

KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN TÜRK-ALMAN KARŞILAŞTIRMALI CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

*(Analysis of Wilful Homicide in Terms of Turkish and German
Comparative Criminal Law)*

*“Öğrencisi olmaktan onur duyduğum saygıdeğer hocam
Prof. Dr. F. Nur Centel’e sonsuz şükranlarımla...”*

Eser OLGUN*

ÖZET

Kasten öldürme suçu, korunan hukuki değer yaşama hakkı olduğundan, tüm ceza kanunlarında yer alan bir suçtur. Söz konusu suç Türk Ceza Kanunu'nun 81 vd. maddelerinde ve Alman Ceza Kanunu'nun 211 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Alman ceza hukuku, birçok ülkeyi olduğu gibi, Türk ceza hukukunu ve doktrinini de etkilemektedir. Bu yüzden kasten öldürme suçunun incelenmesinde de, Alman ceza hukukundaki yaklaşımları bilmek önem arz etmektedir. Bu çalışmada, klasik suç tipi incelemesi usulü izlenerek, kasten öldürme suçu açısından Türk ve Alman ceza kanunlarının karşılaştırmalı bir incelemesi yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: Kasten öldürme, Cinayet, Suç unsurları, Hukuka uygunluk sebepleri, Suçun özel görünüş biçimleri.

Abstract

Homicide is a crime, that appears in all criminal codes, because the object of legal protection is the right to life. The subject crime is regulated in the articles 81 ff. of the Turkish Criminal Code and in the articles 211 ff. of the German Criminal Code. German criminal law influences many countries and Turkish criminal law and its literature as well. Therefore, it is important to know the German criminal law approaches to the matter for making an analysis of wilful homicide. This article analyses wilful homicide in terms of Turkish and German comparative criminal law by following the classical examination method of corpus delicti.

Keywords: Wilful homicide, Murder, Elements of the crime, Grounds of justification, Special appearances of the crime.

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (eser.olgun@hotmail.com)

GİRİŞ

Bir insanın hayatını sona erdirmek, insanın en temel hakkı olan yaşama hakkını ortadan kaldırması sebebiyle, her ceza kanununda suç olarak yer alan, başka bir deyişle genel-geçer anlamda suç olan bir eylemdir.

Yaşama hakkı, insanın doğuştan gelen ve müdahale edilemeyecek temel haklarının başında gelmektedir. Bu anlamda ülkelerin ceza kanunlarının yanı sıra insan haklarına ilişkin uluslararası metinlerde de yaşama hakkı kutsal ya da dokunulmaz¹ sayılmış ve devletler bunu korumayı taahhüt etmişlerdir. Yaşama hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde (m. 3) yer bulmuş ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 4), Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (m. 4) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 2) gibi birçok uluslararası sözleşmede garanti altına alınmıştır. Yaşama hakkını düzenleyen uluslararası sözleşmelerin bazılarında, hakkın Sözleşmeciler Devlet'in taahhüt ettiği koruma kapsamının dışında kaldığı bazı istisnai durumlar düzenlenmiş olsa da, bu haller Devlet'in öldürme hakkı ya da izni olarak yorumlanamaz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da 12. maddede herkesin, "*kişiliğine bağlı, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere*" sahip olduğu belirtildikten sonra temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği ikinci bölümdeki 17. maddede herkesin yaşama hakkına sahip olduğu açıkça zikredilmiştir (AY m. 17). Yine Anayasa'nın "*Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması*" başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrasında, temel hak ve hürriyetlerinin kısmen veya tamamen durdurulabileceği durumlar düzenlendikten sonra aynı maddenin ikinci fıkrasında, "*birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına*" dokunulamayacağı vurgulanmıştır. Aynı şekilde Alman Anayasası'nın "*Yaşam hakkı, kişiliğin korunması, kişi özgürlüğü*" başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.*" şeklindeki ifadeyle herkesin yaşama hakkına ve vücut dokunulmazlığına sahip olduğu belirtilmiştir. Temel hakları sınırlandıracak yasanın, Alman Anayasası'nın "*Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özütü*" başlıklı 19. maddesi uyarınca, olayla sınırlı olmayıp genel nitelikli olması ve hakkın özüne dokunmaması şarttır.

Ceza Hukuku normları, Anayasa ile kişilere tanınan temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik hukuk kurallarıdır. Bir başka deyişle Anayasa'da gösterilen temel hak ve özgürlükler, ceza hukuku vasıtasıyla korunur². Bu çalışmada yaşama hakkının ceza hukuku anlamında en doğrudan korumasını sağlayan kasten öldürme

¹ Yaşamın kutsallığı ve dokunulmazlığı, yaşamın niteliği teorisi ile birlikte yaşama hakkının esasına ilişkin görüşleri oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama, çalışmanın "Korunan Hukuki Değer" bahsinde yapılacaktır.

² Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 6. Bası, İstanbul: Beta, 2010, sf. 4; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2011, sf. 9.

suçu, Türk ve Alman ceza hukukları bakımından karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Suç, unsurlarına göre sırasıyla ayrı ayrı incelenecek, unsurların incelenmesi sırasında hem Türk hem de Alman ceza hukuku bakımından açıklamalar yapılacaktır.

I. GENEL BİLGİLER

Kasten öldürme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özel hükümlerini içeren ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının birinci bölümünde düzenlenmiştir. Hayata karşı suçların yer aldığı birinci bölümdeki m. 81 uyarınca "*bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*" Bu madde, kasten öldürme suçunun temel şeklini düzenlemektedir. Suçun temel şekline ilişkin düzenleme, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda 448. maddede yer almaktaydı. Buna göre "*her kim, bir kimseyi kasten öldürürse 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezasına*" mahkum edilmekteydi.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "kasten adam öldürme" başlıklı 448. maddede, cürümleri düzenleyen ikinci kitabın dokuzuncu babının birinci faslında yer almaktaydı. Sistematik olarak şahıslara karşı işlenen cürümlere dokuzuncu bapta yer veren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bireyin hak ve özgürlüklerine öncelik verildiğinin vurgulanması mülahazalarıyla kişilere karşı işlenen suçlara, uluslararası suçların hemen ardından ikinci kısımda yer verilmiştir. Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Yasa'daki cürüm kabahat ayrımı kaldırılmış ve sadece suçlara yer verilmiştir. Kabahatler ise ayrı bir kanun olan Kabahatler Kanunu'nda düzenlenerek idari yaptırım altına alınmıştır. Bu sebeple artık kasten öldürme bir cürüm değil, suç olarak anılmaktadır.

Yukarıda sayılan sistematik değişiklikler dışında iki hüküm arasında, öngörülen ceza bakımından bir farklılık göze çarpmaktadır. Suçun temel şekli bakımından 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda faile "24 seneden 30 seneye" kadar hapis cezası verilmekteyken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda faile müebbet hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca 765 sayılı Yasa'daki "birleşik hallerde ölüme sebebiyet" (m. 451)³ "yeni doğmuş çocuğu öldürme suçu" (m. 453)⁴, "faili belli olmayan adam öldürme ve müessir fiil" (m. 463)⁵ hükümlerinin yanı sıra, suçun

³ "MADDE 451 – Ölümlü failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen abvalın birleşmesi veyahut failin idaresinden hariç ve gayri melhuz esbabın inzımamı yüzünden vukua gelmiş ise ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim hallerde on beş seneden ve müebbet ve on beş seneden fazla ağır hapsi müstelzim hallerde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası hüküm olunur."

⁴ "MADDE 453 – Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir."

⁵ "MADDE 463 – 448, 449, 450, 456, 457 nci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükümlenir. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde on altı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadar ki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz."

“...babalık, analık, evlatlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlat, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinler hakkında” işlenmesi⁶ 5237 sayılı Yasa’da daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Ayrıca, suçun “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden biri aleyhine veya üyelik sıfatı sona ermiş olsa bile bu görevinden dolayı*” işlenmesi (765 s. TCK m. 450/1) ile “*Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında veya Devlet memurluğu sıfatı zail olsa bile bu görevi yapmasından dolayı*” işlenmesi (765 s. TCK m. 450/11) halleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda daha geniş ve kapsayıcı bir ifade tercih edilmesiyle “*kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle*” işlenmesi (TCK m. 82/1-g) şeklinde daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak yer almıştır. Diğer yandan, suçun “... *bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle*” (TCK m. 82/1-c), “*gebe olduğu bilinen kadına karşı*” (TCK m. 82/1-f), “*çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı*” (TCK m. 82/1-e) ve “*töre saikiyle*” (TCK m. 82/1-k) işlenmesi 5237 sayılı Yasa’da yeni nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 5237 sayılı Yasa’nın 83. maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi münhasıran düzenlenmiştir.

Alman Ceza Kanunu’nda (Alman CK) söz konusu suç, özel hükümler kitabının on altıncı bölümünde düzenlenmiştir. 211. maddenin başlığının cinayet (Mord), 212. maddenin başlığının ise adam öldürme (Totschlag) olması, bu suçların birbirinden bağımsız iki suç mu yoksa aralarında temel hal-nitelikli hal ilişkisi olan aynı suça ilişkin iki madde mi olduğuna dair tartışmalar yaratsa da, Alman doktrinindeki hakim görüş, 212. maddenin suçun temel şeklini oluşturduğu, 211. maddenin ise kasten öldürmenin ağırlaştırıcı nitelikli hallerini düzenlediği yönündedir⁷.

Kasten öldürmenin temel şeklini düzenleyen Alman CK m. 212 metni şu şekildedir:

“(1) *Katil olma niteliğini taşımayacak şekilde, bir insan öldüren kişi, kasten öldüren olarak 5 yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Çok ağır hallerde müebbet hapis cezasına hükümlenir.*”

Türk Ceza Kanunu’nun aksine Alman Ceza Kanunu’nda kasten öldürme suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerine de yer verilmiştir. Bunlar, 216. maddede düzenlenen “kastan öldürmenin hafif halı” ve 216. maddede düzenlenen

⁶ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 449. maddesinin 1. fıkrasında anılan bu kişilerle beraber “karı, koca ve kardeş” de sayılmıştır, fakat bu suçun bu kişilere karşı işlenmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller arasında düzenlenmiştir. (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 82/1-d.)

⁷ Karl Lackner/Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch*, 27. Baskı, München: Beck, 2011, 16. Abs. “Vorbermerkung” k.n. 22, BeckOnline, 16.05.2012; Hans-Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukuku’na Giriş* (Çeviren: Feridun Yenisey), İstanbul: Beta, 2007, sf. 80.

“mağdurun isteğiyle adam öldürme”dir. Bu düzenlemeler aşağıda “nitelikli haller” bahsinde ayrıntılı olarak incelenecektir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 453. maddesinde düzenlenmiş olan “yeni doğan çocuğun öldürülmesi suçu” Alman CK m. 217’de de düzenlenmiş fakat daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kasten öldürme suçuyla korunan hukuki değer yaşama hakkıdır⁸. Diğer tüm hürriyetlerin ön koşulu olan bu hakka yapılan saldırı, kişisel olduğu kadar toplumsal olarak da önem arz ettiğinden bu eylemlere karşı her dönemde ceza yaptırımı öngörülmüştür⁹. Hem Türk hem de Alman Ceza Kanunu, hukuki değerın yaşama hakkı olduğunu kabul ederek, kasten öldürme suçunu hayata karşı suçlar başlığı altında düzenlemiştir. Zira suçların düzenlendiği özel hükümler kısmının sistematiğinde, suçlar kural olarak koruduğu hukuki değere göre yer almaktadır¹⁰.

Yaşama hakkının esasına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan “*yaşamın kutsallığı*” tezi dini temellere dayanmaktadır ve yaşamın kutsal bir değeri olduğunu ileri sürmüştür¹¹. Zira bu teze göre, insan diğer canlılardan üstündür ve bu üstünlüğün sağladığı kutsallık Tanrı tarafından belirtildiğinden, insan yaşamına yapılan öldürme ya da intihar gibi saldırılar, Tanrı’nın emirlerine karşı gelmektir ve bu yüzden yasaklanmıştır¹². Daha sonraki dönemlerde ise bu görüş, “*yaşamın dokunulmazlığı*” adı altında laik temellere oturtularak savunulmuştur¹³. Bu tez, hukukun kaynağı olarak akli işaret etmektedir ve bu yüzden, intihar edenlerin cezalandı-

⁸ Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, İstanbul: Beta, 2001, sf. 10; Faruk Erem/Nezat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2000, sf. 330; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C:1**, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2011, sf. 25; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Rifat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 124. Alman Hukuku’nda ise korunan hukuki değerin yaşam olduğu ifade edilmektedir. Lackner/Kühl, “Vorbemerkung”, k.n. 1; Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Paeffgen, **Strafgesetzbuch Band 2**, 3. Baskı, Nomos, 2010, “Vorbemerkungen zu § 211 ” k.n. 2, BeckOnline, 17.05.2012; Adolf Schönke/Horst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 28. Baskı, München: Beck, 2010, “Vorbemerkungen zu den § 211 ff.” k.n. 12, BeckOnline, 03.06.2012. Korunan hukuki değerin yaşama hakkı olması ve yaşam olması arasında pratik olarak fark bulunmamağaysa da; teorik olarak aradaki fark, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce, yaşamın sonlandırılmadığı durumlarda dahi, yaşama hakkını tehlikeye sokacak eylemlerin madde kapsamında ihlal olarak görülmesi şeklinde tezahür etmektedir. İlgili kararlar ve ayrıntılı açıklama için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, sf. 124, d.n. 3.

⁹ Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 25.

¹⁰ Johannes Wessels/Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 35. Baskı, Heidelberg: C.F. Müller, 2005, k.n. 105.

¹¹ Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2011, sf. 251.

¹² Sibel İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, İstanbul: Ayrıntı, 1999, sf. 35.

¹³ Aysun Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011) 163; Tacir, sf. 252.

rılmasına yönelik normların hukuk düzeninde olamayacağını savunmaktadır¹⁴. Bu yönüyle yaşamın kutsallığı tezinden ayrılmaktaysa da, insanın başlı başına bir değer olduğundan yola çıkması, onur ve iradesi sebebiyle diğer canlılardan farklı ve üstün olduğunu ve insan yaşamının ve bedeninin korunması zorunluluğunu savunması sebebiyle¹⁵ yaşamın kutsallığı teziyle büyük benzerlik göstermektedir.

Bu görüşlerin karşısında “*yaşamın niteliği*” görüşü yer almaktadır. Bu görüş, kişi özerkliği kavramı üzerinde durarak kişinin kendi yaşamı, bedeni ve ölümü üzerinde karar verme hakkının kısıtlanamayacağını savunmaktadır¹⁶. Bu görüş iki farklı şekilde savunulmuştur. Bunlardan ilki *yararcı (hasta özerkliğini destekleyen) yaklaşımdır*. Bu yaklaşımın kurucuları Jeremy Bentham ve John Stuart Mill'dir. Bu yazarlara göre, bireyin özerkliği toplumun refahına ya da başkalarına zarar vermediği sürece saygın ve mutlak olduğundan, kişinin sadece kendine etik ya da fiziki açıdan zarar verme ihtimali, bireyin isteğinin göz ardı edilmesine sebep teşkil edemez¹⁷. Yaşamın niteliği görüşü altında savunulan diğer yaklaşım ise, *yaşamın anlamını değerlendiren yaklaşımdır*. Bu yaklaşıma göre, yaşamın canlı olmayı ifade eden bir *biyolojik* anlamı ve canlı olmaktan öte kişinin karakteri, planları, umutları, inançları, hayal kırıklıkları, sosyal yönü ve değerlerinin toplamını ifade eden *biyografik* anlamı bulunmaktadır ve bu görüşe göre esas olan biyografik yaşam olduğundan, bilinçli bir yaşamın olmaması halinde kişinin gerçek anlamda yaşamadığı savunulmuştur¹⁸. Bu görüşün sonucunda ise, örneğin acılar içinde yaşayan ve ölümcül bir hastalığa yakalanmış bir kişinin kendi yaşamını sonlandırmak istemesi halinde, yaşama hakkını korumak adına talebinin reddedilmesinin söz konusu olmayacağı savunulabilir¹⁹.

Gerek Alman gerek Türk hukukunda yaşama hakkı konusunda normatif olarak yaşamın dokunulmazlığı görüşünün tezahür ettiği söylenebilir. Türk hukukunda bu durum, Anayasa'nın 12. 15. ve 17. maddelerinde vücut bulmuştur. Alman Anayasası'nın ise 2. ve 19. maddeleri yaşamın dokunulmazlığı görüşünün benimsendiğine işaret etmektedir. Söz konusu madde metinlerine çalışmanın giriş bölümünde yer verildiği için bu bahiste madde metinleri tekrarlanmayacaktır.

¹⁴ İnceoğlu, “Ölme Hakkı”, sf. 63.

¹⁵ İnceoğlu, “Ölme Hakkı”, sf. 65.

¹⁶ Ronald Dworkin, **Life's Dominion**, Alfred A. Knopf pres: New York, 1993, sf. 238-239'dan aktaran Sibel İnceoğlu, “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:2, 2006, sf. 290.

¹⁷ John Stuart Mill/Jeremy Bentham, **Utilitarianism and Other Essays**, London: Penguin Classics, 1987; Jeremy Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, London: W. Pickering, 1823' ten aktaran Tacir, sf. 253.

¹⁸ Altunkaş, sf. 167.

¹⁹ Tacir, sf. 259.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

a. Fiil (Hareket)

Kasten öldürme suçunun cezalandırılabilmesi için neticenin belirli bir şekilde davranarak meydana getirilmiş olması zorunluluğu yoktur. Neticeyi oluşturmaya yönelik olmak şartıyla her şekilde hareket edilebilir. Başka bir deyişle kasten öldürme suçu bir serbest hareketli suçtur²⁰. Suç, ani bir hareketle gerçekleşebileceği gibi, uzun bir süre boyunca işlenen bir hareketle de gerçekleşebilir. Örneğin failin, mağduru belirli bir süre boyunca belli aralık ve dozla zehirleyerek öldürmesinde durum böyledir²¹.

Kasten öldürme suçu, icrai hareketle işlenebileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebilen bir suçtur. Bu bakımdan Alman Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu yaptıkları düzenlemeler bakımından farklılık göstermektedir. Alman Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" kısmında kasten öldürmenin ihmali suretiyle işlenmesi ihtimaline mahsus bir düzenleme yapılmamışken, Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesi bu ihtimali özel olarak düzenler. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

"(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması,

Gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenilebileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir."

TCK m. 83'e göre bir kişinin ihmali suretiyle kasten öldürme suçunun faili olabilmesi için, kişinin neticeyi önlemeye yönelik ve hukuk düzeninin dayattığı bir

²⁰ Erem/Toroslu, sf. 337; Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 28; Tezcan/Er-dem/Önok, sf. 130.

²¹ Centel/Zafer /Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 29.

garantör yükümlülüğünün olması gerekir²². Alman Ceza Kanunu'nun özel hükümler kısmında kasten öldürme suçunun ihmal suretiyle işlenmesinin düzenlenmediği yukarıda belirtilmişti. Fakat Alman Ceza Kanunu'nda böyle bir düzenlemeye genel hükümler kısmında m. 13'te yer verildiğinden, söz konusu suçun ihmal suretiyle işlenmesi halinde de fail cezalandırılacaktır. Alman Ceza Kanunu'nun "filin ihmal suretiyle işlenmesi" başlıklı 13. maddesi şu şekildedir:

"(1) Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi önlemekte ihmal gösteren kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmeme-i için hukuken sorumlu olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmiş olması şarttır.

(2) Ceza 49. maddenin 1. fıkrası uyarınca indirilebilir."

Alman Ceza Kanunu sistematığına göre, kişinin bu madde hükmüncü bir suç tipini ihlal ettiğinden söz edebilmek için iki aşamalı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

İlk olarak, failin hukuken neticeyi önleme yükümlülüğü olmasına rağmen bu yükümlülüğünü ihlal etmiş olması ve ihlalin kendisine objektif olarak isnat edilebilmesi gerekmektedir²³.

İkinci aşamada ise, ihmalde bulunan garantörün bu ihlal şeklindeki davranışının, söz konusu suçun tipiklik unsurunu bir aktif hareketin sağladığı gibi sağlaması, yani ihmalin tipe uygun davranışı gerçekleştirmeye, bir icrai hareket kadar elverişli olması aranmaktadır²⁴.

Türk ve Alman ceza kanunları arasında kasten öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi bakımından öngörülen bu farklılığın değerlendirmesini yapmak gerekirse; Türk Ceza Kanunu'ndaki garantörlük kapsamının Alman Ceza Kanunu'na göre daha sınırlı olduğu söylenebilir. Zira Alman CK m. 13'ün lafzına göre garantörlük hukuk düzeninin herhangi bir normu ya da iradesiyle üstlenilirken, Türk Ceza Kanunu'na göre kanun, sözleşme ya da önceki tehlikeli davranışın söz konusu olduğu hallerde garantörlükten bahsedilebilecektir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda kasten öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi özel hükümlerde düzenlenmişken, Alman Ceza Kanunu'nda fiilin ihmal suretiyle işlenmesi genel hükümlerde düzenlenmiş ve bu suretle hükmün uygulama alanı diğer suç tiplerine de teşmil ettirilmiştir.

Failin suçu gerçekleştirmek için kullandığı araçlar bakımından iki kanunda da bir hususiyet aranmamıştır. Kullanılan aracın neticeyi gerçekleştirmek için elverişli

²² Tezcan/Erdem/Önok, sf. 133.

²³ Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden: Nomos, 2005, sf. 284.

²⁴ Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1**, 2. Baskı München: C.H. Beck, 2011, "StGB § 13 Begehen durch Unterlassen", k.n. 2. BeckOnline, 16.05.2012.

olması yeterli ve gereklidir. Bu nedenle örneğin yaşlı ve kalp hastası bir kadına, gerçek olmadığı halde tek kızına tecavüz edilip öldürüldüğünün söylenmesi üzerine kadının ölmesi durumunda da kullanılan araç manevi bir özelliğe sahip olsa da neticeyi gerçekleştirmeye elverişli bir araçtır²⁵. Fakat örneğin büyü yapma gibi nedensellik bağlantısının kurulması hususunda kesin kanaatlere varılamayan durumlarda aracın elverişsiz olduğu ve suçun işlenemeyeceği kabul edilmelidir²⁶.

İlacını almadığı takdirde ölecek bir kişinin ilacını almasını engellemek ya da yaralı bir kişinin hastaneye gitmesini engellemek gibi, ölüm neticesine yol açabilecek bir durumda, bu neticenin önlenmesine yönelik hareketleri engelleyen kişi de ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde, kasten öldürme suçunu işlemiş olacaktır²⁷. Eğer netice gerçekleşmemişse öldürmeye yönelik kastla bu engellemeyi yapan kişinin hareketi teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

b. Netice, Nedensellik Bağı

Kasten öldürme suçu bir netice suçudur ve bu nedenle suç ölüm neticesinin meydana gelmesiyle tamamlanır. Netice, failin fiilinin neden olduğu ölümün gerçekleşmesi ile oluşur. Dolayısıyla neticenin gerçekleşmesinden önce mağdurun yaşıyor olması gerekmektedir²⁸. Yaşama kavramının değerlendirilmesinde, aşağıda suçun konusu başlığı altında yer verilen açıklamalar dikkate alınmalıdır.

Nedensellik bağının açıklanması anlamında, doktrindeki hakim görüş²⁹ olan doğal nedensellik (şart) teorisi, eğer bir hareket olmasa idi netice meydana gelmez idi denebiliyorsa, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağına kurmakta ve neticeye giden bu silsiledeki her sebebi eşit önemde görmektedir³⁰. Şart teorisinin, nedensellik ilişkisini tek başına açıklama hususunda adaletsiz sonuçlara yol açabileceği öngörüsünden yola çıkarak ortaya konan ve normatif bir değerlendirme olan objektif isnadiyet teorisi ise, şart teorisinin üstüne temellendirilmiş ve bu teorinin kapsamını daraltan bir teoridir. Başka bir deyişle, objektif isnadiyet teorisi, doğal anlamda nedensellik hükmünü normatif bir isnadiyet hükmü ile tamamlar³¹ ve bu bakımdan teori, bir nedensellik teorisi değil değerlendirme öğretisidir³². Şart teori-

²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 132.

²⁶ Dönmezer, sf. 14.

²⁷ Dönmezer, sf. 14-15.

²⁸ Dönmezer, sf. 12.

²⁹ Hakan Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları**, Ankara: Seçkin, 2006, sf. 24.

³⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. Zafer, sf. 184.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 167. Nedensellik bağının tespiti hakkında diğer görüşler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, "Türk Ceza Hukukuna Giriş", sf. 262 vd.

³¹ Veli Özer Özbek, "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu", **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, (Yayına Hazırlayan: Hakan Pekcanitez), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: Ankara, 2004, sf. 440-441.

³² Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, Bielefeld, 1995, § 14, no. 51'den aktaran Özbek, sf. 441.

sine göre, bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olmazsa olmaz her türlü davranışın, ceza hukuku bakımından bir nedensellik teşkil ettiği söylenmişti. Buna göre; bir silah satıcısının bir kişiye silah satması, silahı alan kişinin bu silahı eve getirdikten sonra evde bir yere koyması, daha sonra da evde verilen bir davette bir davetlinin bu silahı bulup başka bir davetliyi öldürmesi örneğinde silsile içerisindeki her unsur, neticenin bir sebebi sayılır. Objektif isnadiyet teorisine göre ise, şart teorisi anlamında bir hareketin sonucunda gerçekleşen netice, ancak hareket hukuk düzeninin onaylamadığı önemli bir tehlike yaratmış ve tipik neticede, üçüncü bir kişi ya da bir rastlantının değil de, failin bir eseri olarak gerçekleşmişse, faille objektif olarak yüklenebilir³³. Bu yüzden nedensellik bağını açıklayabilmek için şart teorisine göre bir inceleme yaptıktan sonra, objektif isnadiyet teorisi bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir.

Neticenin, failin hareketinden kaynaklandığını kesin olarak söylemenin mümkün olmadığı durumlarda, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanık beraat ettirilmelidir, zira nedensellik bakımından ortada bir şüphe mevcuttur³⁴.

Alternatif nedensellik ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, yani iki birbirinden bağımsız hareketin her birinin neticeyi gerçekleştirmek için elverişli olduğu ihtimalde, her koşulun netice bakımından nedensellik bağını oluşturduğu kabul edilmelidir³⁵. Eğer failer arasında iştirak iradesi yoksa, müşterek faillikten söz edilemez. Dolayısıyla müstakil faillik söz konusudur ve eğer neticeye hangi failin hareketinin sebep olduğu belirlenebiliyorsa neticeden yalnız o kişi sorumlu tutulmalıdır. Fakat hangi failin hareketinin önce yapıldığı belirlenemiyorsa, neticeyi kimin hareketinin meydana getirdiği konusunda bir şüphe vardır ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca iki failin de kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir³⁶. Zira iki faili de sorumlu tutmak, aslında çok kısa bir süre de olsa hareketi sonradan yapan ve netice zaten doğmuş olduğu için, kendi hareketi netice doğurmamış bir kişinin, müsebbibi olmadığı bir neticeden sorumlu tutulması ihtimalini doğuracaktır. Öte yandan kümülatif nedenselliğin söz konusu olduğu durumda, yani birbirinden bağımsız ve neticeyi gerçekleştirmeye nispi olarak elverişli olmayan hareketlerin birleşerek elverişli bir hareket oluşturup neticeye sebep olması durumunda iştirak iradesi olmayan iki failin de kasten öldürmeye yönelik olsa da, araçları elverişsiz olduğundan iki failin de kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir³⁷. Nedensellik atipik gelişmişse, yani netice, failin hareketiyle

³³ Koca/Üzülmez, sf. 172-173.

³⁴ Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2012, sf. 673.

³⁵ Wessels/Beulke, k.n. 157.

³⁶ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Turhan, 2011, sf. 287; Koca/Üzülmez, sf. 169.

³⁷ Failleri teşebbüsten sorumlu tutan fakat bunun sebebini şüpheden sanık yararlanır ilkesine bağlayan görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 287. Bu ihtimalde nedensellik bağının mevcut olduğunu kabul etmekle birlikte, objektif isnadiyetin veya kastın olmadığını savunan görüş için

bağlantılı olduğu halde, failce düşünülmeyen başka bir sebepten kaynaklanıyorsa³⁸, objektif isnadiyet teorisine göre nedensellik gerçekleşmeyecektir.

c. Fail

Kasten öldürme suçunun faili herkes olabilir. Suç, fail bakımından bir özgü suç özelliği göstermez. Fakat TCK m. 83'ün öngördüğü özel hüküm ve Alman CK m. 13'teki genel hüküm uyarınca, kasten öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi sadece garantör yükümlülüğü olan kişi açısından mümkündür³⁹.

Kişinin intihar etmesi suç teşkil etmez, çünkü kasten öldürme fiili sadece bir başkasına karşı işlenebilen bir suçtur⁴⁰.

d. Mağdur

Suçun mağduru da yaşayan her insan olabilir. Fakat mağdurun, kişinin kendisi olamayacağı bu bahiste de tekrarlanmalıdır. Yaşama hakkının aynı zamanda yaşamaya son verme, yani ölme hakkını içerip içermediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Böyle bir hakkın olup olmadığına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pretty/Birleşik Krallık⁴¹ davasına değinmek gerekir. Ağır ve acı veren ölümcül hastalığı yüzünden intihar dahi edemeyen bayan Pretty'nin ölümüne, eşinin yardım etmesinin ulusal hukuka göre suç teşkil etmesi hususunda Mahkeme, Devlet'in kişiye ölüm hakkı tanımak gibi bir yükümlülüğünün olmadığını kabul ederek Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Yine aynı karara göre, Mahkeme, bu yönde bir düzenlemenin, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlal etmeyeceğini belirtip, bu yönde hukuki düzenlemeler yapma yetkisini Devlet'in takdir yetkisine bırakmıştır. Mahkeme ayrıca, bayan Pretty'nin ölüm yardımı isteminin reddinin, Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağı kapsamında bir "insanlık dışı muamele" oluşturmayacağını ve bu istemin, 9. maddede düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında görülemeyeceğini içtihat etmiştir. Ölüm yardımı konusunda Alman ve Türk hukuklarındaki görüşlere, çalışmanın hukuka aykırılık bahsinde yer verilmiştir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pretty/Birleşik Krallık davasında vardığı, yaşama hakkının, aynı zamanda ölüm hakkını içerecek şekilde yorumlanamayacağı yönündeki çıkarımına paralel olarak, Alman doktrinindeki hakim görüşe

bkz. Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart, 2005, k.n. 231'den aktaran Koca/Üzülmez, sf. 169.

³⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 287.

³⁹ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 133.

⁴⁰ Dönmezer, sf. 11.

⁴¹ Pretty/Birleşik Krallık, 29.04.2002, fin. 29.07.2002, Başvuru No: 2346/02, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448>, E.T: 17.01.2013.

göre de, kendi yaşamına son vermek bir temel hak olarak değerlendirilemez. Fakat Alman hukukunda kendini öldürmek yasaklanmamıştır ve bir suç teşkil etmez⁴². Türk ceza hukukunda da durum farklı değildir. Kişinin hayatının sona erdirilmesi yönündeki rızasının hukuki geçerliliği olmadığı göz önünde bulundurulursa, kendi yaşamını sonlandırmanın da bir temel hak olamayacağı neticesine *a priori* olarak varılacaktır. Diğer yandan, Türk hukukunda da kendi yaşamına son vermek bir suç oluşturmaz.

Ağır yaralı veya zarar görmüş ya da sakat bir yeni doğanın yaşatmaya değer görülmemesi ve bu bahisle suçun mağduru kapsamında ele alınmaması söz konusu olamaz⁴³, zira böyle bir iddianın hukuki ya da insani bir dayanağı yoktur.

Mağdurun kim olabileceği meselesini aşağıda, suçun konusu bahsinde, yaşamın ne zaman başladığı ve bittiğine ilişkin açıklamalarla tamamlamak yerinde olacaktır.

e. Maddi Konu

Kasten öldürme suçunun maddi konusu, öncelikle doğmuş ve yaşayan bir insandır⁴⁴. Bu nedenle henüz doğmamış çocuk, kasten öldürme suçuna konu olamaz. Bu noktada doğumun başlangıç anının saptanması önem kazanmaktadır. Alman doktrinindeki hakim görüşe göre, itme ve bastırmadan kaynaklı sancılar değil, rahmin açılış anındaki sancılar doğumun başlangıcıdır⁴⁵. Türk doktrininde ise mesele tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ceninin insan niteliğine kavuşarak bu suçun konusu haline gelmesi anı doğumun bitmesi anıdır⁴⁶. Diğer bir görüş, ceninin ana rahminden çıkıp ayrı bir varlık haline gelmesi şartını aramaktadır⁴⁷. Daha isabetli gözükten bir başka görüş ise, Alman doktrinindeki hakim görüşle aynı şekilde doğumun başlangıç anını esas almaktadır⁴⁸. Bu andan önceki durumlarda, anne karnındaki çocuk kasten öldürme suçunun konusunu oluşturmaz. Yargıtay'ın görüşü ise, kimse sıfatının tam ve sağ doğumla kazanılacağı yönündedir⁴⁹. Henüz anne karnındaki çocuğa etki edebilecek ve suç oluşturan fiiller bağlamında ise, TCK m.

⁴² Lackner/Kühl, "Vorbemerkung", k.n. 9.

⁴³ Rudolf Rengier, **Strafrecht Besonderer Teil II**, München, 2010, §3 k.n. 6'dan aktaran: Tezcan/ Erdem/Önok, sf. 129.

⁴⁴ Lackner/Kühl, "Vorbemerkung", k.n. 1.

⁴⁵ Lackner/Kühl, "Vorbemerkung", k.n. 3.

⁴⁶ Sahir Erman/Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1994, no: 12 ; Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 19.

⁴⁷ Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 27-28.

⁴⁸ Dönmezer, k.n.12; Tezcan/Erdem/Önok, sf. 126; Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pinar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 139.

⁴⁹ "...kimse sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılabileceğinden bebeğin doğum sırasında ana karnından tam olarak doğmadan ölmesi sebebiyle "kimse" sayılmayacağı, bu nedenle de eylemin bu madde kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmadığı..." Yarg. 9. CD. 24.12.2008-16443/14064 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 17.12.2012).

99'da düzenlenen "çocuk düşürtme" veya m. 100'deki "çocuk düşürme" suçları ile ana rahmindeki çocuğa bir koruma sağlanmaktadır. Söz konusu suçlar, Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesinde "çocuk düşürtme ve düşürme" adı altında birlikte düzenlenmiştir. Ceninin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "yaşama hakkı" başlıklı 2. maddesi kapsamında korunup korunmayacağı hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vo/Fransa⁵⁰ ve Evans/Birleşik Krallık⁵¹ davaları yol gösterici olmuştur⁵². Mahkeme, iki kararda da, Sözleşmeciler Devlet'lerin çoğunun kendi iç hukuklarında hakim bir görüş gelişmediğinden ve Avrupa ülkeleri arasında da, yaşamın ne zaman başladığını belirleyici hukuki ve bilimsel bir tanımda görüş birliğine varılmadığından, yaşamın başlangıcını belirleme konusunda Sözleşmeciler Devlet'lerin geniş bir takdir yetkisi olduğunu ifade etmiştir.

Suçun konusu aynı zamanda başka bir insandır. Şu halde suçun maddi konusunu "doğmuş ve yaşayan, başka bir insan" oluşturur. Bu çıkarımın doğal bir sonucu olarak da, kişinin bu suçu kendine karşı işlemesi mümkün değildir. Bir kimsenin başkasını, kendini öldürmeye sevk etmesi ise, TCK m. 84'te "intihara yönlendirme" başlığıyla bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda ise böyle bir madde yer almamaktadır. Böyle bir hükmün yokluğunda, Alman Federal Mahkemesi'nin ünlü Sirius kararı⁵³ uygulamaya ışık tutmuştur. Mahkeme; mağdur, başka bir gezegende yaşayan üstün bir ırkın mensubu olduğuna inandırıp onun güvenini kazandıktan sonra, kendi canını alarak yeni bir bedende hayat bulacağına yönelik telkinlerle intihara sürükleyen, fakat mağdurun son anda vazgeçmesiyle işlemek istediği suç teşebbüs aşamasında kalan failin, kasten öldürme suçunun dolaylı faili olacağına hükmetmiştir.

Yaşamın ne zaman sona ereceği de suçun maddi konusu bakımından önem arz etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda ölüm anına ilişkin bir düzenleme yoktur ve doktrinde ölüm anının tespitine ilişkin iki görüş arasında tartışmalar sürmektedir. Bu görüşlerden ilki, beyni müteakip tüm organların geri döndürülemez şekilde çalışmasının durmasını arayan biyolojik ölümü savunurken, ikincisi beynin geri döndürülemez şekilde çalışmasının durmasının, yani beyin ölümünün, yasal ölüm anı olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmektedir⁵⁴. İkinci görüş daha

⁵⁰ Vo/Fransa, 08.07.2004, Başvuru No:53924/00, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887>, E.T.: 21.01.2013.

⁵¹ Evans/Birleşik Krallık, 10.04.2007, Başvuru No: 6339/05, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>, E.T.: 21.01.2013.

⁵² Kararların inceleme ve değerlendirmesi için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011, sf. 96.

⁵³ BGH Urteil vom 05.07.1983 (1 StR 168/83), http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=2885, E.T: 17.05.2012.

⁵⁴ Yener Ünver, "Die rechtliche Situation der Organ- und Gewebetransplantation in der Türkei", **Türkiye-Ukrayna Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15-17.03.2011, sf. 118.

isabetli görünmektedir, zira bazı durumlarda beyin ölümü gerçekleştikten sonra, organlar uzun bir süre daha yaşayabilmektedir. Nitekim Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek 1'de beyin ölümü ölçütü benimsenmiştir⁵⁵. Alman doktrininde de hakim görüş büyük beyin, beyincik ve beyin sapı olmak üzere tüm beynin ölümünün, ölüm anının tespitinde esas alınması gerektiğini savunmaktadır⁵⁶.

f. Nitelikli Haller

aa. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen nitelikli haller

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen kasten öldürme suçunun nitelikli halleri bahsi ile ilgili açıklamalara geçmeden önce önemle belirtmek gerekir ki, TCK m. 83'te düzenlenen “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*” daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal değildir. Bu düzenleme sadece kasten öldürme suçunun ihmali davranışla da işlenebileceğini ve ihmali hareketin hangi hallerde icrai harekete eşdeğer olduğunu belirtmekte ve 3. fıkrasında da hakime cezayı indirebilme yönünde bir takdir yetkisi vermektedir. Bununla birlikte, ihmal suretiyle icra hareketlerinin cezalandırılabilirliği ve indirim esasları Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında m. 13'te gösterildiği için TCK m. 83'teki gibi bir özel düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Böylece Alman Ceza Kanunu'na göre tüm suçlar kural olarak hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilmektedir. Benzer bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde getirilmesi, Türk ceza hukukundaki ihmal suretiyle icra suçları bakımından oluşabilecek soru işaretlerini önlemek açısından oldukça faydalı olacaktır⁵⁷. Zira şu anki haliyle ihmal suretiyle icra hareketleri, kanunilik ilkesi gereği, bu tür hareketlerin cezalandırılabilirliğinin açıkça öngörüldüğü suçlar dışında –ki bu suçlar kasten öldürme (m. 83), kasten yaralama (m. 89), işkence (m. 94/5) ve Orman Kanunu m. 105/2'nin⁵⁸ TCK m. 170'e yaptığı atıf neticesinde ve Orman Kanunu m. 105/2 kapsamında olmak üzere genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarıdır⁵⁹- cezalandırılabilir değildir. Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi bir düzenlemenin yapılması halinde TCK m. 82'de gösterilen nitelikli haller, suçun ihmal suretiyle işlenmesi halinde de uygulama alanı bulacaktır. Fakat mevcut sistematiğe göre TCK m. 82'deki nitelikli haller, TCK m. 83 açısından uygulanamaz⁶⁰.

Kasten öldürme suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri, Türk Ceza Kanunu'nun “nitelikli haller” başlıklı 82. maddesinde düzenlenmiştir. Suçun

⁵⁵ Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 27.

⁵⁶ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, “Vorbemerkungen zu § 211”, k.n. 24.

⁵⁷ Aynı fikirde bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sf. 144.

⁵⁸ “MADDE 105 – (2) Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170'inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır”

⁵⁹ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.Baskı, Ankara:Adalet, 2012, sf. 143.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, sf.132; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sf. 143.

temel şekli için öngörülen ceza müebbet hapis cezasıyken bu hallerden birinin söz konusu olduğu durumlarda faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilecektir.

TCK m. 82/1-a'da öngörülen nitelikli hal, kasten öldürme suçunun *tasarlayarak (taammüden)* işlenmesidir. Öğretide tasarlamamanın tanımı hususunda önem arz eden iki teori savunulmuştur. Bunlar, soğukkanlılık ve plan kurma teorileridir. Soğukkanlılık teorisine göre suç işlemeye karar vermiş failin bu kararı verdikten belirli bir süre sonra ve soğukkanlı şekilde hareket etmesi gerekir⁶¹. Plan kurma teorisine göre ise, tasarlama suç işlemeye karar veren failin, bu andan suçun işlenmesine kadar geçen zaman içerisinde düşünüp taşınarak genel bir plan kurması ve bu plan dahilinde hareket etmesidir⁶². Plan kurma teorisini kabul edildiğinde, isabetli olarak haksız tahrikin tasarlamayla bir arada bulunabileceği sonucuna ulaşılır⁶³. Zira fail, haksız bir tahrikin etkisinde de plan yapabilir. Yargıtay'ın ise, daha çok soğukkanlılık teorisini ekseninde kararlar verse de⁶⁴, bazen plan kurma teorisini bazen de iki teoriyi birlikte kullandığı ve aslında kendi yorumunu geliştirdiği görülmektedir⁶⁵.

⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 156.

⁶² Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 535.

⁶³ Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 535; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Yetkin, 2010, sf. 134 Soyaslan, haksız tahrikle tasarlamamanın soğukkanlılık teorisini kabul edildiğinde de bağdaşabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşe katılmak zor gözükmemektedir, zira haksız tahrikin motifi olan şiddetli elem veya hiddet, gerçek anlamda soğukkanlı ve dingin bir ruh halinde mevcut olamaz. Başka bir deyişle eğer haksız tahriki oluşturan motif hala mevcutsa kişi gerçek anlamda bir ruhi dinginliğe erişmemiş demektir. Öte yandan, İtalyan Temyiz Mahkemesi'ne göre, her suç bir çaba, heyecan ve telaş gerektirdiğinden, tasarlama, ruhi sükunet ve soğukkanlılık ile özdeş değildir. Tezcan/Erdem/Önok, sf. 159.

⁶⁴ "...tasarlama halinin kabulü için zorunlu öğelerden bulunan, eyleme karar verme, kararlılığını sürdürme ve eylemi gerçekleştirmede soğukkanlılık, sebat ve ısrar halinin oluşmadığı..." Yarg.1. CD. 10.08.1993-1118/1530 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 17.12.2012).

⁶⁵ "Uygulamada ise Yargıtay'ın genelde tasarlama soğukkanlılık teorisinden yana olduğu; bununla beraber olayın özelliklerine göre bazı hallerde plân kurma teorisini (C.G.K. ll.2.1985; 277/75, 25.1.1980 528/29 benimsediği gibi bazı halde karma görüşü (C.G.K. 12.12.1983, 299/398, 18.12.1978, 426/488 gibi) benimsenmiş olduğu görülmektedir." Yarg.CGK. 11.11.1985-358/567 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T:17.12.2012); "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.4.1998 gün ve 117-155, 13.11.2001 gün ve 239-247, 10.10.2006 gün ve 30-210, 15.12.2009 gün ve 200-290, 2.2.2010 gün ve 239-14 ile 16.2.2010 gün ve 251-25 Sayılı kararları ile özel dairelerin yerleşik kararlarında kabul edildiği üzere, tasarlama; ani kast türünün dışında kalmakta, düşünce kastına girmektedir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalı ise de, Yargıtay'ın duraksamasız uygulamalarına göre, tasarlama bahsedilebilmesi için:

1-) Failin bir kimsenin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğüne karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi,

2-) Failin düşünüp planladığı suçu işlemeyen önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla failini icraya başlaması,

3-) Failin gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dâhilinde icra etmesi gerekmektedir. Tasarlama halinde fail, anında karar verip fiili işlemekte, suç işlemeye kararı ile failin icrası arasında sükunetle düşünemeye yetecek kadar bir süre geçmektedir. Fail, bu süre içerisinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi ve fakat bir başka sebeple ve bir başka ani kararlar fiili işlemesinde tasarlama söz edilemez. Suç işleme

Fakat yeni tarihli bir kararında Yargıtay'ın plan kurma teorisine öncelik tanıdığından da altını çizmek gerekir⁶⁶.

Canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürmek de TCK m. 82'de ilk fıkranın (b) bendinde düzenlenmiştir. Aslında bu bentte iki nitelikli hal bir arada düzenlenmiştir. Şöyle ki, canavarca his, failin iç dünyasına ilişkin ve failin hareketindeki psikolojik motifi betimleyen bir ifadedir⁶⁷. Öte yandan, eziyet çektirme, öldürme fiilinin yarattığı tabii acıdan fazla, zorunlu olmayan, sırf ıstırapı ve acıyı arttırmayı hedefleyen hareketleri ifade eden, fiilin işlenişine ilişkin bir kavramdır⁶⁸. Canavarca hisle işlenen fakat mağdurda eziyet boyutunda bir acı yaratmayan bir öldürme fiili söz konusu olabileceği gibi, aksi şekilde failin canavarca hisler taşımasına rağmen mağdura eziyet çektirdiği bir öldürme fiili de mümkündür. Yargıtay'a göre; "*canavarca bir his sevki ile adam öldürmek, sırf öldürmüş olmak için öldürmek, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek*" anlamına "*işkence ve tazip ile öldürmek ise, öldürme eyleminden önce öldürülecek olana karşı azap ve işkence yapmayı hedef tutan, ölümü meydana getirmek bakımından zorunlu olmayan vahşice davranışlarda bulunmak*" anlamına gelmektedir⁶⁹.

İşkence suçunun neticesi olarak ölümün meydana gelmesini düzenleyen TCK m. 95/4 ile m. 82/1-b arasındaki ayırım, failin kastına göre belirlenecektir. Failin kastı işkenceye yönelikse, işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, kast nihai olarak öldürmeye yönelikse kasten öldürmenin eziyet çektirerek işlenmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁷⁰.

TCK m. 82/1-c'de öngörülen nitelikli hal, suçun *yangın, su baskını, tahrip,*

kararının hangi düzeydeki eylem için ve ne zaman alındığı ile eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlılıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut kanıtlarla saptanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükunete ulaşıp ulaşılamayacağı değerlendirme konusu yapılmalıdır." Yarg. CGK. 25.01.2011-1-122/7 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T:17.12.2012).

⁶⁶ "...maktuller A. ve E.'nin karı koca, olaydan sonra vefat eden sanık Ü.'in ise maktullerin oğlu olduğu, çiftlikte birlikte yaşadıkları, maktuller ile arasında anlaşmazlık bulunan Ü.'in, bu durumu sanık V.'ye söylediği, birlikte maktulleri öldürmeye karar verdikleri, yaptıkları plan ve iş bölümü doğrultusunda, olay günü fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek... tasarlayarak öldürme suçlarından... hüküm kurulması gerektiği..." Yarg.1.CD. 15.03.2012-8048/1836 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T:17.12.2012).

⁶⁷ Ekinci ve Özcan'a göre, kişinin yakılarak ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi halinde de canavarca hisle öldürme söz konusudur, Çünkü yazarlara göre, canavarca hisle öldürmenin arz ettiği özellik, öldürmenin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmiş olmasıdır. Mustafa Ekinci/Şerafettin Özcan, **Kasten Adam Öldürme Suçları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2004, sf. 101. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, canavarca his, failin iç dünyasını ve psikolojik motifini betimlediği için, kişinin yakılarak ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi halinde, failin iç dünyasında bu yönde bir motif bulunmuyorsa, canavarca hisle öldürmeden bahsedilemez. Böyle bir durumda, koşulları mevcutsa eziyet çektirerek öldürmeden bahsedilebilir.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem /Önok, sf. 160.

⁶⁹ Yarg. 1. CD. 27.09.1994-2431/2977 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 02.06.2012).

⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 162.

batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle işlenmesi halidir. Böyle bir nitelikli halin öngörülmüş olmasının nedeni, fiilde kullanılan araçların kasten öldürme suçunun konusunu oluşturan kişinin yanında, toplumu genel olarak tehlikeye sokmasıdır⁷¹. TCK m.170 (Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması), m. 172 (Radyasyon yayma) ve m. 173 (Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme) ile bu nitelikli hal arasında bileşik suç ilişkisinin olmadığı kabul edilmelidir⁷². Zira söz konusu maddelerdeki tipik hareketlerin tamamı m. 82/1-c tarafından kapsanmamaktadır ve 82/1-c'nin tanımı bu suçları tam kapsamlarıyla içermediğinden zikredilen suçlar araç suç olarak görülemez. Fakat bu suçlardan herhangi birinde gösterilen tipik hareketlerin yapılması sonucu ölüm neticesi meydana gelirse, hareket tek olacağından, yapılan eylemi tarif eden suçla, manevi unsurun oluşumuna göre, kasten öldürme veya taksirle öldürme suçu bakımından farklı nevdan fıkri içtima hükümlerine gidilmelidir⁷³. Yargıtay görüşü de bu yöndedir⁷⁴.

Kasten öldürme suçunun *üstsoy veya altsoydan birine ya da eşe veya kardeşe karşı işlenmesi* halinde TCK m. 82/1-d uyarınca ceza ağırlaştırılır. Failin mağdur olduğu ilişkisine dayanan bu nitelikli halin öngörülmüş olmasının sebebi, failin ahlaki olarak çok derin bir kötülük içinde olmasıdır. Bu nitelikli hal bakımından, evlatlık ilişkisi ve butlanla sakat evlilikler önem arz eder. Belirtmek gerekir ki bu nitelikli halin uygulama alanı, alt soy ve üst soy açısından sadece kan hısımlığına şamil olduğundan⁷⁵ evlatlık bu kapsama dahil değildir. Mutlak butlan ile malul olsa da evlilik, Türk Medeni Kanunu m. 156 uyarınca hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracağından, mutlak butlan kararı verinceye kadar olan süreçte sakat evlilikteki karı veya kocanın diğerini öldürmesi halinde ağırlaştırıcı nitelikli hal uygulanmalıdır⁷⁶. Zira mutlak butlan sonucunu doğuracak hususun, kanunda açıkça yer almasının yanında, hükme aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağına vurgulanması ya da yasaklayıcı hükmün anlam ve amacından tereddütsüz anlaşılabilmesi gerekir⁷⁷. Oysa kanun koyucu Türk Medeni Kanunu'nda bunu yapmak yerine, tam

⁷¹ Soyaslan, sf. 130-131.

⁷² Aksi fikirde bkz. Soyaslan, sf. 131.

⁷³ Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 46; Ahmet Gökçen/Murat Balcı, **Kasten Öldürme Suçları**, Ankara: Adalet, 2013, sf. 166.

⁷⁴ "Sanığın, müdabil Fatma ile eşi İsmail'in oturdukları evi yakarak zarar vermek ve çıkan yangından dolayı balkondan atlayan İsmail'in ölümüne neden olmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nın "151/1, 152/2-a", "170/1-a" ve "82/1-c, 21/2" madde ve fıkralarında yazılı suçları oluşturacağı ve aynı Yasa'nın 44. maddesindeki düzenleme uyarınca en ağır cezayı gerektiren yangın çıkarma suretiyle adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılmasının gerektiği gözetilmeden, yazılı biçimde 5237 sayılı TCK'nın 170/1-a ve 81/1, 21/2. maddeleri ile uygulama yapılması,...bozmayı gerektirmiş..." Yarg. 8. CD. 02.05.2007-1323/3405 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 17.12.2012).

⁷⁵ Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 232.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, sf. 165; Soyaslan, sf. 129. Aksi fikirde bkz. Dönmezer, sf. 46; Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 47.

⁷⁷ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 13. Bası, İstanbul: Arıkan, 2006, sf. 163.

aksine olarak, bu tür evliliklerin hakim kararına kadar, tüm sonuçlarıyla beraber geçerli bir evlilik gibi muamele göreceğini açıkça vurgulamıştır⁷⁸. Salt dini nikahın yapıldığı haller de bu kapsama dahil olarak kabul edilmelidir⁷⁹. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1930 yılında verdiği bir kararda resmi nikahı şart koşturmuş⁸⁰.

Suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi bir diğer ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Çocuğun tanımı TCK m. 6'nın 1. fıkrasının (b) bendinde yapılmıştır. Buna göre, henüz 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur. Bu nitelikli halin öngörülmesinin sebebi, kendinden daha güçsüz ve kendini savunmaktan aciz mağduru öldüren faili, ahlaki kötülüğünden dolayı daha ağır şekilde cezalandırmaktır⁸¹. 18 yaşını doldurmamış mağdur, fiziki olarak ne kadar güçlü olursa olsun, hatta failden daha kuvvetli olsa dahi bu hüküm uygulanacaktır. Ayrıca, failin çocuk olması da nitelikli halin uygulanmasına engel değildir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁸². Mağdurun kadın olması, tek başına, beden bakımından kendini savunamayacak durumda olması sonucunu doğurmaz⁸³.

Eğer kasten öldürme suçu, *gebe olduğu bilinen bir kadına karşı* işlenmişse, verilecek ceza arttırılacaktır. Suçun bu nitelikli hali olası kastla işlenemez. Zira aşağıda manevi unsur bahsinde de değinileceği üzere suçun kanuni tanımında “bilerek” ifadesine yer verilmesi, o suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceğini gösterir⁸⁴. Gebeliğin bariz olması ya da mağdur tarafından bilinmesi gerekmez, sadece failin bilmesi dahi nitelikli halin uygulanması açısından yeterlidir. Failin gebeliği bilmesi halinde ise m. 30/2 hükmü uyarınca nitelikli halin varlığı konusunda düşülen bir hata söz konusudur ve fail bu hatasından yararlanır.

Kasten öldürmenin kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde faile verilecek ceza arttırılır. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun

⁷⁸ Akrabalık ilişkilerinin saptanması hususunda, kural olarak, Medeni Kanun hükümleri esas alınır. Gökcen/Balci, sf. 174. TCK m. 82/1-d'deki bu nitelikli halin yorumunda da, Medeni Kanun hükümlerinin dışına çıkmak için geçerli bir gerekçe yoktur.

⁷⁹ Soyaslan, sf. 129.

⁸⁰ YCGK, 17.02.1930-53/45, Faruk Erem, “Adam Öldürme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, X 1-4, 1953, sf. 45.

⁸¹ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 165.

⁸² “...kasten öldürme suçunun TCK'nun 82/1-e bendinde düzenlenmiş olan “çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı” işlenmesine ilişkin nitelikli halinin, onsekiz yaşını doldurmamış olan sanık hakkında da uygulanması zorunlu olduğundan, sanığın kasten öldürme suçundan mahkûmiyetine karar verilen olayda TCK'nun 82/1-e maddesi uyarınca uygulanması yapılmaması gerekmektedir.

Bu nedenle, yerel mahkemenin sanığın da çocuk olması nedeniyle nitelikli halin uygulanamayacağına ilişkin direnme gerekçesi isabetsizdir... YCGK, 15.01.2013-1-1285/3, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 09.04.2013).

⁸³ Gökcen/Balci, sf. 196.

⁸⁴ TCK m. 21 gerekçesi, son paragraf.

TCK m. 6/1-c anlamında bir kamu görevlisi olması gerekir. Söz konusu madde hükmüne göre; “*kamu görevlisi* deyiminden; *kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. Bu hükmün kamu görevlisinin belirlenmesinde esas aldığı ölçüt, kamusal faaliyete katılmadır. Kamusal faaliyet, 6. maddenin gerekçesinde “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yönetilmesi*” olarak açıklanmıştır. Kısaca kamu görevlisi, görevinin ifasında, az ya da çok, kamu otoritesinin sağladığı bir yetki kullanan kişidir⁸⁵. Mağdurun, suçun işlendiği sırada kamu görevlisi olmayıp da, daha önceden icra ettiği kamu görevinin gereklerine uygun hareket ettiği için öldürülmesi halinde de bu bent hükmü uygulanır⁸⁶.

Suçun bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak veya yakalanmamak amacıyla işlenmesi, TCK m. 82/1-h’de kasten öldürme suçunun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Söz konusu nitelikli hal sadece, “*suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak veya yakalanmamak*” şeklindeki özel kastla işlenebilir. Burada belirtilmesi gereken en önemli nokta, amaç suç – araç suç ilişkisinin içtima bakımından sonucudur. Burada bileşik suç hükümleri uygulanmaz. Zira, 82/1-h’de amaç suçun hangi suç olacağı belirtilmemiştir⁸⁷. Amaç suç, herhangi bir suç olabilir ve araç suç olan kasten öldürmenin bu bentte düzenlenen nitelikli halinin unsuru teşkil etmez. Dolayısıyla herhangi bir suçu işlerken kendisini gören bir kişiyi, delilleri ortadan kaldırmak amacıyla öldüren fail, hem TCK m. 82/1-h uyarınca kasten öldürmenin nitelikli halinden, hem de işlediği, işlenmesine iştirak ettiği ya da teşebbüs ettiği diğer suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁸⁸. Fakat failin, amaç suçun icra hareketlerine başlamış olması gerekir⁸⁹.

Kasten öldürme suçunun daha ağır cezayı gerektiren bir başka nitelikli hali TCK m. 82/1-i’de düzenlenen suçun *bir suçu işleyememekten dolayı duyulan infiialle işlenmesi* halidir. Bu durumda da amaç suç araç suç ilişkisi vardır, fakat amaç suç işlenmemiştir. “İşleyememe” ifadesinden, suçun icra hareketlerine başlayıp tamamlayamama veya icra hareketlerini tamamlayıp da neticenin ortaya çıkmaması halleri anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle işlenmek istenen amaç suç teşebbüs aşamasında

⁸⁵ Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 51.

⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 50.

⁸⁷ Gökçen/Balcı, sf. 205.

⁸⁸ “TCK.nun 450. maddesinin 7, 8, 9. bentlerindeki ağırlatıcı sebeplerde belirli bir suç açık şekilde gösterilmediğinden, birleşik suç durumu yoktur. Fail, diğer suçu hazırlamak, kolaylaştırmak, işlemek veya gizlemek için birini öldürürse, amaç-suç bağımsızlığını korur. Bu halde fail, her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılır.” Yarg. CGK. 26.09.1988-1-244/315 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 17.12.2012).

⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 168.

kalmış olmalıdır. Yine burada da araç suç olan kasten öldürmenin nitelikli hali ve teşebbüs aşamasındaki amaç suç ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁹⁰.

TCK m. 82/1-j'de, suçun *kan gütme saikiyle* işlenmesi hali kasten öldürme suçunun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Kan gütme saiki, öldürülen bir kişinin intikamını alma güdüsü ile, öfke ve şiddetli elem duygularının etkisinin altında olmaksızın bir görev bilinci şeklinde tezahür eden, öldürme suçunu işleme motiftir. Yargıtay'a göre önceki suçta öldüren kişinin öldürülmesi halinde kan gütme saiki uygulanmaz⁹¹. Kan gütme saikinin koşullarından olan öfke ve şiddetli elem duygularından kurtulma ve görev bilincinin, tasarlayarak öldürmeyi *a priori* olarak işaret etmekte olduğu ve bu sebeple kan gütme saikinin, tasarlayarak öldürmenin aynı şekilde cezalandırıldığı TCK m. 82 hükmünde yer almasının gereksiz hale geldiği savunulabilirse de, bu şekilde bir düşünce tasarlanmanın esasını soğukkanlılık teorisine dayandırmak zorunda kalmaktadır, zira öfke ve şiddetli elem duygularından kurtulma soğukkanlılık teorisinin koşullarındandır. Oysa ki, yukarıda tasarlayarak öldürmenin açıklamasında belirtildiği gibi tasarlanmanın esasını plan kurma teorisine dayandıran görüş, daha isabetli görünmektedir. Dolayısıyla haksız tahrikin uygulanabilirliği açısından tasarlama ve kan gütme saikinin, iki ayrı nitelikli hal olarak düzenlenmesi isabetlidir. Çünkü TCK m. 82/1-a'da düzenlenen tasarlayarak öldürme ile haksız tahrik bir arada bulunabilirken, TCK m. 82/1-j'de düzenlenen kan gütme saikiyle öldürme şeklindeki nitelikli halin mevcudiyeti halinde, haksız tahrik indiriminin uygulanması engellenmiş olur. Öte yandan öldürme suçunun hem kan gütme saikiyle hem de tasarlayarak işlenmesi mümkündür. Bu bir çelişki yaratmamaktadır. Kişi kan gütme saiki ile bir plan kurarak kasten öldürme suçunu işleyebilir. Bu halde kan gütme saikinin varlığı nedeniyle, kişinin öfke ve şiddetli elem duygularından arınmış olduğu kabul edileceğinden bu iki halin bir arada varlığı halinde de haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır.

Suçun töre saikiyle işlenmesi, TCK m. 82/1'in son bendi olan (k) bendinde düzenlenmiştir. Töre saikiyle öldürmede de, haksız tahrikin koşulları mevcut olmamalıdır. Failin; töreleri uyguladığı inancıyla ya da aşiret, aile büyükleri gibi bir grubun töreleri uygulamak adına failin bir kişiyi öldürmesi yönünde verdiği kararı icra etmek amacıyla hareket etmesi gerekir⁹². Töre saikinde tasarlamanın da *a priori* olarak var olacağı açıktır⁹³. Fakat bu sebeple töre saikiyle öldürme şeklindeki bir nitelikli halin düzenlenmesinin gereksiz olduğunu savunmak güçtür. Zira tasarlamanın esasını açıklayan teorilerden plan kurma teorisi uyarınca tasarlama ile haksız tahrik bir arada bulunabilir. Oysa ki, töre saikinin ayrı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesiyle, haksız tahrik indiriminin uygulanmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Yasa

⁹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 168-169.

⁹¹ Yarg. 1. CD. 17.10.2006-1375/5321, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 04.06.2012).

⁹² Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 58-59.

⁹³ Aynı yönde Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 253; Tezcan/Erdem/Önok, sf. 173.

koyucunun bu yöndeki amacı maddenin gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Gerçekten de 82. maddenin gerekçesindeki, “*bu hükmün uygulanabilmesi için haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir*”, şeklindeki ifadeyle töre saiki ile haksız tahrikin bir arada olamayacağı ifade edilmektedir. Aslında bu şekilde gerekçedeki bir ifade yerine, töre saikinin mevcut olduğu hallerde haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağı şeklinde madde metninde bir cümlenin yer alması, daha dolaysız ve uygun bir ifade olurdu.

Öte yandan töre saiki deyimini de doktrinde eleştirilmiştir. Bu lafzı eleştiren görüşe göre, töreler öyle emretmese dahi aile meclisinin kararıyla işlenen cinayetler, yanlış olarak töre cinayeti adı altında ele alınmaktadır. Esas itibarıyla bunlar namus cinayeti olduğundan, daha kapsayıcı bir kavram olan namus saiki deyimini kullanmak daha doğru olurdu⁹⁴.

bb. Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenen nitelikli haller

Alman Ceza Kanunu’nun sistematiği, kasten öldürme suçu için üç dereceli bir düzenleme öngörmektedir⁹⁵. Gerçi yukarıda da değinildiği gibi temel hal-nitelikli hal ilişkisini reddedip, cinayet ve kasten öldürme diye iki bağımsız suç tipi olduğunu savunan azınlık görüşü olduğu gibi, bazı Alman Federal Mahkemesi kararları da bulunmaktadır⁹⁶. Fakat hakim görüş m. 211 ve 212 arasında temel hal-nitelikli hal ilişkisinin olduğunu kabul etmektedir⁹⁷.

Alman Ceza Kanunu’nun cinayet başlıklı 211. maddesinin 2. fıkrasında kasten öldürme suçunun nitelikli halleri belirtilmektedir. Buna göre 211. maddedeki nitelikli hallerin faili olan “*katil, öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin, mal hırsı ya da sair ilkel saik nedeniyle, haince, canavarca bir şekilde veya toplum için genel tehlike yaratan araçlarla, bir suçu mümkün kılmak ya da gizlemek için bir insanı öldüren kişidir*” (Alman CK m.211/2).

Öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin, mal hırsı ya da sair ilkel saik şeklindeki ifade, hakime, faile ilişkin psikolojik nedenlerin varlığı halinde bir takdir yetkisi tanımaktadır; şöyle ki, kanunda ilkel nedenlere ilişkin sınırlı bir sayıma (*numerus clausus*) gidilmemiş, öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin ve mal hırsı saikleri örnek olarak gösterilmiştir; dolayısıyla hakim bunlara benzer failin ahlaki kötülüğünden kaynaklanan ırkçılık, eşcinsel düşmanlığı gibi psikolojik sebepleri de bu madde kapsamında değerlendirebilecektir⁹⁸.

⁹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 173; Aynı yönde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 58-59.

⁹⁵ Schönke/Schröder, “Vorbemerkungen zu den § 211 ff.” k.n. 2.

⁹⁶ BGHSt 1, 368; 22,375.

⁹⁷ Jescheck, sf. 80; Lackner/Kühl, “Vorbemerkungen”, k.n. 22.

⁹⁸ Lackner/Kühl, “StGB § 211 Mord”, k.n. 4, 5a.

Öldürme zevki, TCK m. 82/1-b'de gösterilen canavarca his ile aynı olguya işaret etmektedir. Alman CK m. 211'de yer alan "canavarca bir şekilde" (*grausam*) ifadesi ise bununla karıştırılmamalıdır. Zira "canavarca bir şekilde" (*grausam*) ifadesi fiile ilişkin bir olgudur ve aslında yine TCK m. 82/1-b'deki "eziyet çektirerek" ibaresiyle aynı fiil biçimini betimlemektedir. Öldürme zevkiyle hareket eden failde, suçu işleme amacı ve menfaati eksiktir ve fail sadece bir insanın yaşamına son vermiş olmak için suçu işlemektedir⁹⁹.

Cinsel güdülerini tatmin amacıyla ise öncelikle şunun ayrımını vurgulamak gerekir: Eğer cinsel davranışa zorlama ya da ırza geçme fiilinin neticesinde ölüm meydana geldiyse Alman Ceza Kanunu'nun 178. maddesi uygulanacaktır, zira bu madde söz konusu fiilin neticesinde ölümün meydana gelmiş olması ihtimalini düzenler. Eğer bu fiilerin mağduru çocuksa ve ölüm meydana gelmişse, Alman Ceza Kanunu'nun "çocuğun cinsel istismarının ölümle sonuçlanması" başlıklı 176b maddesi uygulanır. Yapılacak ayırmada göz önünde bulundurulacak ölçüt, failin kastının hangi suça yöneldiğidir. Eğer fail, cinsel güdülerini tatmin amacıyla icra ettiği hareketlerinin sonunda öldürmeye yönelik bir kast taşıyorsa, o zaman Alman CK m. 211 uygulanacaktır.

Fail, doğrudan doğruya mal varlığını arttırmak saiki ya da başka türlü mevcut olamayacak bir dolaylı malvarlığı artışı beklentisiyle öldürme suçunu işlerse, bu halde *mal hırsıyla* öldürmeden bahsedilir¹⁰⁰. Alman CK m. 251'deki ölümle sonuçlanan yağma suçu ile bu suç arasındaki fark yine failin kastının yöneldiği neticedir. Yağmanın netice sebebiyle ölüm meydana getirmesi halinde m. 251, öldürerek malvarlığını doğrudan ve malı kabz ederek arttırma kastı söz konusu olduğunda ise m. 211 uygulanacaktır.

Haince öldürme, mağdurun saldırının başladığı sırada hayatının tehlike altında olduğunu farketme hususunda saflık (*arglosigkeit*) içinde olmasından ya da durum itibarıyla gelebilecek bir darbeyi savuşturamayacak olmasından (*savunmasız=wehrlos*) kaynaklanan çaresizliğinden faydalanarak öldürme suçunu işlemek anlamına gelmektedir¹⁰¹. Fiilin işleniş biçimine ilişkin bir durum teşkil eden bu ağırlaştırıcı nitelikli halin Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı m. 82/1-e'deki beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi ihtimalidir. Öte yandan, saldırının başladığı sırada hayatının tehlike altında olduğu hususunda saflık içinde olma ve durum itibarıyla gelebilecek bir darbeyi hiffetinden ötürü savunamayacak olma ihtimalleri, mağdurun o andaki dalgınlığını da kapsayacağı için Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenleme daha geniş bir uygulama alanı bulacaktır. Zira Türk Ceza Kanunu'ndaki ruh veya beden bakımından

⁹⁹ Lackner/Kühl, "StGB § 211 Mord", k.n. 4.

¹⁰⁰ Schönke/Schröder, "StGB § 211 Mord", k.n.17.

¹⁰¹ Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3*, München: C.H. Beck, 2011, "StGB § 211 Mord", k.n. 123. BeckOnline, 17.12.2012.

kendisini savunamayacak olma, kısa süreli dalgınlıkları her olayda içerebilecek bir ifade değildir. Örneğin, arkası faile dönük yapılı bir güvenlik görevlisini sessizce yaklaşarak öldürmek Alman Ceza Kanunu kapsamında söz konusu nitelikli hale tereddütsüz girecekken, Türk Ceza Kanunu için aynı şeyi geniş bir yorum yapmaksızın söylemek kolay değildir.

Canavarca bir şekilde öldürme, TCK m. 82/1-b'deki eziyet çektirerek öldürmeyle aynı işleniş biçimini ifade etmektedir. Bunun için mağdura bedensel yahut ruhsal anlamda eziyet çektirilmesi, mağdurun da bu eziyetin yarattığı acıyı hissederek ölmesi aranmaktadır¹⁰². Örneğin, eziyet çektirerek öldürülmesi düşünülen mağdurun, anında bilincini kaybetmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır¹⁰³. Bu konudaki açıklamalar yukarıda TCK m. 82/1-b'deki nitelikli halin anlatıldığı bahiste yapılmıştır.

Toplum için genel tehlike yaratan araçlarla öldürme bakımından Alman Ceza Kanunu ile TCK m. 82/1-c arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse, iki kanunun da amacı, mağdur dışındaki sayısı belirsiz diğer kişiler ve dolayısıyla toplum adına genel tehlike yaratan faili daha ağır cezalandırmaktır. Fakat Türk Ceza Kanunu'nda bu nitelikli halin oluşması için kullanılacak araçları tek tek sayılmışken Alman yasa koyucu ceza kanununda böyle bir sayıma gitmemiş ve dolayısıyla teknolojik gelişmelerle daha uyumlu olabilecek, daha geniş uygulama alanı bulan bir norm ihdas etmiştir.

Kasten öldürme suçunun *bir suçu gizlemek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlamak amacıyla* işlenmesi de Alman Ceza Kanunu'nun 211. maddesinde düzenlenen ve TCK'da karşılığı olan bir nitelikli haldir. Bu hal TCK m. 82/1-h'de öngörülmüştür. Fakat Alman Ceza Kanunu'nda yakalanmamak şeklindeki özel kasta yer verilmemişken Türk yasa koyucu, bu özel kastı 5377 sayılı kanunun 9. maddesiyle 29.05.2005 tarihinde TCK m. 82/1-h'ye eklemiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun aksine Alman Ceza Kanunu'nda kasten öldürmenin daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri de düzenlenmiştir. Bunlar m. 213'teki kasten öldürmenin hafif hali ve m. 216'daki talep üzerine öldürme halleridir. Alman CK m. 213 hükmü şu şekildedir:

“Kasten öldüren kişi, öldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna yönelik olarak ika edilen bir kötü muamele veya ağır hakaret üzerine, kendi kusuru olmadan öfkeye kapıldığı ve bu öfke nedeniyle orada derhal kendisini bir fiilin içinde bulursa veya sair hafif bir hal varsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”¹⁰⁴.

¹⁰² Urt. v. 7. 8. 2001 - 1 StR 174/01 Gerhard Altvater, “Rechtsprechung des BGH zu den “Tötungsdelikten”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ)*, Heft 1, 2002, sf. 24.

¹⁰³ Urt. v. 7. 8. 2001 - 1 StR 174/01 Altvater, sf. 27.

¹⁰⁴ Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, *Strafgesetzbuch (StGB)/Alman Ceza Kanunu*, İstanbul: Beta, 2009, sf. 286.

Alman Ceza Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu'nun aksine, genel hükümlerde haksız tahrik öngörülmemiştir. Alman CK m. 213'te kasten öldürmenin hafif hali olarak düzenlenen ve belirtilen koşulları taşıyan haksız bir tahrik altında işlenen kasten öldürme suçunun, daha hafif şekilde cezalandırılacağını ifade eden bu hüküm, TCK m. 29'da yer alan haksız tahrikin bir tezahürü olarak görülebilse de, aslında farklılıklar arz etmektedir. Zira haksız tahrik ve tasarlama Türk ceza hukukunda bir arada bulunabilir. Fakat Alman Ceza Kanunu'ndaki bu düzenleme, failin derhal hareket etmesini şart koşturmuştur. Halbuki Türk Ceza Kanunu'nda belirli bir zaman aralığı belirtilmemektedir. Failin hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında bulunması ve bu duyguların etkisi altında suçu işlemesiyle, diğer koşulları da mevcutsa haksız tahrik hükümleri uygulanır¹⁰⁵. Alman CK m. 213 hükmünde geçen hakaretin ağır olması koşulu, failin yapısına göre, yani subjektif olarak değil, objektif ölçülere göre değerlendirilecek bir husustur¹⁰⁶. Her ihtimalde tahriki oluşturan hareket ve failin öldürme fiili arasında bir orantılılık bulunması gerekir; ayrıca haksız tahrikin varlığı hususunda şüpheye düşülüyorsa şüpheden sanığın yararlanacağı unutulmamalıdır¹⁰⁷.

Alman CK m. 213 kapsamındaki *sair hafif haller*, mağdura yakın başka bir kişinin haksız tahriki, failin kendi kusuru sonucu tahrike kapılmış olması veya 21. maddede gösterilen kusurluluğu azaltan haller gibi diğer hafifletici sebepler, orantılılık koşulunu sağlamak kaydıyla tüm diğer koşullar da hakim tarafından değerlendirilerek dahil olabilmektedir¹⁰⁸.

Talep üzerine öldürme ise, Alman CK m. 216'da düzenlenmiştir. Bu madde şu şekildedir: “(1) *Bir kimsenin açık ve ciddi talebi üzerine o kişiyi öldürmeye sevk olunan kişiye 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır*”.

Talep üzerine öldürme, ötanaziyi içermekle beraber aynı anlama gelmemektedir; zira ötanazide iyileşmesi imkansız bir hastalığa yakalanan kişi, acılarından kurtulmak amacıyla failden yaşamına son vermesini istemekten, talep üzerine öldürmede kişinin sebebi ne olursa olsun ciddi ve samimi bir şekilde failden yaşamını sonlandırmasını istemesi söz konusudur, yani ötanazi talep üzerine öldürmenin özel bir gerçekleştirilme şeklidir¹⁰⁹. Alman CK m. 216'da ötanaziyi de içine alan talep üzerine öldürme, bir suç tipi olarak öngörülmüştür. Ötanazi çeşitleri ve bunlardan hangilerine Alman ve Türk ceza hukukunda cezası verilmesi gerektiği ile ilgili açıklamalara “hukuka aykırılık unsuru” bahsinde yer verilmiştir.

¹⁰⁵ Haksız tahrikin koşulları için bkz. Hakeri, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, sf. 366 vd.

¹⁰⁶ Lackner/Kühl, “StGB § 213 Minder schwerer Fall des Totschlags”, k.n. 2.

¹⁰⁷ Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, Band 3, “StGB § 213 Minder schwerer Fall des Totschlags”, k.n. 43. BeckOnline, 03.06.2012.

¹⁰⁸ Lackner/Kühl, “StGB § Minder schwerer Fall des Totschlags”, k.n. 9.

¹⁰⁹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Caner Yenidünya, “Ötanazi”, **Ceza Hukuku Makaleleri**, Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya (drl.), İstanbul: Güven, 2002, sf. 4.

2. Manevi Unsur

Öldürme suçları, Alman ve Türk ceza kanunlarına göre hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Suçun taksirli hali TCK'nın 85. maddesinde, Alman Ceza Kanunu'nun ise 222. maddesinde düzenlenmiştir. TCK m. 85 uyarınca “*taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası*” ile cezalandırılırken, Alman CK m. 222 uyarınca “*bir insanın ölümüne taksirle sebebiyet veren kişi, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası*” ile cezalandırılır.

Konumuz kasten öldürme suçu olduğundan manevi unsur bahsinde sadece bu suç bakımından inceleme yapılacaktır. TCK m. 81'de düzenlenen kasten öldürme suçu bakımından manevi unsur kasttır. Bu kast bir ya da birden fazla insanın yaşamını sonlandırmaya yöneliktir¹¹⁰. Kastla işlenebilen bir suç kural olarak hem doğrudan kastla hem olası kastla işlenebilir, meğer ki suçun kanuni tanımında “bilererek”, “bildiği halde” gibi ifadelerle suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği vurgulanmış olsun¹¹¹. Aynı şekilde Alman CK m. 212'de yer alan “katil olma niteliğini taşımadan” öldürmek, tipikliğin manevi bir unsuru değildir ve suçun oluşması bakımından olası kast yeterlidir¹¹².

Failin belirli bir kişiyi öldürmek istemiş olması gerekmez. Kastın bir insanın yaşamına yönelik olması yeterlidir. Kast belirlenirken, suçta kullanılan suç aletleri, hareketin yöneldiği vücut bölgesi, darbe sayısı ve darbenin niteliği, hareketin icrası sırasında failin tutumu gibi etkenler göz önünde tutulur.

Önemle belirtilmelidir ki, şahısta hata, mağdurunun şahsiyetinin bir nitelikli hal olarak öngörülmediği durumlarda cezai sorumluluğu etkilemez ve kastı kaldırmaz¹¹³. Örneğin (A) kişisini öldürmek isteyen fail, gece karanlığında yanıldığı için (B)'yi öldürmüştü, bu durumda kasten öldürme suçunu işlemiş olur ve şahısta hataya düşmüş olması sorumluluğunu etkilemez. Zira kasten öldürme suçunun konusunu bir başka insan oluşturmaktadır ve bir insanı öldürmeye yönelik kast, manevi unsuru oluşturmak bakımından yeterli ve gereklidir¹¹⁴.

Hedefte sapma halinde ise değişik ihtimallere göre yorum yapılmalıdır. Hareketin failden ya da araçtan kaynaklanan bir sebeple kastedilenden farklı bir neticeyi meydana getirdiği tek neticeli sapma hallerinde, kastedilen suçun teşebbüs aşamasındaki hali ile neticenin taksirli davranış sonucu meydana geldiği suç tipi arasında farklı nev'iden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin (B)'yi öldürmek isterken, attığı kurşun (C)'ye isabet eden ve onu taksirle yaralayan veya öldüren (A)'nın cezası belirlenirken TCK m. 44'teki farklı nev'iden fikri içtima

¹¹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 37.

¹¹¹ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 229.

¹¹² Lackner/Kühl, “StGB § 212 Totschlag”, k.n. 3.

¹¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 555.

¹¹⁴ Kindhäuser, sf. 208.

hükümleri uygulanacak ve kasten öldürmeye teşebbüs ve taksirle yaralama/öldürme suçlarından daha ağır olan suçun cezası verilecektir. Zira (A)'nın (C)'yi yaralama ya da öldürme kastı yoksa da, kurşunun (C)'ye isabet edebilme neticesini dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörememiş yahut öngörüp de neticenin meydana gelmesini istemeyerek taksirli hareket etmiştir. Hareketin hem kastedilen, hem de bundan farklı bir neticeye sebep olduğu çok neticeli sapma hallerinde de tek hareketle birden fazla suç oluştuğundan, farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır¹¹⁵.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Alman ceza hukukunda varlığı kabul edilen ve sadece Alman Ceza Kanunu'ndakilerle sınırlı olmayan bir çok hukuka uygunluk sebebinden¹¹⁶, sadece bazıları kasten öldürme suçuna uygulanabilir. Buna göre, kasten öldürmede kural olarak hukuka uygunluk sebepleri m. 32'deki meşru savunma halleri, hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülükler çatışması¹¹⁷ ve diğer koşulların varlığı halinde kolluğun silah kullanma yetkisi, savaş hali ve silahlı çatışma halleri ile sınırlı olsa da,

¹¹⁵ Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, sf. 697. Türk doktrininde TCK m. 44'teki "fiil" kavramının yorumu konusunda, hareketin sayısına önem veren görüş ve netice sayısına önem veren görüş olmak üzere iki farklı bakış açısı mevcuttur. Hareketin sayısına önem veren görüşe göre failin sıkıdığı tek kurşun birden çok kişiye isabet ederse, fail tek bir iradi kararla hareket ettiğinden hareket hukuki anlamda tektir ve TCK m. 44 uygulanmalıdır. Netice sayısına önem veren görüşe göre ise, yukarıdaki örnekte netice birden fazla olduğu için fiil tek değildir ve TCK m. 44 uygulanarak en ağır fiile göre ceza verilmesi ile yetinilemez. Centel/Zafer/Çakmut, "Türk Ceza Hukukuna Giriş", sf. 502, 503. Neticeyi esas alan ve suçların çokluğunu kabul eden görüşün uygulanması halinde, hafif suçun cezasının hiçbir şekilde faile yansıtılmayacağından bahisle TCK m. 44'ün adaletsiz sonuçlar doğuracağı ile ilgili bkz. Zafer, sf. 429. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kastedilen neticenin yerine ya da kastedilen neticenin yanında gerçekleşen netice bakımından olası kast mevcutsa, sapmanın var olmadığı kabul edilmelidir. Zira, sapmanın söz konusu olabilmesi için, yukarıda da açıklandığı üzere, "kastedilenden" başka bir neticenin oluşması gerekir. Böyle olunca, ortaya çıkan diğer neticenin kast olmaksızın ortaya çıkması gerekir, ki bu halde suç tipi değişecek ve taksirle öldürme ya da taksirle yaralama söz konusu olacak ve bu suç ile teşebbüs halinde kalmış ya da tamamlanmış kasten öldürme suçunun bakımından farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

¹¹⁶ Wessels/Beulke, Alman ceza hukukundaki hukuka uygunluk sebeplerini sınırlı sayıda olmayacak şekilde şöyle listelemektedir: "1) Hukuki menfaat korumasından vazgeçme: Hukuka uygunluk sebebi olan rıza ve varsayılan rıza, 2) Meşru savunma, 3) İzin verilen ihkak-ı hak (örn. Alman MK m. 229), 4) Medeni hukuktaki ıztırar hali, 5) Genel hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali, 6) Hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülükler çatışması, 7) Haklı menfaatlerden yararlanma (Alman CK m. 193), 8) Tedip hakkı, 9) Yakalama hakkı, 10) Diğer memuriyet yetkileri, hizmet hakları ve memurların özel hukuki görevleri, 11) Siyasi direnme hakkı" Wessels/Beulke, k.n. 282.

¹¹⁷ Hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülükler çatışması, bir kişinin en az iki eşit önemde yükümlülük altında olup, bunlardan sadece birini -diğerinin pahasına- yerine getirebileceği durumlarda söz konusudur. Buna örnek olarak bir babanın yanan bir binada bulunan iki çocuğundan sadece birini kurtarabileceği bir durum verilebilir. Kindhäuser, sf. 159; Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin: Springer, 1997, sf. 294; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, München: Vahlen, 2002, §18/134; Günther Stratenwerth, **Strafrecht AT, Band 1**, 4. Auflage, Köln: Heymann, 2000, §9/113.

örneğin *perforasyon* (doğumda annenin yaşamını kurtarmak için bebeğin öldürülmesi) gibi çok istisnai hallerde 34. maddede düzenlenen “hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali” de kasten öldürme suçunda bir hukuka uygunluk sebebi olabilmektedir¹¹⁸.

Türk hukukunda TCK m. 24, kanun hükmünü yerine getirmeyi ve amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesini bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemiştir. Buna göre, 2559 s. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu¹¹⁹, 211 s. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu¹²⁰, 2803 s. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu¹²¹ ve 1481 s. Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Kanunu’nda¹²² gösterilen sınırlar içerisinde ve bu kanunların öngördüğü orantılı kullanım ve son çare olma koşulunu yerine getirmek şartıyla silah kullanma yetkisinin icrası sırasında ölüm meydana gelirse, TCK m. 24 kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacaktır¹²³. Ayrıca Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi meşru savunma, Türk Ceza Kanunu’nda da öngörülmüş bir hukuka uygunluk sebebidir (TCK m. 25).

Zorunluluk halinin hukuki niteliği Türk hukukunda tartışmalıdır. Bazı yazarlar zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunurken¹²⁴, bazı yazarlar zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir hal olduğu için hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağını savunmaktadır¹²⁵. Diğer bir görüş ise Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye paralel bir şekilde TCK m. 25 düzenlemesinin de, hem hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin, hem de kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin hukuki dayanağını oluşturabileceğini ileri sürmüştür¹²⁶. Zorunluluk hali, CMK m. 223/3-b hükmü ile beraber okunduğunda yasa koyucunun zorunluluk halini kusurluluğu etkileyen bir hal olarak düzenlediği görülmektedir. Yargıtay da zorunluluk halini bir hukuka uygunluk sebebi olarak değil, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak yorumlamaktadır¹²⁷. Kanaatimce üçüncü görüş benimserse daha adaletli sonuçlar alınabilir. Zira bir babanın yanan bir binadan iki çocuğundan sadece birini kurtarabildiği örnekte, vazgeçilen hukuki değer ile korunan hukuki değer, önem bakımından bir fark taşımadığından, babayı çaresizliğe sürükleyen bu mücbir sebep, sadece kusurluluğu etkilemektedir. Diğer yandan, dondurucu ve ölümcül bir soğuktan korunmak için üçüncü kişinin ahırının kapısını kırıp içeri giren bir kişinin, sebep olduğu mal varlığı zararı ile kişinin koruduğu hukuki

¹¹⁸ Lackner/Kühl, “StGB § 34 Rechtfertigender Notstand”, k.n. 9

¹¹⁹ Kabul Tarihi: 04.07.1934, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 14.07.1934, Resmi Gazete Sayı: 2751.

¹²⁰ Kabul Tarihi: 04.01.1961, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 10.01.1961, Resmi Gazete Sayı: 10703.

¹²¹ Kabul Tarihi: 10.03.1983, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 12.03.1983, Resmi Gazete Sayı: 17985.

¹²² Kabul Tarihi: 08.09.1971, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 15.09.1971, Resmi Gazete Sayı: 13957.

¹²³ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 148-149.

¹²⁴ Centel/Zafer /Çakmut, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, sf. 313.

¹²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 521.

¹²⁶ Zeynel Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 48; Zafer, sf. 277; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2012, sf. 280.

¹²⁷ YCGK, 26.02.2008-1281/37, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 01.06.2012).

değer olan yaşama hakkı arasında çok ciddi bir fark vardır ve bu durumda önemli ölçüde ağır basan hukuki değerın korunmasına hukuk düzeninin cevaz vermesi gerektiğinden, bu halde bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmelidir. Bu düşünce tarzı Alman Ceza Kanunu'nda normatif olarak karşılığını bulmuştur. Zira Alman CK m. 49/3'e göre, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğeri bir hukuki menfaate yönelik ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike halinde, korunan hukuki değer, vazgeçilen hukuki değere *önemli ölçüde ağır basıyorsa*, bu halde kendini ya da bir başkasını korumak için suç olarak gösterilen bir fiili işleyen failin, hukuka aykırı hareket etmeyeceği ifade edilmiştir. Kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin düzenlendiği Alman CK m. 35'te ise, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlikenin varlığı halinde, kendisini, ailesini ya da bir yakını korumak için suç olarak düzenlenen bir fiili işleyen failin, kusurunun ortadan kalkacağı zikredilmektedir. İki maddenin birlikte okunması sonucunda; korunan hukuki değerın, vazgeçilen hukuki değere önemli ölçüde ağır basması halinde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi sayılacağı, korunan hukuki değer ile vazgeçilen hukuki değer arasında önem bakımından ciddi bir fark olmadığında ya da eşitlik olduğunda ise, kusurluluğu etkileyen bir zorunluluk halinin mevcut olacağı anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda zorunluluk halinin hukuki niteliği hususunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, buna sadece CMK m. 223/3-b hükmünde değil, Türk Ceza Kanunu'nda da açıkça yer verilmesi gerekmektedir, zira zorunluluk halinin hukuki niteliği usuli bir mesele değil, maddi hukuka ilişkin bir meseledir. Bunun için de öncelikle hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu etkileyen haller, TCK m. 24 vd.'da olduğu gibi aynı başlık altında değil, ayrı ayrı açıklanmalıdır.

Hukuka aykırılık bahsinde incelenmesi gereken önemli bir mevzu da doktrinde sıklıkla dar anlamda ölüm yardımı olarak nitelendirilen ötanazidir¹²⁸. Ölüm yardımı, bir insanın mümkün olduğunca acısız ve rızası doğrultusunda ölümüne yardım eden uygulamaların tamamını kapsayan bir kavramdır¹²⁹. Bu sebeple kavram birliği açısından, bu çalışmada daha kapsayıcı olan ölüm yardımı terimi kullanılacaktır. Ölüm yardımı, aktif, pasif ve dolaylı ölüm yardımı olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. Hastaya uygulanan tedavinin, ilaç ya da araçların hastanın isteğiyle kesilmesi ile hastalığın doğal seyri sonucu ölümün gerçekleştiği durumlarda pasif; hastanın ömrünü kısaltmak pahasına da olsa, acısını hafifleten ve rızasına dayanan tedavi şeklindeki uygulamaya dolaylı; yine hastanın rızası doğrultusunda, acıyı dindirmek için icrai bir davranışla hastanın hayatını sonlandırmaya aktif ölüm yardımı denmektedir¹³⁰.

¹²⁸ Lackner/Kühl, "Vorbemerkung", k.n. 6.

¹²⁹ Altan Heper, "Sterben und Tod aus Rechtsphilosophischer und Strafrechtlicher Sicht", **Türkiye-Ukrayna Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15-17.03.2011, sf. 339.

¹³⁰ Bertil Emrah Oder, "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi", **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi**, (Derleyen: Nur Centel), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, sf. 2; Heper, sf. 341-342.

Aktif ölüm yardımı, Alman Ceza Kanunu'nun "talep üzerine öldürme" başlıklı 216. maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. Şu halde Alman Ceza Kanunu, aktif ölüm yardımına cevaz vermemekte ve kasten öldürmenin daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak cezalandırmaktadır. Pasif ölüm yardımı konusunda ise Alman doktrinindeki hakim görüş, tedavinin hastalığı iyileştirmeyeceği, acıyı dindirmeyeceği, sadece ölümü erteleyebileceği ve hastanın özgür iradesinin söz konusu olduğu durumlarda, hekimin garantör yükümlülüğü olmasına rağmen suç teşkil etmeyeceği yönündedir¹³¹. Dolaylı ölüm yardımı konusunda da tıpkı pasif ölüm yardımı gibi, özgür iradeye sahip bir kişinin, kendini öldürmesinin suç olmamasından yola çıkılarak, bu fiile iştirakın cezalandırılmaması gerektiğinden bahisle, ölüme yardım eden sorumlu tutulmamaktadır¹³².

Türk hukukunda da bir hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızası, aktif ölüm yardımına şamil değildir. Zira yaşam hakkının, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak olmadığı kabul edilmektedir¹³³. Aktif ölüm yardımı yapan kişi, kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Pasif ölüm yardımında ise doktrinde bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar ölüm yardımının ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini, ancak mevcut haliyle aktif ve pasif ölüm yardımının kasten öldürme suçu oluşturduğunu savunurken¹³⁴, bazı yazarlar hukukun genel ve evrensel prensiplerinden olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına öncelik tanıyarak en azından pasif ölüm yardımının hukuka uygun olduğunu savunmaktadır¹³⁵. Kanaatimce kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına üstünlük tanımak suretiyle pasif ve dolaylı ölüm yardımını hukuka uygun saymak gerektiğini savunan görüş isabetlidir¹³⁶. Fakat hastanın rızasını bilinçli ve serbest iradesiyle vermiş olması aranmalı ve iradenin bu koşulları taşıyıp taşımadığı çok dikkatli bir inceleme ve değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Hem Alman hem de Türk Ceza Kanunu'nda kasten öldürme suçuna teşebbüs mümkündür. Alman Ceza Kanunu'nda alt sınırı bir yıldan az hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen hukuka aykırı fiiller cünha olarak düzenlenmiştir (Alman CK m. 12/2) ve Alman CK m. 23 uyarınca cünhalara teşebbüsün cezalandırılabilirliği, kanunda bu hususun açıkça belirtilmiş olmasına bağlanmıştır. Bir cünha olan talep üzerine öldürmede de teşebbüsün cezalandırılacağı özel olarak vurgulanmıştır (Al-

¹³¹ Lackner/Kühl, "Vorbemerkung" k.n. 8.

¹³² Heper, sf. 340.

¹³³ Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 50.

¹³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, sf. 155.

¹³⁵ Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 50.

¹³⁶ Dönmezer, sf. 38.

man CK m. 216/2). Fakat gönüllü vazgeçme (Alman CK m. 24) halinde tamam olan kısım için faile, ağır yaralama suçundan (Alman CK m. 226) dolayı değil, Alman CK m. 223'teki "yaralama" suçundan ya da m. 224'teki "tehlikeli yaralama" suçundan ceza verilir¹³⁷.

Türk hukukunda ise cürüm ve cünha ayrımı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na alınmadığından ve teşebbüs bahsi genel hükümler kısmında TCK m. 35'te düzenlendiğinden, şartları mevcut olduğunda her suçta teşebbüs mümkündür. 35. madde metni şu şekildedir:

"(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

Buna göre, teşebbüsün mevcut olabilmesi için, failin bir suç işleme kastının olması, bu suçu işlemek için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamış olması ve icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamaması ya da icra hareketlerini tamamlamasına rağmen elinde olmayan sebeplerle neticenin meydana gelmemiş olması gerekmektedir. Doktrinde de tartışmalı olan, olası kastın teşebbüse elverişli olup olmadığı hususu¹³⁸ konusunda, aksi yönde kararlar vermiş olsa da¹³⁹, Yargıtay'ın görüşü, olası kastın netice üzerinden belirlenebileceği, bu sebeple olası kastın teşebbüse elverişli olmadığı yönündedir¹⁴⁰.

2. İştirak

Karşılaştırmaya konu iki ceza kanununda da kasten öldürme suçunun her şekline iştirak mümkündür. İştirak bakımından bu suçlar bir özellik taşımamaktadır.

¹³⁷ Lackner/Kühl, "StGB § 216 Tötung auf Verlangen", k.n. 7.

¹³⁸ Görüşler hakkında bkz. Centel/Zafer/Çakmut, "Türk Ceza Hukukuna Giriş", sf. 442-443; Demirbaş, sf. 430-432, Zafer, sf. 364.

¹³⁹ "özel hedef seçme imkanı bulunmayan, ancak canlı hedefe tevcihan çok sayıda silah boşaltan sanıkların gayri muayyen kastla hareket ettiklerinin kabulü zorunlu görülmekle, hukuki sorumluluklarının da eylemlerinin maddi sonuçlarına göre tayini lüzumu belirlendiğinden, neticede sadece Fatma'nın yaralanması olgusu baz alınarak her üç sanığın maddi müstakil faili belli olmayan adam öldürmeye tam derecede teşebbüs suçunun fer'i faili telakkisi ve TCK.nun 52, 448, 62, 463. maddeleri gereğince bir defa tecziyeleri icabı gözetilmeyerek, ağır maddi netice bertaraf edilip, Yalçın ve Ertan'a yönelik maddi verileri olmayan iki kez öldürmeye eksik derecede teşebbüs fiilinden ceza hükmü tesisi...bozmayı gerektirmiş...", Yarg. 1. CD., 02.10.1990-2114/2360, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 09.04.2013).

¹⁴⁰ YCGK, 27.12.2005-1-131/167, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 21.01.2012).

Sadece iştiraka ilişkin genel hükümlerin Türk ve Alman ceza kanunlarında arz ettiği farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, Alman CK m. 28/2 uyarınca özel kişisel unsurlar sebebiyle cezayı artırıcı ya da hafifletici nitelikli hallerin suç ortaklarına uygulanması, bu unsurların onlarda da mevcut olmasına bağlıdır. Türk Ceza Kanunu'nda ise m. 40'ta düzenlenen bağlılık prensibi uyarınca iştirak edenler asıl fiil üzerinden cezalandırılır. Yani suç nitelikli hal ile ağırlaşmış ise iştirak edenler kural olarak bundan sorumlu olacaklardır, meğer ki TCK m. 30/2 anlamında kaçınılmaz bir hataya düşmüş olsunlar¹⁴¹.

İştirak bahsinde değinilmesi gereken bir diğer önemli husus da azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki çizgide yer alan organize kuvvet aygıtlarının söz konusu olduğu durumlarda cezalandırmanın ne şekilde yapılacağıdır. Suç içeren talimatı veren kişinin, talimatı icra edecek kişiyi tanımamasının dahi gerekmediği, bu talimatının neredeyse otomatik olarak yerine getirildiği, emri icra etmekle görevli çok sayıda kişinin bireysel özelliklerinin suçun işlenmesi bakımından rol oynamadığı, icra eden kişinin icra etmekten vazgeçse dahi bir başkasının onu ikame ettiği ve hukuki zeminden yoksun bir organize kuvvet aygıtında¹⁴² (örneğin, Almanya'da Nazi hakimiyeti sırasında oluşturulan Nazi kuvvet aygıtı böyledir. Zira organizasyonun, devlet aygıtının kendisi haline gelip, kendi hukuk kurallarını ihdas etmesi dahi, hukuk devletinin sağladığı güvencelerin etkisinin olmaması halinde, bu organizasyonu hukuki zeminden yoksun hale getirecektir¹⁴³), organizasyon üzerinde hâkimiyeti olan kişinin sorumluluğu cevap verilmesi gereken bir sorudur. Bu durumdaki organizasyon hakimiyeti, Alman ceza hukukçusu Roxin'e göre başlı başına dolaylı failliğin bağımsız bir görünüş biçimidir¹⁴⁴. Üstelik Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında vurguladığı üzere; dolaylı failliğin diğer görünüş biçimlerinin aksine, organize kuvvet aygıtı yoluyla üzerinde fiil hakimiyeti sağlanan ve fakat fiili kasten, hukuka aykırı, kusurlu ve dolaysız olarak işleyen kişi de cezalandırılır, zira aksi kanunen mümkün değildir¹⁴⁵. Diğer yandan, organize kuvvet aygıtları yoluyla fiil hakimiyeti; kasten, hukuka aykırı, kusurlu ve dolaysız hareket eden bir failin varlığı halinde, dolaylı faillğe gidilememesi kuralının bir istisnasıdır¹⁴⁶. Bu bilgiler ışığında denebilir ki, organize kuvvet aygıtının işleyişini kullanarak bir kişi üzerinde fiil hakimiyeti sağlayarak birini öldürme emrini veren masa başındaki kişi dolaylı fail olarak, emri aldıktan sonra kasten, hukuka aykırı, kusurlu ve dolaysız olarak hareket ederek söz konusu mağduru öldüren kişi de fail olarak aynı anda sorumlu tutulacaktır. Türk

¹⁴¹ Ayrıntılı açıklama için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 656 vd.

¹⁴² Organize kuvvet aygıtından söz edebilmek için gerekli koşulların ayrıntılı analizi için bkz. Claus Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 8. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006, sf. 244 vd. Yazar yukarıda tezahür eden unsurları iki ana kriter altında toplamaktadır. Bunlardan birincisi işlerlik kabiliyeti "*Fungibilität*", diğeri de hukuki zeminden yoksunluktur "*Rechtsgelöstheit*".

¹⁴³ Roxin, sf. 250.

¹⁴⁴ Roxin, sf. 704.

¹⁴⁵ BGHSt 40, 218 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs040218.html> , E.T. 17.06.2012.

¹⁴⁶ Wessels/Beulke, sf. 198.

Ceza Kanunu'nda da aksini düşündürecek bir hüküm bulunmamaktadır. Zira dolaylı failliği düzenleyen 37. maddenin 2. fıkrası, “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur” şeklinde olup, lafzen dolaylı failin olması halinde doğrudan hareketi yapan kişinin cezalandırılmasını engellemektedir. Sonuç olarak yukarıda bahsedilen koşullarda masa başından talimat veren ve talimatı kasten, hukuka aykırı olarak ve kusurla icra eden kişilerin ikisi de faildir¹⁴⁷. Fakat bu durum bir müşterek faillik durumu değildir, çünkü suç işleme kararı ortak olarak alınmamıştır ve suç birlikte icra edilmemiştir¹⁴⁸.

3. İçtima

Kasten öldürme suçu için, TCK m. 43/3'teki açık hüküm gereği, zincirleme suç (TCK m. 43/1) hükümleri uygulanamaz. Ayrıca aynı nev'iden fikri içtima (TCK m. 43/2) bakımından bir inceleme yapmak gerekirse, yine burada da TCK m. 43/3 gereği kasten öldürme suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye işlenmesi halinde, ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır. Alman Ceza Kanunu'nda ise öldürme suçlarını aynı nev'iden fikri içtima hükümlerinden ayrı tutan bir madde bulunmamaktadır. Dolayısıyla Alman CK m. 52 vd. hükümleri bu suç için bir özellik arz etmeksizin uygulanacaktır. Tek neticeli ve çok neticeli sapma hallerinde farklı nev'iden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yukarıda manevi unsur bahsinde örnekli şekilde açıklanmıştır.

SONUÇ

Öldürme suçları tarihin her döneminde ve her yerde cezalandırılan bir suçtur. Bu çalışmada Türk ceza hukukunda oldukça etkili olan Alman ceza hukuku ile hukukumuzun karşılaştırmalı tablosu çizilmeye çalışılmıştır.

Genel tabloya bir kez daha bakılacak olursa, Alman Ceza Kanunu'nda suçun temel hali için öngörülen ceza beş yıldan başlamakta ve m. 212/2 gereğince çok ağır hallerde müebbet hapis cezasına kadar çıkabilmektedir. Oysa Türk Ceza Kanunu'nda suçun temel hali için öngörülen yaptırım müebbet hapis cezasıdır. Suçun nitelikli halleri için öngörülen ceza ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Bu türde bir yaptırım Alman hukukunda mevcut değildir; daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin varlığında müebbet hapis cezasına hükmedilir.

Alman ceza hukukunda daha az cezayı gerektiren nitelikli haller de öngörülmesiyle kasten öldürmenin yaptırımı altı aydan müebbet hapis cezasına kadar değişebilmektedir. Kanunun, hakime nitelikli hallerin uygulanması, temel suçta veri-

¹⁴⁷ Dolaylı failliğin söz konusu olması için, fiili icra eden üzerinde hakimiyet kurulmasının yanında, fiili icra edenin dolaylı fail için hareket ettiği bilmemesini şart koşan görüş için bkz. Hakeri, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, sf. 489.

¹⁴⁸ Claus Roxin, “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006, sf. 294-295.

lecek ceza aralığı ve gerektiğinde bazı hususları “çok ağır hal” olarak değerlendirme noktasında tanıdığı takdir yetkisi göz önünde tutulduğunda bu sistematik, yargılama makamına güven duyan bir görünüm sunmaktaysa da, bu durum yargılamada sanık olarak yer alan kişilerin hukuk güvencesi bakımından sıkıntılara neden olabilir. Zira farklı yorumlar kişilerin aynı eylemden dolayı birbirinden çok farklı cezalar alabilmesine imkan tanımaktadır. Bu nedenle, Alman Ceza Kanunu’nda öngörülen cezalar arasındaki makas daraltılmalı, belki biraz daha kazuistik bir düzenlemeye gidilmelidir.

TCK’da ise temel suç müebbet, nitelikli haller, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Nitelikli haller çok daha kazuistik ve sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Nitelikli hallerde Türk toplumunda görülen “töre”, “kan gütme” gibi saiklere yer verilmiştir. Bu gibi haller, gelenekler bahane edilerek, insan öldürülmesinin ve kan davalarının önüne geçmek maksadıyla daha ağır cezaya tabi tutulmuştur.

İhmal suretiyle icra suçları Alman Ceza Kanunu’nda genel hükümlerde düzenlenmişken, Türk Ceza Kanunu’nda genel hükümlerde böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bu şekilde hareket eden fail, kanunilik ilkesi gereğince, sadece ihmal suretiyle icranın açıkça mümkün kılındığı suçlar bakımından cezalandırılacaktır. İhmal suretiyle icra suçlarında cezalandırılabilirliğin esaslarına, Türk Ceza Kanunu’nda da genel hükümler kısmında yer verilmesi daha isabetli olacaktır.

İçtima konusunda ise TCK m. 43/3 uyarınca kasten öldürme suçu aynı nev’iden fikri içtimanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Alman Ceza Kanunu’nda ise bu suça özgü bir düzenleme yoluna gidilmemiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar:

- Altunkaş, Aysun. “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 5. Baskı. Ankara: Turhan, 2011.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 10. Auflage. Bielefeld, 1995.
- Bentham, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. London: W. Pickering, 1823.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 9. Baskı. İstanbul: Beta, 2012.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar. C:1**. 2. Bası. İstanbul: Beta, 2011.

- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**. 6. Bası. İstanbul: Beta, 2010.
- Demirbaş, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 8. Baskı. Ankara: Seçkin, 2012.
- Dönmezer, Sulhi. **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**. 16. Bası. İstanbul: Beta, 2001.
- Dworkin, Ronald. **Life' Dominion**. Alfred A. Knopf pres: New York, 1993.
- Ekinci, Mustafa/Özcan, Şerafettin. **Kasten Adam Öldürme Suçları**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2004.
- Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**. 8. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2000.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin. **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**. İstanbul, 1994.
- Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat. **Kasten Öldürme Suçları**. Ankara: Adalet, 2013.
- Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 14.Baskı, Ankara: Adalet, 2012.
- Hakeri, Hakan. **Kasten Öldürme Suçları**. Ankara: Seçkin, 2006.
- Heinrich, Bernd. **Stafrecht Allgemeiner Teil I**. Stuttgart, 2005.
- İnceoğlu, Sibel. **Ölme Hakkı**. İstanbul: Ayrıntı, 1999.
- Jeschek, Hans-Heinrich. **Alman Ceza Hukuku'na Giriş** (Çeviren: Feridun Yenisey). İstanbul: Beta, 2007.
- JoECKS, Wolfgang/Miebach, Klaus. **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1**. 2. Baskı. München: C.H. Beck, 2011, BeckOnline, 16.05.2012.
- JoECKS, Wolfgang/Miebach, Klaus. **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3**. München: C.H. Beck, 2011, BeckOnline, 03.06.2012.
- Kangal, Zeynel. **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin, 2010.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich. **Strafgesetzbuch Band 2**. 3. Baskı. Nomos, 2010, BeckOnline, 17.05.2012.
- Kindhäuser, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Baden: Nomos, 2005.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Köhler, Michael. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin: Springer, 1997.
- Kühl, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, München: Vahlen, 2002.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian. **Strafgesetzbuch**. 27. Baskı. München: Beck, 2011, BeckOnline, 16.05.2012.
- Mill, John Stuart/Bentham, Jeremy. **Utilitarianism and Other Essays**. London: Penguin Classics, 1987.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami. **Medeni Hukuk**, 13. Bası, İstanbul: Arıkan, 2006.

- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin, 2010.
- Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 5. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Rengier, Rudolf. **Strafrecht Besonderer Teil II**. München, 2010.
- Roxin, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**, 8. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst. **Strafgesetzbuch Kommentar**. 28. Baskı. München: Beck, 2010, BeckOnline, 03.06.2012.
- Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**. 8. Baskı. Ankara: Yetkin, 2010.
- Stratenwerth, Günther. **Strafrecht AT, Band 1**, 4. Auflage, Köln: Heymann, 2000.
- Tacir, Hamide. **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2011.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rifat Murat. **İnsan Hakları El Kitabı**. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rifat Murat. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**. 7. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 35. Baskı. Heidelberg: C.F. Müller, 2005.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. **Strafgesetzbuch (StGB)/Alman Ceza Kanunu**. İstanbul: Beta, 2009.
- Zafer, Hamide. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 2. Bası. İstanbul: Beta, 2011.

Makaleler:

- Altwater, Gerhard. “Rechtsprechung des BGH zu den “Tötungsdelikten”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ)**, Heft 1, 2002, sf. 20-27.
- Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner. “Ötanazi”. **Ceza Hukuku Makaleleri**. Artuk, Mehmet Emin /Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner (drl.). İstanbul: Güven, 2002, sf. 1-44.
- Erem, Faruk. “Adam Öldürme”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. X 1-4, 1953, sf. 33-91.
- Heper, Altan. “Sterben und Tod aus Rechtsphilosophischer und strafrechtlicher Sicht”. **Türkiye-Ukrayna Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Sempozyumu**. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15-17.03.2011, sf. 325-345.
- İnceoğlu, Sibel. “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”. **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C:3, S:2, 2006, sf. 289-306.
- Oder, Bertil Emrah. “Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi”. **Hukuk ve Etik Bo-**

- yutuyla Ötanazi.** (Derleyen: Nur Centel), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, sf. 1-26.
- Özbek, Veli Özer. “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu”. **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı.** (Yayına Hazırlayan: Hakan Pekcanitez). Türkiye Barolar Birliği Yayınları: Ankara, 2004, sf. 417-477.
- Roxin, Claus. “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 7/2006, sf. 293-300.
- Ünver, Yener. “Die rechtliche Situation der Organ- und Gewebetransplantation in der Türkei”. **Türkiye-Ukrayna Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Sempozyumu.** İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15-17.03.2011, sf. 103-135.