

Türk Hukuku'nda Suçların İçtimai

*Neslihan GÖKTÜRK**

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 (quot crimina, tot poenae). Bu ilkeye göre, ceza hukukunda cezaların içtimai (gerçek içtima) kural olup¹; işlenen her bir suçtan ayrı cezaya hükmedilir ve her bir ceza bağımsızlığını korur^{2,3}. Buna karşılık,

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Suçların içtimai-cezaların içtimai ayırımının ortak özelliği, aynı fail tarafından gerçekleştirilen birden çok suçun varlığıdır. Suçların içtimai ile cezaların içtimai bakımından farklı içtima sistemlerinin (ikilik sistemi) uygulandığı ülkelerde, cezaların içtimaiye ilişkin kuralların uygulanabilmesi için ortada birden fazla suçun bulunması ve suçların içtimai kapsamına giren bir halin bulunmaması gerekir. Şayet suçların içtimai kapsamına giren bir durum sözkonusu ise, cezaların içtimaiye ilişkin kural uygulanmaz ve suçların içtimainın hangi türü mevcut ise buna ilişkin içtima kuralları uygulanır. Bu itibarla, ikilik sistemini öngören kanunlar bakımından suçların içtimai-cezaların içtimai ayırımının en önemli sonucu sorumluluğun tayininde ortaya çıkmaktadır (**İçel, Kayıhan**, Suçların İçtimai, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 12-13)

² **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 493; **Koca, Mahmut**, “Fikri İçtima”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD) 2007/4, s. 197; TBMM Adalet Komisyonu’nun Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin 3.8.2004 tarih ve E. 1/593, K. 60 sayılı Raporu, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 229.

³ 5237 sayılı TCK sisteminde, önceki sistemde var olan “cezaların içtimai” hükümlerine (765 sayılı TCK m. 68-77) yer verilmemiştir. Verilen cezaların toplanamaya-cağı veya hangi şartlarda toplanabileceğine ilişkin tek düzenleme 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 99. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin başlığı “birden fazla hükümdeki cezaların toplanması” olup; buna göre “Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107. maddenin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden

fiil ceza hukukunda işlendiği tespit edilen suçların sayısına göre cezaların tespiti zorunluluğu, içtima konusunun kanunda özel bir şekilde düzenlenmesini gerekli kılar⁴. Sorumluluğun tespitinde fiilin esas alındığı bir sistemde faile verilecek ceza, fiilin haksızlık muhtevasını kapsamalı ve failin kusuru ile orantılı olmalıdır; fiil ceza hukukunda failin kusurunu aşan şekilde cezalandırılmaması esastır (Schuldprinzip, Schuldstrafrecht)⁵. Birden fazla suç tipine ilişkin hüküm ihlal edildiğinde, sözkonusu suç tiplerine ilişkin cezaların toplanması, bazı hallerde kusur ilkesini ihlal etmektedir; ki, içtima öğretisinin ortaya çıkışındaki temel düşünce toplama sisteminin (Kumulationsprinzip) kusur ilkesi bakımından ortaya çıkardığı sakıncayı bertaraf etmektir⁶. 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.

§ 1. Fiil Tekliği - Fiil Çokluğu Ayırımı

İçtima öğretisi, esas itibariyle fiil tekliği (Handlungseinheit)-fiil çokluğu (Handlungsmehrheit) ayırımına dayanır⁷. Fiil tekliği-fiil çok-

bir toplama kararı istenir. Şu halde, birden fazla hükümde yer alan cezalar sadece koşullu salıvermenin hesaplanması amacıyla dönük olarak infaz aşamasında toplanabilir, bunun dışında ise “cezaların içtimai” mümkün değildir (bkz. **Yargıtay CGK, 15.7.2008, E. 2008/3-173, K. 2008/190**)

⁴ **İçel**, s. 10.

⁵ **Stratenwerth, Günter**, Tatschuld und Strafzumessung, Verlag von J. C. B. Mohr, Tübingen, 1972, s. 8, 10.

⁶ BVerfGE, 20, 235; BVerfGE, 50, 133; **Wessels, Johannes/Beulke, Werner**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 36. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, kn. 752; **Maurach, Reinhart/Gössel, Karl-Heinz/Zipf, Heinz**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, § 54 I kn. 6; **Schönke, Adolf/Schröder, Horst**, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, Vorbem §§ 52 ff. kn. 4; **v. Heintschel-Heinegg**, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/1, §§ 52-79b StGB, Verlag C. H. Beck, München, 2005, Vor §§ 52 ff. kn. 14.

⁷ **Mezger, Edmund**, Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 9. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1960, s. 253; **Mezger**,

luğu ayırımına temel teşkil eden “fiil” kavramından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalara neden olmaktadır. Failin icrai veya ihmali davranışının ifade ettiği değersizliğin, haksızlık muhtevası içinde yer aldığına şüphe yoktur. Buna karşılık, neticenin haksızlık muhtevası içindeki konumunun ne olduğu sorunu, bir başka ifade ile, “neticenin ifade ettiği değersizlik yargısının haksızlıkla ilişkisi var mıdır?”⁸ sorusu⁹, içtima öğretisinin neden fiil teklifi-fiil çokluğu ayırımına dayandığını da ortaya koymaktadır.

Edmund/Blei, Hermann, Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 15. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, § 92, s. 319; **Schmidt, Rolf**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Rolf Schmidt GmbH, Bremen, 2007, kn. 1158, 1160; **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II § 54 I kn. 19; **Schönke/Schröder**, in: StGB Vorbem §§ 52 ff. kn. 10; **Lackner, Karl/Kühl, Kristian**, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, Vor § 52 kn. 2; **Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, § 36 kn. 2, 14; **Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 709; **Rissing-van Saan**, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Zweiter Band, 12. neubearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, Vor § 52 kn. 2; **v. Heintschel-Heinegg**, in: MK-StGB Vor §§ 52 ff. kn. 8; **Wessels/Beulke**, AT kn. 753; **Heinrich, Bernd**, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2005, kn. 1384; **Bockelmann, Paul/Volk, Klaus**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, § 34, s. 252; **Jacobs, Wilhelm**, Die Idealkonkurrenz, Erlangen, Univ., Diss., 1897, s. 11; **Otter, Klaus**, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1973, s. 186; **Geppert, Klaus**, “Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)”, Jura 1982/7, s. 361; **Kühl, Kristian**, “das leidige Thema der Konkurrenzen”, JA 1978, s. 478; **Seher, Gerhard Jena**, “Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre-Dogmatische Strukturen und Grundfälle”, JuS 2004/5, s. 392; **Jescheck, Hans-Heinrich**, “Die Konkurrenz”, ZStW, 1955/67, s. 530; **Schmitt, Rudolf**, “Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht”, ZStW 1963/75, s. 45; **Warda, Günter**, “Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre”, JuS 1964/3, s. 82.

⁸ bkz. **Zielinski, Diethart**, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Dunckner & Humblot, Berlin, 1973, s. 128; **Stratenwerth, Günter**, “Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht”, Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1975, s. 177 vd.

⁹ Hemen belirtilmesi gerekir ki, hareket teorileri arasında önemli bir yer işgal eden final hareket teorisinin taraftarları bile neticenin ifade ettiği değersizlik yargısını haksızlık muhtevası kapsamında görmemektedirler. Final hareket teorisi taraftarları neticenin ifade ettiği değersizlik yargısını haksızlık muhtevası karşısında sorgulamadıkları gibi; bunu, final haksızlık öğretilerine taşıma yönünde bir eğilimle-

Türk doktrinindeki genel eğilim, fiilin hareket dışında neticeyi de kapsar şekilde anlaşılması yönündedir¹⁰. Suç teorisinde neticeyi fiilin bir unsuru olarak kabul eden görüş, içtima öğretisi anlamında fiil sayısının tespitinde, suçun yasal tanımında neticeye yer verilen hal-lerde 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 ayırımında tipik netice-nin sayısını esas alır; gerçekleşen tipik neticenin sayısı kadar fiil ve dolayısıyla suç vardır. Sözgelimi tek bir mermi ile iki kişinin yaralanması halinde, iki fiilin bulunduğu ve dolayısıyla iki tane kasten yaralama suçunun oluştuğu kabul edilmelidir^{11,12}.

rinin de olmadığı görülür (bkz. **Zielinski**, s. 128, 135-136); Neticenin ifade ettiği değersizlik yargısının haksızlık kavramı dışına çıkarılması yönündeki eğilim son zamanlarda artış göstermektedir (bkz. **Stratenwerth**, in: FS-Schaffstein, s. 177).

¹⁰ **İçel**, s. 28; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, no. 502, 514, "Maddi unsuru teşkil eden fiilin ikinci kısmı, "netice"den ibarettir."; **Kunter, Nurullah**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 609, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 3-8; **Alacakaptan, Uğur**, Suçun Unsurları, AÜHF Yayınları No. 263, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 35 vd.; **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku, Genel Kısım, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 111 vd., Toroslu da hareket, netice ve nedensellik bağınu suçun maddi unsurunun alt unsurları şeklinde ele almaktadır; **İçel, Kayıhan/Evik, A. Hakan**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul, 2007, s. 44, 61, "Suç teorisini ilgilendiren bir kavram, yani hukuksal kavram olarak ele alındığında ise eylemin kısımlara, alt-unsurlara bölünmesi olanağı elde edilir. Bu alt unsurlardan ilki hareket, ikincisi sonuç, üçüncüsü ise sonucun hareketten doğduğunu gösteren nedensellik bağlantısıdır."; **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 480; **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 201; **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 105, 357, "Suçun maddi unsuru "fiil"den ibarettir. Ceza hukukunda fiil denilince "hareket", "netice" ve hareketle netice arasında bulunması gereken "nedensellik bağı" anlaşılır.; **Savaş, Vural/Mollamahmutoglu, Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 1335; **Özen, Mustafa**, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", TBB Dergisi, 2007/73, s. 140, 144.

¹¹ **Pfefferle, Wilhelm**, Ueber Ideal- und Realkonkurrenz, Freiburg i. Br., Univ., Diss., 1902, s. 24 vd., 28 vd.; **Ziegler, A. Gottfried**, Die gemeinrechtliche Lehre von der Verbrechens-Concurrenz mit Rücksicht auf die neueren Theorien und deutschen Gesetzgebungen seit 1813, Rostock, Univ., Diss., 1872, s. 12; **Kraushaar, Franz**, Das

Wesen der Ideal- und Gesetzeskonkurrenz im deutschen Strafrecht, Erlangen, Univ., Diss., 1912, s. 23-24, 27 vd.; **Kunter**, s. 19; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, no. 1116, 1129, 1130; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 480; **Hakeri**, Ceza Hukuku, s. 356-358 “Bir kimsenin bir mermiyle birden fazla kişiyi öldürmek istemesi halinde, ölen kişi kadar yani netice kadar fiil vardır, o kadar da adam öldürme suçu gerçekleşmiş olur. Bunun tek bir mermiyle gerçekleştirilmiş olması bu kabule engel değildir.”; **İçel/Evik**, s. 49-50, 289, Neticesi harekete bitişik suçlarda ise, kanunun aynı hükmüne ilişkin ihlallerin sayısı fiil sayısının tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin tek bir sözle iki kişiye hakaret edilmesi halinde, mağdur sayısınca ihlal edilen norm fiili tek olmaktan çıkarır. Buna karşılık suçlardan biri neticesi harekete bitişik suç, diğeri neticesi hareketten ayrı suç ise ve hareketten bağımsız netice her iki suç bakımından ortak nitelik gösteriyorsa, yine fiil tekliği kabul edilebilir. Örneğin tahkir kastı ile bir kimsenin evinin taşlanması, kapının taşlanması hem hakaret hem de mala zarar verme suçlarını sonuçlayan bir davranıştır ve tek bir fiil bulunmaktadır.; **Toroslu**, s. 319-320, Toroslu'ya göre TCK'nun 44. maddesinin gerekçesinde yer alan bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopanın mağduru yaraladıktan sonra vitrin camına çarparak kırılmasına neden olması örneğinde kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarının sopa fırlatma fiilinden ileri geldikleri, dolayısıyla failin fikri içtimala hükümlerine göre cezalandırılacağı görüşü, fiil kavramı ile onun bir parçası olan hareket kavramının birbirine karıştırılmış olmasından kaynaklanmaktadır; **Savaş/Mollamahmutoğlu**, C. 1, s. 1335.

- ¹² Nitekim Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu kimi kararlarda neticeyi fiilin bir alt unsuru şeklinde telakki ederek, fiil tekliği-fiil çokluğu ayırımında tipik neticenin sayısını esas almıştır.

Yargıtay CGK, 12.3.1984, E. 1983/1-176, K. 1984/87, “Fiil, insan eseri olan ve dış alemde değişiklik husule getiren bir olay bütünüdür. Doğal yönüyle bütünlük gösteren fiil, hukuki açıdan hareket-netice-nedensellik bağı gibi unsurlardan oluşur. Doğal anlamda neticesiz hareket olamayacağı için neticesiz de suç olmaz. Dış dünyada herhangi bir değişiklik olmaması olumlu ya da olumsuz bir hareketin bulunmamasına bağlıdır. Neticesiz hareket olamayacağından doğal anlamda hareket fiil demektir. Bu neticenin geniş anlamıdır. Normatif açıdan neticenin dar anlamı; kanunun suç saydığı neticedir, hareket-netice ayırımı sadece bu yönden yapılabilir. Bazen kanun dar anlamda bir netice göstermez ve bu halde hareket ile suç tamamlanmış olur. Bu halde kanun doğal sonuç ile yetinmiştir. Burada suç sayılan fiil genel olarak neticeye sahip harekettir. Dar anlamda bir neticenin kanunda gösterilmediği hallerde de neticenin varlığını belirtmek için bu çeşit suçlara (neticesi harekete bitişik suçlar) ismi verilmektedir.

Hukuka aykırı ve kusurlu fiil hangi kanuni tipe uygun ise o kanuni tipin bulunduğu normu ihlal eder ve o suç oluşur. Dar anlamda netice, bazı kanuni tipler bakımından ortak nitelik gösterebilir. Bu gibi durumlarda fiil uygun düştüğü kanuni tipler sayısınca normları ihlal etmiş olur.

Fiilin tekliği-çokluğu ayırımında, maddi neticeye üstünlük tanımak gerekir ve buna göre tek ya da çok fiilden bahsolunur.”

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 doğurmuştur¹³. 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 yoksundur¹⁴.

Diğer taraftan, klasik suç teorisinde hareketin (dar anlamda hareket) "iradi" olması aranmakla beraber neyin irade edildiği, "hareket" kavramının belirlenmesi bakımından önem taşımamaktadır. Bunun temel nedeni ise, kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından ortak bir "hareket" kavramı oluşturma çabasıdır. Çünkü taksirli suçlarda, gerçekleşen neticeye icra edilen hareket sebebiyet vermekte; fakat hareket için kurucu unsur olan "irade" bu neticeyi kapsamamaktadır. Kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından ortak bir hareket kavra-

Yargıtay CGK, 1.8.1982, 4-296/365, "Görüldüğü gibi Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında uyumsuzluk konusu olan husus: Av tüfeği ile yapılan bir tek atışla birden çok kişinin yaralanması halinde, sanık hakkında TCK.nun 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 TCK.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 içtiman 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." (Yaşar, Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 249)

¹³ **Hirsch, Hans Joachim**, "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", ZStW 1981/93, s. 831 vd.; "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)", ZStW 1982/94, s. 239 vd.

¹⁴ **Özgenç**, s. 149-151.

mı oluşturmak adına, hareket için kurucu unsur olan iradenin neye yönelik olduğu araştırmasından vazgeçilmekte, soyut irade ile yetinilmektedir. Klasik suç teorisinin bir taraftan soyut irade ile yetinerek, iradenin neye yönelik olduğunu araştırmaması; diğer taraftan gerçekleşen neticeye fiil kapsamında yer vermesi çelişki arz etmektedir¹⁵.

Fiilin sınırı irade onaylamasının içeriği ile sınırlı olduğu için, netice fiilin bir unsuru olarak görülemez. Sözelimi 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 yoktur¹⁶.

Kusur bağlamında ele alındığında ise kusur yargısının temelini “iradilik” oluşturmaktadır. İradilik fiil bakımından sözkonusu olup; fail, suçun yasal tanımında neticeye yer verilen suçlarda ortaya çıkan neticeden değil, sözkonusu neticeye nedensellik bağı ile bağlı olan ve haksızlık teşkil eden fiilinden dolayı kusurlu addedilmekte ve cezalandırılmaktadır¹⁷. Kusur yargısı, kasten işlenen suçlar bakımından haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmasına rağmen failin neden bu davranışı gerçekleştirdiği; taksirle işlenen suçlarda ise failin imkanı varken neden objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket etmediği hususuna ilişkindir. Bu bağlamda kusur ve haksızlık birbiri ile doğrudan ilişki içinde olup; kusur yargısı haksızlık üzerine inşa edilmektedir¹⁸. Neticenin ifade ettiği değersizliğin ise, kusur yargısı üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır¹⁹. Buna karşılık, kasten işlenen suçlarda fail suçun yasal tanımında yer alan neticeyi bildiği ve buna

¹⁵ Özgenç, s. 149-151.

¹⁶ Mayer, Max Ernst, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Verlag-Hirschfeld, Leipzig, 1901, s. 18, 21, 23.

¹⁷ Mayer, s. 35; Bruns, Hans-Jürgen, Strafzumessungsrecht, 2. Auflage, Heymann, Köln, 1974, s. 362, 370.

¹⁸ Zielinski, s. 145-146, 213 vd.; Seiler, Stefan, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Verlag-Österreich, Wien, 2008, kn. 16; Özgenç, s. 340.

¹⁹ Zielinski, s. 146, 148, 204; Aksi görüş için bkz. Stratenwerth, in: FS-Schaffstein, s. 183, Norm ile neticenin değil, fiilin yasaklandığı veya emredildiği doğru olmakla beraber; tipik neticenin ortaya çıktığı hallerde failin bu netice ile hiçbir ilgisinin olmadığı söylenemez.

rağmen sözkonusu neticenin gerçekleşmesi amacıyla iradesini haksızlık teşkil eden fiili icra etmek yönünde kullandığı için kasten işlenen suçların kusur yoğunluğu taksirle işlenen suçlara nazaran daha fazladır. Netice, bu yönüyle haksızlık teşkil eden fiille ilintili olarak kusurun yoğunluğu üzerinde etkili olmaktadır²⁰.

Netice hakkındaki değersizlik ne taksirle işlenen suçlarda, ne netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda, ne de ihmali suçlarda haksızlık için temel oluşturur. Taksirle işlenen suçlarda neticenin ifade ettiği değersizlik haksızlık için temel oluşturmaz; haksızlık, objektif özen yükümlülüğünün ihlalidir. Taksirle işlenen suçlarda, suçun yasal tanımında bir netice gösterilir ve fail sözkonusu netice bakımından objektif özen yükümlülüğü altındadır; ancak norm ile yasaklanan şey -her ne kadar suçun yasal tanımında neticeye yer verilmiş olsa da- netice değildir. Fail objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmak zorunda olup; failin bizatihi buna aykırı hareket etmesi haksızlık oluşturur. Suçun yasal tanımında yer verilen netice ise, haksızlığın bir unsuru olarak değil; buna ilişkin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmenin bir sonucu olarak karşımıza çıkar. Hatta taksirle işlenen suçlarda, neticenin, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmanın sonucunda tesadüfen ortaya çıktığını söylemek yanlış olmaz²¹.

Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda (das erfolgsqualifizierte Delikt) da haksızlık ancak fiille açıklanabilir. Zira kusur ilkesi gereği failin gerçekleşen daha ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için sözkonusu netice bakımından en azından taksir dolayısıyla kusurlu olması gerekir (TCK m. 23). Haksızlık ve kusur ilişkisi, netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda da geçerlidir. Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda haksızlık teşkil eden tek bir fiil vardır. Dış alemde ortaya çıkan daha ağır tipik netice ise haksızlık muhtevasının yoğunluğunu (Unrechtsintensivierung) ve bu bağlamda kusurun yoğunluğunu arttırmakta ve faile daha ağır ceza verilmesini gerektirmektedir. Neticenin ağırlaşmasıyla, haksızlığın yoğunluğu da artmaktadır. Bu itibarla netice sebebiyle ağırlaşan suçları haksızlık bakımından ağırlaşmış suçlar (das unrechtssqualifizierte Delikt) şeklinde ifade etmek mümkündür²².

²⁰ Mayer, s. 126.

²¹ Zielinski, s. 152 vd.; 168 vd.; 185 vd.

²² Zielinski, s. 191-192; 217.

İhmali suçlarda da neticenin ifade ettiği değersizlik haksızlık için temel oluşturmaz. İhmali suçlarda belirli bir davranışın yapılması emredilmekte ve emir biçimindeki bu normla hukuki menfaat korunmaktadır; fail, belirli bir davranışta bulunma hukuki yükümlülüğü altındadır. Netice ister gerçekleşsin ister gerçekleşmesin, failin belirli bir davranışta bulunmak hukuki yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile haksızlık oluşmaktadır. Buna karşılık, suç konusu bakımından ortaya çıkan zarar veya tehlike neticesi ise son derece önemlidir. Zira failin belirli bir davranışta bulunma hukuki yükümlülüğünü ihlal ettiği, neticenin suç konusu bakımından zarar veya tehlike biçiminde ortaya çıkması ile dış alemde tezahür etmektedir. Netice, bu yönüyle, haksızlığın ve bu bağlamda fiilin bir unsuru olmakla beraber haksızlık teşkil eden fiilin varlığına işaret etme (Indizfunktion) ve haksızlık teşkil eden fiilin toplum tarafından idrak edilmesini sağlama fonksiyonuna (Vermittlungsfunktion) sahiptir²³.

Neticenin haksızlığın unsuru olmadığına diğer bir kanıtı ise, teşebbüs hükümleridir. Failin suçun icra hareketlerini tamamlaması, fakat tipik neticenin gerçekleşmemesi halinde haksızlık tektir. Suçun yasal tanımında yer verilen netice gerçekleşmese bile, failin hareketi normun ihlali niteliğini taşımakta ve başlı başına haksızlık teşkil etmektedir. Fail, suçun icra hareketlerine başlamakla norm ile korunan hukuki menfaati tanımadığı yönündeki iradesini ortaya koymuş; faildeki suç işleme iradesi tezahür etmiştir. Suçun yasal tanımında yer verilen neticenin gerçekleşmesi ise, mevcut haksızlığın yoğunluğunu (Unrechtsintensivierung) arttırmaktadır. Teşebbüse ilişkin hükümle, tamamlanmış suçun cezasından indirim yapılacağı öngörülmektedir (TCK m. 35, m. 61, f. 5). Bunun temel nedeni ise, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda neticenin gerçekleşmemesi nedeniyle haksızlığın yoğunluğunun tamamlanmış suça nazaran daha az olmasıdır²⁴.

Benzer şekilde suça iştirakte, iştirak statülerinin belirlenmesinde, yani fail-şerik ayırımında fiil üzerinde kurulan hakimiyet ölçü olup²⁵;

²³ Zielinski, s. 195-196, 211-212.

²⁴ Zielinski, s. 136, 201, 216; Aksi görüşte bkz. Stratenwerth, in: FS-Schaffstein, s. 186-187.

²⁵ Ayrıntı için bkz. Özgenç, s. 441 vd.

suça iştirak ve dolaylı failliğin sınırları ancak fiil vasıtasıyla açıklanabilir²⁶. Neticenin, iştirak statülerinin belirlenmesinde bir etkisi yoktur.

Haksızlığın sadece fiil üzerine temellendiğinin ve neticenin haksızlığın unsuru olmadığına bir diğer kanıtı da hukuka uygunluk nedenleridir. Sözelimi failin meşru savunma koşulları dahilinde bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmediği gerekçesi ile suçun oluşmadığı sonucuna varılmaktadır. Halbuki burada, gerçekleşen neticenin meşru görülmesi diye bir şey sözkonusu değildir. Burada meşru görülen şey, içinde bulunduğu koşullar itibarı ile fail tarafından gerçekleştirilen fiildir. Ölüm yahut yaralama neticesini ortaya çıkaran fiil, failin içinde bulunduğu koşullar dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmekte ve meşru olduğu sonucuna varılmakta; fail sözkonusu fiili gerçekleştirmek bakımından haklı görülmektedir²⁷.

Yapılan açıklamalara göre, sonuç olarak, neticenin fiilin bir alt unsuru olmadığı; fiilin sadece hareket şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. 5237 sayılı TCK sisteminde, Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir²⁸.

Fiil kavramı ortaya konulduktan sonra, ortaya çıkan bir başka sorun, fiil tekliği-fiil çokluğu ayırımının hangi kriterlere göre yapılaca-

²⁶ **Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 16 I kn. 11.

²⁷ **Zielinski**, s. 218 vd.

²⁸ **Yargıtay CGK, 6.7.2010, E. 2010/8-51, K. 2010/162** "Ayrıca, sanık Seyithan'ın *hukuki anlamda tek sayılan "birden fazla ateş etme" eylemi sonucunda, birden çok kişinin "olası kastla" yaralanmış olması nedeniyle, 5237 sayılı TCY.nun 43/2. maddesindeki "aynı nev'iden fikri içtima" hükümlerinin uygulanması gerektiği de ileri sürülebilirse de*, 43. maddenin 3. fıkrası uyarınca "kasten yaralama" suçları açısından "aynı nev'iden fikri içtima" hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmadığından, bu açık yasal düzenleme uyarınca gerçek içtima kuralları uyarınca olası kastla yaralanan her bir mağdur yönünden ayrıca hüküm verilmesi gerekmektedir."

Sözkonusu kararda, şayet netice fiilin bir unsuru olarak ele alınmış olsa idi, ortaya çıkan yaralama neticesi kadar fiil bulunduğu kabul edilir ve doğrudan doğruya gerçek içtima kuralı uygulanır idi. Halbuki Yargıtay, fiil sayısının belirlenmesinde sadece hareketi esas almış ve yapılan atışları hukuki anlamda fiil tekliği kapsamında değerlendirmek suretiyle, gerçek içtima kuralını aynı nev'iden fikri içtimanın istisnası (TCK m. 43/3) olarak uygulamıştır.

ğdır. İçtima öğretisinde fiil sayısı belirlenirken, failin gerçekleştirmiş olduğu hareketler hukuki bakış açısıyla değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Failin suç yolunda gerçekleştirmiş olduğu hareketler, çoğu zaman tek bir vücut hareketinden oluşmayıp; fail, birden fazla iradi davranışta bulunur. Doğal anlamda birden fazla hareket, ilgili norm karşısında hukuki bakış açısıyla yapılan değerlendirmede bir bütün oluşturmakta ise, hukuki anlamda fiil teklighinden söz edilir²⁹. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir³⁰.

§ 2. Suçların İçtimaı Türleri

5237 sayılı TCK'da suçların içtimaı başlığı altında bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43) ve fikri içtima (m. 44) düzenlenmiştir.

Bileşik suç, esas itibarı ile tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi şeklindeki görünüşte içtimanın bir türüdür³¹. İhlal edilen normlar arasındaki yapısal ilişkinin önem kazandığı görünüşte içtimada, ihlal edilen normların çokluğu sadece görünüşte olup; gerçekte tek bir norm ihlal edilmektedir. Dolayısıyla failin gerçekleştirdiği birden fazla hareket, gerçekte ihlal edilen norm karşısında hukuken değerlendirmeye tabi tutulmaktadır; ihlali görünüşte olan norm ise yapılacak olan değerlendirmede kriter olarak kullanılamaz. Görünüşte içtimanın bir başka özelliği de, fiil teklighi esasına dayanmasıdır. Bileşik suç tanımında yer alan fiiller, norm karşısında ortak bir hukuki de-

²⁹ Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Beck'sche kurz Kommentare, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, Vor § 52 kn. 2; Lackner/Kühl, in: StGB Vor § 52 kn. 9; v. Heintschel-Heinegg, in: MK-StGB § 52 kn. 22; Otter, s. 187; Koca, s. 203.

³⁰ Yargıtay CGK, 6.7.2010, E. 2010/8-51, K. 2010/162 ""Tek fiil" veya "bir fiil" den ne anlaşılması gerektiğine gelince, doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin teklighi 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 teklighi, doğal anlamda değil hukuksal anlamda teklighi 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.*

³¹ İçel, s. 204 vd.

ğerlendirmeye tabi tutulmak suretiyle hukuki anlamda tek bir fiil bulunduğu kabul edilir. Nitekim TCK'nın 42. maddesinde, bileşik suçun "tek fiil sayılan suç" olduğu belirtilmiştir. Belirtilen nedenle, bileşik suç suçların içtimasının bir şekli olarak nitelendirmek mümkün olmayıp; suçların içtimaı bölümünde bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç yoktur.

Türk ceza hukukunda suçların içtimaı, zincirleme suç ve fikri içtima ile sınırlıdır.

I. Zincirleme Suç

TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında zincirleme suç "bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi" şeklinde tanımlanmıştır. Zincirleme suçun sözkonusu olabilmesi için, birden fazla fiil bulunması ve fiillerden her birinin aynı suçu oluşturması gerekir. Zincirleme suç halinde, birden fazla fiil ve birden fazla suç mevcuttur³². Ayrıca, suçların mağdurunun aynı kişi olması gerekir; suçun mağdurunun farklı kişiler olması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanamaz³³. Bu husus, 43. madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir^{34,35}.

³² Bir görüşe göre ise, zincirleme suçta tek bir suç bulunup, suç çokluğu bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira birden fazla hareket aynı hukuki menfaatin ihlaline yöneliktir (**Hahne, Friedrich**, Die Lehre von der Einheit und Mehrheit der Verbrechen unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und österreichischen Rechts sowie der Strafgesetzentwürfe dieser Länder von 1909 bis 1927, Tübingen, Univ., Diss., 1929, s. 93).

³³ **Özgenç**, s. 501 vd.

³⁴ 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunla maddenin 1. fıkrasına eklenen son cümleye ilişkin gerekçe şu şekildedir: "... Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur. Zincirleme suçtan söz edebilmek için, aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağdurunun aynı kişi olması gerekir. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz." (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 901, s. 2)

³⁵ Buna karşılık, 765 sayılı TCK sisteminde farklı kişilere karşı işlenen suçlar bakımından da zincirleme suç kabul edilmekte idi (765 sayılı TCK m. 80) (Ayrıntı için bkz. **Yalçın Sancar, Türkan**, Müteselsil Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 106 vd.). Nitekim 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay içtihatları da, farklı kişilere karşı işlenen suçlar bakımından zincirleme suç düzenleyen TCK'nın 80. maddesinin uygulanması yönünde olmuştur.

TCK'nın 43. madde düzenlemesine göre, zincirleme suç halinde birden çok fiil ve birden çok suç bulunmakta; fakat faile bu suçlardan dolayı yalnızca tek ceza verilmektedir. Bu itibarla, Türk hukuku bakımından zincirleme suç halinde hareketlerin hukuki birlik oluşturduğu ve tek suçun bulunduğu söylenemez^{36,37}. Zincirleme suçun tipik

Yargıtay CGK, 15.2.2005, E. 2005/11-12, K. 2005/12, "Bu hususta Ceza Genel Kurulunun 18.11.1985 gün ve 220-585 sayılı kararı da önemli bir emsal oluşturmaktadır. Anılan kararda, suç işleme kararında birlik bulunması halinde suçtan zarar görenin birden fazla olmasının, eylemlerdeki bağlantıyı ve teselsülü etkilemeyeceği, müteselsil suçu ancak kararın yenilenmiş olmasının ortadan kaldıracığı belirtilmiş, böylece dolandırıcılık suçunda mağdur sayısının fazlalığının teselsüle mutlak engel bir hal olmadığı kabul edilmiştir.

Açıklanan bilimsel görüşler ve yargısal kararlar ışığında somut olayı değerlendirecek olursak; Özel bir öğrenci yurdunda aşçı olan sanık yurttaki diğer öğrencilerden birkaçına ucuz cep telefonu ve bilgisayar malzemesi satıp güvenlerini kazanmış, olayın duyulup yayılmasından sonra bu kez yurttaki diğer öğrencilere, yurtdışında cep telefonu ve bilgisayar malzemesi vurgunu yaptıklarından, bunları satmak istediklerinden söz ederek birkaç numune gösterip, marka ve model siparişlerini not ettiği mağdurlara malı daha sonra teslim edeceği vaadinde bulunarak, bir kısmından kaparo bazılarında da sipariş bedelini aldıktan sonra topladığı paralarla ortadan kaybolmuştur.

Sanığın somut olayda, önceden yaptığı plan ve genel niyet doğrultusunda hareket ettiği anlaşılmaktadır. Tümü aynı ortamda yaşayan mağdurlarla ayrı yer ve zamanlarda görüşerek hile ve desiseye başvurduğu kanıtlanamadığı gibi, yaklaşık bir haftalık bir süreç içinde gerçekleştiği saptanan olayın gelişim seyri itibarıyla, sanığın suç işleme kararının yenilendiğini gösteren bir durum da söz konusu değildir.

O halde, yurdun aşçısı olan sanığın bir suç işleme kararı çerçevesinde, aynı yurttaki kalan mağdurları ucuz cep telefonu ve bilgisayar malzemesi getireceğinden bahisle toplu biçimde kandırarak haksız çıkar sağlamak şeklindeki eyleminin, müteselsilen dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilmeli, mağdur sayısının çokluğu ise TCY'nın 29. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken aşağı haddenden uzaklaşmayı gerektiren bir neden olarak dikkate alınmalıdır. Bu itibarla, sanığın her bir mağdura yönelik eyleminin gerçek ictima kurallarının uygulanmasını gerektiren ayrı dolandırıcılık suçlarını oluşturduğuna ilişkin Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir."

Yargıtay CGK, 2.3.1987, 6-341/84, "Öğretmenler odasında ayrı kişilere ait iki çantadan para çalan sanığın eylemi müteselsil şeklinde hırsızlık suçunu oluşturur." (Yaşar, s. 258)

³⁶ **Centel/Zafer/Çakmut,** s. 487; **Demirbaş,** s. 474; **Toroslu,** s. 313 vd.; **İçel/Evik,** s. 300; **Hakeri,** s. 346 vd.; **Koca,** s. 207; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan,** Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 407; **Özbek, Veli Özer,** TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, C. 1, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 512.

fiil tekliği kapsamında değerlendirilmesi ise doğru olmaz. Zira gerçekleştirilen hareketleri ortak hukuki değerlendirmeye tabi tutan bir norm bulunmamaktadır. Suçun yasal tanımı esas alındığında ortada birden fazla fiil ve birden fazla suç vardır³⁸.

II. Fikri İçtima

Fikri içtima, tek fiilde birden fazla suçun birleşmesi; tek ve aynı fiil ile aynı suçun birden fazla yahut birden fazla farklı suçun işlenmesidir³⁹. Suçların aynı olması halinde, aynı nev'iden fikri içtima; farklı olması halinde ise, farklı nev'iden fikri içtima sözkonusudur⁴⁰.

³⁷ Nitekim, 43. maddenin gerekçesinde de zincirleme suçta, suç çokluğunun sözkonusu olduğu açıkça belirtilmiştir. 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunla, 43. maddenin 1. fıkrasına eklenen son cümleye ilişkin gerekçe şu şekildedir: "Zincirleme suç hâlinde, aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur..." (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 901, s. 2)

³⁸ **Warda**, JuS 1964/3, s. 85.

³⁹ **Schönke/Schröder**, in: StGB § 52 kn. 6; **Bockelmann/Volk**, AT § 34, s. 259.

⁴⁰ **Mezger**, AT, s. 262; **Jescheck/Weigend**, AT, s. 718; **Baumann/Weber/Mitsch**, AT § 36 kn. 25; **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II § 55 III kn. 56 vd.; **Schönke/Schröder**, in: StGB § 52 kn. 22; **Roxin, Claus**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München, 2003, § 33 kn. 2; **Lackner/Kühl**, in: StGB § 52 kn. 2; **Kühl, Kristian**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2005, § 21 kn. 43; **Rissing-van Saan**, in: LK-StGB § 52 kn. 1, 35; **Tröndle/Fischer**, in: StGB § 52 kn. 1; **Wessels/Beulke**, AT kn. 776; **Bringewat, Peter**, Die Bildung der Gesamtstrafe, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, kn. 55; **Riklin, Franz**, Schweizerisches Strafrecht I, Verbrechenslehre, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 2007, § 22, kn. 4; **Brähler, Volker**, Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und -ordnungswidrigkeiten, Dunckner & Humblot, Berlin, 2000, s. 29; **Geppert**, Jura 1982/7, s. 368; **Geppert, Klaus**, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB) Zweiter und letzter Teil: Ideal-, Real- und Gesetzeskonkurrenz", Jura 2000/12, s. 651; **Warda**, JuS 1964/3, s. 85-86; **Koca**, s. 199; **Demirbaş**, s. 482; Sözkonusu ayırım sadece fikri içtima bakımından değil aynı nev'iden gerçek içtima (gleichartige Realkonkurrenz)-farklı nev'iden gerçek içtima (ungleichartige Realkonkurrenz) şeklinde gerçek içtima bakımından da yapılmaktadır. Birden fazla fiille aynı suç tipinin birden fazla defa ihlali halinde aynı nev'iden gerçek iç-

Bu ayırım, 5237 sayılı TCK bakımından Yargıtay tarafından da yapılmaktadır⁴¹.

TCK'nın "fikri içtima" başlığını taşıyan 44. maddesindeki düzenleme şu şekildedir: "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır." TCK'nın 44. maddesindeki sözkonusu düzenleme, farklı nev'iden fikri içtima ilişkindedir. Fikri içtimanın bir diğer şekli olan aynı nev'iden fikri içtima ise, TCK'nın "zincirleme suç" başlıklı 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK sisteminde ise, hedefte sapma ile ilgili bir düzenleme bulunmayıp; aynı nev'iden veya farklı nev'iden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir^{42,43}. Nitekim, TCK'nın 44. maddesi-

tima, farklı suç tiplerinin ihlali halinde farklı nev'iden gerçek içtima vardır (Geppert, Klaus, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)(Schluss)", Jura 1982/8, s. 419; Jura 2000/12, s. 653; Jescheck, ZStW 1955/67, s. 529).

⁴¹ Yargıtay CGK, 6.7.2010, E. 2010/8-51, K. 2010/162 "765 sayılı TCY.nda, aynı nev'iden fikri içtima ile farklı nev'iden fikri içtima tek madde halinde ve Yasa'nın 79. maddesinde düzenlenmiş iken, 5237 sayılı TCY.nda bu iki hal birbirinden ayrılarak, aynı nev'iden fikri içtima, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 2. fıkrasında, farklı nev'iden fikri içtima ise Yasa'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir."

Yargıtay CGK, 8.7.2008, E. 2008/1-99, K. 2008/185, "TBMM Adalet Komisyonunun TCY tasarısına ilişkin 03.08.2004 gün ve 1/593-60 sayılı raporunda 5237 sayılı TCY'nun içtima bakımından benimsediği kuralın gerçek içtima kuralı olduğu "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak yeni Yasada gerçek içtima kuralının istisnalarına da yer verilmiştir: Bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m.43/1), aynı neviden fikri içtima (m. 43/2-3) ve farklı neviden fikri içtima (m. 44)"

⁴² Özgenç, s. 525.

⁴³ Fakat 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın, 52. maddenin varlığına rağmen tek neticeli hedefte sapma halinde sorunu fikri içtima ilişkine ilişkin 79. madde çerçevesinde çözen kararları da mevcuttur.

Yargıtay 1. CD, 14.4.2003, E. 2002/3338, K. 2003/597, "1-Kavgı sırasında ayırıcı ko- numda bulunan maktulün, mağdur Ahmet'in yanında ve yakınında bulunduğunu gören ve Ahmet'e yapılacak atışta maktulün de yaralanıp ölebileceğini öngörebilecek durumda bulunan sanık Halit'in buna rağmen onu sakınmadan yaptığı atışla maktulün vurulup ölmesinde iradi hareketinin beklenebilir sonucundan sorumlu tutularak ve maktulden kaynaklanan bir haksız davranış bulunmadığı gözönüne alınarak TCK.nun 79, 448, 59. maddeleri ile tecziyesi gerekirken, aynı Kanununun 52. ve 51/1. maddeleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, ..." (YKD, C. 29, 2003/9, s. 1438)

nin gerekçesinde hedefte sapma ile ilgili olarak fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği açıkça belirtilmiştir⁴⁴. Yargıtay uygulaması da, hedefte sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanması şeklindedir⁴⁵.

1. Fiilin Ayniyeti Sorunu

Kanaatimizce, fikri içtimada fiilin ayniyetini belirlemede, icra hareketinin tam ayniyeti esas alınmalı; gerçekleştirilen tüm icra hareketleri sebebiyet verilen tüm suç tipleri bakımından ortak olmalıdır. İcra hareketlerinin kesişmesi, kısmi ayniyet fikri içtima için yeterli değildir⁴⁶. Yargıtay'ın bazı içtihatlarında icra hareketlerinin tam ayniyeti esas alınmıştır⁴⁷.

⁴⁴ TCK'nın 44. maddesinin hedefte sapma ile ilgili gerekçesi şu şekildedir: "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 silahtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle seker 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." (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 452)

⁴⁵ **Yargıtay CGK, 8.7.2008, E. 2008/1-99, K. 2008/185**, "765 sayılı TCY'nın 52. maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmediğine göre sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nda hangi suçu ya da suçları oluşturduğu sorununun içtima kuralları çerçevesinde çözülmesi gerekecektir."

⁴⁶ Aynı yönde bkz. **İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Fusun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener**, Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 423; **İçel/Evik**, s. 293.

⁴⁷ **Yargıtay CGK, 25.4.1988, E. 1988/313, K. 1988/166**, "Suçların birinin teşekkül edebilmesi için temadi edenlerin dışında da bazı hareketlerin yapılmasına ihtiyaç varsa, icra hareketlerinin her iki suç için ortak olduğu kabul edilemez."

Aynı yönde bkz. **Yargıtay CGK, 22.2.1988, E. 1987/9-526, K. 1988/57**

Kısmi ayniyet halinde, gerçekte ortada iki ayrı fiil bulunup; fiil kapsamında yer alan bir kısım hareketler ortak nitelik arz etmekte, örtüşmektedir. Ancak bu durum, kısmi ayniyete binaen fiil teklifi gerekçesi ile fikri içtimala ilişkin hükümlerin uygulanmasını sonuçlayacak biçimde yorumlanmamalıdır. Örneğin sahte özel belge tanzim edilerek yahut özel bir belgede tahrifat yapılarak, daha sonra bu belgenin dolandırıcılık suçunun işlenmesinde kullanılması halinde, özel belgede sahtecilik (TCK m. 207) ve dolandırıcılık (TCK m. 157) suçuna ilişkin icra hareketleri “hileli davranış” ve “kullanma” bakımından kısmen örtüşmektedir. Ancak, olay kapsamında gerçekleştirilen tüm davranışlar her iki suça ilişkin norm karşısında ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulduğunda, tek başına dolandırıcılık veya özel belgede sahtecilik kapsamına girmemektedir. Her ne kadar bazı davranışlar her iki suça ilişkin fiil bağlamında değerlendirilse de, olay kapsamında gerçekleştirilen tüm davranışlar için aynı şey söylenemez. Bu nedenle, ceza muhakemesine konu aynı olay kapsamında iki ayrı suça sebebiyet veren iki ayrı fiil vardır ve gerçek içtimal kuralının uygulanması gerekir⁴⁸. TCK'nın 212. maddesinde özel içtimala hükmüne yer verilmek suretiyle bu husus açık bir biçimde düzenlenmiştir: “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”

Ancak önemle belirtilmesi gerekir ki, icra hareketlerinin kısmen örtüşmesi halinde, her ne kadar birden fazla fiil bulunsa ve gerçek içtimal kuralının uygulanması gerekir ise de, bu husus faile verilecek cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Zira örtüşen davranışlar, aynı anda her iki suça ilişkin fiilin haksızlık muhtevası üzerinde etkili olup, cezanın belirlenmesinde birden fazla defa değerlendirilmemelidir. Aksi, çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamını taşır.

Yine, parantez etkisi (Klammerwirkung) ile üçüncü suç tipine ilişkin icra hareketlerinin, icra hareketleri tamamen farklı olan iki suç tipinin icra hareketleri ile ayrı ayrı örtüştüğü, bu nedenle de arada

⁴⁸ Aksi görüş için bkz. **Koca/Üzülmüş**, s. 419, Yazarlar'a göre sözkonusu halde icra hareketlerinin kısmi ayniyeti dolayısıyla tek bir fiil bulunup, fikri içtimal hükümlerinin uygulanması gerekirse de, TCK'nın 212. maddesinde özel içtimala hükmüne yer verilmek suretiyle fikri içtimal kabul edilmemiştir.

kalan üçüncü suç tipi (Zwischenstraftat) dolayısıyla fiil tekliği bulunduğu ileri sürülerek fikri içtima hükümleri uygulanmamalıdır. Fikri içtima hükümlerini uygulayabilmek için, sebebiyet verilen tüm suç tiplerine ilişkin icra hareketleri tam ayniyet göstermeli; gerçekleştirilen davranışlar aynı anda tüm suç tiplerine ilişkin normlar karşısında ayrı ayrı değerlendirilebilir nitelik taşınmalıdır. Böyle bir ihtimalde, birden fazla fiil bulunup, gerçek içtima kuralı uygulanmalı; ancak ortak nitelik arz eden örtüşen davranışlar cezanın belirlenmesinde birden fazla değerlendirmeye tabi tutulmamalı, faile verilecek ceza buna göre belirlenmelidir. Zira örtüşen davranışlar, aynı anda birden fazla fiilin haksızlık muhtevası üzerinde ayrı ayrı etki göstermektedir.

Fikri içtima hükümlerinin uygulanmasında fiilin tam ayniyetinden vazgeçilmek suretiyle haksızlık ilişkisinin (Unrechtsverwandschaftslehre)⁴⁹ esas alınması da kanaatimizce uygun değildir. Çünkü haksızlık ilişkisi, her somut olayda sebebiyet verilen suçlar ile korunan hukuki menfaate göre değişkenlik arz etmekte olup; her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını gerekli kılar. Diğer taraftan, suçlar arasındaki haksızlık ilişkisinin neye göre be-

⁴⁹ Alman doktrininde Puppe tarafından geliştirilen haksızlık ilişkisi teorisi (Unrechtsverwandschaftslehre), fikri içtima bakımından icra hareketlerinin tam veya kısmi ayniyetini değil; tek fiille gerçekleştirilen suç tipleri arasındaki haksızlık ilişkisini esas almaktadır. Tek fiille gerçekleştirilen suçların haksızlık benzerlikleri, fikri içtima bakımından belirleyici ölçü olup; icra hareketlerinin tam veya kısmi ayniyetinin tespit edilmesine gerek yoktur. Kaldı ki, icra hareketleri arasında tam veya kısmi ayniyet sözkonusu olsa dahi, suç tipleri arasında haksızlık yönünden benzerlik, haksızlık ilişkisi bulunmadıkça fikri içtimadan söz edilemez. Örneğin tek bir taşın atılması suretiyle bir camın kırılması ve bir kimsenin yaralanması halinde mala zarar verme ve taksirle yahut olası kastla yaralama suçu arasında herhangi bir haksızlık ilişkisinden söz edilemeyeceği için fikri içtima hükümleri uygulanamaz. Puppe'ye göre, çifte değerlendirme yasağı aynı fiilin iki defa değerlendirilmeye tabi tutulmasını değil; gerçekleştirilen haksızlığın birden fazla defa değerlendirilmeye tabi tutulmasını yasaklar (**Puppe, Ingeborg**, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhaeltnis von Tatbestand u. Handlung, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, s. 125 vd.; 185 vd.). Haksızlık ilişkisi fikri içtima bakımından belirleyici olduğunda, asıl norm-yardımcı norm ile tüketen norm-tüketilen norm ilişkisinin görünüşte içtimaın bir türü olarak değil, fikri içtima kapsamında ele alınması gerekir. Zira burada da esas itibarı ile normlar arasında haksızlık ilişkisi bulunmaktadır (**Puppe, Ingeborg**, "Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz", GA 1982, s. 161).

lirleneceği konusunda objektif bir kriter geliştirmek de mümkün olmayıp; benzer olaylarda farklı sonuçlara ulaşılması tehlikesi vardır⁵⁰.

Sonuç olarak, fikri içtima hükümlerinin uygulanmasında icra hareketlerinin sebebiyet verilen tüm suç tipleri bakımından tam ayniyet göstermesi gerektiği kanaatindeyiz. İcra hareketlerinin kısmi ayniyeti yahut suç tipleri arasındaki haksızlık ilişkisi fikri içtima hükümlerinin uygulanmasında ölçü olamaz.

2. Fikri İçtimaın Türleri

a. Farklı Nev'iden Fikri İçtima

Bir fiil birden fazla "farklı suç"un oluşmasına sebebiyet veriyorsa farklı nev'iden fikri içtimadan⁵¹ söz edilir⁵². Farklı nev'iden fikri içtima-

⁵⁰ Eleştiriler için bkz. **Jescheck/Weigend**, AT, s. 709, Fn. 5; **Roxin**, AT II § 33 kn. 78; **Samson/Günther**, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band. I, Allgemeiner Teil (§§1-79b), 6. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied-Kriftel-Berlin, 1995, Vor § 52 kn. 20; **v. Heintschel-Heinegg**, in: MK-StGB § 52 kn. 83; **Abels, Peter**, Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz, N.G. Elwert Verlag, Marburg, 1991, s. 12 vd.; **Altenhain, Karsten**, "Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz", ZStW 1995/107, s. 382.

⁵¹ Heterogene = objective = ungleichartige = mehraktige = verschiedenartige Idealkonkurrenz/concursus delictorum formalis seu simultaneus heterogeneus

⁵² **Jescheck/Weigend**, AT, s. 719; **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II § 55 III kn. 60 vd.; **Tröndle/Fischer**, in: StGB Vor § 52 kn. 22; **Kindhäuser, Urs**, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Auflage, NomosVerlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, Vor § 52 kn. 1; **Joecks, Wolfgang**, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, § 52 kn. 1; **Freund, Georg**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1998, § 11 kn. 50; **Heinrich**, AT II kn. 1393; **Ebert, Udo**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, s. 227; **Gerke, Jürgen**, Strafrecht, 2. umfassende neubearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Köln, 1998, s. 127; **Mürbe, Manfred**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Verlag Franz Vahlen, München, 1989, s. 161; **Rehberg, Jörg**, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1993, § 34, s. 220; **Triffterer, Otto**, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer-Verlag, Wien, 1994, s. 445; **Maiwald, Manfred**, Die natürliche Handlungseinheit, Carl Winter Universitaetsverlag, Heidelberg, 1964, s. 93 vd.; **Werle, Gerhard**, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, s. 37; **Ziegler**, s. 13; **Brähler**, s. 30; **Geppert**, Jura 1982/7, s. 368; **Warda**, JuS 1964/3, s. 85; **Sowada, Christoph**, "Probleme der natürliche Handlungseinheit", Jura 1995/5, s. 252; **Demirbaş**, s. 483; **Koca/Üzülmez**, s. 420.

ın düzenlendiği 44. madde gerekçesinde belirtildiği üzere, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin dışında kalan suçlar farklı suçlardır⁵³. Sözelimi bir kimsenin otomobiline spreyci boyayla tahkir edici sözler yazılması (TCK m. 125 ve m. 151) halinde tek fiil ile iki farklı suç tipi gerçekleştirilmektedir⁵⁴.

Farklı neviden fikri içtima ilişkisi hükümün uygulanmasında dikkat edilmesi gereken en önemli husus, somut olayda tek ve aynı fiil ile gerçekleştirilen farklı suç tipleri arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunmamasıdır. Öncelikli olarak suç tipleri arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespiti gerekli olup; görünüşte içtima ilişkisinin bulunması, fikri içtima ilişkisi hükümün uygulanmasına engel teşkil eder (Sperrwirkung)⁵⁵.

Farklı neviden fikri içtimada, fail sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulmaktadır (erime sistemi "Absorptionsprinzip"). Aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima halinde faile tek bir ceza verilecek ise de, aynı neviden fikri içtimada cezada bir artırımı oranı öngörülürken farklı neviden fikri içtimada bir artırımı oranı öngörülmemesi çelişki arz etmektedir. Farklı neviden fikri içtimada failin sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulması, fakat cezanın belirlenmesinde ihlallerin çokluğunun dikkate alınmaması, haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesinin (Ausschöpfungsgebot⁵⁶) ihlali niteliğini taşır⁵⁷. Özellikle zarar veya tehlike şeklinde ortaya çıkan ve farklı

⁵³ **Yargıtay CGK, 8.7.2008, E. 2008/1-99, K. 2008/185**, "Farklı neviden fikri içtima ise 5237 sayılı Yasanın 44. maddesinde; "(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" biçiminde düzenlenmiştir. Bu kuralın uygulanabilmesi için işlenen bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerekir. Burada suçun temel ve nitelikli şekilleri de "farklı suç" değil aynı suç olarak değerlendirilmelidir."

⁵⁴ **Demirbaş**, s. 483.

⁵⁵ **Schönke/Schröder**, in: StGB Vorbem §§ 52 kn. 103; **Puppe**, Idealkonkurrenz, s. 313-314; **Schmitt**, ZStW 1963/75, s. 48.

⁵⁶ Kusur dışında cezanın belirlenmesinde etkili olan bir diğer husus, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevasıdır. Haksızlık muhtevasının tüketilmesi, belirlenen cezanın fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevasını bütünü ile karşılaması düşüncesine dayanır (**v. Heintschel-Heinegg**, in: MK-StGB Vor §§ 52 ff. kn. 17.)

⁵⁷ **Puppe**, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band. 1, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2005, Vor § 52 kn. 7.

suçlara ilişkin normlar karşısında tipiklik gösteren netice, fiilin haksızlık muhtevası üzerinde etkili olup; bu hususun ceza belirlenirken dikate alınması gerekir. Bu nedenle, işlenen suçlardan en ağırına göre verilecek cezanın belirli bir oranda artırılması hususunda hakime takdir yetkisi tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Şu andaki düzenleniş şekli itibariyle, en ağır cezayı gerektiren hükme göre ceza belirlenirken, işlenen suçların sayısı göz önünde bulundurularak en ağır cezanın yukarı sınırına doğru çıkılmalıdır.

b. Aynı Nev'iden Fikri İçtima

Tek fiil ile aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlendiği hallerde aynı nev'iden fikri içtima⁵⁸ sözkonusudur^{59, 60}. Örneğin, tek sözle bir-

⁵⁸ Homogene = subjektive = gleichartige = einartige Idealkonkurrenz/concursus delictorum formalis seu simultaneus homogeneus

⁵⁹ **Jescheck/Weigend**, AT, s. 720; **Maurach/Gössel/Zipf**, AT II § 55 III kn. 56 vd.; **Schönke/Schröder**, in: StGB § 52 kn. 24; **Tröndle/Fischer**, in: StGB Vor § 52 kn. 23; **Kindhäuser**, in LPK-StGB Vor § 52 kn. 1; **Joecks**, in: StGB § 52 kn. 1; **Freund**, AT § 11 kn. 50; **Heinrich**, AT II kn. 1392; **Ebert**, AT, s. 227; **Gerke**, s. 127; **Mürbe**, s. 161; **Rehberg**, Strafrecht I § 34, s. 220; **Triffterer**, AT, s. 445; **Steininger, Herbert/Leukauf, Otto**, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, Verlag Prugg, Eisenstadt, 1992, § 28 kn. 3; **Donatsch, Andreas/Tag, Brigitte**, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 8. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 2006, s. 400; **Simons, Johann Wilhelm**, Das Strafurteil in den Fällen der Konkurrenz, Greifswald, Univ., Diss., 1919, s. 20; **Löwenstein, Alfred**, Die Verbrechenkonkurrenz nach dem Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Konkurrenz zwischen Münzfälschung einerseits, Betrug und Urkundenfälschung andererseits/von Alfred Löwenstein, Tübingen, 1883, s. 24; **Werle**, s. 38; **Jacobs**, s. 31 vd.; **Brähler**, s. 31; **Ziegler**, s. 13; **Geppert**, Jura 1982/7, s. 368; **Warda**, JuS 1964/3, s. 86; **Sowada**, Jura 1995/5, s. 252; **Demirbaş**, s. 482; **Koca/Üzülmez**, s. 420.

⁶⁰ Bir görüş aynı nev'iden fikri içtimaı kabul etmemektedir. Zira bu halde tek bir fiil ve tek bir suç bulunup, ihlal edilen suç tipine ilişkin norm sadece bir kez uygulama alanına sahiptir. Tek fiil ve tek suç bulunduğu için burada suçların içtimandan ve bu bağlamda fikri içtimadan söz etmeye imkan yoktur.

Beling, Ernst von, Die Lehre vom Verbrechen, Verlag von J. C. B. Mohr, Tübingen, 1906, s. 324, 364-365, Yazar aynı nev'iden fikri içtimaı içtimanın bir türü olarak görmemektedir. Beling, aynı nev'iden fikri içtima ifadesinden özellikle kaçınılması ve bunun yerine "verstärkte Tatbestandsmäßigkeit/nicelikli tipe uygunluk" ifadesinin kullanılması gerektiğini ileri sürmüştür. Zira burada tipe uygunluğun niceliğinde bir artış vardır. Sözelimi failin tek bir yumrukla aynı anda X ve Y'ye vurması halinde burada tek bir fiil ve tek bir kasten yaralama suçu vardır; **Baumgarten, Arthur**, Die

den fazla kişiye hakaret edilmesi⁶¹ yahut birden fazla kişinin tehdit edilmesi⁶², tek fiille birden fazla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması⁶³, hallerinde aynı nev’iden fikri içtima vardır⁶⁴. Aynı nev’iden

Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Schletter’sche Buchhandlung, Breslau, 1909, Ideal und Gesetzeskonkurrenz, s. 85, Fn. 2; **Heinemann, Hugo**, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, Berlin, Verlag von Otto Liebmann, 1893, s. 80; **Höpfner, Wilhelm**, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Band: 2, Eine strafrechtliche Untersuchung, Der Grundsatz “quot crimina tot poenae” im deutschen Reichsrecht, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1908, s. 93.

Centel/Zafer/Çakmut, s. 482-483, Yazarlara göre, bir fiille aynı suç tipinin birden fazla defa ihlali halinde fikri içtima kabul etmek mümkün değildir. Bir fiille suçun hem temel hem de nitelikli şekli gerçekleştirildiğinde fikri içtima ilişkin hüküm uygulanamaz. Böyle bir durumda, genel norm-özel norm şeklindeki görünüşte içtima ilişkisi sözkonusu olup; sorun, özel normun önceliği ilkesine göre çözümlenmelidir.

İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 428; **İçel/Evik**, s. 297 “Bir eylemin kanunun aynı hükmünü birden fazla defa ihlal etmesi düşünülemeyeceği içindir ki, aynı hükmün ihlali halinde de fikri birleşme kuralını uygulayan bu görüş kanımızca kabul edilemez.”

Hakeri, s. 356, “Öncelikle belirtilmesi gereken konu, aynı fiille birkaç defa ihlal edilecek olan kanun hükmünün aynı kanun hükmü olması halinde fikri içtimaın söz konusu olmayacağıdır. ... Aslında aynı fiilin aynı anda kanunun aynı hükmünü birkaç defa ihlal etmesi mümkün değildir. Mesela bir kurşunla iki kişi öldürülecek olursa, adam öldürmeye ilişkin kanun hükmü iki defa ihlal edilmiş olur. Yani aynı kanun hükmü ihlal edilmiştir. Ne var ki, bu durumda fiilin tek olduğunu da söylememiz doğru olmaz, zira bu gibi hallerde dış alemdeki değişiklik, yani netice sayısınca fiil bulunduğundan, fikri içtima hali zaten düşünülemez.”

Toroslu, s. 315, 320, Toroslu’ya göre fikri içtima ile ilgili olarak aynı suçun birden çok kişiye karşı tek bir fiille aynı anda işlenmesi mümkün değildir. Nitekim Yazar aynı nev’iden fikri içtima kapsamına giren halleri zincirleme suç bağlamında ele almaktadır. Tek bir sözle birden fazla kişiye hakaret edilmesi örneğinde olduğu gibi, tek bir fiil ile aynı suç tipinin birden fazla defa ihlali halinde zincirleme suçtan söz edilir.

⁶¹ **Yargıtay 4. CD, 2.10.2007, E. 2007/8180, K. 2007/7585**, “... sanığın alkollü araç kullanması nedeniyle hakkında işlem yapmak isteyen yakınan polisler aynı anda sövmesi eylemi nedeniyle 43. maddenin uygulanması yerine ayrı ayrı cezalara hükümlenmesi Yasaya aykırıdır.”

⁶² **Yargıtay 4. CD, 9.10.2007, 6533-7949**, “Sanığın tehdit suçunu birden fazla kişiye karşı tek bir eylemle gerçekleştirmiş olması karşısında, 5237 Sayılı Yasanın 106/1. maddesi uyarınca belirlenecek cezanın aynı yasanın 43/2. maddesi ile artırılması ile yetinilmesi yerine 4 kez uygulanması suretiyle sanığa fazla ceza belirlenmesi,” (**Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 789-790)

⁶³ Aksi yönde bkz. **Yargıtay 5. CD, 15.8.2006, 6484-6738**, “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdur sayısınca tatbik edileceği gözetilmeden tek suç kabulü ile sanığın cezasında 5237 sayılı Yasanın 43. maddesi uyarınca artırım yapılması ... karşı temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.” (**Parlar/Hatipoğlu**, s. 798)

fikri içtimain varlığı halinde, faile tek bir ceza verilecek; ancak bu ceza TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen oranda (dörtte birinden dörtte üçüne kadar) artırılabacaktır (hukuki içtima sistemi "Asperationsprinzip"). Artırım oranının tespitinde, aynı suç tipinin kaç kez ihlal edilmiş olduğu ve ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığına göre fiilin haksızlık muhtevası da dikkate alınmalıdır.

765 sayılı TCK sisteminde, aynı nev'iden fikri içtimaa yer verilmediği gibi; doktrinde hakim görüş fiil sayısının neticeye göre belirlenmesi yönünde olduğu için aynı nev'iden fikri içtima kabul görmüştür. 5237 sayılı TCK sisteminde, aynı nev'iden fikri içtima, zincirleme suça ilişkin TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme biçimi, doktrinde, zincirleme suç bakımından birden fazla suça birden fazla fiil ve tek fiille sebebiyet verilmesi şeklinde ikili bir ayırım yapılması; bir başka ifadeyle aynı nev'iden fikri içtimain zincirleme suçun bir türü olarak algılanması, birbirinden farklı olan iki kurumun yapısal olarak birbirine karıştırılması sonucunu doğurmaktadır⁶⁵.

⁶⁴ Jescheck/Weigend, AT, s. 720; Rissing-van Saan, in: LK-StGB § 52 kn. 37; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 800; Özgenc, s. 518; Demirbaş, s. 482; Koca, s. 216.

⁶⁵ Bkz. İçel/Evik, s. 297, Yazarlar'a göre, bir fiilin kanunun aynı hükmünü birden fazla defa ihlal etmesi düşünülemez için aynı hükmün ihlali halinde fikri içtima kuralını uygulayan görüş kabul edilemez. Kanunun aynı hükmüne ilişkin ihlallerde zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması olanağı araştırılmalıdır. Şayet kanun bu konuda özel bir hüküm içermiyorsa ve failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında hareket ettiği anlaşılıyorsa zincirleme suça ilişkin hüküm uygulanabilir. Örneğin bir bomba ile birkaç kişinin öldürülmesinde zincirleme suç hükmü uygulanamaz (TCK m. 43, f. 3). Buna karşılık, tek bir sözle aynı anda birden fazla kişiye hakaret edilmesi halinde, sorumluluğun zincirleme suç esasına göre belirlenmesi olanaklıdır. Kaldı ki, TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası da bunu destekler niteliktedir. Farklı kişilere karşı tek ve aynı fiil ile işlenen suçlarda, bir başka ifade ile tek fiil ile aynı suç tipinin aynı anda birden fazla defa ihlali halinde, TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılmıştır. Buna göre, Yazarlar aynı nev'iden fikri içtimai reddetmekte; bu kapsamda değerlendirilebilecek hallerin diğer koşulların da varlığı halinde zincirleme suç kapsamında ele alınması gerektiğini savunmakta ve "zincirleme suç" başlığı altında düzenlenmesi nedeniyle TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasını bu görüşü desteklemek için kullanmaktadırlar.

Belirtilmelidir ki, maddenin 1. fıkrasında zincirleme suçun kabulü için aranan koşullar, 2. fıkradaki düzenlemenin zincirleme suç kapsamında değerlendirilmesine engeldir. Çünkü zincirleme suçta fiilin birden fazla olması, her bir fiilin aynı suçu oluşturması ve değişik zamanlarda aynı mağdura karşı işlenmesi gerekir. Özellikle, mağdurun aynı kişi olması gerektiği, mağdurun farklı kişiler olması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı 43. madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir⁶⁶. Buna karşılık, aynı nev’iden fikri içtimada fiil tek oldu-

Bkz. **Özbek**, s. 518-524, Yazar aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi ihtimalini öngören TCK’nun 43. maddesinin 2. fıkrası ile “yeni bir zincirleme suç hali” yaratıldığını söylemekte, aynı nev’iden fikri içtima kapsamına girebilecek halleri zincirleme suç olarak mütalaa etmektedir. Özbek, sadece “fikri içtima” ifadesini kullanarak aynı nev’iden-farklı nev’iden fikri içtima ayırımını yapmaktaki, fikri içtimanın sadece tek fiil ile farklı suç tiplerinin gerçekleştirilmesi durumunda sözkonusu olabileceğini belirtmektedir.

bkz. **Hakeri**, s. 230, 354, “B’den A’ya ve Z’ye yönelik iki ayrı kasten yaralama söz konusu olup, bu takdirde fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Ne var ki, olayda aynı suç tipi ihlal edildiği için fikri içtima hükümleri (TCK 44) uygulanmaz. Bu durumda, tek fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması düşünülebilir ise de, suç kasten yaralama olduğu için TCK 43/3 hükmü buna engeldir. Dolayısıyla her iki suç için ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir.”, “Keza bir tek hakaret edici mektupla, birkaç kişinin tahkiri halinde de aynı hüküm ihlal edildiği için fikri içtima hali düşünülemez ve normalde kaç kişi hakarete uğramışsa, o kadar suç işlenmiş olur. Ancak burada 43/2 gereğince tek suç işlenmiş olduğu kabul edilerek failin cezası artırılacaktır.” Ancak Yazar, diğer taraftan tek fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesinin, zincirleme suç ile ilgisi olmadığını belirtmekte (s. 353), zincirleme suçta tekrarlanan davranışların aynı kişiye yönelik olması koşulunu aramakta (s. 351) ve bu durum çelişki arz etmektedir.

Bkz. **Yıldız, Ali Kemal**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s. 129, Yazar’a göre TCK’nun 43 maddesinin 2. fıkrası zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun aynı kişi olması ve suçun değişik zamanlarda işlenmiş olması koşuluna istisna getirmiştir. Yıldız, failin aynı suç işleme kararının aranmadığını, tek fiil ile birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlenmiş olmasının zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için yeterli olduğunu belirtmektedir.

⁶⁶ 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunla maddenin 1. fıkrasına eklenen son cümleye ilişkin gerekçe şu şekildedir: “... Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur. Zincirleme suçtan söz edebilmek için, aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağdurunun aynı kişi olması gerekir. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.” (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 901, s. 2)

ğu gibi; suçların mağduru farklı kişilerdir. Aynı nev'iden fikri içtima ile zincirleme suç arasında yapısal bir benzerlik bulunmayıp, tek ortak yön cezaların artırılmasına ilişkin oranların aynı olmasından ibarettir⁶⁷. Yargıtay da, 43. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemenin aynı nev'iden fikri içtimaa ilişkin olduğu görüşündedir⁶⁸.

Bununla birlikte, aynı nev'iden fikri içtimanın "zincirleme suç" başlığı altında 43. maddede düzenlenmesi yerine, "fikri içtima" başlıklı 44. maddede farklı nev'iden fikri içtima ile birlikte düzenlenmesi sistematik bakımdan daha isabetli olur idi. Ayrıca, bu şekilde yapılacak bir düzenleme ile, cezanın belirlenmesinde ortak bir artırım oranı belirlenmek suretiyle farklı nev'iden fikri içtimada erime sisteminin benimsenmesindeki sakınca ortadan kaldırılabileceği gibi; ortak bir istisna hükmüne yer verilerek 43. maddenin 3. fıkrasının 44. madde bakımından uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki tartışmalara da son verilmiş olur idi.

3. Malvarlığına İlişkin Olmayan Bireysel Nitelikteki Hukuki Menfaatlerin İhlali ve İstisna Hükmü

Doğal anlamda birden fazla hareketle farklı kişilere karşı malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlali halinde, hukuki anlamda fiil teklifinden bahisle fikri içtima hükümleri uygulanmamalıdır. Bu halde, birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunup, gerçek içtima kuralının uygulanması gerekir⁶⁹. A'nun B'yi

⁶⁷ Özgenç, s. 518; Koca, s. 215.

⁶⁸ Yargıtay CGK, 6.7.2010, E. 2010/8-51, K. 2010/162 "... aynı nev'iden fikri içtima, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 2. fıkrasında, farklı nev'iden fikri içtima ise Yasa'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCY'nun "Zincirleme Suç" başlıklı 43. maddesinin 2. fıkrasında; "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 nev'iden 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 TCY'nun 43/1. maddesine göre artınlacağı öngörülmüştür."

Yargıtay CGK, 8.7.2008, E. 2008/1-99, K. 2008/185, "Ancak yeni Yasada gerçek içtima kuralının istisnalarına da yer verilmiştir: Bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m.43/1), aynı neviden fikri içtima (m. 43/2-3) ve farklı neviden fikri içtima (m. 44)"

⁶⁹ Mezger/Blei, AT § 93, s. 322; Puppe, in: NK-StGB § 52 kn. 22; Jakobs, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983, 32/19;

öldürmek amacıyla silahla iki el ateş etmesi, bir merminin B'ye isabet ederek yaralanmasına, ikinci merminin C'ye isabet ederek ölümüne sebebiyet vermesi örneğinde iki ayrı fiil bulunup; B bakımından teşebbüs aşamasında kalan kasten öldürme (TCK m. 81), C bakımından olası kast veya taksirle öldürme suçu (TCK m. 81 veya 85) oluşur ve gerçek içtima kuralının uygulanması gerekir⁷⁰.

Schönke/Schröder, in: StGB Vorbem §§ 52 ff. kn. 17a; **Samson/Günther**, in: SK-StGB Vor § 52 kn. 53; **Rissing-van Saan**, in: LK-StGB Vor § 52 kn. 38; **Maiwald**, Handlungseinheit, s. 80 vd.; **Maiwald, Manfred**, "Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung", NJW 1978/7, s. 301; **Werle**, s. 106; **Klumpe, Gerhard**, Probleme der Serienstrafat, Verlag-Lang, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Wien, 1998, s. 183; **Seher**, JuS 2004/5, s. 396; **Kindhäuser, Urs**, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, NJW 1984, 1568", JuS 1985/2, s. 105; **Momsen, Carsten**, "Die konkurrenzrechtliche Tat bei sukzessiver Tatausführung unter Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter", NJW 1999/14, s. 985; **Sowada**, Jura 1995/5, s. 252.

- ⁷⁰ **Yargıtay 1. CD, 24.5.2007, E. 2006/5786, K. 2007/3820, "2- a) Çok sayıda insanın bulunduğu ortamda, sakınmadan yarı otomatik tüfekte bulunan 7 adet fişegi maktül ve mağduru hedef alarak ateşleyen sanığın çıkan saçmalardan başkalarının da isabet alabileceğini öngörmesi gerektiğinden, mağdurlar İslam, Orhan, Rukiye, Eyüp ve Senem'i olası kast ile yaralamaktan ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken olayda uygulama imkanı bulunmayan fikri içtima hükümlerinin tatbiki, ..."**
Fakat Yargıtay daha sonra vermiş olduğu bir başka kararda, doğal anlamda birden fazla hareketle farklı mağdurlara karşı olası kastla yaralama suçunun işlendiği olayda, doğal anlamda birden fazla hareketi hukuki anlamda fiil tekliği kapsamında değerlendirmek suretiyle fikri içtima kuralını uygulamıştır. **Yargıtay CGK, 6.7.2010, E. 2010/8-51, K. 2010/162** "... sanık Seyithan'ın hukuki anlamda tek sayılan "birden fazla ateş etme" eylemi sonucunda, birden çok kişinin "olası kastla" yaralanmış olması nedeniyle, 5237 sayılı TCY'nın 43/2. maddesindeki "aynı nev'iden fikri içtima" hükümlerinin uygulanması gerektiği de ileri sürülebilirse de, 43. maddenin 3. fıkrası uyarınca "kasten yaralama" suçları açısından "aynı nev'iden fikri içtima" hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmadığından, bu açık yasal düzenleme uyarınca gerçek içtima kuralları uyarınca olası kastla yaralanan her bir mağdur yönünden ayrıca hüküm verilmesi gerekmektedir."
Kanaatimizce, farklı kişilere karşı malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlali sözkonusu ise, bir başka ifadeyle tekrarlanan aynı nitelikteki hareketler ile farklı kişilere karşı malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatler ihlal ediliyor ise, fiil çokluğu vardır. CGK kararına konu olan olayda fiil tekliğinden söz etmek mümkün olmayıp, fiil çokluğu vardır. Dolayısıyla fikri içtimanın koşullarının oluşmadığı bir durumda istisna hükümünün (TCK m. 43, f. 3) de uygulanmasından söz edilemez. Olayda, birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunup; gerçek içtima kuralı, aynı nev'iden fikri içtimanın istisnası (TCK m. 43/3) olarak değil, doğrudan doğruya uygulanmalıdır.

Buna karşılık, doğal anlamda tek bir hareketle farklı kişilere karşı yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı gibi malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlali, sözgelimi bir bomba atılması sonucunda birden fazla kişinin ölmesi ve yaralanması halinde, ortada kaç tane fiil bulunduğu; şayet tek fiil varsa fikri içtima hükümlerinin uygulanabilirliği tartışmalara neden olmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak doktrinde üç farklı görüş vardır⁷¹.

Bir görüşe göre, burada fiil çokluğu bulunup; gerçek içtima kuralı uygulanmalıdır; fikri içtima hükümlerinin uygulanması doğru değildir. Bu menfaatlerin kişiye sıkı surette bağlı olması ve mağdur sayısının korunması dolayısıyla ortada mağdur sayısının fiil vardır⁷². Buna göre, bomba patlatılması sonucu birden fazla kişinin ölümü ve yaralanması durumunda, her ne kadar bomba patlatılması şeklinde tek bir hareket bulunsun da ortada ölen ve yaralanan kişi sayısının fiil vardır ve gerçek içtima kuralının uygulanması gerekir⁷³. Bir diğer görüşe göre ise, ortaya çıkan neticelerin çokluğu fiilin tekliğini etkilemez. Ancak, farklı kişilere karşı malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlali halinde, bunu suçların içtimaından ayırmak gerekir. Tek bir suç tipi ihlal edildiği için aynı suç tipine ilişkin haksızlığın niceliksel bakımdan yoğunlaşmış hali söz konusudur⁷⁴. Fiilin ortaya çıkardığı neticelerin çokluğu cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁷⁵. Bir başka görüş ise, tek fiille farklı kişilere karşı malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlali halinde de fikri içtima hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir⁷⁶. Tek bir atışla iki kişinin öldürülme-

⁷¹ Bkz. **Maiwald**, *Handlungseinheit*, s. 82.

⁷² **Puppe, Ingeborg**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 1. Auflage*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2005, § 52 kn. 20; **Brähler**, s. 31; **Waldowski, Hans-Juergen**, *Ist eine klare Abgrenzung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit möglich und gerecht*, Walhalla u. Praetoria Verlag, Regensburg, 1956, s. 30.

⁷³ **Puppe**, AT II § 52 kn. 20.

⁷⁴ **v. Liszt, Franz/Schmidt, Eberhard**, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. völlig neubearbeitete Auflage*, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1932, s. 356.

⁷⁵ **Werle**, s. 39.

⁷⁶ **Mezger**, AT, s. 262; **Schönke/Schröder**, in: StGB § 52 kn. 25-26; **Triffterer**, AT, s. 445; **Steininger/Leukauf**, in: StGB § 28 kn. 3; **Donatsch/Tag**, s. 400.

si örneğinde, tek fiil ile aynı suç tipine sebebiyet verildiği için aynı nev'iden fikri içtima kuralı uygulanabilmelidir⁷⁷.

Kanaatimizce, örneğin bir bomba atılması sonucu birden fazla kişinin yaralanması veya ölümüne sebebiyet verilmesi durumunda, her ne kadar yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı gibi malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlali sözkonusu olsa da dış dünyada gerçekleşen neticelerin sayısından ve hukuki menfaatleri ihlal edilen mağdur sayısından bağımsız olarak tek bir fiil bulunmaktadır. Fiil, bombanın atılmasından ibarettir ve tektir; bu tek fiil ile birden fazla kasten öldürme veya kasten yaralama suçuna sebebiyet verilmektedir. Dolayısıyla, teorik olarak fikri içtima kuralının uygulanmasını gerektiren bir durum vardır. Ne var ki, sözkonusu menfaatler kişiye sıkı surette bağlı olup; korunan hukuki menfaatler arasında en üstte yer alırlar. Diğer taraftan, bu gibi hallerde fikri içtima hükümlerinin uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Sözgelimi bomba koymak suretiyle üç kişinin öldürülmesinde aynı nev'iden fikri içtimanın uygulanması; buna karşılık, üç kişinin bomba ile değil de ayrı ayrı öldürülmesinde gerçek içtima kuralının uygulanması arasında faile verilecek ceza bakımından adaletsiz sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır⁷⁸. Fail, cezalandırma bakımından lehine bir durum yaratmak için eylemi birden fazla fiille değil de, tek bir fiil ile gerçekleştirmek yoluna gidebilir. İşte böyle bir durumda fikri içtima hükmünün uygulanması, failin ödüllendirilmesi anlamına gelir. Bu nedenle, farklı kişilere karşı malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlali halinde, tek bir fiil ile birden fazla suç tipine sebebiyet verilmesine rağmen fikri içtimadan ayrılarak, gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, burada gerçek içtima kuralının uygulanmasının nedeni, dış dünyada gerçekleşen neticelerin sayısına yahut hukuki menfaatleri ihlal edilen mağdur sayısına bağlı olarak birden fazla fiil bulunması değildir. Sözkonusu halde, hareketin esas alınması suretiyle hukuki anlamda tek bir fiil bulunup; farklı kişilere karşı

⁷⁷ **Mezger**, AT, s. 262.

⁷⁸ **Maiwald**, Handlungseinheit, s. 84; Aksi görüş için bkz. **Donatsch/Tag**, s. 400, Yazarlar aynı olayda yaşam hakkının ihlali söz konusu olsa da fikri içtima hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

malvarlığına ilişkin olmayan bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlaline bağlı olarak gerçek içtima kuralı, fikri içtima hükmünün istisnası şeklinde uygulanmalıdır. Nitekim TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında, aynı nev'iden fikri içtima bakımından da geçerli olan istisna hükmüne yer verilmiştir. Buna göre; tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenen kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, işkence suçlarında gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.

TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ve aynı nev'iden fikri içtima bakımından uygulanma kabiliyeti olan istisna hükmünün, farklı nev'iden fikri içtima halinde uygulanabilirliği tartışmalara sebebiyet vermektedir. TCK'nın 44. madde hükmü dikkate alındığında, tek fiille kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının işlenmesi halinde, sadece en ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçundan dolayı failin cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşılır. Doktrinde, TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrası hükmü ile 44. madde hükmünün uygulanmasında bir çelişkiye neden olmamak için gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği; belirtilen sorunun TCK'nın 44. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın içtihatlarla çözümlenebileceği ifade edilmektedir⁷⁹. Yargıtay da çok neticeli sapmanın sözkonusu olduğu ve TCK'nın 44. maddesi bağlamında değerlendirme yapılması gereken bir olayda failin sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulması yerine, kasten öldürme ve kasten yaralama suçları arasında gerçek içtima kuralını uygulamıştır⁸⁰.

⁷⁹ Özgenç, s. 524.

⁸⁰ Yargıtay 1. CD, 20.5.2008, E. 2007/3214, K. 2008/4182, "a-Sanığın kardeşi Halil İbrahim ile evlerinin bahçesinde kavga ettiklerini gören maktül Mehmet ve maktüle Ayişe ile mağdurlar Dudu ve Selvet'in yanlarında başkaları da olduğu halde kavgayı ayırmak amacıyla olay yerine gittikleri ve kavgayı ayırdıkları ancak sanığın eve girerek evden aldığı av tüfeği ile balkona çıkarak bir el havaya ateş ettikten sonra kardeşi Halil İbrahim'i vurmak amacıyla bir el ateş ettiği, bu sırada Halil İbrahim'in yanında bulunan maktüller ile mağdurların isabet alarak yaralandıkları olayda, sanığın ateş ettiği sırada hedef aldığı Halil İbrahim dışında yanında bulunan şahıslarında isabet alarak yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen meydana gelecek sonucu kabullenerek yaptığı atışla maktül Mehmet ve Ayişe'nin ölümüne, mağdurlar Dudu ve Selvet'in yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaralanmasına neden olduğu anlaşıl-makla, sanığın olası kastla hareket ettiği kabul edilerek maktül Mehmet ve Ayişe'yi olası kastla öldürme, mağdurlar Dudu ve Selvet'i olası kastla yaralama suçundan ceza tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ..."