

## YENİ TCK'DA ÇİFT NETİCELİ SAPMA VE FİKRİ İÇTİMA

Av. M. İhsan DARENDE

### MEVZUAT

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (bundan sonra ETCK olarak söz edilecektir) 52. maddesi şu hükmü taşımaktadır; “ Bir kimse bir hata veya **sair bir arıza yüzünden** cürmü kast ettiği şahıstan **başka bir şahsın zararına** işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak, fail cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder”.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun (bundan sonra YTCK olarak söz edilecektir), yukarıdaki hükme karşılık gelen, “hata” başlıklı 30 maddesi şöyle düzenlenmiştir; “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır./ (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır./ (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”.

Görüldüğü gibi, YTCK, suçun unsurlarında hata hallerini belirlemiş olmasına karşın, sapma olgusunu düzenleme dışı bırakmıştır. Bu düzenleme, **30. maddenin gerekçesinde** şöyle açıklanmıştır: “Madde metninde çeşitli hata hâlleri düzenlenmiştir./ Birinci fıkrada suçun maddî unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur.../ ... / Kastın varlığına engel olan hata, suçun sadece temel şekline ilişkin unsurlar hakkında değil, aynı zamanda failin daha ağır veya hafif ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli unsurları bakımından da ortaya çıkabilir. İkinci fıkra ile kişinin, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatasından yaralanması öngörülmüştür./ **Hükûmet Tasarısının 23. maddesinin** birinci fıkrasında 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 52. maddesinde düzenlemeye paralel olarak şahısta hata ve **hedefte sapma hâli düzenlenmiştir./** “Şahısta hata” aslında bir ve ikinci fıkra hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür./ Keza, **hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimaî hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimaî ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır ...”.**

Bu gerekçeye paralel olarak, YTCK'nın “fikri içtima” başlıklı 44. maddesi ve bu hükmün gerekçesi şöyle düzenlenmiştir: “MADDE 44- (1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır./ GEREKÇE: /Madde metninde, farklı neviden fikri içtima düzenlenmiştir./ 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 gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır./ Bir suçun temel ve nitelikli

şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir./ **Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hâkimdir.** Bu nedenle, kanuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan 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 silâhtan 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 gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir”.

Anlaşıldığı üzere, kanun koyucu -ya da daha çok TBMM Adalet Komisyonu- uygulamada -bir süre öncesine kadar- kabul edilen görüşü benimseyerek, hedefte sapma durumunda, fikri içtima kurallarının uygulanmasını ve faile sadece oluşan en ağır eylem sebebiyle ceza verilmesini benimsemiştir. Bu görüşün kabul edilebilirliği, fikri içtimanın niteliği aşağıda tartışılacaktır. Ancak, gerekçede belirtilen uygulama ile ilgili tespit doğru değildir. Eleştiriye öncelikle bu noktadan başlamak gerekir:

Bilindiği gibi, hedefte sapma dediğimiz olgu; failin kastı, eylemi başka bir maddi konu üzerinde işlemeye yöneldiği ve bu suretle icra hareketlerinde bulunulduğu halde, neticenin, diğer bir konu üzerinde gerçekleşmesi durumudur. Bu haliyle de, unsurda yanılma sonucunda eylemin başka bir şahsa yönelmesi halini ifade eden “şahısta hata”dan farklıdır. Hedefte sapma hali, bazen “tek neticeli”dir, bazen ise birden fazla netice gerçekleşmiş olabilir. Neticenin, failin kastettiği maddi konudan başka bir konu üzerinde gerçekleşmesi halinde, “tek neticeli sapma”; bu konuyla birlikte, başka bir konu üzerinde de gerçekleşmesi halinde ise “çift neticeli sapma” meydana gelmiş olur. A’ya atılan kurşunun, sapma sonucunda, B’yi öldürmesi, “tek neticeli sapma”ya, bu kurşunun A’ya isabet ettikten sonra, ondan çıkarak B’yi de öldürmesi ise “çift neticeli sapma”ya örnektir. Bundan başka, bir de suçta sapma olarak adlandırılan durum vardır. Bu da, istenmek istenen suçla, sapma sonucunda ortaya çıkan suçun nitelik farkı taşımasıdır. Örneğin, A’yı yaralamak için atılan taşın, ona isabet etmeyip de, vitrin camını kırmasında olduğu gibi. Burada, kastedilen suç müessir fiil, gerçekleşen suç ise “nası ızrar”dır (olası kast varsa). Bu örnekte, suçun niteliği değiştiğinden, neticede sapmadan çok, suçta sapma söz konusudur.

## UYGULAMA

Sapmanın niteliğine ve netice sayısına göre uygulanması gereken kurallara ilişkin görüşlerimi açıklamadan önce, uygulamanın hangi doğrultuda geliştiğini incelemek yararlı olacaktır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, tek neticeli sapma durumunda, ETCK’nın 52. maddesi açık bir düzenleme getirmiş olduğundan, “fikri içtima” kurallarından yardım almaya gerek duyulmamıştır. Çünkü 52. madde hükmü son derece açıktır ve “sair bir arıza yüzünden” kast olunandan başkası zararına suç işlenmiş ise bu netice faile yüklenmektedir. Netice faile yüklenmekle birlikte, o, hedeflenen şahıstan kaynaklanan hafifletici sebeplerden yararlanmakta, buna karşın, sapma sonucu zarar görenden kaynaklanan ağırlaştırıcı sebepler uygulanmamaktadır.

52. madde meydana gelen tek neticeyi faile açıkça yüklediği için, fikri içtima kurallarını ayrıca uygulamak gerekmemektedir. Eğer 52. madde olmasa ya da sapma halini düzenlemeseydi, o zaman, bir kast olunup da gerçekleşmeyen netice sebebiyle teşebbüs derecesinde kalan fiil; bir de taksirle ya da olası kastla gerçekleşen netice suretiyle oluşan fiil bulunacak ve fikri içtima kuralları uygulanarak, bunlardan ağır olan fiil uyarınca ceza verilecekti. Ancak 52. maddenin varlığı, bu uygulamaya yer bırakmamıştır.

Buna karşılık uygulamada, uzun yıllar boyunca, “çift neticeli sapma” halinde, hem sapma, hem de fikri içtima kuralları uygulanmak suretiyle, faile tek ceza verilmesi yoluna gidilmiştir. Yani uygulama, fikri içtima kurallarını, “tek neticeli sapma” halinde değil; “çift neticeli sapma” durumunda tatbik etmiştir. Örneğin CGK’nın 10.11.1975 tarih ve E. 1974 / 259-K. 1975 / 278 sayılı kararı şöyledir; “Sanığın, hasmı mağdur ...'a tevcih ederek sıktığı **kurşunlardan birinin** hedefte hata sonucu aynı istikamette yürümekte olan mağdur ...'a tesadüf eseri isabetle, onu da yaralamış olması ve TCK’nın 52. ve 79. maddelerinin sarahatı karşısında, direnme hükmünde isabet görülememiştir./ Nitekim TCK.nun kaynağı olan İtalyan Ceza Kanununun açıklayıcısı Majno, bu konu ile ilgili olarak şu görüşü belirtmiştir: ‘Aynı şahsa tevcih edilen müteaddit kurşunlardan bazısının o şahsı, bir kısmının da tesadüfen diğer bir kimseyi yaralaması halinde, 78. (TCK.nun 79) maddeye tevfikeyen en ağır ceza ile cezalandırılacak bir tek cürüm fiilinin mevcudiyetine hükmolunmuştur’./ Ceza Hukuku adlı eserinde Ord. Prof. Tahir Taner de, aynı görüşü ifade etmiştir. Yargıtay’ın uygulamaları da bu yoldadır./ Olayın açıklanan işleyiş tarzına ve TCK’nun 52. ve 79. maddeleri hükümlerine, kanun koyucunun amacına ve yukarıda belirtilen teyit edici görüşlerine göre; **sanığın eyleminin tek suç teşkil ettiği gözetilmeden**, iki ayrı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi, yasaya aykırı bulunduğundan ... hükmün bozulmasına karar verilmelidir”. Bunun gibi, CGK’nın, 30.01.1995 tarih ve 9487/420 sayılı kararı ve 1. CD’nin, 19.10.1982 tarih ve 2271/3516 sayılı kararında da, çift neticeli sapmada, fikri içtima kuralları da uygulanarak, eylem tek kabul edilip, tek ceza verilmiştir. Bu doğrultuda başka kararlar da mevcuttur.

Buna karşılık, CGK’nın 04.02.1997 tarih ve E: 1996/1-300-K: 1997/4 sayılı kararında; “Öldürmeye karar verdiği eşine, iki el ateş edip vurduğu esnada müteakip atışlarına devam ederken, araya giren ve kendine engel olmak isteyen maktulü gördüğü, ona da isabetin öngörülebilir olduğu ahvalde maktulü de sakınmadan, onu bertaraf etmeye özenmeden maktûleye yönelik atışlarını sürdüren ve bu sırada vaki kayma-sekme-saptırma gibi herhangi bir arıza nedeniyle maktulün de vurulmasını gerçekleştiren sanığın eyleminde, TCK’nun 79. maddesinin uygulanma yeri yoktur” denmiştir. Keza 1. CD’nin 30.09.2002 tarih ve E. 2002/3253-K.2002/3330 sayılı kararında; “sanığın attığı çok sayıda merminin biri ile hedef seçtiği maktulün yanında gördüğü ...'i yaralamasının -eyleminin öngörülür olma özelliği itibarıyla- TCY.nın 52 ve 79. maddeleri kapsamında değerlendirilmesi yasaya aykırıdır” sonucuna varılmıştır. Yine CGK’nın 18.10.1982 tarih ve 4-296/365 sayılı kararında; “fiil, dış âlemdeki değişiklik olduğuna göre, fiilin esas kısmını netice oluşturur. Şu halde, fikri içtimanın bulunabilmesi için, her şeyden önce bu neticenin tek olması gerekir...Olayımızda ise av tüfeğiyle yapılan atış tek olmakla birlikte, değişiklik ve netice iki tanedir. Ortada bir fiil yoktur ve fikri içtima söz konusu edilemez” denmiştir. 1 CD’nin 20.11.1996 tarih ve E. 1996 / 3293-K. 1996 / 3700 sayılı kararında ise; “Sanığın traktörde bulunan birkaç kişinin bulunduğunu görerek iki el ateş etmesinde, eyleminin sonucuna katlanarak dört yaşındaki maktulün öldürülmesinden ötürü gayri muayyen kasıtlı hareket ettiğinin kabulü ile ayrıca TCK.nun 448. maddesi ile ceza verilmesi gerekirken, TCK.nun 79. maddesinin uygulanması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”.

Görüldüğü gibi Yargıtayımız, sonradan değişen kararlarında, bazen neticenin birden fazla olması halinde birden fazla fiil bulunduğu gerekçesiyle, bazen, ikinci neticenin öngörülebilir olduğundan hareketle, çift neticeli sapma halinde, “fikri içtima” uygulamasından vazgeçmiştir. Burada, sonraki örneklerin bir kısmında, hareketin birden çok olduğu, bu sebeple, fikri içtima uygulamasından vazgeçilmediği, sadece, hareket çok olduğundan fikri içtimanın kurallarının bulunmadığı ileri sürülebilecektir. Ancak, av tüfeğiyle atışa ilişkin CGK kararında, hareket tek; netice çoktur. Diğer kararlarda ise ETCK’nın 79. maddesi, hareketin çokluğu değil, ikinci neticenin öngörülebilir olması sebebiyle uygulanmamıştır. Yani fikri içtima kurallarının uygulanmaması sebebi, suçun maddi unsuruna ilişkin olan hareket değil; manevi unsuruna ilişkin olan öngörülebilir durumudur. İkinci neticenin öngörülmesi mümkün değilse, suçun oluşmamasının sebebi, fikri içtima değil; ikinci netice, yani ikinci eylem için manevi unsurun bulunmaması olacaktır.

Kısaca, gerekçede açıklanan tespit doğru değildir. Çünkü uygulama, tek neticeli sapmada, fikri içtima kurallarına zaten gerek duymamaktaydı. Bu sebeple de önceleri, sadece çift neticeli sapma durumunda ETCK’nın 52. maddesiyle birlikte, 79. maddesini de uygulamaktayken, sonradan bundan vazgeçmiştir.

Üstelik çift neticeli sapmada fikri içtimanın varlığını kabul eden önceki uygulama, öğretilerdeki baskın görüşe ve pozitif hukuka aykırı idi. Doktriner tartışmaya girmeden önce, pozitif hukuka hangi yönden aykırı olduğunu açıklamak daha yararlı olacaktır: ETCK’nın 79. maddesi hükmü şöyledir; “İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlâl eden kimse o ahkâmdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır”. Diğer unsurları daha sonra incelemek kaydıyla, şimdiden belirtelim ki, fikri içtimanın ve bu bağlamda ETCK’nın 79. maddesinin aradığı koşullarda birisi, tek eylemle, kanunun başka başka hükümlerinin ihlal edilmiş olmasıdır. Eğer, kanunun aynı hükmü birden fazla kez ihlal edilmiş ise fikri içtima durumu söz konusu değildir. Oysa eski uygulamada, ETCK’nın 79. maddesinin uygulandığı olayların büyük bir kısmında, ihlal edilen hüküm aynıdır; ya birden fazla adam öldürülmüştür ya birden fazla adam yaralanmıştır. Dolayısıyla eski kararların çoğunda yapılan uygulama, kanunun muhtelif ahkâmının ihlalinin arayan ETCK’nın 79. maddesine açıkça aykırıdır.

## DOKTRİN

Diğer yandan, mezkûr uygulama, doktrinindeki baskın görüşe de aykırıydı: Fikri içtimanın kabulü için gereken şartlar, öğretilerde şu şekilde sıralanmış ve birçok kanun tarafından da bu şartlar aranmıştır; 1. Kanunun başka başka hükümleri ihlal edilmiş olmalıdır. 2. Tek fiil olmalıdır. Farklı kanun hükümlerinden amaçlanan, farklı suç tiplerini düzenleyen hükümlerdir. Bunların aynı bölümde hatta aynı maddede yer alıp almamaları önemli değildir. Aynı maddede de olsa, farklı suç tiplerinin düzenlenmiş olması fikri içtima için yeterlidir. Ancak, bir suçun ağırlaştırılmış şekillerinin, farklı suç tipi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yani tek fiille de olsa, aynı suç tipinin farklı ağırlıklarının düzenleyen birden fazla hükmün ihlali halinde, fikri içtima yoktur.

Fiilin tekliğine gelince; öncelikle bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini inceleyip, alt unsurları gözden geçirmekte fayda bulunmaktadır: Doktrinindeki baskın görüşe göre<sup>1</sup>, fiil, suçun maddi unsurudur ve üç alt unsurdan teşekkül eder. Bunlardan birisi hareket, diğeri netice, sonuncusu ise hareketle netice arasındaki nedensellik bağıdır. Hareket konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan birinci gruba göre, dış âlemde iradenin açığa vurulmasını sağlayan müspet ya da menfi her şey; vücudun her işi harekettir<sup>2</sup>. Diğer bir gruba göre ise

hareket, kanunun suç saydığı neticeye sebebiyet veren insan işleridir<sup>3</sup>. Birinci grup hareketi, tabiatçı bir anlayışla, ikinci grup ise hukuki telakkiye göre değerlendirmektedir.

Netice konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır: Bir gruba göre netice, hareketin doğurduğu zarardır. Başka bir grup, hareketten doğan zarar veya tehlikenin netice olduğunu kabul eder. Diğer bir grup, hareket sonucunda hukuk ihlal edilen, hukuk düzeninin koruduğu menfaatin netice olduğunu ileri sürmektedir. Keza bir görüşe göre netice, kanuni tarifte yer alan dış âlemdeki değişikliktir<sup>4</sup>. Nedensellik bağının ne olduğu konusunda da üç ayrı temel grup bulunmaktaysa da, inceleme konumuz açısından, bu alt unsurun önemi bulunmadığından, bu tartışmada yarar görülmemiştir.

Doktrinde baskın olan ve fiili, hareket, netice ve nedensellik bağı alt unsurlarından ibaret kabul eden bu görüşe göre, neticenin sayısı, fiilin sayısını da belirlemektedir. Buna göre, dış âlemdeki değişiklik birden fazla ise, buna sebebiyet veren bir tek hareket olsa bile, birden fazla fiil var demektir<sup>5</sup>. Bu durumda, fikri içtima kurallarını uygulamak mümkün değildir; çünkü fikri içtima, ancak tek fiilin varlığı halinde uygulanabilecek bir müessesedir.

Buna karşılık doktrinde yer bulmuş bir başka görüş, neticenin tekliği veya çokluğunu, harekete bakarak belirler. Tek kurşun atılmış ama birden çok kişi ölmüşse, sonuç da tektir. Zararın çokluğu, neticenin çokluğu demek değildir<sup>6</sup>. Bu sebeple de, dış âlemde birden fazla değişiklik olması, fiilin tekliğini etkilememektedir; dolayısıyla, tek fiille dış âlemde birden fazla değişiklik meydana gelmiş ise fikri içtima kurallarının uygulanması gerekmektedir.

## GÖRÜŞÜM

Kanımcıca, suçun maddi unsuru şöyle tanımlanmalıdır: İnsanlığın ortak akılı, tabiatı işleyip, dönüştürüp, gerçek özgürlüğe kavuşabilmek için, iş bölümünü zorunlu kılar. İnsanoğlu, ne ölçüde üst seviyede iş bölümü yapabilir ve ne kadar üst seviyede toplumsal oluşumlar kurabilirse, o kadar çok bilgi paylaşacak, o kadar hızlı gelişecek, o kadar çok üretecek ve tabiata bağımlı kalmaktan o ölçüde kurtulacaktır. Bu da her bir bireyin tanımlanmış hak ve özgürlükler alanının, toplumsal gelişmeyle paralel olarak genişlediğini ortaya koymaktadır. İşte toplumsal gelişme imkânlarını sürekli olarak açık tutabilmek ve bu suretle her bir bireyin tanımlanmış hak ve özgürlük alanını sürekli olarak genişletebilmek amacıyla ortak akıl, insanların birlikte yaşayıp, iş bölümünü geliştirmesi için birçok kural koyar. Bu kurallardan bir kısmı nezaket kuralıdır; bir bölümü ahlak kuralıdır, diğer bir bölümü, gelenek-görenektir. Ortak aklın geliştirdiklerinden, toplumsal gelişme imkânlarını açık tutmak ve gelişmenin yavaşlamasını engellemek bakımından daha önemli olanlar ise hukuk kurallarıdır. Bunlardan en önemlileri ise ceza hukuku normlarıdır. Ortak akıl, toplumsal gelişmeyi en çok etkileyecek, en büyük ölçüde gerginlik yaratacak olguları ayrıca belirler ve bunların ortaya çıkmaması için, bir kez olmuşsa da, sonuçlarını bertaraf edebilmek maksadıyla, daha net ve açık kurallar koyar. Bu olguları meydana getiren faillerle, birebir ilgilenmeyi görev bilir. İşte bunlar ceza hukuku kurallarıdır. Mademki ceza kuralları bunlardır, kanımcıca **suçun maddi unsuru içinde yer alan hareket, ortak aklın koyduğu kurallara aykırılık teşkil eden insan davranışdır**. Bu, müspet olabileceği gibi, menfi olarak da gerçekleştirilebilir. Eğer ihlal edilen kural, bir harekette bulunmayı gerektiriyorsa, bunu yapmamak da hareketin varlığı için yeterlidir. Gerçekten de pozitif bilimler açısından her cisim sürekli olarak hareket halindedir ve mutlak durgunluk yoktur. Hareketsizlik, sadece bir cismin diğerine nispetle durumudur. O halde, yapılması gereken bir (nispi) hareketin yapılmaması, mutlak anlamda hareketsizlik değil; tam tersine, her şeyin olması gerekenden farklı bir konumda bulunmasına yol açan bir harekettir. Kaldı ki önerdiğim görüşte hareket tabii değil; hukuki bir değerlendirmeyle ele alınmaktadır.

Kanımca netice ise, kuralı ihlal eden insan davranışı sonucunda, toplumsal gelişme imkânında ortaya çıkan yavaşlamadır. Yani, toplumda veya bir parçasında meydana gelen gerginlik, neticedir. Bu görüşe göre, sadece netice değil, hareket de dış âlemde meydana gelen bir değişikliktir. Dolayısıyla sadece hareketle, yani kuralı ihlal eden insan davranışı ile dış âlemde belli bir değişiklik meydana gelmiş; bir enerji açığa çıkmıştır. Bizatihi bu olgu; yani sadece hareket dahi, toplumsal gerginlik yarattığı, toplumsal gelişme imkânını yavaşlattığı için ve bu ölçüde neticedir. Ancak belirtilen hareketin dışında, dış âlemde başka bir değişiklik daha meydana gelmiş ise, toplumsal gerginlik daha fazla olacaktır; toplumsal gelişme imkânı daha çok etkilenecektir. Dolayısıyla neticesiz suç yoktur. Çünkü her suç, toplumsal gerginliğe yol açmaktadır. Ancak hareketten ayrı olarak dış âlemde başka bir değişiklik meydana gelmişse, ortaya çıkan gerginlik daha fazla olacaktır. Değişiklik birden fazla ise gerginlik daha da artacaktır. O halde tehlike suçları diye adlandırılan kategoride, bizatihi hareketin, yani kurala aykırı davranışın varlığı yeterlidir, ayrıca dış âlemde değişiklik olmasına gerek yoktur. Ortaya çıkan tehlike, gerginliğin, yani neticenin varlığı için yeterlidir. Buna karşılık zarar suçlarında, dış âlemde -hareketten ayrı- ikinci bir değişikliğin daha meydana gelmesi aranacaktır. Bu değişiklik, gerginliği artıracaktır. Birden fazla değişiklik varsa, gerginlik daha da artacaktır.

Kanımca fikri içtima durumunda, suçlar arasında gerçek bir birlik mevcut değildir. Burada, kurala aykırı bir davranış, yani dış âlemde bizatihi kendisi değişiklik olarak tezahür eden bir hareket mevcuttur. Ancak bu hareket, bu davranış, birden fazla kuralı ihlal etmektedir. Aslında her bir ihlal, ayrı ayrı mevcudiyetini sürdürmektedir. Bu sebeple, suçlardan birisi affa uğrasa, bu diğerlerini etkilemez. Bununla birlikte, bu davranış sebebiyle dış âlemde, kendisinden başka bir değişiklik olmamışsa, ortaya çıkan toplumsal gerginliğin ağırlığında farklılık oluşmayacaktır. İhlal edilen kural birden fazla olsa da, dış âlemde tezahür eden sadece bir değişiklik vardır; o da hareketin kendisidir. Bu sebeple de toplumsal gerginliğin ağırlığında değişim olmamaktadır. İşte bu sebeple, bu suçlar için birden fazla yaptırım (ceza) uygulamak yersizdir. Çünkü yaptırım, toplumsal gerginliğin izlerini bertaraf etmek üzere kullanılan bir araçtır. Tek davranışla birden fazla kural ihlal edilmiş olsa da, gerginlik ağırlaşmadığı için, en ağır yaptırımlı kural ihlalinin cezası, ortaya çıkan gerginliği bertaraf edebilmek için yeterlidir. Buna karşılık dış âlemde, hareketten başka bir değişiklik meydana gelmiş ise, toplumsal gerginlik artacaktır. Bu değişiklik ne kadar fazla ise gerginlik de o oranda ağırlaşacaktır. Bu durumda gerginliği bertaraf etmek için uygulanacak yaptırım da ağırlaşacaktır. Kısaca netice ağırlaştıkça, ceza da ağırlaşacaktır. O halde, fikri içtima, dış âlemde, hareketten başka bir değişiklik olmaması ya da sadece bir tek değişiklik bulunması halinde uygulanabilecek bir müessesedir. Eğer dış âlemde birden fazla değişiklik mevcut ise yani, toplumsal gerginlik birden fazla sebeple ayrı ayrı doğduğundan, birden fazla netice varsa, birden fazla fiil var demektir. Bu durumda ise fikri içtima müessesine yer yoktur. Eğer dış âlemde, hareketten başka bir değişiklik olmamış ya da sadece bir değişiklik meydana gelmiş ise fiil de tek demektir. Bu durumda yaptırım, zaten, hareketten ayrıca meydana gelen değişiklik uyarınca belirleneceğinden, bu tek fiille, başka kurallar da ihlal edilmiş olsa bile, bunlar için ayrıca yaptırım uygulamak gerekmeyecektir. Çünkü tek toplumsal gerginliğe tek yaptırım yeterlidir. Kaldı ki fail bu durumda, hukuk düzenine karşı gelme yolunda bir tek iradeye sahiptir ve bu sebeple de, suç birden fazla olsa da, bir tek ceza verilmekle yetinilmelidir.

Fikri içtima bu şekilde açıklanınca, birden fazla neticenin meydana geldiği durumda, hareket tek olsa da, birden fazla fiil olacağından, fikri içtima kurallarının uygulanması doğru olmayacaktır. Üstelik öğretilerde baskın olan görüş de budur. Diğer yandan uygulama, çift neticeli sapma halinde fikri içtima kurallarını tatbik etmekten vazgeçmiştir. Kaldı ki, önceki uygulamada, fikri içtima daha çok, aynı suç tipinin birden fazla ihlali ile oluşan çift neticeli

sapma halinde tatbik edilmekteydi. Bu haliyle, pozitif hukuka da aykırıydı. Nitekim YTCK'nın 44. maddesinin gerekçesinde verilen örnekler, hep tek hareketle farklı suç tipinin ihlaline ilişkindir. Ya da tek neticeli sapmaya ilişkin örnekler verilmiştir. Oysa gerek 30, gerekse 44. maddelerin gerekçelerinde, mevcut uygulama tasvip edilmiştir. Mevcut uygulamadan kastedilenin ise çift neticeli sapmaya ilişkin eski uygulama olduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu sebeple, mezkûr gerekçenin ihtiyaçlara cevap vereceğini kabul etmek mümkün değildir. Gerekçenin bağlayıcılığı bulunmadığından (sadece yorum için başvurulacak yardımcı kaynaklardan olduğundan), uygulama, bağımsız olarak gelişecektir. Kanımca mevcut -yeni- uygulamanın değiştirilmesi için hiçbir sebep yoktur. Çünkü kanunun metninde, uygulamanın değiştirilmesini gerektiren bir ibare bulunmamaktadır. Buna göre, çift neticeli sapma halinde, birden fazla netice ve dolayısıyla birden fazla fiil bulunduğu, fikri içtima kuralları uygulanmayacaktır. Kanunda çift neticeli sapma için ayrı bir hüküm de bulunmadığından (örneğin 1931 İtalyan Ceza Kanunu'nda, çift neticeli sapmada faile, meydana gelen neticelerin en ağırının gerektirdiği ceza verilir, bununla birlikte ceza yarıya kadar artırılır) sorun genel hükümlere göre çözümlenmelidir: Eğer fail, ikinci neticeyi de öngörmüş ve göze almış ise bu ikinci neticeden dolayı ayrıca, olası kasta dayanan sorumluluğu mevcuttur. Eğer ikinci neticeyi öngörmesine rağmen istememiş ise bilinçli taksiri, kusurlu olarak öngörememiş ise taksiri bulunmaktadır. Bu durumların tümünde, ikinci neticeden dolayı ayrıca ceza verilecektir. Eğer ikinci neticeyi öngörmesi mümkün değilse, manevi unsur bulunmadığından ikinci netice sebebiyle ceza verilemeyecektir.

Tek neticeli sapmaya gelince; YTCK'da, ETCK'nın 52. maddesinde düzenlenen "sair arızalar sebebiyle kast olunandan başkası aleyhine işlenmişse" hükmü bulunmamaktadır. Yani YTCK, kast olunmadığı halde gerçekleşen neticeyi faile doğrudan yüklememiştir. Bu durumda ise ortaya çıkan netice bakımından, failin kastlı sorumluluğu yoktur (olası kast müstesna). O zaman fail, kastedip de gerçekleştiremediği netice bakımından teşebbüs derecesinde kalmış eylemden, istemeden meydana getirdiği neticeden dolayı da taksiri sebebiyle sorumlu olacaktır. Bunlardan hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa, fikri içtima gereğince, sadece o suçun cezasına çarptırılacaktır. Oysa ETCK zamanında fail, sapma sonucu meydana gelen neticeden, doğrudan sorumlu tutuluyordu.

Özetle, mevcut uygulamayı doğru tespit edememiş bulunan ve doktrinde baskın görüşe aykırı olan gerekçeye itibar etmek mümkün değildir. Çift neticeli sapma durumunda, fikri içtima kuralları uygulanmamalı, ikinci neticeden doğan sorumluluk, genel hükümlere göre tespit edilmelidir.

Av. M. İhsan DARENDE

<sup>1</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 1 Sayfa: 419

<sup>2</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 1 Sayfa: 424

<sup>3</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 1 Sayfa: 425-426

<sup>4</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 1 Sayfa: 436-437

<sup>5</sup> Prof. Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: 2, Sayfa: 532-533

<sup>6</sup> Prof. Faruk Erem-Prof. Ahmet Danişman-Prof. Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler Sayfa: 328