

CEZALANDIRILABILIRLİĞİN OBJEKTİF KOŞULLARI

Yard. Doç. Dr. Zeynel T. Kangal*

I. Genel Olarak

Bir hareketin (fiilin) cezalandırılabilmesi için tipe uygunluğunun ve hukuka aykırılığının saptanmasından sonra, failinin kusurlu olduğunun da belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bazı hareketler (fiiller) açısından cezalandırılabilirlik için özel koşulların yerine getirilmesi aranabilir. Böylece bir hareketin cezalandırılabilmesi için tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve failin kusuru şeklinde üç ortak koşulun mevcut bulunması gerekmektedir. Bunlara bazı durumlarda cezalandırılabilirlik koşulları da eklenebilmektedir.

Tipe uygun ve hukuka aykırı fiili gerçekleştiren fail kusurlu olduğu takdirde, genel olarak cezalandırılabilirliktedir. Ancak istisnai olarak bazı düzenlemelerde cezalandırılabilirlik bakımından başka koşullar da aranabilmektedir. Bu koşullardan bazıları cezalandırılabilirliğin objektif koşulları olarak adlandırılmaktadır. Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının oluşmaması hâlinde, fiil tipe uygun ve hukuka aykırı, fail de kusurlu olma niteliklerini sürdürmekte, ancak fail gerçekleştirmiş olduğu fiilden dolayı cezalandırılmamaktadır. Buna göre cezalandırılabilirliğin objektif koşulları, fiille doğrudan bir bağlantı içerisinde bulunmakla birlikte, ne haksızlığa ne de kusura dâhil olan koşullardır¹. Bu nedenle cezalandırılabilirliğin objektif koşulları, haksızlık ve kusurun mümkün olduğu kadar tam olarak birbirleriyle uyumlu olmasını öngören ceza hukukunun dogmatik şemasına uymamaktadırlar. Failin kusuruna bağlı olmadıkları için objektif nitelikte olan cezalandırılabilirlik koşulları bu kategorik sistemi kaçınılmaz olarak bozmaktadırlar². Bu kapsamda, tipe uygun haksızlığın sübjektif isnadiyetini bir tarafa bırakan bir netice ceza hukukunun sakın-

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ **JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas:** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 53 I 1; **BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003, § 25, No: 3; **MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992, § 21, No: 16, 22; **KÜHL, Kristian:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2008, § 1, No: 30 ve § 5, No: 18; **LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian:** *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011, Vor § 13, No: 30.

² **TIEDEMANN, Klaus:** "Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflâs Suçlarının Reformu", (Çev.: **Feridun YENİSEY**), İÜHF 1975, c: XLI, sy: 1-2, sh: 304-305.

calı kalıntılarının hâlâ cezalandırılabilirliğin objektif koşullarına şekil verdiği³ ve bu koşulların suç teorisinde bir *çıkıntı* hâlinde bulunduğu ifade edilmiştir⁴.

Sosyal zararın cezalandırılabilirliğin ilgili objektif koşuluyla belirlenen ölçüye ulaşmaması hâlinde kanun ceza verilmesinden vazgeçmektedir. Kanun özellikle bazı tehlike suçlarında cezalandırmayı, tehlikenin bir netice içerisinde gerçekleşmiş olması koşuluna bağlamaktadır⁵.

II. Hukukî Niteliği

Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları haksız harekete ve failin kusuruna bir kategori olarak eklenmesi gereken ve böylece cezalandırılabilirliğe neden olan koşullardır. Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları tipikliğin dışında olmakla beraber, tipikliğe eklenmesi ve cezalandırılabilirliğin maddî koşulları içerisinde ele alınması gereken koşullardır. Kanun koyucu bir fiili suç olarak tanımlamak istediğinde, haksızlığa dâhil unsurları ilgili suç tipinde tasvir eder ve bu haksızlığın kendine özgü olumsuz değerine ayrıntılı olarak işaret eder. Ayrıca bunlara bazı suç tiplerinde cezalandırılabilirliğin objektif koşullarını ekleyebilmektedir. Böylece tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur koşullarının yanısıra, ek olarak ancak bu koşulların yerine gelmesi hâlinde bir cezaya gereksinim duyulduğunu ifade etmiş olur⁶. Ancak bir unsurun cezalandırılabilirliğin objektif koşulu olarak kanun metninde düzenlenmesi bakımından genel bir kriter bulunmamaktadır. Kanunda belirtilen bir unsurun tipikliğe mi dâhil olduğunun, yoksa cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulunu mu ifade ettiğinin saptanması çoğu durumda zor bir uğraştır. Bu sorun yorum kuralları çerçevesinde çözülebilir⁷. Kanun metnindeki bir ifadenin tipikliğe mi dâhil olduğu, yoksa cezalandırılabilirliğin objektif koşulu mu olduğu konusunda tereddüt doğarsa, tipiklik içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, çünkü bu durumda failin kast veya taksirinin ilgili unsuru kapsamına alması gerektiği sonucuna varılacağından failin lehine olacağı ifade edilmektedir⁸.

³ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 18, No: 3.

⁴ OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sûbjektif Sorumluluk*, Ankara 2007, sh: 61.

⁵ EBERT, Udo: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Heidelberg 2001, sh: 112; HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004, sh: 270.

⁶ Bununla birlikte, doktrinde cezalandırılabilirliğin objektif koşullarını tamamen reddeden görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşler genel olarak, maddî ceza hukukunun her olayda failin kusurunun saptanmasıyla sona erdiği fikrinden hareket ederek cezalandırılabilirliğin objektif koşullarını maddî ceza hukukunun içerisinde görmemektedirler (BEMMANN, Günter: *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen 1957, sh: 27).

⁷ WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39. Auflage, Heidelberg 2009, No: 148; KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009, § 6, No: 13; FREUND, Georg: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009, § 2, No: 85; HAFT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), sh: 270.

⁸ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, 11. Bası, İstanbul 1994, No: 457; TOROSLU, Nevzat: *“Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”*, Uğur ALACAKAPTAN'a Armağan, c: 1, İstanbul 2008, sh: 708.

Alman doktrininde kabul edilen bir görüşe göre, cezalandırılabilirliğin objektif koşulu gerçekleşmeden veya ortaya çıkmadan önce tipe uygun ve hukuka aykırı olan fiil, fail de kusurlu ise, cezalandırmaya layıktır (*Strafwürdigkeit*). Ancak cezalandırılabilirliğin objektif koşulu henüz gerçekleşmediği veya ortaya çıkmadığı sürece, cezalandırma gereksinimi (*Strafbedürftigkeit*) eksiktir⁹. Ancak bu görüş, bir yaptırımın genel ve özel önleyici niteliğini zorunlu görmediğinden, kusurlu davranışın cezasız kalacağı bu tür durumları ele aldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, ceza hukuku dışındaki amaçlara öncelik verildiği durumların benimsenmesi hâlinde, yalnızca cezaya liyakat değil, aynı zaman da cezalandırma gereksinimi de kabul edilebilecektir. Cezalandırma gereksinimi devletin başka amaçlarının arkasına çekilmek zorunda kaldığı takdirde, mevcut cezalandırma gereksinimine rağmen fiil cezalandırılmamaktadır¹⁰.

Türk ceza hukuku doktrininde savunulan bir görüşe göre, cezalandırılabilirliğin objektif koşulları haksızlığın dışında kalmakla birlikte, bu koşullar gerçekleşmediği sürece fiil suç oluşturmamaktadır¹¹. Buna karşın cezalandırılabilirliğin objektif koşulları gerçekleşmediği sürece fiilin suç olma özelliğini taşıdığı, sadece faile ceza verilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir¹².

Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları failin kast veya taksirine dâhil değildirler. Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının arandığı suçlar bakımından cezalandırılabilirlik sorunu, sadece bu koşulların, kast ya da taksirle ilişkilendirilmelerine gerek olmaksızın, mevcut olup olmamalarına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, fail bu koşulların gerçekleşmelerini istemese ya da somut olayda mevcudiyetlerini veya ortaya çıkmalarını objektif olarak öngörebilecek durumda olmasa bile, yine cezalandırılır¹³. Buna göre, objektif koşul fiille birlikte veya

⁹ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 2 a); **STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar**: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011, § 7, No: 29; **SATZGER, Helmut**: “Die objektive Bedingung der Strafbarkeit”, Jura 2006, sh: 111.

¹⁰ **ROXIN, Claus**: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006, § 23, No: 39. Başka bir eleştiriye göre de, failin davranışı cezalandırmaya muhtaç değil, yalnızca cezalandırmaya layık olarak bölümlendiğinde, cezalandırılabilirliğin objektif koşulunun kusur ilkesiyle bağdaştırılabilirliği reddedilmelidir (**GEISLER, Claudius**: *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*, Berlin 1998, sh: 231). Bu görüşün çeşitli eleştirileri için ayrıca bkz. **GEISLER, Claudius**: “Objektive Strafbarkeitsbedingungen und Abzugsthese – Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip –”, GA 2000, sh: 169 vd.

¹¹ **ÖZGENÇ, İzzet**: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2010, sh: 549, 551.

¹² **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 348; **ÜZÜLMEZ, İlhan/AKKAŞ, Ahmet Hulusi**: “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, Erciyes ÜHFD 2007, c: II, sy: 1-2, sh: 72, 73; **ZAFER, Hamide**: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010, sh: 277; **ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker**: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011, sh: 419; **TOROSLU**, “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, sh: 705, 707.

¹³ **TRIFFTERER, Otto**: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien-New York 1994, 10/2.

daha sonra ortaya çıktığı takdirde, fail, bunu bilmesinde veya ortaya çıkacağını öngörmese de, cezalandırılabilirlikte objektif koşulları tipikliğe dâhil olmadıklarından “suçun kanunî tanımındaki maddî unsurların” (TCK md. 30/1) kapsamına da girmemektedirler. Dolayısıyla, fail, objektif koşulun mevcut olduğuna ya da ortaya çıkacağına inanıp da, gerçekte bu koşul mevcut olmadığı veya ortaya çıkmadığı takdirde, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz¹⁴.

Aynı şekilde cezalandırılabilirliğin objektif koşulları kusura da dâhil değildirler¹⁵. Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları haksızlığın ve kusurun ötesinde yer aldıklarından ve böylece de bir fiilin ne olumsuz değeri ne de haksızlığı hususunda belirleyici olduklarından kusur yargısının da konusunu teşkil etmezler¹⁶. Dolayısıyla kusuru kaldıran veya etkileyen hata hâlleri bunlar bakımından sözkonusu olmaz.

Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları ceza hukukuna ilişkin temel kavramlara değil, ek bir değerlendirme kategorisine bağlı olan ceza hukuku dışındaki yararlar karşılaştırmasına dayanmaktadır. Başka bir deyişle, bu koşullarda, ceza hukuku dışında güdülen amaçların bir yararlar karşılaştırmasında cezalandırma gereksinimi karşısında önceliği elde etmesi sözkonusudur¹⁷. Dolayısıyla bu koşullar cezalandırma yetkisine bir sınır getirmektedirler¹⁸.

Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının bazı suçlar bakımından kabul edilmesinin kusur ilkesiyle bağdaştırılabileceği ifade edilmektedir. Buna göre, her suç tipinin haksızlık içeriği ve failin kusuru cezalandırılabilirliğin objektif koşulunun mevcudiyetinden bağımsız olarak gerçekleştiğinden kusur ilkesiyle çelişen bir durum bulunmamaktadır¹⁹. Ayrıca cezalandırılabilirliğin objektif koşulları cezayı gerekçelendirici değil, sınırlayıcı durumlar olarak görüldü-

¹⁴ **KINDHÄUSER**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 26, No: 15; **JESCHECK, Hans-Heinrich**: *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Band: 1, Berlin 2003, [Kısaltma: **LK-StGB**¹¹ (**JESCHECK**)], Vor § 13, No: 86; **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 1; **BAUMANN/WEBER/MITSCH**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 25, No: 4, 5; **SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst**: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010, (**LENCKNER, Theodor/EISELE, Jörg**), Vorbem. § 13 ff, No: 126; **EBERT**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), sh: 112; **FRISTER, Helmut**: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009, 21/4; **KRAUSE, Friedrich-W.**: “Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit”, Jura 1980, sh: 449; **ÜZÜLMEZ/AKKAŞ**, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, sh: 74.

¹⁵ **KINDHÄUSER**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 6, No: 13; **KREY, Volker/ESSER, Robert**: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011, No: 372.

¹⁶ **SATZGER**, “Die objektive Bedingung der Strafbarkeit”, sh: 109.

¹⁷ **ROXIN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 21 ve § 19, No: 2; **ROXIN, Claus**: “Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen”, JuS 1988, sh: 432, 433.

¹⁸ **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 549; **ZAFER**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 277-278.

¹⁹ **GROPP, Walter**: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 5, No: 80 ve § 8, No: 7; **STREE, Walter**: “Objektive Bedingungen der Strafbarkeit”, JuS 1965, sh: 466.

günde kusur ilkesiyle bağdaştırılabilir²⁰. Başka bir ifadeyle, cezalandırılabilirliğin objektif koşulları haksızlık ve kusur değerlendirmelerinden sonra ele alınmaktadır. Dolayısıyla kusur yargısına ilişkin tespit yapıldıktan sonra cezalandırma yetkisinin alanını daraltan bir koşulun kusur ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülemez²¹. Üstelik kanun koyucu faili her durumda değil, sadece objektif belirli durumlarda cezalandırmak suretiyle ona bir kolaylık gösterdiği için kusur ilkesinin ihlali de mevcut değildir²².

Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları tipikliğin, hukuka aykırılığın ve kusurun dışında kalmakla birlikte, maddi ceza hukukuna dâhil bir kavramdır. Dolayısıyla cezalandırılabilirliğin objektif koşulları bakımından da kanunilik ilkesi bütün sonuçlarıyla birlikte geçerlidir²³.

III. Benzer Kavramlardan Farkları

1. Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Ortadan Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler

Kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı ortadan kaldıran veya azaltan kişisel nedenler ile cezalandırılabilirliğin objektif nedenleri arasındaki en önemli fark iştirak alanında ortaya çıkmaktadır. Buna göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda, fiile katılan bir kişiden kaynaklanan kişisel bir cezasızlık nedeni ya da cezayı ortadan kaldıran veya azaltan kişisel bir neden varsa, bu nedenden sadece bu kişi yararlanabilir. Fiilin gerçekleştirilmesine katılan diğer kişilerin bu nedenden yararlanması mümkün değildir. Nitekim TCK md. 40/1,c.2, “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” ifadesiyle bu hususu vurgulamaktadır. Buna karşın, cezalandırılabilirliğin objektif koşulu fiilde mevcut değilse, suça katılan hiç kimse cezalandırılmaz. Böyle bir koşul bütün suç ortakları için geçerlidir²⁴.

2. Muhakeme Koşulları

Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarında, hukuken korunan düzenin ihlalinin şarta bağlanmış özel bir derecesinin dikkate alınması sözkonusu iken, muhakeme koşullarında hukuk barışının güvence altına alınmasıyla bağlantılı

²⁰ **TRIFFTERER**, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (2), 10/5; **HAFT**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), sh: 270; **STREE**, “Objektive Bedingungen der Strafbarkeit”, sh: 467.

²¹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 349; **ÜZÜLMEZ/AKKAŞ**, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, sh: 74, 86.

²² **GOTTWALD, Stefan**: “Zur Dogmatik der objektiven Bedingung der Strafbarkeit – zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 217/96”, JA 1998, sh: 344.

²³ **WALTER, Tonio**: *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Band: 1, Berlin 2007, [Kısaltma: **LK-StGB**¹² (**WALTER**)], Vor § 13, No: 181; **LK-StGB**¹¹ (**JESCHECK**), Vor § 13, No: 87.

²⁴ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 2 a); **BAUMANN/WEBER/MITSCH**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 25, No: 1; **WESSELS/BEULKE**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (39), No: 150; **TRIFFTERER**, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (2), 10/10.

olarak bazı koşulların dikkate alınması sözkonusudur²⁵. Muhakeme koşulları mağdurun veya yetkili merciin iradesine bağlıdır ve bu kişiler suçun işlenmesinden sonra bu hak veya yetkiyi kullanabilirler. Buna karşın, cezalandırılabilirliğin objektif koşulları failin, mağdurun veya herhangi başka bir kişinin iradesi dışında gerçekleşen koşullardır.

Ayrıca cezalandırılabilirliğin objektif koşulları muhakeme koşullarından kronolojik olarak önce gelmektedirler. Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları suçun işlenmesi anında veya suç işlendikten sonra bulunan veya ortaya çıkan koşullardır. Buna karşın, muhakeme koşulları suç işlendikten sonra gerçekleşmesi gereken koşullardır. Başka bir ifadeyle, cezalandırılabilirliğin objektif koşulları maddî hukuka dâhil olmaları nedeniyle muhakeme koşullarına göre tipikliğe daha yakın bir yerde durmaktadırlar. Ancak bu durum, tipikliğe dâhil olmamaları ve suçun yapısına yabancı kalmaları gerçeğine gölge düşürmemektedir²⁶.

Muhakeme koşullarının gerçekleşmemesi hâlinde verilecek hüküm ile cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının bulunmaması veya ortaya çıkmaması hâlinde verilecek hüküm arasında da fark bulunmaktadır. CMK md. 223/8 gereğince, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hâllerinde davanın düşmesi; bu şartın henüz gerçekleşmediğinin anlaşılması hâlinde gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilir. Buna karşın, bir suç tipinde aranan cezalandırılabilirliğin objektif koşulu gerçekleşmediği takdirde, nasıl bir hüküm verileceği CMK md. 223'de açıkça gösterilmemiştir. Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları gerçekleşmeden tamamlanmış bir suçta ceza verilememektedir. Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları suçun yapısında kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran nedenler ile aynı aşamaya yerleştirilmişlerdir ve bunların objektif karşılıkları olarak ele alınmaktadırlar. CMK md. 223/4'de ise, kişisel cezasızlık nedeninin varlığı ve cezayı kaldıran kişisel nedenlerden etkin pişmanlığın bulunması dolayısıyla faile ceza verilmemesi hâllerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda kıyas serbest olduğundan aralarındaki bu benzerlik nedeniyle, cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının bulunmaması hâlinde CMK md. 223/4 gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir²⁷.

Bazı suç tipleri bakımından kanun koyucu hem bir cezalandırılabilirliğin objektif koşulunu hem de bir muhakeme koşulunu öngörmüş olabilir. Örneğin, mağdurun gıyabında hakaret suçunun cezalandırılabilmesi, cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulu olarak en az üç kişiyle ihtilat etme koşuluna bağlanmıştır (TCK md. 125/1,c.2). Ayrıca hakaret suçu, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaretler hariç olmak üzere, şikâyet koşuluna bağlanmıştır

²⁵ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 3.

²⁶ **KRAUSE**, "Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", sh: 453.

²⁷ Benzer yönde bkz. **ÜZÜLMEZ/AKKAŞ**, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", sh: 75-76, 80.

(TCK md. 131). Bu durumda önce cezalandırılabilirliğin objektif koşulunun, sonra da muhakeme koşulunun gerçekleşmesinin aranması gerekmektedir²⁸.

3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

Cezalandırılabilirliğin objektif koşulunun ortaya çıkması cezayı ağırlaştıran bir netice değil, aksine cezalandırılabilirliği gerekçelendiren bir koşuldur. Bu nedenle TCK md. 23'nin uygulama alanına girmez²⁹. Başka bir ifadeyle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice gerçekleşmemiş olsa bile, fail temel suç tipinden cezalandırılacaktır. Oysa cezalandırılabilirliğin objektif koşulu cezalandırmayı gerekçelendiren bir koşul olduğundan, gerçekleşmediği veya ortaya çıkmadığı sürece failin cezalandırılması da imkânsızdır³⁰.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç tipi ile ağır netice arasında doğrudan nedensellik bağının bulunması gerekir. Buna karşın cezalandırılabilirliğin objektif koşullarında suç tipi ile bundan ayrı olarak gerçekleşen veya ortaya çıkan objektif koşul arasında böyle bir nedensellik bağı her zaman aranmamaktadır³¹. Bazı suç tanımlarında fiil ile cezalandırılabilirliğin objektif koşulu arasında nedensellik bağının bulunması aranmışken, bazılarında ise böyle bir nedensellik bağının bulunması şart değildir. Örneğin, TCK md. 240'da aranan cezalandırılabilirliğin objektif koşulu olarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınma fiilinin neden olması gerekmektedir. Buna karşın gıyapta hakaret suçunda (TCK md. 125/1,c.2) hakaret teşkil eden ifadelerle ihtilat koşulu arasında nedensellik bağı aranmaz.

Yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, daha ağır veya başka bir netice bakımından failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir (TCK md. 23). Dolayısıyla bu suçlarda sübjektif bir unsur aranmaktadır. Buna karşın cezalandırılabilirliğin objektif koşulları haksızlığın ve kusurun dışında kalan durumlardır. Bu nedenle taksirin veya kastın kapsamında yer alamazlar. Dolayısıyla da objektif niteliktedirler³².

IV. Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşullarının Türleri

Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının, doktrinde bazı yazarlar tarafından cezalandırılabilirliğin gerçek ve görünüşte (gerçek olmayan) objektif koşulları şeklinde ikiye ayrılarak incelendiği de görülmektedir.

²⁸ Aynı yönde bkz. **İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener: İçel – Suç Teorisi, 2. Kitap, 3. Bası, İstanbul 2004, sh: 16.**

²⁹ **BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, (11), § 25, No: 6.**

³⁰ **İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, İçel – Suç Teorisi, (3), sh: 15; ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, sh: 376-377; DOĞAN, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011, sh: 13.**

³¹ **İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, İçel – Suç Teorisi, (3), sh: 15.**

³² **JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, (5), § 53 I 2 a); DOĞAN, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, sh: 13.**

1. Cezalandırılabilirliğin Gerçek Objektif Koşulları

Cezalandırılabilirliğin gerçek objektif koşullarının, sadece cezalandırılabilirliği sınırlandıran nedenler olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, bu tür koşullar kusur ilkesiyle ilişkilendirilemez. Bu koşullar, suçun yapısında aynı aşamaya yerleştirilen kişisel cezasızlık nedenlerinin ve cezayı kaldıran veya azaltan nedenlerin objektif karşılığı olarak ele alınabilirler. Haksızlığın ve kusurun mevcudiyetine rağmen, kanun koyucu belirli durumlarda, bizzat fiille veya fiilin gerçekleşmesinden sonraki gelişmeyle ilgili olabilen ve cezanın suç politikasına ilişkin zorunluluğunu gerekçelendirdiği için objektif olarak çok büyük öneme sahip olan başka bir koşul henüz gerçekleşmediği takdirde, cezaya gereksinimi kabul etmemektedir. Örneğin, yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar bakımından aranan karşılıklılık koşulu cezalandırılabilirliğin gerçek objektif bir koşulunu ifade etmektedir³³.

Bu ayrıma yönelik olarak cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının cezalandırılabilirliği sınırlama etkisine sahip olduğu iddiasının genel bir şekilde söylenemeyeceği, cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının her birinin tek tek incelenmesine ihtiyaç duyulduğu eleştirisi dile getirilmiştir³⁴.

2. Cezalandırılabilirliğin Görünüşte Objektif Koşulları

Cezalandırılabilirliğin görünüşte objektif koşullarında niteliği itibarıyla haksızlığa dâhil olan kamuflü edilmiş cezayı ağırlaştırıcı veya gerekçelendiren nedenlerin sözkonusu olduğu, fakat bunların şeklen cezalandırılabilirliğin objektif koşulları biçiminde düzenlenmiş olduğu ileri sürülmüştür. Böyle bir ayrıma giden yazarlar, bunun nedenini ise, kanun koyucunun bu koşulları kast veya taksirle ilişkilendirme zorunluluğundan bağımsız olarak gerçekleştirmeyi istemesinde görmekteyiz. Niteliği itibarıyla bu koşullar, suç politikasına ilişkin nedenlerden dolayı kusur ilkesinin sınırlandırılmasını ifade etmektedirler³⁵.

Alman doktrininde cezalandırılabilirliğin görünüşte objektif koşuluna Alman Ceza Kanunu § 323 a'da düzenlenen tam sarhoşluk suçu örnek olarak gösterilmektedir. Buna göre, bu suçta cezalandırmanın nedeni kişinin kendisini sadece kasten ya da taksirle sarhoş hâle getirmesidir. Bu düzenleme, failin sarhoş iken hukuka aykırı bir fiil işlemesi şeklinde ek bir koşulu da yalnızca cezalandırma ekonomisi nedenlerinden dolayı aramaktadır. Sarhoş iken işlenen fiil bakımından failin kasten veya taksirle hareket etmesi zorunlu olmadığından, bu durum cezalandırılabilirliğin objektif koşulu olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte kanun, cezanın yüksekliğini sarhoşluk durumunda işlenen fiilin ceza tehdidiyle ilintilendirmektedir (§ 323 a II). Bu nedenle sarhoşluk fiilinin § 323 a'nın haksızlık içeriği ile birlikte belirleneceği açıktır. Sonuç olarak kast ve taksir de sarhoşluk ile ilişkilendirilmektedir³⁶.

³³ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 2 a) ve II 1; **LK-StGB¹¹ (JESCHECK)**, Vor § 13, No: 86; **TRIFFTERER**, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (2), 10/9; **EBERT**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), sh: 113.

³⁴ **BAUMANN/WEBER/MITSCH**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 25, No: 3.

³⁵ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 2 b); **LK-StGB¹¹ (JESCHECK)**, Vor § 13, No: 86; **EBERT**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), sh: 113.

³⁶ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 2 b); **ROXIN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 2.

Alman CK § 231'deki kavgaya katılma suçu da yine cezalandırılabilirliğin görünüşte objektif koşuluna örnek olarak verilmektedir. Bu düzenlemeye göre, cezalandırmanın gerekçesi bir kavgaya bizzat katılmadır. Buna göre, failin kastı hem bir kavganın mevcudiyetini hem de buna bizzat katılmayı kapsamalıdır. Fakat davranış kavga nedeniyle birinin ölmesi veya ağır yaralanması hâlinde cezalandırılabilirliktedir. Bu netice doktrinde cezalandırılabilirliğin objektif koşulu olarak ele alınmakta ve kastın kapsamında bulunmadığı dile getirilmektedir³⁷.

Yine aslında fiilin cezayı gerekçelendiren unsurlarından başka bir şeyi ifade etmeyen ve aynı şekilde yalnızca suç politikasına ilişkin nedenlerden dolayı şekli olarak haksızlığın ve kusurun kapsamından çıkarılan cezalandırılabilirliğin görünüşte objektif koşullarının da bulunduğu belirtilmiştir. Alman CK § 186'da düzenlenen iftira suçunda açığa vurduğu ifadesinin gerçek olduğuna inanan kişinin de gerçeğin ispatlanamaması hâlinde cezalandırılacağı örnek olarak verilmektedir³⁸.

Cezalandırılabilirliğin görünüşte objektif koşullarının kusur ilkesine ters düştüğü ifade edilmiştir³⁹. Kusur ilkesi bakımından cezalandırılabilirliğin görünüşte objektif koşullarına karşı yöneltilen itirazların, failin, cezalandırılabilirliğin objektif koşulunun mevcut olabileceği şeklindeki herkes tarafından kolaylıkla bilinebilir riske girmesi düşüncesiyle kısmen bertaraf edilebileceği ileri sürülmüştür. Buna göre, kusur yeteneğini ortadan kaldıracak bir sarhoşluğa kendini sokan bir kişi, bu durumda suç işleme tehlikesini kınanabilir şekilde gerekçelendirmektedir. Çünkü hiç kimse tam sarhoşluk durumunda reaksiyonlarını kesin bir şekilde öngöremez ve bunlara egemen olamaz⁴⁰.

3. Ayrıma İlişkin Görüşümüz

Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının gerçek ve görünüşte koşullar şeklinde ayrılması, Alman hukukunda bazı suç tiplerinde aranan ve aslında tipikliğe dâhil olması gereken unsurların manevî unsurun kapsamından çıkarılması çabasına dayanmaktadır. Bazı suçlarda fiile bağlı olarak ortaya çıkan başka bir neticeden failin kast veya taksiri olmadan sorumlu tutulması çabası, başka bir ifadeyle objektif ceza sorumluluğunun benimsenmesi cezalandırılabilirliğin görünüşte objektif koşulu adı altında kendini göstermektedir. Böyle bir ayırım Alman doktrininde tamamen kabul görmediği gibi, Türk hukuku bakımından da yapılmasının pozitif hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Çünkü bizim mevzuatımızda Alman CK § 323 a ve 231'e benzeyen düzenlemeler bulunmamaktadır⁴¹.

³⁷ HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010, No: 133.

³⁸ Bkz. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 2 b) ve II 2 b).

³⁹ RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München 2009, § 8, No: 15; TIEDEMANN, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları ve İflâs Suçlarının Reformu", sh: 309.

⁴⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 I 2 b).

⁴¹ Ayrımanın gereksizliği yönünde bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, *İçel – Suç Teorisi*, (3), sh: 15; ÜZÜLMEZ/AKKAŞ, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", sh: 82.

V. Bazı Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları

1. Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar

Yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar (TCK md. 340-342) bakımından aranan karşılıklılık koşulunun (TCK md. 343) cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, bu suçlar bakımından aranan karşılıklılık koşulu cezalandırılabilirliğin objektif bir koşuludur. Çünkü bir kimse, yabancı devlet başkanına karşı suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirdiğinde, yabancı devlet bayrağına veya diğer egemenlik alametlerine karşı hakaret ettiğinde ya da yabancı devlet temsilcilerine karşı görevlerinden dolayı suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirdiğinde, TCK md. 340-342'de belirtilen suç tiplerini kusurlu olarak yerine getirmiş olur. Karşılıklılık koşulu eksik ise, bu suçlar cezalandırılmaz. Çünkü burada ceza hukukunun dışında kalan dış politikaya ilişkin bazı mülahazalar etkin rol oynamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanını, devlet bayrağı veya egemenlik alametleri ve devlet temsilcileri, yabancı devlet tarafından da aynı şekilde korunduğu takdirde, bir cezalandırılabilirlik mümkün olacaktır⁴².

Diğer görüşe göre, bu suçlar bakımından aranan karşılıklılık koşulu cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulu değildir. Buna göre, fiil tüm unsurlarıyla suç teşkil etmesine rağmen, cezalandırma suç politikası açısından karşılıklılık koşuluna bağlanmıştır. Burada fiil, haksızlık özelliğinin yanı sıra, suç olma özelliğini de taşıdığı için cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulundan değil, bir muhakeme koşulundan bahsedilebilir⁴³.

Bu ikinci görüş kabul edildiği takdirde, karşılıklılık koşulunun gerçekleşmemesi hâlinde, esas itibarıyla asla cezalandırılmayacak bir davranışın cezalandırılabilir nitelikte olduğu ifade edilmiş olur. Ayrıca muhakeme koşulları suçun oluşmasından sonra suçtan zarar görenin veya yetkili merciin iradesiyle kullanılabilen hak ve yetkilerdir. Karşılıklılık koşulunun fiilin gerçekleşmesinden sonra yabancı devletin kanununa dâhil edilmesinin ve bu durumda soruşturma veya kovuşturmayaya başlanmasının kabulü fail aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Oysa karşılıklılık koşulunun cezalandırılabilirliğin objektif koşulu olarak kabulü hâlinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi devreye gireceğinden, böyle bir geçmişe yönelik uygulamanın da önüne geçilecektir.

2. Hakaret Suçu

TCK md. 125/1,c.2'ye göre; "Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir". İhtilat edilmesi (iletişim kurulması) gıyapta işlenen hakaret suçu bakımından cezalandı-

⁴² **ROXIN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 22; **FUCHS, Helmut**: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008, 27/5; **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2009, sh: 578-579.

⁴³ **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 551, dn.: 1123; **KOCA/ ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 350; **ZAFER**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 280.

rılabilirliğin objektif bir koşulu olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁴. Örneğin, bir kişinin kalabalık bir ortamda sevmediği ve orada bulunmayan bir kişi hakkında arkadaşının kulağına eğilerek olumsuz sözler sarf ettiği esnada, sesinin gür çıkması veya açık bir mikrofonun bulunması nedeniyle orada bulunan en az üç kişi tarafından sözlerinin duyulması hâlinde, ihtilat koşulu meydana geldiğinden, bu kişi sözlerinin başkaları tarafından duyulmasını istemediğini ileri süremez. Çünkü bu ihtilat koşulu cezalandırılabilirliğin objektif koşulu olduğundan kast veya taksirin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu ihtilat koşulunun Anayasa'nın başlangıcına, 2. ve 5. maddelerine aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesi reddetmiştir⁴⁵.

3. İflas Suçları

Hileli iflas suçunu düzenleyen TCK md. 161'e göre, "*Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, ... hapis cezası ile cezalandırılır*". Yine taksirli iflas suçunu düzenleyen TCK md. 162'ye göre "*Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, ... hapis cezası ile cezalandırılır*".

⁴⁴ **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 549-550; **DEMİRBAŞ, Timur**: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2009, sh: 197-198.

⁴⁵ "*İtiraza konu hükümde mağdurun yokluğunda yapılan hakaret suçu failinin cezalandırılabilmesi için fülün en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi koşulu aranmıştır. Bu unsur yoksa haksız bir eylem meydana gelmiş olduğu halde sanık bu suçtan cezalandırılmayacaktır...//Anayasa'nın Başlangıç bölümünün 6. paragrafında, 'Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu' belirtilmiştir. Hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesinde insan haklarına saygılı devlet ilkesi vurgulanmış, 5. maddesinde de devletin temel amaç ve görevleri arasında kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak sayılmıştır.//Kişilerin ait oldukları toplumda şeref ve haysiyetlerinin korunmasını istemeleri temel haklarındandır. Bu nedenle, öteden beri kişiler, onur, namus ve haysiyetlerine dokunan fiillere karşı özel hukuk kuralları dışında ceza hukuku vasıtasıyla da korunmaktadır.//5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, kişilerin hak ve yararlarının korunmasına ilişkin hükümlere özel hükümlerin başında yer vererek, insanı ve insan haklarını korumayı ceza politikasının hedefi saymıştır. Nitekim bu çerçevede şerefe karşı işlenen suçlar Türk Ceza Kanununun sekizinci bölümünde düzenlenmiştir. Yasakoyucu hakaretin yüze karşı veya gıyapta yapılmasına göre farklı kurallar öngörmüştür.//Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına alan yasa koyucunun, Anayasa kuralları ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç oluşturacağını belirleme yetkisi bulunduğu gibi suçluların cezalandırılmasına ilişkin koşulları da saptama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kişilere karşı suçlara özel hükümlerin başında yer vererek insanı ve insan haklarını koruma ilkesine verdiği değeri, suç ve ceza politikasının temel hedefi kabul eden yasakoyucunun izlenen suç ve ceza siyasetinin gereği olarak, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesinde 'en az üç kişiyle ihtilat' koşulunu araması, yasama yetkisi kapsamındadır.//Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir" (AYM 03.01.2008, E. 2006/136, K. 2008/3, RG. 31.01.2008, sy: 26773).*

Her iki suç bakımından ifade edilen “iflasa karar verilmiş olması” cezalandırılabilirliğin objektif bir koşuludur. İflas suçları ekonomik yaşam için tehlikelidir. Bu nedenle iflas suçları kabul edilmiştir. Yine de kanun koyucu iflas suçlarının cezalandırılmasını ekonomi politikasına ilişkin düşüncelerden dolayı ve ispat kolaylığı bakımından “iflasa karar verilmiş olması”na bağlamıştır.

4. Görevi Kötüye Kullanma Suçu

Bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak gerçekleştirdiği icrai veya ihmali hareketiyle *kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması* (TCK md. 257/1-2) cezalandırılabilirliği objektif koşuluna örnek olarak gösterilmektedir⁴⁶.

5. Mal ve Hizmet Satımından Kaçınma Suçu

TCK md. 240 gereğince, belirli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınan bir kişinin cezalandırılabilmesi için kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olması gerekir. Burada suçun oluşması için failin belirli bir mal veya hizmetin satımından bilerek ve isteyerek kaçınması yeterli olacaktır. Failin bu fiilinin sonucunda kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkacağını bilmesi ve istemesi gerekmemektedir. Böyle bir ihtiyacın ortaya çıkması cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulu olduğundan failin cezalandırılmasına yol açar⁴⁷.

6. Somut Tehlike Suçları

Somut tehlike suçlarında tehlikeye yol açan fiilden dolayı faile ceza verilebilmesi için somut tehlikenin gerçekleşmesi aranmaktadır. Örneğin, TCK md. 170-173, 175-179, 216, 217, 220, 319’de düzenlenen suçlarda somut tehlikenin meydana gelmesi cezalandırılabilirliğin objektif koşulu olarak ele alınmaktadır⁴⁸.

VI. Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşullarının Sonuçları

Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları haksızlığın ve kusurun dışında kaldıklarından fiilin cezalandırılabilirliği bu koşulların mevcut olmasına bağlıdır. Bu koşullar mevcut değilse, fiil suç teşkil etmesine ve fail de kusurlu bu-

⁴⁶ **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 550; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 350-351; **ÜZÜLMEZ/AKKAŞ**, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, sh: 77; **ZAFER**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 279; **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Ankara 2007, sh: 744.

⁴⁷ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 348; **ÜZÜLMEZ/AKKAŞ**, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, sh: 77-78. Doktrinde TCK md. 240’daki koşulun cezalandırılabilirliğin görünüşte objektif koşuluna örnek olarak gösteren yazarlar bulunmakla birlikte (**KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 350), kanaatimizce böyle bir ayrıma gidildiği kabul edilse bile, cezalandırılabilirliğin gerçek objektif koşulu içerisinde değerlendirilmelidir (aynı yönde bkz. **ZAFER**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 278-279).

⁴⁸ **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 550-551; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 351.

lunmasına rağmen, ceza verilemez. Bu bağlamda koşul gerçekleşmediği sürece bu fiile iştirak eden herkes de cezalandırılmaz⁴⁹.

Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları kast ve taksirin dışında kalan durumlar olduklarından, bu koşullarda hata bir önem taşımamaktadır⁵⁰. Buna göre, cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulunun bulunmadığının hatalı olarak kabulünün bir önemi bulunmamaktadır. Bunun tam tersine, cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulunun mevcut olduğuna hatalı olarak inanılması da cezalandırılabilirlik sonucunu doğuramaz⁵¹.

Cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulunu içeren suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını ileri süren görüşte⁵² isabet bulunmamaktadır. Bir suçun teşebbüse müsait olup olmadığı cezalandırılabilirliğin objektif koşuluna değil, unsurlarına bakılarak anlaşılabilir. Cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulunu içeren bir suç teşebbüs aşamasında kalmışsa, bu koşul ortaya çıkmadığı sürece teşebbüsten dolayı faile ceza verilemez. Ancak bu koşul ortaya çıktığında teşebbüsten dolayı cezalandırma da mümkündür⁵³. Türk ceza hukuku doktrinindeki bir görüşe göre, cezalandırılabilirliğin objektif koşulunun gerçekleştiği durumlarda artık teşebbüsten bahsedilmesi mümkün değildir. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda teşebbüsten dolayı ceza belirlenirken meydana gelen tehlikenin ve zararın ağırlığının dikkate alınacağı kuralından (TCK md. 35/2) hareket eden bu görüşe göre, cezalandırılabilirliğin objektif koşulunu içeren suçlarda, koşulun gerçekleşmesi hâlinde cezanın TCK md. 35/2'ye göre indirilmesi mümkün değildir⁵⁴. Kanaatimizce bu görüşte isabet bulunmamak-

⁴⁹ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 III 1; **LK-StGB¹² (WALTER)**, Vor § 13, No: 181; **SCHÖNKE/SCHRÖDER**, *Strafgesetzbuch Kommentar²⁸*, (**LENCKNER/EISELE**), Vorbem. § 13 ff, No: 126.

⁵⁰ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 III 1; **JAKOBS, Günther**: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1991, 10/6; **GROPP**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 8, No: 6 ve § 13, No: 133; **WESSELS/BEULKE**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (39), No: 148; **STRATENWERTH/KUHLEN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (6), § 8, No: 84; **STRATENWERTH, Günter**: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005, § 9, No: 80; **TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc**: *Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar*, Zürich 2008, Art 12, No: 11; **FISCHER, Thomas**: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011, § 16, No: 27; **SCHMIDT, Rolf**: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010, sh: 116; **RENGIER**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 32, No: 8; **ERMAN, Ragıp Barış**: *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, İÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, sh: 80-81.

⁵¹ **ROXIN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 30.

⁵² **DÖNMEZER/ERMAN**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, (11), No: 459; **ÖNDER**, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 378; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (4), sh: 578.

⁵³ **LK-StGB¹² (WALTER)**, Vor § 13, No: 181; **KRAUSE**, "Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", sh: 454; **İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, *İçel – Suç Teorisi*, (3), sh: 18; **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 552; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 420-421.

⁵⁴ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 349; **ÜZÜLMEZ/AKKAŞ**, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", sh: 78.

tadır. Çünkü TCK md. 35/2'de kullanılan “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre” ibaresi, hareketin konusu üzerinde meydana gelen zarar veya tehlikenin derecesini ifade etmektedir. Dolayısıyla böyle bir değerlendirme haksızlık unsuru içerisinde yapılacaktır. Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının ise, haksızlık unsurunun dışında kaldığını daha önce belirtmiştik.

Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının suçun işlendiği yer ve zaman bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁵⁵. Suçun gerçekleştiği yer ve zaman cezalandırılabilirliğin objektif koşullarına göre değil, unsurlarına göre tespit edilir. Suçun işlendiği yer bakımından TCK md. 8/1 de bunu doğrulamaktadır⁵⁶. Bu yüzden suçun tamamlanmasından sonra, fakat objektif koşulun ortaya çıkmasından önce failin üçüncü bir kişi tarafından destek görmesi TCK md. 39 anlamında yardım etme kabul edilmemektedir⁵⁷. Aynı şekilde şikâyet ve

⁵⁵ Suçun işlenme anı ve yeri bakımından cezalandırılabilirliğin objektif koşulunun gerçekleştiği an ve yerin esas alınması gerektiği yönünde bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 421.

⁵⁶ Alman Ceza Kanunu § 323 a'da tam sarhoşluk suçunun cezalandırılması için failin hukuka aykırı bir fiil işlemesinin ve bu fiilden dolayı kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle cezalandırılmamasının aranması cezalandırılabilirliğin objektif koşulu olarak nitelendirildiğinden, suçun işlendiği yer bakımından sorun çıkmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 4. Dairesi'nin 22 Ağustos 1996 tarihli kararına konu olan olayda bir Danimarka vatandaşı Hollanda'da alkol alarak kendini sarhoş hâle getirir. Kusur yeteneği ortadan kalkmış bir vaziyette Alman sınırına aracıyla gelir. Federal Almanya topraklarına vardığında alkole bağlı olarak araç kullanma yeteneğini kaybederek iki sınır muhafaza görevlisine çarpır ve ölümlerine neden olur. Federal Mahkeme'ye göre; “Sanık, her ne kadar hareketi – alkollü içeceklerle kendini sarhoş hâle getirmek – Hollanda'da gerçekleştirmiş olsa bile, fiili CK § 3, § 9/1 anlamında yurtçinde işlemiştir. Böylece CK § 323 a uygulama alanı bulabilir. CK § 323 a'nın tipiklik unsuruna dâhil olan CK § 9/1 anlamındaki netice, failin sarhoşluğa bağlı fiili işlediği yerde de ortaya çıkmaktadır.//Fakat CK § 323 a'nın (tehlikeye koyma) neticesi sarhoşluğun başlangıcıyla birlikte önceden ortaya çıkmaktadır. Sarhoşluğa bağlı fiilin işlenmesi tipikliğin unsuru değildir; bilakis tipikliğin dışında kalmaktadır ve cezalandırılabilirliğin koşulu olarak tam sarhoşluk bakımından cezaya neden olmaktadır. CK § 9 anlamında ‘tipikliğe dâhil netice’ unsuru ile ne anlaşılması gerektiği, genel tipiklik öğretisinin kavram oluşturmamasından yola çıkılarak bulunamaz. Bu hüküm tipiklik ile cezalandırılabilirliğin objektif koşulu arasındaki dogmatik farklılığı kavramak istememektedir. Hükümün temel düşüncesine göre, kaçınılması, ilgili ceza hükmünün amacının olduğu hukuksal değerlerin zarar görmesi veya tehlikeye konulması gerçekleştiği takdirde, Alman ceza hukukunun – hareketi yurtdışında gerçekleştirdiğinde de – uygulama alanı bulması gerekir. CK § 323 a'nın kendini sarhoş hâle koyma yasağıyla önlemeye çalıştığı tehlike, sarhoşun bedensel ve zihinsel yetenekleri üzerindeki kontrolü kaybetmesinden ve genelde onun doğasına aykırı bir şekilde sosyal bakımdan zararlı olarak hareket etmesinden tam olarak anlaşılmaktadır. Yurtçinde gerçekleştirilen suçlar, böylece burada sarhoşluğa bağlı fiiller de buna dâhildir” (BGHSt 42, sh: 235-243, özellikle sh: 242-243). Bu kararıyla Federal Mahkeme'nin cezalandırılabilirliğin objektif koşullarına cezalandırılabilirliği sınırlama değil, aksine gerekçelendirme fonksiyonu yüklediği eleştirisi yöneltmiştir (**GOTTWALD**, “Zur Dogmatik der objektiven Bedingung der Strafbarkeit – zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 217/96”, sh: 344).

⁵⁷ **JESCHECK/WEIGEND**, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 53 III 2; **ROXIN**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 30; **JAKOBS**, *Strafrecht Allgemeiner*

dava zamanaşımı sürelerinin başlangıcı bakımından da cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının gerçekleştiği veya ortaya çıktığı zamanın önemi bulunmamaktadır⁵⁸. Zaten TCK md. 66/6 dava zamanaşımının başlangıcı bakımından, TCK md. 73/2 de şikâyet süresinin başlangıcı bakımından ölçütü koymuşlardır⁵⁹.

Cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının özel hukuk sorumluluğu bakımından da bir önemi bulunmamaktadır. Somut bir olayda cezalandırılabilirliğin objektif koşulları gerçekleşmediği veya ortaya çıkmadığı takdirde, fiil haksızlık karakterini ve fail de kusurlu olma özelliğini koruduğundan, failin özel hukuk sorumluluğu devam edecektir. Dolayısıyla cezalandırılabilirliğin objektif koşulları sadece ceza hukukuna özgü bir konu olup, özel hukuk sorumluluğunu etkilememektedir.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Ankara 2007.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2009.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.

BEMMANN, Günter: *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen 1957.

DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2009.

DOĞAN, Koray: *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara 2011.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, 11. Bası, İstanbul 1994.

EBERT, Udo: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Heidelberg 2001.

ERMAN, Ragıp Barış: *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, İÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.

FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011.

Teil, (2), 10/8-9; **SCHÖNKE/SCHRÖDER**, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (**LENCKNER/EISELE**), Vorbem. § 13 ff, No: 126.

⁵⁸ **İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, *İçel - Suç Teorisi*, (3), sh: 18-19; **DEMİRBAŞ**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (6), sh: 199; Buna karşın başka bir görüş, cezalandırılabilirliğin objektif koşulunun arandığı suçlarda dava zamanaşımı süresinin bu koşulun gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlaması gerektiğini savunmaktadır (**ÖNDER**, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 378; **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 552; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ/TEPE**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 421).

⁵⁹ Aynı yönde bkz. **ÜZÜLMEZ/AKKAŞ**, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", sh: 78-79.

FREUND, Georg: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009.

FRISTER, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009.

FUCHS, Helmut: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008.

GEISLER, Claudius: *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*, Berlin 1998.

GEISLER, Claudius: "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und Abzugsthese – Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip –", GA 2000, sh: 166-179.

GOTTWALD, Stefan: "Zur Dogmatik der objektiven Bedingung der Strafbarkeit – zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 217/96", JA 1998, sh: 343-344.

GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005.

HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004.

HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010.

İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener: *İçel – Suç Teorisi*, 2. Kitap, 3. Baskı, İstanbul 2004.

JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Band: 1, Berlin 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.

KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010.

KRAUSE, Friedrich-W.: "Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", Jura 1980, sh: 449-455.

KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011.

KÜHL, Kristian: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2008.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992.

OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Ankara 2007.

ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011.

ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2010.

RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München 2009.

ROXIN, Claus: “Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen”, *JuS* 1988, sh: 425-433.

ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006.

SATZGER, Helmut: “Die objektive Bedingung der Strafbarkeit”, *Jura* 2006, sh: 108-113.

SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010.

STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011.

STREE, Walter: “Objektive Bedingungen der Strafbarkeit”, *JuS* 1965, sh: 465-474.

TIEDEMANN, Klaus: “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları ve İflâs Suçlarının Reformu”, (Çev.: **Feridun YENİSEY**), *İÜHF* 1975, c: XLI, sy: 1-2, sh: 301-317.

TOROSLU, Nevzat: “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, *Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan*, c: 1, İstanbul 2008, sh: 705-709.

TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc: *Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar*, Zürich 2008.

TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien-New York 1994.

ÜZÜLMEZ, İlhan/AKKAŞ, Ahmet Hulusi: “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, *Erciyes ÜHFD* 2007, c: II, sy: 1-2, sh: 71-87.

WALTER, Tonio: *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Band: 1, Berlin 2007.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39. Auflage, Heidelberg 2009.

ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010.