Maskeli nüsha — kişisel veriler [KİŞİ], [ADRES] vb. etiketlerle gizlenmiştir. Karar künyesi (mahkeme/daire, esas-karar no, tarih) değiştirilmemiştir. Yayımlayan: AS Hukuk & Danışmanlık, ashukuk.net

Maskeleme notu: Bu belge, kararın yayına eklenen maskelenmiş nüshasıdır. Kişisel veriler (ad-soyad, TCKN, adres, doğum bilgisi, imza ve sicil bilgileri) kısaltılmıştır; mahkeme, dosya numaraları ve tarihler karar metninde yer aldığı biçimiyle korunmuştur. Metin genel bilgilendirme amacı taşır; dosyaya özgü hukuki görüş yerine geçmez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2019/350 E., 2020/30 K. (28.01.2020) (Maskelemiş Nüsha) AS Hukuk & Danışmanlık | ashukuk.net eki — s. 1 — Kararı Veren Yargıtay Dairesi : 1. Ceza Dairesi Mahkemesi :Ağır Ceza Sayısı : 475-461 Sanık … hakkında maktul … ‘e yönelik kasten öldürme suçundan, katılan … ve şikâyetçi … ‘ye yönelik olası kastla öldürme suçuna teşebbüsten açılan kamu davasında yapılan yargılama sonucunda, sanığın kasten öldürme suçundan TCK’nın 81/1, 29/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına; katılan … ile şikâyetçi … ‘e yönelik eylemlerinin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu kabul edilerek TCK’nın 86/1, 21/2, 86/3-e ve 62/1. maddeleri uyarınca iki kez 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına; tüm suçlar yönünden TCK’nın 53/1, 63 ve 54/1. maddeleri uyarınca hak yoksunluğuna, mahsuba ve müsadereye ilişkin İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 12.04.2012 tarihli ve 437-113 sayılı kasten öldürme suçu yönünden resen temyize tabi hükümlerin sanık müdafisi ve Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1.

Ceza Dairesince 02.10.2013 tarih ve 1957-5405 sayı ile; ” … A) Sanık hakkında maktul … ‘ya yönelik kasten öldürme suçundan kurulan hüküm yönünden; maktulden kaynaklanan ve sanık … ‘ye yönelen herhangi bir haksız eylem bulunmadığı ve tahrikte etki-tepki dengesinin sanık lehine bozulmadığı anlaşıldığı hâlde, sanık hakkında TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, B) Sanık hakkında mağdurlar … ve … ’ü olası kastla yaralama suçlarından kurulan hükümler yönünden; a) … Maktul … ‘yı öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, yaptığı atış sırasında av tüfeği saçma tanelerinin dağılması sonucunda, mağdurların da isabet alarak yaralandığı somut olayda; sanığın, maktule karşı hareketinin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fiille birden fazla farklı suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 sayılı Kanun’un 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan ‘ farklı nev’iden fikri’ içtimanın şartlarının oluştuğu anlaşıldığı hâlde sanığa sadece diğerlerine göre daha ağır olan ‘maktul … ‘yı kasten öldürme suçundan’ ceza verilmesi, mağdurlar … ve … ‘e karşı olan eylemlerinden ise karar verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm kurulması yerine, yazılı biçimde TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmü gözardı edilmek suretiyle gerçek içtima kurallarına göre ‘maktul … ‘yı kasten öldürme’ suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün yanında, ayrıca ‘mağdurlar … ve … ‘ü olası kastla yaralama’ suçlarından da hüküm kurulması, Kabule göre de; b) Sanık hakkında kasten yaralama suçundan 1-3 yıl aralığında hapis cezası öngören TCK’nın 86/1. maddesinin uygulanması sırasında, TCK’nın 6l.

— s. 2 — maddesi uyarınca alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza yerine, yazılı şekilde 3 yıl hapis cezası belirlenmesi suretiyle fazla ceza tayini, c) TCK’nın 21/2. maddesinde düzenlenen olası kast hükümlerinin, kasten yaralamanın silahla işlenmesi hâlini düzenleyen TCK’nın 86/3-e maddesinden sonra uygulanması yerine yazılı şekilde TCK’nın 61. maddesine aykırı davranmak suretiyle önce uygulanması suretiyle hüküm kurulması,” isabetsizliklerinden olası kastla yaralama suçlarından kurulan hükümler yönünden oy çokluğuyla, kasten öldürme suçundan kurulan hüküm bakımından oy birliğiyle bozulmasına karar verilmiş, Daire Başkanı … … olası kastla yaralama suçlarından kurulan hükümler yönünden ; “Sanığın, asıl hedef konumunda bulunan maktul … ‘ya av tüfeği ile uzak atış mesafesinden bir el ateş etmesi sonucu av tüfeğinden çıkan saçma tanelerinin dağınık bir şekilde maktul ve maktulün yakınında bulunan mağdurlar … ve … ‘e isabet etmesi şeklinde gerçekleşen olayda; suçta kullanılan silah ile saçma tanelerinin niteliği ve atış mesafesi ile mağdurların konumları dikkate alındığında, sanığın, uzak atış mesafesinden dağınık bir şekilde saçma tanesi atabilen av tüfeği ile atış yaptığı sırada, asıl hedef konumunda bulunan maktulden başka olay yerinde bulunan mağdurlar gibi üçüncü kişilerin de isabet alabileceğini öngördüğü ancak neticeyi istememesine karşın eylemine devam ederek gerçekleşebilecek

tüm kanuni neticeleri kabullendiği, böylece olası kast hükümleri kapsamında hareket eden sanık hakkında TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olamayacağı, fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesinin somut olayın özelliklerine göre, ancak bir atışta tek mermi atabilen tabanca veya av tüfeği gibi silahların kullanılıp üçüncü kişi ya da kişilerin isabet aldığı durumlarda söz konusu olabileceği, bu nedenle sanığın, mağdurlara yönelik eylemlerinden dolayı olası kastla yaralama suçlarından hükümlülüğüne karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı kanaatiyle sayın çoğunluğun sanık hakkında mağdurlara yönelik eylemlerde fikri içtima hükümleri uyarınca karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğine yönelen bozma görüşüne katılmıyoruz." görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

Kabule göre yapılan (c) bendindeki bozma nedenine uyan İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesince 30.12.2013 tarih ve 475-461 sayı ile diğer bozma nedenlerine direnilerek sanığın önceki hükümler gibi cezalandırılmasına karar verilmiştir.

— s. 3 — Kasten öldürme suçu yönünden resen temyize tabi direnme kararına konu bu hükümlerin sanık müdafisi, katılan … … vekili ve Cumhuriyet savcısı tarafından da temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 27.05.2015 tarihli ve 190865 sayılı "ret-onama-bozma" istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gelen dosya, Ceza Genel Kurulunca 07.12.2016 tarih ve 513-1195 sayı ile 6763 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile 5320 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. madde uyarınca kararına direnilen Daireye gönderilmiş, aynı madde uyarınca inceleme yapan Yargıtay 1. Ceza Dairesince 01.03.2017 tarih ve 42-623 sayı ile " … Mahkemece sanığın, mağdurlara yönelik olası kastla yaralama suçlarından mahkûmiyetine karar vermesi hukuka uygun bulunmuş ise de, Dairemizce verilen bozma kararında, sanık hakkında kasten öldürme suçunda haksız tahrik uygulanmaması ve olası kastla yaralama suçunda ise TCK'nın 86/1. maddesi gereğince en üst sınırdan ceza tayin edilmemesi gerektiğine ilişkin hususlar usul ve yasaya uygun olup Yerel Mahkemenin direnme gerekçesi bu yönlerden yerinde görülmediği" gerekçesiyle direnme konusunda karar verilmek üzere Yargıtay Birinci Başkanlığına iade edilmiştir.

Dosyayı inceleyen Ceza Genel Kurulunca 22.01.2019 tarih ve 257-29 sayı ile; "İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 30.12.2013 tarihli ve 475-461 sayılı direnme kararına konu; 1- Kasten öldürme suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne ilişkin olarak; a) Katılan … … vekilinin kanuni süreden sonra gerçekleşen temyiz talebinin 1412 sayılı CMUK'nın 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 310 ve 317.

maddeleri uyarınca reddine, b) Cumhuriyet savcısının temyiz talebinin 5271 sayılı CMK'nın 266/1 ve 1412 sayılı CMUK'nın 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 317. maddeleri uyarınca reddine, 2- Dosyanın, öncelikle olası kastla yaralama suçundan kurulan mahkûmiyet hükümleri bakımından Özel Dairece bir karar verildikten sonra, kasten öldürme suçuna ilişkin hükmün incelenmesi için tekrar Ceza Genel Kuruluna gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edilmesine," karar verilmiştir.

— s. 4 — Dosyanın gönderildiği Yargıtay 1. Ceza Dairesince 20.05.2019 tarih ve 1600-2858 sayı ile; "Yerel Mahkemenin sanık hakkında maktule yönelik kasten öldürme suçunun yanında mağdurlara yönelik olası kastla yaralama suçlarından da mahkûmiyet hükümleri kurulması gerektiği yönündeki direnme gerekçesi yerinde görülmekle, bu hususla sınırlı olmak üzere Dairemizin 02.10.2013 tarih, 2013/1957 esas ve 2013/5405 karar sayılı ilamının kaldırılarak, ilamın 'B' başlığı altında yer alan 'a' alt başlığının ilamdan tamamen çıkartılmasına, ilamın sair yönlerinin aynen korunmasına" karar verilerek direnme konusunda karar verilmek üzere tekrar Yargıtay Birinci Başkanlığına iade edilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar; 1- Sanık hakkında kasten öldürme suçu bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının oluşup olmadığının, 2- Av tüfeğiyle ateş ederek kasten öldürme suçunu işleyen sanığın, aynı atışla yaraladığı katılan … ve şikâyetçi … 'e yönelik

olası kastla yaralama suçundan kurulan mahkûmiyet hükümlerinde temel cezanın en üst hadden tayin edilmesinin isabetli olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkin ise de, öncelikle olayda TCK'nın 44.

maddesi gereğince fikri içtima şartlarının bulunup bulunmadığı, bu bağlamda kasten öldürme suçunun yanında ayrıca olası kastla yaralama suçunun oluşup oluşmayacağının, Belirlenmesine ilişkindir.

— s. 5 — İncelenen dosya kapsamından; 26.08.2011 tarihli olay, yakalama ve el koyma tutanağında; saat 01.50 sıralarında İzmir ili, Selçuk ilçesi … Caddesinde bulunan Star [GİZLİ] önünde kavga çıktığının bildirilmesi üzerine olay yerine gidildiğinde, iki ayrı grubun sandalye ve yumrukla birbirlerine saldırdıkları, başında kanama olan … 'nın gazino önündeki kaldırım üzerinde yaralı hâlde yerde yattığı, haber merkezine anons edilerek ambulans çağrıldığı, bu esnada taraflar arasındaki kavganın devam etmesi nedeniyle takviye ekip istenildikten sonra olaya müdahale edildiği, biber gazı sıkılmak suretiyle kavganın engellenmeye çalışıldığı, olay yerinde kavgada aynı tarafta yer aldıkları tespit edilen … , … ve … 'ın yakalandıkları ve ekip aracına bindirilerek polis merkezine götürüldükleri, kavganın karşı tarafında yer alan gazino çalışanlarına müdahale edileceği sırada içerinden cam seslerinin gelmesi ve çevreden kavganın içeride başladığı bilgisi alınması üzerine gazinoya girildiği, gazinonun alt girişinde cam kırıkları olduğu, yerlerde kan izlerinin bulunduğu, bu izleri paspasla silmeye, kırık camları süpürmeye çalışan gazino personeline engel olunduğu, olay yerine gelen 112 Acil Servis ekiplerinin yerde yatmakta olan yaralıya müdahale ettiği, kavgaya karıştığı tespit edilen gazino çalışanlarından … , … , … , … , … … , … , … ile gazino sahibi … 'e ifadeleri alınacağı için olay yerinden ayrılmamaları gerektiğinin bildirildiği, bu sırada … isimli şahsın İş Bankasını 2 metre geçerek motosikletinden inip gazino istikametine koşarak orta refüjü geçtikten sonra elinde bulunan ve kalabalığa doğru yönelttiği av tüfeğiyle ateş etmesi üzerine olay yerinde görevli polis memuru … 'ın havaya iki el ateş ettiği, polis memuru … 'un ise silahını tekrar doldurmak isteyen şahsa arkasından yaklaşarak belinden kavrayıp diğer eli ile de silahın namlusunu yukarıya kaldırdığı, diğer polis memurları tarafından da şahsın elinde bulunan av tüfeğinin zorla alındığı, etkisiz hâle getirilen şahsın ellerinin arkadan kelepçelendiği, gazinonun giriş merdiveninde yatan … 'in vurulduğun anlaşılması üzerine olay yerinde bulunan ambulansa bindirilerek hastaneye götürüldüğü, ayrıca … 'in silahla ateş etmesi sonucu polis memuru … 'nin boynundan ve yüzünden, gazinoda garson olarak çalışan … 'in göbeğinden, sağ ve sol bacağından yaralandığının anlaşılması üzerine hastaneye götürüldüklerinin belirtildiği, 26.08.2011 tarihli suç yeri araştırma ve inceleme raporunda;

— s. 6 — olay yerinde yapılan incelemede gazinonun giriş kapısının önünde yerde bir miktar şüpheli leke ve iki adet saçma tanesi, kapı üzerinde çok sayıda saçma deliği, orta refüje yakın yerde av fişeği plastik kartuş tapası, yine olay yerinde MKE yapımı 9 mm çapında 2 adet kovan ele geçirildiği, gazinonun giriş kapısı açılmadığı için yan tarafta bulunan arka kapıdan içeriye girildiği, giriş kapısından aşağıya doğru inen merdiven başındaki basamakta bir miktar şüpheli leke görüldüğünün bildirildiği, Maktul … hakkında Selçuk Devlet Hastanesince düzenlenen 26.08.2011 tarihli raporda; saat 02.10 sıralarında ambulans ile getirilen maktulün bilincinin kapalı, solunumun zayıf, nabzın filiform olduğu, entübe edilip stabilize edilmeye çalışılırken arreste girdiği, saat 02.20 sıralarında CPR'ye bağlandığı ancak sonuç alınamadığı, saat 03.15'te CPR'nin sonlandırıldığının belirtildiği, İzmir Adli Tıp Grup Başkanlığınca düzenlenen 22.09.2011 tarihli otopsi raporunda; maktulün sağ göğüs kafesi ön yüzde ve lateralde, 32×20 cm'lik alanda, 1 cm çaplı, toplam 11 adet av tüfeği iri saçma tanesi yarası, sağ kol ön yüzde orta 1/3'te av tüfeği saçma tanesi giriş deliği ve giriş deliğin medialinde çıkış deliği olduğu, maktulün sırtında cilt altından deforme olmuş 0,5 cm çapında iki adet iri saçma tanesinin ele geçirildiği, kanda 10 mg/dl etil alkol tespit edildiği, maktulün vücudunda en az bir atışla oluşması mümkün av tüfeği iri saçma taneleri giriş delikleri mevcut olup öldürücü nitelikte oldukları, saçma taneleri giriş yaraları cilt, cilt altı bulguları ve dağılımları göz önüne alındığında atışın uzak atış mesafesinden yapıldığı, maktulün ölümünün av tüfeği saçma tanesi yaralanmasına bağlı kaburga kırıklarıyla birlikte iç organ delinmesinden gelişen iç kanama sonucu meydana geldiği bilgilerine yer verildiği, Sanık … hakkında Selçuk Devlet Hastanesinde 26.08.2011 tarihinde saat 06.03'te düzenlenen raporda;

sırtta yaygın kızarıklıklar ve lezyonlar, her iki dirsekte laserasyon ve şişlik olduğu, sol dizde şişlik ve lezyonlar bulunduğu, sağ kaş kenarındaki kesinin sütüre edildiği, hayati tehlikesinin bulunmadığı

tespitlerine yer verildiği, Katılan … hakkında Selçuk Devlet Hastanesince düzenlenen 26.08.2011 tarihli raporda;

— s. 7 — göğüste orta hatta umblikusun 10 cm kadar üstünde metal saçma parçası olduğu, KBB Uzmanı tarafından parçanın çıkartıldığı, çekilen grafilerde vücudunda metal cisimler görüldüğü, Genel Cerrahi Uzmanınca değerlendirilmesi gerektiği, hayati tehlikesinin olmadığı, yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olduğu, İzmir Adli Tıp Şube Müdürlüğünce düzenlenen 11.04.2012 tarihli raporda; katılanın geçici raporunda çekilen grafilerinin normal değerlendirildiği belirtilmekle yumuşak doku seyirli olduğu anlaşılan birden fazla saçma tanesi ile yaralanmasının, yaşamını tehlikeye sokmadığı, basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte olduğunun belirtildiği, Şikâyetçi … hakkında Selçuk Devlet Hastanesince düzenlenen 26.08.2011 tarihli raporda;

boyun orta hattın soluna 1,5 cm çaplı metal parçası saplandığı, ağızdan kan geldiği, sağ göz altında 0,5 mm'lik kanama alanı bulunduğu, hayati tehlikesinin bulunmadığı, İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesince düzenlenen 10.10.2011 tarihli raporda; şikâyetçinin yaralanmasının yaşamını tehlikeye sokmadığı, basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte olduğunun belirtildiği, Sanığın arkadaşı olup kavgada sanık tarafında yer alan tanık … hakkında Selçuk Devlet Hastanesince düzenlenen 26.08.2011 tarihli raporda; sol gözde kızarıklık, göz içinde kanama olduğu, hayati tehlikesinin bulunmadığı, tanık … hakkında aynı hastanede aynı tarihte düzenlenen raporda; nefesinden alkol kokusu geldiği, sağ elde 5. parmaktan avuç içine kadar 15 cm uzunluğunda derin tendon kesisi, burunda filtrumda 1 cm uzunluğunda yüzeysel 2 adet kesi olduğu, eldeki kesi için primer sütürasyon yapıldığı, tanık … hakkında aynı hastanede düzenlenen aynı tarihli raporda; sağ dizde sıyrık ve kızarıklık olduğu, yaralanmasının basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olduğu, tanık … hakkında aynı hastanede düzenlenen ilk raporda; bilinci kapalı olarak 112 ekipleri tarafından Acil Servise getirilen kişinin başında sağ parietalde travma sonucu (sandalye ile yaralanma) oluşan kesiler olduğu, daha sonra bilincinin açık olduğunun saptandığı, nefesinden yoğun alkol kokusu geldiği, tanığın aynı tarihte sevk edildiği İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesince düzenlenen raporda;

— s. 8 — saçlı deride sol parietalde 5 cm'lik kesi olduğu, yaşamını tehlikeye sokmadığı, 2,10 promil alkollü olduğu, aynı hastanece düzenlenen 05.10.2011 tarihli raporda ise yaralanmasının basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olduğunun belirtildiği, Maktulün oğlu katılan … hakkında Selçuk Devlet Hastanesince düzenlenen 26.08.2011 tarihli raporda; alkolsüz olduğu, sol dirsekte ağrı ve hareket zorluğu bulunduğu, 1 cm uzunluğunda sıyrık görüldüğü, gözde biber gazına bağlı kızarıklık olduğu, yaralanmasının basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olduğu tespitlerine yer verildiği, Maktulün sahibi olduğu gazino çalışanlarından tanık … hakkında Selçuk Devlet Hastanesince düzenlenen 26.08.2011 tarihli raporda; alkolsüz olduğu, sol parietalde 2×1 cm ebadında şişlik olduğu, hayati tehlikesinin bulunmadığı, tanık … hakkında aynı hastanede düzenlenen aynı tarihli raporda; alkolsüz olduğu, sol parietalde 2 cm uzunluğunda kesi bulunduğu, yaralanmasının basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olduğu bilgilerine yer verildiği, Anlaşılmaktadır.

— s. 9 — Katılan … … aşamalarda; maktul … 'nın eşi olduğunu, maktulün öldürüldüğü olayla ilgili görgüye dayalı bilgisinin bulunmadığını, sanıktan şikâyetçi olduğunu, Katılan … aşamalarda; babası olan maktul … ile birlikte Star [KİŞİ]'nu işlettiklerini, olay tarihinde gece geç saatlerde sanık … ile arkadaşları olan tanıklar … , … , … ve … 'nın, gazinoya geldiklerini, tanık … ve babasını tanıdığını, maktulün de tanık … 'ün babasıyla iyi arkadaş olduklarını, sanık ve arkadaşlarının gazinonun en köşesindeki locaya oturduklarını, votka ve bira gibi şeyler ısmarladıklarını, masalarına bir kadın gelmesi üzerine tanık … 'ün bu kadına yer verdiğini, tanık … 'ün sandalyeye oturacakken dengesini kaybedip düştüğünü, düştükten bir süre sonra tanık … 'ün gazinodaki garsonlardan tanık … 'a tokat attığını, bunun üzerine tanık … 'ın bu durumu maktule söylediğini, maktulün de tanık … ile sanık ve arkadaşlarının bulunduğu masaya giderek efendi gibi oturmalarını, mekân içerisinde rahatsızlık verip huzuru bozacaklarsa ayrılmalarını söylediğini, tanık … 'ün maktulden özür dilediğini, sanık ve tanıkların oturdukları masada alkol almaya devam ettiklerini, maktulün sorun çıkabileceği düşüncesiyle bar kısmına geçtiğini ve oradan ayrılmadığını, bir süre sonra sanık ve arkadaşlarının masasından hesap istenildiğini, hesabın yaklaşık 75 TL tuttuğunu, tanıklar … ile [KİŞİ]'ın hesabı görür görmez ayaklandıklarını ve çıkışa doğru yöneldiklerini, arkalarından sanık …

ile tanık … 'nın da kalktıklarını, maktulün garsona hesap alınıp alınmadığı hususunda işaret yaptığını, hesabın ödenmediğini öğrenmesi üzerine maktulün tanık … 'ün yanına gittiğini, kendisinin de maktulün arkasından gittiğini, maktulün tanık … 'le hesabın ödenmemesi konusunda konuştuğunu, bu sırada sanık … 'nin yanlarına gelerek "Siz kim oluyorsunuz lan.

— s. 10 — Kimse bizden hesap alamaz" diye bağırdığını, maktulün sanığa "Senin derdin ne oğlum neden böyle davranıyorsun" dediğini, sanığın da maktule küfrederek kafa atmaya çalıştığını, bunun üzerine sanığın maktule yaklaşmaması için kollarından tuttuğunu, o sırada diğer kişilerin de camlara yumruk ve kafa atarak dışarı kaçtıklarını, sanık … 'yi dışarı çıkarmak için merdivenlere götürdüklerini, sanığın merdivenlerde de kavgaya devam ettiğini, garsonların sanığı dışarı çıkardıklarını, sanığın caddenin ortasındaki refüjden, tanık … ve arkadaşlarının ise yan tarafta bulunan çorbacıdan maktule doğru bağırarak küfrettiklerini, tanık … 'yı dışarıda görmediğini, maktulün ise sanık ve arkadaşlarına karşılık vermediğini, kendilerine de içeriye girmelerini, polisi aradığını, birazdan geleceklerini söylediğini, gazinoya girecekleri sırada sanık ve arkadaşlarının yan tarafta bulunan kahvehanenin masa ve sandalyelerini üzerilerine doğru atmaya başladıklarını, bunun üzerine garsonlardan … , Kemal, Kaan ve Doğukan ile birlikte, sanık ve arkadaşlarına karşı kendilerini korumaya başladıklarını, kavga sırasında tanık … 'ün sanık … 'nin kulağına bir şeyler fısıldadığını gördüğünü, birkaç dakika sonra sanık … 'nin koşarak uzaklaştığını, tanık … 'ün maktule doğru koşarak küfrettiğini, tanık … 'ü engellemek için karşısına geçtiğini ancak tanığın kendisine yumruk attığını, bunun üzerine kendisini savunduğunu, bir süre sonra gazinonun önüne polislerin geldiğini, kavga çıkaran bu kişileri ekip aracına bindirdiklerini, polislerin biber gazı sıktıklarını, gazdan etkilendiği için maktulün kendisini gazinonun yanında evin kapısının önüne yolladığını, iki dakika sonra bir el silah sesi duyduğunu, gazinoda çalışan tanık … 'ın maktulün vurulduğunu söyleyerek kendisini çağırdığını, maktulü gazino kapısının önünde vurulmuş hâlde gördüğünü, polislerin de yolda bir şahsı dövdüklerini ve bu kişinin etrafını sardıklarını gördüğünü, tanık … için çağrılan ambulansla maktulü hastaneye kaldırdıklarını, maktulün gazinonun içerisinde sanık … 'ye silah göstermesi veya onu tehdit etmesinin söz konusu olmadığını, gazinonun içerisinde garsona tokat atarak huzursuzluk başlatan ve hesap ödemeyen sanık ve arkadaşlarının uyarılara rağmen hakaret edip kafa atmaları nedeniyle kavga çıktığını, Şikâyetçi … aşamalarda;

— s. 11 — gece vakti Star [GİZLİ] önünde kavga olduğu anonsu üzerine polis memuru arkadaşları [KİŞİ] ve [KİŞİ] ile birlikte olay yerine gittiklerinde kavganın bitmiş olduğunu, yerde baygın hâlde yatmakta olan … 'ya 112 Acil Servis görevlilerince müdahale edildiğini, o esnada maktul … 'nın kapının önünde ayakta durduğunu, polis memuru arkadaşlarıyla birlikte etrafta biriken kalabalığı uzaklaştırmaya çalıştıklarını, bu esnada patlama sesi duyduğunu, boğazı ve burnunun sağ tarafından yaralandığını, ateş edildiği esnada maktulün muhtemelen 5-6 metre uzağında olduğunu, sanığın ateş ettiğini, maktulün de vurulduğunu görmediğini, sanıktan şikâyetçi olduğunu, Katılan … , tanıklar … , … , … ve … aşamalarda benzer şekilde;

— s. 12 — maktule ait gazinoda garson olarak çalıştıklarını, saat 00.20 sıralarında sanık … ile arkadaşları olan tanıklar … , [GİZLİ], Mustafa ve [KİŞİ]'ın gazinoya geldiklerini, masalardan birine geçerek alkol siparişi verdiklerini, gazinoya geldiklerinde de alkollü olduklarını, kendilerine ilk servisi tanık … 'ın yaptığını, tanık … 'a yanlış içki getirmesi nedeniyle söylendiklerini ve başka garson istediklerini, bunun üzerine tanık … 'ın kendileriyle ilgilendiğini, bir ara tanık … 'ün oturduğu sandalyeden düştüğünü, masalarına biraz içki döküldüğünü, tanık … 'ün garson olarak çalışan tanık … 'a tokat attığını, bunun üzerine maktulün, sanık ve arkadaşlarının masasına giderek bir şeyler konuştuğunu, daha sonra sanık ve arkadaşlarının hesap istediklerini, 70 TL civarında hesap geldiğini, sanık ve arkadaşlarının hesap ödemeden dışarıya doğru yöneldiklerini, maktulün yanlarına giderek hesabı kimin ödeyeceğini sorduğunu, tanık … 'ün maktulün boynuna sarıldığını, sanık … 'nin de sinkaflı sözlerle küfrederek maktule kafa atmaya çalıştığını, hesabı ödemeyeceklerini söylediklerini, bar kısmında bulunan katılan … 'in de yanlarına gelerek müdahale ettiğini, tartışmanın kavgaya dönüştüğünü, sanık … 'nin gazino içindeki pimapen bölümün camını tekme atarak kırdığını, birlikte sanık ve arkadaşlarını dışarı çıkarmaya çalıştıklarını, sanığın arkadaşı olan tanık … 'nın gazinonun önünde yerde yattığını, sanık ve diğer arkadaşlarının dışarıda kendilerine doğru masa ve sandalyelerle saldırdıklarını, bir süre sonra sanık … 'nin olay yerinden ayrıldığını, sonrasında olay yerine gelen polislerin müdahale ederek şahıslardan üçünü

yakaladıklarını, polisler geldikten sonra maktulün bazı garsonları gazinonun içine gönderdiğini, sanığın motosikletle gelerek yolun karşısında durduğunu, gazinoya doğru yaklaşarak orta refüjü geçtikten sonra elinde bulunan av tüfeğiyle ateş ettiğini, sanığın ateş ettiği sırada katılan … 'ın maktul ile birlikte gazinonun içine girmek için kapıya yöneldiklerini, sanık … ettikten sonra maktulün vurulduğunu ve merdivenlere düştüğünü, Tanık … aşamalarda;

— s. 13 — arkadaşları olan sanık … ve tanıklar … , Gürbüz Gencel ve … ile birlikte saat 00.20 sıralarında maktulün işlettiği gazinoya gittiklerini, masalardan birine geçerek içki içtiklerini, bir süre sonra tanık … 'ün masalarına gazinoda çalışan kadınlardan birini çağırdığını, masalarına servis yapan garsonun masaya bira döktüğünü, tanık … 'ün üzerine içki dökülmesin diye sakınırken dengesini kaybederek yere düştüğünü, bunun üzerine tanık … 'ün bu garsona tokat attığını, sanık … 'nin masalarına başka bir garsonun bakmasını istediğini, bir süre sonra masalarına maktul … 'nın geldiğini, akıllı, uslu oturup adam gibi içki içmeleri konusunda kendilerini uyardığını, maktulden özür dilediklerini, bir ara tuvalete giden sanık … 'nin tuvaletten çıktığı sırada maktulün kendisine silah doğrulttuğunu, masadan kalkarak aralarına girdiklerini, bir süre sonra hesabı istediklerini, hesabı tanık … 'nın ödeyeceğini, bunun için kasaya gittiğini, sanık … 'nin de tuvalete gittiğini, üç kişi birlikte gazinonun dışına çıktıklarını, arkalarından sanık … 'nin geldiğini, hesabı ödemeyeceklerini düşünen maktul … 'nın da peşlerinden geldiğini, gazino çıkışında sanık … ile garsonlar arasında kavga çıktığını, garsonlar ve maktul … 'nın sanığı darbettiklerini, ayırmak için geri döndüklerini, bu sırada birkaç darbe aldığını, hep birlikte dışarıya çıktıklarını, kavganın bir süre dışarıda da devam ettiğini, olay yerine polislerin geldiğini, polislerin kendisiyle birlikte tanık [GİZLİ] ve … 'ü ekip aracına bindirerek karakola götürdüklerini, [KİŞİ]'in eli kesildiği için oradan da hastaneye gittiklerini, sanık … 'nin ateş ettiği sırada olay yerinde bulunmadığını, sanık … ile maktul ve garsonlar arasındaki kavganın nasıl başladığını, ilk önce kimin vurduğunu bilmediğini, Tanık … aşamalarda;

— s. 14 — olay tarihinde gece vakti sanık … ve diğer arkadaşlarıyla birlikte maktule ait gazinoya gittiklerini, garsonun masalarına döktüğü içki üzerine gelmesin diye sakınırken dengesini kaybeden tanık … 'ün yere düşmesi sonucu içkiyi döken garsona tokat attığını, maktul … 'nın masalarına gelerek kendilerini uyarması üzerine maktulden özür dilediklerini, daha sonra hesabı istediklerini, tanık … tarafından hesabın ödendiğini düşündüğü için diğer tanıklar [GİZLİ] ve … 'le birlikte dışarıya yöneldiklerini, merdivenlerde bulunduğu sırada gazinodan gürültü sesleri geldiğini, aşağıya indiğinde maktul … ile garsonların sanık … 'ye vurduklarını gördüğünü, tanık … 'nın orada yerde yattığını, kimsenin elinde silah görmediğini ancak garsonların elinde sopa olduğunu, kavgayı ayırmak için yanlarına gittiklerini, ancak maktul ve garsonların kendilerine de vurduklarını, kafası ve elinin pimapen bölmenin camına denk geldiğini, elinin ve suratının o nedenle kesildiğini, dışarı çıkıp yan taraftaki çorbacının bulunduğu yere gittiğini, olay yerine gelen polislerin kendilerini ekip aracına bindirdiklerini, karakola götürülürken yanında sadece tanık [KİŞİ]'ın olduğunu, maktulün vurulduğu sırada olay yerinde olmadığını, Tanık … aşamalarda; garsonlardan birinin masalarına döktüğü içki üzerine değmesin diye kendisini sakınırken yere düştüğünü, sanık … 'nin masalarına başka bir garsonun bakmasını istediğini, kimseye tokat atmadığını, hakaret de etmediğini, masalarına gelip kendilerini uyaran maktul … 'dan özür dilediğini, sanık … 'nin hesabı istedikten sonra tuvalete gittiğini, sanık … dışındaki arkadaşlarıyla birlikte çıkışa yöneldiklerini, merdivenlerden çıkacakları sırada içeriden bağrışma sesleri duyduklarını, tuvaletin olduğu yerde maktul … ve garsonların sanık … 'ye vurduklarını gördüğünü, bunun üzerine olaya müdahale ettiklerini, maktul … 'nın elinde bir cisim gördüğünü ancak silah olup olmadığını bilmediğini, kavganın dışarıda da devam ettiğini, olay yerine gelen polislerin biber gazı sıktıklarını, polislerin kendisiyle birlikte tanıklar [GİZLİ] ve [KİŞİ]'i ekip aracına bindirdiklerini, tanık … 'nın da gazinonun önünde yerde yatmakta olduğunu, karakola götürüldüğü için maktulün vurulduğu anı görmediğini, Tanık … aşamalarda;

— s. 15 — garsonların servisiyle ilgili herhangi bir tartışma yaşanmadığını, masaya bira döküldüğünü görmediğini, sanık … ile maktul … arasında herhangi bir tartışmaya şahit olmadığını, 70 TL civarında gelen hesabı ödemek için kasaya yöneldiğini, diğer arkadaşlarının da çıkışa yöneldiklerini, kasaya yöneldiğinde başının arkasına sert bir cisimle vurulduğunu ve bayıldığını, sonraki olayları ve hastaneye nasıl götürüldüğünü hatırlamadığını, Tanık … ve [KİŞİ] aşamalarda benzer şekilde; olay gecesi eğlenmek için gazinoya gittiklerini, saat 01.00 sıralarında köşedeki masada oturan beş kişi ile garsonlar arasında anladıkları kadarıyla hesap yüzünden tartışma çıktığını, tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine bu

kişilerin dışarı doğru yöneldiklerini, içlerinden … isimli kişinin kavga sırasında yere düştüğünü, kimin vurduğunu görmediklerini, garsonların bu şahısları dışarı çıkardıkları sırada da kavganın devam ettiğini, içerideki kavga sırasında maktul … 'yı görmediklerini, gazino içerisindeki olaylar sırasında herhangi bir tabanca ya da başka bir silah görmediklerini, Polis memuru olan tanıklar … , … , [KİŞİ], … , … , … , … ve … aşamalarda benzer şekilde; olay gecesi Star [KİŞİ]'nun önünde kavga olduğunun ihbar edilmesi üzerine olay yerine geldiklerinde kavga eden tarafların sakinleşmiş olduklarını, tanık … 'nın yaralı hâlde yerde yattığını, şahısların kalabalık olması ve ayırmakta güçlük çekmeleri nedeniyle biber gazı sıktıklarını, kavga eden gruptan aynı tarafta yer alan … , … ve … isimli kişileri yakalayarak ekip aracına bindirdiklerini, 112 Acil Servis görevlilerinin ambulansla olay yerine geldiklerini, yaralı şahsa müdahale etmeye başladıklarını, bu sırada İş Bankası istikametinden gazinoya doğru koşarak gelen sanık … 'nin orta refüjü geçtikten sonra elindeki av tüfeğini doğrultarak ateş ettiğini, polis memuru … 'un sanığa arkadan sarılarak tüfeği aldığını, hep birlikte sanığın üzerine atlayarak sanığı etkisiz hâle getirdiklerini, İfade etmişlerdir.

— s. 16 — Sanık aşamalarda; maktul … 'yı tanıdığını, aralarında herhangi bir husumet bulunmadığını, arkadaşlarıyla birlikte eğlenmek için maktulün işlettiği gazinoya gittiklerini, masalarına servis yapan garsonun getirdiği birayı devirmesi üzerine biranın arkadaşı [KİŞİ]'in üzerine döküldüğünü, bu nedenle arkadaşı … 'ün tepki gösterek başka bir garsonun kendilerine bakmasını istediğini, bir süre sonra tuvalete gittiğini, tuvaletten çıkınca masasına doğru giderken maktul … 'nın başına silah dayayarak kendisine tehdit ve hakaret içerikli sözler söylediğini, maktulün çevresinde birkaç kişinin daha olduğunu, o sırada yanına arkadaşı [KİŞİ]'in geldiğini, maktulün [KİŞİ]'e de bıçak salladığını, [KİŞİ]'in maktulü engellemek için eliyle bıçağı tuttuğunu ve bu nedenle elinin kesildiğini, bunun üzerine arbede yaşandığını, maktul ve gazinodaki garsonların kendilerine vurmaya başladıklarını, kendilerini döve döve dışarı çıkardıklarını, sırtına ve sağ kaşına sopayla vurulduğunu, ancak kimin vurduğunu hatırlamadığını, kavga nedeniyle kendini kaybettiğini ve anahtarı kendisinde bulunan bir arkadaşının evine giderek av tüfeği alıp geri döndüğünü, oldukça alkollü olduğunu, kime nasıl ateş ettiğini hatırlamadığını, aldığı darbelerin etkisiyle travma geçirdiğini, maktulün öldüğünü de karakolda öğrendiğini, olayları maktul ve garsonların başlattıklarını, arkadaşı … 'ün kendileriyle başka bir garsonun ilgilenmesini istemesi üzerine maktul ve garsonların şiddetle karşılık verdiklerini, hesabı ödemelerine rağmen parayı geri uzattıklarını ve hesabı bahane ettiklerini, zaten hesabın da 70 TL civarında olduğunu, konunun hesap meselesi olmadığını, kendisi ve arkadaşlarının darbedilmesi nedeniyle tüfekle ateş ettiğini, yaptığından pişman olduğunu, Savunmuştur.

Uyuşmazlık konularının ayrı ayrı ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

1- Sanık hakkında kasten öldürme suçu bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının oluşup olmadığı; İnsanın dış dünyaya yansıyan davranışlarını esas alan ceza hukuku, onun davranışlarında iç dünyasının, o anki ruh hâlinin ve genel psikolojik özelliklerinin önemi bulunduğunu kabul ederek bu psikolojik durumlara belli bir hukuki değer vermektedir. Bu itibarla modern ceza hukuku sadece işlenen suçu değil, suçun işlenmesinde etkili olan nedenleri göz önünde bulundurarak cezalandırma yoluna gitmektedir (Devrim Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, AÜHFD, 2004, C. 54, s.225.).

— s. 17 — Haksız hareketin kişi üzerinde ve onun psikolojik aleminde bir tepki doğuracağını kabul eden modern ceza hukuku, failin bu durumunu değerlendirmekte, cezai sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak görmektedir. Failin bu subjektif durumuna önem veren çeşitli ülkelerin ceza kanunlarında, failin cezasında belli oranlarda indirim yapılması esası kabul edilmiştir (M. Muhtar Çağlayan, Yargıtay İçtihatları Işığında Haksız Tahrik üzerine Bir İzah Denemesi, Adalet Dergisi, Ocak –Şubat, 1982, S.1, s.14.).

Bu düşünceden hareketle 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde de haksız tahrik; "Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir" şeklinde, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul edilmiştir.

Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet ya da şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu hâlde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeden, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısı üzerinde meydana getirdiği karışıklığın neticesi olarak bir suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan nedenlerden biridir. Başka bir anlatımla, haksız tahrik hâlinde failin iradesi üzerinde zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmaktadır.

Ceza Genel Kurulunun istikrar kazanmış kararları ile öğretide de kabul gören görüşler doğrultusunda haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için; a) Tahriki oluşturan haksız bir fiil bulunmalı, b) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı, c) Failin işlediği suç bu ruhsal durumunun tepkisi olmalı, d) Haksız tahrik teşkil eden eylem mağdurdan sadır olmalıdır.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Kanun'da yer alan "ağır – hafif tahrik" ayırımına son verilerek; tahriki oluşturan eylem, somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından değerlendirilip, sanığın iradesine etkisi göz önünde bulundurulmak suretiyle, maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen oranda cezasından indirim yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

— s. 18 — Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi açısından, failin suçu ilk haksız fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisiyle işleyip işlememesi önemlidir. Mağdur ya da ölenden gelen haksız hareketin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hâllerde, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekmektedir.

Yerleşmiş yargısal kararlarda kabul edildiği üzere, gerek fail, gerekse mağdurun karşılıklı haksız davranışlarda bulunması hâlinde, tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile mağduru tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez. Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hâl almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir.

Karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı hâlinde, fail ve mağdurun biri diğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmediği göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması hâlinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.

Evrensel bir ceza hukuku temel ilkesi olan "kuşkudan sanık yararlanır" prensibi uyarınca bir olayda ilk haksız hareketin sanıktan mı, yoksa maktul ya da mağdurdan mı kaynaklandığının her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle kanıtlanamaması halinde, oluşan kuşku sanık lehine yorumlanarak sanığın TCK'nın 29.

maddesindeki haksız tahrik hükmünden yararlandırılması gerektiği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığı açık ise de bu kabulün dosya kapsamında olayın anlaşılan gerçekleşme biçimine, somut olayın özelliklerine ve hayatın olağan akışına uygun düşmesi zorunluluğu karşısında her olayın kendine özgü koşulları değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

— s. 19 — Sanık … ile arkadaşları olan tanıklar … , … , … ve … 'nın akşam saatlerinde bir nargilecide alkol aldıktan sonra eğlenmek amacıyla gece saat 00.20 sıralarında maktul … 'in işlettiği gazinoya gittikleri ve masalardan birine geçerek içki sipariş ettikleri, kendilerine içki servisi yapan … 'ın getirdiği içkiyi masaya dökmesi ve servisi beğenmemeleri nedeniyle … 'ün … 'a tokat attığı ve başka bir garsonun kendileriyle ilgilenmesini istediği, … 'ın kendisine tokat atıldığını gazino sahibi maktul … 'ya söylemesi üzerine, maktulün sanık ve arkadaşlarının masasına giderek taşkınlık yapmamaları konusunda kendilerini uyardığı, maktulden özür dileyen sanık ve arkadaşlarının bir süre daha eğlenmeye devam ettikleri, daha

sonra gelen hesabın fazla olduğunu düşünen sanık ve arkadaşlarının hesabı ödemeden çıkışa doğru yöneldikleri, hesabın ödenmediğini anlayan maktul … 'nın garsonlardan bir kısmıyla sanık ve arkadaşlarının yanına gittikleri, çıkan tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine tarafların gazinodaki masa ve sandalyeleri karşılıklı olarak atmak suretiyle birbirlerini darbettikleri, kavganın gazinonun dışında da devam ettiği, bu sırada maktul … 'nın polisi arayarak kavga olayını ihbar ettiği, sanığın arkadaşı olan … 'nın da başına aldığı yaralar nedeniyle gazinonun önünde yerde baygın hâlde yattığı, olay yerine gelen polislerin biber gazı da kullanmak suretiyle tarafları ayırdıktan sonra sanığın yanında yer alan … , [GİZLİ] ve [KİŞİ]'i yakalayarak ekip aracına bindirip karakola götürdükleri, yaralı hâlde yerde yatan tanık … 'nın tedavisi için ambulansla olay yerine gelen 112 Acil Servis ekiplerinin tanığa müdahale ettikleri, bu sırada polisler gelmeden önce olay yerinden ayrılarak bir arkadaşının evine giden sanık … 'nin, evden aldığı av tüfeğiyle birlikte motosiklete binerek tekrar gazinoya doğru geldiği, motosikleti yolun karşısına park ettikten sonra orta refüjü geçen sanığın elindeki av tüfeğiyle o sırada gazinonun önünde duran maktul … 'yı hedef alarak bir el ateş ettiği, polislerin müdahalesi üzerine sanığın ikinci kez ateş edemeden etkisiz hâle getirildiği, yaralanan maktul … 'nın olay yerinde bulunan ambulansla hastaneye kaldırıldığı, sanığın ateşlediği av tüfeğinden çıkan saçma tanelerinin olay yerinde bulunan polis memuru … ile garson olan … 'e de isabet ettiği ve yaralanmalarına neden olduğu, hastaneye kaldırılan maktulün, vücuduna isabet eden 8 adet saçma tanesi nedeniyle kaburga kırıklarıyla birlikte iç organ delinmesinden kaynaklanan iç kanama sonucu öldüğü, aynı zamanda kavga nedeniyle sanık ve arkadaşları ile gazinoda çalışan garsonlardan … ve … 'ın da yaralandıkları olayda;

— s. 20 — sanık ve arkadaşlarının gazinoda kendilerine yapılan servisi beğenmemeleri üzerine … 'ün, … 'a tokat atması nedeniyle başlayan gerginlik, ardından sanık ve arkadaşlarının fazla olduğunu düşündükleri hesabı ödemek istememeleri nedeniyle çıkan kavgada ilk haksız hareketin sanık tarafından gelmiş olması, bu şekilde yaşanan kavgada tarafların gazinodaki masa ve sandalyeleri de atmak suretiyle karşılıklı olarak birbirlerini darbetmeleri, maktul … 'nın, sanık … 'nin kafasına silah dayayarak tehdit ettiğinin o sırada gazinoda bulunan tanıklar ile sanığın bazı arkadaşlarınca doğrulanmaması, kavga sonucunda her iki taraftan da yaralanmalar olması ve yaralanmaların basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüde hafif nitelikte olması, dolayısıyla maktul … ve garsonların, sanık ve arkadaşlarının başlangıçtaki haksız davranışlarına karşılık olarak gösterdikleri tepkide orantısızlık olmayıp etki tepki arasındaki dengenin sanık lehine bozulmadığının anlaşılması karşısında, Yerel Mahkemece sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasında isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan, direnme kararına konu mahkûmiyet hükmünden sonra 24.11.2015 tarihli ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 tarihli ve 140-85 sayılı kararı gözetilerek, Yerel Mahkemece sanık hakkında TCK'nın 53. maddesinin uygulanması bakımından yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, Yerel Mahkemenin direnme kararına konu mahkûmiyet hükmünün, sanık hakkında uygulama koşulları bulunmadığı hâlde haksız tahrik hükmü uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini ve TCK'nın 53. maddesi tatbik edilirken Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.2015 tarihli ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 08.10.2015 tarihli ve 140-85 sayılı iptal kararının dikkate alınmasında zorunluluk bulunması nedenlerinden bozulmasına karar verilmelidir.

— s. 21 — 2- Av tüfeğiyle ateş ederek kasten öldürme suçunu işleyen sanığın, aynı atışla katılan … ve şikâyetçi … 'ü yaraladığı olayda TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının bulunup bulunmadığı, bu bağlamda kasten öldürme suçunun yanında ayrıca olası kastla yaralama suçunun oluşup oluşmayacağı; 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında "Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi esas alınmış, dolayısıyla da gerçek içtima kuralı benimsenmiştir. Nitekim Adalet Komisyonu raporunda bu husus; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir.

Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır" şeklinde ifade edilmiştir (TBMM Adalet Komisyonunun 03.08.2004 tarih ve 1/593-60 sayılı raporu). Bu kuralın

istisnalarına ise, 5237 sayılı TCK'nın "suçların içtiması" bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde yer verilmiştir.

765 sayılı TCK'da, aynı neviden fikri içtima ile farklı neviden fikri içtima tek madde hâlinde 79. madde de düzenlenmiş iken, 5237 sayılı TCK'da bu iki hâl birbirinden ayrılarak, aynı neviden fikri içtima, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 2. fıkrasında, farklı neviden fikri içtima ise Kanun'un 44. maddesinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nın "Zincirleme Suç" başlıklı 43. maddesinin 2. fıkrasında; "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır""Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır" denilmek suretiyle zincirleme suçtan farklı bir müessese olan aynı neviden fikri içtima düzenlenmiş, tek fiil (hareket) ile aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda, hareketin sayısı nedeniyle, fail hakkında bir cezaya hükmolunacağı, ancak bu cezanın TCK'nın 43/1. maddesine göre artırılacağı öngörülmüştür.

TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında ise; " Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz" hükmüne yer verilmek suretiyle, bu suçlarda zincirleme suç hükümleri ile aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanmayacağı, dolayısıyla sayılan bu suçlarda, failin mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılacağı kabul edilmiştir.

— s. 22 — Yine 5237 sayılı TCK'da yaptırıma bağlanan bazı suçlarda, özel olarak aynı neviden fikri içtima hükmüne yer verilmesi suretiyle, bu suçlarda ayrıca TCK'nın 43/2. maddesi uyarınca cezanın arttırılamayacağı esası benimsenmiştir. Örneğin; TCK'nın 172. maddesinin 2. fıkrasında; belirsiz sayıda kişilerin sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette, radyasyona tabi tutulması hâlinde, radyasyon yayma suçunun temel şekline nazaran daha ağır ceza öngörülmüştür.

Bu açıklamalara göre, aynı neviden fikri içtimanın şartlarını, hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olması, tek fiille birden fazla aynı suçun işlenmiş olması, suç mağdurlarının farklı olması, işlenen suçun 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen suçlardan olmaması, suç tipinde özel olarak aynı neviden fikri içtima hükmüne yer verilmemesi şeklinde belirlemek mümkündür.

Farklı neviden fikri içtima ise 5237 sayılı Kanun'un 44. maddesinde; "(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiş olup, bu hükmün uygulanabilmesi için işlenen bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerekmektedir.

Kanun koyucu, işlediği bir fiille birden fazla farklı suçu işleyen failin, fiilinin tek olması nedeniyle en ağır ceza ile cezalandırılmasını yeterli görmüş, bu şekilde "non bis in idem" kuralı gereğince bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının da önüne geçilmesini amaçlamış, "erime sistemi"ni benimsemek suretiyle, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilmesi ile yetinilmesini tercih etmiştir.

— s. 23 — 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde yer alan "bir fiil" ibaresi ve aynı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "tek bir fiil" ifadesi ile kastedilen hususun ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Diğer bir anlatımla, doğal anlamda fiilin tek olduğu her hâlde hukuki anlamda da fiilin tek olduğu söylenebilirse de, doğal anlamda fiilin çok olduğu her hâlde hukuki anlamda da fiilin çok olduğu her zaman söylenemeyecektir. Bazen bir hareketler kümesi, hukuki açıdan tek bir fiil olarak kabul edilecektir. Bu hâlde suç tipinin birden fazla hareketle ihlal edilebilir olması hareketin hukuken tekliğini etkilemeyecek, doğal hareketler hukuken tek kabul edilecektir. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuki anlamda tek olmayı ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuksal anlamdaki "tek bir fiili" oluşturmaktadır. Örneğin, failin mağdura birden fazla yumruk vurması suretiyle yaralaması durumunda, failin birden fazla hareketi olmasına rağmen kastı bir kişiyi yaralamaya yönelik olduğundan ortada tek fiil ve neticesi itibarıyla tek suç vardır. Nitekim öğretide de

benzer nitelikte görüşler ileri sürülmüştür ([KİŞİ] – [KİŞİ], Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 9. Bası, Ankara, 2016, s.492 vd., Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayımcılık, 3. Bası, İstanbul, 2013, s.

462 vd., [KİŞİ] – [KİŞİ] – [KİŞİ], Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2013, s.653 vb.).

5237 sayılı TCK'nın genel hükümleri arasında yer alan fikri içtima kuralları, şartlarının bulunması hâlinde kural olarak her suç için uygulanabilir ise de, kanun koyucunun açıkça istisna öngördüğü hâllerde bu kuralın uygulanması imkânı bulunmamaktadır. Nitekim, 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesinde, sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı belirtilerek, açıkça fikri içtima hükümlerinin uygulanması engellenmiştir.

— s. 24 — 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinin gerekçesinde ise; "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." açıklamasına yer verilmiştir.

Bu anlatımlara göre, farklı neviden fikri içtimanın şartları, hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olması, tek fiille birden fazla farklı suçun işlenmiş olması, işlenen suçlarla ilgili kanunda açıkça fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının engellenmemiş olması şeklinde belirlenebilecektir.

Görüldüğü gibi; 5237 sayılı TCK'nın gerek 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen aynı neviden fikri içtima, gerekse 44. maddesinde hüküm altına alınan farklı neviden fikri içtimada hukuki anlamda tek bir fiille birden fazla suçun işlenmesi söz konusudur. Bununla birlikte aynı neviden fikri içtimada suçların aynı olmasına karşın, farklı neviden fikri içtimada suçların farklı olacağı hususu iki düzenleme arasındaki ayrımı ortaya koymaktadır.

— s. 25 — Bu bağlamda "aynı suç" ile " farklı suç" kavramlarının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinin gerekçesinde; "Bir suçun temel ve nitelikli şekilleri dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir" şeklinde açıklamalara yer verilmiştir. Buna göre, anılan maddede yer alan " farklı suç"tan kastedilen, bir suçun temel ve nitelikli şekilleri dışında kalan ve Türk Ceza Kanunu'nda ya da özel ceza kanunlarında yer alan, yani ceza hukuku mevzuatındaki diğer suç hükümleridir. Bunun yanında, bir suçun basit hâli ile nitelikli hâli ya da unsurları aynı olan suçlar aynı suç sayılacağı gibi, bir suçun teşebbüs hâlinde kalması ile tamamlanması veya olası kastla işlenmesi ile doğrudan kastla işlenmesi hâllerinde de aynı suç söz konusu olacaktır.

Uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olarak, TCK'nın "Hayata Karşı Suçlar" bölümünde 81 ve 82. maddelerinde hüküm altına alınan " kasten öldürme" ve "nitelikli kasten öldürme" suçları ile "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" bölümünde 86 ve 87. maddelerinde düzenlenen " kasten yaralama" ve "neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" suçlarının farklı suçlar olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

— s. 26 — Diğer yandan, TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasındaki; " Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz" hükmüyle, bu suçlarda zincirleme suç hükümleri ile aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanmayacağı, dolayısıyla sayılan bu suçlarda, failin mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılacağı kabul edilmişken benzer bir istisna hükmüne TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima düzenlemesinde yer verilmemiştir. Buna göre TCK'nın 43/3. maddesinde sayılan suçlar aynı fiille birden çok kişiye karşı işlendiği takdirde gerçek içtima kuralı uygulanacak, her bir suçtan dolayı fail ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Fakat söz konusu istisnaya Kanun'un 44. maddesinde yer verilmediğinden, aynı fiille 43.

maddenin 3. fıkrasında sayılan suçlarla birlikte başka bir suçun işlenmesi hâlinde, farklı neviden fikri içtima hükümleri gereğince en ağır suçtan ceza verilecektir. Diğer bir deyişle, hukuki anlamda tek bir fiille bir kişinin kasten öldürülmesi yanında, başka bir suçun da işlendiği durumlarda, öncelikle ikinci suçun nitelendirilmesi yapılacak, ikinci suçun da kasten öldürme suçu olduğunun saptanması hâlinde aynı neviden fikri içtima hükümleri değil TCK'nın 43/3. maddesi göz önüne alınarak gerçek içtima kuralları uygulanacak, ikinci suçun kasten öldürme suçundan farklı bir suç olduğunun belirlenmesi hâlinde ise 44. maddede düzenlenen farklı neviden fikri içtima kuralı uyarınca sadece cezası en ağır olan suçtan ceza verilmesi ile yetinilecektir.

Gelinen bu aşamada, neticenin, fiilin bir unsuru mu yoksa fiilden ayrı olarak suçun maddi unsuru mu olduğu tartışmalarına da değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

— s. 27 — Doktrinde neticeyi fiilin unsuru olarak değil, fiilden ayrı olarak suçun maddi unsuru kapsamında değerlendiren yazarlardan; İzzet Özgenç; "Suçun maddi unsurlarından ikincisini, netice oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki, netice fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak, suçun maddi unsurlarından birini oluşturur. Bu bakımdan, yeni TCK'ya hâkim olan suç teorisinde, her suçta mutlaka bir netice vardır şeklindeki klasik anlayış terk edilmiştir.

Bunun sonucu olarak, benimsenen sistemde, klasik suç teorisinde olduğu gibi 'neticesi harekete bitişik' veya 'neticesi hareketten ayrı suç' ayrımından artık söz edilemez." (Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 190.), [KİŞİ]-[KİŞİ]; "Suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlardan bir diğerini de netice oluşturmaktadır. Klasik suç teorisinde netice, hareket ve nedensellik bağı ile birlikte fiilin alt unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu teoriye göre, suçun kanuni tanımında neticeye yer verilmese bile, her suçta mutlaka bir netice vardır. Ancak bu netice bazen hareketten ayrı, bazen ise harekete bitişiktir. Bu görüş, haksızlık alanında yalnızca fiilin sebebiyet verdiği neticeyi değerlendirmektedir. Oysa günümüz ceza hukuku anlayışında, neticenin fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak, suçun kanuni tanımında yer alan bağımsız bir unsurunu oluşturduğu kabul edilmektedir.

— s. 28 — Netice, ancak, suçun kanuni tanımında varsa, bir unsur olarak dikkate alınacaktır. Bugün artık, klasik suç teorisinde hâkim olan 'neticesiz suç yoktur' anlayışı terk edilmiştir. Çağdaş ceza hukukunda, neticenin ifade ettiği haksızlık üzerine kurulu suç teorisi yerine, hareketin ifade ettiği haksızlığa dayalı bir suç teorisi geliştirilmiştir." (Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 118.), [KİŞİ]-[KİŞİ];

"Kanaatimizce hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olan netice, suç tipinde, suçun kanundaki tanımında gösteriliyorsa, ceza hukuku bakımından bir değer taşır. Bu bakımında, iradi insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişiklik kanuni tipte yer almıyorsa önem arz eder. Örneğin, kasten öldürme suçundan (m.81) netice (ölüm) cezalandırma için şart aranmışken hakeret (m.125) suçunda suçun oluşması bakımından neticenin (mağdurun utanması, incinmesi, üzülmesi) gerçekleşmesi aranmamıştır. Şu hâlde, her suçta bir neticenin olduğu şeklindeki düşünce isabetli değildir. Nitekim ceza normunda bazı suçlar sırf hareket suçları olarak düzenlenmişlerdir ve tipe uygun hareketin icrası, ayrı bir neticenin varlığına ihtiyaç göstermeksizin suçun oluşması için yeterlidir. Bu şekilde bir değerlendirme yeni

TCK'ya hâkim olan suç teorisi bakımından da uygunluk arz edecektir. Nitekim, yeni TCK sisteminde, neticeyi fiilin bir alt unsuru olarak değerlendiren ve neticesiz suçun olmadığını her suçta mutlaka bir neticenin olduğunu benimseyen klasik anlayış terkedilmiştir. Bu bağlamda, yeni TCK sisteminde 'neticesi harekete bitişik suç' veya 'neticesi hareketten ayrı suç' ayrımından söz edilemeyecektir." (Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 333-334.), [KİŞİ]; "İrade onaylaması, bir başka ifadeyle iradilik yalnızca vücut hareketleri ile sınırlı olduğu için neticenin fiil kavramı içinde, fiilin bir unsuru olarak ele alınması mümkün değildir. Fiilin dış dünyada sebebiyet verdiği değişikliklerin, yani neticenin fiil kavramının belirlenmesinde herhangi bir fonksiyonu yoktur. Kusur kavramı sadece fiil ile ilintili olup;

kusurlu fiil, iradi olarak gerçekleştirilen vücut hareketidir. İradi fiil, kusur yargısının temelini oluşturmaktadır.

Ortada iradi bir vücut hareketi bulunmadıkça, ceza hukuku anlamında fiilden söz edilemeyeceği gibi, böyle bir fiilin kusurlu olarak gerçekleştirildiğinden de söz edilemez.

— s. 29 — Netice ise, fiilin dış dünyadaki nedensel etkileri; nedensellik sürecinde fiilin dış dünyada ortaya çıkardığı değişikliklerdir. Fiilin sınırı irade onaylamasının içeriği ile sınırlı olduğu için, netice fiilin bir unsuru olarak görülemez. Sözgelimi refleks hareketleri iradilik unsurundan yoksun olduğu için dış dünyada hangi neticeye sebebiyet vermiş olursa olsun ceza hukuku anlamında fiil olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, fiil sadece irade onaylaması ile açıklanabilir; dış dünyada gerçekleşen neticenin fiili açıklamada ve fiilin sınırını belirlemede herhangi bir fonksiyonu yoktur. Netice, sadece suçun yasal tanımında yer verilen hâllerde hukuken bir öneme sahip olup; bu hâlde suçun bir unsurudur.

… Buna göre, neticenin fiilin bir unsuru olarak görülmesi hâlinde, kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından 'iradilik' vasfı nedeniyle ortak bir hareket kavramından söz etmek de mümkün olmayacaktır. Zira taksirle işlenen suçlarda neticenin gerçekleşmesi yönünde failin bir iradesi yoktur. Kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından müşterek bir hareket kavramının oluşturulabilmesi için, neticenin fiilin bir unsuru olarak değil; suçun bir unsuru olarak görülmesi daha doğru bir yaklaşımdır." (Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 33-34.), Neticeyi fiilin unsuru olarak değerlendiren yazarlardan; … … ..; "Ceza hukukunda hareketle neticeyi birlikte belirtmek üzere 'fiil' terimi kullanılır. Şu hâlde, fiil dediğimiz zaman sadece hareketi veya sadece neticeyi değil, fakat bunlardan her ikisini birden kastetmiş oluruz.

Fiil iki unsuru olan hareketle, netice arasındaki bağlantı da, fiilin varlığı için şarttır ve buna da nedensellik bağı denir.

… Kanaatimizce, her suçta bir netice vardır: bu netice bazen hareketten ayrıdır; bazen ise harekete bitişiktir. Esasen suçun hukukî konusunu teşkil eden hak ve menfaatin ihlâli başlı başına bir neticedir ve böyle bir ihlâl bulunmadıkça, suçun varlığından sözedilemez.

— s. 30 — … Fiil, dış dünyadaki değişiklik olduğuna göre, fiilin esas kısmını netice oluşturur. Şu hâlde fikri içtimanın bulunabilmesi için, her şeyden önce bu neticenin tek olması gerekir. Bu sebeple, bakılacak husus, dış dünyadaki değişikliğin birden fazla olup olmadığıdır. Bir kurşunla bir kimsenin öldürülüp, diğerinin yaralanması hâlinde, dış alemdeki değişiklik yani netice iki tanedir. Ortada bir fiil yoktur ve fikri içtima söz konusu edilemez." (Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt II, 14. Bası, DER Yayınları, İstanbul, 2019, s. 80-81;101;684.), [KİŞİ]; "Bir fiil kastta birliği icabettirir. Aynı şahsa iftira ve yalan şehadet ayrı suçlardır. Tek kurşunla bir kişiyi öldürmek diğerini yaralamak isteyen kimsenin fiili tek olmasına rağmen ortada iki suç vardır. Fakat bu anlayış şekli bazı müelliflerce kabul edilmemektedir ve kanunun yazılışındaki katiyet bu müelliflerce hak verdirecek şekildedir." (Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, I. Cilt, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1993, s. 642.), Kayıhan İçel; "Harekete üstünlük tanıyan görüş ile sonuca üstünlük tanıyan görüşün farklı esaslardan yararlanmalarının başlıca nedeni, ilk görüşün sahibi yazarların eylemi suç anlamında kabul etmelerine karşılık, ikinci görüşe taraftar yazarların eylemi suçun yapısal bir unsuru şeklinde anlamalarıdır. Bizce, sonucun kanuni tipe giren bir kavram olması, onun, eylemin bir parçası şeklinde kabulüne engel olmaz. Bu nedenle, suçun maddi unsurunu hareketten ibaret gören ve bunun sonucu olarak, eylemin belirlenmesinde harekete üstünlük tanıyan görüş kabul edilemez.

— s. 31 — … Böylece, maddi sonuç kriterine taraftar olmaktayız. Ancak bizce, kanuni tanımda yer alan dış dünyadaki değişiklik, sonucu hareketten ayrı suçlarda eylemin tekliğinin saptanması bakımından esas

alınabilirse de, sonucu harekete bitişik suçlarda aynı şekilde hareket etmek olanağı yoktur. Bu sonunculardа hareketten bağımsız bir sonuç olmadığına göre, sonuca bakarak eylemin tekliğinin belirlenmesi gerçekte harekete üstünlük vermeyi sonuçlayacaktır. Durum böyle olunca, tek kurşunla iki kişinin öldürülmesinde, dış dünyada iki değişiklik olduğu için iki eylemin bulunduğu kabul edilecek, buna karşılık aynı sözle iki kişiye hakaret edilmesinde harekettten bağımsız sonucun yokluğu nedeniyle hareketin ve dolayısıyla eylemin tekliği sonucuna varılacaktır. Böyle bir farklılığın yaratılması ise adalet ilkeleri ile bağdaşamaz. Bu nedenle sözü geçen gereksiz farklılaşma önlenmelidir.

Bizce bunun önlenmesi için tek yol, farklı mağdurlara karşı işlenen sonucu harekete bitişik suçlar bakımından kanunun aynı hükmüne ilişkin ihlallerin sayısını göz önünde bulundurmaktır. Böylece, maddi hareketin sayısı ne olursa olsun, farklı mağdurlara karşı işlenen sonucu harekete bitişik suçlarda aynı hükme ilişkin ihlallerin sayısı eylemin sayısının saptanmasında etkin olacaktır." (Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 267-268.), … .. "Fiil, sırf davranış suçlarında tipik davranıştan, sonuçlu suçlarda ise davranış, sonuç ve bunlar arasındaki nedensellik bağından oluştuğuna göre, fiilin tekliğinden söz edilebilmesi için sırf davranış suçlarında hareket veya ihmal şeklindeki davranışın, buna karşılık sonuçlu suçlarda ise sonucun tek olması gerekir.

Sonucun tek olması için de failin davranışından dış dünyaya meydana gelen ve hukuken nazara alınan değişiklik tek olmalıdır. Bu itibarla atılan bir mermiyle bir kişinin öldürülmesi, diğerinin de yaralanması durumunda, tek hareketle dış dünyada iki değişiklik, yani iki sonuç ve dolayısıyla iki fiil meydana getirilmiştir. Bu durumda fikri içtimadan söz edilemez.

— s. 32 — Bu itibarla madde gerekçesinde yer alan ve örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopanın mağduru yaraladıktan sonra arkasındaki vitrin camına çarparak kırılmasına neden olması durumunda ortaya çıkan kasten yaralama ve başkasının malına zarar verme suçlarının 'sopa fırlatma fiili'nden ileri geldiği, dolayısıyla failin fikri içtima hükümlerine göre cezalandırılacağı görüşü, fiil kavramı ile onun parçası olan davranış (hareket veya ihmal) kavramının birbirine karıştırılmış olmasından kaynaklanmaktadır." (Ceza Hukuku Genel Kısım, 23. Bası, [KİŞİ], Ankara, 2016, s. 365-366.), [KİŞİ]; "Eğer fail fiili gerçekleştirirken birden fazla amaca sahipse ortada birden fazla suçun varlığını kabul etmek gerekir. Bu durumda suçların maddi içtimaı kabul edilecektir.

Fiilin tekliğinin anlamı, failin objektif olarak tek bir fiil (maddi vakıa) yapması ve tek bir netice (subjektif unsur) istemesi demektir.

Fail bir tek fiil istiyor ancak bunun sonucu iki amaca ulaşmak istiyorsa fikri içtima yoktur. Mesela A isimli şahsın, arka arkaya duran B ve C isimli şahısları bir kurşunla öldürmesi hâlinde fikri içtima yoktur. Çünkü failin objektif olarak da subjektif olarak da amacı tek değildir. Ortada iki netice vardır. O hâlde iki ayrı fiil vardır. Kısacası fikri içtimada fiil (hareket ve netice) tektir. Ama hukuki netice birden fazladır.

Fikri içtimaya ilişkin madde gerekçesinde bir kişinin bir başkasına karşı yaralamak amacıyla sopa fırlatılması, yaralamadan sonra sopanın vitrin camını kırması, keza bir kişinin diğerini öldürmek için silahını ateşlemesi, silahtan çıkan kurşunun duvara çarparak bir başkasının ölümüne neden olması durumlarında fikri içtimanın kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Böyle bir düşünce fiilin objektif ve subjektif tekliği ile bağdaşır nitelikte değildir. Çünkü ortada iki netice vardır. Netice fiilin üçüncü ögesidir. Gerekçede belirtilen yorum benimsenirse ayrıca suçun manevi unsurunun ikinci neticeyi kapsamadığı da kabul edilmiş olacaktır.

— s. 33 — Türk doktrininde doğru olarak kaynak kanunun kabul etmiş olduğu sosyal zarar kavramı doğrultusunda fiilin tekliği veya çokluğu kavramı hareketin doğurduğu neticenin tekliği veya çokluğuna göre bir veya birden fazla sayılırdı.

2005 tarihli kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Alman doktrinin etkisinde kalınarak fiilin tekliği veya çokluğu hareketin sayısına göre belirlenmektedir. Bu konuda Yargıtay kararları da çelişmektedir." (Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 261.), [KİŞİ]-[KİŞİ]; "Örneğin, A, bir el ateş etse, bir kişi ölse, diğer bir kimse de yaralansa, burada bir fiil mi vardır, yoksa birden çok fiil mi vardır sorusu zihinleri işgal etmektedir. Eğer netice fiil sayısını belirleyecekse, burada iki netice, iki fiil, iki de suç vardır.

Buna karşılık gerçekleşen neticelere bakılmayacak, sadece hareket fiil sayısını belirleyecekse, ortada çok netice olmasına rağmen, tek bir fiilin varlığından söz edilecektir.

Bu iki bakış açısından birini kabul etmek, özellikle fikri içtimada, farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Biz, neticenin tabiatçı anlayışını göz önünde tutarak, neticeli suçlarda neticenin sayısının fiilin sayısını, fiilin sayısının suçun sayısını belirlediğini; buna karşılık neticesiz suçlarda, salt hareketin fiilin sayısını, fiilin sayısının suçun sayısını belirlediğini, buna bağlı olarak da, bir tek fiille kanunun birden çok hükmünün ihlalinin mümkün olduğunu düşünüyoruz.

… Geçmişte, doktrinde ve uygulamada 'bir fiil ile kanunun muhtelif ahkamını ihlal etmek' hükmünde yer alan 'bir fiil' terimi tartışma yaratmıştır. Kimi ör., bir el ateş ederek bir kimseyi öldürme ve diğer bir kimseyi de yaralama hâlinde fiilin tekliğini, dolayısıyla fikri içtimanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. Burada, fiili belirlemede netice değil, hareket baz alınmış bulunmaktadır. Buna karşılık, kimi, yukarıda belirtilen hâlde ortada iki neticenin bulunduğunu, fiilin tek olmadığını, birden çok olduğunu, dolayısıyla fikri içtimanın mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Uygulamada, ender olarak birinci düşünceye yer veren kararlar olmakla birlikte, ikinci düşünce egemen olmuştur." (Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, USA Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 356;359.), Şeklinde görüşler ileri sürmüşlerdir.

— s. 34 — Suç teorisinde neticeyi fiilin bir unsuru olarak kabul eden görüş, içtima öğretisi anlamında fiil sayısının tespitinde, suçun yasal tanımında neticeye yer verilen hâllerde tipik neticeyi esas alır ve dış alemde birden fazla tipe uygun neticenin gerçekleşmesi durumunda birden fazla fiilin bulunduğunu kabul eder. Bu görüş, fiil tekliği-fiil çokluğu ayrımında tipik neticenin sayısını esas alır. Gerçekleşen tipik neticenin sayısı kadar fiil ve dolayısıyla suç vardır. Bu görüşe göre; söz gelimi tek bir mermi ile iki kişinin yaralanması hâlinde, iki fiilin bulunduğu ve dolayısıyla iki ayrı kasten yaralama suçunun oluştuğu kabul edilir.

Tarihi gelişim süreci içinde hareket teorilerinin fiil kavramını neticeye atıfta bulunmak suretiyle açıklamaları;

ayrıca, 19. yüzyıl ceza hukukunda ceza sorumluluğunun belirlenmesinde nedensellik bağının taşıdığı önem ve netice sorumluluğu esasının benimsenmesi neticenin sürekli olarak fiil kavramı içinde ele alınması sonucunu doğurmuştur. Klasik suç teorisinde, esas olan tipik neticenin gerçekleşmesi olup tipik netice, objektif haksızlık kıstasını oluşturur. Hareketin fonksiyonu ise, tipik neticenin gerçekleşmesini sağlayan illi etkileşimden ibaret olup değerden yoksundur ([KİŞİ], Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı).

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve genel hükümler bakımından daha ziyade Alman Ceza Kanunu'ndan esinlenerek hazırlanan 5237 sayılı TCK sisteminde, neticeyi fiil içerisinde mütalaa eden klasik görüş terk edilmiş, "fiil", salt hareket olarak sonuç ve nedensellik bağından soyutlanmış, "netice" ise suçun maddi unsurları arasında fiilden ayrı bir unsur olarak düzenlenmiştir.

— s. 35 — Bu düşünceden hareketle; 765 sayılı TCK'da bulunan pek çok hüküm, suç teorisinin verileriyle bağdaşmadığı için yeni TCK'ya alınmamıştır. Örneğin, suç teorisine ilişkin pek çok sorunu hareketin "nedensellik değeri"ni göz önünde bulundurarak açıklamaya çalışan 19. yüzyıl ceza hukuk anlayışının bir yansıması olarak "bilinmeyen veya beklenilmeyen haller ve nedenler" başlıklı maddeye, keza iştirake ilişkin genel nitelikteki hükümler karşısında "failin bilinmemesi" başlıklı maddeye ve "kavga" başlıklı maddeye yeni TCK'da yer verilmemiştir. Yine, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından, objektif sorumluluktan vazgeçilerek, kusura dayalı sorumluluk sistemi benimsenmiştir (m. 23). Aynı şekilde TCK'nın 40. maddesinde yer verilen "bağlılık kuralı" da, klasik suç teorisinden vazgeçildiği anlamına gelmektedir. Zira eylemleri ile netice arasında doğrudan doğruya nedensellik bağı bulunmasa b ile suçun işlenişine iştirak eden kişinin bağlılık kuralı gereği cezai sorumluluğu doğabilmektedir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kaynak kanunu olan İtalyan Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, önceleri "hareketin bir olması"ndan söz edilmiş iken bu deyimin yerinde olmadığı, asıl neticenin tek olması hâlinde fikri içtimanın bulunabileceği ileri sürülerek hareket deyiminin yerine neticeyi belirten "fiil" terimi istenerek konulmuştur. 765 sayılı TCK'nın 79. maddesinde de fikri içtima "İşlediği bir fiil ile

kanunun muhtelif ahkamını ihlal eden kimse o ahkamdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır.” hükmüyle İtalyan Ceza Kanunu ile aynı şekilde düzenlenmiştir.

Alman Ceza Kanunu’nun 52. maddesinde ise fikri içtima; “(1) Aynı hareket birden fazla ceza kanununu veya aynı ceza kanununu birden fazla defa ihlal ediyorsa, sadece tek bir cezaya hükmedilir.

(2) Birden fazla ceza kanunu ihlal edilmişse, ceza en ağırını içeren kanuna göre belirlenir. Ceza, uygulanabilir olan diğer kanunların kabul ettiğinden daha hafif olamaz.” biçiminde hüküm altına alınmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ise “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” şeklinde düzenlenen fikri içtima hükmündeki “fiil” ile kastedilen “hareket”tir. Tek hareketin meydana getireceği neticeler birden fazla olsa b ile bu husus fikri içtima hükümlerinin uygulanması önünde engel teşkil etmeyecektir.

Sonuç olarak, yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki hâkim olan düşünceye göre, “netice” fiilin bir alt unsuru değildir.

“Fiil”in, sadece hareket şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

— s. 36 — Neticenin fiilin bir unsuru olduğu başka bir deyişle “ne kadar netice varsa o kadar fiil vardır” düşüncesini savunan yazarların eleştirisine konu edilen ve sıklıkla verilen örnekte; birden çok kişinin ölmesine ve çok sayıda kişinin yaralanmasına neden olan bombalı bir saldırıda fikri içtima hükmünün uygulanmasının, sadece en ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçundan ceza verilmesi şeklinde adaletsiz sonuçlara neden olacağı belirtilmiş ise de bu örnek olayda ölüm ve yaralanma neticeleri bakımından fikri içtima hükmünün uygulanması zaten mümkün bulunmamaktadır. Zira bomba koyan failin eyleminde, neticenin muhtemel değil mutlak olduğu kabul edilmelidir.

Dolayısıyla yaralanan her bir kişi için failin eylemi kasten yaralama suçunu değil, kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturur. Bu durumda ölüm ve yaralama ile sonuçlanan neticeler bakımından farklı suçlar oluşmadığı için fikri içtima hükmünün de uygulanması mümkün olmayacaktır. Verilen bu örnekle fikri içtimanın düzenlendiği madde metnine yapılan eleştirilere katılmak mümkün olamamaktadır.

Öte yandan öğretide kimi yazarlarca, TCK’nın 43. maddesinin 3. fıkrası hükmü ile aynı Kanun’un 44. maddesi hükmünün kasten yaralama ve kasten öldürme suçları ile ilgili olarak çelişkili uygulamalara yol açtığı, Kanun’un mevcut hâliyle yol açtığı iddia edilen bu çelişkinin, bir fiil ile birden fazla kişiye karşı kasten yaralama ve kasten öldürme neticelerinin meydana geldiği durumda da gerçek içtima hükümlerinin uygulanması suretiyle giderilebileceği, soruna yol açan uygulamanın, Kanun’a bir hüküm ilavesine gerek olmaksızın içtihatla çözümlenebileceği savunulmuştur.

Bu sav karşısında “Suçta ve cezada kanunîlik” ilkesinin üzerinde durulması gerekmektedir.

— s. 37 — Latince “Nullum crimen sine lege” ve “Nulla poena sine lege” olarak ifade edilen kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi hukukun egemen olduğu tüm demokratik ülkelerce kabul edilmiş ve yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 38. maddesinde de, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” şeklinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesinde “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

5237 sayılı TCK’nın 2. maddesinde de; “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” hükmü ile belirtilen ilkeye yer verilmiştir.

Aynı Kanun’un “Cezanın belirlenmesi” başlıklı 61. maddesinin 10. fıkrasında ise; “Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.” hükmü getirilmiştir.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suçta ve cezada kanunîlik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin ve bu fiillere uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Bireylerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle, temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

— s. 38 — Ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanabilmesi için fiili kanunun “açıkça” suç sayması gerektiğinden, suç ve cezaların şekli bakımdan kanunla düzenlenmesi yeterli olmayıp, içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Ceza hukukunda “belirlilik” ilkesi olarak tanımlanan ilkeye göre, suç ve ceza içeren kanun maddesinde hangi davranışların suç oluşturduğunun açık ve anlaşılır bir biçimde tarif edilmesi, sınırlarının belli olması ve suç için uygulanacak ceza ile güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi gerekmektedir.

Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya, hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Hem Anayasal hem de yasal düzeyde yapılan bu düzenlemelere göre suç ve cezanın kaynağı ancak kanun olabilir.

Anayasa’nın 7. maddesi gereğince yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu gözetildiğinde, kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, kanunla suç olarak düzenlenmiş fiillerle benzerliği dolayısıyla ve kıyas yoluyla suç sayılıp yaptırıma bağlanması kabul edilemez. Çünkü kıyas bu yönüyle kanunilik ilkesinin ihlalidir.

Kanunda düzenlenen belli bir duruma benzeyen bir durum sonuçta kanunda düzenlenmemiş demektir. Bir yargısal faaliyet şeklinde ortaya çıkan kıyas bir yasama faaliyeti olan kanunun tekelciliğini bu bakımdan ihlal etmektedir.

Roma Hukukunda kaynağını bulan Latince “Singularia non sunt extenda” olarak ifade edilen “istisnalar geniş yorumlanamaz” ilkesi paralelinde ceza kanunlarının veya diğer kanunların, genel kurallara istisna oluşturan hükümlerinin, öngörüldükleri süre ve olaylar dışında uygulanamayacakları kabul edilmiştir. Kıyas veya genişletici yorum yoluyla, hakkında düzenleme olmayan bir ceza hukuku konusunda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı başta olmak üzere, kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemez.

— s. 39 — Diğer yandan tek atışla bir kişinin ölümüne bir ya da birkaç kişinin de ağır şekilde yaralanmasına neden olan bir sanığın sadece öldürme suçundan cezalandırılıp sonuçları ne kadar ağır da olsa yaralama suçundan cezalandırılmaması bu bağlamda TCK’nın 44. maddesinin mevcut hâliyle ceza adaleti yönünden sakıncalı durumlara yol açtığı savunulabilirse de; hâkimler kanuna göre adalet dağıtırlar, kendilerine göre adalet dağıtamazlar. Hâkim kanunu beğendiği veya adil bulduğu için değil, içinde bulunduğu ceza hukuku düzeninde var olan çıkar çatışmalarını ve dolayısıyla irade uyuşmazlıklarını çözmek üzere usulüne uygun olarak konulmuş ve yürürlükte olan beşeri davranış kuralı olan ceza normunu, salt bu niteliğinden dolayı yani usulüne uygun olarak konulmuş “Kanun” olma niteliğinden dolayı uygulamak zorundadır. Bu norm adalet duygusunu incitse b ile hâkim kanunu uygulamaktan kaçınamaz. Zira kanun emreder, tartışmaz. (Lex iubeat, non disputet.) Babasının parasını çalan, oğlu için yalan tanıklıkta bulunan, kendi işlediği suçun kanıtlarını yok eden, suç işleyen kardeşini kaçıran sanıkların eylemlerinin ahlaki olup olmadığı tartışma konusu yapılabilse de, 5237 sayılı TCK’nın sırasıyla 167/1-b, 273/1-a, 281/1 ve 283/3. maddelerine göre bu suçların faillerine ceza verilemeyecektir. Bu bağlamda “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” şeklindeki açık Kanun hükmü ve hâkimin usulüne uygun olarak

konulmuş, yürürlükte olan kanunu uygulamak zorunluluğu, “kanunlar amaçlarına uygun olarak yorumlanmalıdır” (Benignus leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.) ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde bu yöndeki düşüncelere katılmak mümkün olamamaktadır.

Neticeyi, suçun kanuni tanımında yer alan bir unsur kabul ederek, “Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” ilkesi esas alınarak hazırlanan 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesi ile Yargıtay Ceza Genel Kurulunun tek atışla hem öldürme hem de yaralama suçlarına yol açılan durumlarda TCK’nın 44. maddesindeki düzenleme uyarınca meydana gelen suçlardan en ağırından ceza verilmesi gerektiğine ilişkin kararlarında istikrar bulunmaktadır. Neticeyi fiilin içinde değerlendiren 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde oluşturulan içtihatların, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesi ile geçerliliği kalmamıştır. Keza önceki TCK ile ilgili açıklamaların da gözetilmesi mümkün değildir.

— s. 40 — Yargıtay Ceza Genel Kurulunca 03.12.2013 tarih ve1569-575 sayı ile; katılana öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, araya giren mağduru olası kastla yaraladığı olayda, 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluştuğuna, bu nedenle, sanığın hem katılana yönelik kasten öldürme suçuna teşebbüsten, hem de mağdura yönelik olası kastla yaralama suçlarından mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiş, benzer şekildeki 18.10.2018 tarihli ve 158-444 sayılı, 05.02.2019 tarihli ve 310-62 sayılı kararlarda ise; av tüfeğiyle bir el ateş eden sanığın, öldürmeyi kastettiği kişi dışında aynı atışla bir başkasını yaraladığı olayda, 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluştuğuna, sanık hakkında meydana gelen suçların en ağırı olan kasten öldürme suçuna teşebbüsten ceza verilmesi gerektiğine, bunun dışında katılana yönelik olası kastla yaralama suçundan ayrıca mahkûmiyet hükmü kurulmasında isabet bulunmadığına hükmedilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesi ile istikrar kazanan bu kararlarıyla Ceza Genel Kurulunun 10.12.2013 tarihli ve 1572-600 sayılı kararının çeliştiği iddia edilmiş ise de; kardeşini öldürmek amacıyla av tüfeği ile değil tabanca ile iki el ateş eden sanığın, kardeşi yerine kardeşinin yanında bulunan yengesinin olası kastla yaralanmasına neden olduğu somut olayda, sanığın birden çok kez ateş etmesi ve bu atışlardan sadece birinin hedef dışındaki kişiye isabet etmesi, diğer atışın müstakilen hedefteki kişiye isabet ettirmek amacıyla yapılması, iki ayrı ihlal arasında kısa da olsa bir zaman aralığı bulunması, buna göre failin eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılmasının mümkün olmaması karşısında TCK’nın 44. maddesinin uygulanma şartlarının oluşmadığına karar verilmesi yerinde olup çelişki bulunmadığı gibi verilen bu örneğin, inceleme konusu olaydan farklı şekilde gerçekleştiği ve somut olayla kıyaslanamayacağı anlaşılmaktadır.

— s. 41 — Yargıtay 1. Ceza Dairesince de hukuki anlamda tek fiil gerçekleştirilen benzer olaylarda TCK’nın 44. maddesinin uygulanması gerektiğine dair karar verildiği görülmektedir. Nitekim “mağdur M.1 ve mağdur M.2’ye öldürmek kastıyla ayrı ayrı birer el ateş eden sanık … ‘un yaptığı atışlar sırasında av tüfeği kurşun tanelerinin, sanık ile maktuller arasındaki çekişmeye taraf olmayan ve av tüfeğinin etkili mesafesi dışında bulunan mağdur [KİŞİ]’a da isabet ederek yaraladığı somut olayda; sanığın her bir maktule karşı hareketinin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fiille birden fazla suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 sayılı Kanun’un 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan ‘ farklı nev’iden fikri’ içtimanın şartlanın oluştuğu … ” (02.10.2013 tarihli ve 2158-5406 sayılı); “Sanığın, mağdur … ‘in evine gidip kapıyı çaldığı, bu esnada av tüfeğini de doğrultarak kapının açılmasını beklediği, … ‘in kapıyı açması ve sanığı elindeki tüfeği kendisine yöneltmiş bir vaziyette görmesi ile birlikte kapıyı kapattığı sırada, sanığın … ‘i hedef alarak bir el ateş ettiği, açılan ateş sonucu, ahşap kapıyı delen saçma tanelerinin, o sırada kapının arkasında bulunan ve asıl hedef konumunda bulunmayan … ‘in kardeşi mağdur [KİŞİ]’in sağ bacak diz üstü bölgesine isabet ederek , damar hasarı ile hayati tehlikeye sebebiyet verdiği, … ‘in ise herhangi bir isabet almadığı somut olayda; sanığın mağdur … ‘e karşı hareketinin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fiille birden fazla suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 sayılı Kanun’un 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan ‘ farklı nev’iden fikri’ içtima şartlarının oluştuğu … ” (29.04.2014 tarihli ve 4663-2722 sayılı); “Sanığın, mağdur M.3 ve mağdur … ‘a yönelik olarak av tüfeğiyle bir el ateş etmekten ibaret eyleminin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fi ile birden fazla farklı suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan farklı nev’iden fikri içtimanın şartlarının oluştuğu … ” (11.11.2014 tarihli ve 2009-5134 sayılı kararı); “Sanık S.1’nin ruhsatsız tabancası ile mağdur … ‘nın bacak

bölgesine hedef alıp yakın mesefeden tek el ateş ettiği, açılan ateş sonucu mağdurun bacağından giren mermi çekirdeğinin mağdurun vücudunu terk ederek yakınında bulunan maktulün göğüs bölgesine isabet edip ölümüne neden olduğu olayda; sanığın, hukuki anlamda tek fiili ile birden fazla farklı suçun oluştuğu ve bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan farklı nev'iden fikri içtima hükümleri uyarınca uygulama yapmak gerektiği … " (21.05.2014 tarihli 928-3196 sayılı);

— s. 42 — "Sanığın eylemlerinin bir bütün halinde öldürmeye teşebbüs ve yaralama suçlarını birlikte oluşturduğu, ancak TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği … " (07.11.2018 tarihli ve 4682-4514 sayılı) şeklindeki kararlarda Yargıtay 1. Ceza Dairesince TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima şartlarının oluştuğuna karar verilmiştir.

Ancak son yıllarda Yargıtay 1. Ceza Dairesince tek bir fiille öldürme ve yaralama suçlarının birlikte oluştuğu olayda gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği yönünde kararları da bulunmaktadır. Şayet Yargıtay 1. Ceza Dairesince, uyuşmazlık konusu somut olaya ilişkin 20.05.2019 ve 1600-2858 sayılı kararında, görüş değiştirirek fikri içtima koşullarının oluşmadığına karar verilmiştir. Aynı şekilde 24.09.2019 tarih ve 1908-3880 sayılı ile, "Olay günü mağdurların da aralarında bulunduğu bir grup çocuk sokakta oynadıkları sırada, etrafa şişe ve taş atmak suretiyle rahatsızlık verdikleri, mağdurların doğrudan kendisine yönelik bir eylemi olmayan sanığın gelerek onlara tepki gösterdiği, grup hâlinde kaçan çocukların arkasından tabanca ile bir kez ateş ettiği, bu atışın mağdur … 'in sol omzunu sıyırdıktan sonra mağdur … 'ın sol sırt bölgesinden girip göğüs sol tarafından çıkarak, kot kırığına, dalak yaralanmasına ve hayati tehlike geçirmesine neden olduğu anlaşılan olayda; sanığın eylemi ile iki ayrı mağdura zarar verdiği, bu nedenle dış dünyada iki farklı netice meydana getirdiği, TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmünün uygulanabilmesi ve tek bir fiilden söz edilebilmesi için yalnızca hareketin değil, neticenin de tek bir netice olması gerektiği, somut olayda iki ayrı mağdur çeşitli vasıflarda yaralandığına göre, olayda fikri içtima koşullarını bulunmadığı," belirtilerek önceki uygulamalardan farklı şekilde karar verildiği görülmektedir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay 1. Ceza Dairesince aynı konuda farklı kararlar verilmiş olmakla birlikte, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdikten sonra Yargıtay Ceza Genel Kurulunca "neticenin, fiilden ayrı olarak suçun maddi bir unsuru olduğu" düşüncesinden hareketle, hukuki anlamda tek bir fiil ile öldürme ve yaralama suçlarının oluşmasına neden olan failin, TCK'nın 44. Maddesi gereğince en ağır cezayı öngören öldürme suçundan cezalandırılması gerektiği şeklindeki istikrarlı uygulaması devam etmektedir.

— s. 43 — Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Sanık … 'in, hem maktul … 'i hem de katılan … ile şikâyetçi … 'yi öldürme kastıyla hareket ederek av tüfeği ile tek atış yapması durumunda, sanığın eylemi aynı neviden içtimanın düzenlendiği TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalacak ve aynı Kanun maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenen istisna nedeniyle de sanığın maktul … 'ya yönelik kasten öldürme suçu, katılan ve şikâyetçiye yönelik kasten öldürme suçuna teşebbüsten ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi gerekecek idiyse de, bir numaralı uyuşmazlık konusunda açıklandığı şekilde gelişen olayda; sanığın sadece maktul … 'yı öldürme kastıyla hareket ederek tek atış yaptığı av tüfeğinden çıkan saçma tanelerinin isabet etmesiyle yaralanan katılan … ve şikâyetçi … 'e yönelik eylemini olası kastla gerçekleştirdiği ve olası kast nedeniyle meydana gelen sonuca göre cezai sorumluluğu belirlenmesi gereken sanığın katılan ve şikâyetçiye yönelik olası kastla yaralama suçunu işlediği anlaşıldığından, failin mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılacağına ilişkin TCK'nın 43/3. maddesinde düzenlenen istisnai hükme TCK'nın 44. maddesinde yer verilmediği de gözetilerek kıyas veya genişletici yorum yoluyla hakkında düzenleme olmayan ceza hukukuna ilişkin bir konuda kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemeyeceği yönündeki evrensel hukuk ilkeleri ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun istikrar kazanmış uygulamaları ile birlikte değerlendirildiğinde, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinin uygulanması ve buna bağlı olarak sanığın meydana gelen suçlardan en ağırı olan maktul … 'yı kasten öldürme suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği hâlde bunun dışında ayrıca katılan … ve şikâyetçi … 'e yönelik olası kastla yaralama suçundan mahkûmiyet hükümleri kurulması isabetli değildir.

Bu itibarla Yerel Mahkemenin direnme kararına konu olası kastla yaralama suçundan kurulan mahkûmiyet hükümlerinin, sanığın katılan … ve şikâyetçi … 'e yönelik eylemleri nedeniyle ayrıca cezalandırılmasına karar verilmesi suretiyle TCK'nın 44. maddesine aykırı davranılması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.

— s. 44 — Çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Üyesi … ; "Sanık … 'in olay günü arkadaşları ile birlikte maktüle ait gazinoda eğlendiği bir sırada taşkınlık yapmamaları konusunda maktul … tarafından uyarılmaları na sinirlenerek aralarında başlayan tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine olay yerinden silah temin etmek amacıyla ayrılan sanığın tekrar olay yerine gelerek pompalı tüfekle yaklaşık 10 metre mesafeden ateş etmesi sonucunda maktulün vefat ettiği, kavgayı ayırmak için olay yerine intikal eden ve olay anında maktulün yanında bulunan polis memurunun basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde, gazino çalışanının ise basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmalarından ibaret olayda; adam öldürme suçu ile olası kastla adam yaralamak suçlarının TCK'nın 44 maddesi uyarınca tek fiil sonucunda gerçekleştiğinden bahisle fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul eden Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun sayın çoğunluğu ile aramızda uyuşmazlık doğmuştur.

Ceza hukukunda temel ilkelerinden biri de kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır şeklinde ifade edilen ilkedir. Bu ilkeye göre, ceza hukukunda cezaların içtimaı (gerçek içtima) kural olup; işlenen her bir suçtan ayrı cezaya hükmedilir ve her bir ceza bağımsızlığını korur. Buradan hareketle cezaların içtimaının kural, suçların içtimaının ise istisna olduğu görülmektedir.

İçtima öğretisinin özünde, bir taraftan failin gereksiz ve kusurunu aşan şekilde cezalandırılmaması; diğer taraftan haksız bir yarar sağlamaması esasına dayanan adil ve rasyonel bir ceza yaptırımının uygulanması düşüncesi yatar.

İşte bu nedenle, birden fazla suç tipinin ihlali halinde adil cezanın belirlenebilmesi, içtima öğretisinin ceza hukuku sisteminde doğru bir biçimde düzenlenmesini gerekli kılar.

Uyuşmazlığın çözümü için istisnai düzenlemeler arasında 765 sayılı … nın 79 ile 5237 sayılı … nın 43/2, 44 Maddelerinde yer verilen fikri içtima hükümlerinde ki tek fiil tabirinin ne anlama geldiğinin, her iki kanun arasında fark bulunup bulunmadığının, fark var ise aradaki farkın tespitinden sonra bu farklı hükümlerin Türk Ceza Kanunun 3. Maddesinde düzenlenen hakkaniyet ilkesi ve ceza kanununun amacı ile irtibatlandırılarak, öğretide benimsenen ana ilkeler ile benzer olaylardaki yerleşik yargısal kararlarda nasıl karşılık bulduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

765 sayılı TCK'nın 79 Maddesi:İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkamını ihlal eden kimse o ahkamdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır.

— s. 45 — 5237 sayılı TCK'nın 43/2 Maddesi: Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

5237 sayılı TCK'nın Madde 44 Maddesi- (1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

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 işlenmesi gerekir. Failin tek eylemiyle aynı suçların gerçekleşmesi halinde aynı neviden fikri içtima, farklı suçların gerçekleşmesi halinde ise farklı neviden fikri içtima söz konusu olur. Bunlardan aynı neviden fikri içtima TCK'nın 43. maddesinin 2. ve 3.

fıkralarında, farklı neviden fikri içtima ise 44. maddede düzenlenmektedir.

Buna göre farklı neviden fikri içtima ile aynı neviden fikri içtima arasındaki ortak unsur, failin gerçekleştirdiği eylemin tek olmasıdır. 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.

Gerek 765 sayılı TCK'nın 79, 80 Maddelerinde, gerekse 5237 sayılı TCK'nın 42, 43 ve 44 Maddelerinde fiil terimi kullanılmış, ancak fiilin ne anlama geldiği kanunda net bir şekilde açıklanmadığı için, her iki kanun döneminde de fikri içtima kurumunda gerek öğretide gerek uygulamada görüş birliği sağlanamamıştır.

Somut olayımızda; Yargıtay yüksek Ceza Genel Kurulunun sayın çoğunluğu ile aramızda oluşan uyuşmazlığın çözümü için TCK'nın 43/2 maddesi ile 44 maddelerinde yer alan fiil kelimesinin ne anmala geldiğinin doktrindeki görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanılarak açıklanması gerekmektedir.

— s. 46 — Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI ile Prof. Dr. Muharrem ÖZEN; Neticenin tabiatçı anlayışını göz önünde tutarak, neticeli suçlarda neticenin sayısının fiil sayısını, fiilin sayısınında suçun sayısını belirlediğini, buna karşılık neticesiz suçlarda; salt hareketin fiilin sayısını, filin sayısınında suçun sayısını belirlediğini, buna bağlı olarak da, bir tek fiille kanunun birden çok hükmünün ihlalinin mümkün olduğunu belirtmişlerdir. (Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler – Sayfa:356) Prof Dr. Kayıhan İÇEL; Fikri birleşmede eylemin sayısını saptarken, maddi sonucu göz önünde tutmak ve sonuç sayısınca eylemin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin evli olan üvey kızına tecavüz eden kimsenin işlediği suçlar (zina suçu yürürlükteyken) birden çok olduğu halde, maddi sonucu oluşturan cinsel ilişkinin tek olması bir eylemin bulunduğunu gösterir. Buna karşılık, bir kurşunla birden çok kimseyi öldüren failin gerçekleştirdiği maddi sonuçların çokluğu, eyleminde çokluğunu sonuçlar. Bu nedenledir ki, TCK'nın 43/2 " aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda da" zincirleme suç nedeniyle tek ceza verileceğini öngörmesine karşılık, 3.fıkrasında " kasten adam öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz" demiştir. Böylece kanun, bu tür suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını önlerken, eylemin tek sayılmasının sakıncalarını da görmüş olmaktadır. Bunun sonucunda, maddede sayılan bu suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağı gibi, fikri birleşmeyi düzenleyen 44.madde bu tür bir sınırlama içermediği halde, eylem çokluğu nedeniyle fikri birleşme hükümleri de uygulanamaz.

— s. 47 — Yasal tanımda yer alan dış dünyadaki değişiklikten, yani maddi sonuçtan sonucu hareketlerden ayrı suçlarda eylemin sayısının saptanması bakımından bir kriter olarak yararlanılabilirse de, sonucu harekete bitişik suçlarda aynı şekilde hareket edilmesi adaletsiz sonuçlar doğurur. Çünkü hareketten bağımsız bir sonucun bulunmadığı suçlarda sonuca göre eylemin sayısının saptanması, gerçekte hareketin sayısının esas alınmasından başka bir şey değildir; durum böyle olunca sonucu hareketten ayrı suçlarda; hareketin tekliğine karşın sonucun çokluğu eylemin birden çok olduğunu gösterirken, sonucu hareketle bitişik suçlarda tek hareket eylemin tekliğini sonuçlayacaktır.

Adalet ilkesine aykırı böyle bir farkın önlenmesi için ise; sonucu hareketle bitişik suçlarda; aynı hükme ilişkin ihlallerin sayısından yararlanılması zorunluluğu vardır. Böylece bu çeşit suçlarda kanunun aynı hükmüne ilişkin ihlallerin sayısı, suçun ve eylemin sayısının araştırılması yönünden ortak bir kriterdir.

Sonucu hareketle bitişik suçları oluşturan ihlallerin kanunun farklı hükümlerine ilişkin olmaları halinde ise bir eylemin bulunup bulunmadığını ve dolayısıyla fikri birleşmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini saptarken hareket esas alınmalıdır. Çünkü bu çeşit haller eylem – hareket şeklinde bir ayrım yapılmasına elverişli değildir.

Eylemin tekliği bakımından göz önünde tutulması gereken bir husus da, maddi sonucun ihlalleri aynı zamanda sonuçlamasıdır. İhlaller arasında kısa da olsa bir zaman farkı varsa, zorunlu olarak birden çok eylem bulunur.

Gerek 765 sayılı kanun döneminde, gerekse 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra; fiil sayısının neticeye göre belirlenmesi gerektiği yönündeki görüşlerin çok büyük oranda benimsenmesine karşın, fiil sayısını hukuki anlamda hareket olarak kabul eden görüşlerinde azımsanamayacak oranda kabul gördüğü yukarıda ayrıntılı bir şekilde yer verilen görüşlerden açıkça anlaşılmıştır.

— s. 48 — Bu hususta ki yargıtay uygulamalarına baktığımızda; 765 sayılı kanun döneminde fiil sayısının, neticeye göre belirlenmesi gerektiği yönündeki uygulamaların çok nadir istisnalar dışında yerleşik

uygulamaya dönüştüğü görülmekle birlikte; 5237 sayılı kanun döneminde, fiil sayısının belirlenmesinde; neticenin esas alınması gerektiği yönündeki görüşlerin ağırlıkta olmasına rağmen, özellikle Yargıtay Yüksek 1. Ceza Dairesinin, uzun bir süreye yansıyan içtihatlarında çok büyük tartışmaların yaşandığı, zaman zaman oy çokluğuyla verilen kararların, Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun önceki ve sonraki içtihatlarına aykırı bir şekilde; fiil sayısını hukuki anlamda hareket olarak kabul eden içtihadının doğmasına yol açmıştır (C.G.K … . 2013/575 K)-Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun önceki ve sonraki içtihatlara aykırı tek içtihadı olan 2013/575 K sayılı içtihadı, bir hafta sonra 2013/600 K sayılı içtihat ile değiştirilerek içtihat birliğinin yeniden sağlanmış ve 2018 yılına kadar herhangi bir içtihat değişikliğine gidilmemesine karşın, Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun 2018/444 K sayılı ilamında;

2013/575 K sayılı içtihada yeniden dönülerek bu güne kadar en azından Ceza Genel Kurulunun tek ayrık kararı olan 2013/575 K sayılı ilamı dışında yerleşik uygulamaya dönüşen içtihatlarına aykırı sonuca varılarak çelişkiye düşülmüştür, Uyuşmazlığın mihenk taşını teşkil eden fiil kelimesinin tarihsel süreç içerisinde yargı kararlarında nasıl karşılık bulduğunun açıklanması gerekmektedir.

Yargıtay CGK, 1.8.1982, 4-296/365, “Görüldüğü gibi Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık konusu olan husus: Av tüfeği ile yapılan bir tek atışla birden çok kişinin yaralanması halinde, sanık hakkında … nın 79.

maddesinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Sanığın av tüfeği ile, toplu halde bulunan şahıslara karşı, onlardan birkaçının bu atıştan yaralanabileceğini bilerek yaptığı bir el ateş etme eylemi ile çeşitli kanun hükümlerinin ihlal edildiği Yerel Mahkemece de kabul edildiğine göre, olayımızda halli gereken husus … nun 79. maddesinde kullanılan “bir fiil” deyiminden neyin anlaşılması gerektiğini saptamaktır. Fiil, dış alemdeki değişiklik olduğuna göre, fiilin esas kısmını netice oluşturur. Şu halde fikri içtimaın bulunabilmesi için, her şeyden önce bu neticenin tek olması gerekir. Bu nedenle bakılacak husus, dış alemdeki değişikliğin birden fazla olup olmadığıdır. Olayımızda ise, av tüfeğiyle yapılan atış tek olmakla birlikte, değişiklik ve netice iki tanedir. Ortada “bir fiil” yoktur ve “fikri içtima” söz konusu edilemez.”

— s. 49 — Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun 2010/162 K sayılı ilamında; 5237 sayılı TCK’nun 44. maddesinde ‘işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır’ Bu kuralın uygulanabilmesi için işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması gerekir.

Failin işlediği bir fiil olacak, bu fiille birden fazla fakat birbirinden farklı suç işlenecek ve fail hakkında bu suçlar için gösterilen en ağır ceza uygulanacaktır. Fiil ise hareketten başka sonucu da kapsar. Buradaki fiilin tekliğinden ‘hareket’ unsuru değil, hareket ile ondan doğan neticeyi ve hareket ile netice arasındaki nedensellik bağını anlamak gerekir. Yapılan bir hareket dış dünyada aynı anda birden çok maddi sonucun doğmasına neden olmuşsa, eylemin hukuken tek sayılmasına olanak yoktur. Bir fiilden söz edebilmek için dış alemdeki değişikliğin tek olması, aynı zamanda meydana gelmesi gerekir. Bu nedenle hareketin tek olup olmadığını belirlemede dış dünyaya yansıyan sonuç sayısı önemlidir. Ancak sonuç tek ise ve bu tek sonuç aynı anda farklı suç tanımlarını ihlal ediyorsa fikri içtima hükmü uygulanarak fa ile sadece en ağır ceza verilir. Buna karşılık hareket tek olmakla birlikte, dış dünyaya yansıyan maddi sonuç sayısı birden çok ise, bunların ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. Bir başka deyişle fiil, dış alemdeki değişiklik olduğuna göre, fiilin esas kısmını netice oluşturur. Fikri içtimaın söz konusu olabilmesi için öncelikle bu neticenin tek olması gerekir. Dış alemdeki değişikliğin birden fazla olması halinde fikri içtima kuralı uygulanamayacaktır.

Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun 2013 yılına kadar istikrarlı bir şekilde verdiği kararlarından ayrılarak ;

03/12/2013 gün, 2013/575 K sayılı ilamında; (Aykırı görüş) “Katılan … ‘ya öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, araya giren kızı mağdur … ‘i olası kastla yaraladığı somut olayda, katılan … ‘yı öldürme amacıyla ona doğru bir kez “ateş etme” eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiği ve bu suretle, tek olan eylem sonunda hem mağdur … ‘e karşı olası kastla yaralama suçunun, hem de mağdur … ‘ya karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsün meydana geldiği hususlarında şüphe bulunmadığından, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nun 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırından ceza verilmesi gerekmektedir”.

— s. 50 — Şeklindeki içtihadından bir hafta sonra 10/12/103 gün, 2013/600 K sayılı ilamında; Sanığın kardeşi … 'ı öldürmek amacıyla iki el ateş ettiği, ancak onun yerine hedefte sapma sonucu yanında bulunan yengesi Laika [KİŞİ]'ın olası kastla yaralanmasına neden olduğu somut olayda, kardeşini öldürmek amacıyla iki el ateş eden sanığın kardeşinin hemen yakınında bulunan yengesinin de ölebileceğini ya da yaralanabileceğini öngörmesine karşın, bunu göze alarak birden çok kez ateş etmesi eyleminin suçla korunan hukuki menfaatler göz önünde bulundurulduğunda hukuki anlamda tek fiil sayılması mümkün olmayıp, TCK'nun 44. maddesinin uygulanma şartları oluşmamıştır.

Yargıtay Yüksek 1. Ceza Dairesinin oldukça farklı kararlarının olmasına karşın, genel olarak fiil sayısının belirlenmesinde; neticenin dikkate alındığı görülmektedir.

— s. 51 — Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2011/4519 E-2011/56245 K sayılı ilamı; Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın mağdur … 'yı kasten öldürmeye teşebbüs ve mağdur … 'i olası kastla yaralama suçlarının sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suçların niteliği tayin, takdire ilişen cezayı azaltıcı sebebinin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre bozma üzerine verilen hükümlerde isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık müdafilerinin usule, delillerin takdirinde hata yapıldığına, suç vasfına, cezada teşdit uygulanmasının hatalı olduğuna, 44.madde gereğince sanığın eyleminin tek suç oluşturduğuna vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle; … nun 43 ve 44 maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu; gerçek içtima hükümleri uygulanarak kurulan, Birinci Ceza Dairesinin öğretide de benimsenen (Prof. Dr. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2008, s.528) yerleşmiş uygulamalarına uygun olan hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi (ONANMASINA), Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2012/10080 K Sayılı ilamında; Oluşa ve dosya içeriğine göre; Mağdur … 'a öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, mağdur … ile birlikte yoldan geçmekte olan mağdur [KİŞİ]'i de vurarak yaraladığı olayda; TCK'nun 43 ve 44. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu, Birinci Ceza Dairesinin öğretide de benimsenen (Prof. Dr.İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara, 2008, s.528) yerleşmiş uygulamalarına uygun şekilde, gerçek içtima hükümleri uygulanarak kurulan hükümlerde, bir isabetsizlik görülmediğinden, tebliğnamedeki, [KİŞİ]'in yaralanması eyleminde, olası kastın ve TCK'nun 44. maddesinin tartışılması ve sonucuna göre hüküm kurulması nedenine dayalı bozma düşüncesi benimsenmemiştir.

— s. 52 — Yukarıda öğretide ve uygulamada yaşanan tartışmaları ayrıntılı bir şekilde açıkladıktan sonra; somut olayımıza baktığımızda; 765 sayılı kanun döneminde; fiil kelimesi, çok tartışılmasına rağmen, 5237 sayılı kanun döneminde tekrar fiil tabirine yer verilmesi, kanun koyucunun bu tabiri bilinçli bir şekilde kullandığının göstergesidir. Zira 765 sayılı kanun döneminde bu kadar tartışma yaratan bir kelime (Fiil) yerine hareket kelimesini çok rahatlıkla kullanma seçeneği bulunun kanun koyucunun, madde metninde "fiil" tabirine yanlışlıkla yer verdiğinin kabul edilmesinin ve TCK'nın 43/2 Maddesinde aynı neviden fikri içtimada artırım hükümleri öngörülürken, farklı suçların oluşması durumunda TCK'nın 44 maddesinde artırım hükümlerinin unutulmasının, çağdaş anayasaların temel kurallarından birisi olan kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği kuralına aykırı olacağı tartışmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Yasa koyucunun fiil tabirini bilinçli bir şekilde kullandığı ve fiil kelimesinin neticeyi de kapsadığının kabul edilmesinin hakkaniyete, adalete ve suç işlenmesini önlemeyi hedefleyen ceza kanununun amacına daha uygun olacağı açıktır. Zira TCK'nın 44 maddesinin uygulanması gereken durumlarda dış alemde tek değişiklik vardır ve bu tek değişiklik farklı hükümleri ihlal etmektedir. Oysa TCK'nın 43/2 maddesinde birden fazla netice vardır ve gerçekleşen birden fazla neticeden dolayı farklı mağdurların hakları ihlal edilmektedir. Dolayısıyla meydana gelen dış alemdeki değişiklik adedine göre TCK'nın 43/2 maddesinde artırım hükümleri öngörülürken, dış alemde tek değişikliğe neden olan TCK'nın 44 maddesinde artırım hükümlerinin öngörülmemesinin, hakkaniyete uygun son derece yerinde bir düzenleme olduğu ve kanun koyucunun bilinçli bir tercihte bulunduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki ! somut olayımızda olduğu gibi TCK'nın 44 maddesinin uygulanması sırasında; tek hareket ölçüsünden hareket edersek profesyonel suçlulara prim tanıyacağımız gibi somut olay adaletini de sağlayamayacağımız açıktır. Örneğin silah kullanmasını çok iyi bilen profesyonel bir sanığın, tek atışla hedefindeki kişiyi öldürmek amacıyla yaraladıktan sonra, yanında bulunan iki kişiyi bitkisel hayata sokacak şekilde yaralamasından ibaret olayda; sayın çoğunluğun görüşünün kabul edilmesi durumunda; TCK'nın 44 maddesi uyarınca farklı suçların oluştuğundan bahisle

sadece öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu tutulması gerekirken, yine tek atışla hedefteki kişiyi yaralama kastıyla hareket ettiğinin kabul edilmesi durumunda ise;

— s. 53 — TCK'nın 43/3 maddesindeki sınırlamadan dolayı üç ayrı kişinin çok ağır şekilde yaralanmasından sorumlu tutulması kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkacağından; her iki olaydan dolayı cezanın belirlenmesi sırasında hakimlik sanatı son derece isabetli kullanılsa dahi, TCK'nın 44 maddesi uyarınca sadece adam öldürmeye teşebbüs suçundan kurulan hükmün, yaralama suçlarının toplamından kurulan hükümlerden daha lehe bir sonuç doğuracağı, bununda çağdaş ceza hukuklarının olmazsa olmazı olan ve TCK'nın 3 maddesinde yer verilen adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi ile suçun işlenmesini önlemeyi 1. maddesi ile en önemli görev olarak kabul eden ceza kanununun amacına da aykırı olacağı gibi ayrıca çevre kontrolü yapmadan insanların oldukça kalabalık olduğu bir ortamda, hasmını öldürmek için çevredeki insanları umursamadan çatışmayı göze alan birisinin, tesadüfen evinin balkonunda oturan yada olay yerinden geçmekte olan kişilerin çok ağır şekilde yaralanmasına sebebiyet vermesine TCK'nın 44 maddesi uyarınca seyirci kalınması sonucuna ulaşılır ki böyle bir sonucun adalet duygusunu da zedeleyeceği tartışmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Bu tür sakıncaların önüne geçmek isteyen kanun koyucunun, çok tartışılmasına rağmen fiil tabirini kullanarak fiil tekliği yada çokluğunun dış alemdeki değişikliğe göre belirlenmesini bilinçli bir şekilde tercih etmesine karşın, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun sayın çoğunluğunun sırf hareket sayısına bakarak fiil sayısını belirlemesinin, gerek Yargıtay 1. Ceza Dairesinin gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu güne kadar çok nadir istisnalar dışında yerleşik uygulamaya dönüşen içtihatlarına aykırı olacağı ve buna bağlı olarak hukuki güvenlik ilkesini zedeleyeceği açıktır. Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun 2013/575 K sayılı içtihadının, gerek daha önceki gerekse bu olaydan bir hafta sonraki 2013/600 K sayılı içtihadına çok açıkça aykırı olmasına karşın, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/600 K sayılı ilamında iki atış yapıldığından bahisle çelişkinin bulunmadığı ileri sürülemez. Zira fiili, hareket olarak kabul eden görüşe itibar edilse dahi ard arda aynı anda aynı amaca yönelik olarak yapılan doğal hareketlerin tamamının hukuki anlamda tek hareket olarak kabul edildiği konusunda herhangi bir duraksama bulunmadığından; her iki içtihat arasında çelişkinin bulunmadığı söylenemez.

— s. 54 — Aksine düşünceye itibar edilmesi halinde, hırsızlık suçunda 10 adet eşyayı yerden alan, kavga esnasında karşısındaki kişiye 10 adet yumruk atan şahsın, 10 ayrı fiil işlediğinin kabul edilmesi anlamına gelir ki! Böyle bir kabulün, gerek doktrindeki görüşlere gerekse giderek yerleşik uygulamaya dönüşen içtihatlara aykırı olacağı açıktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 2018/444 K sayılı içtihadı da, 2013/575 K sayılı içtihadı destekler mahiyettedir.

Somut olayımızda ki sayın çoğunluğun görüşü de bu doğrultuda olduğundan; Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun fiil tabirinin tanımı konusundaki görüşlerini, değiştirdiği görülmektedir.

Sonuç itibariyle daha önce maktul … … pompalı tüfekle bir el ateş ederek öldüren sanık … hakkında; münhasıran şahsa bağlı haklarının ihlali durumunda neticeli suçlarda fiil kelimesinin neticeyi de içerdiği ve buna bağlı olarak meydana gelen netice sayısınca suçun oluşacağını ve bunun doğal sonucu olarak kasten adam öldürmek suçundan, mağdurlara yönelik eylemlerden dolayı ise olası kastla yaralama suçundan yerel mahkemece verilen direnme kararının bu yönüyle isabetli bulunarak diğer bozma nedenlerine istinaden BOZULMASI gerekirken, hiç bir bağlayıcılığı olmadığı halde kanun koyucunun madde metnine yansıtmadığı gerekçesinden yola çıkılarak; fiil kelimesini hareket olarak kabul etmek suretiyle , uyuşmazlığa konu olayda tek atış yapıldığı gerekçesiyle, kasten adam öldürmek suçu ile birlikte mağdurlara yönelik olası kastla yaralama suçunun TCK'nın 44 maddesi uyarınca en ağır cezayı içeren adam öldürmek suçundan verilen mahkumiyet kararı ile yetinilerek, mağdurlara yönelik yaralama eylemlerinden dolayı ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğine yönelik Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun sayın çoğunluğun görüşüne iştirak edilmemiştir." görüşüyle, Çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Üyesi … ; "İnceleme konusu dosyada Yüksek Ceza Genel Kurulunun sayın çoğunluğu ile aramızda oluşan görüş farklılığının temelini, sanığın tüfekle yaptığı tek atışla maktulün ölümüne, mağdurların ise yaralanmasına neden olduğu somut olayda, TCK'nın 44. maddesindeki fikri

içtima hükümlerinin mi yoksa oluşan neticeler esas alınarak gerçek içtima hükümlerinin mi uygulanması gerektiği hususu oluşturmaktadır.

— s. 55 — 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde hükme bağlanan fikri içtima, bir fiilin sonucu olarak gerçekte birden fazla olarak ortaya çıkan her biri bağımsız suç teşkil eden neticelerde, gerçek içtima kurallarının uygulanıp fa ile toplam ceza verilmesini engelleyen, sanık yararına kabul edilmiş bir düzenlemedir. (Önder, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler 2-3 S. 486, Artuk-Gökcen-Yenidünya; Ceza Hukuku Genel Hükümler 1 S. 819) Fikri içtima, birden fazla normun ihlali temeline dayanır. Fa ile tek ceza verilmesinin nedeni ise kanunun emredici hükmüdür. Fikri içtimada teselsülde olduğu gibi birden fazla suçu birleştiren subjektif bir bağ yoktur. Dolayısıyla suçlar aynı suç işleme kararı gibi subjektif bir bağlantı nedeniyle değil, kanunun deyimiyle "bir fiil" (fiil tekliği) nedeniyle bir suç sayılmaktadır. Fikri içtimayı oluşturan her bir suç diğerinden bağımsızdır.

-Fikri içtimanın koşulları şunlardır: -Fiilin tek ve aynı olması, -Fiilin her suç yönünden tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olması, -Suçlardan her birinin başlı başına cezalandırılabilir olması, -Fiilin birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olması (Turan-Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları S. 542) Fiil; hareket, netice ve nedensellik bağından oluşan bir bütündür. Hareket, fiilden farklıdır. Hareket, failce sergilenen, dış dünyada başkalarınca algılanabilen ve suç tipinde yer verilen iradi davranıştır. Netice; öldürme gibi sonuçlu suçlarda, hareketin dış dünyada meydana getirdiği, hukuki önemi bulunan değişikliktir. Nedensellik bağı ise hareket ve netice arasındaki bağlantıdır.

— s. 56 — Öğretide yazarlardan; Dönmezer-Erman ve Kunter, ceza hukukunda hareketle neticeyi birlikte belirtmek üzere "fiil" teriminin kullanıldığını, fiil dendiği zaman sadece hareketi veya sadece neticeyi değil, fakat bunlardan her ikisinin birlikte kastedildiğini, hareketle netice arasındaki bağlantı olan nedensellik bağının da fiilin varlığı için şart olduğunu, Özgenç, fiilin kişinin iradesiyle hakim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranış olduğunu, Hakeri, ceza hukukunda fiil denildiğinde anlaşılması gerekenin, yalnız hareket değil, aynı zamanda netice olduğunu, böyle olunca TCK'nın 44. maddesindeki fiil deyimini dış alemdeki değişiklik olan netice anlamında kabul etmek gerektiğini, fiil kelimesinden "hareket" anlaşılacak olursa, fikri içtimanın uygulama alanının oldukça genişleyeceğini, fikri içtimanın genel kuralın istisnası olduğunu, istisnaların dar yorumlanması gerektiğini, bu nedenle fiil konusundan neticenin anlaşılması gerektiğini, Özbek- Doğan-Bacaksız-Tepe, tek fiili hareketin tekliği olarak algılamak gerektiğini, Özen, fiil kelimesinin neticeyi ifade ettiğini, Göktürk, neticenin fiilin bir alt unsuru olmadığı; fiilin sadece hareket şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmuşlardır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise 06/07/2010 tarih ve 8-51/162 sayılı kararında, "tek fiil" veya "bir fiil" ibarelerini, " … Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tekliği ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun yasal tanımında yer alan hukuksal anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır … " şeklinde açıklamıştır.

— s. 57 — Birden fazla farklı suç; 765 sayılı TCK'da "kanunun muhtelif ahkamı" olarak ifade edilmiş, bununla kastedilenin ise farklı suç tiplerini düzenleyen hükümler olduğu kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK'da ise, "birden fazla farklı suç" ibaresi tercih edilmiştir. Bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde aynı neviden suçlarda içtima (TCK 43/2), bir fiille birden fazla (en az iki) suçun işlenmesi halinde ise farklı neviden fikri içtima oluşur.

Bunlar arasındaki benzerlik, her ikisinde de hukuki anlamda tek bir fiille birden fazla suçun işlenmesi iken, farklılık birden fazla suçun aynı neviden içtimada aynı, farklı neviden fikri içtimada ise farklı olmasıdır.

Kanunumuzda "hedefte sapma" hali düzenlenmemiştir. Esasen, hedefte sapma, hata hali sayılamaz. Sapma halinde fail, fiilini gerçekleştirirken seçtiği araçtaki yetersizlik, aracın kullanımı konusundaki acemilik, aracı etkin ve kastına uygun şekilde kullanamama ya da başka nedenlerle netice, kastedilen

konu üzerinde değil, sapmaya bağlı olarak başka bir konu üzerinde gerçekleşmektedir. Burada kastedilen ve gerçekleşen iki ayrı netice olduğundan sapma, hata halinin değil, içtimanın konusunu oluşturmaktadır.

Kasten insan öldürme suçlarının temyiz incelemesini yapmakla görevli Yüksek Yargıtay 1. Ceza Dairesi, uzun yıllar sürdürdüğü uygulamada, sapma halinde meydana gelen birden fazla neticede, farklı neviden fikri içtima kurallarının değil gerçek içtima kurallarının tatbik edilmesi gerektiğini ve buna bağlı olarak kastedilen eylem yanında failin sapma nedeniyle oluşan neticeden olaya göre olası kast ya da bilinçli taksire göre sorumlu tutulacağını kabul etmekteyken, son dönemde Ceza Genel Kuruluna paralel şekilde bu eylemleri zaman zaman fikri içtima, zaman zaman da inceleme konusu olayda yaptığı gibi (yerel mahkemenin bozmadan sonra verdiği direnme kararı üzerine) gerçek içtima kapsamında değerlendirmekte ve oluşan neticeye göre suçların ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla bu hususta içtihat makamları tarafından kesin şekilde benimsenmiş bir uygulama birliğinden söz edebilmek mümkün değildir.

— s. 58 — TCK'nın 43/2. maddesindeki "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda" zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle cezada artırım yapılmasını emreden düzenleme, aynı maddenin son fıkrasına göre öldürme/yaralama, yağma ve işkence suçları bakımından uygulanamaz. Olayımız açısından bakıldığında buradan çıkarılabilecek sonuç şudur: Tek fiille birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilen aynı öldürme/ yaralama suçlarının faili fikri içtimadan yararlanamıyorsa (TCK 43/2-3) tek fiille birden fazla farklı öldürme/ yaralama suçunu işleyen fail neden fikri içtimadan yararlansın? Öğretide, bu yöndeki uygulamanın sakıncalarına değinip, fikri içtima kuralının uygulama alanı daraltılarak daha adil sonuç vermesinin sağlanması, aksi halde hünerli ya da zeki suçluların fikri içtima kuralı sebebiyle ödüllendirilmiş olacaklarını belirten yazarlar da bulunmaktadır. (Özbek- Doğan-Bacaksız-Tepe; Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 9. bası S.573) Bu husus gözetildiğinde Kanundaki bu düzenlemeyle aslında kanun koyucunun öldürme, yaralama, işkence, yağma suçlarında mağdur sayısınca ceza verilmesini benimsediği sonucuna ulaşmak da mümkündür. Nitekim Kanunun 43/2-3 ve 44. maddeleri birlikte okunduğunda, öldürme, yaralama, işkence ve yağma suçları yönünden 43/2-3. maddesinin 44. maddesinin istisnası olduğu düşüncesindeyiz. Bu bakımdan, (A)'yı öldürme kastıyla ateş eden kişi, ister tek atış, isterse birden fazla atış yapmış olsun, (A)'yı vursa da vuramasa da, (A)'dan başka birini öldürmüş ya da yaralamışsa hem (A)'ya karşı eyleminden, hem de (B)'ye karşı gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmalıdır. Bu husus aynı zamanda yaşam hakkını düzenleyen BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 3 ve AİHS'nin 2. maddeleri ile Anayasamızın devletin temel araç ve görevleri arasında kimsenin yaşama hakkına ve vücut bütünlüğüne dokunulamayacağına ilişkin 17. maddeleriyle birlikte değerlendirildiğinde daha anlamlı hale gelmektedir. Zira, insan hayatı ve sağlığı her türlü değerin üstündedir, yasal düzenlemelerin ve yargısal kararların amacı da bunları korumak, zarar verilmesi halinde ise gereken yaptırımları adalet ve hakkaniyet çerçevesinde uygulamak olmalıdır.

— s. 59 — Yukarıdaki açıklamalar ışığında, somut olay değerlendirildiğinde; Sanığın öldürmeye elverişli nitelikteki tüfeği, adli raporlar ve kriminal tespitlere göre uzak atış mesafesinden öldürmeyi kastettiği maktule tevcih ederek yaptığı tek atışla maktulun hayati bölgelerine isabet kaydederek ölümüne, mağdurların ise basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek şekilde yaralanmasına neden olduğu anlaşılan olayda, Kullanılan av tüfeği saçma tanelerinin özellikleri, giriş delikleri, cilt ve cilt altı bulguları, vücuttaki dağılımları nazara alındığında uzak atış mesafesinden yapıldığı, av tüfekleri ile atış yapıldığında, gerek kuş saçmaları, gerekse iri saçmaların (şevrotin) namluyu terkedip belirli bir mesafeyi toplu olarak katettikten sonra koni şeklinde açılarak yayıldıklarının bilimsel verilere dayandığı, öte yandan av tüfeğinin özellikle makul mesafelerden gerçekleştirilen atışlarda ölüm neticesini meydana getirmede kısa namlulu silahlara göre çok daha etkili olduğu, hedef gözetilerek ateşlendiğinde atış mesafesine göre öncelikle asıl hedefte, sonra da hedefin yakınında bulunan tali hedeflerde ciddi yaralanmalara ve ölümlere yol açabildiği, av tüfeğinin herkesçe bilinen bu özellikleri de dikkate alındığında, olay anında maktulun yakınında bulundukları anlaşılan ancak mutlaklık mesafesi içinde yer aldıkları belirlenemeyen mağdurların, gerçekleştirilen uzak atış sonucunda dağılan saçma tanelerinin isabetiyle yaralanmalarının sanık açısından bilinip öngörülmesinin kuvvetle muhtemel olduğu, bu itibarla sanığın hukuki anlamdaki tek fiiliyle maktulun ölümüne ve mağdurların yaralanmasına neden olduğu olayda, neticenin çokluğu ve TCK'nın 43/3. maddesinde sayılan istisnai nitelikteki suçlardan kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının

oluşması karşısında, farklı neviden içtima kurallarının oluşmadığı, TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağı, mağdurlara yönelik eylemin TCK'nın 21/2. maddesi kapsamında olası kastla yaralama suçunu oluşturacağı görüşünde olduğumdan Yüksek 1.

Ceza Dairesinin direnme kararı üzerine verdiği onama kararının bu yönüyle isabetli olduğu görüşündeyim." düşüncesiyle, Çoğunluk görüşüne katılmayan beş Ceza Genel Kurulu Üyesi de; TCK'nın 44. maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığına dair benzer düşüncelerle karşı oy kullanmışlardır.

— s. 60 — Somut olayda, TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluştuğu ve sanık hakkında olası kastla yaralama suçundan mahkûmiyet hükümleri kurulamayacağına karar verildiğinden, olası kastla yaralama suçundan verilen mahkûmiyet kararlarında temel cezanın en üst hadden tayin edilmesinin isabetli olup olmadığına dair uyuşmazlık konusu değerlendirilmemiştir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle; I- İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 30.12.2013 tarihli ve 475-461 sayılı direnme kararına konu; 1- Kasten öldürme suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün, a) Sanık hakkında uygulama koşulları bulunmadığı hâlde haksız tahrik hükmü uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, b) TCK'nın 53. maddesi tatbik edilirken Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.2015 tarihli ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 08.10.2015 tarihli ve 140-85 sayılı iptal kararının dikkate alınmasında zorunluluk bulunması, 2- Olası kastla yaralama suçundan kurulan mahkûmiyet hükümlerinin, TCK'nın 44. maddesi uyarınca sanığın katılan … ve şikâyetçi … 'e yönelik eylemleri nedeniyle olası kastla yaralama suçundan ayrıca cezalandırılmasına karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi, Nedenlerinden BOZULMASINA, II- Ceza Genel Kurulunca 22.01.2019 tarih ve 257-29 sayı ile; katılan … vekili ve Cumhuriyet savcısının temyiz taleplerinin reddine karar verilmesi karşısında aleyhe yönelen temyiz bulunmaması ve TCK'nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima hükmünün uygulanması suretiyle olası kastla yaralama suçlarından mahkûmiyet hükmü kurulamayacağına karar verilmesi nedeniyle, sanığın toplam ceza miktarı üzerinden KAZANILMIŞ HAKKININ GÖZETİLMESİNE, III- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 03.12.2019 tarihinde yapılan müzakerede birinci uyuşmazlık bakımından oy birliğiyle; ikinci uyuşmazlık bakımından 03.12.2019 tarihli birinci müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından 28.01.2020 tarihinde yapılan ikinci müzakerede oy çokluğuyla karar verildi.