

ADAM ÖLDÜRME

Yazan : Prof. Dr. Faruk Erem

Kanun "İnsan Hayatı" nı insanlara karşı korumak için Adam Öldürmeği suç saymıştır. Modern devlette insan hayatı sosyal bir değer taşır. Devletin kuvvet ve faaliyeti "Millet" de yani vatandaşların vücuda getirdiği toplulukta mesnet bulduğuna göre Adam Öldürme fiili bu toplulukta bir azalma vücuda getirmek suretile amme menfaatını izrar etmiş demektir. Her yılki adam öldürme hâdiselerinin adedi düşünülecek olursa bu mülâhazan ciddiyeti kolaylıkla anlaşılabilir (1).

"Hayat Hakkı" diğer bütün haklardan istifade edebilmek için ön şart olduğuna göre hayat hakkına tarruzda diğer bütün haklara taarruz manası vardır. Bu itibarla adam öldürme "Şahıslara Karşı İşlenen Cürümler" den sayılmış ve onların arasında en ağır suç olarak kabul olunmuştur.

Yaşamak ferdin hem hakkı ve hem de vazifesidir. Ferdin hayatını korumak ise Devlet için bir vazifedir ve aynı zamanda bir haktır. Çünkü yalnız fertlerin değil cemiyetlerin de gayesi vardır. Cemiyetin gayesine ulaşabilmesi ferdin yaşamak vazifesi ile mümkündür. Ferdin bu gayesine ulaşabilmesi için de ona yaşamak hakkını sağlamak cemiyetin vazifesidir. Adam Öldürmeyi cezalandıran hükümlerin böylece izahı mümkündür (2).

Adam Öldürmeği meneden hükümler insanlar arasındaki münasebetlere tealluk eder. Adam Öldürme "Bir insanın diğer bir insan tarafından öldürülmesi" dir. (3). Bu itibarla insan hayatını yok eden insan iradesi dışındaki sebepler neticesinde vukua gelen ölümlerle intihar hâdiseleri bu hükümlerin sahası dışında kalır.

Adam Öldürmenin yukarıdaki tarifine "Haksızlık" unsurunu ilâve etmek, yani bu tarifi "Bir insanın haksız olarak diğer bir insan tarafından öldürülmesi" şeklinde kabul etmek isteyen müellifler vardır. Fakat her suç bir kantun hükmünün ihlali olduğuna ve kanunun ihlalinde daima haksızlık bulunacağına göre tarife ayrıca "Haksızlık" unsurunun ilâvesine lüzum yoktur (4).

Herhangi bir insan bu suçun "Mağdur" u olabilir. Yaşı, şahsı veya

(1) Ek. Manziri, VII, n. 2375

(2) Kşz. Ferrri, Omicidio - Suicidio (5 ediz. 1925), p. 488.

(3) Alimena (Enciclopedia, IX), s. 381.

(4) Bu hususta bkz. Alimena (Enciclopedia, IX), s. 381.

sıhhi durumu, milliyeti, ırkı, dini gibi hususlar nazara alınmaz. Bir deliyi öldürmek de adam öldürmektir (5). Fakat mağdurun sıfatı bazen şiddet sebebi (Ana baba katlinde olduğu gibi, T C K. 450, b. 1), bazen de suçun vasfını değitiren bir sebep (Devlet Başkanına suikast gibi, T C K. 156) olabilir.

İnsan doğumundan ölümüne kadar Adam Öldürme suçunun mağduru olabilir. İnsana müstakilen yaşama imkânını veren tabii hâdise "Doğum" dur. Canlı doğmuş olmak şartı ile çocuğun doğduktan sonra yaşamış olması veya olmamasının ehemmiyeti yoktur. Beşerî varlık ilkahtan itibaren kanunun himayesindedir. Fakat himayenin şekli farklıdır. Bu itibarla "Müstakil Varlık" a sahip olduktan sonradır ki mağduru öldürmek adam öldürmek sayılmıştır. Çünkü evvelki safhada "Çocuk Düşürme" suçu bahis mevzuu olabilir.

Çocuğun canlı doğmuş olması kafimidir? "Yaşama Kabiliyeti"ne sahip olarak doğmuş olması da şart mıdır? Bu kabiliyete sahip olmasa bile çocuğun canlı doğmuş olması kâfi sayılmıştır. Çocuk düşürücü faaliyetler neticesinde çocuk canlı olarak ananın vücudundan ayrıldıktan bir müddet sonra bu faaliyetler neticesi olarak (Meselâ rahimden erken ayrılmış olmaktan dolayı) ölmüş ise hâdisenin çocuk düşürmek mi, yoksa adam öldürmemi sayılacağı ihtilâfıdır. Manzini'ye göre (6) hâdise Adam Öldürme sayılmalıdır. Çünkü "sebeb" doğumdan evvel ise de, bu sebebin tevhit ettiği "Netice" doğumdan sonradır ve adam öldürme neticeyi husule getiren vasıtaların kullandığı anda değil, ölümün husule geldiği anda tekemmül etmiştir. Böyle düşüncelere mukabil aksi kanaatta olan müelliflerde vardır. Bu müelliflere göre "Yaşama Kabiliyeti" çocuğun ana rahmi dışında hayatını idame ettirebilmek kabiliyetine sahip olmasıdır. Bu kabiliyete sahip olmayan çocuk, bir müddet yaşamış olsa bile, "Canlı" sayılmaz. Ortada "Zahiri Canlılık" vardır. (7).

Halen çocuğun canlı doğmuş olmasını kâfi sayan müelliflerin düşünceleri tercihe sayan görülmektedir. Ezcümle Garraud şöyle düşünmektedir: Yaşama kabiliyeti olmasa bile fiilen yaşamış olan bir varlığın öldürülmesini adam öldürme saymamağa imkân yoktur. Yaşama kabiliyeti olmasa bile beşerî varlık, sadece yaşamış olmak vakasına müsteniden kanunun himayesine hak kazanmıştır. Ancak yaşama kabiliyeti olan çocuğun öldürülmesinin suç sayılması gerektiği düşüncesi, anormal yapıda, acube ekinde doğmuş olanların öldürülmesini mübah sayan eski bir

(5) Alimena (Enciclopedia, IX), s. 382.

(6) Manzini, VII, n. 2375.

(7) Bu müelliflerin düşünceleri hakkında bk. Florian, VI, s. 44.

telâkkinin mahsulüdür. Gerek adam öldürme, gerek çocuk düşürmeyi menneden kanun hükmünde “Yaşama Kabiliyeti” ne dair bir tek kelimeye rastlanmamaktadır (8).

Türk Ceza Hukukuna göre de bu sonuncu anlayışta isabet vardır. Kaldıki “Yaşama Kabiliyeti” müphem bir mefhumdur. Mevaz Kanununun ihzari çalışmalarında ileri sürdüğü gibi: “Yaşamış olmak kaydı yerine, yaşama kabiliyeti denilmek icabedecek olursa bir taraftan çocuk öldürmek suçunda hususi bir şart koşulmuş ve diğer taraftan bu şart muayyen ve kati olmadıgından Adaletin tecellisi de zorlaştırılmış olacaktır” (9). Fakat Usul Kanununda “Yaşayabilecek bir halde olup olmadığının tayini” istenmektedir. (CMUK 83). Bu hüküm tereddütlere sebep olabilir (10). Bu hükmü Ceza Usulünde delil toplama zaruret ve ihtiyacı için konulmuş bir hüküm olarak anlamak doğru olur.

Çocuğun yaşamış olup olmadığının tayininin mümkün olmadığı halde, fiili vakialara teallük eden şüphenin sanık lehine yorumlanacağı kaidesinin tatbiki doğru olur (11).

Çocuğun “Canlı” doğmuş sayılması için teneffüs etmiş olmasının şart olup olmadığı hususu münakaşalıdır. Manzini’ye göre (12) çocuğun teneffüs etmiş olması için canlı doğmuş olması zaruri ise de canlı doğmuş olmasının yegane delili teneffüs değildir. Çünkü doğumun ilk anlarında yeni doğmuş çocuk nefes almaksızın da bir müddet yaşamaktadır. Bu itibarla bu andaki fiil adam öldürme sayılmalıdır.

Çocuğun “İnsan Şeklinde” olup olmamasının da ehemmiyeti yoktur. Acayip bir mahlûk manzarası arzeden çocukların hayatına son vermek de adam öldürmektir.

Hayatta olmayan kimseyi öldürmek kabil değildir. Ölen bir kimseyi canlı sanarak yaralamak halinde “İşlenmez Suç” meselesi üzerinde durmak lâzımdır.

Ölmesi çok yakın ve muhakkak olan bir kimseyi öldürmek dahi adam öldürme suçudur (13). İdam Hâkûmunu, cezanın infazına tekaddüm eden anda öldüren kimse adam öldürme suçunun faili sayılır. Çünkü geri-

(8) Garraud, V, n. 1882.

(9) Bk. Majno, II, 1573.

(10) Swarz (Taşkın), § 90, nt: “Ölü çocuk hakkında ceza kanununun 217. maddesindeki hüküm (TCK. 453) 90. maddeden (CMUK. 83) başka bir mana ifade eder. Çocuğun vaktinde doğmuş veyahut yaşayabilecek bir halde bulunmuş olması hallerinin 217. maddenin unsurları üzerinde bir tesiri yoktur.”

(11) Bk. Fransız Mahkeme içtihadı, 9 nov. 1951, Gaz. Pal. 1952, I. 236.

(12) Manzini, VII, n. 2375.

(13) Florian, VI, s. 44.

ye az zaman kalmış olsa bile, o kimseyi bu zaman parçasında yaşamaktan mahrum etmeğe failin hakkı yoktur.

I. Kasıtlı Adam Öldürme

Her suç gibi, Adam Öldürme suçunun da cezalandırılabilmesi için failin "Gayrı Meşru" olması lâzımdır.

A. MEŞRU ÖLDÜRMELER

Kanun hükmünü icra veya selâhiyetli merciin emrini infaz (yargıç tarafından verilmiş ve kesinleşmiş Ölüm Cezası hükmünün infazı gibi) suretile öldürmeler cezayı müstelzim değildir.

Yasak olmayan öldürmeleri tayin ederken kanunun modern ceza hukukunun icaplarından ayrılmaması doğru olur. "Meşru Öldürmeler" in hududunu genişleten kanunların ilmen müdafaaları pek güçtür. Men-i Şekavet Kanununun 1. maddesine göre "... Şaki oldukları Dahiliye Vekâletince ilân olunan eşhasın.., her kim tarafından cerh ve katilleri cürüm ad-dolunmaz". Bir vatandaşın diğer bir vatandaşı öldürmesine cevaz veren ve mahkeme hükmü aramayan bu çeşit kanunlar suiistimale çok müsaittirler. Böyle Kanunları "Barbarlık" diye isimlendiren ünlü müellifler mevcuttur (14).

B. RIZALI ÖLDÜRMELER

Mağdurun talebi veya rızası ile öldürülmesi halinde failin "Meşru Öldürme" sayılıp sayılmıyacağı doktrinde münakaşalıdır (15).

Kendini öldürme (İntihar) hususunda kanunun kabul ettiği cezasız, lik üçüncü şahıslara teşmil edilemez kaldığı bir insanın bir başka insan tarafından öldürülmesi kanuna ve ahlâka aykırıdır. Mağdurun rızası bu sahada hukuki değer taşıyamaz. Çünkü bu husustaki rıza, rızanın muteber olması hakkındaki umumî kaidelere uygun değildir.

Ceza siyaseti bakımından da şöyle düşünülebilir: Bir kimsenin kendini öldürmek için üçüncü bir şahsa müracaat etmiş olması (Meselâ çektiği hastalığın acısından kurtulmak için) o kimsenin ekseriya kendinin bu işi yapmağa muktedir olmadığını, bu suretle üçüncü şahsın hâdisenin müessir sebebi olduğunu gösterir. Bundan başka kendisinin öldürülmesi-

(14) Ezzümlle Manzini, VII, n. 2376.

(15) Bu mesele hakkında bk, Badr (M. A.), L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale, Paris 1928.

ne razı olan kimsenin akli meleklerinin bozulmuş olması ve bu itibarla mutabek bir rızaya ehil olmaması muhtemeldir. Çünkü en kuvvetli sevki tabiiilerden biri olan kendini koruma sevki tabiisine aykırı olan bu hareket ruhi bir muvazenesizliğin mevcudiyetine delalet eder. Bundan başka mağdurun rızası ile onu öldüren kimsenin, diğer adam öldürmelerden daha az vahim sayılması için bir sebep olmadığı gibi, kötü maksatlarla mağdurun akıl zafiyetinden veya sair ruhi teşevvüşatından istifade edenin daha az menfur ve daha az tehlikeli olduğu iddia edilemez (16).

Yeni Ceza Kanunları meseleyi hususi bir hüküm ile halletmek yoluna gitmişlerdir. Ezcümle İsviçre Ceza Kanununa göre (m. 113): “Bir şahsın kendisini öldürmesi için ciddi ve ısrarlı talebi üzerine onu öldüren kimse hapis cezası ile cezalandırılır”. Bu hüküm ile İsviçre Ceza Kanunu, cezaya asgari had vazetmemek suretile yargıca bu çeşit hâdiselerde geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Bu madde hükmü mağdurun rızası ile öldürülmesine şamil değildir. Talep mağdurdan gelmiş olmalıdır. Talebin sarıh olması icap eder (17). Yeni İtalyan Kanunu (m. 579) ise “mağdurun rızası ile katil” den bahsetmektedir. Fakat İtalyan Kanununa göre, eğer mağdur on sekiz yaşından küçük ise, akıl malûlü veya alkol yahut uyuşturucu maddelerin tesiri altında bulunuyorsa, mağdurun rızası fail tarafından cebir, tehdit veya hile ile istihsal edilmiş ise bu hüküm tatbik olunmaz.

Türk Ceza Kanunu mağdurun rızası ile veya talebi üzerine katil hakkında hususi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu itibarla mağdurun rızası ile veya mağdurun talebi ile katil hâdiselerinde “Adıyen Katil” (TCK. 448) hükmünün ve gerekiyorsa esbabı müşeddideli katil hükmünün (Kanardan ölmek üzere bulunan karısını daha fazla acı çekmemesi için öldüren kocanın durumu gibi) tatbiki lâzım gelecektir. Böyle hallerde cezayı azaltıcı takdire bağlı sebebin (TCK. 59) kabulü yerinde olur.

C. İLLİYET BAĞI

Failin fiili neticenin “Müessir Sebebi” olmalıdır. Adam öldürme suçunda muayyen bir vasıta şart değildir. Fakat bazı vasıtaların kullanılmış olması kanunda şiddet sebebi sayılmıştır, zehir ile öldürmelerde olduğu gibi (TCK 449, b.3).

(16) Manzini, VII, n. 2378.

(17) Bu hususta bk. Clerc, I, ss. 24.

Ç. ADAM ÖLDÜRME SUÇUNUN MADDİ UNSURU

Bu suç ekseriya “İcra Suçu”dur. Fakat “Selbi Fiiller” ile de işlenebilir. Öldürmek kasdı ile aç bırakmak, yeni doğmuş çocuğun göbeğini bağlamamak gibi. Selbi fiillerle işlenecek Adam Öldürmeleri, sadece suça mani olmamak şeklindeki hadiselerle karıştırmamak lâzımdır. Bir adamın öldürülmek üzere olduğunu gören ve suçun işlenmesine mani olmak imkânına sahip bulunan bir kimsenin suça mani olmaması onu adam öldürmenin faili haline getirmez. Çünkü vatandaşın suça mani olmak hususunda umumî bir mecburiyeti yoktur. Fakat bazı kimselerin (meselâ zabıta memurlarının) suça mani olmak hususunda kanuni ve bazı kimselerin de mukaveleden doğan (meselâ hususi muhafızların) mecburiyetleri vardır. Fakat bu mecburiyetlere rağmen eğer asıl fail ile aralarında “Suçta İştirâk” durumu mevcut değilse, adam öldürmenin faili sayılmazlar. Haklarında kanunun başka hükümleri tatbik olunur. Çünkü suça mani olmamak ile suçu işlemek, bu suçun başkası tarafından işlenmesini istemek aynı şey değildir. Buna mukabil başkasının fiilinin bu gibi şahısların fiili sayılabileceği hallerde aynı neticeye varılamaz. Bu itibarla bir deli evinde, bir delinin husumet beslediği diğer bir deliyi öldürmesini sağlamak maksadı ile bir muhafızın, nezaret vazifesini kasden yapmaması neticesinde adam öldürmenin faili sayılacağı tabiidir(18).

Doğrudan doğruya vasıtalarla adam öldürme suçu işlenebileceği gibi, doğrudan doğruya olmayan vasıtalarla da işlenebilir, kendini korumağa muktedir olmayan bir kimsenin soğukta bırakılması, tehlikeli bir hayvanı mağdura karşı kışkırtmak gibi.

“Manevi Vasıtalar” la da adam öldürülebilir. Çok şiddetli heyecan tevlit etmek suretile mağdurda mevcut bir hastalığı ağırlaştırmak suretile ölüme sebep olmak gibi. Manevi vasıtalarla adam öldürme suçunun işlenemeyeceği, mutlaka maddi hareketlere ihtiyaç olduğu mütalâasında bulunan müellifler de vardır (19). Bu müellifleri böyle düşünmeğe sevk eden sebep manevi vasıtaların kullanıldığını sübute vurmasındaki güçlüktür. Fakat bu husus esasa tealluk etmez. Bu bir delil meselesidir (20).

Manevi vasıtalarla adam öldürmenin mümkün olacağı kabul edilince “İftira” veya “Yalan Şahadet” ile bir kimsenin ölüm cezasına çarptır-

(18) Selbi fiillerle öldürme hakkındaki doktrin münakaşaları için bk. Garaud, V, n. 1849; Gorçon, m.295 nn 14

(19) Chauveau et Hélie, III, n. 1188.

(20) İmpalomeni, n. 4

masının adam öldürme sayılıp sayılmıyacağı münakaşa edilmiştir. Kanunumuza göre bu çeşit hareketler adam öldürme sayılmaz. Çünkü iftira ve yalan şahadet “Adliye İdaresine Karşı Cürümler” dendir. Kanun bu suç da, Adaleti aldatmak gayesini esas tutarak bu fiilleri “Şahıslara Karşı İşlenen Suçlar” dan ayırmıştır (21).

Garraud manevî vasıtalarla adam öldürme konusunda meselenin yanlış vazedildiği kanaatındadır. Bu müellife göre Kanun sadece adam öldürmeği suç saymakta fakat vasitanın cinsi ile meşgul olmamaktadır. Fakat ortada maddî bir fiil mevcut olmazsa Adam öldürme ile kullanılan manevî vasıta arasındaki rabıta manevî işgencelerin, ölümün müessir sebebi olduğunu göstermek için kâfi derecede vazih olamayacaktır. Böylece hâdiselerde sebep - netice bağı mevcut sayılamayacaktır (22). Garraud manevî vasıtalarla adam öldürmenin bir çeşit ütopi olduğu yolunda Garofalo'nun kanaatına (23) iştirâk etmekte ve şimdiye kadar böyle bir tatbikata tesadüf edilmediğine de işaret etmektedir (24).

Maddî ve manevî vasıtaların birlikte kullanılması suretile işlenen fiillerin (Mağduru intihara sevk için fena muamelede bulunmak gibi) kasden adam öldürme sayılabilmesi için failin “Öldürmek Niyeti” nin sabit olması lâzımdır.

“Fiil” ile “Netice” nin husule geldiği an arasında geçen zamanın ehemmiyeti yoktur. Fakat ikisi arasında uzunca bir zaman geçmiş ise araya başkaca sebeplerin (Başkalarının kasdî ve taksirli hareketleri gibi) girip girmediğini araştırmak lâzımdır.

Adam Öldürme “Maddî Suçlar” dandır. Çünkü bu suçun tekammülü için neticenin (= mağdurun ölmüş olması) husulü şarttır. Suçun tekemmül am, mağdurun öldüğü andır.

Bu suça “Teşebbüs” mümkündür. “Hazırlıyıcı Hareketler” (= ihzari hareketler) in cezasızlığı kaidesi adam öldürme suçu için de varittir.

Adam öldürmeğe “İştirâk” in bazen karışık şekilleri mevcuttur. İştirâk için suç ortaklarının iradesinin muayyen gayede (mağduru öldürmek gayesinde) birleşmiş olması lâzımdır. Eğer netice, birbirine bağlı olmayan hareketlerden husule gelmiş ise her fail, münhasıran kendi fiilinden mesuldür. Bu itibarla aralarında hiç bir anlaşma olmayan iki kişiden biri, mağduru öldürmek niyeti ile ateş eder ve fakat ölümü tevlide elverişli olmayacak şekilde sadece yaralar ve diğeri ise bunu takiben mağduru öldürecek olursa her ikisinin de suçu adam öldürmedir ve iki

(21) Bu hususta bk. Impallomeni, n. 4.

(22) Garraud, V, n. 1848.

(23) Garofalo, ss. 23.

(24) Bk. Garraud, V, s. 141, nt. 10.

suç da tekemmül etmiştir. Yalnız Faillerden birincisinin suçu "Müşterek Sebepli Adam Öldürme" (TCK 451) diğeriinki adiyen katildir. Eğer ikincisinin fiili, birincinin tevlit ettiği yara mevcut olmasa idi, ölümü tevlide elverişli olmayacak idi ise ve birincinin fiilinden husule gelen yara da kendi başına netice tevlidine kâfi değil idi ise, meselenin çözüm şekli farklı olmayacaktır. Çünkü ikincinin fiilini birinciye isnet imkânsızdır (25).

Eğer faillerden biri mağduru öldürmek, diğeri yaralamak niyeti ile hareket etmiş iseler iradelerinde birleşme mevcut olmadığından suçta ortak sayılmazlar. Bunlardan birincisi "Kasden Adam Öldürme" den, ikincisi "Kasdı Aşan Öldürme" den mesuldür.

Eğer fail müteaddit fiillerle (meselâ müteaddit mermilerle) müteaddit kimseleri öldürmüş ise öldürdüğü kimselerin adedince adam öldürme suçu işlemiştir. Eğer failin aynı kararın icrası cümlesinden olarak birden ziyade kimseyi öldürdüğü sabit olursa 80. madde hükmü tatbik olunur (26). Kan davası yüzünden işlenen suçlarda böyle durumlara rastlanabilir. Suçun kan davası saiki ile işlenmiş olmasının kanuni teşdit sebebi sayılmış olması (TCK 450, b. 10) müteselsil suç hükmünün tatbikına mani olmaz. Çünkü herhangi bir "Saik" in teşdit sebebi sayılması, 80. maddenin tatbikına engel teşkil etmemektedir. Müteselsil suç için mağdurun aynı şahıs olması şart değildir. Bir otobüste birden ziyade kimsenin cüzdanını yankesicilik suretile çalan veya aynı sürüden başka başka kimselere ait hayvanları çalan kimsenin suçu müteselsildir. Bu itibarla adam öldürmede müteselsil suç kabul olunabilir. Fakat 450. maddenin 5. bendi hükmü muvacehesinde bu düşüncenin tatbiki bir değeri kalmamaktadır.

Fail, müstakil fiillerle bir şahsı kasden, diğeri de "Şahısta Hata" ile öldürecek olursa iki adam öldürme suçu işlemiş sayılacaktır. İkinci suç için 52. Madde hükmü nazara alınmalıdır.

Eğer bir tek fiil ile (Meselâ bir kurşun ile) öldürmek istenilen şahıs öldürülmüş ve taksirli bir sebep neticesinde (TCK 455) bir başka şahıs da - öldürülmek istenilmediği halde - öldürülmüş ise, bir fiil ile kanunun muhtelif hükümleri ihlal edilmiş olduğundan, en ağır ihlale göre, yani kasden adam öldürmekten ceza verilecektir (TCK 79). Bazı müelliflere göre bu gibi hallerde 79. maddeye müracaata lüzum yoktur. Çünkü bir tek kimseyi öldürmek isteyen ve silâhı ile ateş eden failin attığı kurşunun öldürmek istediği şahsı öldürmüş ve onun vücudundan çıkarak başka şahsa da isabet ile onu öldürmüş olması halinde taksirden bah-

(25) Manzini, IV, n. 2379.

(26) Manzini, IV, n. 2379.

sedilemez. Çünkü tek olan fiilin manevi nusuru kasıttır. Fail bir kimseyi öldürmek niyeti ile hareket ettiğinden öldürme fiilini ve onun neticesini istemiştir. Halbuki ikinci şahsın ölümünü tevlit emtiş olan hareketi irade etmemiştir. Bu itibarla ortada sadece bir "Kaza" mevcuttur (27). Yargıtaya göre: "Suçlunun yalnız bir kurşun atarak iki kişiyi öldürdüğü kabul olduğuna göre kasıt ve fiilin birliği itibarile 79. madde dairesinde temmülü ve ona göre ceza verilmesi lâzımdır" (28). "Bir şahsa tevcih edilip atılan kurşun ile tesadüf eseri olarak kastedilen şahıstan mada diğer bir şahsın da yaralanması halinde mücrimin niyetinde ve taarruzda vahdet olması hasebi ile isnadın ikiliğine hüküm edilemeyeceğinden 79. madde sarahatına bakılmıyarak içtima hükümlerinin tatbik olunması yolsuzdur" (29).

Fail, şahısta hata yüzünden suçu kastettiği kimseden başka bir şahsa karşı işlemiş ise kasden adam öldürmeden ceza görür. "Sanığın öldürmediği kastedtiği kimse yerine bakasını yaralamış olması suçun vasıf ve mahiyetini değitirmez. Dolayısı ile yaralamanın adi müessir fiil telâkkisi yolsuzdur" (30). Bu gibi hallerde 52. madde hükmü mahfuzdur. Şu Karar Yargıtayın içtihadını göstermektedir: "Kardeşini öldürmek kasdı ile suçlunun attığı kurşunun anasına isabeti ile ölümü ihtaç eylediği anlaşıldığından kardeşini öldürmek niyeti fiilen tahakkuk etmemiş, anasını öldürmek kasdı da bulunmamış olduğu nazara alınarak suçlu hakkında 448. maddenin tatbiki icap ederken 449 madde ile mahkûmiyetine gidilmesi kanuna uygun değildir" (31). Buna mukabil İtalyan mahkemeleri içtihadına göre: "Kız kardeşini öldürmek isterken hataen büyük annesini öldürmüş olan kimse hakkında tekammül etmiş olan ağır suçdan değil ve fakat işlemek istediği diğer suçdan ceza verilmesi lâzımdır" (32). Failin, asıl öldürmek istediği kimseyi de öldürmeğe teşebbüsden ayrıca ceza görmesi için bu kimseye karşı da icra fiillerinde bulunmuş olduğunun subutu şarttır. Suçu teşkil eden "Fiilde Vahdet" bazen şekli bir vahdettir. Masum olduğunu bildiği iki kişi hakkında iki ayrı suç isnat eden bir tek ihbar dilekçesini adli makamlara vermek gibi. Böyle hallerde fiildeki vahdet şeklidir. Bu çeşit durumlara adam öldürme suçlarında tesadüf olunur. Tek kurşun ile iki kişiyi öldürmek isteyen ve iki mağ-

(27) Bu hususta bk. Impallomeni, nn. 71.

(28) CGK 16.7634 e. 61, k. 59 (Tem. Mah. CUIH 930-934, s. 595), kısz. CGK 5.4.934, e. 173, k. 144 (Tem. Mah. CUIH. 930-934, s. 702).

(29) İCD 26.9.935, e. 299, k. 2046 (Köseoğlu, m. 448).

(30) İCD 16.2.951, e. 448, k. 374.

(31) CGK 3.10.938, e. 79, k. 69.

(32) Corte di assise di Catanzaro, 27.1.932, in Riv. Ital. di Dir. Pén. 932, p. 923.

dur bir hizaya gelince ateş eden kimsenin ölümü böyle mütalâa edilmelidir.

D. ADAM ÖLDÜRME SUÇUNDA MANEVİ UNSUR

a) *Adam öldürme niyeti*: Adam öldürme suçundan "Umumi Kast"dan başka failde "Öldürmek Niyeti" de aranır. Eğer fail başka bir niyet ile hareket etmiş ise adam öldürme değil, başka bir suç (TCK 407,452) meydana gelmiş olur.

TCK. nu 448. maddesinde sadece kasıttan bahsetmektedir. Mehzaz kanundaki "Öldürmek Niyeti" (Fine di uccidere) ibaresi kanunumuza alınmamıştır. Bunun kanumuza alınmış olması kanundan farklı bir mananın çıkarılmasına sebep olmaz. Kanunun 448. maddesinde ise "Kast" kelimesinin kullanılmış olması lüzumsuzdur. Kanunun 45. maddesi sarahatı kâfi sayılmalı idi. "Nihayet" ile "Saik" i karıştırmamak lâzımdır. "Niyet" fiilin doğrudan doğruya olan gayesine tealluk eder. Bu gaye failin fiili işlemek suretile ulaşmak istediği hedeftir. Adam öldürme suçunda adam öldürmeği istemek gibi "Saik" Faili suç işlemeğe sevkeden his veya menfaattir, intikam almak için öldürmek gibi (33). Adam öldürmenin saiki kaideten nazara alınmaz. Fakat kanun saiki bazen cezayı artırıcı (bk. TCK 450. b. 7.10) bazan da cezayı azaltıcı (bk. TCK. 453) bir sebep saymıştır.

Aranılan husus "Öldürmek Niyeti" dir. Muayyen bir şahsı öldürmek niyetinin subutu şart değildir. "Muayyen olmayan kast" (34) ile de bir suç işlenebilir, panik yaratmak için kalabalığın üstüne bomba atmak gibi.

Öldürmek niyeti ve dolayısı ile öldürmek kasdı bazı hâdiselerde te-reddütlere meydan verebilir. Bir kapının arkasından duyulan bir gürültü üzerine kapalı kapıya doğru silâh ile ateş eden bir şahsın öldürme kasdı ile hareket edip etmediğini hal için "Muayyen Olmayan Kast" mefhumuna müracaat doğru olur. Fail, gerek muayyen, gerekse gayri muayyen şekilde ve fakat neticeyi istemiş ise adam öldürme kasdı mevcut demektir. Meselâ fail bir kalabalığa ateş ederek bir kişiyi öldürmüş olsun. Fail burada adam öldürmek istemiş, fakat hasseten ölmüş olanı öldürmek istememiştir. Fakat adam öldürmek istemiş olması kâfidir (35)

(33) "Dolus Indeterminatus" hakkında bk. Kantar Ceza Hukuku, ss. 92, 93; Garraud, V, n. 1856.

(34) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, § 78, B, b.

(35) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, § 74.

b) *Adam öldürme kasdı ve bunun isbatı* : Öldürmek kasdı batını bir haldir. Bu unsurun subutu bakımından harici vakıalara bakmak lâzımdır. Mahkeme içtihadından alınan şu misaller meseleyi aydınlatıcı mahiyettedir:

“Silâhı gizlice çekip maktule ateş etmek” (36). “Maktulün hayati bir uzvuna silâhın tecvîh edilmiş olması” (37), “Öldürmek niyetinin evvelce izhar edilmiş ve silâhın hayati bir uzva müteaddit defalar endahat edilmiş olması” (38), “Kullanılan vasıtanın cinsi (hadisede tüfek), maktulün göğsüne ve yakın mesafeden ateş edilmiş olması” (39), “Ateşli silâh ile mükerreren ateş edilmiş bulunması” (40), “Suçlunun evvelâ tabanca daha sonra evinden getirdiği mavzer ile tecavüze devam etmesi öldürmek kastının delili katisi sayılması” (41). “Sanığın hamil olduğu çiftte tüfeğinin her iki gözünü ayrı ayrı kullandığı ve cürmün husulünü muktazi bütün vesaita müracaat eylediği ve muharrik bir hedefe tehevüren yapılan atışta cüzi bir inhiraf ile isabet sahasının değişmesi daima varit bulunduğu halde silâhın bilhassa kola isabet ettirmek maksadı ile atılmış olması kabule şayan olmayıp fiilde öldürme kasdının bulunmadığının kabullünün yolsuz olduğu” (42), “Sanığın yere düşen mağduru kucaklayıp ne oldu, demesi öldürme kasdını ortadan kaldıracak bir sebep teşkil etmeyip sanığın düşer olacağı ceza mesuliyetinden korktuğunu izhar edecek mahiyette olduğu” (43), “Tabanca ile bir kerre ateş edilmiş olmasının kasdın her zaman ademi mevcudiyetine delalet edemeyeceğine” (44), “Bu gibi hallerde kalbine kurşun isabet eden mağdurun yere yıkılması karşısında silâhda başka kurşun mevcut olduğu halde onların kullanılmamış olmasının öldürmek kasdını bertaraf edemeyeceğine” (45)., “Hâdisede suçlunun mağdura karşı duyduğu kin, kullanılan silâhın cinsi, hedef tutulan vücut kısmı ve darbenin şiddetine

(36) 1CD 17.7.940, k. 47.

(37) İtalyan Yğ. kararı (Giuris. Comp. Cass. Pen) 951, n. 608.

(38) İtalyan Yğ. kararı (Giuris. Comp. Cass. Pen), 1951, n. 94.

(39) 1CD 20.5.939, e. 1291, k. 1943 (Tem. Kar. 1938, s. 155).

(40) 1CD 18.5.938, e. 3454, k. 1903 (Tem. Kar. 938, s. 151); Aynı mahiyette İtalyan Yğ. kararı 18.4.951 (Giuris. Comp. Cass. Pen), 1951, n. 748.

(41) 1CD 20. 5 939, k. 1943 (Tem. kar. 938, s. 155).

(42) 1CD 5.3.952 e. 541, k. 493.

(43) 1CD 12.10.950, e. 245, k. 2357.

(44) İtalyan Yğ. kararı, 10.5.950 (Giuris. Comp. Cass. Pen), 1950, n. 3089.

(45) İtalyan Yğ. kararı (Giuris. Comp. Cass. Pen), 1950, n. 539; CGK. 16.4.951, e. 30, k. 16: “Sanığın kısa mesafeden ateşli silâh ile göğsünden yaraladığı mağdurun düştüğünü görmesi üzerine maksadının tahassul ettiğini anlayarak kaçmış olması katil kastının ifadesidir.”

bakarak kasdın mevcudiyetinin anlaşılabilirliğine" (45), "Yaranın çakı ile bağırsağı delinceye kadar açılması öldürmek kasdının açık delili iken suçlunun katil kasdına mukarin olmaksızın ölüme sebebiyetten cezalandırılmasının yolsuz olduğuna" (47) karar verilmiştir.

Mahkeme içtihadından alınan bu misallere rağmen tatbikatta kasdın tayini daima güçlük arzedecektir. Aşağıdaki hallerde öldürme kasdının mevcut olmadığına karar verilmiştir: "Yaraların mahiyetinde ve sanığın mağduru öldürülmesine mani bir sebep bulunduğu kararda gösterilmemiş olmasına nazaran bıçaklanmanın öldürme maksadına müstenit sayılmaması" (48), "Sanıkların kaçakçılardan birini zararsız bir yerinden vurmaları suretile bunların tecavüz ve mukavemetinden kurtulmaları mümkün olduğu kanaati ile hâdisede müdafaa hali bulunduğu dair savunma reddedilmiş olmasına göre hedeflerin zararsız yerlerinin intihap olunmamasının hadisede müdafaa mahiyetini ne suretle selbettiği izahsız bırakılmasının doğru olmadığı" (49), "Çiftenin çok yakın mesafeden atılmasına rağmen mağdura yalnız üç saçmanın ve kapiya otuz iki saçmanın isabet etmesi sebebi izah edilmeksizin olayda öldürmek kasdı kabul edilmesinin yolsuz olduğu" (50).

Umumiyetle kurşun veya darbenin maktulün vücudundaki isabet nahiyesine bakılarak hâdisede öldürmek kasdının mevcudiyeti veya ademî mevcudiyeti neticesine varılmaktadır. Fakat bunu kati bir ölçü saymak doğru değildir. Yargıtay da bu içtihaddadır: "Soğuk kanlılığını kaybeden kimse tarafından havale edilen darbenin şiddet derecesi ile isabet ettiği nahiyenin hususiyeti katil kasdının katiyetle tayinine medar olmaz" (51).

Hâdisede adam öldürme kasdının kabul edilip edilmemesi bakımından ilk mahkemelerle Yargıtay arasında çok kerre ihtilâf çıkmaktadır. İlk mahkemelerin kasdı kabul veya red hususundaki kararını tasdik etmeyen yargıtay kararları mevcut olduğu gibi kast konusunun davayı gören mahkemeye aidiyetini kabul eden Yargıtay kararlarına da rastlanmaktadır. Fiili vakıaların subutuna Yargıtayın müdahale etmemesi doğru ise de Hukuk Kaidelerinin ve kanun hükümlerinin doğru tatbikini sağlamak zorunda olan Yargıtayın Hukukî Mefhumların kasıt konusunda tatbikini murakaba hakkını tanımak doğru olur. Yabancı memleket mahke-

(46) İtalyan Yğ. kararı. 23.2.950 (Giuris. Comp. Cass. Pen), 1950, n. 301.

(47) CGK 2.7.934, e. 31, k. 55 (Tem. Mah. CUM. 930-934, s. 612.

(48) 1CD 13.2.951, e. 367, k. 31.

(49) 1CD 3. 1. 951, e. 74, k. 1.

(50) 1CD 14.2.952, e. 386, k. 339.

(51) 1CD 27.8.941, e. 2942, k. 2568 (Yğ. kararı 941-942), s. 294.

me içtihadları da bu anlayıştadır. Ezcümle İtalyan Yargıtayına göre: "Mantiki ve tam bir gerçekçeye dayanmak şartı ile kasdın kabul veya ademi kabulü fiili meselelerden olduğundan yargıtayın murakabası dışındadır" (52).

E. ŞİDDET SEBEBLERİ

Adam öldürmenin cezası umumi sebeblerle arttırılabilir. Suçun vazife halinde iken işlenmiş olması gibi (TCK 251) (53). Kanun umumi sebeblerden ayrı olarak adam öldürme suçunun cezasını arttıran müteaddit hususi sebebler vazetmiştir.

a) *Akrabalık Bağı*: TCK. nun 441 ve 450. maddelerine göre usul, füruğ, karı koca kardeş, babalık, analık, evlâtlık, kayın baba, kayın ana, damat gelin aleyhinde işlenen adam öldürme suçunun cezası arttırılır.

"Analık", "Babalık" Medeni Kanun hükmünce evlât edinme suretile teessüs eden "Hukukî Münasebeti" i ifade eder.

Karı - Koca rabitası ancak Medenî Nikâh ile teessüs etmiş sayılır. Bu itibarla. "Maktulenin suçu ile dini nikâhının jera edilmiş olması 449. maddenin tatbikini icap ettiremez" (54). Medenî nikâhın subû'u şarttır (55).

"Kardeş" tabirini kanun mutlak manasında kullanmıştır. Bu itibarla ana veya baba bir kardeş aleyhine işlenen adam öldürmelerde 449. madde (b. 1) tatbik olunmalıdır (56).

"Usul" tabirine "Üvey ana, üvey baba", "Füruğ" tabirinde de "Üvey evlât" dahil değildir. Bu itibarla "Kanundaki analık tabirinin evlât edinmeden mütevellit bir sıfat olduğu gözetilmeden üvey ananın bu sıfat ile kabulü ve cezanın arttırılması yolsuzdur" (57).

Kanun "Usul" ve "Füruğ" tabirlerini kanuni manada değil, fiili manada kullanmıştır. Bu itibarla tanınmamış gayri meşru çocuk veya gayri meşru baba aleyhine işlenen adam öldürmelerde de şiddet sebebi tatbik edilmelidir. Meyhaz Kanun (m. 366, n. 1) gayri meşru usul - füruğ rabitasında şiddet sebebinin tatbiki için "Tanınma" yı şart koştadır. Bu bakımdan kanunumuzun meyhazdan ayrılması isabetli olmuştur. Meyhaz kanunu tatbik sırasında İtalyan mahkemeleri karısının

(52) İtalyan Yğ. kararı 2.7.951 (Giuris. Comp. Cass. Pen, 1851, n. 2141); kçz. D. Rép. P. Homicide, n. 12; bk. D. P. 61, 5. 256.

(53) "Vazife halinde" mefhumu için bk. 1CD 5.6.953 e. 1417, k. 1309 (Ad. Derg. 1953, s. 236).

(54) 1CD 16.7.933 (Köseoğlu m. 449).

(55) CGK 17.2.930, e. 58, k. 45.

(56) 2CD 12.10.944, e. 6788, k. 7032 (Tem. kar. 1944, s. 168).

gayri meşru anasını öldüren kocanın cezasını "Kaynana" sını öldürmek-
ten dolayı arttırmıyorlardı (58). TCK. na göre ise arttırılması icap eder.

Usul - Furuğ rabetasında derecenin, şiddet sebebinin tatbikında
ehemmiyeti yoktur. Kanun usul-furuğ rabetasını hukukî değil fiilî mâ-
nada kullandığına göre hukukan mevcut sayılan usullük veya furuğluk
sıfatının fiilen mevcut olmadığının ceza davalarında isbatı yoluna git-
mek (Babalık karinesinin aksini isbat gibi) her zaman mümkündür.

Akrabalık bağına müstenit şiddet sebeplerinin tatbiki için akraba-
lığın fail tarafından bilinmiş ve failin bu şahsı öldürmek istemiş olması
şarttır. Hata sebebi ile akraba olmayan bir kimse öldürülmüş veya baş-
ka bir şahıs zannı ile akraba öldürülmüş ise şiddet sebebi faile tahmil
olunamaz (TCK 52.) Mağdurun sıfatından neşet eden şiddet sebebi ile
öldürülmesi istenilen kimsenin sıfatından neşet eden şiddet sebebi arasın-
da cezayı arttırma bakımından fark varsa öldürülmesi niyet edilen şahıs
bakımından arttırılmalıdır. Bu itibarla "Karisini Öldürmek için kama
ile hücum ettiği sırada önlemek isteyen kendi anasını yaralayıp ölümüne
sebebiyet veren suçlunun 52. madde delaleti ile 449. maddeye göre ce-
zalandırılması doğrudur" (59).

Akrabalık bağına müstenit şiddet sebepleri "Vukuf Şartı" tahak-
kuk etmiş ise (60) ortaklara sirayet eder.

Akrabalığa müstenit şiddet sebepleri "Teşebbüs" halinde kalmış
suçlarda da tatbik olunur. Kanunun maksadı bu şahıslara müteveccih fi-
illeri şiddet cezalandırmaktadır. Bu itibarla zaccak tekemmül etmiş suç-
larda bu çeşit şiddet sebeplerinin tabik edileceği zannolunmamalıdır.

Akrabalığın tesbit ve tayini ceza davasında "Ön sesele" (Mesele
müstehhire) teşkil edemez (61). Çünkü suçun mevcudiyet veya ademi
mevcudiyeti bu hususun halline bağlı değildir (CMUK 255). Bu husus
sadece şiddet sebebini alâkadar eder (62).

Bütün kanunlar "Ana, baba katli" ni Ölüm Cezası ile cezalandırmış-
lardır. Yalnız Alman Kanunu usulden birinin öldürülmesini adiyen ka-
tilden daha ağır, fakat teammüden katilden daha hafif bir cezaya çarp-
tırmıştır (Alman CK. § 211, 212, 215), Usulden birinin öldürülmesinde ce-
zanın teşdidî hususunda bütün kanunların takip ettiği yol aynı değil-

(57) 4CD 18.5.950, e. 5542, k. 6596 (Ad. Derg. 950, s. 1726, aynı mahiyette ICD
10.3.931, e. 561, k. 575 (Tem. kar. 931, s. 46).

(58) İtalyan Yğ. kararı, 5.10.1916 (Bruno, m. 365).

(59) CGK 13.3.939, e. 289, k. 8 (Köseoğlu, m. 449).

(60) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, § 115.

(61) Ön mesele hakkında bk. Kantar Ceza Muhakemeleri Usulü, II, s. 205.

(62) Manzini, VII, n. 2381.

dir. Fransız Ceza Kanunu Ana, Baba katline ölüm cezası vermekte (m. 302) ve bu cezanın herhangi bir mazeret sebebi ile de indirilemeyeceğini (m. 323) tasrih etmektedir. Fransız Ceza Kanunu (m. 13) Ana, Baba katillerinin ölüm cezasının infazı mahalline gömlekli, yalın ayak,, başı siyah bir tül ile örtülü olarak götürüleceğini bildirmektedir. Kanunumuzda da buna benzer hükümler mevcuttur (TCK 12).

b) *Memurluk sıfatı*: Adam öldürme suçu "Vazifesini yaptığı sırada veya vazifesini yapmasından dolayı devlet memurlarından biri aleyhine icra olunursa" ceza artırılır (TCK 449, b. 2).

Mağdurun devlet memuru olup olmadığı TCK'nun 279. maddesine göre tayin olunur.

Mağdurun sadece memur olması şiddet sebebinin tatbiki için kâfi değildir. Memura karşı işlenen suçun cezasını arttırmaya kanun vazısını sevkeden sebep suçun memurun vazifesini yaptığı sırada veya yaptığı vazifeden dolayı işlenmiş olmasıdır.

Memurun vazifesini suistimal etmiş olmasından dolayı suç işlenmiş ise faile şiddet sebebi tatbik edilemez. Çünkü vazifesini suistimal eden memura karşı işlenen suç, onun "vazifesini yaptığı sırada" veya "vazifesini yapmasından dolayı" işlenmiş sayılmaz.

TCK. nu "Büyük Millet Meclisi azasından biri aleyhine ika edilirse" adam öldürme suçu failini ölüm cezası ile cezalandırmaktadır (TCK. 450. b. 2). Halbuki Devlet memuruna karşı işlenen suçlarda ceza müebbet ağır haptir (TCK 449, b. 2). Milletvekilleri Ceza Kanunu tatbikatı bakımından memurdur. Bu hususa dair 3038 sayılı kanunun Adalet komisyonu raporunda sarahat vardır (63). Bu itibarla kanun vazısının Milletvekillerine karşı işlenen adam öldürme suçunun cezasını arttırması hattâ diğer memurlara karşı işlenen suçlara nazaran daha fazla arttırmış olması kabili izahıdır. Fakat izahı müşkül olan cihet, Milletvekiligi sıfatının kayıtsız, şartsız bir şiddet sebebi sayılmış olmasıdır. Tamamiyle şahsi sebeplerle işlenen bir suçun mağdurunun Milletvekili olması, şiddet sebebinin izah edemez. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki oy ve demecilerden dolayı bir milletvekilinin öldürülmesi halinde cezanın arttırılması doğrudur. Fakat bilfarz ailevi bir sebep veya bir tarla ihtilâfı yüzünden bu suç işlenmiş ise faile ölüm cezası vermek haklı gözükmez. Bu itibarla 450. maddenin ikinci bendindeki hükmün, memurlar hakkındaki 449. maddenin ikinci bendindeki hüküm gibi kaleme alınması, yani milletvekili görevini ifa sırasında veya bu görev dolayısı ile işlenen suçlara şiddet sebebinin tatbiki doğru olurdu. Kaldiki kanunun unumi

(63) Bk. Erem, Gerekçeli TCK, m. 279, nt. 2.

şiddet sebebini vazeden 273. maddesi, suçun "sıfat ve hizmetten dolayı" işlenmiş olmasını şart koşmaktadır. Bu maddeye göre umumi şiddet sebebi "kanunun ahkâmı mahsusası ile tasrih eylediği ahvalin haricinde" tatbik edilecektir. TCK, nun 450. maddesinin ikinci bendi bu hususi hallerden biridir. Kanunun 273. maddesinde "sıfat ve hizmetten dolayı" suçun işlenmesi şartı arandığına göre adam öldürmede sadece cezayı arttırma nisbetini çoğaltmaya matuf olan 450. maddede böyle bir şartın aranmamış olması kabili izah değildir. Aynı hataya kanunun başka hükümlerinde de rastlanmaktadır. (kşz. 273,180,450, b. 2) (64).

c) *Zehir*: Zehirlenmek suretile mağdur öldürülmüş ise ceza arttırılır (TCK. 449, b. 3) Vücuda ithali halinde ölüm tevhit etmiş olması bir maddenin "Zehir" sayılmasına kâfi gelmez. Damarlara hava zerkedilmesiyle öldürmek gibi. Yine aynı sebeble "Öldürmek kasdı ile bir kimseye çok miktarda içki içiren failin eğer bu şahıs içkinin tesiri ile ölmüş ise, zehirlenme suretile adamı öldürmüş sayılmıyacağına" karar verilmiştir (65).

Vücudu zehirmek suretiyle öldüren madde "Zehir" sayılır. Bu tesiri haiz olmak şartı ile kullanılan maddenin mahiyetinin ehemmiyeti yoktur. Zehir tesiri yapan gazlar da 449. maddenin 3. bendindeki şiddet sebebine dahildir.

Zehirin vücuda ithal yol ve şeklinin, zehirin ani veya çok yavaş tesirli olmasının, mağdura birden bire veya birkaç defada verilmiş olmasının ehemmiyeti yoktur.

"Zehir"i cezayı arttırıcı bir sebep saymağa kanun vazını sevkeden iki düşünce mevcuttur: Zehir sinsi bir vasıttır. Bu itibarla mağdur kendini müdafaa imkânını bulamaz. Bundan başka zehir, tesiri kati bir vasıttır. Bu düşüncelerden birincisi doğru ise de, ikincisi hakkında tereddüt edilmektedir. Impallomeni'ye göre zehirlenme vakalarının ölüm ile neticelenme nisbeti, adiyen öldürmelerdekinden çok düşüktür ve istatistikler de bunu teyit eder (66). Yargıtayımıza göre: "Zehirlenmenin diğer öldürmeler için muayyen olan cezadan fazla olmasının sebebi bu keyfiyetin zehirlenen kimsenin haberi olmadan ve bittabi müdafaya da imkân bulunmasından" dır (67).

"Teammüden Zehirlenme" hâdiselerinde 449. maddenin üçüncü bendimi, yoksa 450. maddenin dördüncü bendimi tatbik olunacaktır? Her iki

(64) Bk. Erem, Hürriyet ve Suç, n. 33.

(65) Fransız Yğ. kararı, 14 Janv. 1850, D. P. 53. 2. 192.

(66) Bu mütalâa için bk. Bentham, Oeuvres, I, Ch. XI (Impallomeni'den naklen, s. 342).

(67) LCD 1.10.940, e. 2725, k. 2861.

maddeye göre verilecek ceza aynı olmadığından meselenin çözümü ehemmiyet arzeder. Bir anlayışa göre kanun zehir ile öldürmeği ayrıca ve hususi surette derpiş etmiş olduğuna göre bu gibi hallerde 450. madde tatbik edilemez. İkinci anlayışa göre, zehir kullanılmak suretile teammüden adam öldürmelerde bilâkis 450. madde tatbik edilmelidir.

Meselenin kanun vazınının maksadına göre çözülmesi daha doğrudur. Zehir ile öldürmeği ayrıca nazara almağa kanun vazını sevkeden sebep sudur: Eski ceza hukukunda zehir istimali daima teammüdün delili sayılıyor ve zehirlenmeler teammüden adam öldürme telâkki ediliyordu. Halbuki çok ender olmasına rağmen fevri olarak da zehir istimal edilmekte (68) olduğunu gören kanun vazı teammüd dışında kalan zehirlenme vakaları için hususi bir hüküm vazetmiştir. Fakat kanun vazınının maksadı teammüden zehirlenmelerde 450. maddenin tatbikini bertaraf etmek değildir. (69). Esasen aksi kanaata varılacak olursa, zehir gibi sinsi bir vasıta kullanmış olmak teammüden öldürülmelerde failin lehine netice verecektir ki bu da tecviz olunmaz (70). Yargıtay da aynı kanaattadır (71). Kaldığı TCK. nun 79. maddesi hükmü yalnız suçu meydana getiren fiiller için değil, şiddet sebepleri için de kabili tatbik bir hükümdür.

d) *Teammüd*: Adam öldürme suçunun cezasını arttıran sebeplerden biri olan teammüdün (TCK 450, b, 4) mahiyeti münakaşalıdır. Bütün kanunlar gibi kanunumuz da teammüdü tarif etmemiştir. Doktrinde ise teammüdün mahiyeti hakkında bir anlaşma mevcut değildir. Bu husustaki muhtelif fikirleri aşağıdaki gibi hülâsa etmek mümkündür:

1) Soğukkanlılık ölçüsü: Teammüden adam öldüren şahısta anormal bir "Soğukkanlılık" müşahade edilmektedir. Başkasını öldürürken hiç bir heyecan duymamış olması ondaki ruh kötülüğünün delilidir (Alimena nazariyesi) (72).

2) Teemmül ölçüsü: Teammüden adam öldürmede suçta karar verildiği an ile suçu işleme anı arasında uzunca bir zaman geçmiştir. Fail bu fasıla zarfında kararından dönebilirdi. Bu imkândan faydalanmamış olması cezanın arttırılmasına sebep sayılmıştır. Kısacası teammüden adam

(68) Bk. Carrara, § 1184, nt. 2.

(69) CGK. 18.4.1938, e. 169, k. 338: "Tasmim ve tasavvur edilmeksizin de adam öldürmekte zehir istimal edileceğine göre cürümde tehevür ve tasmim mevcut olduğu takdirde 450, aksi takdirde 449. maddelere göre ceza tayini icap eder" (Tem. Kar. 1938, s. 60). Aynı mahiyette İCD 1.10.1940, e. 2725, k. 2361 (Tem. Kar. 1930-1934 s. 110).

(70) Bk. Manzini, VII, n. 2381.

(71) İCD 1.10.1940, e. 2725, k. 2361.

(72) Alimena, La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto e alla legislazione comparata (Impallomeni'den naklen, s. 342).

öldürmede fail yapacağı hareketi teemmül edebilir ve bunun sonunda da -eğer ruhan çok düşük insan değilse - harekâtının kötülüğünü idrak ederek suç işlemekten vazgeçebilirdi. Teemmüle yetecek kadar zaman geçmiş olmasına rağmen, suçun işlenmiş olması sebebi ile ceza arttırılmadır (73).

3) Tertip Ölçüsü: Teammüden işlenen adam öldürme hâdiselerinde, suç iyi hazırlanmış, iyi tertiplenmiştir. Bu hazırlık ve tertip (pusu kurmak, mağduru hiyle ile öldürüleceği yere getirmek gibi) suçun neticelenmesini daha emin ve kati hale getirir ve hadise anında mağdurun kendisini müdafaa imkânı da bertaraf edilmiş veya tesirsiz hale getirilmiş olur. İşte bu "Tertip" cezanın teammüden dolayı arttırılmasına sebep sayılmalıdır (Carrara nazariyesi) (74) (75).

Zannımıza göre teammüd suni bir mefhumdur. İnsan psikolojisinde gerçek bir hale takabül etmemektedir. Teammüdü izah eden düşüncelerde de katiyet yoktur. Şöyleki:

Failin soğuk kanlılığı, teammüd için ölçü olabilecek mahiyette değildir. Soğuk kanlılığın içden ve dıştan görünüşü pek farklıdır. Karar ile icra arasında zaman geçmiş olması (Zaman ölçüsü) ve failin hareketinin kötülüğü hakkında teemmül imkânını kazanmış bulunması (teemmül ölçüsü) kesin bir mana ifade etmemektedir. İnsanın psikolojik hayatındaki hadiseleri kronometre ile ölçmeğe imkân yoktur. Kaldığı bazı müelliflerin dediği gibi, bir anda feveran edip karşısındaki öldüren kimse, kararını bir müddet sonra icra eden kimseden, ahlâkan her zaman üstün sayılamaz. Başkasının hayatına kıymak için bir an dahi düşünmek istemeyen kimse, tereddüt eden ve belki de uzun bir vicdan mücadelesi sonunda suçu işlemiş bulunan kimseden daha ziyade cemiyet için tehlikelidir. Suç kararı üzerinde teemmül her zaman daha fazla bir ruh kötülüğüne delalet etmez. Karar ile icra arasında geçen zaman zarfında failin adam öldürme niyeti ile gayrı kabili telif hareketleri mevcut ise ve bunlar da subuta varacaksa artık teammüden bahsedilmiyecektir. Fakat failin suç kararında ısrar etmemesine rağmen suçdan vazgeçmesini veya hiç olmazsa tereddüdünü gösterecek harici hareketler mevcut olmayabilir veya bunlar ispat edilmemiş olabilir. Bu gibi hallerde kararda ısrar edildiği neticesine nasıl varılacaktır? Suçun iyi tertiplenmiş ve dolayısıyla mağdurun müdafaa imkânını kaldırmış veya azaltmış olması da yine kati bir ölçü değildir. Tehevvüren işlendiği halde müdafaa imkânını temamiyle kaldır-

(73) Impallomeni, n. 138.

(74) Carrara, § 1122.

(75) Teammüd nazariyeleri için bk. Manzini, VII, n. 2382; Impallomeni, nn. 160.

muş tearruzlara tesadüf edildiği gibi teammüden işlendiği halde mağdurun fiilen müdafaa imkânını bulabildiği hadiseler de az değildir. Kaldığı bu mütalâa doğru olsa idi, suç istatistiklerinde teşebbüs halinde kalmış teammüden katil hâdiselerinin, teşebbüs halinde kalmış adiyen katil hadiselerine nazaran daha az bir yüzde nisbeti göstermesi icap ederdi. Halbuki aksini gösteren istatistiklere rastlanmaktadır (76).

Teammüd, ancak "Tehevvür" ün aksi olarak bir mana ifade eder. Bu manada ise tehevvüren işlenmiş her katil hadisesi teammüden işlenmiş sayılacaktır ki bu da oldukça aşırı bir tefsir olur. "Hiddet Heyecanı" (77) insan psikolojisinde muayyen bir ruhi duruma delalet eder. Bu itibarla "Tehevvüren Katil" denilen halin psikolojide bir karşılığı vardır. Teammüdün istinat edebileceği muayyen bir ruhi hâdiseye ise mevcut değildir. Haddizatında "Teammüden katil" denilen mefhum "Kasden katil" den ibarettir.

Teammüd bazan "arizi" dir. Ani olarak öldürmeğe karar verdiği kimseyi, bazı maniler yüzünden öldüremeyeceğini anlayıp daha iyi şartlarla suçu işlemek için icrayı tehir eden suçluda teammüd arizidir. Bazı kimselerde ise her fiil kasden değil, teammüden işlenir. Karakteri teammüle müsait olan katillerin çoğunda suç tehevvüren veya ani bir karar ile değil teammüden işlenir. Bu itibarla adiyen veya teammüden suç işlemek keyfiyeti, suçlunun psikolojik yapısına bağlı bir keyfiyettir (78). Spencer'in dediği gibi sinir sistemi kuvvetli olan kimselerde teammül kabiliyeti fazladır. Ruhi melekeleri az tekâmül etmiş olanlarda ise teheyyüç ve ihtiras onları ani ve şiddetli hareketlere sevkeder (79).

Teammüden katil, adiyen katilden fiilin "Saik" i bakımından değil, failin hareket tarzı ile ayrılmaktadır. Bazan teammüden katilde saik, adiyen katildeki saikden daha fazla mazur gözükebilir bir saik olabilir.

Kanunumuzda teammüd tarif edilmemiştir. Meyhaz kanunda da tarifi yoktur. Meyhaz kanunun gerekçesinde şöyle denilmektedir: "Teammüdün tarifi hâkimlerin zihnini karıştırır. Hâkimin vicdanını ihlal edecek tarif vazetmektense bu ciheti adaletin son haddi olan hakimin akli selimine bırakmak daha münasiptir" (80).

Yargıtayımızın şu mahiyette kararları mevcuttur: "Kanunda tarif edilmemiş olan teammüdün vücudu, hâdisenin mahiyetine ve hususiyetine

(76) Impallomeni, s. 346.

(77) Erem, Adalet Psikolojisi (bk. Heyecanlar ve İhtiraslar).

(78) Bu hususta bk. Impallomeni, n. 150.

(79) Spence, Principes de psychologie, § 252.

(80) Bk. Majno, n. 1583.

göre mahkemenin takdirine bırakılmıştır" (81), "Teammüd, işlenmesi tasavvur olunan fiil hakkında sebat ve ısrarı tazammun eden kati kararı ifade eder" (82). "Takip olunan gayeye varmamak tehevürü ile adam öldürme adiyen katildir" (83).

Teammüdün, tatbikatta nasıl subuta varmış sayılacağı üzerinde de durmak doğru olur: İlk akla gelen ölçü failin adam öldürmeğe karar verdiğini gösterecek delillerin mevcut olup olmadığına bakmak ve karar anından suç işlendiği ana kadar uzun bir zaman geçip geçmediğini araştırmaktır. Fakat bu ölçünün isabetli olamayacağı aşikârdır. Evvelâ suç işleme kararı Ceza Hukukunda kaideten cezayı müstelzim değildir. Bundan başka zamanın uzunluğu psikolojik olması gereken bir hâdisenin ölçüsü olamaz.

Kararı takiben hiç olmazsa cezayı müstelzim teşebbüs sahasına intikal etmiş ve bir müddet sonra suçu işlemiş olan failin cezasını arttırmak doğru gözükebilir. Çünkü suç kararı evvelce kanuni manada teşebbüs halinde tezahür etmiş, fail meselâ yakalanmamış olmasından dolayı, öldürmeğe teşebbüs ettiği şahsa tekrar tearruz ederek bu kerre onu öldürmüş ise faile aynı ceza verilemez. Fakat burada da failin cezasını arttırmağa sebep temmüdden ziyade, ikinci defa suç işlemesini daha ağır sayan düşüncelerdir.

"Suçda Vekâlet" suretile adam öldürmelerde "Teammüdü" ün mevcut olduğu da düşünülebilir ve suçda vekâletin isbatı halinde teammüdün de sabit olduğu neticesine varılabilir. Vekâlet suretiyle suç işlemede vekile, müekkilden daha fazla ceza verilmesini isteyen düşünceler de mevcuttur. Burada da teammüdden dolayı cezanın arttırılması istenirken hadizatında suçda vekâlet suretile iştirakin cezayı arttırıcı bir sebep olmasını isteyen düşünceye dayanılmaktadır. Müekkilde her zaman teammüdün mevcut sayılmayacağı, çünkü bir hiddet anında vekâlet vermiş olabileceğini ileri süren müellifler de vardır (84). Buna mukabil Carrara (85) bir müekkilin hiddet anında ücretli bir vekâlet vermesi (86) ve bu vekilin de bunu derhal yerine getirmesi halinde her iki taraf için de teammüd mevcut olamayacağını ileri sürer. Fakat bu müalâa, hakikatte böy-

(81) CGK 30.11.942, e. 73, k. 94 (Yğ. Kar. 941-942, s. 198).

(82) İCD 21.5.941, e. 36, k. 1832 (Yağ. Kar. 941-942, s. 304).

(83) Tev. İçt. 19.2.941, e. 15, k. 6 (Yğ. Kar. 941-942, s. 3)

(84) Bu hususta bk. İmpallomeni, s. 383.

(85) Programma § 1194.

(86) Suçda vekâlet, ücretli vekâlet mefhumları için bk. Erem, Türk Ceza Hukuku § 113.

le bir hâdisenin cereyan edemeyeceği düşüncesi ile tenkit edilmektedir (87). Görülüyor ki tatbikat bakımından da teammüdü kabul pek güçtür.

Teammüd hukukan kabul edildiğine göre aşağıdaki hususlar üzerinde de durmak doğru olur:

Mağdurun şahsında "Hata" suretile işlenen suçlarda "Teammüd" kabul olunmalıdır. Çünkü böyle bir hata "Teammüden öldürmek niyeti" ni ortadan kaldırmış olamaz (88). Çünkü teammüd, şahsa değil, fiile bağlı bir şiddet sebebidir (89). "İsabette Hata" hakkında da aynı neticeye varmak doğru olur (90). Fakat Yargıtay aksi kanaattadır. Yargıtayımıza göre: "Katli tasavvur ve tasmin edilen herhangi bir şahsın yerine başkasının öldürülmesi halinde teammüd, katli tasavvur ve tasmin edilmeyen bir maktulün katline sari olamaz" (91). Aynı mahiyette bir de Tevhidi İçtihad kararı vardır (92).

"Hata" bazen vasıtada olabilir. Carrara şöyle bir m'sal vermektedir: Bir kimse, diğer bir şahsı teammüden öldürmek için yaralar. Mağdur ölmemiştir. Fakat fail onun öldüğünü zanneder ve suç meydana çıkmasını diye mağduru bir nehre atar. Bilahire cesedin muayenesinde mağdurun aldığı yaradan değil, suda boğulmaktan öldüğü sabit olur. Bu gibi haller için Carrara şöyle düşünmektedir: Ortada iki safha vardır. Birinci safha öldürmek niyeti ile teammüden yaralamak, ikinci safha ölmüş zannedilen mağdurun suda boğulmasıdır. Birinci safha bakımından ortada tekemmül etmemiş bir adam öldürme suçu vardır. İkinci safha da ise taksirli bir adam öldürme mevcuttur. Çünkü mağdur ölü zannedildiği için suya atıldığından failde öldürmek niyeti yoktur. Impallomeni bu mütalâaya katılmaz. Bu müellî'e göre (93) bir kimsenin bir şahsı öldürmek istemiş olması kâfidir. Bu niyetinin şu veya bu tarzda tahakkuk etmiş olmasının ehemmiyeti yoktur. Zannımıza göre bu gibi hadiseleri kasden katil olarak kabul etmek doğru olur. Çünkü teammüd fiile bağlı bir şiddet sebebidir ve ölümü husule getirmiş olan fiil birinci safhadaki fiil değildir.

Adam öldürmenin şarta bağlı olduğu hallerde (İğfal edilen bir kızın, evlenmeği red hususunda ısrar ettiği takdirde kendini iğfal edeni öl-

(87) Bk. Impallomeni, ss. 383.

(88) Bk. Impallomeni, n. 169.

(89) Impallomeni, n. 169.

(90) Şahısta hata, isabette hata terimleri için bk. Erem, Türk Ceza Hukuku

§ 104.

(91) CGK 11.6.934, e. 124, k. 101 (Tem. mah. CUH. 1930-934 s. 689).

(92) Tev. İct. 8.7.936 (İct. Birl. Kar. 934-47, s. 31).

(93) Impallomeni, n. 170.

dürmek istemiş olması gibi) teammüdün kabul edilip edilemeyeceği ihtilâfıdır. Carrara'ya göre şartı teşkil eden vakıa haklı ise yalnız teammüdün ademi mevcudiyeti değil, haksız tahrikin de kabulü lâzımdır. Eğer bu vaka haksız ise teammüt mevcut olabilir. Çünkü böyle hallerde öldürmek niyeti tasarlanmış bir hale, hakiki teamüde delalet eder (94).

Zannımıza göre şarta bağlı olduğu hallerde teammüd kabul edilemez. Çünkü şarta bağlı teammüd, fiilen mevcut sayılamaz. Yargıtay içtihadına göre de "Şarta bağlı teammüd olamaz" (95). Teammüdün suç ortaklarına sirayet edip etmeyeceği evvelce incelenmişti (96).

"Teamüd" ile "Haksız Tahrik" halinin aynı hadisede kabul edilip edilemeyeceği de tatbikatta tereddütleri mucip olmaktadır. Teammüd mefhumunun gayri muayyen oluşu bu tereddütlere sebebiyet vermektedir. Teammüdün ölçüsü "Soğuk Kanlılık Ölçüsü" ise bir heyecan haline tekabül eden haksız tahrikin teammüd ile gayri kabili telif olması lâzımdır. Teammüdün esasını "Teemmül Ölçüsü"nde ararsak karar ile icra arasında uzunca bir zaman geçmiş olmasını gerektiren teammüdün, uzun sürmemesi icap eden heyecan hali ile uzlaşamayacağını görürüz. Fakat bu gibi halleri mantık ölçüleri ile tayine imkân yoktur.

"Pusuda beklemek" hali ekseriya teammüde delalet eder (97). Fransız Yargıtayı teammüd ile tahrikin birleşebileceği kanaatındadır (98).

Teammüd hakkındaki İtalyan Yargıtayının şu kararının tatbiki değeri büyüktür: "Eğer vakıalar suç kararında ısrarı tazammum ediyorsa, failin kendini cezadan kurtarmak için gerekli tedbirleri almamış olması teammüdün mevcudiyetini bertaraf edemez. Teammüde vücut veren teemmül ve zaman geçmiş olması unsurları mevcut ise teammüt mevcut demektir" (99). Fakat "mağdur ile suçlu arasında bir düşmanlığın ötedenberi mevcut olması, sadece bu husus, teammüdün ispatı için kâfi sayılmaz" (100).

e) *Mağdurun birden ziyade olması*: Mağdurun birden ziyade olması halinde ceza arttırılır (TCK 450 b. 5). Fakat bu hükmün tatbiki için mağdurların her birinin kasten öldürülmüş olması lâzımdır. Bu itibarla attığı bir tek kurşun ile öldürmek istediği kimseyi öldüren ve mağdurun vücudundan çıkan kurşunun tesadüfen başka bir şahsa isabeti ile onun da ölü-

(94) Carrara, § 1129, 1130; bk. Majno, n. 1584.

(95) LCD 21.5.941, e. 36, k. 1832 (Yğ. Kar. 941-942, s. 304).

(96) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, § 115.

(97) Fransız Yğ. kararı, 3 Juillet 1845, D. P. 46. 4. 141.

(98) Fransız Yğ. kararı, 6 Ağustos 1898, D. P. 99. 1. 95.

(99) İtalyan Yğ. kararı 14.1.952 (Giuris. Comp. Cass. Pen, 952, n. 79).

(100) İtalyan Yğ. kararı, 6.6.914 (Bruno m. 366).

müne sebebiyet vermiş bulunan şahıs hakkında bu madde hükmüne göre (TCK 450, b.5) ceza arttırılmaz. Çünkü ikinci şahsın ölümünde failin kasdı yoktur. Böyle hallerde biri kasden, diğeri taksiri iki adam öldürme mevcut bulunduğundan meselenin 79. madde hükmüne göre halledilmesi doğru olur (101).

Şiddet sebebinin tatbiki için bir hâdisede birden ziyade kimsenin ölmüş olması kâfi değildir. "Aynı sebep ve kasıt altında" (102) fiillerin işlenmiş olmasının subutu, yani "iki katil arasında irtibat bulunması" (103) lâzımdır. "Ayrı ayrı sebep ve tehevvir altında ika edildikleri takdirde" fiiller arasında bir irtibat mevcut sayılamaz. Bu gibi hallerde içtima hüğümleri tatbik olunmalıdır. (104). Yargıtay içtihadı bu irtibatı mahdut sahada kabul etmektedir: "Mazunun maktullerden birini vurup kaçarken diğzerinin takip etmesi hasebi ile dönüp onu da vurmuş olmasına nazaran bunların başka sebep ve kasıtlarla ika edilip edilmediği tetkik edilmek ve neticesine göre karar verilmek ve maksat ve sebebi katil başka olduğu takdirde 450. maddenin 5. fıkrası tatbik edilmek iktiza eder" (105).

f) *Canavarca his*: Adam öldürme cürmü "Canavarca bir his sevki ile işlenmiş ise" ceza artırılır. Ne gibi hislerin "Canavarca" olduğunu tarif imkânsızdır. Sırf öldürmek için öldürmek, mağdurun izdirabından zevk duymak için öldürmek silâhını tecrübe için öldürmek (106) gibi haller canavarca hisse misal olabilir. Fakat "sadece yaraların teaddüdü canavarca hisse delil sayılmaz" (107). Meyhaz kanunu tatbik eden İtalyan mahkemelerinin içtihadına göre, suçludaki canavarca his ve ruhundaki vahşetten başka hiç bir sebep olmaksızın suçlu adam öldürmüş ise canavarca hisden dolayı ceza artırılmaktadır (108).

Meyhaz Kanununun (m. 366) kullandığı ibare şudur: Münhasıran canavarca bir his sevki ile..." Meyhaz Kanunu serheden müellifler "münhasıran" kaydı üzerine durmaktadırlar. Manzini'ye göre (109) bir kaç kuruş için adam öldüren kimse "münhasıran" canavarca his ile hareket etmiş sayılmaz. Aynı sebeble babasından intikam almak için oğlunu öldüren kimse de "münhasıran canavarca his" sevki ile suç işlemiş sayılmı-

(101) Taner, s. 482.

(102) CGK 14.4.952, e. 115, k. 95 (Ad. Derg., 952, s. 1378).

(103) CGK 31.3.930, e. 59, k. 60 (Tem. Mah. 930-934, s. 10).

(104) CGK 6.4.931, e. 15, k. 38 (Tem. mah. CUH 930-934, s. 135).

(105) CGK 29.9.930, e. 167, k. 164 (Tem. Mah. CUH 930-34, s. 20).

(106) Impallomeni, n. 187; Manzini, VII, n. 2382

(107) ICD 11.2.942 e. 57, k. 296 (Yğ. kar. 941-942, s. 320).

(108) İtalyan Mahkeme İçtihadı 30.3.917 (Bruno, m. 366).

(109) Manzini, VII, n. 2382

yacaktır. Müellifler mey haz kanunu bu bakımdan tenkit etmektedirler (110).

Canavarca his ile suçu işleyen kimsede ahlâk kötülüğü aşağı derecededir. Fakat bunun bir "Akıl Maluliyeti" sayılmasına imkân yoktur. Bu sahada "Ahlâki delilik" (Folia Morale) mefhumuna müracaat edilmekte ise de (111) bu mefhum suçluluğu örtmek için kullanılan bir bahanedir. En vahşice cürümleri işleyen bütün suçluların ahlâken deli oldukları muhakkaktır (112).

"Canavarca His" ile "Tam olmayan akıl maluliyeti" aynı hâdisede birlikte mevcut olabilir mi? Mey haz Kanunu şerheden müelliflere göre bu iki hal içtima edemez. Çünkü bu çeşit hâdiselerde suç "münhasıran" canavarca hisden husule gelmemiş, akıl maluliyetinin de hâdisede tesiri olmuştur (113). Mey haz Kanunundaki "Münhasıran" kaydı kanunumuza alınmadığına göre bu hususta tereddüt edilebilir. Akıl maluliyeti hallerinden pek çoğu "Canavarca His" tevhit ederler. Eğer bu hal nazara alınarak ceza arttırılacak olursa tenakuza düşülmüş olur. Çünkü tam olmayan akıl maluliyetinden (TCK 474) dolayı ceza indirilmiş ve fakat bu halin neticesi olan canavarca hisden (TCK. 450, b. 3) dolayı ceza arttırılmış olacaktır.

g) *İşkence ve tazib*: "İşkence ve tazib ile ika edilirse" adam öldürmenin cezası arttırılır (TCK. 450, b. 3).

Ölümün işkence ve tazibden ileri gelmiş olması şart değildir, bunların ölüme tekaddüm etmiş ve kabili isnat bulunmuş olması kâfidir. Ölümden sonraki hareketler, canlı bir insan bahis mevzuu olmadığından "İşkence" ve "tazib" sayılamaz. Bu gibi hallerde ölümlere karşı işlenen suçlarla adam öldürmeğe ait hükümlerin birlikte tatbiki cihetine gidilebilir.

Maktül ile katilin mücadelesi sırasında vukua gelen hareketler işkence ve tazib sayılmamalıdır. Öldürmek gaye ve niyetinden daha öteye giden bir niyetin tezahürü sayılan ve ölüm neticesini istihsal bakımından zaruri bulunmayan vahşiyane hareketler "İşkence", "Tazib" sayılır.

Bu şiddet sebebinin tatbiki için de suçluda "işkence ve tazib kasdı bulunması lâzımdır" (114). İşkence ve tazib "cezayı arttırıcı fiili sebepler" dendir, ortaklara sirayet eder (TCK 67).

h) *Diğer suçlarla irtibat*: TCK. nun 450. maddesine göre (b. 7,8,9) "Velevki husule gelmiş olmasın diğer bir suçu hazırlamak veya kolaylaş-

(110) bk. Impallomeni, n. 187

(111) bk. Impallomeni, n. 187

(112) Manzini, VII, n. 2382

(113) Manzini, VII, n. 2382

(114) ICD 23.5.941, e. 156, k. 1855 (Yğ. Kar. 941-942, s. 301).

türmek veya işlemek için", başka "bir suçtan hasıl olacak faideyi elde etmek veya bu gayeye vasıl olmak maksadı ile yapılan ihzaratı saklamak için", "Takip edilen gayeye vâsil olmamaktan mütevekkil infial ile" veya "bir suçu gizlemek veya delil veya emarelerini ortadan kaldırmak veya kendisinin veyahut başkasının cezadan kurtulmasını temin etmek maksadı ile" adam öldürecek olursa ceza artırılır. "Yangın, su baskını ve gark gibi yedinci babın birinci faslında beyan olunan vasıtalarla" suçun işlenmesi halinde de ceza artırılacaktır (TCK 450, b6).

1. Adam öldürmenin diğer bir suça vasıta olarak işlenmesi: "Bir suçu hazırlamak", "bir suçu kolaylaştırmak", veya "bir suçu işlemek" için Adam öldürme hallerinde (TCK 450, b. 7) adam öldürme "Vasıta" diğer suç ise "Gaye" dir. Şiddet sebebinin tatbiki için bu iki suç arasında "Aynı Cins" den olmak (TCK. 86) rabıtası aranmaz.

"Gaye suç" un TCK. nda veya hususi bir kanunda derpis edilmiş olması arasında fark yoktur.

"Gaye suç"un adam öldürme faili tarafından işlenmiş veya işlenmesi tasarrur edilmiş bir suç olması şart değildir. Başkasının suçunu hazırlamak veya kolaylaştırmak için adam öldürme halinde de şiddet sebebinin tatbiki doğru olur. Kanunumuzda bu anlayışı reddedecek bir ifade tarzı ihtiyar edilmemiştir. Kanunun maksadı, adam öldürmenin kim tarafından olursa olsun işlenmiş veya işlenecek bir suça vasıta olmasını şiddetle cezalandırmaktır. Bu itibarla karışının işleyeceği bir suçu kolaylaştırmak için kocanın adam öldürmesi halinde şiddet sebebi tatbik olunur.

"Gaye suç"un "husule gelmemiş olması" nın, yani "tekemmül etmemiş" olmasının ehemmiyeti yoktur. Fakat acaba gaye - suç "Teşebbüs" halinde kalsa bile (TCK. 61,62) bu şiddet sebebi tatbik edilebilecektir? Kanunun nazara aldığı şey, gaye - suç işlemek "maksadı" ile adam öldürme suçunun işlenmiş olmasıdır. Bu maksadın subutu, şiddet sebebinin tatbiki için kâfidir. Bu itibarla gaye - suçun cezası müstelzim teşebbüs sahasına girmemiş olması halinde de şiddet sebebi tatbik olunur.

Yargıtayın bu husus hakkında içtihadı sarıh değildir. Yargıtayın bir kararına göre "Suçlunun mağdurenin irzına taarruz maksadıyla mezbureyi sürükliyerek kaçırmak istemesine karşı mezburenin gitmemekte ısrarı üzerine maznunun hamil olduğu silâhı endâht ile mezbureyi katletmesi 450. maddenin 7. bendi dairesi şümulündendir" (115). Diğer bir karara göre de "zorla irzına geçmek istendiği mağdurenin mümanaatı üzerine tehevür ile öldürülmesinde 450. maddenin 7. bendi tatbik edilemez" (116)

(115) CGK 26.10.931, e. 125, k. 136 (Tem. Mah. CUH. 1930-34, s. 152).

(116) İCD 19.9.941 e. 2938, k. 2413 (Yğ. Kar. 941-42, s. 235).

(117). Yargıtay içtihadındaki bu tereddüt 6123 sayılı kanunla giderilmiştir. TCK. nun 450 maddesine (b. 8) ilâve edilen “takip edilen gayeye vâsil olamamaktan mütevellit infial ile işlenmiş olursa” kaydı bu manaya alınmalıdır. Irza geçme suçuna mani olmak isteyen üçüncü şahsı öldüren fail hakkında 7. bendin tatbiki lâzımdır. Yargıtay da böyle içtihad etmiştir: “Kadının kaçırıldığı sırada yetişen kardeşini, müdahalesini men etmek maksad ile öldüren kimse hakkında 450. maddenin 7. bendi tatbik olunur” (118). Fakat “rıza ile işlenen ve mahiyeti itibariyle cürüm olmayan irza geçmeğe mani olmak isteyen kimsenin tehevür eden öldürülmesinde 450. maddenin 7. bendi tatbik edilmez” (119).

Faile tatbik edilecek ceza “Şiddet sebebi Adam Öldürme” (= Mevsuf Katil) cürümüne verilecek cezadır. Eğer gaye - suç husule gelmemiş ise bu hususta tereddüde mahal yoktur. Eğer bu suç husule gelmiş ise TCK. nun 78. maddesi tatbik olunur. Çünkü Kanun gaye - suç vasıta suçun şiddet sebebi saymıştır. Yargıtayın içtihadı da böyledir: “450. maddenin 7. bendi tatbik edilince diğer cürüm için ayrıca ceza verilemez” (120). Fakat yargıtayın bunun aksine de içtihadına rastlanmaktadır: “Bir cürüm işlemek için adam öldürmede iki ayrı suç vardır” (121). Bu karar isabetsizdir. Meyhaz Kanunu tatbik etmiş olan İtalyan Yargıtayı gaye - suç için ayrıca ceza verilemeyeceği içtihadında idi (122). Yargıtayımızın bu mahiyette kararları vardır: “Suçlunun eve girerek hırsızlık yaptığı sırada gelen ve fiile mani olmak isteyen ev sahibini öldürmesi halinde 450. maddenin tatbiki icap ederken 448,449. maddelere göre ceza tayini yolsuzdur” (123). Manzini bu durumu tenkit eder. Bu müellife göre (124) iki suç işlemiş olan bir kimse, tek suç işlemiş olan kimseye benzetilmiştir. Kanun için bu bir kusurdur. Kanun vazı bunu düzeltmelidir.

2. Diğer bir suçun neticesi ile ilgili adam öldürme: Bu şiddet sebebi şu halleri ihtiva eder: a) Başka “bir suçtan hasıl olacak faideyi elde etmek için” b) “Bu gayeye vasil olmak maksadı ile yapılan ihtarati saklamak için” c) “Bir suçu gizlemek veya delil ve emarelerini ortadan

(117) ICD 28.3.940 e. 670, k. 843 (Tem. Kar. 939-940, s. 881). Aynı mahiyette bir de Tey. İçt. kararı vardır (19.2.941, bk. İçt. Bril. Kar. 930-947, s. 84).

(118) ICD 8.4.941 e. 1451, k. 1299 (Yğ. Kar. 941-42, s. 239).

(119) ICD 1.3.942 e. 88, k. 823 (Yğ. Kar. 941-42, s. 284).

(120) ICD 7.3.941, e. 268, k. 923 (Yğ. Kar. 941-42, s. 256).

(121) ICD 8.4.941, e. 1451, k. 1299 (Yğ. Kar. 941-42, s. 239).

(122) İtalyan Yğ. Kararı 18.2.913 (Bruno, m. 366).

(123) ICD 27.1.938, e. 3093, k. 354 (Tem. Kar. 938, s. 137).

(124) Manzini, VII, n. 2382

kaldırarak veya kendisinin veyahut başkasının cezadan kurtulmasını temin etmek maksadı ile” adam öldürmek.

Bütün bu hallerde birinci suçun mahiyetinin ehemmiyeti yoktur. Bu suç kasdî veya taksirli olabilir. Failin bu cürüm ile ilgili bulunması da (asli veya ferî fail) lâzımdır.

Birinci suç, Adam Öldürmenin şiddet sebebi sayıldığı için (TCK 78) faille yalnız esbabı müşeddideli adam öldürme (mevsuf katil) hükmü tatbik olunur. Eğer bilâkis adam öldürmeği gizlemek veya adam öldürme cezasından kendisini veya başkasını kurtarmak için diğer bir suç işlemiş ise - 78. maddedeki ihtirazi kayıt tahakkük etmediği takdirde - suçların içtimaı kaidesi tatbik olunur. Kendisini cezadan kurtarmak için, başkasını adam öldürmenin faili olarak adli makamlara ihbar etmek gibi.

Kendisini cezadan kurtarmak saiki ile teammüd aynı hâdisede mevcut olabilir. İşlediği suçtan ceza görmemeği sağlamak için fırsat zuhur ettiği zaman bu suçun mağdurunu öldürmeğe karar vermiş olanın fırsat zuhurunda o kimseyi öldürmesinde durum böyledir. Kendini cezadan kurtarmak saiki ile teammüdü birlikte kabul eden hüküm, bu itibarla, mütenakız bir hüküm sayılmamalıdır (125). Fakat bu hususun TCK. nu bakımından önemi yoktur. Çünkü kendini cezadan kurtarmak saiki ile işlenen adam öldürmelerde ve teammüden öldürmelerde kanun aynı cezayı vermektedir.

3. Yedinci babın birinci faslında beyan olunan vasıtalar: Bu şiddet sebebinin tatbiki için adam öldürme ile bu suçlar arasında gaye - vasıta bağı mevcut olmalıdır. Adam öldürmek için kasden yangın çıkarmak, bir demir yolu kazasına kasden sebebiyet vermek gibi. Bu hükümler bir aralık Avrupada fazlaca tesadüf olunan “Anarşist suçları” nı karşılamak için kanuna ithal edilmiştir.

Eğer failin gayesi adam öldürmek değilse ve fakat buna rağmen hâdiseye bir veya birkaç kişinin ölümü ile neticelenmiş ise Yedinci Babın birinci faslında yer alan esbabı müşeddideli hükümler tatbik olunur.

F. CEZAYI AZALTICI SEBEBLER

Adam Öldürme suçunun cezası umumî sebeblerle azaltılabilir. Umumî sebeblerin bütün ortaklar hakkında aynı şekilde tatbiki icap etmez. Bu itibarla meselâ aynı hâdisede “üç suçludan ikisi hakkında tam olmayan akıl maluliyeti sebebi ile cezanın indirilmesine mukabil üçüncüsü hakkın-

da bu sebebin kabul edilmemesi, iki suçlu hakkında haksız tahrikin kabulüne rağmen üçüncüsü hakkında bu hükmün tatbik olunmaması halinde hüküm mütenakız değildir" (126).

TCK. cezayı azaltıcı umumi sebeplerden ayrı olarak adam öldürme suçu için cezayı azaltıcı hususi sebepler de kabul etmiştir:

a) *Müşterek sebep*: TCK. nun 451. maddesine göre: "Ölüm failin fiilinden evvel mevcut olupta failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veya hut failin iradesinden hariç ve gayrı melhuz esbabın inzımanı yüzünden vukua gelmiş ise" ceza indirilir.

Fiilin, yalnız başına "Ölüm" neticesini tevlide elverişli olmadığı halde "Müşterek Sebep" bahis mevzuu olabilir. Müşterek sebep ya failin fiilinden evvel mevcuttur, yahut fiilden sonra husule gelmiştir. Bir kimseyi öldürmek kasdı ile hafifce, yani öldürmeğe kâfi gelmeyecek şekilde yaralayan şahsın fiili başlı başına ölüm sebebi olamaz. Fakat yaralanan şahısta bünyevi bir sebep (meselâ şeker hastalığı) dolayısı ile yaranın kapanmamasından ölümün husule geldiği hallerde ölüm neticesi failin fiili ile "evvelden mevcut sebep" in birleşmesinden husule gelmiştir. Aynı şekilde hafifce yaralanan mağdurun yarasının, mağdurun kusuru ile (meselâ yaranın üzerine örümcek ağı komak gibi) mikrop kapmasından ölmesi halinde netice, failin fiili ile "sonradan husule gelen sebep" in birleşmesinden hasıl olmuştur.

"Müşterek sebep" sadece "Cezayı Azaltıcı Sebep değildir, "Suçun Vahşisi" ni de değiştirir (127). Bu hususun Ceza Muhakemeleri Usulü Bakımından ehemmiyeti vardır (bk. CMUK 258).

"Müşterek Sebep" halinde faile atfı kabil olmayan sebep mağdurda mevcut bulunan ve dolayısı ile hâdisede objektif ve maddi bir sebep mahiyeti arzeden bir husus olduğundan bu sebebin suç ortaklarından biri hakkında kabul, diğerleri hakkında reddedilmesi kanuna uygun değildir (128).

Kanunda müşterek sebep ayrıca derpiş edilmemiş olsa idi, failde öldürmek niyeti mevcut olmasına rağmen fiilin ölüm tevlit etmesine imkân olmadığına ve ancak diğer sebebin iştirâki ile ölüm husule geldiğine göre umumî kaideler gereğince fail hakkında ancak teşebbüs hükümlerinin tatbiki mümkün olabilecekti. Kanun vazı işte böyle bir neticeye varılmasını önlemek maksadı ile "Müşterek Sebep" den mütevellit ölüm hâdiselerine mahsus olmak üzere hususi bir hüküm vazetmiş bulunmakta-

(126) İtalyan Yğ. Kararı 22.3.929 (Riv. Ital. Di Dir. Pen, 1929, s. 715).

(127) Manzini, VII, n. 2383

(128) İtalyan Yğ. Kararı, 31.7.1907 (Bruno, m. 367).

dır. Bu da gösteriyorki ortada sadece cezayı azaltıcı bir sebep değil, suçun vasfını değiştiren bir sebep mevcuttur.

Müşterek sebebe ait Kanun Hükümünün (TCK 451) tatbiki için failin "Öldürmek Niyeti" ile hareket ettiğinin subutu lâzımdır. Bunun sabit olmadığı hallerde - diğer şartlar da mevcut ise - 452. maddenin tatbiki mümkündür.

Kanun "Müşterek Sebep" halinde cezanın indirilmesinde yargıca geniş imkânlar tanımıştır. TCK. nun 451. maddesinde azaltmanın sadece azami haddi gösterilmiş ve asgari had tayin olunmamıştır. Yargıç neticenin husulünde failin fiilinin tesir derecesi ve hissesini nazara almak suretile cezadan ne kadar indirileceğini takdir edecektir.

"Müşterek Sebep" iki şekilde olabilir: Evvelden mevcut sebep, sonradan husule gelen sebep.

Aynı adam öldürme hâdisesinde bu iki çeşit sebep birlikte bulunabilir. Aralarında hiç bir anlaşma mevcut olmaksızın iki suçlu, birbirini müteakiben ve birbirinden habersiz mağduru yaralayacak olurlarsa ve yaralar yalnız başına ölümü tevlide elverişli değilseler ve ancak birleştikleri takdirde ölüme sebebiyet vermiş iseler "Evvelden Mevcut Sebep" ile "Sonradan Husule Gelen Sebep" birleşmiş olur. Mağduru ilk yaralayan fail bakımından ikinci failin tevlit ettiği yara "Sonradan Husule Gelen Sebep" dir. İkinci fail bakımından ise, birinci yara "Evvelce Mevcut Sebep" dir (129). Eğer failer arasında anlaşma mevcut ise (130) suç ortaklığı bahis mevzuu olur. Aralarında ortaklık olmayan iki suçludan her ikisinin tevlit ettiği yara öldürücü mahiyette ve fakat bu yaralardan hangisinden dolayı ölümün kasden husule geldiği sabit olmuyorsa aynı suçdan, her iki suçlu ayrı ayrı ceza görür (131).

aa) Evvelden mevcut sebep: Müşterek sebebin birinci şekli ölümün "failin fiilinden evvel mevcut olupta failce bilinmeyen ahvalın birleşmesi" (TCK 451) ile husule gelmiş olmasıdır.

Bu sebebin fail tarafından, fiilin işlendiği esnada bilinmemiş olması lâzımdır. Eğer fail bu sebebi bildiği halde suçu işlemiş ise, kendisinin diğer herhangi bir katilden farklı sayılması doğru olmaz.

Bahis mevzuu sebebin normal sayılması imkânsız sebeplerden olması lâzımdır. Bu itibarla çok dolu miğde vesaire gibi sebeblere 451. maddenin teşmilinde isabet yoktur. Anormal olmayan bu sebebler failin esa-

(129) Manzum, VII, n. 2383

(130) İştirakte Anlaşma için bk. Erem, Türk Ceza Hukuku.

(131) Manzum, VII, n. 2383

sen ölümü tevlide elverişli olan fiilin neticeye ulaşmasını sadece kolaylaştırmışlardır.

Razen bir sebebin “Anormal” sayılıp sayılmayacağı hakkında tereddüde düşülebilir. Kalbi, umumiyetle işgal etmesi gereken yerden farklı bir yerde bulunan bir kimsenin kalbini delip geçen bir kurşun ile öldürülmüş olması halinde şu iddia ileri sürülebilir: Eğer kalp normal yerinde teşekkül etmiş olsa idi, şahıs ölmeyecekti, çünkü kurşun kalp nahiyesinin normal sahası dışından geçmiştir. Bu çeşit iddialar karşısında yargıçların kanunu tatbikte müşkülât çekecekleri aşikârdır.

bb) Sonradan Husule Gelen Sebep: Müsterek sebebin ikinci şekli ölümün “Failin iradesinden hariç ve gayrı melhuz esbabın inzımamı yüzünden vukua gelmiş” (TCK 451) olmasıdır. Kanun burada iki şart aramaktadır: Sebebin, failin iradesinden hariç olması ve gayrı melhuz bulunması.

Fail ile ortaklığı bulunmayan üçüncü bir şahsın fiili, tabii kuvvetlerin vücuda getirdiği hadiseler gibi hususlar “failin iradesinden hariç” dir. Bu itibarla küçük bir çocuğu kışın kurtların sürü halinde dolaştığı bir yere götürülüp bırakmak veya hiç kimsenin yardım edemeyeceği çok uzak bir yerde bir kimseyi bir mahalle kapmak suretile açıklıktan ölmesine sebebiyet vermek gibi hadiseler failin iradesi haricinde, sayılmazlar. Yine aynı sebeble “zatürre suçunun ika ettiği müessir fiilin neticesi husule gelmiş olmasına göre zaturreenin gayrı melhuz ve irade harici bir sebep sayılması yolsuzdur” (132).

“Gayrı Melhuz Sebepler” ise “Beklenilmeyen Haller” dir. Bu itibarla öldürücü olmayan bir yaranın mikrop kapması neticesinde ölüm husule gelmiş ise ortada “Gayrı Melhuz” bir sebebin mevcut olup olmadığı hal ve şartlara göre tayin olunmalıdır.

Sonradan husule gelen sebebin yalnız başına, yani failin fiili ile birleşmeksizin ölümü husule getirdiği hallerde bazı tereddütler husule gelebilir. Bir mağara içinde mağdura silâh ile ateş edilmiş isabet etmemiş ve fakat silâh sesinin tevlit ettiği sademe neticesinde kopan bir kaya parçası ile mağdur ölmüş ise ortada birleşmiş iki sebep mevcut sayılmaz. Bu gibi hallerde failin fiilinin adam öldürmeğe teşebbüs ve tedbirsizlikle ölümüne sebebiyet teşkil edeceği ve 79. madde gereğince de faile ihlal edilen hükümlerden en ağırına göre ceza verilmesi uygun görülür.

b) *Haysiyet Kurtarma Sakı:* TCK. nun 453. maddesine göre: “kasden katil cürmü failin veya karısının yahut anasının veya kızının ve to-

rununun yahut kız evlâtlığının veya kız kardeşinin haysiyet ve namusunu korumak için yeni doğmuş çocuk aleyhine işlenmiş ise "fail cezalandırılır. Böyle bir hal için kanunun tayin ettiği ceza Adam Öldürme cürmünün umumi cezalarından çok az bir cezadır.

Yeni doğmuş bir çocuğun öldürülmesi suçu hakkında TCK. hükümlerini tetkik etmeden evvel bu konunun doktrindeki gelişimi üzerinde durmak faydeli olur.

Yeni doğmuş çocuğu öldürmeyi teammüden katil sayan ve ölüm cezası ile cezalandırılmasını isteyenler vardır. Fransız Ceza Kanunu (m. 300, 302) bu düşünceyi kabul etmişti (133). Fransız Kanununun bu düşünceyi benimsemesine sebep şudur: Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde teammüd daima mevcut farzolanabilir. Çünkü yeni doğmuş bir çocuğun bir hiddet veya nefret tevlit etmesi ve bu yüzden öldürülmüş olması mümkün değildir. Yeni doğmuş çocuk ancak sevgi ve şevkat hissi tevlit edebilir. Bir suçun işlenmesi ne kadar kolay ise cezası da o nisbette fazla olmalıdır.

Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde ise kolaylık azami haddine varır. Gayrı meşru çocuğun doğumu ekseriya gizli tutulacağından suçun meydana çıkmaması ihtimali de fazladır. Kaldı ki yeni doğmuş çocuğun öldürülmesine ekseriya çok evvelden karar verilmiştir Fakat teammüdü isbatı kabil olmaz (134). Fakat 1941 yılında Fransız Kanunu da değiştirilmiş ve yeni doğmuş çocuğu öldürmenin cezası azaltılmıştır (135).

Carrara (136) bu suçun ana tarafından korku ve heyecan içinde işlendiği kanaatindeadır. Beccaria (137) ananın bir zaaf anında veya bir cebir neticesi bu hale düşeceği ve bu suç ile en iyi mücadele geklinin zayıfın kuvvetliye karşı kanuni hükümlerle korunması merkezinde olduğu fikrindeadır.

Bazı kanunlar Fransız Kanunun tesiri altında kalarak yeni doğmuş çocuğun öldürülmesini esbabı müşeddidi bir adam öldürme saymakla beraber, fail hakkında şerefsizlik korkusu altında işlendiği takdirde bir mazeret sebebinden faidelenmesini kabul etmişlerdir. Belçika Kanunda olduğu gibi (m, 396).

Fakat meselenin şöyle mütalâa edilmesini isteyen müellifler de vardır: Yeni doğmuş çocuğunu öldüren ana ekseriya ruhi bir buhran ve manevi bir zaruret içinde suçu işlemiştir. Bu itibarla cezanın azaltılması istisna değil, kaide olmalıdır. Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi halinde,

(133) bk. Fransız Yğ. Kararı, 22 Jullet 1847, D. P. 474.297.

(134) bk. Impalloment, m. 137; Allmena. (Enciclopedia...) IX, s. 585

(135) 2 sept. 1941 tarihli K. Bu hususta bk. D. Critique, 1943, juria, 34

(136) §§ 1209, 1214

(137) Beccaria, XXXVI

failin saiki takdire değer. Kötü olan husus bu saikin tatbik şekildir. Şeref kurtarmak kaygusu ile suç işleme arasındaki ruhi mücadelenin mevcudiyeti failde daha az bir suçluluğa delalet eder, Esasen yeni doğmuş çocuğu öldürmenin esbabı müşeddidi adam öldürme sayıldığı memleketlerdeki suç istatistikleri bu çeşit hadiselerde hemen daima suçlu lehine yargıcın umumi esbabı muhaffefeye müteallik hükümleri tatbik ettiğini göstermektedir. Bu itibarla o memleketlerde dahi istisna kaide haline gelmektedir (138).

Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi suçuna ait TCK. hükümlerine gelince: Kanununun 453. maddesinde bahis mevzuu olan hal "Cezayı Azaltıcı Kanuni Sebep" dir. Suç, vasfı değişmiş sayılmaz. Esasen 453. madde "Kasden katil cürmü.." diye başlamakla bunu teyit etmektedir (139).

Kanununun bu maddesinde sayılan akrabalık bağına sahip bulunmayan suç ortakları cezayı azaltıcı sebepten faydalanamaz (140).

453. maddedeki azaltıcı sebebin ancak "Kasden Katil Cürümleri" nda tatbik olunacağı maddenin metninde zikredilmiş bulunmaktadır. "Kasden Katil" tabirinden iki mâna çıkarmak mümkündür: Kanun kasden katil tabirini "Taksirli katil" (TCK. 455) hallerini hariç bırakmak için kullanmıştır. Bu birinci mâna makul sayılmaz. Çünkü yeni doğmuş bir çocuğun şeref kurtarmak saiki ile ve taksirli bir şekilde öldürülmesi kabili tasavvur değildir. İkinci manaya gelince o da şudur: Kanun bu tabir ile "Adiyen Katil" (TCK 448) haline işaret etmek ve "Esbabı Müşeddidi Adam Öldürme" (= Mevsuf Katil) hallerini bu tahfif sebebinden hariç bırakmak istemiştir. Bu ikinci anlayış daha makuldür. Yeni doğmuş çocuğun zehirlenmek suretile (TCK. 449, b. 3) canavarca his sevki ile, işkençe ve tazib ile (TCK. 450, b. 3) öldürülmesi hallerinde fail hakkında cezayı indirmek için sebep yoktur.

"Kasdı Aşan Haller" (TCK 452) "Kasden Katil" olmadıklarından, bunlar hakkında 453. madde tatbik olunamaz.

Yeni doğmuş bir çocuğun terk edilmesi halinde bir tefrikde bulunmak doğru olur. Çocuk, ölmesi için terk edilmiş ise (kimsenin yardım edemiyeceği bir yere bırakılmış olması gibi) fail hakkında - diğer şartları mevcut ise - 453 madde, çocuğun ölmesini sağlamaktan gayri bir maksatla terkedilmiş olması halinde ise (çocuğun bir yetimhane kapısının önüne bırakılmış olması gibi) 475. madde tatbik olunmalıdır. Eğer failde öldür-

(138) Bu husus hakkında bk. Alimena (Enciclopedia...), IX, s. 585

(139) Manzini, VII, n. 2385; Aksine İtalyan Yğ. kararı, 29.10.1904 (Bruno, m. 369).

(140) Cezaya müessir sebeplerin ortaklara sırayeti hakkında bk. Erem, Türk Ceza hukuku, I, 115

mek veya terk etmek kasdı bulunmamakla beraber tedbirsizlik mevcut ise hakkında 455. madde tatbik olunmalıdır. Ezcümle Fransız Yargıtayı yeni doğmuş bir çocuğu öldürmek isnadı ile mahkemeye verilmiş olan bir kadın hakkında, öldürmek kasdının sabit olmaması ve fakat gereken ihtimamın ihmal edilmesi yüzünden çocuğun ölmüş bulunması anlaşılması neticesinde taksirli adam öldürme hükmünün tatbikına karar vermiştir (141).

453. maddenin tatbiki için ana şart suçun "haysiyet ve namusu kurtarmak saiki" ile işlenmiş olmasıdır (kşz. TCK. 453, 447, 475). Bundan başka saiklerle (meselâ çocuğun mirasçı olmasını önlemek saiki ile) suçun işlenmesi halinde 453. madde tatbik olunamaz.

"Şeref" ve "Haysiyet" mefhumlarının tayininde izafi ölçülerden hareket etmek ve bu mefhumları cemiyette onlara verilen kıymete göre değerlendirmek lâzımdır. Bu itibarla failin şerefine zarar gördüğü kanaati ile hareket etmiş olması kâfi değildir. Anneye atfı mümkün bir manevi kusur mevcut olmayan hallerde de şeref veya haysiyeti kurtarmak bahismevzuu olabilir. İrzina geçilmiş olması neticesinde gebe kalan kadının doğmuş çocuğunu öldürmesi halinde 453. madde tatbik olunabilir. Çünkü sosyal telâkkiler - makul olmasa bile - bu çeşit bir anneliği, annenin şahsı için bir değersizlik haline sokmuştur. Fakat buna rağmen Fransız Yargıtayı "çocuğun, kadının ırzına geçilmesinden husule gelmiş olması, mazeret sebebi değildir" neticesine varmıştır (142).

Şerefsizlik ve haysiyetsizlik sabit olduktan sonra yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi halinde 453. madde tatbik olunmalıdır. Bu itibarla zinadan mâkûm olan kadının zina mahsulü çocuğu öldürmesi halinde bu maddeden faydelenmesi doğru olmaz.

Şeref ve haysiyeti kurtarmak saikine dayanan bu tahfif sebebinin ruhi buhran halleri ile karışması mümkündür. "Doğum Psikozları" Ceza Doktrininde tetkik edilmiş konulardandır (143).

453. maddede tasrih edilmiş olan kimselerden gayrisi tahfif sebebinden faydelenemez. Yeni doğmuş çocuğunu öldüren ana, karısının gayri meşru çocuğunu öldüren veya karının fiiline iştirâk eden koca, anasının veya kendi kızının veya kız torununun veya kız evlâthğının gayri meşru çocuğunu öldüren kimse veyahut kız kardeşinin gayri meşru çocuğunu öldüren kardeşin cezası azaltılır. Kanun tahfif sebebinden faydelenecekleri tahdidi olarak saymıştır. Bu itibarla meselâ nişanlısının gayri meşru çocuğunu öl-

(141) Fransız Yğ. Kararı, 23 Nisan 1859, D. P. 59.5.214

(142) Fransız Y. Kararı 30 Ağustos 1855, D. P. 55.1.427

(143) bk. Erem, Adalet Psikolojisi, s. 149

düren erkek veya herhangi bir şahıs (mese'â kadının sevgilisi) bunu kadının şerefini kurtarmak için yapmış olsa bile, tahfiden faydalenemez (144).

Öldürülenin "Yeni doğmuş bir çocuk" olması lâzımdır. Meyhaz Kanun "Henüz nüfus siciline kaydolunmamış ve doğumundan beş gün geçmemiş çocuk" un öldürülmesinden bahseder (Meyhaz K. 369). Meyhaz Kanunu şerheden müelliflere göre nüfus siciline kayıt ile çocuğun varlığından cemiyet resmen haberdar olmuştur (145). Bu itibarla sicile kayıttan sonra kasden adam öldürme bahis mevzuu olabilir. Kanunumuzun 453. maddesi 2275 sayılı kanunla değiştirilmeden evvel meyhaz kanundaki kayıtları ihtiva ediyordu. Kanun şu gerekçe ile değiştirilmiştir: "Bu maddede sayılan hısım ve akrabanın mahza haysiyet ve şeref kurtarmak saikası ile evlilik mahsulü olmayan bir çocuğu öldürmek fiilinden dolayı katilin hafif cezaya mahkûm olması için nüfus siciline kaydından evvel ve doğmasından beş gün içinde olmak üzere bir kayıt yazılı bulunmaktadır. Halbuki bu fiilde failin hafif cezaya uğraması ancak bir ailenin haysiyetini kırarak gayrı meşru bir çocuğun doğması anında irade üzerinde yapacağı tesir nazara alınarak tevçiz edilmiş olup doğduktan beş gün içinde öldürme fiili olursa bunun yine bir muhaffif sebep telâkkisi kabule değer bir mülahaza olmayacağından zikrolunun kayıtlar maddeden çıkarılmış ve yalnız o kabil çocuğun doğarken veya doğar doğmaz öldürüldüğü halde hafif ceza verilmesi muvafık görülmüş ve madde ona göre kaleme alınmıştır."

Bu sarıh gerekçe karşısında "Yeni Doğmuş Çocuk" tabirini "Doğmakta olan veya hünüz doğmuş olan çocuk" a hasretmek lâzımdır. Bu suretle TCK. cezayı azaltıcı sebebin sahasını meyhaza nazaran, daha fazla tahdit etmiş bulunmaktadır. Henüz doğmuş sayılması mümkün olmayan ve fakat buna pek yakın bir zamanda öldürülmüş bir çocuk bahis mevzuu ise yargıç her halde 59. maddeye müracaat eder.

c) Zina halinde yakalama: TCK. nun 462 maddesine göre Adam Öldürme fiili "Zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunduğu esnada meshuden yakalanan veya zina yapmak veya gayrı meşru cinsi münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrı meşru cinsi münasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya fûruğdan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya

(144) Aynı mahiyette İtalyan Yğ. kararı 19.7.911 (Bruno, m. 369); aynı mahiyette İtalyan Yğ. kararı, 29.10.1904 (Bruno m. 369).

(145) Impallomeni, n. 137

koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa" cezası indirilir.

Burada suç vasfını değiştiren bir sebep bahis mevzuu değildir. Çünkü adam öldürmenin bütün şartları mevcut olmalıdır ki madde tatbik edilebilsin. Bu hüküm adam öldürme suçunun cezasını azaltan bir sebeptir.

Kanun bu hükmü ile haksız tahrikin hususi bir şeklini nazara almıştır. Bu hüküm olmasa idi, umumi hüküm olan TCK. nun 51. maddesi tatbik olunacaktı. Kanun haksız tahrikin zina halinde yakalanmada azami bir şiddete ulaşacağını düşünerek bu hükmü vazetmiştir. Bu itibarla 51 madde ile birlikte 462 madde aynı hâdisede tatbik olunamaz (bk. TCK. 10). Yargıtay içtihadı da böyledir: "462. madde ile cezanın indirilmesini müstelzim hallerde ayrıca 51. maddenin tatbiki ile ceza tenzil edilemez" (146). Buna mukabil haksız tahrik dışında kalan cezayı azaltıcı takdiri sebeplerle (tam olmıyan akıl maluliyeti gibi, TCK. 47) cezayı azaltıcı takdiri sebepler (TCK. 59) aynı hâdisede 462. madde ile birlikte tatbik olunabilir.

Kanunun bu hükmünün ne gibi bir esasa dayandığını anlamak bu gün için çok güçtür. Zina halinde yakaladığı karısını kocanın öldürmeğe hakkı olduğunu kabul eden Eski Avrupa Hukukunun tesiri altında kabul edilmiş olan bu hüküm kilise hukukunca da benimsenmiştir. Katolik dinine göre "Boşanma" yoktur. Evlilik ancak eşlerden birinin ölümü ile sona erer. Zina halinde yakalanma neticesinde öldürmede de ölüm mevcut olduğuna göre evlenme meşru şekilde sona ermiştir. Böyle bir anlayışın bu günkü hukuka göre izahı imkânsızdır.

Bu hükmü tenkit eden Manzini (147) şu mütalâayı ileri sürmektedir: "Tahrike değil, çok defa sevgiden ziyade tahakküm ve egoizim hissine dayanan bu mazeret sebebinin kanunda muhafazası hayret vericidir. Bu durumda karısını öldürmüş olan kocaların pek çoğu zina veya benzeri sadakatsızlıkları irtikâp etmişlerdir."

Zinanın bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiş bulunmasına, suçların en ağırı olan adam öldürme için kabul edilecek mazeret sebebinin çok makul esaslara dayanması gerektiğine ve esasen kanunda "Haksız Tahrik" mültesesi mevcut iken cezayı temamiyle kaldırmağa esit sayılacak derecede bir indirmenin doğru olmayacağına göre bu hükmün kanunumuzdan çıkarılması doğru olur. Eğer bu hükmün makul olabilecek esası "Haksız Tahrik" ise bu hususi hükme hakikaten ihtiyaç yoktur. Kaldığı tahrik hakkındaki 51. madde bu konuyu daha teminatlı hükümlere bağlamış ve "şiddetli Elem" "Gazap" gibi unsurlara yer vermek suretile insan psiko-

(146) İCD 25.10.932, e. 5552, k. 3104 (Tem. Kar. 932, s. 15).

(147) VII, n. 2386

lojisini nazara almıştır. Halbuki tahrikin umumi unsurları 462. maddede nazara alınmamıştır.

Bundan başka 462. madde hükmünün tatbikında kanunun yargıca daha geniş imkânlar tanınması doğru olurdu. Kanun zina halinde yakalama da failin cezadan istifadesini mutlak surette emretmekte, hattâ cezayı az veya çok indirme husunda yargıca hiç bir yetki tanımamaktadır. Bunda isabet yoktur. Çünkü yargıcın cezayı bu kadar geniş surette azaltmaya vicdanen kanaat getirmediği hallerde dahi bu yola gitmeğe mecbur tutulması doğru değildir. Bundan başka karısını zina yollarına sürükleyen ve bazen bu fiili işlemeğe onu mecbur eden kocanın cezasının indirilmesi doğru olmaz. Kendisinin sebebiyet verdiği bir hâdiseden dolayı failin cezasını indirmek temamiyle gayrı makuldür. Böyle bir hükmün kanunda muhafaza edilmesinin makul olabilmesi için maddeye şu kaydın ilâvesi uygun olur: "Kendisinin veya ailesinin şerefine vaki taarruzdan mütevellit hiddet halinde". Bu suretle sadece zina halinde yakalanmak kâfi sayılmıyacak, aynı zamanda böyle bir hiddet anında suçun işlenmiş olması da şart koşulmuş olacaktır. Bu suretle kocaya, zina halinde yakaladığı karısını "Öldürmek Hakkı" tanınmış olmayacak ve fakat "Haksız Tahrik" in hususi bir şekli kanunda yer almış bulunacaktır. Yeni İtalyan Kanununun (m. 587) kabul ettiği hüküm böyledir (148).

aa) Zina halinde (veya gayrı meşru cinsi münasebette) yakalama: Kanun bu unsuru oldukça geniş bir şekilde nazara almaktadır. Kanunun 462. maddesine göre: "Zinayı icra halinde, veya gayrı meşru cinsi münasebette bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veya zina yapmak veya gayrı meşru cinsi münasebette bulunmak üzere yahut zina yapmış veya gayrı meşru cinsi münasebette bulunmuş olduğundan zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen" lere karşı suç işlenince bu mazeret sebebi tatbik olunacaktır.

"Zina" tabirini teknik manada anlamak doğru değildir. Fakat buna rağmen kanun vazı bu tabiri teknik manada anlamış ve böyle hallerde erkeğin zinasının (= Başka kadınla karı koca gibi yaşamak) madde hükmünden hariç kalacağını düşünmüş ve Ceza Kanununun 462. maddesine "gayrı meşru cinsi münasebet" kaydını ilâve etmiştir (bk. 6123 sayılı K.m. 462). Fakat böyle bir kaydın ilâvesi ikinci bir tereddüde sebebiyet verebilir. Kocasını, başka bir kadınla, cinsi münasebet halinde değilse, sadece karı koca gibi yaşamak halinde yakalamış bulunan kadın bu maddeden istifade edebilecek midir? Bu tereddüde meydan vermemek için maddeden

(148) İtalyan Kanunun bu hükmü için bk. Valentino, Codice penale, 1947, m. 587, nt; İtalyan Yğ. kararı 1.4.935 (Riv. Ital. di Dir. Pen, 1935, s. 647).

“Zina” tabirinin çıkarılması ve “gayri meşru cinsi münasebet” ibaresinin ilâvesi ile iktifa olunması isabetli olurdu. Çünkü maksat, gayri meşru cinsi münasebetin eşler veya maddede sayılan kimseler üzerindeki tesirini nazara alarak cezayı azaltmaktır.

Tahfif sebebinin tatbiki için mağdurun evli olması şart değildir. Bu itibarla evli olmayan kızını gayrimeşru cinsi münasebette gören baba hakkında madde tatbik edilecektir. (bk. T. B. M. M. zabıt ceridesi 953, No 23, ş. 242).

Karısının ırzına geçeni öldüren kimse hakkında bu maddenin tatbik edilip edilemeyeceği de tetkike muhtaç bir konudur. Böyle hallerde karısını öldüren kocanın madde hükmünden faydalanamayacağı aşikârdır. Fakat kadının ırzına geçen kimseyi öldüren koca hakkında durum her zaman aynı değildir. Kadının ırzına geçilmek üzere iken veya geçildiği sırada mütearrızı öldüren koca meşru müdafaa halindedir. Eğer taarruzun hemen akabinde fiil işlenmiş ise mütearrızı öldüren koca hakkında 462. madde tatbik olunmalıdır. Çünkü bu madde zinayı değil, bilhassa cinsi teması nazara almış ve bu temasın rızaya müstenit olup olmamasını tefrik etmemiştir. Esasen rızaya müstenit olan cinsi temas halinde failin cezasının azaltılmasını kabul eden kanun vazunun ırza geçmede bu azalmaya cevaz vermemesi mantık yorumu olmaz (149).

Failin cezasını azaltmak için maktulün gayri meşru münasebet halinde veya buna pek yakın halde görünmüş olması lâzımdır. Bu itibarla zorla ırzına geçilmekte olan kadının kocası tarafından öldürülmesi halinde, kadın böyle bir fiili “İcra Eden” sayılamayacağından, kocanın cezası indirilemez. Eğer kadının rızaya zina ettiği kanaatinin kocada uyanmasını haklı gösterecek durumlar mevcut ise yani “Meşru Hata” neticesinde suçu işlemiş ise cezanın indirilmesinden faydalanacağını ileri süren müellifler de vardır (150). Cinsi temas halinde gördüğü kimseyi “Hata” yüzünden kendi eşi zannetmek suretiyle suç işleyen kimse hakkında şartları mevcut ise TCK. nun 52. maddesi tatbik olunmalıdır.

Tahfif sebebinin tatbiki için failin, mağduru cinsi temas halinde “meşhuden yakalaması” veya cinsi münasebette bulunmak üzere yahut henüz cinsi münasebette bulunmuş olduğundan zevahire göre şüphe edilmeyecek surette “görmüş olması” lâzımdır. Mağdurun cinsi münasebette bulunmuş olduğunu sadece başkalarından öğrenmiş olmanın tevlit ettiği hiddet ile suçu işleyen fail hakkında ancak 51. maddenin tatbiki bahis mevzuu olabilir.

(149) Bu mesele hakkında bk. Manzini, VII n. 3336.

(150) Bu hususta bk. Manzini, VII, n. 2386.

Cinsi temas sayılmıyacak hareketler sırasında yakalama, eğer bu hareketlerin cinsi temas ile neticelenmesi, duruma göre imkânsız ise (Umumi mahalde öpüşürken yakalamak gibi) 462. maddenin tatbikına imkân yoktur. "Meşhuden yakalamak", "Görmek" gibi tabirlerin kanunda kullanılmış olmasına rağmen failin hadiseyi gözle görmesi şart değildir. Cinsi münasebete delâlet edecek sesleri kapının dışından duymuş olan failin tahfif sebebinden faydalanacağı tabiidir.

"Yakalama"nın fail için ani, tesadüfi olarak husule gelmiş bir hadise olması gerekmez. Yakalamanın tasarlanmış, takip neticesinde husule gelmiş olması halinde de 462. madde tatbik olunabilir. Bu itibarla "Team-müd" ile 462. madde birlikte aynı hadisede tatbik olunabilir. Bu maddenin "Ölüm cezası" nı dahi azaltıcı bir hüküm ihtiva etmesi de (TCK. 462 f. 2) bu anlayışı teyid eder. Fakat kanunun bu hükmünü faille, mağduru "Öldürmek Hakkı" tanıyacak tarzda tatbik etmemeğe bilhassa dikkat etmek lâzımdır. Meselâ karısının zinasına uzun zamandanberi vakıf bulunan bir kocanın sırf intikam ve kendiliğinden ihkakı hak saiki ile hareketinin sabit olduğu hallerde bu hükmün tatbikının kanunun maksadına uygun olduğunu sanmıyoruz. İtalyan Yargıtayı "yakalama ile suç anı arasında tem-müle yetecek kadar zaman geçmiş olması halinde bu hükmün tatbik edilmeyeceğine" (151) "Kız kardeşi ile gayri meşru münasebette bulunduğunu iki ay evvel öğrendiği şahsı öldüren erkek kardeş hakkında bu madde hükmünün tatbik olunmayacağına" (152) karar vermiştir.

"Yakalama mahalli"nin kanunumuza göre ehemmiyeti yoktur. Fransız Ceza Kanunu (m. 324.f.2) mazeret sebebini "Aile Yuvasında işlenen zina"ya hasretmiştir.

Kanunumuz, kimlerin fail ve mağdur olabileceklerini tahdidi olarak göstermiştir:

b, b. Mağdur: Suçun mağdurunun "Koca ve karı yahut kız kardeş veya furuğdan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi" olması mümkündür. Bu maddede Kullanılan Karı, koca, kardeş, furuğ tabirlerinin Medeni Kanuna göre manâlandırılması doğru olur. "Nişanlılık" kâfi sayılmamalıdır. "Müşterek Fail" tabirini "Ceza Mesuliyeti" bakımından ele almak, kanunun maksadına uygun düşmez. Bu itibarla esasen Ceza Mesuliyeti olmayan kimse (Meselâ aklen malul kimse) veya cinsi temasda bulunduğu kimsenin evli olduğunu bilmeyen şahsa karşı suç işlenmiş olsa dahi tahfif sebebi tatbik olunmalıdır. Zinaya fer'i şekilde iştirak edenlere karşı (Zinanın icra edileceği ovini faile bilerek terk eden kimse gibi) failin işlenmesi halinde tahfif sebebi tatbik olunamaz.

(151) İtalyan Yğ. kararı 6.12.935 (Riv. Ital. Di Dir. Pen, 936, s. 425).

(152) İtalyan Yğ. kararı 5.5.960 (Giuris Comp. Cass. Pen. 1960, n. 3622).

cc. Fail: Tahfif sebebinden faydalanacaklar tahdidi olarak gösterilmiştir. Kocanın karısı, karının kocası, kız veya erkek kardeşin kız kardeşi usullün furuğ aleyhine veya bunların "Müşterek Faili" veya her ikisi aleyhine suçu işleyenlerin cezası azaltılacaktır. Kız kardeşin erkek kardeş veya furuğun usule karşı veya bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhine suçu işleminde tahfif sebebi tatbik olunamaz.

III. Faili (Bilinmeyen Adam öldürme

TCK.nun 463. maddesine göre: "448, 449, 450... maddelerde beyan olunan fiilleri bir kaç kişi birlikte yapmış olupta failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında fiil için tayin edilmiş ceza... indirilerek hükmolunur... Şukadarki bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunamaz".

Bu madde hükmünü, delil yokluğu veya delil kifayetsizliğinin sanıklar aleyhine kabulü şeklinde anlamak lâzımdır. Bu madde "Vicdani Delil" sistemi yerine, bu günkü usul hukukuna tamamiyle yabancı olan "Kanuni Delil" sistemini vazetmektedir. Bu itibarla Kanunun 463. maddesini bu günkü ceza hukuku prensiplerine göre izah imkânsızdır. Bu günkü ceza hukuku bir masumu cezalandırmaktansa bir kaç suçluyu cezalandırmamayı uygun bulur. Halbuki 463. madde bir suçluyu cezalandırmak için bir kaç suçsuzun da cezalandırılmasını emretmektedir ki bu da doğru bir görüş değildir. Kanun 463. maddesinde iştirakın subutunu şart koşturmuştur. Bu itibarla bu maddeye göre cezalandırılacak olanların suçta hisseleri vardır. Fakat hisselerinin derecesi nazara alınmaksızın cezaya çarpılmalarında dahi bir haksızlığın mevcut olduğu aşıkârdır.

463. madde hükmü adam öldürme suçunun cezasını azaltan bir hüküm olarak telâkki edilmemelidir. Faili bilinmeyen adam öldürme "Müştekil Suç" sayılmaktadır (153). Bilhassa "Suç Vasfında Değişme" bakımından usul hükümlerinin tatbikinde bu husus gözden uzak tutulmamalıdır.

A. Suçun Faili: Adam öldürme fiilini "Birlikte" (TCK. 463) işlemiş olanlar hakkında bu madde tatbik olunacaktır. Bu itibarla kimler hakkında bu maddenin tatbik edilemeyeceğini tayin suretiyle meseleyi açıklamak doğru olur:

Feri faillerinin hiç biri hakkında 463. madde tatbik edilemez. Çünkü fer'i fail adam öldürme suçunu teşkil eden "Fiili" işlemiş değildir. Bu itibarla asıl failin meçhul kaldığı hadiselerde meselâ sadece silâh tedarik etmiş olan şahıs hakkında 463. madde tatbik olunamaz.

Asli iştirakın manevi şekli ile de madde hükmü telif edilemez. Bu iti-

barla faili gayri muayyen kalmuş bir katil hadisesinde azmettirici durumunda olan kimse 463. maddeden faydalanamaz.

O halde 463. maddenin tatbiki sahası asli-maddi iştiraktır. Bu çeşit iştirakın iki çeşidi olduğu malumdur: Suçu irtikap edenler, doğrudan doğruya beraber işleyenler.

Malûm olduğu veçhile suçu “doğrudan doğruya beraber işleyenler” in hareketi fer’i mahiyettedir. Bunun böyle olduğu evvelce tetkik edilmişti (154). Bu itibarla suçu doğrudan doğruya beraber işleyenler de haddi zatında fiili işlemiş olan kimselerden sayılamazlar. TCK.nun 463. maddesinin sonundaki “... Şukadarki bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunmaz”, yolundaki cümlelerin manası durumu tavzihden ibarettir. Bu cümle metinde mevcut olmasa idi dahi, suçu doğrudan doğruya beraber işleyenler”i suçu teşkil eden “fiili işleyenler” den saymağa imkân bulunmadığından aynı neticeye varılacaktı.

O halde 463. madde suçu birlikte “irtikap edenler” hakkında tatbik olunacaktır, şu şartlaki asıl failin bunlar arasından hangisi olduğu bilinmiş olmasın.

Maddeyi bu şekilde anlayınca şu husus üzerinde tereddüt edilebilir: Fer’i failer veya fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler hakkında 463. madde tatbik edilmezse pek çok hâdiselerde ceza vermeğe imkân olmayacaktır. Bu mütalâa doğrudur. Fakat delil yokluğu veya kifayetsizliği yüzünden kabul ettiği 463. madde hükmünü bu çeşit iştirak şekillerine teşmil etmemiş ve bu çeşit iştirak hallerinde her failin ne yapmış olduğunun subutunu şart koşmuştur.

Maddeyi bu tarzda anlamak suretiyle makul bir yorum yapabileceğimizi zannetmekteyiz (155). Fakat bu anlayışın dahi mahzurlu cihetleri yok değildir, fakat kusur bu hükmün mahiyetinden gelmektedir.

Failin “kim olduğu belli olmazsa” 463. madde tatbik olunacaktır. “Maktulün aldığı yaradan her birinin müstakilen ölümü mucip olduğu ve bu yaraların ayrı ayrı hüviyetleri malûm iki kimse tarafından ika edildiği anlaşıldığına göre 463. maddenin tatbiki doğru değildir” (156). Asıl failin kim olduğunun bilinmemesini failin hüviyetinin tesbit edilememiş olması manasına da almak doğru olmaz. Suçu meydana getiren fiili işlemiş

(154) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, I, § 113.

(155) Bk. 1CD, 2.5.940, e. 128, k. 1214 (Yğ. kararları yillığı, 951, s. 434).

(156) 1CD 2.5.940, e. 128, k. 1214 (Tem. kar. 930-40, s. 90). OGH e. 27, k. 14: “Ölümün aldığı ve ayrı pıçakla husule gelen yaraların her biri ayrı ayrı ölümü intaç eder mahiyette olunca 463. madde tatbik olunmaz” (bk. Yğ. kararları yillığı, 951, s. 434).

olduğu bilinen ve fakat hüviyeti tesbit edilmemiş olan bir kimse mevcut iken diğer ortaklara 463. madde tatbik edilemez.

B. Maddi Unsurlar: "448, 449, 450, 456, 457. maddelerde beyan olunan fiilleri" birlikte işlemiş olanlar hakkında 463. madde tatbik olunacaktır.

O halde maddenin tatbiki için işlenmiş olan ve asli faili meçhul kalmış bulunan suçun kasdi adam öldürme veya kasdi müessir fiil olması lazımdır. Bunların basit veya esbabı müşeddideli olması arasında fark yoktur. Fakat herhalde sanığın bu suçların faili sayılmasını haklı gösterecek hareketlerde bulunmuş olmasının subutu icap eder. "463. maddenin uygulanabilmesi için her iki sanığın silâh kullanmaları ve ölüme hangi silâh mermisinin sebep olduğunun tayin edilememesi şarttır" (157). "Mâktûlde ki altı bıçak yarısından ölümü mucip olanların sanıklardan hangisinin fiili ile husule geldiği tesbit edilmemesine göre hâdisede 463. maddenin tatbiki gerekir" (158).

463. maddenin atıfta bulunduğu maddeler arasında "Taksirle Ölüme Sebepiyet" (TCK 455), "Neticenin Kasdı Aşması Suretiyle Adam Öldürme" (TCK 452) ve "Müşterek Sebep" (TCK 451) e ait hükümler zikredilmemiştir. O halde bu çeşit adam öldürmeler hakkında "Faili bilinmeyen adam öldürme" hükmü tatbik edilemeyecektir?

463. maddenin taksirle ölüme sebepiyet hallerinde tatbik edilmemesi icap eder. Çünkü 463. madde kasdi fiiller içindir. Yargıtay da böyle içti-had etmektedir. "Müstakil failin belli olmadığı hallerde failerin cezalandırılması kaidesi ölüme sebepiyet suçunda tatbik olunmaz" (159).

Neticenin kasdı aşması suretiyle Adam Öldürmelerde 463. maddenin tatbik edilemeyeceği mütalâasında bulunan Majno, Kanununun 452 maddeden bahsetmemesinin doğru olduğu, çünkü kasdın aşıldığından bahsedebilmek için esasen asli failin bilinmiş olması lâzım geleceği mütalâasındandır (160). Manzini ise 463. maddede 452. maddenin zikredilmemiş olmasına rağmen neticenin kasdı aşması suretile adam öldürme hâdiselerinin kasıtlı adam öldürme sayılması mümkün olamazsa da bunların haddizatında ölüm ile neticelenmiş bir "Müessir Fiil" olması hasebiyle 456 veya 457. maddelerde yazılı fiillere dahil sayılması ve dolayısı ile 463. maddenin tatbiki gerektiği kanaatinde (161). İtalyan Yargıtayının bu

(157) 1CD 20.10.950, e. 285, k. 2394 (Ad. Derg. 951, s. 633).

(158) 1CD 29.1.951, e. 187, k. 156 (Ad. Derg. 952, s. 937).

(159) 4CD 17.12.943, e. 9483, k. 7393 (Tem. Kar. 944, s. 10); Aynı mahiyette 2CD 22. 10. 940, e. 6674, k. 7728 (Tem. Kar. 930-940, s. 142).

(160) Majno, II, n. 1680.

(161) Manzini, VII, n. 2424.

mahiyette kararları mevcuttur (162). "Müsterek Sebeb" halinde ise 463. maddenin tatbiki gerektiğini iddia eden müellifler vardır. Ezcümle Impallomeni (163) "Müsterek Sebeb" li adam öldürme hâdiselerinde (TCK 451) suçlunun fiilinin, evvelden mevcut veya sonradan husule gelen sebeb ile birleşmesinden ölüm neticesinin hasıl olduğu, eğer diğer sebeb müdahale etmemiş olsa idi ölüm neticesinin husule gelmeyecek ve dolayısı ile fiil "Teşebbüs" derecesinde kalacak olduğunu ve adiyen adam öldürmelerde fiil teşebbüs halinde kalsa bile 463. maddenin tatbikının tabii bulunduğu, bu itibarla müsterek sebebli öldürmelerde de bu maddenin tatbiki gerektiği fikrindedir.

Zanmımıza göre meselenin 463. madde hükmünün hukuki mahiyetine göre çözülmesi doğru olur. Kanunun 463. maddesi temamiyle istisnai bir hükümdür. Hiç şüphe yokturki ölüm neticesini tevlit eden ve fakat 463. maddede sayılmayan maddelere dahil olabilecek her hangi bir suçta "Asıl Fail" meçhul kalmış olabilir. Fakat kanun 463. maddeyi muayyen hallere inhisar ettirmiş ve bu madde hükmünü geniş tutmağı ifrat telâkki etmiştir. O halde kanunun iradesine en uygun yorum şekli "Daraltıcı Yorum" (164) şeklindedir. Bu itibarla 463. maddenin tatbik sahasını genişletebilecek her türlü anlayışın kanunun iradesine uygun düşmeyeceği kanaatındayız.

Faili gayrı muayyen surette birden ziyade kimsenin ölümü halinde 450. maddenin 5. bendi ile 463. maddenin birlikte tatbikına karar verilemez. Çünkü 450. maddenin 5. bendi "öldürmek fiilinin birden ziyade kimseler aleyhinde müstakil fail veya hem fiil olarak işlenmesi halinde kabili tatbiktir" (165).

463. maddenin "Teşebbüs" halinde kalmış hâdiselerde tatbik edilip edilemeyeceği hususunda tereddüt edilebilir. Bu maddenin "Nakıs Teşebbüs" halinde tatbikına, mantıkan imkân yoktur. Nakıs teşebbüsde henüz "fiiller ikmal edilmemiş" olduğundan "Asıl Fail" i henüz mevcut değildirki "Meçhul kalmış" sayılabilsin. Buna mukabil "Tam Teşebbüs" de maddenin tatbiki mümkündür (166).

IV. Neticenin Kasdı Aşması Suretile Adam Öldürme

TCK. nun 452. maddesine göre: "Katil kasdiyle olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefî nefis husule gelmiş olursa fail, 448. mad-

(162) Bk. Majno, II, n. 1690; Manzini, VII, n. 2424.

(163) Impallomeni, n. 88; Aynı mahiyette Almena (Enciclopedia...) IX, s. 464.

(164) Daraltıcı yorum mefhumu için bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, I, s. 21.

(165) 1CD 21.2.948, e. 40, k. 486 (Ad. Deng. 948, s. 1181).

(166) Manzini, VII, n. 2424.

dede beyan olunan ahvalde sekiz, 449. maddede yazılı ahvalde on ve 450. maddede muharrer ahvalde onbeş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahkûm olur. — Eğer telefi nefis failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrı melhuz esbabın inzımanı ile vukua gelirse, 448. maddede beyan olunan ahvalde beş seneden, 449. maddede muharrer ahvalde yedi seneden ve 450. maddede yazılı ahvalde fail on seneden aşağı olmak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.”

Kasıt, neticelerini bilerek ve isteyerek bir fiili işlemek iradesidir (167). TCK. nun 452. maddesinde nazara alınan halde, fiilden husule gelen netice, yani ölüm neticesi fail tarafından istenmemiştir. Bu itibarla failin irade etmediği bu neticeden mesul tutulmaması, umumi kaide icabıdır. Fakat TCK. nu bu umumi kaidenin istisnalarının mevcut olduğunu, yani bazı hallerde istenmemiş olan neticelerin de sarih bir kanun hükmü ile faile tahmil olunduğunu kabul etmiştir. TCK. nun 45. maddesinde yer alan şu hüküm bu çeşit istisnaların kanunda mevcut olduğunu bildiren bir hükümdür: “Cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şey yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır”. Bu itibarla TCK nun 452. maddesi umümi kast kaidesinin 45. maddede işaret edilen istisnalarından biridir.

“Kasdın aşılması suretle adam öldürme” ye ait olan 452. madde Adam öldürme suçunun cezasını azaltan bir sebep değildir, “Suçun Vasfı”nı değiştiren bir sebeptir.

Bu maddedeki suç “Taksirli Suç” değildir. Çünkü fiil istenerek işlenmiştir. Fakat irade edilen fiil adam öldürme değil, “Müessir Fiil” dir istenmemiş olan husus, diğer bir deyimle kasdı aşan netice iradenin dışında kalmıştır.

A. Suçun maddi unsuru: Mağdurun ölümü ile neticelenen herhangi bir “Müessir Fiil” bu suçun maddi unsurudur.

“Netice” nin derhal husule gelmiş olması şart değildir. Fiilin icrasından bir müddet sonra da netice husule gelmiş olabilir. Yeterki failin fiili ile mağdurun ölümü arasında “İliyet Bağı” mevcut olsun.

Müessir fiilin mahiyetinin ehemmiyeti yoktur. Fakat her halde fiilin, Ceza Kanununun kabul ettiği manada bir “Müessir Fiil” olması lazımdır. Bu itibarla müessir fiil kasdı olmaksızın bir kimsenin yaralanmasına sebep olan şahıs, mağdurun bu yaradan ölümü halinde, 452. maddeye gö-

re değil, şartları mevcut ise taksirli adam öldürmeye ait 455. maddeye göre cezalandırılır.

452. maddenin tatbiki için fail tarafından istenmemiş olan ölüm neticesinin, fail tarafından istermiş olan müessir fiilden husule gelmiş olması lâzımdır. Eğer ölüm müessir fiilden gayrı bir sebepten husule gelmiş ise bu madde tatbik edilmez. "Müşterek Sebeb" halinde ise maddenin ikinci fıkrası tatbik olunur.

Yaralıya derhal yardım edilmiş ve fail yaralıyı kendi başına terk etmemiş olsa idi, mağdur ölmeyecek idiyse (mağdurun kan kaybetmekten ölmüş olması gibi) "Yaralıya Yardım Etmeme Suçu" (TCK 476, f.2) "Neticenin Kasdı aşması suretiyle Adam Öldürme" (TCK 452) tarafından belig edilmiş sayılır. Çünkü "Yaralama" bu suçun unsurlarından biridir (168). "Şahısta Hata" halinde 452. maddenin tatbikinde tereddüt edilmemelidir. Müessir fiilin kastedilen şahıs hakkında olması şart değildir (169). Bu gibi hallerde, cezayı azaltıcı sebepler mevcut ise, 52. madde tatbik olunmalıdır.

B. Suçun Manevi Unsuru: TCK. nun 452. maddesinin tatbiki için mağdurun ölümünü tevlit eden fiilin adam öldürme niyeti ile işlenmiş olmadığının isbatı lâzım gelmektedir. Fakat ayrıca ölüm neticesini tevlit eden fiilin "Müessir Fiil Kasdı" ile işlenmiş olduğunun da subutu lâzım gelmektedir. Çünkü Adam Öldürme niyeti ve müessir fiil kasdı mevcut olmaksızın da ölümün husule geldiği hadiseler (TCK. 455) mevcuttur.

Öldürmek niyeti faalde mevcut olmamakla beraber müessir fiilden böyle bir neticenin husule gelebileceğini tahmin etmek mümkün iken bunu tahmin etmemiş olmak halinin 452. maddenin tatbikinde aranılan bir şart olup olmayacağı üzerinde de durulmuştur. Meyhaz Kanunun ihzari çalışmaları sırasında böyle bir halin, suçun unsuru sayılmıyacağı neticesine varılmıştı (170). Esasen böyle bir şart "Taksir" mefhumu izah eden "Tahmil nazariyesi"nin kasdı aşan suçlar konusuna nakledilmesi demek olacaktı ki, bu nazariye ile bu konu arasında rabita yoktur. Çünkü taksirli suçta husule gelen netice hiç bir zaman istenmemiştir. Halbuki kasdı aşan suçlarda zararlı bir netice istenmiş, fakat husule gelen netice, istenmiş olan neticeyi aşmıştır.

Kanunun 452. maddesinde neticenin kabili tahmin olup olmadığı hususu üzerinde durulmamış olmasında isabet vardır. Çünkü tahmin imkânı üzerinde durmak, yargıcı neticesiz tahlillere mecbur tutacaktı.

(168) Manzini, VII, n. 2389.

(169) Fransız Yğ. Kararı 7 nisan 1853, D. P. 53. 1. 174.

(170) Bk. Manzini, VII, s. 61, nt. 1.

Hiç şüphe yokturki eğer fail müessir fiilden ölüm neticesinin de husule gelebileceğini biliyor idiyse ortada kasden adam öldürme mevcut demektir. Ölüm neticesini doğurabileceği bilinen bu fiili işlemiş olan kimse de "Adam öldürme" niyeti mevcut, değildir, denemez .

Fakat böyle düşünmeyen müellifler de vardır. Bu müelliflere göre (171) kasdı aşan suçlarda şu dört unsurun mevcut olması lâzımdır: 1) Bir şahsa zarar vermek iradesi 2) Ölüm neticesini tahmin etmemiş olmak 3) Ölümün husule gelebileceğinin kabili tahmin oluşu 4) Ölümün fiilen husule gelmiş olması.

Ancak bu dört unsur mevcut ise ortada kasdı aşan netice mevcut demektir. O halde kasdı aşan husus "Müessir Fiil"dir. Bir kimsenin öldürülmesi kasedilmemiştir ve evvelden tahmin de edilmemiştir. Eğer kasıt, irade mefhumu ile izah olunuyorsa istenmemiş ve tahmin edilmemiş bir netice iradi olamaz. Bu itibarla tahmin edilmemiş ve bir müessir fiilden husule gelmiş ölüm neticesi "Adam Öldürme" sayılmaz. Bahis mevzuu olan husus, ölüm neticesi ile cezası arttırılmış bir "Müessir Fiil" dir. İsviçre Ceza Kanunu" Neticenin kasdı aşması suretile adam öldürme" yi, esbabı müşeddideli bir müessir fiil saymak suretile bu anlayışı benimsemiş bulunmaktadır (172).

Florian'a göre (173) ortada kasd ile taksir arasında bir hal bahis mevzuudur. Müessir fiil bakımından "Kasıt", neticenin kasdı aşan kısmı bakımından "Taksir" mevcuttur. Taksir için neticenin kabili tahmin olması şarttır. Eğer netice kabili tahmin değil idiyse ortada taksir değil, sadece 'Kaza' bahis mevzuudur ve "Kaza" cezayı müstelzim değildir.

Carrara ise bu konuda "Taksirle Karışık Kasıt" mefumuna müracaat etmektedir. Carrara'nın kasdın aşılması suretile adam öldürme suçlarında "Taksirle Karışık Kast" mefhumuna müracaat etmesi bu suçu "Manevi Mesuliyet" bakımından izah edebilmek içindir. Halbuki bu suçun "Kanuni Mesuliyet" mefhumu ile izahı kanunun maksadına daha uygundur. Bu görüş farkının tatbikattaki neticesi de farklıdır. Eğer kasdı aşan kısmın mesuliyetini taksirde arayacak olursak bu kısmın (yani ölüm neticesinin) kabili tahmin olup olmadığını tayin etmek ve gayrı kabili tahmin olan hallerde faili kasdı aşan suçdan cezalandırmamak lâzım gelecektir. Halbuki kanunun maksadı, kabili tahmin olsun veya olmasın kasdı aşan neticeyi faile tahmil etmektir.

(171) Bu hususta bk. Florian, VI, s. 88.

(172) İsviçre CK 124, Bu hususta bk. Clerc, I, s. 61.

(173) Florian, VI, s. 88.

Kasdın aşılması suretiyle adam öldürmenin TCK. nun 77. maddesindeki kaidelerin bir tatbik şekli olduğunu düşünmek kabildir. Haddi zatında müessir fiilden ibaret olan bu suçun cezası mağdurun ölmüş olmasından dolayı arttırılmıştır. Bu anlayışta isabet yoktur. Çünkü 78. maddenin nazara aldığı hallerde biri diğerinin şiddet sebebi (veya suç unsuru) olan iki fiil bahis mevzuudur. Halbuki kasdı aşan suçta fiil tektir.

C. Cezaya Müessir Sebebler: Kanunun 452. maddesi 449 ve 450. maddelere atıfta bulunmak suretile kasden adam öldürmenin cezasını arttıran sebepleri kasdın aşılması suretile işlenen adam öldürmelere de teğmil etmiştir. Bu maddelerde yazılı bazı şiddet sebeplerinin kasdın aşılması suretile husule gelen adam öldürmelerde de vukua gelmesi her zaman mümkün değildir. Meselâ zehir ile öldürme ile kasdın aşılması suretile öldürme kabili telif gözükmez. Fakat sadece yaralamak, yani sadece müessir fiil kasdı ile zehir kullanılan ve bundan da ölüm husule gelen hâdiselerde 452. madde tatbik olunabilir. Fakat teammüd ile 452. maddedeki suçun birleşebileceğini sanmıyoruz. Çünkü "Teammeden müessir fiil" denilen mefhum mevcut olmadığına göre 452. maddedeki müessir fiil şartı esasen tahakkuk etmiş sayılamaz (174).

Haksız Tahrik (TCK 51), Tam olmayan akıl maluliyeti (TCK 47), Mal hakkında meşru müdafaa (TCK 491), Gayrı meşru cinsi münasebet halinde yakalama (T.C.K. 462), Müsterek sebep (T.C.K. 452, f. 2), ile kasdın aşılması suretiyle adam öldürme hali içtima edebilir.

V. İntihara İştirâk

TCK. nun 454. maddesine göre: "Birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse müstehirin vefatı vuku bulduğu takdirde" cezalandırılır.

"İntihar" suç değildir. Bu itibarla bir kimsenin kendisini öldürmesi fiiline asli iştirâk (Azmettirme) veya fer'i iştirâk (yardım etme) şeklinde katılmış olmak umumi kaideler gereğince suç değildir. Çünkü kendisi suç olmayan bir fiile iştirâk cezayı müstelzim değildir. İşte böyle bir neticeyi önlemek için kanun sarih bir hüküm ile intihara iştirâki suç saymıştır.

Bu maddede "Müstakil Suç" bahis mevzuudur.

A. SUÇUN MADDİ UNSURU: TCK. nun 454. maddesine göre başkasını intihara "ikna" kâfi değildir, intihara "yardım" da edilmiş olmalıdır. Sadece yardım da kâfi gelmeyecek, failin müntehiri "ikna" etmiş ol-

(174) Akci mütalâa, Manzîni, VII. n. 2380.

ması da gerekecektir. Halbuki Meyhaz Kanun (m. 370) başkasını intihara azmettiren veya intihara yardım eden" ni cezalandırmaktadır.

a) *İhna*: Bu tabiri kanun isabetli olarak kullanmış değildir. Bahis konusu olan "Azmettirme"dir. Bu itibarla esasen mevcut intihar kararını "Takviye" veya sadece "Teşvik" kâfi sayılmaz.

Azmettirme vasıtasının ehemmiyeti yoktur. Telkin, felâket haberi veren uydurma mektup, telgraf göstermek, müntehir üzerinde tesir icra edebilecek her türlü elverişli vasıta kullanılmış olabilir.

b) *Yardım*: Bu tabirde intiharı fiilen ve müessir bir şekilde kolaylaştırma manası saklıdır.

Yardım - Kanunumuza göre - ancak maddi olabilir. Fer'i - Manevi iştirâk şekilleri bu tabire dahil olamaz.

Yardım intihardan evvel veya intihar sırasında olabilir. Karşılıklı intiharlarda (Sevdiği kadını onun rızası ile öldürdükten sonra kendisini öldürmeğe teşebbüs etmiş olan kimsenin kurtarılmış olması halinde olduğu gibi) sağ kalan, intihara yardımdan değil, adam öldürmeden mesuldür.

B. SUÇUN MANEVI UNSURU: Kasdın isbatı şarttır. Başkasını intihara azmettirmek ve intihar edeceğini bildiği kimsenin hareketine yardım etmek fiillerinde kasdın mevcut olacağı tabiidir.

Intihar vakalarını anlatan haberler yayımlayan gazetecinin yazısının tesiri altında kalarak intihar eden kimselere tesadüf olmuştur. Bu gibi hallerde gazeteciyi intihara azmettirmeden sorumlu tutmak mümkün değildir. Çünkü gazetecide intihara azmettirme ve intihara yardım kasdı yoktur. Gazetecinin kasdı, alâka çekici haber neşretmektir. Fakat müntehirleri birer kahraman gibi gösteren, intihar vakalarını metheden yazıların tesiri altında intiharlara sebebiyet verileceğini düşünen kanun vazı bu hususu ayrıca nazara almıştır. Basın Kanununun 32. maddesine göre: 'intihar vakaları hakkında haber çerçevesini aşan ve okuyanları tesir altında bırakacak mahiyette olan tafsilat ve vakaya müteallik resimlerin neşri yasaktır'. Bu Yasağa muhalefet suçtur (Basın K. 32, f. 2).

Kanunun suç saydığı başkasını intihara azmettirme ve intihara yardımdır. Başkasının intiharına mani olmamak suç değildir. Teklifini kabul etmezse kendini öldüreceğini sevgilisine bildirmiş olsa bile müntehirin fiiline mani olmamak suç sayılmaz. Aksi takdirde kendini öldürmek bir tehdit vasıtası haline gelirdi.

VI. Taksirli Adam Öldürme

TCK. nun 455. maddesine göre: "Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya

meslek ve sanatta acemilik veya nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlikle bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs... cezalandırılır.

Bu maddenin tatbiki için "Ölüm neticesi" ile failin "Taksirli Fiil" i arasında illiyet bağının mevcudiyeti şarttır. Fakat failin fiili ile netice arasında sadece illiyet bağının mevcut olması failin mesuliyeti için kâfi değildir. Çünkü 455. madde fail hakkında bir "Kusur Karinesi" vazetmiştir. Failin "Tedbirsizlik", "Dikkatsizlik", "Acemilik", "Emir ve nizamlara riayetsizlik" etmiş olduğunun, yani kusurunun ayrıca sabit olması lâzımdır (175).

İlliyet bağı bakımından "Müşterek Sebebe" mefhumu taksirli suçlarda kanun tarafından ayrıca nazara alınmamıştır. Eğer taksirli fiil ile evvelden mevcut olupta failce bilinmeyen veya failin iradesi haricinde ve sonradan husule gelen sebebin birleşmesiyle netice husule gelmiş ise taksirli adam öldürmeden mütevellit mesuliyet baki kalır ve cezanın azaltılması da bahis mevzuu değildir (176). Çünkü taksirli suçlar "failin bir şey yapmasının neticesi olan fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval" dendir (TCK. 45). Bu itibarla neticenin husulüne başka sebeplerin inzıam etmiş olması, kanunun sadece neticeye göre faili mesul tutmak iradesini bertaraf edemez.

Failin mesuliyeti cihetine gidebilmek için Ceza Kanununun tayin ettiği şekilde "Kusurlu" olması lâzımdır. Evvelce işaret edildiği gibi umumi manada kusuru Kanunumuz kâfi görmemektedir. Bu kusurun "Tedbirsizlik", Dikkatsizlik, "Meslek ve sanatta acemilik", "Nizamata ve evamire, talimata riayetsizlik" şeklinde olması lâzımdır. Bu itibarla her hangi bir faaliyet sahasında meselâ "Nizamata ve evamir veya talimat" esasen mevcut değilse bu hususlara muhalefetten mütevellit kusurun kabulü cihetine gidilemez. 1910 yılında Fransada uçak tecrübelerinin sureti icrası hakkında bir talimatname veya bir kanun hükmü mevcut değildi. Fransız mahkemeleri pilotların, kaza vukuunda "Kusursuz Mesuliyet"lerinin dahi kabul edilebileceğini, fakat bunun böyle olabilmesi için kanun vazunun sarıh bir hüküm vazetmesi gerektiğini ve ortada bir talimat veya nizam hükmü mevcut olmadığına göre umumi kaideler gereğince kusurun sabit olmadığı hallerde failerin mesul tutulamıyacağını karar altına almışlardı (177).

"Nizamata ve evamir"e riayet etmiş olmak kusurun diğer şekillerini bertaraf etmiş olamaz. Bir ana mektebinin idaresi kendisine tevdi edil-

(175) Aynı mahiyette Trib. Corr. de Rouen, 17 Janv. 1947, D. 1947. 2. 208.

(176) Aynı mütalâa, Manzini, VII, n. 2398.

(177) Bk. Trib. Corr. Seine 17 janv. 1910, D. P. 1910. 5. 37.

miş bulunan bir öğretmen mektepte olmadığı bir sırada bir çocuğun fiili ile husule gelen bir kaza neticesinde ölen diğer bir çocuğun ölümünden mesul tutulmuş, çocuklara nezaret etmemiş olması kusur sayılmış ve öğretmenin okulun hususi nizamatina muhalif hareket etmiş olmadığı yolundaki müdafaası nazara alınmamıştır (178). Bir tramvay vatmanının evamir ve nizamata her hangi bir muhalefeti mevcut olmadığı halde, tedbirsizlikten dolayı mesuliyetine karar verilmiştir. (179).

Gereken tedbiri zamanında almamak suretiyle bir kazaya sebebiyet vermiş olmak da "Tedbirsizlik"dir. Müessesese sahiplerinin halkın girip çıktığı mahallerin bakımındaki ve gerekli tamiratın ihmalindeki (meselâ bir mağazanın ahşap merdivenin eskilikten dolayı yıkılması) kusurları "Tedbirsizlik" sayılmalıdır. Bu itibarla asansör kazalarında gayri menkulün veya müessesenin sahibinin kusuru aranmalıdır. Bozuk bir asansörün tamiri için kendisine muhtelif ikazlarda bulunduğu halde bunu ihmal eden mal sahibi, asansördeki bozukluktan husule gelen kazaya sebebiyetten mahkûm edilmiştir (180). "Tedbirsizlik", "Dikkatsizlik", hallerinin fiilen sabit olması lâzımdır. "Mücerret sanığın ehliyetinin olmaması keyfiyeti tedbirsizlik ve dikkatsizlikle ölüme sebebiyet verildiğine delil olamaz" (181).

İlliyet bağının kesilmiş sayılabileceği hâdiselerde failin mesuliyeti cihetine gidilemez. Kendisinde kalp hastalığı olduğu halde çok sıcak bir kaplıcaya girdiği için ölen kimse bakımından kaplıca sahibini mesul tutmak mümkün olmaz. Hattâ kaplıca sahibinin hastalara banyodan evvel müessesese doktoruna tedavi olmalarını ihtar etmesi lâzım iken bunu yapmamış olması halinde dahi durum aydındır (182). Buna mukabil ağır hasta olan bir yolcuyla otele almayan veya otelin holüne kabul edipte hastaya yatak vermeyen ve bu suretle ölümüne sebep olan otel sahibi hakkında (183) Fransız Yargıtayı mahkûmiyet kararı vermiştir. Aşikâr surette sarhoş olan bir müşteriye içki vermekte meyhaneci, fazla alkol almış olmaktan dolayı müşterinin ölümü sebebi ile taksirli adam öldürmeden mahkûmiyetine dair Fransız mahkeme içtihadında misal bulmak kabilidir (184). Fakat bu gibi hâdiselerde failin fiili ile netice arasındaki illiyet bağının sarîh olarak isbatı lâzımdır. İtalyan Yargıtayına göre "Tak-

(178) Fransız Mahkeme içtihadı D. P. 1908. I. 350.

(179) İtalyan Yğ. kararı 6. 6. 1907 (Bruno, 371).

(180) Trib. Corr. Seine, 2 nisan 1909, D. P. 1909. 5. 24.

(181) 4CD 9. 3. 950, e. 1968, k. 2968 (Ad. Deng. 1950, s. 1561).

(182) Bu mahiyetteki haller için bk. Allmena (Enciclopedia.), IX. s. 514.

(183) Fransız Yğ. kararı, 4 Ekim 1858, D. P. 59. 1. 46.

(184) Ezcümle bk. D. P. 98. 2. 160.

sirli Adam Öldürmelerde failin hareketi ile netice arasında illiyet bağının mevcudiyetini açıkça göstermeyen mahkûmiyet hükmü gerekçesiz sayılmalıdır (185).

Yine İtalyan Yargıtayına göre Taksirle ölüme sebebiyete müteallik Kanun Hükmünde ölüme "Sebeb" ölümün doğrudan doğruya veya dolayısı ile sebebi olması arasında fark gözetmediği, bir kazada yaralanan ve sadece sakat kalmamasını temin için yapılan bir ameliyat sırasında bir anestezi kazasından ölen şahıs bakımından failin cezalandırılması ve yaralının ameliyata razı olup olmadığı ve yaralının ölüm tehlikesi arzemiş bulunup bulunmaması gibi hallerin araştırılmasının neticeye tesiri olamayacağı ve ameliyata yaralanmanın sebebiyet vermiş olmasının kâfi sayılacağı sonuncuna varılmalıdır. (186). Tehlike arzeden bir doğum karşısında ebenin doktoru geç çağırması halinde de ebenin mesuliyetine karar verilmiştir (187).

Mağdurun kusurlu hareketlerinin failin mesuliyetini bertaraf edeceği evvelce tetkik edilmişti (188). Fakat failin nizamata göre alması gereken tedbirleri almış olması halinde mağdurun kusuruna rağmen kazanın önlenmesi mümkün idi ise failin mesuliyeti devam edecektir. Ezcümle amelelerin kusurlu hareketlerine karşı nizamata gereğince alması gereken tedbirleri ittihaz etmeyen bir maden ocağı mühendisinin mesuliyetine karar verilmiştir (189). Yine aynı sebeble kullanılması için usta bir şahsa tevdi icap eden bir makineyi acemi bir işçiye tevdi eden işveren, işçinin ölümünden mesul tutulmuştur (190). Bu gibi hallerde mağdurun tedbirsizliğinin, failin mesuliyetini bertaraf ettiği neticesine varmak doğru değildir (191). Yine aynı sebebledirki karşı istikametten gelen bir bisikletli ile karşılaşınca süratını kesmeyen bir otomobil sürücüsü şu gerekçe ile mahkûm edilmiştir: "Bisikletlinin otomobilin gelmekte olduğuna dikkat etmemiş olması ve dikkat etmiş olsa idi kazanın husulüne mani olabileceği, bu itibarla onun da kusurlu olması, süratı azaltmamış olması halinde kazanın önlenmesinin mümkün bulunması itibarile şöför mesul tutulmuştur" (192).

Yargıtay içtihadı failin fiili ile netice arasındaki illiyet bağının ke-

(185) İtalyan Yğ. kararı, 29.4.931 (Riv. Ital. Di Dir. Pen), 932, s. 212.

(186) İtalyan Yğ. kararı 10 Temmuz 1953.

(187) Fransız Yğ. kararı 28 Mayıs 1891, D. P. 92. 1. 195.

(188) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, I,

(189) Fransız Yğ. kararı 1890, D. P. 91. 1. 283.

(190) Fransız Mahkeme İctihadı 4 Mart 1897 D. P. 97. 2. 192.

(191) Belçika Yğ. kararı 24 févr. 1902, D. P. 1903. 5. 413.

(192) Fransız Mahkeme İctihadı 1 déc. 1906, D. P. 1908. 1. 110.

silmiş sayılması için mağdurun kusurlu hareketlerini takdirde dar bir ölçüden hareket etmeği uygun bulmaktadır. Yargıtayımızın şu kararı, içtihadını tebarüz ettirmek bakımından çok önemlidir: “Bakımsızlıktan yarının ölümü intaç etmesi halinde yaralının yaraya kasden mikrop aşılacağı anlaşılmadıkça yaralama ile Ölüm arasındaki münasebet mevcut sayılır” (193). Fransız mahkeme içtihadı da yargıtayımız gibi düşünmektedir: “Bir köpeğin ısırmasından mütevellit yaranın tedavisi için zaruri tedbirleri ihmal eden mağdurun ölümünden dolayı köpeğin sahibi mesuldür” (194). Bilhassa mağdurun küçük bir çocuk olması halinde onun kusurlu hareketlerinin illiyet bağıni kesdiğini kabul etmek imkânsız gibidir (195). Mağdurun kusurlu sayılmayan hareketlerine rağmen bazı hâdiselerde faili cezalandırmak imkânsızdır. Böyle hâdiselerde neticeyi failin fiiline bağlamağa imkân yoktur. Bu itibarla arabacının kusuru ile atın parlaması ve atı durdurmak için onun önüne atılan bir şahsın aldığı yaralardan ölmesi halinde arabacının mesuliyetine karar verilmiştir (196).

Üçüncü şahısların kusurlu hareketleri (197) konusu bilhassa inşaat kazalarında tetkike muhtaç bir konu halindedir. Fransız mahkemeleri kontrol mühendis ve mimarlarını plânlardaki kusurdan mütevellit kazalardan dahi mesul tutmaktadır. Çünkü plânı tatbikle mükellef olan kimsenin kusurları önlemek için hususi bir ihtimam göstermesi lüzumlu görülmekte, plânın idari makamların tasdikundan geçmiş olması dahi kontrol mühendis veya mimarının kusurunu bertaraf edemeyeceği neticesine varılmaktadır (198).

Müteahhitler vasıtası ile yaptırılan inşaat kurslarından esas itibarile müteahhidler sorumludur. Fakat müteahhidin faaliyetine fiilen katılmış olan mal sahiplerinin de mesuliyetine karar verilmiştir. (199).

Üçüncü şahısların kusurlu hareketleri mefhumu büyük deniz kazalarında ve bilhassa kaptanın mesuliyeti ile donatan veya nakliyat şirketi müdürünün mesuliyeti bakımından da ehemmiyet arzeder. Umumiyetle nehir nakliyatı yapan bir geminin meteorolijik şartların müsait olmadığı bir havada denize açılması ve sert havalara dayanacak tertibatı bulunmaması yüzünden yolcu ve tayfaları ile birlikte batması hâdisesinde nakliyat şirketi müdürünün mesuliyetine karar verilmiş ve geminin deniz

(193) 1CD 27. 10. 942 e. 2803, k. 2705, Yğ. Kar. 941-942, s. 333.

(194) Fransız Mahkeme İctihadı, 30 nov. 1927, D. H. 1928, 53.

(195) Bk. D. P. 83. 1. 487.

(196) Fransız Mahkeme İctihadı, 29 Janv. 1862 (D. P. 63. 2. 153)

(197) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, I.

(198) Fransız Yğ. kararı 8 mart 1865, D. P. 67. 1. 459.

(199) Fransız Yğ. kararı 4 nov. 1865. D. P. 67. 1. 459.

seferlerine elverişli olduğuna dair resmi makamlardan evvelce istihsal edilmiş olan vesika ve kaptanın deniz seferleri yapabileceğine dair ehliyetname sahibi bulunması yolunda şirket müdürünün müdafaası nazara alınmamış ve bu hususların onun mesuliyetini bertaraf edemeyeceği neticesine varılmıştır (200). Buna mukabil klavuzun hatası yüzünden geminin batması neticesinde husule gelen ölümden kaptan mesul değildir. (201).

Kanuni bakımdan illiyet bağıni kesecek kudrette olmayan ve üçüncü şahsa ait bulunan kusurun fail lehine cezayı azaltıcı takdiri sebep olarak kabulü yolunda yargıtaı kararları mevcuttur. Ezcümle CGK. göre: "arabasına bindirdiği altı yaşındaki çocuğun arabadan düşmesi halinde arabacı tarafından alınması lüzumlu tedbirlerin araba içinde bulunan mağdurun babasına tevecüh edeceği mütalâası varit değilse de sanığın çocuğu arabasına bindirmemek istemesi üzerine babasının ısrarı ile binmesine muvafakat e.miş bulunması sanık lehine tahfif sebebi olarak kabul edilmek icap eder" (202).

Taksirli adam öldürmenin "Müteselsil Suç" teşkil edip edemeyeceği tereddütleri mucip olabilir. Bir taş ocağında aynı "Acemilik" ile müteaddit dinamit yuvasını çok fazla patlayıcı madde ile dolduran ve bunları birbiri ardınca patlatan ve yuvanın patlaması ile başka başka kimsele- rin ölümüne sebep olan şahsın fiilleri arasında bir tesülsül ve bu fiilleri birbirine bağlayan "Acemilik", veya "Tedbirsizlik" in aynı oluşu müte- selsil suç anlayışını tevlit eder. Fakat müteselsil taksirli suçlara TCK, nun 80 maddesini tatbik hususunda bazı güçlükler mevcuttur. Madde met- ninde "Bir Suç İşlemek Kararı" ndan bahsedilmektedir. Taksirli suçlar- da ise suç işlemek hususunda bir "Karar" mevcut değildir. Fakat böyle bir anlayış "Lafzi Yorum" sayılmaktadır. TCK. nun 80. maddesi 4055 sa- yılı kanunla değiştirilmiştir. Tadiden evvel maddede "Bir Cürüm İşlemek Kararı" kaydı mevcut idi. Bu ibare yüzünden kabahatlerde müteselsil suç kabul olunmuyor ve müteselsil kabahatler hakkında içtima kaidesi tatbik ediliyordu. Bundan da müteselsil cürümlerle müteselsil kabahatler arasın- da faile verilecek ceza bakımından büyük bir nisbetsizlik husule geliyordu (203). Böyle bir nisbetsizliği düzeltmek için madde değiştirilmiştir. Buna benzer bir nisbetsizlik müteselsil kasdi suçlarla müteselsil taksirli suçlar arasında mevcut bulunmaktadır. Kanun vazunun hakiki iradesi vahamet-

(200) Fransız mahkeme içtihadı 4 Ağustos 1905, D. P. 1907. 1. 101.

(201) Fransız mahkeme içtihadı 30 déc. 1876, D. P. 78. 1. 47.

(202) CGK 2.4.951 e. 31, k. 29.

(203) Bk. 4055 sayılı k. (Gerektçeli TCK. Erem, m. 80, nt.).

leri ile cezaları bakımından nisbetsizlik arzeden durumları düzeltmek olduğuna göre taksirli müteselsil ölüme sebebiyet hallerinde 80. madde tatbik edilebilmelidir.

Taksirli suç "icabi" fiillerle işlenebileceği gibi, "Selbi" fiillerle de işlenebilir.

Taksirli suçlarda "Teşebbüs" kabil olup olmadığı hususu tereddütle re yol açmaktadır. (204). Müelliflerin çoğunluğu taksir ile teşebbüs mefhumlarının gayri kabili telif olduğu kanaatındadırlar. Esasen kanunumuz lafzı itibariyle taksirli suçlarda teşebbüse müsait değildir. Çünkü teşebbüs, bir kimsenin "İşlemeğe karar verdiği. (= işlemeği kastedtiği) bir cürmü işlemeğe başlaması..." olduğuna ve bir cürmü işlemek kararı ile taksir mefhumu uzlaşamayacağına göre kanunumuz bakımından tereddüde mahal yoktur.

VII. KAVGA

A. KAVGAYA KATILMA: TCK. nun 464. maddesine göre faili gayri muayyen adam öldürmeğe ait 463. maddede yazılı hal "müstesna olmak üzere ve ferden irtikap edilmiş cürümler münasebeti ile hükmedilecek daha ağır cezalara halel gelmemek şartı ile bir kavgada bir şahıs ölmüş olur yahut yaralanmış bulunursa o şahsa karşı kavgaya esnasında el uzatmış olanlardan her biri... cezalandırılır".

Bu suçun faili her hangi bir "kimse" olabilir, yeter ki bu kimse adam öldürme suçunun asli veya fer'i faili veya faili bilinmeyen adam öldürmeye müteallik hüküm gereğince cezalandırılan bir kimse olmasın.

Kavgaya katılma müstakil bir suçtur. Katılmanın "Kasdi" olması şarttır.

Kavgaya sırasında işlenen suçların mahiyeti üzerinde durulmuştur. Kavgada işlenmiş suçları "Taksirli Suç" sayan müellifler mevcuttur. Buna mukabil kavgayı "Tahrik" in bir çeşidi sayan müellifler de vardır (205).

a) *Maddi Unsur*: Bir adamın ölmesi veya yaralanması ile neticelenmiş bir kavgaya katılmış olmak suçun maddi unsurudur.

Bu suçun işlenebilmesi için en azdan üç kişi lâzımdır. Çünkü kavgaya iştirâk'in cezalandırılabilmesi için kavgada bir şahsın ölmesi veya yaralanması bahis mevzuu olduğuna veya yalnız iki kişi arasında kavgaya

(204) Bu hususta bk. Florian, VI, ss. 125.

(205) Bu hususta bk. Alimena (Encicopedi.a...) IX, ss. 451

ceryan etmiş ise bunlardan birinin mağdur, diğerinin öldürme veya yaralamanın faili olacağına göre sadece kavgaya katılmak hali tahakkuk etmiş olamayacaktır.

Kavganın anı veya evvelden hazırlanmış olmasının ehemmiyeti yoktur (206). Kavgaya katılmanın baştan itibaren olması şart değildir. Başlamış kavgaya katılma mümkündür, yeterki bu katılma mağdurun ölümü veya yaralanmasından evvel olsun. Mağdurun ölümü veya yaralanmasından evvel kavgadan çekilmiş olanlar hakkında 464. madde tatbik edilemez. Çünkü böyle olan hallerde bir şahsın ölümü veya yaralanma ile neticelenmiş bir kavgaya katılmış olduğu söylenemez. Ölüm veya yaralanmanın "Kasıtlı" olması lâzımdır. "Kasdın aşılması hal" inde de cürüm kasıtlı sayılır. Bir kavgada taksirli adam öldürme veya yaralama husule gelmiş ise 463. madde tatbik olunamaz. Çünkü bu madde hükmü ile kanunun cezalandırmak istediği şey bir kimsenin kasden öldürülmesi veya yaralanması ile bitmiş olan bir kavgaya katılmış olanları cezalandırmaktır.

Adam öldürme cürümlerinde maktulün birden ziyade olması şiddet sebebidir (TCK 450, b. 5; ksz. 455, f. 2). Fakat kavgada ölen veya yaralananın birden ziyade olmasını kanun şiddet sebebi saymıştır. Çünkü kavgaya katılanların hareketi adam öldürme veya yaralamanın husulünde müessir bir sebep değildir.

Kavgaya katılmak, adam öldürme veya yaralama suçuna "İştirâk" sayılmaz (207). Bu itibarla şahsa veya fiile bağli şiddet sebeplerinin ortaklara sirayetüne müteallik hükümler (TCK 66, 67) kavgaya katılanlara tatbik edilemez (208).

Ölen veya yaralan kimsenin kavga edenlerden birisi olması şart değildir. Kavgaya yabancı bir kimsenin (meselâ kavgayı yatıştırmak isteyen bir şahsın) ölmesi veya yaralanması halinde de madde hükmü tatbik olunur (209). Yeterki bu şahıs kavga esnasında ve taksirli olmayan şekilde öldürülmüş veya yaralanmış olsun. Şahısta veya isabette hata (TCK 52) hallerinde dahi 464. madde tatbik olunmalıdır (210). Kanun kavgada bir kimsenin kasden öldürülmüş veya yaralanmış olmasını kâfi saymaktadır. Bu itibarla mağdurun ölümünün "Müşterek Sebep" den ileri gelmiş (TCK 451) olması kavgaya katılanların mesuliyetini

206) Manzini, VII, n. 2428

207) İtalyan Yğ. Kararı 19.4.929 (R/v. Ital. Di Din Pen, s. 48).

208) Aynı mahiyette, Impallomeni, n. 98

209) Manzini, VII, n. 2428

210) Şahısta, isabette hata mefhumları için bk. Ertem, Türk Ceza Hukuku

ortadan kaldırmaz. Bu hususa dair İtalyan Yargıtayının kararları vardır (211).

464. maddede bir şahsın “Ölmüş” veya “Yaralanmış” olmasından bahsedilmektedir. Meyhaz Kanun (m. 379) yaralanmaktan değil, bir şahıs hakkında “Müessir Fiil” den bahseder. Kanunumuzun da bu tabiri kullanması doğru olurdu.

Kavgaya katılma suçunun tekemmül etmiş olması şartın tehakkukuna bağlıdır. Bir şahsın ölmesi veya yaralanması ile suç tekemmül etmiştir.

464. madde öldürme veya yaralama fiiline herhangi bir şekilde iştirak etmiş olanlara tatbik olunacağından öldürme veya yaralamanın asli veya fer'i failine ayrıca kavgaya katılmış olmaktan ceza verilemez (TCK. 79). Fakat maddenin metninde (TCK. 464) kullanılan “ferden irtikap edilmiş cürümler münasebeti ile hükmedilecek daha ağır cezalara hanel gelmemek şartı ile” ibaresine dayanılarak faile kavgaya iştirakden ve islediği adam öldürme veya müessir fiilden ceza vermenin mümkün olabileceği de düşünülebilir. Fakat ortada iki ayrı fiil yoktur. Kavgaya katılma ve ma'çdura el kaldırma hareketleri adam öldürme veya yaralama fiilini vücade getiren hareketlerden ibarettir.

Adam öldürmenin veya yaralamanın asıl faili olmaman ve sadece kavgaya katılmış bulunanların kavga münasebeti ile öldürme veya yaralamadan gayri bir suç işlemeleri (hakaret, silâh taşımak, hırsızlık gibi) mümkündür (212). Böyle olan hallerde bir suç vesilesi ile diğer bir suç işlenmiş olacağından TCK. nun 78. maddesi hükmünün tatbiki ile bu iki suçun içtima ettirilmesi lâzımdır. Kanunun 464. maddesinde kullanılan “ferden irtikap edilmiş cürümler münasebeti ile hükmedilecek daha ağır cezalara hanel gelmemek” ibaresi ile kastedilmek istenilen mana budur. Cezası kavgaya katılmanın cezasından daha ağır cezayı gerektiren cürümlerde bu cürümlerle birlikte kavgaya katılmadan da ceza verilecektir. Fakat cezası kavgaya katılmanın cezasından daha hafif olan bir cürüm işlenmiş ise bu cürümün cezası kavgaya katılma cürümünün cezası tarafından belirlenecek midir? Kanunun lâfzına göre madde metninden bu manayı çıkarmak mümkündür. Fakat Kanunun maksadı ceza miktarı ne olursa olsun kavga münasebeti ile işlenmiş sair suçların cezasının kavgaadan dolayı faile ceza vermiş olmakla ortadan kalkmayacağına işaret etmektir.

b) *Manevi Unsur* : Kavgaya iradi olarak katılmak lâzımdır. Saikin

211) İtalyan Yğ. kararı 16. 5. 928 (Fiv. Di Dir. Pen, 929, s. 375).

212) Gk. Allmena (Enciclopedia...) IX, ss. 468

ehemmiyeti yoktur. Failin “Meşru Müdafaa” halinde kabul edilebileceği hallerde kavgaya iştirâkden cezalandırılması mümkün değildir. “Aşırı Müdafaa” hükmü de (TCK 50) tatbik edilemez. Çünkü aşırı müdafaa da dahi failin saiki haksız taarruzu defiden ibarettir. Halbuki kavgada saik karşısındakine zarar vermek saikıdır (213). Ölüm ile neticelenen kavgada adam öldürme suçunun asıl failinin meşru müdafaaдан faidelendiği hallerde, kavgaya katılanların da bundan faidelenip faidelenemeyecekleri üzerinde durulmuştur. İtalyan Yargıtayının asıl failin meşru müdafaa halinde olduğunu kabul ile kavgaya katılanların da bundan istifade edeceklerine dair kararları mevcut olduğu gibi asıl failin meşru müdafaa halinde olmasına mukabil kavgaya katılanların bundan faidelenmemelerinin mümkün olacağını kabul eden kararlar da mevcuttur. Bu ikinci anlayış daha isabetlidir. Çünkü asıl failin müdafaa zarureti içinde bulunmasına mukabil, kavgaya katılanların da aynı zaruret içinde bulunmuş olmaları şart değildir (214).

Kavgaya katılma suçunda manevi unsurun “Taksir” veya “Kasıt” dan ibaret olduğunu ileri sürenler olduğu gibi bu unsurun “Kasda kasıtlı olmayan taksir” mahiyetini arzettiğini iddia edenler de vardır (215). Bu sonuncu fikir daha doğru gözükmektedir. Kavgaya katılmak, mağdura el kaldırmış olmak kasıtlı hareketlerdir. Fakat kavgaya katılmamanın, mağdura el kaldırmış olmanın cezalandırılabilmesi için kavgada bir kimse- nin ölmüş veya yaralanmış olması şarttır. Mağdurun ölmüş veya yaralanmış olması ise kavgaya katılan fail tarafından istenmiş bir netice değildir. İstenmemiş olan bir neticeyi istenmiş olan bir fiile bağlayan manevi unsur ancak “Taksir” dir.

Bu anlayışa rağmen kavgaya katılmağı taksirli suç saymağa da imkân görülemez. Çünkü taksirli suçlarda netice, failin fiilinden husule gelmiştir. Halbuki kavgada ölüm veya yaralama neticesi başka bir şahsın fiilinden husule gelmiştir.

c) *Ceza*: Kavgaya katılanlara verilecek ceza mağdurun (derhal veya aldığı yaradan dolayı bir müddet sonra) ölmüş olup olmamasına göre değişir. Eğer mağdur ölmüş ise ceza iki seneden beş seneye kadar haptistir.

“Ahvali sairede” (TCK 464, b. 2) yani mağdurun ölmediği hallerde ceza üç aydan iki seneye kadar haptistir. Fakat ölüm ile neticelenmemiş olan müessir fiilin cezası çok hafif olabilir. Böyle olan hallerde müessir

213) Impallomeni, n. 95

214) Alimena (Enciclopedia...) IX, s. 470

215) Bu hususta bk. Alimena (Enciclopedia...), IX, s. 467

fiilin asıl failine verilecek ceza ile kavgaya katılana verilecek ceza arasında bir nisbetsizlik husule gelmesi mümkündür. Bunu önlemek için kanun müessir fiilin faili olsa idi ne ceza verilecek idiyse o cezanın yarısını tecavüz edemeyeceğini tasrih etmiştir (216).

Kavgaya katılmış olanlardan maktul veya yaralıya el değdirmemiş olanlara kanun daha az ceza vermektedir (TCK 464, b. 3). “El uzatmak”, “El dokundurmak” tabirlerinin “Fiili tecavüz” manasına alınması doğru olur. “Manevi Cebir” (Tehdit) el uzatmak değildir.

“Kavganın hudusuna sebebi asli olanlar hakkında” ceza arttırılır (TCK. 464, b. 4). Kanunun bu hükmünü kavganın asıl sebebi olmakla beraber kavgaya da karışmış olanlar hakkında tatbik etmek lâzımdır. Kavgaya sebebiyet vermiş, fakat kendisi kavgaya katılmamış olanlar hakkında bu hüküm tatbik edilemez. Çünkü bu bent hükmü, maddenin evvelki bentlerinde yazılı hallerin bir şiddet sebebinden ibarettir (217). Kavgayı sadece kızıştırmak “sebebi asli” olmağa yetmez.

Kavgaya katılmağa ait hüküm “Şahıslara Karşı İşlenen Cürümler” babında yer almaktadır. Bu itibarla bazı meslek erbabı (hekim, sıhhat memurları vs.) suçu ihbarla mükelleftirler (bk. TCK 530).

Kavgaya sebebi asli olmayanlar hakkında haksız tahrik hükmü (TCK 51), şartları mevcut ise, tatbik olunur. Bu itibarla kendisine söğüldüğü için kavgada ilk darbeyi vurmuş olan hakkında 51. madde tatbik olunabilir. Kendisi sebebiyet verdiği halde söğülmeğe maruz kalmış olan bir kimsenin ilk darbeyi vurmuş olması onu “Sebebi Asli” haline getiremez.

Kavgada tahrikin daima mevcut olacağını, çünkü kavgada heyecan halinin tabii bulunduğu ve bu itibarla 464. ile 51. maddenin aynı had’se-de birlikte tatbikında isabet bulunmadığını ileri sürenler vardır. Fakat 51. madde her türlü heyecan haline değil, “Haksız Tahrik” den dolayı “Gazap” veya “Şiddetli Elem” halinde bulunanlara tatbik olunur. Esasen heyecan hali yalnız kavgada değil, diğer bütün suçlarda da husule gelen bir haldir. İtalyan Yargıtayının kavgada tahriki kabul eden kararlarına tesadüf olunmaktadır (218).

Ölüm veya yaralanmanın asıl faili ile kavgaya katılanların “Hukuki Mesulivet” leri (TCK 37, 38) nin “Birbirlerine kefil” olarak mevcut bulunup bulunmayacağı üzerinde de durulmuştur (bk. TCK 39, f. 2, 3). İtalyan mahkeme içtihadına göre müşterek mesuliyet için fiilin aynı olması

216) Bu hususta bk. Alimena (Enciclopedia...) IX, s. 469

217) Aynı mahiyette, Impallomeni, n. 100

218) Alimena (Enciclopedia ...), IX, s. 469, nt. 2) dan naklen.

kâfidir, suç vasfının da aynı olması şart değildir (219). Buna mukabil aksi mütalâada bulunan ve ağırlıkları çok farklı olan fiillerin (adam öldürme ile kavgaya katılma fiilinin) aynı seviyede telâkki edilmesi ve mesuliyette müsavata gidilmesinin doğru olmadığını ileri süren müellifler de yok değildir (220). Alimena (221) ise İtalyan Mahkeme içtihadını doğru bulmaktadır. Bu müellife göre hâdisî bütün failerin hareketlerinden husule gelmiştir. Adam öldürmemiş veya yaralamamış olanlar dahi, kavgaya iştirak suretile adam öldürme veya yaralamaya dolayısı ile katılmışlardır. Bu hal “Hukuki Mesuliyet” için kâfidir.

Sadece müessir fiil ile neticelenmiş olan kavgalarda mağdurun hastalığı on günden fazla devam etmemiş ise (TCK 456. f. 4) kavgaya katılmış olmaktan dolayı “Şikâyet” e ihtiyaç var mıdır? İtalyan Yargıtayı böyle hallerde kavgaya katılmaktan dolayı takibata geçebilmek için şikâyete ihtiyaç olduğu içtihadındadır. Impallomeni'ye göre bu içtihad doğrudur. Çünkü Ceza Kanununa göre bizzatihi kavga suç değildir, adam öldürme veya müessir fiil vukuunda kavga suç haline inkilâb eder. Kanun kavganın cezasını da müessir fiile göre ayarlamış ve kavgaya katılana verilecek cezanın, faile tatbik edilecek cezanın yarısından fazla olamayacağını da tasrih etmiştir. Bu itibarla kavgaya katılanların mesuliyeti müessir fiil suçlusunun mesuliyetine bağlı ve ona göre ayarlanmıştır. Bu böyle olunca asıl suç hakkında takibata girişilemeyeceğinden, şikâyet mevcut değilse kavgaya katılanlar hakkında da takibata geçilmemesi lâzımdır (222).

^L B. KAVGADA SİLÂH ÇEKMEK, SİLÂH ATMAK: TCK. nun 466. maddesine göre: “Kavgada korkutmak için silâh çeken..”, “Silâh boşaltan” cezalandırılır.

Bu maddedeki suç “Müstakil suç” dur. Korkutmak maksadı ile bir kavgada değil de tehdit maksadı ile silâh çekilmiş olursa tehdide ait hükümler tatbik olunur (TCK. 188, f. 3).

Kanunun 466. maddesindeki suç “Şahıslara Karşı İşlenen Cürümler” Babında yer almaktadır. Kanun silâh çekmek ve boşaltmayı insan hayatı için bir tehlike hali yarattığından dolayıdır ki suç saymıştır.

a) *Maddi unsur* Kavgaya katılmış olmak şarttır. Yalnız 466. maddedeki kavga ile 464. maddedeki kavga arasında şu fark vardır: Kanunun 464. maddesindeki kavga bir kimsenin ölmesi veya yaralanması ile neticelenmiş olan kavgadır. Bu çeşit kavgalarda kavgaya katılan kimsenin.

219) bk.Majno, m. 39, n. 158; kşz. Alimena (Enciclopedia...) IX, s. 471

220) Oliveri (Alimena'dan naklen, IX, s. 471. nt 2).

221) IX, s. 471

222) Alimena, IX, s. 474

mağduru korkutmak için, silâh çekmesi veya silâh atmasını mağdura "el uzatmak" saymak lâzımdır. Kanunun 466. maddesindeki kavga ise ölüm veya yaralama ile nihayetlenmemiş olan kavgadır.

Bu maddedeki "Silâh" tabiri, "Ateşli Silâhlar" a inhisar eder (kış. TCK. 189).

Meyhaz Kanun (m. 380) sadece silâh atmağı zikreder. Kanunumuz 466. maddeye silâh çekmeğı de ithal etmiştir. Silâh çekmek, silâh atmanın icra fiillerinden olduğuna göre bu maddede teşebbüs ile tam fiil müstakil cezaları gerektirmektedir.

b) *Manevi Unsur*: Silâhın kasden çekilmiş veya boşaltılmış olması lâzımdır. Esasen silâhın taksirli şekilde patlaması ile "Korkutmak için" atılması kabili telif değildir.

Korkutmak saiki ile hareket edilmiş olması şarttır. "Öldürmek Niyeti" veya "Yaralamak Niyeti" ile hareket edilmiş ise Adam Öldürme veya müessir fiil bahis mevzuu olur.