kurallar koyabilir; örneğin TCK'nın 212. maddesine göre sahte fatura ile vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesi halinde hem özel belgede sahtecilik (TCK m.207) hem de vergi kaçakçılığı suçu (VUK m.359) nedeniyle ceza verilmesi gerekir⁸³.

Öte yandan suçun temel ve nitelikli halleri aynı suç sayıldıkları için tek eylemle bunların ikisinin de ihlal edilmesi halinde fikri içtima değil, tek suçun işlenmesi söz konusu olacaktır⁸⁴.

80 İçel, Suçların İçtimai, s.75.

81 “Çocuk pornografisi ve hayvanlarla yapılan cinsel davranışlara ilişkin çok sayıda resim ve video kaydını bilgisayar sistemi vasıtasıyla temin edip bilgisayarda sistematik bir şekilde depolama ve bulundurma fiili kişisel amaçlı dahi olsa 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi yollamasıyla 226/3. maddesindeki suçu oluşturur.” 5. CD., 01.10.2007, 2007/9856, 2007/6957, çevrimiçi: www.kazanci.com.tr.

82 “... sanıkların kanıtlanan bu eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin uygulanması halinde, verilecek cezanın anılan Yasa'nın 35. maddesi uyarınca dörtte birden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiği ve fikri içtima kuralı gereğince ayrıca 5682 sayılı Pasaport Yasası'na aykırılıktan ceza tayin edilemeyeceği ...” Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.736, dn.733. Aynı yönde: Öztürk/Erdem, kn.597.

83 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.736; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.537.

84 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.736; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.536; Centel/Zafer/Çakmut, s.506; Özgenç, s.529.

Failin tek eylemiyle hem suç hem de kabahatin gerçekleşmesi halinde ise fikri içtima söz konusu olmayıp yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanır⁸⁵. Benzer şekilde yasada “suç” denildiği için eylemlerden birinin disiplin suçu olması halinde fikri içtima gerçekleşmez⁸⁶.

Buna göre, alkol testi yapmak isteyen polise yumruk vurularak itilmesi halinde hem kamu görevlisine görevi yaptırmamak için direnme (TCK m.265) hem de kasten yaralama (TCK m.86) suçları, camları kapalı araba içinde oturan kişiye ateş ederek öldürme eyleminde hem mala zarar verme (TCK m.151) hem de kasten öldürme (TCK m.81) suçları, alkollü araç kullanmak suretiyle bir kişinin ölümüne neden olma halinde hem trafik güvenliğini tehlikeye sokma (TCK m.179) hem de taksirle öldürme (TCK m.85) suçları söz konusu olur⁸⁷. İşte bu durumlarda farklı neviden fikri içtima kuralı devreye girerek cezası daha ağır olan suçun cezası uygulanır⁸⁸.

Burada değinmek istediğimiz bir başka husus ise, TCK’da aynı neviden fikri içtima ile farklı neviden fikri içtima arasında uygulanacak cezada ayırım yapılmasıdır. Bize göre her iki fikri içtima türünde de cezaların arttırılması yoluna gidilmelidir. Çünkü her ikisinde de birden fazla sayıda norm ihlali gerçekleşmektedir. Buna göre aynı neviden fikri içtimada zincirleme suçta olduğu gibi cezada artırım yapılması yerinde bir düzenleme olmuştur, ancak farklı neviden fikri içtimada böyle bir artırımı gidilmeyerek yalnızca daha ağır olan cezanın faile verilmesi hatalı bir düzenlemedir. Olması gereken aynı ve farklı neviden fikri içtimanın tek bir maddede düzenlenip her iki halde de faile verilecek cezanın artırımına gidilmesi, bu artırım esnasında ise farklı neviden fikri

85 Koca/Üzülmez, s.471; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.736; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.537.

86 İçel, Suçların İçtiması, s.76; Centel/Zafer/Çakmut, s.506; Zafer, s.346.

87 “Bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olduğu dosya kapsamında anlaşılan sanığın 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi hükmü karşısında bunlardan en ağır cezayı gerektiren 5237 sayılı TCK’nın 85/2. maddesinde tanımlanan taksirle ölüm ve yaralamaya neden olma suçundan sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçundan da mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır.” 9. CD., 13.11.2007, 9982/8317. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.741.

88 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.737; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.537.

içtimada cezası daha ağır olan suç normunun artırımı esas alınmasıdır⁸⁹.

c. Her Suç Açısından Kovuşturma Şartlarının Gerçekleşmesi ve Cezalandırılabilir Olması

Fikri içtimanın bir diğer şartını da, birleşmede yer alan suçların her birinin kovuşturma şartlarını taşıması ve failin eyleminden dolayı cezalandırılabilir olmasıdır. Bu şartlardan birisinin olmaması halinde söz konusu eylem birleşmeye dahil edilmeyecektir. Buna göre eylem tek başına fikri içtimanın uygulanması için yeterli değildir. Fikri içtimada varlığı zorunlu her suç yönünden, manevi unsurun ve hukuka aykırılık unsurunun yani bir bütün olarak haksızlığın gerçekleşmesi gerekir⁹⁰. Ancak fikri içtima ilişkisinde bulunan suçlar bakımından, söz konusu suçun yasal tipindeki haksızlığın gerçekleşmesi yeterli değildir. Ayrıca her suç açısından varlığı gerekiyorsa izin, talep, karar ve şikayet gibi kovuşturma şartlarının ve cezalandırılabilirliğin gerçekleşmesi şarttır. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde ilgili suçlar fikri içtima ilişkisinde göz önünde bulundurulmayacaklardır⁹¹. Örneğin failin tek eylemiyle hem kovuşturması şikayete bağlı hem de resen kovuşturulabilen iki suçu işlemesi durumunda, şikayet koşulunun gerçekleşmemesi halinde fikri içtima söz konusu olmayacaktır⁹².

Kovuşturma şartlarının yanı sıra, suçun haksızlık unsurunu oluşturmayan ancak yasal tanımda aranan hususların da fikri içtima açısından eğer aranıyorlarsa bulunmaları gerekmektedir. Bu bağlamda kişisel cezasızlık nedenleri, cezayı düşüren kişisel nedenler ve objektif cezalandırılabilirlik şartlarının bulunması halinde, bu suçlar fikri içtima açısından dikkate alınmayacaklardır. Aynı şekilde, zaman aşımı, af, şikayetten vazgeçme ve ön ödeme gibi düşme nedenleri açısından da somut olayda her suçun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hallerin gerçekleşmesi durumunda bu suçlar fikri içtimaya dahil edilmeyeceklerdir⁹³.

89 Aynı görüşte bkz: Koca/Üzülmez, s.472; Koca, s.215; Zafer, s.344.

90 Roxin, §33, kn.116.

91 İçel, Suçların İçtiması, s.72.

92 Önder, s.463; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.696; Dönmezer/Erman, II, kn.1134; Koca/Üzülmez, s.475; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.737.

93 İçel, Suçların İçtiması, s.73, 74; Koca/Üzülmez, s.475; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.537, 538; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.737.

C. Fikri İçtimada Özel Durumlar

Bu başlık altında yanıtlanması gereken ilk soru, fikri içtimayı oluşturan suçların teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde ve yine benzer şekilde bu suçlardan birinin tamamlanmış, diğerinin ise teşebbüs aşamasında kalmış suç olması halinde fikri içtimanın uygulanıp uygulanamayacağıdır. Failin tek eylemiyle gerçekleşen suçların tamamının teşebbüs aşamasında kalması halinde de fikri içtima kuralı uygulanabilir⁹⁴. Benzer şekilde failin tek eylemiyle meydana gelen suçlardan birinin tamamlanmış diğerinin ise teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde de fikri içtimanın gerçekleşmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁹⁵. Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermektedir⁹⁶. Ancak ikinci durumda cezanın belirlenmesi aşamasında tamamlanmış suçla ilişkin ceza dikkate alınacaktır.

Bir başka durum ise, kast ve taksirle işlenen suçların fikri içtima ilişkisinde olup olamayacaklarıdır. İlke olarak kasıtlı ve taksirli suçlar arasında fikri içtima kuralının uygulanması mümkündür⁹⁷. Bu durum özellikle hedefte sapma⁹⁸ halinde söz konusu olmaktadır. TCK'da hedefte sapma durumu ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığı için, hedefte sapma halinde (hem tek neticeli hem de çift neticeli sapma) fikri içtimanın uygulanması gerekir⁹⁹. TCK'nın 44. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, hedefte sapma halinde hataya ilişkin kurallar uygulanmayacaktır¹⁰⁰. Gerekçedeki örnekte olduğu gibi, A kişisi

94 İçel, Suçların İçtiması, s.70; Koca/Üzülmez, as.476.

95 Koca, Fikri İçtima, s.212; Koca/Üzülmez, s.476. Karşı görüş için bkz: İçel, Suçların İçtiması, s.70; Centel/Zafer/Çakmut, s.507.

96 “Dosyadaki belge ve bilgilerden, sanığın eyleminin biri ihraca teşebbüs diğeri tamamlanmış nakletme olmak üzere iki ayrı suçu oluşturduğu anlaşılmakla; TCK'nın 44. maddesi gereğince, ihraca teşebbüs suçundan uygulama yapılarak belirlenen sonuç ile tamamlanmış nakletme suçundan uygulama yapılarak belirlenecek sonucun karşılaştırılması ve daha ağır sonuç doğuran suç esas alınarak hüküm kurulması gerekirken belirtilen nitelikte somutlaştırma ve karşılaştırma yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi...” 10. CD., 04.03.2008, 872/3594. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.743.

97 İçel, Suçların İçtiması, s.70; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.738.

98 Hedefte sapma halinde, bir yanılğı (hata) söz konusu olmayıp, failin gerçekleştirdiği hareketin neticesi hedeflenen (istenen) konu üzerinde değil, sapma sonucu bir başka konu üzerinde gerçekleşmektedir.

99 Özgenç, s.530; Koca, s.211.

100 “Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda

hedeflenirken merminin sekmesi sonucu B kişinin ölmesi halinde, A kişisi açısından teşebbüs derecesinde kalmış kasten öldürme suçu, B kişisi açısından ise hedefte sapma sonucu gerçekleşen taksirle ya da olası kastla öldürme suçu oluşur¹⁰¹. Burada 44. maddenin uygulanması suretiyle farklı neviden fikri içtima uygulanır ve daha ağır olan suçun cezası faile verilir^{102 103}. Failin yaralamak kastıyla mağdurun bacaklarına doğru ateş etmesi ancak merminin sekerek bir başka kişinin bacağına saplanması suretiyle yaralanmasına neden olması halinde ise, failin

da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hakimdir. Bu nedenle, kanuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaradıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silahtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren ile cezalandırılması ile yetinilmelidir.”

101 İçel, Suçların İçtimaı, s.70.

102 Aynı görüşte bkz: Veli Özer Özbek, “Suç Genel Teorisi Bakımından Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Görüşlerimiz”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.6, S.15, Nisan 2011, s.24.

103 “Toplanan delillere göre, sanığın tartıştığı mağdur O... A...’nın üzerine elinde bıçak olduğu halde yürüdüğü sırada araya giren mağdur A... Ş...’nin elinden yaraladığı şeklinde gerçekleşen olayda TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen içtima hükümleri uygulanarak en ağır eylem olan tamamlanmış suçtan ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde kasten yaralama ve kasten yaralamaya teşebbüs suçundan ayrı ayrı hüküm kurularak fazla ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir...” 2. CD., 18.04.2007, 1063/5590. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.739.

“...Mağdur A...’ya isabet eden mermi çekirdeğinin onun vücudunu terk ederek olay yeri yakınında bulunan ve olayla ilgisi bulunmayan mağdur M...’e isabet ederek yaralanmasına neden olduğu olayda, sanığın bu mağdura yönelik eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu ve 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi uyarınca sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” 1. CD., 13.11.2007, 2006/5592, 2007/8365. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.741.

tek eylemiyle biri tamamlanmış, diğeri ise teşebbüs aşamasında kalmış iki taksirle yaralama suçu oluşur. Bu durumda 43. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen aynı neviden fikri içtima söz konusu olur ve faile cezası artırılarak verilir. Benzer şekilde failin belli bir kişiyi hedef alarak silahla ateş etmesi veya bir cisim fırlatması ve silahtan çıkan merminin ya da fırlattığı cismin hedef aldığı kişinin yanında bulunan bir başkasına isabet ederek onun ölümüne veya yaralanmasına neden olabileceğini düşündüğü durumlarda, bu kişi açısından olası ya da doğrudan kastla işlenmiş öldürme veya yaralama suçu söz konusu olabilir¹⁰⁴. Ancak biri tamamlanmış diğeri teşebbüs aşamasında kalmış taksirle yaralama/öldürme ve doğrudan ya da olası kastla yaralamaya/öldürmeye teşebbüs kombinasyonlarında, farklı neviden ve aynı neviden fikri içtima kurallarının uygulanmasından kaynaklanan özellikle ceza miktarları açısından adaletsiz durumlar ortaya çıkabilecektir. Bunun nedeni ise özellikle yasanın 44. maddesinde düzenlenen farklı neviden fikri içtimada, aynı neviden fikri içtimada olduğu gibi ceza artırımının düzenlenmemiş olmasıdır.

Bunun yanı sıra kesintisiz suçlar ile ani suçlar arasında fikri içtimanın olup olmayacağı hususu tartışmalıdır¹⁰⁵. Benzer şekilde bir icrai suçla bir ihmali suçun da birlikte fikri içtimayı oluşturup oluşturmadığı hususunda da tartışmalıdır¹⁰⁶.

Temel suç tipiyle neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar arasında da fikri içtimanın oluşabileceği ancak, ağırlaşan neticenin taksirle gerçekleşmesi halinde, ağırlaşan suç, taksirli suç tipini daima içerdiği için özel normun önceliği ilkesi gereği burada görünüşte içtimanın olduğu ve failin yalnızca ağırlaşan neticeden sorumlu tutulacağı, ağırlaşan neticenin kastla işlenen bir suçla gerçekleşmesi halinde ise burada suçların çokluğunun söz konusu olduğu ve farklı neviden fikri içtima kuralının devreye girerek failin cezası daha fazla olan suçtan sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁷. Buna göre kasten yaralama (TCK m.85) sonucu ölüm meydana gelirse (TCK m.87/4 – burada ölüm failin taksirli davranışı neticesinde meydana gelmiştir) görünüşte içtima vardır ve yalnızca taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış

104 Özgenç, s.534.

105 Roxin, §33, kn.93 – 100.

106 Koca/Üzülmez, s.476; Centel/Zafer/Çakmut, s.507. Karşı görüş için bkz: Roxin, §33, kn.88.

107 Koca/Üzülmez, s.477.

hali uygulanacaktır. Ancak cinsel saldırı sonucunda mağdurun ölmesi halinde cinsel saldırı için gerekli olanın ötesinde kullanılan cebirin kasten ya da taksirle ölüme sebebiyet vermesi durumunda farklı neviden fikri ıçtimain olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁸. Gerçekten de bu durumda failin cinsel saldırısını gerçekleştirmesi için kullandığı cebir ve şiddet söz konusudur. Bu eylemde her ne kadar doğal anlamda birden fazla hareket olsa da hukuki anlamda tek hareket bulunmaktadır. İşte bu hukuki anlamda tek hareketin parçalarından olan cebir ve şiddetin failin taksirli ya da kasti hareketi ile ölüme sebebiyet vermesi halinde, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış cinsel saldırı suçu ile kast veya taksirle gerçekteşmiş öldürme suçu bulunmakta, böylelikle failin hukuki anlamdaki tek hareketi ile birden fazla ve farklı suç meydana gelmektedir. Dolayısıyla burada TCK'nın 44. maddesi uygulanarak faile cezası daha fazla olan suçtan ceza verilmelidir¹⁰⁹.

D. Fikri İçtimain Sonuçları

TCK'da, aynı neviden fikri içtimain söz konusu olması halinde zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 1. fıkrasına atf yapılarak buradaki artırımın yani faile verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırımı öngörölmüş iken, farklı neviden fikri içtimain düzenlendiği 44. maddede failin tek eylemiyle gerçekleştirdiği suçlardan en ağır olanının cezasının verilmesi öngörölmüştür. Böylelikle yasa koyucu farklı neviden fikri içtima açısından erime sistemini¹¹⁰ kabul etmiştir¹¹¹.

Bize göre bu hatalı bir düzenlemedir. Bir kere zincirleme suçla arasında herhangi bir bağlantı bulunmayan aynı neviden fikri içtimain zincirleme suça yollama yapılmak suretiyle aynı madde içinde düzenlenmemesi gerekirdi. Bunun yeri 44. maddenin 2. fıkrası olmalıydı.

Ayrıca neviden fikri içtimada faile verilecek cezada arttırma gidilirken, farklı neviden fikri içtimada böyle bir arttırmaya gidilmeyip yalnızca en ağır cezanın verilmesiyle yetinilmesi de bu farkın açıklanmasında güçlük oluşturan bir çelişkidir. Bize göre farklı neviden fikri içtima halinde de farklı suçlardan daha ağır cezayı gerektirenin

108 Koca/Üzölmez, s.477.

109 Karşı görüş için bkz: Özbek, TCK İzmir şerhi, s.702.

110 Erime sistemi için bkz: Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.III, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1994, kn.1771, 1772.

111 Özgenc, s.529.

üzerinden benzer bir ceza artırımının yapılması gerekirdi¹¹². Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 81. maddesinin 1. fıkrasında fikri içtimada en ağır ihlalin cezasının üç katına kadar artırılabilceğinin düzenlenmiş olduğu görülmekte ve bunun daha doğru bir çözüm olduğu ifade edilmektedir¹¹³.

Olan hukuk açısından ise farklı neviden fikri içtimada suç sayısına bakılarak, cezası daha ağır olan suçun üst sınırına yaklaşılmak suretiyle somut cezanın belirlenmesi daha adaletli bir çözüm olacaktır. Daha ağır cezanın belirlenmesinde ise suç için öngörülen soyut ceza dikkate alınmakla birlikte, suçun nitelikli halinin söz konusu olması halinde nitelikli hal için öngörülen ceza dikkate alınmalıdır¹¹⁴. Nitekim TCK'nın 297. maddesinde düzenlenen suç tipi buna örnek oluşturmaktadır. Söz konusu maddeyle infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokmak veya bulundurmak suç haline getirilmiştir. Bu suçun konusunu oluşturan eşyanın, temin edilmesi veya bulundurulmasının ayrı bir suç oluşturmaları halinde; fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılır¹¹⁵. Gerçekten de uyuşturucu madde, uyarıcı madde ve silah bulundurmak tek başına ayrı bir suçtur (TCK m. 174, 188, 191). Yasa koyucu burada özellikle fikri içtimanın söz konusu olması halinde -ki bu farklı neviden fikri içtimadır- cezanın artırılmasını düzenlemiştir. Yani bizim yukarıda yapmış olduğumuz öneri aslında ceza yasasında yer almaktadır¹¹⁶.

III. Zincirleme Suç

A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Zincirleme suç TCK'nın 43. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenmektedir, bu madde "(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir... (3) Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı

112 Aynı görüşte bkz: Koca/Üzülmez, s.477.

113 Sancar, Zincirleme Suç, s.259.

114 İçel, Suçların İçtiması, s.81.

115 Özgenç, s.529.

116 Nitekim Özgenç de yasa yapım çalışmalarında bu konuda yargıca takdir yetkisi tanınması hususunda çalıştığını ancak başarılı olamadığını ifade etmektedir. Bkz: Özgenç, s.529.

suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Zincirleme suç halinde aynı suçun birden fazla işlenmesi söz konusu olmaktadır. Zincirleme suç bir suç işleme kararı çerçevesinde aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesidir¹¹⁷. Zincirleme suçta işlenen suçlar arasında sübjektif bir bağ ve ortada bir suç değil, birden fazla suç bulunmaktadır¹¹⁸. Nitekim 43. maddedeki tanımda da açıkça suçların çokluğu halinin olduğu kabul edilmiştir.

Zincirleme suçun hukuki esasını açıklama konusunda tek suç ve çok suç görüşü olmak üzere iki farklı görüş bulunmaktadır. Tek suç görüşünde, zincirleme suçta gerçekte tek suçun bulunduğu, aynı suç işleme kararının bulunmasının ve aynı yasa hükmünün ihlal edilmesinin suçun tekliğini gösterdiği ifade edilmektedir¹¹⁹. Zincirleme suç hakkında ceza yasalarında düzenleme bulunmayan ülkelerde çeşitli gerekçelere dayanılarak zincirleme suç, suç tekliğinin kapsamına sokulmaktadır. Bu duruma örnek olarak Almanya, Avusturya, İsviçre ve Fransa gösterilebilir¹²⁰. Tek suç görüşünde olan yazarlar bunu farklı şekillerde ifade etmektedirler. Zincirleme suçun tek suçtan oluştuğu görüşünü benimseyen yazarlardan bazıları, hem öznal hem de nesnel bakımdan tekliği aradıkları halde, sadece nesnel birliği yeterli gören yazarlar da bulunmaktadır¹²¹.

Çok suç bulunduğu görüşünde ise, zincirleme suçun tekliğinin bir varsayım olduğu, aslında birbirinden bağımsız birden çok suçun bulunduğu, bunların yalnızca ceza açısından tek suç sayıldığı, cezaların toplanması suretiyle ortaya ağır bir ceza çıkması sonucunun engellenmesi için bu yönteme başvurulduğu, tek ceza verilmesi dışında diğer sonuçları açısından da suçların bağımsızlıklarını koruduğu ifade edilmektedir¹²².

117 Roxin, §33, kn.248; Koca/Üzülmez, s.441; Özgenç, s.506; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.709.

118 Roxin, §33, kn.256; Özgenç, s.506, 507; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.710.

119 Centel/Zafer/Çakmut, s.509; Koca/Üzülmez, s.458.

120 İcel, Suçların İçtimai, s.89-93.

121 Bu görüşler için bkz: İcel, Suçların İçtimai, s.89-93.

122 İcel, Suçların İçtimai, s.93; Centel/Zafer/Çakmut, s.509, 510; Koca/Üzülmez, s.458.

Türk Ceza Hukuku öğretisinde baskın olan suç çokluğu görüşüdür. Zincirleme suç aslında her biri bağımsız nitelikte olan birden çok suçun bir araya gelmesinden oluşur, ancak uygulamadan kaynaklanan gereklerle cezaların toplanmasının fail açısından çok ağır sonuçlara yol açacağı gözetilerek bu kuruma yasada yer verilir. Buna göre zincirleme suçta norm ihlali kadar suç gerçekleşir. Dolayısıyla zincirleme sonuçları yasada gösterilenlerle sınırlıdır, bunlar dışındaki durumlarda, zincirleme suça dahil her suçun bağımsız niteliklerine göre hareket edilmesi gerekir¹²³.

Zincirleme suç Ortaçağda Glossatörler ve Postglossatörler tarafından oluşturulan bir kavram olup, çok yüksek olan cezaları azaltmak için pratik hukukçular tarafından failin lehine bulunmuş bir yoldur¹²⁴. Dolayısıyla zincirleme suç, faile verilecek cezanın miktarını azaltan (TCK m.43/1), zaman aşımı başlangıcı (TCK m.66/6) ve yetkili mahkemenin belirlenmesi (CMK m.12) açısından kendisine sonuçlar bağlanan, ancak suçların her birinin bağımsızlıklarını korudukları bir hukuki düzenlemedir¹²⁵. Biz de bu görüşe katılmaktayız¹²⁶.

Nitekim eski TCK'nın zincirleme suçu düzenlediği 80. maddesinde zincirleme suçun bulunması halinin sonucu olarak “bir suç sayılacağı” ifadesine yer verilmişken, 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde “bir cezaya hükmedilir” ifadesine yer verilerek, yasa koyucunun iradesinin de zincirleme suç halinde suçların çokluğunun kabul edildiği yönünde olduğu normatif düzenlemeyle de vurgulanmıştır¹²⁷. Ancak bu bir yenilik değildir, zira 5237 sayılı TCK öncesinde de Türk hukuk öğretisinde görüş birliği bu yöndedir. Normatif düzenleme ile öğretideki baskın görüş yasa maddesi haline getirilmiştir¹²⁸.

123 İçel, Suçların İçtimai, s.96.

124 Sancar, Zincirleme Suç, s.248; Öztürk/Erdem, kn.581.

125 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, kn.527; İçel, Suçların İçtimai, s.95, 96; Koca/Üzülmez, s.458, 459; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.710; Centel/Zafer/Çakmut, s.510; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.520.

126 Zincirleme suç halinde, tek suçun mu çok suçun mu olduğu sorununun, cezalandırma bakımından tek suç görüşüne göre, ceza hukukunun diğer kurumları bakımından ise çok suç görüşüne göre ele alınmasını gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz: Zafer, s.337.

127 Koca/Üzülmez, s.459; Öztürk/Erdem, kn.581.

128 Ancak Artuk/Gökçen/Yenidünya eserlerinde “zincirleme suçun varlığı kabul

Zincirleme suç, kesintisiz (mütemadi) suç, itiyadi suç ve tekerrürden farklıdır¹²⁹. Zincirleme suçta birden fazla suç işlenirken, kesintisiz suçta neticesi devam eden tek bir suç bulunur. İtiyadi suçta ise tek bir suçun gerçekleşmesi için suçların tekrarlanması gerekir, yani itiyadi suçta çok sayıda suç tek suçu oluşturur, zincirleme suçta suçlar bağımsızlıklarını korur ancak tek ceza (artırılarak) verilir. Tekerrürde ise hüküm kesinleştikten sonra aynı ya da farklı yeni bir suçun işlenmesi söz konusu iken, zincirleme suçta aynı suçun araya bir hüküm girmeden (zaten zamansal olarak da bir suç işleme kararının icrası olarak değerlendirilemez) birden çok işlenmesi söz konusu olur¹³⁰.

Zincirleme suç halinde suç işlemede ısrar eden failin cezasında neden indirme gidildiği konusu ise tartışmalıdır. Pozitivist hukukçular zincirleme suçun gerekliliğine inanmamaktadırlar. Cezaların çok katı olması nedeniyle yumuşatılması gerekçesiyle oluşturulan bu kavram, pozitivist hukukçulara göre yararsız hatta zararlıdır. Failin suç işleme kararını ısrarla devam ettirmesi fail lehinde değil, aleyhine değerlendirilmelidir. Bu görüşlerde haklılık payı olduğu gerçektir. Nitekim tesadüfen suç işleyen bir kişiye göre failin kararındaki ısrarlılığına rağmen zincirleme suça az ceza verilmesi eşitsizlik olarak görülür. Karardaki birlik, failin zayıflığına mı yoksa tehlikeliliğine mi işaret etmektedir ve tespit edilmesi son derece güç olan bu unsura dayanılarak böyle bir kurumun yaratılmasındaki haklılık payı tartışmalıdır¹³¹. Ancak birçok yabancı ceza yasasında olan bu kurum önce 1889 İtalyan Zanardelli Kanunu'na, oradan 765 sayılı TCK'ya ve nihayet kapsamı daraltılmakla birlikte 5237 sayılı TCK'ya alınmıştır.

B. Zincirleme Suçun Şartları

Zincirleme suçun dördü nesnel (objektif), birisi öznel (sübjektif) olmak üzere toplam beş şartı bulunur¹³². Bunlardan nesnel şartlar;

edildiğinde işlenmiş olan birden çok suç tek suç sayılacak...” ifadesine yer vererek, zincirleme suçun varlığı halinde çok sayıdaki suçun bağımsızlıklarını kaybederek tek suç haline gelecekleri anlamına gelebilecek bir ifadeye yer vermişlerdir. Bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.682.

129 Bu farklılıklar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: İçel, Suçların İçtimai, s.97-104.

130 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepes.519.

131 Sancar, Zincirleme Suç, s.258.

132 Aynı görüşte bkz: Zafer, s.337. Öğretide Öztürk/Erdem ise zincirleme suçun; suçun birden fazla olması, birden fazla suçun değişik zamanlarda işlenmesi,

birden çok eylemin bulunması, eylemlerin her birinin farklı zamanlarda işlenmesi, eylemlerin aynı suçu oluşturması, aynı suçun birden çok kez aynı kişiye karşı işlenmesidir. Öznel şart ise birden çok suçun, bir suç işleme kararının gerçekleştirilmesi kapsamında işlenmesidir¹³³.

1. Birden Çok Eylem Bulunması

Zincirleme suçun ilk şartını birden fazla eylemin bulunması oluşturur¹³⁴. Çünkü aynı suçun, aynı kişiye karşı birden fazla işlenebilmesi için birden fazla eylemin bulunması gerekir. Aynı suçun aynı mağdura karşı birden fazla işlenmesinin tek eylemle gerçekleşmesi mümkün olamayacağı için, eylem çokluğu zincirleme suçun varlığı için ilk koşuldur¹³⁵. Somut durumda birden fazla suç olmaması halinde zincirleme suçun varlığından söz edilemez¹³⁶.

Ayrıca zincirleme suç hükmünün uygulanabilmesi için söz konusu bu eylemlerin suç oluşturması gerekir; yani eylemler bir suçun oluşması için gereken tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarını içermelidir, dolayısıyla zinciri oluşturan suçlar tüm unsurlarıyla oluşmalıdır¹³⁷. Eylemlerden birisinin tipikliğin içinde yer alan suçun maddi unsuru dışındaki bir alt unsuru içermemesi ya da hukuka aykırılık unsurunu barındırmaması nedeniyle suç oluşturmaması halinde, zincirleme suç hükmünün uygulanmasına veya durumu göre bu eylemin zincire dahil edilmesine olanak bulunmaz¹³⁸. Benzer şekilde suçun oluşması ancak söz konusu suç açısından failin kusurlu bulunmaması halinde de bu

suçların aynı olması, suçun aynı kişiye karşı işlenmesi, işlenen birden fazla suçun TCK m.43/3'te sayılan suçlardan birisi olmaması ve birden fazla suçun tek suç işleme kararına dayanması şeklinde altı şartı olduğunu ifade etmektedirler. Bkz: Öztürk/ Erdem, kn.585-592.

133 Koca/Üzülmüş, s.459.

134 İçel, Suçların İçtimai, s.110.

135 İçel, Suçların İçtimai, s.111.

136 "...Bu nedenle sanıklarda ele geçirilen esrarların dışında yakalanmalarından önce sattıkları ve satmak için aldıkları uyuşturucu maddeler ele geçirilemediği gibi, ele geçirilen uyuşturucu maddelerle aynı bütünün parçaları olup olmadığının araştırılma imkanı da bulunmadığından, koşulları oluşmadığı gözetilmeden TCK'nın 43. maddesi uygulanarak sanıklar hakkında fazla ceza tayin edilmesi..." 10. CD., 17.04.2008, 2007/27117, 2008/6310. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.711.

137 İçel, Suçların İçtimai, s.95; Hakeri, Ceza Hukuku, s.528; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.710; Öztürk/Erdem, kn.585; Centel/Zafer/Çakmut, s.510, 511.

138 İçel, Suçların İçtimai, s.111; Öztürk/Erdem, kn.585.

suç zincire dahil edilmez. TCK'nın 43. maddesinde açıkça suçların çokluğundan bahsedildiği için suçlar ile kabahatler arasında zincirleme suçun oluşması olanaklı değildir¹³⁹.

Birden çok eylemin bulunması, hukuki anlamda çok sayıda eylemin bulunduğu şeklinde anlaşılmamalıdır¹⁴⁰. Dolayısıyla yukarıda değindiğimiz hukuki anlamda hareket tekliğinin bulunduğu durumlarda yalnızca tek suçun varlığı kabul edildiği için suç çokluğu olmaz ve zincirleme suç normu devreye girmeyip faile işlemiş olduğu tek suçun cezası verilir¹⁴¹. Nitekim Yargıtay da hırsızlık suçu ile ilgili vermiş olduğu bir kararda, failin girdiği evde çeşitli eşyaları ve bunun yanında arabanın anahtarını alarak evin önündeki arabayı çalmasını zincirleme suç değil tek bir hırsızlık suçu olarak kabul etmiştir¹⁴². Benzer şekilde Yargıtay cinsel taciz suçunda, failin kısa aralıklarla şikayetçiye telefon edip “seni seviyorum, benim olacaksın” demesini¹⁴³ veya sık sık telefon edip cinsel ilişki önerisinde bulunmasını¹⁴⁴ hukuki anlamda tek eylem kabul etmiş

139 Koca/Üzülmez, s.460.

140 Koca/Üzülmez, s.460.

141 Öztürk/Erdem, kn.586; Centel/Zafer/Çakmut, s.511.

142 “Sanığın bir apartmanın üçüncü katında oturan yakınının evine penceresinden girerek para ve bir kısım eşya ile birlikte aldığı otomobil anahtarıyla evden çıkıp hemen evin önünde otoparkta bulunan aracı çalması eyleminde, araya zaman aralığı girmedeği ve fiilin kesintiye uğramadan devam ettirildiği gözetildiğinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Sanığın eyleminin bütün halinde tek bir hırsızlık suçunu oluşturmakta olup, suça vasıf verilirken eylem bütünlüğü içindeki en ağır niteliğe dayanılması gerekir. Yerel mahkemece bozma üzerine yeni hüküm kurulurken oluşum bütünlüğünün gözetilerek Yasa'nın 61. maddesinde temel cezanın tespiti uygundur.” YCGK, 02.10.2007, 2007/6-195; 2007/197, YKD Eylül 2008. Akt: Yurtcan, 2010, s.442, 443.

143 “...Sanığın kastın yenilendiğini göstermeyen kısa aralıklarla katılan Vildan'a telefon edip, ‘seni seviyorum, benim olacaksın’ demekten ibaret eyleminin tümüyle sarkıntılık suçunu oluşturduğu, bu haliyle bünyesinde teselsül de kapsadığı gözetilmeden, TCY'nın 421/2. maddesiyle verilen cezanın 80. maddesiyle artırılması, yasaya aykırı...” 4. CD., 26.01.1995, 9211/324. YKD, C.21, S.6, Haziran 1995, s.973–975.

144 “...Ancak, sanığın, katılan İmren'e sık sık telefon edip ‘cinsel ilişki’ önerisinde bulunması, sırnaşıkça davranışlar olup, bunların tümüyle (eski) TCY'nın 421/2. maddesinde tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu düşünülmeden, hangi söz atma eyleminden sonra suçun tek suçtan çok suça dönüşeceği sanığın aynı suç işleme kararıyla yasanın aynı hükmünü birden çok ihlal etmiş sayılacağı gösterilip

ve zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağını belirtmiştir¹⁴⁵.

Bu durum seçimlik hareketli suçlar açısından da geçerlidir. Seçimlik hareketlerin ardı ardına tek suç işleme kastıyla gerçekleştirilmesi halinde burada zincirleme suç değil tek suçun varlığı kabul edilir¹⁴⁶; Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir¹⁴⁷. Ancak öğretide seçimlik hareketli suçlarda, aynı hareketin yapılması halinde hukuki hareketin tekliği, farklı hareketlerinin yapılması halinde ise zincirleme suçun oluşacağını ifade eden yazarlar da vardır¹⁴⁸. Biz bu görüşe katılmıyoruz, hukuki hareketin tekliğinin mi yoksa zincirleme suçun mu gerçekleştiğinin her somut olayda, olayın özellikleri, zamansal ardışıklık ve failde bulunan suçu işleme kararı ve ayrıca suç işleme kastı dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Zincirleme suç, icrai suçlar arasında gerçekleşebileceği gibi, ihmali suçlarda da gerçekleşebilir. Aynı şekilde gerçek olmayan (garantörsel) ihmali suçların da zincirleme şekilde gerçekleşmesi mümkündür¹⁴⁹. Örneğin polis memurunun önceden aldığı karar doğrultusunda nöbeti esnasında işlenecek hırsızlık suçlarına müdahale etmemesi halinde, ihmali hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257/2) zincirleme şekilde işlenmiş olmaktadır¹⁵⁰.

Zincirleme suçu oluşturan hareketlerden bir kısmının icrai bir kısmının ise ihmali olması mümkündür, bu öğretide kabul edilen bir

açıklanmadan ve ayrıca mahkemenin kabul ettiği ‘sarılma’ eyleminden dolayı iddianamede dava açılmadığı gözetilmeden, cezanın anılan Yasanın 80. maddesiyle artırılması, Yasaya aykırı...” 4. CD., 11.05.1994, 2239/4306. YKD, C.21, S.2, Şubat 1995, s.315–317.

145 Centel/Zafer/Çakmut, s.511.

146 Dönmezer/Erman, I, kn.529; İçel, Suçların İçtimai, s.111; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.711.

147 “Seçimlik hareketli suçlardan olan nitelikli cinsel saldırı suçunun mağdurenin cinsel organına önce parmağın sonra penisin ithal edilmek suretiyle işlendiği anlaşıldığına göre, değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartı bulunmadığında(n) zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.” 5. CD., 02.12.2008, 2008/11972, 2008/10675. Akt: Yurtcan, s.450.

148 Türkan Yalçın Sancar, Mütessesil Suç, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1995, s.68.

149 Hakan Hakeri, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.303; İçel, Suçların İçtimai, s.113.

150 Hakeri, İhmali Suçlar, s.303; Koca/Üzülmüş, s.461.

görüştür¹⁵¹. Ancak bu durumda ihmali hareketlerin, icrai hareketlere göre farklı suç tipleri oluşturmaması gerekir. Örneğin görevi kötüye kullanma suçunun icrai hareketle işlenmesi TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrasında, ihmali surette işlenmesi ise aynı maddenin 2. fıkrasında iki ayrı suç tipi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçunun diğer şartlar oluşmasına rağmen önce icrai sonra da ihmali surette işlenmesi halinde zincirleme suç oluşmayacaktır. Buna karşın dolandırıcılık suçunda (TCK m. 157–158) ya da işkence suçunda (TCK m.94–95) bu suçları oluşturan hareketlerin arda arda işlenmesi halinde hareketler açısından zincirin varlığı kabul edilebilecek ve zincirleme suç hükmü uygulanabilecektir¹⁵².

Birden fazla suçlardan tamamının teşebbüs aşamasında kalması veya bazılarının teşebbüs aşamasında kalmasına karşılık bazılarının tamamlanması halinde de zincirleme suç gerçekleşebilir. Zincirleme suçu oluşturan suçlardan birisinin tamamlanmış olması, diğerlerinin ise teşebbüs aşamasında kalması halinde zincirleme suçun tamamlandığı kabul edilir ve ceza artırımı tamamlanmış suç üzerinden yapılır¹⁵³.

2. Eylemlerin Her Birinin Farklı Zamanlarda İşlenmesi

Zincirleme suçta yasanın aradığı ikinci şart zincire dahil olan suçların değişik zamanlarda işlenmesidir. Fakat değişik zamanlarda ifadesinden suçlar arasındaki bir suç işleme kararını bozacak şekilde uzun zaman dilimi anlaşılmamalıdır. Süre bakımından aşırıya kaçılmamalı, sürenin somut eylemlerin niteliğine göre makul olmasına özen gösterilmelidir¹⁵⁴. Zincirleme suçu oluşturan eylemlerin değişik zamanlarda ancak bir suç işleme kararının varlığını ortaya koyacak şekilde zamansal bakımdan birbirine yakın olarak işlenmesi gerekir. Bu zamanın uzunluğu veya kısalığı konusunda görüş birliği bulunmayıp her somut olay açısından değerlendirilmesi gerekir¹⁵⁵. Ancak suçlar arasındaki zamanın uzun olması, aynı suç işleme kararının bulunmadığı

151 Hakeri, İhmali Suçlar, s.304; İçel, Suçların İçtimai, s.114; Sancar, Müteselsil Suç, 70; Koca/Üzülmez, s.461; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.710; Centel/Zafer/Çakmut, s.511; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.520.

152 Koca/Üzülmez, s.461.

153 Dönmezer/Erman, I, kn.530; Koca/Üzülmez, s.461; İçel, Suçların İçtimai, s.114; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.710; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.520.

154 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.681.

155 Öztürk/Erdem, kn.587; Zafer, s.338.

konusunda bir ölçüt olarak kullanılabilir¹⁵⁶. Nitekim Yargıtay, vermiş olduğu çeşitli kararlarda iki-üç ay gibi bir süreyi bu anlamda uzun kabul ederken¹⁵⁷, bir aylık süreyi uzun saymamış ve zincirleme suç hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁸.

Bunun yanı sıra Yargıtay, eylemin aynı anda olması halinde zincirleme suçun söz konusu olamayacağını belirtmektedir¹⁵⁹. Gerçekten de 43. maddenin 1. fıkrasında “değişik zamanlarda” ifadesine yer verilmiştir. Bu bağlamda Yargıtay kararlarında da geçen “aynı zaman” kavramının dar yorumlanması ve çok kısa zaman aralıklarının da aynı zaman kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin birden fazla belge üzerindeki sahteciliğin kısa zaman aralığında yapılmış olması veya birden fazla sahte belgenin kısa zaman aralığında üretilmiş olması halinde de bunların aynı zaman aralığında düzenlendiğinin, bir başka deyişle değişik zamanlarda düzenlenmediğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁰. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında iki adet çek yaprağı üzerinde aynı zaman diliminde yapılan sahtecilikten dolayı sanık hakkında TCK’nın 43. maddesinin uygulanmayacağını belirtmektedir¹⁶¹. Ayrıca Yargıtay,

156 İçel, Suçların İçtiması, s.142; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.713; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.523; Centel/Zafer/Çakmut, s.517.

157 “...Suçların işlenme tarihleri arasında az veya çok bir zaman aralığı bulunması, suç mağdurlarının birden fazla olması halinde teselsülü reddetmenin adalet ve hakkaniyete uygun bulunmayacağı genel bir kabul görmekte ise de, 2 – 3 ay gibi, uzun sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek bir zaman aralığının bulunması halinde, suç işleme kararında birlik bulunmayacağı kabul edilmelidir...” YCGK, 08.07.2003, 2003/5-189, 2003/207. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.713.

158 “Sanığın bir ay gibi kısa ara ile mağdureye yönelik olarak gerçekleştirdiği cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılma suçunu bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlediğinin anlaşıldığı ve hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği halde yazılı gerekçe ile anılan suçtan iki kez mahkumiyetine karar verilmesi...” 5. CD., 08.04.2008, 668/3345. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.713.

159 “5237 sayılı TCK’nın 43/1. maddesindeki ‘değişik zamanlarda’ denilmesi karşısında, aynı anda işlenen eylemlere zincirleme suçla ilişkin hükümler uygulanamaz.” 11. CD., 03.12.2007, 2005/12264, 2007/8780. Akt: Yurtcan, s.462.

160 Hakeri, Ceza Hukuku, s.538.

161 “...5237 Sayılı TCY’nın 43/1 maddesinde bulunan, ‘değişik zamanlarda’ ifadesi nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, suçların mutlaka değişik zamanlarda işlenmesi gereklidir ki, bunun sonucu olarak, aynı mağdura, aynı zamanda, aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda tek suçun oluşacağı kabul

bu gibi durumlarda zincirleme suç hükmünü uygulamamakta ancak aynı anda aynı suçun birden fazla işlenmesi söz konusu olduğu için, işlenmiş birden fazla suçun cezasız kalmaması ve adaletsiz sonuçların oluşmaması için faile tek cezanın alt sınırından uzaklaşarak verilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Biz yukarıda anılan görüşe katılmıyoruz. Ayrıca Yargıtay’ın “değişik zamanlarda” ifadesini sözel yorumla dar anlamda kabul ederek, zincirleme suçu mutlaka farklı zamanlarda işlenmiş suçlarla sınırlı tutmasına katılmıyoruz. 765 sayılı TCK’da “muhtelif zamanlarda vaki olsa bile” ifadesi ile zincirleme suçun kural olarak aynı zaman diliminde ve fakat istisnai olarak değişik zamanlarda da işlenebileceği kabul edilmekteydi. Zincirleme suça özelliğini veren şartlardan birisi aynı suç işleme kararının varlığı olduğu için, bu durumun ortaya konulabilmesi açısından bu kabul ediş daha yerindeydi. Nitekim bu kararın varlığı

edilmiştir. Bu halde zincirleme suç hükümleri uygulanarak artırım yapılamayacak ancak bu husus TCY’nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınabilecektir. Burada ‘aynı zaman’ ve ‘değişik zaman’ kavramları üzerinde de durulmalıdır. Yasada bu konuda bir açıklık bulunmadığından ve önceden kesin saptamaların yapılması olanaklı olmadığından, bu husus her somut olayın özelliği gözönünde alınarak değerlendirilmeli ve eylemlerin ‘değişik zamanlarda’ işlenip işlenmediği belirlenmelidir. Bu bağlamda ‘aynı zamanda’ kavramı dar yorumlanmayarak, çok kısa zaman aralıkları da, aynı zaman dilimi olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan birden fazla belge üzerindeki sahteciliğin kısa zaman aralıkları da, aynı zaman dilimi olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan birden fazla belge üzerindeki sahteciliğin kısa zaman aralığında yapılmış olması ya da birden fazla sahte belgenin kısa zaman aralığında üretilmiş olması halinde de bunların aynı zamanda düzenlendiğinin, başka bir ifadeyle ‘değişik zamanlarda’ düzenlenmediğinin kabulü zorunludur... Sanığın, katılandan aynı anda aldığı birer milyar TL bedelli iki adet çekin keşide tarihlerini değiştirerek parafladığı ve arkasını ciro ederek beraat eden diğer sanığa olan borcuna karşılık verdiğinde bir uyuşmazlık bulunmamakta, sanığın suça konu iki adet çek yaprağı üzerindeki sahteciliği de dosya içeriği karşısında aynı zaman dilimi içinde gerçekleştirdiğinin kabulü gerekmektedir... İki adet çek yaprağı üzerinde aynı zaman diliminde yapılan sahtecilikten dolayı sanık hakkında 765 sayılı TCY’nın 80. maddesinin uygulanması olanaklı ise de, 5237 Sayılı TCY’nın 43/1 maddesi, madde metninde yer alan ‘değişik zamanlarda’ ibaresi nedeniyle uygulanmamalı, ancak bununla birlikte birden fazla çek yaprağı üzerinde sahtecilik yapılmış olması olgusu Yasanın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesi sırasında gözönüne alınmalıdır...” YCGK, 08.06.2010, 2010/11-98, 2010/143. www.kazanci.com.tr

aynı zaman diliminde işlenen suçlar bakımından daha kolay ortaya konabilir. Ancak eski düzenlemeye göre bu suç işleme kararının ortaya konulabilmesi şartıyla “farklı zamanlarda olsa dahi” zincirleme suç hükmü uygulanabilmekteydi. 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesinin 1. fıkrasının sözel yorumundan ise zinciri oluşturan suçların mutlaka farklı zamanlarda işlenmesinin gerektiği anlamı çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarında bu yorumu kabul etmektedir. Ancak biz bu ifadenin mutlak olarak anlaşılmaması gerektiğini, bunun zincirleme suç maddesinin düzenlemesiyle güdülen “ratio legis’in” dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz¹⁶². Nitekim Yargıtay da yasa maddesini mutlak yorumlamakta ancak, yanlış uygulamayla cezanın alt sınırdan uzaklaşılması suretiyle doğru sonuca ulaşmaya çalışmaktadır. Ancak, Yargıtay tarafından kabul edilen çözüm işlenen suçların sayısı arttıkça cezanın da artmasına yol açacağından hem zincirleme suçun düzenlenme amacına hem de faile adil olmayan cezaların verilmesine yol açabileceğinden doğru bir çözüm yolu değildir¹⁶³.

TCK’nın 43. maddesinin 1. fıkrasında eylemin “değişik zamanlarda” işlenmesinin aranmasının sebebi olarak ise, 43. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen aynı neviden fikri içtimaya zincirleme suç hükmünün uygulanmasının gerekmesi, bunun ise ancak “aynı anda” gerçekleşmesi halinde mümkün olması gösterilmektedir¹⁶⁴. Biz bu açıklamaya katılmıyoruz, düzenlemenin bu şekilde yapılmasının nedeni yalnızca aynı neviden fikri içtimada zincirleme suçta öngörülen ceza artırımının öngörülmesidir; yoksa fikri içtimanın bu halinin maddi içeriği ile zincirleme suç arasında bir birliktelik ya da benzerlik söz konusu değildir. Dolayısıyla yasa koyucu bize göre hukuki ve doğal hareket tekliği ile zincirleme suçu ayırmak için bu ifadeye yer vermiş ancak yanlış anlaşılmalara ve Yargıtay’ın hatalı uygulamalarına yol açmıştır. Bu nedenle aynı neviden fikri içtimanın 43. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmesini eleştiriyoruz.

Değişik zamanlar ifadesinin mutlaka farklı saatler ya da günler olarak anlaşılmaması gerekir. Örneğin aynı an denilebilecek şekilde arda arda aynı mudinin farklı hesaplarındaki paralarının çekilmesi

162 Aynı görüşte bkz: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.522.

163 Aynı görüşte bkz: Özbek, Suç Genel Teorisi, s.23; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.523.

164 Özbek, Suç Genel Teorisi, s.22.

ya da hukuka aykırı olarak ele geçirilmiş aynı kredi kartıyla internet üzerinden ancak farklı yerlerden arda arda alış veriş yapılması halinde zamansal yakınlığın çok kısa olmasına rağmen zincirleme suç söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla yukarıda da vurguladığımız ve öğretilerde de sıkça dile getirildiğı üzere zincirleme suçun uygulanıp uygulanamayacağı konusunda somut olayın şartları ve bu maddenin düzenleme amacı dikkate alınarak karar verilmelidir. Ancak düzenleme bu haliyle dahi tartışmalı olduğunu zira farklı zamanlardan farklı günler olduğu gibi, saatlerin ve dakikaların anlaşılabilceğini ifade etmeliyiz¹⁶⁵.

Öğretilerde yasanın bu kuralın istisnasına yer vererek, aynı suçun birden fazla kişiye tek bir eylemle yani aynı zamanda işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükmünün uygulanacağını ifade eden yazarlar bulunmaktadır¹⁶⁶. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bize göre 43. maddenin 2. fıkrasında yer alan bu düzenleme zincirleme suç hükmünün istisnasını değil, başlı başına ayrı bir durum olan aynı neviden fikri içtimai düzenlemektedir. Bunlar arasındaki tek ortaklık sonuçta faile verilecek cezanın artırımının aynı oranda yapılmasıdır. Ancak yazarların bu yorumu, aynı neviden fikri içtimai 44. madde yerine 43. maddede düzenlemesine ilişkin getirdiğimiz eleştirinin haklılığını ortaya koymaktadır.

3. Eylemlerin Aynı Suçu Oluşturması

Zincirleme suçun üçüncü şartı failin işlediğı eylemlerin aynı suçu oluşturmasıdır. Bu durum 43. maddede “aynı suçun birden fazla işlenmesi” olarak belirtilmiştir. Aynı suçun işlenmesiyle kastedilen, ilk suç ile diğeri suçlar arasında korunan hukuksal değeri ile tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının genel hatlarıyla aynı olmasıdır¹⁶⁷.

Ayrıca TCK’nın 43. maddesindeki düzenlemeye göre “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır”. Buna göre aynı suç işleme kapsamında olması halinde herhangi bir suçun temel ve nitelikli hallerinin belli aralıklarla ard arda işlenmesi halinde de TCK’nın 43. maddesi uygulanır¹⁶⁸. Örneğin failin diğeri şartların da varlığı halinde hırsızlık suçunun temel şekliyle

165 Özbek, Suç Genel Teorisi, s.23.

166 Centel/Zafer/Çakmut, s.513; Zafer, s.338; Sancar, Zincirleme Suç, s.251.

167 Koca/Üzölmez, s.462.

168 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.711; Özgenç, s.514; Öztürk/Erdem, kn.589; Hakeri, Ceza Hukuku, s.529; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.521.

nitelikli şekillerini ardışık olarak işlemesi halinde zincirleme suç hükmü uygulanır. Benzer şekilde cinsel saldırı suçunun önce basit sonra da nitelikli halinin işlenmesi durumunda zincirleme suç söz konusu olur¹⁶⁹. Ancak failin önce hırsızlık sonra yağma suçunu işlemesi halinde ise zincirleme suç gerçekleşmez¹⁷⁰. Buna karşın zincirleme suçun varlığı için dikkate alınan husus aynı suç tipi olup, korunan hukuksal değer değildir; dolayısıyla suçla korunan hukuksal değer esas alınarak aynı bölümde düzenlenen suçlar zincirleme suçla konu olamaz, dolayısıyla hırsızlık ve dolandırıcılık suçu arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹⁷¹.

Öğretide Özgenç, bir suçu oluşturan eylemin zincirleme işlenmesi sürecinde yasa koyucunun bunun hukuki niteliğini değiştirerek başka bir suç oluşturduğu yönünde düzenleme yapması halinde, nitelikte yapılan değişikliğin zincirleme suçun oluşumunu etkilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, örneğin özel hukuk tüzel kişisi olan banka kaynaklarının yönetici konumundaki kişiler tarafından mal edinilmesi eylemlerinin 765 sayılı TCK'ya göre (m.508 ve 510) "hizmet nedeniyle emniyeti suistimal" suçunu oluşturduğunu, ancak 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3. fıkrasında aynı eylemlerin özel bir zimmet suçu olarak tanımlandığını, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da söz konusu eylemlerin zimmet olarak tanımlanmaya devam edildiğini, bu yasal düzenlemeyle eylemin nitelendirilmesinde değişiklik yapılmasının zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmayacağını ifade etmektedir¹⁷².

Biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Bize göre eylemin hukuki niteliğinin değiştirilerek farklı ve özellikle daha ağır sonuçlara yol açan bir suç haline getirilmesi durumunda da önceki ve sonraki eylemlerin bir bütün halinde kabul edilip zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşturur. Öncelikle bu uygulama suçta ve cezada yasallık ilkesinin ihlal edilmesi anlamına

169 "Sanığın önce cinsel organını mağdurenin bacaklarının arasına sürtmek suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, sonrada cinsel organını mağdurenin ağzına sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği halde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması... 5. CD., 10.03.2008, 653/1714. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.711.

170 Öztürk/Erdem, kn.589.

171 İçel, Suçların İctimai, s.127; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.521.

172 Özgenç, s.515.

gelir. Çünkü bu durumda failin eylemi zincirin bittiği andaki hukuki nitelermeye göre değerlendirilir ve yasa değişikliğinden önceki daha hafif ceza gerektiren suçtan değil, değişiklik sonrası daha fazla ceza gerektiren suçtan dolayı sorumlu tutulur ve suçun belli bir kısmını işledikleri dönemde yürürlükte olan yasaya göre daha fazla ceza ile cezalandırılırlar. Ancak eylemlerin gerçekleştirildikleri zaman dilimi dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmeleri halinde de aslında zincirleme suç var iken iki farklı suç varmış ki değerlendirme yapıлып sonuçta failin zincirleme suç uygulamasına göre daha fazla ceza alması söz konusu olabilir. Bize göre bu durumda hem zincirleme suç hem de farklı suçlara göre uygulama yapıлып sonuç cezalar belirlendikten sonra failin lehine olan durum uygulanmalı, önceden kesinlik içeren bir görüş belirtilmemelidir.

Öğretide bazı yazarlar, diğer şartlar da gerçekleştiğinde farklı yasalarda yer alan hükümlerin ihlali halinde de zincirleme suçun oluşabileceğini, çünkü TCK'nın "kanunun aynı hükmü" yerine "aynı suç" ifadesini içerdiğini, o halde suçların aynı yasada bulunmasının şart olmadığını ifade etmektedirler¹⁷³. Biz yazarların bu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere "aynı suç" ifadesinin kullanılmasının nedeni yasanın aynı maddesinde farklı suçların düzenlenmesidir. Ayrıca farklı yasalarda aynı suç tipinin düzenlenmesi halinde ya önceki yasanın sonraki yasa tarafından örtülü şekilde yürürlükten kaldırılması (zımni ilga) ya da görünüşte içtima türleri olan özel normun önceliği ya da yardımcı normun sonralığı ilkelerinden birisi devreye girer ve farklı yasalarda yer alan aynı suç tipinin uygulanmasını önler. Dolayısıyla bize göre farklı yasalarda yer alan aynı suç tipleri arasında zincirleme suçun gerçekleşmesi olanaklı değildir.

4. Mağdurun Aynı Olması

Zincirleme suçun üçüncü nesnel şartı ise birden fazla işlenen suçların aynı kişiye karşı işlenmesi yani bu suçların mağdurunun aynı kişi olmasıdır. Dolayısıyla aynı suç işleme kararı kapsamında işlense dahi suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde zincirleme suç gerçekleşmez.

173 İçel, Suçların İçtimaı, s.129; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.520; Sancar, Zincirleme Suç, s.253.

765 sayılı TCK'nın 80. maddesinde yer alan zincirleme suçla ilişkin düzenlemede ise bu şekilde sınırlayıcı bir ifadeye yer verilmediği için suçun mağdurlarının farklı kişiler olması halinde dahi zincirleme suç maddesi uygulanabiliyordu, bu ise bize göre maddenin uygulama alanını gereksiz yere genişletiyordu. Hatta Yargıtay bazı yerleşik kararlarıyla ceza hukukunda genişletici yorum yasağı olduğu için bize göre (o tarihte yürürlükte olan hukuk açısından) hatalı kararlarıyla (ancak olması gereken hukuk açısından ve somut adalet açısından uygun kararlarıyla) maddenin uygulama alanını daraltıyor ve özellikle adam öldürme ve kasten yaralama suçlarında mağdur sayısının suç oluştuğunu belirtiyor ve zincirleme suç maddesini bu hallerde uygulamıyordu. Nitekim maddenin bu geniş hali öğretide de eleştiri konusu yapılıyordu. İşte bu fiili durumu ve eleştirileri dikkate alan yasa koyucu yeni TCK'da bu durumu düzeltmiş ve ancak mağdurun aynı olması halinde zincirleme suçun söz konusu olabileceğini açıkça ifade etmiştir¹⁷⁴. Böylelikle yeni TCK'da zincirleme suçun uygulama alanı 765 sayılı TCK'ya göre oldukça daraltılmıştır¹⁷⁵.

Zincirleme suçta mağdurun tekliği konusunda ifade edilmesi gereken bir diğer husus ise öğretide bazı yazarların tipik hareketin tekliği kuramından yola çıkarak mağdurların birden fazla olduğu hallerde dahi zincirleme suç maddesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmeleridir. Bu görüşte olan yazarlar, somut olayda işlenen suçun mağdurunun kim olduğunun doğru şekilde tespit edilmesinin gerektiğini, bu nedenle zincirleme suçla ilişkin olarak TCK'nın 43. maddesinin gerekçesinde verilen "bir otoparkta bulunan otomobillerin camları kırılarak radyo teyplerin çalınması halinde, her bir kişiye ait otomobildeki hırsızlık bağımsızlığını korur ve cezaların içtimai hükümleri uygulanır" örneğindeki değerlendirmeye katılmadıklarını, çünkü bu örnekte otomobiller otopark görevlisine bırakıldığı için, tüm otomobillerin zilyedinin otopark görevlisi olduğunu, dolayısıyla suçun mağdurunun otoparktaki otomobiller üzerinde müşterek zilyet durumunda bulunan otopark görevlisi olduğu için, olayda hukuksal anlamda tek eylemin varlığını (tipik hareketin tekliği) ve dolayısıyla tek hırsızlığın oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler¹⁷⁶.

174 Aynı görüşte bkz: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.717.

175 Özgenç, s.507; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.525; Zafer, s.339.

176 Koca/Üzülmez, s.463.

Biz yazarların bu görüşüne katılmıyoruz. Zira bize göre burada mağdur sayısınca suç oluşmaktadır. Suçun manevi unsurunda failin kastının varlığı için failde suça yönelik bulunması gereken bilgilerden birisini de suçun mağduru oluşturmaktadır, failin suçun mağdurunun özelliklerini bilmesi halinde mağdura ilişkin özelliklerden ya da diğer niteliklerden failin sorumlu tutulması gerekir. Buna göre fail genel bir otoparka girip çok sayıda arabanın müzik sistemini çalarken çok sayıda kişiyi mağdur ettiğini de bilmektedir. Benzer şekilde öğretmenler odasına giren failin birden fazla öğretmenin çantasındaki para ve diğer kıymetli eşyayı çalması halinde mağdur sayısınca hırsızlık suçu işlenmektedir. Dolayısıyla burada failde her bir mağdur açısından ayrı bir suç işleme kastı oluşmaktadır. Öte yandan hırsızlık suçu malvarlığına karşı işlenen suçlardandır. Hırsızlık suçunun mağduru klasik olarak suçun konusu oluşturan eşyanın zilyedi olarak belirtilmektedir; ancak bu eşyanın malikinin de mağdur olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Hatta bize göre malikin ve zilyedin suç konusu eşyaya ilişkin hakları eşit derecede korunmaktadır. Zilyet kimi durumda ikinci planda kalmaktadır. Buna göre otoparka girilerek çok sayıda arabada yapılan hırsızlık suçunda birden fazla kişinin birden fazla eylemle hukuksal değerleri ihlal edildiği için artık burada tipik hareketin tekliğinin ya da zincirleme suç hükmünün uygulanması mümkün olmamalıdır¹⁷⁷. Burada gerçek birleşme uygulanarak mağdur sayısı kadar ceza uygulanmalıdır. Bu TCK'nın bu konudaki felsefesiyle de uyumlu olan bir yaklaşımdır¹⁷⁸.

Benzer şekilde öğretide bazı yazarlar, yasanın bu kuralın istisnasına yer vererek, aynı suçun birden fazla kişiye tek bir eylemle yani birden fazla mağdura karşı işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükmünün uygulanacağını, söz konusu düzenlemenin mağdurun tek olmasına ilişkin şartın istisnasını oluşturduğunu; çünkü bir eylemle işlenen birden fazla suçun aynı olması nedeniyle fikri içtimanın bir eylemle “farklı suç oluşması” koşulu gerçekleşmediğinden ve aynı suçun işlenmiş olması nedeniyle (farklı neviden) fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedirler¹⁷⁹. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu düzenleme zincirleme suça ilişkin bir istisna hükmü olmayıp, bundan tamamen farklı olan aynı neviden fikri içtimaya ilişkin bir düzenlemedir. Dolayısıyla biz bu yazarların görüşlerine katılmıyoruz.

177 Karşı görüş için bkz: Roxin, §33, kn.36 – 37.

178 Aynı görüşte bkz: Özgenç, s.512, 513; Zafer, s.339.

179 Centel/Zafer/Çakmut, s.514; Zafer, s.339.

TCK'nın 43. maddesinin ilk halinde mağduru belli olmayan suçların aynı suç işleme kapsamında çok sayıda işlenmesi halinde zincirleme suçun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açıklık bulunmamakta bu durum hem uygulamada hem de öğretide tereddütlere yol açmaktaydı. Zincirleme suçun düzenlendiği TCK'nın 43. maddesinin değişiklikten önceki ilk halinde “bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda” zincirleme suçun gerçekleştirilebileceği düzenlenmekteydi. Görüldüğü üzere bu halde zincirleme suç ancak mağdurun belli olduğu durumlarda ve aynı kişiye karşı eylemin gerçekleştirilmesi halinde uygulanacaktı. Buna göre mağduru belli olmayan suçlarda ise aynı suç işleme kapsamında da olsa her hareket ayrı birer suç olarak kabul edilip faile cezaların birleşmesi (gerçek içtima) kuralları uygulanacaktı. Oluşan bu tereddüdü ve adaletsiz durumu gidermek için 5237 sayılı TCK henüz yürürlüğe girmeden 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 6. Maddesiyle, 43. maddenin 1. fıkrasına eklenen “mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır” tümcesiyle¹⁸⁰ bu sorun giderilmiştir¹⁸¹.

180 Bu değişiklikle ilgili gerekçe şu şekildedir: “Zincirleme suç halinde, aynı suçun birden fazla işlemiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur. Zincirleme suçtan söz edebilmek için, aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağdurunun aynı kişi olması gerekir. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Ancak, bu son durumla ilgili olarak hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek amacıyla, 43'üncü maddenin birinci fıkrasına ‘Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır’ şeklinde bir cümle eklenmiştir”. TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 901, s.2.

181 Öztürk/Erdem ise bu düzenlemeye yer vermek suretiyle bu duraksamanın ortadan kaldırılmaya çalışıldığını ancak “mağduru belli bir kişi olmayan suç” deyiminin amacı tam olarak açıklamakta yetersiz kaldığını; devlete ve topluma karşı işlenen suçlarda da mağdurun belirli bir kişi olabileceğini, örneğin irtikap suçunda mağdurun kamu görevlisi tarafından kendisine yarar sağlanması için iradesi zorlanan gerçek kişinin olduğu, dolayısıyla bu ifadeyle anlatılmak istenilenin suçla korunan öncelikli hukuksal değer bireye değil, topluma, millete ve devlete ait olduğunu, buna göre mağdurun belirli bir kişi olup olmadığının, korunmak istenen hukuksal değer göz

Buna göre özellikle topluma, millete ve devlete karşı suçlar bölümünde yer alan ve diğer bölümlerdeki aynı nitelikteki suçlarda mağdur, toplumu oluşturan bireylerin ayrı ayrı hepsi olduğu için¹⁸², bu suçlardan birisinin aynı suç işleme kararıyla birden çok işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olacaktır¹⁸³. Herkesin mağdur olduğu suçlarda, zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uygulanmasının gerekir¹⁸⁴, Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir¹⁸⁵. Örneğin TCK'nın 282. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç gelirlerinin aklanması suçunun birçok kez bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde bu suçun belli bir mağduru bulunmamasına rağmen zincirleme suç hükmü uygulanabilir¹⁸⁶. Benzer bir durum çevrenin kasten kirletilmesi ya da rüşvet suçu açısından da geçerlidir.

önünde bulundurulmak suretiyle her suç tipi açısından ayrıca belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz: Öztürk/Erdem, kn.590.

182 Öğretide Sancar, “mağduru belli bir kişi olmayan suçun” özellikle “toplum” değil, “topluluğa karşı” işlenen suç biçiminde anlaşılması gerektiğini, zira bazı durumlarda hareketin yöneldiği kişilerin birden fazla olmasına karşın, bu kişilerin bir topluluk oluşturabileceklerini ve failin bu topluluğa yönelik bir eylemde bulunabileceğini, örneğin çok kalabalık bir grupta bulunan herkese birden hakaret edebileceğini, bu gibi durumlarda mağduru belli bir kişi olmadığını ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının makul olacağını ifade etmektedir. Sancar, Zincirleme Suç, s.257.

Burada kastedilen mağduru kişi olarak ayırt edilemeyen suçların tümüdür. Ayrıca çok sayıda kişinin bulunduğu topluluğa karşı yapılan hakaret eyleminde o topluluğun üyesi olan herkes hakaret suçunun mağdurdur ve verilen örnek zincirleme suçun değil, aynı neviden fikri içtimain örneğidir.

183 Koca/Üzülmez, s.463; Özgenç, s.513.

184 Özgenç, s.513.

185 “Ankara O... Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde göz doktoru olarak çalışan sanığın, Emekli Sandığı sağlık yardımından yararlanan hastaları “O... Tıp Merkezi” isimli Özel Klinikte muayene ettiği, resmi kayıt işlemlerini onlar olmaksızın yaptıracağını belirterek kolaylık sağladığı izlenimini verip, yazdığı özel reçeteler ve hastalara ait sağlık karnelerini alarak görevli olduğu O... Hastanesi'nde hastalar hastaneye gelmediği halde hastane protokol defterine kaydederek özel muayene sonuçlarına göre özel reçeteleri sağlık karnelerine yazmaktan ibaret eylemlerinin, zincirleme görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi... “ 11. CD., 14.11.2007, 2006/8473, 2007/7935. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.717.

186 Dülger, Suç Gelirlerinin Aklanması, s.612.

5. Suçların “Aynı Suç İşleme Kararının İcrası Kapsamında” İşlenmesi

Zincirleme suçun söz konusu olabilmesi için “bir suç işleme kararının icrası kapsamında” işlenmesi gerekir, ancak bunun kapsamı tartışmalıdır¹⁸⁷. Zincirleme suçun öznel (sübjektif) koşulunu işlenen birden fazla suç arasında bir manevi bağın bulunması oluşturur. Bu unsur, birden fazla bağımsız suç arasındaki öznel bağı gösterir ve birden fazla suça tek ceza verilmesinin gerekçelerinden birini oluşturur¹⁸⁸.

Aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde, bu suçlar arasındaki manevi bağın mevcut olup olmadığının, her bir olayın somut işleniş koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir¹⁸⁹. Ancak söz konusu “suç işleme kararı” suç işleme kastıyla karıştırılmamalıdır. Bu karar, kastı da içine alan ve kasttan önce gelen iradi bir durumdur¹⁹⁰. Kastın varlığı için belli bir eyleme yönelik bilme bulunmalıdır¹⁹¹. Ancak bir suç işleme kararında örneğin yalnızca “ben bankadan transfer yoluyla aklama yapacağım” ya da “tırın dorsesine saklamak ve sınırdan geçirmek suretiyle uyuşturucu madde ticareti yapacağım” şeklinde belli bir harekete yönelik bilme unsuru bulunmayıp, “bir fabrikaya birkaç gün art arda girerek çeşitli eşyaları çalacağım” şeklinde belli bir suçu işlemeye yönelik karar bulunur.

Zincirleme suçta varlığı aranan karar, failin hareketleri arasında bulunması gereken öznel bir bağdır. Bu öznel karar önceden bir plan dahilinde gerçekleştirilen eylemler açısından geçerli olabileceği gibi, bir plan olmaksızın failin eylemlerine devam etme kararı vermesi halinde de söz konusu olabilir¹⁹². Her hareketin öncekinin devamı niteliğinde gözükmesi öznel bağlantının varlığını ve aynı suç işleme kararını ortaya koyar¹⁹³. Ancak failin karşısına çıkan her suç işleme fırsatını değerlendireceği yönünde önceden karar vermesi halinde zincirleme

187 Bu konuda bkz: İçel, Suçların İçtimai, s.130-138.

188 Koca/Üzülmez, s.463; Özgenç, s.513.

189 Özgenç, s.513.

190 Centel/Zafer/Çakmut, s.515; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.523.

191 İçel, Suçların İçtimai, s.135

192 İçel, Suçların İçtimai, s.136, 137. Ancak öğretilde bazı yazarlar, bundan failin aynı suçu işleme konusunda bir plan kurmasını anlamaktadırlar. Bkz: Öztürk/Erdem, kn.592; Hakeri, Ceza Hukuku, s.533.

193 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.714; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.523, 524.

suç oluşmaz¹⁹⁴. Failin kararında birlik bulunması, suç işleme kastında da birlik bulunması anlamına gelmez. Zincirleme suçu oluşturan her eylem ayrı bir kastın sonucunda meydana gelir¹⁹⁵. Aynı şekilde çok genel bir birlik de, genel bir saik birliğine kadar varabilir. Örneğin hırsızlığı kendisine meslek edinmiş bir kimsenin, birden çok hırsızlık suçu işlemesinde, hayatını yasa dışı yollardan sürdürmek bakımından genel bir saik birliği bulunur. Ancak bu durumda zincirleme suç söz konusu olmaz, zira yasada suç kararında birlik aranmakta, saik konu edilmemektedir¹⁹⁶. Dolayısıyla saik, niyet, amaç ile karar birbirine karıştırılmamalıdır¹⁹⁷.

Aynı suçlar arasında manevi bir bağın bulunup bulunmadığı her bir somut olayın koşulları açısından değerlendirilir ve buna göre karar verilir, dolayısıyla bu konuya ilişkin yapılan açıklamalar kesin olmayıp, yol göstericidir¹⁹⁸. Örneğin sahte belgelerle yapılan araba alım satım işleminin çeşitli basamakları için yapılan resmi belgede sahtecilik eylemleri aynı amaca yönelik olması nedeniyle Yargıtay tarafından “aynı suçu işleme kararının icrası kapsamında” değerlendirilmiş ve zincirleme suç hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁹. Buna karşın eylemler arasında kastın yenilendiğini gösteren uzunca bir zaman girmiş ise²⁰⁰ veya eylemler arasında aynı suç işleme kararının bulunduğu

194 Sancar, Müteselsil Suç, s.97, 98; İçel, Suçların İçtimai, s.136, 137; Dönmezer/Erman, I, kn.532; Centel/Zafer/Çakmut, s.516; Koca/Üzülmez, s.464; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.524. Nitekim Yargıtay da bu durumda zincirleme suçun bulunmadığı yönünde karar vermiştir: “...faydalanmak suretiyle aynı mağdura farklı yerlerde iki kez ırza tasaddi suçunu işlemiş ... ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak 7–8 aylık uzunca bir süre sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle işlendiğini göstermektedir.” YCGK, 8.7.2003, 5-189/207. Karşı görüş için bkz: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.714.

195 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.714; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.524.

196 Sancar, Zincirleme Suç, s.254.

197 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.524.

198 Özgenç, s.513.

199 “Sanığın sahte kimlikle kiraladığı otomobili sahte sürücü belgesi ile mağdura aralarında düzenlenen oto alım satım devir sözleşmesine dayanarak noterde devrederek haksız kazanç sağlamaya kalktığı olayda, sahte kimlik ve sürücü belgesi ile oto alım satım sözleşmesinin tümünün aynı amaca yönelik olarak düzenlenip kullanılması nedeniyle, bütün halinde zincirleme resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacağı gözetilmelidir.” Akt: Yurtcan, s.452.

200 Öztürk/Erdem, s.586.

gösterecek benzerliklerin bulunmaması halinde her eylem ayrı bir suç oluşturur. Nitekim aynı bankanın farklı şubelerinde farklı sahte kimlikle yapılan kredi taleplerinde, aynı suç işleme kararının icrasının değil, yenilenen kastla hareket edildiği ve gerçek birleşmenin uygulanması gerektiği yönünde karar verilmiştir²⁰¹.

Buna göre zincirleme suçun varlığı için işlenen birden fazla suçun aynı suç işleme kararına dayanıp dayanmadığını saptanırken, suçların işleniş biçimindeki benzerlik ya da tek düzelik, benzer fırsatları değerlendirme, yasa sistematığına göre suçla korunan hukuksal değer, hareketin yöneldiği suçun konusunun nitelik ve başkalıklar, suçlar arasındaki zaman aralığı, özellikle ekonomik çıkar amaçlı işlenen suçlarda failin düzenli gelir sağladığı bir işe ve/veya mesleğe sahip olmaması²⁰² ve bunlara benzer daha birçok dışa yansıyan veri ve davranışlar göz önünde bulundurulmalıdır²⁰³.

Zincirleme suçun öznel şartı açısından taksirli suçların zincirleme suç şekilde işlenip işlenemeyeceği konusu da tartışmalıdır²⁰⁴. Bize göre zincirleme suçun öznel şartının esasının bu konuda kasttan önce ve onu kapsayan bir karara bağlanması, taksiri, zincirleme suçun dışına itmektedir. Dolayısıyla yasadaki düzenleme de dikkate alındığında zincirleme suçun taksirli suçlara uygulanması mümkün olmamalıdır²⁰⁵.

C. Zincirleme Suç Uygulamasının Sonucu

Bu durumda faillere verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne

201 “Sanığın, aynı bankanın Kızıltoprak ve Kazasker şubelerinde iki farklı sahte kimlikle başvurarak kredi almak suretiyle dolandırıcılık suçlarını işlediği iddia olunması karşısında, gerçeğe aykırı olarak farklı isimlerle düzenlenen değişik kimliklerle ve yenilenen suç kastı ile hareket etmesi nedeniyle eylemin iki ayrı suç oluşturacağı gözetilmeden aynı suç işleme kararı altında işlediği kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” 11. CD., 5.5.2009, 2009/1845, 2009/5216. Akt: Yurtcan, s.462.

202 Zafer, s.340.

203 Öztürk/Erdem, kn.592; Centel/Zafer/Çakmut, s.516; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.523, 524; Zafer, s.340.

204 Bu tartışmalar için bkz: Centel/Zafer/Çakmut, s.517.

205 Aynı görüşte bkz: Dönmezer/Erman, I, kn.530; Hakeri, Ceza Hukuku, s.534; Koca/Üzülmez, s.464. Karşı görüş için bkz: İçel, Suçların İçtimai, s.146, 147; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.715; Öztürk/Erdem, kn.592; Centel/Zafer/Çakmut, s.518; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.525; Sancar, Zincirleme Suç, s.250.

kadar arttırılarak verilir²⁰⁶. Yargıç, somut olayda zincirleme işlenen suç sayısını göz önünde bulundurmak suretiyle, bu oranlar arasında belirleyeceği bir oranda cezayı arttırır. Bu artırma TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasına göre belirlenecek somut cezaya göre yapılır. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre, somut ceza belirlendikten sonra, suçlardan birisinde cezayı arttıran nitelikli halin bulunması halinde ceza buna göre artırılır, cezayı azaltan nitelikli halin bulunması halinde ceza miktarında indirim yapılacak, daha sonra belirlenen bu ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak ve son olarak zincirleme suç hükmü uygulanır. Ancak zinciri oluşturan suçlardan en az birisinin teşebbüs aşamasında kalmayıp tamamlanması halinde teşebbüsten dolayı indirim yapılamaz.

Suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin zincirleme şekilde işlenmesi halinde, üzerinde artırma yapılması gereken ceza, suçun nitelikli şekline göre belirlenen ceza olmalıdır²⁰⁷. Failin yaşı küçükse son eylemin gerçekleştiği andaki yaş göz önünde bulundurulmalıdır²⁰⁸.

Aynı şekilde teşebbüs aşamasında kalmış suç ile tamamlanmış suç arasında zincirleme suçun gerçekleşmesi halinde aynı ilkedен hareketle tamamlanmış suç dikkate alınarak ceza arttırımı yapılır²⁰⁹. Benzer şekilde failin tek başına gerçekleştirdiği suç ile iştirak halinde işlediği suç arasında da zincirleme suç hükmünün uygulanması mümkündür²¹⁰.

Zincirleme suçun söz konusu olduğu durumlarda, suçların çokluğu söz konusu olduğu için ancak yasayla zincirleme suça özel bir sonuç bağlanması halinde bunlara tek bir sonuç bağlanır, bunun dışında zincire dahil olan suçların hepsi ayrı ayrı bağımsızlıklarını korur. Buna göre cezanın artırılması dışında (TCK m.43/1) dava zaman aşımının işlemeye başlaması (TCK m.66/6) ve yer bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesi (CMK m.12/2) dışındaki; ceza yasalarının yer ve zaman bakımından uygulanması, af gibi yasada açıkça belirtilmeyen tüm

206 Taşkın, s.181.

207 Özgenç, s.514; Hakeri, Ceza Hukuku, s.539; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.527; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.717; Öztürk/Erdem, kn.593.

208 İçel, Suçların İçtimai, s.153; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.527; Centel/Zafer/Çakmut, s.519; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.717.

209 İçel, Suçların İçtimai, s.153; Hakeri, Ceza Hukuku, s.539; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.527; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.717.

210 Öztürk/Erdem, kn.589.

durumlarda zincire dahil olan suçlar bağımsız olarak değerlendirmeye tabi tutulur²¹¹.

D. Zincirleme Suçun Uygulanmayacağı Durumlar

TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrası gereğince “kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz”. Buna göre fıkra da sayılan suçların aynı kişiye karşı, bir suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenmesi halinde dahi zincirleme suç hükmü uygulanmaz²¹². Bu düzenleme ile 765 sayılı TCK döneminde yasada olmamasına rağmen Yargıtay kararlarıyla zincirleme suç uygulamasına getirilen kısıtlama kural haline getirilmiş ve uygulama ile paralellik sağlanmıştır²¹³. Böylelikle adalet duygusunu tatmine yönelik olmakla birlikte 765 sayılı TCK'nın sözüne ve ruhuna aykırı olan bu düzenleme normatif bir zemine oturtulmuştur²¹⁴. Bu suçların seçilerek zincirleme suç uygulamasının dışında tutulmasının nedeni ise gerekçe de bulunmamaktadır, ancak burada göz önünde bulundurulacak ölçütün bu suçlarla korunan hukuksal değerler olması kuvvetle muhtemeldir²¹⁵.

Maddenin ilk halinde cinsel saldırı (TCK m.102) ve çocukların cinsel istismarı (TCK m.103) suçları da zincirleme suç maddesinin uygulanamayacağı suçlar arasında düzenlenmişti. Ancak 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı yasa ile 43. maddenin 3. fıkrasında yapılan değişiklik ile bu suçlar kapsam dışında bırakılmıştır. Böylelikle cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları açısından da zincirleme hükmünün

211 Öztürk/Erdem, kn.593; Centel/Zafer/Çakmut, s.512.

212 “...Sanık İ. ile karar ve eylem birliği içinde bulunan sanık F. tarafından 25.02.2004 tarihinde öldürmeye teşebbüs edilmesinden dolayı hastanede tedavi altında bulunan maktulenin 27.02.2004 tarihinde, sanık İ. ile aynı karar ve eylem birliği içinde bulunan F. tarafından, ... öldürülmesinde ... uygulanan 5237 sayılı Kanunun 43. maddesinin son fıkrası uyarınca bu tür suçlarda bu madde hükümlerinin uygulanamayacağı düşünülmeyen ... her iki suçtan sanıklar hakkında ayrı ayrı ceza tayini gerekirken suçlara zincirleme suç vasfı verilmesi...” 1. CD., 15.11.2006, 2398/4942. “... Yağma suçunda 5237 sayılı TCY'nin 43/3. maddesi uyarınca zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağı gözetilerek, her bir eylem için ayrı ayrı uygulama yapılmadan, dosya üzerinden ve tek eylemden hüküm kurulması...” 6. CD., 13.6.2006, 2005/15401, 2006/6002. Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.718, dn.715, 716.

213 Aynı görüşte bkz: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.717.

214 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.527.

215 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.528.

uygulanması sağlanmıştır²¹⁶. Bu değişikliğin gerekçesi olarak ise ispat sorunu ve faile verilecek cezanın çok artması gösterilmiştir²¹⁷. Aşağıdaki dipnotta görüleceği üzere bize göre bu ne açıklayıcı ne de tatmin edici bir gerekçedir. Cinsel suçların ispatında tanık ve/veya belirti delilinin bulunmadığı hallerde güçlük yaşanmaktadır. Ancak bu ispat güçlüğü eylemin yani zorla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin ya da istismarın gerçekleşme sayısından bağımsız bir güçlüktür. Aynı şekilde bu suçu işleyecek kasta ve kusurluluğa sahip bir failin hem de eylemini art arda birkaç kez gerçekleştirmesi ve mağdurun ruhsal ve bedensel bütünlüğünü daha fazla bozması halinde eylem sayısı kadar ceza verilmeyip, zincirleme suç hükmü uygulanarak adeta sonraki eylemlerinin mazur görülmesi bize göre ne suç teorisi ne de modern toplumların benimsediği suç politikası açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Bize göre yasa metni eski haline getirilmelidir.

Ayrıca; hareketin tekrar etmesi suç tipinin gereği ise, zincirleme suç değil, hukuki anlamda tek hareket ve tek suç vardır. Aynı suçu işlemek için birden fazla aynı hareketin yapılması (çok sayıda bıçak darbesiyle öldürme ya da yaralama), seçimlik hareketlerin birden fazlasının gerçekleştirilmesi hallerinde zincirleme suç hükmü uygulanmamalıdır²¹⁸.

Suçların tümünün ya da bir kısmının şikayete tabi olması halinde de, şikayet şartı gerçekleşmiş suçlar zincirleme suç açısından dikkate alınır²¹⁹. Benzer şekilde suçların bazılarının uzlaşmaya tabi olması halinde, önce uzlaşma hükümleri uygulanır, uzlaşmanın sağlanamaması halinde zincirleme suçun varlığı kabul edilir. Dolayısıyla zincirleme suçun oluşabilmesi için, zincire dahil olan suçların cezalandırılabilir

216 Özgenç, s.518.

217 Bu değişikliğe ilişkin gerekçe şöyledir: “Zincirleme suç halinde, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat ceza artırılmaktadır. Ancak, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkması bakımından ciddi endişelere neden olmuştur. Bu endişeleri gidermek amacıyla, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ‘cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı’ ibaresi metinden çıkarılmıştır”. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı:901, s.2, 3. Akt: Özgenç, s.518.

218 Sancar, Müteselsil Suç, s.67; Centel/Zafer/Çakmut, s.512; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.521.

219 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.711; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.521.

olması gerekir²²⁰; uygulama da bu hususa dikkat edilmektedir²²¹.

Zincirleme suçun uygulanamayacağı bir başka durum ise Yargıtay kararlarıyla oluşturulmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen bir somut olayda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda suç zincirinin yani teselsülün gerçekleşemeyeceği yönünde karar vermiştir. YCGK, Adli Tıp Kurumu raporlarına dayanarak, TCK'nın 102/5 (cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali) ve 103/6 (çocuğa karşı cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali) maddelerinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, söz konusu ağırlaşan halin yani mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulmasının ancak bir kez gerçekleşebileceğini, tekrarlayan hareketlerle bunun tekrarlayan şekilde bozulmasının mümkün olmadığını, dolayısıyla failin hareketlerinin zincirleme suç oluşturacak şekilde tekrarlanması halinde suçun temel şeklinde öngörülen ceza miktarı üzerinden TCK'nın 43. maddesi uygulanarak artırılacak ceza miktarının bulunmasına ve suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinde belirtilen ceza miktarı üzerine, 43. maddenin uygulanması suretiyle bulunan miktarın eklenmesine karar vermiştir²²². YCGK'nın bu kararından sonra benzer olayların tümünde

220 Hakeri, Ceza Hukuku, s.531, 532; Öztürk/Erdem, kn.586.

221 “5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç ile ilgili hükmün uygulanabilmesi için öncelikle birden fazla suçun işlenmesi ve bu suçların her birinin cezalandırılabilir nitelikte bulunması gerekir.” 10. CD., 17.4.2008, 2007/27117, 2008/6310. Akt: Yurtcan, s.451.

222 “...Sanığın cinsel istismar suçundan 5237 sayılı TCY.nın 103/2-6, 43/1, 62. maddeleri uyarınca 15 yıl 7 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında 53. maddenin uygulanmasına ilişkin karar verilen olayda, sanığın birden fazla kez vücuda organ sokmak suretiyle cinsel istismar eyleminin sabit olduğu ve eylemin cebir kullanılarak gerçekleştirildiği hususlarında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki hukuki uyumsuzluk, mağdurun ruh sağlığının bozulması nedeniyle 5237 sayılı TCY.nın 103/6. maddesinin uygulanması gereken hallerde cezanın ne şekilde hesaplanacağına, buna bağlı olarak da zincirleme suç koşullarının varlığı halinde yapılacak ceza uygulamasının belirlenmesi noktalarında toplanmaktadır... Mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Mağdurda oluşan bu kalıcı hasar ise, ancak bir kez oluşacaktır. Örneğin mağdurun ruh sağlığının kalıcı şekilde bozulması bir kez meydana gelir, gerçekleşen her eylemde ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu değildir. Bu nedenle suçun temel şeklinin zincirleme şekilde gerçekleştirildiği hallerde, mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bu bozulmanın bir kez gerçekleştiği nazara alınarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına

aynı uygulama yapılmaya başlanmıştır²²³.

olanak bulunmamaktadır. Aksi halde sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi söz konusu olur. O halde ceza uygulaması yapılırken, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde, TCY.nın 43. maddesi uyarınca artırım, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılacak ve artırım miktarı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nedeniyle TCY.nın 103/6. maddesi uyarınca yapılacak artırımıyla bulunan ceza miktarı üzerine eklenerek sonuç ceza miktarı belirlenecektir. Ceza Genel Kurulunca ulaşılan sonuç; Somut olayda sanığın, aynı suç işleme kararı ile hareket ederek, mağdurun birden fazla kez vücuduna organ sokmak suretiyle ve ruh sağlığının bozulmasına yol açacak şekilde istismar eylemi nedeniyle uygulanacak yaptırım lehe uygulama önerileri esas alınarak şu şekilde saptanacaktır: Vücuda organ sokmak suretiyle cinsel istismar eylemi nedeniyle 5237 sayılı TCY.nın 103/2. maddesi uyarınca 8 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, Eylemin cebir kullanılarak gerçekleştirilmesi nedeniyle TCY.nın 103/4. maddesi uyarınca cezası 1/2 oranında artırılarak 12 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, Mağdurun ruh sağlığının bozulmuş olması nedeniyle TCY.nın 103/6. maddesi uyarınca 15 yıldan aşağıya ceza tayin edilemeyeceğinden 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, İstismar eyleminin zincirleme şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle TCY.nın 43. maddesi uyarınca cezası 1/4 oranında artırılarak ve bu artırım 103/4. maddesiyle belirlenen ceza miktarı olan 12 yıl hapis üzerinden yapılmak suretiyle bulunan 3 yıl sonucunun, 103/6. madde ile belirlenen ceza miktarı üzerine eklenmesi sonucunda 18 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, Takdiren indirim nedeni uygulanmak suretiyle TCY.nın 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak, sonuçta sanığın 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmelidir. Yerel Mahkemece suçun zincirleme şekilde işlenmesi nedeniyle cezanın artırılmasında TCY.nın 43. maddesindeki artırım oranının, 103/6. maddenin uygulanması suretiyle bulunan ceza miktarı üzerinden uygulanması ve sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi yasaya aykırı olup, Özel Dairece hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” YCGK, 20.11.2007, 2007/5-142, 2007/240. www.kazancı.com.tr

223 “Yargıtay CGK.nun Dairemizce de benimsenen 20/11/2007 gün ve 2007/5-142 Esas, 2007/240 sayılı kararında belirtildiği üzere sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği nitelikli cinsel saldırı suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumlu(lu)ğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK’nın 102. maddesinin 5. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 102/5. maddeden öncekilerin olması nedeniyle TCK’nın 43. maddesi uyarınca 102/5 madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 102/5. maddeyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek fazla ceza tayini ... kanuna aykırı ve ... bozulmasına karar verildi.” 5. CD., 31.3.2008, 2008/329, 2008/2957. Akt: Yurtcan, s.446.

Yargıtay'ın bu görüşüne katılmıyoruz. Ruh ve beden sağlığının kalıcı şekilde bozulmasının dereceleri bulunmaktadır. Failin en azından taksirli her hareketi sonucunda mağdurun beden ya da ruh sağlığında bir kademe daha ilerleme bulunması halinde ağırlaşan netice açısından 43. maddenin uygulanmayıp, suçun temel hali üzerinden hareket edilmesi adaletsiz bir sonuç olmayacak mıdır? Aynı şekilde failin tek hareketiyle gerçekleşmeyecek ya da çok hafif şekilde gerçekleşebilecek böyle bir neticenin failin çok sayıdaki eylemine bağlı olarak oluşması veya derecesinin artması da mümkün olabilir. Benzer şekilde “Yargıtay'ın mantığıyla hareket edilmesi halinde”, failin eylemi öncesinde zaten beden veya ruh sağlığı bozuk olan bir kişi üzerinde bu suçların işlenmesi veya bu kişilerin bozukluklarının derecesinin artması halinde, “bunların ruh veya beden sağlıkları zaten bozuktu 43. madde gereğinde cezalarının artırılması gereksizdir” denilmesi, bu kişilerin ruhsal veya bedensel engelleri nedeniyle tam anlamıyla mağdur olarak kabul edilmeleri ve cezalandırılmaları, öte yandan failin böyle bir kişi bulduğu için ödüllendirilmesi anlamına gelmeyecek midir? Bize göre olayın üzerinde derinlemesine düşünülmeden, Adli Tıp Kurumu raporuna körü körüne bağlı kalınarak ve salt hukuk tekniği kullanılarak (ki bize göre bu da yanlıştır) verilen bir karar hem yasaya hem de özellikle hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılık, ceza yasası, anayasa ve uluslararası sözleşmelerden önce, hukukun yazılı olmayan evrensel kurallarından olan “insan haklarına” aykırıdır. Dolayısıyla YCGK'nın bu kararını değiştirmesi gerekir. Öte yandan karar hukuk tekniği açısından da yanlıştır. Cezaların nasıl artırılıp, indirileceği ve bunun sıralaması TCK'nın 61. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar zincirleme suçun uygulanması açısından ayrıntılı bir düzenleme olmasa da, suçun neticesi sebebiyle ağırlamış hali gerçekleşmiş iken, suçun temel ya da duruma göre nitelikli şekli dikkate alınarak bunun üzerinde zincirleme suçun uygulanmasıyla aradaki farkın bulunması ve bu farkın suçun neticesi sebebiyle ağırlamış haline uygulanması bize göre hatalıdır. Yargıtay en kısa zamanda bu hatasından dönmelidir.

IV. Görünüşte İçtima (Birleşme)

A. Genel Olarak

Birden fazla ceza yasasından ya da aynı yasada yer alan birden fazla ceza normundan birinin uygulanması diğerinin uygulanmasını

gereksiz kılıyor ise görünüşte içtima söz konusu olur²²⁴. Görünüşte içtima halinde, aslında suçların çokluğu söz konusu olmayıp, fail tarafından gerçekleştirilen eyleme uygulanacak tek bir norm bulunur²²⁵. Suç çokluğu bulunmadığı ve gerçek anlamda bir suç birleşmesi söz konusu olmadığı için de bu duruma görünüşte içtima denilir²²⁶.

Bir eylemin haksızlık içeriğinin, o eylemin ihlal ettiği birden fazla normdan birisinin uygulanması ile karşılanması halinde, diğer normların uygulanması söz konusu olmaz²²⁷. Görünüşte içtima durumunda bir eyleme bir norm uygulanır ve bu ya normlar arası ilişki ya da yorum yoluyla olur²²⁸. Dolayısıyla görünüşte içtimanın yasada düzenlenmesine gerek yoktur²²⁹. Nitekim öğretide görünüşte içtimaya örnek olarak gösterilen durumlarda bir yorum sorunu bulunduğu, örneğin “özel – genel norm ilişkisinin” bulunduğu hallerde, yorum metotlarına başvurularak eyleme uygulanacak normun özel norm olduğunda kuşku bulunmadığı ifade edilmektedir²³⁰.

B. Görünüşte İçtima İlkeleri ve Türleri

Görünüşte içtima, özel normun önceliği, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi ve yardımcı normun sonralığı ilkeleri bağlamında sistemleştirilir ve bu ilkeler doğrultusunda açıklanır²³¹. Görünüşte normlar çatışmasının yaşandığı durumlarda hangi normun uygulanacağını bulunması için bu ilkelerin tümünün kullanılması gerekir²³².

1. Özel Normun Önceliği İlkesi (Özel Norm – Genel Norm İlişkisi)

Failin gerçekleştirdiği aynı eyleme görünüşte uygulanabilir

224 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.702.

225 Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, Güz 2008, s.36; Özgenç, s.538; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.539.

226 İçel, Suçların İçtiması, s.172.

227 Öztürk/Erdem, kn.599; Koca/Üzülmez, s.479.

228 Zafer, s.329; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.702; İçel, Suçların İçtiması, s.11, 172; İçel, Görünüşte Birleşme, s.48; Koca/Üzülmez, s.479.; Öztürk/Erdem, kn.599.

229 İçel, Suçların İçtiması, s.11; 172; İçel, Görünüşte Birleşme, s.48; Koca/Üzülmez, s.479.

230 Özgenç, s.538.

231 Roxin, §33, kn.175.

232 Zafer, s.329.

normlardan birisinin diğer normun unsurları yanında buna ek bazı unsur ve özellikleri içermesi halinde özel norm – genel norm ilişkisi söz konusu olur²³³. Buna göre bir ceza normunda a+b+c unsurları bulunmakta iken, diğer ceza normunda a+b+c+d unsurları bulunuyorsa ikinci norm özel normdur²³⁴. Bu ek unsular, failin saikiyle, kullanılan araçla, suçun konusuyla, failin özellikleriyle ilgili olabilir²³⁵. Bu durumda, özel normun önceliği ilkesi (lex specialis derogat legi generalis)²³⁶ gereğince eyleme uygulanması mümkün olan genel norm uygulanmayarak, bu eylem ve benzerlerinin özelliklerine uygun olan özel norm uygulama alanı bulur²³⁷. Bu durum mantıksal bir akıl yürütmenin sonucudur, aksi takdirde her eyleme genel normun uygulanması gerekir ve özel norma yer verilmesi gereksiz olur²³⁸.

Özel normun önceliği ilkesinin geçerli olabilmesi için gerekli olan ilk koşul özel normun ve genel normun aynı hukuksal değeri korumasıdır²³⁹. Bu konudaki ikinci koşul ise özel norm, genel normun tüm unsurlarını kapsamalı ve ayrıca bazı özel unsurları da içeriğinde taşımalıdır²⁴⁰. Dolayısıyla eğer bir norm olmasaydı o normun düzenlediği husus genel norm içinde kalacaktı denebiliyorsa, söz konusu norm özel norm olarak kabul edilir²⁴¹. Bu durumda özel normun önceliği ilkesi gereğince, somut olaya genel nitelikteki norm değil, o somut olay ve benzerleri için konulan özel norm uygulanır. Suçun temel şekline eklenen bu unsurlar aslında suça ilişkin genel normun uygulama alanını daraltır. Bu nedenle genel norm, özel norma göre daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Dolayısıyla özel norm kapsamında görülen eylemlerin genel norm kapsamında cezalandırılmaları olanaklı olduğu için, kural olarak özel normun yürürlükten kaldırılması halinde, yasal

233 İçel, Suçların İçtimai, s.173.

234 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.702, 703; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.539; Öztürk/Erdem, kn.600; Hakeri, Ceza Hukuku, 556.

235 Zafer, s.329.

236 Öztürk/Erdem, kn.600. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: İçel, Suçların İçtimai, s.173.

237 İçel, Suçların İçtimai, s.173.

238 İçel, Görünüşte Birleşme, s.37.

239 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.702; İçel, Görünüşte Birleşme, s.37, 38, 40; Önder, s.452; Koca/Üzülmez, s.480; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.539.

240 Roxin, §33, kn.177; İçel, Suçların İçtimai, s.173, 174; İçel, Görünüşte Birleşme, s.41.

241 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.703; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.540.

boşluk olmayacaktır²⁴².

Özel norm – genel norm ilişkisine örnek olarak, bir suçun temel şekli ile nitelikli şekilleri arasındaki ilişki (hırsızlık suçunun düzenlendiği 141. madde ile 142., 143. ve 144. maddeler arasındaki ilişki), özgü suç ile herkes tarafından işlenebilen suçlar arasındaki ilişki (zimmet suçu -TCK m. 247, Bankacılık Kanunu m. 168- ile güveni kötüye kullanma suçu TCK m.155 arasındaki ilişki) ve genel yasa ile özel yasa arasındaki ilişki (mala zara verme suçu –TCK m.151- ile 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun gereğince suç olarak düzenlenen Atatürk’ü temsil eden heykel, büst ve abidelerin veya Atatürk’ün kabrinin yıkılması suçları arasındaki ilişki) gösterilebilir²⁴³.

Görünüşte birleşmenin “özel norm – genel norm ilişkisi” açısından görünümünün diğer görünüşte birleşme hallerine göre en önemli farkı, bu durumda tek eylemin söz konusu olmasıdır. Aslında bu durum, özel norm – genel norm ilişkisi ile fikri içtima arasında bir benzerlik gösterir. Ancak özel norm – genel norm ilişkisinde tek suç olmasına karşılık, fikri içtimada birden fazla suç bulunmakta ancak yasa koyucu benimsediği suç politikası gereğince bu suçlardan en ağır cezayı gerektirenden faili sorumlu tutmaktadır²⁴⁴.

Özel normun önceliği ilkesi ve özel norm – genel norm ilişkisi yönünden 5237 sayılı TCK’nın 5. maddesindeki düzenlemeye de değinilmesi gerekmektedir. Öncelikle bu konuda TCK’da genel bir düzenleme olmadığını belirtmeliyiz. Ancak eski TCK’nın 10. maddesinde özel ceza yasaları ile TCK arasındaki ilişki kısmen düzenlenmekteydi, buna göre “bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevadı hakkında da tatbik olunur” denilmek suretiyle yan ceza yasalarında hüküm bulunmayan hallerde TCK’nın uygulanacağı düzenlenmiş idi. Bize göre bu düzenlemenin amacını ceza yasasının genel hükümler bölümündeki düzenlemelerin yan ceza yasalarında gereksiz yere tekrar edilmesinin önlenmesi olup, suçlarla ilgili normlar arasındaki ilişkiyi düzenlemek değildir²⁴⁵. Suçları

242 Zafer, s.329.

243 Önder, s.452; Koca/Üzülmez, s.480; İçel, Görünüşte Birleşme, s.41, 42; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.703; Özgenç, s.538; Öztürk/Erdem, kn.601; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.540.

244 İçel, Görünüşte Birleşme, s.40.

245 Aynı görüşte bkz: İçel, Suçların İçtiması, s.184.

barındıran normlar arasındaki ilişkiler bu çalışmanın konusu oluşturan birleşme kuralları ya da yorum ilkeleriyle gerçekleştirilmelidir²⁴⁶. 765 sayılı TCK'nın 10. maddesinin karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinde yer verilen düzenleme ise eskisine göre tamamen farklıdır. Bu maddede “bu kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” denilmek suretiyle “aksine hüküm olan hallerde” dahi yeni TCK'nın genel hükümlerinin özel ceza yasalarına da uygulanacağı düzenlenmiştir. Yani eski TCK döneminde, ceza yasanın genel nitelikteki normları ancak yan ceza yasalarında bu yönde bir düzenleme olmaması halinde uygulanabiliyor, yani özel yasalarda bulunan genel nitelikteki normlara nazaran yardımcı norm niteliğinde olabiliyor iken; 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi ile bu değiştirilmiş ve özel yasalarda aksine düzenleme olsa dahi TCK'da bulunan genel nitelikteki normların uygulanacağı kuralını getirmiştir. Bu düzenlemenin nedeni olarak ise özel düzenlemeler ile genel nitelikteki normların dolanılmasının önlenmeye çalışılması gösterilmiştir²⁴⁷.

TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihi tartışmalı olmakla birlikte²⁴⁸ nihayetinde 31 Aralık 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra çıkacak yeni özel ceza yasalarında TCK'nın genel nitelikteki normlara aykırı bir düzenleme içermesinin geçerli olup olmayacağı ayrı bir tartışmadır; ancak öğretilde 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi hükmünün, 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe giren yan ceza yasaları için bağlayıcı olduğu, bu tarihten sonra çıkarılacak yasalarda da 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesine aykırı normların bulunmamasının gerektiği, ancak bu tarihten sonra çıkan ve çıkarılacak yan ceza yasalarında TCK'nın genel hükümlerine aykırı normlara yer verilmesi halinde yan ceza yasası normlarının uygulanması gerektiği

246 İçel, Görünüşte Birleşme, s.39.

247 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin gerekçesi: “Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda ... ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir.”

248 Bu tartışmalar için bkz: Hüsamettin Uğur, “5237 Sayılı TCK'nın 5. Maddesi ve 5728 Sayılı Kanunun Getirdikleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 3, Sayı 19, Mart 2008, s.95, 96.

belirtilmektedir²⁴⁹.

Öğretide İçel, bütün ceza mevzuatının bir defada değiştirme hedefini güden ve böylece yan ceza yasalarının özelliklerini dikkate almayan bu hükmün sakıncalarının görülerek yürürlüğe girişinin ertelendiğini, zira bu hükmün özel – genel norm ilişkisi yönünden görünüşte birleşme hükümlerine aykırı bir düzenleme olduğunu ve bünyesinde barındırdığı önemli sakıncaların yanı sıra özel normun sonralığı ilkesi açısından da çözüm üretecek nitelikte olmadığını ifade etmektedir²⁵⁰.

Biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü görünüşte birleşme için ceza yasasında da bir düzenleme olmasının gerekmediği yönündeki yazarın görüşünü benimsemekle birlikte 5237 sayılı TCK’nın 5. maddesinin yalnızca görünüşte birleşmeye ilişkin bir hüküm olmadığını düşünüyoruz. Bu madde farklı biçimde ve kapsamda olmakla birlikte 765 sayılı TCK’nın 10. maddesindeki düzenleme ile aynı niteliktedir. Yani suç içeren normlar arasındaki ilişkiyi değil, suç ve yaptırım teorisine ilişkin tüm genel nitelikteki normların özellikle 765 sayılı eski TCK döneminde yürürlüğe konulmuş ve uygulanmaya başlanmış yan ceza yasalarında yer alan normlar açısından da geçerli olmasını sağlamak için konulmuştur. Bunun nedeni de 5237 sayılı yasa ile klasik ceza hukuku okulunun etkisi altındaki 765 sayılı TCK’nın yürürlükten kaldırılmasıyla, yeni yasa ile getirilmeye çalışılan modern suç teorisinin ilkelerinin 765 sayılı yasa döneminde o zamanki anlayışla çıkarılan yan ceza yasalarının suç ve yaptırım teorisine ilişkin düzenleme ve uygulamasının da yeni yasa ile uyumlu olmasının sağlanmaya çalışılmasıdır. Aksi takdirde tüm yan ceza yasaları ve hatta ceza normu içeren diğer yasalar açısından ayrı ayrı düzenleme yapılması gerekir, ancak bunun olanaksızlığı açıktır.

Öte yandan İçel’in zamanlama konusundaki görüşüne katılmaktayız. Gerçekten 5237 sayılı TCK’nın 5. maddesinin yürürlüğü yasanın diğer maddeleriyle birlikte 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecek iken, ceza normu içeren diğer mevzuatta gerekli değişiklik ve düzenlemelerin yapılmaması nedeniyle bu maddenin yürürlüğü önce 31.12.2006 tarihine ertelenmiş, bu süre de yeterli olmayınca erteleme

249 Bu konuda ayrıntılı görüşler için bkz: Fatih Selami Mahmutoglu, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ed: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.361.

250 İçel, Görünüşte Birleşme, s.39, 40.

süresi 31.12.2008 tarihe kadar uzatılmıştır. Nihayetinde 8 Şubat 2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile söz konusu değişikliklerin önemli bir kısmı yapılmıştır. Ancak Avrupa Birliği’ne uyum süreci içerisinde acele şekilde çıkarılan TCK öncesinde bu değişikliklerin de tasarı haline getirilmeli ve 5237 sayılı TCK, yürürlük yasası ve söz konu değişiklikleri içeren bu yasa art arda bir bütün halinde yasalaştırılarak yürürlüğe konulmalı ve bu eleştiri ve kötü uygulamaların önlenmesi sağlanmalıydı.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka konu ise örtülü ilga ile özel – genel norm ilişkisinin birbirinden ayrılmasının gerekmesidir. Biri diğerinden sonra çıkarılmış normların aynı konuyu düzenlemeleri ve aynı andan uygulanmalarını engelleyen bir çelişkinin bulunması halinde sonradan yürürlüğe giren normun önceki normu örtülü şekilde yürürlükten kaldırması söz konusu olmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, normlardan birisinde diğerine göre özelleşmeyi sağlayabilecek bir özelliğin ya da unsurun bulunmamasıdır. Özel norm – genel norm ilişkisinde ise örtülü ilgadan farklı olarak yukarıda açıkladığımız şekilde bu şekilde bir farklılaşma olmakta ve her iki normda birlikte yürürlükte kalmakta ancak farklı somut olaylara uygulanmaktadırlar²⁵¹.

Sonuç olarak 5237 sayılı yasanın 5. maddesindeki düzenleme ışığında, TCK’da yer alan suçla ilgili bir norm ile bir yan ceza yasasında yer normun çatışması halinde diğer şartların da varlığı koşuluyla sorun özel normun önceliği ilkesi çerçevesinde çözümlenmelidir. 31 Aralık 2008 tarihinden önce yürürlüğe giren özel ceza yasalarında yer alan genel hükümlere ilişkin normlar ile TCK’nın genel nitelikteki normları arasında çatışma olması halinde TCK’nın 5. maddesinin açık düzenlemesi karşısında TCK’nın aynı konuyu düzenleyen normları uygulanacaktır. 31 Aralık 2008 tarihinden sonra yürürlüğe giren ya da şimdiden sonra çıkacak yan ceza yasaları ile TCK’nın genel hükümleri arasında çatışma olması halinde ise TCK’nın 5. maddesi karşısında olması gereken hukuk açısından bu şekilde çelişkili bir norm düzenlenmemesi gerekir, ancak buna rağmen düzenleme olması halinde sorun özel normun önceliği ilkesi çerçevesinde çözümlenmelidir. Ancak bu çözüm şekli suç teorisi açısından uygun olsa da TCK’nun genel hükümleri ve bu hükümlerle

251 Roxin, §33, kn.213; İçel, Görünüşte Birleşme, s.42; Öztürk/Erdem, kn.601.

ülkemizde uygulanmak istenilen modern suç teorisi ile çelişki oluşturma riskini taşımaktadır.

2. Bir Normun Diğer Tarafından Tüketilmesi İlkesi (Tüketen – Tüketilen Norm İlişkisi)

a. Genel Olarak

Ceza normları belirli bazı hukuksal değerleri korumak amacıyla düzenlenirler. Bazı durumlarda tek bir norm, farklı normlarla korunan hukuksal değerleri bir tek normun içinde ve bir bütün halinde korur ve dolayısıyla bu değerlere zarar veren eylemlere tek bir ceza verilmesini öngörür. İşte bu gibi durumlarda tüm hukuksal değerleri korumak suretiyle eyleme tek ceza verilmesini düzenleyen norm diğer normları da kapsar ve adeta diğer normları kendi içinde tüketir, bu durumda hukuksal değerleri ortak olarak koruyan normun uygulanması ile yetinilir, zira bu norm ortak korumayı sağlayarak kapsamına giren eylemlere diğer normların uygulanmasını önler²⁵².

Bir normun diğer tarafından tüketilmesi ilkesinin görünüm şekillerinden birisinde, diğer normların koruduğu hukuksal değerlerin tümünü koruyan bir norm, genellikle diğer normların içerdiği suçları kendi bünyesinde unsur ya da cezayı arttırıcı nitelikli hal olarak barındırır. Bu ilkenin en önemli ve yukarıdaki ilk halin örneğini bileşik suç oluşturur. Örneğin bir binaya girmek suretiyle işlenen hırsızlık suçunda, hem hırsızlık suçu hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşur ancak bu iki norm arasında tüketen – tüketilen norm ilişkisi bulunduğu için faile yalnızca hırsızlık suçunun nitelikli halinden ceza verilir²⁵³.

Diğer bir görünüm şeklinde ise bir eylemin yapılmasıyla meydana gelen hukuka aykırılık, sonraki eylemleri de kapsar ve böylelikle önceki eyleme normun uygulanmasıyla cezalandırılmayan sonraki normlar da tüketilmiş olur (cezalandırılmayan sonraki norm)²⁵⁴. Ancak ilk eylemden sonraki eylemlerin cezalandırılmaması için iki şartın varlığın gerekir: Bunlardan ilki sonraki eylemle başka bir hukuksal değer ihlal edilmemesi, ikincisi ise mevcut zararın büyütülmemesidir²⁵⁵. Bu

252 İçel, Görünüşte Birleşme, s.38, 42; Öztürk/Erdem, kn.603.

253 İçel, Suçların İctimai, s.174.

254 Roxin, §33, kn.219; İçel, Görünüşte Birleşme, s.33.

255 İçel, Görünüşte Birleşme, s.43; Roxin, §33, kn.220.

duruma özellikle mal aleyhine suçlarda rastlanır. Fail bu tür suçlarda genellikle ilk eylemin sonuçlarını (hukuka aykırı olarak elde ettiği yararları), sonraki eylemleri ile değerlendirir veya güven altına alır²⁵⁶. Hırsızlık yapmak suretiyle alınan eşyanın tahrip edilmesi veya hırsızlık yapmak suretiyle çalınan malın başkasına satılması suçlarında olduğu gibi cezalandırılmayan sonraki eylemler bu kapsamdadır²⁵⁷. Bu örnekte olduğu üzere fail sonraki eylemi ile hırsızlık suçundan elde ettiği çıkarın bir tür değerlendirmesini yapar²⁵⁸. Ancak failin hırsızlık sonucu elde ettiği silahla hırsızlık suçunun mağdurunu yaralaması halinde burada artık farklı hukuksal değerlerin korunması söz konusu olmaktadır ve her iki eylem de ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Benzer bir şekilde hırsızlık sonucu elde edilen malların üçüncü bir kişiye dolandırıcılık yoluyla satılması, ya da suç geliri elde eden aklama suçu failinin bu geliri sermaye yaparak yasa dışı uyuşturucu satışı yapması halinde de farklı hukuksal değerler korunmakta, başka zarar oluşmakta ve cezalandırılması gereken farklı eylemler ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu gibi hallerde yukarıda belirttiğimiz şartlar gerçekleşmediğinden cezalandırılmayan sonraki norm söz konusu olmayıp, suçların gerçek birleşmesi söz konusu olur. Cezalandırılmayan sonraki normun, tüketen – tüketilen norm ilkesi bağlamında suç teorisi açısından ilkeselliğini ortaya koymak için şu örnek de verilebilir: Suç gelirlerinin aklanması suçunda bu suçu oluşturan hareketleri öncül suçtan elde edilmiş gelirlerinin yurt dışına çıkartılması veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması oluşturur²⁵⁹. Ayrıca 282. maddenin 2. fıkrasında suç gelirlerinin satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması veya kullanılması bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. 282. maddenin 2. fıkrasındaki suçtan dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için 1. fıkrada düzenlenen suç gelirlerinin aklanması suçuna herhangi bir biçimde iştirak etmemiş olması gerekir²⁶⁰. Zira 2. fıkrada yer alan suç, 1. fıkrada yer alan suç açısından cezalandırılmayan sonraki normdur. Yasa koyucu böylelikle açık bir biçimde olmasa da bu ilkeyi yasada düzenlemiştir.

Bu ilkenin diğer görünüm şeklini ise seçimlik hareketli suçlar oluşturur, zira bu suçlar özelliği gereği yasada gösterilen hareketlerden

256 Roxin, §33, kn.220; Öztürk/Erdem, kn.603.

257 Karşı görüş için bkz: Roxin, §33, kn.222, 224.

258 İçel, Görünüşte Birleşme, s.43.

259 Dülger, Suç Gelirlerinin Aklanması, 528, 561.

260 Dülger, Suç Gelirlerinin Aklanması, 661.

birisinin yapılmasıyla işlenebilir. Fail buna rağmen tek hareketle yetinmeyip normdaki diğer hareketleri de işlemişse kendisine yine tek bir suçun cezası verilir. Çünkü bu durumda aynı normun birden fazla ihlali ve bunun sonucu olarak birden fazla suç işlenmesi görünüştedir; aslında bu durumda tek ihlal ve tek suç oluşumu söz konusudur. Dolayısıyla görünüşte birleşme durumlarından birisi söz konusu olmamaktadır²⁶¹.

Görüldüğü üzere burada normların içerdiği suçlar arasında bir zorunluluk ilişkisinin bulunması bu ilkenin varlığı için aranmaz. Dolayısıyla yukarıda verilen örneklerde de görüldüğü üzere hırsızlık yapıldıktan sonra malın tahrip edilmesi, başkasına satılması ya da hırsızlık suçunun bina içinde işlenmesi ile hırsızlık suçu ya da seçimlik hareketlerin birinin değil de diğerinin yapılması arasında bir zorunluluk ilişkisi bulunmaz²⁶².

b. Bileşik Suç

Aslında her biri bağımsız suçları oluşturan eylemlerin bir araya getirilmesi ve bunların yeni bir suç oluşturan hukuki anlamda tek bir eylem halinde düzenlenmesi ya da tek başına bağımsız bir suçu oluşturan bir eylemin diğer bir suçun cezasının arttırılmasını gerektiren nitelikli hali haline getirebilmesi durumunda bileşik suç söz konusu olur. Bu durumda da suçların ve bu suçları düzenleyen normların çok oluşu görünüştedir. Aslında bir başka suç tipinin içerisinde unsur ya da cezayı artırıcı nitelikli hal olarak yer verilen norm, diğer normları tüketir ve onların bağımsızlıklarını yitirmelerine neden olur²⁶³.

Bileşik suç aslında suçların birleşmesinin bir türü olmamasına rağmen 5237 sayılı TCK'da "suçların içtimaı" başlığı altında 42. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre: "Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz."

Bileşik suçta gözden kaçırılmaması gereken husus, bu durumda yasanın ifadesiyle "tek fiil sayılan suçun" bulunduğu yani birden çok suçun ve bu bağlamda hareketin değil hukuki anlamda tek hareketin

261 İçel, Görünüşte Birleşme, s.44.

262 İçel, Görünüşte Birleşme, s.38, 43.

263 İçel, Suçların İçtimaı, s.204; İçel, Görünüşte Birleşme, s.44; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.705, 706; Özgenç, s.503; Öztürk/Erdem, kn.594.

ve tek suçun bulunduğu²⁶⁴. Dolayısıyla bileşik suç durumunda eylemin tekliği belirlenirken, doğal anlamda hareketin tekliği değil, hukuki yani tipik anlamda hareketin tekliğinin dikkate alınması gerekir. Bu hareketlerden bazıları yasada bağımsız başka suç tipleri olarak düzenlenmiş olsalar dahi, artık bu hareketler bir bütün halinde tek bir suç olarak kabul edilmez ve söz konusu hareketlerin tümü tek suçun haksızlık unsurunu oluştururlar²⁶⁵.

Esasında bileşik suçta hareketler doğal anlamda birden çoktur ve her hareket değişik hukuki değerleri ihlal ederler. Örneğin TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunda cebir veya tehditle eşya alınır ve birden çok hareketle suç gerçekleşir, aynı zamanda kişinin vücut bütünlüğünün korunması ve mal varlığı gibi birden fazla hukuksal değer de ihlal edilir²⁶⁶. Ancak bu durumda yasa koyucu birden çok hukuksal değeri ihlal eden hareketleri tek eylem sayarak bir suç tanımı içinde birleştirmektedir. Bir başka deyişle, bileşik suçlarda hukuki anlamda tek hareket bulunur ve dolayısıyla tek suç söz konusu olur. Buna göre bileşik suç, suçların birleşmesi hallerinden birisi olmayıp, buna ilişkin bir düzenlemeye TCK'da suçların birleşmesi bölümünde yer verilmesi aslında gerekli değildir²⁶⁷. Çünkü bileşik suç tipikliğe ilişkin bir sorun olup, suç tipinin incelenmesiyle ortaya çıkarılabilir. TCK'nın 42. maddesi bulunmasaydı da bir suç diğerinin unsuru ya da cezayı artıran nitelikli hali olarak düzenlenmiş ise bileşik suçun varlığı kabul edilecektir, çünkü bu husus suç tipinin düzenlenişinden anlaşılır²⁶⁸. Ancak yasa koyucunun, görünüşte içtima hallerinden en sık görüleni bileşik suç olduğu ve bu konuda farklı yorumlara ve karışıklıklara yol açamaması gerekçesiyle bileşik suçta ayrıca yasada yer verdiği ifade edilmektedir²⁶⁹.

264 Koca/Üzülmez, s.481.

265 Koca/Üzülmez, s.481.

266 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.706.

267 Aynı görüşte bkz: Koca/Üzülmez, s.481; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.706; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.519; Koca, s.198.

268 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.706; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.519.

269 Yasayı kaleme alanlardan Özgenç de yasada böyle bir hükmün bulunmasının gereksiz olduğuna işaret etmekte, buna rağmen hükmün yasada yer almasının gerekçesini ise şu şekilde açıklamaktadır: “Düşüncemize göre, bileşik suçta ilişkin olarak Kanunun genel hükümleri kapsamında bir düzenleme yapılması gereksizdir. Yeni TCK'ya ilişkin TBMM Adalet Komisyonundaki çalışmalarımız sırasında bu düşüncemizi dile getirmemize rağmen, Hükümet Tasarısındaki hüküm (m.54) gerekçesi ile birlikte aynen muhafaza edilmiştir. Aslında yeni TCK'ya ilişkin TBMM

Burada değinmek istediğimiz bir diğer husus da TCK'da bileşik suçun düzenlendiği 42. maddede “bileşik suçun parçalarını oluşturan suçların unsur ya da ağırlatıcı sebep” olduğunun belirtilmesidir. Burada “ağırlatıcı sebep” kavramının kullanılması hatalıdır, zira TCK'da ağırlatıcı ya da hafifletici neden kavramları kullanılmayıp, bunların yerine suçun nitelikli hali kavramı kullanılmaktadır²⁷⁰. Bu nitelikli hal suçun cezasını arttırıcı nitelikte olduğu gibi hafifletici nitelikte de olabilir²⁷¹. Dolayısıyla 42. maddede kullanılan terminoloji yasanın bütünü ile bir uyumsuzluk içindedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi bileşik suçta, ya bir suç diğerinin unsurunu oluşturur yani çeşitli suçları oluşturan hareketler unsur olarak bir araya gelerek bir başka suçu oluşturur ya da bir suç diğer bir suçun cezası arttıran nitelikli halini oluşturur.

Bunlardan birincisinde, bir suç diğerinin unsurunu oluşturur yani çeşitli suçları oluşturan hareketler unsur olarak bir araya gelerek bir başka suçu oluşturur. Bu durumda, bileşik suçu meydana getiren suçların niteliği değişir, ortaya başka nitelikte bir suç çıkar. Unsur olan suçlar bağımsızlıklarını kaybeder ve ortada bir suç bulunur, dolayısıyla sadece bu suçun cezası verilir²⁷². Burada dikkat edilmesi gereken husus, yasada açıkça unsur olarak gösterilen suçun bağımsızlığını kaybedeceğidir²⁷³. Bileşik suçun tanımında unsur veya nitelikli hal olarak açıkça belirtilmeyen suçlar ise bağımsızlıklarını korurlar²⁷⁴. Farklı suçlar bir suçun unsuru olarak bağımsızlıklarını kaybettiklerinde ve suçun oluşması için unsur niteliğini kazandıklarında, yani bu suç unsur olarak gerçekleşmeksizin içine dahil olunan suçun gerçekleşmesi mümkün olmadığında, suçlar arasında zorunluluk ilişkisinin bulunduğu

Adalet Komisyonundaki çalışmalarda esas akınan suç teorisinde ‘ağırlatıcı neden’ veya ‘hafifletici neden’ kavramları kullanılmadığı halde, Hükümet Tasarısından aynen iktibas edilen bu hükümde ‘unsur’ ve ‘ağırlatıcı neden’ ayırımına yer verilmiştir” Özgenç, s.503.

270 Bkz: Yukarıdaki dipnot son tümce. Aynı görüşte bkz: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.516.

271 Aynı görüşte bkz: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.706, dn.694; Koca/Üzülmez, s.481.

272 İçel, Görünüşte Birleşme, s.45.

273 İçel, Suçların İçtimai, s.207.

274 Öztürk/Erdem, kn.595; İçel, Suçların İçtimai, s.206, 207; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.516.

görülür²⁷⁵. Dolayısıyla bir zorunluluk ilişkisinin bulunmadığı, bir suç işlemek için başka bir suç işlemek, bir suç gizlemek için başka bir suç işlemek ve bir suç dolayısıyla başka bir suç işlemek hallerinde her bir suç bağımsızlığını korur ve bu durumlarda bileşik suç değil, cezaların birleşmesi söz konusu olur²⁷⁶.

Bileşik suçun birinci görünüm şeklinin en bilinen ve klasik örneğini yağma suçu oluşturur. Aslında TCK'nın 108. maddesinde düzenlenen “cebir”, 106. maddesinde düzenlenen “tehdit” ve 141. maddesinde düzenlenen “hırsızlık” suçları birbirlerinden ayrı suç tipleri olmalarına rağmen, yasa koyucu tarafından birleştirilerek bunlardan tamamen bağımsız yeni bir suç tipi olan ve yasanın 148. maddesinde düzenlenen “yağma” suçu oluşturulmuştur. Burada cebir – tehdit suçu hırsızlık suçunun unsurudur ve bu iki suç bağımsız bir suç tipi içinde birleşmiştir²⁷⁷. Buna göre bir kişiye karşı cebir ya da tehdit kullanılarak hırsızlık suçunun işlenmesi halinde artık bu madde hükümleri uygulanmaz bunlardan tamamen bağımsız olan yağma suçu uygulanarak faile bu suçun cezası verilir. Benzer şekilde TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunda ya da 114. maddesinde düzenlenen siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunda da cebir ve tehdit kullanılması bu suçların unsurlarını oluşturduğu için ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilmez yalnızca TCK'nın 102. ve 114. maddelerinde tanımlanan suçların cezası verilir²⁷⁸.

Ancak cebir kullanmanın bir suçun temel veya nitelikli halini oluşturduğu hallerde, TCK'nın 87. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birisinin gerçekleşmesi durumunda, artık hem cebrin unsur olduğu suçtan hem de kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden ceza verilir. Bunlara örnek olarak TCK m.102/4 cinsel saldırı suçu, m.103/5 çocukların cinsel istismarı, m.109/6 kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, m.119/2 hürriyet karşı suçların bazıları, m.149/2 nitelikli yağma ve m.265/5 görevi yaptırmamak için direnme suçları gösterilebilir. Dolayısıyla cebrin suçun unsuru ya da nitelikli hali olarak kabul edilebilmesi için uygulanan eylemin kasten yaralama suçunun temel

275 İçel, Görünüşte Birleşme, s.45.

276 Centel/Zafer/Çakmut, s.520; Koca/Üzülmez, s.482.

277 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.517.

278 Koca/Üzülmez, s.482; İçel, Görünüşte Birleşme, s.45; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.706.

şeklini oluşturacak nitelikte olması gerekir. Bunun dışında kalan hallerde hem cebrin unsur olduğu suç, hem de kasten yaralama suçunun nitelikli hali söz konusu olur ve faile her iki suçun cezası verilir²⁷⁹. Çünkü kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleşmesi durumunda, bu ağırlaşan neticeden failin ayrıca sorumlu tutulacağı açıkça belirtilmiştir. Bunlar bileşik suçun istisnalarıdır.

Bileşik suçun ikinci görünümünde ise bir suç diğer suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu oluşturur ve unsur olan suç bağımsızlığını kaybeder²⁸⁰. Örneğin yağma suçunun nitelikli hallerinden birisini oluşturan, suçun konut veya iş yerinde işlenmesi halinde, aslında TCK'nın 116. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu da işlenmektedir, ancak bu durum yağma suçunun cezayı arttıran nitelikli halini oluşturduğu için, artık konut dokunulmazlığını ihlal suçu bağımsızlığını yitirir ve faile bu suçtan ayrıca ceza verilmeyerek yağma suçunun nitelikli halinden ceza verilir²⁸¹. Yargıtay da kararlarında bunu açıkça ifade etmektedir²⁸². Benzer şekilde TCK'nın 292. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ceza evinden firar etme suçunun kişilere cebir ve tehdit kullanılarak ya da kapı veya pencere kırılarak işlenmesi hali de bileşik suça örnektir. Çünkü TCK'da ayrı olarak düzenlenmiş cebir ve tehdit ile mala zarar verme suçları, firar suçunun nitelikli halleri olarak düzenlenmiş ve bağımsızlıklarını kaybetmişlerdir. Ancak bileşik suçun ikinci görünümünde dikkat edilmesi gereken nokta, bileşik suçun birinci görünüm şeklinden farklı olarak, temel suç ile nitelikli hal olarak düzenlenen suçlar arasında zorunluluk ilişkisinin bulunmamasıdır.

279 Koca/Üzülmez, s.482; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.706.

280 İçel, Suçların İhtimalı, s.207.

281 Koca/Üzülmez, s.482.

282 “Sanıkların bileşik suçlardan olan nitelikli yağma suçunu, 5237 sayılı TCY'nin 149/1-a, c, d, h maddesine uyan biçimde silahla, birden fazla kişiye, konutta ve geceleyin işlediklerinin anlaşılması karşısında, anılan maddede yazılı nitelikli yağma suçunun ağırlaştırıcı nedeni olan konut dokunulmazlığını bozma suçundan ayrıca hüküm kurulması olanağı bulunmadığı gözetilmeden yazılı biçimde uygulama yapılarak, aynı Yasanın 42/1. maddesine aykırı davranılması” 6. CD., 10.12.2007, 97/13859. “Yağma suçunun konut içinde işlenmesi durumunun 5237 sayılı TCK'nın 149/1-d maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve sanık hakkında nitelikli yağmaya teşebbüs suçunda bu bendin de uygulanması karşısında 42. maddede öngörülen bileşik suç hükümleri gereğince; ayrıca konut dokunulmazlığını bozmak suçundan ceza verilemeyeceğinin düşünülmemesi” 1. CD., 28.4.2008, 2007/2819, 2008/3405. Akt: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.707.

Çünkü cebir ve tehdit ya da mala zarar verme olmaksızın da örneğin tünel kazılmak suretiyle firar edilmesi mümkündür, aynı şekilde hırsızlığın mutlaka bina içinde yapılması gerekli değildir. Pekala, sokağa park edilmiş arabanın ya da camları veya kapısı açık bırakılmış araba içindeki eşyanın çalınması da mümkündür²⁸³.

Bileşik suçun bu görünümüyle ilgili şu örnekler de verilebilir: TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun 2. fıkrasında, yine 116. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçunun 4. fıkrasında suçun cebir ve tehdit kullanılarak işlenmesi bu suçların nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Aslında yasanın 106. ve 108. maddelerinde düzenlenen cebir ve tehdit eylemleri söz konusu suçların cezayı arttıran nitelikli hali şeklinde düzenlenerek tipik bir bileşik suç hali olarak düzenlenmişlerdir. Aynı şekilde TCK'nın 105. maddesinde bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenen cinsel taciz suçu TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçunun 3. fıkrasında suçun cezayı arttıran nitelikli hali olarak düzenlenmektedir. Buna göre işkence suçunun mağdura cinsel taciz uygulanarak işlenmesi halinde faile ayrıca cinsel taciz suçundan ceza verilmez, işkence suçunun nitelikli halinden ceza verilir²⁸⁴.

Hırsızlık suçunun nitelikli hallerinden birisi olan eylemin “herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” işlenmesi halinde ise (TCK 142/1-b), bunun aynı zamanda konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşturması ve hırsızlık suçunun cezayı arttıran nitelikli hali olmasına karşın bileşik suç hükmü uygulanmaz ve TCK'nın 142/4 maddesi gereğince hem hırsızlık suçunun nitelikli halinden hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ceza verilir²⁸⁵. Bu bize göre teorik açıdan hatalı bir düzenleme olup yasanın ve bu alandaki uygulamanın bütünlüğünü bozmaktadır²⁸⁶. Nitekim yasanın ilk halinde 142. maddenin 4. fıkrası bulunmadığı için bu konuda bir ayrıma gidilmemişti. Ancak Yargıtay 6. Ceza Dairesi, TCK'nın bu düzenlemesine rağmen konuta girilmek suretiyle işlenen hırsızlık suçlarında hem hırsızlık suçunun hem de konut dokunulmazlığını ihlal

283 İçel, Görünüşte Birleşme, s.45.

284 Koca/Üzülmez, s.483.

285 Koca/Üzülmez, s.483.

286 Karşı görüşte bkz: Özgenç, s.504.

suçunun oluştuğuna karar vermiştir²⁸⁷. Bunun sonucunda 5560 sayılı Yasanın 6. maddesiyle²⁸⁸ TCK'nın 142. maddesine eklenen 4. fıkra²⁸⁹ ile Yargıtay'ın kararı doğrultusunda suçun bu şekilde işlenmesi halinde hem hırsızlıktan hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ceza verileceği ve dolayısıyla bileşik suç hükmünün burada uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bunun gerekçesi olarak öğretilde, hem Yargıtay'ın söz konusu kararı hem de gereksiz tartışmaların önlenmesi gösterilmiştir²⁹⁰. Yasanın gerekçesinde ise suçların temel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyetle bağlı olmasının karışıklığa neden olduğu gösterilmiştir²⁹¹. Ancak gerekçe ile elde edilmek istenen sonuç bize göre farklıdır. Yağma suçunun konut içinde işlenmesi halinde faile yalnızca yağma suçunun nitelikli halinden ceza verilirken hırsızlık suçunda hem bu suçtan hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ceza verilmesi açık bir çelişki oluşturmaktadır²⁹². Dolayısıyla bize göre değişikliğin

287 “Yakınının etrafı duvarla çevrili bahçesi içindeki eve bitişik bina niteliğindeki ahırından geceleyin küçükbaş hayvan almak biçinde gerçekleşen eylemi, 5237 s. TCK'nın 142. maddesinin birinci fıkrasının b bendi ve 143. maddesine uyan hırsızlık suçu ile aynı Yasanın 116. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarına uyan konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur.” 6. Ceza Dairesi, 19.9.2006, E. 1087 K. 8255. Akt: Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.1085.

288 6.12.2006 kabul tarihli ve 5560 sayılı yasa. Resmi Gazete tarihi: 19.12.2006.

289 “Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali ve mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz.”

290 Özgenç, s.505.

291 “Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza kuralı gereğince, hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya malvarlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir. Ancak, her iki suçun temel şekli, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olduğu için; örneğin konut dokunulmazlığını işlemek suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, konut dokunulmazlığının temel şekli uzlaşma kapsamına girmekte ve fakat, hırsızlık suçu uzlaşma kapsamı dışında kalmakta ve bu durumlarda, uygulamada, hırsızlık suçundan dolayı soruşturmanın bekletilmesi veya ayrı yürütülmesi gibi sorunlarla karşılaşilmektedir. Belirtilen sakıncanın ortadan kaldırılması amacıyla 5237 sayılı Kanunun 142'nci maddesine eklenmiştir.” TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 1255, s.18.

292 Aynı görüşte bkz: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.518. Nitekim Özgenç, yağma suçu açısından da bu suçun nitelikli halli olan suçun “konut veya

gerekçesinin bu şekilde açıklanması doğru değildir. Bu alan, ya benzer durumların tamamı (örneğin yağma suçunun konut içinde işlenmesi gibi) benzer şekilde sonuca bağlanarak ya da bu konudaki genel ilkeye dokunulmayıp Yargıtay'ın yasal düzenleme doğrultusunda karar vermesi için içtihat değişikliğine gitmesi sağlanarak çözümlenmelidir. Bize göre olması gereken hukuk açısından doğru çözüm bu şekildedir.

Ancak öğretide Zafer, bina ve eklentileri içinde muhafaza altında bulunan eşyanın alınmasının hırsızlık suçunun ağırlaşmış halini oluşturduğunu; bina, konut sayılmadığından konut dokunulmazlığını ihlal suçunun açıkça hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak gösterilmediğini, TCK m.142/1-b'deki tanımın bileşik suç tanımı olmadığını ifade etmektedir. Yazar, bu nedenle yasa koyucunun hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali ve mala zarar verme suçlarının işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyetin aranmayacağını kurala bağladığını, bu düzenlemenin de hırsızlık ile konut dokunulmazlığı veya mala zarar verme suçları arasında suçların birleşmesi kurallarının uygulanmayacağını, hırsızlık konusu malın bulunduğu bina konut kapsamında ise konut dokunulmazlığını ihlalden ve hırsızlıktan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacağını belirtmektedir²⁹³.

Yasal düzenleme ve Yargıtay uygulaması böyle olmakla birlikte yukarıda açıkladığımız görüşler ve gerekçeler doğrultusunda, bina ile konut kavramları arasında bu şekilde yapılan bir ayrımın, normun konuluş amacıyla bağdaşmadığını, bunun bir bileşik suç olduğunu, nitekim söz konusu değişikliğin de sonradan yapıldığı ve yağma ile hırsızlık suçları arasında bu şekilde bir ayrım yapılmasının çelişki oluşturduğunu düşünmekte ve bu görüşe katılmamaktayız.

Bileşik suçun söz konusu ikinci görünümünde bağımsızlığını kaybeden suçun nitelikli unsur olarak yasada açıkça gösterilmesi gerekir²⁹⁴. Eğer bir suçun diğerinin nitelikli hali olduğu yasada açıkça

işyeri işlenmesi halinde" hem yağma suçundan hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiğini ancak mevcut yasal düzenleme karşısında bunun mümkün olmadığını ve yalnızca suçun cezasının artırılarak verilebileceğini ifade etmektedir. Bkz: Özgenç, s.506.

293 Zafer, s.334, 335.

294 İçel, Suçların İctimai, s.208; Koca/Üzülmez, s.483; Öztürk/Erdem, kn.595.

gösterilmemişse, bileşik suç oluşmaz²⁹⁵. Ancak buradan anlaşılması gereken ilgili suçun adının mutlaka diğer suça ait tipinde içinde belirtilmesi değildir. Bir suçun eylem unsurunun diğer bir suç tipi içinde belirtilmesi bileşik suçun varlığı için yeterli ve gereklidir²⁹⁶. Dolayısıyla TCK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının (h) ve (i) bentlerinde düzenlenen kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinde bileşik suç durumu yoktur, zira fail, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla veya bir suçu işleyememekten duyduğu infialle kasten öldürme suçunu işlediğinde araç ve amaç suçlar bağımsızlıklarını korumaktadırlar²⁹⁷. Buna göre bir suçun işlemesi için bir başka suçun işlenmesi (cinsel saldırı suçunu işlemek için eve girilmesi, altınları alma amacıyla mağdurun öldürülmesi), bir suçun gizlenmesi için bir başka suçun işlenmesi (cinsel saldırı mağduru kadının yumrukla bayıltılması), bir suç aracılığıyla bir başka suçun işlenmesi (sarhoş failin devlet başkanına hakaret etmesi, kavga ettiği arkadaşını öldüren failin, ölenin üstündeki değerli eşyaları alması) hallerinde bileşik suç söz konusu olmaz²⁹⁸.

TCK'da bileşik suçun düzenlendiği 42. maddenin ikinci tümcesine göre “bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.” Yasada burada uygulanmaması gerekenin cezaların mı yoksa suçların mı birleşmesi olduğu açıkça belirtilmemektedir. Nitekim öğretide bazı yazarlar bu ifadeden yola çıkarak, “içtima hükümleri” ile gerçek birleşmenin kastedildiğini, yasada her ne kadar bu tür suçlarda birleşme hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmişse de TCK'da cezaların birleşmesine ilişkin hükümlere yer verilmediğini, dolayısıyla yasa koyucunun yasada bulunmayan kurallara yollama yaptığını ifade etmektedirler²⁹⁹. Ancak hem yasada açıkça cezaların birleşmesi düzenlenmediği için hem de esas olan cezaların birleşmesi olduğu için bu düzenlemenin suçların birleşmesi olarak anlaşılması gerekir³⁰⁰. Buna göre her ne kadar suçların içtimai bölümünde düzenlense de bileşik suçun, suçların birleşmesinin bir biçimi olmadığının yasada açıkça belirtilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere bunun ayrıca ceza

295 İçel, Suçların İçtimai, s.208.

296 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.518. Karşı görüş için bkz: Zafer, s.335, 336.

297 Öztürk/Erdem, kn.595; Koca/Üzülmez, s.483.

298 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.519.

299 Zafer, s.333.

300 Koca/Üzülmez, s.483, 484.

yasasının suç teorisi bölümünde düzenlenmesine gerek yoktur³⁰¹.

Sonuç olarak bileşik suç tek başına bağımsız bir suç olduğu için faile suçun unsurlarını oluşturan ya da nitelikli halini oluşturan suçlardan ayrı ayrı ceza verilmeyip yalnızca bileşik suçtan ceza verilir.

3. Yardımcı Normun Sonralığı İlkesi (Asli – Yardımcı Norm İlişkisi)

a. Genel Olarak

Yasa koyucu bazı hallerde, işlenen eylemlerinin cezasız kalmaması için diğerlerinin uygulanmadığı hallerde uygulanmak üzere geniş kapsamlı normlar düzenler. Bunlara uygulamada “torba hükümler” denilir. Bunların amacı yasada boşluk doğmasını önlemektir³⁰². Bunlar, yardımcı normun sonralığı ilkesi gereğince, aynı konuyu düzenleyen normların tümü ya da sadece kendilerinden daha ağır ceza içeren normlar karşısında geri çekilir ve karşılaştıkları diğer normlar somut olaya uygulanır³⁰³. Buna göre somut olaya her ne kadar uygulanabilecek iki norm varmış gibi görünse de, bu görünüştedir, çünkü eyleme asli normun uygulanması ile yetinilir³⁰⁴. Kısaca bir norm, sadece diğer bir normun uygulanmadığı sürece uygulanabilir hale geliyorsa yardımcı (ikincil, tali) norm niteliğindedir³⁰⁵.

Yardımcı norm bazen yasada açıkça düzenlenirken bazen de bunun yorum yoluyla bulunması gerekir³⁰⁶. Bu yorumlama esnasında yasanın esas fikri, normlar arasındaki ilişkiler ve normun içerdiği suçun özellikleri dikkate alınır³⁰⁷. Örneğin TCK’nın 244. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen “bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlama suçu” ve 245. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen “sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka veya kredi kartıyla haksız yarar sağlama suçu” yardımcı normlardır. Nitekim bu

301 Özgenç, s.503.

302 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.703; Özgenç, s.538; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.541.

303 Roxin, §33, kn.190; İçel, Görünüşte Birleşme, s.38.

304 İçel, Görünüşte Birleşme, s.45; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.704.

305 Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.703.

306 Roxin, §33, kn.191; İçel, Görünüşte Birleşme, s.38; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.703; Öztürk/Erdem, kn.603; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.541.

307 İçel, Görünüşte Birleşme, s.45, 46; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.704.

normlarda açıkça “başka bir suç oluşturmaması halinde” ve “fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” ifadelerine yer verilerek bunların yardımcı norm olduğu ve uygulanacak başkaca bir normun bulunmaması halinde devreye girecekleri açık bir biçimde düzenlenmiştir³⁰⁸. Buna karşın karma suçlarda ya da geçit suçlarında bu normların yardımcı niteliği yorum yoluyla bulunabilir.

Yardımcı normlar “mutlak” ve “nispi” olma durumlarına göre de ayrıma tutulurlar.³⁰⁹ Sonralık aynı konuyu düzenleyen bütün normlar açısından geçerli olduğunda mutlak, belli bazı normlar açısından geçerli olduğunda ise nispi olarak değerlendirilir. Örneğin yardımcı normda 244. maddenin 4. fıkrasında olduğu gibi “başka bir suç oluşturmaması halinde” şeklindeki bir koşulla düzenlenmişse bu normun sonralığı açık ve mutlak, 245. maddenin 3. fıkrasında olduğu gibi “fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” şeklindeki bir koşulla düzenlenmişse bu normun sonralığı açık ve nispidir³¹⁰.

Asli norm – yardımcı norm ilişkisinin bulunduğu bu gibi hallerde yardımcı normun sonralığı ilkesi gereğince somut olaya asli norm uygulanır ve bu gibi hallerde tek bir normun varlığı kabul edilir. Buna göre aynı eylemden kaynaklanması şartıyla somut tehlike suçu soyut tehlike suçuna göre, zarar suçu somut tehlike suçuna göre, tamamlanmış suç teşebbüs aşamasında kalmış suça göre, suça katılmanın ağır şekilleri hafif şekillerine göre (faillik şerikliğe göre)³¹¹ asli norm niteliğindedir³¹².

b. Geçit Suçu

Asli - yardımcı norm ilişkisi yönünden görünüşte içtimain en sık karşılaşılan türünü geçit suçları ya da bir başka deyişle geçitli suçlar oluşturur. Failin bir suçu işlemek için aynı hukuksal değeri koruyan ve daha hafif bir yaptırımı gerektiren suçu işlemek zorunda kalarak daha

308 Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.423; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.704; Özgenç, s.538; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.541.

309 Roxin, §33, kn.192.

310 İçel, Görünüşte Birleşme, s.38, 39.

311 Özgenç, s.539, 540.

312 Roxin, §33, kn.201, 203, 207-210; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.704; Koca/Üzülmez, s.484; Öztürk/Erdem, kn.603; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.541.

ağır cezayı gerektiren suç işlenmesi halinde geçit suçu söz konusu olur³¹³. Geçit suçları görünüşte içtimanın geneli içinde cezalandırılmayan önceki eylem olarak sayılırlar ve bu nedenle bütün cezalandırılmayan önceki eylemlerle birlikte görünüşte içtimanın bir türü olarak kabul edilirler³¹⁴.

Geçit suçlarının varlığı için bazı şartların bulunması gerekir. Bunlardan ilki, ağır yaptırım gerektiren suç ile bu suçun işlenmesi için geçilmesi yani öncelikle işlenmesi gereken ve diğerine göre daha hafif yaptırımı gerektiren suçun korudukları hukuksal değerlerin aynı olmasıdır³¹⁵. Buna göre cinsel saldırı (TCK m.102/2), ırza tasaddi (TCK m.102/1) ve kasten öldürme (TCK m.81) suçları açısından kasten yaralama suçu (TCK m.87) geçit suçudur³¹⁶.

Diğer şart ise suçun işlenmesi için mutlaka daha hafif yaptırımı gerektiren bir suçtan geçilmesinin zorunlu olmasıdır. Nitekim yukarıdaki örneklerde olduğu üzere kasten yaralama gerçekleşmeksizin cinsel saldırı ya da kasten öldürme suçları gerçekleşmez³¹⁷.

Bütün cezalandırılmayan önceki eylemler açısından ortak olan, önceki eylemin failinin ve mağdurunun aynı olması koşulu, geçit suçlarında da geçerlidir. Farklı failler tarafından aynı mağdura aynı eylemin gerçekleştirilmesi ya da aynı fail tarafından farklı mağdurlara aynı eylemin gerçekleştirilmesi halinde bunlar farklı suçlar olarak kabul edilirler. Buna göre aynı eylemin fail tarafından farklı mağdurlara karşı işlenmesi halinde artık görünüşte içtima değil gerçek içtima olan cezaların birleşmesi uygulanır ve faile hem önceki hem de sonraki eyleminden dolayı ayrı ayrı ceza verilir. Örneğin failin farklı mağdurlara karşı kasten yaralama ve cinsel saldırı suçlarını işlenmesi halinde diğer koşullar bulunsun dahi geçit suçu bulunmaz ve mağdur sayısınca suçun ve cezanın bulunduğu kabul edilir³¹⁸.

Geçit suçunun bir diğer koşulu da ağırlaşan sonuçların failin hareketine tek nedensellikte bağlanmasıdır³¹⁹. Gerçekleşen ağır sonuçla

313 İçel, Görünüşte Birleşme, s.46.

314 Roxin, §33, kn.200; İçel, Görünüşte Birleşme, s.46, 47.

315 İçel, Suçların İçtiması, s.234.

316 İçel, Görünüşte Birleşme, s.47.

317 İçel, Suçların İçtiması, s.234, 235.

318 İçel, Görünüşte Birleşme, s.47.

319 İçel, Suçların İçtiması, s.236.

failin hareketi arasında nedensellik bağının bulunmadığı durumlarda, fail gerçekleşen neticeden sorumlu tutulamayacağı için, ağır neticeli suçtan sorumlu olmaz ve geçit suçu da gerçekleşmez³²⁰.

Geçit suçunun en önemli şartlarından birisi ve sonuncusu failin kastının, eyleminin başlangıcından itibaren ağırlaşan sonuçları gerçekleştirmeye yönelik olması, bu sonuçları istemesidir. Dolayısıyla failin hareketine taksirle başlayıp daha sonra kast ile devam etmesi ya da failin başlangıçta hafif nitelikte cezayı gerektiren suçu işlemeyi irade etmiş iken sonradan kastını ağır sonuca yöneltmesi halinde geçit suçu oluşmaz³²¹. Yani eklenen kast durumunda geçit suçu söz konusu olmaz. Burada faile tek ceza verilmesinin nedeni görünüşte içtima şekillerinden birisi olan geçit suçu değil, suçun manevi unsuru içinde yer alan kast türlerinden biri olan “eklenen kastır”, bu durumda ortaya çıkan sorunlar da eklenen kasta bağlanan sonuçlar çerçevesinde sonuca bağlanmalıdır³²².

Failin kastının en ağır sonucu gerçekleştirmeye yönelik olması (yani eklenen kastın olmaması) ancak failin elinde olmayan nedenlerle geçit suçu işlendikten sonra daha ağır cezayı gerektiren suçun tamamlanamaması halinde fail ağır neticeli suça teşebbüsten sorumlu tutulur. Örneğin failin silahını mağdurun başına hedef alıp ateş etmesi, mağdurun kafasına giren mermiye rağmen ölmeyip yaralanması ve sonra da iyileşmesi halinde, fail artık burada kasten yaralamadan değil, kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılır ve failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olsa da ağır neticeli suçtan sorumlu tutulur. Dolayısıyla kasten yaralama suçu geçit suçu olarak kabul edilerek cezalandırılmayan önceki eylem kabul edilir³²³.

Burada dikkat edilmesi gerekli nokta, geçit suçlarında failin kastının başlangıçtan itibaren daha ağır yaptırım gerektiren suça yönelik olmasıdır. Ayrıca geçit suçu bağımsız olarak cezalandırılan daha ağır

320 İçel, Görünüşte Birleşme, s.47.

321 İçel, Görünüşte Birleşme, s.48. Karşı görüş için bkz: Roxin, §33, kn.211.

322 Eklenen kast hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Volkan Dülger, “5237 Sayılı YTC’da Kastın Unsurları ve Türleri – Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s.104-106; Önder, s.312; Zafer, s.183.

323 İçel, Suçların İçtimaı, s.237, 238; İçel, Görünüşte Birleşme, s.48. Karşı görüş için bkz: Roxin, §33, kn.205.

suça ait hazırlık hareketi durumunda olmamalıdır³²⁴.

c. Karma Suç

Karma suç, asli–yardımcı norm ilişkisinden doğan, ancak görünüşte içtimanın diğer görünüm şekillerini içerisinde değerlendirilemeyen ve aralarında unsur ya da cezayı artırıcı nitelikli hal ilişkisi bulunmayan suçları düzenleyen, farklı hukuksal değerleri koruyan normların aynı olayda görünüşte uygulanabilir olması durumudur³²⁵.

Yukarıda geçit suçunda verilen örneklere benzer şekilde bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi ve bozulması suçu ile verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçu (TCK m. 244/1-2) açısından hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve sistemde kalma suçunun (TCK m.243) geçit suçu niteliğinde olduğunun düşünülmesi mümkündür. Nitekim “Bilişim Suçları” isimli kitabımızın ilk basısında iki suç arasındaki ilişki bu şekilde nitelendirilmiştir³²⁶. Buna karşın artık hukuka aykırı bilişim sistemine girme ve sistemde kalma suçunun, bilişim sistemine zarar verme suçunda geçit suçu niteliğinde olmadığını düşünüyoruz³²⁷. Zira bu iki suç tipi arasında geçit suçu olmanın diğer şartları bulunsun da yukarıda belirttiğimiz iki şart bulunmamaktadır. Bilişim sistemine zarar verilmesi için mutlaka sisteme hukuka aykırı olarak girilmesi gerekir; pekâlâ hukuka uygun bir şekilde sisteme giriş yapan, örneğin şirket yetkilisi ya da servis görevlisi tarafından, sisteme hukuka uygun olarak giriş yapıp sistemde kalmaya devam edildikten sonra sisteme zarar verilmesi söz konusu olabilir. Ayrıca sisteme girmeksizin, sistemin fiziki yapısına zarar verilerek de bu suçun işlenmesi mümkündür. Dolayısıyla sisteme zarar vermek için sisteme hukuka aykırı olarak girmek yönünde mutlak bir zorunluluk bulunmaz. Öte yandan, hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve sistemde kalma suçuyla korunan hukuksal değer “bilişim sisteminin güvenliği” iken³²⁸, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçu ile verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçlarının korudukları hukuksal değerleri “bilişim sistemi ve/veya bilişim sisteminin içerdiği veriler üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişinin, verilerle

324 İçel, Görünüşte Birleşme, s.47.

325 İçel, Suçların İçtiması, s.216; İçel, Görünüşte Birleşme, s.46.

326 Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.242.

327 Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, s.380-383.

328 Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, s.326.

oluşturulan yazılım, ekonomik bilgiler, bilimsel çalışma, bilgi vb. gibi değerlere herhangi bir engel, arıza ya da gecikme olmadan ulaşması ve kullanmasındaki çıkarı” oluşturur³²⁹. Görüldüğü üzere bu iki suç normu tarafından korunan hukuksal değerler farklılık göstermektedir. Dolayısıyla TCK’nın 243. maddesinde düzenlenen suç, 244. maddenin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçlar açısından geçit suçu oluşturmaz. Ancak bunlar arasında zorunluluk ilişkisi ve unsur ya da nitelikli hal özelliği de bulunmaması nedeniyle yine bir başka görünüşte içtima türü olan karma suç söz konusu olabilir. Böylelikle zorunluluk olmamasına rağmen hukuka aykırı olarak sisteme girildikten ve sistem de kalındıktan sonra sisteme zarar verilmesi halinde faile yalnızca 244. maddenin 1. ve 2. fıkralarına göre tek ceza verilmesinin nedeni açıklanabilir.

SONUÇ

Çalışmamızın sonuç kısmında, yukarıdaki açıklamalarımızda öne çıkan ve konuyla ilgili genel açıklamalar dışında kalan, kuramsal ve normatif olarak uygun bulmadığımız ve/veya farklı düşündüğümüz konulara yer vermek istiyoruz.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki, suçların birleşmesi konusunda özel bir öneme sahip olan suç tekliği - suç çokluğu ayrımında, suçların çokluğu görüşünü benimsemekteyiz. Bu bağlamda eylemin tek olup olmadığının belirlenmesinde, “hareket” esas alınmalıdır. Bu nedenle “hareketin tekliği ve çokluğu ayrımı” kullanılmalıdır, çünkü haksızlığın esasını hareket oluşturur. “Netice” ve buna bağlı olarak “hareket ile netice arasında bulunması gereken nedensellik bağı” yasa koyucunun izlediği suç politikası gereğince suçun yasal tanımında yer alması zorunlu olmayan unsurlardır. Bu nedenle eylemin tekliği veya çokluğunun belirlenmesinde hareket esas alınmalıdır.

Failin gerçekleştirdiği tek eylemle farklı suçları veya aynı suçu birden fazla işlemesi halinde fikri içtima gerçekleşir. Fikri içtima için eylemin tek olması ve aynı eylemle birden çok suçun gerçekleşmesi gerekir. Failin tek eylemiyle aynı suçların gerçekleşmesi halinde aynı neviden farklı içtima, farklı suçların gerçekleşmesi halinde ise farklı neviden farklı içtima söz konusu olmaktadır. Bunlardan aynı neviden farklı içtima TCK’nın 43. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, farklı neviden fikri içtima ise 44. maddede düzenlenmektedir.

329 Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, s.388-390.

TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında zincirleme suç düzenlenmiş iken 2. fıkrasında aynı neviden fikri içtimanın düzenlenmesi yerinde olmamıştır, zira aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suç arasındaki tek ortak özellik bu durumların gerçekleşmesi halinde failin cezasında yapılan artırımın aynı oranda olmasıdır. Dolayısıyla aynı neviden fikri içtimanın, farklı neviden fikri içtimanın düzenlendiği TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

5237 sayılı TCK'da suç sayısının belirlenmesinde neticenin değil hareketin esas alınması, dolayısıyla zincirleme suçta hareket çokluğu söz konusu iken fikri içtimada hareket tekliğinin söz konusu olması ve ayrıca zincirleme suçun düzenlendiği 43/1. maddede bu durumun gerçekleşmesi için mağdurun aynı kişi olmasının gerekmesi nedeniyle, aynı neviden fikri içtima kabul edilmiş ve yasada düzenlenmiştir. Dolayısıyla aynı neviden fikri içtimada tek eylem, hukuki anlamda tek eylem olarak anlaşılmalıdır.

Aynı neviden fikri içtima konusunda değinmek istediğimiz bir başka konu da bir eylemle birden fazla kişiye hakaret edilmesi suçunda mağdurun kamu görevlisi olması halidir. Mağdur kamu görevlisi olsa da genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmaz. Ancak TCK'da hakaret suçunun yer aldığı 125. maddenin 5. fıkrasındaki “kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde, suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır” düzenlemesi yanlış yorumlanmış ve bu durumda kamu görevlisi sayısınca suç işlendiğinin kabul edilmesinin gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yanlış anlaşılmanın engellenmesi için 5377 sayılı Yasa ile TCK'nın 125. maddesinin 5. fıkrasına şu tümce eklenmiştir: “Ancak, bu durumda zincirleme suçla ilişkin madde hükmü uygulanır.” Bize göre yapılan düzenleme doğru ancak ifade edilmiş tarzı yanlıştır, zira burada zincirleme suç değil, aynı neviden fikri içtima vardır. Bu yanlış ifade, yukarıda belirttiğimiz üzere aynı neviden fikri içtimanın 43. maddede zincirleme suç ile birlikte düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Buna rağmen yasa koyucunun bu tümcede “43. maddenin 2. fıkrası hükmü uygulanır” ya da “aynı neviden fikri içtima” uygulanır şeklinde bir ifade kullanması daha doğru olurdu. Nitekim yasanın değişiklik gerekçesinde bu durum açık bir biçimde ifade edilmektedir.

TCK'da aynı neviden ile farklı neviden fikri içtima arasında uygulanacak cezada ayırım yapılmalıdır. Bize göre her iki fikri içtima

türünde de cezaların artırılması yoluna gidilmelidir. Çünkü her iki türde de birden fazla sayıda norm ihlali gerçekleşir. Buna göre aynı neviden fikri içtimada zincirleme suçta olduğu gibi cezada artırım yapılması yerinde bir düzenleme olmuştur, ancak farklı neviden fikri içtimada böyle bir artırıma gidilmeyerek yalnızca daha ağır olan cezanın faile verilmesi hatalıdır. Olması gereken aynı ve farklı neviden fikri içtimanın aynı maddede düzenlenip her iki halde de faile verilecek cezanın artırımına gidilmesidir. Bu artırım esnasında ise farklı neviden fikri içtimada cezası daha ağır olan suçun artırıma esas alınmalıdır.

Biri tamamlanmış diğeri teşebbüs aşamasında kalmış taksirle yaralama/öldürme ve doğrudan ya da olası kastla yaralamaya/öldürmeye teşebbüs kombinasyonlarında, farklı ve aynı neviden fikri içtima kurallarının uygulanmasından kaynaklanan ve özellikle ceza miktarları açısından adaletsiz durumlar ortaya çıkabilecektir. Bunun nedeni ise özellikle yasanın 44. maddesinde düzenlenen farklı neviden fikri içtimada, aynı neviden fikri içtimada olduğu gibi ceza artırımının düzenlenmemiş olmasıdır.

Hukuki anlamda tek hareket bulunduğunda, tek suçun varlığı kabul edildiği için suç çokluğu olmayacak ve zincirleme suç devreye girmeyip faile yalnızca işlemiş olduğu suçun cezası verilecektir. Yargıtay da hırsızlık suçu ile ilgili vermiş olduğu bir kararda, failin girdiği evde çeşitli eşyaları ve bunun yanında arabanın anahtarını alarak evin önündeki arabayı çalmasını zincirleme suç değil tek hırsızlık suçu olarak kabul etmiştir. Benzer şekilde Yargıtay cinsel taciz suçunda, failin kısa aralıklarla şikayetçiye telefon edip “seni seviyorum, benim olacaksın” demesini veya sık sık telefon edip cinsel ilişki önerisinde bulunmasını hukuki anlamda tek eylem kabul etmiş ve zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağını belirtmiştir.

765 sayılı TCK’da “muhtelif zamanlarda vaki olsa bile” ifadesi ile zincirleme suçun kural olarak aynı zaman diliminde ve fakat istisnai olarak değişik zamanlarda da oluşabileceği kabul edilmekteydi. Zincirleme suça özelliğini veren şartlardan birisi aynı suç işleme kararının varlığı olduğu için, bu durumun ortaya konulabilmesi açısından bu ifade yerindeydi. 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesinin 1. fıkrasının sözel yorumundan ise zinciri oluşturan suçların mutlaka farklı zamanlarda işlenmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Yargıtay da konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarında bu yorumu kabul etmektedir. Ancak biz

bu ifadenin mutlak olarak anlaşılmaması gerektiğini, bunun zincirleme suç maddesinin düzenlemesiyle güdülen “ratio legis’in” dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz. Yargıtay da yasa maddesini mutlak yorumlamakta ancak, yanlış uygulamayla cezanın alt sınırdan uzaklaştırılması suretiyle doğru sonuca ulaşmaya çalışmaktadır. Ancak, Yargıtay tarafından kabul edilen çözüm, işlenen suçların sayısı arttıkça cezanın da artmasına yol açacağından hem zincirleme suçun düzenlenme amacına hem de faile adil olmayan cezaların verilmesine yol açabileceğinden doğru bir çözüm yolu değildir.

Öğretide bazı yazarlar TCK’nın 43. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen zincirleme suç kuralına 43. maddenin 2. fıkrasıyla istisnasına getirildiği, aynı suçun birden fazla kişiye tek eylemle ve aynı zamanda işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükmünün uygulanacağını belirtildiğini ifade etmektedirler. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 43. maddenin 2. fıkrasında yer alan bu düzenleme zincirleme suçun istisnasını değil, aynı neviden farklı içtimai düzenlemektir. Bunlar arasındaki tek ortak nokta, faile verilecek cezanın artırımının aynı oranda yapılmasıdır. Ancak yazarların bu yorumu, aynı neviden fikri içtimai 44. madde yerine 43. maddede düzenlemesine ilişkin getirdiğimiz eleştirinin haklılığını ortaya koymaktadır.

TCK’nın 43. maddesinin 3. fıkrasına göre “kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz”. Buna göre bu suçların aynı kişiye karşı, bir suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenmesi halinde dahi zincirleme suç hükmü uygulanmaz. Bu düzenlemeyle 765 sayılı TCK döneminde yasada olmamasına rağmen Yargıtay kararlarıyla zincirleme suç uygulamasına getirilen kısıtlama normatif düzenlemeye konu yapılmış ve uygulama ile paralellik sağlanmıştır. Böylelikle adalet duygusunu tatmine yönelik olmakla birlikte 765 sayılı TCK’nın sözüne ve ruhuna aykırı olan bu düzenleme normatif bir zemine oturtulmuştur. Bu suçların seçilerek zincirleme suç uygulamasının dışında tutulmasının nedeni ise gerekçede bulunmamaktadır, ancak burada göz önünde bulundurulacak ölçütün bu suçlarla korunan hukuksal değerler olması kuvvetle muhtemeldir.

TCK’nın 43. maddesinin ilk halinde cinsel saldırı (TCK m.102) ve çocukların cinsel istismarı (TCK m.103) suçları da zincirleme suç maddesinin uygulanamayacağı suçlar arasında düzenlenmişti. Ancak

29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Yasa ile 43. maddenin 3. fıkrasında yapılan değişiklik ile bu suçlar kapsam dışında bırakılmıştır. Böylelikle cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları açısından da zincirleme suç hükmünün uygulanması sağlanmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi olarak ispat sorunu ve faile verilecek cezanın çok artması gösterilmiştir. Ancak bize göre bu ne açıklayıcı ne de tatmin edici bir gerekçedir. Cinsel suçların ispatında tanık ve/veya belirti delilinin bulunmadığı hallerde güçlük yaşanmaktadır. Ancak bu ispat güçlüğü eylemin yani zorla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin ya da istismarın gerçekleşme sayısından bağımsız bir güçlüktür. Aynı şekilde bu suçu işleyecek kasta ve kusurluluğa sahip bir failin eylemini art arda birkaç kez gerçekleştirmesi ve mağdurunun ruhsal ve bedensel bütünlüğünü daha fazla bozması halinde eylem sayısı kadar suç verilmeyip, zincirleme suç hükmü uygulanarak adeta sonraki eylemlerinin mazur görülmesi bize göre ne suç teorisi ne de modern toplumların benimsediği suç politikası açısından kabul edilebilir. Bize göre yasa metni eski haline getirilmelidir.

TCK'nın 5. maddesindeki düzenleme ışığında, TCK'da yer alan suç ile yan ceza yasasında yer alan suçun çatışması halinde diğer şartların da varlığı koşuluyla sorun özel normun önceliği ilkesi çerçevesinde çözülür. 31.12.2008 tarihinden önce yürürlüğe giren özel ceza yasalarında yer alan genel hükümlere ilişkin normlar ile TCK'nın genel nitelikteki normları arasında çatışma olması halinde TCK'nın 5. maddesinin açık düzenlemesi karşısında TCK'nın aynı konuyu düzenleyen normları uygulanacaktır. 31.12.2008 tarihinden sonra yürürlüğe giren ya da şimdiden sonra çıkacak yan ceza yasaları ile TCK'nın genel hükümleri arasında çatışma olması halinde ise TCK'nın 5. maddesi karşısında olması gereken hukuk açısından bu şekilde çelişkili bir norm düzenlenmemesi gerekir. Buna rağmen farklı bir düzenleme olması halinde sorun özel normun önceliği ilkesi çerçevesinde çözülmelidir. Bu çözüm, suç teorisi açısından uygun olsa da TCK'nun genel hükümleri ve bu hükümlerle ülkemizde uygulanmak istenilen modern suç teorisi ile çelişki oluşturma riskini taşımaktadır.

Bileşik suçta hareketler doğal anlamda birden çoktur ve her hareket değişik hukuki değerleri ihlal eder. Örneğin TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunda cebir veya tehditle eşya alınır ve birden çok hareketle suç gerçekleşir, aynı anda kişinin vücut bütünlüğünün korunması ve mal varlığı gibi birden fazla hukuksal değer de ihlal edilir. Ancak bu durumda yasa koyucu birden çok hukuksal

değeri ihlal eden hareketleri tek eylem sayarak bir suç tanımı içinde birleştirmektedir. Bir başka deyişle, bileşik suçlarda hukuki anlamda tek hareket bulunur ve dolayısıyla tek suç söz konusu olur. Buna göre bileşik suç, suçların birleşmesi hallerinden birisi olmayıp, buna ilişkin bir düzenlemeye TCK’da suçların birleşmesi bölümünde yer verilmesi aslında gerekli değildir. Çünkü bileşik suç tipikliğe ilişkin bir sorun olup, suç tipinin incelenmesiyle ortaya çıkarılabilir. TCK’nın 42. maddesi bulunmasaydı da bir suç diğerinin unsuru ya da cezayı artıran nitelikli hali olarak düzenlenmiş ise bileşik suçun varlığı kabul edilir, çünkü bu suçun düzenlenişinden anlaşılır. Ancak yasa koyucu, görünüşte içtima hallerinden en sık görüleni bileşik suç olduğu ve bu konuda farklı yorumlara ve karışıklıklara yol açamaması gerekçesiyle bileşik suçta ayrıca yasada yer vermiştir.

TCK’da bileşik suçun düzenlendiği 42. maddede “bileşik suçun parçalarını oluşturan suçların unsur ya da ağırlatıcı sebep” olduğu belirtilmektedir. Burada “ağırlatıcı sebep” kavramının kullanılması hatalıdır, zira TCK’da artık ağırlatıcı ya da hafifletici neden kavramları kullanılmamakta, bunların yerine suçun nitelikli hali kavramı kullanılmaktadır. Ancak bu nitelikli hal suçun cezasını arttırıcı nitelikte olduğu gibi hafifletici nitelikte de olabilir. Dolayısıyla 42. maddede kullanılan terminoloji yasanın bütünü ile bir uyumsuzluk içindedir.

Hırsızlık suçunun nitelikli hallerinden birisi olan eylemin “herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” işlenmesi halinde (TCK 142/1-b), bunun aynı zamanda konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşturması ve hırsızlık suçunun cezayı arttıran nitelikli hali olmasına karşın bileşik suç hükmü uygulanmayarak TCK’nın 142/4 fıkrası gereğince hem hırsızlık suçunun nitelikli halinden hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ceza verilir. Bu bize göre hatalı bir düzenleme olup yasanın ve bu alandaki uygulamanın bütünlüğünü bozmaktadır. Ancak yağma suçunun konut içinde işlenmesi halinde faile yalnızca yağma suçunun nitelikli halinden ceza verilir iken hırsızlık suçunda hem bu suçtan hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ceza verilmesi açık bir çelişki oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Centel, Nur/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

Dönmezer, Sulhi/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.

Dönmezer, Sulhi/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999.

Dönmezer, Sulhi/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.III, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1994.

Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Dülger, Murat Volkan, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Dülger, Murat Volkan, “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri – Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s.65 – 111.

Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Hakeri, Hakan, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

İçel, Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl.7, Sayı.14, Güz 2008, s.35 - 49.

İçel, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1972.

İçel, Kayıhan/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih M. Mahmutoglu/Yener Ünver, Suç Teorisi, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.

Koca, Mahmut, “Fikri İçtima”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S.4, Ağustos 2007, s.197 – 221.

Koca, Mahmut/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Mahmutoglu, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ed: Teoman Ergül, Ankara,Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.357 – 378.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitanevi, 1992.

Özbek, Veli Özer, “Suç Genel Teorisi Bakımından Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Görüşlerimiz”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.6, S.15, Nisan 2011, s.19 - 28.

Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Özbek, Veli Özer/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Öztürk, Bahri/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Parlar, Ali/Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II,

Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München, Verlag C. H. Beck, 2003.

Taner, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1953.

Uğur, Hüsamettin, “5237 Sayılı TCK’nın 5. Maddesi ve 5728 Sayılı Kanunun Getirdikleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sayı:19, Mart 2008, s.91 - 107.

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Yalçın Sancar, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, TBBD, Y.20, S.70, Mayıs – Haziran 2007, s.244 - 259.

Yalçın Sancar, Türkan, Müteselsil Suç, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1995.

Yurtcan, Erdener, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010.

Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, Manisa, Şafak Yayınevi, 1982.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.