T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

Yağız YAVUZ
2502150563

Tez Danışmanı:
Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İSTANBUL-2022

ÖZ

SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

YAĞIZ YAVUZ

Türk ceza hukukuna ilişkin akademik literatürde suçun kurucu unsurlarına ilişkin sayısız çalışmaya rastlamak mümkünken, suçu nitelikli hale getiren unsurlara ilişkin detaylı bir monografik çalışma bulunmamaktadır. Bu doktora tezi ile suçun nitelikli unsurlarının suç genel teorisi içerisindeki yerinin netleştirilmesi, temel suç tipi ile nitelikli unsurlu suç tipi arasındaki ilişkinin teorik zemininin ve yapısal özelliklerinin belirginleştirilmesi hedeflenmiştir. Bu kapsamda ayrıca, ceza kanunlarında nitelikli unsurlu düzenleme tekniği yerine kullanılabilecek, cezanın belirlenmesi kuralı hüviyetindeki tipik örnekli ya da çok ağır/hafif halli düzenleme teknikleri de değerlendirme konusu yapılmıştır. Bu suretle suçun nitelikli unsurlarının ve bunlara alternatif kurumların genel teorisi ortaya konulmuştur.

Çalışmada öncelikle ceza normu, kurucu unsur ve nitelikli unsur kavramları, nitelikli unsurların yapısı, özellikleri ile bunların benzer kurumlardan ayrıt edilmesi konuları irdelenmiş, nitelikli unsurlara alternatif kurumlara ilişkin teorik açıklamalara yer verilmiştir. Bu teorik açıklamaların ardından nitelikli unsurların ortaya çıkış biçimleri, nitelikli unsurlarda hata konusu ve bunların kusur üzerindeki etkileri incelenmiştir. Son olarak ise nitelikli unsurların teşebbüs, iştirak ve içtimadan oluşan suçun özel görünüş şekillerinde arz ettiği özellikler ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Nitelikli unsurlar, nitelikli haller, suça etki eden sebepler, ağırlatıcı sebepler, hafifletici sebepler.

ABSTRACT

QUALIFIED ELEMENTS OF THE CRIME

YAĞIZ YAVUZ

While it is possible to come across numerous studies on the basic elements of the crime in the academic literature on Turkish criminal law, there is no detailed monographic study on the elements that make crime qualified. With this doctoral thesis, it is aimed to clarify the place of qualified elements of the crime in the general theory of crime, crystallize the theoretical basis and structural features of the relationship between basic crime and qualified crime. In this context, standard examples, extremely serious cases and less serious cases regulation techniques, which can be used instead of qualified elements in penal codes, has also been evaluated. In this way, the general theory of qualified elements of the crime and the alternative institutions to them has been put forward.

In the study, firstly, the concepts of penal norm, basic element and qualified element, the structure of qualified elements, their distinguishing characteristics from similar institutions are examined, and theoretical explanations on alternative institutions to qualified elements are given. Following these theoretical explanations, the emergence of qualified elements, the issue of mistake in qualified elements and their effects on the guilt are examined. Finally, the features of qualified elements in the special appearance forms of crime consisting of attempt, participation and joinder of crimes are revealed.

Keywords: Qualified elements, qualified cases, causes affecting the crime, aggravating circumstances, mitigating circumstances.

ÖNSÖZ

Suçun nitelikli unsurlarının hem suç genel teorisinin temelini oluşturan pek çok konuyla etkileşim içerisinde olması hem de birçok suç tipinde nitelikli unsurlara yer verilmesi ceza hukuku içerisinde ele alınan hemen her konuda nitelikli unsurlarla karşılaşılmasına yol açmaktadır. Ancak, bugüne kadar nitelikli unsurlu suç tiplerinin yapısal özelliklerine ve teorik altyapısına dair ayrıntılı bir çalışma yapılmamıştır. "Suçun Nitelikli Unsurları" başlıklı bu doktora teziyle, nitelikli unsurların hukuki niteliğinin ve bunlara alternatif kurumların ortaya konulması ile nitelikli unsurların suç genel teorisi içerisinde gösterdiği özelliklerin irdelenmesi amaçlanmıştır.

Sağlamış olduğu doktora sırası yurt dışı araştırma bursu ile Almanya'nın Freiburg şehrinde bulunan Max-Planck Ceza Hukuku Enstitüsü'nde misafir araştırmacı olarak bu doktora tezi kapsamında araştırma yürütmemi mümkün kılan TÜBİTAK'a (Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu) şükranlarımı sunarım. Ayrıca Türkiye'ye döndükten sonra Almanca kaynaklara erişimime imkân tanıyan, bu kapsamda talep ettiğim tüm yabancı kaynakları temin eden ve bu kaynakları rahatlıkla kullanmama olanak sağlayan Doğuş Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Merkezi çalışanlarına minnettarım.

Kıymetli hocam sayın Prof. Dr. Adem Sözüer'e bu tezin danışmanlığını üstlenmesi, tez konusunun seçiminde ve sonrasında yaptığı yönlendirmelerle gerek tez araştırması için yurt dışına gitme sürecimde gerekse tezin şekillendirilmesinde sarf ettiği değerli desteklerinden ötürü teşekkürlerimi sunarım. Tez jürimde yer alan kıymetli hocalarım sayın Doç. Dr. Selman Dursun'a, Doç. Dr. Neslihan Göktürk'e, Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas'a ve Dr. Öğr. Üyesi Kerim Çakır'a tezime gösterdikleri ilgi ve görüşleriyle yaptıkları kapsamlı katkılar nedeniyle teşekkür ederim. Ayrıca, üzerimde tarifi kelimelere sığmayacak kadar büyük emeği olan kıymetli hocam sayın Prof. Dr. Hamide Zafer'e yıllar boyunca akademik hayatımda yaptığı yönlendirmelerden ve desteklerinden ötürü teşekkür ederim. Son olarak, yıllar süren akademik çalışma süreçlerimde daima yanımda olan değerli aileme teşekkür ederim.

Yağız Yavuz

İstanbul, 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ ii

ABSTRACT iii

ÖNSÖZ iv

İÇİNDEKİLER v

KISALTMALAR LİSTESİ xiii

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

NİTELİKLİ UNSURLARIN SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ, ÖZELLİKLERİ VE BENZER KURUMLARDAN AYIRTEDİLMESİ

I. CEZA NORMU 5

A. Genel Olarak 5

B. Ceza Normunun Yapısı 7

C. Suç Tipi 11

1. Suç Teşkil Eden Haksızlık 11

2. Tipiklik 16

3. Suç Tipinin Kapsamı 18

4. Suç Tipinin Yapısı 22

II. SUÇUN ASLİ UNSURLARI-TALİ UNSURLARI AYRIMI 24

A. Suçun Asli Unsurları 24

B. Suçun Tali Unsurları 27

III. TERİM SORUNU 29

IV. TEMEL SUÇ TİPİ-NİTELİKLİ UNSURLU SUÇ TİPİ AYRIMI 35

A. Genel Olarak 35
B. Temel Suç Tipi 36
C. Nitelikli Unsurlu Suç Tipi 38
1. Genel Olarak 38
2. Nitelikli Unsurların Tanımı 40
3. Nitelikli Unsurların Varlık Sebebi 43
4. Nitelikli Unsurlu Suç Tipinin Yapısı 47
a. Genel Olarak 47
b. Nitelikli Unsurların Kesinliği ve Bağlayıcılığı 54
c. Nitelikli Unsurların Ceza Kanunlarındaki Yeri ve Düzenleniş Şekli 56
d. Ara Sonuç 61
5. Nitelikli Unsurlarda Kanunilik İlkesi 62
a. Genel Olarak 62
b. Kanunilik İlkesinin Sonuçları 63
6. Nitelikli Unsurların Kapsamı 70
7. Nitelikli Unsurların Suça, Cezaya ve Dava Zamanaşımına Etkisi 74
a. Suça Etkisi 74
(1) Genel Olarak 74
(2) Nitelikli Unsurların Haksızlık Üzerindeki Etkisi 74
b. Cezaya Etkisi 78
(1) Genel Olarak 78
(2) Oransal Ceza Artırımı ya da İndirimi 82
(3) Özel Ceza Çerçevesi 89
c. Dava Zamanaşımına Etkisi 91
8. Nitelikli Unsurların Gerçekleşebileceği Zaman 94
9. Nitelikli Unsurların Suç Sistematiği İçerisindeki Yeri 98

10. Nitelikli Unsurların Yararları ve Sakıncaları 101

V. "*DELICTUM SUI GENERIS*" İLE NİTELİKLİ UNSURLARIN AYIRT EDİLMESİ 106

VI. NİTELİKLİ UNSURLAR DIŞINDA KALAN SUÇUN CEZASINI ARTIRAN VEYA AZALTAN DİĞER NEDENLER 116

VII. NİTELİKLİ UNSURLARA ALTERNATİF KANUN YAPMA TEKNİKLERİ 127

A. Genel Olarak 127

B. Çok Ağır Haller ve Daha Hafif Ağırlıktaki Haller 132

1. Genel Olarak 132

2. Türk Ceza Hukuku Mevzuatındaki Örnekleri 139

C. Tipik Örnekler 141

1. Genel Olarak 141

2. Tipik Örneklerin Etkisi 147

3. Atipik Durumların Kanunilik İlkesine Uygunluğu Sorunu 150

4. İncelenme Yeri ve Nitelikli Unsurlarla Çakışması 154

İKİNCİ BÖLÜM

NİTELİKLİ UNSURLARIN SUÇ TEORİSİNDE BELİRİŞ ŞEKİLLERİ VE GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

I. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARININ BELİRİŞ ŞEKİLLERİ 156

A. Genel Olarak 156

B. Suçun Maddi Unsurlarıyla İlgili Nitelikli Unsurlar 157

1. Genel Olarak 157

2. Failin Vasfı ve Sayısı 157

a. Failin Vasfı 157

b. Failin Sayısı 161
3. Mağdurun Vasfı 162
4. Fail ile Mağdur Arasındaki İlişki 166
5. Suçun Konusu 167
6. Fiil 170
a. Genel Olarak 170
b. Fiilin İşleniş Şekli 172
c. Fiilin İşlenmesinde Kullanılan Araç 175
d. Fiilin İşlendiği Zaman 175
e. Fiilin İşlendiği Yer 176
7. Netice 177
a. Somut Tehlike Neticesi 177
b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar 178
C. Suçun Manevi Unsuruyla İlgili Nitelikli Unsurlar 186
1. Nitelikli Unsurlar ile Kast ve Taksir Arasındaki İlişki 186
2. Kastın Yoğunluğu 194
3. Fiilin İşlenişiyle Güdülen Amaç ve Saik 196
D. Öğretide Nitelikli Unsurlarla İlgili Yapılan Diğer Sınıflandırmalar 202
1. Genel Olarak 202
2. Genel-Özel Nitelikli Unsurlar Ayrımı 203
3. Fiili-Şahsi Nitelikli Unsurlar Ayrımı 208
4. Objektif-Sübjektif Nitelikli Unsurlar Ayrımı 213
5. Kanuni-Takdiri Nitelikli Unsurlar Ayrımı 213
6. Ağırlatıcı-Hafifletici Nitelikli Unsurlar Ayrımı 218
7. Ara Sonuç 219
E. Hukuka Aykırılık Unsuru-Nitelikli Unsur İlişkisi 220

II. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARINDA HATA 222
A. Genel Olarak 222
B. Alman Hukuku 225
C. 765 Sayılı TCK Düzenlemesi 234
D. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hataya İlişkin Hükmün Kapsamı 235
E. 5237 Sayılı TCK Düzenlemesinde Suçun Nitelikli Unsurlarında Hatanın Hukuki Niteliği 240
1. Kastı Kaldıran Hata Olduğu Görüşü 240
2. Kusuru Azaltan Hata Olduğu Görüşü 240
3. Kanaatimiz 241
F. 5237 Sayılı TCK Düzenlemesi 242
1. Suçun Cezasını Artıran Nitelikli Unsurlarda Hata 242
a. Genel Olarak 242
b. Failin Aslında Bulunmayan Suçun Cezasını Artıran Bir Nitelikli Unsurun Var Olduğunu Zannetmesi 243
c. Failin Aslında Var Olan Suçun Cezasını Artıran Bir Nitelikli Unsurun Bulunmadığını Zannetmesi 245
d. Failin İstediğinden Başka Bir Cezayı Artıran Nitelikli Unsuru Gerçekleştirmesi 246
2. Suçun Cezasını Azaltan Nitelikli Unsurlarda Hata 247
a. Genel Olarak 247
b. Failin Aslında Bulunmayan Suçun Cezasını Azaltan Bir Nitelikli Unsurun Var Olduğunu Zannetmesi 248
c. Failin Aslında Var Olan Suçun Cezasını Azaltan Bir Nitelikli Unsurun Bulunmadığını Zannetmesi 251
d. Failin İstediğinden Başka Bir Cezayı Azaltan Nitelikli Unsuru Gerçekleştirmesi 252

III. KUSURA ETKİ EDEN NEDENLERİN NİTELİKLİ UNSURLARDAN FARKI 253
IV. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARININ KUSUR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ . 255
V. HAKSIZLIK BİLİNCİ VE NİTELİKLİ UNSUR İLİŞKİSİ 256
VI. ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR İLKESİ VE NİTELİKLİ UNSUR İLİŞKİSİ 259
VII. ÇİFTE DEĞERLENDİRME YASAĞI 262

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NİTELİKLİ UNSURLARIN SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİNDE GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

I. SUÇA TEŞEBBÜS 271
A. Suçun Nitelikli Unsurlarına Teşebbüs 271
1. Genel Olarak 271
2. Nitelikli Unsurun Temel Suça Ait Unsurların İcrasına Başlandıktan Sonra Gerçekleştirilmesi 272
3. Nitelikli Unsurun Temel Suça Ait Unsurların İcrasına Başlanmadan Önce Gerçekleştirilmesi 275
4. Ara Sonuç 287
B. Kısmi Gönüllü Vazgeçme 287
1. Nitelikli Unsurdan Gönüllü Vazgeçme 287
2. Temel Suçtan Gönüllü Vazgeçmenin Nitelikli Unsura Etkisi 296
3. Ara Sonuç 297
II. SUÇA İŞTİRAK 298
A. Genel Olarak 298
1. Suça İştirak-Nitelikli Unsur İlişkisi 298

2. Suça Sonradan İştirak Edenin Önceki Fiillerden Sorumluluğu 299
B. Suça Azmettirme 301
1. Azmettirilenin Sınır Aşımı 301
2. Azmettirmenin Özellik Gösterdiği Haller 303
a. Genel Olarak 303
b. Aynı Suçun Haksızlık İçeriği Daha Hafif Olan Şeklini İşlemeye Sevk Etme (*Abstiftung*) 304
c. Aynı Suçun Cezayı Artıran Nitelikli Unsurlarını da İşlemeye Sevk Etme (*Aufstiftung*) 308
(1) Genel Olarak 308
(2) Cezayı Artıran Nitelikli Unsur Teorisi (*Qualifikationstheorie*) 309
(3) Değersizlik Artırımı Teorisi (*Unwertsteigerungstheorie*) 312
(4) Esaslılık Teorisi (*Wesentlichkeitstheorie*) 314
(5) Yardım Etme Teorisi (*Beihilfetheorie*) 316
3. Ara Sonuç 320
C. Suçun Nitelikli Unsurlarının Suç Ortaklarına Etkisi 321
1. Genel Olarak 321
2. 765 Sayılı TCK'ya Göre Nitelikli Unsurların Suç Ortaklarına Etkisi 322
3. 5237 Sayılı TCK'da Meselenin Bağlılık Kuralı Üzerinden Çözümlenmesi 325
4. Meselenin Bağlılık Kuralı Üzerinden Çözümlenmesi Nedeniyle Doğan Adaletsiz Sonuçlar 333
5. Alman Uygulamasında Şahsi Nitelikli Unsurların Sirayetinde Bağlılık Kuralının Geçerli Olmaması 335
a. Genel Olarak 335
b. Özel Kişisel Unsurlar (*besondere persönliche Merkmale*) 336
c. Alman CK §28/2 Hükmünün Nitelikli Unsurların Sirayetine Etkisi 345

d. Çeşitli Olay Örnekleri 352
6. Yeni Çözüm Arayışları 358
7. Ara Sonuç 359
8. Suçun Nitelikli Unsurlarının Müşterek Faile ve Dolaylı Faile Etkisi 362
III. İÇTİMA 363
A. Özel Normun Önceliği Prensibi 363
1. Genel Olarak 363
2. Bir Genel-Özel Norm İlişkisi Türü Olarak Temel Suç-Nitelikli Unsurlu Suç İlişkisi 369
3. TCK ve Yan Ceza Kanunları Çerçevesinde Temel Suç-Nitelikli Unsurlu Suç İlişkisi 375
4. Nitelikli Unsurlu Suça Eşlik Eden Suçlar 377
5. Genel Norm-Özel Norm İlişkisinin Sonuçları 378
6. Nitelikli Unsur Eklenmesi Suretiyle Meydana Getirilen Bileşik Suç 381
B. "Aynı Suçun" Tayini ve Zincirleme Suç-Nitelikli Unsur İlişkisi 386
C. Özel Bir Fikri İçtima Hükmü Teşkil Eden Nitelikli Unsurlar 389
SONUÇ 391
KAYNAKÇA 403
ÖZGEÇMİŞ 437

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AL	: Ad Legendum
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Bası/Baskı
BT	: Besonderer Teil
BVerfGe	: Bundesverfassungsgericht
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CK	: Ceza Kanunu
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
DK	: Daireler Kurulu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
Ed.	: Editör
ETCK	: 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
ff.	: ve devamı
GA	: Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JR	: Juristische Rundschau
JURA	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
Karş.	: Karşılaştırınız
kn.	: Kenar Numarası
K	: Karar Numarası
m.	: Madde
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK	: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	: NStZ-Rechtsprechungsreport
örn.	: Örneğin
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
StGB	: Strafgesetzbuch
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T	: Karar Tarihi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZJS	: Zeitschrift für das Juristische Studium

ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
§	: Paragraf

GİRİŞ

Çoğu zaman bir suçun oldukça değişik varyasyonlarda işlenebilmesi mümkündür. Bu varyasyonlar öylesine değişiklik arz edebilir ki, bu suretle ortaya çıkan haksızlık ve/veya kusur içeriği temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi ile giderilemez hale gelebilir. Bu sorunu aşmak için kanun koyucuların ceza normlarında kimi zaman oldukça geniş ceza çerçevesi ihdası yoluna gittikleri görülür. Böylelikle suçun her tür işleniş varyasyonuna karşılık gelen adil bir cezanın tayini mümkün kılınır. Ancak bu ihtimalde, suçun somut olaydaki işleniş varyasyonuna karşılık gelen cezanın tayini bütünüyle davayı gören hâkime bırakılır. Hâkim oldukça geniş bir ceza çerçevesi içerisinde olaya denk düşen cezaya hükmetmekle yetkilendirilir. Gerek hâkimin kullanımına sunulan ceza çerçevesinin önemli ölçüde geniş olması, gerekse adil bir ceza tayininin bütünüyle olay hakiminin takdirine bırakılması hukuki güvensizlik meydana getirir. Bu nedenle geniş ceza çerçeveli kanun yapma tekniği tercihe layık bir yöntem olarak görülmez.

Bahis konusu sorunun çözümünde izlenebilecek en alışılmış yöntem, cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar öngören suç tipleri ihdasıdır. Bu ihtimalde kanun koyucu belirli bir suçun genellikle en sık karşılaşılan işleniş varyasyonlarını önceden tespit ederek bunları suç tiplerinde tasvir etme yoluna gider. Bu tür işleniş varyasyonları suçun ayniyetinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi ile bu varyasyonlara denk düşen haksızlık ve/veya kusur içeriğinin giderilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun aynı zamanda bu nitelikli unsur tasvirlerine karşılık gelen, temel suça ait ceza çerçevesinden farklılaşan özel bir ceza çerçevesi veya artırım/indirim oranı tayin etmesi gerekir. Böylelikle kanun koyucu belirli bir suçun hem hangi işleniş varyasyonları sonucunda ortaya çıkan haksızlık ve/veya kusur içeriğinin temel suça denk düşen ceza çerçevesi ile giderilemeyeceğini suç tiplerinde tasvir etmiş olur hem de sadece bu varyasyonun somut olayda gerçekleştiğinin tespiti halinde uygulanması gereken özel bir ceza çerçevesi ya da artırım/indirim oranı ihdas etmiş olur. Hâkimin takdir serbestisinin önemli ölçüde kısıtlandığı ve belirli bir suçun işleniş varyasyonlarına göre başvurulabilecek ceza çerçevelerinin kademelendirildiği bu

yöntem, hukuk güvenliğini teminat altına almak için kullanılabilecek en doğru kanun yapma tekniğidir.

5237 sayılı TCK'da suçun tüm işleniş varyasyonlarını karşılayabilecek geniş ceza çerçeveli düzenleme metodunun kullanımı yerine, nitelikli unsurlar öngören suç tipleri ihdas etme metodunun kullanılması tercih edilmiştir. Tezimizin konusunu bu tercihin suç genel teorisi çerçevesinde doğurduğu hukuki sonuçlarının irdelenmesi oluşturmaktadır. Bugüne kadar bu konuda detaylı bir monografik çalışmanın yapılmaması araştırmanın önemine işaret etmekte olup, aynı zamanda bu konunun çalışılmasının temel sebebini oluşturmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde öncelikle ceza normunun ve suç tipinin yapısı incelemeye alınmıştır. Devamında suçun asli-tali unsurları ayrımı irdelendikten sonra, terim sorununa dikkat çekilmiş ve temel suç tipi-nitelikli unsurlar öngören suç tipi ayrımı üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda nitelikli unsurların tanımı yapılmış, bunların varlık sebebi tartışılmış, nitelikli unsurlarda kanunilik ilkesi ile nitelikli unsurlar öngören suç tiplerinin yapısal özelliklerine yer verilmiştir. Sonrasında nitelikli unsurların suça, cezaya ve dava zamanaşımına etkisi incelenmiş, bunların gerçekleştirilebilecekleri zaman tartışılmıştır. Bölümün devamında, nitelikli unsurların kendine özgü suçlardan ve suçun cezasına etki eden diğer hallerden ayırt edilmesi konuları ele alınmıştır.

Bölümün son ana başlığı cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlara alternatif düzenleme teknikleri hakkında teorik açıklamalara ayrılmıştır. Bunlar tipik örnekli ve çok ağır ya da hafif halli düzenleme metotları biçiminde adlandırılabilir. Alman CK'da öteden beri nitelikli unsurlu kanun yapma metoduna alternatif olarak kullanılan bu düzenleme teknikleri Türk ceza hukukuna yabancıdır. Bu başlık altında tipik örnekli ve çok ağır/hafif halli düzenleme metotlarının tanıtılması amaçlanmıştır. Bu çerçevede bahis konusu düzenleme metotlarının yapısal özellikleri ve hukuki nitelikleri ortaya konulmuş, anayasal temel prensiplerle bağdaşıp bağdaşmadıkları irdelenmiştir.

İkinci bölümde ilk olarak öğreti ve uygulama ışığında suçun nitelikli unsurlarının sınıflandırması yapılmıştır. Bu sınıflandırmada ana iskeleti suçun maddi-manevi unsurlarıyla ilgili nitelikli unsurlar ayrımı oluşturmaktadır. Bu ayrım detaylı

şekilde incelenmiştir. Burada özellikle netice unsuru önem arz etmektedir. Bu başlık altında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun bir nitelikli unsur türü olup olmadığı ve netice unsuru üzerine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç teşkil etmeyen bir nitelikli unsur inşa edilip edilemeyeceği irdelenmiştir. Sonrasında, öğretide suçun nitelikli unsurları ile ilgili yapılan diğer sınıflandırmalara yer verilmiş ve bu sınıflandırmaların ilk bölümde anlatılan anlamda nitelikli unsurların yapısal özellikleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı irdelenmiştir.

Bölümün devamında, nitelikli unsurlarda hata konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK düzenlemelerine yer verilmiş, yürürlükteki kanuna göre nitelikli unsurlarda düşülen hatanın hukuki niteliği tartışılmıştır. Ayrıca Alman CK'da nitelikli unsurlarda hataya ilişkin düzenlemenin Türk mevzuatından farklılaşan yönleri ve bu çerçevede Alman uygulamasında nitelikli unsurlarda hatanın çözümünde ulaşılan farklı sonuçlar ortaya konulmuştur. Bölümün devamında öncelikle suçun nitelikli unsurları ile kusur arasındaki ilişki irdelenmiş, sonrasında şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile çifte değerlendirme yasağı çerçevesinde nitelikli unsurların arz ettiği özelliklere değinilmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise nitelikli unsurların suçun özel görünüş şekillerinde gösterdiği özellikler inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda öncelikle nitelikli unsurlu suça teşebbüs konusu ele alınmıştır. Burada özellikle temel suçun kurucu unsurlarının icrasına başlanmadan önce, salt bir suça ait nitelikli unsurların gerçekleştirilmesi ile nitelikli unsurlu suça teşebbüsün başlamış olup olmadığının ortaya konulması büyük önem arz etmektedir. Bu konuda detaylı açıklamalarda bulunulmuştur. Hemen ardından, bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurundan gönüllü vazgeçme ele alınmıştır. Kısmi gönüllü vazgeçme şeklinde adlandırılabilecek olan bu kurumun suç yolunda hangi zaman zarfında mümkün olabileceği çeşitli örneklerle açıklanmıştır. Bu kısımda ayrıca temel suçtan gönüllü vazgeçmenin hali hazırda gerçekleştirilmiş olan nitelikli unsura etkisi de değerlendirilmiştir.

Suça teşebbüsün ardından nitelikli unsurlu suça iştirak inceleme konusu yapılmıştır. Bu başlıkta öncelikle suça cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesinden sonra katılan suç ortağının bu nitelikli unsurdan sorumluluğu

irdelenmiştir. Bunun akabinde, hali hazırda belirli bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmeye karar vermiş olan failin, sadece temel suç tipini gerçekleştirmekle yetinmeye sevk edilmesinin teknik anlamda yardım etme ya da azmettirme teşkil edip etmediği meselesi üzerinde durulmuştur. Benzer bir irdeleme ayrıca, hali hazırda belirli bir suçun temel şeklini gerçekleştirmeye karar vermiş olan failin, o suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu da gerçekleştirmeye sevk edilmesi durumu için yapılmıştır. Özellikle bu son ihtimal oldukça problemli olup Alman öğretisinde bu sorunun çözümünde kullanılmak üzere çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Yapılan incelemede bu teorilere de örneklerle somutlaştırarak yer verilmiştir.

Suça iştirakin nitelikli unsurlar bakımından en tartışmalı konusu şüphesiz nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesidir. Bu konu öncelikle 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK çerçevesinde ele alınmıştır. Ancak meselenin tek başına bağlılık kuralı üzerinden çözümünde ortaya çıkabilen adaletsiz sonuçlar karşısında, ayrıca Alman CK'nın bu meselenin çözümünde getirdiği TCK'dan farklılaşan düzenleme de değerlendirme konusu yapılmıştır. Buna göre, Alman uygulamasında şahsi nitelikli unsurların sirayetinde bağlılık kuralı geçerli değildir. Bu kapsamda müracaat edilen özel kişisel unsurlar kavramı da izah edilerek nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinde yeni çözüm arayışları ortaya konulmuştur.

Bu bölümde son olarak içtima konusu ele alınmıştır. Temel suç tipi-nitelikli unsur öngören suç tipi arasındaki ilişki bir görünüşte içtima türü olan genel norm-özel norm ilişkisinin en bilindik ve en sık karşılaşılan şeklidir. Bu nedenle bu kısımda özel normun önceliği kuralı ve bunun sonuçları ile ilgili detaylı teorik açıklamalara yer verilmiştir. Bundan sonra ise sırasıyla, cezayı artıran nitelikli unsur eklenmesi suretiyle meydana getirilen bileşik suç konusu, zincirleme suçta aynı suçun mevcudiyetinin tayininde nitelikli unsurların işlevi ile özel bir fikri içtima hükmü hüviyetindeki nitelikli unsurlar değerlendirmeye alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

NİTELİKLİ UNSURLARIN SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ, ÖZELLİKLERİ VE BENZER KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

I. CEZA NORMU

A. Genel Olarak

Hukuk düzeninin en küçük yapı taşı normlardır. Hukuk düzeni normların toplamından oluşan bir bütünü (sistemi) ifade eder[1]. Bireylerin topluluk halinde birlikte yaşamaları sosyal düzenin sağlanabilmesi için birtakım kuralların ihdas edilmesini gerekli kılmıştır. Bu kuralların işlevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri, kuralların ihlali halinde devletin zor kullanma yetkisinin devreye girebilmesine bağlıdır. İşte bu noktada hukuk normları ile karşılaşılır. Bu normlarla olması gereken davranışa işaret edilerek insan davranışları yönlendirilir. Bu suretle toplumsal düzeni sağlama çabasında olan hukuk normlarını, aynı amaca yönelik diğer normlardan ayıran temel özellik, bu normların ihlali durumunda devletin zor kullanma yetkisine başvurma tehdidini (yaptırımı) beraberinde getirmeleridir[2]. Bireylerin toplum halinde birlikte yaşayabilmelerini temin etmede, korumasından yararlanılabilecek en son

[1] Selahattin Keyman, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", **AÜHFD**, C.37, S.1-4, 1980, s.69; Zeki Hafızoğulları, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, 2. Bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s.80, 130.

[2] Baha Kantar, **Ceza Hukuku Kısım I**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı 23, 1937(?), s.1; Serdar Talas, "Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi"**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s.4; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, §1 I 1; Yasemin Işıktaç, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.29, 31; Hafızoğulları, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, s.10-13. Nitekim, hukukun varlık sebebi topluluk halinde yaşamda arzu edilen davranışların temininin sağlanmasında yatar. Bkz. Işıktaç, **a.g.e.**, s.165.

hukuk dalı ceza hukukudur. Bunun sebebi ceza hukuku yaptırımlarının (özellikle hapis cezalarının) insan hak ve özgürlüklerine en ağır müdahaleyi içermesidir[3].

Ceza hukuku da tıpkı hukukun diğer alt disiplinleri gibi normlarla ilgilenir ve suçu norm teşkil etmesi itibarıyla inceleme konusu yapar. Normlar kanun hükümlerinde yer alan emredici ya da yasaklayıcı nitelikteki kurallardır. Cezai nitelikte olan, yani suç tipini ihlal eden davranışı teknik anlamda ceza hukuku yaptırımları ile karşılayan kanun hükümleri *ceza normu* olarak adlandırılır[4]. Diğer bir ifadeyle ceza normları, suç tipi ile ceza tehdidini birlikte içeren normlardır[5]. Bunlar örnek insan davranışları için bir standart oluşturulması işlevini görürler[6]. Her ceza normunun altında emir veya yasaklarla insana özgü belli bir hukuki değeri koruma amacı yatar. Ceza normları bu amaçla ihdas edilir. Ceza normları aracılığıyla korunan hukuki değerler[7] suç tipinin çekirdeğini oluşturur ve onu şekillendirir[8].

---

[3] Hans-Heinrich Jescheck, "1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Çev.: Adem Sözüer, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.33vd.; Talas, **a.g.e.**, s.5-6.

[4] Kantar, **a.g.e.**, s.1; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.193; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, 14. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, s.307; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2021, s.35; Kayıhan İçel/Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap**, 5. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006, s.26. "Ceza kaidesi" isimlendirmesi için bkz. Kantar, **a.g.e.**, s.1. "Suç hukuku kuralı" isimlendirmesi için bkz. Öztekin Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, 2. Bs., İstanbul, Ar Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 1982, s.4. "Ceza kuralı" isimlendirmesi için bkz. Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.87; Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları) I**, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1983, s.15; Yüksel Ersoy, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2002, s.15vd. Ceza hukukunun daima normlara gereksinim duyduğu hususunda bkz. Matjaž Ambrož, "Normativizm ve Suçun Yapısına Etkisi", Çev.: Selman Dursun, **İÜHFM**, C.LXX, S.1, 2012, s.359.

[5] Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 5. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s.129; Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s.63, 74-75; Ersan Şen, **Türk Ceza Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2002, s.137-138.

[6] Adem Sözüer, **Suça Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1994, s.145. Ceza normları aracılığıyla bireyler hukuka uygun davranmaya motive edilir ve belirli değer yargıları topluma yerleştirilir. Bkz. Sözüer, **Suça Teşebbüs**, s.145-146.

[7] Hukuki değer teriminden anlaşılması gerekenin ceza kanunu vasıtasıyla korunan kamu çıkarı olduğu hususunda bkz. Kayıhan İçel, **Suçların İçtimaı**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s.126 dn.174.

[8] Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 49. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller, 2019, kn.1265; Wilhelm Gallas, "Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları Suç Kavramı Üzerine Düşünceler", Çev.: İzzet Özgenç, **SÜHFD**, C.4, S.1-2, 1994, s.313; Sözüer, **Suça Teşebbüs**, s.147; Hans-Heinrich Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Çev.: Feridun Yenisey, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s.30; Wolfgang Frisch, "Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları", Çev.: Hakan Hakeri, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin**

Ceza normları bireyleri bu normlar aracılığıyla korunan hukuki değerleri ihlal edecek davranışlarda bulunmaktan imtina etmeye yönlendirir. Bunlar salt müeyyidelendirici ve tamamlayıcı bir işleve sahip olmanın ötesinde, esasen asli ve özerk bir hüviyete sahip olan normlardır[9]. Bu da ceza hukukunun asli ve özerk bir hukuk dalı olmasını sonuçlamaktadır. Bu noktada "ceza normu" teriminin tıpkı "ceza hukuku" terimi gibi, bu terime yüklenen anlamı bütünüyle yansıtmaktan yoksun olduğu savunulabilir. Esasen bu hukuk dalının ismi suç karşılığı uygulanan yaptırımlardan biri olan "ceza"lardan ileri gelmektedir. Ancak günümüzde ceza, suç karşılığı uygulanan yegâne yaptırım değildir. Bu nedenle öğretide haklı olarak, bu hukuk dalının esasında "suç hukuku" şeklinde adlandırılmasının daha doğru olacağı savunulmaktadır[10]. Aynı gerekçeler "ceza normu" adlandırmasının eksikliğini göstermek için de kullanılabilir. Zira bu normların yaptırım kısmında hapis ya da adli para cezalarının yanı sıra güvenlik tedbiri türünden yaptırımlar da yer alabilir. Hatta kimi suçlar ilk etapta sadece güvenlik tedbiri türünden yaptırımlarla karşılanabilir[11]. Bu nedenle içerisinde suç tiplerini barındıran hukuk normları tasvir edilirken "suç normu" teriminin kullanılması daha yerinde olabilir. Ancak "ceza normu" adlandırması öğretide yerleştiği için bu çalışmada da bu terim kullanılmaya devam edilecektir.

B. Ceza Normunun Yapısı

Ceza normları kanun koyucu tarafından ihdas edilen, kabaca biri kural (suç tipi) diğeri müeyyide içeren iki parçadan meydana gelir. Yani ceza normlarında yasaklayıcı

Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.94-96; Sami Selçuk, **Suçu İnceleme Yöntemleri ve "Suç Genel Kuramı Önerisi"**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.65; Suç tipleri ihdas edildikleri çağın değer ölçütlerini yansıtır ve buna göre sınıflandırılır. Bkz. Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, s.79. Suçla korunan hukuki değerler sosyal müşterek hayatın temel moral değerleridir. Bkz. Gallas, **a.g.e.**, s.322. Bir davranışın cezaya layık olmasının ölçüsü ceza normuyla korunan hukuki değer(ler)in ihlalidir. Fail bu suretle o değeri tanımadığını gösterir. Bkz. Sözüer, **Suça Teşebbüs**, s.147, 149; Frisch, **a.g.e.**, s.95, 100.

[9] Ersoy, **a.g.e.**, s.17.

[10] İçel/Donay, **a.g.e.**, s.1. "Suç hukuku" terimini kullanımı için bkz. Selçuk, **a.g.e.**, s.10, s.18 dn.2; Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.4.

[11] Örneğin TCK m.191'de öngörülen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçu böyledir. Suç karşılığı öngörülen yaptırımlar zaman içerisinde toplumun gelişmişlik düzeyine göre değişiklik gösterir. Toplumun gelişmişlik düzeyi arttıkça ve çağımıza yaklaşıldıkça suça karşılık gelen yaptırımların şiddetinin azaldığı görülür. Bkz. Ali Rıza Çınar, **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.7-9.

ya da emredici bir kural ve cezalandırıcı bir yaptırım bulunur[12]. Ceza normunun ikinci parçası suç karşılığı uygulanacak olan adli para cezası veya hapis cezası şeklinde ceza türünden yaptırımlardan ya da güvenlik tedbirlerinden oluşur. Ceza normlarının kural içeren kısımları diğer yasaklayıcı ya da emredici normlarla nitelik itibarıyla ayniyet gösterir. Bunları diğer hukuk normlarından ayıran husus içerdikleri müeyyidelerin arz ettiği özelliktir[13]. Zira ceza normlarının yaptırım kısmında sadece ceza hukukuna özgü olan, muhatabını önemli yoksunluklara uğratan müeyyideler yer alır. Bu itibarla, bir ceza normunda tanımlanan haksızlığı, diğer hukuk normlarında tanımlanan haksızlıklardan ayırt eden husus, ceza normunun yaptırım kısmında o haksızlık karşılığında öngörülen cezadır[14].

Cezalandırma koşulları ve yaptırım karşılıklı olarak birbirini etkiler. Bunlar arasında bir anlam ve amaç birliği bulunur[15]. Yaptırım, bakış açısına göre kurala riayet edilmesinin güvencesini oluşturur ya da kurala riayet edilmemesinin sonuçlarını ortaya koyar. Bu itibarla ceza hukuku normları iki parçalı bir bütündür. Buna göre, ceza normunun kural (suç tipi) bölümü birinci derecede ceza normudur. İhlali halinde normun ikinci parçasının uygulanmasını gerektirir. Ceza normunun yaptırım parçası ikinci derecede ceza hukuku normudur. Bu parçanın uygulanabilirlik kazanması kuralın ihlaline bağlıdır[16].

Ceza normları, kendi içerisinde bağımsız ve bağımlı ceza normları biçiminde sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Bu iki tip ceza normu arasında önemli bir yapı farkı mevcuttur. *Bağımsız ceza normları*, asıl ceza normlarıdır. Bunlar TCK'nın özel

---

[12] Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, 12. Bs., Ankara, Seçkin Kitabevi, 1984, s.69; Artuk, **Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları) I**, s.15; N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.36; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2019, s.65-66. Bu itibarla, ceza normunun emredici olma, zorlayıcı olma ve devlet tarafından ihdas edilmiş olma şeklinde üç temel unsurdan müteşekkil olduğundan söz edilir. Bkz. Hafızoğulları, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, s.82-83.

[13] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.193; Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.67.

[14] Ersoy, **a.g.e.**, s.67; Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Tıpkı Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s.292. Devletin cezalandırma yetkisi, ceza normunun yaptırım öngören kısmından ileri gelir. Bkz. Hafızoğulları, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, s.104.

[15] Günther Arzt, "Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen", **JuS**, 1972, s.386.

[16] Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.65; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.132.

hükümler kitabında ya da yan ceza kanunlarında bulunan suç ve ceza ihdas eden normlardır. Ceza hukukunun esasını teşkil eden bu normlar vasıtasıyla suç olarak biçimlendirilen fiillerin tablosu ortaya konulabilir. Bunlar da kendi içerisinde tam ceza normları, eksik ceza normları ve açık ceza normları olmak üzere üçe ayrılır. Bir kanun maddesinde kural ve yaptırımın beraber bulunduğu ceza normları *tam ceza normu* olarak adlandırılır. Kanun maddesinde ya kuralı ya da yaptırımı içeren ceza normları ise *eksik ceza normu* biçiminde isimlendirilir. Bunlar sadece kuraldan ya da sadece yaptırımdan ibaret olan normlardır[17]. Kimi ceza normları ise hem kuralı hem de yaptırımı içermekle birlikte, ceza normunun kural kısmı sadece genel bir çerçeveden ibarettir. Bu çerçevenin içinin doldurulması idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmıştır. Bunlar *açık ya da beyaz ceza normları* şeklinde adlandırılır[18].

Bu sınıflandırmada ceza normlarının diğer türünü ise *bağımlı (tamamlayıcı) ceza normları* oluşturur. Bunlar esasen TCK'nın genel hükümler kitabında bulunan normlardır. Ender de olsa TCK'nın özel hükümler kitabında ya da yan ceza kanunlarında da bağımlı ceza normlarına rastlanabilir (örn. TCK m.92 ve 198). Bağımlı ceza normları, bağımsız ceza normlarının önünde yer alıp bunlarla ilgili temel prensipleri belirler. Bu itibarla bağımlı ceza normları bir suç tipi ya da ceza yaptırımı içermez. Sadece bağımsız ceza normlarının kapsamını, sınırını ve uygulanmasını düzenlemekle yetinir. Bağımsız ceza normlarını tamamlayıcı bir fonksiyon ifa eder. Bu nedenle bağımlı ceza normlarının varlık nedeninin bağımsız ceza normları olduğu söylenir. Bağımsız ceza normları, bağımlı ceza normlarında ortaya konulan prensiplerin tatbik (gerçekleşme) sahasını oluşturur[19].

---

[17] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.165; Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.66-68; N.Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s.25. Bağımsız ceza normları koşullu hukuk önermeleri olma özelliği gösterir. Bkz. Işıktaç, **a.g.e.**, s.169. Erman, özellikle yan ceza kanunlarında izlenen yasama tekniğinin eksik ceza normları ihdas etme yönünde olduğunu belirtmektedir. Bu durum atıf eksikliklerinden (unutmalar veya maddenin ileriki süreçte kaldırılması gibi) kaynaklı cezalandırma boşluklarının doğmasına yol açabilir. Bkz. Sahir Erman, **Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, İstanbul, 1976, s.22; Nur Centel, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s.49.

[18] Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 8. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021, s.70; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.72.

[19] Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.66, 69; N.Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s.25; Jörg Eisele/Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart, Verlag W.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi[20] gereği ceza normları ancak, ceza hukukunda kaynak niteliği taşıyan bir kanunda öngörülebilir. Yani teknik (biçimsel, dar) anlamda kanun olma özelliğine sahip olan bir hukuk metni vasıtasıyla ceza normları ihdas edilebilir. Bir hukuk metninin teknik anlamda kanun olabilmesi için, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, bir kanun teklifi veya kanun tasarısının ürünü olarak, "kanun" adı altında ihdas edilen bir yasama tasarrufu olması gerekir. Bunun anlamı, kanun koyucunun suç ve ceza ihdas etmede, diğer bir ifadeyle ceza normlarını imal etmede, tekel yetkisine sahip olmasıdır[21]. Ceza normlarının hüküm ifade edebilmesi için usulüne uygun bir şekilde resmî gazetede ilan edilerek[22] yürürlüğe girmiş olması şarttır. Zira ancak bu ilanla birlikte bireyler ne gibi davranışların suç teşkil ettiğinden ve ne gibi cezai yaptırımlarla karşılandığından

---

Kohlhammer, 2017, kn.76. Karş. Ersoy, **a.g.e.**, s.15; Işıktaç, **a.g.e.**, s.119-120. Örneğin genel hükümler kitabında teşebbüsü düzenleyen norm, bağımlı bir ceza normudur. Zira teşebbüs hükümleri daima bir suç tipi öngören ceza normları ile bağlantılı olarak uygulama bulabilir. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §49 III. Öğretide bağımlı ceza normları kendi içerisinde altı kategoride incelenmektedir. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.70-73.

[20] Bu ilke bireylerin hangi davranışlarının suç teşkil ettiğini ve karşılığında hangi cezalara hükmolunabileceğini önceden bilmelerine ve davranışlarını buna göre yönlendirebilmelerine olanak tanır. Hakimlerin keyfi olarak fiilleri suç sayıp cezalandırmasını önler. Kanun koyucuya insan hakları ve demokratik anayasal haklarla bağdaşan yasalar yapma yükümlülüğü yükler. Bkz. Centel, **a.g.e.**, s.15. İlke, bireylerin otoriteyle giriştikleri uzun hak mücadeleleri neticesinde ceza kanunlarına girmiş ve ceza hukukunun diğer hukuk dallarına göre kaynakları açısından oldukça dar kapsamlı (sınırlı) bir hukuk dalı olmasını sonuçlamıştır. Bkz. Şen, **a.g.e.**, s.21-22, 48. Bu ilke, diğer hukuk dallarına kıyasla ceza hukukunda hâkimin takdir yetkisini önemli ölçüde daraltır. Hâkimi yasanın lafzı ile bağlar. Bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler**, Görüşler, Raporlar, Ankara, 2004, s.331.

[21] Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri, C.I**, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s.238; Sulhi Dönmezer, **Cezai Mesuliyetin Esası**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s.4; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.60-61; Tezcan/Erdem, **a.g.e.**, s.331; Adem Sözüer, "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.33-34; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.153; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.232. Bu tekel yetkisinin ortaya çıkmasında kuvvetler ayrımı ilkesinin kabulünün oldukça önemli bir rolü bulunmaktadır. Bkz. Kayıhan İçel/Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s.10. Karş. Jeremy Bentham, **Yasamanın İlkeleri**, Çev.: Barkın Asal, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.36. Bir suçun cezasının ancak kanunla tayin edilebileceğini, ceza kanunlarını ihdas etme yetkisinin ise kanun koyucuya ait olduğunu Beccaria 1764 yılında ifade etmiştir. Bkz. Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi**, Çev.: Dr. Muhiddin Göklü, 3. Bs., İnkılap ve Aka Kitabevleri, İstanbul, 1964, s.121.

[22] Beccaria, 1764 tarihli kitabında kanunların aleniyetinin matbaanın icadı sayesinde gerçekleştiğini ifade etmektedir. Bkz. Beccaria, **a.g.e.**, s.130.

haberdar olabilecektir. Böylelikle bireyler özgür iradeleriyle serbest ya da yasak olan davranışı seçebilecek ve bu davranışlarının sonuçlarına baştan razı olacaklardır[23].

C. Suç Tipi

1. Suç Teşkil Eden Haksızlık

Haksızlık incelemesi yapılırken, öncelikle hareketin maddi haksızlık teşkil edip etmediğinin ve bu sebeple yasaklanıp yasaklanmadığının irdelenmesi gerekir. Daha sonra ise, yasaklanan hareketin ayrıca cezaya da layık olup olmadığı, yani cezayı da gerektirip gerektirmediği incelenir. Ancak çok ciddi (ağır) maddi haksızlık teşkil eden hareketler ceza hukukunun müdahalesini gerektirir[24].

Haksızlık, sosyal olarak katlanılır (tahammül edilir) olmayan harekettir[25]. Haksızlık teşkil etmeyen hareketler ya haksız hareketin unsurlarını taşımazlar ya da haksız hareketin bütün unsurlarını taşımalarına rağmen, ayrıca bunları katlanılır hale getiren hukuka uygunluk unsurlarını da içerirler. İlk ihtimalde, hareketin ceza hukuku bakımından şart koşulan ağırlığa ve kanuni belirliliğe sahip olduğundan söz edilemez. İkinci ihtimalde ise hareket, ceza hukuku bakımından şart koşulan ağırlığa ve kanuni belirliliğe sahiptir. Ancak aynı zamanda bu haksız hareketi tahammül edilir kılan bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur[26]. Bu itibarla, bir hareketin haksızlık teşkil edip etmediği incelenirken, o hareketin hukuk düzeni ile objektif olarak çelişip

---

[23] Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.42. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ceza adaletini rastlantılardan, keyfi muamelelerden arındırır. Böylelikle bireyi hareketlerinde özgürleştirir. Bkz. Artuk, **Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları) I**, s.88-89; Hakkı Uma, **Ceza Hukuku Ders Notları**, Ankara, İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Neşriyat ve Yardım Bürosu, 1969, s.13.

[24] Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., München, C.H. Beck, 2020, §3 kn.18.

[25] Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Aufl., Berlin, Walter De Gruyter, 1993, §6 kn.51. Haksızlık teriminin içerisinde hukuka aykırı fiil ile bağlantılı olan sosyal etik değersizliğin bulunduğu hususunda bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.421. Frister'e göre, bir insanın eşit haklara sahip şekilde kişiliğini geliştirme koşullarına aykırılık haksızlık teşkil eder. Bu türden koşullara saldırı teşkil eden hangi davranış biçimlerinin cezalandırılması gerektiğine, yani bir ceza hukuku haksızlığının mevcudiyetine, demokratik biçimde meşruiyet kazanmış olan kanun koyucunun karar vermesi gerekir. Kanun koyucu bu hususta geniş bir karar verme serbestisine sahiptir. Bkz. Frister, **a.g.e.**, §3 kn.20. Dar anlamda suç tipleri öngörme yoluyla, kendi düşüncesine göre cezaya layık ve cezaya muhtaç olan hareket türlerini belirler. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.134.

[26] Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.51. Karş. Günther Stratenwerth, **Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat**, 4. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG Bern, 2011, §8 kn.1. Bu tür hareketler toplumda uygunsuz ya da ahlaka aykırı olarak değerlendirilse de maddi bir haksızlık meydana getirmez. Bu kapsamda, örneğin salt dini yasakların ihlali de maddi bir haksızlık olarak görülmemektedir. Bkz. Frister, **a.g.e.**, §3 kn.21.

çelişmediğinin denetlenmesi gerekir[27]. Ceza hukuku haksızlığı bakımından, tipe uygunluk ve hukuka aykırılık denetim kademeleri fiilin objektif haksızlığını ortaya koyar[28]. Buna göre, haksızlık iki ana adımda tespit edilir. Öncelikle, belirli bir suç tipinin koşullarının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin denetlenmesi gerekir. Bu halde kanuni suç tipine dayanılarak değerlendirme yapılır. Zira suç tipleri bir fiilin haksızlığını tesis eden unsurları içerir. Daha sonra ise, hukuka uygunluk sebepleri fiilin haksızlık olarak değerlendirilmesine engel olduğundan, belirli bir hukuka uygunluk sebebinin koşullarının yerine getirilmiş olup olmadığı denetlenmelidir. Bu denetim bütün hukuk düzenine dayanılarak yapılır[29].

Fail hareketiyle bir suçun kanuni tipini gerçekleştirirse, bu hareketin aynı zamanda kesin suretle haksızlık da meydana getirdiği ileri sürülemez. Zira haksızlığın oluşumu için failin hareketinin hukuk düzeniyle de çelişmesi, yani hukuka aykırı olması gerekir. Tipe uygun hareket, aynı zamanda hukuka aykırı ise daima haksızlık teşkil eder. Diğer bir ifadeyle, suç tipinin hukuka aykırı suretle gerçekleştirilmesi halinde haksızlıktan söz edilir[30]. Buna karşılık, hareket tipe uygun olmasına rağmen, bir hukuka uygunluk sebebi ile meşrulaştırılmışsa haksızlık teşkil etmez[31]. Yalnızca

[27] Alman öğretisinde hukuka aykırılık ve haksızlık terimlerinin kimi yazarlarca eş anlamlı kullanıldığı görülmektedir. Bu doğrultuda, hukuka uygunluk sebepleri, haksızlığı kaldıran sebepler biçiminde de adlandırılmaktadır. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.421-422. Karş. Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.13.

[28] Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Tübingen, Verlag W. Kohlhammer, 2019, kn.524; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 6. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2021, §12 kn.5. Kindhäuser/Zimmermann'a göre, ceza hukuku haksızlığı, fail bakımından fiziksel ve zihinsel olarak kaçınılabilir olan suç tipinin hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilmesidir. Bkz. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2020, §5 kn.9. Diğer bir ifadeyle haksızlık, failin ceza hukuku bakımından önemli ölçüde hukuka aykırı davrandığı hükmüne temel teşkil eden tüm koşulların ta kendisidir. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §6 kn.1.

[29] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §6 kn.4; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.181.

[30] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.305; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.28, 181; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §12 kn.9. Hukuka aykırılık denetimi ceza hukukunda genel bir biçimde yapılmaz. Gerçekleştirilen suç tipi baz alınarak yapılır. Bu itibarla, bir hareket belirli bir suç tipi bakımından hukuka aykırı olarak değerlendirilirken, başka bir suç tipi bakımından hukuka uygun olarak değerlendirilebilir. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.309.

[31] Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §12 kn.8. Hukuka uygunluk sebeplerinin, hareketin haksızlık olarak nitelendirilmesini önleyen izin normları olduğu hususunda bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §6 kn.4.

hareketin bir suçun kanuni tipinin koşullarını yerine getirdiğinin tespiti halinde, tipleştirilmiş haksızlıktan söz edilebilir[32].

İfade edilmelidir ki, ceza hukukuna ilişkin haksızlık ile medeni hukuka ilişkin hukuka aykırılığın birbiriyle örtüşmesi şart değildir. Bir hareket medeni hukukta hukuka aykırı olabilir, ancak bu hareket ceza hukukunda bir suç tipinin kapsamına girmediğinden, hukuka aykırılık incelemesine konu olmayabilir. Zira ceza hukukunda hukuka aykırılık, suç tipinin gerçekleştirilmesi yoluyla tesis edilir. Örneğin bir mala taksirle zarar verilmesi halinde durum böyledir[33].

Tipe uygun ve hukuk aykırı bir fiil mevcutsa haksızlık söz konusudur. Buna karşılık, failin kişisel kusuru haksızlığın oluşumunda herhangi bir rol oynamaz[34]. Kusur bulunmaksızın da haksızlık oluşabilir. Haksızlık, kusurdan mantıksal olarak önce gelir. Bu nedenle haksızlık, kusurdan önce incelenir. Haksızlık oluşmadan, ceza hukuku anlamında kusurun mevcudiyetinden söz edilemez. Bu kişi, hareketi sebebiyle ceza hukuku kapsamında sorumlu tutulamaz[35].

Hukuk düzeninin objektif ihlali anlamına gelen haksızlık, icra edilen fiile göre farklı büyüklüğe haiz olabilir[36]. Haksızlıklardan en ağırları ceza normları vasıtasıyla suç olarak düzenlenir ve ceza hukuku yaptırımları ile karşılanır. Ceza hukukuna belirli birtakım hak veya menfaatlerin korunmasında diğer hukuk dallarına ait yaptırımlar yeterli gelmediğinde veya bu yaptırımların uygulanması imkânı bulunmadığında başvurulur. Temel hak ve özgürlükler en radikal biçimde ceza hukuku yaptırımları ile

---

[32] Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §12 kn.7. Ceza hukukuna ilişkin haksızlığın temelinde, kanuni suç tipinin gerçekleştirilmesi bulunur. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.179.

[33] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.20; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.307; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.28.

[34] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.93.

[35] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.94. Haksızlık, kusur isnadının konusunu oluşturur. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §6 kn.2. Ceza hukuku haksızlığının kusurlu biçimde gerçekleştirilmesi, cezalandırma için şart koşulur. Bkz. Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.1.

[36] Eduard Dreher, "Die erschwerenden Umstände im Strafrecht", **ZStW**, 1965, s.221. Fiille ihlal edilen norm medeni hukuk ya da idare hukuku normu olabileceği gibi ceza hukuku normu da olabilir. Hukuk normlarında sosyal barışı sekteye uğratan haksızlıklar yoğunluklarına göre kademelendirilir ve buna göre farklı hukuk dallarının konusunu oluşturur. Hukukun çeşitli dalları aracılığıyla toplumsal düzeni sağlama amaçlı ihdas edilen emir ve yasaklara riayet müeyyide tehdidi kullanılarak sağlanır. Emir ve yasakların niteliği, bunların ihlali ile oluşan haksızlığın ve bu haksızlığa karşılık gelen müeyyidenin niteliğini belirler. Bkz. Türkan Yalçın Sancar/Timuçin Köprülü, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları**, 7. Bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2020, s.1.

sınırlandığından, bu türden yaptırımlar bir hukuk devletinde son çare (*ultima ratio*) olarak uygulama bulur. Bu itibarla, suç tanımları en ağır haksızlıkları tasvir etme, toplumsal yaşamın en önemli hukuksal değerlerini koruma altına alma fonksiyonunu ifa eder[37]. Suç teşkil eden haksızlıklar, suç teşkil etmeyen haksızlıklardan suç tanımları sayesinde ayırt edilir[38].

Suç tipleri davranış normları üzerine inşa edilir. Her suç belirli bir davranış normuna aykırılığa dayanır. Bunlar bireyin özgürlük alanını sınırlayan yasak ve emirlerdir[39]. Davranış normları suç tiplerinin temelinde bulunan değerlerin somut bir şekilde ifade edilmesini sağlar. Davranış normuna uygun hareket doğru olan harekettir. Bu nedenle bu hareketin olumlu bir değer ifade ettiğinden bahsedilir. Buna karşılık, davranış normuna uygun olmayan hareket, haksızlık teşkil eden harekettir ve olumsuz anlamda bir değer yani değersizlik ifade eder. Bu itibarla, davranış normları vasıtasıyla hangi hareketin hukuken tasvip edilmeyen bir hareket olduğu (haksızlık teşkil ettiği) hususunda yargıda bulunulur. Buna değersizlik yargısı ya da olumsuz anlamda değer yargısı adı verilir[40].

Önceden hazırlanarak oluşturulan soyut ve değişmez biçime tip denir. Bir olayın belirli bir biçime uygunluğu tip vasıtasıyla tespit edilir. *Suç tipi* bir eylemin suç olup

---

[37] Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.3-4; Uma, **a.g.e.**, s.5; İçel/Donay, **a.g.e.**, s.11, 17; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.2. Suç teşkil eden haksızlıklar hukuki değerlere öyle saldırılardır ki bunların işleniş tarz ve yoğunluğu suç teşkil etmeyen haksızlıklardan önemli ölçüde farklılık gösterir. Bu nedenle suç teşkil eden haksızlıklarla sadece ceza hukuku yaptırımları vasıtasıyla mücadele edilebilir. Bkz. Gallas, **a.g.e.**, s.315-319.

[38] Ceza hukuku haksızlığı diğer haksızlıklardan ayırt edilirken normda öngörülen müeyyidenin türü esas alınır. Suç, ceza müeyyidesi ile yasaklanmış haksızlıklara karşılık gelir. Kanun koyucu, sadece tazminat müeyyidesi ile koruyamadığı hukuki değerleri suç haline getirerek ceza müeyyidesi ile koruma altına alır. Bkz. Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.34-35.

[39] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.9; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.193; İzzet Özgenç, **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996, s.130vd. Davranış normları ile ölçüt (örnek, olması gereken) insan davranışları tarif edilir. Bkz. İzzet Özgenç, "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)", **SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan**, C.5, S.1-2, 1996, s.444-445. Bireylerin hayatı doğumlarından ölümlerine kadar beşerî davranış normları aracılığıyla şekillendirilir. Bkz. Hafızoğulları, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, s.15-16.

[40] İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s.77; Özgenç, "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)", s.447. Yasak ve emirler ceza hukukunda dolaylı suretle, yani yasağa veya emire aykırı hareketin tasviri yoluyla formüle edilir. Bkz. Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.9.

olmadığının ayırt edilmesine hizmet eder[41]. Ceza normlarının yasaklayıcı ya da emredici bir kural yani bir davranış normu içeren kısmı suç tipi biçiminde adlandırılır[42]. Öğretide bu anlamda, *kanuni tip, kanuni unsur, kanuni tanım ya da suçlayıcı kurallar* terimleri de kullanılmaktadır[43]. TCK'da kanuni tanım teriminin kullanımı tercih edilmiştir[44].

Suç tipleri, dış dünyada gerçekleştirilen fiilin haksızlığına esas teşkil eder. Bunlar, teknik anlamda cezayı gerektiren haksızlığın şekillerini, diğer bir ifadeyle suç teşkil eden davranış modellerini tarif eden kanuni nitelendirmelerdir. Bu itibarla her suç tipi esasen özel bir haksızlık tipi hüviyetindedir[45]. Yani suç tipleriyle kişilerin hangi davranışlarının ceza hukuku yaptırımları ile karşılanması gereken özel bir haksızlık şekli olduğunun tespiti sağlanır. Böylelikle suç, teknik anlamda ceza hukuku yaptırımlarının tatbikini gerektiren özel bir haksızlık şekli olarak karşımıza çıkar[46].

Her suç *unsur* ismi verilen çeşitli bileşenlerden meydana gelir. Bunlar belirli bir değersizlik vakıasını tarif eder ve dış dünyada gerçekleşen hangi davranışın normun

---

[41] Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.237, dn.1. Ceza normunun kurala karşılık gelen kısmında bir hukuka uygunluk sebebi ile meşru kılınmadıkça, somut icrası hukuka aykırı olan hareketin soyut tipleştirmesi yer alır. Bkz. Kristian Kühl/Martin Heger, **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2018, Vor §13 kn.15.

[42] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.193. Suç tipleri bireylere yönelik davranış normlarını formüle eden hukuki cümlelerdir. Bkz. Talas, **a.g.e.**, s.8.

[43] "Kanuni unsur" terimi kullanımı için bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.362; Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953, s.82; Uma, **a.g.e.**, s.8; Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.102; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.219. Kimi yazarlar ise "kanuni unsur" teriminin eksik bir anlatıma yol açtığını ifade eder. Buna göre, bu terim yalnızca suçun kanunda yazılı olduğunu belirtir. Halbuki önemli olan suçun kanunda tasvir edilmesi yani tanımlanmasıdır. Bu tasviri karşılayan terim "suç kalıbı" terimidir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.238. Yazar ayrıca suç kalıbını "suçun özel tanımı" olarak da adlandırmaktadır. Bkz. Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1985, s.20, 50. "Suçun yasal özgül tanımı" isimlendirmesi için bkz. Selçuk, **a.g.e.**, s.94. Almanca "*Tatbestand*" teriminin karşılığı olarak "kanuni tip" isimlendirmesi için bkz. İçel, **Suçların İçtiması**, s.25, 27; Kayıhan İçel/Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s.3, 89. "Kanuni tanım" isimlendirmesi için bkz. N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.37. "Eylem kalıbı" isimlendirmesi için bkz. Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.62. İtalyan öğretisinde ayrıca "kanuni model" ve "kanuni şekil" terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, s.45.

[44] TCK'da "kanuni tanım" terimi çeşitli maddelerde (TCK m.21/1, 21/2, 22/2, 30/1, 37/1, 61/1) altı defa geçmektedir.

[45] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.192; Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.129; Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.197.

[46] Özgenç, **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.131; Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.63, dn.16.

suçlayıcı etkisinin kapsamında olduğunu gösterir. Suç tipleri, hareketin cezalandırılabilirliği için mevcudiyeti şart olan fiile ve faile ilişkin unsurların bir araya getirilmesi ile oluşur. Suç tiplerinde yer alan haksızlık unsurları yasak olan veya emredilen davranışı ortaya koyar. Hukuki değer ihlalinin türünü ve kapsamını tasvir eder. Suç tipinin gerçekleştirilmesi tipik haksızlığa temel teşkil eder[47].

Suçun haksızlık içeriği[48] yani bir suçun işlenmesi suretiyle meydana getirilen haksızlığın ağırlığı suç tipleri aracılığıyla belirlenir. Bu itibarla suçun haksızlık içeriği karşılığını suç unsurlarında bulur. Bu belirlemeye hizmet eden etmenlerden biri de suçun nitelikli unsurlarıdır. Nitelikli unsurlar suç tiplerinde yer alarak suçun haksızlık içeriğinin artmasına ya da azalmasına etki eder. Zira suçların maddi haksızlık içeriği derecelendirilebilir niteliktedir[49]. Bir suçun temel şekline ait maddi haksızlık muhtevası, temel suç tipine nitelikli unsurların eklenmesi suretiyle artar ya da azalır.

2. Tipiklik

Her suç bir değerlendirme faaliyetinin ürünü olduğundan mutlaka bir kanuni suç tipinin mevcudiyetini gerektirir[50]. Suç tiplerinde, bireyin sosyal düzeni ağır bir biçimde ihlal eden hareket şekillerine yer verilerek, ceza hukuku haksızlığının tipleştirilmiş bir tasviri yapılmaya çabalanır[51]. Bu suretle kanun koyucu, tasvip ettiği ya da etmediği davranışla ilgili bir irade beyanında bulunur. Belirli bir hareketi yapma emri emredici bir kural, yapmama emri yasaklayıcı bir kural olarak belirir. Kuralın ihlalini takip eden hukuki sonuç yaptırımdır. Bu itibarla yaptırım, suç tipinde

---

[47] Jan Mädler, **Zur Dogmatik der Binnengliederung von Deliktsgruppen**, Berlin, Duncker & Humblot, 2018, s.50; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.179, 182; Sönke Gerhold, "Akzessorietätseinschränkungen und -durchbrechungen nach den §§28, 29 StGB in Klausur und Praxis", **JA**, 2019, s.81; Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım – I**, Ed.: Yener Ünver, Çev.: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.71, kn.114; Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.191.

[48] "Haksızlık muhtevası" isimlendirmesi için bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, 3. Bs., Ankara, Adalet Bakanlığı, 2006, s.534. Haksızlık içeriği, suçun işlenmesi ile meydana getirilen ihlale ve zarara karşılık gelir. Bkz. Elvan Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatiği**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s.207. Suç tipi unsurlarının suçun haksızlık içeriğini ortaya koyduğu hususunda bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.179.

[49] Gallas, **a.g.e.**, s.313.

[50] İçel/Donay, **a.g.e.**, s.25; Hafızoğulları, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, s.17.

[51] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.10. Suç tiplerinde özel tipleştirilmiş haksızlık tasviri yapıldığı hususunda bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.243.

öngörülen kanun koyucunun irade beyanına aykırı hareket edilmesi halinde devreye girer[52].

Fiille birlikte dış dünyada ortaya çıkan olayın, kanundaki suç tipine bütünüyle uygun olması yani suç tipinin bütün koşullarını yerine getirmesi *tipiklik, tipe uygunluk, yasallık* ya da *suç kalıbına uygunluk* şeklinde isimlendirilir[53]. Diğer bir ifadeyle suç tipinde yapılan tipik haksızlık tasviri ile örtüşen davranış, suç tipine uygun bir davranış olarak addedilir[54]. Bu durumda korunan hukuki değere genel olarak uygun görülmeyen bir saldırı söz konusudur[55]. Tipikliğin mevcudiyeti, icra edilen fiilin kanun metninde yapılmış olan suç tarifine bire bir uygun olmasına bağlıdır[56]. Somut olayda gerçekleştirilen fiilin, ilgisinin kurulmaya çalışıldığı suç tipinde yapılan tarife sadece benziyor olması tek başına yeterli değildir. Suç tipinde soyut ve genel bir biçimde yapılmış fiil tasvirine tam oturması gerekir[57].

Tipiklik, somut olayda gerçekleştirilen hareketin ceza hukuku yaptırımına bağlanan bir emir veya yasağa aykırı olduğu anlamına gelir. Suç tipine uygunluk ile belirli bir hareketin ceza hukuku haksızlığını tesis eden bütün unsurları bünyesinde taşıdığı tespit edilir. Ancak bu tespit, bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti ile çürütülebilir. Bu nedenle, tipe uygunluk hareketin ceza hukuku açısından kesin suretle hukuka aykırı olduğunu ifade etmez. Sadece gerçekleştirilen hareketin ceza hukuku bakımından hukuka aykırı olabileceğine işaret eder[58]. Bir suçun oluşabilmesi için somut olayda gerçekleştirilen fiilin, biçimsel anlamda kanun olma özelliği gösteren bir hukuk metninde önceden tarif edilmiş suçun maddi ve manevi unsurlarına uyması ve

---

[52] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.35-36; Ersoy, **a.g.e.**, s.15-16.

[53] Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.231-232; Centel, **a.g.e.**, s.187; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §12 kn.7. Selçuk bu anlamda, "yasal özgül tanıma upuygunluk" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Selçuk, **a.g.e.**, s.101. Alman öğretisinde ise bunu ifade etmek üzere "*Tatbestandmäßigkeit*" ya da "*Typizitat*" terimleri kullanılmaktadır. Bkz. Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, s.39; Keyman, **a.g.e.**, s.59.

[54] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.179, 182.

[55] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.11.

[56] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.362; Öztekin Tosun, **Suç Hukuku Dersleri (Giriş – Ceza Kaidesi – Unsurlar)**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1967, s.138; Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.111-112. Tipikliğin bir fiilin resmi (görünümü) olduğu hususunda bkz. Keyman, **a.g.e.**, s.59.

[57] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.20. Tipiklik kavramı sayesinde salt kusurlu ve hukuka aykırı olan her davranışın teknik anlamda ceza hukuku yaptırımları ile karşılanmasının önüne geçilir. Bkz. Keyman, **a.g.e.**, s.73.

[58] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.10.

tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmemiş olması gerekir.

3. Suç Tipinin Kapsamı

Suç tipi teriminin tarihsel kökeni *corpus delicti* kavramında bulunur. Bu kavrama zaman içerisinde farklı anlamların yüklendiği görülmektedir. Buna göre, *corpus delicti* kavramı, tarihsel süreçte öncelikle işlenen suçun dış izlerinin bütününe karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır. Bu aşamada *corpus delicti*, özel muhakeme tedbirlerine müracaat edilmesine olanak tanıyan, usule ilişkin bir kavramdı. Somut olay (maddi olay) anlamına gelmekteydi[59]. Daha sonra, 18. yüzyılda ve 19. yüzyılın başlarında belirli bir suça ait olan unsurların bütününü ifade etmek üzere kullanılmıştı[60].

Alman öğretisinde, suç tipi kavramına karşılık gelecek şekilde "*Tatbestand*" terimi kullanılmaktadır. Bu terim *corpus delicti* öğretisinin gelişiminden elde edilmiştir. Buna göre, "*Tatbestand*" terimi, *corpus delicti* teriminin usuli anlamından arındırılarak, bu terime maddi anlam yüklenmesi sürecinde bunun yerini almıştır[61]. Alman öğretisinde, 1906 yılında Beling tarafından ortaya konulan anlamına kadar, suç tipi teriminden, tüm suç (cürüm) unsurlarının bütünü anlaşılmaktaydı. Bu itibarla, suç tipi kavramı ile suç kavramı önemli ölçüde örtüşmekteydi[62]. İlk kez Beling, daha dar bir suç tipi kavramından yola çıkarak, suç tipini harekete uygulanan şablon (kalıp, model) olarak tanımladı[63]. Bu anlamda suç tipi, hangi suçun tipik olduğunu gösteren unsurların ta kendisidir[64]. Böylelikle Beling soyut bir suç tipi kavramı ortaya koydu[65].

---

[59] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.3; Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.48; Jörg Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s.107.

[60] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.3. Feuerbach'a göre suç tipi unsurların ta kendisidir. Ayrıntılı tanım için bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.48.

[61] Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.48. İlk etapta, suç tipinden, usule ilişkin maddi olay anlaşılmamakta, aksine maddi hukuka göre önem arz eden belirli bir maddi olay (vakıa) anlaşılmaktaydı. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.48; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.108.

[62] Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.108.

[63] Ernst Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1906, s.242, 322; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.108. Beling, "Tatbestand" terimini, "Tatsachenbestand" teriminin kısaltması olarak kabul eder. Bkz. Ernst Beling, "Die Lehre vom Tatbestand", **Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, dargebracht**, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, s.14.

[64] Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, s.3.

[65] Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, s.321.

Bunu suçtan ayırarak, mantıksal olarak suça ön gelen temsili bir model olarak benimsedi[66]. İlk defa suç tipine, suçun yapısında müstakil bir rol tahsis ederek, bunun hukuka aykırılık ve kusur bileşenlerinden önce, ayrı bir denetim kademesi olarak incelenmesine olanak tanıdı[67]. Bu suretle, hareket ve hukuka aykırılık arasında yer alan, ceza hukuku bakımından önem arz eden hareketi objektif biçimde tasvir eden bir suç bileşeni ortaya koydu[68].

Ceza hukuku bakımından önem arz eden, maddi olaya ilişkin etmenlerin kanuni tasvirinden ibaret olan suç tipi terimi[69] bugünkü öğretide, dar anlamda suç tipi ve geniş anlamda suç tipi şeklinde ikiye ayrılmakta ve daha ziyade dar anlamı ile kullanılmaktadır. Halbuki yukarıda da ifade edildiği üzere, bu terim Alman öğretisinde önce geniş anlamı ile kullanılmış, terimin dar anlamı 20. yüzyılın başında Beling tarafından ortaya çıkartılmıştır. Böylelikle suç tipi kavramı müstakil bir unsur olarak suçun kurucu unsurları arasına girmiştir[70]. *Geniş anlamda suç tipi* (*Garantietatbestand*), cezalandırılabilirlik koşullarının tamamına karşılık gelir. Yani geniş anlamda suç tipi, dar anlamda suç tipinin (*Unrechtstatbestand*) unsurlarını, hukuka aykırılığı, kusuru ve cezalandırılabilirliğin objektif koşullarını bir bütün olarak kapsar. Bu terim, cezalandırılabilirliğin kanunla düzenlenmiş olan tüm koşullarına karşılık geldiğinden, ceza kanununun güvence (garanti) fonksiyonu bakımından öneme haizdir. Bu koşullar failin aleyhine olacak şekilde ne örf ve âdet hukuku

---

[66] Beling, "Die Lehre vom Tatbestand", s.4; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.109. Beling'e göre, bir suçun ilk bileşeni kanuni suç tipi olmayıp, hareketin suç tipine uygunluğudur. Bkz. Beling, "Die Lehre vom Tatbestand", s.4.

[67] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.3. Beling'e göre her suç, tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu, kendisine karşılık gelen ceza tehdidine atfedilebilir ve ceza tehdidi koşullarına denk düşen bir harekettir. Bkz. Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, s.7. Beling'in tasvirinde suç tipi, kast ve taksir gibi sübjektif bileşenlerden arındırılmış olup bütünüyle objektiftir. Bkz. Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, s.178; Jabobs, AT, §6 kn.49. Bu anlamda suç tipi bugünkü terminolojide en yakın, objektif suç tipine karşılık gelir. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.109.

[68] Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.110.

[69] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.4.

[70] İçel, **Suçların İçtiması**, s.25 dn.82; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.82 dn.95, s.83; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.192; Keyman, **a.g.e.**, s.78. Türk öğretisinde de "kanuni unsur" öteden beri bir suçun oluşumu için bulunması gereken müstakil ve ilk suç unsuru olarak sınıflandırılmaktadır. Bu kabul kanunilik ilkesinin doğal bir sonucudur. Bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s.8, 29; Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, s.39, 45; Taner, **a.g.e.**, s.82, 131; Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.192.

vasıtasıyla ne de kıyas yoluyla belirlenebilir veya genişletilebilir. Bu nedenle geniş anlamda suç tipi, güvence suç tipi olarak da adlandırılır[71].

Dar anlamda suç tipi (*Unrechtstatbestand*)[72], ilgili suça kendisine özgü (karakteristik) dış görünüşünü veren ve onun tipik haksızlık içeriğini karakterize eden unsurların tasviri ile sınırlıdır. Bu unsurlar ilgili oldukları suça özel suç tipi formu ve biçimi verir. Bu itibarla dar anlamda suç tipi terimi, belirli bir suça ait olan suç tanımına karşılık gelir. Geniş anlamda suç tipi teriminin de bir bileşenini oluşturur[73]. Buna göre dar anlamda suç tipinde, bir ceza tehdidi ile ilişkilendirilen yasaklı hareket tasviri bulunur[74]. Dar anlamda suç tipine uygunluk, fiilin hukuka aykırılığı ve maddi haksızlık karakteri hususunda kati bir hükme varmayı mümkün kılmaz. Zira dar anlamda tipiklik, hukuka aykırılığa sadece işaret eder. Bu işaret eden etki, bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti ile bütünüyle ortadan kalkar[75].

Alman öğretisinde, dar anlamda suç tipi ile geniş anlamda suç tipi kavramlarının yanı sıra izin tipikliği (*Erlaubnistatbestand*) ve toplam haksızlık tipikliği (*Gesamt-Unrechtstatbestand*) kavramları da kullanılmaktadır. *İzin tipikliği* deyimi ile bir suç tipinde yapılan haksızlık tasviri ile örtüşen, fakat aynı zamanda bir hukuka uygunluk sebebi ile desteklenen davranışı tasvir eden suç tipi kastedilir. Yani bu durumda suç tipine uygun bir davranış vardır. Ancak aynı zamanda bu davranışı hukuka uygun hale

---

[71] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.183; Keyman, **a.g.e.**, s.72, 79. Geniş anlamda suç tipi, bir hareketi cezaya layık olarak nitelendiren ve ceza gereksinimi tesis eden ya da bu gereksinimi kaldıran tüm koşulları kapsar. Bu itibarla, kapsamına kanunla düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebepleri ve kusuru kaldıran sebepler de girer. Bkz. Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.5-6. Ancak geniş anlamda suç tipi terimi, cezalandırılabilirlik koşullarının hangilerinin tipe ilişkin haksızlığa ait olduğunu ortaya koymaz. Bkz. Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.12.

[72] Suç tipi kavramı, akabinde herhangi bir ek olmaksızın kullanılıyorsa dar anlamda suç tipi kastedilir. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.52.

[73] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.184; Mädler, **a.g.e.**, s.47; Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.184-188. Dar anlamda suç tipi, tam olarak belirli bir fiilin suç teşkil edebilmesi için bir kanun metninde (genellikle ceza kanunlarında özel hükümler kitabında) maddi ve manevi unsurlarıyla tarif edilmesine tekabül eder. Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.82 dn.95, s.83; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.192. Alman öğretisinde ayrıca *kusur tipinden* (*Schuldtatbestand*) de söz edilmekte ve suç tipinin (*Deliktstatbestand*), haksızlık tipi (dar anlamda suç tipi, *Unrechtstatbestand*) ile kusur tipinin bileşiminden meydana geldiği ifade edilmektedir. Buna göre, suç tiplerinin ceza kanununun özel hükümler kitabındaki kanuni tarifinde haksızlık tipi ve kusur tipi unsurları bulunur. Haksızlık tipi ilgili suça ait özel haksızlık içeriğinin tasviri ile sınırlandırılır. Suç tipinde ise haksızlık tipine ek olarak ilgili suça ait özel kusur içeriğinin tasviri de yer alır. Ancak genel hukuka uygunluk sebepleri ve genel kusur unsurları suç tipinde yer almaz. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.45-47.

[74] Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.8.

[75] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.187.

getiren bir hukuka uygunluk sebebi de mevcuttur. Dolayısıyla bu davranış meşruiyet kazanır ve haksızlık teşkil etmez. Tipe uygun olan ancak hukuka uygunluk sebebiyle meşrulaştırılan davranışı ifade etmek üzere izin tipikliği deyimi kullanılır[76]. Bu durumda, bir haksızlık meydana getirmeden gerçekleştirilen suç tipi sosyal anormalliği (olağandışılığı) ifade eder[77].

Dış dünyada gerçekleştirilen bir maddi vakıanın haksızlık olarak nitelendirilebilmesi için, bunun hem suç tipine uygun bir davranış içerdiğinin hem de bu davranışa herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin müdahalesiyle meşruiyet kazandırılmamış olduğunun tespiti gerekir. İlk hususa ilişkin tespitte bulunulurken, yalnızca suç tipine dayanılarak değerlendirme yapılır. İkinci hususa ilişkin tespitte bulunulabilmesi için ise, bütün hukuk düzenine dayanılarak yapılan bir değerlendirmeye gereksinim duyulur[78]. *Toplam haksızlık tipikliği* terimi, cezalandırılabilirliğin objektif koşullarını ve kusur bileşenlerini dışarda bırakarak, haksızlığı tesis edici ve haksızlığı ortadan kaldırıcı tüm unsurları bünyesinde barındırır. Dolayısıyla bu terim, somut olayda suç teşkil eden bir haksızlığın mevcut olup olmadığının kesin olarak tespitini sağlama işlevine sahiptir. Zira bunun kapsamına hem dar anlamda suç tipi hem de somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığına dair yapılan tespit girer. Bu suretle, somut olayda gerçekleştirilen suç tipine uygun davranışın aynı zamanda haksızlık teşkil edip etmediği kesin bir biçimde saptanabilir[79].

Son olarak belirtilmelidir ki, bir kanun hükmünün birden fazla suç tipi içermesi mümkün olduğu gibi, bir suç tipinin kapsamına birden fazla olay grubunun girmesi de mümkündür[80].

---

[76] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.180. Aynı anlamda "*Rechtfertigungstatbestand*" (hukuka uygun hale getirilen suç tipi) terimi de kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, suç tipine uygun davranışın mazur görülmesini gerektiren bir mazeret sebebinin mevcudiyetini ifade etmek üzere "*Entschuldigungstatbestand*" terimi kullanılmaktadır. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.5.
[77] Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.59.
[78] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.181.
[79] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.188. Karş. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.5.
[80] Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.52.

4. Suç Tipinin Yapısı

Suç tipi, her suça uyabilen, içerisinde en az her suçta yer alan kurucu unsurları barındıran, suçun soyut bir çerçevesidir[81]. Suç tipleri insanları muhatap alır. Ancak suç tiplerinin yöneldiği insanların kusurlu olarak hareket edebilme iktidarına haiz olup olmaması önem arz etmez[82]. Zira kusurlu biçimde hareket edebilme iktidarına sahip olmayan bir kimse de suç işleyebilir.

Suç tiplerinin ceza hukukunun hücreleri olduğu ifade edilir. Bu suretle insanların davranışları değerlendirilir. Bu anlamda, suç tipleri bireylerin davranışlarına ilişkin değer hükümleridir[83]. Cezaya layık olan haksızlığın temeli bir suç tipinin gerçekleştirilmesine dayanır. Bu itibarla suç tipleri suç teşkil eden davranışları diğer (suç teşkil etmeyen) insan davranışlarından ayırmaya hizmet eder[84].

Suç tipleri doğası gereği kesindir ve belirli bir davranışı cezalandırılabilir hale getiren tüm koşulları eksiksiz olarak düzenler. Yani suç tiplerinde, ceza hukukuna ilişkin belirli bir yasağı ya da emri tesis eden tüm unsurların tasvir edilmesi gerekir. Nitekim, suç tipi ihdasının en önemli kısmı, cezalandırılabilirlik koşullarının nihai biçimde ve her bir özel suç tipinin ayrıt edilmesine imkân tanıyacak şekilde tasvir edilmesidir[85]. Böylelikle, bireyler hukuk düzeni tarafından neyin prensip itibarıyla yasak olarak görüldüğünü anlar ve davranışlarını buna göre yönlendirmesi gerektiğini bilir[86]. Bu itibarla, suç tiplerinin bireylere adeta bir rehber gibi ödevlerini gösterdiği, uymaları zorunlu yasaklar ya da emirler ihdas ettiği, bu suretle bireylerin iradeleri

---

[81] Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1992, s.40; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.83; Kayıhan İçel/A. Hakan Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, 4. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s.76.

[82] Aynı yönde bkz. Özgenç, **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.129.

[83] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.64-65; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.84.

[84] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.193; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.83.

[85] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.163; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.75-76.

[86] Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.75.

üzerinde etkili olduğundan söz edilir. Suç tipleri yapıları icabı objektif ve geneldir. Bireylerin fiillerine kişisel olmayan (gayri şahsi) hukuki sonuçlar bağlar[87].

Suç tipine bire bir uymayan fiillerin suç teşkil etmemesi ve bu nedenle de cezalandırılmaması kişi için önemli bir güvence teşkil eder. Hakimler önlerine gelen olaylarda yapacakları değerlendirmelerde suç tipleri ile bire bir bağlıdırlar. Böylelikle hâkimlerin gelişigüzel hüküm tesisi önlenir. Bu itibarla, suç tipleri açık ve belirgin olmalıdır. İçerisinde unsur olarak yer verilen her hususun anlaşılır bir şekilde tasvir edilmesi gerekir. Ancak bu sayede suç tipinin içerisinde yer alan unsurlardan ne anlaşılması gerektiği, dolayısıyla da ne gibi hareketlerin suç tipinde tarif edilmiş unsurlara bire bir uyduğu ayırt edilebilir[88].

Suç tiplerinin içerisinde suçun yapısını oluşturan maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsuru dışında da birtakım olgular bulunabilir. Suçun yapısının parçası olmayan bu olgular öğretide, objektif cezalandırılabilirlik koşulları ve kovuşturma koşulları şeklinde adlandırılır[89]. Suç tiplerinde yer bulabilen bu olguların eksikliğine rağmen, suç tüm unsurları ile meydana gelebilir. Bu itibarla bahis konusu olgular, suçun tüm kurucu unsurlarının mevcudiyetine rağmen, eksiklikleri halinde suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişi veya kişilere ceza verilebilmesine engel olur[90]. Bu nedenle öncelikle bu olguların suçun asli ve tali unsurlarından ayırt edilmeleri gerekir. Zira bunlar teknik anlamda ne asli ne de tali suç unsuru hüviyetindedirler. Dolayısıyla suçun ne oluşumuna ne de ağırlığına etki etme kabiliyetine haizdirler.

Öğretide bir görüş, objektif cezalandırılabilme koşullarını haksızlıkla ilişkilendirmekte ve bunları cezayı artıran nedenler (*Strafschärfungsgründe*) olarak kabul etmektedir[91]. Başka bir görüş ise, bu türden objektif cezalandırılabilme

---

[87] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.65-66; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.85.
[88] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.51.
[89] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.7. Kovuşturma koşulları, şikâyet, izin, karar, talep ve müracaat şeklinde isimlendirilir. Suç tiplerinde yer alabilen usuli nitelikteki bu koşullar gerçekleşmediği müddetçe, faile isnat edilen suça ilişkin kovuşturma evresine geçilebilmesi ve fail hakkında mahkûmiyet hükmü tesisi mümkün olmaz. Bkz. Zafer, **a.g.e.**, s.210; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.12.
[90] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.12.
[91] Görüşler için bkz. Elif Bekar, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.81.

koşullarını görünüşte objektif cezalandırılabilme koşulları şeklinde adlandırmakta ve bunların esasen kamufle olmuş cezayı artıran nedenler olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre, görünüşte objektif cezalandırılabilme koşulları fiille aynı anda ortaya çıkar ve haksızlığın örtülü bir unsuru olma özelliği gösterir[92].

Kanaatimizce yalnızca suçun kurucu ya da nitelikli unsuru olarak karakterize edilen hususiyetler haksızlıkla irtibatlandırılabilir. Suçun unsuru olmayan bir hususiyetin haksızlıkla irtibatlandırılması mümkün değildir. Objektif cezalandırılabilme koşulları suçun bir unsuru olma özelliği göstermez. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme koşulları ile haksızlık arasında bir bağlantı kurulmamalı, bunların suçun haksızlık içeriğini dolayısıyla da cezasını artırdığından bahsedilmemelidir. Bu itibarla, suç tipinde açıkça yer verilen ve gerçekleşmesi halinde suçun cezasının zorunlu olarak artması sonucunu doğuran bir hususiyetin objektif cezalandırılabilme koşulu olarak vasıflandırılması mümkün değildir. Aynı gerekçeyle, objektif cezalandırılabilme koşullarının failin kastının kapsamında yer aldığından ve failin bu hususta düştüğü hatadan yararlanabileceğinden de bahsedilemeyecektir. Buna karşılık maddi nitelikli unsurlar failin kastının kapsamında yer alır ve bu hususlarda düştüğü hatadan fail yararlandırılır[93]. Nitekim, 5237 sayılı TCK ile kurulan suç genel teorisinde de objektif cezalandırılabilme koşulları haksızlığın ve kusurun alanına dahil edilmemiştir. Bu nedenle bunların denetimi haksızlık ve kusurdan sonra yapılmaktadır.

II. SUÇUN ASLİ UNSURLARI-TALİ UNSURLARI AYRIMI

A. Suçun Asli Unsurları

Suç öğelerden oluşan bir bütünü teşkil eder[94]. Bir olgunun unsur olarak kabul edilebilmesi için diğerleri ile birleşebilme ve bir bütün meydana getirebilme iktidarına haiz olması aranır[95]. Bir olgunun suç unsuru teşkil edebilmesi, teknik anlamda kanunla

[92] Bekar, **a.g.e.**, s.104, 322.
[93] Bir cezayı artıran nitelikli unsurun, objektif cezalandırılabilme koşulu olarak sınıflandırılması durumunda, failin kastının kapsamında olmayan bir hususiyetten ötürü cezasının artırılması mümkün kılınmış olur. Bkz. Bekar, **a.g.e.**, s.331. Böyle bir uygulama kast prensibi ile bağdaşmaz.
[94] Selçuk, **a.g.e.**, s.60.
[95] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.49.

tesis edilen suç tipleri içerisinde, bir suçun temel ya da nitelikli şeklinin oluşumunu sağlayan ögelerden biri olmasına bağlıdır[96]. Bu itibarla, bir olgunun suç unsuru olup olmadığı suç tipleri dayanak alınarak belirlenir. Nitekim suçta kanunilik ilkesi de bunu gerektirir.

Öğretide suçun unsurları, ilgili suçun oluşumu bakımından mevcudiyetinin muhakkak gerekli olup olmamasına göre asli ve tali unsurlar biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Tek başına unsur terimi kullanıldığında bu terim suçun hem asli unsurlarını hem de tali unsurlarını kapsar[97]. Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için mevcudiyeti zorunlu olan unsurlar *asli (kurucu, temel, esaslı, esas) unsurlar* şeklinde adlandırılır[98]. Asli unsurların bileşiminden suçun esası meydana gelir[99]. Bu unsurlardan birindeki eksiklik ya gerçekleştirilen fiilin suç teşkil etmesine engel olur ya da bu fiilin başka bir suç olarak nitelendirilmesine yol açar[100]. Yani asli unsur eksikliği failin fiilini ya suç olmaktan çıkartır ya da farklı bir suçun oluşumunu sonuçlar. Bu özelliği itibarıyla asli unsurlar, suçun basit şeklini meydana getiren ve suçun mevcudiyetine etki eden unsurlar olarak vasıflandırılır[101]. Örneğin suçun maddi unsurları arasında yer alan konu bu niteliktedir. Silahla ateş etme hareketi insana yönelirse farklı suç, sahipli bir hayvana yönelirse farklı suç oluşur[102].

Öğretide kimi yazarlar, suçun kurucu unsurlarını suyun bileşenlerine benzeterek izah etmektedir. Buna göre, tıpkı bir oksijen ve iki hidrojen atomunun birleşmesi ile suyun oluşması, bu bileşenlerden birinin bile eksik olması halinde ise suyun meydana

---

[96] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.331.
[97] Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s.69.
[98] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.308-309; Taner, **a.g.e.**, s.467; Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.2; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.68; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.48. "Asıl unsurlar" (essentialia delicti) isimlendirmesi için bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, 12. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999, s.339. "Suçun genel unsurları" isimlendirmesi için bkz. Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.110; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.7; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.7; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.218. Eklenmelidir ki Türk öğretisinde kimi yazarlar "suçun genel unsurları" ifadesini "suçun kurucu unsurları" ile eş anlamlı olarak kullanırken, kimi yazarlar ise bu ifadeyi suçun kurucu unsurlarının bir alt türü olarak kullanır. Bu ikinci gruba giren yazarlar suçun kurucu unsurlarını genel ve özel kurucu unsurlar şeklinde ikiye ayırarak inceler. Bkz. Centel, **a.g.e.**, s.164-165.
[99] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.48.
[100] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.283; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.158-159.
[101] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.2, 68; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.68; Centel, **a.g.e.**, s.161.
[102] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.251.

gelmemesi gibi, suçu oluşturan kurucu unsurlardan bir tanesinin bile eksik olması durumunda fiil suç teşkil etmeyecektir[103]. Bu itibarla asli unsurlar ilk etapta suç teşkil eden haksızlıklarla suç teşkil etmeyen haksızlıkların birbirinden ayrılması işlevini görür. Bunun yanında, asli unsurlar aynı zamanda suç teşkil eden haksızlıkların da birbirlerinden ayrılmasına hizmet eder[104]. Zira bu unsurlar bir suça kendi karakteristik özelliğini verme suretiyle o suçun diğer suçlardan ayırt edilmesini sağlar. Bu itibarla bir suçun kurucu unsurları, o suçun somut ayırt edici özelliği vasfını taşır[105].

Öğretide suçun asli unsurlarını kendi içerisinde asli genel unsurlar ve asli özel unsurlar şeklinde ikiye ayıran yazarlar da bulunmaktadır. Bu ayrıma göre, *asli genel unsurlar* ceza kanunlarının genel hükümler kitaplarında yer alan ve suçun oluşabilmesi için bütün suçlarda bulunması gereken unsurlardır. Asli genel unsurlar her suçta ayniyet arz eder. Zira bunlar herhangi bir suçun oluşabilmesi için mevcudiyeti şart olan unsurlardır. *Asli özel unsurlar* ise ceza kanunlarının özel hükümler kitaplarında yer alan, ilgili suça ait tipte özel olarak tasvir edilen, böylelikle de her bir suça ayırt edici özelliğini veren unsurlardır. Bunlar suçtan suça değişiklik arz eder. Her suçta farklı bir şekilde ortaya çıkar[106].

İlişkilendirildikleri suçun oluşabilmesi için asli özel unsurların da mevcudiyeti şarttır. Asli özel unsur olarak adlandırılan kurucu unsurlar bir suçu diğer bir suçtan ayırt etmeye yarayan unsurlardır. Nitekim bu unsurlardaki fark nedeniyle suçların isimleri değişmektedir[107]. Yani bunlar bir suça ismini veren hususiyeti katan kurucu

---

[103] Tosun, **Suç Hukuku Dersleri (Giriş – Ceza Kaidesi – Unsurlar)**, s.137.
[104] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.68.
[105] Ersoy, **a.g.e.**, s.128; Michael Hettinger, "Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände - eine Einführung", **JuS**, 1989, L44.
[106] Alacakaptan, **a.g.e.**, s.5; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.48; Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, s.52; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.159. Öğretide asli genel unsurları, "müşterek kurucu unsurlar" ya da "umumi tip" (*allgemeiner Tatbestand*), asli özel unsurları ise "hususi tip" (*Besonderer Tatbestand*) şeklinde adlandıran görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, s.48-52.
[107] Alacakaptan, **a.g.e.**, s.5. Öğretide "suçun genel unsurları" terimi ile "suçun kurucu unsurları" terimini eş anlamlı olarak kullanan yazarlar, özel hükümler kitabında yer alan ve suçları birbirinden ayırt etmeye yarayan unsurları "suçun özel unsurları" şeklinde adlandırmaktadır. Buna göre, suçun özel unsurlarının da suç tipine uygunluk ve hukuka aykırılık içerisinde kalması mümkündür. Bu durumda, aynı zamanda suçun genel unsuru olma vasıfları da sürecektir. Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.7; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.7. Demirbaş suçun özel unsurlarına, güveni kötüye kullanma suçu (TCK m.155) ile zimmet suçunu (TCK m.247) birbirinden ayırt etmeye yarayan failin kamu görevlisi sıfatına haiz olmasını örnek vermektedir. Bkz. Demirbaş,

unsurlardır. Örneğin soyut bir şekilde hareket ya da suçun konusu asli genel unsur teşkil eder. Zira her suç icrai ya da ihmali bir hareketle işlenir ve kabule göre her suçun bir konusu vardır. Buna karşılık, suçun belirli bir yerde ya da zamanda işlenmesi veya belirli bir şekilde işlenmesi asli özel unsur teşkil edebilir. İlgili suç tipinde suçun işlenmesi gereken yer, zaman veya suçun işleniş şekli kurucu unsur olarak gösterilmişse durum böyledir. Ancak suç tipinde bu konuda bir belirlemede bulunulmamışsa bu hususiyetlerin suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmaz.

B. Suçun Tali Unsurları

Mevcut olup olmamaları fiilin suç teşkil etmesini etkilemeyen, sadece suçun ağırlık ya da hafiflik derecesini etkileyen unsurlar ise *tali (ikincil, tamamlayıcı, arızi) unsurlar* olarak adlandırılır. Bu unsurların suçun teşekkülü üzerinde tesiri yoktur[108]. Tali unsurlar herhangi bir suçun oluşumuna etki etmedikleri gibi, belirli bir suçun oluşumuna da etki etmezler. Diğer bir söyleyişle tali unsurların suçun vasfını (hukuki nitelendirmesini) değiştirme, başka bir suçun oluşumuna yol açma gücü bulunmaz. Bunlar bir suçun varlığına ya da esasına etki etmeyip, sadece suçun ve cezanın ağırlığına etki eden unsurlardır. Yani tali unsurlar suçun yalnızca niceliğine etki etmekle yetinir[109]. Bu unsurlar gerçekleşmese bile suç asli unsurlarıyla oluşur. Oluşan suç nicelik itibarıyla daha ağır ya da daha hafif olabilir. Ancak suçun niteliğinde bir değişiklik meydana gelmez. Zira sadece asli unsurlar suçun niteliğinde değişiklik meydana getirme iktidarına haizdir.

Buna karşılık öğretide bir görüş, tali unsurları da bir suçun benzer suçlardan ayırt edilmesini sağlayan, yani suçun nev'ini ve adını değiştiren, onu müstakil bir suç haline

---

Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.218. Kanımızca, failin kamu görevlisi sıfatına sahip olması zimmet suçu bakımından asli (kurucu) unsur olma özelliği gösterir. Bu itibarla, suçun asli unsurlarını kendi içerisinde asli genel unsurlar-asli özel unsurlar şeklinde ayrıma tabi tutmak daha yararlı olacaktır. Aksi kabul suçun özel unsurları, asli (kurucu) unsur değilmiş gibi bir intibaa yol açmaktadır.

[108] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.308-309; Taner, **a.g.e.**, s.467; Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.2. "İkinci derecede unsurlar" (*accidentalia delicti*) ve "tesadüfi unsurlar" isimlendirmeleri için bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s.5; Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.339.

[109] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.48; N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e**, s.283-284; Türkan Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1998, s.255-256.

getiren unsurlar şeklinde tasvir etmektedir[110]. Kanımızca bir unsurun hali hazırda oluşmuş olan bir suçu, başka bir suç haline getirdiği hallerde tali unsurdan değil, asli unsurdan bahsedilmesi gerekir. Bir suçun asli bileşeni olmayan bir unsurun o suçun nev'ini değiştirdiğinden söz etmek oldukça güçtür. Örneğin, başkasına ait bir mal bulunduğu yerden zilyedinin rızası olmaksızın ister gündüz vakti ister gece vakti alınmış olsun aynı suç oluşur ve oluşan suçun adında (hırsızlık) bir değişiklik meydana gelmez. Benzer şekilde bir kimse ister babasını ister eşini isterse yoldan geçen alelade bir kişiyi öldürsün oluşan suçun adı kasten insan öldürmedir. Bu itibarla tali unsurların suçları birbirinden ayırt etmede kullanılması mümkün olmaz.

Tali unsurlar sadece suçun basit olup olmamasına etki eder ve bu özellikleri itibarıyla suçun basit şeklini meydana getiren asli unsurlardan ayrılır[111]. Bunlar basit suça eklenmek suretiyle bir suçu daha ağır ya da daha hafif hale getirirler. Dolayısıyla da basit suçun cezasının artmasına ya da azalmasına yol açarlar. Zira cezanın ağırlığı suçun ağırlığı ile eş düzeydedir. Bu itibarla, tali unsurların esasen suç tiplerindeki nitelikli unsurlara karşılık geldiğinden bahsedilir[112]. Yani suçun cezasını artıran ya da azaltan nitelikli unsurlar, suçun tali unsurları grubunun içerisinde yer almaktadır. Nitelikli unsurlu suçun oluşumu için, suç tipinde en az bir tali unsurun mevcudiyeti aranır.

Bir görüşe göre tali unsurlar "suçun unsurlarının dışında kalan nedenler"dir[113]. Bu ifadede kullanılan "suçun unsurları" deyimi ile suçun kurucu unsurları kastedilmiyorsa bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira tali unsurlar adından da anlaşılabileceği üzere suç unsurlarıdır. Bir suç bileşenine unsur vasfı verilebilmesi için, o bileşenin illaki suçu tesis edici karaktere haiz olması şart değildir. Hali hazırda

---

[110] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.68. Centel ise, her suçta mevcut olmayan tali unsurları, nitelikli unsurlar ve benzer suçları birbirinden ayırt etme işlevi gören diğer unsurlar şeklinde ikiye ayırmaktadır. Bkz. Centel, **a.g.e.**, s.161. Kanımızca, benzer suçları birbirinden ayırt etme işlevi gören diğer unsurlar da kurucu unsurlar içerisinde incelenmelidir. Örneğin zimmet suçunu, güveni kötüye kullanma suçundan ayırt etmeye yarayan kamu görevlisi olma niteliği zimmet suçunun kurucu unsurudur. Bu unsur olmaksızın zimmet suçunun oluşabilmesi mümkün değildir.

[111] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.2, 68; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.68. Alacakaptan da "ikinci derecede (tesadüfi) unsurlar" terimi ile "suçu etkileyen haller" (*Circostanze del Reato*) terimini eş anlamlı olarak kullanmaktadır. Bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s.5.

[112] Gallas, **a.g.e.**, s.308.

[113] Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s.256.

var olan suçun haksızlık içeriğine etki ederek suçu daha ağır ya da hafif hale getiren suç bileşenleri de unsur hüviyetine haizdir.

III. TERİM SORUNU

Suçun nitelikli unsurlarını ve bu unsurları içerisinde barındıran suç tiplerini ifade etmek üzere öğretide öteden beri oldukça çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Bu kavramlar; *suçu etkileyen haller*[114]*, suça etki eden nedenler*[115]*, şiddet (teşdit) sebepleri-tahfif sebepleri*[116]*, esbabı muhaffife-esbabı müşeddide*[117]*, (cezayı) ağırlatıcı-hafifletici sebepler*[118]*, kemiyete taalluk eden unsurlar*[119]*, tavsif edici sebepler*[120]*, suç duruları*[121]*, arızi unsurlar*[122]*, tali (tamamlayıcı, ikincil) unsurlar*[123]*, suçun vasıflı*

---

[114] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.339; Öztekin Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, 2. Bs., İstanbul, 1982, s.266. Öğretide bu kavramın yanı sıra İtalyan öğretisinden hareketle "suçun halleri" terimini kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar temel suçu, "suçun yalın hali" şeklinde adlandırdıklarından nitelikli unsurlu suçu "suçun giydirilmiş hali" şeklinde tasvir etmektedirler. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.365.

[115] Zafer, **a.g.e.**, s. 631; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.387; Vesile Sonay Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", **MÜHFD**, 2007, S.2, s.119. Ayrıca "suça tesir eden sebepler" isimlendirmesi için bkz. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.687.

[116] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.411, 761. 14.12.1955 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da mahkemenin "şiddet ve tahfif sebepleri" terimlerini kullandığı görülmektedir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.180.

[117] **Yarg. CGK**, T.19.11.1979, E.319, K.496. Bkz. Ersoy, **a.g.e.**, s.115 dn.95. Benzer şekilde "müşeddit sebebi" isimlendirmesi için bkz. Cemil Halit Bengü, **Ceza Hukukunda Hata**, Ankara, Sakarya Basımevi, 1948, s.72.

[118] Taner, **a.g.e.**, s.317, 466, 549; Naci Şensoy, **Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar**, 2. Bs., İstanbul, Nazir Akbasan Matbaası, 1963, s.92; Ersoy, **a.g.e.**, s.129. Kimi yazarlar ise, "suçu etkileyen haller/nedenler" üst başlığı altında "ağırlatıcı sebepler" ve "hafifletici sebepler" ayrımı yapmaktadır. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.342; Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.266.

[119] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.67.

[120] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.69. Bu kavram kullanımının eleştirisi için bkz. Şensoy, **a.g.e.**, s.89-91, 93.

[121] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.320; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.48. Yazarlar suç duruları kavramını Fransız ve İtalyan öğretilerinden hareketle kullanmaktadır.

[122] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.68.

[123] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.308; Zafer, **a.g.e.**, s.226. Tosun, kurucu unsurlar için "birincil nitelikte olan unsurlar" ifadesini, nitelikli unsurlar için ise "ikincil nitelikte olan unsurlar" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.266. Aynı yönde bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.119.

şekilleri[124]*, mevsuf suç*[125]*, türeyen suç*[126]*, türemiş (müştak) suç biçimi*[127] *ve özel suç tipi*[128] şeklinde sıralanabilir. Söz konusu kavramlar genellikle 765 sayılı TCK döneminde kullanılan terimlerdir[129].

765 sayılı TCK döneminde suçun cezasının ağırlaşmasına ya da hafiflemesine neden olan hususiyetler, *ağırlatıcı sebepler* ve *hafifletici sebepler* şeklinde isimlendirilmiştir[130]. Bu isimlendirme yalnızca suçun cezasında meydana getirilen değişiklik dikkate alınarak oluşturulmuştur. Dayanağını klasik ceza hukuku öğretisinden almaktadır. Klasik ceza hukuku öğretisinde, suçun haksızlık içeriğinde ve cezasında değişiklik meydana getiren hususiyetler suç unsuru olarak karakterize edilmemiştir. Aksine suç unsurlarının yanı sıra ortaya çıkarak suçun cezasına etki eden "sebepler" olarak sınıflandırılmıştır. Bu hususiyetlerin esası (yapısı) hakkında detaylı açıklamalarda bulunulmamıştır[131]. Bu nedenle de suçun haksızlık içeriğine

---

[124] Şensoy, **a.g.e.**, s.92. Yazara göre, temel suç tipinde suç teşkil eden fiil tarif edilir. Nitelikli unsurlu suç tipinde ise bu fiilin vasıflı şekilleri sayılır.

[125] Taner, **a.g.e.**, s.103.

[126] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.62; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.120. Önder, "türeme" kelimesini Almanca "*Abwandlung*", "*Ableitung*" ve "*abgeleitete*" kelimelerinin karşılığı olarak kullanmaktadır. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.63.

[127] Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.245, dn.27. Yazar ayrıca nitelikli unsurlu suçlar için "suçun ağır (nitelikli, vahim) şekilleri" ve "suçun hafif şekilleri" ifadesini de kullanmaktadır. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.139. Selçuk, "ayrıksı suçlar" olarak isimlendirdiği suçları yedi başlık altında incelemektedir. Bu alt başlıklardan biri "kapsam içinde kalan türe(til)miş suçlar" şeklinde isimlendirdiği suçlardır. Yazar, türe(til)miş suçları da kendi içerisinde "bağımlı nitelikli suçlar" ve "bağımsız birleşik suçlar" şeklinde ikiye ayırmaktadır. Bkz. Selçuk, **a.g.e.**, s.102-103. Yazarın bu ayrımına göre, her türemiş suçun bir nitelikli unsur içermesi zorunlu değildir. Zira birden fazla suçun kurucu unsur şeklinde kaynaşmasıyla meydana gelebilen bileşik suçlar da türemiş suçlar içerisinde yer almaktadır.

[128] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.195; Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.134.

[129] 765 sayılı TCK'da suçun cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlarına karşılık gelecek şekilde kullanılan terimler şu şekilde sıralanabilir: "Teşdit veya tahfif edici sebepler" (ETCK m.29/2), "şiddet sebebi" (ETCK m.189) ve "cezayı hafifletici nedenler" (ETCK m.240). Belirtilmelidir ki 765 sayılı TCK'da "cezayı ağırlaştırıcı/ağırlatıcı sebepler/nedenler" ifadesine rastlanmamıştır. Bununla birlikte, dönemin öğretisinde nadir de olsa "nitelikli unsurlar" teriminin kullanıldığı da görülmektedir. Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.89; Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.143.

[130] Alman ceza hukuku öğretisinde de eskiden "ağırlatıcı durumlar (*erschwerende Umstände*)" teriminin kullanıldığı görülmektedir. Öğretiye göre bunlar yalnızca bir fiilin haksızlığını veya yalnızca failin kusurunu ya da her ikisini birlikte artıran durumlardır. Bkz. Dreher, **a.g.e.**, s.220-221. Cezayı artıran nitelikli unsurlar, ağırlatıcı durumların alt kategorisini oluşturur. Ağırlatıcı durumlar terimi, cezayı artıran nitelikli unsur teriminden daha geniş kapsama sahiptir. Bkz. Dreher, **a.g.e.**, s.224-225. Benzer şekilde Alman öğretisinde, "hafifletici durumlar (*mildernde Umstände*)" terimi de kullanılmaktadır. Bkz. Dreher, **a.g.e.**, s.229.

[131] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.89; Özgenç,

(dolayısıyla da suça) etki edip etmediğine bakılmaksızın, salt cezanın artmasına veya azalmasına yol açmasından hareketle pek çok hususiyet doğrudan ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler içerisinde değerlendirilmiştir. Bu itibarla 765 sayılı TCK döneminde ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin kapsamı, bugünkü nitelikli unsurların kapsamından çok daha geniştir. Örneğin dönemin öğretisinde haksız tahrik, gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık birer hafifletici sebep olarak tasnif edilmekteydi[132]. Oysa bu hususiyetlerin gerçek anlamda cezayı azaltan nitelikli unsur olarak vasıflandırılması mümkün değildir. O dönemde ağırlatıcı ve hafifletici sebepler içerisinde tasnif edilen pek çok husus, bugün yani 5237 sayılı TCK döneminde nitelikli unsur olarak görülmemektedir. Bu itibarla, günümüz öğretisinde nitelikli unsurlara karşılık gelecek şekilde, 765 sayılı TCK'ya hâkim olan klasik ceza hukuku anlayışından türeyen "ağırlatıcı/hafifletici sebepler" isimlendirmesinin kullanılması eksik olacaktır.

5237 sayılı TCK'da suçun nitelikli unsurlarını ifade etmek amacıyla "*bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri*" (TCK m.6/1-h, 43/1), "*bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri*" (TCK m.30/2, 61/4, 66/3, 235/3-a), "*kanuni ağırlaştırıcı neden*" (TCK m.15), "*kanuni hafifletici neden*" (TCK m.15), "*ağırlaştırıcı neden*" (TCK m.42/1), "*nitelikli hal*" (TCK m.82, 137, 152) ve "*nitelikli hırsızlık/yağma/dolandırıcılık*" (TCK m.142, 149, 158, 167) gibi farklı isimlendirmeler yapılmıştır[133]. Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK ile kurulan suç teorisi kapsamında nitelikli unsurları ifade etmek üzere genellikle "nitelikli hal" ya da

---

Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, s.531. 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde, ağırlatıcı ve hafifletici sebepler, suça etki eden sebepler üst başlığı altında incelenmekteydi. Suça etki eden sebepler, suçun unsurları içerisinde görülmemekteydi. Bunlar dönemin öğretisine göre, suçun unsurları dışında kalan hususiyetlerdi. Örneğin öğretide kimi yazarlar suça etki eden sebeplerde hatayı, "unsurlar dışında kalan hususlarda yanılma" üst başlığı altında incelemekteydi. Yazarlar buna gerekçe olarak ise suça etki eden sebeplerin, yani ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin "unsurlardan farklı bir yapıya sahip" olmalarını göstermekteydi. Bkz. Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.313.

[132] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.346, 514; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.80. Öğretide Uma, "kanuni hafifletici sebepler" için "hafifletici mazeret sebepleri" terimini kullanmıştır. Yazar hafifletici mazeret sebeplerine akıl hastalığı, tahrik ve hırsızlık suçunda suçun konusunu oluşturan malın değerinin pek az olmasını örnek göstermiştir. Bkz. Uma, **a.g.e.**, s.51.

[133] Aynı yönde Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.120. Kanunun madde gerekçelerinde (örn. TCK m.61) ise "*nitelikli unsur*", "*daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur*", "*daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur*", "*cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsur*" terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir.

"nitelikli şekil" terimleri kullanılmıştır[134]. Ancak az da olsa 765 sayılı TCK terminolojisinden kalma "ağırlaştırıcı neden" ve "hafifletici neden" terimlerine yer verildiği de görülmektedir.

5237 sayılı TCK döneminde yapılan akademik çalışmalarda öğretinin genellikle "suçun nitelikli unsurları" ya da "nitelikli haller" kavramlarını kullandığı görülmektedir. Yürürlükteki TCK'da ve Türk öğretisinde kullanılan "nitelikli unsurlar/haller" terimi hem suçun cezasını artıran hem de azaltan tali unsurlara karşılık gelmektedir[135]. Bu itibarla tek başına "nitelikli unsur" teriminin kullanılması, nitelikli unsurun temel suça karşılık gelen cezaya olan etkisini anlatmak için yeterli değildir. Nitelikli unsurların temel suça ait cezaya nasıl etki edeceğini açık bir şekilde ifade etmek için "cezayı artıran nitelikli unsur" ya da "cezayı azaltan nitelikli unsur" terimlerinin kullanılması gerekmektedir. Benzer şekilde, kanunda "daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal" ve "daha az cezayı gerektiren nitelikli hal" isimlendirmesi kullanılmıştır (TCK m.61/4).

Öğretide kimi yazarlarca, "cezayı azaltan nitelikli unsur" teriminin mevcudiyeti eleştirmiştir. Buna göre, nitelikli unsurlar denildiğinde sadece cezayı artıran nitelikli unsurlar anlaşılır. Bu nedenle, cezayı azaltan nitelikli unsurlar daha farklı şekilde ifade edilmelidir[136]. Kanımızca yürürlükteki TCK'da nitelikli unsur teriminin bir üst kavram olarak kullanılması yerinde olmuştur. Bu sayede elimizde hem üst kavrama hem de

---

[134] Öğretide bir görüş, "nitelikli" teriminin olumlu bir anlama sahip olduğunu belirtmekte ve suç teşkil eden bir durum ile bunun nitelikli olmasının bağdaşmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, nitelikli terimi yerine "daha ağır cezayı gerektiren haller" ifadesinin kullanılması isabetli olacaktır. Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C.I**, 5. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021, s.345.

[135] Bununla birlikte TCK m.144'ün gerekçesinde "nitelikli" terimi kullanılmaksızın "*daha az cezayı gerektiren haller*" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Benzer şekilde TCK m.150, 159, 211 ve 249'un madde kenar başlığında "*daha az cezayı gerektiren hal*" kavramı kullanılmıştır. Bu isimlendirme Alman CK'da kullanılan "*daha hafif ağırlıktaki haller (minder schweren Fälle)"* kavramını anımsatmaktadır. Ancak nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği ile çok ağır ve hafif halli düzenleme tekniği birbirinden farklı hukuk kurumlarıdır.

[136] Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, 4. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.534; Veli Özer Özbek, "Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)", **CHD**, S.7, 2008, s.87. Benzer şekilde öğretide başka bir görüş, "daha az cezayı gerektiren nitelikli hal" kavramının net olmadığını, bu terimle ne anlatılmak istendiğinin anlaşılamadığını ifade etmektedir. Bkz. Mehmet Emin Artuk/Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.79. Kanımızca bu hususta bir belirsizlik ya da anlam kargaşası söz konusu değildir. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hal terimi, cezayı azaltan nitelikli unsurlara karşılık gelmektedir.

cezada artış veya hafifleme meydana getiren alt kavramlara karşılık gelen terimler hazır bulunmaktadır. Yukarıda ileri sürüldüğü üzere cezayı azaltan nitelikli unsurlar için ayrı bir terim üretildiği vakit, ayrıca cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurlara karşılık gelen üst kavram için de farklı bir terim üretilmesi ihtiyacı doğacaktır. Kanımızca hali hazırda yerleşik terimler varken, bu kadar yeni terim üretmeye gerek bulunmamaktadır.

Günümüz öğretisinde nitelikli unsurlar ya da nitelikli haller terimleri yerine "suça etki eden nedenler" teriminin kullanıldığı da görülmektedir. Bu tercihin arka planında suç unsuru teriminden sadece suçun kurucu unsurlarının anlaşılması yatmaktadır. Suç unsuru terimini sadece belirli bir suçun oluşumu ya da bir suçu başka bir suçtan ayırt etmek için mevcudiyeti şart olan unsurlara özgüleyen bu düşünce, suçun ağırlığına (haksızlık içeriğine) ve cezasına etki eden hususiyetler için unsur terimini kullanmamakta, bunun yerine "suça etki eden nedenler" terimini kullanmayı yeğlemektedir. Ancak bu görüşteki yazarlar da kanun koyucunun aynı hususiyeti kimi ceza normlarında "(kurucu) unsur" şeklinde kimi ceza normlarında ise "suça etki eden neden" şeklinde düzenleyebildiğini ifade etmektedir[137]. Daha önce de ifade edildiği üzere kanımızca unsur terimi sadece kurucu suç unsurları ile sınırlanamaz. Suçun haksızlık içeriğine etki ederek hükmolunacak cezada değişiklik meydana getiren, suç tipinde nihai ve bağlayıcı bir biçimde tasvir edilen hususiyetler de bir suç unsurudur. Bu hususiyetleri ifade etmek üzere açıkça "nitelikli unsurlar" teriminin kullanılması doğru olacaktır. Bu itibarla nitelikli unsurları ifade etmek üzere "suça etki eden nedenler" teriminin kullanımını doğru bulmuyoruz.

Alman ceza hukuku literatüründe suçun cezasının artmasına yol açan unsurları ifade etmek üzere "*qualifizierte Merkmale*" ya da "*Qualifikation*" kavramı; bu unsurların yer aldığı suç tiplerini ifade etmek üzere, "*Qualifikationstatbestand*" (ya da *qualifizierenden Tatbestand*) kavramı; bu unsurların yer aldığı suçları ifade etmek üzere ise "*qualifizierten Delikten*" kavramı kullanılmaktadır. Buna karşılık, suçun

[137] Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.120-121. Yazara göre suça etki eden nedenler esasen hâkimi muhatap alan cezanın belirlenmesi kurallarıdır. Bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.122. Bu görüşe nitelikli unsurlar bakımından katılmak mümkün değildir. Kanımızca nitelikli unsurlar tali de olsa suç unsurudurlar. Bunlar salt cezanın belirlenmesi kuralları olmayıp, suç tipinin unsurları olma özelliği gösterirler.

cezasının azalmasına yol açan unsurları ifade etmek üzere "*privilegierte Merkmale*" ya da "*Privilegierung*" kavramı; bu unsurların yer aldığı suç tipleri için "*Privilegierungstatbestand*" (ya da *privilegierenden Tatbestand*) kavramı; bu unsurların yer aldığı suçları ifade etmek üzere ise "*privilegierten Delikten*" kavramının kullanıldığı görülmektedir[138].

Alman ceza hukuku literatüründe kullanılan "*qualifizierend*" kavramı Türk öğretisi tarafından Türkçeye "nitelikli" kelimesi kullanılarak çevrilirken, "*privilegierend*" (ya da *privilegierte*) kavramı ise "ayrıcalıklı" kelimesi kullanılarak Türkçeye çevrilmektedir[139]. Alman literatüründe suçun nitelikli unsurlarını ve nitelikli unsur içeren suç tipini ifade etmek üzere kullanılan terimlere ilişkin bu kısa açıklamadan da anlaşılabileceği üzere, Alman ceza hukuku öğretisinde suçun cezasını artıran nitelikli unsurlar ve suçun cezasını azaltan nitelikli unsurlar için ayrı ayrı terimler kullanmaktadırlar. Türk ceza hukuku öğretisinde kullanılan "nitelikli unsur" kavramı suçun cezasının artmasına ya da azalmasına yol açan tali unsurların bütününü ifade etmek üzere başvurulan bir üst kavramdır. Alman ceza hukuku literatüründe ise nitelikli unsur terimi, yalnızca cezanın artmasına yol açan tali unsurları ifade etmek için kullanılmaktadır.

Esasen Türk ve Alman ceza hukuku öğretisinde bulunan terimsel farklılığın temelinde yatan sebep, Türk ceza hukuku öğretisinde suçun cezasının azalmasına yol açan tali unsurlar için "ayrıcalıklı" teriminin kullanılmamasıdır. Eğer Türk öğretisinde de Alman öğretisinde olduğu gibi suçun cezanın azalmasına yol açan tali unsurlar için "ayrıcalıklı" terimi kullanılsaydı, "nitelikli" terimi de yalnızca suçun cezasının artmasına yol açan tali unsurlara özgülenebilir olacaktı[140]. Mevcut şekliyle, yani hem

---

[138] Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Aufl., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, §8 kn.60; Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019, §8 kn.19-20. Ayrıca, "*privilegierende Abwandlung*" ve "*qualifizierende Abwandlung*" isimlendirmesi için bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.63-64.

[139] Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.246; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.195; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.99. Öğretide cezayı artıran nitelikli unsurlu suça karşılık olarak "suçun ağır (mevsuf) biçimi", cezayı azaltan nitelikli unsurlu suça karşılık olarak ise "suçun hafif (ayrıcalıklı) biçimi" terimlerini kullanan yazarlar da mevcuttur. Bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.246.

[140] Türk ceza hukuku öğretisinde, tıpkı Alman ceza hukuku öğretisi gibi nitelikli-ayrıcalıklı unsurlar ayrımı yapan ve nitelikli unsurlar deyimini sadece cezayı artıran unsurlara özgüleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.195.

yürürlükteki TCK'da hem Türk ceza hukuku öğretisinde hem de uygulamada kullanılan haliyle, "nitelikli" teriminin suçun cezasının artmasına veya azalmasına yol açan tali unsurlar için kullanılan bir üst kavram olduğunun kabulü gerekir.

IV. TEMEL SUÇ TİPİ-NİTELİKLİ UNSURLU SUÇ TİPİ AYRIMI

A. Genel Olarak

Bir suç unsurunun cezayı kurucu karaktere mi yoksa cezayı değiştirici karaktere mi haiz olduğu, maddi içeriğine ve suç tipindeki işlevine göre belirlenir. Buna göre, eğer bir unsurun gerçekleşmemesi halinde devreye giren, genel norm teşkil eden bir hüküm mevcutsa, bu unsurun cezayı kurucu karakterde olmadığından söz edilir. Eksikliği halinde failin cezasız kalmadığı, genel suç tipine göre cezalandırılmasının mümkün olduğu unsur, nitelikli unsur olarak görülür. Buna karşılık mevcudiyeti sadece failin nasıl cezalandırılacağına değil, cezalandırılıp cezalandırılmamasına da etki eden unsur ise cezayı kurucu unsur hüviyeti taşır. Cezayı kurucu karaktere haiz olan unsurun eksikliği suç tipinin gerçekleşmemesine ve prensip olarak failin cezasız kalmasına yol açar[141]. Salt tipleştirici olan, fiilin değersizlik içeriği bakımından önemi bulunmayan unsurlar, sadece suç tipini ve cezayı kurucu karaktere haizdir. Bunların ceza adaletini sağlama kaygısı veya işlevi yoktur. Sadece suçun tipini belirlemeye hizmet ederler. Buna karşılık, cezayı artıran ya da azaltan unsurlar daima bir değerle ilintilidir. Bu unsurlar, haksızlığı ya da kusuru kademelendirme yoluyla ceza adaletini sağlamaya hizmet etme gücüne ve işlevine sahiptir[142].

Öğretide savunulan bir görüşe göre, ayrıca suç tipinde yeni ve müstakil bir hukuki değer tesis eden unsurlar da cezayı kurucu hüviyettedir. Zira bu türden unsurlar, bir suça ek haksızlık içeriği verilmesini sağlama işlevi görür[143]. Bu itibarla temel suça eklenen nitelikli unsurların suçla korunan hukuki değer(ler)i değiştirmesi

---

[141] Ingeborg Puppe, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2019, §27 kn.31; Ingeborg Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", **ZStW**, 2008, s.518, 525.

[142] Rolf D. Herzberg, "Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale", **GA**, 1991, s.178. Yazara göre, cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar, esasen suç tipine ait değildir. Bunlar, özel fiil değersizliğine göre suçu kademelendirmeye hizmet ederler. Bu itibarla, fiilin değersizliği ile ilintilidirler. Bkz. Herzberg, **a.g.e.**, s.178-179.

[143] Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", s.518-519.

ya da temel suçun koruduğu hukuki değer(ler)e yeni hukuki değer(ler) eklemesi mümkün değildir[144]. Kanımızca bu görüş prensip itibarıyla doğru olsa da kati suretle kabul edildiğinde hatalı çıkarımları beraberinde getirebilir. Zira istisnai de olsa cezayı artıran nitelikli unsurların suçla korunan hukuki değere etki etmesi mümkündür. Örneğin, bir suça cezayı artıran nitelikli unsur eklenmesi suretiyle meydana getirilen bileşik suçlarda durum böyledir. Bileşik suçun nitelikli unsur hüviyetine sahip olan bileşeni, aynı zamanda müstakil bir suç teşkil ettiğinden, bileşik suça yeni bir hukuki değer ve haksızlık bileşeni katabilmektedir. Ancak bu unsur suçun vasfında bir değişiklik meydana getirmediğinden, yani bir suçu başka bir suç haline dönüştürmediğinden nitelikli unsur şeklinde sınıflandırılmaya devam eder.

B. Temel Suç Tipi

Ceza kanunlarının özel hükümler kitaplarında yapılan suç tanımlarında öncelikle bir suçun temel şeklinin tasvir edildiği görülmektedir. Bu suç tipleri, bir suça tipik karakteristik dış görünümünü veren tüm unsurları bünyesinde barındırır[145]. Sadece kurucu suç unsurlarından oluşan, içerisinde bunlara ek olarak cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurları barındırmayan suç tipleri, *temel (basit) suç tipleri* (*Grundtatbestände*) şeklinde, bunlara karşılık gelen suçlar ise *temel (basit) suçlar* şeklinde adlandırılır[146]. Temel suç tipleriyle bir suçun en yalın formu düzenlenir. Yani bir fiilin ceza hukuku yaptırımları ile karşılanabilmesi için bulunması gereken asgari (minimum) koşullar temel suç tipleri vasıtasıyla tarif edilir. Bu itibarla, temel suç tipleri yalnızca cezaya layık haksızlığın oluşumu için mevcudiyeti şart olan kurucu unsurlardan meydana gelir[147]. Bu suç tiplerinin içerisinde yer alan kurucu unsurlar,

---

[144] N.Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s.231.

[145] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.6; Walter Kargl, "Zum Grundtatbestand der Tötungsdelikte", **JZ**, 2003, s.1144; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.89.

[146] "Suçun temel biçimi (yapısı, formu)" isimlendirmesi için bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.245. "Suçun yalın halleri" isimlendirmesi için bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.365. İlgili suçun "normal hali" isimlendirmesi için bkz. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §14 kn.40. Alman öğretisinde bu anlamda kullanılan "*Grundtatbestand*" ve "*einfache Tatbestand*" isimlendirmeleri için bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.60. Belirtilmelidir ki, *"*suçun basit şekli*",* "suçun temel biçimi*"* ve *"*suçun yalın halleri*"* gibi terimlerle sona eren bir isimlendirme temel suçtan ziyade temel suç tasvirini içeren suç tipini ifade eder. Bu nedenle bu tür suçlara karşılık gelecek şekilde "basit suç" ya da "temel suç" ifadelerinin kullanılması daha doğru bir anlatım olur.

[147] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.167; Volker Krey/Robert Esser, **Deutsches Strafrecht**

ilgili suçun temel formunu ayırt edici şekilde tasvir ederek suça tipik görünümünü verir ve temel suçun haksızlık içeriğini belirler[148]. Temel suç, netice (zarar) suçu olabileceği gibi tehlike suçu da olabilir[149].

Temel suç, tabiatı gereği bağımsız olan ve kendi kendisine müstakil bir şekilde cezalandırılabilirliği tesis eden suç tipine sahiptir[150]. Diğer bir ifadeyle, tek başına herhangi bir suça ait temel suç tipinin gerçekleştirilmesi kural olarak müstakil bir suçun oluşumu ve failin bu nedenle cezalandırılabilmesi için gerekli ve yeterlidir. Cezaya layıklık bakımından temel suçun yanı sıra başka bir suç tipinin daha gerçekleştirilmesi mecburiyeti bulunmamaktadır. Öte yandan, temel suç tipleri üzerlerine başka unsurların eklenmesi suretiyle genişletilebilir. Başka suç tiplerinin tesisi için çıkış noktası olabilir. Bu sayede, başka ceza normlarının türetilmesi bakımından dayanak teşkil edebilir. Bu özellikleri nedeniyle temel suç tipleri, *köken (menşe) suç tipleri* (*Ausgangstatbestände*) olarak da adlandırılmaktadır. Zira temel suç tiplerini meydana getiren unsurlar, bunlardan türetilen tüm ceza normlarının içerisinde de bulunmaya devam eder[151].

Temel suç tiplerinde, suçun çeşitlilik arz eden işleniş varyasyonları dikkate alınmaz. Temel suçlar, yeni unsurların eklenmesi suretiyle suçun çeşitli işleniş varyasyonlarının dikkate alındığı nitelikli unsurlu ceza normları için köken (menşe)

Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2022, kn.232; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.194; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.142. Öğretide tek bir hukuki değeri koruyan suçların da basit suçlar olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bkz. Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.132. Yukarıda yapılan basit (temel) suç tarifinde suçla korunan hukuki değerlerin sayısı önem arz etmez. Yani birden fazla hukuki değeri koruyan bir suç da sadece kurucu unsurlardan meydana gelmişse basit suç olarak değerlendirilebilir. Benzer şekilde öğretide itiyadi suçun karşıt anlamlısı olan, yani bir kez işlenmekle oluşan ve cezayı gerektiren suçları açıklamak için de basit suç teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Nevzad A. Odyakmaz, **Ceza Hukuku Ceza Davaları ve Yargılama Hukuku**, 4. Bs., İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999, s.46; Kantar, **a.g.e.**, s.156. Yukarıda yapılan basit suç tarifinin suçun itiyadi şekilde işlenip işlenmemesi ile de bir ilgisi bulunmamaktadır.

[148] Kargl, **a.g.e.**, s.1144.

[149] Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.66.

[150] Alexander Baur, "Tatbestandstypenlehre und ihre Bedeutung für die Fallbearbeitung – Teil 2", **ZJS**, 2017, s.655.

[151] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.178; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2015, §2 kn.45; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.116.

suç tipi olma işlevi görmekle yetinirler. Bu itibarla, nitelikli unsurlu ceza normlarının temelinde bulunan (temelini oluşturan) suç tipleri olarak bilinirler[152].

C. Nitelikli Unsurlu Suç Tipi

1. Genel Olarak

Ceza kanunlarında, bir normun üzerine ekleme yapılarak birden fazla suç tipi inşa edilmesi mümkündür. Bu suç tiplerinin her biri norm ihlalinin çeşitli modalitelerine[153] (varyasyonlarına) karşılık gelir. Bu suretle, suç tiplerinde norm ihlalinin türüne göre suçun nicelik itibarıyla farklı düzeylerdeki haksızlık içeriklerinin karşılanması amacı güdülür[154]. Hali hazırda cezalandırılabilir olan bir hareketin maddi içeriği, bunun daha ağır ya da daha hafif ağırlıkta belirmesini sağlayan unsurlara suç tipinde yer verilmesi suretiyle de tasvir edilebilir[155]. Nitekim kanun koyucu pek çok suçta, temel suç tipini düzenlendikten sonra, bunu ayrıca özel nitelikteki başka suç tipi unsurlarıyla genişletir. Bu unsurlar suçun işlendiği yer ya da zaman, suçun özel bir işleniş şekli, suçun işlenmesinde kullanılan belirli bir araç, suçun konusunun ya da suçtan zarar görenin özel durumu, fail ile mağdur arasındaki ilişki vb. gibi çok çeşitli hususiyetlerden ileri gelebilir. Bunlar temel suçun haksızlık içeriğinde sıra dışı bir değişiklik meydana getirerek suçun ağırlığını artırır veya hafifletir[156]. Ancak bu

---

[152] Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2017, §1 kn.4; Kargl, **a.g.e.**, s.1143; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Aufl., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2021, §6 kn.61. Şensoy, suçun basit şeklinde sadece suç tarifinin yapıldığını belirtmekte ve suçun basit şeklinin her türlü kanuni vasıftan mücerret olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, suçun kurucu unsurları her türlü vasıftan azade şekilde, suçu tarif etmek için bir araya gelen unsurlardır. Bkz. Şensoy, **a.g.e.**, s.88, 91.

[153] Suç tiplerinde genellikle suçun ya da nitelikli unsurun oluşabilmesi için birinin mevcudiyeti yeterli olan birden fazla olasılığa (ihtimale) yer verilir. Bu olasılıklar birbirleriyle "veya" bağlacı ile irtibatlandırılır. Bu durumda, alternatiflerden, varyasyonlardan ya da hareketin modalitelerinden bahsedilir. Örneğin Alman CK §211'e göre, kasten öldürmenin cezayı artıran nitelikli unsurunun gerçekleştiği kabulünde bulunulabilmesi için, somut olayda kanunda sayılan dokuz nitelikli unsurdan birinin mevcudiyeti yeterlidir. Benzer olasılık (ihtimal) spektrumu diğer suçlara ait nitelikli unsurlar bakımından da söz konusudur. Bkz. Rengier, **Strafrecht AT**, §8 kn.21.

[154] Reinhart Maurach/Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1**, 8. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller Juristischer Verlag, 1992, §20 kn.43.

[155] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.44.

[156] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.168; Rengier, **Strafrecht AT**, §8 kn.8; Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.43; Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.60.

unsurlarla müstakil bir haksızlık tesis edilmez[157]. Temel suç tipi, kendisine yapılan bu eklemelerin çıkartılması suretiyle belirlenir[158].

Temel suç tiplerine, başka unsurlar eklenmesi suretiyle suç tiplerinde değişiklik meydana getirilir. Bunlar *tipe ilişkin kanuni değişiklikler* (*tatbestandliche Abwandlungen*) biçiminde adlandırılır[159]. Ceza kanunlarının özel hükümler kitabında yer alan pek çok suç tipinde bu gibi kanuni değişiklikler görülür. Bunlar daima temel suç tipine ait unsurlar ile kümülatif bir biçimde gerçekleştirilmesi gereken suç unsurları eklenmesi suretiyle tesis edilir. Tipe ilişkin kanuni değişiklikler ya temel suç tipinde öngörülen hukuki sonucu (yaptırımı) ağırlaştırır (pek çoğu bu niteliktedir) ya da hafifletir. Bu itibarla, bunlar suçun cezasını artıran veya azaltan *nitelikli unsurlar* olarak karşımıza çıkar[160]. İçerisinde, suçun asli unsurlarının tamamının yanı sıra gerçekleştirilmesi halinde suçun haksızlık (ya da kabule göre kusur, değersizlik) içeriğine etki ederek temel suça karşılık gelen cezanın mecburi suretle artmasına ya da azalmasına yol açan unsurların nihai bir kataloğunu barından suç tipleri *nitelikli unsurlu suç tipleri* şeklinde, bunlara tekabül eden suçlar ise *nitelikli unsurlu suçlar* şeklinde adlandırılır[161]. Nitelikli unsurlu suçlarda temel suçun hukuki niteliği, yani temel suçun adı ve temel suçla korunan hukuki değer egemen olmaya devam eder[162].

---

[157] Detlev Sternberg-Lieben, "Versuch und §243 StGB", **JURA**, 1986, s.185.

[158] Kargl, **a.g.e.**, s.1144.

[159] Aynı anlamda kullanılan "temel suç tipini değiştirici suç tipleri (*Grundtatbestand modifizierende Tatbestände*)" isimlendirmesi için bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.60.

[160] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.232; Claus Roxin/Luis Greco, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre,** 5. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2020, §10 kn.132; Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.95.

[161] Taner, **a.g.e.**, s.103; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.6; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.168; Julia Heinrich, **Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen**, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, s.131. Ayrıca "nitelikli suç" ve "suçun nitelikli şekli" isimlendirmeleri için bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.120. Bununla birlikte, temel suç tipine eklenen bir hususiyet suçun değersizlik içeriği üzerinde herhangi bir etkiye sahip edilse, nihai bir biçimde düzenlenmemişse ya da mevcudiyeti halinde temel suça karşılık gelen cezada mecburi suretle değişikliğe yol açmıyorsa, bu hususiyetin gerçek anlamda suç unsuru olma özelliği bulunmaz. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.168.

[162] Taner, **a.g.e.**, s.467; Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.340; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.687; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.120-121. Yüce suçun niteliğini değiştiren sebeplerin de dönemin ifadesiyle "ağırlaştırıcı sebep" olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, örneğin hırsızlık suçunun yağma suçuna dönüşmesine yol açan zor kullanma yani cebir unsuru cezayı ağırlaştıran bir sebeptir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.92. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Cebir unsuru olmadan yağma suçu meydana gelmeyeceğinden, cebir yağmanın nitelikli değil kurucu unsuru hüviyetindedir.

Tipe ilişkin kanuni değişikliklerde, ne gibi durumların cezada artırıma ya da hafiflemeye yol açacağı suç tipi vasıtasıyla detaylıca açıklanmaktadır. Bu sebeple cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar aynı zamanda, kanunda *ismen zikredilmiş (belirlenmiş) ceza artırım sebepleri* (*benannte Strafschärfungsgründe*) ya da *ismen zikredilmiş (belirlenmiş) ceza indirim sebepleri* (*benannte Strafmilderungsgründe*) biçiminde de isimlendirilir[163]. Ayrıca, temel norm ve bunun üzerine eklenerek geliştirilen tamamlayıcı normdan meydana gelen bütün, öğretide *suç grubu* (*Deliktsgruppe*) şeklinde adlandırılmaktadır. Buna göre, temel suç ile ona eklenen cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar bütün halinde bir suç grubu meydana getirir[164].

Eklenmelidir ki, her suçun nitelikli unsuru bulunmaz. Nitelikli unsurlar esasen istisnai hüviyetteki suç unsurlarıdır. Bu itibarla, nitelikli unsurlarla meydana getirilen suç tipleri de istisnai suç tipleri olup yardımcı karaktere haizdir. Bu suç tipleriyle temel suç tipinin uygulanma alanı spesifikleştirilerek daraltılır, başka bir deyişle sınırlayıcı bir şekilde özelleştirilir[165]. Bu nedenle, kapsamına giren olaylara nitelikli unsurlu suç tipleri doğrudan doğruya ve temel suç tipine kıyasla öncelikli olarak uygulanır.

2. Nitelikli Unsurların Tanımı

Suçun nitelikli unsurları ile ilgili İtalyan öğretisinde yapılan tanımlarda, bunların cezayı değiştiren hukuki sebepler şeklinde anlaşılmaları gerektiği üzerinde durulmaktadır[166]. Ancak tek başına nitelikli unsurların suçun cezasının artmasına ya da azalmasına yol açan sebepler olduğuna yönelik bir tanım günümüz öğretisinde hiçbir anlam ifade etmez. Zira nitelikli unsurlar dışında da cezayı artıran veya azaltan

---

[163] Kühl, **Strafrecht AT**, §1 kn.7. Alman CK'da nitelikli unsurlar temel suça ait cezada, oransal bir artışa ya da hafiflemeye neden olacak şekilde değil, ayrı bir ceza çerçevesinin uygulanmasını gerektirecek şekilde formüle edilmiştir. Yani bunlar basit suça ait kural ceza çerçevesi yerine, özel ceza çerçevesinin uygulanmasına temel teşkil ederler. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.6. Bu nedenle nitelikli unsurların, *kanunda ismen zikredilmiş ceza çerçevesinde (mecburi) değişiklik meydana getiren sebepler* (*benannten Strafrahmenänderungsgründe*) arasında yer aldığından söz edilir. Bkz. J.Heinrich, **a.g.e.**, s.131. Cezayı artıran nitelikli unsurlar *yukarıya doğru ceza çerçevesi kademelendirmesi*, cezayı azaltan nitelikli unsurlar ise *aşağıya doğru ceza çerçevesi kademelendirmesi* olarak görülür. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.39.

[164] Mädler, **a.g.e.**, s.23, 38.

[165] Mädler, **a.g.e.**, s.51.

[166] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.67.

pek çok sebep bulunur. Bu sebeplerin hukuki nitelikleri ve suç genel teorisi içerisindeki yerleri birbirlerinden oldukça farklıdır.

Ne 765 sayılı TCK'da ne de 5237 sayılı TCK'da doğrudan doğruya suçun nitelikli unsurlarını tanımlayan bir madde bulunur[167]. Ancak her iki kanunda da nitelikli unsurlara yönelik hem genel hükümler hem de özel hükümler kitaplarında çeşitli atıflar yer alır. Kanundaki bu işaretlerden yola çıkılarak genel ve soyut bir nitelikli unsur tanımı yapılması ceza hukuku öğretisine bırakılmıştır. Türk öğretisinde bir görüş nitelikli unsurları, hareket unsurunun somut olayda arz edebileceği hususiyetler üzerinden tanımlamaktadır. Bu hususiyetler hareketin gerçekleştirildiği yere, zamana, hareketin işleniş şekline, vasfına, hareketin gerçekleştirildiği sırada failin ya da mağdurun taşıması gereken vasıflara ya da suçun konusuna karşılık gelebilir. Buna göre, nitelikli unsurların incelenmesi hareketin somut olayda gösterdiği hususiyetlerin incelenmesi anlamına gelir ve tüm bunlar suçun tali unsurlarına tekabül eder[168]. Başka bir görüş, nitelikli unsurlu suç tiplerini, birtakım vasıflarla nitelenmiş olduğu için daha ağır cezayı gerektiren suç tipleri olarak tarif etmektedir. Buna göre, suçun kurucu unsurlarına fiilin karakterinin şiddetini arttıran bir vasfın eklendiği hallerde nitelikli unsurdan söz edilir. Yani nitelikli unsurlar suçun kurucu unsurlarına başkaca vasıfların eklenmesi suretiyle ortaya çıkar[169].

Suçun nitelikli unsurları ile ilgili Türk öğretisinde kanımızca en anlaşılır, basit ve bütüncül tanım Dönmezer/Erman tarafından yapılmıştır. Yazarlara göre, "*suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır ya da daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren fakat bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen ve bulundukları zaman da suçun hukuki vasfının değişmesine yol açmayan sebepler*"e

[167] Her iki kanunda bir suç tanımı da bulunmaz. Bunun nedeni, bu konuda herkesin benimseyeceği bir tanım yapmadaki zorluktur. Tanımlar anlayışa göre değişiklik gösterir. Bu nedenle ceza kanunlarında tartışmalı olan bir konu tanım yapılarak dondurulmak istenmez. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.19. Yüce'nin ifade ettiği bu gerekçeler pek ala ceza kanunlarında nitelikli unsurların tanımlanmamış olması için de kullanılabilir. Önemli olan kanunda genel bir nitelikli unsur tanımı yapılmasından ziyade suç tiplerinde nitelikli unsurlara yer verilerek ilgili suça özgü olacak şekilde nitelikli unsurların açıkça tasvir edilmesidir.
[168] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.66.
[169] Şensoy, **a.g.e.**, s.88.

suçun nitelikli unsurları denir[170]. Bu tanımdan, nitelikli unsurların suçun ağırlığına etki ettikleri, dolayısıyla da temel suça karşılık gelen cezanın ağırlığında değişikliğe yol açtıkları, temel suç tipine eklenen unsurlar oldukları, eksikliklerinin temel suçun oluşmasına engel olmadığı ve mevcudiyetlerinin de suçun ayniyetinde bir değişiklik meydana getirmediği anlaşılır.

Tüm bu anlatılanları göz önüne aldığımızda nitelikli unsurları, temel suça eklenerek suçun haksızlık içeriğini değiştiren, eksiklikleri temel suçun oluşmasını engellemeyen, mevcudiyetleri ise suçun ayniyetine etki etmeyen, ancak temel suça karşılık gelen cezanın ağırlığında kaçınılmaz bir değişiklik meydana getiren, kanunda nihai biçimde tasvir edilmiş suç unsurları şeklinde tanımlamaktayız.

Ek unsurlar suçun haksızlığını (değersizliğini/kabule göre kusuru) yükseltici hüviyetteyse *cezayı artıran nitelikli unsurlardan* bahsedilir. Bu durumda fail temel suça kıyasla daha ağır bir ceza tehdidiyle karşı karşıya kalır. Buna karşılık, temel suç tipinde bulunan unsurlara eklenen unsurlar suçun haksızlığını hafifletici hüviyetteyse *cezayı azaltan nitelikli unsurlardan* bahsedilir ve fail temel suça kıyasla daha hafif bir ceza tehdidine maruz bırakılır. Nitelikli unsurlar vasıtasıyla suçun haksızlık içeriğinde sadece niceliksel bir değişiklik meydana getirilir. Vurgulanmalıdır ki tıpkı cezayı artıran nitelikli unsurlar gibi, cezayı azaltan nitelikli unsurlar da temel suç tipinin bütününe dayanır ve bundan türetilir[171]. TCK'da pek çok suç için nitelikli unsur öngörülmüştür. Ancak bu nitelikli unsurların büyük çoğunluğu cezayı artıran nitelikli unsur şeklindedir. Cezayı azaltan nitelikli unsurlar oldukça az sayıdadır. Alman CK'da da benzer bir durum söz konusudur[172].

---

[170] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.339.

[171] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.45; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.62, 64; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §28 kn.79; Baur, **a.g.e.**, s.655.

[172] Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, cezayı azaltan nitelikli unsurlar, suç unsuru olarak değil, cezanın belirlenmesi kuralı olarak formüle edilmelidir. Bu formülasyona göre, cezayı azaltan nitelikli unsurlar, suç tiplerinden çıkartılacak ve cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınarak temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin alt sınırına yaklaşılmasını sağlama işlevi görecektir. Ayrıca bu görüşe göre, suçların temel şekline karşılık gelen cezaların alt sınırları da düşürülmelidir. Bkz. Soner Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXV, S.3, 2021, s.421-422. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira belirli birtakım suçlara ait olan cezayı azaltan nitelikli unsurların genel hükümler kitabında tüm suçlara yönelik cezanın belirlenmesi kuralları olarak düzenlenmesi TCK'nın sistematiği ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca, bu görüş temel suça ait ceza çerçevesinin genişlemesine yol açar. Bu da hukuki güvenliği zedeler.

3. Nitelikli Unsurların Varlık Sebebi

Suçun kim tarafından, kime karşı, kimlerin katkısı ile, ne gibi araçlarla, neden, ne şekilde, ne zaman ve ne hakkında işlendiğinin adil bir hüküm tesisi için göz önünde bulundurulması gerektiği öteden beri bilinen ve mümkün olduğunca riayet edilen temel bir hukuk ilkesidir[173]. Cezaların keyfi olduğu dönemde hakimlerin hükmedecekleri cezayı diledikleri gibi ağırlaştırıp hafifletmesi mümkündü[174]. Hakimlerin bu keyfi uygulamalarına tepki olarak Fransız ihtilali sonrası *suçta ve cezada kanunilik ilkesi*[175] hukuk uygulamasına girdi. Bu ilke neticesinde sabit cezalar sistemine geçildi. Yani kanunda her suç karşılığında alt ve üst sınırı olmayan tek (spesifik) bir ceza öngörüldü. Böylelikle bireyler hakimlerin keyfi uygulamalarına karşı güvence altına alındı. Ancak aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesi olanağı da hakimlerin elinden alınmış oldu. Zira ilkenin uygulamaya konulduğu ilk

---

Kanuni güvence yerine, hâkimin takdirini ön plana çıkarır. Cezayı azaltan nitelikli unsurlar suçun temel şekline ait ceza çerçevesinin alt sınırı ile karşılanamayan haksızlıkları kapsamına alır. Yoksa suçun temel şekline ait ceza çerçevesinin alt sınırına yaklaşılmasını sağlama işlevi görmez.

[173] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.339.

[174] Hatta ilkel ceza hukuku devrinde yazılı hukuk kuralları dahi bulunmamakta, aynı aileye mensup olan kişilerin birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri fiiller bakımından aile reisi olay bazlı fiilin cezayı gerektirip gerektirmediğini belirlemekte ve hâkim gibi fiile uygun bir cezaya hükmetmekteydi. Bu belirleme yapılırken ailenin adet ve gelenekleri ile dini inançları belirleyici rol oynayabilmekteydi. Bkz. Dönmezer, **Cezai Mesuliyetin Esası**, s.8-9.

[175] Kanunilik ilkesi ilk defa Montesquieu tarafından ifade edilmiştir. Yazar 1748 yılında, özgürlüğün sınırının kanunlarla çizildiğine, kimsenin kanunda yapmaya mecbur edilmediği bir şeyi yapmaya zorlanamayacağına işaret etmiştir. Yazara göre özgürlük, kanunlar tarafından müsaade edilen her şeyi yapma hakkıdır. Siyasi anlamda özgürlük, vatandaşın kendisini güvende hissetmesidir. Yani vatandaşın güvenlik içinde yaşadığı kanısına sahip olmasıdır. Bu kanıyı, vatandaşa yapılan suç isnatları bozabilir. Bu nedenle, vatandaşın suçsuzluğu güvence altına alınmadıkça özgürlük de güvence altına alınmış olmayacaktır. Bkz. Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine C.I**, Çev.: Fehmi Baldaş, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998, s.233, 271vd. Daha sonrasında bu ilkeyi Latince "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege" formülüyle ifade eden ise Alman ceza hukukçusu Anselm Feuerbach'tır. İlkenin kanunların geçmişe yürümesi yasağına tekabül eden kısmı ilk olarak 1776 tarihli Amerikan (Virginia, Maryland) Anayasalarında düzenlenmiştir. İlke Avrupa'da ilk kez 1787 Avusturya Ceza Kanunu'nda ifade edilmiştir. Hemen ardından, açıkça 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinde (m.7) öngörülmüştür. Beyannamedeki bu hükümler 1791 Fransız Anayasasına (m.8) ve 1791 ile 1810 Fransız Ceza Kanunlarına yansıtılmıştır. Bu düzenlemelerin ardından ilke Kara Avrupası hukuk sistemindeki hukuk normlarına yayılmıştır. Kanunilik ilkesinin temellerinin 1215 tarihli İngiliz Magna Charta Libertatum'unda (m.39) atıldığı ve bunun Fransız ihtilaline zemin hazırladığı ifade edilmektedir. Zira Magna Charta Libertatum m.39'da kral yöresel bir kanun olmadan hiçbir özgür kişiyi cezalandırmamayı taahhüt etmiştir. Bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.77; Uma, **a.g.e.**, s.14-15; Artuk, **Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları) I**, s.90-91; İçel/Donay, **a.g.e.**, s.81-82; Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.13-14. Kanunilik ilkesine Türk hukukunda ilk kez 1858 Ceza Kanunname-i Hümayununda (m.1-5) yer verilmiştir. Sonrasında ise 1876 Kanunu Esasisine (m.10) giren ilke anayasal bir değere kavuşmuştur. Bkz. Artuk, **Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları) I**, s.92-93. Karş. Centel, **a.g.e.**, s.20.

dönemlerde hakimlerin kanunları yorumlama hakkının dahi bulunmadığı kabul edilmekteydi[176].

İlk zamanlarda kanunilik ilkesi çok katı bir şekilde uygulanmaktaydı. Montesquieu, kanunların kesin olduğunu, hakimlerin görevinin kanun metinlerini olduğu gibi uygulamaktan ibaret bulunduğunu, bunun için ise iki göze sahip olmalarının yettiğini ifade etmekteydi[177]. Böylelikle hakimlerin görevi sanığın fiillerinin ceza kanunlarına aykırı olup olmadığını, yani suç teşkil edip etmediğini belirlemeye indirgenmişti. Aksi takdirde, kanunilik ilkesine rağmen bireylerin hakimlerin esiri olmaya devam edeceği düşüncesi mevcuttu[178]. Hâkim, suçu işlediğini belirlediği kişi hakkında kanunda öngörülen sabit cezaya hükmetmekle görevliydi. Bu itibarla hâkim adeta bir araç olma işlevini yerine getirmekteydi. Bu dönemde, kanuna bire bir riayet edilmesi nedeniyle doğacak düzensizliğin, yorum nedeniyle doğacak düzensizlikten daha evla olduğu düşüncesi hakimdi. Bununla birlikte bir süre sonra bu sistemin de arzu edilen adillikte bir cezaya hükmedilmesini sağlamaktan oldukça uzak olduğu anlaşıldı. Zira hâkime hiçbir takdir hakkı tanınmaması da adaletsiz kararların verilmesine yol açmaktaydı. Bunu takiben öğretide basamaklı ya da aralıklı cezalar olarak da adlandırılan, alt ve üst sınırlı cezalar sistemine geçildi[179].

Basamaklı ceza sistemi cezanın bireyselleştirilmesi düşüncesinin ürünüdür. Böylelikle hâkime kanun tarafından belirlenmiş olan ceza çerçevesi içerisinde somut olay adaletini sağlayacak bir cezaya hükmetme yetkisi verilmiştir. Yani hâkim

---

[176] Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.56; Uma, **a.g.e.**, s.63. Beccaria, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin henüz pozitif hukuk metinlerinde yer almadığı 1764 tarihli meşhur kitabında, ceza hakimlerinin kanun koyucu olmadıklarını, bu nedenle kanunu yorumlama hakkına sahip bulunmadıklarını ileri sürmekteydi. Zira yazara göre, hakimlerin kanunu yorumlaması da neticede keyfiliğe yol açacaktır. Sadece kanun koyucu kanunları yorumlama hakkına sahiptir. Bkz. Beccaria, **a.g.e.**, s.124-127. Günümüz ceza hukuku anlayışına göre, hâkimin yorum faaliyetinde bulunmaksızın soyut ceza normunu somut olaya uygulaması mümkün değildir. Bu hâkime ait anayasal bir yetkidir. Bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.103-104.

[177] Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine C.I**, s.138.

[178] Beccaria, **a.g.e.**, s.125, 127.

[179] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.138; Taner, **a.g.e.**, s.449-450; Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.77; Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, 12. Bs., Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985, s.240. "İki basamaklı cezalar" ve "mütefavit cezalar" isimlendirmesi için bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.III**, 12. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, s.256. Yorumun uygulamadan ayrılabilmesi mümkün değildir. Kanunlar ancak yorum yoluyla uygulanabilir. Bu yetki de hâkime aittir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.56.

verilecek cezayı fiilin özelliklerine ve suçlunun kişiliğine uydurabilecektir. Modern ceza hukuku öğretisi, ancak bu suretle cezadan beklenen ıslah etme, eğitme ve önleme gibi amaçların gerçekleştirilebileceğine inanır. Bu ceza sistemi kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasına ilişkin eski anlayıştan uzaklaşıldığının açık bir göstergesidir. Cezaların bireyselleştirilmesi ihtiyacı kanunilik ilkesinin yumuşatılmasına yol açmıştır. Hâkimin, kanunda öngörülmüş olan taban ve tavan sınırlar arasında kalacak şekilde yapacağı değerlendirme ile cezayı tayin etme yetkisi "genel takdir yetkisi" şeklinde adlandırılır[180].

Benzer şekilde, hâkimin kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olan farklı ceza türleri arasında olaya uygun düşen cezanın türünü seçmesine olanak tanımak amacıyla, ceza normlarında seçenekli cezalara yer verilmiştir. Böylelikle hâkim somut olayda ortaya çıkan haksızlığın yoğunluğuna göre uygulanması gereken ceza çeşidini seçmede serbest bırakılır. Ancak ileriki zamanlarda aralıklı ve seçenekli cezalar sistemin de istenilen ölçüde ceza adaletinin teminini sağlayamadığına kanaat getirilmiştir. Bunun üzerine hakimlere ceza tayininde daha fazla yetki verilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda somut olayın özelliğine göre verilecek cezayı hafifletebilmeleri için hakimlere yetki verilmesi yoluna gidilmiş ve takdiri indirim nedenleri ceza kanunlarına girmiştir. Böylelikle tüm suçlar bakımından hâkimin takdirine göre uygulanabilen genel cezayı azaltıcı sebepler hakimlerin istifadesine sunulmuştur[181].

Tüm bu anlatılanlar, hukuki güvenlikten taviz vermeden somut olayda ortaya çıkabilecek haksızlık yoğunluğuna mümkün olduğunca bire bir karşılık gelecek şekilde adil bir cezaya hükmedilebilmesine olanak sağlayacak bir suç tipi ihdası arayışını dindirmemiştir. Bu yöndeki çabalar kapsamında, hukuki güvenliği teminat altına alarak mümkün olduğunca adil bir cezaya hükmedilmesini sağlamak amacıyla, bir kanun yapma tekniği olarak nitelikli unsurlar öngören suç tipleri ceza kanunlarına giriş yapmıştır. Zira kimi suçların beliriş şeklinin arz ettiği hususiyetlere göre suçun

[180] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.240; Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.139; Uma, **a.g.e.**, s.63; İçel/Donay, **a.g.e.**, s.82; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.3. Nasıl ki aynı hastalıktan mustarip olan her hastaya aynı türde ve miktarda ilaç verilemiyorsa, aynı suçu işleyen her faile de aynı türde ve miktarda ceza verilemez. Bkz. Uma, **a.g.e.**, s.63.
[181] Taner, **a.g.e.**, s.449-450; Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.138.

haksızlık içeriğinin önemli ölçüde artması ya da azalması mümkündür. Bu durumda suçun haksızlık içeriğinde meydana gelen esaslı değişikliklerin tek başına temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin alt veya üst sınırının kullanılması suretiyle giderilmesi olanağı bulunmaz.

Bu gibi hallerde, suçun ortaya çıkış biçiminden ileri gelen haksızlık içeriği artışının ya da azalışının ayrı bir suç tipi tarafından ayrı bir ceza çerçevesiyle kapsanması ihtiyacı ortaya çıkar. Bu nedenle suçun haksızlık içeriğine önemli ölçüde etki eden hususiyetler kanunlarda açıkça belirlenerek bunlar için temel suçtan ayrı bir ceza çerçevesi öngörülür. Bu ceza çerçevesi, meydana gelen haksızlık artışına ya da azalışına karşılık gelecek şekilde, temel suç için öngörülen ceza çerçevesinin alt ve/veya üst sınırından duruma göre daha yüksek ya da daha hafif olur. Bu söylenenler temel suçun cezasında oransal bir artırım ya da indirim yapılmasını gerektiren nitelikli unsurlar için de aynen geçerlidir.

Tarihi süreç içerisinde tamamen hâkimin keyfiyetine göre belirlenen cezalardan sabit cezalar sistemine sert bir geçiş yaşanmıştır. Bunun ardından da kanun koyucunun kendi ölçümünün ve kurallarının somut olay özelinde ortaya çıkabilecek ihtiyaçları her zaman karşılayamayacağının anlaşılmasıyla[182], bu kanuni sertlikten hâkime cezanın belirlenmesinde hareket olanağı sağlayan hukuki müesseselerle uzaklaşılmaya çalışılmıştır. Ancak bu uzaklaşmanın hiçbir zaman tarihin ilk çağlarında olduğu gibi keyfi cezalar sistemine varmaması gerekir. Nitelikli unsurların varlık sebebinin altında cezanın daha fazla bireyselleştirilmesi ihtiyacı yatar. Nitelikli unsurlar sayesinde kanuni değerlendirme ve verilecek ceza, somut olayda gerçekleştirilen hali hazırda suç teşkil eden fiilin gerçek değersizliğini karşılar hale getirilebilir[183].

Gerek temel suça gerekse nitelikli unsurlu suça karşılık gelen ceza çerçevelerinin alt ve üst sınırları arasında kalan aralık, hâkimin değerlendirmesine bırakılan serbest alandır[184]. Böylelikle hem kanunilik ilkesine riayet edilmiş olmakta, hem de hâkimin

[182] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.139.
[183] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.286. Cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurların uygulanması cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında görülmektedir. Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu /Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.43. Nitelikli unsurların hâkimin cezanın tayininde sahip olduğu takdir yetkisini sınırlama düşüncesinin ürünü olduğu hususunda bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.119.
[184] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.140.

cezayı failin kişiliğine uydurmasına imkân tanınmaktadır[185]. Kanun koyucu ayrıca, ceza kanunlarına koyduğu soyut değerlendirme kuralları (TCK m.61/1) ile hâkime cezanın belirlenmesi amacıyla somut olay bazlı yapacağı değerlendirme için yol gösterir. Bu yol gösterici kurallar, hâkime dış sınırları kanunla çizilmiş bir alan içerisinde gerekçeli olarak kullanılabilecek bir hareket serbestisi verir[186].

4. Nitelikli Unsurlu Suç Tipinin Yapısı

a. Genel Olarak

Nitelikli unsurlu suç tipinin içerisinde yer alan, ancak temel suç tipinde bulunmayan unsurlar nitelikli unsurlardır. Bunlar irtibatlandırıldıkları özel ceza çerçevesinin (veya oransal ceza artırımı/hafiflemesinin) uygulanması ve bu ceza çerçevesinin (veya oransal ceza artırımı/hafiflemesinin) ağırlığının tayini bakımından belirleyici öneme haiz olan unsurlardır[187]. Nitelikli unsurlu suç tipleri, norm ihlalinin türüne göre oluşan farklı haksızlık içeriklerini kademelendirerek karşılamak için menşe suç tipine yeni unsurlar eklenmesi suretiyle oluşturulur. Bunun için temel suça, ilgili suçun kurucu unsurlarından farklı olan en az bir unsurun tali unsur olarak eklenmesi gerekir. Bu suretle suçun ağırlığında bir artış ya da hafifleme meydana gelir[188]. Temel suç tiplerine nitelikli unsurlar eklenmesi suretiyle cezalandırma sahası da genişletilmiş olmaktadır[189]. Zira bu unsurlar sayesinde fail temel suça karşılık gelen cezanın alt sınırından daha hafif ya da üst sınırından daha ağır bir cezadan sorumlu tutulmaktadır.

Esasında kanun koyucu belirli bir suça ait nitelikli unsurlar ihdası suretiyle, suçun haksızlık içeriğinde önemli ölçüde değişiklik meydana getiren hususiyetleri temel suçtan ayırmakta ve bunları ayrı bir değer grubu olarak düzenleme yoluna gitmektedir. Bu değer grubu da tıpkı temel suçu meydana getiren unsurlar gibi kanunda tipleştirilmekte ve bunlara temel suçtan ayrı bir hukuki sonuç (yaptırım)

---

[185] Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.360.
[186] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.139.
[187] Mädler, **a.g.e.**, s.71.
[188] Kargl, **a.g.e.**, s.1143.
[189] Walter Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", **Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag**, 1972, s.289.

tahsis edilmektedir. Nitelikli unsurlu düzenleme tekniğinde hem bir suça ait değer gruplarının oluşturulması ve bunların nihai bir biçimde somutlaştırılması hem de bu değer gruplarına karşılık gelecek yaptırımın tayini bütünüyle kanun koyucu tarafından gerçekleştirilir. Değer grupları ceza kanunlarında suç unsuru biçiminde detaylı bir şekilde tasvir edilerek somutlaştırılır. Özel bir ceza çerçevesi (ya da oransal ceza artırımı/indirimi) tahsisi yoluyla da bunlara değer biçilir[190].

Temel suç tipi ve ona zorunluluk bağı ile bağlanmış olan nitelikli unsurlu suç tipi adeta bir madalyonun iki yüzü gibidir[191]. Zira bunların haksızlık çekirdeği ortaktır. Cezayı artıran nitelikli unsurlar, temel suçtan niceliksel olarak daha yüksek haksızlık içeriğine sahip olmaları sayesinde ayırt edilir[192]. Örneğin hırsızlığın temel şekli TCK m.141'de düzenlenmiştir. TCK m.142 ve 143'te ise hırsızlığın cezayı artıran nitelikli unsurlarına yer verilmiştir. Suç TCK m.142 ya da 143'te tasvir edilen durumlar altında işlenirse, fail temel suça kıyasla daha ağır bir ceza tehdidi ile karşı karşıya kalır. Nitelikli unsurlar suçun ağırlığı ile eş düzeyde ceza tayinine olanak tanır. Yani bu artan ceza tehdidi, oluşan haksızlığın ağırlığına ve kusurun ölçüsüne karşılık gelir. Zira cezayı artıran nitelikli unsurlu suç tipleri, temel suçun haksızlığını da içerisinde barındırır. Bunun yanı sıra, haksızlığı kalıcı bir şekilde artıran ve bu sebeple de daha ağır başka bir ceza tehdidine yol açan ek suç tipi unsurlarının tasvirini içerir[193]. Temel suç tipine kıyasla içerisinde daha fazla unsur barındırdığı için nitelikli unsurlu suç tipleri daha dar ve daha özel bir suç tipi hüviyetindedir[194]. Olay incelemesinde ilk olarak fiilin temel suç tipine göre cezalandırılabilir olup olmadığının tespiti gerekir. Ancak temel suç tipine göre bir cezalandırılabilirliğin mevcudiyetinin tespitinden sonra somut olayda nitelikli unsurların da gerçekleşmiş olup olmadığı kontrol edilir[195].

Nitelikli unsur öngören suç tiplerinin ayırt edici özelliği, içerisinde barındırdıkları nitelikli unsurların, prensip itibarıyla objektif suç unsurları olarak

---

[190] Mädler, **a.g.e.**, s.63-64.
[191] Baur, **a.g.e.**, s.655.
[192] Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §28 kn.79.
[193] Stephanie Beer, "§§28 Abs. 1 und 2 StGB in Zusammenhang mit der Teilnahme am Mord", **ZJS**, 2017, s.542; Johannes Wessels, "Zur Problematik der Regelbeispiele für schwere und besonders schwere Fälle", **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, 1972, s.295.
[194] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.195.
[195] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.47.

kastın kapsamında bulunmaları zorunluluğunun mevcudiyetidir[196]. Bu özelliği itibarıyla nitelikli unsur içeren suç tipleri, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç öngören suç tiplerinden farklılaşır. Zira neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağır neticeye taksirle yol açılmış olması da yeterlidir. Öte yandan, suç tipine nitelikli unsur olarak eklenebilecek durumlar oldukça çeşitlilik gösterir. Bunlar objektif ya da sübjektif unsurlardan ileri gelebilir. Ayrıca bunlar fiile ilişkin olabilecekleri gibi şahsa ilişkin de olabilir[197].

Ceza kanunlarının özel hükümler kitabındaki kimi ceza normları arasında kurulan içsel bağlantının en önemli ve en bilindik örneğini temel suç ve bunun nitelikli unsurları arasındaki ilişki oluşturur. Temel suç tipleri ile nitelikli unsurlu suç tipleri arasında sıkı bir sistematik ve dogmatik bağ mevcuttur. Bu yakın ilişki temel ve nitelikli unsurlu suç tiplerinin düzenlenmesi sırasında kullanılan dile de yansır. Bunlardan ilki diğerinin köken suç tipi olduğundan, bu suç tipleri arasında önemli ölçüde dilsel benzerlik bulunur. Temel ve nitelikli unsurlu suç tipleri birbirlerinden ufak nüanslarla ayrılır[198].

Temel suç ile bunun nitelikli unsurları arasında hukuki olarak bağlayıcı bir kademe ilişkisi mevcuttur[199]. Cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar, temel suçun üzerine inşa edilir[200]. Temel suçun üzerine eklenerek geliştirilen özel ek unsur hüviyetindeki nitelikli unsurlar, temel suça bağımlı ilave bir oluşum özelliği gösterir. Bu oluşumda, temel suç tipine ait unsurlar herhangi bir değişiklik olmaksızın mevcudiyetini sürdürür[201]. Bu ilişki öğretide ev metaforu üzerinden izah edilerek daha anlaşılır kılınmaya çalışılmıştır. Buna göre, temel suç bir binanın zemin katı olarak düşünüldüğünde, nitelikli unsurlar bu binanın zemin katının üzerine inşa edilen üst bina katları hüviyetindedir. Binanın temelinin bulunmaması yani temel suçu oluşturan

[196] Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.116.
[197] Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.43.
[198] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.61; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 1.
[199] Klaus Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", **JURA**, 1982, s.421 dn.86. Suç tipleri daha fazlası ve daha azı ilişkisi içerisinde bir arada bulunuyorsa, yani bir suç tipi diğer suç tipi tarafından bütünüyle içeriliyorsa (kapsanıyorsa), bu türden suç tipleri arasında kademe ilişkisinin mevcudiyetinden söz edilir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §28 kn.13.
[200] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.112.
[201] Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10, kn.133; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 1; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.177.

kurucu unsurlardan birinin eksikliği halinde, zemin olmaksızın diğer katların inşa edilebilmesi mümkün olmaz. Buna karşılık temel kat bulunduğu takdirde, üzerine herhangi bir üst katın yerleştirilip yerleştirilmemesi temel katın mevcudiyetine etki etmez. Aynı şekilde temel kata yapılan üst kat ilaveleri temel katın niteliğinde bir değişiklik de meydana getirmez. Bir binanın katları zemin katına nasıl bağımlıysa, nitelikli unsurlar da temel suça, onun bir parçası olarak ve müstakilliklerini yitirecek şekilde bağımlıdır. Bunlar, temel suçun hukuki yapısında herhangi bir değişikliğe yol açmadan, nitelikli unsurlu suç tiplerine karakteristik özelliklerini katar[202].

Temel suç ve nitelikli unsur ilişkisini açıklamak amacıyla özgün bir metafor da Türkçe dilinin yapısı üzerinden kurulabilir. Bilindiği üzere kelime, tek başına anlam ifade eden ses veya ses birliğidir. Harf ise dildeki bir sesi gösteren işaretlerden her biridir[203]. Örneğin basitçe bir renk türü olarak tanımlayabileceğimiz "kırmızı", okunduğu ya da işitildiği vakit herkesin zihninde canlandırabileceği müstakil anlama sahip olan bir kelimedir. Bu kelimenin önüne tek başına herhangi bir anlam ifade etmeyen, birden fazla harfin bir araya getirilmesi ile oluşan "kıp-" eki eklendiğinde "kıpkırmızı" kelimesi elde edilir. Meydana getirilen bu yeni kelime zihinde tek başına kırmızı kelimesinin canlandırdığı kırmızılık seviyesinden çok daha koyu bir kırmızılık tasavvuru yaratır. Yani yapılan bu ekle kırmızı kelimesinin yoğunluğu arttırır. Benzer şekilde bu kelimenin sonuna yine tek başına herhangi bir anlam ifade etmeyen, birden fazla harfin bir araya getirilmesi ile oluşan "-msı" eki eklendiğinde "kırmızımsı" kelimesi elde edilir. Meydana getirilen bu yeni kelime zihinde kırmızı kelimesinin canlandırdığı kırmızılık düzeyinden çok daha hafif bir kırmızılık tasavvuru yaratır. Yani yapılan bu ekle kırmızı kelimesinin yoğunluk seviyesi azaltılır. Ancak kelime bütünüyle farklı bir anlama bürünmez. Kelimenin anlamı aynı kalmaya devam eder. Türkçe'nin dil yapısı üzerinden verdiğimiz bu örneklerde, "kırmızı" kelimesi temel

---

[202] Armin Engländer, "Praxiskommentar zu BGH, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 StR 43/16", **NStZ**, 2017, s.87; Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.289-290; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.64. Benzer şekilde, temel suç tipi ve nitelikli unsurlu suç tipi arasındaki ilişki daire metaforu üzerinden de açıklanabilir. Buna göre, temel suç tipi ve nitelikli unsurlu suç tipi birbirinin içerisinde kalan iki daireye benzer. Çapı geniş olan daire suçun nitelikli unsurlarını da içerisinde barındıran nitelikli unsurlu suç tipidir. Çapı dar olan daire ise temel suç tipini temsil eder. Bu şekilde oluşturulan dairelerden, çapı dar daire ile geniş daire arasında kalan kısımda yer alan hususiyetler temel suç tipine yapılan nitelikli unsur şeklindeki ilavelerdir. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.63.

[203] (Çevrimiçi) www.sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.02.2020).

suça, "kıpkırmızı" kelimesi temel suça cezayı artıran nitelikli unsurun eklenmesi ile elde edilen cezayı artıran nitelikli unsurlu suça, "kırmızımsı" kelimesi ise temel suça cezayı azaltan nitelikli unsur eklenmesi ile elde edilen cezayı azaltan nitelikli unsurlu suça karşılık gelir.

Nitelikli unsurlar Alman öğretisinde *müstakil olmayan kanuni değişiklikler* (*unselbständige Abwandlungen*) olarak da adlandırılır. Zira cezayı artıran ek bileşenler, temel suça eklenerek onun değersizlik şiddetinde değişiklik meydana getirir. Ancak bunlar temel suça ait haksızlığın yanında müstakil bir haksızlık parçası olarak beliren ve temel suçtan ayrılabilen bir haksızlık fazlalığı teşkil etmez. Aksine temel suç ve cezayı artıran nitelikli unsur, özel haksızlık içerikleriyle yeknesak bir bütün oluşturacak şekilde birbirine bağlanır. Bu suretle meydana gelen bütünün haksızlık içeriği, temel suçun ve cezayı artıran nitelikli unsurun haksızlık içeriklerinin toplamını aşar[204].

Bir suçun nitelikli unsurlu ortaya çıkış biçimi de temel şekline benzer bir beliriş şekli olarak değerlendirilir. Zira temel suç ve bunun nitelikli unsurları arasında hukuki olarak birbirine bağlanmış olan basamaklı bir ilişki mevcuttur[205]. Temel suça ve nitelikli unsura ait haksızlık parçaları arasında net bir ayrım yapmak mümkün olmaz[206]. Nitelikli unsurlar hem kendine ait bir varlığa (öze) sahiptir hem de bütünüyle temel suça bağlı bir hukuk formudur. Temel suç için kullanılan yorum kuralları bunun nitelikli unsurları için de geçerli olmaya devam eder. Temel suçu ve nitelikli unsurları düzenleyen tiplerde kullanılan terimler aynı anlama gelir[207].

Suçun temel şekli bakımından geçerli olan bir şahsi cezasızlık sebebi ya da cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep, kanunda açıkça aksi yönde düzenlemede bulunulmadıkça suçun nitelikli unsurları bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, suçun temel şeklinin takibi şikâyete bağlanmışsa, nitelikli unsurların eklenmesi

---

[204] Walter Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", **Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag**, 1974, s.191; Stree "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.290.

[205] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.179, 182; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.7; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.169.

[206] Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.290.

[207] Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.44. Nitelikli unsurlar kanunun metnine, ruhuna ve amacına göre yorumlanmalı ve bu yorum faaliyeti nulla poena sine lege prensibi ile bağdaşır olmalıdır. Bkz. Paul Bockelmann, "Der Diebstahl aus Fahrzeugen", **JZ**, 1951, s.297.

suretiyle oluşan suçun da otomatik olarak takibinin şikâyete bağlı olduğu kabulünde bulunulamaz. Bunun için nitelikli unsurların düzenlendiği suç tipinde de açıkça şikayet şartının öngörülmesi gerekir. Aksi halde suçun nitelikli unsurlu işleniş şekli re'sen takip edilir. Zira esas olan suçların muhakeme mercilerince re'sen takip edilmesidir.

Nitelikli unsurlu suçlarda, fiilin çekirdeği temel suç tipinde bulunur. Ancak fiilin çekirdeğinin gerçekleştirilmesine girişme suretiyle, tipe ilişkin haksızlığın icrasına doğrudan doğruya girişilmiş olur. Zira nitelikli unsurlar yalnızca temel suça yapılan eklerden ibarettir. Bu ekler sayesinde hukuk ihlalinin ayırt edici özellikleri kanunda detaylı bir şekilde tasvir edilir. Ancak hukuk ihlalini meydana getiren ve temel suçu gerçekleştiren fiilin çekirdeğine dokunulmaz[208].

Bu ilave oluşum, aynı suça ait yeni bir suç tipi meydana getirir ve temel suçun özel bir biçimini teşkil eder. Nitelikli unsurlar eklenmesi suretiyle, temel suç tipi yalnızca genişletildiğinden, bir nitelikli unsurlu suçun oluşumu, temel suçun oluşumu için aranan koşulların aynılarının gerçekleşmesine bağlıdır. Dolayısıyla bir suçun nitelikli unsurlarını içerisinde barındıran suç tipinin gerçekleştirilebilmesi için, o suçun temel şeklinin tüm unsurlarının da ön koşul olarak yerine getirilmesi gerekir. Ancak bu durumda temel suç tipi atlanarak, sadece nitelikli unsurlu suç tipi üzerinden hüküm kurulması zorunlu hale gelir[209]. Nitekim içtima öğretisi bakımından, nitelikli unsurları içeren suç tipi, temel suçu düzenleyen tipe kıyasla özel norm teşkil eder[210].

Nitelikli unsurlar temel suça ait ceza çerçevesinde salt aşağı veya yukarı yönlü değişiklik meydana getiren "sebeplerden" ibaret değildir. Aksine temel suça nitelikli unsurların eklenmesi suretiyle yeni bir ceza tehdidi ile birlikte yeni bir suç tipi ihdas edilmiş demektir. Bu itibarla, nitelikli unsurlar aynı suçtan birden fazla suç tipi türetilmesine olanak verir[211]. Temel suç tipine yapılan nitelikli unsur eklemeleri, aynı suçu farklı hususiyet ilişkileri çerçevesinde düzenleyen birden fazla suç tipinin oluşumunu sağlar. Bu unsurlar suçun ayniyetine etki etmeden sadece suçun ağırlığında

[208] Klaus Laubenthal, "Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen", **JZ**, 1987, s.1066; Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.182.
[209] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 1-2; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.232; Rengier, **Strafrecht AT**, §8 kn.19.
[210] Rengier, **Strafrecht AT**, §8 kn.19. Nitelikli unsurlar, temel suça eklenerek onu özelleştirir. Bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.123.
[211] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.120.

değişiklik meydana getirir. Bu da temel suçtan farklı bir ceza ile karşılanmaları sonucunu beraberinde getirir[212].

Temel suça eklenen nitelikli unsurlar genellikle tek başlarına suç teşkil etmezler. Hatta, bunlar bir hareket bile teşkil etmeyebilirler. Örneğin, cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindeki özel yükümlülükler böyledir. Bunlar sadece failin durumuna ilişkin olan hususiyetlerdir. Bununla birlikte, kanun koyucu temel suça hali hazırda tek başına suç teşkil eden hareketleri de nitelikli unsur olarak ekleyebilir. Bu durumda, bileşik suçun mevcudiyetinden söz edilir[213].

Bir hususiyet belirli bir suç tipinde kurucu unsur olarak sınıflandırılmışken, aynı hususiyet başka bir suç tipinde nitelikli unsur biçiminde düzenlenmiş olabilir. Daha ötesinde bu hususiyete diğer bir suç tipinde kurucu ya da nitelikli unsur olarak hiçbir şekilde yer verilmemiş de olabilir. Bu tercih kanun koyucunun kanun yapma yetkisinin kapsamı içerisinde görülür. Bu durumla TCK'da en sık aleniyet unsuru bakımından karşılaşılır. Aleniyet kimi suç tiplerinde suçun oluşumu için mevcudiyeti şart olan kurucu unsur şeklinde düzenlenmişken, kimi suç tiplerinde ise suçun cezasını artıran nitelikli unsur biçiminde düzenlenmiştir[214]. İlk ihtimalde aleniyetin mevcudiyeti suç teşkil eden haksızlığın oluşumunu sağlarken; ikinci ihtimalde suç teşkil eden haksızlığın ağırlığını artırır. Pek çok suç tipinde ise aleniyetten ne kurucu ne de nitelikli unsur olarak bahsedilir. Bu durumda aleniyet TCK m.61/1 bağlamında suçun işleniş biçimi ile ilgili bir hususiyet olarak dikkate alınır ve temel cezanın üst sınıra yaklaşılmasını gerektiren bir etmen olma işlevi görür. Benzer bir durum suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, savaş zamanında işlenmesi ve mağdurun çocuk olması

[212] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e**, s.283. Nitelikli unsurların temel suçu meydana getiren unsurlara kıyasla birer fazlalık teşkil ettiğinden söz edilir. Bkz. Ersoy, **a.g.e.**, s.128; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.63.

[213] Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.97.

[214] Aleniyetin kurucu unsur biçiminde düzenlendiği suç tiplerine örnek olarak TCK m.190/2, 214, 215, 216, 219, 225, 285/1, 300/1 ve 301/1 verilebilir. Aleniyetin cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde düzenlendiği suç tiplerine örnek olarak ise TCK m.84, 125, 132 ve 299 verilebilir. Benzer şekilde suçun savaş zamanında işlenmiş olması kimi suç tiplerinde kurucu unsur olarak (örn. TCK m.321), kimi suç tiplerinde ise cezayı artıran nitelikli unsur (örn. TCK m.326/2) olarak düzenlenmiştir. Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi kimi suç tiplerinin kurucu unsuru (örn. TCK m.267/1), kimilerinin ise cezayı artıran nitelikli unsuru (örn. TCK m.218) olarak düzenlenmiştir. Suçun mağdurunun çocuk olması kimi suçların kurucu unsuru (örn. TCK m.194, 229/1) kimi suçların ise cezayı artıran nitelikli unsurudur (örn. TCK m.82/1-e). Eklenmelidir ki bir hususiyetin aynı anda aynı suçun hem kurucu hem de nitelikli unsuru olması mümkün değildir. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.340.

bakımından da söz konusudur. Örneklerin çoğaltılması mümkündür. Benzer biçimde, farklı suçlara ait nitelikli unsurların birbirleriyle örtüşmesi de mümkündür[215]. Bu itibarla aynı hususiyet farklı suçlarda cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenebilir.

Son olarak belirtilmelidir ki, Alman CK'da suçlar cürüm ve cünha biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Ayrıca Alman CK'da öngörülen nitelikli unsurlar temel suçun cezasında oransal bir artırıma ya da hafiflemeye yol açmaz. Bunlar kendilerine ait özel ceza çerçevesine sahiptir. Bu özel ceza çerçevesi temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinden daha ağır ya da daha hafiftir. Nitelikli unsurlu suçun cürüm mü cünha mı olduğu belirlenirken bu özel ceza çerçevesi esas alınır. Bu nedenle bir nitelikli unsurun, temel şekli cünha olan suçu cürüm haline getirmesi (veya tam tersi) mümkündür[216]. Alman öğretisinde nitelikli unsurların salt cezanın belirlenmesi kuralları olarak görülmeyip, gerçek suç unsurları olarak değerlendirilmelerinin dayanağı, bunların cürüm-cünha ayrımında etkili olmalarıdır. Yine bu sebeple Alman öğretisinde nitelikli unsurların temel suça eklenmesiyle, tipe ilişkin kanuni değişiklik meydana getirildiğinden, yeni bir suç tipi ihdas edildiğinden söz edilir[217].

b. Nitelikli Unsurların Kesinliği ve Bağlayıcılığı

Nitelikli unsurlar, gerçek suç unsuru hüviyetinde olduklarından kesin (nihai) ve bağlayıcı (mecburi) kanuni düzenlemelerdir. Bu itibarla hâkimin somut olayda, suç tipinde yazılı olan nitelikli unsurlardan birinin gerçekleştiğini tespiti durumunda, daima (ve ancak bu halde) temel suça karşılık gelen ceza tehdidinde değişiklik

---

[215] Örneğin Alman CK'da hırsızlık ve yağma suçlarının cezayı artıran kimi nitelikli unsurları (Alman CK §244/1 Nr.1 ve 2 ile §250/1 Nr.1 ve 2) birbirleriyle büyük ölçüde örtüşmektedir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.62.

[216] Rengier, **Strafrecht AT**, §9 kn.8; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.643; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.431. Nitelikli unsurların cürüm-cünha ayrımında temel suçtan bağımsız bir değerlendirmeye tabi tutulmaları nedeniyle, öğretide nitelikli unsurları içerisinde barındıran suç tiplerinin bağımsız suç tipleri olarak görülmesi gerektiği de vurgulanmaktadır. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.643. Ayrıca, nitelikli unsurların kanunda nihai bir biçimde düzenlenerek hâkimin seçim olanağının ortadan kaldırıldığından bahisle, temel suça nitelikli unsurların eklenmesi suretiyle suçun yapısında değişikliğe yol açıldığı hususunda bkz. Bernd Hecker, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019, §12 kn.11.

[217] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.32; Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, **Strafrecht Besonderer Teil II**, 42. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller, 2019, kn.262; Frister, **a.g.e.**, §7 kn.24.

meydana gelir. Hâkim nitelikli unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğini, somut olayda meydana çıkan hususiyeti suç tipindeki soyut nitelikli unsur tarifi ile kıyaslama yoluyla saptar. Nitelikli unsura karşılık gelen, temel suça ait ceza çerçevesine kıyasla daha ağır ya da daha hafif olan özel ceza çerçevesinin (ya da oransal ceza artırımının /hafiflemesinin) daima ve aynı zamanda sadece, temel suça ait unsurların yanında nitelikli unsurların da gerçekleştirilmiş olduğu hallerde uygulama bulması gerekir[218]. Bunlar nihai kanuni düzenlemeler olduklarından zorunlu olarak ancak kanunda gösterilen oranda ya da miktarda cezada artış ya da hafifleme meydana getirirler[219].

Bu itibarla, nitelikli unsurların suç tiplerinde kesinliklerini ve bağlayıcılıklarını ortaya koyacak şekilde düzenlenmeleri gerekir. Kesinlik, nitelikli unsurların sayı ve içerik itibariyle suç tiplerinde tasvir edildikleri kadar olmaları anlamına gelir. Zira ne gibi hususiyetlerin nitelikli unsur teşkil ettiğini sadece kanun koyucu belirleyebilir. Hâkimin nitelikli unsur yaratma yetkisi bulunmamaktadır. Yani suç tipinde gösterilmeyen bir hususiyetin hâkim tarafından nitelikli unsur olarak kabulü mümkün değildir. Suç tipinde gösterilen nitelikli unsuru da hâkimin suç tipinde gösterildiği sınırlar içerisinde yorumlayarak somut olaya uygulaması gerekir. Hâkim suç tipinde sayılan nitelikli unsurun kanun koyucu tarafından yapılmış olan tasviri ile bağlıdır.

Bağlayıcılık ise, hâkimin somut olayda kanunda tanımlanmış olan nitelikli unsurlardan birinin gerçekleştiği tespitinde bulunması halinde, o nitelikli unsurun karşılığı olarak öngörülmüş olan özel ceza çerçevesini ya da oransal ceza artırımını/indirimini esas alarak hüküm kurması zorunluluğu anlamına gelir[220]. Bu hususta hâkimin herhangi bir takdir yetkisi bulunmaz. Somut olayda nitelikli unsurun

---

[218] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.168, 173; Rudolf Rengier, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 21. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019, §4 kn.1; Eva Graul, "Versuch eines Regelbeispiels", **JuS**, 1999, s.853.

[219] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.7.

[220] Alman öğretisinde kimi yazarlarca kasten öldürme suçunun Alman CK §211/2'de sayılan cezayı artıran nitelikli unsurlarına, sadece işaret eden etki tanınması önerisinde bulunulmuştur. Bu öneriye göre, nitelikli unsurların işaret eden etkisi hâkim tarafından yapılacak genel değerlendirmeye göre kalkabilecek, bu suretle bir nitelikli unsurun mevcudiyetine rağmen, temel suça ait ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurulabilecektir. Ancak bu öneri hâkim görüş tarafından kabul görmemiştir. Zira bu görüş, hâkimin kanuna bağımlılığını ortadan kaldırmakta, bunun yerine hâkimin özgürce yapacağı bir değerlendirme işlemini koymaktadır. Bu durum belirlilik ilkesi ile bağdaşmaz. Alman CK §211/2 suç tipi hüviyetinde olan nihai bir düzenleme içerir. Sadece ve daima hükümde sayılan nitelikli unsurlardan biri somut olayda gerçekleştiğinde devreye girer. Bkz. Johannes Wessels/Michael Hettinger/Armin Engländer, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 43. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller, 2019, kn.42.

gerçekleştiğini tespit etmesine rağmen, hâkimin hükmünü bu nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza çerçevesini ya da oransal ceza artırımını/indirimini dikkate almadan kurması mümkün değildir. Hâkim bu durumda özel ceza çerçevesine ya da oransal artırıma/indirime başvurma hususunda mutlak bir yükümlülük içerisindedir. Dolayısıyla kanun koyucu, nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği ile hâkime ait takdir yetkisinin kapsamını önemli ölçüde daraltmış olur. Bununla doğru orantılı olarak hukuki güvenlik teminat altına alınır.

c. Nitelikli Unsurların Ceza Kanunlarındaki Yeri ve Düzenleniş Şekli

TCK'nın genel hükümler kitabında tüm suçlar için uygulanabilir olan herhangi bir nitelikli unsur kataloğu bulunmamaktadır. Bu durum, nitelikli unsurların istisnai suç unsurları olma özelliğiyle bağdaşır. Bununla birlikte öğretide bir görüş nitelikli unsurların tüm suçlar için ortak bir uygulamaya imkân tanıyacak şekilde genel hükümler kitabında düzenlenmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır[221]. Başka bir görüşe göre ise, nitelikli unsurların tüm suç tiplerine uyacak şekilde biçimlendirilmesi hemen hemen imkansızdır. Belirli bir durumun belirli bir fiille irtibatlandırıldığında cezayı artırma etkisine haiz iken, başka bir fiille irtibatlandırıldığında farklı bir etki doğurması mümkündür. Aynı ceza artırım sebebi, özel hükümler kitabındaki farklı suç tiplerinde farklı ağırlığa sahip olabilir. Ayrıca somut olayda gerçekleştirilmesi sırasında da oldukça farklı ağırlıkta ortaya çıkabilir. Bunun yanı sıra ceza artırım sebebinin seçimi de belirli bir ölçüde temel suça ait ceza çerçevesine bağlıdır. Bu nedenle, genel hükümler kitabında belirli durumların genel-soyut şekilde, herhangi bir suç tipi ile irtibatlandırılmadan nitelikli unsur olarak katalog halinde sayılması sakıncalı olacaktır. Hukuki güvenliğin temini için bu gibi hususiyetler prensip olarak özel hükümler kitabında öngörülmelidir[222]. Kanımızca da nitelikli unsurların özel hükümler kitabında belirli bir suçla veya suç grubuyla bağlantılı olarak düzenlenmesi bunların yapısal özellikleri ile daha uyumlu olacaktır.

---

[221] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.161.

[222] Dreher, **a.g.e.**, s.226-227, 238-239; Slawomir Morawski, **Systeme der Ein- und Abstufung der Tatschwere im Strafrecht**, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, s.8. Dreher'e göre, örneğin failin firari mahkûm olması, suçun gece vakti işlenmesi, fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi böyledir. Bu hususiyetler duruma göre hem cezayı artırıcı hem de azaltıcı karaktere haiz olabilir. Bkz. Dreher, **a.g.e.**, s.237.

Nitelikli unsurlu ceza normları TCK'nın özel hükümler kitabında ya da yan ceza kanunlarında yer alır. Yani nitelikli unsurlar katalog halinde belirli bir veya birden fazla soyut suç tanımıyla ilişkilendirilerek, suç bazlı düzenlenir. Bu nedenle nitelikli unsur içeren ceza normları, suçun tüm kurucu unsurlarını kapsayan tam ve gerçek ceza normlarıdır[223]. Bir suça ait nitelikli unsurlar o suçun temel şekliyle aynı madde içerisinde düzenlenebilecekleri gibi farklı maddelerde de düzenlenebilir.

Nitelikli unsurlar genellikle temel suçun tanımlandığı madde içerisinde düzenlenir. Burada da ikili bir ayrım yapılabilir. İlk ihtimal bunların aynı fıkra içerisinde birbirinin devamı olan iki ayrı cümle şeklinde düzenlenmeleridir. İkinci ihtimal ise yine aynı madde içerisinde fakat farklı fıkralarda tasvir edilmeleridir. Nitelikli unsurların bir diğer düzenleniş şekli müstakil bir maddede bu unsurlara yer verilmesidir. Bu ihtimalde nitelikli unsurlar temel suç tasvirini içeren maddeden ayrı bir madde bulunur. Bu madde genelde temel suçun yer aldığı maddeye ardışıktır. Yani temel suçun, madde numarası itibarıyla hemen ardından gelir[224].

TCK'da nitelikli unsurların son düzenleniş şekli ise, belirli bir suç grubuna özgü olarak öngörülmeleridir. Bu ihtimalde nitelikli unsurlar kanunun belirli bir bölümünde yer alan suçların çoğunlukla bütünü için o bölümün genellikle sonunda yer alan bir hükümde müstakil olarak düzenlenir (örn. TCK m.119, 137, 218)[225]. Nitelikli unsurların belirli bir katalog suç grubu ile irtibatlandırıldığı bu gibi hallerde, bu

---

[223] Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s.55.

[224] Kimi zaman ise, aslen belirli bir suça özgü olarak, ilişkin oldukları temel suçun tanımlandığı madde içerisinde düzenlenmiş olan nitelikli unsurlara, başka bir suçun temel şeklinin tanımlandığı başka bir madde içerisinde bir cümle ile atıfta bulunulur. Böylelikle aynı nitelikli unsurların o suçun bulunduğu maddenin içerisinde tekrar katalog halinde sayılması zahmeti bertaraf edilmiş olunur. Ancak bu şekilde, başka bir maddeye atıfta bulunma suretiyle ihdas edilen nitelikli unsurlar kanımızca belirlilik ilkesi bakımından problem arz etmektedir. Zira esas olan suçun tanımlandığı ceza normu içerisinde veya bunun hemen ardından gelen ceza normunda hem o suça ait olan nitelikli unsurların hem de bu nitelikli unsurlara karşılık gelen cezanın birlikte yer almasıdır. Ancak bu suretle potansiyel failler hangi hususiyetlerin nitelikli unsur teşkil ettiğini açık ve net bir biçimde anlayabilecektir. Bu nedenle bir suça ait nitelikli unsurlarla başka bir suça ait nitelikli unsurlar bütünüyle aynı olsa bile, her bir nitelikli unsurun ait olduğu suça ilişkin ceza normu içerisinde ayrıca ve açıkça düzenlenmesinde belirlilik ilkesi bakımından yarar vardır.

[225] Bir suçun hem sadece kendisine ait nitelikli unsurlara hem de ortak hüküm çerçevesinde düzenlenen nitelikli unsurlara sahip olması da mümkündür. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal böyledir. Bu suçun nitelikli unsurları TCK m.116'da ve ortak hüküm olan 119'da sayılanların toplamıdır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları da bu şekilde kaleme alınmıştır. Bu suçlar hem kendi maddelerinde (TCK m.132/1 ve 134/1) hem de ortak hükümde (TCK m.137) nitelikli unsurlara sahiptirler.

suçların nelerden ibaret olduğu nitelikli unsurların yer aldığı maddede ismen zikredilir. Öte yandan nitelikli unsurların illaki temel suç ile aynı kanunda yer almaları da şart değildir. Bir suçun temel şeklinin bir kanunda o suçun nitelikli unsurlarının ise başka bir kanunda düzenlenmesi mümkündür. Ancak bu düzenleme tekniği belirlilik ilkesi bakımından problem arz eder. Bu nedenle mümkün olduğunca bundan kaçınılması gerekir.

Kanunda, nitelikli unsurlara ilişkin düzenlemelerin hukuki niteliği hususunda açıkça belirlemede bulunulması şart değildir. Yani bir suça ait unsurların nitelikli unsur olarak sınıflandırılabilmesi için kanunda açıkça bunların nitelikli unsur olduklarının belirtilmesi gerekmez[226]. Önemli olan kanunda bu hususta yapılacak adlandırmadan ziyade, unsura suç tipinde yüklenen işlevdir. Örneğin, kanunda belirli bir hususiyet belirli bir suçun nitelikli unsuru olarak adlandırılmış olsa bile, ihtiyari bir ceza artırımı ya da hafiflemesi öngörüyorsa, bu hususiyetin teknik anlamda nitelikli unsur şeklinde sınıflandırılabilmesi mümkün olmaz.

TCK'da genellikle bir suçun temel şekli ile aynı madde içerisinde düzenlenen nitelikli unsurlar için açıkça bir isimlendirmeye gidilmez. Ancak temel suçtan farklı maddede düzenlenen nitelikli unsurlar için, ilgili madde kenar başlığında çoğunlukla bunların hangi suça ait oldukları ve nitelikli unsur teşkil ettikleri yönünde belirlemede bulunulmaktadır. Bununla birlikte temel suçtan ayrı maddede düzenlenmesine rağmen, nitelikli unsur olduğu kanun metinlerinde belirtilmeyen ceza normları da vardır. Bu türden ceza normlarının genellikle gerekçesinde bunların nitelikli unsur oldukları hususunda açıklamada bulunulması yoluna gidilmiştir[227]. Bu itibarla, belirli bir hususiyetin nitelikli unsur olup olmadığının tayininde madde gerekçelerinde yapılan açıklamalar kılavuz olarak kullanılabilecektir[228].

---

[226] Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.430.

[227] Buna TCK m.143 hükmü örnek verilebilir. Madde başlığı "*Suçun gece vakti işlenmesi*" olarak düzenlenmiştir. Madde içeriğinde ise bu durumda hırsızlık suçunun (TCK m.141) cezasının belirli bir oranda artırılacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm hırsızlık suçunun cezayı artıran nitelikli unsurunu oluşturmaktadır. Bkz. Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.430. Benzer şekilde TCK m.119 ve 218 hükümlerinin madde başlığı "*Ortak hüküm*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu ceza normları içerisinde birden fazla suça ait cezayı artıran nitelikli unsur(lar)a yer verilmiştir. TCK m.119 ve 218'in gerekçelerinde bu maddelerde nitelikli unsurlar öngörüldüğü açıkça belirtilmiştir.

[228] Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.122.

Yukarıda tarif edilen şekilde düzenlenen nitelikli unsur içeren suç tiplerinde aynı suça ait olan bir veya birden fazla nitelikli unsur bulunabilir. Birden fazla nitelikli unsur barındıran suç tiplerinde, her bir nitelikli unsur için birbirinden bağımsız olan farklı ceza çerçeveleri öngörülmüş olabileceği gibi, tüm nitelikli unsurlara karşılık gelen tek bir özel ceza çerçevesi öngörülmüş de olabilir. Bir diğer ihtimal ise, bu nitelikli unsurlardan birkaçı arasında bir grup oluşturulması ve o grubun içerisinde yer alan nitelikli unsurların tamamı için tek bir özel ceza çerçevesi öngörülmesidir. Bu ihtimalde, grubun dışında kalan aynı suça ait diğer nitelikli unsurlar arasında farklı bir özel ceza çerçevesine karşılık gelen başka bir grup daha kurulabilir. Bu söylenenler nitelikli unsur karşılığında oransal ceza artırımı/indirimi öngörülen haller için de aynen geçerlidir.

Nitelikli unsur içeren suç tipleri sadece cezayı artıran nitelikli unsurlardan meydana gelebileceği gibi, sadece cezayı azaltan nitelikli unsurlardan ya da hem cezayı azaltan hem de cezayı artıran nitelikli unsurlardan meydana gelebilir[229]. Kimi suçlarda hem cezayı azaltan hem de cezayı artıran nitelikli unsurlar ihdas edilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu gibi hallerde, tüm nitelikli unsurlar aynı madde içerisinde düzenlemiş olabileceği gibi, temel suç ile bunun cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurlarının her biri ayrı maddelerde düzenlenmiş de olabilir. Hatta, nitelikli unsurlardan birinin (örn. cezayı azaltan nitelikli unsur) temel suç ile aynı maddede, diğer nitelikli unsurun ise (örn. cezayı artıran nitelikli unsur) farklı bir maddede düzenlemesi de mümkündür.

Belirli bir hususiyetin zaman içerisinde önce nitelikli unsur şeklinde düzenlenmesi, daha sonra ise nitelikli unsur olmaktan çıkartılması (veya tam tersi) mümkündür. Aynı şekilde, belirli bir hususiyet suç tiplerinde zaman içerisinde farklı ağırlıkta cezayı gerektirecek biçimde de düzenlenebilir. Örneğin TCK'da kasten öldürme suçunun temel şekli 81. maddede düzenlenmiş ve karşılığında müebbet hapis cezası öngörülmüştür. Bu suçun cezayı artıran nitelikli unsurları 82. maddede düzenlenmiş ve karşılığında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür. Maddede sayılan nitelikli unsurlardan biri suçun eşe veya kardeşe karşı işlenmesidir.

[229] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.65.

765 sayılı TCK'da kasten öldürme suçunun temel şekli 448. maddede düzenlenmiş olup karşılığında yirmi dört yıldan otuz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü. Bu suçun cezayı artıran nitelikli unsurları ise 449. ve 450. maddelerde düzenlenmişti. 449. maddede yer alan nitelikli unsurlar için müebbet hapis cezası, 450. maddede yer alan nitelikli unsurlar için ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştü. Suçun eşe veya kardeşe karşı işlenmesi 449. madde kapsamına giren nitelikli unsur teşkil etmekteydi.

Görüldüğü gibi, yürürlükteki TCK'da kasten öldürmenin temel şekli müebbet hapis ile cezalandırılıyorken, 765 sayılı TCK'da ancak bu suçun eşe veya kardeşe karşı işlenmesi, yani cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleşmesi durumunda failin müebbet hapis ile cezalandırılması mümkündü. Suçun eşe veya kardeşe karşı işlenmesi her iki kanunda da cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmesine rağmen, suçun bu şekline karşılık gelen cezalar farklıdır. Fail 765 sayılı TCK'ya göre müebbet hapis ile yürürlükteki TCK'ya göre ise ağırlaştırılmış müebbet hapis ile cezalandırılmaktadır. Buna göre, kasten öldürmenin eşe veya kardeşe karşı işlenmesinin haksızlık içeriği yürürlükteki TCK'da artmıştır.

Öte yandan, 765 sayılı TCK'da suçun zehirleme suretiyle işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmekteydi (ETCK m.449). 5237 sayılı TCK m.82'de sayılan nitelikli unsurlar arasında ise suçun zehirleme suretiyle işlenmesi bulunmamaktadır. Bu nedenle yürürlükteki TCK'da bu durumun kasten öldürmenin temel şekli kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak birinde suçun temel şeklini diğerinde nitelikli unsurunu meydana getirmesine rağmen, her iki kanunda da kasten öldürmenin zehirleme suretiyle işlenmesi müebbet hapis cezasını gerektirmektedir. Son olarak, 5237 sayılı TCK'da kasten öldürme suçu için herhangi bir cezayı azaltan nitelikli unsur öngörülmemiştir. Buna karşılık, 765 sayılı TCK'da bu suç bakımından ayrıca cezayı azaltan nitelikli unsura da yer verilmişti (ETCK m.453). Buna göre, annenin yeni doğan bebeğini şerefini kurtarma saikiyle öldürmesi cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmekteydi. Bu durumda fail sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı.

d. Ara Sonuç

Kurucu unsurlar, bir fiilin cezalandırılabilmesi için geçmesi gereken eşiğin hemen üzerinde konumlandırılırlar. Bu unsurlardan birinin eksiliği halinde, kural olarak fiil cezalandırma eşiğinin altında kalır. Nitelikli unsurlar ise, hali hazırda cezalandırma eşiğini geçmiş olan fiilin farklı bir değersizlik kademesine konumlandırılmasını sağlar. Temel suç tipinde yer alan tüm unsurlar kurucu unsurlardır. Nitelikli unsurları içeren suç tipi ise temel suçun kurucu unsurlarının üzerine eklenerek geliştirilir. Bu nedenle bir suçun nitelikli unsurları gerçekleşmese de temel şekli oluşabilir. Ancak temel suça en azından girişilmedikçe, tek başına nitelikli unsurların gerçekleştirilmesi mümkün olmaz. Zira nitelikli unsurlar temel suça sıkı sıkıya bağlıdır. Ceza hukuku bunlara ancak temel suçla bağlantılı oldukları sürece önem atfeder. Bu nedenle temel suçtan soyutlandıklarında nitelikli unsurlara ceza hukukunda kural olarak önem atfedilmez.

Nitelikli unsurdan söz edilebilmesi için öncelikle teknik anlamda suç teşkil eden bir fiilin mevcudiyeti gerekir. Yani suçun en azından kurucu unsurlarının halihazırda gerçekleşmiş olması şarttır. Nitelikli unsur teşkil eden hususiyetin kanunda açıkça ve nihai bir biçimde tanımlanması gerekir. Ayrıca bu hususiyetin cezada suçun temel şeklinin alt veya üst sınırını aşan bir değişikliği zorunlu kılması gerekir. Bunun dışında, nitelikli unsur hüviyetinde olan hususiyetin suçun ayniyetinde değişikliğe yol açmadan, suçun haksızlık ve/veya kusur içeriğine etki etmesi aranır. Zira nitelikli unsurlar temel suç tipindeki maddi ve manevi unsurların içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Temel suçun mevcut unsurları olduğu gibi korunarak bunlara fazladan nitelikli unsur hüviyetinde maddi ve/veya manevi unsur eklemesi yapılır. Bu suretle suçun ağırlığında değişiklik meydana gelir. Ayrıca, nitelikli unsurdan kaynaklanan ceza artırımına ya da hafiflemesine, tıpkı bir suçun temel şeklinden ileri gelen ceza yaptırımlarında olduğu gibi, ceza mahkemesi tarafından hükmedilebilir olması şarttır.

Suçun kurucu unsurları ile nitelikli unsurlarının birbirinin yerine geçebilmesi mümkündür. Yani bir suç tipinde kurucu unsur biçiminde düzenlenen bir olgunun başka bir suç tipinde nitelikli unsur olarak sınıflandırılması olanaklıdır. Bu nedenle,

kurucu ve nitelikli unsurların birbirlerinden ayırt edilebilmeleri için, suç unsuru olarak sınıflandırılan olgunun ne olduğuna bakılması bir anlam ifade etmez. Asıl yapılması gereken suç tipinin içinde o olguya yüklenen göreve bakmak olmalıdır. Bir olguya suç tipi içerisinde yüklenen işlev o olgunun hukuki niteliğini ortaya koyar. Suç tiplerinde yer alan, belirli bir suçu meşru bir davranıştan yahut diğer bir suçtan ayırt etmeye yarayan olgular kurucu unsurlardır. Bu gibi bir işlev ifa etmeyip sadece suçun ağırlığına ve bununla bağlantılı olarak da cezanın ağırlığına etki eden olgular ise nitelikli unsurlardır[230].

5. Nitelikli Unsurlarda Kanunilik İlkesi

a. Genel Olarak

Kanunsuz suç olmaz prensibi suçun tüm unsurları için geçerlidir. Bütün suç unsurları suç tipinde açık bir biçimde tanımlanmalıdır[231]. Nitelikli unsurlar tali de olsa tıpkı kurucu unsurlar gibi suç unsurudur. Aralarındaki fark kurucu unsurların suçun oluşumu üzerinde etkili olmasına karşın, nitelikli unsurların suçun ağırlığına ve cezasına etki etmesidir. Nitelikli unsurların suçun oluşumu üzerinde etkili olmaması, onların suç unsuru olma işlevini yitirmesi sonucunu doğurmaz. Nitelikli unsurların da tıpkı kurucu unsurlar gibi suç tipleri içerisinde gösterilmesi gerekir. Suç tipi içerisinde tarif edilmemiş olan bir hususiyetin nitelikli unsur olarak kabulü mümkün değildir. Faile gerçekleştirdiği hareketin suç tipinde yapılmış olan nitelikli unsur tarifine karşılık gelip gelmediğini önceden bilerek hareketini buna göre yönlendirme imkanının tanınması şarttır[232].

Anayasa'nın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında suçta ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. Birinci fıkranın ikinci cümlesine göre "*kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*". Böylelikle özellikle cezayı artıran nitelikli unsurlar bakımından kanunilik ilkesi Anayasal bir gereklilik halini almıştır. Benzer bir düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

[230] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.284; Ersoy, **a.g.e.**, s.128; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.387.
[231] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.51. Bu aynı zamanda anayasal bir ilke olan, en temel ceza hukuku prensibidir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.19. Karş. Kantar, **a.g.e.**, s.81.
[232] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.83.

7. maddesinin 1. fıkrasında da yer almaktadır. Fıkranın son cümlesine göre "*suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*". Ayrıca, gerek 765 sayılı TCK'da gerekse 5237 sayılı TCK'da kanunilik ilkesinin suçun cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurları için de geçerli olduğunu belirten hükümlere rastlamak mümkündür. Bunlardan en temeli 5237 sayılı TCK m.61/10'da yer alan, cezaların artırılabilmesi, eksiltilebilmesi veya değiştirilebilmesi için bunun kanunda açıkça yazılmış olmasını arayan hükümdür. Böylelikle suçun nitelikli unsurları bakımından TCK'da teknik anlamda kanunilik ilkesi benimsenmiştir[233].

TCK m.61/10 hükmü esasen, TCK m.2'de ve AY m.38'de öngörülmüş olan kanunilik ilkesinin suçun cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurları bakımından da geçerli olduğunu belirten özel bir düzenleme hüviyetindedir[234]. Yani kanunilik ilkesinin nitelikli unsurlar üzerindeki yansıması bu hüküm ile ifade edilmiştir. Bu nedenle nitelikli unsurların da bir yasama tasarrufu olan kanun ile tanımlanması ve bu kanunun usulüne uygun bir şekilde ilan edilerek yürürlüğe girmesi, böylelikle de bir suçun nitelikli unsurlarının ne gibi hususiyetlerden ibaret olduğunun herkes tarafından öğrenilebilmesinin temini gerekir.

b. Kanunilik İlkesinin Sonuçları

Kanunilik ilkesinin en temel sonuçları, belirsiz suç ve ceza ihdas etme yasağı, örf ve âdet hukuku ile suç ihdası ve cezayı ağırlaştırma yasağı, kıyas yasağı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası yasağı ile ceza kanunlarının geçmişe yürümesi yasağıdır (TCK m.2 ve 7)[235]. Suçun nitelikli unsurlarının kanunilik ilkesi kapsamında olduğu kabulü, kanunilik ilkesinin sonuçlarının da nitelikli unsurlar bakımından geçerli olduğu kabulünü beraberinde getirir. Bu itibarla, cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurların kanunda belirlilik ilkesine (*Bestimmtheitgrundsatz, nullum*

[233] Bu hükmün 765 sayılı TCK'daki karşılığını 29. maddenin 1. fıkrası oluşturur. Bu maddedeki ifadenin, 5237 sayılı TCK m.61/10'daki ifadeden tek farkı "*açıkça*" kelimesi yerine "*sarahaten*" kelimesinin kullanılmış olmasıdır. Yargıtay'a göre de "*Hakim, yorum yoluyla suç ve ceza yaratamayacağı gibi, yasaların açık hükümleriyle belirtilen ceza miktarlarını da artıramaz*". **Yarg. CGK**, T.04.02.1991, E.2/358, K.5. Bkz. Osman Yaşar, **Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s.311.

[234] Aynı yönde bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.243.

[235] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.59-60; Sözüer, "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", s.33.

crimen sine lege certa)[236] uygun bir şekilde tarif edilmesi şarttır. Bu suç ve nitelikli unsur ihdas etmede tekel yetkisine sahip olan kanun koyucuya yüklenmiş bir yükümlülüktür. Nitelikli unsurların suç tiplerinde değişik ve keyfi şekilde anlaşılmaya yol açmayacak netlikte ve açıklıkta tarif edilmeleri gerekir[237].

Nitelikli unsurlar kanunda öngörülebilir ve anlaşılabilir şekilde düzenlenmezse, ceza kanunları ile bireye sağlanan güvence fonksiyonu da önemli ölçüde zedelenir[238]. Zira bireyin hangi fiillerin suç teşkil ettiğini öğrenme hakkı olduğu kadar; suç teşkil eden fiillerin beraberinde gelişen hususiyetlere bağlı olarak suçun haksızlık içeriğinin değişmesi nedeniyle hükmolunacak cezada meydana gelecek değişiklikleri de önceden öğrenme hakkı bulunur. Nitelikli unsurun tasvirinde esnek ve belirsiz terimlerin kullanılması, bunun kapsamının hâkimin takdirine göre daraltılıp genişletilmesi

---

[236] Montesquieu 1748 yılında, kanunların dilinin özlü, arı, direkt, kolay anlaşılır olması gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre kanunlar "anlayışları arı" olan kişilere hitap edecek şekilde kaleme alınmalıdır. Yazar, kanun metinlerinin her insanda aynı düşünceyi uyandıracak kadar net olmalarının şart olduğunu, kanunlarda belirsiz bir söz (deyim) kullanılmasının doğru olmadığını, aksi halde bunun keyfiliğe yol açacağını vurgulamaktadır. Ayrıca Montesquieu, kanunda çok fazla ayrıntıya yer verilmemesi gereğine, aksi uygulamanın yeni ayrıntılara yol açacağına, dolayısıyla bu durumun da belirliliği zedeleyeceğine işaret etmektedir. Bkz. Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine C.II**, Çev.: Fehmi Baldaş, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998, s.339-341. Benzer şekilde, Beccaria 1764 yılında, kanunların herkesin okuyup kolaylıkla anlayabileceği açıklıkta (sadelikte) kaleme alınması gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, ancak bu suretle birey fiillerinin kötü sonuçlarına vakıf olabilecek ve bu gibi fiilleri işlemekten imtina edebilecektir. Bkz. Beccaria, **a.g.e.**, s.127, 129.

[237] Artuk, **Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları) I**, s.109; Nevzat Toroslu/Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.4. Öğretide TCK'da nitelikli unsur olarak düzenlenen hususiyetleri ifade etmek üzere kullanılan kimi terimlerin belirlilik ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmektedir. Buna göre, örneğin kasten öldürmenin töre saikiyle işlenmesinin nitelikli unsur olarak düzenlenmesi böyledir (TCK m.82/1-k). Zira töre teriminden ne anlaşılması gerektiği oldukça muğlaktır. Bkz. Murat Volkan Dülger, "5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları ve Türleri-Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, S.5, 2005, s.98, dn.155; Gülşah Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s.257. Bunlara ayrıca çeşitli suçlara ilişkin nitelikli unsur tasvirlerinde kullanılan, *"tasarlama"* (TCK m.82/1-a) "*canavarca his*" (TCK m.82/1-b), "*suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı*" (TCK m.249/1), "*irtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu*" (TCK m.250/4) terimleri örnek verilmektedir. Buna göre, kanunda yer alan bu terimlerin anlamı net değildir. Bu terimlerle ne ifade edilmek istendiği ancak hâkimin değerlendirmesi ile açığa çıkarılabilecektir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.140; N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.286.

[238] Sözüer, "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", s.37. Bir görüşe göre, belirlilik gerekliliğinin hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde sağlanmaya çalışılması oldukça kazuistik düzenlemelere yol açar ve bu durumun kendisi sarihliğe engel olur. Bkz. Frisch, **a.g.e.**, s.138. Bu itibarla, suç tiplerinde yapılan tasvirlerde kullanılan terimlerin matematiksel bir kesinliğe haiz olması şart değildir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.239-240.

tehlikesini barındırır. Bu tehlike kanunilik ilkesi vasıtasıyla amaçlanan güvence fonksiyonunu sekteye uğratır[239].

Hali hazırda suç teşkil eden bir eylemin, aynı zamanda nitelikli unsurlu bir suç teşkil edip etmediği nitelikli unsurları içerisinde barındıran suç tipi sayesinde anlaşılır. Suç tipleri suçun temel şekli bakımından, hukuka aykırı eylemin suç teşkil edip etmediğini anlamaya hizmet eder[240]. Suçun nitelikli şekli bakımından ise, hali hazırda suç teşkil eden eylemin, nitelikli unsurları da bünyesinde barındıran bir eylem olup olmadığını ayırt etmeye yarar. Somut olayda gerçekleştirilen eylem, nitelikli unsurların tasvir edildiği suç tipinde, soyut ve genel bir biçimde tarif edilmiş olgularla tıpa tıp örtüşmüyorsa, en fazla temel suç tipine uygunluğun mevcudiyetinden söz edilebilecektir. Bu durumda, nitelikli unsurlar bakımından tipiklik yani nitelikli unsurları düzenleyen suç tipine uygunluk bulunmaz.

Suçun nitelikli unsurları bakımından da kanunsuz suç olmaz ilkesinin geçerli olduğu kabulü uyarınca, kanunda açıkça nitelikli unsur olarak öngörülmeyen bir hususiyetin somut olayda mevcudiyeti nedeniyle hükmedilecek cezada, temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin ötesine geçen bir değişiklik yapılması mümkün değildir[241]. Suçun haksızlık içeriğini önemli ölçüde artıran, fakat suç tipinde açıkça nitelikli unsur olarak tasvir edilmiş bulunmayan bir hususiyetin somut olayda gerçekleşmiş olduğu hallerde, hâkim gerçekleşen bu durumun vahametinin ve somut olay bazlı yarattığı haksızlık içeriği artışının farkında olsa da nitelikli unsurlara karşılık

---

[239] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.61-62; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §15 III 3. Nitelikli unsurlarda kanunilik ilkesine riayet edilmiş olduğunun kabul edilebilmesi için, kanun koyucunun nitelikli unsur olarak öngörmeyi düşündüğü hususta suç tipinde ismen bahsetmesi yeterli olmayabilir. Zira kanunilik ilkesi bakımından önemli olan, nitelikli unsurdan suç tipinde ismen bahsedilmesinden ziyade, nitelikli unsur teşkil eden hususiyetin suç tipinde tanımlanmasıdır. Bu tanım okunduğu vakit, kanun koyucunun neyi nitelikli unsur olarak düzenlemiş olduğu okuyucunun zihninde net bir şekilde canlanabilmelidir. Bireylere hangi hususiyetlerin yasak olan fiilin haksızlığını hükmedilecek cezaya etki edecek şekilde ağırlaştırdığını ya da hafiflettiğini önceden öğrenebilme olanağının tanınması şarttır. Ayrıca belirlilik şartına savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi ve nitelikli unsurların anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulabilmelerinin mümkün kılınması gibi gerekçeler de eşlik eder. Bkz. Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.43.

[240] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.51.

[241] 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde kanunilik ilkesini özellikle "ağırlatıcı sebepler"le (cezayı artıran nitelikli unsurlar) sınırlayan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.75; Uma, **a.g.e.**, s.54; Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.14; Centel, **a.g.e.**, s.24. Ancak belirtilmelidir ki, bu dönemde kanunda ve uygulamada takdiri indirim nedenleri ile cezayı azaltan nitelikli unsurlar arasında net bir sınır çekilememiştir. Bu durum da öğretide sanki cezayı azaltan nitelikli unsurlar da takdiri olabilirmiş gibi bir yoruma neden olmuştur.

gelen özel ceza çerçevesi üzerinden hüküm kuramayacaktır[242]. Bu nitelikli unsurlarda kanunilik ilkesinin önemli bir sonucudur. Dolayısıyla, somut olayda suçun işlenmesi sırasında ortaya çıkan bir hususiyetin suçun nitelikli unsuru olup olmadığını anlamak için, o hususiyetin kanunda nitelikli unsur olarak düzenlenmiş olup olmadığına bakılması şarttır.

Kanunsuz ceza olmaz ilkesine göre, suç karşılığı hükmolunacak cezaların mutlaka teknik anlamda kanun niteliğini haiz olan yazılı metinlerde açıkça gösterilmesi gerekir. Bu nedenle ceza normlarının içerisinde soyut ve genel suç tarifinin dışında, tarife uygun bir fiilin işlenmesi halinde hükmedilecek cezanın da açık ve anlaşılır bir biçimde yazılı olması şarttır. Bu ceza temel suça karşılık gelebileceği gibi, nitelikli unsurlara da karşılık gelebilir. Bu itibarla kanunsuz ceza olmaz ilkesi nitelikli unsur içeren suç tipleri için öngörülecek özel ceza çerçeveleri veya oransal ceza artırımları/hafiflemeleri bakımından da geçerlidir.

Kanunda açıkça öngörülmüş olmayan bir nitelikli unsurun örf ve âdet hukuku vasıtasıyla ihdas edilmesi mümkün olmayacaktır. Örf ve adetin bir suçun cezasının artmasına ya da azalmasına yol açma gibi bir işlevi bulunmamaktadır[243]. Nitelikli unsurlar kanunda hangi suç için ihdas edilmişlerse sadece o suç için kullanılabilirler. Yani başka bir suça ait olan nitelikli unsurun kıyas yoluyla, ait olmadığı suç için de uygulanması mümkün değildir[244]. Bir suç için öngörülmüş olan nitelikli unsurun başka bir suç için öngörülmemiş olması kanun boşluğu yaratmaz.

---

[242] Öğretide, bu gibi hallerde temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi ile cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza çerçevesi çakışıyorsa, hâkimin özel ceza çerçevesinin alt sınırını baz alarak, temel suça ait ceza çerçevesi içerisinde kalacak şekilde cezayı belirleyebileceğinden söz edilmektedir. Buna göre örneğin, işkence suçunun temel şekli karşılığında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (TCK m.94/1). Suçun ikinci fıkradaki cezayı artıran nitelikli unsurlardan birini gerçekleştirecek şekilde işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilecektir. Somut olayda gerçekleşen durum, 2. fıkrada tarif edilen nitelikli unsurlardan birinin kapsamına girmese bile, haksızlık ve/veya kusur içeriği itibarıyla bu nitelikli unsurlara denk düşüyorsa, hâkim temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi içerisinde hüküm kuracak, ancak somut sonuç cezayı nitelikli unsura karşılık gelen en hafif ceza olan sekiz yıl hapis cezası üzerinden belirleyebilecektir. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.29-30. Bu durumda hâkim, kanunda sayılan nitelikli unsurları ölçüt alarak somut olayda gerçekleşen durumun temel suç içerisinde kalan ağır bir hal olduğu çıkarımında bulunabilecektir.

[243] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.63. Bununla birlikte ceza normlarının yorumunda örf ve adete müracaat edilmesi mümkündür. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.63.

[244] Esasen bu durumun "kıyas" olarak adlandırılması da şüphelidir. Zira kıyas için kanunda bir boşluk

Öğretide bir görüşe göre, kıyasın failin lehine olması yani cezayı hafifletmesi durumunda kanunilik ilkesi ihlal edilmez[245]. Kanımızca bu görüşün kıyas yasağının yalnızca cezayı artıran nitelikli unsurlar bakımından geçerli olduğu, buna karşılık cezayı azaltan nitelikli unsurlarda kıyasın serbest olduğu çıkarımını sonuçlayacak şekilde anlaşılmaması gerekir. Kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı suçun cezasını artıran ya da azaltan tüm nitelikli unsurlar bakımından geçerlidir. Nitekim TCK'da, cezaların artırılabilmesi, eksiltilebilmesi ya da değiştirilebilmesi için kanunda bu hususta açık hüküm bulunması gerektiği vurgulanmıştır (TCK m.61/10). Bu yönde açık bir hüküm bulunmadıkça başka bir suça ait olan cezayı azaltan nitelikli unsurun, ait olmadığı benzer bir suç için de tatbik edilmesi mümkün değildir. Böyle bir uygulama nitelikli unsurların daima ait oldukları temel suça bağımlı olmalarına ve sadece o temel suç bakımından hüküm ifade etmelerine dair yapısal özellik ile bağdaşmaz.

İdarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur ihdası mümkün değildir. Nitelikli unsurların biçimsel anlamda kanun vasfına haiz olan hukuk metinlerinde düzenlenmeleri gerekir. Zira suç ve ceza ihdas etme yetkisi yasama organındadır. Nitelikli unsurlar tali de olsa suç unsurudurlar ve hükmolunacak cezada değişiklik yaratırlar[246]. Bu itibarla kanunilik ilkesi gereği açık suç hükmü konulamaması kuralı[247] nitelikli unsurlar bakımından da geçerlidir. Çeşitli

---

bulunması ve bu boşluğun kanun koyucu tarafından bilinçsiz bir şekilde bırakılması gerekir. Belirli bir hususun bir suç için nitelikli unsur olarak düzenlenirken, benzer başka bir suç için nitelikli unsur olarak düzenlenmemesi halinde kanunda teknik anlamda bir boşluk olup olmadığı şüphelidir. Bu noktada kanun boşluğunun sadece kurucu suç unsurlarına ait bir mefhum mu yoksa nitelikli unsurlar bakımından da kullanılabilecek bir mefhum mu olduğunun ortaya konulması gerekir.

[245] Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.44; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.66-68; Hecker, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, §1, kn.30-32; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.85, kn.138.

[246] Anaysa m.38'e göre suçlar ve cezalar kanunla ihdas edilebilir. Anayasa m.87'ye göre, kanun yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Anayasa m.7'ye göre ise, Meclisin bu yetkisini başka bir kişi veya mercie devretmesi mümkün değildir. Anayasa m.13'e göre, temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Benzer şekilde Anayasa m.104/17'ye göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile temel hak ve özgürlükler alanında düzenleme yapılamaz. Eklenmelidir ki Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, olağanüstü hâl döneminde dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile suç ve ceza ihdas edilmesi, dolayısıyla da suçun nitelikli unsurlarına ilişkin düzenleme yapılması mümkün değildir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.73-74.

[247] Anayasa m.38'in gerekçesine göre ise açık suç hükmü ihdası mümkündür. Buna göre, "*Bu hüküm, kanun koyucunun, "açık suç hükmü" koymasına; yani "fiili" bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir ... bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de "kanunsuz suç olmaz" ilkesi ihlal edilmiştir*". Bkz. Necmettin Alan, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s.78. Anayasa m.38'in bahis konusu yapılan

idari organlar aracılığıyla açık nitelikli unsur yaratmaya imkân veren düzenlemeler kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Örneğin cezaevine yasak eşya sokma suçu (TCK m.297) kapsamında, cezaevine idarenin belirleyeceği eşyaları sokanların cezasının belirli bir oranda artırılacağı yönünde bir düzenleme yapılamayacaktır. Zira bu halde cezayı artıran nitelikli unsuru meydana getiren konuların (yasak eşyalar) nelerden ibaret olduğu idari merciler tarafından belirlenmektedir. Yani açık suç hükmü ile cezayı artıran nitelikli unsur ihdas edilmektedir. Bu nedenle nitelikli unsurun kanuniliği sağlanmış değildir. Bunun temini için nitelikli unsur teşkil eden hususiyetlerin açıkça kanunda tarif edilmesi gerekir. Yalnızca nitelikli unsurun genel çerçevesi kanunla çizilmek suretiyle bu çerçeveye giren fiillerin tarifinin idari mercilere bırakılması mümkün değildir.

Kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu ise failin aleyhine olan nitelikli unsurların geçmişe yürümesi yasağıdır. Buna göre işlendiği zaman yürürlükte olan kanun gereği temel suç kapsamında cezalandırılan bir fiil, daha sonra yapılan bir kanun değişikliği ile spesifik olarak cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde tasvir edilmiş ve bu fiil için temel suça kıyasla daha ağır bir ceza öngörülmüş olabilir. Bu halde yeni yürürlüğe giren kanun ile getirilen cezayı artıran nitelikli unsurun geçmişe dönük olarak uygulanması mümkün değildir[248]. Cezayı artıran nitelikli unsurlar ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen suçlar bakımından uygulanma kabiliyetine sahiptir. Aksi uygulama keyfiyete ve hukuki güvenliğin ortadan kalkmasına yol açacağından kanunilik ilkesinin anlamını yitirmesi sonucunu doğuracaktır.

gerekçesinin değiştirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Şen, **a.g.e.**, s.19. Öğretide genel kabul, tipik haksızlığı belirleyen unsurlardan her birinin suç tiplerinin vazgeçilmez bir parçası olduğu yönündedir. Bkz. Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.130. Nitelikli unsurlar da tipik haksızlığa etki eden unsurlar olduklarından, bu yasak suçun nitelikli unsurları bakımından da geçerlidir. Bu nedenle açık suç hükmü ile nitelikli unsur ihdas edilemeyecektir.

[248] Örneğin doktor (D), bulaştığı kimseleri hasta ederek acı veren, ancak öldürmeyen bir virüsü bir şehirde yaşayan pek çok kişiye bulaştırır. Bunun anlaşılması üzerine kanun koyucu tarafından, kasten yaralama suçunu virüs yayma suretiyle işlemeyi cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde tasvir eden bir hüküm yaralama suçunu düzenleyen maddeye eklenir. Bu hüküm yürürlüğe girdikten sonra virüse yakalanan yeni hastalar ortaya çıksa da (D)'nin bu cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Zira (D) virüs yayma hareketini bu nitelikli unsur kanuna eklenmeden önce gerçekleştirmiştir. Bu nedenle (D)'nin temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması gerekir. Bkz. B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.20, kn.31.

TCK m.7/2'ye göre, "*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur*". Bu hüküm failin lehine olan kanunlar bakımından geçmişe yürüme yasağının mevcut olmadığını ortaya koymaktadır. İşlendiği sırada bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuruna karşılık gelen bir fiil, daha sonra yapılan kanun değişikliği ile bu nitelikli unsurun yürürlükten kaldırılması veya bu fiilin nitelikli unsurun kapsamından çıkartılması neticesinde yalnızca temel suça karşılık gelebilir. Bu durumda faili yapılan kanun değişikliğinden yararlandırmak gerekir. Buna göre, sonradan yürürlüğe giren kanun geçmişe yürüyecek ve fail yeni kanuna göre temel suç kapsamında cezalandırılabilecektir. Aynı uygulama failin fiilinin yeni kanunla spesifik olarak cezayı azaltan nitelikli unsur şeklinde düzenlenmesi halinde de geçerlidir.

Bununla birlikte, kanunda yukarıda tarif edilen değişiklik yapılıncaya kadar, faile cezayı artıran nitelikli unsur kapsamında ceza verilmiş ve hüküm kesinleşmiş olabilir. Hatta, bu kapsamda hükmün infazına dahi başlanmış olabilir. Bu gibi hallerde, suçun kurucu unsurları bakımından TCK'da açık düzenleme bulunmaktadır. Buna göre yeni kanunla fiil suç olmaktan çıkartıldığı için hükmün infazı kendiliğinden ortadan kalkacaktır (TCK m.7/1). Nitelikli unsurlar bakımından ise bu kadar açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TCK m.7/2'de failin lehine olan kanunun uygulanacağı belirtildikten sonra, ayrıca failin lehine olan kanunun infaz olunacağı da ifade edilmiştir. Bu nedenle, bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru infaz aşamasında yürürlükten kalkmış olsa dahi, o nitelikli unsurdan mahkûm olan faili yeni kanundan yararlandırmak gerekir[249]. Benzer şekilde temel suç üzerinden mahkûm edilen failin fiili infaz aşamasında cezayı azaltan nitelikli unsur şeklinde düzenlenmişse, failin bu

[249] 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.9/3'e göre "*Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir*". Yani önceki ve sonraki kanun maddeleri somut olaya ayrı ayrı uygulanacak, bu suretle elde edilen sonuçlar karşılaştırılarak hangi kanunun lehe olduğu belirlenecektir. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.80. Örneğin işlendiği tarihte bir suçun temel şekli kapsamında değerlendirilen bir fiil, yeni kanunda o suçun cezayı azaltan nitelikli unsuru olarak düzenlenmiş olabilir. Bu durumda daha lehe olduğu için yeni kanunun geçmişe yürümesi mümkün olacaktır. Ayrıca bir fiil hem önceki hem de sonraki kanunda bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak düzenlenmesine rağmen, sonraki kanunda bu fiil için daha hafif bir ceza çerçevesi ya da daha düşük bir oransal artırım öngörülmüş olabilir.

lehe kanundan da istifade edebilmesi gerekir. Bunun için uyarlama muhakemesi yapılır (CGİK m.98/1)[250].

6. Nitelikli Unsurların Kapsamı

Cezayı artıran nitelikli unsurlar kendi içerisinde ikiye ayrılabilir. İlk grupta temel suç tipine haksızlığı yükseltici birtakım unsurların eklenmesi suretiyle meydana getirilen nitelikli unsurlar yer alır. Bunlar *temel suçun haksızlığını ağırlaştırma suretiyle cezayı artıran nitelikli unsurlar (Unrechtsqualifizierungen)* biçiminde isimlendirilebilir. Bu unsurların bir kısmı sadece sübjektif yapıdadır (örn. amaç veya saike ilişkin nitelikli unsurlar)[251]. Ayrıca nitelikli unsurların temel suça ait haksızlığa tesir etmeyen, fakat kusuru artıran koşulların eklenmesi suretiyle meydana getirilmesi de düşünülebilir. Bunlar *temel suçun kusurunu ağırlaştırma suretiyle cezayı artıran nitelikli unsurlar (Schuldqualifizierungen)* şeklinde adlandırılabilir. Bu türden nitelikli unsurların mevcudiyeti yönünde bir kabulde bulunulabilmesi, esasen unsurların sübjektif haksızlık bileşeni olarak mı yoksa kusur bileşeni olarak mı yorumlandığına bağlıdır[252].

Ayrıca cezayı artıran nitelikli unsurlar, suça etki ederek temel suç için öngörülmüş olan cezanın artmasına yol açmalarının yanı sıra suçun takip şeklini de değiştirebilmektedir. Buna göre, temel şekli takibi şikâyete bağlanmış olan bir suça, cezayı artıran nitelikli unsurların bulunduğu suç tipinde re'sen takip edilebilen suç statüsü verilebilmektedir. Örneğin mala zarar verme suçu böyledir. Bu suçun temel şekline göre (TCK m.151) adli merciler ancak mağdurun şikâyeti üzerine harekete geçebilecektir. Bununla birlikte, mala zarar vermenin cezayı artıran nitelikli unsurlarının listelendiği suç tipinde (TCK m.152) adli mercilerin harekete geçebilmesi için mağdurun şikayetinin bulunması şart koşulmamıştır. Görüldüğü üzere, bir cezayı artıran nitelikli unsurun hem temel suça karşılık gelen cezayı artırması hem de temel

[250] Hükümlünün lehine olan sonraki kanunun, hükmolunan cezanın kısmen veya tamamen infazından imtina edilmesini gerektirdiği hallerde, bahis konusu uyuşmazlık tali bir ceza davası olan, hukuki değerlendirmeye dayanan uyarlama muhakemesi yoluyla çözümlenir. Bu muhakeme faaliyeti neticesinde, hükmün sadece hukuki nitelemeye karşılık gelen parçası değiştirilerek hükümlü lehe yasadan yararlandırılır. Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021, s.1076-1077.
[251] Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.97.
[252] Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.98.

suçun takip şeklinde değişikliğe yol açması mümkündür (örn. TCK m.104/2-3, 239/3). Bu tip nitelikli unsurlar, suçun takip şeklini etkilemelerinin yanı sıra, suçun haksızlık veya kusur içeriğine de etki etmeyi sürdürdüklerinden üçüncü bir ayrım kategorisi altında incelenmezler.

Cezayı azaltan nitelikli unsurlar da kendi içerisinde ikiye ayrılabilir. Bu ayrımda ilk grubu temel suça haksızlığı hafifletici unsurların eklenmesi suretiyle meydana getirilen nitelikli unsurlar oluşturur. Bunlar *temel suçun haksızlığını hafifletme suretiyle cezayı azaltan nitelikli unsurlar (Unrechtsprivilegierungen)* şeklinde adlandırılır. Buna örnek olarak, Alman CK'da cezayı azaltan nitelikli unsur biçiminde düzenlenen, öldürülen kişi tarafından yapılan açık ve ciddi öldürülme talebi verilebilir (Alman CK §216). Bu talep, kasten öldürmenin temel şekline eklenerek, suçun haksızlık içeriğini hafifletme suretiyle cezayı azaltır. Cezayı azaltan her nitelikli unsur, suçun haksızlığının hafiflemesinden ileri gelmez. Bunun yanı sıra, sadece temel suçun kusurunu hafifletici etki gösteren nitelikli unsurlar da bulunabilir. Bu nitelikli unsurlarda temel suça ait haksızlığa dokunulmaz. Yani temel suçun haksızlık içeriği aynı yoğunlukta kalmaya devam eder. Temel suça sadece kusuru hafifletici koşullar eklenir. Bunlar *temel suçun kusurunu hafifletme suretiyle cezayı azaltan nitelikli unsurlar (Schuldprivilegierungen)* şeklinde adlandırılır. Buna örnek olarak anne tarafından, doğumun hemen akabinde bebeğin öldürülmesi verilir. Bu durum mülga Alman CK §217'de cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmişti. Bu halde suçun haksızlık içeriği kasten öldürmenin temel şekli ile ayniyet arz eder. Ancak anne kusuru hafifletici unsurların mevcudiyeti nedeniyle suçun temel şekline kıyasla daha hafif cezalandırılır[253].

Alman öğretisinde ayrıca, re'sen takip edilen suçu takibi şikâyete bağlı hale getiren hususiyetler *usule ilişkin nitelikli unsurlar* olarak görülmektedir (örn. Alman CK §247, 248a). Bunlar temel suça karşılık gelen cezanın türünde ya da miktarında herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Sadece şikâyet şartı öngörerek, re'sen takip edilen temel suçun takip şeklinde değişikliğe yol açar. Alman öğretisinde hem gerçek cezayı azaltan nitelikli unsurları ifade etmek için hem de usuli nitelikli unsurları ifade etmek

[253] Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.96. Karş. Bernd Schünemann, "Die Bedeutung der „Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (1. Teil)", **JURA**, 1980, s.358.

için aynı terim (*Privilegierungen*) kullanılmaktadır[254]. Bunlar sadece ceza muhakemesi mercilerinin harekete geçebilmesi için şikâyet gerekliliği ihdas edecek şekilde yapılandırılmışlardır. Bu nedenle, muhakeme faaliyetinin yürütülmesine izin verilmiş olup olmadığı hususunda öneme sahiptirler[255].

Bu tür kanuni düzenlemeler sadece bir şikâyetin mevcudiyetini muhakeme koşulu olarak şart koşmakla yetinirler. Bu nedenle ceza muhakemesi hukukuna ilişkin olan nitelikli unsurlar (*strafprozessuale Privilegierungen*) şeklinde adlandırılırlar. Bunların varlık sebeplerinin kanun koyucu tarafından izlenen suç politikasında aranması gerekir. Bu tip nitelikli unsurlar suçun değersizlik içeriğine etki etmediklerinden temel suçun cezasında herhangi bir değişikliğe yol açmazlar ve gerçek anlamda bir suç unsuru olma özelliği göstermezler. Bunlar sadece ceza muhakemesinin caizliği ile ilgili olup muhakeme şartı özelliği gösterirler[256].

Örneğin hırsızlık suçunun temel şekli re'sen takip edilir. Ancak Alman CK §247'de bu suçun aynı konutta birlikte yaşanılan bir kişiye karşı ya da bir aile mensubuna karşı işlenmesi halinde şikâyet üzerine takip edilebileceği düzenlenmiştir. Şikâyet gerekliliği burada haksızlığın azalmasından ya da kusurun hafiflemesinden ileri gelmez. Nitekim böyle olsaydı, fail ile mağdur arasındaki güvenin ihlalinden ötürü suçun özel olarak ağırlaşması dahi düşünülebilirdi. Burada kanunun amacı aileleri ya da ev içi huzuru istenmeyen bir ceza takibatı vasıtasıyla yol açılabilecek ek rahatsızlıklardan korumaktır. Yani kanun yakın ilişki içerisinde olan kişilere meseleyi kendi aralarında çözümleme olanağını açık tutmak istemektedir[257].

Benzer şekilde Alman CK §248a'da da hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması durumunda bu suçun takibinin kural olarak şikâyete bağlı olduğu belirtilmiştir. Alman CK'da usuli nitelikli unsurlar, temel suçu ya mutlak

[254] Bu terim failin ayrıcalıklı bir konuma getirildiğini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Fail suçun temel şekline karşılık gelen cezadan daha hafif bir cezaya maruz bırakılarak ayrıcalıklı konuma getirilebileceği gibi, re'sen takip edilen suç için şikâyet şartı gerekliliği öngörülerek de ayrıcalıklı konuma getirilebilir. Usuli nitelikli unsurlarda faile tanınan ayrıcalık ceza çerçevesinde değil, şikâyet şartı gerekliliğinde bulunur.
[255] Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.132; Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.62. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.72; Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.96.
[256] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.164, 172-173.
[257] Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.334.

(gerçek) şikâyete bağlı suç haline getirir ya da nisbi (gerçek olmayan) şikâyete bağlı suç haline getirir[258]. *Mutlak şikâyete bağlı suçların*, şikâyet hakkına sahip olan kişi tarafından şikâyette bulunulmadıkça takibi mümkün olmaz (örn. Alman CK §247). Buna karşılık *nisbi şikâyete bağlı suçların*, şikâyet hakkına sahip olan kişi tarafından yapılmış bir şikâyet bulunmasa da takibi mümkün hale gelebilir (örn. Alman CK §248a). Bunun için muhakeme mercileri tarafından suçun takibinde özel bir kamusal yararın mevcut olduğunun kabulü gerekir. Bu kabul şikâyet yerine geçer ve suçun resmi mercilerce takibine başlanır[259].

TCK'da "usuli nitelikli unsurlara" örnek olarak vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi (TCK m.102/2) ve sarkıntılık düzeyinde kalan çocukların cinsel istismarı suçunun failinin çocuk olması verilebilir (TCK m.103/1). Her iki halde de suçun cezasında bir değişiklik meydana gelmemekte, ancak takip şekli değişerek şikâyete bağlı hale gelmektedir. İlk suçta şikâyetin mağdur eş tarafından, ikinci suçta ise mağdur çocuğun velisi veya vasisi tarafından yapılması gerekir. Kanımızca bu tür hususiyetler gerçek anlamda nitelikli unsur teşkil etmez. Zira bunlarda nitelikli unsurların yapısal özellikleri bulunmaz. Suçun haksızlık içeriğine ve cezanın ağırlığına etki etmeyen, suç unsuru hüviyetine dahi sahip olmayan bir muhakeme şartının usule ilişkin nitelikli unsur biçiminde tasnif edilmesi doğru olmayacaktır. Bu nedenle yalnızca suçun takip şekline etki eden bir hususiyetin "usuli nitelikli unsur" biçiminde adlandırılmaması gerekir.

Bununla birlikte gerçek anlamda cezayı azaltan nitelikli unsur hüviyetinde olan bir hususiyetin aynı zamanda temel suçun takip şeklini değiştirerek suçu takibi şikâyete bağlı hale getirmesi mümkündür (TCK m.106/1, 144, 159). Bu tip nitelikli unsurlar, suçun takip şeklini etkilemelerinin yanı sıra, suçun haksızlık veya kusur

[258] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.234, 237.

[259] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.237; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.338. Örneğin Alman CK §248a'ya göre, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değeri az ise ve şikâyet hakkı sahibi olan kişi tarafından suçun takibini mümkün kılacak şikâyette bulunulmamışsa, muhakeme mercileri özel bir kamusal yararın mevcudiyetine dayanarak re'sen harekete geçilmesini gerekli addedebilir. Ancak suçun takibinde özel kamusal yarar mevcut değilse, muhakeme organlarının harekete geçmesi sadece şikâyet üzerine mümkün olacaktır.

içeriğine de etki etmeyi sürdürdüklerinden üçüncü bir ayrım kategorisi altında incelenmezler.

7. Nitelikli Unsurların Suça, Cezaya ve Dava Zamanaşımına Etkisi

a. Suça Etkisi

(1) Genel Olarak

Nitelikli unsurlar ilişkilendirildikleri suçu daha ağır ya da daha hafif hale getirir. Bu itibarla nitelikli unsurların suçun ağırlığına etki ettiğinden söz edilir[260]. Bu etki bir görüşe göre temel suçun değersizlik içeriği[261], başka bir görüşe göre haksızlık içeriği[262], diğer bir görüşe göre ise haksızlık ve kusur içeriği[263] üzerinde gerçekleşir. Öğretinin büyük çoğunluğu, nitelikli unsurların temel suçun haksızlık içeriğini artırdığı ya da azalttığı görüşündedir[264]. Kanımızca TCK ile kurulan suç teorisi ve özel hükümler kitabında yer alan suç tiplerindeki düzenlemeler dikkate alındığında kanunda öngörülen nitelikli unsurların suçun haksızlık içeriği üzerinde etkili olduklarının kabulü gerekir.

(2) Nitelikli Unsurların Haksızlık Üzerindeki Etkisi

Haksızlığın ağırlığı temel olarak saldırılan hukuki menfaatin değerine, ihlalin yoğunluğuna ve ihlalin meydana gelme olasılığına bağlıdır[265]. Suçun haksızlık içeriği,

---

[260] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.66-67; Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.340; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.64.

[261] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.45; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.168. Değersizlik vakıası haksızlık ve/veya kusur bileşenlerinden meydana gelir. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.23. Suç tipinde sistematik bir şekilde ilgili suçun değersizlik tipinin tasviri yapılır. Değersizlik tipi ilgili suçun tipik haksızlığını (maddi haksızlık içeriği) ve duruma göre suçun gerçekleştirilmesindeki kusur tipini tarif eder. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.47, 50.

[262] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.62, 64; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.7.

[263] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 2; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §14 kn.40; Mädler, **a.g.e.**, s.51. Karş. Engländer, **a.g.e.**, s.87. Fiili nitelikli unsurların sadece suçun haksızlığına, şahsi nitelikli unsurların ise hem suçun haksızlığına hem de failin kusuruna etki ettiği hususunda bkz. Muhammet Demirel, **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.479, 489. Ayrıca, nitelikli unsurların kusurun ya da hukuka aykırılığın yoğunluğuna etki ettiği hususunda bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.64; Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.139.

[264] Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.431; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.7.

[265] Gerhold, **a.g.e.**, s.81; Andreas Hoyer, "Zur Akzessorietät der Teilnahme bei überschießenden Innentendenzen", **GA**, 2012, s.125. Karş. Stratenwerth, **a.g.e.**, §8 kn.21.

hareket ve netice haksızlığı (değersizliği) üzerinden belirlenebilir[266]. Bunlar suçun ağırlığının tespiti kriteri olma işlevi görür. Netice haksızlığı, ihlalin ölçüsü ya da suçun konusunun somut biçimde tehlikeye düşürülmesi ile ilintilidir. Zarar suçları tehlike suçlarına nazaran daha ağır bir haksızlık içeriği sergiler. Hareket haksızlığı ise neticenin meydana getirilme olasılığı ile ilintilidir. İcra hareketinin korunan hukuki değer için arz ettiği tehlike ne kadar yüksekse, hareketin haksızlığı da o ölçüde yükselir[267]. Suçla korunan hukuki değerler de suçun haksızlık içeriğinin derecelendirilmesine etki eder[268].

Nitelikli unsurlar temel suça ait haksızlığa eklenmekte ve sahip oldukları ağırlık doğrultusunda, temel suçun haksızlık içeriğini ağırlaştırmakta ya da hafifletmektedir. Bu da suçun nitelikli unsurla birlikte işlenmesi halinde, temel suça karşılık gelen cezanın ağırlaşmasına ya da hafiflemesine meşruiyet kazandırmaktadır. Nitelikli unsurların suçun ağırlığına etki etmeleri, bunları cezaya etki eden diğer sebeplerden ayırt etmeye yarayan önemli bir kriter teşkil eder. Bu itibarla, nitelikli unsur tanımlamasının bu unsurların salt suçun cezasına etki ettikleri söylemi üzerinden yapılması, nitelikli unsurların suçun haksızlık muhtevası üzerindeki etkisini göz ardı etmek anlamına geleceğinden eksik olacaktır.

Kanun koyucu, nitelikli unsurlar öngören suç tipleri ihdas etme suretiyle ne gibi hususiyetlerin suçun haksızlığının ağırlığına etki ettiğini açıkça anlaşılabilir bir şekilde tipleştirir[269]. Ancak unutulmamalıdır ki nitelikli unsurlu düzenleme metodunda, kanunda belirli bir suçun nitelikli unsuru olarak sayılan hususiyetler o suç bakımından haksızlık artışı ya da hafiflemesi meydana getiren tüm durumları karşılama iddiasında

[266] Haksızlık, hareket ve netice haksızlığı biçiminde ikiye ayrılabilir. Hareket haksızlığının kapsamına, failin hareketi ve sübjektif suç tipi bileşenleri girer. Netice haksızlığının kapsamına ise, netice ve diğer tüm maddi koşullar girer. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §6 kn.6.

[267] Morawski, **a.g.e.**, s.2-3; Gallas, **a.g.e.**, s.313. Aynı suç tipi kapsamında gerçekleştirilen fiillerin de somut olayda işleniş şekline göre farklı haksızlık büyüklüğüne sahip olması mümkündür. Örneğin yüz lira çalma da yüzbin lira çalma da hırsızlık teşkil etmesine rağmen, ikincisi daha ağır bir haksızlık içeriği sergiler. Bkz. Gallas, **a.g.e.**, s.313; Dreher, **a.g.e.**, s.221. Beccaria'ya göre suçun ağırlık derecesini, suçun işlenmesi ile topluma verilen zararın şiddeti belirler. Suç topluma ne kadar zarar veriyorsa o kadar ağırdır ve o kadar ağır bir ceza ile karşılanmalıdır. Bkz. Beccaria, **a.g.e.**, s.228-229.

[268] Örneğin hayat, mülkiyetten daha değerli olduğundan kasten öldürme suçu, hırsızlığa kıyasla daha ağır bir haksızlık teşkil eder. Bkz. Gallas, **a.g.e.**, s.313.

[269] Johannes Kaspar, "Fortgeschrittenenklausur – Strafrecht: Beleidigung und Körperverletzung auf dem Fußballplatz", **JuS**, 2004, s.411.

değildir. Bunlar esasen o suçun haksızlığına önemli ölçüde etki edebilecek pek çok durum içerisinden kanun koyucu tarafından seçilerek suç tipinde unsur olarak zikredilmiş olan hususiyetlerdir.

Nitelikli unsurların öngörüldüğü suç tipinde yer alan özel ceza çerçevesinin veya oransal artırımın/indirimin dayanağı bu unsurların temel suçun haksızlık seviyesinde niceliksel bir değişiklik meydana getirmiş olmasıdır. Nitelikli unsurların haksızlığa etkisi yalnızca niceliksel boyuttadır. Bu unsurların suçun haksızlık içeriğinde niteliksel bir değişiklik meydana getirmesi mümkün olmaz. Yani nitelikli unsurlar temel suça ait haksızlıkta türsel bir değişikliğe yol açmaz.

Kanun koyucu tarafından belirli bir temel suç için belirli bir ceza çerçevesi tayin edilirken o suça o cezanın yeterli geleceği kanaati ile hareket edilir. Kanun koyucu, kanunda saptanmış olan ceza çerçevesinin ait olduğu suçun işlenmesini önleyeceği kanaatini taşır[270]. Ancak kimi suçların ortaya çıkış şekilleri önemli ölçüde değişiklik arz edebilir. Bu da suçun haksızlık içeriğinde aşağı veya yukarı yönlü esaslı sıçramaların meydana gelmesine yol açar. Temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi suçun bu türden beliriş şekilleriyle ortaya çıkan haksızlığı kapsamaktan uzaktır. Nitelikli unsurlu kanun yapma tekniğinin temelinde, suçun hususiyet arz edecek şekilde işlenmesiyle ortaya çıkan haksızlık sıçramalarını suç tipleriyle kapsama düşüncesi yatar[271].

Bireylerin işledikleri fiillerin ağırlığı ile orantılı olacak şekilde ceza hukuku müeyyidelerine maruz bırakılmaları gerekir (TCK m.3/1). Bu nedenle suçun işleniş şekline göre haksızlık içeriğini arttıran ya da azaltan bir hususiyetin cezanın tayininde dikkate alınmaması TCK m.3/1'de öngörülen prensiple bağdaşmaz. Bir hususiyetin suç tipinde nitelikli unsur olarak düzenlenebilmesi için, bu hususiyetin suçun haksızlık içeriğinin ağırlığı üzerindeki etkisinin önemli ölçüde fazla olması gerekir. Önemli

[270] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.84.

[271] Örneğin kanun koyucu, suçun daha tehlikeli biçimde işlenmesine yol açan, mağdur bakımından artan bir genel tehlikelilik meydana getiren, suçun işlenmesini kolaylaştıran, suçun işlenmesini garanti altına alan, suçun etkisini artıran, faildeki ahlaki kötülüğün büyüklüğünü yansıtan, mağdurun savunmasız kalmasına yol açan, failin kaçmasını kolaylaştıran, failin suçu gizlemesine imkân tanıyan hususiyetleri nitelikli unsur biçiminde sınıflandırılabilir. Bkz. Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.431; Hakan Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.212; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §6 I 1; Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.61.

ölçüde fazla olma ile kastedilen, suça etki eden hususiyetin meydana getirdiği haksızlık içeriği değişikliğinin, temel suç karşılığında öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında hareket edilmesi suretiyle tamamıyla giderilemeyecek kadar fazla olmasıdır. Diğer bir ifadeyle bu değişiklik öyle bir büyüklüktedir ki temel suça ait cezanın alt ve üst sınırlarıyla karşılanamamaktadır.

Eğer bir hususiyetin, temel suçun haksızlık içeriği üzerinde yarattığı değişiklik temel suç için öngörülmüş olan cezanın alt veya üst sınırına yaklaşılması suretiyle bütünüyle telafi edilebiliyorsa, bu hususiyetin nitelikli unsur olarak düzenlenmesi mümkün olmaz. Buna karşılık, suçun işlenişi sırasında gerçekleştirilen hususiyet, suçun haksızlık muhtevası üzerinde aşağı veya yukarı yönlü önemli bir sıçrama meydana getiriyorsa ve bu haksızlık sıçramasının temel suç için öngörülmüş olan cezanın alt ve üst sınırları dahilinde eksiksiz şekilde giderilmesi mümkün değilse, bu hususiyetin cezayı azaltan veya artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmesi ihtiyacı doğar. Bu doğrultuda temel suça nitelikli unsurların eklenmesi suretiyle ortaya çıkan yeni haksızlık seviyesini karşılayan özel bir ceza çerçevesi veya temel suça ait ceza üzerinden oransal bir artırım/indirim öngörülmesi gerekir. Böylelikle suçun vahamet derecesinde meydana gelen değişiklik o suça ait yeni bir ceza normu ihdası yoluyla karşılanmış olur[272].

Bu itibarla, eğer bir hususiyet belirli bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak düzenlenmişse, bu hususiyetin gerçekleşmesi durumunda suçun haksızlık içeriğinde yukarı yönlü önemli bir sıçramanın meydana geleceği ve bu haksızlık artışının temel suç için öngörülmüş olan cezanın üst sınırından hüküm kurulması suretiyle dahi tam anlamıyla telafi edilemeyeceğinin düşünülmesi gerekir. Benzer şekilde bir hususiyet belirli bir suçun cezayı azaltan nitelikli unsuru olarak düzenlenmişse, bu hususiyetin gerçekleşmesi durumunda suçun haksızlık içeriğinde aşağı yönlü önemli bir sıçramanın meydana geleceği ve bu haksızlık hafiflemesinin temel suça denk düşen cezanın alt sınırından hüküm kurulması suretiyle

[272] Şensoy, **a.g.e.**, s.90. Nitelikli unsurların suça etkisi açıklanırken öğretide, bu unsurların "ihlalin ağırlığı" ya da "suçun fenalığı" üzerinde etkili olduğundan da bahsedilmektedir. Bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.87.

karşılanamayacağı (yani bunun gereğinden fazla ceza vermek anlamına geleceği) düşünülmelidir.

b. Cezaya Etkisi

(1) Genel Olarak

Belirli bir suça ait nitelikli unsurların somut olayda gerçekleştiğinin hâkim tarafından tespiti durumunda, temel suça kıyasla hükmedilecek cezada değişiklik meydana gelir. Bu değişiklik cezanın artmasını ya da azalmasını gerektirir[273]. Niceliksel veya niteliksel olabilir. Eğer nitelikli unsurların düzenlendiği suç tipinde öngörülen ceza, miktar olarak temel suç tipinde öngörülen cezadan daha fazla ya da az ise *niceliksel (kantitatif)* bir değişikliğin mevcudiyetinden söz edilir. Bu durumda ceza temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin alt veya üst sınırının ötesine geçer[274]. Belirli bir suçun temel şeklinde x miktarda öngörülen süreli hapis cezasının ya da adli para cezasının gün sayısının, cezayı artıran nitelikli unsurun düzenlendiği suç tipinde 2x miktarda öngörülmesi niceliksel değişikliğe örnek teşkil eder. Nitelikli unsurlar genellikle temel suçun cezasında niceliksel değişiklikler meydana getirir. Yani TCK'da öngörülen nitelikli unsurların büyük çoğunluğu suçun cezasının artmasına ya da hafiflemesine ceza miktarında meydana getirilen değişiklikle neden olur.

Ancak kanunda öngörülen her ceza artırımı ya da hafiflemesi cezanın miktarına ilişkin değildir. Eğer nitelikli unsurların düzenlendiği suç tipinde öngörülen ceza, nitelik itibarıyla yani türsel olarak temel suç tipinde öngörülen cezadan farklı ise *niteliksel (türsel)* bir değişikliğin mevcudiyetinden söz edilir. Bu durumda suç karşılığında hükmolunacak ceza hukuku müeyyidesinin türünde (nev'inde) değişiklik meydana gelir[275]. Bu gibi nitelikli unsurlar cezanın türünü değiştirerek ceza artırımına veya hafiflemesine yol açar. Belirli bir suçun temel şekli karşılığında süreli hapis cezası öngörülmüşken, cezayı azaltan nitelikli unsurun düzenlendiği suç tipinde adli para cezası öngörülmesi ya da suçun temel şekli karşılığında adli para cezası

[273] Bu nedenle bu unsurlara 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebepler adı verilmiştir. Bkz. Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.266.
[274] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.284; Ersoy, **a.g.e.**, s.128; Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.266; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.387.
[275] Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.267; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.387.

öngörülmüşken, cezayı artıran nitelikli unsurun düzenlendiği suç tipinde süreli hapis cezası öngörülmesi cezadaki türsel değişikliğe örnek teşkil eder[276].

Adli para cezasının hapis cezasına dönüşmesi halinde (ya da tam tersi) cezanın türünde bir değişiklik olduğu muhakkaktır. Ancak süreli hapis cezasını müebbet hapis cezasına ya da müebbet hapis cezasını ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştüren nitelikli unsurlar da olabilir. Bu durumda cezanın türünde değişiklik bulunmaz. Her iki ihtimalde de suç failine uygulanacak olan ceza hapis cezasıdır. Ancak süreli hapis cezasından ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına doğru giden yolda cezanın ağırlaştığı ya da tam tersi olan ihtimalde cezanın hafiflediği muhakkaktır. Bu gibi hallerde sadece hapis cezasının türünde değişiklik söz konusudur. Yani bu hallerde nitelikli unsur cezanın türünü değiştirmez, sadece hapis cezasının türünü değiştirmekle yetinir.

Öte yandan kimi suç tiplerinde kanun koyucu ceza çerçevesini seçimlik cezalı olacak şekilde belirler. Bu gibi hallerde suç tipinde temel suç karşılığı öngörülen ceza hapis "ya da" adli para cezası şeklindedir. Somut olayda yapacağı değerlendirmeye göre hangi türdeki cezaya hükmedeceğini hâkim belirleyecektir. İşte bu gibi suçlar için de nitelikli unsurlar öngörülmüş olabilir. Bu nitelikli unsurlar karşılığında öngörülen ceza ise sadece adli para cezasından ya da sadece hapis cezasından oluşabilir. Bu gibi hallerde nitelikli unsur suçun cezasını seçimlik olmaktan çıkarmaktadır. Bu suretle nitelikli unsur, hâkimin elinden cezanın türünü seçme hakkını alma ve bu seçimi kanun koyucuya devretme işlevini görmektedir. Bu durum, nitelikli unsurun dolaylı olarak cezanın türünün değişmesi üzerinde etkili olduğu şeklinde de yorumlanabilir.

Nitelikli unsurların gerçekleşmesi ile cezada değişiklik kanun koyucunun düzenleme şekline göre farklı biçimlerde meydana gelebilir. İlk ihtimal kanun koyucunun nitelikli unsura karşılık olarak oransal bir ceza artırımı ya da indirimi öngörmesidir. İkinci ihtimal, nitelikli unsura karşılık olarak özel (ayrı, bağımsız) bir ceza çerçevesi öngörülmesidir. Son ihtimal ise, aynı suçun birden fazla nitelikli unsurunun mevcut olduğu hallerde, bu nitelikli unsurlardan kimileri için oransal bir

[276] 765 sayılı TCK dikkate alındığında, suçun temel şekli karşılığında süreli hapis cezası öngörülmüşken, nitelikli unsurun düzenlendiği suç tipinde ölüm cezasının öngörülmüş olması da cezada niteliksel değişikliğe verilebilecek başka bir örnektir.

artırım/indirim kimileri için ise özel ceza çerçevesi öngörülmüş olmasıdır. Tıpkı hangi suç için nitelikli unsurlar ihdas edileceğinin takdiri gibi, nitelikli unsurlara karşılık gelen yaptırımın özel bir ceza çerçevesinden mi yoksa oransal bir ceza artırımından/indiriminden mi oluşacağının takdiri de kanun koyucunun izlediği suç siyaseti ile ilintilidir.

Yargıtay haklı olarak, bu durumun uygulamada bazı zorluklara yol açtığını ifade etmekte ve oransal ceza artırımlı/indirimli nitelikli unsurlarla özel ceza çerçeveli nitelikli unsurlar arasında "farklı bir uygulamaya" ve "adaletsiz sonuçların doğmasına" yol açılmaması gerektiğine işaret etmektedir[277]. Buna karşılık öğretide ender de olsa, cezada oransal artırım/indirim öngören nitelikli unsurları "ağırlaştırıcı/hafifletici sebep" şeklinde, özel ceza çerçeveli nitelikli unsurları ise "nitelikli hal" şeklinde isimlendiren yazarlar bulunmaktadır[278]. Ancak Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere, nitelikli unsurlar arasında öngördükleri cezai değişikliğin düzenleniş şekli üzerinden bu tür bir ayrım yapılması isabetli olmayacaktır[279]. Her iki ihtimalde de gerçek anlamda nitelikli unsur söz konusudur.

Belirtilmelidir ki oransal ceza artırımı ya da indirimi öngören her ceza normu bir suçun nitelikli unsuru olarak değerlendirilemez. Örneğin TCK m.108'de cebir suçu düzenlenmiştir. Hükme göre bu durumda fail hakkında "*kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur*". Bu düzenleme

---

[277] "*Kanunda suçun nitelikli halleri için bazı maddelerde bağımsız bir ceza öngörülmesi, bazı maddelerde ise cezanın belirli bir oranda artırılması esasının kabulü, uygulamada bir takım zorluklara neden olsa da, bu tercih bütünüyle kanun koyucunun takdiridir. Bununla birlikte bu takdir, kanunda cezanın belirli bir oranda artırılmasının öngörüldüğü hallerin nitelikli hal olmayıp ağırlaştırıcı neden olduğu anlamına da gelmemektedir. Kanun koyucunun bu tercihi, benzer konularda farklı bir uygulamaya ve bu bağlamda adaletsiz sonuçların doğmasına yol açmamalıdır. Bağımsız yaptırım öngören nitelikli haller yönünden, nitelikli halin cezasının üst sınırının dikkate alınması, buna karşın belirli bir oransal artırım öngören maddelerde ise bağımsız ceza öngörülmemesi nedeniyle nitelikli hal olmadığı kabul edilerek bu artırımın dikkate alınmaksızın suçun temel şeklinin cezasının nazara alınması eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açabilecektir.*" **Yarg. CGK**, T.04.12.2012, E.2012/6-1247, K.2012/1842 bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.230-231, dn.230.

[278] Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C.II**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.2213. Kunter de bu türden bir ayrıma gitmiştir. Yazara göre, mevsuf (nitelikli unsurlu) suçun ceza çerçevesi kanunda müstakil olarak gösterilir. Ağırlatılmış ya da hafifletilmiş suçun cezası ise, basit suç için öngörülmüş olan ceza çerçevesi üzerinden oransal bir artırım ya da hafifleme yapılması suretiyle belirlenir. Yazara göre, mevsuf suç arızi unsurlarla meydana getirilirken, ağırlatılmış ya da hafifletilmiş suç ise, arızi unsurlar dışında kalan cezaya etki eden diğer sebeplerle meydana getirilir. Bkz. Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.68-69.

[279] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.143.

biçimi, aksini savunan görüşler bulunsa da[280] tek başına cebir suçunun kasten yaralamanın cezayı artıran nitelikli unsuru olduğu çıkarımını yapma imkânı vermez. Esasen TCK m.108 yardımcı (genel) bir suç hükmü niteliğindedir. Cebir, ayrıca başka bir suçun kurucu ya da cezayı artıran nitelikli unsuru şeklinde düzenlenmedikçe TCK m.108 hükmü uygulama bulur. Aksi halde TCK m.108 uygulanma kabiliyetini yitirir. Zira bu durumda cebir artık başka bir suçun aracı haline dönüştüğünden bağımsız bir suç teşkil etmez[281]. Benzer şekilde, alt ve üst sınırlı bağımsız bir ceza çerçevesine sahip olan her ceza normu da müstakil bir suç öngörmez. Aksine belirli bir suçun nitelikli unsurlarını düzenleyen bir suç tipi olabilir.

Kimi suç tiplerinde, bir hususiyetin suçun temel şekline karşılık gelen cezanın sadece alt sınırını artırdığı, buna karşılık temel suça ait cezanın üst sınırında değişiklik meydana getirmediği görülmektedir. Bu durumda, bu hususiyet teknik anlamda cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmez. Örneğin Askeri CK m.82'de amir veya üstü tehdit suçu düzenlenmiştir. Bu suç karşılığında altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Suçun silahlı iken işlenmesi karşılığında ise bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Öğretide bir görüşe göre, Askeri CK m.82'deki suçun silahla işlenmesi nitelikli unsur teşkil eder[282]. Kanımızca bu hüküm cezayı artıran nitelikli unsur olmaktan ziyade, hâkime yönelik cezanın belirlenmesi kuralı hüviyeti taşır. Zira cezayı artıran nitelikli unsurlar suçun haksızlık içeriğinde önemli bir artışa yol açar. Bu artış ortaya çıkan haksızlığın, temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin üst sınırı ile karşılanamaması sonucunu doğurur. Bu nedenle nitelikli unsuru düzenleyen suç tipine karşılık gelen cezanın, temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin üst sınırını aşması bir gereklilik arz eder. Verilen örnekte, suçun silahla ya da silahsız olarak işlenmesi halinde hükmolunabilecek hapis cezasının üst sınırında değişiklik meydana gelmez. Suçun silahla işlenmesi sadece hükmolunabilecek hapis cezasının alt sınırında artışa yol açarak, hâkimin cezanın belirlenmesi sırasında hareket

[280] Cebir suçunun kasten yaralamanın cezayı artıran nitelikli unsuru olduğu hususunda bkz. N.Toroslu/Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", s.18.
[281] Erol Cihan, **Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s.38, 107. Cebrin başka bir suçun kurucu ya da nitelikli unsuru olarak düzenlendiği hallerde, ilgili hükmün uygulama bulabilmesi için TCK m.108'den daha ağır bir ceza içermesi gerekmez. Cebir bu gibi hallerde daima yutulan suçtur. Bkz. Cihan, **Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188)**, s.40, 109.
[282] Zeynel T. Kangal, **Askeri Ceza Hukuku**, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.109.

alanının daralmasını sağlar. Dolayısıyla bu türden hükümler, ancak hâkime yönelik cezanın belirlenmesi talimatları olma işlevi görür[283].

(2) Oransal Ceza Artırımı ya da İndirimi

Ceza normlarında nitelikli unsur karşılığında oransal bir ceza artırımı ya da indirimi öngörülmesi durumunda, kanun koyucu nitelikli unsurun gerçekleşmesi halinde uygulanması gereken alt ve üst sınırlı ayrı bir ceza çerçevesi ihdas etmez. Yalnızca temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi ihdas eder. Nitelikli unsur karşılığında ise temel suça ait ceza üzerinden belirli bir oranda artırım ya da indirim yapılmasını öngörür. Bu nedenle hâkimin öncelikle temel suçun cezasının türünü ve miktarını tayin etmesi gerekir[284]. Yani hâkim temel suç için öngörülmüş olan ceza çerçevesinin alt ve üst sınırlarını baz alarak, sanki hiç nitelikli unsur yokmuş gibi ve suç doğrudan kastla işlenmiş gibi temel suça karşılık gelen cezaya hükmeder. Bu şekilde belirlenen temel cezada öncelikle varsa olası kast indirimi yapılır (TCK m.61/2). Bu suretle elde edilen ceza üzerinden nitelikli unsura denk düşen oransal artırım ya da indirim tatbik edilir.

Oransal ceza artırımı/indirimi nitelikli unsurlu ceza normunda, "X oranında artırılır/indirilir"[285] şeklinde sabit bir oran tayin edilmesi suretiyle düzenlenmiş olabileceği gibi (örn. TCK m.289/1, 294/3, 299/2), "X oranına kadar artırılır/indirilir" (örn. TCK m.152/2, 218, 243/2) ya da "X oranından Y oranına kadar artırılır/indirilir" (örn. TCK m.227/4, 290/2) biçiminde de düzenlenmiş olabilir. Bu suretle kanunda adeta oransal artırımlı/indirimli ceza çerçevesi öngörülür. Bu ihtimalde, hâkime ceza

[283] Benzer bir düzenleme TCK m.188/3'te yer almaktadır. Hükme göre uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan fail on yıldan az olmayan hapis cezası ile cezalandırılır. Uyuşturucunun satıldığı kişinin çocuk olması halinde hükmolunacak hapis cezası on beş yıldan az olamaz. Uyuşturucu madde çocuğa da satılsa hükmolunacak cezanın üst sınırında herhangi bir değişiklik meydana getirilmediğinden, bu düzenleme cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmez. Aynı tür başka düzenlemeler için bkz. TCK m.235/3-a, 125/3.

[284] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.245.

[285] Yargıtay, bir kararında kanunda cezayı artıran nitelikli unsur karşılığında uygulanacak ceza olan "iki kat artırılarak hükmolunur" ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre, temel cezanın örneğin 6 ay hapis şeklinde belirlenmesi halinde, bu ifade gereği nitelikli unsur karşılığında hapis cezasında 12 ay artırım yapılması gerekir. Bu nedenle nitelikli unsurlu suça karşılık gelen toplam hapis cezası 6 ay + 12 ay = 18 ay şeklinde tayin edilmelidir. Yargıtay bunu "madde ile tayin olunacak ceza + madde ile tayin olunacak cezanın iki katı = hükmolunacak ceza" formülü ile ifade etmiştir. **Yarg. CGK**, 01.11.1982, E.346, K.401. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.318.

normunda öngörülen oransal seviye içerisinde kalacak şekilde artırım/indirim oranını tayin etmede serbesti tanınır. Yani somut olaya uygulanacak artırım/indirim oranı kanunda alt ve üst limitlerle sınırlanmış olup, bu limitler içerisinde kalarak belirli bir oranın tayini hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Artırım/indirim oranını belirlemede hâkime takdir yetkisi tanınması, bir hususiyeti nitelikli unsur olmaktan çıkarmaz. Zira bu durumda da cezada artırım/indirim yapılması zorunludur. Bu formülasyona sahip olan nitelikli unsurun ait olduğu temel suç hem hapis hem de adli para cezasını gerektirebilir. Bu gibi durumlarda bir Yargıtay kararına göre[286], nitelikli unsurun artırım/indirim oranı hâkimin takdirine bağlı olarak temel suça karşılık gelen her iki ceza türü bakımından ayrı oranlarda belirlenebilir. Yani hâkim bir ceza türü bakımından kullandığı artırım/indirim oranını temel suçun gerektirdiği diğer ceza türü bakımından da kullanmak zorunda değildir. Her ceza türü için artırım/indirim oranı diğerinden bağımsız olarak belirlenir.

Belirtilmelidir ki "X oranına kadar artırılır/indirilir" formülasyonunda da bir alt ve üst sınır vardır. Üst sınır kanunda yazılan oransal limittir. Alt sınır ise tahayyül edilebilecek en düşük oransal artırım ya da indirimdir. Nitelikli unsurlar mevcudiyetleri halinde temel suça karşılık gelen cezada daima bir değişikliğe yol açar. Bu nedenle, kanunda cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen ceza artırım oranının alt sınırının gösterilmemesi halinde, bu düzenleme şekli hâkimin takdirine göre cezada artırım yapmayabileceği anlamına gelmez. Hâkim somut olayda nitelikli unsurun gerçekleşmesi halinde düşük de olsa belirli bir oranda ceza artırımı ya da indirimi yapmakla yükümlüdür. Yargıtay bir kararında en düşük artırım oranını 1/6 şeklinde göstermiştir[287]. Ancak kanunda bu yönde öngörülmüş bir genel hüküm

---

[286] "*Hakim, hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezasında, takdirine dayanarak aynı oranda artırım yapmak zorunda değildir*". **Askeri Yarg. DK**, T.03.12.1981, E.136, K.17. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.348.

[287] "*Yasadaki hüküm (...zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır) şeklindedir. Hakim temel cezayı 1/6, 1/5, 1/4, 1/3 oranında da artırabilecektir*". **Yarg. CGK**, 13.05.1985, E.6/4, K.270. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.316. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, cezada yapılacak oransal artırım ya da indirimlerde esas alınacak en düşük oran 1/10 olabilir. Odyakmaz, **a.g.e.**, s.330. Ayrıca yazar, "üçte birden aşağı olmamak üzere" şeklinde formüle edilen bir nitelikli unsur için yapılacak en yüksek artırım/indirim oranını 3/4 şeklinde göstermiştir. Bkz. Odyakmaz, **a.g.e.**, s.331. Yargıtay da bir kararında "*171 sayılı Yasanın 13. maddesindeki "... cezaların dörtte bire kadar indirilebileceği" ibaresinden; cezanın 1/4, 1/3, 1/2 ve en son 3/4 indirilebileceği anlaşılmalıdır. ...*

bulunmamaktadır. Kanımızca bu bir eksiklik teşkil eder. Cezaların kanuniliği prensibini zedeler. Nitelikli unsur karşılığında oransal ceza artırımı öngörülen hallerde, bu artırımın alt ve üst sınırlarının ceza normunda açıkça gösterilmesi ya da bu sınırların nelerden ibaret olduğunu tayine imkân tanıyacak ölçütlere genel hükümler kitabında yer verilmesi şarttır.

Artırım ya da indirim oranının iki sınır arasında ya da belirli bir sınıra kadar öngörüldüğü hallerde, hâkimin somut artırım/indirim oranını belirlemede genel bir değerlendirme yetkisi bulunur. Hâkimin temel cezayı belirlerken nasıl genel bir takdir hakkı varsa, oransal artırımın ya da indirimin oranını belirlerken de benzer bir takdir yetkisi bulunmaktadır[288]. Bununla birlikte, TCK m.61'de (veya diğer herhangi bir hükümde) hâkimin, nitelikli unsura karşılık gelen oransal artırımın ya da indirimin oranını belirlerken hangi kriterleri esas alacağı gösterilmemiştir. TCK m.61/1'de öngörülmüş olan kriterler yalnızca temel cezanın hesaplanması sürecinde dikkate alınması gereken kriterlerdir[289]. Halbuki nitelikli unsura karşılık gelen oransal ceza artırımı ya da indiriminin oranının belirlenmesi, temel cezanın hesabına ilişkin bir mesele değildir.

Kanımızca, oransal ceza artırımının/indiriminin nitelikli unsurlu ceza normunda, "X oranında artırılır/indirilir" şeklinde düzenlenmesi oldukça sakıncalıdır. Bu formülasyon adeta ilk çağlardan kalma sabit ceza sisteminin bir kalıntısı hüviyetindedir[290]. Bu gibi hallerde önce temel suç için öngörülen ceza çerçevesi

---

TCK.nun 258/son ve 272. maddesinde de benzer düzenlemenin olduğu, Yargıtayın kararlılık gösteren içtihatlarında da bu görüşün benimsendiği görülmektedir" tespitinde bulunmuştur. **Yarg. CGK**, T.20.12.1982, E.444, K.505. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.317-318.

[288] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.249. Hâkimin nitelikli unsura karşılık gelen oransal artırım ya da indirimin oranını belirlerken, somut olayın özelliklerini dikkate alması ve gerekçesini açıklayarak bir oran tayin etmesi gerektiği hususunda bkz. Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.946. Oransal artırım ya da indirimin oranının nitelikli unsurun suçun haksızlık içeriğine yaptığı katkıya göre belirlenmesi gerektiği hususunda bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s.1392.

[289] Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.1392.

[290] Bu noktada ifade etmek gerekir ki 765 sayılı TCK'da öngörülen ölüm cezası, müebbet ağır hapis cezası ve nisbi para cezası sabit cezaya örnek teşkil eder. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.777. Benzer şekilde, 5237 sayılı TCK'da öngörülen müebbet hapis cezası ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası da birer sabit ceza örneğidir. Kanunda suç karşılığı bu gibi sabit cezaların öngörüldüğü hallerde TCK m.61/1 hükmündeki kriterler kullanılarak cezanın bireyselleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak bu cezaların yapısı itibarıyla sabit ceza hüviyetinde olması kaçınılmazdır. Örneğin müebbet hapis

içerisinde temel suça karşılık gelen cezanın tespiti, hemen ardından ise bu ceza üzerinden nitelikli unsura karşılık gelen sabit oranda artırımın ya da indirimin yapılması gerekir. Somut olayda nitelikli unsurun gerçekleştiği tespit edildiğinde, oransal artırımı/indirimi uygulamamak gibi bir seçeneği bulunmadığından, hâkim bu gibi hallerde adeta kanunda yazılan cezayı uygulayan bir araca dönüştürülmektedir. Sabit oranlı ceza artırımı/indirimi öngören nitelikli unsur düzenlemelerinde, hâkimin nitelikli unsurun somut olayda ortaya çıkış şekline göre, yani somut suça etkisine göre değerlendirme yapma imkânı bulunmamaktadır[291].

TCK'da kimi ceza normlarında nitelikli unsurlar için öngörülen sabit oranlı ceza artırım ya da indirim modelinde, bir nitelikli unsurun ait olduğu temel suçun haksızlık içeriğini (ağırlığını) her zaman aynı oranda artırması ya da hafifletmesi ön kabulünden hareket edilmektedir. Belirtilmelidir ki nitelikli unsurlar bakımından böyle bir ön kabulle hareket edilmesiyle, kanunda temel suç karşılığında sabit bir ceza öngörülmesi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu durumu cinsel saldırı (TCK m.102) suçu üzerinden vereceğimiz bir örnekle açıklamaya çalışalım. Bu suçun cezasının artırılmasını gerektiren unsurlardan biri, cinsel saldırının "*insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" işlenmesidir (TCK m.102/3-e). Bu ihtimalde, kanun koyucu hâkime temel suç karşılığında belirlediği cezada yarı oranında artırım yapmasını emretmiştir. Topluca bir arada yaşama zorunluluğu doğuran ortamlara örnek olarak madde gerekçesinde öğrenci yurdu, askeriye kışlası, ceza infaz kurumu ve hastane gibi binalar sayılmıştır[292].

Kanun koyucuya göre bu suç belirtilen binalardan hangisinde işlenirse işlensin ve bina faile ne gibi bir kolaylık sağlarsa sağlasın bu durumun nitelikli unsurlu suçun ağırlığının ve cezasının belirlenmesinde ayırt edici hiçbir önemi ve rolü yoktur. Oysa

---

cezasının sabit olmayacak şekilde formüle edilmesi bünyesi itibarıyla mümkün değildir. Buna karşın, süreli hapis cezalarının yapı itibarıyla hem sabit ceza şeklinde hem de çerçeveli ceza şeklinde formüle edilmesi mümkündür. Modern ceza hukukunda esas olan süreli hapis cezalarının çerçeveli (alt ve üst sınırlı) biçimde formüle edilmesidir.

[291] Sabit cezalar sisteminden iki basamaklı cezalar sistemine geçilmesiyle hâkime cezayı suçlunun kişiliğine ve fiilin sürekli değişkenlik gösteren durumuna uyarlayabilme imkânı verme amacı güdülür. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.III**, s.90, 93.

[292] İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı C.I**, 27. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.284.

örneğin bir ceza infaz kurumunda bu suçu işleyen kişi, bir hastanede bu suçu işleyen kişiye kıyasla güvenlik önlemlerini aşmak için çok daha fazla çaba sarf etmiş olabilir. Bu suçu hastanede işleyen kişi, bu gibi bir suçun hastanede işlenmesi alışıldık bir durum olmadığından hiçbir güvenlik engeliyle karşılaşmamış olabilir. Tüm bunların dışında, failin ve mağdurun içerisinde yaşadığı binanın inşa şekli, aynı odada kalıp kalmadıkları, aynı odada kalıyorlarsa bulundukları odada kendilerinden başka kişilerin de kalıp kalmadığı, fail ile mağdur farklı odalarda kalıyorsa bu odaların birbirine uzaklığı, odaların aynı katta olup olmaması gibi faktörlerin de cezanın tayininde dikkate alınması gerekir. İki yataklı bir hastane odasında bulunan kişilerden birinin bu suçun faili diğerinin ise mağduru olması hali ile failin 6. kattaki hastane odasından çıkıp 2. kattaki 5 yataklı bir hastane odasında bulunan mağdura karşı, odada tek başına kaldığı anı kollayarak bu suçu işlemesi arasında binanın suçun işlenmesinde sağladığı kolaylık bakımından bir fark olsa gerektir.

Esasen bu gibi etmenlerin dikkate alınacağı yer nitelikli unsurlu ceza normunda öngörülen alt ve üst sınırlı ceza çerçevesi olmalıdır. Ancak belirtilen örnekte nitelikli unsur karşılığında yalnızca oransal bir ceza artırımı öngörülmüştür. Üstelik bu oransal ceza artırımı da sabit oranlıdır. Bu da hâkime yukarıda belirtilen etmenleri dikkate alma ve cezayı buna göre belirleme yetkisi vermemektedir. TCK'ya bakıldığında nitelikli unsur karşılığında oransal bir ceza artırımı/indirimi öngörülen hallerde, bunların önemli bir kısmının sabit oranlı ceza artırımları/indirimleri olduğu görülmektedir. Kanımızca, anılan düzenleme şekli failin kusuru oranında ceza ile sorumlu tutulması prensibini sekteye uğratır. Bu nedenle, daha adil bir ceza tayinine imkân tanıma adına ceza normlarında nitelikli unsur karşılığında sabit bir ceza öngörülmesinden mümkün olduğunca kaçınılması gerektiği düşüncesindeyiz[293].

[293] Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından kurulan örgütün silahlı olması bir cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bu durumda fail hakkında hükmolunacak ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılacaktır (TCK m.220/3). Hükümde sabit bir artırım oranı öngörülmemesinin nedeni madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: "*Suç örgütünün silahlı olup olmaması veya sahip olunan silahların cins, nitelik ve miktarı, somut tehlikenin belirlenmesi veya var olan somut tehlikenin ağırlığı bakımından dikkate alınmalıdır*". Bkz. Erdal Noyan, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adil Yayınevi, 2004, s.420. Bu itibarla, TCK m.220/3'teki nitelikli unsurun gerçekleşmesi halinde, kanunda öngörülen alt ve üst sınırlı artırım oranları arasında gerekçede yazılı hususiyetler gözetilerek somut bir artırım oranı belirlenecektir. Örgüt kurma suçunun her silahla işlenişi suçun haksızlık içeriğini aynı oranda etkilemeyecektir. Buna karşılık kimi suçların (örn. kasten yaralama suçu) silahla işlenmesi bakımından öngörülen cezayı artıran nitelikli unsur karşılığında kanun koyucu sabit bir artırım oranı belirlemesinde bulunmuştur.

Yapılması gereken nitelikli unsurlar için temel suçtan ayrı, alt ve üst sınırlı özel bir ceza çerçevesi öngörmektir. Ancak bunun yapılamadığı hallerde hiç olmazsa nitelikli unsura karşılık gelen oransal artırımın/indirimin alt ve üst sınırlı olacak şekilde belirlenmesi gerekir. Bu suretle nitelikli unsurdan ileri gelen ek haksızlık içeriğinin failin cezasına daha adil bir şekilde yansıtılması mümkün hale gelir.

Nitelikli unsura karşılık oransal bir ceza indirimi öngörülen hallerde, somut olayda nitelikli unsur gerçekleşmiş olmasına rağmen, temel suçun cezası alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenebilir. Benzer şekilde, somut olayda oransal bir ceza artırımı gerektiren nitelikli unsur gerçekleşmiş olmasına rağmen, temel suçun cezası alt sınıra yakınlaşılarak da tayin edilebilir[294]. Zira cezanın hesaplanması sırasında temel suça ve nitelikli unsura ait hususiyetler ayrı ayrı dikkate alınır. Nitelikli unsurun gerçekleşip gerçekleşmemesi temel suça ilişkin cezanın tayinine tesir etmez.

Nitelikli unsur uyarınca, oransal ceza artırımı ya da hafiflemesi yapılması neticesinde ortaya çıkan ceza, kanunun genel hükümler kitabında o ceza türü için öngörülmüş olan alt veya üst sınırı aşabilir. Zira hem süreli hapis cezasının (TCK m.49/1) hem de adli para cezasının (TCK m.52/1) soyut, genel alt ve üst sınırlarının belirlendiği hükümlerde bu sınırların açıkça "*kanunda aksi belirtilmeyen hallerde*" geçerli olduğu ifade edilmiştir. Nitelikli unsurların düzenlendiği suç tiplerinde öngörülen oransal ceza artırımı ya da hafiflemesi ayrık hal teşkil eder. Bu nedenle, nitelikli unsurların mevcudiyeti halinde uygulanması öngörülen oransal ceza artırımı ya da hafiflemesi ile süreli hapis cezaları bakımından bir ayın altına inilebilmesi ya da yirmi yılın üzerine çıkılabilmesi mümkündür. Benzer şekilde adli para cezasının gün sayısının da yedi günün altına inebilmesi ya da yediyüzotuz günün üzerine çıkabilmesi imkân dahilindedir.

Nitekim, nitelikli unsurlara karşılık kanunda doğrudan doğruya özel ceza çerçevesinin öngörüldüğü hallerde, bu özel ceza çerçevesinin alt ve üst sınırlarının genel hükümler kitabında süreli hapis cezası ve adli para cezası için belirtilen soyut ve genel limitleri aştığı pek çok örneğe rastlamak mümkündür. Nitelikli unsur için doğrudan doğruya özel ceza çerçevesinin öngörüldüğü hallerde bu limit aşımı kabul

[294] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.65.

edilirken; oransal artırımın/indirimin öngörüldüğü hallerde limit aşımının kabul edilmemesi çelişki yaratır[295]. Bununla birlikte süreli hapis cezasını gerektiren bir suçun nitelikli unsurlarının da eklenmesi suretiyle saptanan somut sonuç cezanın otuz yıldan fazla olması mümkün değildir (TCK m.61/7). Otuz yıl sınırı somut sonuç ceza için öngörülmüştür. Bu nedenle ara işlemlerde yani cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurlar ile cezaya etki eden diğer her türlü hususiyetin uygulandığı işlemlerde bu sınırın aşılabilmesi mümkündür[296]. Kanunda bir suçun nitelikli unsurlarının eklenmesi suretiyle saptanan somut sonuç süreli hapis cezasının en fazla olabileceği süre gösterilmesine rağmen, en düşük olabileceği süreye ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır.

TCK'da belirli bir hususiyet karşılığında oransal bir ceza artırımı ya da indirimi öngörülen hallerle ilgili dikkat çekilmesi gereken bir başka sorun, "X oranına kadar artırılabilir/indirilebilir" ya da "X oranında artırılabilir/indirilebilir" formülasyonlarıdır. Örneğin TCK m.213'te halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçu düzenlenmektedir. Maddenin 2. fıkrasında, suçun işlenmesi sırasında silah kullanılması durumunda hükmedilecek cezanın "*kullanılan silahın niteliğine göre yarı oranına kadar artırılabilir*" olduğu ifadesi yer almaktadır. Kanun koyucu TCK m.213'teki suçun işlenmesi sırasında silah kullanılmasını hâkimin takdirine göre haksızlık yoğunluğunu artırabilen bir hususiyet olarak düzenlemiştir. Benzer şekilde, yağma suçunun daha az cezayı gerektiren hallerinin düzenlendiği TCK m.150'nin 2. fıkrasında bu suçun konusu olan malın değerinin az olması halinde "*verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir*" ifadesi bulunmaktadır. Buna göre, yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı hâkimin takdirine göre haksızlık yoğunluğunu azaltabilen bir hususiyet olarak düzenlenmiştir.

Nitelikli unsurlar daima bağlayıcı bir yapıya sahiptir. Hâkim somut olayda kanunda tasvir edilen bir nitelikli unsurun mevcut olduğunu tespit ederse, nitelikli unsur gerçekleşmiş demektir. Bunun anlamı nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza

[295] Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Yüksek Mahkemeye göre, TCK m.49/1 hükmü ile sonuç ceza değil temel ceza gösterilmiştir. İlgili ceza normunda alt ve/veya üst sınır gösterilmeyen hallerde, temel cezanın tayininde bu maddedeki alt ve üst sınırlar dikkate alınacaktır. Bkz. **Yarg. CGK**, T.20.06.2006, E.2006/178, K.2006/163. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi:29.03.2021).
[296] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.167.

çerçevesinin ya da oransal artırımın/indirimin uygulanmasıdır. Hâkimin bu hususta takdir yetkisi bulunmaz. Yukarıda verilen örnek maddelerde "artırılabilir" ve "indirilebilir" ifadeleri kullanılmıştır. Bu ifade şekli, belirtilen hususiyetlerin somut olayda gerçekleştiğinin hâkim tarafından tespit edilmesine rağmen, ceza artırımı ya da indirimi yapıp yapma hususunda hâkimin takdir yetkisi olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu düzenleme şekline göre, kanun koyucu hâkime suç tipinde zikredilen hususiyetlerin somut olayda mevcut olduğunu kesin biçimde tespit etmesine rağmen, cezada değişiklik yapmama yetkisi vermiştir. Oysa gerçek anlamda nitelikli unsurlar hâkimi bağlayıcı özellikte olduklarından, bunlara karşılık gelen ceza için "artırılır" ya da "indirilir" şeklinde zorunluluk belirten bir ifadenin kullanılması şarttır. Bu durumda ceza artırımının ya da indiriminin kanunda ihtiyarilik belirten kelimelerle düzenlendiği bahis konusu örneklerin teknik anlamda nitelikli unsur olarak sınıflandırılabilmesi mümkün değildir[297].

(3) Özel Ceza Çerçevesi

Karşılığında müebbet hapis cezası öngörülen suçlar hariç tutulduğunda, prensip itibarıyla temel suça karşılık gelen ceza ister hapis cezası ister adli para cezası olsun, daima bir ceza çerçevesinden oluşur. Yani alt ve üst sınırları belirli olan bir ceza aralığı bulunur. Bu ceza çerçevesi *normal (kural) ceza çerçevesi* şeklinde isimlendirilebilir. Buna karşılık, nitelikli unsurlu ceza normlarının yaptırım kısmında oransal bir ceza artırımı/indirimi bulunabileceği gibi ceza çerçevesi de bulunabilir. Nitelikli unsur karşılığında, temel suça ait ceza normunda öngörülen ceza çerçevesinden ayrı olarak, farklı alt ve/veya üst sınırlara sahip bir ceza çerçevesi öngörülmüşse, bu *özel ceza çerçevesi* şeklinde adlandırılır[298]. Bu isimlendirme farklılığı temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi ile nitelikli unsura karşılık gelen ceza çerçevesinin birbirinden ayırt edilmesine hizmet eder.

---

[297] Benzer şekilde, TCK m.220/6-7 ve 260/2 hükümlerinin cezayı azaltan nitelikli unsur biçiminde tasnif edilmesi mümkün değildir.

[298] Bu tip nitelikli unsurlar ayrıca "bağımsız ceza" öngören nitelikli unsurlar şeklinde adlandırılmaktadır. Bkz. Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.1053. Öğretide hâkimin değerlendirmesini kolaylaştırmak için nitelikli unsurlara karşılık gelen özel ceza çerçevesinin daha dar tutulması önerilmektedir. Bkz. Frank Zieschang, "Besonders schwere Fälle und Regelbeispiele – ein legitimes Gesetzgebungskonzept?", **JURA**, 1999, s.568. Ceza kanunlarında öngörülen hukuki sonuç tehdidinin daima ceza çerçevesi şeklinde ihdas edilmesi gerektiği hususunda bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.34.

Özel ceza çerçevesi üzerinden somut sonuç ceza belirlenirken hem temel suçun kurucu unsurları hem de nitelikli unsurlar birlikte göz önünde bulundurulur. Bu suretle tayin edilen "temel ceza" hem suçun temel şekline hem de nitelikli şekline ilişkin unsurları bünyesinde barındırır[299]. Yani özel ceza çerçevesinde öngörülen alt ve üst sınırlar, temel suçun ve ilgili nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi ile oluşan haksızlık içeriğinin toplamına karşılık gelir. Bu nedenle, TCK m.61/1'deki cezanın belirlenmesine ilişkin kriterler özel ceza çerçevesi üzerinden uygulanarak cezanın tayini yoluna gidilir. Varsa olası kast indirimi bu suretle belirlenen ceza üzerinden yapılır (TCK m.61/2). Yukarıda da ifade edildiği üzere, oransal artırımlı/indirimli nitelikli unsurlarda, olası kast indirimi temel suça karşılık gelen ceza üzerinden yapılmakta, bundan sonra oransal nitelikli unsur artırımı/indirimi uygulanmaktadır. Oysa özel ceza çerçeveli nitelikli unsurlarda bu sıra zorunlu olarak değişiklik arz eder. Zira bu ihtimalde temel suça ait ceza çerçevesi üzerinden ceza tayini yapılmaz. Doğrudan nitelikli unsurlu suça ait özel ceza çerçevesi üzerinden belirlemede bulunulur.

Nitelikli unsurların gerçekleştiği durumlarda cezada temel suça kıyasla niteliksel bir değişiklik meydana geliyorsa, bu değişikliğin tabiatı gereği oransal bir ceza artırımı ya da hafiflemesi yoluyla vuku bulması mümkün değildir. Zira bu ihtimalde verilecek cezanın türünde değişiklik meydana gelmektedir. Bu nedenle bu gibi hallerde kanun koyucunun ceza normlarında nitelikli unsurlara karşılık gelen özel bir ceza çerçevesi

[299] Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.1014. Öğretide, "temel ceza" teriminden anlaşılması gerekenin, cezanın artırılmasını ya da indirilmesini gerektiren hallerin bulunması durumunda, artırımın ya da indirimin tatbikinde esas alınacak ceza olduğu belirtilmiştir. Buna göre, temel ceza suçun basit şeklinden daha geniş bir kapsama sahiptir. Suçun özel ceza çerçeveli nitelikli unsurları da temel ceza içerir. Bu nedenle bu gibi bir nitelikli unsurun mevcudiyeti halinde temel ceza, özel ceza çerçevesi üzerinden TCK m.61/1'deki ölçütlere göre belirlenir. Bkz. Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.1390, 1393. Bu itibarla TCK m.61/1'de kullanılan "temel ceza" terimi, yalnızca kurucu unsurların gerçekleştirilmesi suretiyle oluşan suça karşılık gelen cezayı ifade etmez. Özel ceza çerçevesine sahip olan nitelikli unsurların gerçekleştirilmesi üzerine, özel ceza çerçevesi üzerinden hesaplanan ceza da temel ceza teşkil eder. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, s.722. Bu kabule göre, oransal artırımlı/indirimli nitelikli unsurun gerçekleşmesi ile oluşan suçta temel ceza, sadece suçun kurucu unsurları dikkate alınarak belirlenir. Buna karşılık, özel ceza çerçeveli nitelikli unsurun gerçekleşmesi ile oluşan suçta temel ceza, suçun hem kurucu hem de nitelikli unsurları birlikte hesaba katılarak belirlenir. Yargıtay da temel cezayı "kanunun koyduğu aşağı ve yukarı hadler arasında" tayin edilen ceza olarak tanımlamıştır. **Yarg. CGK**, T.21.09.1987, E.8/257, K.372. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.313. Karşı görüş için bkz. Zeki Hafızoğulları, "Cezanın Tayin Edilmesi", **Ceza Hukuku El Kitabı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1989, s.482.

öngörmesi gerekir. Oransal ceza artırımı/indirimi sadece cezada niceliksel bir değişikliğin vuku bulduğu hallerde kullanılabilir.

Nitelikli unsurların gerçekleşmesi üzerine temel suça karşılık gelen cezada niteliksel ya da niceliksel değişiklik olması başka şey, bu değişikliğin oransal ceza artırımı/indirimi veya özel ceza çerçevesi ile meydana gelmesi başka şeydir. Alman CK'da da nitelikli unsurların gerçekleşmesi halinde hükmedilecek cezada temel suça kıyasla niteliksel ya da niceliksel değişiklik vuku bulabilmektedir. Ancak bu değişiklikler nitelikli unsurların düzenlendiği ceza normu içerisinde öngörülmüş olan özel ceza çerçevesi vasıtasıyla yapılmaktadır. Yani Alman kanun koyucusu, nitelikli unsurlarla meydana gelecek ceza değişikliğini oransal bir ceza artırımı/indirimi yoluyla yapmayı tercih etmemiş, bunun yerine nitelikli unsurların düzenlendiği ceza normlarında ayrı bir ceza çerçevesi ihdası yoluna gitmiştir.

Nitelikli unsur karşılığında özel ceza çerçevesi yerine sabit bir ceza öngörülmesi de mümkündür. Bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru karşılığında müebbet hapis veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülen haller böyledir (örn. TCK m.82). Bunlar esasen hâkime cezayı failin ve fiilin özelliklerine göre belirleme imkânı tanımayan, önceden belli olan cezalardır[300]. Bu tür cezalarla kanun koyucu, nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi ile suçun haksızlık içeriğinde daima aynı seviyede değişiklik meydana geleceği ön kabulünde bulunmaktadır. Kanımızca, hâkimin daha adil bir hüküm tesisine olanak tanımak için ceza normlarında temel suç veya nitelikli unsur karşılığında bu tip cezalar öngörmekten mümkün olduğunca kaçınması gerekir.

c. Dava Zamanaşımına Etkisi

Cezayı artıran nitelikli unsurlar dava zamanaşımı süresinin uzamasına yol açma işlevine sahiptir. Zira yasa gereği dava zamanaşımı süreleri hesaplanırken suçun cezasını artıran nitelikli unsurların da dikkate alınması ve buna göre belirlemede bulunulması gerekir (TCK m.66/3). Böylelikle kanun koyucu dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde kural olarak bir suç için hükmedilebilecek en ağır cezanın

[300] Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, s.73.

esas alınmasına imkân tanımıştır[301]. Bunun dayanağı bir suç ne kadar ağır olursa kamuoyu nezdinde bıraktığı etkinin de o kadar uzun olacağı düşüncesidir. Suçun ağırlığı, o suça karşılık gelen cezanın ağırlığına göre tespit edilir[302]. Cezayı artıran nitelikli unsurların dava zamanaşımı süresinin hesabında dikkate alınabilmesi için, dosyada o an itibarıyla mevcut olan delillerin nitelikli unsurların gerçekleştiğini göstermesi yeterlidir (TCK m.66/3). Kanunun ifadesi emredicidir. Bu nedenle hâkimin cezayı artıran bir nitelikli unsurun mevcudiyetini saptaması durumunda dava zamanaşımı süresi hesabı yaparken bunu dikkate alması mecburidir. Mevcut delillerden olayda işlenen suçun cezasını artıran bir nitelikli unsurun gerçekleştiği anlaşılamıyorsa, süre hesabında temel suç esas alınacaktır.

Kanunda dava zamanaşımı sürelerinin hesabında ceza çerçevesinin üst sınırında gösterilen soyut cezanın dikkate alınacağı ifade edilmiştir (TCK m.66/4). Bu nedenle ceza normunda cezayı artıran nitelikli unsura karşılık olarak özel ceza çerçevesi öngörülmüşse, bunun üst sınırı esas alınacaktır. Buna karşılık oransal bir artırım öngörülmüşse, bu oransal artırım temel suça ait ceza çerçevesinin üst sınırına karşılık gelen ceza üzerinden yapılacak ve dava zamanaşımı süresi bu suretle elde edilen ceza esas alınarak belirlenecektir. Böylelikle, dava zamanaşımı süresi nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi suretiyle meydana getirilen haksızlığa karşılık gelen en yüksek ceza üzerinden hesaplanır[303].

---

[301] Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, s.784; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.1086. Öğretide bir görüşe göre, oransal artırım öngören "ağırlaştırıcı nedenler" dava zamanaşımı süresinin hesabında dikkate alınmayacak, sadece özel ceza çerçevesi öngören "nitelikli haller" dikkate alınarak dava zamanaşımı süresi belirlenecektir. Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C.II**, s.2213. Kanımızca bir hususiyetin nitelikli unsur olup olmadığının tayininde temel suça karşılık gelen cezada oransal bir artırıma mı yol açtığı, yoksa daha ağır özel bir ceza çerçevesinin uygulanmasını mı gerektirdiği belirleyici bir kriter değildir. Bu nedenle, dava zamanaşımı süresinin tayininde ayrım yapılmaksızın oransal artırımlı ve özel ceza çerçeveli cezayı artıran nitelikli unsurlar dikkate alınmalıdır. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir. Yüksek Mahkemeye göre "*nitelikli haller açısından kanun koyucunun tercih ettiği yaptırım sistemi dikkate alınmaksızın, ister bağımsız bir yaptırım öngörülmüş olsun, isterse belirli bir oran dahilinde artırım yöntemi tercih edilmiş olsun, zamanaşımı süreleri daha ağır cezayı gerektiren tüm nitelikli haller dikkate alınarak belirlenmelidir*". **Yarg. CGK**, T.11.12.2012, E.2012/1247, K.2012/1842. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

[302] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.III**, s.254.

[303] Öğretide dava zamanaşımının hesabında dikkate alınabilecek üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki soyut ceza sistemidir. Buna göre, temel suça karşılık gelen cezanın üst sınırı esas alınarak

Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, cezayı artıran nitelikli unsurlar kim tarafından gerçekleştirilmişse ve hangi suç ortaklarına sirayet edebiliyorsa, sadece onlar bakımından dava zamanaşımı süresinin hesabında dikkate alınabilecektir. Cezayı artıran nitelikli unsurun kendisine sirayet etmediği suç ortağı bakımından dava zamanaşımı süresinin hesabında temel suç dikkate alınır. Benzer şekilde, zincirleme suçlarda da zincirin halkasını oluşturan suçlardan her biri esasen ayrı bir suç teşkil ettiği için, her bir suç bakımından dava zamanaşımı süreleri ayrı ayrı belirlenecektir. Bu nedenle, zincirin halkasını oluşturan suçlardan birinin temel şekli diğerinin ise cezayı artıran nitelikli unsurlu şekli gerçekleştirilmişse, farklı dava zamanaşımı süreleri ortaya çıkabilecektir[304].

Son olarak değinilmelidir ki cezayı azaltan nitelikli unsurların temel suçta öngörülen ceza çerçevesine karşılık gelen dava zamanaşımı süresini kısaltma işlevi bulunmamaktadır. Zira kanunda açıkça sadece cezayı artıran nitelikli unsurların dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde etkili olacağı ifade edilmiştir (TCK m.66/3). Kanun koyucunun dava zamanaşımı sürelerinin hesabında cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurlar arasında fark yaratması eleştiriye açıktır. Zira bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlarından birinin mevcudiyeti halinde dava zamanaşımı süresi temel suça kıyasla uzayacaktır. Buna karşılık, aynı suçun cezayı azaltan nitelikli unsurlarından birinin mevcudiyeti halinde dava zamanaşımı süresi temel suça kıyasla kısalmayacaktır[305].

---

dava zamanaşımı süresi belirlenmelidir. Bu sistemde dava zamanaşımının hesabında nitelikli unsurlar dikkate alınmaz. İkincisi somut ceza sistemidir. Buna göre, faile işlediği suç karşılığında verilecek somut sonuç ceza hesaplanmalı ve bu ceza üzerinden belirlemede bulunulmalıdır. Bu sistemde somut ceza hesabı yapılacağından dava zamanaşımının hesabında fiili ve şahsi nitelikli unsurların da dikkate alınması gerekir. Son görüş ise karma sistemi savunur. Buna göre, dava zamanaşımı süresi faile işlediği suç karşılığında verilecek somut sonuç ceza üzerinden hesaplanmalıdır. Ancak somut sonuç cezanın hesabında sadece fiili nitelikli unsurlar dikkate alınmalı, şahsi nitelikli unsurlar hesaba katılmamalıdır. Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.341-343; Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.III**, s.254-255; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.995-996. TCK'da esas olarak soyut ceza sistemi benimsenmiş, ancak cezayı artıran nitelikli unsurların da bu hesapta dikkate alınması emredilmiştir. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.747-748. 765 sayılı TCK'da da dava zamanaşımı sürelerinin hesabında soyut ceza sistemi benimsenmekteydi. Ancak bir suçun soyut cezası belirlenirken hem cezayı artıran hem de cezayı azaltan nitelikli unsurlar dikkate alınmaktaydı. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.III**, s.256.

[304] Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.1087.

[305] Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.519.

8. Nitelikli Unsurların Gerçekleşebileceği Zaman

Temel suç ve buna ait nitelikli unsurlar arasında belirli bir zamansal bağlantı bulunur. Bu bağlantının çok geniş yorumlanmaması gerekir. Kimi suçlarda suçun tamamlanması ile sona ermesi farklı zamanlarda gerçekleşir. Bunun tipik örneğini mütemadi suçlar oluşturur. Bu gibi suçlarda, nitelikli unsurun suçun tamamlanması ile bitmesi arasında kalan zaman dilimi içerisinde de gerçekleştirilmesi mümkündür. Yani nitelikli unsur temel suç tamamlandıktan sonra, ancak sona ermeden önce de gerçekleştirilebilecektir. Fail bu zaman aralığında gerçekleşen nitelikli unsurdan da sorumlu olmaya devam eder[306]. Bununla birlikte temel suç sona erdikten sonra nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Zira bir suç unsurunun her halükârda suç sona erinceye (bitinceye) kadar gerçekleştirilmesi şarttır. Nitelikli unsurlar suçun haksızlık içeriğine etki eder. Suç sona erdikten sonra gerçekleştirilen nitelikli unsurun suçun haksızlık içeriğine etki etmesi mümkün değildir. Suç tamamlandıktan sonra, failin suçla korunan hukuki değeri ihlal eden hareketleri sona erdiği anda suç da sona erer[307].

İfade edilmelidir ki cezayı artıran nitelikli unsurların temel suç tamamlandıktan sonra, ancak sona ermeden önce de gerçekleştirilebileceği genel geçer bir kabul değildir. Buna karşı çıkan yazarlara göre, böyle bir kabul suçun unsurlarının genişletilmesi anlamına gelir ve suç tipleri arasında çatışmaya neden olabilir[308]. Örneğin hırsızlık suçlarında suç tipi aşamasının alma hareketinin ötesine geçecek şekilde, oldukça belirsiz bir zaman aralığı içerisinde sona ermeye kadar genişletilmesi belirlilik ilkesi ile bağdaşmaz. Zira hırsızlık ve yağma gibi suçların cezayı artıran nitelikli unsurları, bu temel suçları dayanak alır. Hırsızlığın temel şekline ait olan

---

[306] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §49 III 3. Alman öğretisinde, cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde düzenlenmiş olan hususiyetlerin, hali hazırda temel suç tamamlandıktan sonra, suç sona erinceye kadar gerçekleşebileceği ve bu suretle tamamlanmış olan temel suçun, cezayı artıran nitelikli unsurlu suç haline getirilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §14 kn.17; Gropp, **Strafrecht AT**, §9 kn.7.

[307] Gropp, **Strafrecht AT**, §9 kn.7; Albin Eser/Nikolaus Bosch, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019, Vor §§22ff. kn.4.

[308] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §8 kn.30. Görüşler için bkz. B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.467-468, kn.715. Bu kabulün kimi suç tipleri ile öngörülen özel düzenlemeleri baltalayabileceği ve suç tipleri arasında çatışmaya yol açabileceği hususunda bkz. Kristian Kühl, "Die Beendigung des vollendeten Delikts", **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001**, 2001, s.685.

olaylar (örn. alma hareketi) temel suçun tamamlanması ile son bulur. Bu itibarla, temel suçun tamamlanmasından sonra gerçekleştirilen ve suç tipinde tarif edilen cezayı artıran nitelikli unsuru meydana getirmeye elverişli olan hareketler, esasında suç tipinin dışında kalır[309]. Suçun tamamlanması ve sona ermesi arasındaki aşama, suç tipinin gerçekleştirilmesi içerisinde yer almaz. Aksine suç tipinin gerçekleştirilmesini takip eder. Bu nedenle bu aşama, cezayı artıran nitelikli unsurların çoktan işlenmiş olan suça etki etmesine elverişli değildir[310].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, hırsızlık suçunda örneğin failin suçun işlenmesi sırasında yanında silah taşıyor olması nitelikli unsuru, hırsızlığa teşebbüsün başlangıcı ile hırsızlığın fiilen sona ermesi arasında kalan herhangi bir zaman diliminde gerçekleştirilebilir[311]. Bu itibarla Federal Yüksek Mahkeme suçun tamamlanması ile sona ermesi arasında kalan aşamada da nitelikli unsurların gerçekleştirilebileceği görüşündedir. Yüksek Mahkeme bu görüşünü, suçun tamamlanma zamanının sıklıkla belirsiz ve neredeyse tesadüfi olmasıyla gerekçelendirir. Ayrıca Mahkemeye göre, sona erme aşamasında, yani hırsızlık suçunda alma hareketini takip eden kaçma esnasında yanında silah taşıyan fail de aynı derecede tehlikelidir[312]. Bu itibarla örneğin, hırsızın hırsızlık suçu anlamında alma hareketini gerçekleştirdiği esnada yanında herhangi bir silah taşımaması, ancak suçun tamamlanmasından sonra, çaldığı mal ile kaçmak için bindiği aracında kullanıma hazır silah bulundurması, Federal Yüksek Mahkemeye göre cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlık suçunun mevcudiyetinin kabulünü gerektirir. Zira fail hala fiile ait olan çalınan mal ile uzaklaşma aşamasında yanında bir silah taşımaktadır[313].

---

[309] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §4 kn.49, §9 kn.8; Jörg Eisele, **Strafrecht Besonderer Teil II**, 5. Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2019, kn.184.

[310] Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.268. Yazarlara göre, ancak suçun tamamlanması ve sona ermesi arasındaki zaman dilimi içerisinde suçun gerçekleştirilmesi hala devam ediyorsa, örneğin hırsızlık suçu bakımından mükerrer icra söz konusuysa, bu aşamada cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi mümkündür. Bkz. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.132.

[311] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.649; Wolfgang Mitsch, "Der Rücktritt vom Versuch des qualifizierten Delikts", **JA**, 2014, s.270. Kullanıma hazır şekilde bulundurulan silahtan ileri gelen failin ve fiilin soyut tehlikeliliği, bu cezayı artıran nitelikli unsurun dayanağını oluşturur. Bkz. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.269. Benzer şekilde Federal Yüksek Mahkemeye göre, cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden tehlikeli bir suç aletinin kullanılması fiili, suça teşebbüsün başlangıcı ile suçun sona ermesi arasında kalan herhangi bir anda gerçekleştirilebilir. Bkz. BGH, **JR**, 2007, s.480.

[312] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §4 kn.48.

[313] Kühl, "Die Beendigung des vollendeten Delikts", s.683.

Buna karşılık öğretide bir görüşe göre, cezayı artıran nitelikli unsurların etkisinin oraya çıkabilmesi için, bu unsurların tipe uygun olaylar esnasında, en geç tipe uygun son netice ortaya çıkıncaya kadar gerçekleştirilmeleri şarttır. Bu itibarla, örnek olayda bir nitelikli unsurun mevcudiyetinden söz edilebilmesi için, hırsızın hırsızlık suçu anlamında alma hareketini gerçekleştirdiği esnada yanında silah taşıyor olması gerekir. Alma hareketinin silahsız şekilde gerçekleştirildiği hallerde, geçmişe etkili olarak nitelikli unsurun mevcudiyetinin kabulü, suç tipi ile uyumlu olmayan bir sona erme terimine vücut verir[314]. Nitelikli unsura ait maddi koşulların temel suçun tamamlanmasından önce ortaya çıkması gerekir. Zira nitelikli unsurun referans noktası temel suçu meydana getiren fiildir. Temel suçun tamamlanması ve sona ermesi arasındaki hareketler başlı başına tipe uygun hareket hüviyetinde değildir[315]. Bu kabule göre, nitelikli unsurun gerçekleştirilmesinin, temel suçun icrasıyla zamansal bir çakışma içerisinde olması şarttır. Bu nedenle, failin temel suçun tamamlanmasının ardından nitelikli unsura ilişkin maddi koşulları gerçekleştirmesi yeterli olmayacaktır[316].

Örneğin, fail bir konutu soyma düşüncesiyle aracıyla konutun 100 metre yakınına yanaşır. Yanındaki silahı aracın torpido gözünde bırakır. Eve zorla girdikten ve suç konusu eşyayı aldıktan sonra, evini soyduğu kişi tarafından fark edilir. Bunun üzerine fail aracına doğru hızla koşar ve aracıyla uzaklaşarak izini kaybettirir. Bu olayda yanında silah taşıma nitelikli unsurunun suçun hangi evresinde gerçekleştiği irdelenmelidir. Hırsızlığın temel şekline teşebbüs en erken taşınmaza girilmesinden kısa bir süre önce başlar. Mekansal uzaklığın 100 metre olması failin suç mahallinde olduğunun kabulünü sağlamaz. Bu nedenle, henüz teşebbüs aşamasına geçilmediğinden yanında silah taşıma nitelikli unsurunun gerçekleştiğinden bahsedilemez. Fail silahını araçta bırakarak konuta girer. Suç, en geç konutun terk edilmesiyle tamamlanır. Bu itibarla, örnek olayda nitelikli unsuru gerçekleştirmeye

[314] Kühl, "Die Beendigung des vollendeten Delikts", s.683-684.
[315] Jakobs, **a.g.e.**, §25 kn.12.
[316] Kühl, "Die Beendigung des vollendeten Delikts", s.684. Yazara göre, suçun sona erme aşamasında cezayı artıran nitelikli unsurun maddi koşullarının yerine getirilmesi ile belirli bir tehlike yaratılmış olsa bile, bu durum suçun nitelikli unsurlu şeklinin gerçekleştirilmiş olduğu kabulünde bulunulabilmesi için yeterli olmaz. Zira kanun koyucu sadece temel suçun gerçekleştirilmesi aşamasında nitelikli unsurların maddi koşullarının yerine getirilmesi ile ortaya çıkan özel tehlikeliliğe sonuç bağlar. Bkz. Kühl, "Die Beendigung des vollendeten Delikts", s.685.

elverişli evre olarak sadece suçun tamamlanması ile sona ermesi arasındaki aşama kalır. Suç taşıtla uzaklaşılmasından sonra sona erer[317]. Fail araca bindiği andan, aracıyla uzaklaştığı ana kadar geçen süre içerisinde silahını kullanıma hazır bir şekilde yanında taşımıştır. Nitelikli unsurun suçun sona erme aşamasında da gerçekleştirilebileceği düşüncesinde olan görüş, örnek olayda silah taşıma suretiyle işlenen hırsızlık suçunun oluştuğunu ileri sürer. Diğer görüş ise, hırsızlığın sadece temel şeklinin oluştuğunu savunur.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin yakın zamanda verdiği, yağma suçunun cezayı artıran nitelikli unsurları (Alman CK §250/2) ile ilgili bir kararında, suçun tamamlanması ile sona ermesi arasındaki aşamada nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi olanağını kısıtlayan bir bakış açısını benimsemiş olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme bu suretle bir anlamda yukarıda bahsedilen iki farklı görüşün ortasını bulmaya çalışmıştır[318]. Belirtilmelidir ki Yüksek Mahkeme hala yağma suçunun nitelikli unsurlarının suçun tamamlanması ile sona ermesi arasındaki aşamada gerçekleştirilebileceği görüşündedir. Ancak bunun için failin nitelikli unsuru meydana getiren hareketi kendine mal etme amacını, çalınan malı koruma amacını ya da zenginleşme amacını gerçekleştirmek için icra etmesini aramaktadır. Örneğin, fail tamamlanmış bir yağmanın hemen akabinde, mağduru somut bir hayati tehlikeye uğratırsa, fail bu suretle çalınmış malı savunmayı ya da başka mallar elde etmeyi amaçlıyorsa, yağma suçunun "fiil ile mağdurun ölüm tehlikesine düşürülmesi"ne ilişkin cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleşmiş (Alman CK §250/2 Nr.3b) demektir. Ancak failin bu hareketi, çaldığı malın az olması nedeniyle duyduğu öfkeden ileri geliyorsa ya da kaçışını garantileme düşüncesinin ürünü ise, nitelikli unsur gerçekleştirilmiş sayılmayacaktır[319].

[317] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §4 kn.50. Karş. Eser/Bosch, **a.g.e.**, §22 kn.58.
[318] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §8 kn.30.
[319] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §8 kn.31-32. Yazara göre, yargı mercilerinin bu görüşünün sadece Alman CK §250/2 hükmü ile sınırlı kalmaması, başka cezayı artıran nitelikli unsurları meydana getiren hususiyetler için de aynı şekilde bu türden kısıtlayıcı ölçütlerin kabulü gerekir. Bkz. Rengier, **Strafrecht BT-I**, §9 kn.34.

9. Nitelikli Unsurların Suç Sistematiği İçerisindeki Yeri

Nitelikli unsurların suç genel teorisi içerisindeki incelenme yeri öğretide görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Türk öğretisinde yazarların bir kısmı bu unsurları tipiklik unsuru içerisinde, suçun maddi unsurlarından önce incelemektedir[320]. Bazı yazarlar suçun maddi unsurları arasında yani manevi unsurdan önce inceleme konusu yapmıştır[321]. Kimi yazarlar suçun maddi unsurları, manevi unsuru ve hukuka aykırılık unsurunu inceledikten hemen sonra nitelikli unsurları ele almıştır[322]. Bir kısım yazarlar ise, bunları suçun özel görünüş şekilleri arasında içtimadan sonra irdeleme konusu yapmaktadır[323]. Son olarak, bu unsurları cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi başlığı altında inceleyen yazarlar da mevcuttur[324].

Kanımızca nitelikli unsurların suçun maddi unsurları içerisinde yer aldığı kabulü yerinde değildir. Nitelikli unsurlar örneğin fiilin işleniş şekli ile ilgili olabileceği gibi, failin suçu işlemekle güttüğü amaç ya da saik ile de ilgili olabilir. Yani nitelikli unsurların hem objektif hem de sübjektif vasıftaki kurucu suç unsurları üzerine inşa edilebilmeleri mümkündür. Bu itibarla, nitelikli unsurların suçun maddi unsurları ile sınırlanması yerinde olmayacaktır.

Öte yandan, her suçun nitelikli unsura sahip olmadığı düşüncesinden hareketle, bunların tıpkı teşebbüs, iştirak ve içtima kurumları gibi suçun bir özel beliriş şekli

---

[320] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.120vd.; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.195vd.

[321] Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.226; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.89, 142vd.; Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.531; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.429vd.; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.380vd.; Olgun Değirmenci, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", **TBB Dergisi**, S.110, 2014, s.149; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.80. Önder, nitelikli unsuları her ne kadar tipiklik üst başlığında inceliyormuş gibi görünse de esas itibarıyla suçun maddi unsurları ile ilişki kurmak suretiyle ele almıştır. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.62 vd.

[322] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.339. Benzer şekilde Taner, nitelikli unsurları hukuka uygunluk sebeplerinden sonra, ceza sorumluluğuna etki eden haller arasında incelemiştir. Bkz. Taner, **a.g.e.**, s.438vd.

[323] Zafer, **a.g.e.**, s.631vd. Yazara göre, nitelikli unsurların kusurluluğu etkileyen haller arasında da incelenmesi mümkündür. Bkz. Zafer, **a.g.e.**, s.637. Tosun, nitelikli unsurları teşebbüs ve içtimadan sonra fakat kusuru kaldıran ya da azaltan sebepler ve iştirakten önce incelemiştir. Bkz. Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.266. Hafızoğulları/Özen, nitelikli unsurları teşebbüs, iştirak ve içtimadan hemen sonra gelecek şekilde incelemektedir. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.365 vd. N.Toroslu/H.Toroslu, "suçun ortaya çıkış biçimleri" üst başlığı altında önce nitelikli unsurları incelemekte hemen ardından ise teşebbüs, iştirak ve içtimaı ele almaktadır. Bkz. N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.283vd.

[324] Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.687vd.

olarak kabulü de kanımızca sakıncalıdır. Zira nitelikli unsurlar belirtilen kurumların aksine genel hükümler kitabında değil, sadece özel hükümler kitabında suç bazlı olarak düzenleme konusu yapılır. Ayrıca bunlar suçun ayniyetinde bir değişiklik meydana getirmez. Bu itibarla suçtan ziyade suç tipinin hususi bir düzenleniş şekli olma özelliği gösterirler.

Öğretide nitelikli unsurları cezanın hesaplanması başlığı altında inceleyen yazarlar, bu unsurların cezanın somutlaştırılması aracı olma işlevini ön planda tutmaktadır[325]. Bu suretle nitelikli unsurların suç unsuru olma işlevi arka planda bırakılmaktadır. Kanımızca nitelikli unsurların suçtan ve suç tipinden koparılarak sadece bir cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi "sebebi" olarak görülmesi ve bu türden sebepler içerisinde incelenmesi bunların yapısıyla bağdaşmaz. Zira nitelikli unsurlar, her şeyden önce suç unsurudur, suç tipine aittir ve suçun haksızlık içeriğine (ağırlığına) etki etme gücüne haizdir.

Alman öğretisine bakıldığında, kimi yazarlar nitelikli unsurları suç tipine uygunluktan da önce, cezalandırılabilir hareketin maddi içeriği üst başlığı altında ele almaktadır[326]. Benzer şekilde bazı yazarlar da nitelikli unsurları suç tipi öğretisinden önce, kanunda suç tiplerinin oluşumu üst başlığı içerisinde tipe ilişkin kanuni değişiklik (suç tipi değişikliği) olarak incelemektedir[327]. Bir kısım yazarlar ise nitelikli unsurları, suç tipinin türleri üst başlığı altında, tipe ilişkin kanuni değişiklikler (suç tipi değişiklikleri) içerisinde inceleme konusu yapmaktadır[328]. Alman öğretisinde nitelikli unsurların suç tipi üst başlığı altında maddi unsurlardan önce bir suç türü olarak incelendiği de görülmektedir[329]. Kimi yazarlar ise nitelikli unsurları yine suç tipi üst

---

[325] Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.686.

[326] Walter Gropp/Arndt Sinn, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Berlin, Springer-Verlag, 2020, §2 kn.44vd.

[327] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.168vd.

[328] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.6vd. Benzer şekilde, Roxin/Greco da nitelikli unsurları, suç tipi üst başlığı altında suç tiplerinin türleri içerisinde tipe ilişkin kanuni değişiklik olarak inceleme konusu yapmaktadır. Bkz. Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.132vd. Jakobs da benzer şekilde, suç tipinin gerçekleştirilmesi üst başlığı altında suç tiplerinin biçimleri içerisinde nitelikli unsurları ele almaktadır. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.95vd.

[329] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.177vd. Kimi yazarlar ise nitelikli unsurları, suçun unsurlarından önce, ceza normunun yapısı üst başlığı içerisinde bir suç türü olarak incelemektedir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.61vd.

başlığı altında ancak objektif ve sübjektif unsurlardan sonra incelemektedir [330]. Öte yandan, nitelikli unsurları hukuka aykırılık üst başlığı altında, suç tiplerinin yapısı içerisinde, suç tipi gruplarının oluşum şekli olarak ele alan yazarlar da bulunmaktadır[331].

Kanımızca nitelikli unsurlar bir suç türü teşkil etmez. Zira bunların yapısı itibarıyla suçun türünü değiştirmesi mümkün değildir. Nitelikli unsurlar ancak temel suça eklenerek suç tiplerinde değişiklik meydana getirebilir. Bu itibarla bunların suçtan ziyade suç tipi ile ilişkilendirilmeleri gerekir. Bu doğrultuda nitelikli unsur öngören suç tiplerinin, özel bir suç tipi türü olarak ya da bir kanun yapma tekniği olarak ele alınması tercih edilebilir.

Ayrıca nitelikli unsurların suç incelemesi esnasında hangi aşamada dikkate alınabileceğine de değinilmesi gerekir. Alman öğretisinde genellikle temel suçu meydana getiren kurucu unsurlarla nitelikli unsurlar ortak bir şekilde inceleme konusu yapılır[332]. Suç incelemesi yapılırken sırasıyla tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusur incelenir. Tipe uygunluk incelemesi kendi içerisinde objektif suç tipi ve sübjektif suç tipi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Örneğin, Alman CK §224'te yer alan kasten yaralama suçunun cezasını artıran maddi nitelikli unsurlar, belirtilen suç inceleme şemasında, tipe uygunluk içerisinde objektif suç tipinde, temel suça ait unsurlardan sonra gelecek şekilde inceleme konusu yapılır[333].

Kimi suçlarda nitelikli unsurların bir kısmı sübjektif suç tipi ile ilintili de olabilir. Örneğin, Alman CK §211'de sayılan kasten öldürmenin cezasını artıran nitelikli unsurlardan 2. gruptakiler objektif suç tipinin bileşenleridir (örn. tehlikeli araç kullanımı). 1. ve 3. grubu oluşturanlar ise sübjektif suç tipine ait olan sübjektif

---

[330] Rengier, **Strafrecht AT**, §8 kn.19vd. Murmann, nitelikli unsurları tipe uygunluk üst başlığı altında objektif ve sübjektif unsurlardan sonra bir suç türü olarak ele almaktadır. Bkz. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §14 kn.40vd.

[331] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III.

[332] Ortak incelemenin faydası, suç teşkil eden hareket (örn. öldürme ya da yaralama) bakımından bir hukuka uygunluk sebebi ya da kusuru kaldıran sebep ortaya çıksa veya suç teşkil eden harekete teşebbüsten gönüllü vazgeçme söz konusu olsa bile, nitelikli unsuru meydana getiren sebeplerin yine de irdeleme konusu yapılabilmesidir. Bkz. Rudolf Rengier, **Strafrecht Besonderer Teil II**, 20. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019, §4 kn.8-9, §14 kn.1.

[333] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.248; Rengier, **Strafrecht BT-II**, §14 kn.1. Aynı inceleme metodu kasten öldürmenin cezayı azaltan nitelikli unsurunu teşkil eden talep üzerine öldürme suçu (Alman CK §216) bakımından da izlenmektedir. Bkz. Rengier, **Strafrecht BT-II**, §6 kn.2.

haksızlık unsurlarıdır (örn. amaç veya saik). Bu nedenle bu sonuncular suç işleme kararı içerisinde, öldürme kastının kabulünden sonra, ek unsurlar olarak incelenir. Özetle, 2. grup nitelikli unsurlar tipe uygunluk içerisinde objektif suç tipinde temel suça ait unsurlardan sonra incelenirken; 1. ve 3. grup nitelikli unsurlar ise objektif suç tipinden sonra, sübjektif suç tipinde incelenir. Sübjektif suç tipi içerisinde de önce temel suça ait kast inceleme konusu yapılır. Hemen ardından ise nitelikli unsurlar irdelenir[334]. Bununla birlikte, özellikle (hırsızlık ve yağma gibi) karmaşık suç tiplerinde, temel suç ile nitelikli unsurların kural olarak ortak biçimde incelenmediği görülmektedir. Bunun yerine, önce bütünüyle temel suç detaylı biçimde incelenmekte, bunun ardından ayrı bir şekilde her varyasyonu ile nitelikli unsurlar irdelenmektedir[335].

10. Nitelikli Unsurların Yararları ve Sakıncaları

Nitelikli unsurlu düzenleme tekniğinin en önemli avantajı kanuni kesinliği ve eşitliği sağlaması, yargının keyfiliğini önlemesidir. Bu düzenleme tekniği bireysel özgürlükleri garanti altına alır. Bu yönüyle birey için güvence teşkil eder. Zira nitelikli unsurlar dayanağını yalnızca kanundan alır. Nitelikli unsur ihdas etme yetkisine sahip olan yegâne merci kanun koyucudur[336]. Kaynağını kanundan almayan bir hususiyet suçun haksızlık içeriğine ne ölçüde etki ederse etsin, cezaya olan etkisi temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin alt ve üst limitleriyle sınırlıdır. Bu düzenleme tekniği, hâkimin kanunda yazılı olmayan bir hususiyeti keyfi şekilde nitelikli unsur olarak dikkate almasına olanak tanımaz.

Nitelikli unsurlar belirli bir temel suça bağımlı olan tipe ilişkin sapmalar olmaları nedeniyle, her nitelikli unsur sadece ait olduğu temel suç bakımından uygulama bulabilir. Bir nitelikli unsurun, ait olmadığı başka bir suç için hüküm ifade etmesi mümkün değildir. Bu nedenle, hâkimin belirli bir suça ait olan nitelikli unsuru,

---

[334] Wessels/Hettinger/Engläder, **a.g.e.**, kn.86-87; Rengier, **Strafrecht BT-II**, §4 kn.8. Karş. Jörg Eisele, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 5. Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2019, kn.75.

[335] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §4 kn.2; §8 kn.2. Buna göre, önce temel suça ait objektif ve sübjektif suç tipi irdelenir. Ardından ise nitelikli unsurlara ait objektif ve sübjektif suç tipi incelenir. Bkz. Graul, **a.g.e.**, s.853.

[336] Nitelikli unsur ihdası sırasında, kanun koyucu tarafından yapılan kanuni değerlendirmeyle öngörülen değer kademeleri ile somut haksızlık değerlendirmesi bağlayıcı bir şekilde öne çekilerek hukuk güvenliği teminat altına alınır. Bkz. Thomas Hillenkamp/Kai Cornelius, **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2017, s.207.

kıyasen başka bir suç için kullanması mümkün olmaz. Suçlar aynı bölümde düzenlemiş olsa ya da korudukları hukuki değer ayniyet arz etse de durum değişmez. Öte yandan, belirli bir nitelikli unsurun gerçekleştiğinin tespiti halinde, bu nitelikli unsurun somut olayda kaçınılmaz bir şekilde uygulama bulması gerekir. Hâkimin bu konuda da takdir yetkisi bulunmamaktadır. Özetle nitelikli unsurlarda hâkimin keyfiliğine yer yoktur. Tüm bunlar nitelikli unsurların hukuki güvenliği en üst seviyede teminat altına almasını sağlayan özellikleridir.

Nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği ne gibi hususiyetlerin suçun haksızlık içeriğine etki ettiğinin normların muhatapları tarafından önceden kolaylıkla bilinmesini sağlar. Böylece bireylere suç işlerken bile hareketlerini buna göre yönlendirme imkânı verir. Belirli bir suçu işlemekten her halükârda imtina etmeyecek olan failin, hangi hususiyetlerin cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur teşkil ettiğini ve bunlara karşılık gelen cezayı önceden öğrenmesine olanak tanır. Bu suretle nitelikli unsurlar, ağır bir ceza tehdidiyle karşılaşmaktan imtina etmek isteyen faili suçun temel şeklini ya da cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklini işlemeye yönelme işlevi görür. Ayrıca nitelikli unsurların belirliliği hakimlerin bu suç tipleri üzerinden hüküm kurarken yapacakları gerekçelendirmeyi de kolaylaştırır[337].

Tıpkı zamanın ihtiyaçları gereği ceza kanunlarına yeni suçlar eklenmesi mümkün ve tabii olduğu gibi, hali hazırda kanunda yapılmış olan suç tanımlarına cezayı artıran veya azaltan yeni nitelikli unsurlar eklenmesi de mümkün ve tabiidir. Kanun koyucu dünya görüşündeki ve zamanın şartlarındaki değişikliklere göre nitelikli unsurları düzenler. Bu itibarla, belirli bir suçta belirli bir hususiyetin nitelikli unsur olarak karakterize edilmemiş olması bir eksiklik teşkil etmez. Kanun koyucu, kanunilik prensibinden taviz vermeden, ihtiyaç üzerine yapılacak bir kanun değişikliği ile ileri dönük olarak birtakım hususiyetleri nitelikli unsur şeklinde vasıflandırma yetkisine daima sahiptir. Nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği, ceza adaletinin sağlanmasında hukuki güvenliğin teminini ön planda tutması nedeniyle oldukça kıymetlidir.

[337] J.Heinrich, **a.g.e.**, s.157.

Nitelikli unsurlu kanun yapma tekniğinin en büyük dezavantajı kazuistik kanuni düzenlemeleri beraberinde getirme tehlikesini içermesidir. Buna 5237 sayılı TCK'da hırsızlık ve dolandırıcılık suçları örnek verilebilir. Bu suçlar için kanunda çok sayıda cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsura yer verilmiştir. Bu durum ilgili suçların herhangi bir nitelikli unsur içermeden, yani temel şeklini meydana getirecek biçimde işlenmesini güçleştirmektedir. Hırsızlık ve dolandırıcılığın neredeyse herhangi bir beliriş şekli bir nitelikli unsura karşılık gelmektedir.

Suçun haksızlık içeriğinin önemli ölçüde artmasına ya da azalmasına yol açan insan hareketlerinin tümünün önceden öngörülerek suç tiplerinde listelenmesi çabası kazuistik kanun metinlerinin ortaya çıkmasına yol açar. Bu nedenle kanun koyucular mümkün olduğunca o suçun işlenmesi sırasında en sık karşılaşılan hususiyetleri nitelikli unsur olarak düzenleme yoluna gider. Nitelikli unsurlar öngören suç tipleri, ait oldukları suçun haksızlık içeriğinde önemli ölçüde değişiklik meydana getiren hususiyetlerin eksiksiz bir sayımını içerme iddiasını taşımaz[338].

Nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza çerçevesinin tatbiki, somut olayda gerçekleşen durumun, yapılacak yoruma göre nitelikli unsurun kapsamında görülüp görülmemesine bağlıdır. Bu nedenle nitelikli unsurlu düzenleme tekniğinde kanun metninde kullanılan terimlerin yorumu fazlasıyla önem arz eder. Yorum farklılıkları cezalandırma farklılıklarına yol açabilir[339].

Bu düzenleme tekniğinin toplumsal koşullardaki değişikliklere ve zamanın ihtiyaçlarına kendiliğinden ayak uydurabilmesi mümkün değildir. Mutlaka zaman içerisinde toplumsal gereksinimler doğrultusunda kanuni düzenleme yapılması

---

[338] Karş. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s.54. Hayat somut olaylarda sonsuz bir değişkenlik içerisinde belirir. Bu beliriş önceden kanun aracılığıyla yapılan nitelikli unsur düzenlemelerine sığmaz. Bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.248. Kazuistik metotta kanunda, fiiliyatta ortaya çıkabilecek hukuki sorunlardan sadece birkaçı detaylı bir şekilde düzenleme konusu yapılır. Bu durum hukuk boşluklarının ortaya çıkması tehlikesini barındırır. Bkz. Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar/Necmi Yüzbaşıoğlu/ Erdoğan Bülbül/Ümit Kocasakal, "Türk Ceza Kanunu Tasarı'sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.286, 300, 308, 313-314; Artuk/Çınar, **a.g.e.**, s.82.

[339] Dreher, **a.g.e.**, s.233. Kazuistik kanuni düzenlemelerin çok sayıda yorum güçlüğüne ve mantığa aykırı sınır ayrımlarına yol açtığı hususunda bkz. Arzt, **a.g.e.**, s.387. Ancak nitelikli unsurlar öngören suç tiplerinin kazuistik formülasyonu neticesinde ortaya çıkan güçlükler ve değerlendirme çelişkileri kanun koyucu tarafından yapılacak bir kanun değişikliği ile nitelikli unsurların farklı tarzda ifade edilmesi suretiyle daima bertaraf edilebilir. Bkz. Zieschang, **a.g.e.**, s.567.

ihtiyacı doğar. Kanun koyucu bu doğrultuda düzenleme yapmakta gecikirse, suç tipi zamanın gerekliliklerini gereği gibi karşılayamaz hale gelir[340].

Belirli bir hususiyetin belirli bir suçun nitelikli unsuru olarak düzenlenmiş olması, ancak bu hususiyetle aynı ya da oldukça benzer haksızlık içeriği sergileyen başka bir hususiyetin kanunda o suçun nitelikli unsuru olarak vasıflandırılmamış olması mümkündür. Suç tipinde açıkça yer verilmiş olmayan bu tip fiillerin gereği gibi cezaya etki etmesini engellemesi nitelikli unsurlu kanun yapma tekniğinin diğer sakıncasını oluşturur[341]. Bu itibarla somut olay bazlı, işlenen suçun kanuni haksızlık içeriği ile gerçek haksızlık içeriği arasında fark ortaya çıkabilir.

Örneğin kasten öldürme suçunun cezayı artıran nitelikli unsurlarından biri suçun "*Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle*" işlenmesidir (TCK m.82/1-c). Oldukça kazuistik şekilde kaleme alınan bu hüküm, belirsiz sayıda kişi üzerinde tehlike yaratabilecek yöntemlerle bir kimsenin öldürülmesinin suçun haksızlık içeriğini artıracağı düşüncesinin ürünüdür. Ancak bir kimsenin belirsiz sayıda kişi üzerinde tehlike meydana getirebilecek şekilde hükümde sayılmayan başka yöntemlerle de (örn. bir ilçenin su deposuna zehir atılması) öldürülmesi mümkündür. Bu gibi hallerde esasen daha ağır biçimde cezalandırılması gereken fail, nitelikli unsurlu kanuni düzenleme tekniğinin yapısı gereği ancak kasten öldürmenin temel şekli üzerinden cezalandırılabilecektir[342].

Görüldüğü gibi nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği failin kanun boşluklarından istifade etmesine açık kapı bırakır. Fail kanunda cezayı artıran nitelikli

---

[340] Kazuistik ceza normları konusunu oluşturan olay grupları hakkında yalnızca geçici çözümler üretir. Zamanın değişen şartlarının gerektirdiği yeni çözümler (hakimler tarafından değil) sadece kanun koyucu tarafından ortaya konulabilir. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.11-12.

[341] Aynı yönde bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.10. Hukukun nihai amacı adaleti temin etmektir. Pozitif hukuk tarafından belirlenmiş olan hükümlerin uygulanması yasal (formel) adaletin teminini sağlar. Bkz. Sevtap Metin/Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 3. Bs., İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015, s.11-12. Ancak kimi zaman yasal adaletin temini somut olay adaletinin de teminini sağlamaz.

[342] Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.224-225. TCK m.226'daki müstehcenlik düzenlemesinin de kazuistik suç tipine örnek teşkil ettiği hususunda bkz. Yarsuvat/Bayraktar/Yüzbaşıoğlu/Bülbül/Kocasakal, **a.g.e.**, s.314. TCK'da kanun koyucunun nitelikli unsurları çok fazla sayıda ve detaylı bir şekilde düzenlemeyi tercih etmesinin, hakimlerin suçun basit şekline ait temel cezayı alt sınırdan belirleme alışkanlığına sahip olmalarından kaynaklandığı hususunda bkz. Erdal Yerdelen, "Çifte Değerlendirme Yasağı", **SÜHFD**, C.20, S.2, 2012, s.116-117.

unsur olarak düzenlenen hususiyetleri gerçekleştirmeden aynı ağırlıktaki başka bir hususiyeti gerçekleştirecek şekilde suçu işleme çabası içine girebilir. Bu suretle nitelikli unsurlu düzenleme tekniğini suiistimal eder[343]. İfade edilmelidir ki bu durum esasen kanunilik prensibinin benimsenmesinin ve hukuk devleti olmanın dolaylı bir sonucudur. Nitelikli unsurlu düzenleme tekniğinde, bu temel ilkelere riayet edilebilmesi uğruna ortaya çıkabilecek cezalandırma boşlukları bilinçli suretle göze alınır. Dolayısıyla, işlenen suçun kanuni haksızlık içeriği ile gerçek haksızlık içeriği arasında somut olayda ortaya çıkabilen farklılıkların (cezalandırma boşluklarının) bu prensiplerin temininin bedeli olarak görülmesi gerekir[344].

Benzer şekilde, fail bir cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmesine rağmen, bunun yanı sıra bir de suçun haksızlık içeriğini hafifleten bir hususiyeti gerçekleştirmiş, ancak bu hususiyet suç tipinde cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmemiş olabilir. Bu gibi hallerde, nitelikli unsurlu düzenleme tekniği herhangi bir esnekliğe olanak tanımaz. Fail otomatik olarak cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen ceza üzerinden sorumlu tutulur. Bu nedenle kusur oranında ceza prensibi ile bağdaşmayan bir ceza ile karşı karşıya kalabilir[345]. Bunu önlemek için nitelikli unsurların öngörüldüğü suç tiplerinde ayrı bir fıkrada nitelikli unsurların ve suçun haksızlık içeriğini hafifleten ancak kanunda ismen zikredilmiş olmayan bir hususiyetin birlikte gerçekleştiği halleri kapsayacak şekilde ayrı bir özel ceza çerçevesi belirlemesinde bulunulması düşünülebilir. Bu durumda, failin nitelikli unsurlardan biri ile kanunda tasvir edilmiş olmayan ancak suçun haksızlık içeriğinde azalma meydana getiren bir hususiyeti birlikte gerçekleştirdiği hallerde bu daha hafif olan ceza çerçevesi uygulama bulur. Bu suretle hukuki güvenlikten taviz verilmeden somut olay adaletinin temini sağlanabilir.

---

[343] Mädler, **a.g.e.**, s.24-25.
[344] J.Heinrich, **a.g.e.**, s.155.
[345] Mädler, **a.g.e.**, s.24, 43. Yazara göre, bu gibi hallerde somut olayda ortaya çıkan haksızlığı hafifletici hususiyetler cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleşmesiyle suçun ağırlığında meydana gelen artışı dengeler. Bu itibarla fiilin nihai haksızlık içeriği temel suçun haksızlık seviyesine denk düşer. Bu nedenle failin cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen ağır ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması meşruiyetini yitirir. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.599. Kanun koyucunun bu gibi durumlarda failin nitelikli unsur üzerinden cezalandırılmayacağı hususunda suç bazlı olarak nitelikli unsurların öngörüldüğü suç tiplerine ayrı bir fıkra halinde hariç tutma (istisna) kaydı eklemesi gerekir. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.602.

Doğal hukuk teorisine göre, adaletin teminine mutlak üstünlük tanınmalıdır. Hukuksal pozitivizim ise mutlak üstünlüğün hukuki güvenliğin sağlanmasına tanınması gerektiğini savunur[346]. Kanımızca olması gereken, ceza normunun hukuki güvenlik yaratırken adalete yönelme çabası içerisinde bulunmasıdır[347]. Ceza normları ihdas edilirken, hukuki güvenlikten mümkün olduğunca az taviz verilerek adaleti temin etmenin yolu aranmalıdır[348]. Ancak hem en üst seviyede hukuki kesinliği sağlayan hem de somut olay adaletini temin eden bir kanun yapma tekniği henüz geliştirilememiş gibi gözükmektedir[349].

V. "*DELICTUM SUI GENERIS*" İLE NİTELİKLİ UNSURLARIN AYIRT EDİLMESİ

Öğretide "*delictum sui generis*"[350], *kendine özgü suçlar*, *suçun basit şeklinden türeyen bağımsız suçlar*[351] ya da *temel suç tipinden bağımsız olarak türeyen suçlar*[352] şeklinde isimlendirilen suçlar, nitelikli unsurlu suçlardan farklıdır. Gerçekten, kanun koyucu özel hükümler kitabında yer alan bir tipi, temel suça bağımlı olacak şekilde (nitelikli unsur) düzenlemek isteyebileceği gibi, belirli ölçüde özgün değere haiz olan bir tip (kendine özgü suç) ihdas etmeyi amaçlamış da olabilir. Bu iki farklı tür tipin birbirinden ayrıt edilmesi gerekir[353].

---

[346] Metin/Heper, **a.g.e.**, s.67. Bentham da doğal yasa-insan yasası çatışması üzerinde durmuş, devletin sürdürülebilirliğini temin için insan yasasına üstünlük tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Bentham, **a.g.e.**, s.108-109.

[347] Gustav Radbruch, "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk", Çev.: Sevtap Metin/Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 3. Bs., İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015, s.89.

[348] Radbruch, **a.g.e.**, s.95.

[349] Hukuki güvenlik-adalet çatışmasından ileri gelen hukuki problemlerin çözümü için normatif bir tez olarak Radbruch formülü şeklinde adlandırılan görüş karşımıza çıkar. Buna göre, hukuki güvenliği temin ettiği için bir kanun prensip itibarıyla adil olmasa da üstünlüğe sahiptir. Ancak kanun ile yaratılan adaletsizliğin tahammül edilemez olması durumunda kanunun adalet karşısında geri çekilmesi (geçerliliğini yitirmesi) gerekir. Bu gibi istisnai aşırı durumlarda hukuk güvenliği ile adalet arasındaki hiyerarşik ilişki tersine döner. Böylelikle, iç hukukun üstünde, adeta daha yüksek bir hukuk formu olarak adaletin temel prensiplerinin bulunduğu kabul edilir. Bkz. Metin/Heper, **a.g.e.**, s.25, 34, 55-56, 66-67.

[350] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.183. Alman öğretisinde bu terime karşılık gelecek şekilde farklı terimlerin de kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda "*Sondertatbestand*" terimi kullanımı için bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.79. "*Sonderdelikt*" ve "*eigenständige Delikte*" terimi kullanımı için bkz. Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", s.421 dn.88.

[351] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.65.

[352] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.196.

[353] Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.43; Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.98. Bu ayrım Alman öğretisinde suça iştirakte

Alman öğretisinde temel suç tipinden sapmanın iki şekilde meydana gelebileceği ifade edilmektedir. Bunlardan ilki *temel suç tipine bağımlı sapmalardır*. Bu türden sapmalar temel suça ilişkin tipe cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar eklenmesi suretiyle meydana getirilir. Bu durumda temel suç ve buna eklemlenen nitelikli unsurlar birbiriyle bağlantılı bir grup olma hüviyeti taşır. Bu grup içerisindeki unsurlarla belirli bir hukuki değeri korumaya yönelir[354]. Nitelikli unsurlarla temel suç tipi arasında kademeli bir bağımlılık ilişkisi meydana gelir. Bu nedenle, temel suçun oluşumu için öngörülen koşullar gerçekleştirilmeden, nitelikli unsurların uygulama bulması mümkün olmaz[355].

Bu durumda gerçekleşen sapma temel suç tipine sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle müstakil olmayan bir suç tipi değişikliği meydana getirir. Yani temel suça ait tip ve buna nitelikli unsurların eklenmesi suretiyle meydana gelen sapma, aynı suçu oluşturmaya devam eder[356]. Bu bağ temel suça ve nitelikli unsurlara ait tipte yer alan suçun isminin ve suçla korunan hukuki değerin aynı olmasını sonuçlar[357]. Nitelikli unsurlar kural olarak başlı başına cezaya layık bir haksızlık oluşturmaz.

Temel suça ait tipe eklenen unsurlarla meydana gelen sapmanın diğer türü ise *kendine özgü suçlardır*. Bu türden sapma da kanun vasıtasıyla oluşur. Bağımlı sapmalardan farklı olarak kendine özgü suç, içinde başka bir suçu bütün unsurlarıyla barındırır. Ancak, bünyesinde tüm unsurlarıyla barındırdığı suçun cezasını artıran ya da azaltan bir hal teşkil etmez. Aksine, kendi haksızlık tipine sahip olan bağımsız bir suç olma özelliği gösterir[358]. Esasında, kendine özgü suç da tıpkı nitelikli unsurlu suç gibi "görünüşte temel suçun" tüm unsurlarını bünyesinde barındırır. Ancak kendine

özel kişisel unsurların şeriklere sirayeti meselesinin çözümü bakımından önem taşır. Zira özel kişisel unsurlar bir kendine özgü suçu kurucu karaktere haiz ise, sirayet meselesi Alman CK §28/1'e göre çözümlenir. Buna karşılık, özel kişisel unsurlar nitelikli unsur hüviyetindeyse, sirayet meselesi Alman CK §28/2'ye göre çözümlenecektir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.82.

[354] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.166. Nitelikli unsurlar temel suça ait tipin üzerine eklenerek geliştirildiklerinden ve bu itibarla temel suça bağımlı olduklarından, *eklenmiş normlar* şeklinde de adlandırılabilirler. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.23.

[355] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.173. Karş. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.6-10. Bu söylenenler Alman uygulamasında mevcut olan, usule ilişkin nitelikli unsurlar ve tipik örnekler biçiminde adlandırılan kurumlar bakımından da geçerlidir. Bunlar da temel suç tipine bağımlı sapma teşkil ederler.

[356] Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.135; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.179.

[357] Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.387.

[358] Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.135.

özgü suç bünyesindeki temel suçla ayniyet arz etmez. Ondan bağımsız ayrı bir suç teşkil eder[359]. Bu nedenle, kendine özgü suçu oluşturan unsurların her biri cezayı tesis edici karakterde olup, cezayı artırıcı ya da hafifletici karaktere sahip değildir.

Kendine özgü suçlar, birden fazla müstakil suçun bileşiminden oluştuklarından bağımsız bir suç tipi olarak görülürler. Bunlar, nitelikli unsurların aksine sadece menşe suça ait tipte değişiklik meydana getirmezler. Bu suretle gerçekleşen tipe ilişkin değişiklik temel suçun çok ötesine geçer. Öyle ki, değiştirilmiş suç tipinin bünyesinde temel suçu barındırması gerekmez. Zira kendine özgü suçun haksızlık tipleştirmesi türetildiği köken suçlardan bütünüyle ayrı ve bağımsızdır[360]. Bu itibarla, menşe suça ilişkin tipten arındırılan ve müstakil değersizlik içeriği ile yeni bir suç meydana getiren normlar kendine özgü suç tesis eder[361]. Nitelikli unsurlar temel suça kıyasla sadece niceliksel olarak farklı bir haksızlık ya da kusur içeriği sergilerken; kendine özgü suçlar niteliksel olarak farklı bir haksızlık ya da kusur içeriğine sahiptir[362].

Bu türden bir haksızlık tipleştirmesiyle köken suç ve kendine özgü suç arasındaki bağ bütünüyle çözünür. Bu ikisi arasında artık herhangi bir bağımlılık ilişkisi bulunmaz. Köken suçun ve kendine özgü suçun her biri farklı isimlere sahiptir ve bunlar farklı hukuki değerleri korur. Kendine özgü suç, hukuki açıdan üniter bir yapı teşkil eder. Dolayısıyla kendine ait bir muhteviyata, hukuki varlığa ve özel bir etki alanına sahiptir. Bu suçlar üzerinden kurulan hükümler, yaptırım ve muhakeme şartları bakımından bağımsızlık arz eder. Yalnızca bu suçların kendi şartları dikkate alınarak hüküm kurulması gerekir. Bu aşamada herhangi bir menşe suç tipine başvurulamaz. Bu nedenle belirli bir menşe suça ait olan nitelikli unsurlar, bu menşe suçtan türemesine rağmen, ondan bağımsızlaşan kendine özgü suç için uygulama bulmayacaktır[363]. Kendine özgü suçun haksızlık içeriğini artıran ya da azalan durumlar

---

[359] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.48.

[360] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.183; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.10; Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.79.

[361] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.170; Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", s.421 dn.86. Karş. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 1, 3.

[362] Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §14 kn.41.

[363] Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.46; Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.135; Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.80; Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", s.519. Örneğin, Alman CK §242'deki hırsızlık suçunun nitelikli unsurları §244 ve §244a'da yer alır. Alman CK §252'deki yağmaya dönüşen hırsızlık suçu, kendine özgü suç teşkil eder. Bu nedenle hırsızlık suçuna

varsa, bu türden durumlar için kanunda ayrıca ve açıkça nitelikli unsurlar öngörülmesi gerekir. Bu gibi bir düzelemeye gidilmeden, kendine özgü suçun türediği menşe suçlara ait nitelikli unsurların uygulanması mümkün değildir[364].

Kendine özgü suçlara yağma suçu örnek verilebilir[365]. Bilindiği üzere yağma, cebir ya da tehdit suçu ile hırsızlık suçunun parçalar halinde bir araya gelmesi ile oluşan bir suç tipidir. Yağma ile kendisini meydana getiren bu suçlar arasında herhangi bir bağımlılık ilişkisi bulunmaz. Yağma suçu, cebir, tehdit ve hırsızlık suçlarından ayrı, yeni bir suç teşkil eder. Kendine özgü haksızlık içeriğine sahiptir ve farklı hukuki değerleri koruması altına alır[366]. Bu özellikleri itibarıyla yağma, her ne kadar hırsızlık suçunun tüm unsurlarını bünyesinde barındırsa da hırsızlığın cezasını artıran nitelikli unsurlu şekli olma özelliği göstermez. Yağma suçu, hırsızlıktan bütünüyle bağımsızlaşmıştır. Bunun sonucu olarak, hırsızlığa ait olan nitelikli unsurların yağma suçu için de uygulama bulması mümkün olmaz[367]. Kanun koyucu yağmanın temel şeklini TCK'nın 148. maddesinde düzenler. Bu suça ait olan nitelikli unsurlar ise 149. maddede yer alır. TCK'da yağma suçu için 149. maddede nitelikli unsurlar öngörülmüş olmasaydı, bu suçun kısmen hırsızlıktan türediği ileri sürülerek 142. maddedeki hırsızlık suçuna ait olan nitelikli unsurların yağma suçu için de uygulanması talep edilemeyecekti[368].

---

ait olan nitelikli unsurlar (§244 ve §244a) bu suç bakımından uygulama bulmaz. Bkz. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.72.

364 Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.66.

365 Alman öğretisinde yağma suçunun dışında, motorlu taşıt ve benzerlerinin yetkisiz kullanımı suçu (Alman CK §248b), elektrik enerjisinin tüketilmesi suçu (Alman CK §248c) da kendine özgü suçlara örnek gösterilmektedir. Bunlar hırsızlık suçunun nitelikli unsurları olma özelliği göstermezler. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.81-82.

366 Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.135; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.65-66; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.196. Yazarlar hırsızlık (TCK m.141) ve kullanma hırsızlığı (TCK m.146) arasındaki ilişkiyi temel suç-kendine özgü suç ilişkisi olarak değerlendirmektedir. Bkz. Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.196.

367 Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.236.

368 Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.66. Benzer şekilde, temel suç için öngörülmüş olan şahsi cezasızlık sebepleri, ayrıca bir belirleme yapılmasına ihtiyaç olmaksızın nitelikli unsurlar için de geçerlidir; fakat menşe suçtan türeyen kendine özgü suç için geçerli değildir. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.67. Benzer bir durum şikâyet şartı için de geçerlidir. Kendine özgü suçun türediği menşe suçlardan birinin takibinin şikâyete bağlı bir suç olması, kendine özgü suçu da takibi şikâyete bağlı hale getirmez. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.10; Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.49. Bu hususta açık bir düzenleme bulunmadıkça kendine özgü suç re'sen takip edilir. Bkz. Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10, kn.135. Benzer şekilde kendine özgü suçu meydana getiren suçlardan biri için af çıkması kendine özgü suçu da af kapsamına sokmaz. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.66.

Bunlar menşe suçlardan bütünüyle arındırıldıkları için, sadece kendi kurallarını izler. Kendine özgü suçlar üzerinden hüküm kurulurken, sadece ilgili kendine özgü suça ait norm dikkate alınır[369]. Bu suçun içinde eriyen suçlara ait ceza normlarına ilişkin olarak da ayrıca bir incelemede bulunulmaz. Doğrudan doğruya kendine özgü suçun düzenlendiği tip üzerinden somut olayda gerçekleştirilen fiillere ilişkin belirlemede bulunulur[370]. Bu suçun menşe suç tipine ve menşe suçun nitelikli unsurlarına başvurulabilmesi için, kanunda buna ayrıca ve açıkça izin verilmiş olması gerekir[371].

Kanun koyucunun suç tiplerinin yapılandırılmasında nasıl bir kanun yapma tekniği izleyeceği kendi takdirindedir[372]. Bu nedenle bir suç tipinin, menşe suçun sadece nitelikli unsurlu şekli mi, yoksa menşe suçtan tamamıyla bağımsız kendine özgü bir suç mu olduğu, yalnızca olay bazlı olarak ilgili suç tiplerinin anlamına ve amacına göre karşılaştırmalı şekilde yorumlanması yoluyla anlaşılabilir. Bu hususta kullanılabilecek şekli sınıflandırma kriterleri bulunmamaktadır[373]. Bu itibarla suç tipleri arasında bir bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığının vaka bazlı olarak yapılacak amaç odaklı yorumlarla ortaya konulması gerekir. Ancak suç tipleri arasında geniş ölçüde bağımsızlığın bulunduğu sonucuna varıldığında, kendine özgü suçun mevcudiyeti çıkarımı yapılabilir[374].

Alman öğretisinde kendine özgü suçlar birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. Bunlardan ilki, nitelikli unsurlu suç tipleri ile kendine özgü suç tiplerini birbirinden

---

[369] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.166.
[370] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.51-52.
[371] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.173.
[372] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 1.
[373] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.10; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.170; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 1; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.67.
[374] Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.136. Menşe suç ile kendine özgü suçun değersizlik içeriği bütünüyle farklı olgular üzerine kuruludur. Bkz. Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.48. Bu itibarla temel suç ile korunmayan farklı hukuki değerleri koruması, maddi ve manevi unsurlarının temel suçun maddi ve manevi unsurlarına hususiyet katmanın yani bunların yoğunluğunu artırmanın ya da hafifletmenin ötesinde, temel suçta bulunmayan farklı maddi ve manevi unsurlardan oluşması, o suçun kendine özgü suç olarak değerlendirilmesini gerektiren kıstaslar olarak düşünülebilir. Ancak, özü itibarıyla değiştirilmemiş olan temel harekete yalnızca cezayı değiştirici unsurların eklenmesi durumunda, kural olarak nitelikli unsurun mevcudiyetinin kabulü gerekir. Bkz. Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.43. Bir suç tipinde kendine özgü suçun mu yoksa bir suçun nitelikli unsurlarının mı bulunduğunun şüpheli olduğu hallerde, prensip itibarıyla nitelikli unsurların mevcudiyeti kabul edilir. Bkz. Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.47.

ayırt etmede kullanılabilecek genel geçer kriterlerin bulunmamasıdır. Bir diğeri ise, kendine özgülüğün kabulünden, terminolojik bir biçimde belirli hukuki sonuçların çıkarılamamasıdır. Buna göre, kendine özgülük terimi hukuki olarak herhangi bir çıkarımda bulunulmasına olanak tanımamaktadır[375].

Bir ceza normunun kendine özgü suç mu yoksa nitelikli unsur mu içerdiğinin saptanması kolaylıkla mümkün olmayabilir. Örneğin Alman CK §211'de cinayet suçu, §212'de kasten öldürme suçu, §216'da ise talep üzerine öldürme suçu düzenlenmiştir. Alman CK §212'deki kasten öldürme suçu herhangi bir hususiyet olmaksızın bir kimsenin öldürülmesini düzenlerken, §211 ve §216'daki hükümler ise, bir kimsenin kanunda zikredilmiş olan çeşitli hususiyetler (varyasyonlar) çerçevesinde öldürülmesini düzenleme konusu yapar.

Alman yargı mercileri tarafından §211 ve §216 kendine özgü suçlar şeklinde sınıflandırılmakta iken; Alman öğretisi tarafından §212 temel suç, §211 ve §216 ise temel suçun cezasını artıran ve azaltan nitelikli unsurlar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bu yorum farklılığı iştirak halinde işlenen suçlarda, suç ortaklarından birinin şahsından doğan bir hususiyetin diğer suç ortaklarına sirayeti meselesinin çözümünde farklı hukuki sonuçlara ulaşılmasına neden olmaktadır (Alman CK §28). Bu nedenle pratik öneme de haizdir. Federal Yüksek Mahkemeye göre, §211 (cinayet), §212 (kasten öldürme) ve §216'daki (talep üzerine öldürme) hükümlerin her biri kendilerine has (farklı) haksızlık içerikleri ile müstakil suç tipleridir[376]. Bu tiplerden birinin gerçekleşmesi, diğerinin gerçekleşmesine engel olur[377].

Buna göre, §211'de ve §216'da cezayı kurucu unsurlar yer alır. Bu hükümler özel norm olarak, §212'deki genel normun önüne geçer. Federal Yüksek Mahkeme bu

---

[375] Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.136. Karş. Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.236; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 3. Jakobs, suç tipinde meydana getirilen değişikliklerin bağımlı-bağımsız şekilde ayrılmasının yasal bir dayanağının bulunmadığını belirtmekte ve bu ayrımı reddetmektedir. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.98.

[376] Hans Welzel, "Zur Systematik der Tötungsdelikte", **JZ**, 1952, s.73; Johannes Kaspar/Cornelius Broichmann, "Grundprobleme der Tötungsdelikte – Teil 1", **ZJS**, 2013, s.249. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (*Reichtsgericht*) görüşü için bkz. Erik Kraatz, "Die Systematik der Tötungsdelikte und ihre Auswirkungen auf die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB)", **JURA**, 2006, s.613, 621.

[377] Klaus Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", **JURA**, 2008, s.37. Federal Yüksek Mahkemeye göre, cinayet ve kasten öldürme suçları, farklı türden, birinin mevcudiyeti diğerinin mevcudiyetini imkânsız hale getiren suç tipleridir. Bkz. Kargl, **a.g.e.**, s.1141-1142.

görüşünü, iddiasına göre farklı fail tipleri olan cinayet işleyen kişi (katil, *Mörder*) ve kasten öldüren kişi (*Totschläger*) ayrımı ile meşrulaştırmaya çalışır. Bu ayrım, §211/1 ve §212/1 hükümlerinde halen kullanılmakta olan cinayet işleyen kişi (katil, *Mörder*) teriminde dayanağını bulur. Yasanın ifadesine göre "katil olmaksızın" bir kimseyi öldüren kişi, §212'deki suçun failidir[378]. Kasten öldürme suçunu §211'de tasvir edilen varyasyonlarla işleyen kişi ise katil olarak cezalandırılır[379]. Yüksek Mahkemeye göre, Alman CK §211 ve §212'de iki farklı fail tipinin kullanılmış olması, bunların müstakil suçlar olduğuna işaret eder[380].

Federal Yüksek Mahkemeye göre, §211 hükmünde katile daha fazla kusur yüklenmesi, bu hükümde yer alan cinayet unsurlarının kusuru artıran unsurlar şeklinde sınıflandırılmasını sağlamaz. Zira §211'de tek tek sayılan öldürmenin işleniş şekilleri, cinayeti başka bir suç olarak tasvir eder. Yüksek Mahkemeye göre, §212'deki kasten öldürmenin, §211'deki cinayet suçunun da vazgeçilmez bir unsuru olması, bu

---

[378] Alman CK §212'de kullanılan bu ifade, kasten öldürmenin negatif suç tipinin kurucu unsuru şeklinde algılanırsa, Federal Yüksek Mahkeme'nin yaptığı gibi cinayet ve kasten öldürmenin iki farklı suç olduğunun kabulü gerekecektir. Zira bu durumda, bir katilde bu (negatif) suç tipi unsuru bulunmuyor olduğundan, §211'i gerçekleştiren katilin, kaçınılmaz olarak §212'deki suçu da gerçekleştirdiğinden söz edilemeyecektir. Bkz. Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.37; Kraatz, **a.g.e.**, s.618.

[379] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.26, 106; Rengier, **Strafrecht BT-II**, §4 kn.1. Federal Yüksek Mahkemeye göre de cinayette (§211) kasten öldürmeye (§212) ait unsurlar bulunur. Bu nedenle cinayet işleyen kişi aynı zamanda bir kasten öldürme suçu da işlemiş demektir. Ancak bu iki suç arasında karşılıklı olarak birbirini bertaraf etme ilişkisi bulunur. Bu suretle, kasten öldürme suçu, cinayetin gerisine çekilir. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.85, 89; Kraatz, **a.g.e.**, s.618. Bununla birlikte, Federal Yüksek Mahkeme, görüş niteliğindeki bir kararında (*obiter dictum*), şimdiye kadar kullanılmakta olan içtihadın problemlerini kabul etmiş, §211 ve §212 hükümleri arasında temel suç-cezayı artıran nitelikli unsur ilişkisinin bulunduğunu ifade etmiştir. Bkz. Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.40. Bu nedenle, Alman ceza hukuku öğretisinde Federal Yüksek Mahkeme'nin yakın bir gelecekte müstakillik içtihadından dönmesi beklenmektedir. Bunun ötesinde, mevcut tartışmaları sonlandıracak şekilde öldürme suçları grubunun yeniden düzenlenmesi de gündemdedir. Alman CK §211'deki "cinayet" hükmünün düzenleniş şeklinde nasyonal sosyalist kanun koyucunun etkisinin kalıntıları bulunmaktadır. Fail tipine yönelmiş nasyonal sosyalist ceza ideolojisi yasa metinlerine de yansımıştır. Bu metinlerde fiilden ziyade, fail cezalandırılmaktadır. Alman CK §211'de de cinayet değil, cinayet işleyen kişi (katil) cezalandırılır. Suç tipinde cinayet yerine, cinayet suçunu işleyen kişi (katil) tanımlanır. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.37.

[380] Beer, **a.g.e.**, s.541. Örneğin, Alman CK §224'te kasten yaralama suçunun nitelikli unsurları sayılmıştır. İlgili hükümde "her kim kasten yaralama suçunu … işlerse" denilerek, temel suç olan kasten yaralamaya da atıfta bulunulmuştur. Aynı formülasyon hırsızlık ve şantaj suçlarının nitelikli unsurlarının sayıldığı hükümlerde de (Alman CK §244, §255) mevcuttur. Bu itibarla bir görüşe göre, kanun koyucu cinayeti, kasten öldürmenin nitelikli unsuru olarak görseydi, §211'de "her kim kasten öldürme suçunu … işlerse" formülasyonunu kullanması beklenirdi. Ancak §211'in alışılmış nitelikli unsur formülasyonundan sapan metni, kanun koyucunun cinayeti, kasten öldürmeden ayrı bir suç olarak gördüğüne işaret etmektedir. Bkz. Beer, **a.g.e.**, s.541.

hükümlerin müstakilliğinin kabulünü engellemez. Nitekim hırsızlık ve yağma suçları arasında da benzer bir ilişki olmasına rağmen, bu ikisi tartışmasız bir şekilde ayrı suçlar olarak kabul edilmektedir. Son tez olarak Federal Yüksek Mahkeme, Alman CK'da kanun koyucunun nitelikli unsurları daima temel suçun akabinde düzenlediğini, §211'in cezayı artıran nitelikli unsur olduğu kabulünün kanunun bu sistematiğini ve kanun koyucunun bu yöndeki iradesini dikkate almadığını ileri sürer[381]. Özetle Yüksek Mahkemenin tezleri kanun metnindeki "katil olmaksızın" ifadesine, fail tipi öğretisine ve tipik nitelikli unsur düzenlemelerinin kanundaki sistematik konumuna dayanır. Tüm bu sebepler Mahkemeye göre, §211 ve §212 hükümleri arasında temel suç-cezayı artıran nitelikli unsur ilişkisi kurulmasını engeller[382].

Öğretiye göre, §212 öldürme suçları içerinde en az unsura sahip suç tipi olduğundan öldürmenin temel şekli hüviyetindedir. Alman CK §211'de sınırlı bir şekilde sayılan unsurlar, §212'deki suçun üzerine inşa edilir ve bu suçun cezasını mecburi olarak artırma işlevi görür. Benzer şekilde, §216'da nihai bir biçimde sayılan unsurlar da §212'deki suçun üzerine inşa edilir ve bu suçun cezasını mecburi suretle azaltır. Bu üç ceza normu da bir insanın kasten öldürülmesi temel bileşeni üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla bunların her birinde haksızlık çekirdeğinin aynı olması (yani bir insanın kasten öldürülmesi), hükümler arasında bir kademe ilişkisinin mevcut olduğu kabulünün dayanağını oluşturur. Kasten öldürme, haksızlığın zaruri bir parçası olarak her cinayet ve talep üzerine öldürme suçunda yer alır. Alman CK §212 sadece bu temel ortak bileşen ile sınırlı iken, diğer iki hükme kasten öldürme suçuna hususiyet katan unsurlar eklenmiştir. Alman CK §211 ve §216'ya eklenen özel unsurlar, haksızlığı sadece niceliksel olarak ağırlaştırır veya hafifletir. Ancak haksızlıkta niteliksel olarak herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Bu itibarla, kasten öldürmenin ortalama bir beliriş şeklini yansıtan §212'deki temel suçla, §211 ve §216 arasında niceliksel bir kademe ilişkisi kurulduğundan söz edilir. Bu ikinci gruba ait

[381] Thomas Hillenkamp, **40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil**, 12. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2013, s.2; Kaspar/Broichmann, **a.g.e.**, s.249. Gerçekten, Alman CK'da örneğin hırsızlık, kasten yaralama ve şantaj suçlarının önce temel şekli, ardından ise cezayı artıran nitelikli unsurlu şekli düzenlenmiştir. Alman CK §211'in kasten öldürmenin cezayı artıran nitelikli unsurlarını düzenlediği kabul edilirse, hayata karşı suçlar başlığında kanunun alışılmış olan bu sistematiği ile ters düşülecektir. Bkz. Beer, **a.g.e.**, s.541.

[382] Hans Kudlich, "Mordmerkmale und Beteiligung mehrerer an Tötungsdelikten", **JA**, 2008, s.311.

özel unsurlardan birinin gerçekleşmesi halinde suçun ağırlık içeriğinde yalnızca derecesel bir değişiklik meydana gelir[383]. Bunlar temel suça bağımlı olan tipik değişikliklerdir. Bu suç tiplerinden her biri kasten işlenebilir ve aynı hukuki değeri korur. Hükümlerin koruma amacı özdeştir. Bu itibarla §212'nin tüm kasıtlı öldürme hallerinin genel temel suç tipi olarak, §211 ve §216'nın da sırasıyla cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurları olarak kabul edilmesi gerekir[384]. Buna göre, kasten öldürmenin temel suç tipi, cezayı artıran nitelikli unsurları içeren tipi ve cezayı azaltan nitelikli unsuru içeren tipi arasında üç parçalı bir kademeli yapı mevcuttur[385].

Öğretide savunulan görüşe göre, yasanın sistematiğinde cinayetin, kasten öldürme suçunun önünde düzenlenmesi, her ne kadar alışılmış bir durum olmasa da tek başına, bunun nitelikli unsur şeklinde sınıflandırılmasına engel olmaz[386]. Zira bu sıralamanın arka planında dogmatik sebepler bulunmaz. Daha ziyade, sosyo-pedagojik (eğitimsel) sebepler bulunur[387]. Alman öğretisine göre, bu tiplerin birbirleriyle bağlantılı olması, bunların müstakilliğinin kabulü ile bağdaşmaz. Müşterek hukukta kasten öldürme ve cinayetin müstakil suçlar olması, bunlardan ilkinin şiddetli ve ani heyecanla, ikincisinin ise tasarlamayla işlenmesinden ileri gelir. Yürürlükteki mevzuatta ise bu suç tipleri arasında böyle bir ayrım yapılmamıştır[388]. Ayrıca katil ve

---

[383] Yani cinayet ve kasten öldürme sadece derece itibarıyla farklı haksızlık tipleridir. Bkz. Welzel, **a.g.e.**, s.74; Kargl, **a.g.e.**, s.1141. Bu suçlar karşılığında öngörülen kademelendirilmiş hapis cezası da §211 (ömür boyu hapis cezası), §212 (beş yıldan az olmayan hapis cezası) ve §216 (altı aydan beş yıla kadar hapis cezası) arasında sadece haksızlığın ölçüsünde bir kademelendirilmenin söz konusu olduğunu, niteliksel olarak faklı haksızlıklar bulunmadığını açıkça ortaya koyar. Bkz. Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.37.

[384] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.25-26; Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.49-50; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.233; Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.132; Eisele, **Strafrecht BT I**, kn.61; Beer, **a.g.e.**, s.543.

[385] Kargl, **a.g.e.**, s.1148. Öğretide taraftar bulmayan diğer görüşler için bkz. Hillenkamp, **a.g.e.**, s.1; Welzel, **a.g.e.**, s.73-74.

[386] Beer, **a.g.e.**, s.542.

[387] Welzel, **a.g.e.**, s.73. Değişiklik tasarısında §211'in bu sistematik konumu, hayata karşı yapılan en ağır saldırı olmasıyla açıklanmaktadır. Bkz. Kraatz, **a.g.e.**, s.618. Kanun koyucu, §211'i temel suçun önüne alarak, cinayetin özel haksızlık içeriğine dikkat çekmek istemiştir. Zira cinayet, kasten öldürmenin gerisinde düzenlenseydi, içerdiği mutlak ceza tehdidi (ömür boyu hapis cezası) arada kaybolup gidebilirdi. Bkz. Beer, **a.g.e.**, s.542. Karş. Kaspar/Broichmann, **a.g.e.**, s.249. Başka bir görüşe göre ise, bu sistematiğin kökeni nasyonal sosyalist etkide, yani tarihi sebeplerde bulunur. Bahis konusu dönemde, cinayet temel suç şeklinde görülerek, cinayetin ve buna karşılık gelen ölüm cezasının uygulama alanının mümkün olduğunca genişletilmesi amaçlanmaktaydı. Bkz. Welzel, **a.g.e.**, s.73; Kargl, **a.g.e.**, s.1143. Ayrıca, suçların sistematik konumunun, temel suç-nitelikli unsur ilişkisinin belirlenmesinde, esaslı bir kriter olmadığı hususunda bkz. Beer, **a.g.e.**, s.542.

[388] 1871 tarihli İmparatorluk dönemi Alman CK §211'e göre, tasarlama suretiyle bir kimsenin kasten öldürülmesi cinayet teşkil eder. Tasarlama olmaksızın bir kimsenin kasten öldürülmesi ise §212'de daha

kasten öldüren terimlerinden de bu suçların müstakilliği yönünde bir çıkarımda bulunulamayacaktır. Zira bu terimlerin kanuna eklendiği zamanda oldukça yaygın olan fail tipi öğretisinden istifade edilmiştir. Bu öğreti nasyonal sosyalizm kökenli olup modern hukuk devleti düşüncesi ile bağdaşmadığından günümüzde terk edilmiştir[389].

Alman CK'da "katil" teriminin halen kullanılıyor olması, modern ceza hukukunda geçerliliğini yitirmiş olan fail tipi öğretisinin tipteki kalıntısından ibarettir[390]. Bu itibarla öğretide, §212'deki temel suçta kullanılan "katil olmaksızın" ifadesinin, müstakil bir suç unsuru olmayıp, kendisinden önce gelen §211'deki cezayı artıran nitelikli unsurların gerçekleşmemiş olmasına işaret ettiği ifade edilmektedir[391]. Son olarak öğretiye göre, §211'de temel suç olan kasten öldürmeye herhangi bir atıfta bulunulmamış olması, kanun koyucunun §211'in özel haksızlık içeriğini ve buna karşılık gelen müebbet hapis cezası tehdidini vurgulamak istemesinden ileri gelir[392].

---

hafif bir şekilde cezalandırılır. Cinayet ve kasten öldürme suçları arasında tasarlama temelli yapılan bu ayrım uygulamada önemli ispat güçlüklerine neden olması sebebiyle 1941'de terk edilmiştir. Böylelikle cinayet ve kasten öldürme suçlarının ayırdında, psikolojik ayrım kriteri yerine, bugün de geçerli olan sosyal etik çözüm (özellikle kınanması gereken öldürme sebebi ya da öldürme şekli) benimsenmiştir. Bu itibarla, cinayet ve kasten öldürme, failin saikine ve suçun işleniş şekline göre temel suç ve cezayı artıran nitelikli unsur ilişkisi içinde birbirinden ayırt edilen suçlar haline gelmiştir. Bkz. Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.37-38. Karş. Welzel, **a.g.e.**, s.72; Kraatz, **a.g.e.**, s.618; Kargl, **a.g.e.**, s.1143.

[389] Hillenkamp, **a.g.e.**, s.3; Eisele, **Strafrecht BT I**, kn.61; Kraatz, **a.g.e.**, s.618; Beer, **a.g.e.**, s.543. Öğretide, bu görüşün müşterek hukuka kadar geri giden eski ve modası geçmiş bir düşüncenin ürünü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.26. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de fail tipi öğretisinin terk edilmiş olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bu suretle, bahis konusu suçların müstakilliği görüşünü desteklemede kullanılan bir dogmatik sebep daha ortadan kalkmıştır. Bkz. Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.38.

[390] Kaspar/Broichmann, **a.g.e.**, s.249. Zira modern ceza hukuku faile değil fiile odaklanır. Bkz. Dönmezer, **Cezai Mesuliyetin Esası**, s.3.

[391] Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.37.

[392] Beer, **a.g.e.**, s.542. Benzer bir tartışmaya Alman CK §225'te yer alan koruması altında bulunan kişiye kötü muamelede bulunma suçunun sınıflandırılması bakımından da rastlanmaktadır. Öğretide önceki baskın görüş, bu hükmü §223'teki kasten yaralamanın cezasını artıran bir nitelikli unsur olarak görmekteydi. Bu görüşe göre, özel koruma yükümlülüğünün ihlali kasten yaralamanın haksızlık içeriğini artırmaktadır. Karşı görüşe göre ise bu hüküm, manevi acıyı da kapsamına alması ve fail ile mağdur arasında özel bir ilişkinin mevcudiyetini gerektirmesinden ötürü müstakil bir suçtur (özgü suç). Bahsedilen bu görüşleri bağdaştıran üçüncü bir görüşe göre ise sadece, suçun §223 hükmünün kapsamına girmeyen, salt manevi acıya yol açan işleniş şekli müstakil bir suç hüviyetindedir. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.211; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §22 kn.2. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (Alman CK §239) ve suçsuz kişilere karşı yaptırım tatbiki suçu (Alman CK §345) arasında da bu tür bir tartışma söz konusudur. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.161.

VI. NİTELİKLİ UNSURLAR DIŞINDA KALAN SUÇUN CEZASINI ARTIRAN VEYA AZALTAN DİĞER NEDENLER

Suç genel teorisi içerisinde suçun kurucu ya da nitelikli unsurları dışında kalan, yani esasen unsur niteliği taşımayan pek çok etmen suçun cezasının artmasına, azalmasına hatta kimi zaman da cezanın bütünüyle ortadan kalkmasına yol açar. Şimdiye kadar ifade edildiği üzere nitelikli unsurlar da suçun cezasını artırabilir ya da azaltabilir. Bu nedenle, unsur vasfı taşıyan nitelikli unsurlarla, unsur vasfı taşımadan cezaya etki eden hallerin ayırt edilmesi gerekir. Bunlar çok çeşitli sebeplerden ileri gelebilir.

Bunlardan ilki takdiri indirim nedenleridir. Kanun koyucunun somut olayın çok değişik biçimlerde ortaya çıkabilecek özelliklerini ve bu özelliklerden kaynaklanabilecek cezayı hafifletici halleri önceden öngörüp kanunda düzenlemesi her zaman mümkün olmaz. Bu nedenle, her somut olayın arz edeceği özelliklere göre hareket edilmesi gerekir. Buna imkân tanımak amacıyla kanun koyucular ceza hakimlerine kanunda yazılı olanların dışındaki sebeplerle de cezayı hafifletme izni verirler. Böylelikle, cezanın suça ait unsurların yanı sıra failin kişiliği de dikkate alınarak tesisi olanaklı hale getirilir. Hâkime cezayı failin kişiliğine uydurarak daha adil ve insaflı bir hüküm kurma imkânı tanınır. Bu özellikleri itibarıyla takdiri indirim nedenleri cezayı bireyselleştirme aracı olma işlevini ifa eder[393].

Bu yetki ceza hakimlerine TCK'nın 62. maddesi aracılığıyla sunulmuştur. Bu maddenin 2. fıkrasında takdiri indirim nedenlerinin ne gibi hususiyetler olabileceğine ilişkin örnekler verilmiştir. Buna göre, "*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri*" takdiri indirim nedenleri arasında sayılır. Bunlar kanunda sayılanlarla sınırlı kalmak zorunda değildir. Zira fıkra "*gibi hususlar*"[394] ifadesiyle devam etmektedir. Bu

[393] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.138; Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.363; Centel, **a.g.e.**, s.550; Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.365; Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.368. Bununla birlikte, hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da "takdiri artırım nedenleri" bulunmamaktadır.

[394] Eklenmelidir ki "gibi hususlar" ifadesinin TCK m.62'nin metninden çıkartılmasına yönelik güncel bir kanun teklifi (Dönemi ve Yasama Yılı 27/5, Esas Numarası 2/4290, T.16.03.2022) bulunmaktadır.

nedenle kanunda yazılı örneklerden birine karşılık gelmeyen bir durumun da hâkim tarafından takdiri indirim nedeni olarak kabulü mümkündür[395] [396].

Takdiri indirim nedenleri cezayı azaltan nitelikli unsurlardan farklıdır. Zira cezayı azaltan nitelikli unsurlar tali de olsa bir suç unsuru iken, takdiri indirim nedenleri suç unsuru değildir. Bu sebeple cezayı azaltan nitelikli unsurların kapsamına giren bir hususiyet takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemeyecektir[397]. Nitelikli unsurlarda kanunilik ilkesi geçerlidir. Takdiri indirim nedenlerinde ise, hâkime somut olayda mevcut olan, fakat kanunda yazılı olmayan sebeplere istinaden cezayı indirme yetkisi verilmiştir[398]. Yani nitelikli unsurlar kaynağını daima kanundan alırken, takdiri indirim nedenleri hâkimin değerlendirmesine dayanır. Kanunda örnek niteliğinde sayılan nedenlerden biri somut olayda gerçekleşmiş olsa bile bu nedene istinaden ceza indirimi yapıp yapmama hususunda hâkimin takdir yetkisi bulunur. Buna karşılık, kanunda yazılı nitelikli unsurlardan birinin somut olayda mevcudiyetinin tespiti halinde, bu nitelikli unsurdan ileri gelen ceza indiriminin tatbiki zorunluluk arz eder. Bu hususta hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Bir olayda hem cezayı azaltan nitelikli unsurun gerçekleşmesi hem de takdiri indirim sebebinin mevcudiyeti mümkündür.

---

[395] Takdiri indirim nedenleri 765 sayılı TCK m.59'da da düzenlenmişti. Ancak maddede 5237 sayılı TCK m.62/2'de olduğu gibi takdiri indirim nedeni olarak kullanılabilecek olguların neler olabileceği örnekseme metoduyla sayılarak kavrama açıklık getirilmemişti. Bkz. Erdener Yurtcan, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2004, s.137. Bununla birlikte dönemin öğretisinde failin pişmanlığı, sabıkasız olması, iyi bir insan olduğu izlenimini vermesi, suçtan zarar görmesi, suça suçtan zarar gören kişi tarafından neden olunması, elverişsiz toplum şartları gibi hususlar takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilmekteydi. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.138.

[396] Yargıtay kararlarında bu düzenleme şekli, "serbest takdir sistemi" biçiminde adlandırılmıştır. Bkz. **Yarg. CGK**, T.30.01.1989, E.1/503, K.503/8. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.895. "*Türk Ceza Kanunu "serbest takdir" sistemini kabul etmiştir. Şu kadar ki, indirici neden olarak kabul edilen haller, suçun unsurlarından biri veya yasanın özel olarak kaydettiği nedenlerden biri olmamalıdır*". **Yarg. CGK**, T.20.11.1981, E.1/252, K.395. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.899-900. Bununla birlikte Yargıtay'ın, hâkimin hükümde takdiri indirim nedenine başvurup başvurmamaya ilişkin gerekçesini denetlediği ve takdir yetkisini hatalı kullandığı durumlarda hükmü bozduğu görülmektedir. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.174-175. Bu itibarla, hâkim takdiri indirim nedeni ihdas ederken keyfi şekilde hareket edemeyecektir. Bkz. Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.365.

[397] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.314; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.655. "*Yasal indirici nedenlerden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletici takdiri sebepler kabul edilirse, olay hakkında TCK.'nun 59. maddesi uygulanabilecektir. ... Denetlenmesinde kanunun bir hükmü yanlış uygulanmadıkça, örneğin yasal bir indirme nedeninin TCK.'nun 59. maddesinin uygulanmasına esas alınması gibi bir hata yapılmadıkça, Yargıtay'ca bozma nedeni yapılmayacaktır*". **Yarg. CGK**, T.31.01.1977, E.574, K.36. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.902-903.

[398] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.139.

Bunlardan birinin mevcudiyeti diğerinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Ancak aynı hususiyet hem cezayı azaltan nitelikli unsur hem de takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilemez[399].

Ne gibi hususiyetlerin nitelikli unsur ne gibi hususiyetlerin ise takdiri indirim nedeni teşkil edeceğini birbirinden ayrıt etmede kullanılan en temel kriter, ilkinin suça etki ederek suçun haksızlık içeriğini değiştirmesi, ikincisinin ise suça etki etmeyip faile ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla takdiri indirim nedenleri suçun işlenmesinden önce ya da sonra gerçekleşen ve faille irtibatlandırılan birtakım durumlara ilişkin olabilir[400]. Nitekim kanunda örnek niteliğinde yapılan sayımdan da bu husus açıkça anlaşılmaktadır[401].

Takdiri indirim nedenleri geneldir. Kanunda aksi öngörülmedikçe tüm suçlar bakımından uygulama bulabilir. Buna karşılık nitelikli unsurların mevcudiyeti suça göre değişiklik gösterir. Zira nitelikli unsurlar suç bazlı olarak öngörülür. Öte yandan, nitelikli unsurların suç ve ceza üzerindeki etkisi de suç bazlı olarak değişiklik arz ederken, takdiri indirim nedenlerinin ceza üzerindeki etkisi her suç bakımından ayniyet arz etmektedir. Kanunda bu hususta suça göre ayrım yapılmamıştır.

11.07.1976 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararında hâkimin takdiri indirim nedenlerini belirlerken "*bir suçu oluşturan unsurlarla çatışmamak*" kaydıyla takdir

---

[399] Erdal Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.309. Eski öğretide takdiri indirim nedenlerinin zaman zaman nitelikli unsurlarla karıştırıldığı ya da bu ikisinin birbirlerinden tam olarak ayırt edilemediği görülmektedir. Örneğin Evik, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerle takdiri indirim nedenlerini "suça etki eden nedenler" üst başlığı altında ele almakta, ağırlaştırıcı sebepler ve takdiri indirim nedeni hüviyetinde olmayan hafifletici sebepler için "kanuni suça etki eden nedenler" ifadesini, takdiri indirim nedeni hüviyetindeki hafifletici sebepler için ise "takdiri suça etki eden nedenler" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.128-129.

[400] "*TCY.59.maddesi olaya göre değil, kişiye göre uygulanması gerekir. Sadece suçun işleniş biçiminin ağırlığından söz edilerek, TCK.nun 59.maddesinin uygulanmasından vazgeçilemez. Aksi hal, olaya göre değil, kişiye göre uygulanması gereken bu maddenin amacına aykırıdır*". **Yarg. CGK**, T.15.10.1990, E.1/172, K.224. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.895.

[401] 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin son fıkrasında cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınacak kriterler listelenmişti. Bahis konusu hüküm 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasına karşılık gelmekteydi. ETCK m.29/son'da sayılan kriterler arasında failin geçmişi, failin şahsi ve sosyal durumu ve failin fiilden sonraki davranışları da bulunmaktaydı. Oysa 5237 sayılı TCK'da bu hususlar 61. maddenin 1. fıkrasında cezanın belirlenmesi kriteri olarak düzenlenmemiştir. Aksine 62. maddede takdiri indirim nedenleri olarak listelenmiştir. Yürürlükteki TCK'da madde 61/1'de sayılan cezanın belirlenmesi kriterlerinin tamamı suça ilişkin olup suçun haksızlık içeriğine etki eden olgulardır. 62. Maddede örnek niteliğinde sayılan takdiri indirim sebepleri ise, suçtan kopuk olup, yalnızca faile ilişkin hususlardır.

yetkisine sahip olduğu vurgulanmıştır[402]. Buna rağmen Yargıtay'ın takdiri indirim nedenlerini "saik" ve "suçun işlenmesindeki özellikler" ile ilişkilendirdiği kararına rastlamak mümkündür[403]. Kanımızca bu hususlar suça etki ettikleri için takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilemeyecektir. Bunlar suç tiplerinde kurucu ya da nitelikli unsur olarak karakterize edilebilirler. Suç unsuru olarak düzenlenmemişlerse TCK m.61/1'e göre cezanın hesaplanmasında dikkate alınabilirler.

Bu konuda son olarak ifade edilmelidir ki, kanunda cezayı artıran nitelikli unsur olarak kabul edilen bir hususiyetin ve bu hususiyetin oluşumuna yol açan olayların takdiri indirim nedeni kapsamında görülmesi mümkün değildir. Bu gibi bir kesişim kasten öldürme suçunun kan gütme saikiyle (TCK m.82/1-j) işlendiği hallerde gündeme gelebilir. Böyle bir saikle bir kimseyi öldüren failin, bir akrabasının daha önce, sürmekte olan bir kan davasının kurbanı olması, failin geçmişi ya da başka bir özelliği ile ilinti kurularak takdiri indirim sebebi yapılamayacaktır[404]. Zira kan davası kapsamında failin bir akrabasının öldürülmüş olması, yani ilk öldürme eyleminin mevcudiyeti, kan gütme saikinin oluşumu için şarttır. Bu saik kanunda nitelikli unsur olarak karakterize edildiğinden, bunun oluşumunu sağlayan bir olayın hem cezayı artıran nitelikli unsur içerisinde hem de takdiri indirim sebebi olarak cezanın hesaplanması sürecinde birden fazla kez dikkate alınması mümkün olmayacaktır. Bu olay sadece TCK m.82/1-j'de düzenlenen nitelikli unsur kapsamında değerlendirilebilecektir[405].

Haksız tahrik de suçun cezasına etki ettiğinden bu başlık altında irdelenmesi gereken bir diğer sebebi oluşturur. Bu kurum hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da cezayı azaltan kanuni ve genel bir sebep teşkil eder. Yani kural olarak

---

[402] **Yarg. İBK,** T.07.06.1976, 3/4-3. Bkz. Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu C.1**, 3. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık 1999, s.1118-1120. Bir suçun unsurunun (örn. kan gütme saiki) takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemeyeceğine dair diğer Yargıtay kararı için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.1129, 1140.

[403] **Yarg. CGK**, T.28.12.1999, E.1999/311, K.1999/325. Bkz. (çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi:09.04.2021).

[404] Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s.81; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.65.

[405] Bununla birlikte bu yorum, kan gütme saikiyle bir kimseyi öldüren failin, herhangi bir takdiri indirim sebebinden kesinlikle yararlanamayacağı anlamına gelmez. Fail, kan gütme saiki ve bu saikin oluşumu ile ilintili olan olayların dışında kalan, kanunda nitelikli unsur olarak karakterize edilmeyen, faille ilintili hususiyetler kapsamında TCK m.62'de öngörülen indirimden yararlandırılabilecektir.

haksız tahrik tüm suçlar ve tüm suç failleri bakımından uygulama bulur[406]. Haksız tahrikin nitelikli unsur teşkil edip etmediği öğretide tartışılmıştır. Bir görüş haksız tahriki suçun cezayı azaltan nitelikli unsuru (hafifletici neden) olarak vasıflandırmaktadır[407]. Bu görüşe göre haksız tahrik suça etki ederek suçun daha hafif sayılmasını gerektiren öznel bir yasal sebeptir[408].

Diğer bir görüşe göre ise, haksız tahrik kusurluluğa etki etmektedir. Bu halde, bir haksız fiilin mevcudiyeti nedeniyle failin iradesi zayıflar. Böylelikle de failin kusuru azalır. Bu durum failin işlemiş olduğu suç sebebiyle kınanabilirliğinin hafiflemesine yol açar. Haksız tahrik suçun unsurları üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmadığından, suçun haksızlık içeriğinin hafiflemesi sonucunu doğurmaz. Bu nedenle haksız tahrikin cezayı azaltan bir nitelikli unsur olarak sınıflandırılması mümkün değildir[409]. Yargıtay da haksız tahriki failin kusur yeteneğini azaltan genel bir yasal sebep olarak değerlendirmektedir[410].

Kanımızca da doğru olan görüş budur. Haksız tahrik kurumu ile kanun koyucu, faili suç işlemeye iten psikolojik buhran halini ceza hukuku içerisinde dikkate alarak buna hukuki sonuç bağlamaktadır[411]. Nitelikli unsurlar suçun haksızlık içeriği

---

[406] Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.390; Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.136.

[407] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.287-288. 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde, haksız tahrik çoğunlukla "genel ve yasal bir hafifletici neden" olarak sınıflandırılmaktaydı. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.346; Şen, **a.g.e.**, s.472; Cihan, **Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188)**, s.150; Odyakmaz, **a.g.e.**, s.49; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.593. Ayrıca, dönemin öğretisinde yazarlar, haksız tahriki nitelikli unsurları da ifade etmek üzere kullandıkları "suçu etkileyen haller" üst başlığı altında incelemekteydi. Nitekim 5237 sayılı TCK dönemi öğretisinde de kimi yazarlar bu yaklaşımı sürdürmektedir. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.367; Salih Zeki İskender, "Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi", **YD**, C.37, S.3, 2011, s.9-10. Kanımızca nitelikli unsurlar, takdiri indirim nedenleri ve haksız tahrikin birlikte "suça etki eden nedenler" üst başlığı içerisinde incelenmesi doğru değildir. Yapıları itibarıyla birbirlerinden oldukça farklı olan bu üç kurumun aynı başlık altında irdelenmesi hem büyük bir kafa karışıklığına neden olmakta hem de her bir kurumun hukuki niteliğinin detaylı bir şekilde ortaya konmasında önemli bir engel teşkil etmektedir.

[408] Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.367; İskender, **a.g.e.**, s.9-10.

[409] Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.346-347; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.226; Timur Demirbaş, **Haksız Tahrik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.44; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.334; Sözüer, "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", s.43; Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s.30, 33. 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde haksız tahriki hem "kusurluluğu azaltan bir neden" hem de "hafifletici neden" olarak karakterize eden görüşlere de rastlanmaktadır. Bkz. Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.226. Bu karışıklık esasen 765 sayılı TCK döneminde nitelikli unsurların hukuki niteliğinin ortaya konulamamış olmasının bir sonucudur.

[410] Karar örnekleri için bkz. Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s.34.

[411] Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.390. Haksız tahrikin, suça etki eden bir neden olarak karakterize edilmesi

üzerinde bir etkiye sahiptir. Haksız tahrik ise bir suç unsuru değildir. Suç unsuru olmayan bir hususiyetin suça ve suçun haksızlık içeriğine etki etmesi mümkün olmaz. Haksız tahrik faile, dolayısıyla da failin işlemiş olduğu suç sebebiyle kınanabilirliğine etki etmekle yetinir. Fail hakkında bulunulan toplumsal kınama yargısını hafifletir. Ayrıca, haksız tahrikin kural olarak tüm suçlar bakımından uygulama bulma imkanına sahip olması da bunun nitelikli unsur biçiminde sınıflandırılmasını engelleyen bir diğer sebeptir.

Alman CK §213'te kasten öldürme suçu için geçerli olan özel bir haksız tahrik düzenlemesi yapılmış ve bu haksız tahrik durumu kasten öldürme suçunun hafif hali (*Minder schwerer Fall*) biçiminde karakterize edilmiştir[412]. Paragraf başlığı da kasten öldürmenin hafif halleri ifadesini taşımaktadır. Düzenlemeye göre failin, mağdurun kendisine veya bir yakınına yönelik olarak gerçekleştirdiği bir kötü muamele ya da ağır hakaretin etkisiyle, kendi kusuru olmadan kapıldığı öfke neticesinde kasten öldürme suçunu işlemesi durumunda, fail 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır[413]. Böylelikle kasten öldürme suçunda haksız tahrik teknik anlamda bir hafif hal olarak sınıflandırılmıştır. Hâkimin kanunda tasvir edilen bu hususiyeti hafif hal olarak kabul edip etmeme hususunda takdir yetkisi bulunmaz. Bir kasten öldürme olayında haksız tahrikin kanunda belirtilen koşullarının gerçekleştiğinin hâkim tarafından tespiti durumunda, failin Alman CK §213'te öngörülen daha hafif ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması gerekir[414]. Alman CK'da bulunan hafif haller

durumunda, haksız fiilin failin suçu işlerken içerisinde bulunduğu psikolojik durumu üzerindeki etkisinin tartışılmasına gerek duyulmaz. Bkz. Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s.18. Bu da haksız tahrik kurumunun yapısına ters düşer.

412 Öğretide "*Minder schwerer Fall*" teriminin "hafif nitelikli hal" şeklinde isimlendirildiği görülmektedir. Bkz. Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s.99, 103. Bu isimlendirmeye katılmak mümkün değildir. Zira teknik anlamda nitelikli unsurlarla çok ağır veya hafif haller yapı itibarıyla birbirlerinden farklı ceza hukuku kurumlarıdır. Alman CK §213'te teknik anlamda bir cezayı azaltan nitelikli unsur değil, hafif hal düzenleme konusu yapılmıştır.

413 Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s.99.

414 Alman öğretisinde Alman CK §213 hükmünün kasten öldürme suçunun cezayı artıran nitelikli unsurları (Alman CK §211) bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı ayrı bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Somut bir kasten öldürme fiilinde hem §211'de tasvir edilen nitelikli unsurlardan birinin bulunması hem de failin §213'te öngörüldüğü şekilde haksız tahrikle suçu işlemesi mümkündür. Bir grup yazar lafzi bir yorumla §213'ün sadece basit kasten öldürme suçunun mevcudiyeti halinde uygulama bulabileceğini savunmaktadır. Azınlık görüşü ise §211'deki kasten öldürmenin nitelikli unsurlu şeklinin, esasen bünyesinde temel suçu da barındırdığını ifade etmekte ve bu tespitten hareketle §213'ü, §211'e de sirayet ettirmektedir. Bkz. Bostancı Bozbayındır, **a.g.e.**, s.115-116. Kanımızca da temel suç bakımından geçerli olabilen bir hususiyetin (haksız tahrik), suçun nitelikli unsurları bakımından da geçerli olabilmesi gerekir.

teknik anlamda cezayı azaltan nitelikli unsur olma özelliği göstermez. Bunlar cezanın belirlenmesi kuralları hüviyetindedir. Bu konu aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer cezaya etki eden husus TCK m.37/2 hükmüdür. Buna göre, kusur yeteneği bulunmayan bir çocuğu, sağır ve dilsizi, akıl hastasını ya da sarhoşu araç olarak kullanmak suretiyle suç işleyen dolaylı failin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Bu ceza artırımının dayanağını dolaylı faildeki tehlikelilik ve kusur yeteneği bulunmayan bireylerin korunması düşüncesi oluşturur[415]. Öğretide bir görüş TCK m.37/2 hükmünü "genel, kanuni ve kişisel bir ağırlatıcı neden" şeklinde sınıflandırmakta ve bu hususta düşülen hatanın suçun nitelikli unsurlarında hataya ilişkin hükme (TCK m.30/2) göre çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır[416]. Benzer şekilde bu durumu "dolaylı faillik açısından nitelikli hal" olarak gören görüşler de bulunmaktadır[417].

Kanımızca bu hükmün bir cezayı artıran nitelikli unsur olarak karakterize edilmesi mümkün değildir. Zira bir kimsenin "kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanması" bir suç unsuru olma özelliği göstermez. Bu durum işlenen suçun haksızlık içeriğine etki etmez. Suçun vahamet derecesini (ağırlığını) artırmaz. Ancak bu davranışı nedeniyle failin daha fazla kınanmasına neden olur. Nitekim ceza artırımı da buna dayanır. Ayrıca nitelikli unsurlar mutlaka belirli bir suçla irtibatlandırılır; fakat bu hükümle belirli bir suç arasında bağlantı kurulmamıştır. Bu nedenle dolaylı failin, araç olarak kullandığı kişinin kusur yeteneği hususunda düştüğü hatanın TCK m.30/2 hükmü üzerinden çözümlenmesi de mümkün olmaz. TCK m.37/2'ye göre yapılacak ceza artırımının, varsa TCK m.61/4'e göre nitelikli unsurların tatbikinden sonra, TCK m.61/5 hükmü kapsamında uygulanması gerekir.

Benzer bir hükme TCK m.38/2'de yer verilmiştir. Buna göre, azmettirenin altsoy ya da üstsoyunda bulunan bir kimseyi, aralarındaki usul-füru ilişkisinden istifade ederek bir suç işlemeye sevk etmesi halinde ya da herhangi bir usul-füru ve akrabalık

[415] Devrim Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.224.
[416] Aydın, **a.g.e.**, s.204, 223.
[417] Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.768.

ilişkisi olmamasına rağmen bir çocuğu suç işlemeye sevk etmesi halinde, azmettirene verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Bu gibi hallerde cezada artırım öngörülmesinin nedeni bu kişilerin suça azmettirilmekle mağdur edildikleri ve azmettiren karşısında zayıf bir konumda oldukları yönündeki düşüncelerdir[418]. Öğretide bir görüş, TCK m.38/2 hükmünü "azmettirmede cezayı artıran nitelikli hal" şeklinde isimlendirmektedir. Bu görüşe göre azmettirilen kişinin çocuk olması ya da fail ile azmettirilen arasında alt-üst soy ilişkisinin mevcudiyeti ve bu ilişkiden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle azmettirmenin gerçekleştirilmiş olması, azmettirme kurumu açısından cezayı artıran nitelikli hal teşkil etmektedir[419].

Kanımızca bu hükmün de cezayı artıran nitelikli unsur olarak karakterize edilmesi mümkün değildir. Zira bir kimsenin alt soyunda ya da üst soyunda bulunanı veya herhangi bir çocuğu suç işlemeye azmettirmesi tali de olsa bir suç unsuru olma özelliği göstermez. İşlenen suçun haksızlık içeriğine etki etmez. Suçun vahamet derecesini (ağırlığını) artırmaz[420]. Ayrıca nitelikli unsurların mutlaka belirli bir temel suçun üzerine inşa edilmeleri gerekir. Bu hüküm ise belirli bir suçla bağlantılandırılmamıştır. Bu itibarla, TCK m.38/2'ye göre yapılacak ceza artırımının, varsa TCK m.61/4'e göre nitelikli unsurların tatbikinden sonra, TCK m.61/5 hükmü kapsamında uygulanması gerekir.

Bu kapsamda bir de TCK m.38/3 hükmünün irdelenmesi gerekir. Bu düzenlemeyle azmettirenin kim olduğunun bilinmediği olaylarda, fail ya da diğer suç ortakları azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlamak için yardımda bulunmaya teşvik edilmektedir. Bu teşvik cezalarının azaltılması imkanına ilişkin bir ödülü de beraberinde getirmektedir. İndirimin yapılması hâkimin takdirindedir[421]. TCK m.38/3

---

[418] Aydın, **a.g.e.**, s.224. Azmettiren için bu türden bir ceza artırımı öngörülmesinin yerinde olmadığı hususunda bkz. Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.431.

[419] Halid Özkan, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.156; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.818. Tezcan/Erdem'e göre bu hüküm "ağırlatıcı neden"dir. Bkz. Tezcan/Erdem, **a.g.e.**, s.347.

[420] Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.495.

[421] Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.337. Gizli kalabilecek suç faillerinin ortaya çıkarılmasını sağlayan suç katılımcıları için de benzer bir hükmün kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.340; Fatih Selami Mahmutoğlu, "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, 2004, s.367. Düzenlemenin kişileri muhbirliğe teşvik edebileceği eleştirisi için bkz. Köksal Bayraktar, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme

hükmü öğretide kimi yazarlarca[422] "azmettirmede cezayı azaltan nitelikli hal", kimi yazarlarca[423] "şahsi hafifletici neden", kimi yazarlarca[424] ise bütün suçlar bakımından geçerli olan bir etkin pişmanlık hükmü şeklinde sınıflandırılmıştır.

Bu hükmün cezayı azaltan nitelikli unsur olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir. Azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail ya da diğer suç ortağının cezasında, kanunun ifadesi ile "*üçte bir oranında indirim yapılabilir*". Kanun koyucu indirim yapılmasını hâkimin takdirine bırakmıştır. Halbuki teknik anlamda bir nitelikli unsurun mevcudiyetinin en temel şartı, temel suçun cezasında mecburi bir değişikliği beraberinde getirmesidir. Bu konuda hâkimin takdir yetkisi bulunmaz. Bu nedenle başlı başına hükmün bu formülasyonu dahi TCK m.38/3'ün nitelikli unsur olarak karakterize edilmesini engellemektedir. Öte yandan, TCK sistematiğinde nitelikli unsurlar belirli bir temel suç ile irtibatlandırılarak tesis edilmiştir. Bu hüküm ise belirli bir suç ile bağlantılandırılmamıştır. Ayrıca azmettirenin ortaya çıkarılması, işlenen suçun haksızlık içeriği üzerinde herhangi bir etkiye haiz değildir. Bu itibarla, TCK m.38/3'e göre gerçekleşecek ceza hafiflemesinin, varsa TCK m.61/4'e göre nitelikli unsurların tatbikinden sonra, TCK m.61/5 hükmü kapsamında uygulanması gerekir.

Öte yandan, kimi ceza normlarında suç işlenip bittikten sonra failin gerçekleştirdiği birtakım davranışlarla işlediği suçun sonuçlarını hafifletmeye ya da ortadan kaldırmaya çalışmasının, cezada indirim yapılmasına ya da cezanın bütünüyle ortadan kaldırılmasına yol açacağı öngörülmüştür. Bu durum etkin pişmanlık olarak isimlendirilir. Etkin pişmanlık, cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebeplerdendir. Bu kurumun da suçun nitelikli unsuru olarak karakterize edilmesi mümkün değildir[425]. Nitelikli unsurlar suçun işlenmesi sırasında gerçekleştirilebilirler. Bunların suç sona

---

ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.33.

[422] Özkan, **a.g.e.**, s.158.

[423] Vesile Sonay Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", **YÜHFD**, C.IX, S.2, 2012, s.293. Kimi yazarlara göre ise bu hüküm genel nitelikte şahsi bir cezayı hafifletici neden teşkil eder. Bkz. Zafer, **a.g.e.**, s.498; Aydın, **a.g.e.**, s.223, 225.

[424] Zeynel T. Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S.85-86, 2011, s.53.

[425] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.342; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.688; Meral Ekici Şahin, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", **AÜHFD**, 64 (3), 2015, s.652.

erdikten sonra gerçekleştirilebilmeleri mümkün değildir. Zira nitelikli unsurlar suça etki ederler. Suç bittikten sonra yapılan bir davranışın ise suça etki etmesi mümkün değildir. Etkin pişmanlık da tıpkı nitelikli unsurlar gibi suç bazlı düzenlenir ve faile verilecek cezaya etki eder. Ancak nitelikli unsurlardan farklı olarak, etkin pişmanlık failin suç bittikten sonra gerçekleştirdiği davranışlara ilişkindir. Bu nedenle bir suç unsuru değildir ve suça etki etmemektedir.

Bu başlık altında son olarak şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebeplerden bahsedilecektir. Esasen şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerle nitelikli unsurların karıştırılması mümkün olmaz. Zira bir nitelikli unsur hiçbir zaman suçun cezasının bütünüyle ortadan kalkmasını sonuçlamaz. Bununla birlikte, cezayı azaltan nitelikli unsurlar ile cezayı azaltan şahsi sebeplerin birbirine karıştırılması mümkündür. Zira her ikisi de hükmolunacak cezada hafifleme meydana getirmektedir. Cezayı azaltan şahsi sebeplerde failin veya şerikin şahsından ileri gelen hususiyet cezanın bütünüyle kaldırılması için yeterli olmadığından, kanun koyucu bu türden şahsi sebeplerin yalnızca cezada hafifleme meydana getirmesini öngörmüştür[426].

Cezayı azaltan şahsi sebepler de tıpkı nitelikli unsurlar gibi kanunun özel hükümler kitabında suç bazlı olarak düzenlenir. Bu itibarla bunlar da suç tipleri içerisinde yer alır ve yalnızca irtibatlandırıldığı suç için uygulama bulur. Ayrıca, tıpkı cezayı azaltan nitelikli unsurlarda olduğu gibi, cezayı azaltan şahsi sebeplerin mevcudiyeti halinde de cezada indirim yapılması zorunludur. Hâkimin bu konuda takdir hakkı bulunmaz. Bununla birlikte nitelikli unsurlar, suç unsuru olduklarından suçun yapısına dahildir. Cezayı azaltan şahsi sebepler ise suç tipleri içerisinde yer alsalar da suç unsuru olma özelliği göstermediklerinden suçun yapısına (haksızlığa) dahil değildir. Bunlar failin veya diğer suç ortaklarının kişiliği ile bağlantılı olarak

[426] Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", s.45. Cezayı azaltan şahsi sebeplere örnek olarak gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık verilebilir. Bkz. Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", s.45-52. Gönüllü vazgeçme ya da etkin pişmanlık teşkil eden davranış, failin meşru zemine dönüşünün bir ifadesidir. Fail bu davranışıyla ceza normunu tanıdığını ortaya koyar. Bkz. Frisch, **a.g.e.**, s.134.

cezalandırılabilirliğine etki eden, suçun unsurları ve failin kusuru ile irtibatlandırılmış olmayan hususiyetlerdir[427].

Cezayı azaltan nitelikli unsurdan ileri gelen ceza hafiflemesinin dayanağını suçun haksızlık (ve/veya kusur) içeriğinde meydana gelen hafifleme oluştururken, cezayı azaltan şahsi sebepten ileri gelen ceza hafiflemesi suçun haksızlık ve kusur içeriğinde meydana gelen hafifleme ile irtibatlı değildir. Cezayı azaltan şahsi sebebin mevcudiyetine rağmen, suçun haksızlık ve kusur içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Suç bütün vahametiyle mevcudiyetini korur. Bu ihtimalde ceza hafiflemesi sadece izlenen suç siyaseti gereği kanunun önem atfettiği şahsi bir sebebin somut olayda gerçekleşmesinden kaynaklanır[428]. Ayrıca, cezayı azaltan şahsi sebepler sadece bu sebebin şahsında fiilen gerçekleştiği suç ortağını etkiler. Diğer suç ortaklarının cezai sorumluluğu bakımından etki doğurmaz. Buna karşılık cezayı azaltan nitelikli unsurların oluşa göre suç ortakları arasında sirayet edebilmesi mümkündür.

Cezayı azaltan şahsi sebepler failin iradesine bağlı olarak suçun sonra ermesinden sonra ortaya çıkabilir. Bu durumda suçun işlendiği sırada failin veya şerikin cezasını hafifleten bir hususiyet bulunmaz. Bunlar geriye etkili bir biçimde şahsında gerçekleştiği kişinin (fail veya şerik) cezasının hafiflemesini sağlar[429]. Nitelikli unsurların ise suç sona erdikten sonra gerçekleştirilmeleri mümkün olmaz. Cezayı azaltan şahsi sebepler, suçun unsurlarına ve kusura ek olarak getirilen üçüncü

---

[427] Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", s.39-40, 44. Kimi suçlar için öngörülen şahsi sebepler hem cezayı azaltan hem de cezayı kaldıran şahsi sebep biçiminde formüle edilmiştir (örn. TCK m.273, 274). Bu türden şahsi sebepler de cezayı kaldırma iktidarına sahip olduklarından nitelikli unsurlardan kolaylıkla ayırt edilebilir.

[428] Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", s.38; Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.125-126. Karş. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.400. Mahmut Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu**, Ed.: Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.91. Örneğin, hırsızlık suçunun aynı konutta birlikte yaşamayan kardeşlerden biri tarafından diğerine karşı işlenmesi halinde öngörülen zorunlu ceza hafiflemesi (TCK m.167/2), hırsızlığın bu şekilde işlenmesi sebebiyle haksızlık ve kusur içeriğinin hafiflemiş olmasına dayanmaz. Aksine bu tür bir hırsızlıkta kardeşler arası güven ilişkisinden istifade ediliyor olmasının suçu ağırlaştırdığından bile söz edilebilir. Burada öngörülen ceza hafiflemesi daha ziyade kanun koyucunun ailenin bütünlüğünü koruma düşüncesinin ürünüdür. Bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.126.

[429] Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.418; Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", s.38, 43, 45; Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.397-398.

bir cezaya etki etme testi içerisinde yer alır. Nitelikli unsurlar ise, cezaya etki etme testinde suçun unsurları içerisinde yani ilk sırada bulunur.

Failin nitelikli unsurlarda düştüğü hatadan yararlanacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir (TCK m.30/2). Buna karşılık cezayı azaltan şahsi sebeplerde düşülen hataya hukuken sonuç bağlanmaz. Dolayısıyla mevcut olmayan bir cezayı azaltan şahsi sebebi düştüğü hata neticesinde varsayan fail, bu sebebin sağladığı ceza indiriminden yararlanamaz. Buna karşılık, fail somut olayda fiilen gerçekleşmeyen bir cezayı azaltan nitelikli unsurun gerçekleştiğini zannederse bu hatasından yararlanır. Yani cezasında nitelikli unsur gerçekleşmiş gibi indirim yapılır. Ayrıca, nitelikli unsurlar sadece kasıtlı suçlarda karşımıza çıkarken, cezayı azaltan şahsi sebepler hem kasıtlı hem de taksirli suçlarda bulunabilir[430].

VII. NİTELİKLİ UNSURLARA ALTERNATİF KANUN YAPMA TEKNİKLERİ

A. Genel Olarak

Bir ülkenin ceza hukuku dogmatiği ile o ülkede izlenen suç siyaseti birbiriyle oldukça ilişkilidir. Ceza hukukuna ilişkin genel kavramları ve ilkeleri bulan, açıklayan, sistemleştiren ceza hukuku dogmatiğidir[431]. Suç siyaseti ise oluşturucu ve hareket ettirici bir güç teşkil eder. Suç siyaseti ile çeşitli hedefler belirlenir. Ceza hukuku dogmatiği suç siyaseti sahasında verilen kararları sistematize ederek uygulamaya koymaya hazırlar. Bu itibarla dogmatik, suç siyaseti ile belirlenen hedeflere ulaşmak için çözüm olanakları arayışına girer. Bu çözümler hem ülkede izlenen suç siyasetinin temel yapı taşlarıyla hem de dogmatiğin gelişimiyle uyumlu olmak zorundadır. Suç siyaseti ile konulan hedefler ve bu hedeflerin mevcut ceza hukuku dogmatiğinde karşılanma olanağının birbirinden kopuk olmaması gerekir. Dolayısıyla bu iki alan arasında daima bir iş birliğinin mevcudiyeti aranır[432].

---

[430] Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.444, 446.
[431] Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.182.
[432] Erol Cihan, "Demokratik Bir Toplumda Suç Siyaseti Kavramı", **Ceza Hukuku El Kitabı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1989, s.527-529. Suç siyaseti teriminden neyin anlaşılması gerektiği hususunda öğretide yapılan tanımlar oldukça farklıdır. Bu konuda üzerinde uzlaşılmış bir tanım bulunmamaktadır.

Suçun nitelikli unsurlarına alternatif kurumların kabulü ve bu kurumların ceza kanunlarında düzenlenmesi yasama politikası ve tekniği ile ilgilidir. Somut olayda ortaya çıkan daha yüksek cezaya müstahaklık hallerinde kanun koyucu, hâkime daha ağır bir cezaya hükmedebilme olanağını tanımak istiyorsa prensip olarak iki farklı yol izleyebilir. İlk ihtimalde, bir ceza normu içerisinde geniş bir temel ceza çerçevesi öngörebilir. Bu suretle kanun koyucu daha baştan, artan haksızlık ve kusur hallerini de kapsayan bir ceza çerçevesini hâkimin kullanımına sunmuş olur[433]. Herhangi bir ceza çerçevesi kademelendirmesine başvurmayan bu yöntem, esasen suçun ağırlığının derecelendirilmesinde tercih edilebilecek en ilkel yoldur. Zira hâkime çok geniş bir ceza çerçevesi içerisinde, çok geniş bir hareket serbestisi tanınır. Hâkim burada sadece genel cezanın belirlenmesi prensiplerinden istifade eder[434].

Yaptığı genel değerlendirme neticesinde, somut olayda ortaya çıkan haksızlık ve kusurun ortalama halin üzerinde olduğu sonucuna ulaşan hâkim, ceza çerçevesinin üst sınırına yaklaşarak hüküm kurar. Ancak bu ihtimalde hâkimin eline, ne zaman geniş ceza çerçevesinin üst/alt sınırından hüküm kurabileceği ve/veya hüküm kurması gerektiği hususunda yeterli tutamak noktaları verilmiş olmaz. Bu düzenleme şekli, esasen kanun koyucuya ait olan bu yükümlülüğün hâkime devredilmesi tehlikesini beraberinde getirir[435]. Bu model sahip olduğu geniş ceza çerçevesiyle suçun bütün beliriş şekillerinde hâkimin adil, kusurla orantılı bir cezaya hükmetmesine olanak tanır. Ancak bunu hukuk güvenliği pahasına yapar. Zira bu modelde kanun koyucu hükmolunan cezaların orantılılığı ve yeknesaklığı hususunda bütünüyle hâkime güvenmektedir[436].

Çeşitli tanım örnekleri için bkz. Cihan, "Demokratik Bir Toplumda Suç Siyaseti Kavramı", s.525-526. Ancak genel itibariyle suç siyasetinin, pozitif hukuk normlarının en iyi şekilde kaleme alınmalarını sağlayan, kanunu yapacak olan kanun koyucuya, onu uygulayacak olan hâkime ve hükmün icrasını sağlayacak olan infaz idaresine elverişli direktifler çıkarılması sanatı ve bilimi olduğu söylenebilir. Bkz. Cihan, "Demokratik Bir Toplumda Suç Siyaseti Kavramı", s.528-529.

[433] Dreher, **a.g.e.**, s.230; D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.183.

[434] Morawski, **a.g.e.**, s.5. Belirli bir suça karşılık gelen ceza çerçevesinin alt ve üst sınırlarının ceza kanununun genel hükümler kitabında süreli hapis cezaları için öngörülmüş olan alt ve üst sınırlarla çakışacak genişlikte olmasının belirlilik ilkesi ile bağdaşmayacağı hususunda bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.583.

[435] Dreher, **a.g.e.**, s.230; D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.183. Yazara göre, aşağıda detaylandırılacak olan, kanunda ismen zikredilmemiş ceza artırım sebepleri öngörme suretiyle de bu tehlikenin bertaraf edilmesi mümkün olmayacaktır.

[436] Morawski, **a.g.e.**, s.5-6. Karş. Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, s.88.

Hâkime alt ve üst sınır aralığı kanunla çok geniş bir biçimde belirlenmiş olan bir ceza çerçevesi içerisinde kendi takdir edeceği hususiyetlere istinaden serbestçe hareket edebilme kabiliyeti verilmesi somut olay adaletini sağlamaya hizmet etse de suistimale açık olduğundan, bireylerin kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından tehlike arz eder. Zira ceza çerçevesinin oldukça geniş olması, ne gibi hususiyetlerin ceza artırım sebebi teşkil edeceği veya ne gibi hususiyetlerin ceza indirim sebebi teşkil etmeyeceği takdirinin tamamen hâkime bırakılması ile birlikte düşünüldüğünde keyfi cezalara hükmolunmasına yol açabilecektir. Bu itibarla geniş ceza çerçeveli temel suç ihdası metodu hukuk güvenliği bakımından en sorunlu düzenleme tekniğidir[437].

İkinci ihtimalde ise kanun koyucu, cezada artırımı ya da indirimi gerektiren hususiyetleri suç tipinde düzenleme yolunu seçebilir. Yani suç tipini birtakım özel vakıaların kendine özgü karakteristik özelliklerinin tasviri üzerinden biçimlendirmeyi tercih edebilir. Bunlar cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlara tekabül eder. Bu suçun ağırlığını kanunla derecelendirmenin en alışılagelmiş modelidir. Bu modelin en önemli avantajı, olay gruplarına göre birden fazla bağlayıcı ceza kademesi ihdası yoluyla belirliliğin, bununla bağlantılı olarak da kurulacak hükümlerde önemli ölçüde yeknesaklığın ve hukuki güvenliğin teminat altına alınmasını sağlamasıdır. Ancak elde edilen bu kazanım, nitelikli unsurların katı kazuistiği nedeniyle ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçlarla gölgelenebilir[438]. Zira suça etki ederek cezanın artmasına veya azalmasına yol açan tüm durumları suç tiplerinde düzenleme girişimi kanunların aşırı derecede kazuistikleşmesine yol açar. Bu nedenle yasa koyucular genelde yalnızca en sık karşılaşılan hususiyetleri cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur olarak tipleştirme yoluna gider[439]. Kanunda öngörülen nitelikli unsurlardan birinin

[437] Mädler, **a.g.e.**, s.70. Öğretide, kanunda bir suçun değişik ağırlıklarda işlendiği hallerde, suçun ağırlığına göre değişik ceza çerçevelerine yer verilmemesi nedeniyle yasa önünde eşitliğin sağlanamayabileceğine, suçun benzer beliriş şekillerinde farklı cezalara hükmolunabileceğine dikkat çekilmektedir. Bkz. Tezcan/Erdem, **a.g.e.**, s.348.

[438] D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.183-184; Morawski, **a.g.e.**, s.6; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.10. Nitelikli unsurlu kanun yapma metodunun belirlilik ilkesine ait gereklilikleri en iyi şekilde karşılayan kanun yapma tekniği olduğu hususunda bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.47. Buna karşılık başka bir görüşe göre, ne kadar fazla ceza çerçevesi varsa o kadar fazla sınır durum vardır. Ne kadar fazla sınır durum varsa o kadar fazla hukuki belirsizlik söz konusudur. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.11.

[439] Yani nitelikli unsurlu kanun yapma metodunda, suç tipinde belirli bir suçun nitelikli unsuru olarak sayılan hususiyetler o suç bakımından haksızlık artışı ya da hafiflemesi meydana getiren tüm durumları

mevcudiyeti hâkimi mutlaka bu nitelikli unsura karşılık gelen yaptırım üzerinden hüküm tesis etmeye zorlar. İşte bir yandan nitelikli unsurlu suçların yapısından ileri gelen bu istisnasız bağlayıcılık, öbür yandan ise nadiren ortaya çıkan suça ve cezaya etki eden hususiyetlerin suç tiplerinde nitelikli unsur olarak düzenlenmemiş olması, hâkimi oluşa göre adalet duygusuyla bağdaşmayan hükümler tesis etmek zorunda bırakabilir[440].

Özetle, tek başına geniş ceza çerçeveli temel suçlar ihdas etme yoluyla fiilin haksızlık ya da kusur içeriğine etki eden hususiyetlerin dikkate alınması ideal bir çözüm olarak belirmez. Zira geniş ceza çerçevesi belirlilik ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle ceza çerçevesinin bölünmesi tercihe daha layık bir yol olarak görünür[441]. Bu amaçla nitelikli unsurlu kanun yapma tekniğinin kullanılması, bir yandan hukuk güvenliğinin geniş çaplı garanti altına alınmasını sağlarken, öbür yandan ise somut olay adaletinin gereği gibi sağlanamaması sonucunu doğurabilir. Zira nitelikli unsurlu suç tipleri daima hukuk güvenliğini ön planda tutar. Hukuki güvenliğin somut olay adaleti pahasına da olsa teminini sağlar. Bu nedenle bu düzenleme tekniğinin kullanılması halinde adalet duyusunu inciten hükümlerle karşı karşıya kalınabilir. Örneğin, cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştiren fail aynı zamanda suçun haksızlık içeriğini hafifleten bir hususiyeti daha gerçekleştirmiş, ancak bu hususiyet kanunda cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmemiş olabilir. Benzer şekilde fail suçun haksızlık içeriğini ağırlaştıran bir hususiyeti gerçekleştirmiş, ancak bu hususiyet kanunda cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmemiş olabilir[442]. Zira

karşılama iddiasında değildir. Bunlar esasen o suçun haksızlığına etki eden pek çok durum içerisinden kanun koyucu tarafından seçilerek suç tipinde unsur olarak zikredilmiş olan durumlardır.

[440] Morawski, **a.g.e.**, s.6.

[441] Dreher, **a.g.e.**, s.230. Buna karşılık bir görüşe göre, suç tiplerinde nitelikli unsurların detaylı bir şekilde tarifi yerine yapılması gereken, ceza çerçevesinin alt-üst sınırlarının geniş tutulması ve bu suretle hâkime somut olay adaletini sağlama yönünde takdir yetkisi verilmesidir. Bkz. Yerdelen, "Çifte Değerlendirme Yasağı", s.133. Bu görüşe katılmak yukarıda izah edilen gerekçelerle mümkün değildir.

[442] Mädler, **a.g.e.**, s.61-62, 583; Wessels, **a.g.e.**, s.295-296; Dreher, **a.g.e.**, s.232, 235. Nitelikli unsurlar içerisinde sayılmayan, fakat haksızlık içeriği itibarıyla katalogda sayılan nitelikli unsurlara denk olan bir duruma dayanılarak failin daha ağır ceza çerçevesi üzerinden mahkûm edilmesi, fail aleyhine kıyas yapılması anlamına gelir. Bkz. Zieschang, **a.g.e.**, s.563. Tam tersi bir durumla karşılaşılması halinde ise, bunun belirli bir ölçüde dengelenebilmesi, kanunun hâkimin hafifletici durumların mevcudiyeti halinde cezayı artıran nitelikli unsurlara karşılık gelen ceza çerçevesinden ayrılabilmesine olanak tanıması ile mümkün olabilir. Bkz. Dreher, **a.g.e.**, s.233. Yazara göre, somut olayda gerçekleşmesi düşünülebilir olan tüm hafifletici durumlara rağmen, cezayı artıran nitelikli unsurlara karşılık gelen ceza çerçevesinin alt sınırı üzerinden hüküm kurulması daima adil görünüyorsa, ancak bu halde cezayı artıran nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği kullanılabilir. Bkz. Dreher, **a.g.e.**, s.234.

hayatın, ceza kanunlarında titizlikle düşünülerek ihdas edilmiş kataloglardan çok daha karmaşık olabileceği bir gerçektir. Bu itibarla nitelikli unsurların katı bir şekilde katalog halinde sayılması da ideal bir kanun yapma metodu olmayabilir[443].

İşte yukarıda ifade edilen bu düşüncelerle, Alman CK'da daha adil bir hüküm tesisine olanak tanıma iddiasıyla nitelikli unsurların yanında bunlara alternatif olarak *çok ağır haller (besonders schweren Fälle), daha hafif ağırlıktaki haller (minder schweren Fälle) ve tipik örnekler (Regelbeispiele)*[444] şeklinde Türkçeye çevirebileceğimiz düzenleme teknikleri de kullanılmaktadır[445]. Yani Alman ceza hukuku uygulamasında suça etki ederek suçun cezasının değişmesine yol açan hususiyetler kanun koyucunun takdirine göre ya nitelikli unsur ya çok ağır/hafif hal ya da tipik örnek şeklinde düzenlenmektedir[446]. TCK'da ise suça etki ederek suçun

---

[443] Dreher, **a.g.e.**, s.238-239. Kazuistik nitelikli unsurlu kanun yapma tekniğinin eksikliklerinin, faydalarından çok daha fazla olduğu hususunda bkz. Wessels, **a.g.e.**, s.295.

[444] Yenisey/Plagemann, "*besonders schweren Fälle*" terimi için "ağır haller" ve "çok ağır haller" ifadelerini, "*minder schweren Fälle*" terimi için "hafif haller" ve "daha hafif haller" ifadelerini, "*Regelbeispiele*" terimi için "kurala ilişkin örnekler" ifadesini kullanmıştır. Bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s.151, 168, 177, 365, 514, 558. Kıygı ise, "*besonders schwer*" terimi için "çok ağır", "nitelikli" ve "mevsuf" ifadelerini, "*Regelbeispiele*" terimi için "kurallaşmış örnekler" ifadesini kullanmıştır. Bkz. Osman Nazim Kıygı, **Wörterbuch Recht und Wirtschaft Teil II Deutsch-Türkisch**, 2. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2013, s.177, 770, 828. Kanımızca "*besonders schweren Fälle*" terimi için "çok ağır haller", "*minder schweren Fälle*" terimi için "daha az ağır haller" ya da Türkçe'ye daha anlamlı oturacak şekilde "daha hafif ağırlıktaki haller", "*Regelbeispiele*" terimi için ise "kural örnekler" ya da Türkçe'ye daha anlamlı oturacak şekilde "tipik örnekler" ifadesinin kullanılması uygun olacaktır.

[445] Bu düzenleme tekniklerinin nitelikli unsurlu kanun yapma tekniğine işlevsel olarak eş değer olduğu hususunda bkz. J.Heinrich, **a.g.e.**, s.154. Çok ağır haller ve daha hafif ağırlıktaki haller Fransız ceza hukukunda da öngörülmüş olup "*circonstances attenuantes*" şeklinde adlandırılmaktadır. Bkz. Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, s.74.

[446] Alman kanun koyucusu tarihsel süreç içerisinde, suçun temel şeklinden sapan haksızlık içeriğini karşılamak üzere önce kazuistik metodu kullanmayı tercih etmiş ve nitelikli unsurlu suç tipleri öngörmüştür. Örneğin, 1871 tarihli Alman (İmparatorluk) CK'da sadece nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği kullanılmıştı. Nitelikli unsurların kazuistik yapısından ileri gelen eksiklikleri giderme düşüncesinin ürünü olan ismen zikredilmemiş çok ağır haller ilk olarak 1926 tarihinde Alman CK'ya girmiştir. Bu düzenleme tekniği nasyonal sosyalist dönemde önemli ölçüde yaygınlaşmış ve kötüye kullanılmıştır. Nihayetinde ise, Alman kanun koyucusu ikinci dünya savaşından sonra çok ağır hallerin neler olabileceği hususunda ceza normlarına örnekler ekleme yöntemini izleyerek, tipik örnekli yasa yapma tekniğini de kullanıma almıştır. Bkz. Zieschang, **a.g.e.**, s.568; Wessels, **a.g.e.**, s.295; J.Heinrich, **a.g.e.**, s.136. Karş. Soner Demirtaş, "Alman Ceza Kanunu'nda Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi: Kanunilik İlkesi Açısından Bir Değerlendirme", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.49, Ocak 2022, s.430-431. Bugün Alman CK'da her üç kanuni düzenleme tekniğine karşılık gelecek hükümler mevcuttur. Ancak bu düzenleme tekniklerinden hangisinin ne gibi hususiyetlerde kullanılabileceği ne gibi durumlarda ise kullanılamayacağı hususunda sistematik kriterler bulunmamaktadır. Bu konuda kanun koyucu tarafından geliştirilmiş bir anlayış yoktur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kanun koyucuya istediği konuda istediği düzenleme tekniğine başvurma hususunda oldukça geniş bir hareket serbestisi tanımaktadır. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.27.

cezasının artmasına ya da azalmasına yol açan haller için sistematik bir biçimde yalnızca nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği kullanılmaktadır.

B. Çok Ağır Haller ve Daha Hafif Ağırlıktaki Haller

1. Genel Olarak

Alman CK §212 Kasten öldürme: *"(1) Her kim katil olmaksızın bir kimseyi öldürürse, kasten öldüren olarak beş yıldan az olmayan hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Çok ağır hallerde müebbet hapis cezasına hükmolunur."*

Alman CK §154 Yalan yere yemin: *"(1) Her kim mahkeme ya da yemin vermeye yetkili kılınmış başka bir merci huzurunda yalan söylerse bir yıldan az olmayan hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Daha hafif ağırlıktaki hallerde hapis cezası altı aydan beş yıla kadardır."*

Alman CK §241a Siyasi itham: *"(4) İhbarda, ithamda ya da bildirimde başka birine yönelik gerçeğe aykırı bir iddiada bulunulursa veya fiil 1. fıkrada öngörülen neticelere yol açmak amacıyla işlenmişse ya da sair bir çok ağır hal mevcutsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir."*

Alman CK §213 Kasten öldürmenin daha hafif ağırlıktaki hali: *"Kasten öldüren, kendi kusuru olmadan, öldürülen tarafından kendisine ya da akrabasına yönelen bir kötü muamele veya ağır hakaret yüzünden öfkeye kapılmış ve bundan dolayı aniden suça sevk edilmişse ya da sair bir daha hafif ağırlıktaki hal mevcutsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

Çok ağır haller, temel suçun cezasını ağırlaştırmak için kullanılan sebeplerken; daha hafif ağırlıktaki haller ise temel suça ait cezayı hafifletmek için kullanılan sebeplerdir. Alman kanun koyucusu ceza normlarında çok sayıda çok ağır ve hafif hale

yer vermiştir[447]. Çok ağır ya da hafif haller, daima ve sadece kanunda bunlar fiilen "çok ağır hal" ya da "daha hafif ağırlıktaki hal" şeklinde nitelendirilmişse mevcuttur. Kanun koyucu ceza normlarında "çok ağır hal" ya da "daha hafif ağırlıktaki hal" terimlerini kullanmazsa, temel suçun ceza çerçevesinde değişiklik meydana getiren haller genellikle cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsur teşkil eder[448].

Çok ağır/hafif haller kendi içerisinde kanunda ismen zikredilmiş ya da ismen zikredilmemiş çok ağır/hafif haller olmak üzere ikiye ayrılır. *Kanunda ismen zikredilmemiş (yazılı olmayan) çok ağır veya hafif halli hükümlerde*, cezada artırım ya da hafifleme yapılmasını gerektiren sebeplerin suç tipi içerisinde tasvirinden imtina edilmektedir. Bu hükümlerde, yalnızca temel suça kıyasla daha ağır veya daha hafif bir ceza tehdidine yer verilmekle yetinilir. Bu daha ağır ya da daha hafif ceza tehdidinin uygulama bulması tipte doğrudan doğruya belirli koşullara bağlanmamış, bu hususta kanunda herhangi bir somutlaştırma yapılmamıştır. Çok ağır hale veya daha hafif ağırlıktaki hale karşılık gelen, müstakil ceza çerçevesi *özel ceza çerçevesi* şeklinde adlandırılır. Özel ceza çerçevesi de tıpkı temel suça karşılık gelen *kural ceza çerçevesi* gibi ceza normunda açıkça öngörülür[449]. Adından da anlaşılabileceği üzere, bu ceza çerçevesi çok ağır hallerde temel suç için öngörülmüş olan ceza çerçevesinden daha ağır, daha hafif ağırlıktaki hallerde ise daha hafiftir[450].

Kanunda ismen zikredilmemiş çok ağır veya hafif haller, ceza normlarına genel bir kayıt konulması suretiyle eklenir. Bunlar, ceza normlarında "bu suçun çok ağır/hafif hallerinde X yıldan Y yıla kadar hapis cezası verilir" formülasyonu ile ifade edilir. Ne zaman ve hangi koşullar altında bir çok ağır/hafif halin mevcudiyetinden bahsedileceği ceza normunda gösterilmez. Bu tamamıyla hâkimin takdirine bırakılır. Hâkim prensip olarak hangi durumları bir ceza artırımını ya da indirimini

---

[447] Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.134; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 2. Kimi suçlarda çok ağır hal, ceza artırımının yanı sıra suçun takip şeklini de değiştirir (Örn. Alman CK §292/1, 294). Bkz. Christoph Burchard/Marc Engelhart, "Eine Bärenjagd auf Abwegen", **JA**, 2009, s.278.

[448] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.645. Çok ağır/hafif haller de tıpkı nitelikli unsurlar gibi suçun ayniyetinde bir değişikliğe yol açmaz. Bkz. Hecker, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, §12 kn.9.

[449] Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.84; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §82 II 2; J.Heinrich, **a.g.e.**, s.132.

[450] Burchard/Engelhart, **a.g.e.**, s.277. Çok ağır hallerde genellikle temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin hem alt sınırında hem de üst sınırında artış meydana gelir. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.27.

gerekçelendirmek için kullanabileceğine serbestçe karar verir[451]. Ancak hâkim belirli bir durumun çok ağır veya hafif hal teşkil ettiği kanaatine varmışsa, buna karşılık gelen özel ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurmak zorundadır. Özel ceza çerçevesi daima ve sadece bir çok ağır veya hafif halin mevcudiyeti durumunda uygulama bulacaktır[452].

Örneğin, Alman CK'da kasten öldürmenin temel şekli karşılığında beş yıldan az olmayan hapis cezası öngörülmüştür (§212/1). Suçun çok ağır hallerinde ise fail hakkında müebbet hapis cezasına hükmolunması emredilmiştir (§212/2). Ancak suçun cezasını müebbet hapse çeviren olguların nelerden ibaret olabileceği hususunda kanunda herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Alman CK §212/2 hükmü bu şekliyle kanunda ismen zikredilmemiş çok ağır halli düzenleme tekniğini yansıtmaktadır. Benzer şekilde, örneğin Alman CK'da yemin altında yalan söyleme suçunun temel şekli karşılığında bir yıldan az olmayan hapis cezası öngörülmüştür (§154/1). Suçun daha hafif ağırlıktaki hallerinde ise, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilecektir (§154/2). Ne gibi hususiyetlerin bu suçun daha hafif ağırlıktaki hali olarak değerlendirilebileceği ceza normundan anlaşılamamaktadır. Alman CK §154/2 hükmü bu şekliyle kanunda ismen zikredilmemiş daha hafif halli düzenleme tekniğini yansıtmaktadır. Bu kanun yapma tekniği, özellikle çok ağır haller bakımından, kanunilik ilkesinin temel sonuçlarından olan cezalandırılabilirlik şartlarının kanunla belirlenmiş olması gerekliliğine dair temel prensiple çelişir. Zira burada, failin temel suça karşılık gelenden daha ağır ceza üzerinden sorumlu tutulmasının şartlarını belirleme hususunda söz sahibi olan, hukuk uygulayıcısı konumundaki hâkimdir[453].

Bu düzenleme tekniğinde, kanun koyucunun ceza normlarında somut tutamak noktaları öngörmeksizin ceza çerçevesi seçiminde sorumluluğu hâkime devretmesi Alman öğretisinde de eleştiri konusu yapılmış, bu durumun cezanın tayininde

[451] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 V 1; Wessels, **a.g.e.**, s.296 dn.12. Hâkim somut olayın bütüncül bir genel değerlendirmesini yaparak hangi ceza çerçevesi üzerinden hüküm tesis edeceğine karar verir. Bu konudaki nihai karar kanun koyucuya değil, hâkime aittir. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.64-65, 72.
[452] Mädler, **a.g.e.**, s.55.
[453] Karş. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.85; Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/Joachim Renzikowski, **Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2**, 8. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller Verlag, 2014, §62 kn.42, 48.

belirsizliklere yol açtığı ifade edilmiştir[454]. Kanun koyucu bu suretle, daha ağır cezayı gerektiren olguları suç tiplerinde tanımlama görevinden kaçınmakta, esasen kendi yükümlülüğünde olan bir görevi hâkime devretmektedir. Bir görüşe göre, bu suretle kanun koyucu kendi yetersizliklerinin üstünü örtmektedir[455]. Özellikle ismen zikredilmemiş ceza artırım sebeplerinin belirsizliği ve bütünüyle hâkimin değerlendirmesine bırakılmış olması, hukuk güvenliği prensibini ihlal eder. Hakimlerin hükümlerinin yeknesaklığının teminini de engeller[456].

Örneğin, Alman CK'da kasten öldürmenin temel şekli beş yıldan az olmayan hapis ile cezalandırılırken, çok ağır hali müebbet hapis ile cezalandırılmaktadır. Benzer şekilde kasten öldürmenin §211'de sayılan nitelikli unsurlarından birinin mevcudiyeti halinde de fail hakkında müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır[457]. Alman kanun koyucusu, kanunda sayılan nitelikli unsurlara karşılık gelen ceza ile tamamen hâkimin değerlendirmesine bırakılmış olan bir çok ağır hale karşılık gelen cezayı eşitlemiştir. Bu hüküm hâkime, kanunda yazılı olmayan bir sebebe dayanarak cezayı bir anda beş yıldan az olmayan hapisten müebbet hapse dönüştürme yetkisi tanımaktadır. Bu şekliyle hükmün kanunilik prensibi ile bağdaşmadığı, hukuki güvenliği ihlal ettiği ortadadır[458].

---

[454] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §62 kn.48. Maiwald'a göre, suç tiplerinde bir hukuk devleti olmanın gerektirdiği belirliliğin temini için çok ağır halli kanun yapma tekniğinden kaçınılması gerekir. Bkz. Manfred Maiwald, "Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele", **Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1973, s.150. Benzer şekilde Zieschang'a göre, ismen zikredilmemiş çok ağır hallere, anayasal belirlilik ilkesi dikkate alındığında, ceza kanunlarında yer yoktur. Bu düzenleme tekniğinin terk edilmesi gerekir. Bkz. Zieschang, **a.g.e.**, s.568.

[455] Zieschang, **a.g.e.**, s.564, 567.

[456] Wessels, **a.g.e.**, s.296; Morawski, **a.g.e.**, s.7. İsmen zikredilmemiş çok ağır/hafif halli kanun yapma tekniğinin geniş ceza çerçeveleri meydana getirmekten öteye gidemediği eleştirisi için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §62 kn.46; Zieschang, **a.g.e.**, s.564. Bugün Alman CK'da yedi adet ismen zikredilmemiş çok ağır halin mevcudiyetinden söz edilmektedir. Bunlar, Alman CK §102/1 (yabancı devletlerin organlarına ve temsilcilerine karşı işlenen suçlar), §106/3 (Federal Cumhurbaşkanı'nın ve anayasal bir organın üyelerinin zorlanması), §107/1 (seçimleri engelleme), §108/1 (seçmenin zorlanması), §109e/4 (savunma araçlarına karşı yapılan sabotaj hareketleri), §176/3 (çocukların cinsel istismarı), §212/2 (kasten öldürme) şeklinde sıralanabilir. Bkz. J.Heinrich, **a.g.e.**, s.132-133.

[457] Kanun koyucu, ceza çerçevesinde yaptığı bu gibi bölümlemelerle belirli bir suça ait farklı değer grupları yaratma isteğini ortaya koyar. Bkz. Axel Montenbruck, "Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle", **NStZ**, 1987, s.313; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §82 II 2.

[458] Alman öğretisinde, ancak işlenen suçta ifadesini bulan failin kusurunun cezayı artıran nitelikli unsurlu öldürme ile aynı ölçüde (salt yakınlık yeterli olmaz) ağır olduğu hallerde kasten öldürmenin çok ağır halinin mevcudiyetinden söz edilebileceği ifade edilmektedir. Failin suçu çok önceden planlaması ya da suçu özellikle vahşi bir yöntem izleyerek işlemesi çok ağır hale örnek verilmektedir. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.34.

Hâkim ismen zikredilmemiş bir çok ağır/hafif halin oluştuğuna somut olayda suçun beliriş şekline göre tüm koşulların genel bir değerlendirmesini yaparak karar verir[459]. Bunun için suçun ve failin kişiliği üzerinde genel bir değerlendirmede bulunulması şarttır. Buna göre, somut olayda gerçekleştirilen suçun objektif ve sübjektif unsurlarının kendisi, hayat tecrübelerine göre bulunan, bu nedenle de bu suça ait basit ceza çerçevesinin oluşturulması sırasında (kanun koyucu tarafından) dikkate alınmış olan durumları, cezaya layıklık bakımından açıkça aşmış olabilir. Bu gibi hallerde, basit ceza çerçevesi somut olayda yaratılan haksızlığı ve kusuru karşılamaya yetmez. İşte hâkim, somut olayda böyle bir durumun mevcudiyetini tespit ederse, ismen zikredilmemiş bir çok ağır halin gerçekleştiğine karar verecek ve buna tekabül eden özel ceza çerçevesi üzerinden hüküm kuracaktır[460]. Bu nedenle bir çok ağır/hafif halin mevcudiyetinin kabulü ve özel ceza çerçevesinin uygulanmasının meşruiyet kazanabilmesi için, somut olayda işlenen suçun, alışılmış olağan beliriş şekillerinden önemli ölçüde sapması şarttır[461]. Bu suretle, somut olayda ortaya çıkan özel haksızlık ve kusur içeriği telafi edilmiş olacaktır.

Öte yandan, ceza normlarında ne gibi durumların çok ağır veya hafif hal sayılması gerektiği de gösterilebilir. Bu halde *kanunda ismen zikredilmiş bir çok ağır veya hafif halin* mevcudiyetinden bahsedilir. İsmen zikredilmiş çok ağır veya hafif haller, kanunda tasvir edilerek belirli hale getirilmiş olmaları sebebiyle cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlara ve tipik örneklere benzeseler de esasında nitelikli unsur

---

[459] Bu değerlendirmede bulunulurken, varsa o suça ait ismen zikredilmiş çok ağır/hafif haller, ismen zikredilmemiş sair bir çok ağır/hafif halin mevcut olup olmadığının tespitinde, bir değerlendirme kıstası olarak kullanılabilir. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.36.

[460] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 V 1; Dreher, **a.g.e.**, s.229-230. Bir ağır halin mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için, suçun somut olaydaki beliriş şeklinin, temel suçta tarif edilmiş olan ortalama görünümünden açıkça ayırt edilmesi gerekir. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §72 III 3a. Bu itibarla, fiilin ve failin toplu değerlendirilmesi neticesinde, haksızlığın ve kusurun kümülatif bir şekilde, ilgili suçun tecrübelere göre mevcut olan varyasyonlarının ortalamasına kıyasla önemli ölçüde artış gösterdiği durumlarda bir çok ağır halin oluştuğundan söz edilebilecektir. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.94; Wessels, **a.g.e.**, s.301.

[461] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.36. Ancak haksızlık ve kusurun fiil tipinin ortalama halinden oldukça saptığı hallerde, daha ağır veya hafif cezanın meşruiyet kazanacağı hususunda bkz. Dreher, **a.g.e.**, s.229. Bu gibi hallerde hâkim iki aşamalı değerlendirmede bulunur. Buna göre, hâkimin öncelikle yapacağı bütüncül değerlendirme neticesinde hangi ceza çerçevesi (özel-kural ceza çerçevesi) üzerinden hüküm tesis edeceğini tespit etmesi, daha sonra ise belirlediği ceza çerçevesi içinde cezayı somutlaştırması gerekir. Hâkimin somut cezayı belirlerken bir kez daha sanığın lehine ve aleyhine olan tüm durumlar için bütüncül bir değerlendirmede bulunması aranır. Bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §62 kn.44. Ayrıca hâkim, somut olayda ortaya çıkan hangi durumu çok ağır/hafif hal olarak kabul ettiğini gerekçesi ile hükmünde açıklamakla yükümlüdür.

ya da tipik örnek olma özelliği göstermezler[462]. Zira bunlar esasen ismen zikredilmeyen cezada değişiklik meydana getiren sebeplerin kanunda zorunlu örnekler vasıtasıyla açıklanmasından ibarettir[463].

Alman CK'da bu somutlaştırmanın daha ziyade çok ağır haller için yapıldığı, hafif hallerin ise çoğunlukla ismen zikredilmemiş şekilde düzenlendiği görülmektedir. Ancak nadiren de olsa ceza normlarında hafif hallerden de ismen bahsedilebilmektedir. Örneğin kasten öldürme suçunun provoke edilmiş fail tarafından aniden ve haklı öfkeye dayalı olarak işlenmesi halinde durum böyledir (Alman CK §213). Bu durum kanunda zikredilen, kasten öldürmenin hafif halini meydana getiren bir cezanın belirlenmesi sebebi teşkil eder. Somut olayda, böyle bir durumun mevcudiyetinin tespiti halinde, tıpkı nitelikli unsurlarda olduğu gibi, §213'te öngörülen hafifletilmiş ceza çerçevesi zorunlu olarak uygulama bulur. Yani ceza normunda açıkça tasvir edilmiş olan hafif halin somut olayda gerçekleştiğini tespit eden hâkim, faili §213'te öngörülmüş olan özel ceza çerçevesi üzerinden cezalandırmakla yükümlüdür. Bu suçta ismen zikredilmiş hafif hal, failin kusurunun hafifleyen ölçüsüne göre cezalandırılmasını sağlamayı amaçlar[464].

Benzer bir hükme çok ağır hal bakımından Alman CK §241a'da düzenlenen siyasi itham suçunun 4. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, failin siyasi itham suçunu işlerken bulunduğu ihbarda, ithamda ya da bildirimde başka birine yönelik gerçeğe aykırı bir iddia ileri sürmesi veya fiili 1. fıkrada öngörülen neticelere yol açmak amacıyla işlemesi, kanunda ismen zikredilmiş çok ağır hal örneği hüviyetindedir. Bu halde fail temel suça kıyasla daha ağır olan ceza çerçevesi üzerinden mahkûm edilir.

İsmen zikredilmiş çok ağır halli düzenleme metodu, adeta nitelikli unsurlu düzenleme tekniği ile kanunda ismen zikredilmemiş çok ağır hal tesisi metodunun

---

[462] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.65-66; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.235.
[463] Morawski, **a.g.e.**, s.8.
[464] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.35. Alman CK §213'te tasvir edilen hafif hal örneği, "tipik örnek (*Regelbeispiel*)" şeklinde adlandırılmaz. Kimi yazarlar bunu "örnek hal (*Beispielsfall*)" biçiminde, kimi yazarlar ise "kanuni örnek (*gesetzliche Beispiel*)" şeklinde isimlendirmektedir. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 2; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.235. Jakobs ise, "zorunlu örnek (*zwingende Beispiel*)" isimlendirmesini kullanmıştır. Bir hafif halin bu şekilde zorunlu bir örnekle tasvir edilerek belirlenmiş olması, onun salt cezanın belirlenmesi kuralı olma niteliğini değiştirmez. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.99.

kombinasyonu hüviyetindedir. Bu düzenleme tekniğinde, kanunda sayılan örnekler zorunlu olarak ceza artırımını gerektirir. Ancak bunlara genel bir kayıt eklenmesi yoluyla, hâkimin kanunda zikredilmemiş bir çok ağır halin mevcudiyetini kabulüne de açık kapı bırakılır. Bu itibarla, çok ağır hale karşılık gelen özel ceza çerçevesi, kanunda sayılan (zorunlu) örneklerden birinin gerçekleşmesi halinde daima uygulama bulurken, bu örneklerden biri gerçekleşmese bile bütünüyle hâkimin değerlendirmesine bağlı olarak da uygulanma kabiliyetini sürdürür[465]. Zira bu düzenleme metodunda da hâkimin somut olayda sair bir çok ağır halin mevcudiyeti çıkarımında bulunması mümkündür. Bu durum ismen zikredilmiş çok ağır halli düzenleme tekniğini nitelikli unsurlardan ayırır. Kanunda zikredilmeyen bir hususiyetin hâkimin değerlendirmesi ile nitelikli unsur olarak kabulü hiçbir zaman mümkün olmaz.

Örneğin yukarıda ifade edildiği üzere, failin kusuru olmaksızın maruz kaldığı provokasyon sonucu kasten öldürme suçunu işlemesi, kanunda açıkça çok hafif hal olarak düzenlenmiştir. Ancak hükmün devamında "*ya da sair bir çok hafif hal mevcutsa*" ifadesi kullanılarak genel bir kayıt eklenmiştir. Bu suretle hâkime, kanunda yazılı olmayan bir sebebi, gerekçesini de göstererek hafif hal olarak kabul etme ve hafif hale karşılık gelen özel ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurma yetkisi tanınmıştır[466].

İfade edilmelidir ki, Alman öğretisinde çok ağır ve hafif haller suç tipi unsurları olarak değerlendirilmemekte, yalnızca *cezanın belirlenmesi kuralları* olarak görülmektedir. Dolayısıyla ceza normlarında yer verilen çok ağır ve hafif hallerin (Alman CK §213'te olduğu gibi kanunda zorunlu bir hafif hal örneği şeklinde açıkça tasvir edilmiş olsalar dahi) bir suç unsuru olma özelliği bulunmamaktadır[467]. Çok

[465] Wessels, **a.g.e.**, s.296. Bunlar daima çok ağır halin genel kaydı ile de irtibatlandırılmış olduklarından, ismen zikredilmiş çok ağır halli düzenleme tekniği, nitelikli unsurlu düzenleme tekniği gibi nihai bir karaktere sahip değildir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.89 dn.124; Mädler, **a.g.e.**, s.59.
[466] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.35.
[467] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.66; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 2; Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.134. Karş. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.26. Alman öğretisinde çok ağır ve hafif hallerin suç tipi unsuru teşkil ettiği görüşünde olan yazarlar da vardır. Buna göre, kanuni belirsizlik kriteri bir hususiyeti unsur olmaktan çıkarmaz. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.99. Aynı yönde bkz. J.Heinrich, **a.g.e.**, s.153. Jakobs'a göre, çok ağır/hafif hallerin suç tipi unsuru olduğunun kabulü, bunların nitelikli unsurlar olduklarının kabulü anlamına gelmez. Zira nitelikli unsur terimi terminolojik

ağır/hafif haller yapılarına ilişkin bu yorum farklılığı nedeniyle de nitelikli unsurlardan ayrılır[468].

Son olarak değinilmelidir ki, Alman CK'da bir suça ait hafif hal ile cezayı artıran nitelikli unsurun eş zamanlı olarak gerçekleşmesi de mümkündür. Ancak bunun temel şartı kanunda bu konuda özel bir düzenleme yapılmış olması ve bu kombinasyona karşılık gelecek şekilde ayrı bir ceza çerçevesi tayin edilmiş olmasıdır[469]. Buna Alman CK §250 hükmü örnek verilebilir. Hükmün birinci ve ikinci fıkralarında yağma suçunun cezasını artıran nitelikli unsurlar düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise bu cezayı artıran nitelikli unsurların hafif hallerinin de mevcut olabileceği ifade edilmiş ve bu gibi bir kombinasyonun gerçekleşmesi durumunda esas alınması gereken ceza çerçevesi özel olarak düzenlenmiştir. Yağma suçunun cezayı artıran nitelikli unsurlarının hafif hallerinin neler olabileceği ise suç tipinde gösterilmemiştir[470]. Böylelikle kanun koyucu hâkime, somut olayda kanunda sayılan bir cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştiğini tespit etmesine rağmen, kendi değerlendirmesine göre takdir edeceği bir hafif halin de mevcudiyetinden bahisle daha hafif ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurma yetkisi tanımaktadır.

2. Türk Ceza Hukuku Mevzuatındaki Örnekleri

Türk ceza hukuku mevzuatında sistematik bir şekilde olmasa da burada tarif edilen anlamda çok ağır veya hafif hallerle benzerlik gösteren düzenlemelere

---

olarak sadece kanunla nihai bir şekilde tasvir edilerek belirlenmiş olan suç tipi varyasyonlarını ifade eder. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.100. Çok ağır veya hafif haller haksızlık veya kusur suç tipine ait olan suç unsurları olma özelliği gösterir. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §6 kn.99.

[468] Bunlar suç tipi unsuru olmadıklarından, suçun temel şeklinin incelemesine dahil edilirler ve suç inceleme şemasında sırasıyla tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurun incelenmesinden sonra, cezanın belirlenmesi başlığı altında ele alınırlar. Bkz. Rengier, **Strafrecht BT-II**, §4 kn.14.

[469] Kanun koyucu özellikle somut olayın arz ettiği hususiyetler nedeniyle failin cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza çerçevesi üzerinden sorumlu tutulmasının adil olmayacağını düşündüğü hallerde, bu cezayı artıran nitelikli unsurlar için bir de hafif haller öngörme yoluna gider. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.26.

[470] Benzer bir düzenleme çete halinde hırsızlık suçu bakımından da öngörülmüştür (Alman CK §244a). Hırsızlık suçunun hükümde sayılan koşullar altında çete halinde işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder ve bir yıldan on yıla kadar hapis cezasını gerektirir. Ancak somut olayda bu cezayı artıran nitelikli unsurun yanı sıra hafif bir halin de mevcudiyeti durumunda, fail hakkında ancak altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Ne gibi hususiyetlerin hafif hal teşkil edeceği ceza normunda tarif edilmemiştir. Alman CK'da hırsızlığın temel şekli beş yıla kadar hapis veya adli para cezasını gerektirmektedir. Cezayı artıran nitelikli unsur ile hafif halin birleşimine karşılık gelen özel ceza çerçevesi, daha ziyade temel suça ait ceza çerçevesi ile yakınlık arz etmektedir.

rastlamak mümkündür. Bu itibarla, kanımızca 765 sayılı TCK m.240 hükmünün düzenleme tekniği hafif halin bir örneğini oluşturmaktadır. Bu maddenin ilk cümlesinde görevi kötüye kullanma suçunun temel şekli düzenleme konusu yapılmıştır. Hükmün ikinci cümlesinde ise "*Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis*" ve belirli bir miktar adli para cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür. Madde metninde cezayı hafifletici nedenlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır. Bu nedenle bu düzenleme şeklinin teknik anlamda cezayı azaltan nitelikli unsur olarak kabulüne imkân bulunmamaktadır[471]. Yargıtay bu suç bakımından ne gibi durum ve davranışların hafifletici neden sayılabileceğine ilişkin içtihatta bulunmuştur[472]. ETCK m.240 hükmü, cezayı hafifletici nedenlerin nelerden ibaret olduğunu kanunda açıkça tarif etmeyip, bunu hâkimin değerlendirmesine bırakması ve bir cezayı hafifletici nedenin mevcudiyeti halinde hâkimin daha hafif ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurmasını zorunlu kılması nedeniyle, Alman CK'da sistematik bir şekilde görülen kanunda ismen zikredilmemiş hafif halli düzenleme metodu ile bire bir örtüşmektedir.

Benzer şekilde, Askeri CK'nın suç tanımı içeren pek çok hükmünde[473] "az vahim hallerde" fail hakkında hükmolunabilecek ceza, tür veya miktar olarak suçun temel şekline kıyasla daha hafif bir biçimde belirlenmiştir. Kanun koyucu, az vahim hallerde suçun temel şekli için öngörülmüş olan cezada belirli bir oranda indirim yapılmasını tercih etmemiş, bunun yerine her az vahim hal için özel bir sabit ceza veya ceza çerçevesi öngörmüştür. Örneğin Askeri CK m.131'de askeri eşya veya malların çalınması suçu düzenlenmiştir. Suçun temel şekli karşılığında bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. 2. fıkrada ise, suçun az vahim hallerinde fail hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği öngörülmüştür. Az vahim hallerin nelerden ibaret olduğu suç tanımlarında açıklanmamış, hâkimin

[471] Dönemin öğretisinde ETCK m.240'taki "cezayı hafifletici nedenler" ibaresi "cezayı azaltan nitelikli unsurlar" biçiminde karakterize edilmiştir. Bkz. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.24; Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bs., İstanbul, 1994, s.218.

[472] "*Sanığın eylemi nedeniyle zarar doğmaması, zararın hafif olması, memurun menfaat sağlamaması veya sağlanan çıkarın azlığı, zararın soruşturmaya başlanmadan giderilmesi gibi haller öğreti ve yargı kararlarında hafifletici neden olarak kabul edilmiştir*". **Yarg. CGK**, T.06.05.1991, 100/140. Bkz. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.24, dn.28. Yargıtay karar örnekleri için bkz. Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.218.

[473] Örneğin Askeri CK m.55, 56, 61, 62, 63, 64, 81, 90, 91, 105, 126, 127, 131 ve 136.

değerlendirmesine bırakılmıştır. Bu nedenle az vahim halin cezayı azaltan nitelikli unsur olarak sınıflandırılması mümkün değildir. Bir az vahim halin gerçekleştiği kanaatinde olan hâkim, hükmü az vahim hale ait özel ceza çerçevesi üzerinden kurmakla yükümlüdür. Bu itibarla Askeri CK'da öngörülen az vahim hallerin esasen Alman CK'daki kanunda ismen zikredilmemiş hafif halli düzenleme tekniği ile örtüştüğü görülmektedir.

Eklenmelidir ki, hâkim bir durumu az vahim hal olarak karakterize edip etmeme hususunda keyfiyete sahip değildir. Takdir yetkisi hâkime tamamıyla keyfi bir şekilde hareket etme imkânı tanımaz. Askeri Yargıtay'ın kararlarında hâkimin bu yöndeki takdir yetkisini denetlediği, gerekli gördüğü hallerde takdir yetkisinin doğru kullanılmaması sebebiyle hâkimin kararını bozduğu görülmektedir[474]. Nitekim öğretide de hâkimin kendisine verilen takdir yetkisini önyargı, sempati ve antipati gibi duygulardan ve duygusallıktan arınmış bir şekilde, objektif değer ölçütlerine sadık kalarak ve adil bir biçimde kullanması gereği vurgulanmaktadır[475].

C. Tipik Örnekler

1. Genel Olarak

> Alman CK §113 Görevini icra eden memura direnme: *"(2) Çok ağır hallerde altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Eğer, 1. fail ya da başka bir suç katılımcısı fiil esnasında kullanmak için yanında silah ya da başka bir tehlikeli alet bulundurursa veya 2. fail cebir uygulayarak saldırılanı ölüm tehlikesine ya da sağlığının ağır biçimde*

[474] "*...yasa koyucunun 'az vahim hal' kavramını tanımlamadığı gibi, bunun kapsamı konusunda herhangi bir kritere de yer vermediği görülmektedir. // Askeri Yargıtay'ın Yerleşik İçtihatlarında; az vahim halin, zaman ve mekana, eylemin işleniş tarzına ve amacına, suç konusu para veya eşyanın ekonomik değerine, suçtan doğan neticelerin ağırlığına veya hafifliğine göre hakim tarafından takdir edileceği, bu nedenle bütün takdir haklarında olduğu gibi, bu takdirin de denetime tabi olacağı, ancak bu denetimin, takdirin objektif kıstaslara dayanıp dayanmadığına, makul ve mantıki olup olmadığına, takdirde çelişkiye, yanılgıya ve zaafa düşülüp düşülmediğine yönelik olacağı kabul edilmektedir*". **Askeri Yarg. DK**, T.01.07.1999, 1999/170-152. Bkz. Kangal, **Askeri Ceza Hukuku**, s.109, dn.166. Askeri Yargıtay'ın saydığı az vahim hal ölçütlerinden "suçtan doğan neticenin ağırlığı/hafifliği" dışındakilerin suçun nitelikli unsurlarının kapsama alanı ile birebir örtüştüğü görülmektedir.

[475] Savaş/Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.479; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.138.

bozulması tehlikesine düşürürse veya 3. fiil başka bir suç katılımcısıyla birlikte işlenirse, kural olarak bir çok ağır hal mevcuttur."

Alman CK §240 Zorlama: *"(4) Çok ağır hallerde altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Eğer fail, 1. başka bir kişiyi cinsel davranışa zorlarsa, 2. gebe olan bir kadını çocuğunu düşürmeye zorlarsa ya da 3. kamu görevlisi olarak yetkilerini veya konumunu kötüye kullanırsa, kural olarak bir çok ağır hal mevcuttur."*

Alman CK §292 Kaçak avlanma: *"(2) Çok ağır hallerde üç aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Eğer fiil, 1. meslek, sanat veya alışkanlık haline getirilerek, 2. gece vakti, av yasağı döneminde, kement kullanımıyla veya avcılığa uygun olmayan başka şekillerde ya da 3. ateşli silahları olan birden çok suç katılımcısıyla birlikte işlenirse, kural olarak bir çok ağır hal mevcuttur."*

Tipik örnekli kanun yapma tekniği en yalın anlatımla suçun çok ağır hallerine eklenen ihtiyari kanuni örnekler şeklinde tanımlanabilir. Zira bunlar belirli bir temel suçun çok ağır hallerinin kanunda bir katalog halinde tipleştirilmiş şekilleridir[476]. Tipik örnekler her ne kadar suç unsuru hüviyetine haiz olmasalar da anlaşılabilirliği kolaylaştırmak adına, Türk ceza hukuku ile irtibatlandırılarak, *uygulanması hâkimin takdirine bırakılmış olan nitelikli unsurlar* ya da *kural olarak uygulanması gereken nitelikli unsurlar* biçiminde de tanımlanabilir.

Burada esasen yukarıda tarif edilen, kanunda ismen zikredilmeyen çok ağır hallerin bağlayıcı olmayan örneklerle açıklanması söz konusudur[477]. Tipik örnekler, faile veya fiile ilişkin olması fark etmeksizin, suçun değersizlik içeriğini artıran belirli

[476] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.184; Baur, **a.g.e.**, s.655. Öğretide kimi yazarlar tipik örneklerin daha hafif ağırlıktaki haller için de öngörülebileceğine işaret etmektedir. Bkz. Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.117. Ancak Alman CK'daki tipik örneklerin neredeyse tamamı sadece bir çok ağır halin mevcudiyetine işaret etmek için öngörülmüştür. Bu nedenle ders kitaplarında yapılan açıklamalarda tipik örnekler çok ağır hallerle ilişkilendirilerek izah edilmektedir.

[477] Morawski, **a.g.e.**, s.7. Bunlar kanunda ismen zikredilmiş ihtiyari ceza artırım sebepleridir. Bkz. Wessels, **a.g.e.**, s.299. Tipik örnekli düzenleme metodu Alman kanun koyucusu tarafından modern ceza kanununun tercih edilen tekniği olarak görülmektedir. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.43.

bir vakıayı (maddi olayı) tasvir eder[478]. Böylelikle bunlar çok ağır hallerin nelerden ibaret olabileceğinin daha iyi açıklanmasına hizmet eder. Kanunda liste halinde örnek niteliğinde sayılarak somutlaştırılan çok ağır haller *tipik örnekler* şeklinde adlandırılır[479].

Kanunda listelenen tipik örnekler "kural olarak" bir çok ağır halin mevcudiyetine işaret eder. Dolayısıyla da "kural olarak" çok ağır hale karşılık gelen özel (daha ağır) ceza çerçevesinin uygulanmasını gerektirir. Bir suç tipinde, suçun haksızlık içeriğinde ve cezasında değişikliğe yol açan birtakım olgular liste halinde sayılmış ve bunlardan birinin somut olayda gerçekleşmesi halinde "kural olarak" bir çok ağır halin mevcut olduğu belirtilmişse, bunlar teknik anlamda tipik örnek teşkil eder. Suç tiplerindeki "kural olarak" ifadesi, aynı zamanda tipik örneklerin gerçek nitelikli unsurlardan zahmetsizce ayırt edilmesini sağlama işlevini görür[480]. Yani, temel suça eklenerek cezayı ağırlaştıran hususiyetler, kesin ve mecburi düzenlemeler olmayıp, bunların somut olayda gerçekleşmesi özel ceza çerçevesinin uygulanmasını sadece kural olarak gerektiriyorsa, cezayı artıran nitelikli unsurun değil, tipik örneğin

[478] Gropp, **Strafrecht AT**, §9 kn.101. Karş. Mädlar, **Deliktsgruppe**, s.25. Tıpkı nitelikli unsurlar gibi tipik örnekler de eklemlendikleri suçun ayniyetinde bir değişikliğe yol açmaz.

[479] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 2; Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, s.74. İfade edilmelidir ki kanunda tipik örnek şeklinde düzenlenen hususiyetler içerik itibarıyla genellikle hali hazırda yargı mercileri ve literatür tarafından eskiden ismen zikredilmemiş bir çok ağır hal şeklinde değerlendirilen ya da başka cezanın belirlenmesi hükümleri içerisinde bulunmakta olan durumlarla bağlantılıdır. Bkz. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.591.

[480] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.8; Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.54. Alman CK'da bir çok ağır hale işaret eden tipik örnek(ler) içeren normlar şu şekilde sıralanabilir: Alman CK §113/2, §121/3, §218/2, §240/4, §243/1, §261/4, §263/3, §266/2, §267/3, §283a, §292/2 §303b/4, §330/1, §335/2.

mevcudiyetinden söz edilir[481]. Bu özelliği itibarıyla tipik örnekler hâkime cezanın belirlenmesi aşamasında önemli bir hareket serbestisi tanır[482].

Tipik örnekli düzenleme tekniği somut olay adaletini sağlama düşüncesinin ürünüdür. Kanun koyucunun, tipik örneğe karşılık gelen özel ceza çerçevesi üzerinden hüküm tesis edilip edilmemesini hâkimin takdirine bırakması bunlara teknik anlamda suç tipi unsuru karakteri atfedilmesini engeller. Bu itibarla, tipik örnekler Alman öğretisinde baskın görüş tarafından salt cezanın belirlenmesi kuralları olarak görülürler[483]. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise 1985 tarihli temel içtihadında, tipik örneklerin temel suç karşında artan haksızlık ve kusur içeriğini ifade ettiklerinden hareketle bunları "suç tipi unsurları benzeri" şeklinde karakterize etmiştir[484].

Yüksek Mahkemeye göre, çok ağır hale işaret eden tipik örneklerle cezayı artıran nitelikli unsurlar arasında yapısal olarak derin bir fark bulunmaz. Bu ikisi arasında sadece kanun yapma tekniği itibarıyla şekli bir fark vardır. Bu itibarla, bu düzenleme metotlarından hangisinin seçileceği daha ziyade şekli kanun yapma tekniği ile ilgili bir meseledir. Nitekim, nitelikli unsurlarla tipik örneklerin birbirinin yerine geçebilmesi,

---

[481] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.171; Michael Huber, "Versuchter besonders schwerer Fall des Diebstahls?", **JuS**, 2016, s.597. Tipik örnekli düzenleme tekniği ile ismen zikredilmemiş çok ağır halli düzenleme tekniğinin de birbirinden ayrılması gerekir. Bunlardan ilki, ikincisinin kusurlarını azaltmaya hizmet eder. Zira tipik örnekli düzenleme metodunda kanun koyucu belirli haksızlık ve kusur artışı formlarını tipleştirmek suretiyle cezanın belirlenmesi sırasında kullansın diye hâkimin istifadesine sunmuştur. Ancak bunların temel suçu çok ağır halli suça yükseltip yükseltmediği hususundaki nihai kararı hâkime bırakmıştır. İsmen zikredilmemiş çok ağır halli düzenleme tekniğinde ise kanunda böyle bir sayım bulunmaz. Bkz. D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.183-184; Graul, **a.g.e.**, s.853. İsmen zikredilmiş çok ağır halli düzenleme tekniği ile tipik örnekli düzenleme metodu da birbirinden farklıdır. İsmen zikredilmiş çok ağır hal gerçekleştiğinde, tıpkı nitelikli unsur gibi hâkime özel ceza çerçevesine başvurma mecburiyeti yüklemektedir. Tipik örnek ise hâkime böyle bir mecburiyet yüklemez. Ceza normunda "kural olarak" ifadesi ile öngörülmüş hususiyetler ismen zikredilmiş çok ağır hal teşkil etmez.

[482] Baur, **a.g.e.**, s.655. Buna karşılık nitelikli unsurlar nihai ve bağlayıcı kanuni düzenlemeler olduklarından, bu halde cezanın belirlenmesi aşamasında hâkimin bireysel adaleti sağlama yönünde hareket serbestisi oldukça dardır. Bkz. Kargl, **a.g.e.**, s.1148.

[483] D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.183; Graul, **a.g.e.**, s.853; Baur, **a.g.e.**, s.655; J.Heinrich, **a.g.e.**, s.138. Tipik örneklerin suç tipi unsuru olarak görülebilmeleri için, tıpkı nitelikli unsurlar gibi kesin (nihai) ve mecburi (bağlayıcı) karaktere haiz olmaları gerekirdi. Bkz. Laubenthal, **a.g.e.**, s.1069. Türk öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, tipik örnekler suç unsuru olarak değerlendirilmelidir. Bkz. Demirtaş, "Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi", s.449. Kanımızca, nihai ve bağlayıcı özellik taşımayan bir hususiyetin suç unsuru olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Aksi kabul hakime takdirine göre suçun unsurunu belirleme (suç unsuru ekleme-çıkarma) yetkisinin verilmesi anlamına gelir. Zira bu düzenleme tekniğinde, hakimin bir tipik örneğe bakarak, atipik bir durumu suçun çok ağır hali olarak değerlendirmesi mümkündür. Benzer şekilde, bir tipik örneğin gerçekleşmesine rağmen, suçun temel şekli üzerinden hüküm tesisi de olanak dahilindedir.

[484] Huber, **a.g.e.**, s.598.

yani örneğin failin suçun işlenmesi sırasında yanında silah taşımasının kimi suçlarda (örn. hırsızlık ve yağma) nitelikli unsur, kimi suçlarda ise (örn. görevini icra eden memura direnme) tipik örnek şeklinde düzenlenmesi buna örnek teşkil eder[485].

Özellikle, Alman CK'da 6. Ceza Kanunu Reformu (1998) ile yapılan değişiklikler, tipik örnekler ve nitelikli unsurların neredeyse keyfi bir biçimde, birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılabileceğini ortaya koymuştur. Alman kanun koyucusu açısından her iki düzenleme tekniğinin birbirinin yerine geçebilirliği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır[486]. Öğretide de nitelikli unsurların haksızlık içeriği ile tipik örneklerin haksızlık içeriği arasında herhangi bir farkın bulunmadığı ifade edilmektedir[487].

Bu örneklemeci metodun tarihi geçmişine bakıldığında, Lange tarafından Alman ceza hukuku reformu için önerildiği ve 1962 tarihli hükümet tasarısında sıklıkla

---

[485] Laubenthal, **a.g.e.**, s.1069; BGHSt 26, s.173vd. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.9. Benzer şekilde, örneğin failin belirli bir suçu işlemeyi meslek veya sanat haline getirmiş olması, Alman CK'da hırsızlık, şantaj ve dolandırıcılık suçları bakımından bir çok ağır hale işaret eden tipik örnek olarak düzenlenmişken; suç eşyasının satın alınması, satılması, temin edilmesi suçunda ise cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir.

[486] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §53 kn.48, 58; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.172-173. Bir hususiyetin kanunda nitelikli unsur, tipik örnek ya da zorunlu örnek şeklinde tasvirinde belirleyici olan bu değersizlik olayının maddi içeriği değil, biçimsel düzenlemesidir. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.60. Örneğin bir kimsenin sağlığının ağır suretle bozulması tehlikesine uğratılması yağma suçunda cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmişken (Alman CK §250/1); görevini icra eden memura direnme suçunda ise bir çok ağır hale işaret eden tipik örnek olarak sınıflandırılmıştır (Alman CK §113/2). Yine şantaj suçunun çete üyesi olarak işlenmesi bir çok ağır hale işaret eden tipik örnek şeklinde formüle edilmişken (Alman CK §253), hırsızlık suçunun çete üyesi olarak işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde formüle edilmiştir (Alman CK §244/2). Alman CK'da özellikle, 01.04.1998'de yürürlüğe giren 6. Ceza Kanunu Reformu ile yapılan değişikliklerle tipik örneklerin sayısı artırılmıştır. Bu reform düzenlemesi Alman kanun koyucusunun tipik örnekli düzenleme tekniğine olan eğilimini en net şekilde ortaya koymaktadır. Bkz. Graul, **a.g.e.**, s.853; Zieschang, **a.g.e.**, s.562.

[487] Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.182. Tarihi süreç içerisinde bir hususiyetin ceza kanununda önce nitelikli unsur olarak karakterize edilip, daha sonra yapılan bir kanun değişikliği ile tipik örnek biçiminde, nihayetinde ise tekrar nitelikli unsur olarak sınıflandırıldığına da rastlanmaktadır. Örneğin, konuta zorla girme yoluyla hırsızlık 1969'a kadar cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmekteydi. 1. Ceza Hukuku Reformu Kanunu ile Alman CK §243'te hırsızlık suçunun çok ağır halinin mevcudiyetine işaret eden tipik örnek olarak karakterize edilmişti. 1998'de ise, 6. Ceza Hukuku Reformu Kanunuyla aynı hususiyet Alman CK 244/1 Nr.3'te aynı kelimelerle tekrar cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bkz. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.262; Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.57. Hatta bu karmaşıklığın kanun metinlerine yansıdığı da görülmektedir. Örneğin Alman CK §330'un madde başlığı bir çevre suçunun çok ağır hali şeklindedir. Maddenin ilk fıkrasında çok ağır halin mevcudiyetine işaret eden tipik örnekler sayılmışken, ikinci fıkrasında ise cezayı artıran nitelikli unsurlara yer verilmiştir. Madde başlığı ile içeriği arasındaki bu uyumsuzluk, ikinci fıkrada sayılan hususiyetlerin eskiden tipik örnek biçiminde düzenlenmişken, 6. Ceza Hukuku Reformu Kanunu ile nitelikli unsura tahvil edilmesine rağmen, madde başlığında bir değişiklik yapılmamasından ileri gelmektedir. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.173.

kullanıldığı görülmektedir[488]. Ancak bu düzenleme tekniğinin asıl dönüm noktasını 1969 yılında 1. Ceza Hukuku Reform Kanunu yoluyla Alman CK §243 hükmündeki hırsızlık suçunun cezayı artıran nitelikli unsurlarının tipik örneklere tahvili oluşturmaktadır. Bu suretle ilk kez Alman CK §243'te hırsızlık suçu bakımından uygulamaya konulan ve 1969'dan beri yaygınlaşmaya başlayan tipik örnek tekniğinin en önemli amacının, ceza yargılamasında daha adil sonuçlara erişilmesini sağlamak olduğu ileri sürülmektedir[489]. Ancak tipik örnekler somut olay adaletini hukuk güvenliği pahasına temin etmeye yönelmiştir. Bu itibarla, tipik örnekli düzenleme metodunun da ideal bir kanun yapma tekniği olduğundan söz edilemeyecektir.

Alman kanun koyucusunun özellikle yakın geçmişte çok ağır halleri daha ziyade tipik örnekler içerecek şekilde düzenleme yoluna gittiği görülmektedir. Bu tercihin temelinde, kanunda ismen zikredilmeyen çok ağır hallerden ileri gelen problemlerin mümkün olduğunca bertaraf edilmesi düşüncesi yatar. Bu amaçla kanun koyucu hâkimin kullanımına ceza çerçevesi seçiminde istifade edebileceği bir kılavuz sunar[490]. Benzer şekilde, Alman CK'da nitelikli unsurların da giderek tipik örneklere tahvil edildiği yukarıda ifade edilmişti. Bu itibarla Alman ceza hukuku uygulamasında, tipik örnekli düzenleme tekniği, iki zıt kutupta yer alan kazuistik nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği ile belirsiz çok ağır halli düzenleme tekniği

[488] Karş. Arzt, **a.g.e.**, s.386; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.106.

[489] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §3 kn.1; Laubenthal, **a.g.e.**, s.1069; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 V 2; Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.50; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §62 kn.49. Alman öğretisinde, §243 hükmünün nitelikli unsurlar şeklinde formüle edilen eski düzenlemesinin kazuistik yapısı nedeniyle uygulamada adil olmayan neticelere yol açabildiği ifade edilmektedir. Buna örnek olarak, arabanın camı kırılarak içerde bulunan şemsiyenin çalınmasının cezayı artıran nitelikli unsuru meydana getirmesi, ancak içindeki şemsiye ile birlikte arabanın kendisinin çalınmasının hırsızlığın temel şeklinin oluşmasına yol açması verilmektedir. Alman kanun koyucusu bu gibi sonuçların ortaya çıkmasını engellemeyi, hukuk güvenliği kazancından daha önemli addettiğinden, 1969 yılında §243 hükmünü tipik örnekli kanun yapma tekniğine tahvil etmiştir. Takip eden yıllarda, kanun koyucunun Alman CK'da gittikçe artan ölçüde tipik örnek metodunu kullanmayı tercih ettiği görülmektedir. Bu tercihin arkasında, bu metodun daha esnek olması nedeniyle somut olayda daha adil sonuçlara ulaşılmasına imkân tanımasının olduğu ifade edilmektedir. Ancak Alman öğretisinde bu kanun yapma tekniğinin hukuk güvenliği bakımından belirli bir kayba yol açtığı da inkâr edilmemektedir. Bu da tipik örnek tekniğinin zayıf yönünü oluşturmaktadır. Bkz. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.206; Claus Roxin, "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", **JuS**, 1979, s.7; Laubenthal, **a.g.e.**, s.1069; D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.184. Bugün Alman CK'da otuz farklı paragrafta bir çok ağır hale işaret eden tipik örnekli düzenleme tekniğine yer verildiği ifade edilmektedir. Katalog için bkz. J.Heinrich, **a.g.e.**, s.133-134.

[490] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.645; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §62 kn.49. Bu kılavuzda örnek niteliğinde zikredilmiş haksızlık tipleştirmeleri bulunur. Bkz. D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.186.

arasında kalan, orta yol olarak görülmektedir[491]. Zira bu metot esasen diğer iki düzenleme tekniğinin karakteristik özelliklerinin bileşiminden ibarettir. Tipik örnekler, her iki uçta bulunan kanun yapma tekniklerinden belirli oranda taviz verilerek ihdas edilir[492].

2. Tipik Örneklerin Etkisi

Tipik örneklerin suça ve cezaya olan etkilerinin çeşitli ihtimaller üzerinden irdelenmesi gerekir. İlk ve en sık karşılaşılan ihtimal tipik örneğin gerçekleşmesi ve bir çok ağır halin mevcudiyetinin kabulüdür. Tipik örneklerin yalnızca *emare (işaret eden ya da kural) etkisi (Regelwirkung, Indizwirkung)* bulunur. Yani bir suça ait kanunda sayılan tipik örneklerden birinin koşullarının somut olayda gerçekleştirilmesi çok ağır halin mevcudiyetine işaret eder. Bu işaret eden etki, eş zamanlı olarak birden fazla tipik örneğin gerçekleştirildiği hallerde artar. Bu gibi durumlarda "kural olarak" bir çok ağır halin mevcudiyeti kabul edilir. Bu işaret (kural) etkisi, hâkimin somut olayda bir tipik örneğin gerçekleştiğini salt tespiti halinde, başka bir gerekçelendirme yapmaksızın (prensip olarak) suçun çok ağır halinin mevcudiyetini kabul edebilmesine olanak tanır. Zira hali hazırda kanuni bir genel değerlendirme mevcuttur[493]. Yani kanun koyucu bir hususiyeti tipik örnek olarak ceza normunda listeleyerek bunun "kural olarak" suçun çok ağır halini meydana getireceğini kabul etmiştir.

Benzer şekilde, somut olayda bir tipik örneğin gerçekleşmemiş olması da çok ağır halin bulunmadığına işaret eder. Bu durumda, gerçekleştirilen fiil kural olarak

---

[491] Wessels, **a.g.e.**, s.309. Tipik örneklerle çok ağır hallerin örneklenmesi metodunun, genel cezanın belirlenmesi sebepleri ile suç tipi unsurları arasında konumlanmış bir *geçiş formu (ara form)* olduğu hususunda bkz. Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.134; Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.50. Roxin/Greco, "geçiş formu (*Übergangsform*)" terimini kullanmıştır. Bkz. Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.134. Kimi yazarlar ise "karma form (*Mischform*)" terimini kullanmaktadır. Bkz. Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.49. Ayrıca bu düzenleme metodunun kanuni bir geçici çözüm olma özelliği gösterdiği hususunda bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.90; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.207. Özetle, Alman öğretisinde tipik örnekler kimi yazarlarca cezanın belirlenmesi kuralı, kimi yazarlarca suç tipi unsuru, kimi yazarlarca ise bu ikisinin arasında kalan bir oluşum olarak görülmektedir. Bkz. Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.134, dn.255.

[492] D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.184.

[493] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.55; Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.50; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §62 kn.54; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.209; Dreher, **a.g.e.**, s.235. Tipik örneklerin işaret eden etkisi, tipe uygunluğun hukuka aykırılığa işaret etmesine (hukuka aykırılığın belirtisi/emaresi olmasına) benzetilebilir. Bkz. Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.203; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.198-199, kn.310.

tipik örneklere karşılık gelen daha ağır haksızlığın (ve kusurun) gerisinde kalır. Bu nedenle çok ağır hale ait olan özel ceza çerçevesi uygulama bulmaz. Bu durum öğretide *aksi ile kanıt etkisi (Gegenschlußwirkung)* şeklinde isimlendirilir[494].

İkinci ihtimal, tipik örneğin gerçekleştirilmesi, ancak çok ağır halin mevcudiyetinin kabul edilmemesidir. Tipik örneğin işaret eden etkisi *aksi ispatlanabilir (çürütülebilir) bir karine* teşkil eder. Bu karinenin çürütülmesi için hâkim somut olaya ait tüm durumların (suçun maddi koşullarının) ve failin genel bir değerlendirmesini yapar. Bu değerlendirme neticesinde hâkimin, kanunda tarif edilen tipik örneklerden biri gerçekleşmiş olmasına rağmen, suçun haksızlık içeriğinde tipik örnekte tanımlanan haksızlık içeriğine denk düşen bir artışın meydana gelmediğini tespit etmesi ve bunu kararında detaylı bir şekilde gerekçelendirmesi gerekir. Tipik örneğin gerçekleştiği hallerde, somut olayda aynı zamanda fiilin haksızlık ve kusur içeriğini hafifleten özel bir durum da mevcutsa böyle bir çıkarımda bulunulabilir[495]. Bu durumda, somut olayda işlenen suçun haksızlık içeriği, tipik örneğin gerçekleşmesine rağmen, daha ziyade suçun temel şekline ait haksızlığa yakınsar. Bu nedenle, tipik örneğe karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurulması orantısız bir cezaya yol açar. Esasen bu oldukça istisnai bir durumdur. Somut olayda fail lehine sıra dışı durumların ortaya çıkmasını gerektirir. Böylelikle, temel suça ait ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurması mümkün hale gelir[496]. Görüldüğü üzere, bu düzenleme tekniği hâkime, kanunda listelenen bir tipik örneğin gerçekleşmesine rağmen, atipik hafifletici durumların mevcudiyeti halinde, temel suç üzerinden hüküm

[494] Huber, **a.g.e.**, s.598; D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.184, 188.

[495] Bu halde, ilgili suçun ağırlık (vahamet) derecesi, tipik örneğin gerçekleşmesine rağmen, tecrübelere göre oluşan suçun ortalama halinden önemli ölçüde sapmaz. Öğretide hâkimin, herhangi bir suça ait olan cezayı azaltan nitelikli unsura ya da ismen zikredilmiş hafif hale yol açan durumları da somut olayda gerçekleşmişse, yapacağı genel değerlendirmede dikkate alabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.209; Wessels, **a.g.e.**, s.301.

[496] Maurach/Zipf, **a.g.e.**, §20 kn.50; Rengier, **Strafrecht BT-I**, §3 kn.3; Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, s.74; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.184; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.8; D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.184. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre bunun için, failin fiilinde ya da kişiliğinde bulunan istisnai durumların, fiilin haksızlığını ya da failin kusurunu açıkça tipik örnekten uzaklaştırması gerekir. Bkz. Arzt, **a.g.e.**, s.389-390. Bu itibarla, tipik örneklerin ne nihai (kesin) ne de mecburi (bağlayıcı) olduklarından söz edilebilir. Bunlar sadece kanunda örneklenmiş cezanın belirlenmesi kuralları olma hüviyetine sahiptir. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.8; Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.55.

kurma yetkisi tanımaktadır. Bu suretle oluşan suç öğretide *atipik temel suç* şeklinde isimlendirilir[497].

Üçüncü ve son ihtimal ise, bir tipik örneğin gerçekleştirilmemesine rağmen, çok ağır halin mevcudiyetinin kabul edilmesidir. Bu düzenleme tekniği hâkimin böyle bir kabulde bulunmasına da imkân tanımaktadır. Esasen tipik örnek metodunun eleştiriyi en çok hak eden beliriş şekli budur. Somut olayda ceza normunda sayılan tipik örneklerden herhangi birinin koşulları gerçekleşmemişse, bu durum çok ağır halin bulunmadığına ve temel suça ait ceza çerçevesinin uygulama bulması gerektiğine dair aksi ispatlanabilir bir karine teşkil eder. Bu sonuca tipik örneklerin işaret eden etkisine ilişkin prensibin mefhumu muhalifinden ulaşılır[498]. Bu nedenle, bu gibi hallerde kural olarak bir çok ağır halin bulunmadığı kabul edilir. Bu kabulde bulunulabilmesi için başka bir gerekçelendirme yapılması gerekmez. Ancak bu halde de hâkimin, yeterli delillerin mevcudiyeti durumunda *atipik bir çok ağır halin* oluştuğunu kabul etmesi mümkündür[499]. Bunun için, hâkimin somut olaya ait tüm durumların genel bir değerlendirmesini yapması ve bu değerlendirme neticesinde kanunda tarif edilmiş olan tipik örneklerin herhangi biri gerçekleşmemiş olmasına rağmen, somut olayda işlenen suçun haksızlık (ve kusur) içeriğinde bir tipik örnekle kıyaslanabilir (hemen hemen eş değer) ölçüde artışın meydana geldiğini tespit etmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, suçun somut olayda gerçekleşen şeklinin içerdiği haksızlığın ve kusurun, suçun temel şeklinin normal halinden açık suretle farklı olması aranır. Bu durum öğretide *tipik örneklerin kıyas etkisi (Analogie Wirkung)* şeklinde isimlendirilir[500]. Bu

[497] D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.184; Arzt, **a.g.e.**, s.387. Örneğin, Alman CK §292'de yer alan kaçak avlanma suçunun meslek veya sanat haline getirilmesi, suçun çok ağır halinin mevcudiyetine işaret eden tipik örnek olarak düzenlenmiştir. Failin meslek olarak kaçak avlanma yapmaya karar vermiş olması, fakat yalnızca bir defa ava çıkıp eli boş dönmesi halinde, cezasının tipik örneğe karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden belirlenmesi çok ağır olacaktır. Tipik örnek metodu, bu gibi hallerde işaret eden etkinin çürütülmesine ve temel suça ait ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurulmasına olanak tanır. Bkz. Wessesl/Hettinger/Schuhr, **BT-II 2019**, kn.463-464.

[498] Arzt, **a.g.e.**, s.389; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.184.

[499] Bu itibarla, ilgili ceza normunda çok ağır hale işaret eden tipik örnekler, o suça ait çok ağır hallerin toplam kümesinin sadece bir alt kümesi hüviyetindedir. Çok ağır hallerin toplam kümesi hem tipik örnekleri hem de genel kayıttan ileri gelen sair çok ağır halleri kapsamına alır. Bkz. Mädler, **a.g.e.**, s.58.

[500] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.8; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §62 kn.56; D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.184. Karş. Graul, **a.g.e.**, s.853; Wessels, **a.g.e.**, s.302. Yapılacak değerlendirmede hâkimin failin aleyhine ve lehine etki eden tüm durumları dikkate alması, bu suretle elde ettiği bakiyeyi suçun tipik örnekleriyle karşılaştırması ve buna göre atipik bir çok ağır halin mevcudiyeti kabulünün meşru olup olmadığına karar vermesi gerekir. Bkz. Arzt, **a.g.e.**, s.390. Hâkimin bu tespitini etraflıca

isimlendirmenin sebebi, hâkimin kanunda yazılı olan tipik örneklere bakarak bir karşılaştırma yapması ve bu suretle atipik bir çok ağır halin mevcudiyeti çıkarımında bulunmasıdır[501].

3. Atipik Durumların Kanunilik İlkesine Uygunluğu Sorunu

Atipik durumlar iki yönlüdür. Bunlar ya ağır (özel) ceza çerçevesinin uygulanmasını engeller ya da ağır ceza çerçevesinin uygulanmasına temel teşkil eder. Buna göre hâkimin, bir tipik örneğin somut olayda gerçekleşmesine rağmen, çok ağır halin mevcudiyetini kabul etmeyerek temel suça ait ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurması ya da bir tipik örneğin somut olayda gerçekleşmemesine rağmen, çok ağır halin mevcudiyetini kabul ederek ağır ceza çerçevesi üzerinden hüküm tesisi atipik bir durum olarak belirir. Her iki atipik durumda da hâkim, somut olayda kuraldan sapmasını gerektirecek bir özelliğin mevcudiyetini gerekçelendirmekle yükümlüdür[502].

Alman Anayasası m.103/2'de, tıpkı AY m.38/1'de olduğu gibi, bir fiilin ancak işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun tarafından suç sayılmışsa cezalandırılabileceği temel prensibi düzenleme konusu yapılmıştır. Alman öğretisinde bu atipik durumlar, Alman Anayasası m.103/2'de aranan anlamda kanunla belirlenmiş olmayan hususiyetlerden cezalandırmaya imkân tanımaları nedeniyle eleştiri konusu yapılmaktadır. Zira atipik durumların nelerden ibaret olduğu kanun koyucu tarafından belirlenmemiştir. Bunların içeriği ve koşulları hâkim tarafından olay bazlı olarak tespit

---

gerekçelendirmesi şarttır. Bkz. Rengier, **Strafrecht BT-I**, §3 kn.4. Örneğin, hırsızlık suçunun konusunu almaya karşı bir koruma tertibatı ile özellikle koruma altına alınmış eşyaların oluşturması, hırsızlığın çok ağır haline işaret eden tipik örnek teşkil eder (Alman CK §243/1 Nr.2). Fail bir mağazadan güvenlik etiketi ile koruma altına alınmış bir elbiseyi çalarsa, bu etiket Alman CK §243/1 Nr.2 anlamında koruma tertibatı olarak görülmese de baskın görüşe göre bu halde hırsızlığın atipik bir çok ağır hali gerçekleşmiş olabilir. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 V 2. Bu örneğe ilişkin detaylı bilgi için bkz. Demirtaş, "Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi", s.435-436.

[501] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.184; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 V 2; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.119. Yani kanunda o suç için sayılan tipik örnekler sair bir çok ağır halin mevcudiyetinin gerekçelendirilmesinde de kılavuz olarak kullanılabilmektedir. Bkz. Morawski, **a.g.e.**, s.7-8. Ayrıca, başka bir suçta nitelikli unsur ya da tipik örnek olarak düzenlenmiş olan hususiyetlerin, nadiren de olsa somut olayda gerçekleşmeleri halinde, atipik bir çok ağır halin mevcudiyetinin kabulünde referans olarak kullanılmaları mümkündür. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.233, 235.

[502] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.55; Mädler, **a.g.e.**, s.57.

edilir. Halbuki belirlilik prensibi, cezalandırmanın dayanağını oluşturan olguların kanunda tasvir edilmesini şart koşar[503].

İfade edilmelidir ki, somut olayda herhangi bir tipik örneğin gerçekleşmemesine rağmen, kıyasen çok ağır halin mevcudiyetinin kabulüne olanak tanıyan atipik durum, kıyas yasağının failin aleyhine sonuç doğuracak şekilde etrafından dolaşılması anlamına gelir ve anayasal belirlilik prensibi ile bağdaşmaz[504]. Hâkimin, kanunda tipik örnek olarak zikredilmemiş bir hususiyete dayanarak çok ağır halin mevcudiyetini kabulü ve buna karşılık gelen ağır ceza çerçevesi üzerinden hüküm tesisi kanunilik ilkesine aykırıdır. Böyle bir sonuca izin veren kanun tekniğinin, meşru bir kanun yapma anlayışı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir[505]. Öte yandan, tipik örnekli düzenleme tekniği bu şekliyle kuvvetler ayrılığı prensibi ile de bağdaşmaz. Zira kanun koyucu bu yolla esasen kendisine ait olan ceza kanunu yapma yetkisini temel prensiplere aykırı şekilde hâkime devretmektedir[506].

Yukarıda ifade edilen temel prensiplere aykırı durumlardan bir ölçüde kaçınma amacıyla, öğretide bir görüş sadece negatif sapmayı kabul eder. Buna göre, tipik örneğin gerçekleşmesine rağmen, hâkimin yapacağı değerlendirme üzerinde çok ağır hali reddetmesi mümkün olabilmelidir. Bu suretle tipik örneklerin somut olay adaletini teminat altına alan özelliğinden istifade edilmesine imkân tanınmış olur. Ancak, tipik örneğin gerçekleşmemesine rağmen, hâkimin yapacağı değerlendirme üzerine çok ağır hali kabulü anayasal gerekçelerle mümkün olmamalıdır. Zira kanunilik prensibi suç unsurları bakımından geçerli olduğu gibi cezanın belirlenmesi kuralları (ve bu arada

---

[503] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.56; Mädler, **a.g.e.**, s.47.

[504] Karş. Rengier, **Strafrecht BT-I**, §3 kn.4; Zieschang, **a.g.e.**, s.563-564. İlkeler bir saçmalığa düşülmeden reddi mümkün olmayan matematik aksiyomları gibidir. Bkz. Bentham, **a.g.e.**, s.3.

[505] Zieschang, **a.g.e.**, s.563, 567. Beccaria, daha 1764 yılında, hiçbir hâkimin suç karşılığında kanunda öngörülmüş olan cezayı, kamu yararı düşüncesi ile dahi ağırlaştıramayacağını ifade etmiştir. Bkz. Beccaria, **a.g.e.**, s.121.

[506] Karl Heinz Gössel, "Über die sog. Regelbeispielstechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung", **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999**, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, s.200. Türk öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, kasten öldürme, kasten yaralama, eziyet ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının boşanılan eşe karşı işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsurunun, aralarında resmi anlamda bir evlilik bağı bulunmayan kişilerin, birliktelikleri sona erdikten sonra, birbirlerine karşı bu suçları işlemeleri halinde uygulanamaması bir eksikliktir. Bkz. Demirtaş, "Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi", s.450. Kanımızca, bu sorunun çözümü atipik bir çok ağır halin kabulüne olanak tanıyacak tipik örnekli düzenleme metodunun kullanımı olmamalıdır. Sorun, nitelikli unsurun belirtilen eksikliği giderecek şekilde yeniden formüle edilmesiyle çözülebilir.

tipik örnekler) bakımından da geçerlidir. Çok ağır halli ve tipik örnekli düzenleme metotlarında da bu prensibin izlenmesi gerekir[507]. Bu suretle, tipik örnekli düzenleme metodu kanunilik prensibine uygun olacak şekilde yorumlanmış olur. Nitekim aynı hususiyetin kimi suçlarda tipik örnek biçiminde, kimi suçlarda ise nitelikli unsur olarak düzenlenmesi de bu kabulü gerektirir. Aksi halde sırf bu sınıflandırma farklılığı nedeniyle, bir hususiyetin tipik örnek şeklinde düzenlendiği durumlarda failin elinden anayasal kanunilik prensibinden doğan güvenceler alınmış olur[508].

Bununla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesi, ceza kanunlarında çok ağır halli kanun yapma tekniğine başvurulmasının anayasal olarak sakıncalı olmadığı kanaatindedir. Yüksek Mahkemeye göre, anayasal belirlilik prensibinin abartılı yorumundan kaçınılması gerekir. Aksi uygulama kanunların oldukça katı ve kazuistik olmasına yol açabilir. Bu da kanunların hayatın çeşitliliğine cevap vermesinin engellenmesi sonucunu beraberinde getirebilir. Bu itibarla Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, çok ağır hallerin (ve tipik örneklerin) anayasal belirlilik ilkesini ihlal ettiğinden söz edilemeyecektir[509]. Tipik örneklerin cezanın belirlenmesi kuralı ya da cezalandırma koşulu olarak sınıflandırılması ulaşılan sonucu değiştirmeyecektir[510]. Alman Anayasa Mahkemesinin bu görüşü nedeniyle, Alman kanun koyucusu çok ağır halli ve tipik örnekli düzenleme tekniklerini kullanmayı sürdürmektedir.

Alman öğretisinde de kimi yazarlar, tipik örneklerin bizatihi bir fiili cezalandırılabilir hale getirmediğine, bunların yalnızca hali hazırda cezalandırılabilir olan fiilin cezasının belirlenmesine etki ettiğine dikkat çekmektedir. Buna göre, tipik örnekler cezalandırılabilirlik koşulu olmayıp, salt cezanın belirlenmesine etki eden tasvirler olma özelliği gösterir. Bunların etkisi ceza çerçevesinin seçilmesi ve ceza

---

[507] Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.210. Karş. Zieschang, **a.g.e.**, s.564; Demirtaş, "Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi", s.443; Walter Gropp, "Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele", **JuS**, 1999, s.1049. Yazara göre, fail aleyhine sonuç doğuran atipik çok ağır hallerin kabulünün engellenmesi ile belirlilik prensibinin zedelenmesi hafifletilebilir. Yazar bunu tipik örneklerin "sanık dostu sınırlı yorumu" şeklinde isimlendirmektedir. Bkz. Gropp, "Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele", s.1049. Bu görüş Alman öğretisinde giderek yaygınlık kazanmaktadır.

[508] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.57.

[509] Zieschang, **a.g.e.**, s.564. Öğretide de "fleksibl" düzenleme tekniklerinin belirlilik ilkesi ile bağdaşabileceğini ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bkz. Frisch, **a.g.e.**, s.138.

[510] BVerfGe 45, 363 (371) Bkz. Gropp, "Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele", s.1049.

miktarının tayini ile sınırlıdır. Cezanın belirlenmesi kanun koyucunun alanı olmayıp, esasen hâkimin alanıdır. Bu kabulden hareketle kimi yazarlarca, tipik örneklerin anayasal kıyas yasağını ihlal etmedikleri savunulur[511].

İfade edilmelidir ki ceza kanunları kişi hürriyeti ile diğer kanunlara kıyasla hiç olmadığı kadar irtibatlıdır. Bu nedenle ceza kanunları ihdas edilirken kullanılan tekniğin kişi hürriyetinin teminatı olma işlevi bulunduğu unutulmamalıdır. Ceza kanunlarının kişi hürriyetine ilişkin temel hakkı ihlal etmeyen bir tekniğe sahip olması beklenir[512]. Kanunilik prensibinin dayanağını oluşturan temel düşünce, ceza hukukuna ait yaptırımların, hakimlerin keyfiyetine göre değil, demokratik bir biçimde meşruiyet kazanmış kanun koyucu tarafından belirlenmesini sağlamaktır. Bu suretle, kanunilik ilkesi bireyler için hukuk güvenliğini temin eder ve mahkemelerin kanun koyucuların belirlemeleri ile bağlı olmalarını sağlar. Kanun vasıtasıyla, bireyin hukuki durumu net bir biçimde ortaya konulur. Demokratik bir şekilde kararlaştırılmış, yazılı, yayımlanmış kanunlara bağlılık, tutarlılığı sağlar. Hukukun uygulanmasında birlik ve eşitlik güvence altına alınır[513].

Kanımızca hem tipik örneklerin hem de ismen zikredilmemiş çok ağır hallerin özünde bulunan muğlaklık, hâkime daha fazla özgürlük tanırken, hukuk devleti olmanın gereklerini zedelemektedir[514]. Bu düzenleme tekniklerinin en önemli dezavantajı nitelikli unsurlarla eşit ölçüde hukuki güvenliği sağlamaktan yoksun olmalarıdır[515]. Tipik örnekler kanunda katalog halinde sayılmış olsalar da bunların bağlayıcı olmayan yapısı hukuki güvenlik kazanımının büyük oranda ortadan kalkmasına yol açar[516]. Hâkimin keyfiliğine olanak tanır. Hâkim kanunda sayılan tipik örnekle eş değer olduğu düşüncesiyle, arzu ettiği gibi kanunda yazılı olmayan ceza artırım sebepleri tesis edebilir. Bu nedenle tipik örnekler hukuki kesinliği sekteye

---

511 B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.184; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.65; Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.56. Alman Anayasası m.103/2'de öngörülmüş olan belirlilik ilkesinin sadece suçun gerçek unsurları bakımından geçerli olduğu, cezanın belirlenmesi kuralları bakımından geçerli olmadığı, tipik örneklerin cezanın belirlenmesi kuralı hüviyetini taşıdığından kanunilik ilkesiyle çatışmadığı hususunda bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §40 kn.173; J.Heinrich, **a.g.e.**, s.138.

512 Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.51.

513 Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §15 I 1.

514 Karş. Mädler, **a.g.e.**, s.26.

515 Dreher, **a.g.e.**, s.235.

516 Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.134.

uğratır. Ayrımcılıklara ve siyasi suiistimallere açıktır. Bu türden düzenleme teknikleri ceza hukukunun kişiye göre değişen siyasi bir araç işlevi görmesini kolaylaştırır.

Özellikle atipik çok ağır haller, hâkime kanun koyucu yerine geçerek suç ihdas etme benzeri bir yetki verir. Bu nedenle, tipik örnekli düzenleme tekniğinde atipik çok ağır hallerin kabulüne izin verilmesi hem kuvvetler ayrılığı prensibini hem de kanunilik prensibini zedeler. Bu yolla hakimlere verilen geniş yetki benzer (ve hatta aynı) olaylarda uygulama farklılıklarına yol açabilir. Zira ne gibi bir hususiyetin çok ağır hal teşkil ettiği veya normda yazılı tipik örnek ile eş değer bir haksızlık artışına yol açtığının takdiri her hâkimin bakış açısına göre değişiklik gösterebilir. Bu durum ceza adaletinin dağıtılmasında ülke içerisinde birliğin sağlanmasına engel teşkil eder.

4. İncelenme Yeri ve Nitelikli Unsurlarla Çakışması

Tipik örneklerin Alman öğretisindeki baskın görüşün yaptığı gibi, çok ağır halleri örnekleyen cezanın belirlenmesi kuralları olarak kabulü halinde, tipikliğin, hukuka aykırılığın ve kusurluluğun tespitinin akabinde cezanın belirlenmesi aşamasında, özel bir inceleme kademesi olarak dikkate alınmaları gerekir. Zira bunlar, bir suçun mevcudiyeti için aranan koşulların dışındadır[517]. Bu durumda tipik örnekler temel suçun incelenmesine dahil edilerek tartışılmaktadır. Nitekim tipik örneklerin cezanın belirlenmesi kuralları olma özelliği de bunu gerektirir[518].

Bir suçun hem tipik örnekler hem de nitelikli unsurlar içermesi mümkündür. Bu gibi suçlarda, failin somut olayda hem bir nitelikli unsuru hem de bir tipik örneği gerçekleştirmesi mümkün hale gelir. Bu durumda, nitelikli unsura karşılık gelen ceza

---

[517] Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.117; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.261a, 466a; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §18 kn.4; Graul, **a.g.e.**, s.853. Tipik örneklerin de tıpkı nitelikli unsurlar gibi tipe uygunluk aşamasında irdelenmeleri gerektiği görüşü için bkz. Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.117; Rengier, **Strafrecht AT**, §12 kn.6.

[518] Rengier, **Strafrecht BT-I**, §3 kn.9. Tipik örneğin irdelenmesi esnasında şu sıranın takibi tavsiye edilir: Önce kanunda sayılan tipik örneklerden birinin somut olayda mevcut olup olmadığı irdelenir. Akabinde bu tipik örneklerden birini gerçekleştirme hususunda failin kastının bulunup bulunmadığı incelenir. Sonrasında, kanunda tipik örneğin gerçekleşmesine rağmen, çok ağır halin kabulünü imkânsız hale getiren bir istisna hükmü varsa, bu hükmün koşullarının somut olayda mevcut olup olmadığının kontrolü gerekir (örn. Alman CK §243/2). Daha sonra, tipik örneğin mevcudiyetine rağmen, çok ağır hale işaret eden etkinin çürütülüp çürütülemeyeceği irdelenir. Nihayet son olarak, tipik örneğin gerçekleşmemesine rağmen, ismen zikredilmemiş bir çok ağır halin mevcudiyetinin kabul edilip edilemeyeceği incelenir. Bkz. Rengier, **Strafrecht BT-I**, §3 kn.9.

çerçevesi, tipik örneğe karşılık gelen ceza çerçevesini aşıyorsa, tipik örnek ayrıca irdeleme konusu yapılmaz. Nitelikli unsurun irdelenmesinin akabinde, somut olayda ayrıca bir tipik örneğin de gerçekleşmiş olduğu sadece belirtilmekle yetinilir. Ancak failin cezası nitelikli unsurun ceza çerçevesi dikkate alınarak belirleneceğinden, tipik örnek cezanın belirlenmesinde herhangi bir rol oynamaz[519].

[519] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.60. Bu konuda, Alman CK §242'deki hırsızlık suçu ve bu suçun çok ağır haline işaret eden tipik örneği (Alman CK §243) ile cezayı artıran nitelikli unsuru (Alman CK §244) üzerinden kurulan bir örnek için bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.177.

İKİNCİ BÖLÜM
NİTELİKLİ UNSURLARIN SUÇ TEORİSİNDE BELİRİŞ ŞEKİLLERİ VE GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

I. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARININ BELİRİŞ ŞEKİLLERİ

A. Genel Olarak

Suçun cezasını artıran ya da azaltan nitelikli unsurlar genellikle suçun faili, mağduru, konusu, yeri, zamanı, işlenme şekli gibi suçun maddi unsurları üzerine inşa edilir. Bazı nitelikli unsurlar ise suçun manevi unsurunun üzerine eklenerek geliştirilir. Bu durumda nitelikli unsurlar suçun belirli bir amaç ya da saikle işlenmesini gerektirir. Temel suçun kurucu maddi unsurlarına veya manevi unsuruna etki ederek bu unsurlara özel bir görünüm kazandıran nitelikli unsurlar, netice itibarıyla suça da alışılmış temel halinden farklı bir beliriş şekli kazandırır. Ancak bu durum asla temel suçun niteliğinin ve ayniyetinin değişmesine yol açmaz[520].

Suçun nitelikli unsurları oldukça çeşitli kriterlere göre değişik tasniflere tabi tutulabilir. Bu tasnif faaliyeti sayesinde nitelikli unsurların kanundaki sistematiği idrak edilebilir, bunların özel mahiyeti anlaşılabilir ve nitelikli unsurlar ile suçun cezasına etki eden diğer etmenler arasındaki benzerlikler, farklar ve ilişkiler ortaya konulabilir[521]. Bu da konunun daha iyi anlaşılmasına hizmet eder. Bu nedenle nitelikli unsurların tasnifinin bir anlamda zaruret teşkil ettiği söylenebilir. Bu zaruret 765 sayılı TCK döneminde kendisini yasama alanında da göstermiş ve kanunda fiili-şahsi

[520] Öğretide kimi yazarların nitelikli unsurları sadece suçun maddi unsurları ile sınırladıkları görülmektedir. Bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.320; Özbek, "Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)", s.84; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.429; Beril Taşkın Kapusuzoğlu, **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.159. Kanımızca nitelikli unsurların sadece suçun kurucu maddi unsurlarına eklenerek bu unsurlara hususiyet katacağı kabulü doğru olmayacaktır. Zira hali hazırda suçun kurucu manevi unsuruna eklenerek bu unsura hususiyet katan nitelikli unsurlara gerek 5237 sayılı TCK'da gerekse Alman CK'da sıkça yer verilmiştir.

[521] N.Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s.42.

nitelikli unsur ayrımı yapılmıştır (ETCK m.66 ve 67)[522]. Nitelikli unsurlar temel suça ait olan maddi unsurlar ve manevi unsur üzerine inşa edilmektedir. Bu nedenle nitelikli unsurların beliriş şekilleri incelenirken ilk etapta suçun maddi unsurlarıyla ve manevi unsuruyla ilgili olan nitelikli unsurlar ayrımının yapılması gerekir. Bunun ardından ise, öğretide nitelikli unsurlarla ilgili yapılan diğer sınıflandırmalar da irdelenecektir.

B. Suçun Maddi Unsurlarıyla İlgili Nitelikli Unsurlar

1. Genel Olarak

Suçun maddi unsurlarının illaki suçu kurucu (tesis edici) unsur hüviyetine sahip olması şart değildir. Bunların arızi unsur özelliği göstermesi de mümkündür. Bu itibarla, nitelikli unsurlu suç tiplerinde yer alan arızi unsurlar da maddi unsurlar arasına girebilir[523]. Bu nedenle suçun maddi unsurları arasında, kurucu maddi unsurlar ve nitelikli (kurucu olmayan, ek) maddi unsurlar şeklinde ikili bir ayrım yapılabilir. Bu ayrımda tek kısıtlama aynı hususiyetin aynı suçta hem kurucu maddi unsur hem de nitelikli maddi unsur teşkil edememesidir. Nitelikli maddi unsurlar failin vasfına, sayısına, mağdurun vasfına, fail ile mağdur arasındaki ilişkiye, suçun konusuna, fiile ya da somut tehlike neticesine ilişkin olabilir.

2. Failin Vasfı ve Sayısı

a. Failin Vasfı

Kural olarak her suç her gerçek kişi tarafından işlenebilir. Yani suç tipinde failin özel niteliklere sahip olması aranmaz. Ceza kanunlarının özel hükümler kitaplarında yer alan suçların pek çoğu bu niteliktedir. Bunlar *genel suçlar* şeklinde isimlendirilir. Ancak kimi suçlar bakımından, fail sıfatını taşıyabilmek için belirli birtakım şahsi niteliklere (ayırıcı özelliklere) sahip olunması gerekir. Bu şahsi nitelikler hukuki ya da maddi özellikler olabilir ve ilgili suç tipinde açıkça tarif edilir. Fail sahasını sınırlayan

[522] 765 sayılı TCK dönemi uygulamasında, fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımına hem iştirak halinde işlenen suçlarda nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesinin çözümünde hem de somut olayda bir suça ait birden fazla nitelikli unsurun gerçekleşmesi halinde bu nitelikli unsurların cezanın hesaplanması sürecinde dikkate alınma sırasını belirlemede başvurulmaktaydı. Bu nedenle fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı 765 sayılı TCK döneminde büyük bir pratik öneme sahipti.
[523] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.69-70.

bu suçlar öğretide *özgü (mahsus) suçlar* şeklinde isimlendirilir. Failin şahsi niteliği suçun kurucu unsurunu oluşturuyorsa *gerçek özgü (mahsus) suçtan* bahsedilir. Bu tip suçlarda temel suç sadece bu şahsi özelliğe sahip olan fail tarafından işlenebilir. Zira ayırıcı fail özellikleri cezayı kurucu etkiye haizdir. Bu nedenle herhangi birinin faili olabileceği bir temel suç mevcut değildir. Buna karşılık, failin şahsi niteliği suçun nitelikli unsurunu oluşturuyorsa *gerçek olmayan özgü suçtan (görünüşte özgü suç)* bahsedilir[524].

Gerçek olmayan özgü suçlarda failin sahip olduğu hususiyetler aynı suçun nitelikli unsurlu halinin oluşumunu sonuçlar. Burada özel fail niteliği kural olarak cezayı artırıcı bir etkiye sahiptir. Yani failin özel vasfı (ayırt edici özelliği) cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder. Zira bu herkes tarafından işlenebilen bir temel suçun üzerine eklenerek geliştirilen bir unsur hüviyetindedir. Bu ihtimalde özgü suça karşılık gelen tipin yanında bir de genel suç tipi bulunur. Bu iki suç tipi, failin özel vasfına işaret eden (cezayı artıran nitelikli) unsur dışında bütünüyle özdeştir. Genel suç, temel suça tekabül eder ve (özel faillik vasfı bulunmayan) herhangi bir kişi tarafından gerçekleştirilebilir. Özgü suçu ise, ancak suç tipinde aranan özel faillik vasfına sahip olan kişi veya kişiler, müstakil fail, müşterek fail ya da dolaylı fail olarak gerçekleştirebilir. Fail olma sahasını sınırlayan bu özel unsurları şahsında taşımayan kişi veya kişiler ise, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçtan sadece azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilir veya icabı halinde genel bir suç olan temel suçun müstakil faili, müşterek faili ya da dolaylı faili olarak cezalandırılabilir[525].

---

[524] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.174-175; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.227-229; Rengier, **Strafrecht AT**, §10 kn.24-26; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.115; Nina Nestler/Stefan Lehner, "Was ist so besonders an Sonderdelikten?", **JURA**, 2017, s.404. Ceza kanunlarının özel hükümler kitabında, gerçek olmayan özgü suçun yanında daima bir genel suç da bulunurken; gerçek özgü suç bir genel suçu bünyesinde barındırmaz. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.41. Gerçek olmayan özgü suçlar öğretide "görünüşte özgü suçlar" şeklinde de isimlendirilmektedir. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.43. Özel yükümlülük unsurlarının daima cezayı kurucu hüviyette olduğu, bu itibarla, gerçek olmayan özgü suçun mevcut olmadığı görüşü için bkz. Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", s.525.

[525] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.41; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.229, 231, 867; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.55; Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", s.506. Özgü suçlarda özel faillik vasfı objektif suç tipine ait olduğundan, bu suçlarda özel faillik vasfının ilk sırada irdeleme konusu yapılması gerekir. Bkz. Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.282.

Gerçek olmayan özgü suçlarda, suçun maddi unsurlarının içerisinde yer alan fail unsurunun üzerine eklenerek geliştirilen bir nitelikli unsur söz konusudur. Bu türden suçlarda temel suçu gerçekleştirebilecek fail ile nitelikli unsurlu suçu gerçekleştirebilecek fail için aranan özellikler farklılık gösterir. Temel suçta failin herhangi bir hususiyete sahip olması aranmadığından bu suç tipi herkes tarafından gerçekleştirilebilir. Nitelikli unsurlu suçta ise failin birtakım maddi veya hukuki niteliklere haiz olması aranır. Ancak bu şahsi niteliklere sahip olan fail nitelikli unsurlu suçu gerçekleştirebilir. Bu türden suçlarda, kanun koyucu suçun nitelikli unsura karşılık gelen hususiyetlere sahip olan bir fail tarafından işlenmesinin, suça ait haksızlık içeriğini artıracağı kanaatindedir[526].

Failin kişisel özelliklerinin suçun haksızlık içeriğine olan etkisi sebebiyle kanun koyucu, suçun bu şahsi niteliklere haiz olan bir kimse tarafından işlenmesi ile bu hususiyetlere sahip olmayan bir kimse tarafından işlenmesi arasında uygulanacak cezanın ağırlık derecesi bakımından fark yaratır. Örneğin kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına verme veya ele geçirme bu suçlardandır (TCK m.136/1). Maddenin birinci fıkrasında temel suç, hemen ardından gelen maddede ise cezayı artıran nitelikli unsur düzenlenmiştir. Temel suçun faili herhangi bir kişi olabilirken, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçu sadece bir kamu görevlisi görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak işleyebilir (TCK m.137/a)[527]. Nitelikli unsurun gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için failin kamu görevlisi olması yetmemekte, aynı zamanda suçun kamu görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi gerekmektedir. Kanun koyucu bu halde suçun cezasının yarı oranında artacağını öngörmüştür. Böylelikle failin kişisel özelliklerinden ileri gelen haksızlık artışı hükmolunacak cezaya yansıtılmaktadır.

---

[526] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.175. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun suç karşılığı belirleyeceği soyut cezanın tayini sırasında failin kimliği, kişiliği ve gördüğü hizmetin özelliğini dikkate almasının ve buna göre cezalar arasında fark yaratmasının anayasal eşitlik prensibini ihlal etmediğine hükmetmiştir. **AYM**, T.02.07.1968, E.1967/52, K.1968/29. Bkz. Şen, **a.g.e.**, s.39. Mahkemeye göre, ceza normlarında bireylerin hukuki durumlarındaki farklılıklardan ve kamu yararına dayalı haklı nedenlerden ileri gelen bireyler arası soyut ceza farkı eşitlik ilkesini ihlal etmez. **AYM**, T.27.03.1986, E.1985/31, K.1986/11 Bkz. Şen, **a.g.e.**, s.46.

[527] TCK'da kamu görevlisi sıfatının cezayı artıran nitelikli unsur teşkil ettiği diğer örnekler için bkz. TCK m.86, 102/3, 103/3, 105/2, 119, 285/4, 227/5 vb. Alman CK'da ise §340/1, §120/2, §133/3, §201/3 ve §258a/1 gerçek olmayan (cezayı artıran nitelikli unsurlu) özgü suçlara örnek teşkil eder. Bkz. Rengier, **Strafrecht BT-II**, §59 kn.3.

Kimi suçlarda ise cezayı artıran nitelikli unsurun, spesifik bir biçimde belirli bir mesleğe sahip olan kamu görevlisi ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Örneğin rüşvet suçunda cezayı artıran nitelikli unsurun oluşması failin yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olmasına bağlanmıştır (TCK m.252/7). Kanun koyucu kamu görevlileri tarafından işlenebilen kimi suçlarda, kamu görevlileri arasında icra ettikleri mesleğe göre ayrım yapmış ve failin kimi meslekleri icra eden kamu görevlisi olmasını cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde düzenleme yoluna gitmiştir[528].

Benzer şekilde, çocuk düşürtme ile kısırlaştırma suçlarının failinin yetkili olmayan bir kişi olması (TCK m.99/5, 101/1), cinsel istismar ile cinsel taciz suçlarının failinin vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olması (TCK m.103/3-d, 105/2-b), dolandırıcılık suçunun failinin serbest meslek sahibi kişiler olması (TCK m.158/1-i), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunun failinin doktor, diş doktoru, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi olması (TCK m.190/3), fuhuş suçunun failinin eş olması (TCK m.227/5), fiyatları etkileme suçunun ruhsatlı bir simsar veya borsa tellalı tarafından işlenmesi (TCK m.237/3), sözleşerek firar suçuna bir subay ya da askeri memur tarafından önayak olunması (Askeri CK m.70) failin sıfatından ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsurlara örnek teşkil eder.

Failin vasfının cezayı azaltan nitelikli unsur biçiminde düzenlenmesi de mümkündür. Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu buna örnek teşkil eder. Bu suçun failinin muhafaza edilmek üzere kendisine teslim edilen malın sahibi olması halinde verilecek cezanın temel suça kıyasla belirli bir oranda indirilmesi gerekir (TCK m.289/1). Benzer şeklide, muhafaza edilmek üzere başkasına teslim olunan rehinli, hacizli veya el konulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında, malın sahibi tarafından alınması failin vasfından ileri gelen ayrı bir cezayı azaltan

[528] Benzer şekilde kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun failinin adli kolluk görevi icra eden kamu görevlisi olması (TCK m.279/2), kaçmaya imkân sağlama ile infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçlarının failinin tutuklu veya hükümlünün muhafaza veya nakli ile görevli kişiler olması (TCK m.294/5, 297/3) cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder.

nitelikli unsur teşkil eder (TCK m.290/2). Ayrıca, Alman CK'da hamileliği sonlandırma suçunun failinin hamile kadın olması, cezayı azaltan nitelikli unsur hüviyetindedir. Bu suretle cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç üzerine tesis edilen bir görünüşte özgü suç ihdas edilmiştir (Alman CK §218/3)[529].

Kimi suçlarda ise failin sıfatının re'sen takip edilen suçu takibi şikâyete bağlı hale getirdiği görülmektedir. Örneğin sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması hâlinde durum böyledir (TCK m.103/1). Suçun takibi mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlanmıştır. Alman öğretisinde suçu takibi şikâyete bağlı hale getiren bu tip hükümler usule ilişkin nitelikli unsur biçiminde tasnif edilmektedir. Ancak kanımızca suçun cezasına etki etmeden sadece takip şeklini değiştirmekle yetinen bir hususiyetin gerçek anlamda nitelikli unsur teşkil etmesi mümkün değildir.

b. Failin Sayısı

Kimi ceza normlarında kanun koyucu bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini başlı başına cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak karakterize etmiştir. Bu anlamda suça iştirakin cezayı artıran nitelikli unsur teşkil edebilmesi için, suç ortaklarının suça katkısının şeriklik (azmettiren ve yardım eden) düzeyini aşması gerekir. Yani suç ortaklarının her biri suçun icra hareketlerini gerçekleştirerek suça faillik düzeyinde katkı sunmalıdır. Bu suretle kanun koyucu, belirli suçlarda suça müşterek fail olarak katılanların sayısının suçun ağırlık derecesini etkileyeceğini kabul etmiştir[530]. Bu suçlar arasında yağma (TCK m.149/1-c), cinsel saldırı (TCK m.102/3-d), çocukların cinsel istismarı (TCK m.103/3-a), tehdit (TCK m.106/2-c), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m.109/3-b) ve görevi yaptırmamak için direnme (TCK m.265/3) sayılabilir. Bu gibi suçlarda cezayı artıran nitelikli unsurun oluştuğundan söz edilebilmesi için en az iki kişinin müşterek fail olması gerekli ve yeterlidir.

[529] Karş. Kitapçıoğlu Yüksel, **Özgü Suç,** İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.167.
[530] Dreher, **a.g.e.**, s.224; Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s.27; Cihan, **Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188)**, s.171.

Bununla birlikte, kimi ceza normlarında ise suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin cezayı artıran bir nitelikli unsur teşkil edebilmesi için failin sayısının belirli bir miktardan az olmamasının arandığı görülmektedir. Örneğin 765 sayılı TCK'da fail sayısının kimi suçlarda en az üç, kimilerinde beş, kimilerinde ise on olması şart koşulmuştur[531]. 5237 sayılı TCK'da dolandırıcılık suçunun temel şeklinin veya nitelikli dolandırıcılık suçunun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi ayrı bir cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (TCK m.158/3). Benzer şekilde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretinin de üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte yapılması ayrı bir cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder (TCK m.188/5). Ceza normunda bu yönde spesifik bir belirlemede bulunulmadıkça suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiğinin kabulü için en az iki kişinin suça müşterek fail olarak katılımı yeterli olacaktır.

3. Mağdurun Vasfı

Kimi ceza normlarında kanun koyucu mağdurun belirli birtakım sıfatlara sahip olmasını nitelikli unsur şeklinde düzenleme yoluna gitmiştir. Kanunda cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenen bu sıfatlar, mağdurun kamu görevlisi olması (TCK m.94/2-b, 125/3-a, 299), hamile olması (TCK m.82/1-f, 94/2-a, 96/2-a), çocuk (TCK m.96/2-a, 82/1-e, 94/2-a, 105/1, 109/3-f) ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan bir kimse olması (TCK m. 82/1-e, 86/3-b, 94/2-a, 96/2-a, 102/3-a, 109/3-f, 149/1-e), bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olması (TCK m.278/3) şeklinde örneklenebilir.

Bazı suçlarda ise cezayı artıran nitelikli unsurun oluşabilmesi için mağdurun salt çocuk olması yetmemekte, aynı zamanda belirli bir yaşı tamamlamamış çocuk olması aranmaktadır. Örneğin suçu bildirmeme suçunun mağdurunun on beş yaşını tamamlamamış çocuk olması halinde durum böyledir. Bu halde suçun temel şekline göre hükmolunacak cezada yarı oranında artırım yapılması gerekir (TCK m.278/3)[532]. Buna karşılık, kimi suçlarda suçun mağdurunun belirli bir yaşı tamamlamamış çocuk olmasının temel suçun cezasının yalnızca alt sınırında artışa yol açacak şekilde

[531] Cihan, **Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188)**, s.172.
[532] Benzer şekilde bkz. TCK m.234/2.

düzenleme konusu yapıldığı görülmektedir. Çocukların cinsel istismarı suçu bunun örneğini oluşturur. Bu suçun temel şekli karşılığında sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun mağdurunun on iki yaşını tamamlamamış çocuk olması halinde ise hükmolunacak cezanın on yıldan az olamayacağı emredilmiştir (TCK m.103/1). Bu halde de cezanın üst sınırı temel suçun cezasının üst sınırı olan on beş yıl şeklinde kalmaya devam etmektedir. Kanımızca temel suçun cezasının üst sınırında değişiklik meydana getirme gücü bulunmayan hususiyetlerin cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde sınıflandırılması mümkün değildir. Bu gibi haller yalnızca hâkime yönelik cezanın belirlenmesi kuralı hüviyetindedir. Cinsel istismar suçunun mağdurunun on iki yaşını tamamlamamış çocuk olması, sadece hâkimin temel suça karşılık gelen cezanın alt sınırına yaklaşarak hüküm kurmasını engelleme işlevi görür. Bu suretle temel suça karşılık gelen cezayı sadece daraltır. Yoksa gerçek anlamda temel suça ait cezayı ağırlaştırma işlevi görmez. Burada kanun koyucunun yalnızca hâkimin takdir yetkisini kısıtlayan bir cezanın belirlenmesi kuralı ihdas ettiğinden söz edilebilir.

Kimi suçlarda mağdurun salt kamu görevlisi sıfatına sahip olması, cezayı artıran nitelikli unsurun oluşumu için yeterli görülmüştür. Örneğin TCK m.299'da düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret suçunda, nitelikli unsurun oluşumu için mağdurun salt Cumhurbaşkanı sıfatına haiz olması yeterlidir. Bu suçun Cumhurbaşkanına görevi esnasında veya görevi dolayısıyla işlenmiş olması aranmamaktadır. Kimi suçlarda ise kişinin salt kamu görevlisi sıfatına sahip olması nitelikli unsurun oluşumu için yeterli değildir. Örneğin TCK m.94/2-b'de kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu görevi sebebiyle öldürülmesi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yani bir kimseye salt kamu görevlisi sıfatına sahip olması nedeniyle daha üst perdeden koruma sağlanmış değildir. Bu nitelikli unsurun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin mutlaka yerine getirmiş olduğu kamu görevinden ötürü suçun mağduru olması şarttır. Ayrıca kimi suçlarda mağdurun kamu görevlisi sıfatına haiz olması suçun temel şeklinin oluşumunu sağlarken, mağdurun belirli bir mesleği icra eden kamu görevlisi olması cezayı artıran nitelikli unsurun oluşumunu sağlamaktadır. Örneğin, görevi yaptırmamak için direnme suçunun yargı görevi yapan

kamu görevlilerine karşı işlenmesi halinde durum böyledir. Nitelikli unsur sadece suçun mağduru yargı görevi yapan bir kamu görevlisi ise oluşur (TCK m.265/2).

Anayasanın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre kanunların ihdasında ve uygulanmasında cinsiyete dayalı ayrımda bulunulamayacaktır. Bu ilke 5237 sayılı TCK'da da ifadesini bulmuştur. TCK'nın "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrasında bu kanunun uygulanmasında kadın ve erkek arasında cinsiyet temelli bir ayrımın yapılamayacağı ve kadına ya da erkeğe cinsiyet temelli bir ayrıcalık tanınamayacağı vurgulanmıştır. Bu nedenle suçun mağdurunun sırf kadın olması nedeniyle failin daha fazla ya da daha az cezalandırılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Benzer şekilde suçun failinin sırf kadın olması nedeniyle daha fazla ya da daha az cezalandırılması da eşitliğe aykırıdır. Bununla birlikte kadının "*yaradılış ve işlevsel özelliklerinin zorunlu kıldığı ayrımlar*" haklı bir nedene dayanır[533]. Bu nedenle bu tür ayrımlar eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bunun en bilindik örneğini gebe olan bir kadının suçun failini, mağdurunu ya da konusunu oluşturduğu durumlar teşkil eder. 5237 sayılı TCK'da sadece gebe olan kadına suçun faili, mağduru ya da konusu olması nedeniyle önem atfedilmiş, bu durum suça ve oluşa göre cezayı artıran ya da azaltan bir nitelikli unsur olarak karakterize edilmiştir. Bu ihtimalde kadın sırf cinsiyeti sebebiyle değil, fizyolojik olarak içerisinde bulunduğu hamilelik hali nedeniyle özel olarak koruma altına alınmıştır. Kadının hamilelik halinin işlenen suçun ağırlığına (haksızlık içeriğine) etki edeceği kabul edilmiştir (örn. TCK m.99, 100).

---

[533] *"…Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Cinsiyet, yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden olamaz. Ancak cinsiyete dayalı ayrımlarda, bunun, kadınları korumak mı yoksa erkeklere ayrıcalık tanımak amacıyla mı yapıldığı önemlidir. Çünkü, ilk durumda objektif olarak yaratılış ve işlevsel özelliklerin gerektirdiği bir ayrım, ikincisinde ise öbür koşullar aynı olmasına karşın sadece cinsiyetin neden olduğu bir ayrıcalık söz konusudur. Eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların gözardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında ele alınamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı ayrımlar haklı bir nedene dayandıkları için eşitliği bozmadıkları halde cinsiyetten başka bir nedene dayanmayan ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar."* **AYM**, T.23.09.1996, E.1996/15, K.1996/34. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi:03.05.2021). Belirtilmelidir ki bu paragraf, Anayasa Mahkemesi'nin 765 sayılı TCK'da kadının zinası suçu ile erkeğin zinası suçunun oluşumu arasında fark yaratılmasını eşitlik ilkesine aykırı bularak erkeğin zinası suçunu düzenleyen maddeyi iptal ettiği karardan alıntılanmıştır.

Bununla birlikte, kadına karşı şiddetle daha etkin mücadele edilmesi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla yapıldığı ifade edilen bir kanun teklifinde[534], kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur haline getirilmektedir. Buna göre, TCK m.82/1 hükmünün f bendinde geçen "Gebe olduğu bilinen kadına karşı" ifadesinin "Kadına karşı" biçiminde değiştirilmesi öngörülmektedir. Böylelikle kasten öldürme suçunun mağdurunun kadın olduğu tüm hallerde fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kanımızca bu kanun teklifi yukarıda ifade edilen hem Anayasada hem de 5237 sayılı TCK'da benimsenen eşitlik ilkesi ile ve Kanunun sistematiği ile bağdaşmamaktadır[535]. Ayrıca kasten öldürme suçunun kadına karşı işlendiği her hal, "kadına karşı şiddet" ürünü olmayabilir. Suçun olası kastla işlenmesi de olanak dahilindedir.

765 sayılı TCK m.429'da "kız ve kadın" kaçırma suçu düzenlenmişti. Bu suçun 2. fıkrasında mağdurun "evli bir kadın" olması cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak karakterize edilmişti. Öğretide kanun metninde hem "kız ve kadın" ayrımının yapılması hem de kadının evli olmasına daha büyük bir önem atfedilmesi, yani bu durumun suçun haksızlık içeriğini ağırlaştırdığı kabul edilerek cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde düzenlenmesi haklı olarak eleştirilmiştir[536]. Kuşkusuz kaçırılan kişinin

[534] Dönemi ve Yasama Yılı 27/5, Esas Numarası 2/4290, T.16.03.2022.

[535] Aynı kanun teklifinde ayrıca, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama suçunun, işkence suçunun, eziyet suçunun ve tehdit suçunun kadına karşı işlenmesi halinde, hükmolunacak hapis cezasının alt sınırının belirli bir süreden az olamayacağı öngörülerek, bu suçların temel şekline karşılık gelen cezanın alt sınırında artış meydana getirilmiştir. Kanımızca, temel suça karşılık gelen cezanın yalnızca alt sınırında artışa yol açan, ancak temel suçun cezasının üst sınırını artırma kabiliyeti bulunmayan hususiyetler cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmez. Bunlar hakime yönelik cezanın belirlenmesi kuralları olma hüviyeti taşır. Bununla birlikte, suçun mağdurunun sırf kadın olması nedeniyle, temel suçun ceza çerçevesinin alt sınırında artışa yol açan bu tür düzenlemeler de kanımızca hem Anayasada hem de 5237 sayılı TCK'da benimsenen eşitlik ilkesi ile ve Kanunun sistematiği ile bağdaşmamaktadır.

[536] Türkan Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.194. Benzer şekilde 765 sayılı TCK m.438'e göre fuhuş yapmayı meslek edinen bir kadının hürriyetinden yoksun bırakılması ya da cinsel ilişki boyutuna varacak şekilde cinsel saldırıya uğraması halinde failin cezası belirli bir oranda indirilmekteydi. Yani suçun mağduru konumunda bulunan kişinin fuhşu meslek edinmiş bir kadın olması cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmekteydi. Kanun koyucuya göre, kadının bu gibi bir mesleğe haiz olması suçun haksızlık içeriğini hafifleten arızi bir unsur hüviyetindeydi. Zira kanun koyucu bu kadınların meslekleri icabı bahis konusu suçlar nedeniyle uğrayacakları zararın az olacağı ön kabulü ile hareket etmekteydi. Bkz. Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s.146. Bu nedenle kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma ya da cinsel saldırı suçlarının mağdurunun fuhuş mesleğini icra eden kadınlar olması ile diğer kadınlar olması arasında suçun ağırlık derecesi, dolayısıyla da verilecek ceza bakımından ayrım yapmaktaydı. Buna rağmen, bahis konusu hüküm iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğinde, yapılan inceleme neticesinde ETCK m.438 oy çokluğuyla

kadın ya da erkek olması, kadın ise evli olması ya da hem evli hem de çocuk sahibi olması veya bekar olup çocuk sahibi olması gibi varyasyonlar meydana gelen suçun ağırlık derecesini etkilemeyecektir. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu ile korunan hukuki değer bireye ait özgürlüktür. Bu nedenle bireyin önüne gelen cinsiyet ve aile bazlı sıfatların suçun haksızlık içeriği üzerinde bir etkiye sahip olduğu düşünülemeyecektir. Nitekim 5237 sayılı TCK'da "kız" kelimesi kullanılmamıştır. Kadın olma sıfatı ise herhangi bir suçun faili, mağduru ya da konusu olarak salt cinsiyet sebebiyle cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsur şeklinde karakterize edilmemiştir.

4. Fail ile Mağdur Arasındaki İlişki

Kimi ceza normlarında kanun koyucu fail ile mağdur arasında belirli birtakım ilişkilerin mevcudiyetini nitelikli unsur şeklinde düzenleme yoluna gitmiştir. Kanunda cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenen bu ilişkiler, fail ile mağdur arasında altsoy, üstsoy, kardeş ya da eş ilişkisinin bulunması (TCK m.82/1-d, 86/3-a), babalık veya analık (üvey ana/baba) ilişkisinin bulunması (TCK m.96/2-b, 103/3-c), üvey kardeş ilişkisinin bulunması (TCK m.102/3-c, 103/3-c) üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisinin bulunması (TCK m.102/3-c, 103/3-c, 229/2), evlatlık ya da

---

Anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkemeye göre, *"Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticari bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınki kadar bozulmuş sayılmaz." "Yasakoyucu (...) Kaçırmak ya da ırza geçmek suçlarının iffetli kadınlara karşı işlenmesi durumunda daha ağır ceza verilmesini genel ahlak ve kamu yararının korunması açısından zorunlu saymıştır." "Yasakoyucu, fuhşu kendine meslek edinen bir kadının kaçırılması ve ırzına geçilmesi ile aynı eylemin bu durumda bulunmayan kadınlara karşı yapılmasının toplum yaşamında yaratacağı farklı etkileri dikkate alarak suçtan zarar gören kişinin durumuna göre değişik cezalar verilmesini uygun görmüş (...)".* **AYM**, T.12.01.1989, E.1988/4, K.1989/3. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi:03.05.2021). Öğretide haklı olarak bir kadının evli ya da bekar olmasının, bakire ya da seks işçisi olmasının hukuken farklılık ihdas etmeyi ve kadının bahis konusu niteliklerine göre farklı ceza hukuku yaptırımları öngörmeyi gerektirmediği ifade edilmektedir. Bkz. Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s.154. Bu kanun metninden ve Anayasa Mahkemesi'nin kararından anlaşılabileceği üzere hangi olguların suçun haksızlık içeriğini etkilediği, hangi olguların ise etkilemediğinin tayini zaman zaman oldukça çetrefilli olabilmektedir. Bu yöndeki değer yargısı dönemin ahlaki yargılarından ve "toplumsal değerlerinden" önemli ölçüde etkilenmektedir. Bu örnekte adeta ilkel ceza hukuku döneminde hükmolunacak cezalarda köleler ile hür insanlar arasında yapılan ayrıma benzer bir ayrım "iffetli kadın" ile "fuhşu kendisine meslek edinmiş kadın" arasında kanun koyucu vasıtasıyla yapılmış ve bu ayrıma Anayasa Mahkemesi tarafından da hak verilmiştir.

evlat edinen ilişkisinin bulunması (TCK m.102/3-c), vesayet (TCK m.102/3-b) veya hizmet ilişkisinin bulunması (TCK m.102/3-b, 103/3-e, 105/2-a) şeklinde örneklenebilir. Bu gibi hallerde failin ihlal ettiği hukuki değerle özel bir ilişki içinde bulunması ceza artırımının dayanağını oluşturur[537].

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden ileri gelen ceza artırımı, teknik anlamda cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etse de fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanan ceza indirimi, cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmez. Zira kanun koyucu bunları cezayı azaltan şahsi sebepler şeklinde düzenlemiştir[538]. Kanımızca fail ile mağdur arasındaki ilişki ceza artırımını gerektirdiğinde, cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde tasnif edilip suçun haksızlık içeriğine etki ettiği kabul edilirken, bu ilişki ceza hafiflemesini gerektirdiğinde cezayı azaltan şahsi sebep biçiminde tasnif edilip (örn. TCK m.167/2, 270, 273) suçun haksızlık içeriğine etki etmediği kabulünde bulunulması doğru bir düzenleme tekniği değildir. Ancak TCK'da aynı akrabalık ilişkisinin kimi suçlarda cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde, kimi suçlarda ise cezayı azaltan şahsi sebep biçiminde düzenlendiği görülmektedir. Bu kabule göre akrabalık ilişkisi cezayı artırdığında ek suç unsuru hüviyetini kazanarak suça etki etmekte, cezayı azalttığında ise suç unsuru hüviyeti kazanmadığından suça etki etmemektedir.

5. Suçun Konusu

Kimi ceza normlarında suçun konusunun aidiyeti, tahsisi, değeri, miktarı veya diğer birtakım özellikleri cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsur şeklinde düzenlenmiştir[539]. Suçun konusundan ileri gelen nitelikli unsurlu ceza normlarının en bilindik örneği hırsızlık suçudur. Bu suçta suçun konusunun arz ettiği çeşitli özellikler oldukça detaylı bir biçimde cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur olarak

---

[537] Dreher, **a.g.e.**, s.223. Öğretide bir görüşe göre, öldürme suçunda failin mağdurun usul veya füru olması failin vasfına ait bir nitelikli unsurdur. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.63. Kanımızca fail ve mağdur arasındaki usul-füru ilişkisi ya da belirli bir dereceye kadar olan akrabalık ilişkisi, failin vasfından ziyade fail ile mağdur arasındaki ilişkiye dair bir nitelikli unsur olarak sınıflandırılmalıdır.

[538] Zafer, **a.g.e.**, s.634.

[539] Erem/Danıman/Artuk, **a.g.e.**, s.240. Konusu mal olan suçlarda bu malın kime ait olduğu, kimin istifadesine sunulduğu ya da kimin zilyetliğinde bulunduğu malın vasfına ilişkin nitelikli unsur olarak suç tipinde gösterilmiş olabilir. Bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.254.

düzenlenmiştir. Örneğin, hırsızlığın konusunu oluşturan malın paydaş veya elbirliği ile malik olunan bir mal olması cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil eder (TCK m.144/1-a). Öte yandan hırsızlığın konusunu kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan, kamu hizmetine tahsis edilen, kullanımı gereği açıkta bırakılmış olan eşyanın ya da büyük baş veya küçük baş hayvanın oluşturması cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmektedir (TCK m.142).

765 sayılı TCK'da hırsızlık suçunda, suçun konusunu oluşturan malın değerinin "pek hafif" olması cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmişti. Benzer şekilde malın değerinin "pek fahiş" olması da bu suç bakımından suçun konusundan ileri gelen bir cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindeydi (ETCK m.522)[540]. 5237 sayılı TCK'da ise sadece "malın değerinin azlığı"ndan bahsedilmektedir (TCK m.145, 150/2 ve 249)[541]. Bu terimin anlamı ancak hâkim tarafından yapılacak bir değerlendirme neticesinde belirlenebileceğinden farklı şekillerde yoruma açıktır[542]. Yargıtay'a göre, malın değerinin az olup olmadığı belirlenirken yalnızca objektif kıstaslar esas alınarak malın değeri takdir edilip buna göre bahis konusu nitelikli unsurun uygulanıp uygulanmamasına karar verilmesi mümkün değildir. Ayrıca somut olayın özelliklerinin, faili haksızlığa iten nedenlerin ve haksızlığın mağdur üzerindeki etkilerinin de dikkate alınması gerekmektedir[543].

İfade edilmelidir ki 5237 sayılı TCK'da malın değerinin azlığı hırsızlık suçu bakımından hâkimin takdirine bağlı bir cezayı indiren ya da tümüyle ortadan kaldıran sebep şeklinde düzenlenmiştir (TCK m.145). Yağma suçunda ise sadece, hâkimin takdirine bağlı bir cezayı indiren sebep olarak karakterize edilmiştir (TCK m.150/2). Yani yağma ve hırsızlık suçlarında, hâkim suç konusu malın değerinin az olduğunu tespit etse bile cezayı indirmek zorunda değildir[544]. Oysa nitelikli unsurların

---

[540] Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.268; Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.145.

[541] Öğretide kimi yazarlarca 5237 sayılı TCK'da hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin fazla olmasının cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde düzenlenmemesi eleştiri konusu yapılmıştır. Bkz. Yarsuvat/Bayraktar/Yüzbaşıoğlu/Bülbül/Kocasakal, **a.g.e.**, s.311.

[542] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.140.

[543] **Yarg. CGK**, T.24.02.2015, E.2013/6-817, K.2015/14. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.229, dn.229.

[544] Benzer bir düzenleme irtikap suçu bakımından TCK m.250/4'te yer almaktadır. Buna göre, irtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak temel suça karşılık gelen ceza belirli bir oranda "*indirilebilir*". Bu hüküm cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmez. Benzer başka bir örnek için bkz. TCK m.188/6.

mevcudiyeti halinde hükmolunacak cezada değişiklik meydana gelmesi hâkimin takdirine bağlı değildir. Bu durum kanun koyucu tarafından ceza normunda önceden tayin edilmiş hâkime yönelik bir yükümlülük teşkil eder. Ayrıca nitelikli unsurlar temel suçun haksızlık içeriğini buna bağlı olarak da cezasını artırma ya da hafifletme işlevi görür. Ancak bir nitelikli unsurun temel suçun cezasını bütünüyle ortadan kaldırması mümkün değildir. Bu nedenle kanaatimizce hırsızlık ve yağma suçları bakımından malın değerinin azlığının bir cezayı azaltan nitelikli unsur şeklinde karakterize edildiği söylenemeyecektir[545].

Buna karşılık, zimmet suçu bakımından suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı gerçek anlamda cezayı azaltan nitelikli unsur biçiminde düzenlenmiştir (TCK m.249). Zira zimmet suçunda hâkim malın değerinin az olduğu tespitinde bulunmuşsa cezada indirim yapmak zorundadır. Bu hususta takdir yetkisi bulunmamaktadır[546]. Benzer şekilde tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya satın alınması suçunun konusunu önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddenin oluşturması (TCK m.179/3), bilişim sistemine girme suçunun konusunu bedel karşılığı yararlanılabilen bir bilişim sisteminin oluşturması (TCK

[545] Kangal, aynı gerekçeyle bu maddelerde ifade edilen durumun şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebep olarak da vasıflandırılamayacağını savunmaktadır. Yazara göre, TCK m.145 hükmü "takdire bağlı cezalandırmama veya cezayı indirme durumu" şeklinde karakterize edilmelidir. Bkz. Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", s.44. Buna karşılık, Türk öğretisinde ağırlıklı görüş malın değerinin az olmasının hırsızlık suçu bakımından cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil ettiği yönündedir. Bununla birlikte bu hususun daha ziyade bir fiilin suç sayılabilmesi için "özel ağırlıkta olma"sı gerekliliğiyle ilintili olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bkz. İçel/Evik, **a.g.e.**, s.4. Buna göre, hırsızlık suçunun konusunu maddi ve manevi açıdan değersiz olan bir kâğıt parçasının oluşturması halinde, bu gibi bir kâğıdın alınması suç teşkil etmeyecektir. Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.4; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.4. Zira bu durumda suçta niceliksel açıdan yeterlik sınırına ulaşılamamıştır. Yani fiilde konusu itibarıyla, suç teşkil edebilmesi için sahip olması gereken özel ağırlık bulunmamaktadır.

[546] Zimmetin zincirleme suç şeklinde işlenmesi durumunda, bu cezayı azaltan nitelikli unsurun koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, yani malın değerinin az olup olmadığı, zincirin halkasını oluşturan suçlardan her biri için diğerlerinden bağımsız olarak belirlenir. Farklı bir ifadeyle malın değerinin az olup olmadığı belirlenirken zincirleme suçun halkalarını oluşturan suçların her birinin konusunu teşkil eden malların toplam değeri üzerinden bir değerlendirmede bulunulmaz. Aksi halde fail lehine getirilen zincirleme suç kurumu, failin aleyhine sonuç doğuracak şekilde kullanılmış olur. Aynı prensip diğer cezayı artıran ve/veya azaltan nitelikli unsurların uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tayininde de gözetilir. Cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurların uygulanmasında zincirleme suçun bütünü değil, zincirin halkalarını oluşturan münferit suçlar dikkate alınır. Bkz. Öztekin Tosun, "Müselsel Suçlar", **İÜHFM**, C.22, S.1-4, 1956, s.142; Türkan Yalçın Sancar, **Müteselsil Suç**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995, s.152.

m.243/2), tehdit suçunun konusunu malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratma tehdidinin oluşturması (TCK m.106/1) da cezayı azaltan nitelikli unsur hüviyetindedir.

Suç tiplerinde suçun konusuna bağlanan hususiyetler oldukça çeşitlilik arz edebildiğinden, bu suretle oldukça çeşitli nitelikli unsurlar meydana getirilebilir. Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunda hukuka aykırı bir biçimde kayıt altına alınan kişisel verilerin kişilerin siyasi, felsefi, dini görüşlerine, ırki kökenlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması (TCK m.136/2), verileri yok etmeme suçunda kanunlarda öngörülen sürelerin dolmasına rağmen yok edilmeyen verilerin Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre yok edilmesi gereken veriler olması (TCK m.138/2), mala zarar verme suçunun felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş eşya veya tesise karşı işlenmesi (TCK m.152/1-b), görevi kötüye kullanma suçunun meslek, sanat, ticaret veya hizmet ilişkisi kapsamında teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi (TCK m.155/2), çevrenin kasten kirletilmesi suçunun insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliklere sahip atık veya artıklarla işlenmesi (TCK m.181/4), resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belgenin oluşturması (TCK m.204/3), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun konusunu eroin, kokain ya da morfin türünden uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin oluşturması (TCK m.188/4-a), bilişim sisteminin işleyişini engelleme ya da bozma suçunun konusunu bankaya veya bir kamu kurumuna ait bilişim sisteminin oluşturması (TCK m.244/3) bunlara örnek olarak sayılabilir.

6. Fiil

a. Genel Olarak

Fiilin şekilleri ya da diğer bir ifadeyle fiilin özel modaliteleri, suç teşkil eden fiilin işlendiği yere, zamana, bu esnada kullanılan araçlara ve fiilin işleniş tarzına karşılık gelir[547]. Bunlar suç tiplerinde açıkça tasvir edilir. Somut olayda icra edilen hareketin temel ya da nitelikli unsurlu suç tipinde belirtilen varyasyonlara karşılık

[547] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.42, 68; Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.135.

gelmesi halinde, ilgili suç tipine uygunluk yani tipiklik gerçekleşir[548]. Fiilin işleniş tarzı, fiilin işlenmesinde kullanılan araçlar, fiilin işlendiği yer ve zaman gibi varyasyonlar suç tipinde cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur şeklinde karakterize edilmek suretiyle, suç teşkil eden fiile birtakım ek hususiyetler kazandırılır.

Fiile ilişkin varyasyonlar bir suç tipinde kurucu unsur olarak sınıflandırılmışsa, bu varyasyonlar yalnızca gerçekleştirilen fiilin haksızlık teşkil edip etmemesine etki eder. Fiil suç tipinde belirtilen yerde, zamanda ya da şekilde gerçekleştirilmemişse suç teşkil eden bir haksızlığın mevcudiyetinden söz edilemez. Buna karşılık bu hususlar suç tipinde cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur olarak sınıflandırılmışsa, hali hazırda temel şekli ile oluşmuş olan suçun ağırlığı üzerinde etkili olurlar. Yani haksızlık teşkil ettiği muhakkak olan fiilin haksızlık içeriğine etki ederler. Kimi suç tiplerinde ise, bu hususlardan ne temel suçun ne de nitelikli unsurların içerisinde bahsedilir. Bu gibi hallerde, suçun nerede, ne zaman ve ne şekilde işlediğinin hem suçun oluşumu bakımından bir önemi yoktur hem de suçun temel şeklini aşan ağırlık derecesinin belirlenmesi bakımından bir etkisi yoktur.

Suçlar hareketin tipte ifade ediliş şekline göre bağlı hareketli ya da serbest hareketli olabilir. Kanaatimizce prensip itibarıyla hareketin tipte ifade ediliş şekli bakımından tüm nitelikli unsurlu suçlar bağlı ya da seçimlik hareketlidir. Serbest hareketli nitelikli unsur olması mümkün değildir. Zira serbest hareketli suçlar meydana gelen netice üzerinden tasvir edilir. Neticenin ağırlaşması ise nitelikli unsurdan ziyade neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ile ilgili bir husustur.

Bir görüşe göre, hareket unsuru suçun asli unsurları içerisindedir. Bu nedenle somut olayda hareket unsurunun gösterdiği hususiyetlerin de asli unsurlar içerisinde incelenmesi gerekir[549]. Buna göre, bir hususiyetin hareket unsuru ile ilintili olması halinde, bu hususiyetin suçun asli unsuru mu yoksa tali unsuru mu olduğunu incelemeye gerek yoktur. Yapılması gereken hareket unsuru ile ilintili olan her türlü hususiyeti hareket unsuru bahsinde yani suçun asli unsurları arasında incelemektir[550]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira suçun maddi unsurları kurucu ya da

[548] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.40; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.192-193.
[549] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.68.
[550] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.70.

nitelikli unsur olma özelliği gösterebilir. Suçun maddi unsurlarından biri fiil unsurudur. Fiil unsurunun belirli bir suçun temel şeklinde tasvir edilmesinin ardından, aynı suçun nitelikli unsurları içerisinde bu kez o fiilin belirli varyasyonlarının yani somut olayda gösterebileceği hususiyetlerin tasvir edilmesi mümkündür. Bu durumda suç teşkil eden fiilin modalitelerine bağlı bir nitelikli unsur ihdas edilmiş olur. Fiilin varyasyonlarına göre suçun haksızlık içeriği önemli ölçüde değişiklik arz edebiliyorsa, bu türden fiil varyasyonları için temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi dışında ayrı bir ceza çerçevesinin ya da artırım/indirim oranının belirlenmesi bir gereklilik teşkil eder. Ancak bu suretle işlenen suçun haksızlık içeriği hukuki güvenliği de teminat altına alarak karşılanmış olur.

Somut olayda, temel suçta tasvir edilen fiil gerçekleştirilmiş, fakat nitelikli unsurda tasvir edildiği şekilde gerçekleştirilmemişse temel suç oluşur. Nitelikli unsurlu suç oluşmaz. Yukarıdaki görüşün benimsenmesi durumunda ise fiilin her türlü gerçekleştiriliş şeklinin suçun kurucu unsuru olarak kabul edilmesi gerekir. Oysa kimi suçlarda fiilin gerçekleştiriliş şekline göre ortaya çıkan haksızlığın ağırlığı önemli ölçüde farklılık gösterir. Bu görüş, bu türden suçlarda ortaya çıkan haksızlık içeriğinin ağırlığına göre suçun kademelendirilmesine ve ayrı ceza çerçeveleri oluşturulmasına engel olur. Prensip olarak fiilin gerçekleştiriliş şekline göre ortaya çıkan haksızlık içeriği farklılıklarının temel suça karşılık gelen ceza çerçevesinin alt ve üst sınırı içerisinde kalmak kaydıyla hükme yansıtılmasını gerektirir. Ancak bu yöntemin suçun işleniş şekline göre ortaya çıkan haksızlık içeriğinin önemli ölçüde değişiklik arz ettiği suçlarda izlenmesi mümkün değildir. Bu türden suçların ceza çerçevesinin nitelikli unsurların yardımıyla kademelendirilmesi şarttır.

Bu başlık altında, suç tipinde fiilin nitelikli unsur olarak vasıflandırılmış olan modaliteleri incelenecektir.

b. Fiilin İşleniş Şekli

Suç teşkil eden fiillerin işleniş şekilleri tahayyülü mümkün olmayacak biçimde sonsuz bir değişiklik arz eder[551]. Ancak kimi ceza normlarında kanun koyucu fiilin

[551] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.777.

işleniş şeklinde belirli birtakım hususiyetlerin mevcudiyetini nitelikli unsur biçiminde düzenleme yoluna gitmiştir. Bu türden bir nitelikli unsur ihdas edilebilmesi için, fiilin işleniş şeklinin arz ettiği hususiyetin, suçun haksızlık içeriğinde temel suça karşılık gelen cezanın alt ve üst sınırlarıyla karşılanamayacak kadar değişiklik meydana getirmesi gerekir. Kanunda cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenen bu hususiyetler, kimi suçların alenen (TCK m.84/3, 125/4, 130/1, 299/2, 319/2), basın ve yayın yoluyla (TCK m.218), cebir veya tehdit kullanılarak (TCK m.103/4, 109/2, 116/4, 227/4, 234/2, 292/2, 294/3), hile ile (TCK m.109/2, 227/4), teşhir suretiyle (TCK m.105/2-e), yol kesme suretiyle (TCK m.149/1-d), bir kimsenin çaresizliğinden yararlanarak (TCK m.227/4), onur kırıcı bir muameleye maruz bırakarak (TCK m.79/2-b), yakarak, patlayıcı madde kullanarak, radyasyona maruz bırakarak (TCK m.152/2-a, c), özel beceriyle (TCK m.142/2-b), dinî duyguların istismar edilmesi suretiyle (TCK m.158/1-a), suç örgütünün faaliyeti kapsamında (TCK m.91/4, 228/4, 229/3), kendini tanınmayacak hale koyma suretiyle (TCK m.106/2-b, 119/1-b, 149/1-b, 265/3), haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle (TCK m.132/1), bilişim sistemlerini kullanarak (TCK m.142/2-e, 158/1-f, 228/3) ve belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanma suretiyle (TCK m.137/1-b) işlenmesi şeklinde örneklenebilir.

Fiilin işleniş şekli ile ilgili hususiyetlerin cezayı azaltan nitelikli unsur biçiminde de düzenlenmesi mümkündür. Örneğin görevi kötüye kullanma suçunun ihmal suretiyle (TCK m.257/2), kasten yaralama suçunun etkisi basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek suretle (TCK m.86/2) işlenmesi ve cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması (TCK m.102/1, 103/1) halinde durum böyledir[552].

Cebrin cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlendiği suçlarda, nitelikli unsurun oluştuğundan söz edilebilmesi için mevcudiyeti aranan cebrin yoğunluğunun farklı şekillerde derecelendirildiği görülmektedir. Örneğin madde gerekçesine göre, cinsel istismar suçunda uygulanan nitelikli unsur hüviyetindeki cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini meydana getirecek düzeyde olması gerekir. Buna karşılık yine madde gerekçesine göre, konut dokunulmazlığının ihlali suçunda

[552] Bir görüşe göre burada zikredilen basit tıbbi müdahaleye ve sarkıntılığa ilişkin nitelikli unsurlar neticenin ağırlığına ilişkindir. Bkz. Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs", s.386.

uygulanan nitelikli unsur hüviyetindeki cebrin kasten yaralama suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurunu meydana getirecek düzeyde olması şarttır[553]. Yani cebir kullanımından ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsurun oluşabilmesi için konut dokunulmazlığını ihlal suçunda en fazla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde etki meydana getirilmesi gerekirken, cinsel istismar suçunda ise basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün üzerinde olan, fakat kasten yaralamanın temel şeklini aşmayan bir etkinin meydana getirilmesi mümkündür. Görüldüğü gibi kanun koyucu nitelikli unsur hüviyetindeki cebrin haksızlık yoğunluğu ve suça olan etkisi bakımından çeşitli suç tipleri arasında fark yaratmıştır. Belirtilen sınırların aşılması halinde her iki suçta da failin kasten yaralama suçundan ayrıca cezalandırılması gerekir.

Bir suçun temel şekli serbest hareketli iken, cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsurlu şeklinin bağlı ya da seçimlik hareketli olması mümkündür[554]. Bu türden suçların en bilindik örneğini kasten öldürme suçu oluşturur. Bu suç ölüm neticesini meydana getiren herhangi bir hareketle işlenebilir. Ancak suçun eziyet çektirerek, bombalama ya da yangın çıkarma suretiyle işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (TCK m.82/1-b, c). Benzer şekilde hırsızlık suçunun da herhangi bir alma hareketiyle işlenmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu suçun elde veya üstte taşınan eşyayı çekip alma suretiyle işlenmesini cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde düzenleme yoluna gitmiştir (TCK m.142/2-b). Bu durumlarda kanun koyucu temel suçun oluşumu bakımından fiilin işleniş şekline önem atfetmezken, nitelikli unsurların oluşumu bakımından fiilin işleniş şekline önem atfetmiştir. Bunun nedeni fiilin işleniş şekline istinaden suç tipinde sayılan nitelikli unsur hüviyetindeki bağlı ya da seçimlik hareketlerin suçun haksızlık içeriğini temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi ile karşılanamayacak ölçüde değişikliğe uğratmasıdır[555].

[553] Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı C.I**, s.287-288, 311.
[554] Karş. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.185.
[555] Öğretide bir görüş, fiilin işleniş şekli ile fiilin niteliği arasında ayrım yapmakta ve hakaret suçunun yüze karşı işlenmesini fiilin niteliği ile ilgili nitelikli unsurlar arasında sınıflandırmaktadır. Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.268. Kanımızca verilen örnekteki durum da fiilin işleniş şekli ile ilgilidir. Fiilin niteliği ifadesi oldukça geniş ve müphem bir kavram olduğundan bu gibi bir ayrıma gerek bulunmamaktadır.

c. Fiilin İşlenmesinde Kullanılan Araç

Kimi ceza normlarında kanun koyucu suç teşkil eden fiilin gerçekleştirilmesinde kullanılan aracı nitelikli unsur şeklinde düzenleme yoluna gitmiştir. Bu halde suçun kanunda açıkça zikredilen araç vasıtasıyla işlenmesi, temel suçun haksızlık içeriğini önemli ölçüde etkilemektedir. Kanunda cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenen araçlardan en bilineni hiç kuşkusuz silahtır. Kanun koyucu pek çok suç tipinde suçun silahla işlenmesini (TCK m.86/3-e, 102/3-d, 103/4, 106/2-a, 109/3-a, 119/1-a, 149/1-a, 265/4, 292/3), kimi suç tiplerinde ise bunun nükleer, biyolojik veya kimyasal silah olmasını (TCK m.82/1-c, 152/2-c) nitelikli unsur olarak düzenlemiştir. Bunun dışında kimi suçların posta yoluyla veya elektronik haberleşme araçlarıyla (TCK m.105/2-d), imzasız mektupla (TCK m.106/2-b), taklit anahtarla (TCK m.142/2-d) veya herhangi bir cisimle (TCK m.102/2) işlenmesinin de suç tiplerinde cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde karakterize edildiği görülmektedir[556].

Bu nitelikli unsurun gerçekleşebilmesi için kural olarak aracın suçun işlenmesi sırasında fiilen kullanılmış olması gerekir. Bununla birlikte, özellikle aracın yalnızca mağduru korkutma işlevi gördüğü hallerde, fiilen kullanılması aranmaz. Bu durumda failin aracı sadece yanında bulundurması ve mağdura göstermiş olması nitelikli unsurun oluşumu için yeterli olacaktır. Nitekim Alman CK'da failin kimi suçların (örn. hırsızlık) işlenmesi sırasında yanında salt silah veya tehlikeli bir alet bulundurması ayrı bir cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir.

d. Fiilin İşlendiği Zaman

Kanun koyucu kimi ceza normlarında suç teşkil eden fiilin işlendiği zamanı nitelikli unsur olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Bu gibi hallerde fiilin işlendiği zaman suçun haksızlık içeriğine temel suça denk düşen ceza çerçevesi ile giderilemeyecek ölçüde etki etmektedir. Bu kapsamda TCK'nın özel hükümler kitabında kimi suçların gece vakti (TCK m.116/4, 143, 149/1-h), savaş zamanında

[556] Kimi yazarlarca suçun basın yoluyla işlenmesi nedeniyle cezanın artırılması fiilin işlenmesinde kullanılan araçtan ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsur olarak sınıflandırılmıştır. Bkz. Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.268. Kanımızca suçun basın veya yayın yoluyla işlenmesi, fiilin işlenmesinde kullanılan araçtan ziyade fiilin işleniş şekliyle ilintili bir nitelikli unsur hüviyetindedir.

(TCK m.305/2, 319/3, 326/2, 327/2, 328/2-b, 329/2, 330/2, 332/2, 336/2, 337/2, 339/2), ticari faaliyetler sırasında (TCK m.158/1-h), kamu görevinin ifası veya mesleğin icrası sırasında (TCK m.282/3) işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde karakterize edilmiştir. Ayrıca 765 sayılı TCK'da kimi suçların[557] gündüz vakti işlenmesinin de cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak kategorize edildiği görülmektedir. 5237 sayılı TCK'da ise bir suçun gündüz vakti işlenmesi nitelikli unsur şeklinde tasvir edilmemiştir. Bunların yanı sıra Askeri CK'da, TCK'daki kimi suçların seferberlik zamanında ya da Türkiye Cumhuriyeti'ni tehdit eden yakın bir savaş tehlikesinin mevcudiyetini gösteren fevkalade zamanlarda işlenmesi ayrı bir cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (Askeri CK m.56/1-A).

e. Fiilin İşlendiği Yer

Kanun koyucu kimi ceza normlarında suç teşkil eden fiilin işlendiği yeri nitelikli unsur biçiminde düzenleme yoluna gitmiştir. Bu gibi hallerde fiilin işlendiği yer suçun haksızlık içeriğine temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi ile karşılanamayacak ölçüde etki etmektedir. Suçun işlendiği yere nitelikli unsur olarak özel bir önem atfeden suçların başında hırsızlık gelir. Bu suçun kamu kurum ve kuruluşunda, ibadete ayrılmış yerde (TCK m.142/1-a), halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçlarının içinde, halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçlarının belirli kalkış ve varış yerlerinde (TCK m.142/1-c), sıvı veya gaz hâlindeki enerjinin nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde (TCK m.142/3) işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder. Bunun dışında kimi suçların işlendiği yerin konut, işyeri veya bunların eklentileri olması (TCK m.149/1-d), suçun yabancı bir ülkede işlenmiş olması (TCK m.300/3), mahkeme huzurunda veya yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunla yetkili kılınmış olan kişi veya kurul önünde işlenmesi (TCK m.272/2), okulda, yurtta, hastanede, kışlada, ibadethanede ya da umuma açık bir yerde (TCK m.188/4-b, 191/10), insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu

[557] 765 sayılı TCK m.491/b.4'e göre hırsızlık suçunun "*Gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müştemilatına girilerek*" işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder.

ortamlarda (TCK m.102/3-e, 103/3-b) işlenmiş olması cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir[558].

7. Netice

a. Somut Tehlike Neticesi

Alman CK'da somut tehlike suçu hüviyetinde olan cezayı artıran nitelikli unsurlara da rastlamak mümkündür. Örneğin, Alman CK §225/3'te yer alan, koruması altındaki kişiye kötü muamelede bulunma suçunu, kasten yaralama suçunun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak kabul eden görüşe göre, bu hüküm cezayı artıran nitelikli unsurlu bir somut tehlike suçu teşkil eder. Zira suçun işlenmesi için failin koruması alında olan kişiyi, ağır bir şekilde sağlığının bozulması tehlikesine uğratmış olması yeterlidir[559]. Benzer şekilde, Alman CK §238'de düzenlenen takip etme suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun kendisinin, bir aile mensubunun ya da yakın ilişki içerisinde olduğu başka bir kişinin ölüm tehlikesine ya da ağır bir şekilde sağlığının bozulması tehlikesine uğratılması (§238/2), neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç teşkil etmez. Tehlike suçu olarak düzenlenmiş bir cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder. Bu nedenle, failin tehlikeye düşürme kastı ile hareket etmesi gerekir[560]. Görüldüğü üzere, özel bir tehlike neticesinin söz konusu olduğu hallerde (örn. malvarlığında kayba yol açma tehlikesi, sağlığa ağır bir şekilde zarar verme tehlikesi ya da ölüm

---

[558] TCK m.102/3-e ve 103/3-b hükümlerinin kapsamına giren yerler madde gerekçesinde kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane şeklinde örneklenmiştir. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı C.I**, s.284.

[559] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.293. Alman CK §234/4 Nr.1 hükmü somut tehlike suçu türündeki cezayı artıran nitelikli unsura verilebilecek başka bir örnek teşkil eder. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.431. Benzer şekilde buna Alman CK §315d hükmü de örnek verilebilir. Bu hükümde yasaklanmış araç yarışları suçu düzenleme konusu yapılmıştır. Bir araç sürücüsü bu suçu işleme suretiyle bir başkasının malını ya da hayatını somut bir biçimde tehlikeye düşürürse cezası artmaktadır. Nitelikli unsurun gerçekleşebilmesi için failin bu tehlikeye düşürme hususunda kasten hareket etmesi şarttır. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.1043.

[560] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.351. Tehlike mağdurun bireysel bir dezavantajlı durumundan ileri geliyorsa failin bunun bilgisine haiz olması gerekir. Aynı yönde Alman CK §250/1 Nr.1c hükmü bağlamında bkz. Wessels/Hettinger/Schuhr, **a.g.e.**, kn.376. Kasten yaralama suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun ölüm tehlikesine düşürülmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil ettiğinden kastla ilgilidir. Ancak bu suçun ölüm neticesi ile sonuçlanması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilir. Bu nedenle ölüm neticesi bakımından taksirin mevcudiyeti yeterli olur. Bkz. Frister, **a.g.e.**, §31 kn.7.

tehlikesi şeklinde) suçun netice unsurunun da cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde sınıflandırılması mümkündür.

TCK'da da bu türden cezayı artıran nitelikli unsurlara rastlamak mümkündür. Örneğin askerî tesisleri tahrip suçunda gerçekleştirilen fiilin "*Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş kudret ve yeteneğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koymuş olması*" halinde temel suça kıyasla hükmolunacak ceza artar (TCK m.307/2-b). Failin kastının cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindeki bu somut tehlike neticesini de kapsaması şarttır[561].

b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların, bir temel suçun nitelikli unsuru olma özelliği gösterip göstermediği öğretide tartışma konusu olmuştur. İtalyan öğretisinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, neticenin cezanın artırılmasını gerektiren bir "ağırlaştırıcı sebep" olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır[562]. Neticenin ağırlaştırıcı sebep olduğu suçlar netice bakımından nitelikli (mevsuf) suçlar biçiminde isimlendirilir. Buna karşın yine İtalyan öğretisinde, bu isimlendirmeyi doğru bulmayan ve ikinci neticenin suçu nitelikli hale getirmediğini, aksine müstakil bir suç yarattığını savunan görüşler de mevcuttur[563].

Alman öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar cezayı artıran nitelikli unsurların özel bir türüdür (formudur)[564]. Bu suçlarda temel suçun cezası ağır bir neticenin gerçekleşmesi nedeniyle yükselir. Burada cezayı artıran nitelikli unsur, temel suçun işlenmesi yoluyla belirli bir ağır neticenin gerçekleşmesine neden olunmasından kaynaklanır. Bu suretle kasten gerçekleştirilen temel suçu aşan yeni bir durum ortaya çıkar. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ait

[561] Benzer düzenlemeler için bkz. TCK m.326/2, 327/2, 328/2-b, 329/2, 330/2, 334/2, 335/2, 336/2, 337/2.
[562] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.86-87.
[563] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.87.
[564] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.203; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.180; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.63; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.116. Nitekim bu yazarların neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun tanımı ve yapısı ile ilgili genel bilgileri cezayı artıran nitelikli unsurlu suçları inceledikleri üst başlık altında verdikleri görülmektedir.

netice "cezayı artıran nitelikli netice" şeklinde isimlendirilir[565]. Başka bir görüşe göre ise, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, cezayı artıran nitelikli unsurların sıradan bir ortaya çıkış şekli[566] ya da cezayı artıran nitelikli unsurlu suç tiplerinin Alman CK'da sıklıkla karşılaşılan bir formudur[567]. Bu türden suçlarda, failin kastettiği netice temel suça, ortaya çıkan netice ise nitelikli unsurlu suça aittir. Yani zarar neticesi temel suçun unsuru olmayıp, cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelir[568]. Her iki görüşe göre, örneğin ölüm neticeli kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde (yani fail, mağduru öldürmeyi istememesine rağmen kasten yaralamanın bir süre sonra mağdurun ölümüne yol açması durumunda), meydana gelen ölüm neticesi bu suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu oluşturur (Alman CK §227)[569].

Alman öğretisinde bulunan genel kabule göre ise, cezayı artıran bir nitelikli unsurun suçun netice unsuru üzerine inşa edilmesi de mümkündür. Ancak bu durumda, nitelikli neticenin kasten işlenmesi gerekir. Nitelikli netice, tehlike neticesi olabileceği gibi, ihlal (zarar) neticesi de olabilir. Bu itibarla, ceza normlarında suçun netice unsuru üzerine inşa edilen nitelikli unsurlarla, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların ayırt edilmesinde şüpheye düşülebilir. Bu gibi hallerde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, madde metninde kullanılan "neden olma" (yol açma) ifadesi sayesinde, suçun netice unsuru üzerine eklenerek geliştirilen cezayı artıran nitelikli unsurdan ayırt edilir. Kanun metinlerinde ağır netice bakımından "neden olma" formülasyonunun kullanılması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların karakteristik özelliğidir. Zira kanun koyucu sadece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu düzenleyen ceza normlarında bu ifadeye yer verilir. Buna karşılık, netice unsuru üzerine inşa edilen cezayı artıran

[565] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §6 kn.63; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.203, 212; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.116. Örneğin, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri Alman CK §226/1'de sayılmıştır. Bu durumlardan birinin (örn. mağdurun görme, işitme ya da konuşma yeteneğinin kaybolması) mevcudiyeti halinde, failin cezai sorumluluğunun doğabilmesi için ağır neticeye taksirle neden olması yeterlidir. Buna rağmen kimi yazarlar bu hükmün kasten yaralama suçunun cezayı artıran nitelikli unsuru olduğu görüşündedir. Bkz. Frister, **a.g.e.**, §7 kn.24; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §22 kn.2.

[566] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.45

[567] Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.63.

[568] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.45; Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.63.

[569] Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.116; Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.45; Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.64, 68, 71. Nitelikli unsurların soyut tehlike suçlarını, somut tehlike suçu ya da zarar suçu haline getirebileceği hususunda bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.61.

nitelikli unsurlu suç tiplerinde "ölüm tehlikesine düşürme (sokma)" gibi bir formülasyon bulunur[570].

Türk öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, biri suçun kurucu unsurları içerisinde yer alan ve temel suça ait olan, diğeri ise arızi unsur teşkil eden ve nitelikli (mevsuf) suça ait olan iki neticenin mevcut olması mümkündür. Bunlar "iki neticeli suçlar" şeklinde adlandırabilir. Ağırlaştırıcı sebep teşkil eden netice, suçun maddi unsurları içerisinde yer alır. Bu neticenin mevcudiyeti mevsuf suçun oluşumunun zorunlu bir şartıdır[571]. Diğer bir görüşe göre, failin kastettiği neticenin yanında başka bir neticenin ortaya çıkması suretiyle meydana gelen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, suçun nitelikli hali hüviyetindedir[572]. Buna göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ortaya çıkan özel netice, temel suça ait neticenin hususiyet kazanmasıyla yani nitelikli hale gelmesiyle oluşur. Bunun sebebi, tıpkı nitelikli unsurlar gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların da temel suça bağlanmış olması ve cezalarının buna göre artırılmış olmasıdır. Cezanın artmasına yol açan netice de temel suçtan ayrı bir suça ait değildir[573]. Öte yandan Türk öğretisinde de Alman öğretisiyle benzer şekilde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu, nitelikli unsurların alt türü biçiminde kategorize eden

[570] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §34 kn.5; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §13 kn.3. Alman öğretisine göre, bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun üzerine de cezayı artıran nitelikli unsurun eklenmesi mümkündür. Alman CK §226/1 buna örnek teşkil eder. Hükmün 2. fıkrasında, failin suçun 1. fıkrasında sayılan ağırlaşmış neticeleri bilerek veya isteyerek gerçekleştirmesi halinde, 1. fıkradaki hapis cezasının alt sınırının artacağı öngörülmüştür. Alman öğretisine göre, bu şekliyle §226/2 hükmü, netice unsuru üzerine inşa edilmiş bir cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindedir. Dolayısıyla bu hüküm Alman öğretisinde, bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça eklenen cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde tavsif edilir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §13 kn.2; Eisele, **Strafrecht BT I**, kn.343; Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.249. Kanımızca bu hükmün gerçek anlamda cezayı artıran nitelikli unsur teşkil edebilmesi için, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ait ceza çerçevesinin üst sınırında bir artış meydana getirmesi gerekir. Hüküm bu şekliyle yalnızca hâkime yönelik cezanın belirlenmesi kuralı hüviyetindedir.

[571] Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s.87, 144.

[572] Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.222; Veli Özer Özbek, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", **CHD**, S.4, 2007, s.223-224; Muharrem Özen, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s.214-217. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun her tür ortaya çıkış şeklinde aşırı ikinci neticenin cezayı artıran nitelikli unsur olma özelliği gösterdiği hususunda bkz. Zafer, **a.g.e.**, s.372, dn.244. Özbek'e göre, örneğin kasten yaralama suçunda mağdurun ölümü "*yaralamanın nitelikli hallerinin gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkar*". Bkz. Özbek, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", s.226.

[573] Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.10-11.

görüşler bulunmaktadır. Buna göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar da nitelikli unsur sayılır[574].

Yukarıda değinilen tüm ayrıksı görüşlere rağmen, Türk öğretisinde yaygın olan düşünce, cezanın artırılmasının suçun netice unsuru ile ilgili bir hususiyetten kaynaklandığı hallerde, neticenin nitelikli unsur olma özelliği göstermediği, bu gibi bir durumda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun oluştuğu yönündedir. Zira nitelikli unsurların netice unsuru üzerine inşa edilmesi mümkün değildir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nitelikli unsurlardan ayrı, bağımsız bir hukuk kurumudur[575]. Nitelikli unsurlar temel suça eklenen tali suç unsurları olma özelliği gösterirken; temel suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli suçun bir unsuru olma vasfına sahip değildir. Nitelikli unsur kastın kapsamında yer alırken, failin özel neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksirinin mevcudiyeti yeterlidir[576].

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde verdiği eski tarihli bir kararında ölüm neticeli yaralamaya ilişkin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu (ETCK m.452), kasten öldürme suçunun cezasını azaltan bir sebep olarak vasıflandırmıştı. Aynı Kanun döneminde verdiği daha yakın tarihli bir başka kararında bu suçu kasten öldürme suçunun vasfını belirleyen bir sebep olarak karakterize etmişti[577]. 5237 sayılı TCK döneminde ise Yargıtay, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu öğretideki kimi yazarlar gibi kendi içerisinde gerçek ve görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde ikiye ayırmış ve kurumun hukuki nitelemesini bu ayrıma göre yapmıştır. Buna göre, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice temel suçtan ayrı, bağımsız bir suç teşkil eder. Buna karşılık, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice, temel suçun cezayı artıran nitelikli unsuru hüviyetindedir. Zira bu durumda özel

---

[574] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.417, 653.

[575] Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.430-431; Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.700; Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", s.93; Muharrem Özen, **a.g.e.**, s.151. Bu durumda meydana gelen ağır ya da başka netice, temel suça eklenen bir özellik olarak değerlendirilemez. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.146.

[576] Doğan, **a.g.e.**, s.12, 318. Bir görüşe göre ise, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da temel suça eklenen hususiyet unsur olma özelliği gösterir. Ancak bu unsurun, cezayı artıran nitelikli unsurlardan farklı olarak kastın kapsamında olması şart değildir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §13 kn.2.

[577] İlk karar ve eleştirisi için bkz. Muharrem Özen, **a.g.e.**, s.151-152. İkinci karar için bkz. **Yarg. CGK**, T.19.06.1995, E.1995/126, K.1995/210. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi:10.05.2021).

netice bağımsız bir suç teşkil etmeden cezanın ağırlaşmasına yol açar[578]. Kanımızca, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun da taksirle işlenebildiği düşünüldüğünde, bu türden suçlara ait olan ağır neticenin cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde sınıflandırılması mümkün değildir.

İfade edilmelidir ki, bir hukuk kurumunun hukuki niteliğinin doğru bir biçimde ortaya konulması bu kuruma bağlanan hukuki sonuçların tespiti açısından büyük öneme haizdir[579]. Zira yapılan bu vasıflandırmaya göre, kuruma bağlanan hukuki sonuçlar önemli ölçüde değişiklik arz edecektir. Yapılan sınıflandırmanın yansımaları hem maddi ceza hukukunda hem de ceza muhakemesi hukukunda ortaya çıkacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da tıpkı nitelikli unsurlu suçlarda olduğu gibi ceza artırımına meşruiyet kazandıran hususiyetler suç tipinde tek tek nihai bir şekilde sayılır ve somut olayda bu hususiyetlerden birinin gerçekleştiğinin tespiti halinde, zorunlu olarak bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun mevcudiyetinin kabulü gerekir. Bu nihailik ve mecburilik özellikleri itibarıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, nitelikli unsurlara yakınlaşmaktadır.

Bununla birlikte kanuni düzenlemeye göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşumu için ağır ya da başka neticenin taksirle gerçekleştirilmesi yeterlidir (TCK m.23). Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların taksirle de işlenebilmesi, bunları nitelikli unsurlardan ayıran temel kriterdir. Zira cezayı artıran maddi nitelikli unsurların mevcudiyeti için failin ilgili nitelikli unsuru bilmesi gerekir. Yani bir nitelikli unsurdan söz edilebilmesi ve failin cezasının bu kapsamda artırılabilmesi için salt taksirin varlığı yeterli değildir. Oysa failin fiilen gerçekleşen ağırlaşmış ya da başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için bunu bilmesi şart değildir. Diğer maddi veya manevi unsurların aksine, netice unsuru üzerinde meydana gelen bu hususiyetin faile isnat edilebilmesi için taksir yeterli olacaktır. Failin fiilen gerçekleşen ağır ya da başka neticeyi bilmemesi durumunda nasıl bir yol izleneceği, TCK m.30/2'ye göre değil özel

[578] **Yarg. CGK**, 20.11.2007, 5-142/240. Bkz. Doğan, **a.g.e.**, s.16-17. Aynı yönde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.400-401.
[579] Doğan, **a.g.e.**, s.8.

hüküm olan TCK m.23'e göre çözümlenir[580]. Bu netice unsuru üzerinde gerçekleşen hususiyetin nitelikli unsur biçiminde tavsif edilmesinin önündeki en temel engeldir.

Ancak kasten işlenmesi durumunda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ile nitelikli unsurlar arasında manevi unsur bakımından ortaya konulan bu fark kalkmaktadır. Ağırlaşmış neticenin kasten meydana getirilmesinin ayrı bir suç olarak düzenlenmediği hallerde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun kasten işlenmesi mümkündür[581]. Bu durumda bir suça ait netice unsuru kast-kast kombinasyonu ile ağırlaşmaktadır. Bu gibi hallerde, manevi unsurdaki ayniyet nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun nitelikli unsura yaklaştığından söz edilebilir. Nitekim bir görüşe göre, ağırlaşmış netice kanunda bağımsız bir suç olarak tanımlanmamışsa kast-kast kombinasyonundan ileri gelen bir cezayı artıran nitelikli unsur mevcuttur[582]. Yani bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, esasen bir cezayı artıran nitelikli unsur karakterine sahiptir. Kanımızca bu ihtimalde de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun teknik anlamda nitelikli unsur teşkil ettiğinden söz edilemeyecektir. Zira nitelikli unsurların taksirle gerçekleştirilebilmesi olanak dahilinde değildir. Ancak kast-kast kombinasyonundan meydana gelen ve ağır neticenin kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmediği suçların taksirle de işlenebilmesi daima olanak dahilindedir. Yani bu halde ağır neticenin taksirle de meydana getirilebilmesi mümkünken, kasten meydana getirilmiştir. Bir suçun taksirle işlenmesi mümkün olduğu halde, kasten işlendi diye nitelikli unsur olarak tavsif edilmesi doğru olmayacaktır.

Nitelikli unsur ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç arasındaki bir diğer fark ise bunların üzerine inşa edildiği unsurların kapsamına ilişkindir. Nitelikli unsurlar suçun maddi ya da manevi kurucu unsurları üzerine inşa edilebilirken, neticesi sebebiyle

---

[580] Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", s.93; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.180. Alman uygulamasında da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşumu için taksirin mevcudiyeti yeterlidir (Alman CK §18). Ancak kimi suçlarda özel düzenlemelerle taksirin değerlendirme ölçütü yükseltilerek, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşumu için failin ağır taksirli (*leichtfertig*) davranması aranmıştır. Bu durumda failin ağır neticeye, ağır taksirle neden olması gerekir. Bu gibi hallerde, failin kasten hareket etmesi durumunda da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç evleviyetle oluşur. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.48; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.180.

[581] Hakan Karakehya, "Netice Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda, Ağırlaşan Neticenin Muhtemel Olmasının Cezai Sorumluluğa Etkisi", **CHD**, S.9, 2009, s.165. Örneğin, yaralama suçunda failin kastının mağdurun yüzünde sabit bir ize yol açma olduğu hallerde durum böyledir (TCK m.87/1-c). Bkz. Mustafa Ruhan Erdem, "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar", **Uğur Alacakaptan'a Armağan C.I**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.260.

[582] Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.1062.

ağırlaşmış suç sadece maddi kurucu unsur olarak karakterize edilen netice unsuru üzerine inşa edilebilir[583]. Bu itibarla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun temel suça kıyasla ağırlaşmış haksızlık içeriği yalnızca meydana gelen özel neticeden ileri gelir[584]. Bu durum da kanun gereği ya neticenin ağırlaşması ya da başkalaşması suretiyle gerçekleşir. Yani netice unsuruna hususiyet ağırlaşma veya başkalaşma şeklinde katılır. Oysa nitelikli unsurlar bakımından kural olarak böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.

Her iki hukuk kurumu arasında diğer bir fark korunan hukuki değerlere ilişkindir. Kastedilenden başka bir neticenin ortaya çıkması suretiyle meydana gelen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, temel suçtan bütünüyle farklı hukuki değerleri korur[585]. Oysa bir suçun temel şekli ile nitelikli unsurlu şekli arasında korunan hukuki değerler kural olarak kayda değer bir değişiklik göstermez[586].

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve nitelikli unsurlu suçlar TCK'nın özel hükümler kitabında veya yan ceza kanunlarında suç bazlı olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için TCK'nın genel hükümler kitabında ayrıca bir tanım yapılmıştır (TCK m.23)[587]. Nitelikli unsurlar bakımından genel hükümler kitabında yapılan bu gibi genel bir tanım bulunmamaktadır.

---

583 Hakeri, nitelikli unsurlar ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu birbirinden ayırırken, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun daha müstakil olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.122. Koca/Üzülmez, nitelikli unsurların fiilin haksızlık içeriğine etki ettiğine, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun ise netice unsuruyla ve bunun ağırlığıyla ilintili olduğuna, temel suça eklenen bir özellik teşkil etmediğine işaret etmektedir. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.146. Yazarlar nitelikli unsurları suçun son maddi unsuru olarak ele almaktadır. Kanaatimizce nitelikli unsurlar fiilin haksızlık içeriğinin ötesinde suçun haksızlık içeriğine etki eder. Zira nitelikli unsurlar sadece suçun maddi unsurları ile ilintili değildir. Saik ve amaç gibi manevi unsurlar da suç tiplerinde nitelikli unsur biçiminde karakterize edilebilir. Örneğin fail öldürme suçunu töre saikiyle ya da kan gütme saikiyle işlediğinde, saik unsuru fiilden ziyade suçun haksızlık içeriğine etki eder.

584 Erdem, **a.g.e.**, s.261.

585 Özbek, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", s.228. Özel neticenin başka bir suçun unsurunu oluşturduğu hallerde temel suç ile özel netice farklı hukuki değerleri korur. Bkz. Doğan, **a.g.e.**, s.305.

586 Bununla birlikte, istisnai olarak özel neticenin başka bir suçun unsuru olmaması mümkündür. Bu durumda temel suç ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun koruduğu hukuki değerler ayniyet arz eder. Bkz. Doğan, **a.g.e.**, s.20, 319. Ancak korunan hukuki değerlerde ayniyet de tek başına neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu nitelikli unsur haline getirmez.

587 Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç-nitelikli unsur ayrımında bunların suç tiplerindeki düzenlenme yeri belirleyici bir kriter olmaktan uzaktır. Zira kimi suçlarda nitelikli unsurlar ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ayrı ceza normlarında düzenlenmişken (TCK m.86/2 ve 87); kimi suçlarda ise aynı ceza normu içerisinde düzenleme konusu yapılmışlardır (TCK m.149/1 ve 149/2). Doğan, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların nitelikli unsurlardan ayrı bir maddede düzenlenmesi gerektiğini

Bahis konusu kurumlar arasında, oluşan suçun temel suçla ayniyet arz edip etmediği hususunda da bir fark bulunmaktadır. Öğretide neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun temel suçtan ayrı bir suç olduğu savunulmaktadır. Yani temel suç ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç iki ayrı suç teşkil eder[588]. Buna karşılık kanunda bir suçun nitelikli unsurlarının yer aldığı suç tipi ile temel suç tipi aynı suça ilişkindir. Nitelikli unsurlar, temel suçun ayniyetinde bir değişiklik meydana getirmez. Açıklanan tüm bu sebeplerle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların nitelikli unsur türü şeklinde değerlendirilemeyeceği, bu türden suçların nitelikli unsur teşkil etmediği düşüncesindeyiz. Kanımızca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ile nitelikli unsurlar birbirinden ayrı ceza hukuku kurumlarıdır.

Bu itibarla, öğretide öteden beri tartışmalı olan TCK m.89 hükmünün hukuki niteliğinin de ortaya konulması gerekir. TCK m.87'de öngörülen hükmün kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu suçun kast-kast ya da kast-taksir kombinasyonuyla işlenmesi mümkündür. TCK m.89/2-3 hükümlerinde ise, TCK m.87/1-3 hükümlerinde öngörülen ağırlaşmış neticelerin taksirle yaralama suçunda ortaya çıkması hali düzenleme konusu yapılmıştır. TCK m.23 hükmünün ifadesi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun taksir-taksir kombinasyonu ile oluşmasının mümkün olmadığı izlenimi yarattığından, öğretide taksirle yaralama suçunda öngörülen ağırlaşmış neticelerin cezayı artıran nitelikli unsur olarak tavsif edildiği görülmektedir[589].

---

savunmaktadır. Bkz. Doğan, **a.g.e.**, s.18. Kanımızca böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Gerek bir suçun temel şeklinin gerek nitelikli unsurlarının gerekse neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin tespitinde bunların ceza normlarında düzenlenme yeri belirleyici bir kriter teşkil etmez.

[588] Özbek, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", s.229, 240. Doğan, bu suçları hareketi bir suça neticesi ise başka bir suça ait olan "karma tipiklik" şekli biçiminde karakterize etmektedir. Buna göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bünyesinde birden fazla suça ait unsuru bir arada barındırır. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun işlenmesi halinde, özel norm niteliğinde olan tek bir suç tipi ihlal edilmiş demektir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun bünyesinde bulunan suçlara ait suç tipleri ise genel norm hüviyetindedir. Bkz. Doğan, **a.g.e.**, s.18-19, 287-288.

[589] TCK m.89/2-3 hükümlerinin "meydana gelen neticeden kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler" oldukları hususunda bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.213vd. "Netice yüzünden cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haller" oldukları hususunda bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 19. Bs., 2021, s.301. Ayrıca TCK m.89/4'te taksirle yaralama suçunun birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumu için de bir ceza artırımı öngörülmüştür. Bu hüküm de öğretide "taksirle yaralamaya özgü nitelikli hal" biçiminde tavsif edilmektedir. Bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 16. Bs., 2021, s.241. Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.300.

Kanımızca bu tavsif doğru değildir. Zira nitelikli unsurların taksirle gerçekleştirilmesi imkânı bulunmamaktadır[590]. Temel suçun haksızlık içeriği netice unsurunda meydana gelen ağırlaşma nedeniyle artıyorsa ve bu neticenin de taksirle meydana getirilmesine kanun koyucu tarafından sonuç bağlanmışsa, artık nitelikli unsurlardan daha spesifik olan bir kurumun, yani neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun mevcudiyetinden söz edilmesi gerekir. Bu itibarla TCK m.89/2-4 hükümlerinin cezayı artıran nitelikli unsur olarak sınıflandırılamayacağı görüşündeyiz[591].

Son olarak eklenmelidir ki nitelikli unsur kapsamında öngörülen cezanın somut olayda tatbik edilebilmesi için, nitelikli unsurun suçun icrası sırasında nedensel bir etkiye sahip olması şarttır. Nedensellik bağı bulunmayan hallerde nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin, failin elinde baltayla kapısı açık bırakılmış başkasına ait bir konutun içine izinsiz şekilde girdiği hallerde, balta suçun icrası sırasında nedensel bir etkiye sahip değildir. Zira suçun işleniş şekliyle nitelikli unsur arasında nedensellik bağı mevcut değildir[592]. Bu nedenle konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşmuş olsa da suçun silahla işlenmesi nedeniyle faile verilecek cezada artırım yapılamayacaktır.

C. Suçun Manevi Unsuruyla İlgili Nitelikli Unsurlar

1. Nitelikli Unsurlar ile Kast ve Taksir Arasındaki İlişki

Nitelikli unsurlar, kasten işlenen temel suça eklenebilen tali unsurlardandır. Taksirle işlenen suça nitelikli unsur eklenebilmesi mümkün değildir. Ayrıca temel şekli kasten işlenebilen bir suçun nitelikli unsurlarının taksirle gerçekleştirilmesi de

[590] Bir görüşe göre, taksirli suçların işlenme şekillerinin arz ettiği hususiyet nedeniyle nitelikli unsurlar taksirle gerçekleştirilemez. TCK m.89/2-3'te, ihlal edilen özen yükümlülüğünde ve hareketin haksızlık içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmeden, sadece netice ağırlaşmaktadır. Oysaki nitelikli unsurlar hareketin haksızlık içeriğine de etki eder. Bkz. Serkan Meraklı, "TCK m.89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2019, s.344-345.

[591] Kanımızca TCK m.89/2-3'te öngörülen ağırlaşmış neticelerin taksir-taksir kombinasyonu ile oluşan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu meydana getirdiği çıkarımı yapılabilir. Nitekim hükmün gerekçesinde de bu yönde belirlemede bulunulmuştur. Öğretide, TCK m.89/2-3'ün bu şekliyle, genel hüküm olan TCK m.23'ün özel hükümler kitabında yer alan bir istisnasını oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. M.Emin Artuk/Ahmet Gökcen/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 19. Bs., 2021., s.319. Karş. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.248. Öte yandan, TCK m.89/4'ün ise özel bir aynı neviden fikri içtima hükmü olduğu çıkarımı yapılabilir.

[592] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.122.

mümkün değildir[593]. Bununla birlikte öğretide, taksirle işlenebilen bir suçun bilinçli taksirle işlenmesinin cezayı artıran nitelikli unsur (suçu ağırlaştıran neden) biçiminde sınıflandırıldığı görülmektedir[594]. Bilinçli taksirin basit taksire kıyasla daha ağır cezai sorumluluğu gerektirdiği hususunda şüphe duyulmaz[595]. Ancak kanımızca 5237 sayılı TCK ile kurulan suç teorisinde, bir suçun bilinçli taksirle işlenmesi nitelikli unsur olarak değerlendirilemez. Nitekim, cezanın hesaplanması sürecinde izlenecek yolu tarif eden 61. maddede, nitelikli unsurlardan ileri gelen ceza değişikliği 4. fıkrada düzenlenmişken, bilinçli taksir ve olası kasttan ileri gelen ceza değişikliği, nitelikli unsurlardan ayrı olarak 2. fıkrada düzenleme konusu yapılmıştır. Öte yandan, nitelikli unsurun mevcudiyeti için belirli bir suçun kanuni tanımında ayrıca ve açıkça tarifi gerekirken, bilinçli taksir bakımından bu gibi bir mecburiyet bulunmaz. Kanunda taksirle işlenebileceği belirtilen her suçun aynı zamanda bilinçli taksirle de işlenmesi mümkündür.

Benzer şekilde, kasten işlenen bir suçun (örn. kasten öldürme), bu suçun taksirle işlenen şeklinin (örn. taksirle öldürme) cezasını artıran nitelikli unsuru olduğundan ya da tersine taksirle işlenen bir suçun, bu suçun kasıtlı şeklinin cezasını azaltan nitelikli unsuru olduğundan bahsedilemez. Zira, her iki durumda dış dünyada meydana gelen değişiklik aynı olsa da (ölüm neticesi) bu suçların değersizlik içeriği bütünüyle farklılık arz eder. Bu nedenle kasten öldürme, insan öldürme suçunun temel şekli olarak karakterize edilirken, taksirle öldürme ise kendine özgü suç biçiminde sınıflandırılmaktadır[596]. Bu itibarla taksirin suçun özel bir beliriş şekli olduğundan da söz edilebilir.

---

[593] Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.430, 471. Kast ve taksir arasında, bilme bileşeni de dahil olmak üzere herhangi bir ortak bileşen mevcut değildir. Kast, suç tipine uygun olan bir fiilin gerçekleştirildiğinin bilinmesine dayanır. Taksir ise suç tipine uygun olan bir fiilin gerçekleştiğinin bilinmemesine ilişkindir. Kast ve taksir arasındaki ilişki bir suçun temel şekli ile nitelikli unsurları arasındaki ilişki gibi değildir. Yani bunlardan biri diğerinin üzerine inşa edilmez. Kast ve taksir yapısal olarak bütün bileşenleriyle birbirinden ayrışır. Bkz. Keçelioğlu, **a.g.e.**, s.37. Karşı görüşteki Özen'e göre, cezayı artıran veya azaltan genel ve özel nitelikli unsurlar taksirli suçlarda da bulunabilir. Bkz. Mustafa Özen, **Ceza Hukukunda Taksir**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.288.

[594] Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.120, 212. Bilinçli taksiri genel bir ağırlatıcı sebep olarak kabul eden ve etmeyen kanun örnekleri için bkz. Kayıhan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s.195-196.

[595] İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.196.

[596] Gropp, **Strafrecht AT**, §2 kn.48; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 2.

Bilindiği üzere "*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*" (TCK m.22/1). Bu düzenleme cezalandırılabilirlik üzerinden şekillendirildiği için, doğal olarak genellikle suçun kurucu unsurlarıyla ilişkilendirilmekte ve bununla yetinilmektedir. Buna göre, bir suçun kurucu unsurlarını taksirle gerçekleştiren failin cezalandırılabilmesi için, kanunda bu hususta açık bir düzenleme olması gerekir. Aksi takdirde failin cezalandırılabilmesi mümkün olmayacaktır. Kanımızca bu düzenlemenin tali de olsa suç unsuru olması nedeniyle nitelikli unsurlara da sirayet ettirilmesi gerekir. Zira nitelikli unsurlar kural olarak suçun kurucu özellikteki maddi unsurlarının üzerine inşa edilir. Yani bunlar suçun kurucu maddi unsurlarına bir hususiyet katılması ile oluşturulur. Bu itibarla, nitelikli unsurlar kural olarak kasten gerçekleştirilebilir. Kanunda ayrıca ve açıkça nitelikli unsurun taksirle gerçekleştirilebileceği öngörülmedikçe, failin taksirle işlediği nitelikli unsurdan sorumlu tutulması mümkün olmaz. 5237 sayılı TCK'da bir nitelikli unsurun taksirle de gerçekleştirilebileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemede bulunulmamıştır. Bu nedenle kural olarak taksirle gerçekleştirilen bir nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi mümkün değildir[597].

Bununla birlikte öğretide taksirli suçlarda da nitelikli unsurların mevcut olabileceği görüşünde olan yazarlar bulunmaktadır. Örneğin, TCK m.85'te taksirle öldürme suçu düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında suçun mağdurunun birden fazla kişi olması halinde fail için daha ağır bir ceza öngörülmüştür. Kimi yazarlar TCK m.85/2 hükmünü cezayı artıran nitelikli unsur olarak karakterize etmektedir[598]. Kanımızca bu düzenleme cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetinde olmayıp, özel bir aynı neviden ya da farklı neviden fikri içtima hükmüdür. Suçun temel şekline ait netice unsuruna hususiyet katılarak, ağırlaşmış bir zarar neticesinin meydana gelmesinin ceza artırımının dayanağını oluşturduğu ve kanunda bu ağırlaşmış neticenin taksirle de

[597] Kanımızca TCK m.30/2 hükmü de bu kabulü gerektirir. Zira nitelikli unsurların taksirle de işlenmesi mümkün olsaydı, hata bakımından kurucu unsurlardan ayırt edilmeleri ve 2. fıkrada özel bir biçimde düzenlenmeleri gerekmeyecek, 1. fıkradaki suçun maddi koşullarında hata hükmü nitelikli unsurlara da sirayet ettirilebilecekti.

[598] Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s.227. Benzer şekilde bu hükmün "*taksirle öldürmenin ağırlatıcı sebebi*" olduğu hususunda bkz. Özbek, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", s.227.

gerçekleştirilmesine hukuki sonuç bağlandığı hallerde bir cezayı artıran nitelikli unsurun mevcudiyetinden söz edilemeyecektir.

TCK'nın 21. maddesinin ilk fıkrasında, "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*" denilerek kastın tanımına yer verilmiştir. Buna göre kast, suç tipindeki tüm unsurları kapsamına alabilecektir. Nitelikli unsurlar da suç unsuru olduklarına göre, cezayı artıran veya azaltan tüm nitelikli unsurların kastın kapsamında olduğu düşünülebilir. Ancak öğretide bu konuda çeşitli görüş ayrılıklarının bulunduğu görülmektedir.

Bir görüşe göre, kastın bilme unsuru sadece suç tanımındaki bütün kurucu maddi unsurları kapsar. Cezayı artıran nitelikli unsurların devreye girebilmesi için fail tarafından bilinmesi gerekir. Ancak bu bilmenin kast ile herhangi bir bağlantısı yoktur. Zira kast sadece suçun kurucu unsurları ile irtibatlı olan bir kavramdır. Nitekim hata bahsinde kanun koyucu suçun kurucu maddi unsurlarında düşülen hatayı kastı kaldıran hata biçiminde düzenlemişken (TCK m.30/1), nitelikli unsurlarda düşülen hatayı doğrudan doğruya kastla irtibatlandırmamıştır (TCK m.30/2). Bu nedenle nitelikli unsurlar kastın kapsamında değildir; fakat cezayı artıran nitelikli unsurların faile yüklenebilmesi için bunları bilmesi şarttır[599].

Öğretideki baskın görüşe göre ise, kastın bilme unsuru suçun nitelikli unsurlarını da kapsar. Kast sadece suçun kurucu unsurlarına özgülenebilecek bir manevi unsur değildir. Suçun tali unsurları hüviyetindeki nitelikli unsurların da kastın kapsamında olması mümkündür. Suçun işlenişi sırasında nitelikli unsuru gerçekleştirmeye yönelik bir kastı yoksa, bu nitelikli unsurun failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi sürecinde etkili olması mümkün olmaz. Bu görüş kastın kapsamına dahil olma

[599] Zafer, **a.g.e.**, s.311. Benzer şekilde, yalnızca suçun kurucu unsurlarının kastın kapsamında olduğu hususunda bkz. N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.224, 270. Önder, suçun cezasını artıran nitelikli unsurların devreye girebilmesi için fail tarafından bilinmesini yeterli görmektedir. Yazar kast terimini kullanmamıştır. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.69. Ancak yazarın nitelikli unsurlarda hata bahsinde, nitelikli unsurları failin kastı ile ilişkilendirerek açıklamalarda bulunduğu görülmektedir. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.313-314. Dönmezer/ S.Erman'a göre, "*ağırlatıcı sebepler bakımından ise, failin kastının bunları da kapsamına alması, daha doğrusu bu ağırlatıcı sebeplerin failce bilinmesi şart*"tır. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.322.

bakımından cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurlar arasında ayrım yapmamaktadır[600].

Başka bir görüşe göre, failin sadece cezayı artıran nitelikli unsurları bilmesi şarttır. Cezayı azaltan nitelikli unsurlar fail tarafından bilinmiyor olsa bile daima onun lehine hüküm ifade eder. Bu itibarla sadece suçun cezasının artmasına yol açan nitelikli unsurların kastın kapsamında olduğundan söz edilebilir. Suçun cezasının azalmasına yol açan nitelikli unsurlar kastın kapsamında değildir[601]. Cezayı azaltan nitelikli unsurların somut olayda objektif biçimde var olması gerekli ve yeterlidir. Objektif olarak mevcut olan cezayı azaltan nitelikli unsurlardan fail her halde yararlanacaktır. Bunların fail lehine hüküm ifade edilebilmesi için fail tarafından bilinmeleri aranmaz. Bu nedenle, suçun işlenmesi sırasında objektif bir biçimde gerçekleşmiş olan bir cezayı azaltan nitelikli unsur, fail tarafından bilinip bilinmediği araştırılmaksızın cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır[602].

Kanımızca TCK m.21/1 ve 30/2 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde kastın hem cezayı artıran hem de cezayı azaltan maddi nitelikli unsurları kapsamına aldığı kabulünde bulunulabilecektir. Bununla birlikte, cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için daima kastının kapsamında olması şart iken, cezayı azaltan nitelikli unsurdan failin istifade edebilmesi için bu nitelikli unsurun daima kastının kapsamında bulunması şart değildir. Zira düştüğü hata neticesinde fail cezayı azaltan nitelikli unsurun objektif mevcudiyetini bilmese de bundan yararlanacaktır. Buna karşılık, faile kastının kapsamında olmayan (bilmediği) bir cezayı artıran maddi

---

[600] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.161-162; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.430, 444; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.238; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.231; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.187-188; İskender, **a.g.e.**, s.12. Cezayı azaltan nitelikli unsurların da kastın kapsamında bulunması gerektiği hususunda bkz. Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs", s.390.

[601] Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.129; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.369; Centel, **a.g.e.**, s.343; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 394; Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.270; Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.323; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.391; Sözüer, **Suça Teşebbüs**, s.160-161; Önder Tozman, **Suça Teşebbüs**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.57; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.389; Dülger, **a.g.e.**, s.80-81; Şen, **a.g.e.**, s.324. Öztürk/Erdem, sadece cezayı artıran nitelikli unsurların kastın kapsamında olduğuna işaret etmekte, cezayı azaltan nitelikli unsurlar bakımından ise herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Bkz. Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.242. Karakehya, cezayı artıran nitelikli unsurların (kesin olarak) bilinmelerinin gerekmediğini, öngörülmelerinin yeterli olduğunu savunmaktadır. Bkz. Hakan Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010, s.56.

[602] Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.369.

nitelikli unsurun yüklenmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, failin hareketiyle gerçekleşen cezayı artıran nitelikli unsur arasında sadece bir maddi nedensellik bağının kurulması sorumluluk için yeterli olmaz[603]. Sonuç olarak, cezayı azaltan maddi nitelikli unsurların da kural olarak failin kastının kapsamında kaldığı, ancak TCK m.30/2'ye göre, failin bu nitelikli unsurlarda düştüğü hatadan daima yararlandırılması gerektiğinden, hata halinde cezayı azaltan maddi nitelikli unsurlardan istifade edebilmesi için kastının bu nitelikli unsurları da kapsamasının şart olmadığı kabulünde bulunulması gerekir. Aksi kabul 30/2 hükmünü cezayı azaltan maddi nitelikli unsurlar bakımından uygulanamaz hale getirir.

Öte yandan, Alman CK'da nitelikli unsurlar ve kast arasında kurulan ilişki TCK'dan belirli ölçüde farklılık arz eder[604]. Alman öğretisinde §15 ve §16 hükümlerinden hareketle, açıkça hem cezayı artıran hem de cezayı azaltan nitelikli unsurların failin kastının kapsamında olması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, failin kastının kapsamında olmayan bir cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu tutulması mümkün olmaz. Bu durumda fail sadece kastının kapsamında kalan temel suç üzerinden cezalandırılabilir. Benzer şekilde, kastının kapsamadığı bir cezayı azaltan nitelikli unsurun fail lehine hüküm ifade edebilmesi de mümkün değildir. Yani fail bilmediği bir cezayı azaltan nitelikli unsurdan istifade edemeyecektir[605]. Cezayı

---

[603] 1990 öncesi İtalyan CK m.59'a göre faile "ağırlatıcı nedenler"in yüklenmesi objektif mahiyet arz etmekteydi. Yani fail ağırlatıcı nedeni bilmese de objektif olarak gerçekleşmişse bundan sorumlu tutulmaktaydı. Bkz. Muharrem Özen, **a.g.e.**, s.232.

[604] Alman CK §15'te kasıtlı hareket düzenleme konusu yapılmıştır. Hükmün eski şeklinde açıkça, failin bir cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu tutulabilmesi için kastının cezayı artıran maddi koşulları da kapsaması gerektiği belirtilmişti. Hükmün bugün yürürlükte olan şeklinde ise bu hususta açıkça belirlemede bulunulmamıştır. Ancak bu durum eski düzenlemeden sapıldığı anlamına gelmemektedir. Bkz. Detlev Sternberg-Lieben/Frank Schuster, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019, §15 kn.26. Alman öğretisinde, kastın kapsamının tayininde Alman CK §16/1'deki hata düzenlemesi dayanak alınmaktadır. Hükmün mefhumu muhalifine göre, failin bilgisinin suç tipine ait olan "durumları" kapsaması gerekir. Bu terimle, suç tipi unsurları tarafından ifade edilmiş olan, maddi olaylara (vakıalara) ait durumlar kastedilir. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §5 kn.13. Alman CK §16'da zikredilen "durumlar" (maddi koşullar), suç tipinin unsurlarına aittir. Bu itibarla, her unsur kastın konusunu oluşturur. Bkz. D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §16 kn.8/9.

[605] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.179, 182; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.47; Baur, **a.g.e.**, s.655. Cezayı artıran nitelikli unsurların kastın kapsamında olduğu hususunda bkz. Beer, **a.g.e.**, s.536; Benjamin Dzatkowski/Josephin Wolter, "Heiße Ware", **JA**, 2017, s.191. Bir görüşe göre, kastın kapsamına nitelikli unsurun fail tarafından hem bilinmesi hem de istenmesi girer. Yani bir cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için failin bu nitelikli unsuru hem bilmesi hem de istemesi gerekir. Aksi halde, nitelikli unsur objektif olarak gerçekleşse de sübjektif olarak gerçekleşmemiş demektir. Bu nedenle, failin cezai sorumluluğunun temel suça göre belirlenmesi gerekir. Bkz. Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.116.

azaltan nitelikli unsura ilişkin yapılan bu çıkarıma, Alman CK §16/2'nin mefhumu muhalifinden varılmaktadır. Buna göre, daha hafif bir kanunun suç tipini gerçekleştiren durumların da fail tarafından bilinmesi gerekir. Hüküm sadece cezayı azaltan nitelikli unsurlar üzerinden kurulmuştur. Ancak cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen durumlar da temel suçun haksızlık içeriğinde değişikliğe yol açmaktadır. Bu nedenle bunların da kastın kapsamında olduğunun kabulü gerekir[606].

Failin, gerçekleştirdiği fiil sonucunda cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden bir hususiyetin meydana geleceğini bilmesi, bundan sorumlu tutulması için yeterlidir. Buna karşılık, failin ayrıca bu hususiyetin kanunda bir cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde düzenlendiği bilgisine sahip olması aranmamaktadır. Örneğin, kasten öldürme suçunu işleyen failin öldürdüğü kişinin gebe bir kadın olduğunu bilmesi TCK m.82/1-f'deki cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir. Failin ayrıca kanunda (TCK m.82/1-f) gebe olduğu bilinen bir kadının öldürülmesinin cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde düzenlendiği bilgisine sahip olması gerekmemektedir[607].

Örneğin, yaralama suçunun kasten (TCK m.86) ya da taksirle (TCK m.89) işlenmesi mümkündür. Zira yaralamanın taksirli hali de kanunda suç olarak düzenlenmiştir. Babanın yaralanması kanunda kasten yaralama suçunun cezasını artıran bir nitelikli unsur biçiminde düzenlenmiştir (TCK m.86/3-a). Ancak taksirle yaralama suçunun babaya karşı işlenmesi ne TCK m.89'da ne de başka bir maddede cezayı artıran nitelikli unsur olarak yer alır. Bu nedenle bir kimsenin babasını taksirle yaralaması halinde, ancak taksirle yaralamanın temel şekli üzerinden cezalandırılması mümkün olacaktır. Buna karşılık bir kimsenin babasını kasten yaralaması halinde TCK

---

[606] Kühl, **Strafrecht AT**, §5 kn.14; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §49 III 1; D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §15 kn.26; Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 64. Aufl., München, C.H.Beck, 2017, §16 kn.11. Daha önce de değinildiği üzere, Alman öğretisinde bir de ceza muhakemesi hukukuna ilişkin olan nitelikli unsurların mevcudiyetinden bahsedilmektedir. Bunlar temel suça karşılık gelen cezada herhangi bir değişikliğe yol açmazlar. Sadece re'sen takip edilen temel suçun takibini şikâyete bağlı hale getirirler. Bu itibarla gerçek anlamda suç unsuru hüviyetinde olmayan usule ilişkin kanuni düzenlemelerdir. Alman öğretisinde, cezayı azaltan nitelikli unsurların failin lehine hüküm ifade edebilmesi için, kastının kapsamında olması gerektiği belirtilirken, esasen maddi ceza hukukuna ilişkin olan, gerçek cezayı azaltan nitelikli unsurlar kastedilmektedir. Usule ilişkin olan nitelikli unsurların ise failin kastının kapsamında bulunması aranmamaktadır. Bkz. Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.116. Eklenmelidir ki kanımızca usule ilişkin nitelikli unsur söylemi doğru değildir.

[607] Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, s.57-58.

m.86/3-a'da düzenlenen nitelikli unsurdan sorumlu tutulması mümkündür. Görüldüğü üzere, babanın yaralanması suçunun taksirle işlenmesi halinde, bu hususiyeti nitelikli unsur biçiminde düzenleyen bir hüküm bulunmazken, kasten işlenmesi halinde bu hususiyeti nitelikli unsur olarak düzenleyen bir hüküm mevcuttur. Failin bu nitelikli unsurdan sorumlu tutulabilmesi için yaralamanın temel şeklini kasten gerçekleştirilmiş olması yeterli değildir. Ayrıca bu suçu babasına karşı işlediğinin bilincinde olması, yani buna vakıf olması gerekir. Fail gerçekleştirdiği fiil ile babasını yaraladığını bilmiyorsa, bu hususiyete ilişkin cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenmesi mümkün olmayacak ve fail kasten yaralama suçunun temel şekli kapsamında cezalandırılabilecektir.

Taksirli suçlarda nitelikli unsurların olmaması, dolayısıyla da nitelikli unsur kaynaklı ceza artırımı ya da indirimi yapılamamasının nedeni taksirin doğasına içkindir. Bir kimsenin başka bir kimseyi taksirle yaralaması halinde bunu yumruğunu kullanarak ya da silahla gerçekleştirmesi arasında esas alınacak ceza çerçevesi bakımından bir ayrım yapılmamıştır. Zira fail taksirli suçlarda tipe uygun fiilin gerçekleştiğini bilmemektedir. Nitekim failin sorumluluğunun kaynağını tipik fiilin gerçekleştiğinin bilinmemesi oluşturur[608]. Bu nedenle kanun koyucu tipik fiilin icrasının yumrukla ya da silahla gerçekleşmesi arasında, hükmolunacak ceza belirlenirken esas alınacak ceza çerçevesi anlamında bir farklılık yaratmaz. Taksirle yaralamanın silahla işlenmiş olması, ancak bu suça ait ceza çerçevesi içerisinde üst sınıra yaklaşılmasını sağlama işlevine sahip olabilir (TCK m.61/1).

Sonuç itibarıyla, cezayı artıran maddi nitelikli unsurun fail bakımından hüküm ifade edebilmesi için failin suçu işlediği sırada bu nitelikli unsurun mevcudiyetinin bilincinde olması şarttır. Nitelikli unsurun objektif olarak mevcudiyeti, failin bu nitelikli unsur karşılığında öngörülen yaptırım üzerinden cezalandırılması için yeterli olmayacaktır. Bu konuda Türk ve Alman öğretisinde görüş birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte, failin cezayı azaltan nitelikli unsurdan istifade edebilmesi için, bu hususta bilgiye sahip olması gerekip gerekmediği ise TCK ve Alman CK'da farklı surette düzenleme konusu yapılmıştır. Nitelikli unsurlarda hataya ilişkin Alman CK

[608] Keçelioğlu, **a.g.e.**, s.37.

§16/2'ye göre failin cezayı azaltan nitelikli unsurdan istifade edebilmesi için, bu unsuru gerçekleştiren durumları bilmesi gerekir. Ancak bu hükmün TCK'daki karşılığını oluşturan madde 30/2'de böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK'da hata halinde, failin cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırılması için bu hususta bilgiye sahip olması aranmamıştır. Dolayısıyla bu türden nitelikli unsurun objektif mevcudiyeti yeterli olacaktır.

2. Kastın Yoğunluğu

Suçun işlenmesi sırasında kastın yoğunluğunda meydana gelen artışa kanun koyucu kimi suç tiplerinde önemli sonuçlar bağlar. Kastın yoğunluğunda artış meydana getiren ve buna kanun koyucunun suç tipinde önem atfettiği temel hususiyet *tasarlamadır (taammüd, düşünce kastı, yoğun kast)*[609]. Tasarlama mahkeme içtihatlarında ve öğretide, bir kast türü şeklinde karakterize edilmektedir. Buna göre tasarlama, kastın daha yoğun bir ortaya çıkış şeklidir[610]. TCK'da tasarlamaya sadece kasten öldürme suçu bakımından cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak madde 82'de yer verilmiştir[611]. Buna göre, tasarlayarak öldürme suçun haksızlık içeriğinde temel suça ait ceza çerçevesi ile giderilemeyecek ölçüde artış meydana getirir. Kanun koyucunun suçun tasarlanarak işlenmesine önem atfetmediği suçlarda ise suç tipinde

---

[609] Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.130; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.253. Tasarlama, kastın en ağır şeklidir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.332. Müşterek hukuk döneminde tasarlama, yaralama ve öldürmenin de içerisinde bulunduğu pek çok suç tipi bakımından cezayı artıran nitelikli unsur olarak telakki edilmekteydi. Bkz. Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.146.

[610] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.331-332; Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.63; Şen, **a.g.e.**, s.334. Buna karşılık kimi yazarlar, kast türleri arasında yoğun olan kast veya yoğun olmayan kast şeklinde bir derecelendirme yapılamayacağını ileri sürmektedir. Ozansü'ye göre, kast fiilin icra edildiği anda ortaya çıkar. Bu nedenle hareketin öncesine yani iradenin oluşum sürecine tekabül eden saik ve tasarlamanın kast kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunlar kusura ait kavramlardır ve kusurun tespiti sırasında dikkate alınmaları gerekir. Bkz. Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.147-150, 200. Dülger'e göre de kastta bir derecelendirme yapılamaz. Bu nedenle tasarlama, kastın özel bir görünümüdür. Bkz. Dülger, **a.g.e.**, s.100, dn.163. Ayrıca öğretide tasarlamanın suçun işleniş şeklinden ileri gelen bir nitelikli unsur olarak sınıflandırıldığı da görülmektedir. Bkz. Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.212. Kanımızca tasarlama kastın yoğun bir türü olarak tanımlanırsa, suçun manevi unsuru ile irtibatlandırılan bir nitelikli unsur olarak sınıflandırılması gerekir.

[611] 765 sayılı TCK'da adam öldürme suçunun (ETCK m.450) yanı sıra, etkin eylem suçunda tasarlamaya suçun cezasını artıran bir nitelikli unsur olarak yer verilmişti (ETCK m.457/2). Bkz. İçel/Evik, **a.g.e.**, s.193. Benzer şekilde 1858 Ceza Kanunname-i Humayunu m.170'te de tasarlama kasten öldürme suçunun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak düzenlenmişti. Bkz. Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.212.

tasarlamaya ilişkin herhangi bir belirleme bulunmaz. Yani tasarlamaya suçun kurucu ya da nitelikli unsuru olarak suç tipinde yer verilmez. Bu durumda, hâkim suçun tasarlanarak işlenmesi nedeniyle kastın yoğunluğunda (ve suçun haksızlık içeriğinde) meydana gelen artışı alt ve üst sınırlı temel suça ait ceza çerçevesi içerisinde üst sınıra yaklaşarak hüküm kurma suretiyle dikkate alabilir (TCK m.61/1-f).

Tasarlamaya önem atfedip, suç tipine nitelikli unsur olarak taşıyıp taşımama kanun koyucunun takdirindedir. Örneğin TBMM Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan TCK Tasarısında kasten öldürme suçunun tasarlama suretiyle işlenmesi suçun temel işleniş şekli olarak kabul edilmişti. Yani tasarlayarak öldürme, kasten öldürmenin temel şeklinin oluşmasını sağlamaktaydı. Suçun ani bir kararla işlenmesi ise cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmekteydi. Böylelikle kasten öldürme suçu bakımından adeta tasarlama kural, ani kast ise istisna haline getirilmişti. Bu düzenleme şekli öğretide eleştiri konusu olmuştu[612]. Görüldüğü üzere, yürürlükteki TCK'da kasten öldürme suçunun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak düzenlenen tasarlamanın, kanun koyucunun iradesi doğrultusunda aynı suçun kurucu unsuru olarak düzenlenmesi de mümkündür. Bu örnek bir hususiyetin aynı suç bakımından kurucu ya da nitelikli unsur olarak düzenlenmesinin oldukça geçişken olduğunu da gözler önüne sermektedir.

Gerek 765 sayılı TCK'da gerekse 5237 sayılı TCK'da tasarlama terimi tanımlanmamıştır[613]. Tasarlamadan ne anlaşılması gerektiğini açıklamak üzere öteden beri öğretide ve yargı kararlarında soğukkanlılık, plan kurma ve teemmül teorileri kullanılmaktadır. İlk teoriye göre, failin suçu işlemeye karar vermesi ile icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlaması arasında belirli bir zaman aralığının mevcudiyeti ve failin soğukkanlılıkla suçun icra hareketlerini gerçekleştirmesi

---

[612] Bu hususa ilişkin eleştiriler için bkz. N.Toroslu/Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", s.15; Artuk/Çınar, **a.g.e.**, s.79; Yarsuvat/Bayraktar/Yüzbaşıoğlu/Bülbül/Kocasakal, **a.g.e.**, s.305; Bahri Öztürk, "Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, 2004, s.323-324; Tezcan/Erdem, **a.g.e.**, s.348-349.

[613] 1858 Ceza Kanunname-i Humayunu m.169'da tasarlama suretiyle öldürmenin tanımı yapılmıştır. Buna göre, "*Taammüden katil bir kimse katil fiilini ikadan mukaddem zihninde tasavvur ve tasmim etmiş bulunmasıdır*". Bkz. Ahmet Gökcen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989, s.147.

nedeniyle tasarlama daha ağır cezalandırılır. İkinci teoriye göre, failin suçu nasıl işleyeceği hususunda plan kurması (ana hatlarıyla düşünmesi) ve kurduğu plana istinaden hareket etmesi nedeniyle tasarlama daha ağır cezalandırılır[614]. Son teoriye göre ise, failin suçu işlemeye karar verdikten sonra icra hareketlerine başlayıncaya kadar geçen sürede yapmaya karar verdiği hareketlerin kötülüğünü idrak etmesine ve kararından dönme imkânı olmasına rağmen, icra hareketlerini gerçekleştirmesi nedeniyle tasarlama daha ağır cezalandırılır[615]. Öte yandan öğretide tasarlamanın, soğukkanlılık, plan kurma ve teemmül teorilerinin unsurları birleştirilerek de tanımlandığı görülmektedir. Buna göre, tasarlama failin suç işleme kararına istinaden soğukkanlı bir biçimde ve yapmış olduğu planın kapsamı dahilinde, suç işleme kararından belirli bir süre dönmeksizin fiili icra etmesidir[616]. Yargıtay tarafından istikrarlı şekilde kullanılan bir tasarlama tanımı bulunmamaktadır. Yargıtay'ın tasarlamayı kimi kararlarında soğukkanlılık teorisiyle, kimi kararlarında plan kurma teorisiyle, kimi kararlarında ise bu üç teoriye birden dayanarak yani sentezci bir yaklaşımla açıkladığı görülmektedir[617]. Bununla birlikte, tasarlama kavramının içeriğinin muğlak ve tartışmalı olduğundan bahisle, bu terimin ceza kanunlarında kullanılmaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur[618].

3. Fiilin İşlenişiyle Güdülen Amaç ve Saik

Kast, genel sübjektif suç tipi unsuru olarak kişisel hareket haksızlığının en önemli bileşenidir. Kasta kimi suçlarda amaç ve saik gibi özel sübjektif suç tipi unsurları eklemlenir. Bunlar da kişisel hareket haksızlığının bileşenleridir. Zira bu unsurlarla failin harekete geçme isteği detaylı bir şekilde tasvir edilir. Sübjektif suç tipi unsurları kural olarak belirli bir suçun haksızlığını tesis etme işlevi görür. Ancak

---

[614] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.253-254; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.194; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s.100.
[615] Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.309; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s.100. Teemmül, "durup düşünme", "hesaplama" anlamına gelmektedir. Bkz. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.400.
[616] Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.309-310.
[617] Dülger, **a.g.e.**, s.102-103; Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.215; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.401. Yargıtay'a göre, tasarlama hukuki bir terim değildir. Eylemli bir durumdur. Bu nedenle hâkimin somut olaya göre tasarlamayı anlamlandırması gerekir. **Yarg. CGK**, T.30.06.1986, 188/362. Bkz. Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.217.
[618] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.230.

bunlar temel suçun üzerine cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar eklemek için de kullanılabilir[619].

Amaç (maksat, *Ziel*) failin suç teşkil eden hareketi yaparken belirli bir neticeyi meydana getirmeye yönelik bir iradeye (arzuya) sahip olmasıdır[620]. Bu nedenle amaç, failin gerçekleştirdiği fiil ile ulaşmayı tasavvur ettiği nihai hedef şeklinde tanımlanmaktadır[621]. Buna karşılık faili suç teşkil eden fiili gerçekleştirme hususunda harekete geçiren neden (güdü) saik (*Beweggrund*) olarak adlandırılır. Diğer bir ifadeyle saik failin iç dünyasında meydana gelen ve onu suça iten iç etkendir[622]. Bu kasta öncül bir düşünce olup, kastın ön evresini oluşturur ve failin kastının yanı sıra ortaya çıkar[623].

Kural olarak failin suç teşkil eden fiilin işlenişi ile güttüğü amaç ve saike önem atfedilmez. Zira ceza hukuku prensip olarak bireylerin iç dünyalarıyla uğraşmaz. Bu nedenle, ceza normunda açıkça aksini gösteren bir düzenlemede bulunulmadıkça bu haller suçun kurucu ya da nitelikli unsuru olarak değerlendirilmez[624]. Amaç veya saikin suç tipinde açıkça kurucu ya da nitelikli unsur olarak düzenlenmediği hallerde, failin suçu işlerken güttüğü amaç veya saik TCK m.61'e göre cezanın belirlenmesi sırasında cezayı bireyselleştirme aracı olma işlevi görür (TCK m.61/1-g)[625]. Bu madde

---

[619] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §30 I 1.
[620] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.243.
[621] Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.135. Ozansü, bu anlamda maksadı geniş anlamda maksat biçiminde nitelendirmektedir. Yazara göre dar anlamda maksat (*Absicht*) ise birinci dereceden doğrudan kasta tekabül eder. Bkz. Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.135-136. Alman öğretisinde birinci dereceden doğrudan kast, "*Absicht* (amaçlama)" biçiminde ifade edilmektedir. Bkz. B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.178, kn.282; Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, s.43-44. Bu anlamda "*Absicht*" hedefe yönelmiş istektir. Bu hedef, nihai bir hedef olabileceği gibi, nihai hedefe ulaşılması için aşılması gereken bir ara hedef de olabilir. Bkz. Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.378.
[622] Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.304-305; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.252; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.255. Karş. Kantar, **a.g.e.**, s.89. (X)'in (Y)'ye mirasına konsun diye öldürmek için ateş etmesi durumunda, (X)'in saiki (Y)'nin mirasına konmaktır, amacı ise (Y)'yi öldürmektir. Bkz. Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.244.
[623] Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.334-335; Dülger, **a.g.e.**, s.81-82.
[624] Selçuk, **a.g.e.**, s.70. Saikin kusur başlığı altında incelenmesi gerektiği hususunda bkz. Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.138-139.
[625] Aynı yönde bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s.142. Bu durumda hâkim suçun işlenmesi sırasında faildeki amaç veya saikin kötülüğünü veya iyiliğini dikkate alarak temel cezayı tayin edecektir. Bkz. Akmet Gökcen/Murat Balcı, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.136. Nitekim öteden beri bir suçun menfur ve hodbin bir amaçla işlenmesi ile asil bir amaçla işlemesi arasında ya da bir suçun gayrı ahlaki ve antisosyal olan ya da olmayan bir saikle işlenmesi arasında bir

genel hükümler kitabında yer alması nedeniyle, amaç ve saike ilişkin, tüm suçlar bakımından geçerli olan genel bir düzenleme hüviyetindedir. Bu itibarla, suç tipinde amaca ve saike herhangi bir atıfta bulunulmamış olsa bile, failin o suçu işlerken güttüğü amacın ve saikin mahiyeti verilecek cezanın belirlenmesinde etkili olabilir.

Ceza normlarında amaç ya da saike haksızlığı tesis eden veya var olan haksızlığın yoğunluğunu etkileyen bir unsur olarak yer verilmesi mümkündür[626]. Kanun koyucu bazı suçlarda failin suçu kanunda gösterilen amaçlarla ya da saiklerle işlemesini suçun kurucu veya nitelikli unsuru haline getirmiştir[627]. Bu durumlarda failin ceza normunda bahsedilen amaçla ya da saikle suçu işlemesi suçun ya da nitelikli unsurun oluşumu için şarttır. Bu gibi hallerde amaç veya saik ilgili suçun temel şekline ya da nitelikli unsuruna dahil olan ilave bir manevi unsur olma işlevi görür[628]. Amaç veya saike kurucu ya da nitelikli unsur olma işlevinin yüklenip yüklenmediği suç tiplerinden anlaşılır. Bunların suç tipinde açıkça zikredildiği hallerde, failin fiili belirtilen amaç veya saikle işlememesi durumunda manevi unsur eksikliği sebebiyle ya suç teşkil eden haksızlık oluşmaz ya da suçun haksızlık yoğunluğunda değişiklik meydana gelir.

Amaç veya saikin nitelikli unsur olarak karakterize edildiği suçlarda, suçun oluşumu için failin kanunda belirtilen amaç veya saikle hareket etmesi aranmaz. Ancak failin ceza normunda belirtilmiş olan amaç veya saikle suçu işlemesi, suça (suçun manevi unsuruna) bir hususiyet katar[629]. Bu gibi hallerde amaç ya da saik suçun manevi unsuru olarak işlev gören kast unsurunun üzerine eklenerek geliştirilir. Temel suçun oluşumu için mevcudiyeti gereken kastın haksızlık içeriği temel suça ait

---

farkın olduğu ve bunun cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Taner, **a.g.e.**, s.318, dn.2.

[626] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.252.

[627] Taner, **a.g.e.**, s.317; Kantar, **a.g.e.**, s.90; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.141-142; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.191; Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, s.76-77.

[628] Bu gibi hallerde öncelikle failde suç işleme kastının bulunup bulunmadığının, ardından ise failin suçu kanunda öngörülmüş olan saikle işlemiş olup olmadığının tespiti gerekir. Bkz. Dülger, **a.g.e.**, s.82.

[629] Saikin kusur alanında değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlara göre, failin saikine ilişkin nitelikli unsurlar "maddi anlamda nitelikli hal" değildir. Zira suç tipinde saike yer verilse bile, saik suç tipinin maddi unsurları arasında sayılmaz ve kastın bu unsurları kapsaması gerekmez. Bkz. Ragıp Barış Erman, "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s.79-80; Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.139. Kanımızca saik, haksızlık alanına ilişkindir. Suçun manevi unsurları arasında yer alır. Nitelikli unsurlar suçun manevi unsuruna hususiyet katılması suretiyle de geliştirilebilir.

yaptırım ile hali hazırda karşılanmıştır. Kasta eklemlenen amaç veya saike ait haksızlık içeriği ise nitelikli unsurlu suça ait yaptırım ile karşılanır. Amaç ve saikin de içerisinde bulunduğu suç tipinin sübjektif unsurları haksızlık alanına aittir[630]. Amaç veya saikin arz ettiği hususiyete göre suçun haksızlık içeriği ve buna bağlı olarak da cezası artar ya da azalır.

Amaç veya saike suçun kurucu ya da nitelikli unsuru olarak yer verilen suç tiplerinde, temel ceza belirlenirken TCK m.61/1-g hükmü doğrultusunda amaç veya saik ayrıca dikkate alınmaz. Aksi takdirde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Zira amaç veya saike ceza normunda kurucu ya da nitelikli unsur olarak yer verilmişse, ceza normunun yaptırım kısmında öngörülen cezanın alt ve üst sınırlarının (ya da oransal artırımın/indirimin) belirlenmesinde bu unsurlar hali hazırda kanun koyucu tarafından dikkate alınmış demektir.

TCK'da örneğin kasten öldürme suçunun bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla (TCK m.82/1-h), canavarca hisle (TCK m.82/1-b)[631], kan gütme saikiye (TCK m.82/1-j) ya da töre saikiyle (TCK m.82/1-k) işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder. Esasen TCK'nın pek çok hükmünde amaç veya saiki dayanak alan nitelikli unsurlara yer verildiği görülmektedir. Örneğin mala zarar verme suçunun bir kamu görevlisine karşı yapmış olduğu görev nedeniyle öç alma amacıyla (TCK m.152/1-g), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla (TCK m.109/5), yağma suçunun suç örgütüne yarar sağlama maksadıyla (TCK m.149/1-g), dolandırıcılık suçunun banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlama maksadıyla veya sigorta bedelini alma maksadıyla (TCK m.158/1-j ve k), ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunun tahkir maksadıyla (TCK m.153/3), askerî tesisleri tahrip suçunun Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin

[630] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.113; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.254-255.
[631] Yargıtay, canavarca hissin hareketi değil, bir iç tepkiyi/güdüyü ifade ettiği içtihadında bulunmuştur. Bkz. **Yarg. CGK**, T.17.12.2002, 1-294/525. Bkz. Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.230. Yargıtay'a göre, canavarca bir hisle öldürme sırf öldürmüş olmak için öldürmeyi ve ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmeyi kapsar. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.49. Kanımızca da canavarca his suçun manevi unsuru ile ilintili olan bir cezayı artıran nitelikli unsur vasfındadır.

çıkarı için (TCK m.307/2-a) işlenmesi suçun cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak karakterize edilmiştir[632].

TCK'da amaç ya da saikin cezayı azaltan nitelikli unsur biçiminde düzenlendiği suçlar da bulunmaktadır[633]. Örneğin hırsızlık, yağma, dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçlarının bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi suçun cezasının azaltılmasını gerektiren nitelikli unsur teşkil eder (TCK m.144/1-b, m.150/1, m.159, m.211). Benzer şekilde bir kimsenin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla sahte bir belge düzenlemesi, belgede sahtecilik suçunun cezasını azaltan nitelikli unsurudur (TCK m.211)[634].

---

[632] Bu örneklerin çoğaltılması mümkündür. 765 sayılı TCK'da da bu türden nitelikli unsurlara rastlanır. Örneğin ETCK m.179'daki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dini veya milli bir maksatla işlenmesi, ETCK m.194'teki konut dokunulmazlığını ihlal suçunun bir kamu görevlisince hususi bir maksat uğruna irtikap edilmesi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmişti. Bkz. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.158. 765 sayılı TCK'dan başka örnekler için bkz. Taner, **a.g.e.**, s.318, dn.1. Öte yandan Askeri CK'da, memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması suçunun siyasi bir amaçla yahut kişisel bir çıkar sağlamak için işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde düzenlenmiştir (Askeri CK m.115/2).

[633] 765 sayılı TCK'nın 472. maddesi amacın cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil ettiği suçlara örnek verilebilir. Bu maddede, çocuk düşürme veya düşürtme suçu düzenlenmişti. Failin bu suçu kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlemesi cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmekteydi. Benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK m.475'teki terk suçu bakımından da mevcuttu. Bu hükme göre, namus kurtarmak için doğumundan henüz beş gün geçmemiş gayri meşru bir çocuğun terk edilmesi cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmekteydi. Bkz. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.158; Şen, **a.g.e.**, s.328; Taner, **a.g.e.**, s.318. Bu hükümlerin eleştirisi için bkz. Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s.188-189. Ayrıca 765 sayılı TCK m.453'ün 1981 tarihli 3756 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önceki şekline göre bir kimsenin karısının, anasının, kızının, torununun, kız evlatlığının ya da kız kardeşinin haysiyetini ve namusunu kurtarmak için yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi, öldürme suçları bakımından cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmişti. 3756 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu nitelikli unsur sadece, annenin yeni doğmuş çocuğuna karşı şerefini kurtarmak saikiyle işlediği öldürme suçları bakımından uygulanır hale getirilmişti. Suçun oluşması için çocuğun evlilik dışı dünyaya gelmiş olması ve en geç doğumdan hemen sonra annesi tarafından öldürülmüş olması gerekmekteydi. Benzer bir düzenleme günümüzde yürürlükte olmayan Alman CK §217'de bulunmaktaydı. Bu hüküm de kasten öldürme suçunun cezasını azaltan bir nitelikli unsur olarak kabul edilmekteydi. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §26 III 2; Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, s.82. Şerefi kurtarma saiki teriminin belirsizliği ve bu terime hukuken sonuç bağlanması hususunda getirilen eleştiriler için bkz. Nevzat Toroslu, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, Ankara, V Yayınları, 1987, s.80; Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s.185.

[634] İçel/Evik, **a.g.e.**, s.80. Öğretide bir görüşe göre, kullanma hırsızlığı (TCK m.146), hırsızlık suçunun cezayı azaltan nitelikli unsurudur. Kullanma hırsızlığı suçunda fail malı geçici bir süre kullanıp zilyedine iade etme amacıyla hareket etmektedir. Suçun amaç unsuruna katılan bu hususiyet kullanma hırsızlığının hırsızlık suçunun cezayı azaltan nitelikli unsuru olarak değerlendirilmesini gerektirir. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.145; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.368. Buna karşılık, zimmet suçunun malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmez. Zira bu durumda hâkime temel suça kıyasla cezada belirli bir oranda indirim yapıp yapmama hususunda takdir yetkisi verilmiştir (TCK m.247/3).

Benzer şekilde, Alman CK'da da amaç veya saike suç bazlı olarak nitelikli unsur hüviyeti verildiği görülmektedir. Buna göre örneğin, küçüğün alıkonulması suçunun zenginleşme amacıyla işlenmesi (Alman CK §235/4 Nr.2), kasten öldürme suçunun öldürme zevkiyle, cinsel güdüleri tatmin etmek için, maddi bir menfaat temini için ya da sair ilkel (ahlaki olarak alçak) saiklerle işlenmesi veya başka bir suçun işlenmesine olanak sağlama ya da başka bir suçu gizleme amacıyla işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (Alman CK §211)[635] [636].

Nitelikli unsurun oluşumu için hedeflenen amacın fiilen gerçekleştirilmesi gerekmez. Zira suç tipinde hedeflenen amaca ulaşılması şart koşulmaz[637]. Önemli olan failin suçu kanunda belirtilen amaçla işlemesidir. Failin amacına ulaşıp ulaşmaması nitelikli unsurun oluşumu açısından önemsizdir. Örneğin kasten öldürme suçunda nitelikli unsurun mevcudiyeti için failin bir kimseyi başka bir suçu gizleme amacıyla öldürmesi gerekli ve yeterlidir. Nitelikli unsurun oluşumu, failin kasten öldürme suçunu işlemekle güttüğü başka bir suçu gizleme amacını fiilen başarıyla gerçekleştirmesine bağlı değildir[638].

Son olarak cebir suçuna değinilmelidir. Bu suç esasen belirli bir amaçla işlenen kasten yaralama hüviyetindedir. Amaç unsuru suç tipinde "*bir şeyi yapması veya*

---

[635] Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, s.81-82; Yenisey/Plagemann, **a.g.e.**, s.320-321; Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.431. Alman CK §90/3'e göre suçun anayasal temel prensiplere aykırılık maksadıyla işlenmesi de bu örnekler arasında sayılabilir. Öte yandan, İsviçre CK'da suçun "*saygıya değer saiklerle"* işlenmesi tüm suçlar bakımından geçerli olan genel bir hafifletici sebep hüviyetindedir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.137. Benzer şekilde, İtalyan CK'da failin suçu işlerken "*toplumsal ya da ahlaki değer taşıyan bir güdüyle hareket etmiş*" olması genel bir hafifletici sebep teşkil etmekteydi. Aynı Kanunda suçun "*kötü güdülerle*" işlenmesi ise genel bir ağırlatıcı sebep olarak karakterize edilmişti. Bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s.142. Kanımızca nitelikli unsurların mutlaka belirli bir veya bir grup suçla irtibatlandırılması gerektiğinden, tüm suçlara yönelik nitelikli unsurların mevcudiyetinden söz edilemeyecektir.

[636] Alman öğretisinde, kimi suç tiplerinde failin suçu birinci dereceden doğrudan kastla (*Absicht*) işlemesinin de cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlendiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre örneğin, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri Alman CK §226/1'de sayılmış ve bu durumlardan birinin mevcudiyeti halinde failin 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Alman CK §226/2'de ise, failin suçun 1. fıkrasında sayılan ağırlaşmış neticeleri doğrudan doğruya bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi halinde, hükmolunacak hapis cezasının alt sınırının 3 yıldan az olamayacağı ifade edilmiştir. Alman öğretisinde bu suretle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça, cezayı artıran bir nitelikli unsurun eklendiğinden söz edilmektedir. Bkz. Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.380; Rengier, **Strafrecht BT-II**, §15 kn.2. Kanımızca bu hüküm hâkime yönelik ihdas edilen cezanın belirlenmesi kuralı olmaktan öteye gitmemektedir. Zira bir cezayı artıran nitelikli unsurun mevcudiyetinden söz edilebilmesi için temel suçun cezasının üst sınırını artırma iktidarına haiz olması gerekir.

[637] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.251.

[638] İçel/Evik, **a.g.e.**, s.192; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.301.

yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için" şeklinde tasvir edilmiştir. Hükme göre cebir suçunu işleyen faile kasten yaralama suçunun cezası belirli bir oranda artırılarak verilir (TCK m.108). Burada öngörülen amaç unsuru cebir suçunu kasten yaralamanın cezayı artıran nitelikli unsuru haline getirmez. Aksine amaç unsuru cebir suçunun oluşabilmesi için mevcudiyeti şart olan kurucu unsur hüviyetindedir. Cebir ve kasten yaralama farklı bölümlerde, farklı isimler altında düzenleme konusu yapılan, farklı hukuki değerleri merkez alan iki ayrı suçtur. Bununla birlikte, kanımızca cebir suçunun cezasının kasten yaralama suçu üzerinden tasvir edilmesi doğru olmamıştır. Her müstakil suç gibi bu suçun cezasının da herhangi bir suça yollama yapılmaksızın belirlenmesi gerekirdi.

D. Öğretide Nitelikli Unsurlarla İlgili Yapılan Diğer Sınıflandırmalar

1. Genel Olarak

Öğretide suçun nitelikli unsurları ile ilgili oldukça çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır. Sınıflandırmalarda değişik ölçütlerin esas alınması bu çeşitliliğin temel sebebini oluşturmaktadır. Bunların küçük bir kısmı pratik öneme haiz iken, büyük bir çoğunluğunun ise pratik önemi bulunmamaktadır. Ancak pratik öneme haiz olmayan sınıflandırmaların öğretisel bir önemi bulunmadığı düşünülmemelidir. Zira tasnif belirli bir sistemin oluşumuna yardımcı olan vazgeçilmez araçlardandır. Bu sınıflandırmalar bütüne belirli kategorik ayrımlarla yaklaştığı için konunun daha iyi anlaşılmasına yardımcı olur. Bu sayede kanun koyucunun 5237 sayılı TCK'da bir kanun yapma tekniği olarak benimsemiş olduğu nitelikli unsurlu düzenleme şekli daha anlaşılır kılınabilir[639].

Bu başlık altında, genel-özel nitelikli unsurlar ayrımı, fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımı, objektif-sübjektif nitelikli unsurlar ayrımı, kanuni-takdiri nitelikli unsurlar ayrımı ve ağırlatıcı-hafifletici nitelikli unsurlar ayrımı inceleme konusu yapılacaktır.

[639] Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s.109.

2. Genel-Özel Nitelikli Unsurlar Ayrımı

Suçun kurucu unsurları, öğretide kendi içerisinde genel unsurlar ve özel unsurlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulur. Genel unsurlar bütün suçlarda ortak olan, tüm suçları kapsayan unsurlardır. Özel unsurlar ise, ceza kanununun özel hükümler kitabında yer alan özel suç tanımlarının kimilerinde bulunan, ilgili suça özgü olan unsurlardır[640]. 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde ayrıca kanuni ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin de yukarıda ifade edilen ve aslen kurucu unsurlara özgü olan genel-özel unsurlar ayrımından hareketle genel ağırlaştırıcı/hafifletici sebepler ve özel ağırlaştırıcı/hafifletici sebepler şeklinde sınıflandırıldığı görülür[641]. Öğretide bir görüş ise bu ayrımı sadece ağırlaştırıcı sebeplere özgüler ve ağırlaştırıcı sebepler üst başlığı altında genel (umumi) ağırlaştırıcı sebepler ve özel (hususi) ağırlaştırıcı sebepler ayrımı yapar[642]. Eklenmelidir ki, 5237 sayılı TCK dönemi öğretisinde de kimi yazarlarca bu sınıflandırmaya başvurulmaya devam edilmektedir. Buna göre genel ağırlaştırıcı/hafifletici sebepler ceza kanununun genel hükümler kitabında yer alır. Bu nedenle bunlar bütün suçlar bakımından uygulanabilir olan sebeplerdir. Özel ağırlaştırıcı/hafifletici sebepler ise ceza kanununun özel hükümler kitabında yer alan suç tiplerinde suç bazlı düzenlenir. Bunlar bir suça ya da belirli bir grup suça ilişkin olabilir[643].

Belirtilmelidir ki 765 sayılı TCK döneminde kullanılan ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler (teşdit ve tahfif sebepleri) terimleri ile 5237 sayılı TCK döneminde kullanılan cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurlar terimleri bire bir örtüşmez. 765 sayılı TCK dönemine ait olan ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler, 5237 sayılı TCK'ya ait olan nitelikli unsurlardan çok daha geniş bir içeriğe sahiptir. Örneğin 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde, tekerrür, zincirleme suç, akıl hastalığı, (haksız) tahrik, yaş küçüklüğü gibi haller kanuni ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler kavramları içerisinde

---

[640] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.309; Uma, **a.g.e.**, s.8.
[641] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.243.
[642] Taner, **a.g.e.**, s.468. Yazar, 765 sayılı TCK döneminde ağırlaştırıcı sebeplerin pek çoğunun özel ağırlaştırıcı sebep hüviyetinde olduğunu, genel ağırlaştırıcı sebeplerin az sayıda bulunduğunu vurgulamaktadır. Buna karşılık S.Erman, 765 sayılı TCK'da tüm suçlara etki eden genel bir ağırlaştırıcı sebebin bulunmadığı görüşündedir. Bkz. S.Erman, **Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.131.
[643] Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.388; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.688.

değerlendirilmekte ve bunlar genel ağırlaştırıcı/hafifletici sebepler grubu içerisinde sınıflandırılmaktaydı[644].

Günümüz öğretisinde de özellikle haksız tahriki ve takdiri indirim sebeplerini suça etki eden genel sebepler şeklinde sınıflandıran yazarlar bulunmaktadır[645]. Hatta bunların yanı sıra kimi yazarların olası kastı, bilinçli taksiri, TCK m.37/2, 38/2, 38/3 hükümlerindeki hususiyetleri de "suça etki eden genel neden" biçiminde sınıflandırdığı görülmektedir[646]. Bu görüşteki yazarlar teknik anlamda cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlarla, haksız tahrik, takdiri indirim nedenleri, TCK m.21/2, 22/3, 37/2, 38/2 ve 38/3 kapsamında gerçekleşen ceza artışlarını ya da hafiflemelerini ayırt etmezler. Hepsini "suça etki eden nedenler" üst başlığı altında incelerler. Zikredilen bu haller genel hükümler kitabında düzenlendiğinden tüm suç tipleri ile ilintilidir. Ancak bunların 5237 sayılı TCK ile kurulan suç teorisinde teknik anlamda suçun nitelikli unsurları olarak görülmesine imkân bulunmamaktadır. Bu itibarla günümüz öğretisinde de kullanılan suça etki eden nedenler ifadesinin, nitelikli unsurlar ile eş anlamlı olmayıp bundan çok daha geniş bir kapsama sahip olduğu tespitinde bulunulabilir.

765 sayılı TCK döneminde ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler, nitelikli unsurlardan çok daha geniş bir grubu ifade ettikleri için bu sebeplerin genel hükümler-özel hükümler kitabında bulunan ağırlaştırıcı/hafifletici sebepler şeklinde ayrılması mümkündü. Buna karşılık 5237 sayılı TCK ile kurulan suç teorisi içerisinde nitelikli unsurlar belirli bir suça ya da suç grubuna özgüdür. Bunlar arasında yalnızca belirli bir suçla ilintili olarak öngörülmüş olan nitelikli unsurlar çoğunluktadır. Bu türden nitelikli unsurlar *özel nitelikli unsurlar* biçiminde adlandırılabilir. Bununla birlikte az da olsa TCK'nın özel hükümler kitabındaki belirli bir kısmın belirli bir bölümü içerisinde yer alan, o bölümdeki suçların tamamı ya da bir iki suçun dışarıda bırakılması nedeniyle tamamına yakını ile ilintili olacak şekilde öngörülmüş nitelikli

[644] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.243-244; Uma, **a.g.e.**, s.51, 54.
[645] Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.688; Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.127.
[646] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.287-288; Aydın, **a.g.e.**, s.222. Evik, "genel-özel suça etki eden nedenler" ayrımı yapmakta, ancak 5237 sayılı TCK'da genel ağırlatıcı neden öngörülmediğini ifade etmektedir. Bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.127. Aynı yönde bkz. Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.388.

unsurlar da bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'da ancak bu şekilde düzenlenmiş olan, yani özel hükümler kitabında belirli bir suç grubu ile ilintilendirilen nitelikli unsurların *genel nitelikli unsurlar* biçiminde adlandırılması mümkündür. İster bir suça isterse de bir grup suça ilişkin olsun nitelikli unsurların düzenlenme yeri ceza kanunlarının özel hükümler kitaplarıdır. 5237 sayılı TCK'nın genel hükümler kitabında teknik anlamda herhangi bir nitelikli unsur bulunmamaktadır. Kanun koyucu nitelikli unsurları olması gerektiği gibi özel hükümler kitabına ve bunun içerisinde yer alan suç tiplerine özgülemiştir[647]. Bu durum tahayyül edilebilecek tüm temel suçlara uygulanabilecek belirli bir cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurun bulunmadığının göstergesidir.

Bununla birlikte TCK'nın özel hükümler kitabındaki kimi suç tiplerinde cezayı artıran nitelikli unsurların tüm suçlara etki edecek şekilde genel ifadelerle düzenleme konusu yapıldığı görülmektedir. Örneğin TCK m.219/4'e göre imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi bir din görevlisi dini sıfatından istifade ederek bir suç işlerse, kanunda o suç karşılığı öngörülmüş olan cezanın altıda biri oranında artırım yapılacaktır. Ancak kanunda suç karşılığı uygulanacak ceza belirlenirken din görevlisinin sıfatı hali hazırda kurucu veya nitelikli unsur olarak dikkate alınmışsa ayrıca bir artırım yapılmayacaktır (TCK m.219/5). Benzer şekilde bir kamu görevlisinin, görevi icabı beraberinde taşıdığı araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanması halinde hükmolunacak ceza üçte bir oranında artırılır. Bu ceza artırımının devreye girebilmesi için de ilgili suç tanımında kamu görevlisi sıfatının kurucu veya nitelikli unsur olarak dikkate alınmamış olması gerekir (TCK m.266). Bu türden başka bir düzenlemeye de TCK m.310/2'de yer verilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanına karşı suikast ve hakaret dışında kalan bir fiili saldırıda bulunan kişinin ilgili suç karşılığında alacağı ceza yarı oranında artırılır. Son olarak, TCK m.340 hükmüne göre, bir yabancı devlet başkanına karşı herhangi bir suç işleyen kişiye verilecek ceza sekizde bir oranında artırılır. Kanun koyucu özel hükümler kitabında getirdiği bu düzenleme ile mağdurun bir yabancı devletin başkanı olmasını

[647] Özel hükümler kitabında yer alan ceza normlarının pek çoğu suç tiplerinden oluşur. Ancak özel hükümler kitabında nadir de olsa suç tipi hüviyeti taşımayan, sadece cezanın belirlenmesi kuralı ya da usule ilişkin kanuni düzenleme işlevinde olan normlara da rastlanır. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.164.

işlenen suçtan bağımsız biçimde başlı başına suçun haksızlık içeriğini artıran bir durum olarak kabul etmiştir.

Yukarıda zikredilen cezayı artıran nitelikli unsur tasvirlerine uyan tüm suçlar bakımından bu nitelikli unsurlar devreye girebilecektir. Bu suretle özel hükümler kitabında tüm suç tanımları bakımından geçerli olabilecek şekilde cezayı artıran nitelikli unsur tasvirlerine yer verilmiştir. Yani adeta özel hükümler kitabında genel hüviyette nitelikli unsurlar ihdas edilmiştir. Kanımızca yalnızca belirli bir suçla ilintili olduğu intibaı yaratan bir madde içerisinde tüm suç tanımlarını etkileyecek biçimde nitelikli unsur düzenlenmesi doğru olmamıştır. Zira bir hukuk uygulayıcısının, örneğin bir imamın din adamı sıfatından istifade ederek işlediği mala zarar verme suçu nedeniyle TCK m.219/4'te öngörülen nitelikli unsuru tatbik etmesi gerektiğinin ayırdına varması kolaylıkla mümkün olmayabilir. Nitelikli unsurların mutlaka belirli bir suçla ilintilendirilmesi gerekir. Böyle bir ilintilendirmede bulunulmayacaksa, tüm suçlara sirayet etme iktidarına haiz olan ceza artırımlarına hiç olmazsa genel hükümler kitabında yer verilmesi gerekir. Hem özel hükümler kitabında yer alan hem de tüm suçlara sirayet edebilecek şekilde kaleme alınan ceza artırımları ne nitelikli unsurların yapısıyla ne de ceza kanununun sistematiği ile bağdaşır.

Askeri CK m.51 "*Cezanın arttırılması icabeden sebepler*" başlığını taşımaktadır. Öğretide bu maddede, Askeri CK'da öngörülen bütün suçlar bakımından geçerli olan cezayı artıran genel nitelikli unsurların düzenlendiği savunulmaktadır[648]. Hükme göre, üstün astlarıyla birlikte suç işlemesi ya da astlarının işlediği suça iştirak etmesi halinde üstün cezası artırılır (Askeri CK m.51/A). Benzer şekilde, bir hizmetin ifası sırasında bir suçun silahın veya resmi nüfuz ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi durumunda hükmolunacak ceza artırılır (Askeri CK m.51/B). Son olarak, suçun müteaddit kişiler (Askeri Yargıtay'a göre en az üç kişi) tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmesi halinde hükmolunacak ceza artırılır (Askeri CK m.51/C)[649].

[648] Kangal, **Askeri Ceza Hukuku**, s.105.
[649] Kangal, **Askeri Ceza Hukuku**, s.105-108.

Bu hüküm her ne kadar belirtilen koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde Askeri CK'daki herhangi bir suçun cezasının artırılmasını gerektirse de kanaatimizce nitelikli unsur biçiminde karakterize edilemeyecektir. Zira hükümde sadece bu hususiyetlerin "*cezanın arttırılmasını mucip*" olduğundan bahsedilmiş, artırımın mahiyeti ile ilgili bir bilgi verilmemiştir. Askeri CK m.50 "*Cezanın nasıl arttırılacağı*" başlığını taşımaktadır. Hükme göre, kanunda bir hapis cezasının artırılacağı öngörülen hallerde, ceza o suç için "*muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı azami haddi geçemez*". Askeri CK m.51'de cezaların artırılması bahis konusu yapıldığı ve artırım miktarına ilişkin özel bir belirlemede bulunulmadığı için, ceza artırımının Askeri CK m.50'de öngörüldüğü şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Buna göre, yapılan artırıma rağmen hükmolunacak cezanın kanunda o suçun temel şekli karşılığında öngörülmüş olan ceza çerçevesinin üst sınırını aşması mümkün değildir. Buna karşılık cezayı artıran nitelikli unsur olarak karakterize edilen hususiyetler vasıtasıyla gerçekleşecek ceza artırımları, suçun temel şekline karşılık gelen ceza çerçevesinin azami haddini aşma kabiliyetine sahiptir. Esasen bu kabiliyet bir hususiyetin nitelikli unsur biçiminde karakterize edilmesinin en temel koşuludur. Aksi halde suçun haksızlık içeriğinde önemli bir artış olduğundan bahsedilemeyecektir.

Bu itibarla temel suça denk düşen ceza çerçevesinin üst sınırını aşmaya imkân vermeyen ve hatta bu aşımın özel düzenlemelerle (Askeri CK m.50) yasaklandığı hususiyetlerin (Askeri CK m.51) cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde karakterize edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, hükümde "*çoğaltılabilir*" terimi kullanılmıştır. Oysaki bir olayda nitelikli unsurun gerçekleştiği tespit edildiğinde, ceza artırımı yapılması zorunludur. Hâkimin bu hususta takdir yetkisi mevcut değildir. Askeri CK m.50'deki ifade ise, hâkimin ceza artırımı yapıp yapmama hususunda takdir yetkisine sahip olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu durum, Askeri CK m.50 kapsamında ceza artırımına gidilen her tür hususiyetin (ve bu arada Askeri CK m.51'de sayılan hususiyetlerin) teknik anlamda cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde tavsif edilmesini engellemektedir.

Yalnızca belirli bir suça özgü olan nitelikli unsurlar, yani özel nitelikli unsurlar temel suçun bulunduğu madde içerisinde ayrı bir fıkrada ya da temel suçun hemen

akabinde gelecek şekilde aynı fıkrada yer alabilir. Ayrıca bu tür nitelikli unsurların temel suçtan ayrı bir maddede öngörülmeleri de mümkündür. Bu durumda, genellikle ardışık olarak farklı maddelerde yer alan nitelikli unsurlar ile temel suç arasında irtibat kurulması ve nitelikli unsurların mutlaka ilgili oldukları suçun temel şekline özgülenmeleri gerekir. Böylelikle özel nitelikli unsurlardan bahsedilebilir. Genel nitelikli unsurlar ise belirli bir suç grubu (kataloğu) ile ilişkili olduklarından, özel hükümler kitabında olmak kaydıyla temel suçlardan ayrı bir maddede düzenlenirler ve bulundukları madde içerisinde ilişkili oldukları temel suçlar ile irtibatlandırılırlar.

3. Fiili-Şahsi Nitelikli Unsurlar Ayrımı

765 sayılı TCK döneminden beri, kimi yazarlarca ağırlaştırıcı sebepler üst başlığı altında[650], kimi yazarlarca ise ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler için ortak bir biçimde[651] fiili-şahsi sebepler ayrımı yapılmaktadır[652]. 5237 sayılı TCK döneminde de öğretide ve uygulamada nitelikli unsurlar arasında fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımı yapıldığı görülmektedir. Bu nitelikli unsurlar arasında yapılan ve pratik faydaya haiz olan en önemli alt ayrımlardandır. Nitekim gerek öğretisel tartışmalar gerekse içtihatsal farklılıklar bu alt ayrım üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımı 765 sayılı TCK'da nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesini çözümlemek için kullanılmaktaydı. Benzer şekilde bu ayrım günümüzde yürürlükte olan Alman CK'da da aynı amaçla kullanılmaktadır (Alman CK §28/2). Bu nedenle Alman ceza hukuku öğreti ve uygulamasında fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımına müracaat edilmektedir[653]. 5237 sayılı TCK m.40'ın

---

[650] Taner, **a.g.e.**, s.468.
[651] Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.267-269.
[652] 765 sayılı TCK m.66'da şahsi sebepler "şahsa merbut ahval ve evsaf" yani şahsa bağlı durumlar ve nitelikler denilerek tasvir edilmiştir. Bkz. Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.268-269. 765 sayılı TCK m.67'de ise "maddi esbap" denilmek suretiyle fiili sebepler kastedilmiştir. Bkz. Taner, **a.g.e.**, s.469.
[653] Alman öğretisinde esasen fiille ilgili unsurlar (*tatbezogene Merkmale*) ve faille ilgili unsurlar (*täterbezogene Merkmale*) ayrımı yapılmaktadır. Suçun işleniş türü ve şekli ile ilgili olan suç tipi unsurları fiille ilgili olan unsurlardır. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.128. Faille ilgili unsurlar ise failin kişiliği ile ilgili olan unsurlardır. Bunlar failin özel saikine ya da karakteristik özelliğine (özel süje niteliğine) dayanır. Faille ilgili unsurlar sübjektif suç tipi içerisinde yer alabileceği gibi, objektif suç tipi içerisinde de yer alabilir. Faille ilgili olan ve sübjektif suç tipi içerisinde yer alan unsur, bir suçta failin özel bir saike sahip olmasını arayan unsurdur (örn. suçun Alman CK §211/2'nin 1. ve 3. grubunda tarif edilen açgözlülük vb. gibi saiklerle işlenmesi). Faille ilgili olan ve objektif suç tipi içerisinde yer alan unsur ise, bir suçta failin ayırt edici bir özelliğe (örn. kamu görevlisi niteliği) sahip olmasını arayan unsurdur. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.129; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.90.

gerekçesinde ise, nitelikli unsurlar arasında fiili-şahsi nitelikli unsurlar şeklinde bir ayrım yapılmasının bilimsel olmadığı, bu ayrımın uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olduğu ifade edilmiştir[654].

Her ne kadar 5237 sayılı TCK'da nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin bağlılık kuralı ile çözümlenmesi sebebiyle fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımına ihtiyaç bulunmadığı belirtilmekteyse de öğretide nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin tek başına bağlılık kuralı ile çözümlenemeyeceği, bu konuda fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımı yapılmasına ihtiyaç bulunduğu da savunulmaktadır[655]. Bu nedenle bu başlık altında hangi nitelikli unsurların fiili hangilerinin şahsi nitelikli unsurlar biçiminde tasnif edildiklerinin ortaya konulması önem arz etmektedir. İlk olarak vurgulanmalıdır ki fiili nitelikli unsurların daima maddi unsurlar üzerine eklenerek geliştirildiği, şahsi nitelikli unsurların ise daima manevi unsur üzerine inşa edildiği şeklinde bir genellemede bulunulamaz[656]. Bu itibarla fiili nitelikli unsurların manevi unsur hüviyetine sahip olması, şahsi nitelikli unsurların da maddi nitelikli unsur karakteri göstermesi mümkündür.

Suçun kendisinde ve işleniş şeklinde mevcut olan hususiyetler fiili nitelikli unsurlar biçiminde adlandırılır[657]. Fiili nitelikli unsurlar genellikle suçun maddi unsurları ile ilişkilendirilmektedir. Buna göre, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği yer ve zaman, suçun konusu ve fiilin işleniş şekli fiili nitelikli unsurlar arasında sayılır[658]. Bunlara ek olarak öğretide, suçtan doğan zararın ya da tehlikenin

---

654 Noyan, **a.g.e.**, s.153. Gerekçenin bu konudaki tezlerine getirilen eleştiri için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, **a.g.e.**, s.535. Fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımından ileri gelen çelişkilerin Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile giderilebileceği hususunda bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.337-338.

655 Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.338, 341.

656 Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.658.

657 Taner, **a.g.e.**, s.468; Uma, **a.g.e.**, s.54.

658 Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.267-268; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.832-833; Seydi Kaymaz, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", **GÜHFD**, C.XVI, S.2, 2012, s.126-127. Demirbaş, fiili sebepleri suçun işleniş şekli, yeri, zamanı ve suçun işlenmesinde kullanılan araçlarla sınırlamaktadır. Bkz. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.688. Yüce, fiili sebeplerin fiilin işleniş şeklinden ve suçun konusundan kaynaklanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.92.

ağırlığını, mağdurun sıfatını ve şahsi durumunu (özelliklerini) da fiili nitelikli unsurlar içerisinde değerlendiren görüşler bulunmaktadır[659].

Şahsi nitelikli unsurlar fail ile ilişkili olan hal ve vasıflardır. Yani failin şahsına ve kişiliğine bağlı olarak değişebilen durumlar şahsi nitelikli unsur biçiminde karakterize edilebilir[660]. Buna göre şahsi nitelikli unsurların, genellikle failin sıfatından, kişisel durumundan ya da kişisel ilişkilerinden (fail ile mağdur arasındaki ilişki) kaynaklandığı kabul edilmektedir. Failin sıfatına örnek olarak kamu görevlisi olması; kişisel durumuna örnek olarak evlatlık ya da babalık olması; kişisel ilişkilerine örnek olarak ise fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisi, iş ilişkisi, birlikte oturma ilişkisi, eş ilişkisi, usul-füru ilişkisi ya da sair yakın akrabalık ilişkisi bulunması verilebilir[661]. Bunlara ek olarak öğretide suçun manevi unsuru ile ilişkili olan kast, amaç ve saik gibi hususları da şahsi nitelikli unsurlar içerisinde değerlendiren görüşler bulunmaktadır[662]. Ancak öğretide özellikle, nitelikli unsurun mağdurun şahsı, faildeki töre saiki, kan gütme saiki, işlenmiş suçun delillerini ortadan kaldırma saiki ve tasarlama ile irtibatlandırıldığı suçlarda, bunların fiili nitelikli unsur olarak mı yoksa şahsi nitelikli unsur olarak mı değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır.

Kimi nitelikli unsurların faille herhangi bir ilişki kurulmaksızın, tek başına mağdurun şahsı ile ilintilendirildiği görülmektedir. Buna göre kimi suçlarda tek başına mağdurun belirli bir sıfata sahip olması (örn. kamu görevlisi), belirli bir yaşta olması

---

659 N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.287; Ersoy, **a.g.e.**, s.129; Kaymaz, **a.g.e.**, s.126-127; Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.293; Aydın, **a.g.e.**, s.235. Sancar/Köprülü, suçun işlenmesi ile oluşan zararları fiili sebepler arasında saymakta, ancak mağdurun sıfatını bu sebepler içerisinde değerlendirmemektedir. Bkz. Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.388.

660 Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.91; Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.655; Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.293.

661 Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.91; Kaymaz **a.g.e.**, s.127-128; Odyakmaz, **a.g.e.**, s.49; Şen, **a.g.e.**, s.474. Alman öğretisinde de görünüşte özgü suçlarda failin sıfatı (örn. kamu görevlisi) cezayı artıran şahsi nitelikli unsur olarak karakterize edilmektedir. Bkz. Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım – II**, Ed.: Yener Ünver, Çev.: Hakan Hakeri, Yener Ünver, V. Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Ramazan Barış Atladı, Erdal Yerdelen, İlker Tepe, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.377-378; kn.1357. Zira nitelikli unsur, sadece suçun kanunda gösterilen sıfata sahip olan fail tarafından işlenmesi durumunda oluşacaktır. Benzer şekilde, Alman CK'da bulunan talep üzerine öldürme suçunda, öldürülenin failden kendisini öldürme talebinde bulunmuş olmasına ilişkin cezayı azaltan nitelikli unsur da şahsi nitelikli unsur biçiminde sınıflandırılmaktadır. Bu suçun faili ancak mağdurun kendisini öldürmesini talep ettiği kimse olabilir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §8 kn.83.

662 Tosun, **Suç Hukuku El Kitabı**, s.269; N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.287; Ersoy, **a.g.e.**, s.129; Odyakmaz, **a.g.e.**, s.49; Taner, **a.g.e.**, s.468.

(örn. çocuk), belirli bir fiziksel veya ruhsal durum içerisinde bulunması (örn. gebelik, kendini savunamayacak durumda olma), fail hakkında hükmolunacak cezayı artıran ya da azaltan bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir[663]. İşte bu gibi haller kimi yazarlarca şahsi nitelikli unsur[664] olarak karakterize edilirken, kimi yazarlarca ise fiili nitelikli unsur[665] biçiminde vasıflandırılmaktadır. Şahsi nitelikli unsurlar tanımlanırken, bir şekilde failin durumu ve sıfatı ile ilişkilendirilmektedir. Bu itibarla, kanımızca tek başına mağdurun durumu ve sıfatı ile ilişkili olan nitelikli unsurların, şahsi nitelikli unsur kategorisine sokulması mümkün olmayacaktır. Bunların fiili nitelikli unsurlar grubu içerisinde ele alınması gerekir[666].

Kimi suçlarda, failin suçu belirli bir saikle ya da amaçla işlemesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yargıtay, bunlar içerisinde özellikle kan gütme saiki ve töre saikini cezayı artıran fiili nitelikli unsur olarak karakterize etmekte ve bağlılık kuralı çerçevesinde bu nitelikli unsurları suç ortaklarına sirayet ettirmektedir[667]. Öğretide ise kan gütme saiki ve töre saikini Yargıtay gibi cezayı artıran fiili nitelikli unsur olarak sınıflandıran görüşler[668] bulunduğu gibi; şahsi nitelikli unsur biçiminde sınıflandıran görüşler de mevcuttur[669]. Failin bir suçu canavarca hisle, kan gütme saikiyle, töre saikiyle ya da bir başka suçu gizleme saikiyle işlediği haller failin içinde bulunduğu ruh halini ve psikolojik durumunu yansıtır. Bu nedenle bu haller failden faile değişiklik arz eder. Bu itibarla bu gibi saiklerden ileri gelen nitelikli unsurların cezayı artıran şahsi nitelikli unsurlar biçiminde sınıflandırılması gerekir[670].

---

[663] Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.655-656.
[664] Uma, **a.g.e.**, s.54; Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.361; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.688; Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.946.
[665] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.518; Zafer, **a.g.e.**, s.634; Kaymaz, **a.g.e.**, s.126-127; Vesile Sonay Evik, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.293; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.833; Şen, **a.g.e.**, s.474. Yüce, evli olan bir kadının kaçırılmasını cezayı artıran fiili nitelikli unsur biçiminde vasıflandırmıştır. Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.92.
[666] Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.591.
[667] **Yarg. 1.CD**., T.01.07.2009, E.2009/5808, K.2009/4145; **Yarg. 1.CD**., T.18.5.2011, E.2010/7365, K.2011/3231. Bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s. 144-145.
[668] İskender, **a.g.e.**, s.15, 20; Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.77.
[669] Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s.80; Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.517; Kaymaz, **a.g.e.**, s.128.
[670] Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.662. Örneğin Alman CK §211'de kasten öldürme suçunun cezayı artıran

Benzer bir tasnif farklılığı tasarlamada da mevcuttur. Bu cezayı artıran nitelikli unsur, kimi yazarlarca şahsi bir nitelikli unsur olarak görülürken[671], kimi yazarlar ve Yargıtay tarafından ise fiili bir nitelikli unsur biçiminde karakterize edilmiştir[672]. Esasen tasarlamanın soğukkanlılık teorisi ile izah edildiği hallerde, cezayı artıran şahsi bir nitelikli unsur olarak sınıflandırılması gerekir. Zira bu durumda tasarlama failin ruh halini ve psikolojik durumunu yansıtır. Bu nedenle failin şahsına bağlı olarak değişiklik gösterir. Buna karşılık, tasarlamanın izahında plan kurma teorisinin kullanıldığı hallerde, cezayı artıran fiili bir nitelikli unsur olarak sınıflandırılması gerekir. Zira bu durumda tasarlama suçun icrası ile irtibatlandırılır. Yani fiile ve suçun işlenme şekline ilişkin hususları kapsar. Türk öğretisinde tasarlamanın izahında genellikle plan kurma teorisine üstünlük tanındığından, tasarlamanın cezayı artıran fiili bir nitelikli unsur olduğunun kabulü gerekir[673]. Tasarlama kastın yoğun şekli olarak esasen suçun manevi unsuru ile ilintilidir. Ancak bu durum onu şahsi nitelikli unsur yapmamaktadır. Zira şahsi nitelikli unsurlar failin şahsına bağlı olarak değişiklik gösterir. Oysa plan kurma teorisiyle izah edilen tasarlamaya ilişkin nitelikli unsurun uygulanmasında, failin şahsına bağlı olarak bir değişiklik meydana gelmez.

---

nitelikli unsurları listelenmiştir. Failin bu suçu işlerken öldürme zevki, cinsel güdüleri tatmin, maddi menfaat temini veya başka ilkel saiklerle hareket etmesi ya da bu suçu işlerken diğer bir suçun işlenmesini kolaylaştırma veya gizleme amacı gütmesi Alman öğretisinde cezayı artıran şahsi nitelikli unsur olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.675-676; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, s.374, kn.1353. Ayrıca 765 sayılı TCK döneminde 453. madde, failin saikinden ileri gelen cezayı azaltan şahsi nitelikli unsura örnek gösterilmekteydi. Bu ceza normunda, annenin yeni doğmuş olan çocuğunu şerefini kurtarma saikiyle öldürmesi cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmekteydi. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.44.

[671] Taner, **a.g.e.**, s.468-469; Uma, **a.g.e.**, s.54; Nurullah Kunter, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", **İÜHFM**, C.13, S.1, 1974, s.84-85; Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 40.

[672] Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.92; Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.946; İskender, **a.g.e.**, s.20; Güngör, **a.g.e.**, s.77; Aydın, **a.g.e.**, s.235. Erem, tasarlamayı cezayı artıran şahsi nitelikli unsurlar içerisinde incelemiş, ancak tasarlamanın cezayı artıran fiili bir nitelikli unsur olarak da karakterize edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.467-468. Nitekim yazar farklı bir çalışmasında, tasarlamayı fiile bağlı şiddet sebebi biçiminde sınıflandırmıştır. Bkz. Faruk Erem, "Teammüd", **AÜHFD**, C.37, S.1, 1980, s.26. Yargıtay bir kararında tasarlamanın şahsi bir nitelikli unsur olmadığını söylemek suretiyle, dolaylı yoldan tasarlamayı fiili bir nitelikli unsur olarak karakterize etmiştir. **Yarg.1. CD**. T.23.12.1994, 4121/4640. Bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s.129, dn.32.

[673] Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.659-661; Kaymaz, **a.g.e.**, s.128-129.

4. Objektif-Sübjektif Nitelikli Unsurlar Ayrımı

Bu ayrım esasen yukarıda detaylı bir şekilde irdelenen fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımına karşılık gelmektedir. Öğretide kimi yazarlarca fiili nitelikli unsurlara karşılık gelecek şekilde objektif nitelikli unsurlar (objektif nedenler), şahsi nitelikli unsurlara karşılık gelecek şekilde ise sübjektif nitelikli unsurlar (sübjektif nedenler) terimleri kullanılmaktadır. Bu nedenle bu başlık altında ayrıca açıklamada bulunulmayacaktır.

Kanımızca şahsi nitelikli unsurların objektif ya da sübjektif unsur olması mümkündür. Her şahsi nitelikli unsur sübjektif unsura karşılık gelmez. Bir suç tipinde şahsi objektif unsurlar da mevcut olabilir. Aynı çıkarım fiili nitelikli unsurlar bakımından da geçerlidir. Bu nedenle objektif-sübjektif nitelikli unsurlar ayrımının fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımı ile eş anlamlı kullanılması doğru olmayacaktır.

5. Kanuni-Takdiri Nitelikli Unsurlar Ayrımı

Suçun cezasını artıran ya da azaltan nitelikli unsurların kanunla belirlenmiş olması yani nitelikli unsurları düzenleyen bir suç tipi içerisinde açıkça tarif edilmesi ve hâkimi bağlaması gerekir. Bu konuda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır[674]. Somut olayda bir nitelikli unsurun gerçekleştiğinin kabulü için, failin hareketinin suç tipinde yapılan nitelikli unsur tarifine bire bir uyması şarttır. Hareketin, suç tipindeki nitelikli unsur tanımına kısmen uyduğu hallerde, esasen nitelikli unsurlu suç tipine uygun bir hareket yapılmamış demektir. Diğer bir ifadeyle suç tipinde, somut olayda gerçekleştirilen harekete karşılık gelen bir nitelikli unsur tarifi bulunmamaktadır. Bu itibarla, nitelikli unsurlarda kanunilik ilkesi gereği failin cezasının bu nitelikli unsur dikkate alınarak belirlenmesi mümkün değildir.

Nitelikli unsurlar nihai ve mecburidir. Nihailik, ne gibi bir hususiyetin nitelikli unsur teşkil ettiğinin kanunda açıkça tarif edilmiş olmasını gerektirir. Mecburilik ise somut olayda nitelikli unsurun mevcudiyetinin hâkim tarafından tespiti halinde, hâkimin nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza çerçevesini ya da oransal ceza

[674] Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, s.48; Ersoy, **a.g.e.**, s.129.

artırımını/indirimini uygulama zorunluluğunu ifade eder. Suçun nitelikli unsurlarının suç tipleri içerisinde tek tek belirlenmiş olması, daha önce de bahsedildiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir.

Öteden beri "cezayı hafifletici sebepler" biçiminde adlandırılan durumlar arasında kanuni ve takdiri olmak üzere ikili bir ayrım yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, kanunda spesifik olarak belirlenmiş olan cezanın azalmasına yol açan sebepler "kanuni hafifletici sebepler" ya da "cezayı azaltıcı kanuni sebepler" biçiminde adlandırılırken, kanunda açıkça sayılmayarak tespiti hâkimin takdirine bırakılmış olanlar ise "takdiri hafifletici sebepler" ya da "cezayı azaltıcı takdiri sebepler" şeklinde adlandırılmaktadır. Bu ikincilerin tespiti ve uygulanması hususunda hâkim kanun vasıtasıyla yetkilendirilmiştir. Hafifletici sebeplerin takdire bağlı olmasının kanunilik ilkesini zedelemeyeceği, hâkime genel bir takdir yetkisi verilerek cezayı hafifletme imkânı tanınabileceği ifade edilmektedir. Bu anlamda kullanılan "hafifletici sebepler" terimi, suçun cezasını azaltan nitelikli unsurlardan çok daha geniş kapsamlı bir kavrama tekabül etmektedir[675]. Ancak bu terimin suçun cezasını azaltan nitelikli unsurları dışlamadığı da muhakkaktır. Bu kapsamda öğretide, gerek 765 sayılı TCK'da gerekse 5237 sayılı TCK'da öngörülmüş olan "takdiri indirim nedenleri" müessesesi, "takdiri hafifletici sebepler" içerisinde değerlendirilmektedir[676].

Takdiri indirim nedenlerini nitelikli unsur olarak değerlendiren yazarlar, takdiri indirim nedenlerinin nitelikli unsurlarda geçerli olan kanunilik ilkesinin istisnasını oluşturduğunu savunmaktadır. Yani bu görüşe göre takdiri indirim nedenleri takdiri nitelikli unsurlardandır[677]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Takdiri indirim nedenlerini düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde açıkça "*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak*" bir de takdiri indirim sebeplerinin mevcut olduğu ifade

---

[675] Taner, **a.g.e.**, s.441; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.777; Ersoy, **a.g.e.**, s.129; Aydın, **a.g.e.**, s.222. Taner bu terimin içerisine cezayı kaldıran etkin pişmanlık hallerini, kusurun azalmasına yol açan halleri ve takdiri indirim nedenlerini de dahil eder. Bkz. Taner, **a.g.e.**, s.441-449.

[676] Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.362; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.388; Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.946; Şen, **a.g.e.**, s.472.

[677] İlhan Üzülmez, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **EÜHFD,** C.X, S.3-4, 2006, s.218. Demirbaş ise takdiri indirim nedenlerini "takdiri suça tesir eden nedenler" biçiminde sınıflandırmaktadır. Bkz. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.689. Kanımızca bu görüşü de kabul etmek mümkün değildir. Zira kanunda örnek olarak sayılan takdiri indirim nedenleri suça tesir etmemektedir. Yani bu nedenlerin mevcudiyeti suçun haksızlık içeriğini azaltmamaktadır.

edilmiştir[678]. Burada kanuni tahfif sebepleri ifadesiyle esasen cezayı azaltan nitelikli unsurlar kastedilir. Nitelikli unsurların tamamı kanunidir. Nitekim 5237 sayılı TCK m.62'de sayılan örneklere bakıldığında da kanunda takdiri indirim nedeni olarak gösterilen hususlarla cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenen hususlar birbirlerinden kolaylıkla ayrıt edilebilir.

Takdiri indirim nedenleri suça değil faile ilişkin olan sebeplerdir. Suçun işlenmesinden önce veya sonra gerçekleşen bir hususun takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması mümkündür. Nitelikli unsurlar ise suçun işlenmesi sırasında gerçekleşen ve suça etki eden sebeplerdir. Yani takdiri indirim nedenleri faile ilişkin olan, suça ve suçun haksızlık içeriğine etki etmeyen sebepler iken, nitelikli unsurlar suça ilişkin olan ve suçun haksızlık içeriğine (ağırlığına) etki eden sebeplerdir. Ayrıca nitelikli unsurların dayanağını kanundan alması bu unsurlara özelliğini veren en temel şarttır. Nitelikli unsurların kesinliği (nihailiği), kanunilik ilkesi sayesinde sağlanır. Bunlar yalnızca yasama organı tarafından ihdas edilebilen unsurlardır. Buna karşılık takdiri indirim nedenleri bakımından kanunilik ilkesi geçerli değildir. Yani neyin takdiri indirim nedeni olacağına kural olarak hâkim karar verir. Öte yandan, nitelikli unsurlar sadece yasama organı tarafından ilişkilendirildikleri suç bakımından uygulanabilir. Bir suçun nitelikli unsura sahip olmaması da mümkündür. Buna karşılık takdiri indirim nedenleri geneldir, bütün suçları kapsamına alır.

Son olarak, TCK m.61'e göre cezanın hesaplanması sırasında cezayı azaltan nitelikli unsurlar ile takdiri indirim sebepleri farklı aşamalarda dikkate alınır. Hükme göre takdiri indirim sebepleri sonuç cezanın belirlenmesinde son aşamada dikkate alınacaktır. Buna karşılık oransal cezayı azaltan nitelikli unsurlar temel cezanın belirlenmesinden hemen sonra dikkate alınır. Özel ceza çerçeveli nitelikli unsurlar ise temel cezanın tayini esnasında değerlendirmeye alınır. Açıklanan tüm bu sebeplerle, kanun koyucu tarafından düzenleme yapılsaydı cezayı azaltan nitelikli unsur biçiminde sınıflandırılması gereken bir olgunun, hâkim tarafından takdiri indirim nedeni şeklinde vasıflandırılarak somut olayda dikkate alınması mümkün olmaz. Zira

[678] Nitekim dönemin öğretisinde de suçun unsurları, "ağırlatıcı nedenler" ve "kanuni hafifletici nedenler" dışında kalan herhangi bir nedenin takdiri indirim nedeni olabileceği ifade edilmekteydi. Bkz. Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.364-365.

kanun koyucu isteseydi o olguyu cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlerdi. Ayrıca bir suçun cezayı azaltan nitelikli unsurunun gerçekleştiği hallerde, takdiri indirim sebeplerine istinaden hükmolunacak cezada ek bir indirim yapılması da mümkündür. Bunu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır[679].

765 sayılı TCK'da takdiri indirim nedenleri kanunda örnek niteliğinde olacak şekilde bile sayılmamıştı. Yani kanunla dolaylı olarak hâkime herhangi bir vakıayı indirim sebebi olarak kabul etme yetkisi verilmişti[680]. Bu nedenle ne gibi hususların takdiri indirim nedenleri arasında değerlendirilebileceği öğretide ve uygulamada yapılacak tespitlere bırakılmıştı[681]. Bu da suçun haksızlık içeriğine etki eden ve esasen nitelikli unsurlar arasında sınıflandırılması gereken kimi hususiyetlerin; suça etki etmeyip faile etki ederek cezanın hafifletilmesini gerektiren sebeplerle aynı potada değerlendirilmesine yol açmıştı. Örneğin öğretide, suçun "necip duygularla", "az çok makbul tutulabilecek saiklerle"[682], "kendisinin veya başkasının şerefini kurtarmak saikiyle" ya da "toplumun ve ahlak anlayışlarının kötü saymadığı heyecanlar ve ihtiraslarla"[683] işlenmesi halinde hâkimin cezada takdiren indirim yapabileceği ifade edilmekteydi. 765 sayılı TCK döneminde öğretide takdiri indirim nedeni olarak görülen, suçun işlenmesi esnasında mevcut olan bu örnekler, bugün cezanın azaltılmasını gerektiren kanuni nitelikli unsurlar olarak değerlendirilebilir. Zira, suçun belirli saiklerle işlenmesi suça etki ederek daha ağır ya da daha hafif sayılmasına neden olur. Yani suçun haksızlık içeriğinde değişiklik meydana getirir. Bu nedenle prensip olarak nitelikli unsur teşkil eder ve tüm nitelikli unsurlar gibi kanunla, özel hükümler kitabındaki suç tiplerinin içerisinde düzenlenmesi gerekir.

Gerek 765 sayılı TCK gerekse 5237 sayılı TCK döneminde suçun cezasını artıran takdiri nitelikli unsurlar ya da suçun cezasının artmasına yol açan takdiri sebepler düşüncesi hem Türk ceza hukuku literatürüne hem de ceza kanunlarına yabancıdır. Zira bu gibi haller anayasal kanunilik ilkesinin (AY m.38/1) güvence

---

[679] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.176.
[680] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.244.
[681] Bu takdirde bulunulurken riayet edilmesi gereken husus, kanunda müstakil olarak öngörülmüş olan bir unsurun ya da kanuni cezayı azaltıcı nedenin ayrıca takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilememesi idi. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.780.
[682] Taner, **a.g.e.**, s.452.
[683] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.780.

fonksiyonunun ihlali olarak değerlendirilmekte, hâkimin genel bir takdire dayalı cezayı ağırlaştırma yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu itibarla hâkime kanun aracılığıyla suç karşılığı hükmedilecek olan cezayı ağırlaştırma yönünde genel bir takdir yetkisi verilemeyecektir[684].

Bununla birlikte bir görüşe göre, hâkimin takdir edeceği bir sebebe dayanarak cezayı artırması takdiri cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder[685]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Tıpkı cezayı azaltan nitelikli unsurlar gibi cezayı artıran nitelikli unsurlar da kanunidir. Bu suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucudur[686]. Cezayı artıran nitelikli unsurlar hâkimin takdirine bırakılamayacaktır. Somut olayda suçun haksızlık içeriğinin artmasına yol açan bir hususiyet bulunsa bile, bu durum ilgili suç tipinde cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmedikçe, hâkimin bu hususu dikkate alarak hükmolunacak cezayı temel suça karşılık gelen cezanın üst sınırını aşacak şekilde takdiren belirli bir oranda artırması mümkün değildir. Bu gibi hallerde hâkim, temel suça karşılık gelen cezanın alt ve üst sınırları içerisinde hüküm kurmakla yükümlüdür. Bu noktada somut olay adaletini sağlamak isteyen bir hâkimin yapabileceği tek şey, suçun temel şekli için kanunda öngörülmüş olan ceza çerçevesi içerisinde kalmak kaydıyla üst sınıra yaklaşarak hüküm kurmaktır[687]. Nitelikli unsur olarak kanunda öngörülmeyen bir durum, somut olayda suçun haksızlık içeriğini ne kadar ağırlaştırırsa ağırlaştırsın, hâkimin temel suç için öngörülmüş olan ceza çerçevesinin üst sınırını aşabilmesi mümkün olmayacaktır.

Öğretide, bu gibi durumlarda hâkimin, suçun haksızlık içeriğini artıran hususları dikkate alarak temel suç için öngörülen cezanın üst sınırından hükmü kurabilmesi serbestisinin "takdiri ağırlatıcı sebepler" biçiminde adlandırıldığı da görülmektedir[688]. Kanımızca ne bu gibi bir adlandırma ne de bunun günümüz ceza kanununa uyarlanarak

---

[684] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.777; Ersoy, **a.g.e.**, s.129; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.388.
[685] Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.946.
[686] Taner, **a.g.e.**, s.466.
[687] Belirtilmelidir ki bu yorum 5237 sayılı TCK'nın alt ve üst sınırlı cezalar öngören hükümleri için geçerlidir. Kasten öldürme suçunda olduğu gibi sabit cezalar öngören ceza normlarında böyle bir imkân da bulunmayacaktır. Bu nedenle sabit cezalar içeren ceza normları, alt ve üst sınırlı ceza normlarına kıyasla somut olay adaletini sağlamaktan oldukça uzaktır.
[688] Taner, **a.g.e.**, s.466, dn.3; Karş. Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, s.306.

"takdiri cezayı artıran nitelikli unsur" biçiminde adlandırılması doğru olacaktır. Zira ortada bir nitelikli unsur bulunmamaktadır. Sadece temel suç vardır. Temel suç için kanunda öngörülmüş olan ceza çerçevesinin alt sınırından uzaklaşmak teknik anlamda bir "ceza artırımı" değildir. Bu nedenle hâkim bir suçun somut cezasını o suçun soyut cezasının alt sınırının üzerinde belirlediğinde takdiri ağırlatıcı sebebin mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir. Benzer şekilde soyut cezanın üst sınırından uzaklaşmak da "ceza indirimi" olarak adlandırılamaz. Esasen bu aşamada yapılan faaliyet, temel suç için öngörülmüş olan ceza çerçevesi içerisinde cezanın bireyselleştirilmesidir[689]. Özetle, 5237 sayılı TCK'da takdiri cezayı artıran nitelikli unsur olarak sınıflandırılabilecek bir nitelikli unsur bulunmamaktadır.

Sonuç itibarıyla teknik anlamda nitelikli unsurlar arasında kanuni-takdiri nitelikli unsur ayrımı yapılması mümkün değildir. Cezayı artıran ya da azaltan bütün nitelikli unsurlar kanuna dayanır. Dayanağını kanundan almayan bir hususiyetin nitelikli unsur biçiminde sınıflandırılması imkânı bulunmamaktadır. Böyle bir sınıflandırma nitelikli unsurların yapısal özellikleriyle bağdaşmaz. Benzer şekilde dayanağını kanundan alan tüm nitelikli unsurlar da bağlayıcıdır. Bu itibarla kanunda yazılı olmasına rağmen cezada bir değişiklik meydana getirip getirmemesi hâkimin değerlendirmesine bırakılmış olan hususiyetlerin de teknik anlamda nitelikli unsur biçiminde tasnif edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle cezayı artıran veya azaltan takdiri nitelikli unsurların mevcudiyetinden söz edilemeyecektir.

6. Ağırlatıcı-Hafifletici Nitelikli Unsurlar Ayrımı

Bu nitelikli unsurlar arasında yapılan en geleneksel ayrımı oluşturmaktadır. Temel suça karşılık gelen cezanın türünde veya miktarında meydana getirdiği değişiklikle cezanın ağırlaşmasına yol açan nitelikli unsurlar ağırlatıcı nitelikli unsurlar biçiminde sınıflandırılır. Temel suça karşılık gelen cezanın türünde veya miktarında meydana getirdiği değişiklikle cezanın hafiflemesine yol açan nitelikli unsurlar ise hafifletici nitelikli unsurlar biçiminde sınıflandırılır. Cezanın miktarını artıran nitelikli unsurun ağırlatıcı, cezanın miktarını azaltan nitelikli unsurun ise

[689] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.244; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.172.

hafifletici nitelikli unsur olduğu hususunda şüphe duyulmaz. Benzer şekilde adli para cezasını hapis cezasına çeviren nitelikli unsurun ağırlatıcı, hapis cezasını adli para cezasına çeviren nitelikli unsurun ise hafifletici nitelikli unsur olarak sınıflandırılması hususunda tereddüt bulunmaz.

7. Ara Sonuç

Öğretide öteden beri yapılagelen ve yukarıda detaylandırılan nitelikli unsur tasnifleri içerisinde yer almasına rağmen kanımızca, nitelikli unsurlar arasında genel-özel nitelikli unsurlar ve kanuni-takdiri nitelikli unsurlar ayrımı yapılamaz. Sadece maddi-manevi nitelikli unsurlar, fiili-şahsi nitelikli unsurlar ve ağırlatıcı-hafifletici nitelikli unsurlar ayrımı yapılabilir.

Genel-özel nitelikli unsurlar ayrımı yapılamamasının sebebi, nitelikli unsurların doğası itibarıyla özel hükümler kitabında suç bazlı olarak düzenlenmeleri gerekliliğinin mevcudiyetidir. Genel hükümler kitabında tüm suçları ilgilendirecek şekilde bir nitelikli unsur düzenlemesi yapılabilmesi mümkün değildir. Bu itibarla genel nitelikli unsur deyimi olsa olsa yine özel hükümler kitabında yer alan ancak belirli bir grup suçla irtibatlandırılan nitelikli unsurları ifade etmek üzere kullanılabilir. Bu durumda özel nitelikli unsur deyiminin ise sadece belirli bir suçla irtibatlandırılmış olan nitelikli unsurlara karşılık gelecek şekilde kullanılması gerekir.

Kanuni-takdiri nitelikli unsurlar ayrımı yapılamamasının sebebi ise, yine nitelikli unsurların doğası gereği kanunda yazılı suç tipleri içerisinde nihai ve bağlayıcı suretle tasvir edilmeleri gerekliliğinin mevcudiyetidir. Esasen bu bir nitelikli unsurdan söz edilebilmesinin en temel koşuludur. Kanun koyucunun belirlemesi yerine hâkimin takdirine bağlanmış olan hususiyetler nitelikli unsur teşkil etmez. Bunlar olsa olsa cezanın belirlenmesi kuralı biçiminde tasnif edilebilir. Bu itibarla bütün nitelikli unsurlar kanunidir. Takdiri bir nitelikli unsurun mevcudiyetinden söz edilemez.

Nitelikli unsurlar arasında cezaya etkilerine göre ağırlatıcı-hafifletici nitelikli unsurlar ayrımı yapılabileceği hususunda tereddüt bulunmaz. Bunun yanı sıra kanımızca nitelikli unsurların kurucu maddi unsurlar üzerine eklenerek geliştirilmesi mümkün olduğu gibi, kurucu manevi unsur üzerine eklenerek geliştirilmesi de

mümkündür. Bu nedenle bir nitelikli unsur maddi ya da manevi unsur kökenine sahip olabilir. Nitelikli unsurlar sadece maddi unsurlarla sınırlanamayacaktır. Son olarak nitelikli unsurlar arasında fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılması bir gereklilik arz eder. Özellikle nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesinin çözümünde adil bir sonuca varılması bu ayrıma bağlıdır.

E. Hukuka Aykırılık Unsuru-Nitelikli Unsur İlişkisi

Hukuka aykırılık unsuru, suçun maddi ve manevi unsurlarının mevcudiyetinin saptanmasından sonra kontrol edilen, bir fiilin suç teşkil edebilmesi için mevcudiyeti aranan son unsurdur. Yani suçun kurucu unsurudur. Somut olayda gerçekleştirilen fiilin bir suçun maddi ve manevi unsurlarına karşılık gelmesi o fiilin haksız olduğunun, hukuka aykırı olduğunun ve suç teşkil ettiğinin karinesidir[690]. Bu nedenle bu aşamada, somut olayda gerçekleştirilen fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığı denetlenir[691]. Bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti hukuka aykırılık karinesini kaldırır ve gerçekleştirilen fiilin suç teşkil etmesini engeller.

Suçun kurucu unsurlarıyla dış dünyada yaratılan hukuka aykırılık ile suçun cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlarıyla meydana getirilen hukuka aykırılık arasında bir fark bulunmaz. Her ikisi de eşit biçimde hukuka aykırıdır. Zira hukuka aykırılığın derecelendirilmesi mümkün değildir. Yani hukuka aykırılığın sadece varlığından ya da yokluğundan söz edilebilir. Hafifliğinden ya da ağırlığından söz edilemez. Buna karşılık nitelikli unsurlar suç ile dış dünyada meydana getirilen haksızlığın ağırlığı üzerinde etkili olur. Zira haksızlığın derecelendirilebilmesi (ölçülebilmesi) mümkündür[692]. Bu nedenle cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar temel suça kıyasla suçun daha ağır ya da daha hafif haksızlık içeriği ile belirmesine vesile olur.

---

[690] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.41.
[691] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.42; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §12 kn.9.
[692] Karş. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §12 kn.9; Wessels/Beulke/Satzger, AT, kn.421.

Hukuka uygunluk nedenleri ile nitelikli unsurların ortak özelliği her ikisinin de suça etki etmesidir. Ancak bunlardan ilki suçun oluşumuna etki ederken, ikincisi ise hali hazırda oluşmuş olan suçun haksızlık içeriğinin ağırlığına etki ederek cezada değişikliğe yol açar. Hukuka uygunluk nedenleri kurucu suç unsurları grubuna dahil iken; nitelikli unsurlar tali suç unsurları arasındadır. Bir fiilin haksızlık teşkil edebilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık haksızlığın bir unsurudur. Ancak suçun daha ağır ya da daha hafif hukuka aykırılığından bahsedilmesi mümkün olmadığı için, haksızlığın içeriği üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebepleri cezayı artırma ya da azaltma gibi bir fonksiyona haiz değildir. Bunların tek işlevi fiilin hukuka aykırılığına engel olmaktır[693]. Buna karşılık suçun nitelikli unsurlarının bir fiilin hukuka aykırılık vasfını kaldırma ve suç teşkil etmesini engelleme gibi bir özelliği bulunmaz. Zira nitelikli unsurlar ek suç unsurlarıdır.

Suç incelemesi yapılırken öncelikle temel suçun maddi ve manevi unsurlarının saptanması, ardından ise temel suçu hukuka uygun hale getiren bir durumun somut olayda bulunup bulunmadığının denetlenmesi gerekir. Ancak temel suçun tüm unsurlarıyla mevcudiyeti saptandıktan sonra ilgili suçun nitelikli unsurlarının mevcut olup olmadığı denetlenir. Nitelikli unsurlar, suçun maddi ve manevi unsurları üzerine eklenerek geliştirilir. Bu nedenle bu aşamada da önce maddi nitelikli unsurların ardından ise manevi nitelikli unsurların denetlenmesi gerekir. Son olarak, suçun nitelikli unsurlarını hukuka uygun hale getiren bir sebebin mevcut olup olmadığının kontrolü yapılır. Bu ihtimalde, yani suçun nitelikli unsurunu hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti halinde, temel suç varlığını sürdürecektir. Zira temel suçu hukuka uygun hale getiren herhangi bir sebep bulunmamasına rağmen, temel suça eklenen bir nitelikli unsuru hukuka uygun hale getiren bir sebebin mevcut olması teorik olarak mümkündür[694].

---

693 Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.261-262; N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.284-285.

694 Alman öğretisinde izlenen ve tarafımızca da benimsenen, hukuka uygunluk sebepleri ile temel ve nitelikli unsurlu suçun incelenme metotlarından biri yukarıda anlatıldığı gibidir. Bunun dışında takip edilebilecek iki farklı inceleme metodu daha bulunmaktadır. Bunlardan ilkine göre, önce temel suça ait maddi ve manevi unsurların, hemen ardından ise bu unsurlara eklenerek geliştirilen maddi ve manevi nitelikli unsurların denetlenmesi gerekir. Bunların ardından gelecek şekilde temel suça ve nitelikli

II. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARINDA HATA

A. Genel Olarak

Hata failin tasavvuru ile gerçeğin örtüşmemesi anlamına gelir. Bu durum gerçeği bilmemek veya yanlış ya da eksik bilmek suretiyle gerçekleşir[695]. Failin suçun unsurlarında, hukuka uygunluk nedenlerinde ya da fiilinin suç teşkil edip etmediği hususunda hataya düşmesi mümkündür. Bu hata çeşitlerinden konumuzu ilgilendiren suçun unsurlarında hatadır. Bu başlık altında belirtilmesi gereken ilk husus suçun nitelikli unsurlarında hata ile maddi kurucu unsurlarında hatanın birbirinden farklı şeyler olduğudur. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın hatayı düzenleyen 30. maddesinde bu fark ortaya konulmuştur. Buna göre suçun maddi kurucu unsurlarında hataya düşülmesi durumunda TCK m.30/1 hükmü doğrultusunda işlem yapılacaktır. Suçun nitelikli unsurlarında hata ise TCK m.30/2 hükmü kapsamında ele alınacaktır[696]. Suçun nitelikli unsurlarında hataya düşülen hallerde, temel suç bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş kalmaya devam eder. Zira bu halde suçun kurucu unsurlarında hataya düşülmemiştir. Fail hareketlerinin temel suçu meydana getirdiğini bilmektedir. Bunun sonucu olarak, suçun nitelikli unsurlarında hata ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz[697].

---

unsura ilişkin hukuka uygunluk sebebi denetimi müşterek bir şekilde yapılmalıdır. Diğer metoda göre ise, öncelikle temel suçun maddi unsurları incelenir. Ardından maddi nitelikli unsurlar denetlenir. Sonrasında aynı inceleme suçun manevi unsurları bakımından da tekrarlanır. Son olarak ise, müşterek bir şekilde hem temel suç hem de nitelikli unsurlar için hukuka uygunluk sebebi denetimi gerçekleştirilir.

[695] Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", s.81-82; Frister, **a.g.e.**, §11 kn.31. Failin tasavvuru ile gerçekliğin örtüşmediği hallerde yanlış bir tasavvurun mevcudiyetinden bahsedilir. Yanlış tasavvur hatalı varsaymadan ya da bilgisizlikten ileri gelebilir. Eksikliği (yokluğu) bilinmeyen durumlar bakımından hatalı varsayma söz konusu iken; mevcudiyeti bilinmeyen durumlar bakımından ise bilgisizlikten bahsedilir. Bkz. Hettinger, **a.g.e.**, L44.

[696] TCK m.30'un 1. ve 2. fıkrasının kapsamına giren, suçun maddi koşullarında hata halinde, soyut bir şekilde suç tipi unsurlarında düşülmüş hata söz konusu değildir. Aksine, maddi hayat olayında, yani bir suç tipinin unsurlarını yerine getiren maddi koşullarda hata söz konusudur. Bu nedenle failin bilgisizliğinin bu hayat olayı ile ilişkili olması gerekir. Bkz. Detlev Sternberg-Lieben/Irene Sternberg-Lieben, "Der Tatumstandsirrtum (§16 I 1 StGB)", **JuS**, 2012, s.289-290. Bu durumda fail suçun kanuni tanımının esasında bir hataya düşmez. Yani fail gerçekleştirdiği davranışın hukuk normları tarafından yasaklanmış bir davranış olduğunu bilmektedir. Bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.84.

[697] Kühl, **Strafrecht AT**, §13 kn.15; Bengü, **a.g.e.**, s.68; B.Erman, **a.g.e.**, s.116; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.262; Ersoy, **a.g.e.**, s.114.

İfade edilmelidir ki, bir suçun nitelikli unsurlarında hataya düşülmesi durumunda suçun temel şeklinin oluşacağı önermesi, yalnızca cezayı artıran nitelikli unsurlarda hataya düşülmesi durumunda geçerlidir. Gerçekten bir suçun cezasını artıran bir nitelikli unsurda hataya düşen faile bu nitelikli unsurun isnat edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle failin yalnızca temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi kapsamında sorumluluğuna gidilebilecektir. Suçun cezasını azaltan nitelikli unsurlarında hataya düşüldüğünde ise aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere fail bu hatasından yararlanmakta, yani cezayı azaltan nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza çerçevesi ya da oransal indirim üzerinden cezası belirlenmektedir. Bu nedenle hataya rağmen, cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç oluşmuş olmaktadır. Bu itibarla, nitelikli unsurlarda hata halinde, temel suçun mevcudiyetini koruması, failin her zaman temel suç çerçevesinde sorumlu tutulacağı anlamına gelmez. Fail düştüğü hataya rağmen cezayı azaltan nitelikli unsurlardan yararlanır. TCK m.30/2 ile ilgili büyük önem arz eden ikinci husus ise maddenin kapsamına ilişkindir. 765 sayılı TCK'nın aksine yürürlükteki düzenleme suçun nitelikli maddi unsurlarının tamamını kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Yani bu hükümle suçun kurucu maddi unsurlarına hususiyet katılması suretiyle meydana getirilen nitelikli maddi unsurların hepsinde düşülen hataya hukuken sonuç bağlanmıştır.

Fail, suç teşkil eden hareketi gerçekleştirdiği sırada suçun nitelikli unsurlarını bilmiyor olabileceği gibi yanlış veya eksik biliyor da olabilir[698]. Suçun nitelikli unsurlarında hata halinde, failin nitelikli unsurun varlığı ya da yokluğu hakkındaki tasavvuru ile somut olaydaki gerçek uyuşmaz[699]. Ancak failin TCK m.30/2 hükmünden istifade edebilmesi için gerçek durum ile tasavvurunun uyuşmaması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu uyuşmazlığın düştüğü hatadan kaynaklanması gerekir. Yani hata sebebiyle failin iradesi bozulmuş olarak doğmalı, bu bozuk irade nedeniyle fail dış dünyaya ait bir gerçekliği olduğundan değişik bir şekilde algılamalıdır[700]. Buna göre, fail ya fiilen gerçekleşmemiş olan bir nitelikli unsurun gerçekleştiğini zanneder ya da fiilen gerçekleşmiş olan bir nitelikli unsurun gerçekleştiğinden haberdar değildir. Her iki durumda da faili düştüğü hatadan kanunun

[698] Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.366; Yener Ünver, "YTCK'da Kusurluluk", **CHD**, S.1, 2006, s.47.
[699] Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.645.
[700] Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.672; Güngör, **a.g.e.**, s.23.

ifadesiyle "yararlandırmak" gerekir (TCK m.30/2)[701]. Bunun anlamı failin cezayı artıran nitelikli unsurların mevcudiyeti hususunda düştüğü hatanın aleyhine sonuç doğurmayacağı, cezayı azaltan nitelikli unsurların mevcudiyeti hususunda düştüğü hatanın ise lehine sonuç doğuracağıdır[702]. Diğer bir ifadeyle, suçun nitelikli unsurlarında düşülen hata daima failin lehine hüküm ifade eder[703]. Bu durumda failin ceza sorumluluğunun ağırlaşması mümkün değildir. Ayrıca, hükümde açıkça suçun nitelikli unsurlarında düşülen hatanın TCK m.30/1'de olduğu gibi failin kastını kaldıracağından veya TCK m.30/3'te olduğu gibi failin bu hükümden yararlanabilmesi için düştüğü hatanın kaçınılmaz olması gerektiğinden söz edilmemiştir[704].

Suçun nitelikli unsurlarında düşülen hata için öğretide düz-tersine yanılgı ayrımının da yapıldığı görülmektedir. Buna göre, failin objektif olarak gerçekleşen durumdan daha hafif bir durumu gerçekleştirdiğini sanması düz yanılgıdır. Buna karşılık objektif olarak gerçekleşen durumdan daha ağır bir durumu meydana getirdiğini sanması ise ters yanılgıdır[705]. Bu halde fail, iradesi itibarıyla daha ağır bir haksızlığa yönelmiş olsa da gerçekte durum böyle olmadığından, ancak objektif olarak gerçekleşen durumdan sorumlu tutulabilecektir.

Failin suçun nitelikli unsurlarında düştüğü hatadan yararlanabilmesi için hatasının esaslı olması aranmaz. Zira esaslı hata ceza sorumluluğunun bütünüyle

---

[701] TCK m.30/2'ye göre "*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*". Öğretide bu fıkra herhangi bir ek açıklamada bulunulmaksızın "*Türkçe olarak yanlıştır*" denilerek eleştiri konusu yapılmıştır. Bkz. N.Toroslu/Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", s.12. Benzer şekilde, kimi yazarlarca genel olarak 30. maddenin anlaşılması güç bir dil ile kaleme alındığı ileri sürülmüştür. Bkz. Artuk/Çınar, **a.g.e.**, s.83.

[702] Centel, **a.g.e.**, s.381; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.438. Öğretide bazı yazarlar, kanun koyucunun sırf failin lehine uygulama yapabilmek için kimi zaman failin iradesini yani sübjektif kıstası, kimi zaman ise fiilen gerçekleşmiş olan (objektif) durumu dikkate aldığını belirtilerek kanun koyucunun bu tutumunu eleştirmişlerdir. Yazarlar, niçin her durumda failin lehine hareket edilmesi gerektiğinin anlaşılır olmadığını ifade etmektedirler. Yazarlara göre, doğru olan sübjektif kıstası dikkate almaktır. Zira sübjektif kıstas failin ahlaki kötülüğünü ortaya koyar. Buna karşılık, objektif durum ise hata sonucu ortaya çıkan tesadüfi bir vakıadır. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.616.

[703] Zafer, **a.g.e.**, s.637; B.Erman, **a.g.e.**, s.119.

[704] Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.534; Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.697; Değirmenci, **a.g.e.**, s.158. Suçun maddi koşullarında düşülen hatada, hatanın kaçınılabilirliği hususunda araştırma yapılmaz. Düşülen hata, kolaylıkla kaçınabilir olsa da kastı kaldırır. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §27, kn.1. Ünver, failin nitelikli unsurlarda düştüğü hatanın da kaçınılmaz olmasının aranması gerektiğini, kanun koyucunun bunu şart koşmamakla hatalı bir düzenleme yaptığını savunmaktadır. Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.49.

[705] B.Erman, **a.g.e.**, s.117.

ortadan kalkmasına yol açan hatadır[706]. Nitelikli unsurlar suçun tali unsurlarındandır. Bu nedenle nitelikli unsurlarda düşülen hata ceza sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldırmamakta, sadece ceza sorumluluğunun hafiflemesine yol açmaktadır. Bu itibarla nitelikli unsurlarda düşülen hatanın geçici veya esassız hata olduğundan bahsedilir[707].

B. Alman Hukuku

TCK m.30'un Alman CK'daki karşılığını §16 hükmü oluşturmaktadır. Ancak bu hüküm TCK m.30'a kıyasla oldukça dar kapsamlıdır. Alman CK §16/1'de sadece suçun maddi koşullarında (yani tipikliğin bileşenlerinde) bilgisizlik düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre, suçun işlenmesi sırasında suç tipine ait olan bir koşulu bilmeyen kişinin kastı kalkar. Kastı kaldıran hata failin taksirinden ileri gelmişse ve suçun taksirle işlenmesi kanunda cezalandırılması gereken bir fiil olarak düzenlenmişse, failin suçun taksirle işlenmesi nedeniyle cezai sorumluluğu devam eder (Alman CK §16/1). Alman CK §16/2'de ise sadece, suçun cezayı azaltan nitelikli unsurlarının hatalı olarak varsayılması özel bir biçimde düzenleme konusu yapılmıştır. Buna karşılık, §16/2'de suçun cezayı artıran nitelikli unsurlarının hatalı olarak varsayılması ile ilgili bir bilgi bulunmamaktadır[708]. Benzer şekilde, §16/2'de suçun cezayı azaltan veya artıran nitelikli unsurlarına ilişkin bilgisizlik de düzenleme konusu yapılmamıştır. Bu nedenle, öğretide kimi yazarlarca ileri sürülen TCK m.30 hükmünün Alman CK §16/1 ve 2'den birebir tercüme edilmek suretiyle alındığı görüşüne[709] en azından 30. maddenin 2. fıkrası bakımından katılma imkânı bulunmamaktadır. Zira TCK m.30/2 hem cezayı artıran hem de azaltan nitelikli unsurları kapsamına almaktadır. Ayrıca hatanın bilgisizlikten ya da hatalı varsaymadan ileri gelen her iki türü de bu hükmün kapsamındadır.

---

[706] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.323; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.611; Evik, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s.279. Ünver ise suçun nitelikli unsurlarında düşülen hata bakımından da esaslı-esassız hata ayrımının benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.63.

[707] Zafer, **a.g.e.**, s.637.

[708] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §26 kn.18, §27, kn.1; Gropp, **Strafrecht AT**, §13 kn.24-26; Nils Knobloch, "Examensrelevante Irrtümer im Strafrecht-Eine systematische Darstellung", **JuS**, 2010, s.868; Arne Henn, "Der subjektive Tatbestand der Straftat - Teil 2: Überblick über die Irrtumskonstellationen", **JA**, 2008, s.855.

[709] Tezcan/Erdem, **a.g.e.**, s.345.

Alman CK §16'da sadece cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hata açıkça düzenleme konusu yapılmıştır. Cezayı artıran nitelikli unsurlarda hata, Alman CK §16/1 cümle 1 hükmüne göre çözümlenmektedir. Zira §16/1 cümle 1, suçun tüm maddi koşullarını kapsayan hata düzenlemesidir[710]. Hükmün kapsamına sadece suç tipine ait olan maddi koşullar girer. Cezayı artıran nitelikli unsurlar da esasında gerçek suç unsurlarıdır. Bu nedenle §16/1 cümle 1'de hükmün kapsamına cezayı artıran nitelikli unsurların da dahil olduğu ayrıca vurgulanmamıştır. Alman CK §16/1 kastı kaldıran hata hükmüdür. Ancak, hükümde sadece hatanın bilgisizlik çerçevesinde kastı kaldıracağından bahsedilmiş, hatalı varsayma ile ilgili bir düzenlemede bulunulmamıştır. Buna göre, fail kendi davranışının cezayı artırıcı maddi koşullarını bilmiyorsa, yani aleyhine etki edecek olan bir maddi koşuldan haberdar değilse, bu cezayı artıran nitelikli unsur kendisine yüklenemez. Zira bir kimse sadece bildiği tipik haksızlık parçasından sorumlu tutulabilir. Bu halde failin kastı cezayı artıran nitelikli unsuru kapsamaz. Ancak failin kastı temel suçu kapsadığından, sadece temel suç üzerinden cezai sorumluluğu devam eder. Örneğin, Alman CK'da failin hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında yanında tabanca bulundurması cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (Alman CK §244/1 Nr.1a)[711]. (A) ve (B)'nin birlikte hırsızlık yapması halinde, (A) yanında bir silah bulunduruyorsa, ancak (B) bundan haberdar değilse, (B)'nin kendi kastına göre, hırsızlığın temel şekli üzerinden cezalandırılması gerekir[712]. Hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında failin yanında silah

[710] Bugün yürürlükte olan Alman CK §16/1 hükmünün eski karşılığını Alman CK §59/1 hükmü oluşturmakta idi. Bu hükümde hem suçun maddi koşullarında hata hem de cezayı artıran nitelikli unsurlarda hata açıkça düzenleme konusu yapılmıştı. Bu itibarla öğretide, aynı konuda çifte düzenleme yapıldığından söz edilmekteydi. Nitekim §16/1 hükmünde, gereksiz bulunduğundan, açıkça cezayı artıran nitelikli unsur ifadesine yer verilmemiştir. Ancak bu eski düzenlemeden sapıldığı anlamına gelmemektedir. Zira §16/1'de zikredilen suç tipine ilişkin maddi koşullara, cezayı artıran objektif nitelikli unsurlar da dahildir. Bunların bilinmemesi de kastı kaldırır. Bkz. Wilfried Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", **JURA**, 2007, s.261 dn.16; Hettinger, **a.g.e.**, L41 dn.3.

[711] Failin suçun işlenmesi sırasında yanında bir silah veya başka bir tehlikeli suç aleti bulundurması, Alman CK'da çeşitli suçlar bakımından cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bu durumda nitelikli unsurun gerçekleşmesi için silahın kullanılmasına ihtiyaç yoktur. Salt yanında taşıma yeterlidir. Hüküm Alman öğretisinde, suç aletinin tehlikeliliğinin, somut kullanım türünden ve şeklinden bağımsız olarak nasıl saptanacağının belirsiz olması nedeniyle eleştirilmektedir. Kanunun gerekçesinde de bu hususta bir açıklamada bulunulmamıştır. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.648.

[712] Gropp, **Strafrecht AT**, §13 kn.115-117; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §29 V 4; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.101; Wolfgang Joecks/Christian Jäger, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 13. Aufl., München, C.H.Beck, 2021, §16 kn.23; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §26 kn.18, §27 kn.3; Frister, **a.g.e.**, §11 kn.32; Henn, **a.g.e.**, s.855.

taşımasından ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsur objektif olarak gerçekleşmiştir. Ancak, (B)'de suçun nitelikli unsurunu gerçekleştirme kastına sahip olduğunun kabulü için aranan, (A)'nın yanında silah taşıdığı bilgisi bulunmamaktadır. Bir kimsenin kastının kapsamında olmayan (bilmediği) bir hususiyetten sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu nedenle (B) sadece hırsızlığın temel şeklinden sorumlu tutulabilir[713]. Bu itibarla, failin fiilen gerçekleşen cezayı artıran nitelikli unsurun maddi koşullarını bilmeden hareket ettiği hallerde, suçun maddi koşullarında bir hatanın mevcudiyetinden bahsedilir ve cezayı artıran nitelikli unsura ilişkin kast zorunlu olarak ortadan kalkar. Bu halde, bilgisizliğin kaçınılabilir olup olmadığı önem arz etmez[714].

Buna karşılık, (A) hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında yanında herhangi bir silah bulundurmamasına rağmen, (B) hatalı olarak (A)'nın yanında bir silah taşıdığını varsaymış olabilir. Cezayı artıran nitelikli unsurun hatalı varsayılması bir *tersine suç tipi hatası* teşkil eder[715]. Bu halde fail bir ceza normunda yer alan, ancak objektif olarak gerçekleşmeyen, kendi aleyhine olan bir maddi koşulu var zannetmektedir[716]. Bu şekilde, suçun cezasını artıran nitelikli unsurların maddi koşullarında hatalı tasavvur nedeniyle düşülen hata Alman CK'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Alman öğretisinde kimi yazarlar, bu konuda düzenleme yapılmasına gerek bulunmadığını, ceza hukuku dogmatiğinin genel kurallarının bu sorunun çözümünde yeterli olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, bu gibi hallerin suç tipi hatası çerçevesinde ele alınması gerekir. (B) bakımından hırsızlığın temel şekline ait haksızlığın yanında, bir de cezayı artıran nitelikli unsuruna ilişkin kişisel haksızlık bulunur. Ancak cezayı artıran nitelikli unsura tekabül eden bir maddi olay (vakıa) haksızlığı mevcut değildir. Zira (A), suçun işlenmesi sırasında fiilen yanında silah taşımamaktadır. Bu nedenle, cezayı artıran nitelikli unsur bakımından, sadece bir

[713] Hettinger, **a.g.e.**, L41; Thomas Exner, "Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre", **ZJS**, 2009, s.518-519. Failin arkadaşından ödünç aldığı kalın bir mantonun iç cebinde dolu bir silah bulunması ve bunu fark etmeksizin hırsızlık suçu işlemesi halinde de aynı durum söz konusudur. Bkz. Hettinger, **a.g.e.**, L41.
[714] Hettinger, **a.g.e.**, L42; D.Sternberg-Lieben/I.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.289.
[715] D.Sternberg-Lieben/I.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.289. Bu halde failin yanlış tasavvuru, kanunda mevcut olan ve buna teşebbüsün cezalandırıldığı bir cezayı artıran nitelikli unsurun maddi koşullarına ilişkindir. Bkz. Exner, **a.g.e.**, s.522.
[716] Exner, **a.g.e.**, s.522, 527.

teşebbüs mevcuttur. Bu suretle esasen tek bir hareketle iki suç tipi birden gerçekleştirilmiştir. Hem hırsızlığın temel şekli tamamlanmış hem de cezayı artıran nitelikli unsurlu şekline teşebbüs edilmiştir. Bu nedenle Alman hukukundaki kabule göre, bu suç tipleri arasında fikri içtima söz konusudur[717].

Alman CK §16/2 özel bir durumu düzenler[718]. Buna göre, failin suçun işlenmesi sırasında maddi koşullarda düştüğü hata nedeniyle, daha az cezayı gerektiren bir kanundaki suç tipini gerçekleştirdiğini zannetmesi durumunda (yani kendi lehine olan bir maddi koşulu mevcut addetmesi halinde) fail sadece bu suçu kasten işlemekten cezalandırılabilecektir. Zira failin kastı fiilen gerçekleşen daha ağır olan suçu kapsamaz. Aksine failin kastı, kusurunu veya davranışının haksızlığını hafifleten, suçun cezayı azaltan nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye yönelmiştir. Bu durumda fail, suça ilişkin cezayı azaltan maddi koşulların objektif olarak gerçekleştiğini varsaymıştır. Failin bu hatalı tasavvuru nedeniyle, cezayı azaltan nitelikli unsur objektif olarak fail lehine gerçekleşmiş gibi görünür. Dolayısıyla, bir cezayı azaltan nitelikli unsurun maddi koşullarının hatalı olarak varsayılması, o cezayı azaltan nitelikli unsurun mevcudiyetinin kabulüne yol açar. Esasında, objektif olarak cezayı azaltan nitelikli unsur gerçekleşmemiş olmasına rağmen, failin (bu nitelikli unsurun gerçekleşmesini sağlayan maddi koşulların mevcudiyeti hususundaki hatalı tasavvuru nedeniyle) cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç üzerinden cezalandırılması gerekir. Yani §16/2 hükmü gereği, failin pozitif hatalı tasavvuruna önem atfedilmeli ve faile bu hatalı tasavvuru doğruymuş gibi muamelede bulunulmalıdır[719]. Buna karşılık,

---

[717] Gropp, **Strafrecht AT**, §13 kn.118-120; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §26 kn.18; D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §16 kn.6; Eser/Bosch, **a.g.e.**, §22 kn.73. Bu çıkarımın dayanağını, Alman CK'da temel suçun maddi koşullarının hatalı olarak varsayılması halinde, kastın mevcut olduğu (kalkmadığı) düşüncesi oluşturmaktadır. Bu durumda fail temel suça teşebbüsten sorumlu tutulmaktadır. Gropp, **Strafrecht AT**, §13 kn.33; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §26 kn.18.

[718] Buradaki hata düzenlemesi yapısal olarak, §16/1'deki alışılmış suç tipi hatasından farklıdır. Alman CK §16/1, bilmemeden (negatif) ibaret olduğundan, hata suç kastını kaldırır. Buna karşılık, cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hata, suç koşullarının yanlış varsayılmasından (pozitif) ibarettir. Bu suretle, hatalı tasavvura denk düşen bir suç kastı meydana gelir. Bkz. Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", s.261, 263. Alman CK §16/2 hükmü olmasaydı, cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hata §16/1 hükmü kapsamında değerlendirildiğinde, failin düştüğü hata temel suç üzerinden cezalandırılmasını engellemeyecekti. Bkz. Karsten Gaede, **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2020, §16 kn.39.

[719] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1077; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.370; Gropp, **Strafrecht AT**, §13 kn.36; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §27 kn.2; Hettinger, **a.g.e.**, L42; Exner, **a.g.e.**, s.521. Burada belirleyici olan failin gerçek maddi olay yerine neyi var zannetmiş olduğudur. §16/2 hükmü

cezayı azaltan nitelikli unsura ait maddi koşulların kısmi tasavvuru, §16/2'nin devreye girmesi için yeterli olmaz[720].

Aksi uygulama, yani failin bu hususta düştüğü hatanın dikkate alınmaması ve daha ağır olan temel suç üzerinden cezalandırması hem hakkaniyete aykırı olurdu hem de kusur prensibi ile bağdaşmazdı. Zira kusur prensibi gereği faile gerçekleştirdiği haksızlık sadece kasıtlı olduğu ölçüde, yani bilgisi ve isteği tarafından kapsandığı ölçüde yüklenebilir[721]. Bu uygulama, faili tasavvuru doğru olsaydı, bulunacağı konumdan daha iyi bir konuma da getirmez.

Alman CK'da cezayı azaltan nitelikli unsurların sayısı zaman içerisinde önemli ölçüde azaltılmış olduğundan, §16/2 hükmünün doğrudan uygulanma alanı da oldukça daralmıştır. Cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil eden annenin yeni doğan çocuğunu öldürmesi suçunun (Alman CK §217) 1988 yılında yürürlükten kaldırılmasının ardından, hükmün doğrudan uygulanma alanında Alman CK §216'daki talep üzerine öldürme suçu kalmıştır. Ancak hükmün gerçek cezayı azaltan nitelikli unsurlar dışında kalan kimi haller için kıyasen uygulanma olanağı da mevcuttur[722].

Alman CK'da kasten öldürme suçunun talep üzerine işlenmesi cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil eder[723]. Örneğin, bir hemşire düştüğü hata neticesinde bir hastanın açıkça ve ciddi bir şekilde öldürülme talebinde bulunduğunu varsayar ve bunun üzerine ona ölümcül bir iğne yapar. Bu durumda hemşire, hatalı olarak bir cezayı azaltan nitelikli unsurun gerçekleştiğini tasavvur etmiştir. Fiilen yaptığından daha azını yapmayı düşünmüştür. Tasavvuru sadece daha hafif olan tipi gerçekleştirmeyi içermektedir. Ancak öldürülme talebinden ileri gelen cezayı azaltan nitelikli unsur objektif olarak gerçekleşmemiştir. Zira fiiliyatta bir öldürülme talebi mevcut değildir.

---

sayesinde, objektif koşulları gerçekleştirilmemiş olan suç tipinden cezalandırma meydana gelir. Bkz. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §24 kn.41-41a.

[720] Gaede, **a.g.e.**, §16 kn.39. Ayrıca, bu hükmün kapsamına yalnızca hukuken tanınmış olan cezayı azaltan nitelikli unsura denk düşen maddi koşullar girer. Hukuken tanınmış olmayan bir cezayı azaltıcı maddi koşulun varsayılması §16/2 kapsamında değerlendirilmez. Bkz. Exner, **a.g.e.**, s.522.

[721] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.106; D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §16 kn.26.

[722] D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §16 kn.26; Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", s.260.

[723] Alman öğretisindeki baskın görüş bu yöndedir. Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu hükmü müstakil bir suç tipi olarak görür. Bkz. Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", s.260 dn.8.

Bu durumda, kural olarak objektif biçimde gerçekleşmiş olan daha ağır kanundan (kasten öldürmenin temel şekli) cezalandırma söz konusu olmaz. Alman CK §16/2, failin hatalı sübjektif tasavvuru doğrultusunda, herhangi bir öldürülme talebi mevcut olmamasına rağmen, sadece cezayı azaltan nitelikli unsurlu öldürme suçu (Alman CK §216) çerçevesinde sorumlu tutulmasını sağlar[724].

Bu gibi hallerde esasında talep üzerine öldürmenin objektif suç tipi bütünüyle gerçekleştirilmemiştir. Ancak fail, istisnai bir şekilde, objektif suç tipinin gerçekleştirilmesinde eksikliğin mevcudiyetine rağmen, tamamlanmış suçtan cezalandırılmaktadır. Halbuki, esasında cezayı azaltan nitelikli unsura sadece bir teşebbüsün mevcudiyetinin kabulü gerekir. Ancak §16/2 hükmünden, faile cezayı azaltan nitelikli unsur bütünüyle gerçekleşmiş gibi muamelede bulunulması gerekliliği doğar[725]. Bu durumda fail §212'deki kasten öldürmenin temel şeklinin şart koştuğu, bir başkasını iradesine aykırı bir şekilde öldürme kastıyla hareket etmez. Aksine fail sübjektif olarak §216'ya karşılık gelen daha hafif bir haksızlığa tekabül eden kastla hareket etmektedir[726].

Alman CK §16/2'de öngörülen düzenlemenin kapsamına haksızlığı azaltan nitelikli unsurlar girdiği gibi, sadece kusurla ilgili olan, haksızlığa etki etmeyen nitelikli unsurlar da girer. Yani fıkra 2'nin tatbiki bakımından nitelikli unsurun haksızlığı ya da kusuru hafifletmesi önem arz etmez[727].

Öğretide azınlıkta kalan kimi yazarlara göre, Alman CK §216'daki öldürülme talebi esasında özel bir kusur unsurudur[728]. Bu nedenle failin sadece Alman CK

---

[724] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §27 kn.2; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.1327; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §29 V 5a; Knobloch, **a.g.e.**, s.866; Bernd Hecker, "BGH, NStZ 2012, 85: Tötung auf Verlangen", **JuS**, 2012, s.366.

[725] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §22 kn.7; Knobloch, **a.g.e.**, s.866.

[726] Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §24 kn.41a; Knobloch, **a.g.e.**, s.866.

[727] D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §16 kn.26.

[728] Nadiren de olsa ceza normlarının içerisinde haksızlığa etki eden unsurların yanı sıra bir de özel kusur unsurları bulunur. Bunların mevcudiyeti halinde failin zihniyeti daha fazla ya da daha az kınanmayı hak eder. Kusur unsurları objektif ya da sübjektif olarak formüle edilmiş olabilir. Objektif formüle edilmiş kusur unsurları, sadece kusuru hafifletici sebepler olarak ortaya çıkar. Sübjektif formüle edilmiş kusur unsurlarında, failin cezayı azaltan nitelikli unsurun maddi koşullarının mevcudiyetine ilişkin hatalı tasavvuru yeterli değildir. Ayrıca, failin bu tasavvurunun suç işleme isteğinin oluşumu bakımından fiilen motive (teşvik) edici olması da gerekir. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.675, 677. Talep üzerine öldürme suçu, sübjektif kusur unsurları üzerine kurulmuş olan bir cezayı azaltan nitelikli

§216'ya göre cezalandırılması sonucuna hali hazırda genel hükümlerden ulaşılır. Bunun için §16/2 hükmüne müracaat edilmesi gerekmez. Zira hemşire düştüğü hata neticesinde hastanın kendisinden öldürülme talebinde bulunduğunu varsayarsa, öldürme hareketini bu motivasyonla (güdüyle) icra ettiğinden sadece §216'ya göre cezalandırılabilir. Baskın görüş, ciddi bir öldürülme talebinin mevcudiyetini bir suç unsuru olarak sınıflandırdığından, bu çözüme Alman CK §16/2 üzerinden ulaşmaktadır[729].

Cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hata, bilgisizlikten de ileri gelebilir. Yani fail, objektif olarak mevcut olan cezayı azaltıcı maddi koşul hakkında bilgi sahibi olmayabilir. Bu halde fail kendi yararına olan bir maddi koşulu bilmemektedir. Cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hatanın bu şekli Alman CK §16/2'de açıkça düzenlenmemiştir[730]. Örneğin, bir hemşire çok fazla acı çeken bir hastayı, ona acıdığı için öldürür. Hasta, bundan kısa bir süre önce, doktora açıkça ve ciddi bir şekilde kendisinin öldürülmesi için yalvarmıştır. Ancak hemşirenin bundan haberi yoktur. Bu durumda hemşire, objektif olarak talep üzerine öldürme suçunu, sübjektif olarak ise kasten öldürme suçunu işlemiştir. Hemşirenin, hastanın öldürülme talebi hakkındaki bilgisizliği önemlidir. Bir görüşe göre, bu bilgisizlik hemşirenin teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürme suçunun temel şekli ile tamamlanmış talep üzerine öldürme suçundan dolayı fikri içtima çerçevesinde cezalandırılmasına yol açar. Zira kasten öldürme bakımından, karar verme ve doğrudan doğruya harekete geçme suretiyle sadece teşebbüsün haksızlığı mevcuttur. Tamamlamanın haksızlığı mevcut değildir. Talep üzerine öldürme suçu bakımından ise, hem karar verme ve doğrudan doğruya

unsurdur. Zira, öldürülme talebi neticesinde failin içine düştüğü sübjektif çatışma durumu sadece kusuru hafifletir. Önemli olan öldürülme talebinin kendisi değil, bu talep neticesinde failin acıma ve yardım etme güdüsü ile suçu işlemeye karar vermiş olmasıdır. Fail suçu bu güdü ile işlemeye karar vermemişse, §216 hükmü çerçevesinde cezalandırılması mümkün olmaz. Bkz. Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", s.264.

[729] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.370, 677, 1327; Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", s.264-265; Joecks/Jäger, **a.g.e.**, §16 kn.26; Roxin/Greco, **a.g.e.**, §12 kn.139. Azınlık görüşüne göre, failin talep üzerine öldürme suçu kapsamında sorumlu tutulabilmesi için, öldürülme talebinin mevcudiyetini hatalı olarak tasavvur etmesi tek başına yeterli değildir. Ayrıca, bu öldürülme talebinin, failin suçu işleme isteğinin oluşumu bakımından, onu fiilen motive (teşvik) edici de olması gerekir. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.1327. Yazarlar bu çıkarımı, talep üzerine öldürme suçunda, öldürülme talebinin sübjektif kusur unsuru olduğu kabulünden hareketle yapmaktadırlar.

[730] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.105; D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §16 kn.6; Exner, **a.g.e.**, s.521.

harekete geçme suretiyle teşebbüsün haksızlığı hem de tamamlamanın haksızlığı gerçekleştirilmiştir[731].

Öğretide baskın görüş, cezayı azaltan bir nitelikli unsurun fail tarafından bilinmemesi halinde, nitelikli unsurun suçun haksızlık içeriği üzerinde etkili olmasına ya da kusurun azalmasına yol açmasına göre ikili bir ayrım yapar. Eğer cezayı azaltan nitelikli unsur suçun haksızlık içeriğini hafifletiyorsa, bir üst paragrafta anlatılan çözüm benimsenir. Yani objektif durumun belirleyici olması gerekir. Zira §16/2 hükmüne göre haksızlığı hafifletici cezayı azaltan nitelikli unsurun salt hatalı olarak varsayılması bile failin lehine etki etmektedir. Bu nedenle, cezayı azaltan nitelikli unsurun objektif mevcudiyetinin de failin lehine etki etmesi gerekir. Fail bu durumda objektif olarak daha hafif bir haksızlık gerçekleştirmiştir. Ancak sübjektif olarak, temel suça ait haksızlığı meydana getirmektedir. Bu nedenle Alman hukukundaki kabule göre, failin teşebbüs aşamasında kalmış temel suç ile tamamlanmış cezayı azaltan nitelikli unsurlu suçtan fikri içtima ilişkisi çerçevesinde sorumlu tutulması gerekir[732].

Cezayı azaltan nitelikli unsur kusuru da hafifletiyorsa, tatbiki için cezayı azaltan nitelikli unsurun kaynaklandığı maddi koşulların da fail tarafından bilinmesini şart koşar. Bu görüşe göre, talep üzerine öldürme suçu hem kusur içeriğini hem de haksızlık içeriğini hafifleten bir cezayı azaltan nitelikli unsurdur. Suçun haksızlık içeriğinin hafiflemesinin dayanağı, mağdurun hayata küsmesi nedeniyle bu yöndeki kişi varlığı hakkından feragat etmesidir (öldürülme talebi). Failde, suçu işlerken mevcut olan acıma saiği ise kusurun azalmasına neden olur. Bu nedenle, talep üzerine öldürmeye ilişkin cezayı azaltan nitelikli unsurda kısmen kusuru hafifletici sebepler

[731] Gropp, **Strafrecht AT**, §13 kn.122-123. Yazarlar kitaplarının yeni basısında farklı bir çıkarımda bulunmuşlardır. Buna göre, §216 hükmünün devreye girebilmesi iki koşulun mevcudiyetinde bağlıdır. Bunlardan ilki mağdurun ciddi ve açık bir talebinin mevcudiyeti, ikincisi ise failin bu suçu işlemeye öldürülen kişi tarafından karar verdirilmiş olmasıdır. Olayda, her ne kadar ilk koşul yerine getirilmiş olsa da ikinci koşul yerine getirilmiş değildir. Bu nedenle failin, §216 hükmü üzerinden cezalandırılabilmesi mümkün olmaz. Kasten öldürmenin temel şekli üzerinden cezalandırılması gerekir. Bkz. Gropp/Sinn, **a.g.e.**, §13 kn.122-123. Benzer şekilde öğretide, §216 kapsamında mağdurun öldürülmesine rıza göstermesinin suçun haksızlık içeriğini azalttığını ifade eden kimi yazarlar da mağdurun öldürülme talebinden haberdar olmadan hareket eden failin, oluşa göre kasten öldürmenin temel ya da cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklinden cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.110.

[732] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §29 V 5b; D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §16 kn.28; Gaede, **a.g.e.**, §16 kn.39; Fischer, **a.g.e.**, §16 kn.12; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §27 kn.3-4.

bulunur. Hemşire, hastayı onun öldürülme talebini bilmeden öldürdüğü için, sadece kasten öldürmenin temel şekline (veya koşulları varsa cezayı artıran nitelikli unsurlu şekline) göre cezalandırılması gerekir. Yani cezayı azaltıcı maddi koşullar fail lehine etki etmez[733]. Öğretide başka bir görüş ise aynı sonuca biraz farklı bir gerekçeyle ulaşmaktadır. Buna göre, Alman CK §216'daki cezayı azaltan nitelikli unsur, suçun haksızlık içeriğinin azalmasına yol açmaz. Sadece kusuru hafifletir. Hemşire bir insanı öldürdüğünü bilmektedir. Ancak hemşirede, Alman CK §216'nın cezayı azaltan nitelikli unsur olarak kabulünü sağlayan özel motivasyon (güdü), hastanın öldürülme talebinden haberdar olmadığı için mevcut değildir. Bu itibarla, hemşire suçu işlerken özel bir motivasyonla hareket etmemiştir. Ayrıca hemşire, kanunun cezayı azaltan nitelikli unsurun mevcudiyetinin kabulü için şart koştuğu maddi koşulların gerçekleştiğini de bilmemektedir. Dolayısıyla hemşireye yapılacak kusur isnadında bir azalma söz konusu olamaz. Bu nedenle, hemşirenin (ayrıca herhangi bir cezayı artıran nitelikli unsur mevcut değilse) kendi tasavvuruna göre, tamamlanmış kasten öldürme suçunun temel şeklinden cezalandırılması gerekir[734]. Özetle, cezayı azaltan nitelikli unsurun kusur hafiflemesinden ileri geldiği hallerde, bilgisizliğin kusur unsurları ile ilgili olması durumunda, cezayı azaltan nitelikli unsur failin lehine etki etmez. Zira, fail tarafından bilinmeyen bir durumun failin kusurunu azaltıcı etki yapabilmesi mümkün olmaz[735].

Görüldüğü üzere, Alman CK §16/2 ile TCK m.30/2 en azından kapsamı itibarıyla birbiriyle örtüşmemektedir. TCK m.30/2 hem cezayı artıran hem de azaltan

---

[733] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §26 kn.18, §27 kn.5-6. Karş. Exner, **a.g.e.**, s.527.

[734] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.677, 1344. Yazarlar, cezayı azaltan nitelikli unsurların mevcudiyeti hususundaki bilgisizliği, failin (hataya düşenin) aleyhine hata üst başlığı içerisinde incelemektedir. Buna karşılık, cezayı azaltan nitelikli unsurların mevcudiyeti hususundaki hatalı tasavvuru ise, failin (hataya düşenin) lehine hata üst başlığı altında incelemektedir. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.1322, 1326, 1341, 1344. Kusuru hafifleten cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hataya ilişkin başka bir örnek Alman CK §217 hükmü üzerinden kurulabilir. Bu hükmün bugün yürürlükte olmayan metninde bir annenin evlilik dışı dünyaya getirdiği bebeğini öldürmesi cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmişti. Örneğin, bir anne yeni doğan, evlilik dışı ilişki neticesinde hamile kaldığı çocuğunun bu durumunu bilmez. Yani çocuğunun evlilik içi bir ilişkinin ürünü olduğunu düşünür. Bu halde, annenin yeni doğan çocuğunu öldürmesi durumunda objektif durum dikkate alınarak Alman CK §217'deki nitelikli unsurdan yararlandırılması mümkün olmaz. Zira kusurda azalma meydana getiren nitelikli unsurlardan failin istifade edebilmesi için bunun bilgisine sahip olması gerekir. Failin bilgisi dahilinde olmayan bir durum kusuru azaltıcı suç motivasyonu (güdü) olarak dikkate alınamaz. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §29 V 5b.

[735] D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §16 kn.28; Fischer, **a.g.e.**, §16 kn.12.

tüm nitelikli unsurlara yönelik iken, Alman CK m.16/2 sadece cezayı azaltan nitelikli unsurlara yönelik olarak kaleme alınmıştır. Ayrıca, TCK m.30/2 genel bir düzenleme olduğundan, failin düştüğü hata neticesinde hem fiilen gerçekleşmeyen bir nitelikli unsurun gerçekleştiğini zannetmesi halini, hem de fiilen gerçekleşen bir nitelikli unsurun gerçekleştiğini bilmemesi halini kapsar. Oysa Alman CK §16/2 çok daha spesifik bir düzenlemedir. Bu hüküm sadece, failin düştüğü hata neticesinde fiilen gerçekleşmeyen bir cezayı azaltan nitelikli unsurun gerçekleştiğini zannetmesini kapsamına alır. Bunun dışındaki nitelikli unsurlarda hata halleri, genel kurallara ve 1. fıkradaki suçun maddi koşullarında hataya ilişkin hükme göre çözümlenir.

C. 765 Sayılı TCK Düzenlemesi

765 sayılı TCK'da, tam anlamıyla 5237 sayılı TCK'nın 30/2. maddesine karşılık gelen bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kanunun 52. maddesinde sadece mağdurun sıfatından kaynaklanan cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurların bulunduğu hallerde, mağdurun şahsında düşülen hata düzenlenmekteydi. Buna göre, fail mağdurun şahsında düştüğü hatadan istifade edecekti[736]. Ayrıca ETCK m.66 ve 67'de cezayı artıran nitelikli unsurların şeriklere sirayet edebilmesi için ilgili şerik tarafından bu cezayı artıran nitelikli unsurun bilinmesi (vukuf şartı) aranmıştı. Dönemin

[736] 765 sayılı TCK m.52'ye göre: "*Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder*". Görüldüğü üzere TCK m.52 hükmünde sadece şahısta hata düzenleme konusu yapılmıştır. Bu hükme göre, failin suçu işlerken, mağdurun şahsında hataya düştüğü hallerde, mağdurun sıfatından kaynaklanan cezayı artıran nitelikli unsurların faile yüklenmesi mümkün değildir. Ancak failin asıl iradesinin yöneldiği kişinin sıfatından ileri gelen cezayı azaltan nitelikli unsurlardan faili yararlandırmak gerekir. Bkz. Ersoy, **a.g.e.**, s.114. Böylelikle hükümde mağdurun şahsından doğan cezayı azaltan nitelikli unsurların faile tatbiki bakımından failin iradesine üstünlük tanınmıştır. Bkz. Özbek, "Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)", s.83. Belirtilmelidir ki bu maddede "sair bir arıza" denilerek sapma durumu kastedilmekteydi. Yani kanun koyucu şahısta hata ile sapmaya aynı hukuki sonuçları bağlamıştı. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.318. Nitekim sapma, dönemin öğretisinde "isabette hata" şeklinde de adlandırılmaktaydı. Bkz. Ersoy, **a.g.e.**, s.114. 5237 sayılı TCK'nın hatayı düzenleyen 30. maddesinin gerekçesinde haklı olarak, hata ile sapmanın aynı şeyler olmadığı, sapma durumunda failin hataya düşmediği, bu nedenle hata ile sapmaya aynı hukuki sonuçların bağlanamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Noyan, **a.g.e.**, s.137-138. Zira, şahısta hata iradenin oluşma aşamasına ait iken; sapma iradenin oluşumundan sonraki aşamaya aittir. Bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s.134. Bu itibarla, failin mağdurun şahsında hataya düşmediği, sadece şahısta sapmanın mevcut olduğu hallerde, fail mağdurun şahsından kaynaklanan cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu tutulacaktır. Bkz. Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", s.93.

öğretisinde, aynı esasın cezayı artıran nitelikli unsurlarda hata bakımından da geçerli olması aranmaktaydı[737].

Görüldüğü gibi sonuçları itibarıyla ETCK m.52 ile 5237 sayılı TCK m.30/2 ayniyet arz etmekteydi. Ancak kapsam itibarıyla ETCK m.52 sadece mağdurun sıfatından ileri gelen nitelikli unsurlarda düşülen hata ile sınırlıydı. Bu nedenle 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde failin sıfatından, fiilin işlenişinden, suçun işlenmesi sırasında kullanılan araçtan ileri gelen nitelikli unsurlarda düşülen hata bakımından ETCK m.52 hükmüne başvurulamayacağı belirtilmekteydi[738]. Dolayısıyla, bu hususların cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlendiği suçlarda, hataya rağmen failin cezayı artıran nitelikli unsur kapsamında cezalandırılması gerekmekteydi. 5237 sayılı TCK m.30 hükmünde ise spesifik olarak şahısta hata düzenleme konusu yapılmamıştır. Kanunun gerekçesinde şahısta hatanın maddenin 1. ve 2. fıkrası bağlamında değerlendirme konusu yapılması gerektiği vurgulanmıştır[739]. Zira şahısta hata esasen suçun konusunda düşülen hatayı ifade eder. Suçun konusunda hata, oluşa göre hem 1. hem de 2. fıkra kapsamında ortaya çıkabilir. Mağdurun sıfatının önem arz etmediği, yani suçun konusunun aynı değere haiz olduğu hallerde bu hususta düşülen hataya önem atfedilmez. Ancak mağdurun sıfatının önem arz ettiği, örneğin mağduru bakımından görünüşte özgü suçlarda, şahısta hata suçun nitelikli unsurlarında hata kapsamında dikkate alınır[740].

D. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hataya İlişkin Hükmün Kapsamı

5237 sayılı TCK'nın suçun nitelikli unsurlarında hataya ilişkin düzenlemesi sadece kasıtlı olarak işlenen suçlar bakımından uygulama bulabilecektir. Yani taksirli

---

[737] Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.314; Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.322.

[738] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.325. Bununla birlikte Yargıtay'ın mağdurun şahsından ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsurlar dışında kalan kimi hususları da 765 sayılı TCK m.52 kapsamında gördüğü ve faile bu cezayı artıran nitelikli unsurları da isnat etmediği kararları mevcuttu. Yargıtay'ın TCK m.52 kapsamında gördüğü nitelikli unsurlar arasında tasarlama, bir suçu hazırlamak veya kolaylaştırmak veya işlemek için başka bir suçun işlenmesi gibi hususlar bulunmaktaydı. Bkz. Ersoy, **a.g.e.**, s.114-115, dn.95. Dönemin öğretisinde maddenin kapsamının dar tutulması, tüm hata hallerini içermemesi eleştiri konusu yapılmakta ve yeni bir düzenleme yapılması gereğine işaret edilmekteydi. Bkz. Sözüer, **Suça Teşebbüs**, s.176.

[739] Noyan, **a.g.e.**, s.137.

[740] Özbek, "Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)", s.84, 93.

suçlar bakımından TCK m.30/2 hükmünün devreye girmesi mümkün değildir[741]. Failin suçun nitelikli unsurlarında düşmüş olduğu hatadan yararlanabilmesi için, gerçekleştirmek istediği suçu bütün unsurlarıyla tamamlamış olması aranmaz. Zira bir suçun işlenmiş olması için tüm unsurların gerçekleşmesi gerekmez. Bu itibarla, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da faili TCK m.30/2 hükmünden yararlandırmak gerekir[742].

Öğretide TCK m.30/2 hükmünün şahsi cezasızlık sebepleri, cezanın bütünüyle kaldırılmasını ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler için de kullanıldığı görülmektedir[743]. Kanımızca bu hükme şahsi cezasızlık sebepleri ya da cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi sebepler için başvurulması imkânı bulunmamaktadır. Şahsi sebeplere suç tiplerinde yer verilebilirse de bunlar suç unsuru değildir. Bu itibarla, failin kastının kapsamında yer almaları gerekmez. Ayrıca madde metninde açıkça cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsurlardan bahsedilmiştir. Bu nedenle şahsi cezasızlık sebepleri, cezanın bütünüyle kaldırılmasını ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerde düşülen hata halinde objektif (fiili) duruma göre hareket edilmelidir[744].

---

[741] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.322; Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.76; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.614. Bu husus 765 sayılı TCK döneminde, nitelikli unsurlarda hatayı şahısta hata ile sınırlı olarak düzenleyen ETCK m.52'de "*kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına*" ve "*kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi*" ifadelerinin kullanılması nedeniyle açıkça anlaşılabiliyordu. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.324.

[742] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.323; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.614; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.427; Tozman, **a.g.e.**, s.63.

[743] İçel/Evik, babasına ait bir malı çalmak isteyen ancak yanlışlıkla başkasına ait olan bir malı çalan kişinin TCK m.167/1-b hükmünden yararlanacağını belirtmiştir. Bkz. İçel/Evik, **a.g.e.**, s.220. Güngör de benzer bir örneği TCK m.167/2 hükmü üzerinden kurgulamıştır. Bkz. Güngör, **a.g.e.**, s.80. Kanımızca TCK m.30/2 hükmünden hareketle failin şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebeplerin (örn. TCK m.167) mevcudiyeti hususunda düştüğü hatadan yararlandırılması mümkün değildir. Zira bu şahsi sebepler suçun unsuru değildir. TCK m.30/2 sadece suçun nitelikli unsurlarında düşülen hataya sonuç bağlamıştır. Verilen örnekte şahsi sebep fiilen gerçekleşmiş değildir. Bu nedenle failin fiilen gerçekleşmeyen şahsi sebepten yararlandırılması mümkün olmaz. Buna karşılık, şahsi sebep fiilen gerçekleşseydi, fail bu sebebi bilmese bile bundan yararlanması gerekirdi. Zira şahsi sebepler suçun yapısına dahil olmadıklarından fail tarafından bilinmeleri gerekmez. Bunların hüküm ifade edebilmeleri için objektif olarak mevcudiyetleri yeterlidir.

[744] Benzer bir kabul Alman öğretisinde de bulunmaktadır. Alman CK §16/2 hükmünde cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hata düzenleme konusu yapılmıştır. Öğretiye göre, suç unsuru olmayan ya da başka bir şekilde suçun haksızlığını tasvir etmeyen durumlar bu hükmün kapsamında değildir. Bu itibarla, özellikle şahsi cezasızlık sebepleri (*persönliche Strafausschließungsgründe*) ve cezayı kaldıran şahsi sebepler (*persönliche Strafaufhebungsgründe*) hükmün kapsamına girmez. Alman CK §16 hükmü bu

Kimi suç tiplerinde suçun belirli bir amaç veya saikle işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Böylelikle nitelikli unsur suçun kast şeklindeki manevi unsuruna hususiyet katılması suretiyle oluşturulur. Buna karşın, nitelikli unsurların büyük bir çoğunluğu ise suçun maddi unsurlarına hususiyet katılması suretiyle meydana getirilir. Suçun nitelikli unsurlarında hataya ilişkin hüküm de kanımızca esasen kurucu maddi unsurlar üzerine inşa edilen nitelikli unsurlarda düşülen hatayı esas alır[745]. Zira hata sadece suçun objektif unsurlarına özgüdür. Sübjektif unsurlar ya vardır ya da yoktur. Bu unsurların hataya konu teşkil etmesi mümkün değildir[746]. Nitekim TCK m.30/1 hükmünde açıkça suçun kurucu maddi unsurlarında hata düzenlenmiştir. Suçun kurucu manevi unsurları ise hükmün kapsamına dahil edilmemiştir. Dolayısıyla suçun kurucu manevi unsurları üzerine inşa edilen nitelikli manevi unsurlar için de aynı uygulamanın geçerli olduğunun kabulü gerekir[747]. Bu nedenle, örneğin failin kan gütme veya töre saikiyle belirli bir kişiyi öldürmek istediği

---

hallerde doğrudan veya kıyasen uygulama bulmaz. Bkz. Exner, **a.g.e.**, s.523; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.107; Gaede, **a.g.e.**, §16 kn.39. Öte yandan Alman öğretisinde nitelikli unsur olarak adlandırılan kimi hususiyetler yalnızca usule ilişkindir. Bunlar suçun takip şeklini şikâyete bağlı hale getirmekle yetinirler, ayrıca cezaya etki etmezler. Bu nedenle, usuli nitelikli unsurlar olarak adlandırılan haller §16/2 hükmünün kapsamına girmez. Failin bu hususta düştüğü hata dikkate alınmaz. Daima yalnızca objektif duruma göre uygulama yapılması gerekir. Örneğin, Alman CK §247 hırsızlık suçunun bir akrabaya karşı işlenmesini şikâyete bağlı hale getiren usuli bir nitelikli unsurdur. Failin, bir akrabasına ait olduğu düşüncesiyle, gerçekte üçüncü kişiye ait olan taşınır bir malı alması durumunda, fail şikâyet gerekliliği olmaksızın, re'sen hırsızlığın temel şekli üzerinden cezalandırılacaktır. §247 hükmünün, hırsızlık suçunun haksızlık içeriği üzerinde bir etkisi bulunmaz. Bu hüküm sadece, bir akrabalık ilişkisinin mevcudiyeti halinde ceza muhakemesini yürüten mercilerin istenmeyen müdahalesini önleme amacı gütmektedir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.107. Bu örnek failin usuli nitelikli unsurun mevcudiyetini hatalı olarak varsayması ile ilintilidir. Ancak aynı çıkarım, failin bir usuli nitelikli unsurun mevcudiyetini bilmemesi için de geçerlidir. Bu ihtimalde de objektif duruma göre uygulama yapılacaktır. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §11 kn.111. Daha önce de ifade edildiği üzere, kanımızca usuli nitelikli unsurlar şeklinde bir terim kullanımı doğru değildir. Suçun yalnızca takip şekline etki eden hususiyetler gerçek anlamda nitelikli unsur teşkil etmez.

[745] Aynı yönde bkz. Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.644. Nitekim Alman öğretisinde de cezayı artıran nitelikli unsurlarda hatanın çözümünde kullanılan Alman CK §16/1 hükmündeki "durum" teriminin, sadece suç tipinin objektif vakıa (olgu) unsurları ile ilişkili olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Exner, **a.g.e.**, s.518.

[746] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.464-465. Erem, suçun sübjektif unsurunu artıran şiddet sebepleri (cezayı artıran nitelikli unsurlar) hakkındaki hatanın etkisizliğinin (tesirsizliğinin) vakıaların mahiyetinden ileri geldiğini belirtir. Bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.73.

[747] Aynı kabul Alman CK çerçevesinde de söz konusudur. Buna göre, sübjektif bileşenler bilgi eksikliğinin konusunu oluşturamaz. Sübjektif unsurların veya unsur bileşenlerinin mevcudiyeti ya da eksikliği ile ilgili bir hata, terminolojik sebeplerle mevcut değildir. Bkz. Exner, **a.g.e.**, s.518. Alman CK §16/2'deki cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hataya ilişkin hükmün suç tipinin tüm objektif bileşenleri bakımından geçerli olduğu ve kapsamının sadece haksızlık unsurları ile sınırlı bulunduğu hususunda bkz. Kühl/Heger, **a.g.e.**, §16 kn.6.

bir olayda, hata sonucu başka bir kişiyi öldürmesi durumunda da suçun kan gütme veya töre saikiyle işlenmesinden kaynaklanan cezayı artıran nitelikli unsur kapsamında cezalandırılması gerekir[748]. Zira önemli olan failin kimi öldürdüğünden bağımsız olarak fiili kan gütme ya da töre saikiyle gerçekleştirmesidir. Ancak Yargıtay ve öğretide kimi yazarlar aksi görüştedir. Bu görüşe göre, bahis konusu hata halinde faile kan gütme veya töre saikinden ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsurun yüklenmesi mümkün olmayacaktır[749].

Benzer bir durum kasten öldürme suçunun tasarlama suretiyle işlenmesi sırasında mağdurun kimliğinde hataya düşülen hallerde de söz konusudur[750]. Yargıtay ve öğretide kimi yazarlar failin düştüğü hata neticesinde, tasarlayarak öldürmeyi planladığı kişiden başka bir kişiyi öldürmesi durumunda, tasarlamadan kaynaklı

---

[748] Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.699; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.65; Güngör, **a.g.e.**, s.78, dn.122; Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.246; B.Erman, **a.g.e.**, s.79-80. Hakeri, kan gütme saikinin cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmesini gerektiren nedenlerin hatadan bağımsız olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.246. ETCK m.52 suçun cezasını artıran nitelikli unsurlarda hatayı düzenlemekteydi. Madde sadece mağdurun sıfatından kaynaklanan nitelikli unsurları kapsayacak şekilde kaleme alınmıştı. Bu nedenle, 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde yazarlar kan gütme saiki, töre saiki ya da tasarlamadan doğan nitelikli unsurlar için ETCK m.52'nin tatbik edilemeyeceği görüşündeydi. Yani belirtilen hususlarda hataya düşülse de bu hususlardan kaynaklanan cezayı artıran nitelikli unsurun faile isnat edileceği savunulmaktaydı. Ancak enteresan şekilde dönemin Yargıtay'ı, tıpkı Yargıtay'ın bugünkü uygulaması gibi, kan gütme saiki ya da tasarlamadan ileri gelen nitelikli unsurların hata halinde faile yüklenemeyeceği kanaatindeydi. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.331-332; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.325. Vurgulanmalıdır ki, dönemin öğretisinin savunduğu görüşün dayanağını esasen ETCK m.52'nin mağdurun sıfatı ile sınırlı şekilde kaleme alınmış olması oluşturmaktaydı. Halbuki 5237 sayılı TCK m.30/2'de böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak kanaatimize göre yine de saike, amaca ya da tasarlamaya ilişkin hususlarda hataya düşülmesi mümkün değildir. Zira hata hükümleri suçun maddi unsurlarına yöneliktir. Benzer şekilde Hakeri, kasten öldürme suçlarında failin düştüğü hataya rağmen TCK m.82/1-h'den (bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla kasten öldürme suçunun işlenmesi) ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsurun fail hakkında uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.237.

[749] İçel/Evik, **a.g.e.**, s.221. Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.472. "*Kasten öldürme suçunun kan gütme saiki ile gerçekleştirilmesi failin subjektif durumu ile ilgili nitelikli bir hal ise de, öldürülmek istenen kişinin şahsı da kan gütme saiki ile eylemin işlenmesinde ön plana çıkmaktadır. Zira kan gütme saiki ile öldürmede fail suçu herhangi bir kişiye karşı değil de, önceki suçun failine veya onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisine karşı gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla kastettiği kişide hata yaparak başka birini öldüren failin eyleminde kan gütmenin şartları oluşsa bile, kasten öldürme suçunun nitelikli halinden değil, temel şeklinden sorumlu olması gerekmektedir*." **Yarg. CGK**, T.14.01.2014, E.2013/530, K.2014/1. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 02.04.2021). Benzer şekilde Yargıtay'a göre, hata halinde kasten öldürme suçunun bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlenmesinden ileri gelen nitelikli unsur faile isnat edilemez. **Yarg. 1.CD**, T.10.12.1937, 1051/576. Bkz. Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.237.

[750] Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.699; Güngör, **a.g.e.**, s.78.

cezayı artıran nitelikli unsurun faile isnat edilemeyeceği görüşündedir[751]. Belirtilmelidir ki bu görüşün doğru olabilmesi için tasarlamanın suçun bir kurucu maddi unsuruna hususiyet katılması suretiyle oluşturulan bir nitelikli unsur olduğunun kabulü gerekir. Ancak tasarlama mağdurun şahsından[752] ya da herhangi bir kurucu maddi unsurdan türetilen bir nitelikli unsur değildir. Aksine kastın yoğunluğundan yani kurucu manevi unsurdan türetilen bir nitelikli unsurdur. Nasıl ki kasıtlı suçlarda nitelikli maddi unsurda düşülen hata nedeniyle gerçekleşen suçun kasıtlı olduğu kabul ediliyorsa, manevi unsurla ilintili olan amaç, saik ve tasarlamada da aynı sonuca varmak gerekir. Bu tip nitelikli unsurlar manevi unsurdan türetildikleri için failin bu nitelikli unsurları bilmediğini iddia etmesi mümkün değildir[753]. Bu nedenle tıpkı nitelikli unsur olarak düzenlenen amaç ve saikte olduğu gibi, nitelikli unsur olarak düzenlenen tasarlamada da mağdurun şahsında hataya düşülmüş olması önemsizdir. Şahısta hata kanunun şahsın vasfına hukuken sonuç bağlamış olduğu hallerde önem arz eder[754]. Tasarlayarak öldürmeye ilişkin nitelikli unsurda kanun koyucu açıkça mağdurun vasfına önem atfetmemiştir. Önemli olan suçun tasarlanarak işlenmesidir. Bu nedenle kanımızca suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması ya da tasarlanandan farklı bir kişinin öldürülmüş olması bu nitelikli unsurun faile yüklenmesine engel olmamalıdır.

---

[751] Bengü, **a.g.e.**, s.91, 93; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.646. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, tasarlamadan kaynaklanan cezayı artıran nitelikli unsurun şahısta hata halinde faile yüklenmesi mümkün değildir. **Yarg. İBK**, T.13.11.1936, E.14, K.32. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.844-845. Yargıtay'a göre, "*öldürülmek istenen herhangi bir şahsın yerine başkasının öldürülmesi halinde, tasarlama, öldürülmesi istenmemiş olan kişinin öldürülmesini kapsamaz*". **Yarg. CGK**, T.11.06.1934, 124/101. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.46. Aksi görüşteki Hakeri haklı olarak, tasarlamanın cezayı artıran nitelikli unsur olarak kabulünü gerektiren hususiyetlerin failin şahısta hataya düşmesinden bağımsız suretle mevcudiyetini koruduğunu savunmaktadır. Bu nedenle şahısta hata durumunda da faile tasarlamadan ileri gelen nitelikli unsurun yüklenebilmesi gerekir. Bkz. Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, s.220.

[752] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.331; Ersoy, **a.g.e.**, s.114-115, dn.95.

[753] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.332. Yazarlara göre, fail şahısta hataya düşmüş olsa bile tasarlama halinde bulunduğunu bilmemezlik edemez. Benzer şekilde, kan gütme saikiyle suçu işleyen fail de suçu işlemekteyken bu saike sahip olduğunu bilmediğini, yani iradesinin bu saiki kapsamadığını iddia edemez. Bkz. Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.332.

[754] Örneğin Mahmutoğlu/Karadeniz, failin (A)'yı eziyet çektirerek öldürmek isterken, hata sonucu (B)'yi eziyet çektirerek öldürmesi durumunda da bir kimseyi eziyet çektirilerek öldürmekten ileri gelen nitelikli unsurdan (TCK m.82/1-b) sorumlu tutulacağını belirtmektedir. Zira mağdurun kimliğinde hataya düşülmesi suçun maddiyetine ilişkin olan cezayı artıran nitelikli unsurlar üzerinde bir tesire sahip değildir. Bkz. Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.698.

E. 5237 Sayılı TCK Düzenlemesinde Suçun Nitelikli Unsurlarında Hatanın Hukuki Niteliği

1. Kastı Kaldıran Hata Olduğu Görüşü

Suçun nitelikli unsurlarında düşülen hatanın hukuki niteliğinin irdelenmesi gerekir. Zira kanun koyucu TCK m.30/2'de nitelikli unsurlarda düşülen hatanın failin kastını kaldıracağını açıkça belirtmemiştir. Buna karşılık suçun maddi kurucu unsurlarında düşülen hatanın kastı kaldıracağı 1. fıkrada açıkça öngörülmüştür. Her ne kadar, TCK m.30/2'de bu hususta bir belirlemede bulunulmasa da 30. maddenin gerekçesinde nitelikli unsurlarda düşülen hatanın failin kastını kaldıracağı ifade edilmiştir[755]. Ancak bilindiği üzere madde gerekçeleri bağlayıcı kanun metinleri hüviyetinde olmayıp, yalnızca kanun metinlerinin yorumunda yol gösterici karaktere haizdir. Kanunda net bir belirlemede bulunulmasa da öğretinin büyük bir çoğunluğu suçun nitelikli unsurlarını kastın kapsamında görmekte ve TCK m.30/1'deki suçun maddi kurucu unsurlarında hatayı düzenleyen hükümle bağlantı kurarak, suçun nitelikli unsurlarında düşülen hatanın da kastı kaldıracağını belirtmektedir[756].

2. Kusuru Azaltan Hata Olduğu Görüşü

Suçun nitelikli unsurlarını kastın kapsamında görmeyen yazarlara göre, kast sadece maddi kurucu unsurlara ilişkin olan bir kavramdır. Nitekim kanun koyucu TCK m.21/1'de suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bu itibarla, suçun kurucu unsurlarına ait olan bir terimin, nitelikli unsurlarla ilişkilendirilmemesi gerekir[757]. Kuşkusuz, faile bir cezayı artıran nitelikli unsurun yüklenebilmesi için, bu nitelikli unsurun failin bilgisi kapsamında olması gerekir. Ancak her bilme, kastı da beraberinde getirmez. Bilmenin kastın bir alt bileşeni olması,

---

[755] TCK m.30'un gerekçesine göre: "*Kastın varlığına engel olan hata, suçun sadece temel şekline ilişkin unsurlar hakkında değil, aynı zamanda failin daha ağır veya hafif ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli unsurları bakımından da ortaya çıkabilir. İkinci fıkra ile kişinin, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatasından yararlanması öngörülmüştür*". Bkz. Noyan, **a.g.e.**, s.137.

[756] Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.324; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.262; Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", s.84; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 524; Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.697; Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.65; Değirmenci, **a.g.e.**, s.158.

[757] Zafer, **a.g.e.**, s.636.

kastın nitelikli unsurlara da sirayet ettirilmesi sonucunu doğurmaz. Bu görüşün savunucularına göre, nitelikli unsurlarda hata, kastı kaldıran hata hüviyetinde olmayıp, kusurluluğu azaltan hata hüviyetindedir. Suçun cezasını artıran veya azaltan nitelikli unsurlarında düşülen hata, sadece kusurluluğun derecesine etki eder ve failin daha az kusurlu sayılmasını icap ettiren bir neden olarak belirir[758].

3. Kanaatimiz

Bir suçun kurucu veya tali tüm unsurların kastın kapsamında bulunduğu kabulünden hareket edildiğinde, kanaatimizce hem cezayı artıran hem de cezayı azaltan maddi nitelikli unsurların kastın kapsamında olduğu çıkarımı yapılabilir. Bununla birlikte, cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için kastının kapsamında bulunması şart iken, hata halinde cezayı azaltan nitelikli unsurdan failin istifade edebilmesi için bu nitelikli unsurun kastının kapsamında bulunması şart değildir. Zira TCK m.30/2'ye göre, cezayı azaltan nitelikli unsur objektif olarak mevcutsa, bu unsur kastının kapsamında olmasa da faili cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırmak gerekir. Bu nedenle fikrimizce, TCK m.30/2 hükmü dikkate alındığında, cezayı azaltan nitelikli unsurların kural olarak failin kastının kapsamında yer aldığı, ancak hata halinde failin cezayı azaltan nitelikli unsurdan istifade edebilmesi için kastının bu nitelikli unsuru da kapsamasının şart olmadığı sonucuna varılabilir.

Öte yandan, nitelikli unsurlar yalnızca suçun maddi unsurlarıyla sınırlı değildir. Bunlar suçun manevi kurucu unsuru olan kastın üzerine de inşa edilebilir. Çeşitli suç tiplerinde suçun belirli amaç veya saiklerle işlenmesinin nitelikli unsur olarak düzenlenmiş olması buna örnek teşkil eder. Bu halde, nitelikli unsurun kastın kapsamında bulunmasından ziyade, nitelikli unsurun kendisinin kastın özel bir beliriş şekli olduğundan söz edilmesi gerekir[759]. Nitelikli unsurun amaç veya saikle

[758] Zafer, **a.g.e.**, s.636-637.
[759] Erman, belirli bir psikolojik durumun ya da yönelimin göstergesi olan ve sadece failin iç dünyasında bulunan bu gibi hususiyetlerin, suç tiplerinde öngörülmüş olmalarına rağmen, maddi unsurlar arasında olmadıklarına ve dolayısıyla da kastın kapsamında bulunmadıklarına işaret etmektedir. Bkz. B.Erman, **a.g.e.**, s.79-80.

irtibatlandırıldığı hallerde, bu nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için failin kanunda belirtilen amaç veya saikle hareket etmesi gerekli ve yeterlidir.

Diğer taraftan, kastın sadece suçun kurucu unsurlarıyla ilintili bir kavram olduğu kabulünden yola çıkıldığında da kural olarak hem cezayı artıran hem de cezayı azaltan maddi nitelikli unsurların failin bilgisi dahilinde olmasının aranacağından, ancak cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için daima bilgisi dahilinde olması şart iken, hata halinde cezayı azaltan nitelikli unsurdan failin istifade edebilmesi için bu nitelikli unsurun bilgisi dahilinde bulunmasının şart olmadığından söz edilebilir. Zira düştüğü hata neticesinde fail cezayı azaltan nitelikli unsurun objektif mevcudiyetini bilmese de bundan yararlanacaktır.

Kanaatimizce, suçun nitelikli unsurlarının salt kusura etki eden hallerle irtibatlandırılması ve nitelikli unsurlarda düşülen hatanın yalnızca kusuru azaltan bir sebep olarak görülmesi mümkün değildir. Zira nitelikli unsurlar, tali de olsa suç unsuru hüviyetindedir. Nitelikli unsurların suçun oluşumu hususunda herhangi bir etkiye sahip olmaması, bunların suçun unsurları sahasından çıkarılması ve kusur sahasına yerleştirilmesi sonucunu doğurmaz. Nitelikli unsurlar esasen, suçun haksızlık içeriğine etki ederek suçu daha ağır veya daha hafif hale getirir.

F. 5237 Sayılı TCK Düzenlemesi

1. Suçun Cezasını Artıran Nitelikli Unsurlarda Hata

a. Genel Olarak

Bir suça ait cezayı artıran nitelikli unsurlarda hata, failin fiilen gerçekleşmiş olmayan suçun cezasını artıran bir nitelikli unsurun var olduğunu zannetmesi, fiilen gerçekleşmiş olan suçun cezasını artıran bir nitelikli unsuru bilmemesi ya da istediğinden başka bir cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmesi şeklinde ortaya çıkar.

b. Failin Aslında Bulunmayan Suçun Cezasını Artıran Bir Nitelikli Unsurun Var Olduğunu Zannetmesi

Cezayı artıran nitelikli unsurlu bir suçu gerçekleştiren fail, somut olayda nitelikli unsur fiilen gerçekleşmediği halde gerçekleştiğini zannediyorsa, temel suç karşılığında öngörülen ceza çerçevesinden sorumlu tutulur. Bu durumda failin tasavvurunda cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmek bulunur. Diğer bir deyişle kastı cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmeye yönelmiştir ve fail hatalı bir şekilde bunu gerçekleştirdiğini zannetmektedir. Ancak nitelikli unsur fiilen gerçekleşmemiştir ve fail düştüğü hata neticesinde bunun farkında değildir. Bu durum öğretide "işlenemez nitelikli hal" olarak da adlandırılmaktadır[760].

Kanun koyucu bu durumda cezayı artıran nitelikli unsurun objektif olarak mevcut olmamasına üstünlük tanımıştır. Yani fail fiilen gerçekleşmiş olan duruma göre sorumlu tutulacaktır. Cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için tek başına failin bu nitelikli unsuru gerçekleştirme iradesine sahip olması yeterli değildir. Aynı zamanda somut gerçekliğin de bu iradeye uygun bir şekilde ortaya çıkması gerekir. Böylelikle, failin tasavvurunda olan ancak fiilen gerçekleşmeyen cezayı artıran nitelikli unsurlardan etkilenmesinin önüne geçilmiştir. Aksi uygulama hem kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecek hem de kişilerin işlemedikleri bir fiilden dolayı cezalandırılmasına, yani kişilerin niyetlerinin cezalandırılmasına yol açacaktır. Öğretide, varsayılan (mefruz, sözde) suça[761] ilişkin kuralların bu çıkarımın dayanağını oluşturduğu ifade edilmektedir. Zira failin hareketi cezayı artıran nitelikli unsur bakımından tipik değildir[762]. Somut olayda gerçekleşen durum, suç tipinde yapılan

---

[760] Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", s.93.

[761] Mefruz suç, failin fiiliyle hukuk düzeninde mevcut olmayan bir ceza normunu ihlal ettiğini zannetmesidir. Bkz. B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.103, kn.186.

[762] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.321, 334; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.220; Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.314; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.416; Centel, **a.g.e.**, s.190; Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", s.92; Yıldız, **a.g.e.**, s.66; Güngör, **a.g.e.**, s.74, 79; Mehmet Cemil Ozansü, "Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı", **Suç Politikası**, Ed.: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.388-389. Nitelikli unsurlarda hata halinde, failin iradesi aleyhe sonuç yaratırken, objektif olarak gerçekleşen durum lehe sonuç yaratıyorsa, lehe olan objektif durumun esas alınması gerekir. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.322-323. Bu irade edilen ile gerçek durum arasındaki farklılığın irade lehine çözümlenmesi prensibinin istisnasını oluşturur. Bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.130. Aksi görüşteki yazarlar, failin cezai sorumluluğunun sübjektif durum dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır.

nitelikli unsur tariflerinden hiçbirine uymamaktadır. Bu nedenle aksi kabul failin suç tipinin dışına çıkılarak cezalandırılması anlamına gelecektir[763].

Bu durumda fail, hareketinin fiilen gerçekleşen durumdan daha ağır bir durumu oluşturduğunu zannettiği için cezayı artıran nitelikli unsurlarda tersine hataya düşmüştür[764]. Diğer bir ifadeyle failin, hareketinin fiilen bir suçun temel şeklini meydana getirmesine rağmen, bu hareketiyle aynı zamanda suçun cezayı artıran bir nitelikli unsurunu da gerçekleştirdiğini zannetmesi tersine hatadır. Bu durum *nitelikli unsurlarda tersine hata*, *tersine nitelikli unsur hatası* ya da *varsayılan (mefruz) cezayı artıran nitelikli unsur* şeklinde de isimlendirilebilir.

Örneğin, herhangi bir usul-füru ya da akrabalık ilişkisi içerisinde olmadığı bir kimseyi öldüren fail, öldürdüğü kişinin kardeşi olduğunu zannediyorsa, hükmolunacak cezada TCK m.82/1-d'de öngörülen nitelikli unsur kapsamında artırım yapılamayacaktır. Failin, objektif durumun gerektirdiği şekilde kasten öldürmenin temel şekli üzerinden cezalandırılması ile yetinilecektir. Benzer biçimde gerçekte gebe olmayan bir kadını, karnındaki şişlik nedeniyle gebe olduğu varsayımıyla öldüren fail hakkında TCK m.82/1-f'de düzenlenen nitelikli unsur uygulanamayacaktır[765]. Zira kanunilik ilkesi failin varsaydığı cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu tutulmasına engel olur. Fiil nitelikli unsurlu suç tipine uygun olmadığı için, failin fiiliyle bir cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirdiğini zannetmesine hukuken önem atfedilmez.

Zira sübjektif durum faildeki ahlaki kötülüğü ortaya koyar. Bu yazarlara göre faili mevcut kastına göre suçun cezayı artıran nitelikli unsurundan sorumlu tutmak gerekir. Ayrıca yazarlar, niçin sürekli failin lehine olan çözüm yolunun benimsendiğini izahın da mümkün olmadığı görüşündedirler. Bkz. Bengü, **a.g.e.**, s.79-80; Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, s.78. Karş. Kantar, **a.g.e.**, s.118. Aynı görüşte olan Taner de kimi zaman sübjektif kritere önem verilerek failin kastına bakılması, kimi zaman ise objektif kritere önem verilip failin kastının dikkate alınmamasının hukuken izah edilemeyecek bir keyfiyet olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Taner, **a.g.e.**, s.392-393.

[763] Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.327.

[764] Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.695, 697; Exner, **a.g.e.**, s.522. Karş. Frister, **a.g.e.**, §23 kn.23.

[765] Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.645; N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.293.

c. Failin Aslında Var Olan Suçun Cezasını Artıran Bir Nitelikli Unsurun Bulunmadığını Zannetmesi

Cezayı artıran nitelikli unsurlu bir suçu gerçekleştiren fail, somut olayda nitelikli unsur fiilen gerçekleştiği halde gerçekleşmediğini zannediyorsa, temel suç karşılığında öngörülen ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılacaktır. Zira somut olayda gerçekleşen cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi, failin bu nitelikli unsurdan haberdar olmasına (bilmesine) bağlıdır[766]. Kanun koyucu bu durumda failin sübjektif iradesine üstünlük tanımıştır. Öğretide, bu durumda *kast kuralı* gereği failin cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Zira bu halde nitelikli unsuru bilmediğinden, failin cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirme kastı da bulunmamaktadır[767]. Fail tarafından bilinmese bile, fiilen gerçekleşmiş olan nitelikli unsur suçun işlenmesini kolaylaştırmış olabilir. Ancak bu durum da nitelikli unsurdan kaynaklanan ceza artırımının faile yüklenmesine olanak tanımaz[768].

Bu ihtimalde, fail hareketinin fiilen gerçekleşen durumdan daha hafif bir durumu oluşturduğunu zannettiği için *nitelikli unsurlarda düz hataya* düşmüştür[769]. Diğer bir ifadeyle, hareketinin fiilen bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu meydana getirmesine rağmen, failin bu hareketiyle sadece suçun temel şeklini gerçekleştirdiğini zannetmesi düz nitelikli unsur hatasıdır.

Örneğin, herhangi bir usul-füru ya da akrabalık ilişkisi içerisinde bulunmadığı bir kimseyi öldürmek isteyen fail, havanın karanlık olması nedeniyle şaşırarak

---

[766] Karş. Kantar, **a.g.e.**, s.116. Suçun cezasını artıran bir nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için bu nitelikli unsurun somut olayda objektif olarak gerçekleşmesi yetmez. Aynı zamanda fail tarafından nitelikli unsurun bilinmesi de gerekir. Buna göre, suçun işlenmesi sırasında silah kullanılmasının cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlendiği hallerde, failin kullandığı bardağın TCK m.6/1-f hükmü kapsamında silah sayıldığını bilmesi gerekmez. Yani failin suçun işlenmesinde kullandığı bardağın hukuki niteliğini bilmesi aranmaz. Burada önemli olan failin kullandığı şeyin maddi anlam bilgisine vakıf olmasıdır. Bkz. Cem Şenol, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m.30/1,2)", **CHD**, S.38, 2018, s.141.

[767] Bengü, **a.g.e.**, s.67, 72; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.315, 323; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.417; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.471. Bu durumda cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için gerekli olan sübjektif unsur hata nedeniyle ortadan kalkmıştır. Bkz. Bengü, **a.g.e.**, s.68; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.612.

[768] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.330.

[769] Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.695, 697.

kardeşini öldürürse, hükmolunacak cezada TCK m.82/1-d'de öngörülen cezayı artıran nitelikli unsur kapsamında artırım yapılamayacaktır. Zira nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için failin öldürdüğü kişinin kardeşi olduğunu bilmesi gerekir. Bu nedenle failin, sübjektif iradesine uygun şekilde kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu tutulması ile yetinilecektir[770]. Bununla birlikte, olayda birden fazla cezayı artıran nitelikli unsurun birlikte gerçekleşmesi, fakat failin bunlardan sadece birinde hataya düşmesi de mümkündür. Bu durumda fail, hataya düşmediği cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu olmaya devam eder[771]. Örneğin gerçekte gebe olmayan, fakat failin hata sonucu gebe zannettiği kadını eziyet çektirerek öldürmesi halinde, kadının gebe olmasından kaynaklanan nitelikli unsur (TCK m.82/1-f) faile isnat edilemeyecek olsa da eziyet çektirerek öldürmeden ileri gelen nitelikli unsur (TCK m.82/1-b) isnat edilecektir.

d. Failin İstediğinden Başka Bir Cezayı Artıran Nitelikli Unsuru Gerçekleştirmesi

Fail bir suçun belirli bir cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmek istemesine rağmen, hata sonucu istediği nitelikli unsuru gerçekleştirememiş ancak, bilgisi dahilinde olmayan aynı suça ait başka bir cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmiş olabilir[772]. Bu durumda failin hem isteyip de gerçekleştiremediği hem de bilmeden gerçekleştirdiği cezayı artıran nitelikli unsurlar aynı suça aittir.

Bunun klasik örneğini kanunda nitelikli unsur olarak sayılan akrabalarından birini (örn. erkek kardeşini) öldürmek isteyen failin hata sonucu, yine kanunda nitelikli

---

[770] Bu konuda örneklerin çoğaltılması mümkündür. Çeşitli örnekler için bkz. Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.644; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.220; Kühl, **Strafrecht AT**, §13 kn.15.

[771] "*...şiddet sebebinin mevzu bahis olduğu hallerde… fiile dönüşmeyen kasıttan dolayı failin sorumlu tutulamayacağı gözönünde tutularak karısı yerine oğlunu yaralamak şeklindeki bu eyleminden dolayı tayin edilen cezanın sadece suçun bıçakla işlenmesi nedeniyle TCK'nun 457/1. maddesi uyarınca artırılmasıyla yetinilmesi gerekirken ayrıca akrabalık yönünden de aynı maddeye tevfikan artırma icrası...*" **Yarg. 1.CD**, T.07.10.1993, E.1993/9687, K.1993/10604. Bkz. Ersoy, **a.g.e.**, s.114, dn.94.

[772] Erman bu durumu "cezayı etkileyen nedenlerde çift taraflı yanılgı" şeklinde isimlendirmektedir. Bkz. B.Erman, **a.g.e.**, s.119. Eklenmelidir ki "çifte hata (*Doppelirtum*)" terimi, suçun maddi koşullarında hatanın ve yasak hatasının birbirinden bağımsız olarak bir arada bulunduğu durumları ifade etmek için de kullanılmaktadır. Bkz. Gropp, **Strafrecht AT**, §13 kn.37. Bu türden hata, mevcut çalışmada kullanılan terminolojiyle uyumlu olacak şekilde *suçun nitelikli unsurlarında çift taraflı/çifte hata* biçiminde ifade edilebilir.

unsur olarak sayılan başka bir akrabasını (örn. babasını) öldürmesi oluşturur (TCK m.82/1-d). Bu gibi hallerde, faile isteyip de gerçekleştiremediği nitelikli unsur yüklenemez. Zira objektif olarak gerçekleşmeyen bir cezayı artıran nitelikli unsurun faile sırf sübjektif iradesi nedeniyle yüklenmesi mümkün değildir. Hatırlanacak olursa, bu çıkarım mefruz suç kurallarından yapılmaktadır. Yani fail hayata geçmeyen düşüncesinden ötürü cezalandırılamayacaktır[773]. Fail kardeşini öldürmek istemektedir. Ancak gerçekte ölen kişi kardeşi değildir. Bu nedenle kardeşini öldürmekten sorumlu tutulması mümkün olmaz. Öte yandan, faile bilmeden gerçekleştirdiği cezayı artıran nitelikli unsur da isnat edilemeyecektir. Zira bir cezayı artıran nitelikli unsurun faile yüklenebilmesi için failin bu unsuru bilgisi dahilinde gerçekleştirmesi gerekir. Bu çıkarım öğretide *kast kuralından* yararlanılarak yapılmaktadır. Fail gerçekte mağdur olan kişiye karşı suç işlemek istememektedir. Yani failin babasını öldürme kastı bulunmamaktadır. O halde babasını öldürmekten sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu nedenle bu gibi hallerde failin ancak kasten öldürmenin temel şekli (TCK m.81) kapsamında cezalandırılması mümkün olabilecektir[774].

2. Suçun Cezasını Azaltan Nitelikli Unsurlarda Hata

a. Genel Olarak

Bir suça ait cezayı azaltan nitelikli unsurlarda hata, failin fiilen gerçekleşmiş olmayan suçun cezasını azaltan bir nitelikli unsurun var olduğunu zannetmesi, fiilen gerçekleşmiş olan suçun cezasını azaltan bir nitelikli unsuru bilmemesi ya da

[773] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.263; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.647.
[774] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.330; Özbek, "Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)", s.88. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir: "*Babasına salladığı bıçakla kız kardeşini yaralayan sanığa verilen ceza TCK.nun 457/2. maddesiyle artırılamaz*". **Yarg. CGK**, T.09.11.1949, 2-146. Bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.1048. "*Sanığın eşi yerine, oğlunu yaralaması, eyleminde ceza akrabalık nedeniyle artırılamaz*". **Yarg. 1.CD**, T.07.10.1993, E.9687, K.10604. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.851. Öğretide, azmettirenin babasını öldürmeye azmettirdiği failin, hata sonucu azmettirenin annesini öldürmesi durumunda, azmettirenin annesini öldürtmek istemediğinden bahisle, failin düştüğü bu hatadan azmettirenin de yararlanacağı savunulmaktadır. Bkz. Özkan, **a.g.e.**, s.151. İfade edilmelidir ki bu durumda hataya düşen kişi azmettiren olmayıp faildir. Failin düştüğü hatanın kendisi açısından bir önemi bulunmamaktadır. Zira öldürdüğü kişi kendi annesi ya da babası değildir. Fail, azmettirenin annesini de öldürse babasını da öldürse TCK m.81 kapsamında cezalandırılacaktır. Buna karşılık azmettiren faili babasını öldürtmeye azmettirdiği için TCK m.82/1-d kapsamında cezalandırılmalıdır. Ancak bağlılık kuralı buna izin vermediğinden, azmettiren de fail gibi kasten öldürmenin temel şekli üzerinden cezalandırılacaktır.

istediğinden başka bir cezayı azaltan nitelikli unsuru gerçekleştirmesi şeklinde ortaya çıkar.

b. Failin Aslında Bulunmayan Suçun Cezasını Azaltan Bir Nitelikli Unsurun Var Olduğunu Zannetmesi

Cezayı azaltan nitelikli unsurlu bir suçu gerçekleştiren fail, somut olayda nitelikli unsur fiilen gerçekleşmediği halde bu unsurun gerçekleştiğini zannediyorsa, cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlanacaktır. Yani sanki cezayı azaltan nitelikli unsur somut olayda gerçekleşmiş gibi kabul edilecek ve karşılığında öngörülmüş olan özel ceza çerçevesi ya da oransal ceza indirimi uygulanacaktır. Kanun koyucu bu ihtimalde failin sübjektif iradesine üstünlük tanımıştır. Bu durum öğretide *mefruz cezayı azaltan nitelikli unsur* olarak da adlandırılmaktadır[775]. Bu halde fail suçun nitelikli unsurunun gerçekleştiği hususunda düz hataya düşmüştür. Zira fail hareketiyle fiilen gerçekleşen durumdan daha hafif bir duruma yol açtığını düşünmektedir. Alman CK'da suçun nitelikli unsurlarında hata ile ilgili yapılan düzenleme esasen doğrudan doğruya sadece bu başlıkta ifade edilen durum üzerine kuruludur (Alman CK §16/2).

Belirtilmelidir ki, suç tipinde cezayı azaltan nitelikli unsur bulunmayan, yani sadece temel suçtan veya temel suçla birlikte cezayı artıran nitelikli unsurdan ibaret olan bir suçu işleyen fail, başka bir suça ait olan cezayı azaltan nitelikli unsurun somut olayda gerçekleştiğini zannetmiş olabilir, hatta bu tip bir nitelikli unsur somut olayda fiilen gerçekleşmiş de olabilir. Ancak bu durumda faili suç tipinde açıkça öngörülmüş olmayan bu nitelikli unsurdan yararlandırmak kesinlikle mümkün olmayacaktır. Zira bir nitelikli unsurun fail hakkında hüküm ifade edebilmesi, bu nitelikli unsurun ait olduğu temel suç ile birlikte gerçekleştirilmesine bağlıdır. Nitelikli unsurun ait olduğu temel suçtan kopuk bir şekilde gerçekleşmiş olması, bu nitelikli unsur ayrı bir hükümde başlı başına suç olarak düzenlenmiş olmadıkça önem arz etmez.

---

[775] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.320-321; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.416; Ozansü, "Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı", s.388. Yargıtay da şahısta hata neticesinde suçun şahsında cezayı azaltan nitelikli unsur bulunan kişi yerine sıradan bir kişiye karşı işlendiği bir olayda sanığın nitelikli unsurdan istifade edeceği tespitinde bulunmuştur. **Yarg. 1.CD**, T.27.05.1992, E.1025, K.1283. Bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s.852.

Bu durumda failde, fiilen gerçekleşen daha ağır olan suçu işleme kastı bulunmamaktadır. Bu nedenle failin kendi hatalı tasavvuruna göre cezalandırılmasına imkân tanınır[776]. Esasen, fail temel suçun objektif ve sübjektif unsurlarını gerçekleştirir. Ancak bunu yaparken, mevcudiyeti halinde yalnızca cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tipinden sorumlu tutulmasına yol açacak durumların gerçekleştiği varsayımı ile hareket eder. Fail, mevcudiyeti halinde temel suç üzerinden cezalandırmayı engelleyecek olan olgulardan hareket ettiği için, artık temel suçun fail bakımından bir önemi bulunmaz[777]. Esasında, bu halde cezayı azaltan nitelikli unsur objektif olarak gerçekleştirilmiş olmadığından, failin cezayı azaltan nitelikli unsurdan istifade etmesi de mümkün olmamalıdır. İşte bu istenmeyen ve adil olmayan sonuçtan kaçınmak için kanuna özel bir hata hükmü konulmuştur. Bu hüküm, cezayı azaltan nitelikli unsurun gerçekleşmiş gibi görünmesini sağlamaktadır. Bu sayede faile hatalı varsayımı doğruymuş gibi muamelede bulunulmaktadır[778]. Dolayısıyla failin tamamlanmış cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç üzerinden cezalandırılması gerekir. Objektif olarak gerçekleştirilmiş olan haksızlık, sübjektif olarak gerçekleştirilmesi niyet edilen haksızlığı aştığından, hatalı varsaymanın sadece cezayı azaltan nitelikli unsura teşebbüse vücut vereceği kabulünde de bulunulamayacaktır[779].

Örneğin, hırsızlık suçunun faili olan kişi çaldığı mal üzerinde paylı ya da elbirliği ile mülkiyet hakkı bulunduğunu zannediyorsa, gerçekte çaldığı buna çok benzer başka bir mal olsa bile, TCK m.144/1-a'da öngörülen cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlanacaktır[780]. Benzer şekilde, hırsızlık suçunun faili, alacağı olduğu kişiye çok

[776] Kühl, **Strafrecht AT**, §13 kn.16.
[777] Kasten öldürme suçu üzerinden bir örnek kurgulanırsa, failin kastının cezayı azaltan nitelikli unsura karşılık gelen daha hafif öldürme haksızlığının gerçekleştirilmesini kapsadığı hallerde (örn. talep üzerine öldürme), bu şekilde meydana gelen kast temel suçun haksızlığını bütünüyle kapsamaz. Fail sübjektif olarak yalnızca daha hafif olan haksızlığa sahip olduğundan, sadece buna yönelik kastı üzerinden sorumlu tutulabilir. Bkz. Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", s.263.
[778] Knobloch, **a.g.e.**, s.866; Gabriele Kett-Straub, "Übungsblätter Studenten Examinatorium Hausarbeit Strafrecht Zerplatzte Jugendträume", **JA**, 2012, s.836.
[779] Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", s.263.
[780] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.263. Ayrıca mağdurun faile bir kumar borcunun bulunması ve failin de bu borcu hukuki ilişkiye dayanan alacak zannederek, borcunu tahsil etme amacıyla hırsızlık suçunu işlemesi durumunda, kumar borcu hukuki ilişkiye dayanan bir alacak olmadığından TCK m.144/1-b'deki cezayı azaltan nitelikli unsur fiilen gerçekleşmeyecektir. Buna rağmen, fail bu konuda düştüğü hatadan yararlanacak ve bu cezayı azaltan nitelikli unsur karşılığında öngörülen özel ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılacaktır. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.263-264.

benzemesi nedeniyle mağdurun kendisine borcu olduğunu düşünerek alacağını karşılayacak miktarda malı almak suretiyle bu suçu işlemişse, yani failde "*hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı*" bulunmaktaysa, gerçekte mağdurun faile böyle bir borcu bulunmasa bile, faili TCK m.144/1-b'deki cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırmak gerekir. Bu durumda yanılgı fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Failin borçlusu olduğunu zannettiği kişi, gerçekte borçlusu değildir ve fail ile mağdur arasında bir borç ilişkisi bulunmamaktadır[781].

Öğretide cezayı azaltan nitelikli unsurda hata örneği olarak, hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin azlığı hususunda failin hataya düşmesinin verildiği görülmektedir (TCK m.145). İfade edilmelidir ki hırsızlık suçunda malın değerinin az olması hali teknik anlamda bir nitelikli unsur olarak düzenlenmemiştir. Zira bu durumda hâkim takdirine göre cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten bütünüyle de vazgeçebilecektir. Hâkimin indirim yapmayı tercih etmesi durumunda ne oranda indirim yapabileceği bile belli değildir. TCK m.145 hükmünde yapılacak indirimin oranına ilişkin herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Bilindiği üzere nitelikli unsurların cezanın bütünüyle ortadan kalkmasına yol açma gibi bir özelliği bulunmamaktadır. Ayrıca nitelikli unsurlarda da kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu ilke nitelikli unsura karşılık gelen cezanın kanuniliğini de içerir. İndirim oranının bütünüyle hâkimin takdirine bırakılması cezada kanuniliği zedeler. Bu nedenle TCK

[781] Alman CK'da bir kimsenin talebi üzerine öldürülmesi cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil eder (Alman CK §216). Bunun için, öldürülme talebinde bulunanın bu talebinde ciddi ve ısrarlı olması gerekir. Failin, kasıtlı olarak öldürdüğü kişinin, kendisine yaptığı öldürülme talebini hatalı bir şekilde ciddi ya da ısrarlı addetmesi durumunda, kasten öldürmenin temel şekli üzerinden değil, hatalı bir şekilde tasavvur ettiği talep üzerine öldürmeden dolayı cezalandırılması gerekir. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §13 kn.16. Benzer bir durum öldürülme talebinde bulunan kişinin akıl hastası olması, ancak talep üzerine öldüren failin bunu bilmemesi halinde de söz konusudur. Bu halde, objektif olarak kasten öldürmenin temel şekli gerçekleşmiştir. Zira, öldürülme talebinde bulunan kişi akıl hastası olduğundan, bu yönde rıza göstermeye ehil değildir. Bu nedenle, cezayı azaltan nitelikli unsurlu öldürmenin koşulları fiilen gerçekleşmemiştir. Ancak fail, ciddi ve açık bir talebin mevcudiyetinden yola çıktığından, cezayı azaltan nitelikli unsurlu öldürmenin koşullarının gerçekleştiğini varsaymıştır. Bu nedenle, failin talep üzerine öldürme suçu üzerinden cezalandırılması gerekir. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1077. Buna karşılık Alman Federal Yüksek Mahkemesi, kadının geçirdiği birden fazla epilepsi nöbeti arasında, kocasından kendisini öldürmesini istediği bir olayda, kadının bu talebinin hastalığı nedeniyle ciddi olmadığı ve kocanın da karısını öldürülme talebinde bulunmaya götüren tüm maddi koşulları bildiği tespitinde bulunarak, kocanın Alman CK §16/2'deki hata hükmünden yararlanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Yani koca, karısının öldürülme talebinin ciddiyetini engelleyen maddi koşulları bildiğinden, bu talebin ciddi olduğunu düşünerek hareket etmiş ve bu suretle de hataya düşmüş olamaz. Kocanın kasten öldürme suçu (Alman CK §212 ve §211) kapsamında cezalandırılması gerekir. Bkz. BGH, **NStZ**, 2012, s.85-86; Hecker, "BGH, NStZ 2012, 85: Tötung auf Verlangen", s.366.

m.145'in bir cezayı azaltan nitelikli unsur olarak karakterize edilmesi mümkün değildir.

c. Failin Aslında Var Olan Suçun Cezasını Azaltan Bir Nitelikli Unsurun Bulunmadığını Zannetmesi

Fail, somut olayda bir suçun cezayı azaltan nitelikli unsuru fiilen gerçekleştiği halde gerçekleşmediğini zannediyorsa, bu cezayı azaltan nitelikli unsurdan yine de yararlanacaktır. Yani fail bilmese, gerçekleştiğinden haberdar olmasa bile, somut olayda fiilen gerçekleşmiş olan cezayı azaltan nitelikli unsur karşılığında öngörülmüş olan özel ceza çerçevesinden ya da oransal ceza indiriminden istifade eder. Kanun koyucu bu durumda cezayı azaltan nitelikli unsurun objektif olarak mevcudiyetine üstünlük tanımıştır. Zira temel prensip işlenen somut fiile göre failin cezai sorumluluğunun belirlenmesidir. Ayrıca cezayı azaltan nitelikli unsurların failin lehine hüküm ifade edebilmesi için kural olarak bilinmesine gerek bulunmamaktadır[782]. Bu durum da tersine nitelikli unsur yanılgısı olarak değerlendirilebilir. Zira fail hareketiyle fiilen gerçekleşen durumdan daha ağır bir duruma yol açtığını düşünmektedir.

Örneğin, hırsızlık suçunun faili olan kişi, mülkiyeti bütünüyle mağdura ait olan bir malı almak isterken, düştüğü hata neticesinde, üzerinde kendisinin de paylı ya da elbirliği ile mülkiyet hakkı bulunduğu bir malı almışsa, TCK m.144/1-a'da öngörülen cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlanacaktır. Benzer şekilde, yaralama suçunu işleyen fail, fiilinin mağdur üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek kadar hafif olduğunu bilmese bile, objektif durum esas alınacağından TCK m.86/2'deki cezayı azaltan nitelikli unsurdan istifade edecektir[783]. Bununla birlikte, mağdurun hırsızlık suçunun faili olan kişinin borçlusu olduğu, fakat failin suçu işlerken bunun farkında olmadığı durumlarda, kanımızca faili TCK m.144/1-b'deki cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırmak mümkün olmayacaktır. Zira

[782] Güngör, **a.g.e.**, s.74; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.645; Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", s.94. Bununla birlikte "tam sübjektivist" yazarlar bu durumda da failin tasavvuruna önem atfedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu yazarlara göre, faili tasavvuruna göre suçun temel şekline ya da cezayı artıran nitelikli unsurlarına teşebbüsten cezalandırmak gerekir. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.314.
[783] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.416.

her ne kadar fail ile mağdur arasında bir borç ilişkisi mevcut olsa ve fail işlemiş olduğu hırsızlık suçu ile bu hukuki ilişkiye dayanan alacağını kısmen veya tamamen tahsil etmiş olsa bile, failde suçu işlerken "*hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı*" bulunmamaktadır. Bu amaç eksikliği esasen nitelikli unsurun objektif olarak da oluşmasını engelleyecektir.

Fail bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeyi tasavvur ettiği halde, düştüğü hata neticesinde fiilen o suçun cezayı azaltan nitelikli unsurunu gerçekleştirmiş de olabilir. Bu durumda da faili cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırmak gerekecektir.

Alman öğretisinde ise, tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda cezayı azaltan nitelikli unsurun kalkacağı ve failin temel suç üzerinden cezalandırılacağı kabul olunmaktadır[784]. Yani fail tarafından bilinmeyen bir cezayı azaltan nitelikli unsurun, sırf somut olayda objektif olarak gerçekleşmiş olması nedeniyle failin lehine hüküm ifade ederek, alacağı cezayı azaltması kabul olunmamaktadır. İfade edilmelidir ki Alman CK'da bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığından, genel kurallardan hareketle bu çıkarım yapılmaktadır. Böyle bir çıkarımın TCK bakımından da yapılabilmesi nitelikli unsurlarda hataya ilişkin hükmün (TCK m.30/2) açık düzenlemesi karşısında mümkün değildir.

d. Failin İstediğinden Başka Bir Cezayı Azaltan Nitelikli Unsuru Gerçekleştirmesi

Fail bir suçun belirli bir cezayı azaltan nitelikli unsurunu gerçekleştirmek istemesine rağmen, hata sonucu istediği nitelikli unsuru gerçekleştirememiş ancak, bilgisi dahilinde olmayan aynı suça ait başka bir cezayı azaltan nitelikli unsuru gerçekleştirmiş olabilir. Cezayı azaltan nitelikli unsurun somut olayda objektif olarak mevcudiyeti, failin bu nitelikli unsurdan yararlanması için yeterlidir. Bu nedenle failin bilmese bile fiilen gerçekleşmiş olan cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırılması ve buna denk düşen özel ceza çerçevesi ya da oransal indirim üzerinden sorumlu tutulması gerekir. Bunun yanı sıra faili gerçekleştirmek isteyip de

[784] Kühl, **Strafrecht AT**, §13 kn.16; Kühl/Heger, **a.g.e.**, §16 kn.7.

düştüğü hata neticesinde fiilen gerçekleşmeyen cezayı azaltan nitelikli unsurdan da yararlandırmak gerekir. Aynı suça ait birden fazla cezayı azaltan nitelikli unsurun birlikte gerçekleştiği bu gibi hallerde ceza hafiflemesinde nasıl bir yol izleneceği, nitelikli unsurların kanunda düzenleniş şekline bağlıdır.

Bu duruma yağma suçu üzerinden bir örnek verilebilir. Buna göre, fail düştüğü hata neticesinde bir kimseyi borçlusu zannederek bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil etmek amacıyla bu kişiye cebir uygulamış ve kişinin altın kolyesini almıştır (TCK m.150/1). Ancak gerçekte bu kişi failin borçlusu değildir. Öte yandan fail bilmese de gerçekte kolyenin imitasyon olması sebebiyle değeri çok düşüktür (TCK m.150/2)[785]. Bu durumda faili hem fiilen mevcut olmasa da hata sonucu mevcut olduğunu zannettiği cezayı azaltan nitelikli unsurdan hem de fiilen mevcut olduğu halde kendisi tarafından bilinmeyen cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırmak gerekir. Yani fail hem TCK m.150/1 hem de TCK m.150/2'deki cezayı azaltan nitelikli unsurlardan birlikte istifade edecektir. Bu olay özelinde ceza hesaplanırken, TCK m.150/1 gereği yaralama suçu üzerinden belirlenecek cezada, TCK m.150/2'de öngörülen oransal indirimin uygulanması gerekir[786].

III. KUSURA ETKİ EDEN NEDENLERİN NİTELİKLİ UNSURLARDAN FARKI

Kusura etki eden kimi nedenler failin kusurunu önemli derecede azaltır. Bu gibi hallerde faile ceza verilmesi mümkün değildir. Bunlar fail hakkında hükmolunacak cezayı bütünüyle ortadan kaldırma işlevine haiz oldukları için nitelikli unsurlarla karıştırılmaları mümkün olmaz. Zira nitelikli unsurlar hiçbir zaman hükmolunacak cezayı bütünüyle ortadan kaldırma gibi bir sonuç doğurmaz. Buna karşılık kusura etki eden kimi nedenler ise failin kusurunda yalnızca hafiflemeye yol açar. Bu gibi hallerde faile verilecek cezada yalnızca indirim yapılması gerekir. Bunlar arasında, haksız tahrik, kimi yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik halleri bulunmaktadır. Cezayı azaltan nitelikli unsurlar da faile verilecek cezada indirim yapılmasını

[785] Değirmenci, **a.g.e.**, s.161.
[786] İfade edilmelidir ki TCK m.150/2 "*indirilebilir*" terimi ile bittiğinden görüşümüze göre teknik anlamda cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil etmez. Bu örnek ilgili hükmün mecburi bir ceza indirimi öngören teknik anlamda cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil ettiği varsayımıyla kurgulanmıştır.

gerektirdiğinden, kusuru hafifleten nedenlerle karıştırılmaları söz konusu olabilir. Ancak bu iki ceza hukuku kurumu yapıları itibarıyla birbirinden oldukça farklıdır. Bu nedenle, her iki kurumun da faile verilecek cezanın azalmasına yol açması, birinin diğerinin içerisinde sınıflandırılmasına yol açmaz.

Cezayı azaltan nitelikli unsurlar ile kusuru azaltan nedenleri birbirinden ayrıt etmede başvurulabilecek temel kriter, ilkinin tali de olsa bir suç unsuru olması, diğerinin ise suçun unsurları içerisinde yer almamasıdır. Bu çerçevede, nitelikli unsurlar esas itibarıyla suça yani haksızlığa etki ederken, kusuru azaltan nedenler ise faile ve failin kusurluluğuna etki eder. Bu şekilde kusura etki ederek faile verilecek cezanın azalmasına yol açan haller suça etki etmez. Yani bunlar suçun ağırlığını (vahamet derecesini) azaltmaz. Failin kusurunun azalmış olması, onun işlediği suçla ilgili olan bir durum değildir. Dolayısıyla failin kusurunda meydana gelen hafifleme, işlediği suçun daha hafif sayılmasını gerektirmez[787].

Kusuru azaltan nedenlerde ceza hafiflemesi suçun haksızlık içeriğinin azalmasından ileri gelmez. Aksine failin kusur yeteneğinin zayıflamasından kaynaklanır[788]. Zira kusur yeteneği zayıflayan fail işlemiş olduğu suç nedeniyle daha az kınanabilmekte, daha fazla mazur görülebilmektedir. Cezanın hafiflemesine failin içine düştüğü bu durum yol açar. Yoksa suç bu hallerde de tüm ağırlığıyla ve haksızlık içeriğiyle mevcudiyetini korumaya devam eder. Nitelikli unsurlar ise, temel suçun haksızlık içeriğine etki ederek, onun daha ağır veya hafif sayılmasını gerektirir. Nitelikli unsurlarda, ceza artırımı veya hafiflemesinin dayanağı, suçun ağırlığında meydana gelen bu değişikliktir.

Öte yandan, bunların suç incelemesi içerisindeki yeri de farklılık gösterir. Nitelikli unsurlar suç unsuru olduklarından, suçun diğer unsurlarıyla birlikte irdeleme konusu yapılır. Buna karşılık, kusuru azaltan nedenler ise ancak suçun unsurlarına ilişkin inceleme tamamlandıktan sonra ele alınır.

---

[787] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.341; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.688.

[788] Kusur yeteneği işlenen suça etki eden bir husus olmayıp salt suçu işleyenin kişisel nitelikleriyle irtibatlıdır. Bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.125.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARININ KUSUR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Suçla korunan hukuki değerin ihlali neticesinde ortaya çıkan haksızlığın büyüklüğü ve failin kusuru arasında doğru orantı bulunur. Buna göre, kusurun yoğunluğu ve failin kınanabilirliği, meydana gelen haksızlığın yoğunluğu ölçüsünde artar[789]. Cezayı artıran nitelikli unsurların temel suçun haksızlık içeriğini artırdığı, cezayı azaltan nitelikli unsurların ise temel suçun haksızlık içeriğini hafiflettiği bilinmektedir. Temel suçun haksızlık içeriğinde, nitelikli unsurlar vasıtasıyla meydana getirilen değişiklik dolaylı olarak failin kusurunun yoğunluğuna da tesir etmektedir.

Suç tiplerinde yer alan her hususiyet haksızlığa ait olmayabilir. Kanun koyucu suç tiplerine kusura ait birtakım bileşenler de yerleştirmiş olabilir. Bu suretle kanun koyucu, yoğun kusur içeriğine sahip olan hususiyetlere suçun temel şeklinden daha ağır bir ceza verilebilmesine olanak sağlamayı amaçlar[790]. Nitelikli unsurlara ilişkin genel bilgiler verilirken değinildiği üzere, Alman öğretisinde kimi yazarlar, nitelikli unsurların haksızlığın yanı sıra doğrudan doğruya kusurun yoğunluğu üzerinde de etkiye haiz olduğunu kabul etmektedir. Bu yazarlara göre, kimi nitelikli unsurlar suçun haksızlık içeriğinde değişikliğe yol açarken, kimi nitelikli unsurlar ise doğrudan failin kusuruna etki etmektedir. Nitelikli unsurların haksızlığa mı yoksa kusura mı etki ettiği hususu, pratik önemini iştirak halinde işlenen suçlarda, nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesinin çözümünde gösterir. Kusura etki eden nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesi Alman CK §29 hükmüne göre çözümlenir. Bu hükme göre, kusura ilişkin nitelikli unsur hangi suç ortağına aitse sadece o suç ortağına etki eder. Diğer suç ortaklarına sirayet etmez. Zira her suç

---

[789] Neslihan Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.62. Bir kimsenin iradi bir hareketinin sonucu olan neticeden salt maddi nedensellik bağı sebebiyle sorumlu tutulması objektif sorumluluk şeklinde adlandırılır. Bu sorumluluk türünde failin hareketi yaparken kusurlu olup olmadığı araştırılmaz. Bkz. Muharrem Özen, **a.g.e.**, s.18-19, 74. Modern ceza hukukunda sorumluluk objektif değildir. Kusura dayanır. Buna kusurun cezayı temellendirici işlevi denir. Kusurun bir de cezayı sınırlandırıcı işlevi bulunur. Buna göre, kusur faile ne ölçüde ceza verileceğini belirler. Böylelikle kusur aynı zamanda faili hak etmediği ölçüde ağır cezalara karşı koruyan bir kalkan olma işlevi görür. Benzer şekilde kusur ilkesi failin hak ettiğinden daha az ceza almasını da engeller. Bkz. Talas, **a.g.e.**, s.33-34; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.351, kn.527; Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, s.9.

[790] Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s.55.

ortağının kendi kusuruna göre cezalandırılması gerekir. Aynı çıkarımın TCK bakımından da yapılması mümkündür (TCK m.40/1). Suçun haksızlık içeriğine etki eden nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesi ise, özel kişisel unsur hüviyetindeki (yani şahsi) nitelikli unsurlarda Alman CK §28/2 hükmüne göre, özel kişisel unsur hüviyetine haiz olmayan (yani fiile ilişkin) nitelikli unsurlarda ise bağlılık kuralına göre çözümlenir. TCK'da ise nitelikli unsurlar arasında fiile ya da şahsa ilişkin nitelikli unsur ayrımı yapılmaksızın sirayet meselesi bağlılık kuralı üzerinden çözümlenir.

Temel bir ceza hukuku ilkesi olan kusur prensibine ceza normlarının ihdası sırasında kanun koyucuların da riayet etmesi, suça karşılık gelen cezanın alt ve üst sınırlarını bu prensibi dikkate alarak belirlemesi gerekir. Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre, suçun nitelikli unsuru karşılığında alt sınırı bir yıldan az olan süreli hapis cezası öngörülmüşse, cezanın üst sınırının altı yıldan fazla olması kusur prensibiyle bağdaşmaz. Bu nedenle cezanın aşkın kısmın budanması gerekir. Ancak nitelikli unsura karşılık gelen süreli hapis cezasının alt sınırının bir yıl ya da daha fazla olduğu hallerde, cezanın üst sınırının altı yıldan fazla olması kusur prensibini ihlal etmez[791].

V. HAKSIZLIK BİLİNCİ VE NİTELİKLİ UNSUR İLİŞKİSİ

Kusur yargısının çekirdeğini haksızlık bilinci oluşturur. Haksızlık bilincinin mevcudiyeti için failin, davranışının herhangi bir hukuk normu tarafından yasaklanmış olduğunu tahmin etmesi yeterlidir[792]. Bir suçun temel şekli hususunda haksızlık bilincine sahip olan failin, suçun cezayı artıran nitelikli unsurlarından birini gerçekleştirmesi durumunda, bundan sorumlu tutulabilmesi için ayrıca nitelikli unsuru da kapsayan bir haksızlık bilincine sahip olup olmadığının araştırılması gerekip gerekmediği Alman öğreti ve uygulamasında tartışma konusu olmuştur. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve öğretinin bir kısmına göre, önemli olan failin bir suçun temel şekli vasıtasıyla korunan hukuki değere ilişkin haksızlık bilincine sahip olmasıdır. Fail bir suçun temel şekli hususunda haksızlık bilincine sahipse, failin o

[791] Mädler, **a.g.e.**, s.578-579. Yazarın bu görüşü dayanağını Alman CK'da bir cünha karşılığında öngörülen cezanın üst sınırının en fazla altı yıl olabilmesinden almaktadır.
[792] B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.360-361, kn.546-547.

suçun cezayı artıran nitelikli unsuru bakımından da haksızlık bilincine sahip olduğunun kabulü gerekir. Diğer bir ifadeyle temel suçun değersizliğini bilen fail, o suça ait olan cezayı artıran nitelikli unsurun özel değersizliği hususunda da hali hazırda bilgi sahibidir. Bu konuda ayrıca bir araştırma yapılması gerekmez[793].

Bununla birlikte istisnai biçimde, bir suçun nitelikli unsurlarıyla o suçun temel şekli vasıtasıyla korunan hukuki değerden niteliksel olarak farklı bir hukuki değer de koruma altına alınmış olabilir. Bu gibi hallerde, Alman öğretisinde kimi yazarlara göre, nitelikli unsur temel suça ek bir haksızlık içeriği katıyorsa (yani cezayı artıran nitelikli unsur söz konusuysa), failin haksızlık bilincinin ayrıca nitelikli unsurun gerçekleştirilmesiyle ihlal edilen hukuki değeri de kapsaması gerekir. Özellikle temel suç ile bir cezayı artıran nitelikli unsurun kaynaşmasının bileşik suça vücut verdiği haller böyledir. Fail suçun nitelikli unsurunu gerçekleştiren fiiliyle, temel suçla koruma altına alınan hukuki değerden farklı bir hukuki değeri daha ihlal ettiğini bilmiyorsa ve bilmesi de mümkün değilse, failin bu nitelikli unsuru gerçekleştirmesi nedeniyle kınanabilmesi (kusurlu addedilebilmesi) mümkün olmaz. Zira bu durumda fail suçun nitelikli unsuru bakımından haksızlık yanılgısı içerisindedir. Bu gibi hallerde fail sadece temel suç ile korunan hukuki değerin ihlali nedeniyle kınanabilir vaziyettedir[794]. Bu çıkarım dayanağını haksızlık bilincinin, aynı suç içerisinde dahi bölünebilir olan niteliğinden almaktadır. Haksızlık bilincinin suçun unsurları ile irtibatlı olması sebebiyle bölünebilir olduğu kabul edilmektedir. Bunun için aynı suçun farklı hukuki değerleri koruyor olması gerekir[795]. Buna göre, failin suçun kurucu unsurları bakımından haksızlık bilincine sahipken, nitelikli unsurları bakımından haksızlık bilincine sahip olmaması mümkündür.

---

[793] Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s.61; D.Sternberg-Lieben/Schuster, **a.g.e.**, §17 kn.8; B.Erman, **a.g.e.**, s.201. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun, temel suça kıyasla niteliksel olarak farklı bir hukuki değeri koruduğu hallerde de bu görüştedir. Bkz. Kühl/Heger, **a.g.e.**, §17 kn.6.

[794] B.Erman, **a.g.e.**, s.201; Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s.61-62.

[795] Roxin/Greco, **a.g.e.**, §21 kn.17; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.364, kn.554; Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s.59, 62. Failin haksızlık bilincine sahip olup olmadığı suç bazlı olarak tespit edilir. Yani haksızlık bilinci ile suçun unsurları arasında irtibat kurulur. Ancak haksızlık bilinci, haksızlığın yapısı ile irtibatlandırılamaz. Zira bu kusurla ilgili bir terimdir. Bu nedenle kast sahasında değil, kusur sahasında değerlendirilmelidir. Bkz. Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s.185 vd.; Talas, **a.g.e.**, s.16.

Öte yandan, temel suç ile ona ek bir haksızlık içeriği katan nitelikli unsurun sıklıkla olduğu gibi, aynı hukuki değeri koruması da mümkündür. Bu gibi hallerde, cezayı artıran nitelikli unsur sadece aynı hukuki değerin daha yoğun bir şekilde ihlali sonucunu doğurmakta ve haksızlığın yoğunluğunu artırmaktadır. Haksızlığın yoğunluğunda meydana gelen artış, failin kusurunun yoğunluğunun da aynı oranda artmasına yol açar. Ancak temel suçla ve nitelikli unsurla korunan hukuki değer ayniyet arz ettiğinden, haksızlık bilincinin içeriği değişmez. Temel suça ait haksızlık bilinci otomatik olarak nitelikli unsura da sirayet eder. Failin nitelikli unsurdan sorumlu tutulabilmesi için, hareketiyle temel suç vasıtasıyla korunan hukuki değeri ihlal ettiğinin bilincinde olması yeterlidir. Failin cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmesiyle artan haksızlığın yoğunluğunun bilincinde olup olmadığının da ayrıca araştırılması gerekmez. Bu hususta düşülen hata failin nitelikli unsura ilişkin haksızlık bilincini kaldırmaz[796].

Eklenmelidir ki, olay çözümlemesinde metodolojik olarak öncelikle suçun maddi koşullarında bir hatanın mevcut olup olmadığı irdelenmelidir. Ancak suçun maddi koşullarında hataya düşülmediği anlaşıldıktan sonra, yasak hatasının mevcut olup olmadığı irdelenebilir. Bununla birlikte bir olayda failin eş zamanlı olarak hem suçun maddi koşullarında hataya düşmesi hem de bundan bağımsız olarak bir yasak hatasının mevcudiyeti mümkündür (çifte hata). Bu gibi çifte hata hallerinin çözümünde nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin özel bir düzenleme ne TCK'da ne de Alman CK'da bulunmaktadır. Alman öğretisinde, bu türden hata hallerinin çözümlenmesi hususunda kanunda özel bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmadığı belirtilmekte ve her iki hatanın da birbirinden bağımsız olarak değerlendirme konusu yapılması gerektiği savunulmaktadır[797]. Bir suçun nitelikli unsurlarından birinin maddi koşullarında hataya düşülmesi, bir diğer nitelikli unsur hakkında ise yasak hatasına düşülmesi olasıdır. Bu halde, önce nitelikli unsurların maddi koşullarında hata meselesi çözümlenmeli, ardından ise nitelikli unsurlarda düşülen yasak hatası incelenmelidir.

[796] Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s.62; B.Erman, **a.g.e.**, s.202.
[797] Gropp, **Strafrecht AT**, §13 kn.37.

VI. ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR İLKESİ VE NİTELİKLİ UNSUR İLİŞKİSİ

Şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*) ilkesi (AY m.38/4), hukuk uygulamasında bir hüküm verme kuralıdır. Bu ilke, bir mahkûmiyet hükmünün sadece, mahkemenin kanaatine göre, ceza muhakemesinde ispatlanmış addedilen maddi olgulara dayandırılabileceğini ifade eder ve kanunilik prensibinin eki olarak görülür. Bu ilke gereği, sanığın zararına olan ve tam olarak ispat edilmemiş bulunan hiçbir olgu sanığa yüklenemeyecektir[798]. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, suçun kurucu unsurları bakımından geçerli olduğu gibi, nitelikli unsurları ve TCK m.61/1'de öngörülen temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınan kriterler bakımından da geçerlidir[799]. Zira bu ilkeye mahkûmiyet ya da beraat hükmü verilirken müracaat edildiği gibi, suç tipleri arasında kademeli bir ilişkinin bulunduğu hallerde verilen hükümlerde de başvurulur. Kademeli bir ilişki, suç tiplerinin sadece, birinin diğerine kıyasla daha fazla ya da daha az birbirleriyle ilişkili unsura sahip olmasına göre ayırt edilebildiği hallerde mevcuttur (mantıksal kademe ilişkisi). Cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsurlarla temel suç arasındaki ilişki böyledir[800]. Bu başlık altında sadece ilkenin suçun nitelikli unsurlarına etkisi inceleme konusu yapılacaktır. Buna göre, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, failin gerçekleştirdiği fiillerin bir suçun temel şeklini mi yoksa nitelikli unsurlu şeklini mi yerine getirmeye yönelik olduğunun tam olarak tespit edilemediği hallerde, fiillerin suçun en hafif şeklini gerçekleştirmeye yönelik olduğu kabul edilecektir[801].

Sürmekte olan bir ceza muhakemesinde, tüm delillerin tüketilmesine rağmen, hala maddi vakıalara ilişkin varyasyonlarda netlik söz konusu değilse, bu durum sanığın ne daha hafif suça göre ne de daha ağır suça göre cezalandırılmasına imkân verir. İşte bu gibi hallerde *in dubio pro reo* ilkesinden istifade edilir. Eğer bahis konusu suçlar karşılaştırılabilir bir haksızlık içeriğine sahipseler, yani aralarında sadece niceliksel bir kademe derecelendirmesi (ilişkisi) söz konusu ise, şüpheden sanık

[798] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §48 kn.1; Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.107.
[799] Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, İstanbul, Islık Yayınları, 2015, s.309-310; Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.107.
[800] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §48 kn.2, 4.
[801] Tozman, **a.g.e.**, s.53.

yararlanır prensibi sanığın sadece daha hafif olan suç üzerinden kurulacak mahkûmiyet hükmü ile cezalandırılmasını gerektirir. Bu suretle, kurulan hükümle sanığın menfaatleri de zedenmiş olmaz. Zira sanık daima gerçekleştirmiş olduğu haksızlık üzerinden cezalandırılır. Niteliksel olarak farklı bir haksızlık üzerinden cezalandırılamaz[802].

Bir suçun temel şekli ile cezayı artıran nitelikli unsurlu şekli arasında kademe ilişkisi mevcuttur. Zira nitelikli unsurlu suç, temel suça nitelikli unsur eklenmesiyle meydana gelir. Ayrıca, suçun her iki şekli ile niteliksel olarak özdeş olan bir haksızlık gerçekleştirilir[803]. Bir kimsenin, suçun cezasını artıran nitelikli unsuru üzerinden mahkûm edilebilmesi için, kişinin fiilinin o nitelikli unsuru oluşturduğuna dair akla ve mantığa uygun gerekçelerden ileri gelen her çeşit şüphenin tamamen yenilmesi gerekir. Yani cezayı artıran nitelikli unsurun mevcudiyetinin tam kanaat verici ölçüde ispatı şarttır. Zira hâkim ancak bu suretle kişinin suçun nitelikli unsurunu gerçekleştirdiği hususunda vicdani kanaate ulaşabilecektir[804].

Fail, bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmekle itham edilmiş olmasına rağmen, toplanan delillere göre failin sadece suçun temel şeklini gerçekleştirdiği şüpheye yer bırakmayacak biçimde ispatlanmış olabilir. Bu konudaki şüphe yenilememişse, yani suçun cezayı artıran nitelikli unsurlarının mevcudiyeti ispat edilememişse (belirsiz kalmışsa), failin bu şüpheden yararlandırılması gerekir. Buna göre, şüphe yenilemediğinden failin cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirdiği hususunda vicdani kanaate ulaşılamamış demektir. Bu nedenle fail yalnızca suçun temel şekli üzerinden cezalandırılabilecektir[805]. Örneğin mağdur, failin kendisini yumrukla mı yoksa muştayla mı dövdüğünü hatırlamayabilir. Bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği fail ancak kasten yaralamanın temel şekli üzerinden cezalandırılabilir. Benzer biçimde, failin bir hırsızlık suçu işlediği sabit olabilir, fakat suçun işlenmesi sırasında yanında silah taşıyıp taşımadığı belirsiz kalabilir. Bu halde, failin silahlı hırsızlıktan (cezayı artıran nitelikli unsur) sorumlu tutulması, şüpheden

[802] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §28 kn.13.
[803] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §28 kn.14.
[804] Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.307, 324; Yüce**, Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.107.
[805] Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.321, 357; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §48 kn.3.

sanık yararlanır prensibi ile bağdaşmaz[806]. Failin suçu silahsız işlemiş gibi, hırsızlığın temel şekli üzerinden cezalandırılması gerekir.

Benzer şekilde, failin bir suçun cezasını azaltan nitelikli unsurunu gerçekleştirdiği de ispatlanamamış olabilir. Bu durumda da failin, cezayı azaltan nitelikli unsurun mevcudiyeti hususunda bulunan şüpheden yararlandırılması gerekir[807]. Zira, bir suçun temel şekli ile ceza azaltan nitelikli unsurlu şekli arasında da kademe ilişkisi bulunur. Cezayı azaltan nitelikli unsur daha hafif haksızlık ya da kusur kademesini oluşturur. Suçun cezayı azaltan nitelikli unsura karşılık gelen maddi koşullar altında işlenip işlenmediğinin şüpheli kaldığı olaylarda, sanık temel suçtan sorumlu tutulamaz. Şüpheden sanık yararlanır kuralı gereği sanığın cezayı azaltan nitelikli unsurlu suçtan mahkûm edilmesi gerekir[808].

Fail, cezayı azaltan nitelikli unsurun mevcudiyeti hususunda duyulan şüpheden, suçun temel şekli yerine, cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklinden cezalandırılması suretiyle yararlandırılmış olur. Failin cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırılabilmesi için, fiilinin bu unsuru gerçekleştirdiği hususunda akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan bir şüphenin bulunması yeterlidir. Ayrıca bu şüphenin yenilmesine ihtiyaç bulunmaz. Örneğin zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin düşüklüğü hususunda ya da failin yağma suçunu bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil etmek amacıyla işlediği hususunda bir şüphe bulunuyorsa, failin bu şüpheden yararlandırılması, yani mahkûmiyet hükmünün TCK m.150 ve 249'dan ileri gelen cezayı azaltan nitelikli unsurların olaya tatbik edilmesi ile oluşan ceza üzerinden kurulması gerekir. Benzer şekilde örneğin Alman CK'da, mağduru talebi üzerine öldürüp öldürmediğinin şüpheli kaldığı olaylarda, failin talep üzerine öldürme suçu (cezayı azaltan nitelikli unsur) üzerinden cezalandırılması gerekir. Bu durumda fail kasten öldürmenin temel şeklini de gerçekleştirmiştir. Ancak bu suç tipi kapsamında mahkûm edilmesi mümkün olmaz[809].

[806] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §28 kn.14.
[807] Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.322, 357.
[808] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §28 kn.16.
[809] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §28 kn.16.

Eklenmelidir ki, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, maddi sorunla ilintilidir. Bu nedenle bir uyuşmazlıkta yalnızca maddi sorunun çözümüyle ilgili bulunan şüphelerde devreye girer. Buna karşılık hukuki sorunun çözümüyle ilgili bulunan şüphelerde (örn. hukuk normunun yorumunda) bu ilkeden yararlanılamayacaktır. Zira hukuki sorunun çözümü, maddi olaya uygulanması gereken hukuk normlarının doğru bir şekilde bulunması ve bu normların doğru bir şekilde yorumlanması ile ilintili olduğundan, bu hususta şüpheye yer yoktur. Dolayısıyla, ilke maddi olayın çözümü ile irtibatlandırılan şüphelerde kullanılabileceğinden, suçun nitelikli unsurlarının gerçekleşmesi ile ilgili bulunan şüphenin de maddi olaya (maddi olayın oluş biçimine) ilişkin olması gerekir[810].

VII. ÇİFTE DEĞERLENDİRME YASAĞI

Hâkim kural olarak alt ve üst sınırlı ceza çerçevesi içerisinde somut sonuç cezayı belirlemede takdir yetkisine sahiptir. Takdirde yanılgıya, çelişkiye veya zafiyete düşmedikçe, hâkim tarafından belirlenmiş olan cezaya müdahalede bulunulabilmesi mümkün değildir[811]. Cezanın belirlenmesi sırasında, cezaya etki eden aynı hususun birden fazla kez dikkate alınması, takdirde yanılgıya düşüldüğünü gösterir. Bu durum öğretide[812] *suçun unsurlarının birden fazla değerlendirilmesi yasağı, mükerrer değerlendirme yasağı ya da çifte (iki kez) değerlendirme yasağı* biçiminde ifade edilir. Gerçekleştirilen farklı suç tiplerinin her birinin içerisinde, cezanın belirlenmesinde dikkate alınan aynı vakıanın (olgunun) yer aldığı hallerde, bu vakıanın birden fazla kez değerlendirmeye alınması tehlikesi doğar. İki farklı suç tipinin gerçekleştirildiği ve bunların ortak haksızlık unsurlarına sahip olduğu hallerde durum böyledir. Zira bu halde, ortak haksızlık unsurları iki defa değerlendirilmeksizin, her iki suç tipi üzerinden ayrı ayrı hüküm kurulması mümkün değildir[813].

---

[810] Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.322-323, 357. Nitekim, sanık yararına yorum diye bir prensip bulunmamaktadır. Bkz. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, s.108.

[811] **Yarg. CGK**, T.04.06.1996, 7-79/127. Bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.490.

[812] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.648; Zafer, **a.g.e.**, s.657; Özbek/Doğan/Bacaksız, **a.g.e.**, s.678. Bu yasak bir fiilden ötürü iki defa cezalandırılmama (*non bis in idem*) ilkesine benzetilir. Bkz. Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, s.73.

[813] Puppe, **Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsprechung**, §33 kn.5; Ingeborg Puppe, "Was ist Gesetzeskonkurrenz?", **JuS**, 2016, s.966.

TCK m.61/3'te açıkça düzenlenen çifte değerlendirme yasağı suçun nitelikli unsurları bakımından da geçerlidir. Cezanın belirlenmesinde etkili olan ve hâkimin mutlaka dikkate alması gereken bir hususiyet, suç tipinde ister kurucu unsur olarak ister nitelikli unsur olarak isterse de TCK m.61/1 kapsamında kalan cezanın belirlenmesi kriteri olarak düzenlenmiş olsun, somut sonuç cezanın tayininde sadece bir defa dikkate alınabilecektir. Yani cezanın tayininde aynı hususiyetin hangi sıfatla olursa olsun birden fazla kez dikkate alınabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla suç tipinde nitelikli unsur olarak karakterize edilmiş olan bir hususiyetin, temel suça ait cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkün olmaz[814]. Benzer şekilde, bir suçun kurucu unsurları içerisinde yer alan bir hususiyetin aynı zamanda o suçun cezasını artıran nitelikli unsuru olarak dikkate alınması da mümkün değildir[815].

Suç tipinde nitelikli unsur olarak karakterize edilmiş olan bir hususiyet, sadece nitelikli unsurlu suça karşılık gelen cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Bu durumda da aynı hususiyetin sadece bir kez dikkate alınması mümkündür. Kimi kanunlarda aynı nitelikli unsurun cezanın hesaplanması sürecinde birden fazla değerlendirilmesinin önüne geçmek için doğrudan hüküm sevk edildiği de görülmektedir. Örneğin Terörle Mücadele Kanunu'nda suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi nedeniyle ceza artırımının bir kez yapılacağı açıkça ifade edilmiştir (TMK m.5/2).

Takdiri indirim sebepleri de çifte değerlendirme yasağına tabidir. Bu nedenle bir hususiyetin hem cezayı azaltan nitelikli unsur hem de takdiri indirim sebebi olarak dikkate alınması mümkün değildir[816]. Hali hazırda kanun koyucu tarafından cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmiş olan bir hususiyet üzerinden kurulacak hükümde, bu hususiyetin bir de takdiri indirim sebebine karşılık gelmesi nedeniyle

---

[814] İzzet Özgenç, "Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.68; Centel, **a.g.e.**, s.532, 534, 536; Yerdelen, "Çifte Değerlendirme Yasağı", s.106-107, 115. Alman CK'nın TCK m.61'e tekabül eden hükmü Alman CK §46'da yer almaktadır. Bu hükümde çifte değerlendirme yasağına da atıfta bulunulmuştur. Buna göre, hali hazırda suç tipinin unsuru olarak düzenlenmiş bulunan hususiyetler cezanın belirlenmesi sırasında bir kez daha dikkate alınamayacaktır (Alman CK §46/3).

[815] **Yarg. CGK**, T.19.03.1973, 333/238. Bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.505.

[816] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.177.

TCK m.62 kapsamında ceza indirimi tatbiki, çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelir.

Hâkimin kanunda öngörülmüş olan ceza çerçevesi aralığında somut bir cezaya hükmederken, suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zamanı ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını[817], failin güttüğü amaç ve saiki dikkate alması gerekir (TCK m.61/1). Yani hâkim kanunda öngörülen soyut cezayı bu kriterleri dikkate alarak somutlaştıracaktır. Bunlar kanunda sınırlı bir şekilde belirlenmiş olduğundan hâkimin bu esnada kanunda yazılı olmayan bir kriter ortaya koyması ve bunu cezanın belirlenmesinde dikkate alması mümkün değildir[818].

Suç tipinde nitelikli unsur olarak düzenlenen bir hususiyetle TCK m.61/1'de sayılan kriterlerin çakışması oldukça olasıdır. TCK m.61/1'de sayılan kriterlerden biri aynı zamanda suçun cezasını artıran ya da azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmişse, cezada oransal bir artırıma/indirime yol açan nitelikli unsurlarda temel suça ait cezanın belirlenmesi sırasında, özel ceza çerçeveli nitelikli unsurlarda ise nitelikli unsurlu suça ait cezanın belirlenmesi sırasında bu kriterin ayrıca dikkate alınması yasaktır[819]. Yani kanunda nitelikli unsur olarak düzenlenen bir hususiyet temel cezanın belirlenmesi

---

[817] "Failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı" ifadesinden anlaşılması gerekenin, failin suçu işlemede gösterdiği kararlılık ve ısrarlı istek olduğu belirtilmektedir. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.708; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.646. Bu ifadeden hareketle kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu görüşü için bkz. Mustafa Özen, **a.g.e.**, s.292.

[818] Örneğin, Yargıtay temel cezanın belirlenmesinde "*sanıkların gözlenen kişilikleri*", "*sanıkların sosyal durumları*", "*başkalarına örnek olunması*" gibi kriterlerin esas alınamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.647. Yani TCK m.61/1'de yazılı olan kriterler dışında kalan bir hususiyetin hükmolunacak ceza belirlenirken alt ya da üst sınıra doğru yaklaşılmasını sağlama gibi bir işlevi bulunmaz. Buna rağmen, kimi Yargıtay kararlarında temel cezanın belirlenmesinde, "*sanığın sosyal durumu, geçmişi, ahlaki temayülleri, onun topluma kazandırılması*" gibi hususların da dikkate alındığı görülmektedir. Bkz. **Yarg. 3.CD**, T.11.07.2007, E.2006/12897, K.2007/5882. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.03.2021). Belirtilmelidir ki TCK m.61/1'de öngörülen kriterler dikkate alınmadan temel cezanın alt sınırdan veya alt sınırın üzerinden tayini kanuna aykırıdır. Bkz. Centel, **a.g.e.**, s.533. 765 sayılı TCK'nın bu maddeye karşılık gelen hükmü ETCK m.29/son'da bulunmaktaydı. Bahis konusu hükümde de birtakım kriterler sayılmıştı. Ancak hüküm "*gibi hususlar*" ifadesiyle sona ermekteydi. Bu nedenle 765 sayılı TCK döneminde Kanunda zikredilen temel cezanın belirlenmesi kriterlerinin sınırlı sayıda olmadığı, örnek niteliğinde sayıldığı, hâkimin bu kriterlere benzer ölçütler geliştirebileceği ve bunları cezanın belirlenmesi kriteri olarak kullanabileceği kabul edilmekteydi.

[819] Aynı yönde bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, s.146.

sırasında alt sınıra veya üst sınıra yaklaşılması kriteri olarak kullanılamaz. Zira kanun koyucu nitelikli unsur olarak düzenlemek suretiyle, karşılığında uygulanacak olan ceza artırımının/indiriminin oranını ya da özel ceza çerçevesini belirlerken bu hususiyeti dikkate almıştır. Yani nitelikli unsura karşılık gelen ceza tespiti kanun koyucu tarafından hali hazırda bu hususiyet dikkate alınarak yapılmıştır. Bu gibi hallerde, temel ceza belirlenirken, TCK m.61/1'de yer alan ve suçun nitelikli unsuru olarak düzenlenmiş olmayan kriterlerin hesaba katılmasıyla yetinilir. Böylelikle ceza normunda nitelikli unsur olarak karakterize edilen bir olgunun cezanın hesaplanması sürecinde iki kez dikkate alınarak fail aleyhine adaletsiz ve orantısız bir ceza verilmesi önlenmiş olmaktadır.

TCK m.61/1'de sayılan kriterlerden "meydana gelen zararın ağırlığı" ve "failin taksire dayalı kusurunun ağırlığı" ile ilgili olanlar dışında kalanların, suç tiplerinde nitelikli unsur olarak da öngörülmesi mümkündür[820]. Esasen nitelikli unsurlar, bu kriterlere birtakım hususiyetlerin katılması suretiyle tipleştirilir. Yani suçun belirli bir zamanda, belirli bir yerde, belirli bir araçla, belirli bir şekilde, belirli bir konu üzerinde, belirli bir amaç veya saikle ya da yoğun bir kastla işlenmesi suçu ve suç karşılığında hükmedilecek cezayı etkileyen bir unsur olarak karakterize edilebilir. Bu durumda nitelikli unsurlu ceza normunun yaptırım kısmında yer alan özel ceza çerçevesinin alt ve üst sınırı kanun koyucu tarafından tayin edilirken, bu nitelikli unsurun suçun haksızlık içeriğine olan etkisi dikkate alınmıştır. Nitelikli unsura karşılık gelen hususiyetin bir de TCK m.61/1 kapsamında öngörülen kriterler üzerinden alt ve üst sınırlı özel ceza çerçevesi içerisinde somut bir ceza belirlemesi yapılırken dikkate alınması çifte değerlendirmeye yol açar. Bu durum TCK m.61/3 ile yasaklanmıştır. TCK m.61/3'te, 1. fıkrada zikredilen kriterlerin "*suçun unsurunu oluşturduğu hallerde*", bu kriterlerin "*temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde*"

[820] TCK m.61/1'de öngörülen cezanın belirlenmesi kriterleri, suçun kurucu ya da nitelikli unsuru olarak düzenlenebilir. Suç tipinde bunlara kurucu ya da nitelikli unsur olarak yer verilmemişse o zaman 1. fıkra bağlamında cezanın belirlenmesi kriteri olarak fonksiyon ifa ederler (TCK m.61/3). Bu itibarla 1. fıkrada sayılan kriterler suça ilişkindir ve suç unsuru olarak düzenlenmeye elverişlidir. Ayrıca eklenmelidir ki TCK m.61/1'de sayılan kriterler kullanılarak temel veya nitelikli unsurlu suça karşılık gelen ceza çerçevesinin alt ve/veya üst sınırlarının aşılması mümkün değildir. Zira bu kriterler sadece uygulanabilir olan ceza çerçevesinin sınırları içerisinde somut cezanın tayininde istifade etsin diye hâkimin kullanımına sunulmuştur.

bulundurulamayacağından bahsedilmektedir[821]. İlk bakışta bu fıkranın suçun kurucu unsurlarına ve bu bağlamda da temel suça karşılık gelen cezanın belirlenmesine ilişkin olduğu düşünülebilir. Ancak maddede açıkça "suçun kurucu unsuru" şeklinde bir belirlemede bulunulmaktan kaçınılmıştır. Bunun yerine "suçun unsuru" ifadesi kullanılmıştır. Nitelikli unsurlar arızi de olsa suç unsurlarıdır. Bu nedenle TCK m.61/3'te öngörülen yasağa nitelikli unsurlu ceza normunda yer alan özel ceza çerçevesi üzerinden somut ceza belirlenirken de riayet edilmesi gerekir[822]. Nitekim, TCK m.61/3'ün gerekçesinde de bu hususa işaret edilmiştir[823]. Buna göre, suç tipinde nitelikli unsur olarak yer verilen bir hususiyetin aynı zamanda 1. fıkrada sayılan kriterlerden birine karşılık gelmesi halinde, bu hususiyetin 1. fıkra kapsamında cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir.

Çifte değerlendirme yasağına ilişkin olarak buraya kadar yapılan açıklamaların bir örnek üzerinden somutlaştırılması konunun kavranmasını kolaylaştıracaktır. Bu nedenle burada TCK m.106'da yer alan tehdit suçu üzerinden bir hesaplama yapılacaktır. TCK m.106'nın 1. fıkrasının ilk cümlesinde temel suç, 2. fıkrasında ise suçun cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli unsurlar yer almaktadır. Tehdit suçunun temel şeklinin gerçekleştirilmesi karşılığında altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. TCK m.106/2'de tehdit suçunun silahla işlenmesi karşılığında ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bir silahlı tehdit suçunun mevcudiyeti halinde, cezanın belirlenmesi sırasında hâkimin yapması gereken TCK m.106/2'de öngörülmüş olan nitelikli unsura karşılık gelen ceza çerçevesini TCK m.61/1'deki kriterleri dikkate alarak somutlaştırmaktır. Cezanın alt sınıra mı üst sınıra mı yaklaşacağının tayininde TCK m.61/1'deki kriterler belirleyici olur. Ancak bu fıkrada öngörülen kriterlerden biri de suçun işlenmesinde kullanılan araçtır.

---

[821] Benzer şekilde, Alman CK §46/3'te de "suç tipinin unsurları"ndan bahsedilmekle yetinilmiş, hükümde açıkça nitelikli unsurlara işaret edilmemiştir. Ancak nitelikli unsurlar da suç tipi unsurları içerisinde yer alır.

[822] Öztürk/Erdem**, a.g.e.**, s.562; Yerdelen, "Çifte Değerlendirme Yasağı", s.108; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.649.

[823] "*Maddenin birinci fıkrasında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, özel suç tanımlarında cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlar olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu nitelikli unsurlar, birinci fıkraya göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu düşüncelerle, maddenin ikinci* (doğrusu üçüncü) *fıkrasında mükerrer değerlendirme yasağı vurgulanmıştır*". Bkz. Noyan, **a.g.e.**, s.180-181.

Bu örnek bakımından, TCK m.61/1'in suçun işlenmesi sırasında kullanılan araç kriterinin TCK m.106/2'de öngörülen alt ve üst sınırlı ceza çerçevesi içerisinde somut ceza belirlenirken hesaba katılmaması gerekir. Zira suçun silahla işlenmesi TCK m.106/2'de hali hazırda nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bunun anlamı TCK m.106/2'de öngörülen özel ceza çerçevesinin alt ve üst sınırlarının kanun koyucu tarafından belirlenmesi sırasında suçun silahla işlenmesinin dikkate alınmış olduğu ve buradan ileri gelen haksızlık içeriği artışının da özel ceza çerçevesine yansıtıldığıdır. Tehdit suçu silahla işlendiği için TCK m.106/2'deki özel ceza çerçevesinin alt sınırı iki yıl üst sınırı ise beş yıl olarak öngörülmüştür. Bu nedenle bu limitler arasında somut ceza belirlenirken TCK m.61/1'de yer alan kriterlerden biri olan suçun işlenmesinde kullanılan araç kriterinin yani suçun silahla işlenmiş olmasının dikkate alınmaması gerekir. Aksi halde suçun silahla işlenmesi hem kanun koyucu tarafından nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza çerçevesinin belirlenmesi sırasında hem de hâkim tarafından bu özel ceza çerçevesi içerisinde kalan somut cezanın tayini sırasında dikkate alınmış olur. Bu da çifte değerlendirme yasağına aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte, suçun silahla işlenmiş olması meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, suçun işleniş biçimini, failin kasta dayalı kusurunun ağırlığını etkilemiş olabilir. Bu gibi hususiyetlerin cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınması çifte değerlendirme yasağını ihlal etmeyecektir. Zira bu gibi hususiyetlerin dikkate alınmasına olanak tanımak için nitelikli unsurlu suça karşılık gelen ceza alt ve üst sınırlı olacak şekilde öngörülmüştür.

Nitelikli unsurlu ceza normlarının yaptırım kısmında özel ceza çerçevesi yerine, temel suça karşılık gelen cezada belirli bir oranda artırım ya da indirim yapılması da öngörülmüş olabilir. Bu durumda öncelikle temel suça ait olan alt ve üst sınırlı ceza çerçevesi içerisinde kalan somut bir cezanın belirlenmesi, nitelikli unsura karşılık gelen oransal artırımın ya da indirimin ise bundan sonra somut cezanın üzerine uygulanması gerekir. Temel suça ait ceza çerçevesinin alt ve üst sınırları arasında kalan somut bir ceza tayin edilirken TCK m.61/1'deki kriterler dikkate alınacaktır. Ancak bu ihtimalde de TCK m.61/1'de öngörülmüş olan kriterlerden biri nitelikli unsura tekabül ediyorsa, temel suça ait somut cezanın belirlenmesi sırasında bu kriterin dikkate alınması mümkün değildir. Zira kanun koyucu o kriteri hali hazırda nitelikli

unsur olarak karakterize etmiş ve karşılığında oransal bir ceza artırımı ya da hafiflemesi öngörmüştür. Aynı kriterin hem temel suça karşılık gelen somut cezanın belirlenmesi sırasında hem de nitelikli unsurdan doğan oransal ceza değişikliğine istinaden dikkate alınması mümkün değildir.

Örneğin, TCK m.86 vd. hükümlerinde kasten yaralama suçu düzenlenmiştir. TCK m.86/1'de temel suça, TCK m.86/3'te ise suçun cezasını artıran nitelikli unsurlara yer verilmiştir. TCK m.86/1'de temel suç karşılığı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülürken, TCK m.86/3'te nitelikli unsur karşılığı cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür. Bu nitelikli unsurlardan biri de suçun silahla işlenmesidir. Buna göre kasten yaralama suçu silahla işlendiğinde hâkimin TCK m.61'e göre cezayı belirlerken işe ilk olarak TCK m.86/1'de öngörülmüş olan ve temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi içerisinde kalan somut bir ceza belirlemekte başlaması gerekir. Bu ceza TCK m.61/1'de sayılan kriterlerin yardımı ile belirlenir. Bu kriterlerden biri de suçun işlenmesinde kullanılan araçtır. Suçun silahla işlenmiş olması bu kritere karşılık gelir. Ancak bu durum aynı zamanda TCK m.86/3'te cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle kasten yaralamanın temel şekline karşılık gelen somut bir ceza belirlenirken suçun işlenmesinde kullanılan araç kriteri yani suçun silahla işlendiği dikkate alınmaz. Zira hali hazırda bu durum kanun koyucu tarafından TCK m.86/3'te nitelikli unsur olarak dikkate alınmış ve kasten yaralama suçu silahla işlendi diye suçun cezasının yarı oranında artırılması öngörülmüştür. Suçun silahla işlenmiş olmasının hem temel suça karşılık gelen somut ceza belirlenirken hem de nitelikli unsura karşılık gelen oransal artırımda bulunulurken dikkate alınması çifte değerlendirme yasağını ihlal eder. Bu nedenle, hâkimin yapması gereken şey temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi içerisinde kalan somut cezayı belirlerken TCK m.61/1'de öngörülen suçun işlenmesinde kullanılan araç kriterini dikkate almamaktır.

Öğretide kimi yazarlar, 5237 sayılı TCK'da hemen hemen her suç için nitelikli unsur öngörüldüğünü ve bazı suç tiplerinin nitelikli unsurlarının oldukça detaylı bir şekilde tarif edilerek kazuistik bir kanun yapma yönteminin benimsendiğini ifade etmektedir. Buna göre, kimi suç tiplerinde yapılan detaylı nitelikli unsur tarifi nedeniyle TCK m.61/1'deki kriterlerin tamamı suçun nitelikli unsurlarıyla

çakışmaktadır. Bu nedenle örneğin mala zarar verme suçunda hâkimin temel cezayı belirlerken TCK m.61/1'deki kriterleri neredeyse hiç kullanamayacağı ileri sürülmektedir[824]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira mala zarar verme suçunun nitelikli unsurlarının düzenlendiği TCK m.152 hükmünün 1. fıkrasında bir blok halinde sayılan nitelikli unsurlardan somut olayda sadece biri gerçekleşmiş olsa da tamamı gerçekleşmiş olsa da fail hakkında 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilecektir. Aynı suçun bu fıkrada sayılan nitelikli unsurlarından birden fazlasının gerçekleşmiş olması, nitelikli unsurlu suça karşılık gelen özel ceza çerçevesinin üst sınırına yaklaşılmasını gerektiren kriter olma özelliği gösterecektir. Yani bu gibi hallerde aynı suça ait birden fazla nitelikli unsurun gerçekleşmesi özel ceza çerçevesi içerisinde temel cezanın belirlenmesi kriteri olarak kullanılmaya devam edilecektir.

Kanunda nitelikli unsur karşılığında özel ceza çerçevesi öngörülen hallerde, o özel ceza çerçevesinin alt ve üst sınırı temel suçun haksızlık içeriği de dikkate alınarak belirlenir. Dolayısıyla aynı suçun iki farklı özel ceza çerçevesine karşılık gelen nitelikli unsurlarının birlikte gerçekleştirildiği hallerde, her iki ceza çerçevesinin de hesaba katılarak bir ceza belirlemesinde bulunulması, temel suça ait haksızlık içeriğinin cezanın hesabında iki defa değerlendirilmesi anlamına gelir.

Failin birden fazla suç işlemesi ve işlenen suçların her birinde aynı hususiyetin cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiş olması mümkündür. Örneğin bir kimsenin gece vakti konut dokunulmazlığını ihlal ederek hırsızlık suçunu işlemesi halinde durum böyledir. Suçun gece vakti işlenmiş olması kanunda hem hırsızlık (TCK m.143) hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m.116/4) bakımından cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yargıtay bu durumda suçun gece vakti işlenmiş olmasından ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsurun her iki suç için de ayrı ayrı uygulanacağı görüşündedir[825]. Kanaatimizce, bu durumda hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal şeklinde iki ayrı suç oluşuyorsa ve fail bu suçlardan ayrı ayrı

[824] Yerdelen, "Çifte Cezalandırma Yasağı", s.115; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, s.74.

[825] **Yarg. 6.CD**, T.23.02.2006, 11919/1695. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.367, dn.191. Öğretide bir görüşe göre ise, her iki suçun aynı anda işlenmesi sebebiyle fikri içtima kuralları gereği, gece vaktinden ileri gelen nitelikli unsur sadece en fazla artırımı gerektiren suç için bir defa uygulanmalıdır. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s.367-368, dn.191.

cezalandırılacaksa, gece vaktinden ileri gelen nitelikli unsurun suçların her biri bakımından dikkate alınması çifte değerlendirme yasağını ihlal etmez. Aksi uygulama nitelikli unsurların doğasıyla bağdaşmaz. Her nitelikli unsur sadece ait olduğu suç bakımından hüküm ifade eder ve belirli bir nitelikli unsurun somut olayda gerçekleştiği tespit edilmişse, kaçınılmaz olarak uygulama bulması gerekir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NİTELİKLİ UNSURLARIN SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİNDE GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

I. SUÇA TEŞEBBÜS

A. Suçun Nitelikli Unsurlarına Teşebbüs

1. Genel Olarak

Cezayı artıran nitelikli unsurlu suçlarda teşebbüsle ilişkili olarak suç tipinin gerçekleştirilmesi hususunda çeşitli problemler doğar. Baskın görüşe göre suç tipinin gerçekleştirilmesi, bir suç tipinin hareket unsurunun tamamen ya da kısmen gerçekleştirilmesine bağlıdır[826]. Bilindiği üzere bir suça teşebbüsün mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için failin belirli bir suçu işleme kastına sahip olması ve bu kast doğrultusunda "*suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya*" başlaması gerekmektedir (TCK m.35)[827]. Yani suça teşebbüs failin suç tipini gerçekleştirmeye

[826] Kühl, **Strafrecht AT**, §15 kn.48.

[827] Suç tipinin gerçekleştirilmesine yakınlık rakamsal olarak kavranabilir olmadığından, suçun icrasına doğrudan doğruya girişmenin soyut bir şekilde tanımlanması mümkün değildir. Bu nedenle, suçun icrasına doğrudan doğruya girişmenin mevcut olup olmadığının suç bazlı olarak olaydan olaya somutlaştırılması gerekir. Bkz. Frister, **a.g.e.**, §23 kn.41. Alman CK §22 hükmüne göre teşebbüsün başlangıcının, failin bakış açısından, objektif kriterlerin yardımıyla belirlenmesi şarttır. Bkz. Nikolaus Bosch, "Unmittelbares Ansetzen zum Versuch", **JURA**, 2011, s.909. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, suç tipinin gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya girişme için, failin hareketinin kendi tasavvuruna göre herhangi bir engelle karşılaşmadan ilerlemesi halinde, bir ara hareket olmaksızın suç tipinin bütünüyle gerçekleştirilmesine yol açması ya da doğrudan doğruya zamansal ve mekânsal ilişki (bağlantı) içinde onunla birleşmesi gerekir. Bkz. BGH, **NStZ**, 2015, s.207. Ara hareket teorisine göre, failin hareketi ve suç tipinin gerçekleşmesi arasında önemli bir ara hareketin daha meydana gelmesi gerekmiyorsa bir doğrudan doğruya girişme mevcuttur. Bkz. Hans Kudlich, "Wir haben doch noch gar nicht angefangen …", **JA**, 2015, s.153. Somut olayda suça doğrudan doğruya girişmenin mevcut olup olmadığının tespitinde kullanılmak üzere Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve Alman öğretisi tarafından, tehlikeye düşürme teorisi, ara hareket teorisi, doğrudan doğruyalık teorisi, alan teorisi (somutlaştırılmış kısmi hareket teorisi) gibi bir çok teori kullanılmaktadır. Bu teorilerin kısa bir özeti için bkz. Engländer, **a.g.e.**, s.88; Holm Putzke, "Der strafbare Versuch", **JuS**, 2009, s.986. Federal Yüksek Mahkeme kural olarak bu teorilerden herhangi birine itibar etmek yerine (yukarıda da görülebileceği üzere) daha ziyade tüm teorileri kümülatif bir şekilde bir arada kullanmayı tercih etmektedir. Bu yönelim "kombinasyon öğretisi" (birleştirme öğretisi) şeklinde isimlendirilir. Zira tüm

doğrudan doğruya girişmesine bağlıdır. Failin suç tipine uygun hareketi hali hazırda gerçekleştirdiği veya bu harekete sadece başladığı hallerde, böyle bir doğrudan doğruya girişmenin mevcudiyeti hususunda şüphe duyulmaz[828]. Bununla birlikte, teşebbüsün mevcudiyetinin kabulü için suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanması gereğinin, yalnızca bir suça ait kurucu unsurlara yönelik mi olduğu, yoksa suçun nitelikli unsurlarını da mı kapsamına aldığının açıklığa kavuşturulması şarttır. Zira fail temel suçu gerçekleştirmeye başlamadan önce, o suça ait olan bir nitelikli unsurun oluşumu için aranan maddi koşulları yerine getirmiş olabilir. Bu gibi hallerde, nitelikli unsurlu suça teşebbüsün başlayıp başlamadığı sorunu doğar[829]. Nitelikli unsurlar da tıpkı kurucu unsurlar gibi suç tiplerinde açıkça yer alır. Bir nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi suç tipine bütünüyle yabancı olan bir hareketin yapılması ile eş tutulamaz. Bu itibarla, nitelikli unsurların gerçekleştirilmesinin de bu anlamda bir "icra hareketi" olup olmadığının ortaya konulması gerekir.

2. Nitelikli Unsurun Temel Suça Ait Unsurların İcrasına Başlandıktan Sonra Gerçekleştirilmesi

Oluşa göre bir suçun nitelikli unsuru, temel suça ait kurucu unsurların icrasına başlanmadan önce gerçekleştirilmiş olabileceği gibi, temel suça ait kurucu unsurların icrasına başlandıktan sonra da gerçekleştirilmiş olabilir. İkinci ihtimalde, suçun icrasına halihazırda temel suça ait unsurların gerçekleştirilmesiyle başlandığından, nitelikli unsurlu suça teşebbüs ile ilgili herhangi bir tartışma bulunmaz. Temel suça doğrudan doğruya girişildikten sonra, temel suçun teşebbüs aşamasında kalması ya da tamamlanması fark etmeksizin, bunun hemen akabinde (yani zamansal bir yakınlık içerisinde) cezayı artıran nitelikli unsura girişilmesi halinde, failin bir bütün olarak cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs nedeniyle nitelikli unsura karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması mümkün hale gelir. Bu halde, ya temel suç tamamlanmış ancak cezayı artıran nitelikli unsur teşebbüs aşamasında kalmıştır ya da

olaylarda sorunsuz bir şekilde doğrudan doğruya girişmenin tespitini sağlayan bir kriter mevcut değildir. Bkz. Dzatkowski/Wolter, **a.g.e.**, s.192; Putzke, **a.g.e.**, s.986.

[828] Hans Kudlich, "Angefangen vielleicht ja – aber womit?", **JA**, 2017, s.153; Helmut Satzger, "Unmittelbares Ansetzen beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", **JURA(JK)**, 2017, s.1238.

[829] Kühl, **Strafrecht AT**, §15 kn.50; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s.476, kn.732.

hem temel suç hem de cezayı artıran nitelikli unsur teşebbüs aşamasında kalmıştır (*versuchten Qualifikation*)[830]. Aynı kabul doğrudan doğruya girişilen temel suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ancak cezayı artıran nitelikli unsurun tamamlandığı hallerde de geçerlidir (*qualifizierter Versuch*)[831].

Burada nitelikli unsura temel suçun akışı içerisinde ya da temel suçun icrasının hemen akabinde girişilebilir. Yani failin suç planına göre, temel suçun arkasından gelen hareket, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsün mevcudiyetinin kabulü için, nitelikli unsurun maddi koşullarının gerçekleştirilmesine de doğrudan doğruya girişilmesini şart koşar. Bu nedenle, saldırının sadece temel suç tipi alanına yöneltilmesi yeterli olmayacaktır. Temel suça doğrudan doğruya girişme veya temel suçun bütünüyle gerçekleştirilmesi, otomatik olarak failin ayrıca cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya giriştiği kabulünü doğurmaz. Ya temel suçun işlenmesi ile eş zamanlı olarak ya da temel suçu takiben, cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilebilmesi için ek adımların da atılması şarttır[832]. Bu

---

[830] Roxin, "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", s.8; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.295-296. Hem temel suça hem de cezayı artıran nitelikli unsura teşebbüs edilen hallerde, fail cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen ceza çerçevesi kapsamında cezalandırılır. Ancak bu ceza çerçevesi üzerinden teşebbüs indirimine gidilmesi mümkündür. Bkz. Graul, **a.g.e.**, s.855. Ayrıca, bu ihtimalde hem temel suça hem de nitelikli unsura sadece teşebbüs edilmiş olması, cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınır. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.296. Bu duruma örnek olarak kadının ekmeğe zehir katarak kocasını öldürmek istemesi, fakat kocanın bu ekmeği yememesi verilebilir. **Yarg. 1.CD**, T.26.02.1937, 2141/760. Bkz. Sözüer, **Suça Teşebbüs**, s.190, dn.132. 765 sayılı TCK'da kasten öldürme suçunun zehirleme suretiyle işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmişti (ETCK m.449).

[831] Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.295-296. Temel suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun tamamlandığından bahsedilemeyecektir. Bkz. Graul, **a.g.e.**, s.854. Yani temel suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, cezayı artıran nitelikli unsur tamamlanmış olsa bile, cezayı artıran nitelikli unsurlu suç en fazla teşebbüs aşamasında kalır. Örneğin, hırsızlık suçuna teşebbüs edilmiş, ancak suçun cezayı artıran nitelikli unsuru tamamlanmış ise, teşebbüs edilmiş cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlık suçunun mevcudiyetinden söz edilir. Fail bu halde de nitelikli unsurlu suça karşılık gelen özel ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılır. Ancak bu ceza çerçevesi üzerinden teşebbüs indirimi tatbik edilebilir. Bkz. Mitsch, **a.g.e.**, s.270; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.295. "*Olayda sanıkların mağduru zehirleyerek öldürmek maksadı ile bütün icrai hareketleri tamamlamış ve fakat sanıkların ihtiyarında olmayan sebepten, mağdurun kusma ve bünyesinin mukavemeti dolayısıyla*" ölüm neticesi gerçekleşmemiştir. **Yarg. 1.CD**, T.26.12.1964, 1861/2624. Bkz. Sözüer, **Suça Teşebbüs**, s.190, dn.132. 765 sayılı TCK'da kasten öldürme suçunun zehirleme suretiyle işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmişti (ETCK m.449). Bu durumda mağdur ölümcül bir zehri bünyesine almış, ancak vücudun verdiği doğal ve ani bir tepki ile zehri bünyesinden atabilmiştir. Ölüm neticesi gerçekleşmediği için temel suç (kasten öldürme) teşebbüs aşamasında kalmıştır. Ancak zehirleme nitelikli unsuru bütünüyle gerçekleşmiştir.

[832] Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066-1067; Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.187, 190; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §22 kn.65; Jörg Eisele, "Versuchsbeginn beim

itibarla temel suça ve cezayı artıran nitelikli unsura doğrudan doğruya girişmenin mevcut olup olmadığının ayrı ayrı irdelenmesi gerekir[833].

Öğretide bir görüşe göre, temel suça karşılık gelen icra hareketlerinin mevcudiyetine rağmen, failin suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirme kastının ortaya konulabildiği hallerde, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsten hüküm kurulması gerekir[834]. Başka bir görüşe göre ise, fail daha en baştan temel suçun ardından cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmeye karar vermiş olsa da durum değişmez. Failin temel suçun icrasının ardından cezayı artıran nitelikli unsuru da gerçekleştirmeyi salt istiyor olması, onun nitelikli unsur alanına girmesini sağlamaz. Bir harekete dayanmayan istek, failin temel suçun ardından nitelikli unsuru da gerçekleştireceği çıkarımında bulunmaya izin vermez. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs, ancak nitelikli unsur alanına etkide bulunulması ile başlar[835]. Kanımızca da failin cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs ettiğinden söz edilebilmesi için, nitelikli unsuru gerçekleştirme kastını dış dünyada hareketleriyle somut bir biçimde ortaya koymuş olması gerekir.

Türk öğretisinde kimi yazarlarca, cezayı artıran nitelikli unsurların suça teşebbüste gösterdiği özellikler incelenirken, fiili-şahsi cezayı artıran nitelikli unsur ayrımı yapılarak meselenin değerlendirildiği görülmektedir. Zira, cezayı artıran şahsi nitelikli unsurlar temel suçun icra hareketleri yarıda kalsa da mevcuttur. Bu nedenle temel suç teşebbüs aşamasında kalsa da failin cezasının şahsi nitelikli unsur kapsamında artırılması gerekir. Yani fail cezayı artıran şahsi nitelikli unsurlu suça teşebbüsten cezalandırılır. Buna karşılık cezayı artıran fiili nitelikli unsurlar, temel suçun icra hareketleri gerçekleştirilirken tamamlanmış olabilecekleri gibi

---

Wohnungseinbruchsdiebstahl", **JuS**, 2017, s.175; Martin Heger/Anneke Petzsche, **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2020, §22 kn.46. Eskiden temel suçun gerçekleştirilmesine girişilmesi ile hali hazırda cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsün başlayacağı da ileri sürülmekteydi. Ancak bu görüş bugün kabul görmemektedir. Bkz. Roxin, "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", s.7-8.

[833] Eisele, "Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", s.175.

[834] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.460.

[835] Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, München, Verlag C.H.Beck, 2003, §29 kn.171. Failin hareketinin sadece suçun temel şeklini gerçekleştirmeye yönelik mi olduğu, yoksa suçun nitelikli unsurunu da mı gerçekleştirmeye yöneldiğinin tespitinde şüpheden sanık yararlanır prensibinden de istifade edileceği hususunda bkz. Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs", s.403, 405, 412.

tamamlanmamış da olabilirler. Eğer temel suçun icra hareketleri yarıda kalmadan önce, cezayı artıran fiili nitelikli unsur tamamlanmış ise, failin cezasının bu fiili nitelikli unsur kapsamında artırılması gerekir. Yani fail cezayı artıran fiili nitelikli unsurlu suça teşebbüsten cezalandırılacaktır. Buna karşılık temel suçun icra hareketleri yarıda kalmadan önce, cezayı artıran fiili nitelikli unsur gerçekleştirilmemiş ise failin cezasının bu fiili nitelikli unsur kapsamında artırılması mümkün olmayacaktır[836].

3. Nitelikli Unsurun Temel Suça Ait Unsurların İcrasına Başlanmadan Önce Gerçekleştirilmesi

Bu durumda bir hususiyet söz konusudur. Bir suçun icrasına doğrudan doğruya o suça ait nitelikli unsurun gerçekleştirilmesiyle başlanmış olup olamayacağı Alman öğretisinde tartışmalıdır. Kimi yazarlara göre, ancak temel suça karşılık gelen hareketlerin gerçekleştirilmesi ile suçun icrasına başlanır. Kimi yazarlara göre ise, doğrudan doğruya nitelikli unsurların gerçekleştirilmesiyle de suçun icrasına başlanmış olunabilir. Yani bir suçun icrasına başlanmış olunduğunun kabulü için, ilk olarak işe suçun kurucu unsurlarının gerçekleştirilmesi ile başlanması şart değildir. Ancak bu yönde bir kabulde bulunulabilmesi için çok önemli bir şartın daha gerçekleşmesi aranır. Buna göre, failin nitelikli unsurları gerçekleştirmesinin hemen akabinde (yani zamansal bir duraksama/aralık olmaksızın) temel suçu gerçekleştirmeye başlaması gerekir. Diğer bir ifadeyle nitelikli unsuru gerçekleştiren hareketin içinde, aynı zamanda temel suçu gerçekleştirmeye doğrudan doğruya girişmenin de yatması şarttır[837].

Eskiden Alman yargı mercileri ve öğretisi tarafından yaygın olarak kabul edilen görüşe göre, suçun tamamlanması için birden fazla hareketin icrasının gerekli olduğu hallerde, bu hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi hali hazırda suçun icrasına başlandığının kabulü için yeterlidir[838]. İcrasına başlanan hareketle, cezayı artıran nitelikli unsura ya da temel suça girişilmiş olması önem arz etmez. Bu itibarla, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsün mevcudiyeti için, failin suça sadece cezayı

[836] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.460; Tozman, **a.g.e.**, s.234.
[837] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.732.
[838] Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066.

artıran nitelikli unsuru gerçekleştiren bir hareketle başlaması (bu hareketin icrası) yeterli görülmekteydi. Diğer bir ifadeyle, cezayı artıran nitelikli unsura girişme, temel suçun icrasından bağımsız olarak, teşebbüs alanı içerisinde değerlendirilmekteydi. Hatta, suç tamamlanıncaya kadar zamansal bir kesintinin olması da bu kabule engel teşkil etmemekteydi[839]. Cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştiren hareketin suça teşebbüsün başlangıcının tayininde belirleyici olabileceği yönündeki bu kabul, cezalandırılmayan hazırlık hareketleri aleyhine, teşebbüs sahasının genişlemesi sonucunu doğulmaktaydı. Zira fail, cezayı artıran nitelikli unsuru meydana getiren hareketin icrasına başlamasıyla, henüz temel suçun icrasına girişmiş olmasa bile, teşebbüs sahasına girmekteydi. Bu görüş, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1982 yılında verdiği kararıyla terk edilmiştir[840]. Zira suça teşebbüsün başlangıcı temel suçtan arındırılamaz (koparılamaz). Bu ayrım, teşebbüsün suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya girişme şartı ile bağdaşmaz. Nitelikli unsurlar tek başına, teşebbüs-hazırlık hareketi ayrımında çizilen sınırda bir değişiklik meydana getirme kabiliyetine haiz değildir[841].

Prensip itibarıyla teşebbüsün başlangıcı için failin suç tipinin bir unsurunu gerçekleştirmesi yeterlidir. Ancak suç tipinin kısmen gerçekleştirilmesi daima teşebbüsün başladığı çıkarımında bulunmaya olanak tanımaz. Cezayı artıran nitelikli unsurlar bu anlamda bir istisna teşkil eder. Bir cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi, tek başına teşebbüsün başlangıcının tesisi için yeterli olmaz[842].

---

[839] Roxin, "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", s.7; Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.179-180; Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §40 kn.159; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1233. Örneğin, Alman İmparatorluk Mahkemesi, failin bir evin çatısına çıkıp, ertesi günün akşamı bir şeyler çalmak için evin içine girebilme amacıyla iki tahtayı kuvvet kullanarak gevşetip boşluk açtığı bir olayda, salt bu hareketi cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa teşebbüs olarak değerlendirmiştir. Halbuki olayda alma hareketine girişmenin ertesi günün akşamı başlaması planlanmıştır. Bkz. Roxin, "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", s.7; Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.180. Wessels'e göre, tıpkı cezayı kurucu unsurlar gibi, cezayı artıran nitelikli unsurlar da zorunlu ve kesin olduklarından bunları içeren kanuni düzenlemeler de suç tipi hüviyetindedir. Bu nedenle, bir cezayı artıran nitelikli unsura girişilmesi suça teşebbüs teşkil eder. Bkz. Wessels, **a.g.e.**, s.305.

[840] Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066; Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", 180. Alman CK'da hırsızlık ve yağma suçlarında failin suçun işlenmesi sırasında bir silahı yanında taşıması cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bahis konusu yapılan 1982 yılında verdiği kararında Federal Yüksek Mahkeme, hırsızlık ve yağma suçları kapsamında silah taşımanın önem arz edebilmesi için, öncelikle temel suça teşebbüs eşiğinin aşılması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066.

[841] Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.181, 183.

[842] Engländer, **a.g.e.**, s.87.

Örneğin, hasmını planı doğrultusunda yakın bir gelecekte yaralamak için kullanmak üzere tabanca alıp bunu evine saklayan kimsenin, bu hareketiyle kasten yaralamanın cezayı artıran nitelikli unsurunu işlemeye giriştiğinden söz edilemeyecektir.

Suçun icrasına doğrudan doğruya girişmenin mevcudiyeti için suç tipinde tarif edilen gerçek icra hareketinin gerçekleştirilmesi şart değildir. Buna ön gelen (suç tipine yakın olan) hareketlerin icrası da doğrudan doğruya girişmenin mevcudiyetinin kabulü için yeterli olabilir[843]. Ancak nitelikli unsurların icrasının, gerçek icra hareketlerine ön gelen hareket şeklinde değerlendirilerek teşebbüs aşamasının başlangıcını öne çekmesi yapısal olarak mümkün değildir. Zira nitelikli unsurların gerçekleştirilmesi suretiyle bir suç unsuru gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, istisnai bir şekilde suça doğrudan doğruya girişmenin mevcudiyetinden söz edilemez. Bunun için, cezayı tesis eden gerçek hukuk ihlaline girişilmesi aranır[844]. Bu itibarla cezayı artıran nitelikli unsurları tesis eden bileşenler, sadece suç teşkil eden hareketin icrası ile ilgiliyseler doğrudan doğruya suça girişme bakımından önem taşıyabilirler[845]. Zira cezayı artıran nitelikli unsura doğrudan doğruya girişme veya cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirme, zorunlu olarak temel suça teşebbüsün başladığı anlamına gelmez[846].

Bugün Alman öğretisinde baskın görüş, yalnızca cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi ile içerisinde temel suçu da barındıran cezayı artıran nitelikli unsurlu suç tipinin gerçekleştirilmesine, otomatik olarak doğrudan doğruya girişilmiş olmayacağıdır[847]. Temel suçtan önce, tek başına cezayı artıran nitelikli unsurların gerçekleştirilmiş olması, faili cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs kapsamında cezalandırmayı tesis edici özelliğe haiz değildir. Zira bu durumda, bir suçu

---

[843] Engländer, **a.g.e.**, s.87-88. Örneğin, Alman CK'daki ev soyma suretiyle hırsızlık suçunda, cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden konuta zorla ya da engel aşma suretiyle girme hareketi daima, alma hareketine ön gelen harekettir. Zira bu suçta alma hareketinin icra edilebilmesi için öncelikle konuta girilmiş olması şarttır. Bu hareketin, ev soyma suretiyle hırsızlığa doğrudan doğruya girişme teşkil edebilmesi için, aynı zamanda somut olayda hırsızlığa doğrudan doğruya girişme hüviyetinde olması gerekir. Bkz. Eisele, "Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", s.175-176; Satzger, "Unmittelbares Ansetzen beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", s.1238.

[844] Dzatkowski/Wolter, **a.g.e.**, s.192; BGH, **NStZ**, 2015, s.208.

[845] Gropp, **Strafrecht AT**, §9 kn.64; Putzke, **a.g.e.**, s.989.

[846] Eisele, "Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", s.175; Satzger, "Unmittelbares Ansetzen beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", s.1238.

[847] Jürgen Rath, "Grundfälle zum Unrecht des Versuchs", **JuS**, 1999, s.140; D.Sternberg-Lieben, **a.g.e.**, s.185; Mitsch, **a.g.e.**, s.268-269.

gerçekleştirmeye doğrudan doğruya girişme mevcut değildir[848]. Bu nedenle, tek başına nitelikli unsura girişilmesi veya nitelikli unsurun gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkan haksızlık içeriği, bir bütün olarak nitelikli unsurlu suça teşebbüsün mevcudiyeti kabulünde bulunmaya olanak tanımaz.

Cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs için, failin cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmeye giriştiği hareketi ile aynı zamanda temel suçu gerçekleştirmeye de doğrudan doğruya girişmiş olup olmadığına bakılması gerekir. Yani cezayı artıran nitelikli unsura girişilmesi ile temel suça girişilmesi arasında bir senkronizasyonun mevcudiyeti aranır[849]. Fail cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirme suretiyle işe başlamışsa ve bunu doğrudan doğruya temel suçu gerçekleştirmeye girişme takip ediyorsa, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsten bahsedilebilir[850]. Fail, hareketi ile hem temel suçu hem de cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmeye doğrudan doğruya girişmiş olmadıkça, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsten söz edilemez[851]. Sadece bir hazırlık hareketinin mevcudiyetinden söz edilebilir. Böyle bir durumun mevcut olup olmadığına ancak

---

[848] Laubenthal, **a.g.e.**, s.1065-1066. Teşebbüsün başlangıcı için herhangi bir unsurun icrası yeterli olmaz. Bu anlamda suç teşkil eden hareketin bileşeni olmayan, yalnızca bir suça eşlik eden, cezayı artıran nitelikli unsura vücut veren bir maddi koşulun gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Bkz. Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066.

[849] Bu durum, "toplam tipik haksızlığın icrasına girişme" şeklinde de adlandırılır. Bkz. Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066. Burada hem temel suçun hem de nitelikli unsurun icrasına "aynı zamanda" girişilmiş olması ile illaki temel suçun ve nitelikli unsurun zamansal olarak çakışması (eş zamanlı gerçekleştirilmesi) aranmamaktadır. Nitelikli unsura temel suçtan önce, sonra veya temel suçun işlendiği sırada girişilebilir. Belirli bir hareketin icrası sadece temel suçu gerçekleştirmeye yönelmiş iken, başka bir hareketin icrası ise sadece nitelikli unsuru gerçekleştirmeye yönelmiş olabilir. Ancak, fail önce nitelikli unsuru gerçekleştirmiş ve henüz temel suça girişmemişse, hazırlık aşamasından çıkmış olmaz. Nitelikli unsura ilişkin bileşen havada kalır ve kural olarak ceza hukuku bakımından müstakil bir önem arz etmez. Zira gerçekleştirilen nitelikli unsur, temel suça bağımlı olan bir parça hüviyetindedir. Bkz. Mitsch, **a.g.e.**, s.269-270.

[850] Fail, ancak temel suçu gerçekleştiren hukuki değer ihlaline doğrudan doğruya girişmiş olduğu an, hazırlık aşamasını terk eder ve teşebbüs eşiğini geçer. Bkz. Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.182.

[851] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §49 III 2; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §40 kn.160, §41 kn.213; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §28 kn.79; Kudlich, "Wir haben doch noch gar nicht angefangen …", s.153-154; Engländer, **a.g.e.**, s.87; Rath, **a.g.e.**, s.140; Roxin, "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", s.7; Bosch, **a.g.e.**, s.911; Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066; Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.192; Mitsch, **a.g.e.**, s.269; Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs", s.382 dn.3, 420. Bu kabulün arka planında cezayı artıran nitelikli unsurların temel suç tipine bağımlı olmaları yatar. Bu nedenle prensip olarak temel suç ve nitelikli unsurun bütününden meydana gelen "toplam suç tipinin" gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya girişme belirleyicidir. Bkz. Eser/Bosch, **a.g.e.**, §22 kn.58. Zira kurulan haksızlık ilişkisi bakımından nitelikli unsurun gerçekleştirilmesinin yanı sıra temel suçun da gerçekleştirilmesi şarttır. Bkz. Rath, **a.g.e.**, s.140.

somut olay bazlı yapılacak bir değerlendirme ile karar verilebilir. Cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden hareket, temel suçun yalnızca hazırlık aşamasında gerçekleştirilirse, yani temel suça girişildiği esnada bu hareket mevcut değilse, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Bu durumda fail sadece cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden hareket ayrı bir suç oluşturuyorsa buna göre cezalandırılabilecektir. Aksi takdirde failin yalnızca temel suç üzerinden cezalandırılması gerekir[852]. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suçların yapısıyla uyumlu olan tek sonuç, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsün mevcudiyeti için ya temel suçun ardından nitelikli unsura girişilmiş olması ya da tersine nitelikli unsurun icrasının ardından temel suça girişilmiş olmasıdır[853].

Örneğin, Alman CK'da kasten öldürme suçunun canavarca işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Failin kasten öldürmeye hazırlık aşamasında canavarca hareket etmesi, cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten öldürme suçunu gerçekleştirmeye doğrudan doğruya girişme teşkil etmez. Benzer şekilde örneğin, Alman CK'ya göre hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında failin yanında tehlikeli bir alet (ya da silah) taşıması cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder (Alman CK §244/1 Nr.1a). Ancak failin, planladığı bir hırsızlığın işleneceği yere giden yolda, yanında tehlikeli bir alet taşıyor olması hırsızlık suçuna teşebbüsün başlangıcı üzerinde bir etkiye haiz değildir. Yani tehlikeli bir aletle suç mahalline doğru yol almak, hırsızlığa doğrudan doğruya girişme teşkil etmez[854]. Fail bu durumda henüz

---

[852] Rath, **a.g.e.**, s.140; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §49 III 2. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre de cezayı artıran nitelikli unsurlu suçlarda teşebbüsün başlangıcının belirlenmesinde, prensip itibarıyla temel suçu gerçekleştirmeye girişmenin dikkate alınması gerekir. Bkz. BGH, **NStZ**, 2017, s.86. Yüksek Mahkemeye göre, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsün başladığından söz edilebilmesi için gereken "doğrudan doğruyalığın" mevcudiyetinin, ancak fail bu hareketiyle aynı zamanda temel suçu gerçekleştirmeye girişmişse kabul edilmesi gerekir. Örneğin bu hırsızlık suçu bağlamında, almaya girişmenin mevcudiyetine denk düşer. Aynı kararda Yüksek Mahkeme ayrıca, fail cezalandırmayı tesis eden gerçek hukuk ihlaline girişmediği sürece, bir suç unsurunun gerçekleşmesine rağmen, istisnai bir şekilde doğrudan doğruya girişmenin mevcut olmayabileceği tespitinde bulunmuştur. Bkz. BGH, **NStZ**, 2015, s.207-208.

[853] Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.186.

[854] Örneğin, fail evinde bir silahı mantosunun cebine koyar ve şehrin öteki ucundaki bir konuta zorla girerek içerdeki değerli eşyaları çalmak için yola koyulursa, bu şekilde yola koyulma henüz silahlı hırsızlık suçunu işlemeye doğrudan doğruya girişme teşkil etmez. Bkz. Putzke, **a.g.e.**, s.989. Burada belirleyici olan, temel suçun yakın zaman aralığında ve önemli bir fasıla (zamansal aralık) olmaksızın gerçekleştirilmesidir. Örnek olayda bu en erken failin silahlı bir şekilde başkasına ait konuta girmeye başladığında söz konusu olur. Bkz. Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.490; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.733.

hırsızlığa hazırlık aşamasındadır. Ancak bu hareketi ayrı bir suç teşkil ediyorsa bu suça göre cezalandırılabilir[855]. Aksi yönde bir kabul, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun teşebbüs alanının, temel suçun teşebbüs alanı karşısında önemli ölçüde genişlemesi anlamına gelir. Bu nedenle, ancak failin almaya doğrudan doğruya girişmesi halinde, yanında tehlikeli bir alet taşıma unsurunun gerçekleştirilmesi, cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa doğrudan doğruya girişme teşkil edebilir[856].

Cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi ile temel suçun icrası arasında belirli bir senkronizasyonun (eş zamanlılığın, sıkı bir zamansal ilişkinin) mevcudiyeti şarttır. Yani cezayı artıran nitelikli unsura girişmeyi, failin planına göre önemli başka ara hareketler olmaksızın doğrudan doğruya temel suçun icrası takip etmelidir. Ancak bu suretle, haksızlık çekirdeğine temas edilebilir ve teşebbüs eşiği aşılabilir. Dolayısıyla, sadece hazırlık aşamasında bulunan, suçun icrasından önce aniden olup biten ve bu bağlamda asenkronize (eş zamanlı olmayan) unsurlar, teknik anlamda cezayı artıran nitelikli unsur olma gücüne sahip değildir[857]. Ayrıca bunlar suça teşebbüsün başlangıcının öne çekilmesine de neden olmazlar[858]. Zira ancak, cezayı

[855] Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.183-184; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §49 III 2; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §22 kn.64. Dolu bir tabancayla, yağmalamak için bir bankaya yaklaşmaya başlayan, ancak bankaya girmeden hemen önce geçirdiği kaza neticesinde suçu artık işleyemeyecek duruma gelen fail de silahlı yağmaya teşebbüsten sorumlu tutulamaz. Bkz. Rengier, **Strafrecht AT**, §34 kn.61. Failin yanında silah taşıması cezayı artıran nitelikli unsuruna ait özel tehlikelilik, ancak fail temel suçun gerçekleştirilmesine de doğrudan doğruya girişmişse ortaya çıkar. Bkz. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §28 kn.79. Failin pantolonunun cebinde hatalı bir şekilde dolu ve kullanıma hazır olduğunu zannettiği, gerçekte ise arızalı ve ateş almayan bir silah taşıyarak hırsızlığı tamamlaması halinde, yanında silah taşıma nitelikli unsuru teşebbüs aşamasında kalmıştır. Failin yanında taşıdığı nesne işlevsel bozukluğu nedeniyle teknik anlamda silah hüviyetinde değildir. Failin silahın elverişliliği hususundaki hatalı tasavvuru, cezayı artıran nitelikli unsura elverişsiz teşebbüse yol açar. Bkz. Mitsch, **a.g.e.**, s.269.

[856] Kühl, **Strafrecht AT**, §15 kn.50; Gropp, **Strafrecht AT**, §9 kn.64; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §22 kn.64.

[857] Kühl, **Strafrecht AT**, §15 kn.50; Rath, **a.g.e.**, s.140; Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066. Bu itibarla, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs eşiğinin aşılabilmesi için, cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmeye yönelik hareketle aynı zamanda temel suça teşebbüs eşiğinin de aşılması aranır. Fail binaya zorla girdikten sonra içeride önce etrafa bakınmak ya da orada belirli bir eşyayı aramak istiyorsa, temel suça (hırsızlığa) teşebbüs eşiği aşılmış olmaz. Bkz. Baur, **a.g.e.**, s.658.

[858] Kühl, **Strafrecht AT**, §15 kn.50. Alman CK'da yangının söndürülmesinin engellenmesi veya zorlaştırılması kundaklama suçunun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak düzenlenmiştir (Alman CK §306b/2 Nr.3). Örneğin, failin bir itfaiye aracına zarar vermesi veya yangın söndürme aletini bulunduğu yerden alıp götürmesi belirtilen nitelikli unsuru gerçekleştirebilir. Ancak bu sabotaj hareketinin, herhangi bir yangın bulunmazken yapılması, kundaklama suçunun temel şeklini veya cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye doğrudan doğruya girişme teşkil etmez. Fail sadece yangın söndürme gerecini tahrip etmiş, bunu hemen akabinde kundaklama hareketi izlememişse, cezayı artıran nitelikli unsurlu kundaklamadan bahsedilemez. Fail sadece mala zarar verme suçu kapsamında

artıran nitelikli unsurların gerçekleştirilmesinin hemen akabinde, bunu temel suçun gerçekleştirilmesi takip ediyorsa tipik haksızlığın tümünün gerçekleştirilmesine girişilmiş demektir. Teşebbüsün başlangıcı hususunda belirleyici olan kriter budur[859].

Nasıl ki bir nitelikli unsurlu suçun tamamlanması, o suçun temel şeklinin de tamamlanmış olmasını gerektiriyorsa, bir nitelikli unsurlu suça teşebbüs de aynı zamanda temel suça teşebbüs edilmesini gerektirir. Tek başına bir cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesine teşebbüs edilmesi veya bir nitelikli unsurun fiilen gerçekleştirilmesi, cezalandırılabilir bir teşebbüse vücut veremez. Esasen hem temel suça hem de nitelikli unsurlu suça teşebbüs için gerekli olan hareket ayniyet arz eder (örn. hırsızlık suçu bakımından almaya doğrudan doğruya girişme)[860]. Temel suçun asli hareket unsuru gerçekleştirilmedikçe veya en azından bu unsurun gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya girişilmedikçe, bir cezayı artırıcı hareket unsurunun gerçekleştirilmesi, suça doğrudan doğruya girişme teşkil etmez[861].

Örneğin, Alman CK'da hırsızlığın bir konuta zorla girilmesi suretiyle işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (Alman CK §244/3)[862]. Failin içerdeki parayı almak için konuta zorla girmesinin hemen akabinde, alarmın çalması nedeniyle parayı aramaya başlayamadan kaçmaya çalışması halinde, cezayı artıran nitelikli unsur gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, hırsızlığın temel şekline girişilememiştir. Bu itibarla, ev soyma suretiyle hırsızlığa teşebbüsten de bahsedilemeyecektir[863]. Zira bir cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa teşebbüsün mevcudiyetinin kabulü için, failin almaya girişmesi şarttır.

---

cezalandırılabilir. Bkz. Kudlich, "Wir haben doch noch gar nicht angefangen …", s.153; Laubenthal, **a.g.e.**, s.1065-1066. Bu hareketin cezayı artıran nitelikli unsurlu kundaklamaya teşebbüs hüviyetinde olduğu kabulü, failin gerçekleştirdiği haksızlık içeriğine denk düşmez. Bkz. Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.185.

[859] Kühl, **Strafrecht AT**, §15 kn.50; Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §29 kn.114; Roxin, "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", s.7-8; Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.184; Eser/Bosch, **a.g.e.**, §22 kn.58.

[860] Rengier, **Strafrecht AT**, §34 kn.60; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1234; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.958.

[861] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §22 kn.64.

[862] Bu cezayı artıran nitelikli unsurun dayanağını, özel yaşam alanına zorla girilmesi ile halkın korunma ve güvenlik gereksiniminin ihlal edileceği ve bu suretle de suçun değersizlik içeriğinin artacağı düşüncesi oluşturur. Bkz. Eisele, **Strafrecht BT II**, kn.168.

[863] Bosch, **a.g.e.**, s.911.

Cezayı artıran nitelikli unsurlar prensip olarak temel suçtan ayrı bir şekilde teşebbüs sahasının genişlemesine yol açmazlar. Yani bunlar, temel suça göre cezalandırılabilir olan hareketlerin sahasını genişletemezler[864]. Bu çıkarımın temel dayanağı, esasen cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun yapısından elde edilir. Nitelikli unsurlu suçlarda, bileşik suçlarda olduğu gibi iki ayrı suçun birbiriyle kaynaşarak yeni ve müstakil bir suç meydana getirmesi söz konusu değildir. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suç, temel suçu bütünüyle bünyesinde barındırır ve buna ek olarak temel suçun haksızlığını artıran en az bir bileşeni içerir. Bu sayede temel suça kıyasla daha ağır bir ceza çerçevesine sahip olması meşruiyet kazanır. Ancak bu bileşen vasıtasıyla (temel suç ve cezayı artıran nitelikli unsurdan oluşan) toplam suç tipi genişletilmiş olmaz. Cezayı artıran nitelikli unsurlar, temel suçun üzerine inşa edildikleri için suç tipini genişletmezler. Zira cezayı artıran nitelikli unsurlarla kanun koyucu, temel suçun yanına ona bitişik bir bina eklentisi (*Anbau*) tesis etmez. Cezayı artıran nitelikli unsurlar, binaya bitişik olacak şekilde tesis edilen bina eklentileri olmayıp, binanın üstüne eklenen sair bina katlardır. Bunlar, alttaki yapının üzerine inşa edilen üst yapılardır (*Überbau*). Nitelikli unsurlarla, temel suçun üzerine adeta başka bir kat çıkılır. Bu nedenle, meydana getirilen nitelikli unsurlu yeni yapıda teşebbüsün başlangıç sınırı değişiklik göstermez. Teşebbüsün başlangıç sınırında cezalandırılmayan hazırlık hareketlerine doğru bir kayma meydana gelmez. Bunun anlamı, hazırlık hareketi-teşebbüs ayrımının, fail önce nitelikli unsuru gerçekleştirmeye girişmiş olsa bile, temel suça göre yapılacağıdır[865].

Örneğin bir kimseye ait konutun içinde bulunan kasadaki mücevherleri çalmak isteyen hırsız, bu amaçla konutun kapısını kırmaya girişirse, hırsızlığa ait cezayı artıran nitelikli unsuru (yani Alman CK §244/1 Nr.3 ve 4'e göre konutun içine zorla girerek hırsızlık) gerçekleştirmeye doğrudan doğruya girişmiş demektir. Bu durumda, konut içine zorla girme suretiyle hırsızlığa (yani cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa) doğrudan doğruya girişildiğinin kabulü için, failin kapıyı kırmasının hemen

[864] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.958; Kudlich, "Wir haben doch noch gar nicht angefangen …", s.153.
[865] Kühl, **Strafrecht AT**, §15 kn.51; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.958; Laubenthal, **a.g.e.**, s.1066; Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.187; Satzger, "Unmittelbares Ansetzen beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", s.1238.

sonrasında, zamansal bir fasıla olmaksızın kasa içindeki mücevherleri alarak temel suça ait icra hareketini de gerçekleştirmesi gerekir[866]. Buna karşılık fail, mücevherleri çalmayı değil de sadece kasanın şeklini kontrol edip, bir sonraki gün gerçekleştireceği hırsızlık için kasayı açmaya elverişli vasıtalarla geri gelmeyi istiyorsa, kapıyı kırma hareketi hırsızlık suçunun cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye doğrudan doğruya girişme teşkil etmez. Yani kapıyı kırma hareketi hırsızlık suçu bakımından bir icra hareketi olma vasfına sahip değildir. Bu durumda yalnızca, kapının kırılması nedeniyle tamamlanmış bir mala zarar verme suçu ile konutun içine girilmesi nedeniyle tamamlanmış bir konut dokunulmazlığını ihlal suçunun fikri içtima ilişkisi içerisinde oluşumu gündeme gelir. Teşebbüs aşamasında kalmış bir cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlıktan ise bahsedilemez[867].

Hırsızlık suçu anlamında almaya doğrudan doğruya girişmenin mevcudiyeti için, başkasına ait zilyetliğe etki edilmiş olması gerekir. Failin almayı hedeflediği eşya kasada kilit altında bulunuyorsa, evin içine maymuncuk kullanılarak girilmiş olması (cezayı artıran nitelikli unsur), eşyanın zilyetliğinde bir gevşeme meydana getirmez. Halbuki almaya girişildiğinin kabulü için temel suç alanına etki edilmesi şarttır. Bunun için failin eve girmiş olmasına rağmen önemli ara hareketleri (kasayı arayıp bulma ve kasayı açma) icra etmesi gerekir. Bu nedenle cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa teşebbüsün mevcudiyetinden söz edilebilmesi için kasanın açılması gerekir[868].

---

[866] Konuta zorla girilmesinden sonra, büyük engeller olmaksızın "alma" ile işe başlanacaksa, cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi olağan şekilde hırsızlık suçu anlamında almaya girişme teşkil eder. Buna karşılık, konuta cezayı artıran nitelikli unsura vücut verecek şekilde girildikten sonra, almaya başlanabilmesi için, önce büyük bir mesafenin kat edilmesi gerekiyorsa (örn. çok sayıda kapısı olan uzun girişlerin aşılması şartsa), suç planı gereği önce uzun bir süre beklenmesi gerekiyorsa ya da sair belirsizliklerin aşılması gerekiyorsa (örn. bekçi köpeğinin sessizce uyutulması ve kalın kasa duvarının özel kesici aletlerle açılması şartsa), sadece binaya girme suretiyle hırsızlığa doğrudan doğruya girişmenin mevcudiyetinin kabulü mümkün olmaz. Bkz. Kudlich, "Wir haben doch noch gar nicht angefangen …", s.154-155. Bu gibi hallerde fail, konutun içine zorla girmeyi tamamlamış olup olmamasına göre, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış konut dokunulmazlığını ihlal ve icabı halinde mala zarar verme suçları kapsamında cezalandırılabilir. Bkz. Eisele, "Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", s.176.

[867] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.732; Tozman, **a.g.e.**, s.235.

[868] Dzatkowski/Wolter, **a.g.e.**, s.192; Rengier, **Strafrecht AT**, §34 kn.61. Öğretide bir görüşe göre, failin evin içindeki plakları alma kastıyla maymuncuk kullanma suretiyle evin içine girmesi, ancak ani bir fikir değişikliği ile masanın üzerinde duran saati alması halinde, failin kastı saati almak için maymuncuk kullanımını yani cezayı artıran nitelikli unsuru kapsamaz. Haklı olarak diğer görüşe göre ise, suçun konusunda meydana gelen değişiklikler failin hırsızlık kastına tesir etmez. Böyle bir tesirin meydana gelebilmesi için, failin başlangıçtaki hırsızlık kastından vazgeçmesi ve daha sonra (zamansal

Öte yandan, fail bir konuta engel aşma suretiyle, derhal değerli eşyalar aramak ve bulduklarını almak için girerse, engel aşma suretiyle içeriye girmesi ile eş zamanlı olarak doğrudan doğruya almaya girişmiş demektir. Bu nedenle, teşebbüs aşamasında kalmış cezayı artıran nitelikli unsurlu (konut soyma suretiyle) hırsızlıktan cezalandırılır. Buna karşılık, fail konuta gece engel aşma suretiyle girerse ve sabah ev sahipleri işe gidinceye kadar orada saklanıp ev boşalınca değerli eşyaları arama amacı güderse, bu engel aşma suretiyle konuta girme henüz almaya doğrudan doğruya girişme teşkil etmez. Fail, ev sahipleri evden çıkmadan önce fark edilirse, konut dokunulmazlığını ihlalden cezalandırılır. Cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa teşebbüsten cezalandırılmaz[869].

Örneğin, bir konuta hırsızlık için zorla girmek isteyen fail, önce konutun yan arazisinde devam etmekte olan inşaatın gürültüsünden istifade ederek, konuttaki bir pencere camını kırar. Fail bir saat sonra karanlık çöktüğünde ve yan arazideki işçiler paydos ettiğinde, bu kırık pencereden konutun içine girmeyi planlamaktadır. Her ihtimale karşın yanına bir de dolu bir tabanca alarak eve doğru yaklaşır. Ancak, planı doğrultusunda eve giremeden polis tarafından yakalanır[870]. Failin salt yanında dolu bir tabanca ile suç mahalline doğru yaklaşması ya da salt bir konutun penceresinin camını kırması, kendisine ait olmayan bir eşyayı almaya doğrudan doğruya girişme teşkil etmediğinden, cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa teşebbüs bulunmaz[871].

---

aralık) tekrar başka bir şey çalmaya karar vermesi gerekir. Fail hırsızlık kastından vazgeçmeksizin, bu kastı başka bir nesneye yönlendirmiş (saat) olsa da ev soyma suretiyle hırsızlık suçunu işlemiştir. Bkz. Dzatkowski/Wolter, **a.g.e.**, s.193-194.

[869] Frister, **a.g.e.**, §23 kn.44.

[870] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1231. Burada "zorla girme" ifadesi ile kastedilen, odanın içine girilmesini engelleyen kapı, pencere ve benzerinin güç kullanarak açılmasıdır. Bkz. Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1233, dn.44.

[871] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1232, 1234. Federal Yüksek Mahkemeye göre, fail evin içinde çalmaya değer bir şey olup olmadığını aramak istiyorsa, fakat sadece bahçe kapısından atlayarak bahçeye girmişse ve teras kapısının önünde kapı ile oynamaya (kapıyı kurcalamaya) başlamışsa ya da pencerenin panjuruna ışık tutmuşsa bu suretle henüz başkasına ait zilyetliği etkilemeye doğrudan doğruya girişmiş olmadığı için, cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa teşebbüs başlamamıştır. Bu itibarla, bahçe kapısı aşılarak bir konutun bahçesine girilmesi, teras kapısının kurcalanması ve panjurlara ışık tutulması gibi hareketler konut soyma suretiyle (cezayı artıran nitelikli unsur) hırsızlığa teşebbüs olarak değerlendirilemez. Bkz. BGH, **NStZ**, 2017, s.86-87. Bu hareketler, cezayı artıran nitelikli unsura doğrudan doğruya girişme bakımından yeterli olabilir. Ancak bunların suça teşebbüsten ötürü cezalandırmayı tesis etmesi mümkün değildir. Zira bu hareketler, başka bir önemli ara harekete (örn. evin içinde çalınacak eşyayı arama) ihtiyaç duyulmaksızın almanın gerçekleşeceğini ortaya koymaz. Buna karşılık, panjurun hemen arkasında bulunan eşyayı almak için panjur kaldırılmış olsaydı, teşebbüsün mevcudiyetinden

Alman CK'da hırsızlık suçunun çete halinde bir hizmet odasına veya ticari amaçla kullanılan bir odaya girme suretiyle işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder ve "daha ağır çete halinde hırsızlık" suçu şeklinde isimlendirilir (Alman CK §244a/1)[872]. Örneğin, çete üyesi A, B ve C, bir bankayı soymak ister. Öncelikle, sadece suç aletlerini yerleştirmek için bankaya zorla girerler. Birkaç saat sonra bankaya geri dönerler, fakat bu zaman aralığında alarmın uyarısıyla harekete geçen polis tarafından yakalanırlar. A, B ve C, güç kullanarak bir bankaya girme suretiyle, hali hazırda §244a/1'in cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmişlerdir. Zira failler çete üyesidir ve zorla girilen banka da ticari amaçla kullanılan oda statüsündedir. Ancak bankaya zorla girilmesi ile hırsızlığın temel şekline ait icra hareketlerinin yapılması arasında önemli bir zamansal aralık vardır. Ayrıca alma hareketinin icrası için, özellikle kasayı zorla açma şeklinde önemli ara adımların da atılması gereklidir. Bu itibarla, örnek olayda hırsızlığa doğrudan doğruya girişme bulunmaz. Bankaya zorla girilmesi sadece cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa hazırlık hareketi teşkil eder. Bu nedenle faillerin sadece mala zarar verme ya da konut dokunulmazlığını ihlal suçları çerçevesinde cezalandırılması gündeme gelir[873].

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda, mağdurun özgürlüğünün bir haftadan daha uzun süreyle kısıtlanması Alman CK'da cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Hükme göre, cezayı artıran nitelikli unsur mağdurun hürriyetinden yoksun kılındığı sürenin bir haftayı geçmesi ile oluşmaktadır[874]. Burada

---

bahsedilebilirdi. Bkz. Eisele, "Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", s.176. Öğretide, failin bahçe kapısını aşarak bahçeye girmesinin konut soyma suretiyle hırsızlığa doğrudan doğruya girişme teşkil etmediği çıkarımında bulunulabilmesi için, failin konutun istenmeyen girişlere karşı başka güvenlik tedbirleriyle (örn. kilitli dış kapı ve pencere gibi) korunduğunu bilmesi ya da zannetmesi gerektiği de vurgulanmaktadır. Bkz. Engländer, **a.g.e.**, s.88.

[872] Alman CK'da da organize suçlulukla mücadele çerçevesinde, kimi suçların bir çetenin faaliyeti doğrultusunda işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur şeklinde düzenlenmiştir. Çete halinde işlenen suçlarda artan (organizasyonel ve icrai) tehlikelilik, ceza artırımının dayanağını oluşturur. Bkz. Thomas Rönnau, "Grundwissen – Strafrecht: Bandendelikte", **JuS**, 2013, s.594-595.

[873] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.958. Benzer bir olayda Alman Federal Yüksek Mahkemesi de paranın alınabilmesi için sanıkların başka önemli ara hareketleri (suç aletlerinin bankanın içine taşınması, ATM'nin içinin açılması) icra etmelerinin gerektiğine işaret etmiş ve sanıkların yakalanma anına kadar icra ettikleri hareketlerin hazırlık aşamasının ötesine geçmediğine hükmetmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, sanıkların bankaya gözlem amacıyla engel aşarak girdikleri ilk an ile suç planları doğrultusunda tekrar girecekleri an arasında bulunan bariz zamansal aralık (sanıklar bu esnada suç mahallinden de uzaklaşıp bir fastfood restoranına gitmişlerdir) nedeniyle, ayrı bir müstakil iradenin gerekliliğine de işaret etmiştir. Bkz. BGH, **NStZ**, 2015, s.208; Kudlich, "Wir haben doch noch gar nicht angefangen …", s.152.

[874] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §22 kn.65; Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.359.

nitelikli unsurlu suça teşebbüs edildiği çıkarımında bulunulabilmesi için, temel suçun tamamlanması yani mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılmış olması ve nitelikli unsurun gerçekleşmesinin arifesinde olunması gerekir. Bir haftalık zaman sınırına ulaşılmasından kısa bir süre öncesi (6 gün, 23 saat ve birkaç dakika sonrası) buna tekabül eder. Bununla birlikte, öğretide bir hafta içerisinde mağdurun özgürlüğüne kavuşma imkanının ortadan kaldırıldığının erkenden tespit edilebildiği hallerde de nitelikli unsurlu suça teşebbüsün mevcut olduğu ifade edilmektedir. Örneğin failin, mağduru hapsettiği odanın çelik kapısının anahtarını atarak, onun bir haftadan önce serbest kalması olanağını ortadan kaldırdığı hallerde, anahtarın atılması anında cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs başlar[875].

Cezayı artıran nitelikli unsurlu bir suça teşebbüsün cezalandırılabilirliği irdelenirken, Alman uygulamasında, bu suçun cürüm hüviyetinde olup olmadığına ya da açıkça teşebbüsün cezalandırılacağı hususunda bir hüküm içerip içermediğine de bakılır. Zira, ancak cürüm niteliğinde olan suçlara veya cünha niteliğinde olmasına rağmen, kanunda açıkça bu suça teşebbüsün cezalandırılacağı hususunda hüküm bulunan suçlara teşebbüs edilebilir. Suçun cürüm mü cünha mı olduğu, temel suça ve cezayı artıran nitelikli unsurlu suça göre ayrı ayrı belirlenir. Bu nedenle, bir cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun cünha hüviyetine haiz olması durumunda, buna teşebbüsün cezalandırılacağı hususunda kanunda açıkça düzenleme bulunmadıkça, bu cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs cezasız kalır. Buna karşılık, temel suçun da cünha hüviyetinde olması ve temel suç için açıkça teşebbüsü cezalandıran bir hükmün mevcudiyeti halinde, failin temel suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılması mümkün hale gelir[876].

[875] Mitsch, **a.g.e.**, s.269. Karş. Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs", s.415. Stree'ye göre, failin, mağdurun özgürlüğünü bir haftadan fazla kısıtlamayı planlaması halinde, cezayı artıran nitelikli unsurlu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs, kişinin hürriyetinin kısıtlanmasına girişilmesi ile başlar. Zira amaçlanan nitelikli unsurun gerçekleşmesi için başka bir ara hareketin icrasına ihtiyaç bulunmaz. Hali hazırda, mağdurun özgürlüğünün kısıtlanması ile nitelikli unsurun oluşumu için gereken her şey yapılmıştır. Bkz. Stree, "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", s.187-188.

[876] Heger/Petzsche, **a.g.e.**, §23 kn.15.

4. Ara Sonuç

Bir suçun işlenmesi sırasında o suça ait nitelikli unsur temel suçtan önce gerçekleştirilebileceği gibi sonra da gerçekleştirilebilir. Ancak teşebbüsün başladığı kabulünde bulunulabilmesi için mutlaka failin temel suçun icrasına da doğrudan doğruya girişmiş olması gerekir. Bu itibarla, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsün mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için, her iki ihtimalde de nitelikli unsurla temel suç arasında zamansal bir yakınlığın mevcudiyeti şarttır. Ayrıca bunların birbirini doğrudan doğruya takip etmesini engelleyecek önemli bir ara hareketin icrası gereği de bulunmamalıdır. Yani cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs edildiği kabulünde bulunulabilmesi için, failin hareketinin temel suç ve cezayı artıran nitelikli unsurdan oluşan bütün üzerinde etkili olması, bunların her ikisinin de icrasına doğrudan doğruya girişme teşkil etmesi gerekir. Temel suçun tamamlandığı ancak cezayı artıran nitelikli unsurun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, temel suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ancak cezayı artıran nitelikli unsurun tamamlandığı hallerde ve hem temel suçun hem de cezayı artıran nitelikli unsurun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, failin hareketi temel suç ve cezayı artıran nitelikli unsur bakımından doğrudan doğruya girişme teşkil eder.

B. Kısmi Gönüllü Vazgeçme

1. Nitelikli Unsurdan Gönüllü Vazgeçme

Temel suça ve cezayı artıran nitelikli unsura ilişkin hareketler henüz tamamlanma aşamasına erişmeden hem temel suça hem de cezayı artıran nitelikli unsura ilişkin bileşenlerin icrasından gönüllü olarak vazgeçilebilmesi gündeme gelebilir[877]. Failin cezayı artıran nitelikli unsurlu suçu işlemeye doğrudan doğruya giriştikten sonra, gönüllü olarak verdiği karara istinaden, sadece suçun temel şeklini gerçekleştirmesi mümkündür. Bu halde fail cezayı artıran nitelikli unsurlu suçu gerçekleştirme yönündeki ilk kararından geri dönmekte ve yalnızca temel suçu gerçekleştirmekle yetinmektedir. Bu durum, Alman öğretisinde *kısmi gönüllü*

[877] Mitsch, **a.g.e.**, s.270.

vazgeçme (Teilrücktritt) şeklinde isimlendirilir[878] [879]. Bu halde, cezayı artıran nitelikli unsurun ortadan kalkması sadece kurulacak mahkûmiyet hükmüne ve somut cezaya etki eder. Failin cezasız kalması gibi bir hukuki sonuç ortaya çıkmadığından kısmi gönüllü vazgeçme terimi kullanılır. Bu durumda failin, hareketinin sadece cezayı artıran nitelikli unsura ilişkin kısmı ile sınırlı olan bir vazgeçme edimi gerçekleştirmesi gerekir. Bu itibarla, failin ya cezayı artıran nitelikli unsurun icrasına devam etmekten vazgeçmesi ya da nitelikli unsurun tamamlanmasını engellemesi şarttır. Kısmi gönüllü vazgeçme anında, cezayı artıran nitelikli unsura ilişkin bileşen henüz tamamlanmamış olup, teşebbüs aşamasında bulunmaktadır. Öğretideki baskın görüşe göre, hukuki değerlerin korunmasına hizmet eden, bu gibi bir kısmi gönüllü vazgeçmenin prensip itibarıyla kabul edilmesi gerekir[880]. Kimi yazarlara göre ise, cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesinin tamamlama aşamasına erişmesinden önce engellenmesi halinde, genelleştirici şekilde kısmi vazgeçmenin mümkün olduğu söylemi doğru değildir. Mutlaka somut olay bazlı bir değerlendirmenin yapılması gerekir[881].

---

[878] Kısmi vazgeçme esasen üç halde kabul edilebilir. Cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesinden vazgeçme bunlardan sadece birini oluşturur. Kısmi vazgeçmenin mümkün olduğu diğer haller hakkında da bilgi almak için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §41 kn.228-230; Eser/Bosch, **a.g.e.**, §24 kn.113. Öğretide, bu başlık altında açıklanan anlamda kısmi vazgeçmeyi ifade etmek üzere, "suça eşlik eden cezayı artıran nitelikli unsurlardan vazgeçme" ifadesinin de kullanılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Friedrich-Christian Schroeder, "Anmerkung zu BGH, Urt. v. 04.04.2007 – 2 StR 34/07", **JR**, 2007, s.481.

[879] Örneğin, failin elinde bir sopayla yaralama amacıyla mağdura doğru koşması, ancak mağdura vurmadan önce sopayı atması ve sadece yumrukları ile vurmaya başlaması halinde, kasten yaralama esnasında tehlikeli alet kullanımından ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsura teşebbüsün cezalandırılması mümkün olmaz. Fail sadece yaralamanın temel şekli üzerinden cezalandırılabilir. Bkz. Annabell Blaue, "Der Teilrücktritt vom qualifizierten Delikt: Nichts Halbes und nichts Ganzes?", **ZJS**, 2015, s.580-581; Heger/Petzsche, **a.g.e.**, §24 kn.65.

[880] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §32 kn.21; Frister, **a.g.e.**, §24 kn.10; Eser/Bosch, **a.g.e.**, §24 kn.113; Georg Freund/Frauke Rostalski, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Berlin Heidelberg, Springer, 2019, §9 kn.56; Fischer, **a.g.e.**, §24 kn.27; Heger/Petzsche, **a.g.e.**, §24 kn.64. Bir suçun suç tipinde yer alan tüm unsurları gerçekleştirilmediği sürece, ilgili suç hala teşebbüs aşamasında demektir ve fail bu suçtan gönüllü olarak vazgeçebilir. Bu kabul cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs bakımından da geçerlidir. Bkz. Frister, **a.g.e.**, §24 kn.10.

[881] Mitsch, **a.g.e.**, s.273. Öğretide kimi yazarlar dogmatik olarak kısmi vazgeçmenin kabulünün mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, cezayı artıran nitelikli unsurlu suç, bölünmesi mümkün olmayan (yekpare) bir suç tipidir. Bu itibarla failin sadece temel suçtan cezalandırılması sonucunu doğuran bir kısmi vazgeçmenin tanınması, temel suç ve cezayı artıran nitelikli unsurun bileşiminden meydana gelen homojen bir suç birliğinde kaçınılmaz olarak bölünmeye yol açar. Bu nedenle, suça teşebbüsün başlangıcından sonra sadece cezayı artıran nitelikli unsurdan vazgeçilerek temel suçun işlenebileceğinin kabulü oldukça zor gerekçelendirilebilir. Bkz. Harro Otto, "Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten – Teil 1", **JZ**, 1985, s.27.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, fail bir cezayı artırıcı nitelikli unsuru hali hazırda gerçekleştirmiş ise, failin artık sadece suçun bütününden gönüllü vazgeçmesi mümkün olabilir. Yani vazgeçme anında cezayı artıran nitelikli unsur hali hazırda tamamlanmış ise, kısmi vazgeçme mümkün olmaz[882]. Cezayı artıran nitelikli unsur bütünüyle gerçekleştirilmiş olmadığı ve haksızlığı artırıcı etkisi bütünüyle ortaya çıkmadığı sürece, fail bundan sorumlu tutulmasını engelleyecek şekilde vazgeçebilir[883]. Bu halde, cezayı artırıcı bileşenlerin icrasından vazgeçilmesi suretiyle, teşebbüsün cezalandırılabilirliği sadece cezayı artıran nitelikli unsurlu suça ilişkin olarak ortadan kalkar. Ancak temel suça ilişkin olarak, teşebbüsün ve hatta (oluşa göre) tamamlamanın cezalandırılabilirliği devam eder. Ceza vazgeçilen nitelikli unsur dikkate alınmaksızın belirlenir. Yani ceza nitelikli unsurlu suçun içinde bulunan temel suç ya da vazgeçilmemiş olan nitelikli unsurlar dikkate alınarak tayin edilir[884].

Kısmi vazgeçmenin kabulü için, öncelikle cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsün mevcudiyeti gerekir[885]. Yani kısmi vazgeçme, esasen bitmemiş teşebbüsten vazgeçmenin bir görünüm şeklidir. Bir kimse, suçun icra hareketlerine başladıktan ve bu suretle cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüs aşamasına eriştikten sonra, suçun icrasına devam etme imkânı olduğu halde, gönüllü olarak cezayı artıran nitelikli unsuru meydana getirecek varyasyonları gerçekleştirmekten imtina ederse, nitelikli unsurlu suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılması mümkün olmaz[886]. Zira bu halde fail, saldırıya giriştiği hukuki değer ihlalinden gönüllü ve ciddi

---

[882] BGH, **NStZ**, 1984, s.217; Fischer, **a.g.e.**, §24 kn.27; Franz Streng, "Tatbegriff und Teilrücktritt", **JZ**, 1984, s.653; Franz Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", **JZ**, 2007, s.1090, 1092. Örneğin, failin silahlı bir şekilde bir kuyumcu dükkanına girmesi, mücevherleri bulması ancak vicdan azabı duyarak dükkânı eli boş bir şekilde terk etmesi halinde durum böyledir. Bu halde fail temel suça da etki edecek şekilde gönüllü vazgeçmiş olduğundan, nitelikli unsur çoktan gerçekleştirilmiş olmasına rağmen (suçun işlenmesi sırasında silah taşıma), nitelikli unsur için cezanın temeli ortadan kalkar. Bkz. Blaue, **a.g.e.**, s.580-581; Heger/Petzsche, **a.g.e.**, §24 kn.65.

[883] Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 12. Aufl., Berlin, De Gruyter Recht, 2007, §24 kn.492. Bununla birlikte, cezayı artıran nitelikli unsur teşebbüs aşamasında takılıp kalırsa, cezadan kurtarıcı gönüllü vazgeçmenin koşulları mevcut değildir. Zira bu halde cezayı artıran nitelikli unsurdan cayma gönüllü olarak gerçekleşmiş olmaz. Alman öğretisinde bu halde, teşebbüs edilmiş cezayı artıran nitelikli unsur ile tamamlanmış temel suçun, fikri içtima ilişkisi içerisinde bir arada bulunduğundan söz edilmektedir. Bkz. Lilie/Albrecht, **a.g.e.**, §24 kn.492.

[884] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §23 kn.43; Streng, "Tatbegriff und Teilrücktritt", s.654; Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", s.1091.

[885] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §41 kn.212.

[886] Tam tersine, temel suç gerçekleştirilmeden sadece cezayı artıran nitelikli unsur gerçekleştirilirse ve bundan vazgeçilirse de aynı kabul geçerlidir. Bkz. Frister, **a.g.e.**, §24 kn.10.

bir şekilde vazgeçme suretiyle kısmen de olsa, ilk başta karşı geldiği normu tanımaktadır. Başlangıçta planlanmış olan hukuki değer ihlalinden, belirli bir içsel vazgeçmenin (uzaklaşmanın) mevcudiyeti halinde, teşebbüs aşamasında vuku bulan hukuk düzenine karşı gelme, faili cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumluluktan kurtaracak ölçüde telafi edilebilir. Önemli olan o ana kadar yaratılmış olan tehlike olmayıp, başlangıçtaki hukuk düzenine karşı gelen hareket değersizliğinden, ileriye dönük olarak bir tür dönmenin (uzaklaşmanın) mevcudiyetidir. Bu suretle failin hukuki değer saldırısı hafifler ve artık bu hukuki değer saldırısı faili sadece temel suç bakımından sorumlu tutmaya yetecek şekilde devam eder. Meydana gelen haksızlık hafiflemesi failin nitelikli unsurlu suç üzerinden cezalandırılmasını gereksiz kılar. Fail vazgeçtiği nitelikli unsur bakımından cezadan kurtarılmayı hak eder[887].

Failin, suçun icrasına cezayı artıran nitelikli unsurları gerçekleştirerek devam etmekten cayması yoluyla, suçun tehlikeliliğinde önemli ölçüde azalma ortaya çıkar. Bu nedenle bu konumdaki faile bir gönüllü vazgeçme olanağı tanınması gerekir. Zira fail, salt bu düşüncesinden geri dönme suretiyle, nitelikli unsurdan ileri gelen ağırlaşmış haksızlığın gerçekleşmesinin de önüne geçer[888]. Nitelikli unsurlar teşebbüsün haksızlık çekirdeğini belirlemedikleri için temel suça teşebbüs aşamasında vazgeçme engeline maruz kalmazlar. Teşebbüs aşamasında hali hazırda, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçtan ileri gelen tehlike ortaya çıkmış olsa da durum değişmez. Buna karşılık, tamamlanmış olan cezayı artıran nitelikli unsurlu suçta ortaya çıkan haksızlık hafiflemesi gönüllü vazgeçme hükmünün uygulama sahası dışında kalır[889].

Alman CK'da kasten yaralama suçunun silahla veya başka bir tehlikeli alet vasıtasıyla işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiş olup, bu durumda "tehlikeli yaralama" şeklinde adlandırılan suç oluşmaktadır (Alman CK.

---

[887] Streng, "Tatbegriff und Teilrücktritt", s.654-655; Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", s.1090, 1092. Ceza gereksiniminde bu tür bir hafiflemenin meydana gelebilmesi için, haksızlık hafiflemesinin gönüllü bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Haksızlık hafiflemesi, vazgeçilen suç hareketinin kanun koyucu tarafından cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlendiği hallerde hukuki açıdan önem arz edecek şekilde meydana gelir. Bkz. Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", s.1090, 1092.

[888] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.1053.

[889] Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", s.1093; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §41 kn.231. Tamamlanmış bir cezayı artıran nitelikli unsurun mevcudiyeti halinde, bundan cayılması gönüllü vazgeçme hükümleri ile uyumlu değildir. Bu nedenle bu ihtimalde etkin pişmanlığın düşünülmesi gerekir. Bkz. Rengier, **Strafrecht BT-I**, §4 kn.79.

§224/1 Nr.2). Örneğin, fail hasmını bir levye ile birden fazla kez vurma suretiyle dövmek istemektedir. Ancak hasmına bir kez levyeyle vurduktan sonra, failin yanında duran arkadaşı sadece yumruk atmasının daha adil olacağını söyler. Fail bu sözü dikkate alır ve levyeyi bir kenara bırakarak hasmını sadece yumruklarını kullanarak döver. Bu suretle, fail kasten yaralama suçunun cezasını artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçmiş demektir. Zira imkânı olduğu halde hasmını tehlikeli bir araçla dövme düşüncesinden caymıştır. Bu halde fail kasten yaralama suçunun sadece temel şekli üzerinden sorumlu tutulabilir[890].

Alman CK'da hırsızlık suçunun başka bir çete üyesinin katılımıyla işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder (Alman CK §244/1 Nr.2). Örneğin çete üyesi (A), tek başına bir villaya girerek değerli tabloları çalmak istemektedir. (A), tabloların alarm ile korunduğunu bilmektedir. Ancak alarmı devre dışı bırakmakta güçlük yaşar. Bunun üzerine, diğer çete üyesi (B)'ye telefon edip gelmesini ister. (B) hemen yola koyulur, fakat villaya varmadan kısa bir süre önce, (A) yalnız başına alarmı devre dışı bırakmayı başarır. Hemen (B)'yi geri arar ve artık gelmesine gerek kalmadığını söyler. Bunu duyan (B) geri döner. Bu halde, cezayı artırıcı bileşen olan hırsızlık suçuna "başka bir çete üyesinin katılımı" sadece teşebbüs aşamasında kalmıştır. Zira (B) henüz suça katılmayı gerçekleştirmiş değildir. (A), (B)'yi katılma katkısını sunmaktan imtina etmeye sevk etmiştir. Bu suretle, (A) cezayı artıran nitelikli unsura teşebbüsten gönüllü vazgeçmiş demektir[891].

Bir başka örnek ise yağma suçu üzerinden kurulabilir. Alman CK'ya göre, yağma suçunun işlenmesi sırasında, failin yanında silah bulundurması cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder[892]. Fail nitelikli unsurlu yağmaya teşebbüs ederken,

---

[890] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.794; Frister, **a.g.e.**, §24 kn.10. Burada fail suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya giriştiği halde, nitelikli unsur tamamlanmamıştır. Mağdura yöneltilen şiddette suç aletinin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bkz. Mitsch, **a.g.e.**, s.271.

[891] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §23 kn.43.

[892] Yanında silah taşıma ile kastedilen, failin silahı zamansal bir aralık olmaksızın, temel suça teşebbüsün başlangıcından itibaren problemsiz bir şekilde kullanabileceği kadar yakınında taşımasıdır. Bkz. Blaue, **a.g.e.**, s.584. Yani failin yanında bir silah ya da tehlikeli bir suç aleti taşıdığından bahsedilebilmesi için belirli bir zamansal ve yersel bileşenin mevcudiyeti aranır. Zamansal bileşen olarak, silahın suçun seyri sırasında failin kullanımına hazır vaziyette bulunması gerekir. Yersel bileşen olarak ise, silahın özel bir güçlük olmaksızın failin doğrudan doğruya başvurabileceği yakınlıkta bulunması şarttır. Bkz. Jens Bülte/Sophie Härtl, "Bandendiebstahl und Betrug", **JA**, 2016, s.348.

teşebbüsün başlangıcından sonra, ancak silahın kullanımından ve almanın (yani suçun) tamamlanmasından önce, beraberinde taşıdığı silahı bir kenara atmış olabilir[893]. Bu durumun kısmi vazgeçme teşkil edip etmediği oldukça tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüşe göre, bu durumda fail nitelikli unsurlu yağmaya teşebbüsten vazgeçmiş demektir. Failin oluşa göre sadece yağmanın temel şekline teşebbüsten veya tamamlamadan sorumlu tutulması gerekir. Zira fail yağma suçunu yanında silahı olmaksızın tamamlayacaktır. Failin temel suça teşebbüs aşamasında yanında silah taşımış olmasının cezayı artırıcı etkisi bulunmaz[894]. Failin yanında silah taşıması, fail ile suç mağduru birbiriyle karşılaşmadıkça, kişi için bir tehlikenin ortaya çıkmasına yol açmaz. Fail, tehlikeli suç aracından (silah) kurtulma suretiyle, cezayı artırıcı bileşenden geri dönmüştür. Yani şimdiye dek vuku bulmamış olan mağdurun tehlikeye düşürülmesinden, dolayısıyla da yağma suçunu tehlikeli bir şekilde işleme isteğinden feragat etmiştir. Mağduru tehlikeye düşürmeden bu suretle geri dönüşte gönüllü vazgeçmenin yapısal unsuru bulunur ve failin ödüllendirilmesi gereği doğar. Bu nedenle, faili daha ağır ceza çerçevesi üzerinden cezalandırma ihtiyacı ortadan kalkar[895].

Temel suç ve cezayı artıran nitelikli unsur farklı aşamalarda gerçekleştirilebilir. Temel suça teşebbüsün başlangıcı ile nitelikli unsuru gerçekleştirmeye doğrudan doğruya girişmenin zamansal olarak örtüşmesi şart değildir. Bununla birlikte, bir silahı yanında taşıma nitelikli unsuru, ancak temel suça ait haksızlıkla bağlantılı olduğu sürece önem taşır. Yoksa müstakil bir role sahip değildir. Fail, silahın gerçek anlamda ancak suçla ilintili olabildiği yoğun tehlike aşamasına erişmeden önce, suça teşebbüs aşamasında silahın kullanımından vazgeçme (yani silahtan gönüllü olarak kurtulma)

---

[893] Fail beraberinde taşıdığı silahtan temel suça teşebbüs aşamasından önce (yani hazırlık aşamasında) kurtulursa, nitelikli unsur gerçekleşmiş olmaz. Buna karşılık alma hareketini tamamladıktan sonra silahtan kurtulursa, teşebbüs edilmiş silahlı yağma söz konusudur. Bu haller kısmi vazgeçme kapsamına girmez. Bkz. Blaue, **a.g.e.**, s.585.

[894] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1299; Kühl, **Strafrecht AT**, §24 kn.48; Rainer Zaczyk, "Anmerkung zu BGH, Urt. v.23.08.1983 – 5 StR 408/83", **NStZ**, 1984, s.217; Mitsch, **a.g.e.**, s.270. Hırsızlık suçunda da failin, teşebbüsün başlangıcından sonra, alma hareketinin yapılmasından önce yanında taşıdığı silahtan kurtulması, cezayı artıran nitelikli unsurdan kısmi gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Rengier, **Strafrecht BT-I**, §4 kn.77, 80. Zira bu durumda cezayı artıran nitelikli unsurun haksızlığı artırıcı etkisi henüz bütünüyle gelişmemiştir. Bkz. Rainer Zaczyk, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1**, 5. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, §24 kn.79

[895] Kühl, **Strafrecht AT**, §24 kn.48; Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", s.1090-1091; Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §30 kn.299.

suretiyle kısmen geri çekilebilir. Zira mağdurun alanına temas edilmesinden önce cezayı artıran nitelikli unsurun tamamlanması mümkün değildir. Buna karşılık, mağdurun alanına bir temasın gerçekleşmesinden sonra, silahta bulunan tehlike en azından gerçek olabilir hale geldiğinden, cezayı artıran nitelikli unsur gerçekleşmiştir ve artık fail cezayı artıran nitelikli unsurdan kısmen geri çekilemez. Kısmi vazgeçme tamamlanmış olmayan cezayı artıran nitelikli unsurdan geri çekilme ile sınırlanır. Salt (silahı yanında taşımadan ileri gelen) soyut tehlikenin cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlendiği suçlarda da sınırlı da olsa kısmi gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğunun kabulü gerekir. Failin suça giriştiği sırada yanında silah taşıyor olması, otomatik olarak cezayı artıran nitelikli unsurun tamamlandığı anlamına gelmez[896]. Burada, mağdur somut bir tehlikeye uğratılmış olmadıkça, aynı zamanda mağdurun korunmasına da hizmet etmesi sebebiyle, kısmi gönüllü vazgeçmenin kabulü gerekir[897].

Kimi yazarlar ise, fail yağmanın temel şekline teşebbüs ettiğinde yanında silah taşıyorsa ve teşebbüs esnasında bu silahtan kurtulursa, bu suretle failin nitelikli unsurlu yağmaya teşebbüsten vazgeçtiği kabulüne karşı çıkar. Bu görüşe göre, fail suçun teşebbüs aşamasında yanında silah taşımakla zaten tamamlanmış bir silahlı yağma suçunun mevcudiyetinin kabulü için gereken her şeyi yapmıştır. Bu durumda, temel suça sadece teşebbüs edilmiş olmasına rağmen, cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen katkı (yanında silah taşıma) çoktan tamamlanmıştır. Suça teşebbüsün başlangıcından sonra herhangi bir anda silahı beraberinde taşıması halinde, fail yanında taşıdığı silaha dilediği zaman erişebilecek olduğundan, nitelikli unsurdan ileri gelen tehlikelilik ve artırılmış haksızlık içeriği hali hazırda bütünüyle mevcuttur. Bu nitelikli unsurun bütünüyle gerçekleştirilmiş sayılması için, failin silahı suçun herhangi bir anında kullanıma hazır bir şekilde yanında bulundurması gerekli ve

[896] Wilfried Küper, "Der Rücktritt vom „erfolgsqualifizierten Versuch"", **JZ**, 1997, s.234; Zaczyk, "Anmerkung zu BGH, Urt. v.23.08.1983 – 5 StR 408/83", s.217. Temel suça teşebbüs aşamasında salt bir silahın taşınması suretiyle nitelikli unsurun tamamlama aşamasına erişilmiş olunmaz. Bkz. Küper, "Der Rücktritt vom „erfolgsqualifizierten Versuch"", s.233. Tehlikeye düşürmenin gerçek olduğu durumlarda ise, artık bir gönüllü vazgeçme imkânı bulunmaz. Bkz. Schroeder, **a.g.e.**, s.481. Örneğin yağma suçunda failin parayı teslim alacağı yerde, parayı getirecek olan kişiyi beklediği esnada, silahı yanında taşımadan ileri gelen tehlike mağdur bakımından doğrudan doğruya mevcut hale gelir. Bkz. Zaczyk, "Anmerkung zu BGH, Urt. v.23.08.1983 – 5 StR 408/83", s.217.

[897] Zaczyk, **NK Strafgesetzbuch Band 1**, §24 kn.79.

yeterlidir. Failin silahı suç tamamlanıncaya kadar yanında bulundurması ya da mağdurun somut bir şekilde tehlikeye düşürülmesi şart değildir. Temel suça teşebbüs aşamasından sonra failin yanında silah taşımasından ileri gelen soyut tehlike de haksızlığı ve cezayı artırıcı etkiye haizdir[898].

Fail temel suça teşebbüs edilmesi ve temel suçun tamamlanması arasındaki aşamada, hali hazırda gerçekleştirilmiş olan bir cezayı artıran nitelikli unsurun, icrasının devamından gönüllü olarak vazgeçer ve bunun akabinde temel suçun icrasına devam ederse, bu durumun kısmi vazgeçme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira cezayı artıran nitelikli unsurun kendisi tamamlanmış olduğundan, artık bu kısma ilişkin yapılan vazgeçme hareketi, gönüllü vazgeçme hükmünün kapsamına girmez[899]. Bu nedenle, failin yağma suçunu tamamlamadan önce yanında taşıdığı silahtan kurtulmuş olması, kısmi vazgeçme teşkil etmez ve tamamlanmış bir silahlı yağma suçunun mevcudiyetini engellemez. Ancak failin gönüllü olarak silahtan arınmış olması, suçun tamamlanması aşamasında fiilin haksızlık içeriğini hafifletir. Bu durum cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınır[900]. Yani failin cezayı artıran nitelikli unsurdan vazgeçtiği hallerde, gönüllü vazgeçmenin şekli şartları yerine getirilmiş olmasa bile, bu durumun cezanın hesaplanması sırasında dikkate alınması gerekir. Ancak bu yolla daha adil bir sonuca erişilebilecektir[901].

---

[898] Lilie/Albrecht, **a.g.e.**, §24 kn.494; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §23 kn.43; Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §9 kn.56; Blaue, **a.g.e.**, s.584; Mitsch, **a.g.e.**, s.272; Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.322. Bu görüşteki yazarlara göre, mağdur somut bir tehlikeye düşürülmediği sürece kısmi vazgeçmenin mümkün olabileceği kabulü ikna edici değildir. Zira kanun somut tehlike şartı öngörmemiştir. Nitelikli unsurun gerçekleşmiş sayılması için silahın taşınmasından ileri gelen soyut tehlike yeterlidir. Ancak failin yanında taşıdığı silah boş ise, yani içerisinde mermi yoksa, kullanıma hazır değildir. Bu nedenle, dolu olmayan bir silahın taşınmasından soyut tehlike dahi ileri gelmez ve cezayı artıran nitelikli unsur gerçekleştirilmiş olmaz. Dolayısıyla boş bir silaha mermi doldurmak için harekete geçen, ancak yaşadığı iç hesaplaşma neticesinde bundan cayan fail, bu nitelikli unsura teşebbüsten vazgeçebilir. Bkz. Blaue, **a.g.e.**, s.584.

[899] Blaue, **a.g.e.**, s.581. Örnek olayda, cezayı artıran nitelikli unsur, temel suça teşebbüs aşamasında tamamlanmış, ancak temel suçun tamamlanması aşamasında ortadan kalkmıştır. Zira fail temel suçun tamamlanması aşamasında yanında silah taşımaktan gönüllü olarak vazgeçmiştir. Mitsch, **a.g.e.**, s.270. Fail silahtan kurtuluncaya kadar teşebbüs edilmiş silahlı yağmanın cezalandırma koşullarını yerine getirmiştir. Bkz. Mitsch, **a.g.e.**, s.272. Blaue'ye göre, suça teşebbüsün başlangıcından sonra yanında silah taşıma suretiyle belirli bir soyut tehlike meydana getiren kimse, daha sonra bu silahtan kurtulmuş olsa da suçun başlangıcından itibaren yanında hiç silah taşımayan kişi ile aynı muameleye tabi tutulamaz. Bkz. Blaue, **a.g.e.**, s.585.

[900] Mitsch, **a.g.e.**, s.272-273.

[901] Mitsch, **a.g.e.**, s.273.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bu görüştedir. Mahkemeye göre, failin bir silahı yanında taşıdığının kabul edilebilmesi için, silahın suçun başlangıcından tamamlanmasına kadar taşınması şart değildir. Aksine teşebbüsün başlangıcından itibaren, suçun seyrinin herhangi bir zamansal anında failin silahı, her an kullanmaya imkân verecek şekilde yanında taşıması nitelikli unsurun gerçekleşmesi için yeterlidir. Suça teşebbüse vücut veren hareketin gerçekleştirildiği esnada yanında bir silah bulunduran failin, artık bu silahtan kurtulma suretiyle cezayı artıran nitelikli unsurdan vazgeçebilmesi mümkün olmaz. Failin yanında taşıdığı silahtan, mağdurla temas etmeden önce kurtulmuş olması veya failin silahı kullanma kastına sahip olmaması durumu değiştirmez. Bu gibi hallerde bir gönüllü vazgeçmenin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için failin suçun bütününden, yani suçun icrasının devamından bütünüyle gönüllü olarak vazgeçmesi gerekir. Aksi halde fail suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şekline, oluşa göre teşebbüsten ya da tamamlamadan sorumlu tutulacaktır[902].

Federal Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünün dayanağını bir silahı yanında taşımanın, suça eşlik eden özel tehlikeli bir davranışa karşılık geldiği düşüncesi oluşturmaktadır. Buna göre, failin son derece tehlikeli ve kullanışlı bir saldırı aletini dilediği zaman kullanabileceğinin bilincinde olması, silaha kolaylıkla başvurmasına yol açabilir. Yani silahı yanında taşıma suretiyle cezayı artıran nitelikli unsuru tesis eden artan tehlike çoktan ortaya çıkmıştır. Bunun için failin yanında taşıdığı silahın suçun tamamlanması bakımından yararlı olması aranmamaktadır. Bu nedenle, fail salt silahtan kurtulma suretiyle çoktan başladığı suça eşlik eden özel tehlikeli davranıştan vazgeçemez. Failin yanında silah taşıması gibi, suça eşlik eden soyut tehlike formundaki cezayı artıran nitelikli unsurlarda, failin silahtan teşebbüs aşamasında kurtulması problemli bir alan olarak ortaya çıkmaktadır. Bu gibi bir nitelikli unsur,

---

[902] BGH, **NStZ**, 1984, s.217; Rengier, **Strafrecht BT-I**, §4 kn.78; Streng, "Tatbegriff und Teilrücktritt", s.653; Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", s.1090; Otto, "Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten – Teil 1", s.27. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ilk kez 23.08.1983 tarihli kararında bu konuya değinmiştir. 04.04.2007 tarihli kararında ise ilk kez (öğretide öteden beri kullanılmakta olan) "kısmi vazgeçme" terimini kullanmıştır. Bkz. BGH, **JR**, 2007, s.480. Yüksek Mahkeme'nin yukarıda yansıtılan görüşü 1983 yılında bu konudaki ilk kararında ortaya konulmuştur. Kimi yazarlara göre bu görüş ikna edici değildir. Zira fail temel suçun tamamlanmasından önce silahı yanında taşımaktan vazgeçerse, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun gerçekleştirilmesi teşebbüs aşamasının ötesine gidemez. Bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §41 kn.232. Zaczyk'a göre de Federal Yüksek Mahkeme'nin 1983 tarihli kararı hususiyetleri dikkate almayan çok soyut bir hükümdür. Bkz. Zaczyk, "Anmerkung zu BGH, Urt. v.23.08.1983 – 5 StR 408/83", s.217. Aynı yönde bkz. Schroeder, **a.g.e.,** s.481.

herhangi bir gerçek tehlike mevcut olmasa da Mahkemece hali hazırda tamamlanmış olarak görülmektedir[903]. Bir nitelikli unsurlu suçun tamamlanmasından sonra oluşan pişmanlıktan ileri gelen davranışlar için gönüllü vazgeçme hükümlerinin devreye girmesi mümkün değildir. Ancak bu durum hâkim tarafından cezanın belirlenmesi aşamasında fail lehine dikkate alınır[904].

2. Temel Suçtan Gönüllü Vazgeçmenin Nitelikli Unsura Etkisi

Sadece temel suça teşebbüsten vazgeçilmesinin, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçtan ötürü cezalandırmayı engellemesi de mümkündür. Bunun için gereken, temel suça teşebbüsten vazgeçildiği esnada, cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmesinin de henüz teşebbüs aşamasında bulunmasıdır. Temel suça ilişkin vazgeçme hareketinin etki doğurabilmesi, cezayı artıran nitelikli unsurun henüz tamamlanmamış olmasına bağlıdır. Daha önce de vurgulandığı üzere, kökünü temel suça ait bir fiilden almadıkça, cezayı artıran nitelikli unsur havada kalır ve ceza hukuku bakımından kural olarak önem arz etmez. Temel suça teşebbüsten vazgeçildikten sonra, cezayı artıran nitelikli unsurun icrasına devam edilmesi ve gerçekleştirilmesi mümkün olmaz[905].

Temel suça teşebbüs aşamasında, cezayı artıran nitelikli unsur hali hazırda bütünüyle gerçekleştirildikten sonra da temel suçtan vazgeçilmiş olabilir. Bir görüşe göre, bu durumda sadece temel suç bakımından cezayı kaldıran koşullar mevcuttur.

---

[903] BGH, **NStZ**, 1984, s.217; Streng, "Tatbegriff und Teilrücktritt", s.655; Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", s.1091. Yazara göre, teşebbüs kapsamında hukuki değerlerin tehlikeye sokulmuş olması, baştan itibaren vazgeçme imkanını ortadan kaldırmaz. Önemli olan yalnızca, hukuk düzenine karşı koymadan (yani hukuk düzenini tanımamadan) bir uzaklaşmanın hala mümkün olup olmamasıdır. Fail, mağdurla doğrudan doğruya temas kurmadan önce yanında taşıdığı silahtan kurtulmuşsa, bu suretle hukuk düzeninin bu tür tehlikeli araçlardan kaçınılması emrine gönüllü olarak uymuş ve hukuk düzenini çok açık bir şekilde tanıdığını göstermiştir. Bu nedenle bu gibi bir halde kısmı vazgeçmenin kabulü gerekir. Bkz. Streng, "Tatbegriff und Teilrücktritt", s.655-656; Streng, "Teilrücktritt und Tatbegriff", s.1092.

[904] Blaue, **a.g.e.**, s.584-585. Failin suça teşebbüs esnasında yanında taşıdığı silahın hatalı bir şekilde dolu ve ateşe hazır olduğunu zannetmesi, ancak gerçekte işlevini yitirmiş ateş almayan bir silahı taşıyor olması mümkündür. Bu durumda failin silahtan temel suçun tamamlanmasından önce kurtulması halinde, elverişsiz silahla yağma veya hırsızlık suçunun cezayı artıran nitelikli unsurunun tamamlanması baştan daha mümkün olmadığından, kısmi vazgeçmenin mevcudiyetinin kabulü gerekir. Bkz. Mitsch, **a.g.e.**, s.273. Zira silahı yanında taşımaya ilişkin nitelikli unsurun tamamlandığından söz edilebilmesi için, silahın yanında taşınmasından ileri gelen tehlikenin mağdurun alanına temas edilmesiyle gerçek olabilir hüviyette olması gerekir. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.322-323.

[905] Mitsch, **a.g.e.**, s.270-271.

Ancak temel suçtan vazgeçilmiş olması, tamamlanmış olan cezayı artıran nitelikli unsurun etkisini ortadan kaldırmaz. Fail bir bütün olarak cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsten sorumlu tutulur. Temel suçun tamamlanmasının engellenmesi, zorunlu olarak cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun da tamamlanmasının engellenmesi sonucunu beraberinde getirir[906]. Başka bir görüşe göre ise, temel suç ile cezayı artıran nitelikli unsur arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisinin mevcudiyeti sebebiyle, temel suçtan gönüllü vazgeçme, hali hazırda gerçekleştirilmiş olan nitelikli unsuru temelsiz bırakır. Bu nedenle cezalandırılabilirlik bütünüyle ortadan kalkar[907]. Bununla birlikte, nitelikli unsurun başlı başına suç teşkil ettiği hallerde, failin bu suçtan sorumlu tutulacağı muhakkaktır.

3. Ara Sonuç

Temel suçun teşebbüs aşamasına erişmesinden başlayıp tamamlanmasına kadar geçen süreçte, girişilen cezayı artıran nitelikli unsurdan gönüllü olarak vazgeçilmesi mümkündür. Sadece bu suretle meydana gelen gönüllü vazgeçme gerçek anlamda bir kısmi vazgeçme hüviyetine sahiptir. Temel suça hazırlık aşamasında ya da temel suç tamamlandıktan sonra girişilmiş olan nitelikli unsurdan vazgeçme kısmi vazgeçme teşkil etmez. Benzer şekilde, temel suça teşebbüs ile temel suçun tamamlanması arasında kalan aşamada hali hazırda nitelikli unsurun tamamlandığı hallerde de cezayı artıran nitelikli unsurdan kısmi vazgeçme mümkün olmaz. Failin nitelikli unsura sadece girişmiş mi yoksa nitelikli unsuru çoktan tamamlamış mı olduğunun doğru tespiti bu kurumun uygulama bulup bulmayacağının tayini açısından büyük önem taşır.

[906] Mitsch, **a.g.e.**, s.271.
[907] Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.321.

II. SUÇA İŞTİRAK

A. Genel Olarak

1. Suça İştirak-Nitelikli Unsur İlişkisi

İştirak kanunen ve niteliği gereği tek bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun faillik ya da şeriklik düzeyinde yapılan katkı ile birden fazla kişi tarafından iş birliği halinde işlenmesidir[908]. 5237 sayılı TCK ile kurulan suç teorisinde kural olarak bir suçun iştirak halinde işlenmesi ya da suça iştirak edenlerin belirli bir sayının üzerinde olması başlı başına suçun nitelikli unsurunu oluşturmaz[909]. Diğer bir ifadeyle iştirak genel hükümler kitabında tüm suçlar için geçerli olacak şekilde düzenlenmiş bir cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmez. İştirakin cezayı artıran bir nitelikli unsur hüviyetine sahip olabilmesi için, birden fazla kişinin suçun icra hareketlerini birlikte gerçekleştirmesi (müşterek faillik) ve bu durumun ilgili suça ait ceza normunda bir nitelikli unsur olarak açıkça düzenlenmesi gerekir[910]. 5237 sayılı TCK'da suça katkının şeriklik düzeyinde (azmettiren ve yardım eden) kaldığı haller suç tiplerinde başlı başına suçun nitelikli unsuru olarak karakterize edilmemiştir.

---

[908] Mehmet Emin Artuk, "Suçun Özel Görünüş Şekilleri", **Ceza Hukuku El Kitabı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1989, s.255.

[909] 765 sayılı TCK döneminde, belirli suçların (örn. hırsızlık), iki veya daha fazla kişinin iştiraki ile işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmekteydi. Bkz. Artuk, "Suçun Özel Görünüş Şekilleri", s.255. Eklenmelidir ki kanunda, suça iştirakin cezayı artıran nitelikli unsur teşkil edebilmesi için müşterek faillik şeklinde gerçekleşmesi şart koşulmamıştı. Önemli olan kanunda aranan sayıda kişinin suçun işlendiği sırada suç mahallinde hazır bulunması idi. Bu kişilerin asli ya da fer'i fail olması önem arz etmiyordu. Bkz. Hakan Hakeri, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", **CHD**, S.1, 2006, s.75. Bununla birlikte eski öğretide, başlı başına suça iştirakin genel bir cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmesini savunan görüşler de bulunmaktaydı. Bu yöndeki görüşler için bkz. Kunter, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", s.69; Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.404-405. Benzer şekilde, S.Erman bir suçun beş veya daha fazla kişinin iştiraki ile işlenmesinin genel bir cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmesini önermekteydi. Bkz. Sahir Erman, "Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler", **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s.65.

[910] Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.628; Aydın, **a.g.e.**, s.222; Hakeri, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", s.75. Bu husus TCK m.109/3'ün gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, "*Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi de bu fıkra kapsamında bir seçimlik nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı hâlinde, bu nitelikli unsur oluşur. Ancak, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde, bu fıkraya göre ceza artırılamaz*". Bkz. Noyan, **a.g.e.**, s.254. Benzer açıklamalara TCK m.149 hükmünün gerekçesinde de yer verilmiştir.

Kanunda kimi suçların[911] birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi suçun cezasını artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu gibi hallerde suçun müşterek faillik şeklinde işlenmesinin suçu etkilediğini, haksızlık içeriğini artırdığını düşünmektedir. Bu gibi istisnai hallerde, esasen başlı başına nitelikli unsur olmayan ve sadece suçun özel bir ortaya çıkış şekli olan müşterek faillik, suç bazlı olarak cezayı artıran nitelikli unsur hüviyeti kazanır[912]. Kanunda müşterek failliğin ilgili suçun cezasını artıracağına ilişkin bir belirlemenin bulunmadığı hallerde, bunun nitelikli unsur olarak değerlendirilmesi mümkün olmaz. Böyle bir belirlemenin yapıldığı hallerde ise, her müşterek fail, ilgili nitelikli unsur karşılığında uygulanması öngörülen oransal ceza artırımı ya da özel ceza çerçevesi ne ise ona göre cezalandırılır.

2. Suça Sonradan İştirak Edenin Önceki Fiillerden Sorumluluğu

Hali hazırda bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru bütünüyle gerçekleştirildikten sonra, ancak suçun tamamlanmasından önce suça katılan kişinin bu gerçekleştirilmiş olan nitelikli unsurdan sorumlu tutulup tutulamayacağı öğretide ve uygulamada tartışma konusu olmuştur[913]. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, failin bir dükkana kapı kırarak zorla girme suretiyle (cezayı artıran nitelikli unsur) işlediği hırsızlık suçunun hemen ardından, bu suçtan elde ettiği malları paylaşma vaadiyle diğer bir kimseyi de kendisi ile birlikte hali hazırda kapısı kırılmış dükkânda kalan malları almaya davet ettiği ve ikilinin birlikte kalan malları da alıp aralarında bölüştüğü olayda, suça müşterek fail olarak katılan diğer kişinin, bu suretle önceki fiillerden haberdar olduğu ve bu fiillere rıza göstermiş olduğu çıkarımında bulunmuştur. Mahkeme bu nedenle suça sonradan katılan kişiyi, kendi katılımından önce işlenen cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlıktan da (dükkâna zorla girme

---

[911] Bu suçlara, cinsel saldırı (TCK m.102/3-d), cinsel istismar (TCK m.103/3-a), tehdit (TCK m.106/2-c), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m.109/3-b), yağma (TCK m.149/1-c), dolandırıcılık (TCK m.158/3), görevi yaptırmamak için direnme (TCK m.265/3), eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları (TCK m.119/1-c) örnek verilebilir.

[912] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.342. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin cezayı artıran nitelikli unsur olarak sınıflandırılmaması gerektiği görüşü için bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.413.

[913] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.834.

suretiyle hırsızlık) müşterek fail olarak sorumlu tutmuştur. Mahkemeye göre, suç tamamlanıncaya kadar, suça sonradan katılan kişi, önceden gerçekleştirilen nitelikli unsurlara vakıf ise ve buna rağmen suça katılmaktan imtina etmediyse bu nitelikli unsurlardan da sorumlu tutulması icap eder[914]. Alman öğretisinde önceki baskın görüş de bu yöndedir. Buna göre, katılımından önce gerçekleştirilen nitelikli unsurlardan haberdarsa, bu gibi hususiyetler suça sonradan katılan müşterek faile yüklenir. Ancak bunun için müşterek failin katılımının ortak hakimiyet kurma suretiyle suçun devamına (sürmesine) etki etmesi ve tipik vakıanın tamamlanmamış olması gerekir[915].

Günümüzde öğretide, suça sonradan katılan kimsenin kendi katılımından önce gerçekleştirilmiş nitelikli unsurlardan müşterek fail sıfatıyla sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. Buna göre, suça sonradan katılarak temel suça ait icra hareketlerini gerçekleştiren kimsenin, kendi katılımından önce gerçekleştirilen (nitelikli unsuru oluşturan) fiillere muvafakat etmesi, bu fiillerden müşterek fail olarak sorumlu tutulması için yeterli değildir. Zira nitelikli unsurun tamamlanmasından sonra vuku bulan suça katılmada, suç ortağının nitelikli unsurun gerçekleştirilmesine nedensel katkısı eksik kalır. Fiil hakimiyeti öğretisi, suça sonradan katılan müşterek failin, geçmişteki vakıalar üzerinde hakimiyet kurmasına terimsel olarak imkân tanımaz[916]. Ayrıca bu gibi hallerde suç ortakları arasında suçun ortaklaşa icrasına ilişkin müşterek bir plan da bulunmaz. Plan doğası itibarıyla daima ileriye dönük olarak yapılabilir. Nitelikli unsurun icrasına sonradan gösterilen tasvip, nitelikli unsuru ortak planın bileşeni haline getirmez. Suçun iş bölümü yapılarak icrası da ancak henüz cezayı artıran nitelikli unsur gerçekleştirilmemişse mümkündür. Bu itibarla, failin

---

914 Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.607-608. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, suça sonradan katılan suç ortağı, neticenin gerçekleşmesine hala katkıda bulunabiliyorsa ve müşterek faille arasında herhangi bir şekilde iletişim vuku bulmuşsa, kendisinin katılımından önce gerçekleşen fiiller bakımından da müşterek failliğinden söz edilebilir. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.834.

915 Kühl/Heger, **a.g.e.**, §25 kn.12.

916 Kühl/Heger, **a.g.e.**, §25 kn.12; Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §25 kn.227. Karş. Uwe Murmann, "Suça Sonradan İştirakin Koşulları Hakkında", Çev.: H.Sefa Eryıldız, **CHD**, S.30, 2016, s.235vd. Nitelikli unsurun gerçekleştirilmesinin akabinde suça katılan kişi, nitelikli unsurun gerçekleştirildiği esnada orada olmadığından ve bu hususta müşterek bir karar da bulunmadığından, bu kişinin nitelikli unsuru gerçekleştiren harekete ilişkin fonksiyonel fiil hakimiyetinden söz edilemeyecektir. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.834.

iradesinin cezayı artıran nitelikli unsura ait maddi koşulların gerçekleştirilmesi esnasında mevcudiyeti şarttır[917].

Sonuç olarak, yukarıdaki örnekte yer alan kişinin suçun nitelikli unsurunu oluşturan fiillerden ancak yardım eden olarak sorumlu tutulması mümkündür. Suça sonradan katılma suretiyle gerçekleştirdiği fiillerden ise temel suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulmalıdır. Dolayısıyla dava konusu olayda suça sonradan katılan kimse hırsızlık suçunun cezayı artıran nitelikli unsuru bakımından müşterek fail olarak cezalandırılamayacaktır. Bu kişi ancak hırsızlığın temel şeklinin müşterek faili olarak sorumlu tutulabilecektir[918].

B. Suça Azmettirme

1. Azmettirilenin Sınır Aşımı

Fail bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmeye azmettirilmişken, temel şeklini işlemekle yetinebilir ya da benzer şekilde temel şeklini işemeye azmettirilmişken, cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmiş olabilir. Bu gibi hallerde, azmettirenin sorumluluğunun azmettirdiği suça göre mi yoksa fiilen işlenen suça göre mi belirleneceğinin ortaya konulması gerekir. Bir suçun temel ve nitelikli unsurlu şekli aynı suç sayılmaktadır. Bu nedenle azmettirilen ve fiilen işlenen suç nitelik itibarıyla ayniyet arz eder. Bu itibarla, hem çoğa ilişkin kastın azı da kapsadığı kuralı hem de bir kimsenin sadece fiilen gerçekleşmiş olan durumdan sorumlu tutulabileceği düşüncesi doğrultusunda, azmettiren sadece fiilen gerçekleşen neticeden sorumlu tutulur[919]. Yani azmettirenin, suçun failin fiilen işlemiş olduğu şeklinden sorumlu tutulması gerekir. Bu, ilk durumda temel suça, ikinci durumda ise cezayı azaltan nitelikli unsurlu suça tekabül eder.

---

[917] Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §25 kn.227.
[918] Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.608-609; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.834. Karş. Murmann, "Suça Sonradan İştirakin Koşulları Hakkında", s.238-239.
[919] Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.439; Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.692; Evik, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s.176; Taşkın Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s.146-147; Fatih Selami Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", **İÜHFM**, C.LXIII, S.1-2, 2005, s.92.

Öte yandan bir kimsenin bir suçun temel şekline azmettirilmesine rağmen, cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmesi mümkündür. Benzer biçimde, bir kimsenin bir suçun cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklini icra etmeye azmettirilmesine rağmen, temel şeklini gerçekleştirmesi de olasıdır. Bu gibi durumlarda da failin azmettirildiği suçtan başka bir suçu işlemesi söz konusu değildir. Fail, azmettirenin kendisini azmettirdiği suçu işlemektedir; fakat suç aynı kalmakla birlikte, suçun haksızlık içeriği ve cezası, azmettirenin tasavvurunun kapsamı dışında ağırlaşmaktadır. Bu durumda, farklı bir suç işlenmediğinden azmettirenin kastında niteliksel yönden bir aşım söz konusu değildir. Fail, azmettirenin kastını sadece niceliksel yönden aşmıştır[920]. Yani azmettirilen aynı suçun nicelik itibarıyla haksızlık içeriği daha ağır olan şeklini gerçekleştirmiştir. Bu halde, sınır bilgisi dışında aşılmışsa, azmettirenin sadece azmettirdiği fiilden sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir. Zira bir suç ortağının kastının kapsamında yer almayan bir suç parçasından sorumlu tutulması mümkün değildir[921].

Bu kabule göre azmettiren, ilk durumda temel suçtan, ikinci durumda ise cezayı azaltan nitelikli unsurlu suçtan sorumlu tutulacaktır. Sınırı aşan kısımdan ise sadece azmettirilen (fail) sorumlu olacaktır[922]. Bu problem esasen cezayı artıran nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti ve bağlılık kuralı üzerinden çözümlenmektedir. Örneğin azmettiren (A), fail (F)'yi hasmı (H)'yi öldürmeye sevk eder. (F) suçu canavarca işler. Suçun canavarca işlenmesi, suçun işleniş şekli ile ilgili olan cezayı artıran fiili bir nitelikli unsurdur. Esasında (A), (F)'yi sadece suçun temel şeklini işlemeye azmettirmiştir. Bu itibarla (A), suçun canavarca işlenmesi hususunda kasıtlı olarak hareket etmediğinden, bağlılık kuralına göre bu cezayı artıran nitelikli

---

[920] Taşkın Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s.147.

[921] Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.429; Demirel, **a.g.e.**, s.392-393.

[922] Öğretide, failin suçun objektif unsurunu bilmemek için gözlerini kapatmasaydı bilecek durumda olduğu haller "iradi körlük" ya da "devekuşu duruşu" şeklinde adlandırılmaktadır. Bkz. Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.210. Buradan hareketle Özkan, azmettirenin, failin suçun icrası sırasında azmettirme iradesi dışında hareket edeceği hususunda "bilinçli körlüğü"nün bulunduğu durumlarda, failin işlediği cezayı artıran nitelikli unsurlu suçtan sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Zira bu gibi hallerde azmettirenin iradesi "devekuşu tutumu"na tekabül etmektedir. Azmettiren, failin suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini işlemesinin olasılık dahilinde olduğunu öngörmesi gereken bir konumda ise bundan sorumlu olacaktır. Bkz. Özkan, **a.g.e.**, s.120. Benzer şekilde, azmettirilenin sınır aşımında bulunmasının "muhtemel addedildiği" hallerde, sınırı aşan kısımdan azmettirenin de olası kastla sorumlu tutulması gerektiği hususunda bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.621.

unsurdan sorumlu tutulamayacaktır. Bu nedenle (A) yalnızca kasten öldürmenin temel şekline azmettiren olarak cezalandırılabilir[923].

Alman öğretisinde de şerikin kastının sadece temel suçun tamamlanmasına yönelik olduğu, ancak failin bir cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirdiği hallerde, şerikin temel suça iştirakten ötürü cezalandırılacağı ifade edilmektedir[924]. Zira azmettiren sadece kendi kastının kapsamında olan fiillerden sorumlu tutulabilir. Somut olayda fail tarafından gerçekleştirilen fiilin, azmettirenin faili gerçekleştirmeye sevk etmek istediği fiilin ötesine geçmesi halinde (*Exzess*), prensip itibarıyla öngörülebilir olmayan bu aşkın kısmın azmettirene yüklenmesi mümkün olmaz[925].

2. Azmettirmenin Özellik Gösterdiği Haller

a. Genel Olarak

Azmettirmenin suç teşkil eden hareketi, bir kimseye belirli bir suçu işleme yönünde kesin bir karar aldırmaktır. Hali hazırda belirli bir suçu işlemeye kesin olarak karar vermiş olan bir kimsenin (*omnimodo facturus*[926]) suça sevk edilmesi, belirli bir suçu işlemeye karar vermiş olan bir kimsenin başka bir suçu işlemeye sevk edilmesi, belirli bir suçu işlemeye karar vermiş olan bir kimsenin o suçun haksızlık içeriği daha hafif veya daha ağır olan şeklini işlemeye sevk edilmesi ve bir kimsenin belirli bir suçu işlemeye devam etmeye sevk edilmesi azmettirmenin özellik gösterdiği haller arasındadır[927]. Bunlardan hangilerinin gerçek anlamda azmettirme teşkil edip hangilerinin ise bir azmettirme hareketi olarak değerlendirilemeyeceğinin ortaya konulması gerekir. Azmettirmenin özellik gösterdiği bu hallerden konumuz itibarıyla

---

[923] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1352.
[924] Helmut Satzger, "Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz", **JURA**, 2008, s.522.
[925] Arnd Koch/Katrin Wirth, "Grundfälle zur Anstiftung", **JuS**, 2010, s.208. Örneğin, hırsızın azmettirenin bilgisi dışında suçun işlenmesi sırasında yanında silah taşıdığı (cezayı artıran nitelikli unsur) hallerde, bir "*Exzeß*"in mevcudiyetinden bahsedilir. Bu nedenle, azmettiren oluşan cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu tutulamaz. Bkz. Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.283.
[926] Latince bir terim olan "*facturus*" bir şey yapmak üzere olan kişi anlamına gelir. Yine Latince bir terim olan "*omnimodo*" ise her halükârda, zaten anlamındadır. Bkz. Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.264. Bu itibarla, *omnimodo facturus*, belirli bir suçu her halükârda (zaten) işleyecek olan kişidir. Bkz. Helmut Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", **JURA**, 2017, s.1169.
[927] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1294vd.

bizi ilgilendiren türü, bir kimsenin aynı suçun haksızlık içeriği daha hafif ya da daha ağır olan şeklini işlemeye sevk edilmesidir. Zira bu tür sevk etme hareketleri, cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlarla oldukça ilintilidir.

b. Aynı Suçun Haksızlık İçeriği Daha Hafif Olan Şeklini İşlemeye Sevk Etme (*Abstiftung*)

Bu durumu öğretide kimi yazarlar "eksilen azmettirme" şeklinde isimlendirmektedir[928]. Ayrıca, Alman öğretisinde "suç işleme kararının hafifletilmesi" ifadesi de kullanılmaktadır. Kanaatimizce başlıkta kullandığımız ifade anlatılmak isteneni net bir biçimde özetlemektedir. Bu halde, belirli bir suçu işlemeye hali hazırda karar vermiş olan bir kimseyi, aynı suçun haksızlık içeriği ve buna bağlı olarak da cezası daha düşük olan şeklini işlemeye sevk etme söz konusudur. Yani fail çoktan işlemeye karar verdiği suçun, daha az ağır olan formunu işlemeye yönlendirilmekte ve bu suretle failin suç işleme kararının ağırlığında hafifleme meydana getirilmektedir. Bunun en önemli görünüm şekli, belirli bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu suç tipini gerçekleştirmeye karar vermiş olan failin, sadece suçun temel şeklini işlemekle yetinmeye sevk edilmesidir. Benzer biçimde fail, cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tipini işlemeye sevk edilmiş de olabilir. Bu suretle, failin suçun daha az ağır olan formunu işlemesine aracılık edilmektedir[929].

Bu gibi hallerde, fail hali hazırda "daha fazlasını" işlemeye kesin suretle karar vermiş olduğundan, teknik anlamda bir azmettirmenin mevcudiyetinden bahsedilemez. En iyi ihtimalle bir manevi yardım etmenin mevcudiyeti gündeme gelebilir. Zira bir suçun daha ağır haksızlık içeriğine sahip olan şeklini (cezayı artıran nitelikli unsurlu suç) işlemeye kesin suretle karar vermiş olan kişi, aynı suçun daha hafif haksızlık içeriğine sahip olan şekli (temel suç) bakımından her halükârda *omnimodo facturus* olarak görülür. Failin, niceliksel olarak daha ağır suçu işlemeye yönelmiş olan kastı, daha hafif ağırlıktaki suçun koşullarını da kapsar[930]. Çoğu içeren

---

[928] Özkan, **a.g.e.**, s.214.

[929] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.39; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.107; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §51 kn.46; Joecks/Jäger, **a.g.e.**, §26 kn.14.

[930] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §41 kn.15; Klaus Geppert, "Die Anstiftung (§26 StGB)", **JURA**, 1997, s.304; Fischer, **a.g.e.**, §26 kn.5; Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §10 kn.124; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, s.323, kn.1297; Hans Kudlich, "Die Abstiftung", **JuS**, 2005, s.592.

evleviyetle azı da içinde barındırır. Suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini işleme kararının ardında, temel suçu işleme kararı da evleviyetle bulunur. Failin temel suçu işleme kararı almasına, onu daha azına sevk eden kişi neden olmamıştır. Bu nedenle suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini işlemeye kesin suretle karar vermiş olan kişiyi bu kararından vazgeçirerek suçun temel şeklini işlemeye yönlendiren kişi azmettiren olarak nitelendirilemez ve suçun temel şekline azmettirmeden dolayı sorumlu tutulamaz[931]. Aynı durum failin suçun cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklini işlemeye sevk edilmesi halinde de geçerlidir. Hatta kanımızca belirli bir suçun temel şeklini işleme kararının ardında, cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklini işleme kararı da evleviyetle mevcuttur. Bu itibarla, temel suçu işlemeye kesin suretle karar vermiş olan bir kimsenin, suçun cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklini işlemeye sevk edilmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Fail tarafından başlangıçta işlenmesi planlanmış olan daha ağır suç karşısında, işlenmiş olan daha hafif suç hukuki ve fiili (olgusal) olarak salt bir "*Minus*" teşkil ediyorsa (cezayı artıran nitelikli unsura kıyasla temel suç böyledir), azmettirme söz konusu olmaz. Zira daha hafif ağırlıktaki suça yönelik olarak, suç işleme kararı meydana getirme suretiyle "karar verdirme"den bahsedilemez. Bunun sebebi, daha azına sevk eden kişi, failin daha ağır suçu işleme kararını etkilemeye başladığında, bu "*Minus*"un hali hazırda failin kastı tarafından kapsanmış olmasıdır. Yani başlangıçtaki cezayı artıran nitelikli unsurlu suçu işleme kararının içerisinde aynı zamanda, bir "*Minus*" olarak temel suçu işleme kararı da bulunur. Örneğin, silahlı yağma ya da tehlikeli bir araç kullanma suretiyle yağma suçunu işlemeye karar vermiş olan kimsenin, suçu silah ya da tehlikeli bir araç kullanmaksızın işlemeye ikna edilmesi, hukuki ve olgusal olarak bir "*Minus*" teşkil eder. Bu gibi hallerde, azmettirmenin mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği hususunda öğretide görüş birliği vardır[932].

Kural olarak bu tür durumlarda bir yardım etmenin mevcudiyetinin kabulü de mümkün değildir. Zira bu hallerde, temel suçun planlandığı şekilde

[931] Rengier, **Strafrecht AT**, §45 kn.43; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1297; Frister, **a.g.e.**, §28 kn.20. Eklenmelidir ki bu sonuca objektif isnadiyet prensibi üzerinden de varılabilir. Zira burada bir riskin azaltılması durumu söz konusudur. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1297.

[932] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1048; Kudlich, "Die Abstiftung", s.592; Günter Heine/Bettina Weißer, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019, §26 kn.10.

gerçekleştirilmesine yardım sağlama durumu da bulunmaz[933]. Bununla birlikte, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçu işlemeye karar vermiş olan faili, aynı suçun daha hafif şeklini işlemeye yönlendiren kişi, faili suçun daha hafif şeklini işlemeye açıkça cesaretlendirirse ya da bu suretle failin suçu işlemesini kolaylaştırmak isterse, temel suça manevi yardım etmenin mevcudiyetinden söz edilmesi mümkündür[934]. Ancak Alman öğretisinde bu gibi hallerde ya objektif isnadiyet prensibi kapsamında ya da bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti çerçevesinde değerlendirmede bulunularak, faili daha azına sevk eden kişinin yardım eden olarak cezalandırılması da önlenmektedir.

Buna göre öğretide, faili cezayı artıran nitelikli unsuru işlemekten vazgeçirip temel suça yönlendiren kişinin, suç işleme kararını kuvvetlendirme nedeniyle manevi yardım etme kapsamında cezalandırılmaması, bir objektif isnadiyet prensibi olan riskin azaltılması ile izah edilmektedir. Zira şerik gerçekleştirdiği hareketle, mağdur için söz konusu olan zarar riskini hafifletmiştir. Şerikin hareketinde dolaylı bir hukuki değer saldırısı mevcut değildir[935]. Şerik bu hareketiyle hukuki açıdan kınanan (tasvip edilmeyen) bir tehlike yaratmamaktadır. Bu nedenle korunan hukuki değerlerin durumu kötüleştirilmemekte, aksine iyileştirilmektedir[936]. Hukuki değere zarar verme riski, yardım etme hareketi ile hafifletildiği sürece, bu hareketi icra eden kişiye yardım etmeden ileri gelen sorumluluğun objektif olarak yüklenmesi mümkün olmaz[937].

Örneğin, hasmını bir beysbol sopası ile dövmeye karar vermiş olan fail, planladığı gibi suçu işlerse, tehlikeli bir alet vasıtasıyla kasten yaralama suçunu işlemiş olacağından cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirecektir (Alman CK §224/1 Nr.2). Ancak, tesadüfen karşılaştığı arkadaşı (A)'ya durumu anlatması üzerine, (A) faile suçu sadece yumruklarını kullanarak işlemesini tavsiye ederse ve fail, (A)'yı dinlerse, (A) kasten yaralamanın temel şeklini gerçekleştirmeye azmettiren olarak sorumlu tutulamaz. Zira hali hazırda cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten yaralama suçunu işlemeye karar vermiş olan fail bu konuda *omnimodo facturus*'tur. (A)'nın

[933] Frister, **a.g.e.**, §28 kn.20.
[934] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1297.
[935] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §41 kn.15; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.185; Geppert, "Die Anstiftung (§26 StGB)", s.304; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §26 kn.10; Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207.
[936] Geppert, "Die Anstiftung (§26 StGB)", s.304.
[937] Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1176.

kasten yaralamanın temel şekline, suç işleme kararını kuvvetlendirme suretiyle manevi yardım eden olarak sorumlu tutulması da mümkün değildir. Zira (A)'ya riski azaltan davranışlarının objektif olarak isnat edilebilmesi mümkün olmaz[938].

Fail sadece suçun daha ağır şeklini işlemekten caydırılmamış, bunun yanı sıra ayrıca suçun daha hafif şeklini işlemeye teşvik edilerek suçun bu şekli fail için çekici hale getirilmiş de olabilir. Bu halde bir yandan failin hali hazırda işlemeye karar verdiği daha ağır suç bakımından, mağdurun korunan hukuki değerleri için zarar riski (tehlike yoğunluğu) hafifletilmekte, öte yandan ise bununla eş zamanlı olarak failin suçun daha hafif şeklini işleme rizikosu (olasılığı) kuvvetlendirilmektedir. Örneğin suçun daha hafif işleniş şeklinin daha fazla başarı vadettiğinin ileri sürüldüğü hallerde durum böyledir. Bu gibi hallerde prensip olarak daha hafif haksızlık içeriğine sahip olan suça manevi yardım etmenin mevcudiyeti kabul edilir[939]. Bu durumda, riskin azaltılması nedeniyle manevi yardım etmeden ötürü cezalandırmanın objektif isnadiyet prensibi çerçevesinde ortadan kalkması mümkün değildir. Zira bu halde zarar riski azaltılsa da suçun işlenme riski yükseltilmektedir[940].

Bu tür telkinlerin faili hali hazırda vermiş olduğu suçun daha ağır şeklini işleme kararından vazgeçirmek, bu suretle de mağduru ağır bir ihlalden korumak için tek çare olduğu hallerde, istisnai bir şekilde, bu telkinlerde bulunan kişinin hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinden (Alman CK §34) yararlanabileceği ifade edilmektedir. Bu kapsamda bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için, failin daha ağır varyasyonu işleme tehlikesinin başka bir şekilde engellenebilir olmaması gerekir. Böylelikle faili suçun daha hafif şeklini işlemeye sevk eden şerikin manevi yardım etme teşkil eden davranışı hukuka uygun hale gelecektir[941].

Bu itibarla, oluşa göre haksızlık içeriği daha hafif olan (temel) suça manevi yardım etme ya riskin azaltılması nedeniyle kişiye objektif olarak isnat edilemeyecek ya da (hukuka uygunluk sebebi teşkil eden) zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun

---

[938] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.887. Benzer bir örnek için bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.39.
[939] Geppert, "Die Anstiftung (§26 StGB)", s.304-305; Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207-208; Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1176.
[940] Kudlich, "Die Abstiftung", s.593.
[941] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.185; Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.208; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, s.323, kn.1297; Geppert, "Die Anstiftung (§26 StGB)", s.305.

hale gelecektir. Esasen böyle bir kabulde bulunulması bir gereklilik olarak ortaya çıkar. Zira aksi halde, aktif hareketlerle failin suç işleme kararını hafifleterek daha büyük bir haksızlığın gerçekleşmesini engelleyen kişi, hareketsiz kalan (bu nedenle de cezalandırılmayan) kişiye kıyasla daha kötü bir duruma sokulur[942]. Oysa hukuki değer lehine hareket ederek daha azına sevk eden kimse, daha ağır haksızlığın gerçekleşmesine izin verdiği halde cezasız kalan kimseden kötü duruma sokulamaz[943].

c. Aynı Suçun Cezayı Artıran Nitelikli Unsurlarını da İşlemeye Sevk Etme (*Aufstiftung*[944])

(1) Genel Olarak

Bu durumu öğretide kimi yazarlar "eklenen azmettirme" şeklinde isimlendirmektedir[945]. Kanımızca "daha fazlasına azmettirme (sevk etme)" isimlendirmesinin kullanılması da mümkündür. Ancak bu durumu en net şekilde başlıkta kullanılan ifade açıklamaktadır. Azmettirmenin bu özel beliriş şekli Alman öğretisinde en tartışmalı olan azmettirme türüdür. Baskın görüşe göre, bu halde belirli bir suçu işlemeye hali hazırda karar vermiş olan kimseyi, aynı suçun haksızlık içeriği ve cezası daha ağır şeklini işlemeye gerçek anlamda azmettirme söz konusudur. Esasında bu suretle faile, yalnızca suçun cezayı artıran nitelikli unsurlarına yönelik ek bir suç işleme kararı aldırılır[946]. Yani "*Abstiftung*" ve "*Aufstiftung*" hallerinde, failin başlangıçta kesin suretle vermiş olduğu belirli bir suçu işleme kararı mevcut olmaya devam eder. Ancak bu kararın kapsamı, "azmettirenin" tesiri ile cezayı artıran nitelikli unsurun icrasına sevk etme hallerinde genişletilirken, cezayı artıran nitelikli unsurun icrasından caymaya sevk etme hallerinde ise daraltılır[947].

---

[942] Rengier, **Strafrecht AT**, §45 kn.43; Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1176.
[943] Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207.
[944] Alman öğretisinde bu kurumu ifade etmek üzere genellikle "*Aufstiftung*" terimi kullanılmaktadır. Ancak aynı anlama gelecek şekilde tek tük de olsa "*Hochstiftung*" ya da "*Übersteigerung*" terimlerinin kullanıldığı da görülmektedir. Bkz. Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207; Satzger, "Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz", s.515.
[945] Özkan, **a.g.e.**, s.215.
[946] Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.265; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §41 kn.13; Kaspar, **a.g.e.**, s.411; Winrich Langer, "Ein Streit unter Nachbarn", **JURA**, 2003, s.137.
[947] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.180; Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s. 277.

Örneğin, fail bir mağazadan bilgisayar çalmak istemektedir. Yola koyulmak istediği sırada, karısı faili emniyet amaçlı yanında bir silah da bulundurmaya ikna eder. Fail mağazadan iki bilgisayar çalar. Engel olan kimseyle karşılaşmadığından silahını kullanmaya da ihtiyaç duymaz. Bu olayda, fail hali hazırda hırsızlığın temel şeklini işlemeye karar vermiştir. Ancak karısı, faili bunun ötesinde hırsızlığın bir cezayı artıran nitelikli unsurunu (yanında silah bulundurarak hırsızlık) da gerçekleştirmeye sevk etmiştir. Fail hırsızlık suçunu işlemeye hali hazırda kesin suretle karar verdiğinden, bu suç bakımından *omnimodo facturus*'tur ve karısı tarafından bu suça azmettirilmesi artık mümkün değildir. Ancak failin karısı tarafından suçun cezasını artıran nitelikli unsurunu işlemeye sevk edilmesinin hukuki olarak nasıl çözümlenmesi gerektiği tartışmalıdır[948].

Faili aynı suçun daha ağır şeklini işlemeye sevk eden kişinin teknik anlamda azmettiren olarak görülüp görülemeyeceğinin ortaya konulması gerekir. Faile suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu da gerçekleştirme kararı aldıran kişinin cezalandırılması gerekip gerekmediğine, cezalandırılacaksa ne suretle cezalandırılması gerektiğine ve bunun gerekçesine ilişkin Alman öğretisinde farklı teoriler bulunmaktadır. Bu teoriler, cezayı artıran nitelikli unsur teorisi (*Qualifikationstheorie*), değersizlik artırımı teorisi (*Unwertsteigerungstheorie*), esaslılık teorisi (*Wesentlichkeitstheorie*) ve yardım etme teorisi (*Beihilfetheorie*) şeklinde sıralanabilir.

(2) Cezayı Artıran Nitelikli Unsur Teorisi (*Qualifikationstheorie*)

Bu teori, hali hazırda bir suçun temel şeklini işlemeye kesin suretle karar vermiş olan faili, o suçun cezayı artıran bir nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye sevk eden kişinin, daima bir bütün olarak cezayı artıran nitelikli unsurlu suça azmettirmeden sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürer[949]. Zira nitelikli unsur teorisine göre, bir cezayı artıran nitelikli unsurun eklenmesi suretiyle suçun kimliği değiştirilir. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suç, bağımsız bir haksızlık birliği teşkil eder. Yoksa yalnızca

[948] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1298; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.35.
[949] Fischer, **a.g.e.**, §26 kn.5; Langer, **a.g.e.**, s.137; Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.293; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, s.324-325, kn.1299. Bu teorinin isimlendirmesi için bkz. Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.207.

bir haksızlık fazlalığından ibaret değildir. Bu itibarla, bir cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmeye sevk edilen kişi, salt ayrılabilir bir haksızlık fazlalığı meydana getirmiş olmaz. Aksine suçun hüviyetini de değiştiren bir haksızlık değişikliği meydana getirir. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suç, temel suça ve nitelikli unsura ait haksızlık parçalarının toplamından ibaret olmayıp, müstakil bir haksızlık birliği teşkil eder[950].

Bu görüş, cezayı artıran nitelikli unsurun temel suçtan ayrılamayacağı düşüncesine dayanır. Buna göre, cezayı artıran nitelikli unsur ile temel suç birbirine yeni bir birlik teşkil edecek şekilde bağlanır. Bu birlik içerisindeki haksızlık parçaları artık birbirinden ayrılamaz. Temel suçtan nitelikli unsura geçilmesiyle birlikte hem suçun haksızlık içeriği artar hem de bu haksızlık içeriğinde niteliksel bir değişiklik meydana gelir[951]. Yani temel suç ile cezayı artıran nitelikli unsurlu suç ayniyet arz etmez. Nitelikli unsurun eklenmesi suretiyle temel suçta bir değişiklik meydana gelir. Bu nedenle, faili cezayı artıran nitelikli unsuru da gerçekleştirmeye sevk eden kişi, bu yeni suçun azmettireni olarak cezalandırılır. Failin hali hazırda temel suçu işlemeye zaten karar vermiş olması, faili cezayı artıran nitelikli unsuru da işlemeye sevk eden kişinin, suçun bütününe azmettiren olarak sorumlu tutulmasını engellemez[952].

Nitelikli unsur teorisinin savunucularına göre, bir *aliud* (başka bir suç) ve cezayı artıran nitelikli unsur arasında bulunan eşik, yeknesak maddi kriterlere göre belirlenmez. Aksine bu eşik çoğunlukla belirsiz, tartışmalı, kanun koyucudan ileri

---

[950] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1299; Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.207; Langer, **a.g.e.**, s.137; Tillmann Bartsch/Toni Böhme/Hauke Brettel, "Referendarexamensklausur: Die Wahrheit liegt (nicht nur) auf dem Platz", **ZJS**, 2015, s.428; Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207. Cezayı artıran nitelikli unsur, haksızlık tabanına yapılan bir eklemeden ve izole edilmiş bir haksızlık artışından ibaret değildir. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suç tipi, temel suç tipinin haksızlığına ve buna eklenen haksızlık bileşenlerine indirgenemez. Aksine niteliksel olarak başka bir haksızlık teşkil eder. Bkz. Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1178.

[951] Rengier, **Strafrecht AT**, §45 kn.38; Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207; Geppert, "Die Anstiftung (§26 StGB)", s.305.

[952] Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.293. Bu düşünceye göre, failin suç işleme kararında meydana getirilen değişiklik başka bir suçun (*aliud*) işlenmesine yol açar. Bu nedenle de bir azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü gerekir. Bkz. Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.281.

gelen tesadüflere ya da tarihi şartlara bağlıdır. Bu nedenle, başka bir suça sevk etme ile nitelikli unsura sevk etmeye farklı hukuki sonuçlar tanınmamalıdır[953].

Nitelikli unsur teorisine göre, failin ilk başta işlemeyi planladığı suçun, cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye sevk edilmesi halinde esaslı bir haksızlık artışı ortaya çıkar. Bu teori, daha fazlasına azmettirenin etkisiyle gerçekleşen haksızlık artırımının esaslı olup olmadığının tayini bakımından kanun hükümlerini dayanak almaktadır. Bu suretle, teorinin hukuki güvenliği teminat altına alan bir çözüm sunduğu ifade edilmektedir[954]. Bu teoriye göre, failin hali hazırda temel suçu gerçekleştirmeye karar vermiş olması, yani failin suç işleme kararının kapsamında hali hazırda daha düşük bir haksızlık kademesinin bulunması, cezanın belirlenmesi aşamasında yeteri kadar dikkate alınabilir. Zira failin hali hazırda temel suçu işlemeye karar vermiş olması, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça azmettiren olarak cezalandırılacak kişi için daha hafif bir cezaya layık olma durumu yaratır[955].

Özetle bu teoride ileri sürülen tez, temel suça ait haksızlık içeriği ile cezayı artıran nitelikli unsura ait haksızlık içeriğinin ayrılamayacağı ve bu ikisinin bileşiminden cezayı artıran nitelikli unsurlu suç şeklinde adlandırılan kendine özgü bir haksızlık birliğinin meydana geldiği yönündedir. Bu nedenle temel suçu ayırarak şerikin sadece cezayı artıran nitelikli unsura azmettirmeden sorumlu tutulması mümkün olmaz. Bütünüyle cezayı artıran nitelikli unsurlu suça azmettirmeden sorumlu tutulması gerekir.

Bu görüşle ulaşılan çözüme öğretide çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Bunlardan ilki, cezayı artıran nitelikli unsurun suçun değersizlik içeriğinde sadece cüzi bir artış meydana getirdiği hallerde, faili daha fazlasına sevk edenin ölçüsüz şekilde yüksek bir ceza ile karşı karşıya bırakılacağıdır. Azmettirmeyi düzenleyen genel hükümde bu gibi haller için cezada bir indirim olanağı da öngörülmemiştir. Bir diğer eleştiri noktası bu teoriyle, azmettirenin kendisinin sorumlu olmadığı haksızlık bileşenleri (örn. temel

[953] Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.208.
[954] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.886; Tamina Preuß, "Ein folgenschwerer Gegenschlag", **JURA**, 2019, s.668; Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1178.
[955] Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1178; Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207; Preuß, **a.g.e.**, s.668.

suçu işleme kararı) için de suçlanmasıdır. Son olarak, bu teoride ifade edildiği gibi, temel suç ve cezayı artıran nitelikli unsur gerçekten yapısal olarak farklı olsalardı, faili suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini işlemekten vazgeçiren kişinin de temel suça azmettirmeden dolayı cezalandırılması gerekirdi[956].

(3) Değersizlik Artırımı Teorisi (*Unwertsteigerungstheorie*)

Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da savunulan görüşlerden biri olan değersizlik artırımı teorisine göre, hali hazırda bir suçun temel şeklini işlemeye kesin suretle karar vermiş olan faili, suçun cezayı artıran bir nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye ikna eden kişi, böylelikle failin ilk başta işlemeyi planladığı suçun değersizliği (haksızlık içeriği) somut olarak önemli ölçüde artırılmışsa, nitelikli unsurlu suça azmettirmeden dolayı cezalandırılabilir. Genellikle temel suçtan cezayı artıran nitelikli unsurlu suça geçiş yapıldığı hallerde, suçun haksızlık içeriği önemli ölçüde artar. Bu geçiş somut bir değersizlik artışının mevcudiyeti lehine bir işaret teşkil eder[957]. Bu halde, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun faili olan kişi, *omnimodo facturus* olarak görülmez[958].

Değersizlik artırımı teorisinin esasını, failin sevk edildiği "daha fazlası"nın, fail tarafından başlangıçta işlenmesi planmış olan suçun değersizlik içeriğini somut bir şekilde yükseltmesi oluşturur. Bu durumda daima başka bir suçun ve bu suça azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü gerekir. Yani suçun ayniyeti sadece haksızlık artırımı maddi kriterine göre belirlenir[959]. Bu itibarla bir daha fazlasına sevk etmenin mevcudiyetinin tespitinde, failin başka bir suç tipini ya da bir cezayı artıran nitelikli

---

[956] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1299.

[957] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1300; Rengier, **Strafrecht AT**, §45 kn.38; Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.279. Bu isimlendirme için bkz. Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.209. Aynı anlamda kullanılan "sentetik anlayış (düşünce) teorisi" (*Theorie von der synthetischen Konzeption*) isimlendirmesi için bkz. Knut Amelung/Gerhard Boch, "Hausarbeitsanalyse – Strafrecht: Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger", **JuS**, 2000, s.266-267. Örneğin Alman Fedaral Yüksek Mahkemesi, hali hazırda yağma suçunun temel şeklini işlemeye karar vermiş olan faili, suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu (Alman CK §250/1 Nr.1: örn. yanında silah ya da sopa bulundurma) da gerçekleştirmeye ikna etmeyi, cezayı artıran nitelikli unsurlu yağmaya azmettirme olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, bu suretle suçun değersizlik içeriğinin önemli ölçüde yükseltilmiş olması, bu kabulün dayanağını oluşturur. Zira bir kimseye yumruk yerine sopa ile saldırılması, önemli ölçüde yüksek bir yaralama riski meydana getirir. Bkz. Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.267; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.181; Preuß, **a.g.e.**, s.668.

[958] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.37.

[959] Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.209-210; Isabel Wendeburg, "Guter Rat ist teuer", **JA**, 2017, s.30.

unsuru işlemeye sevk edilmiş olup olmamasına bakılmaz. Sadece suçun değersizlik içeriğinin, başlangıçta işlenmesi planlanmış olan suça kıyasla önemli ölçüde yükseltilmiş olup olmadığına bakılır. Değersizlik artırımı teorisinin savunucularına göre, cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmiş olması, daha fazlasına azmettirmenin mevcudiyeti bakımından belirleyici faktör değildir. Bu durum, önemli bir haksızlık artışının mevcudiyetine sadece işaret etmektedir[960].

Bu teoriye göre, cezayı artıran nitelikli unsurlu suç ile temel suçun aynı olup olmadığı ayrımının haksızlık içeriği maddi kriterine göre yapılması gerekir[961]. Bu itibarla, fail temel suç yerine cezayı artıran nitelikli unsurlu suçu işlemeye sevk edilmiş olsa bile, failin suç işleme kararını ağırlaştıran şerikin isteği, yalnızca cüzi bir haksızlık artırımı meydana getiriyorsa, şerikin azmettirmeden ötürü mahkûm edilmesi, ölçüsüz derecede yüksek bir ceza verilmesine yol açar[962]. Zira bu durumda suçun ayniyetinde bir değişiklik meydana gelmez.

Öte yandan, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, değersizlik artırımı teorisinden hareketle, cezayı artıran nitelikli unsur gerçekleştirilmemiş bile olsa, suç işleme kararının ağırlaştırılması nedeniyle, aynı suç tipi içerisinde failin işlediği suçun haksızlık (değersizlik) içeriği önemli ölçüde yükseltilmişse, azmettirmenin mevcudiyetini kabul etme eğilimindedir[963]. Örneğin, hasmına tokat atmaya karar vermiş olan failin, tokat yerine tehlikeli bir şekilde yumruk atmaya sevk edilmesi, 100 TL çalmaya karar vermiş olan failin 200 TL ya da daha fazla çalmaya ikna edilmesi, kasten yaralamanın bir cezayı artıran nitelikli unsurunu işlemeye karar vermiş olan failin, aynı fıkra içerisinde bulunan başka bir cezayı artıran nitelikli unsuru daha

---

[960] Bartsch/Böhme/Brettel, **a.g.e.**, s.428; Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1177. Haksızlık içeriğinde ufak bir değişikliğin meydana geldiği hallerde, suçun ayniyeti değişmez. Genellikle cezayı artıran nitelikli unsurlu suçlarda, haksızlık kademesi temel suça kıyasla oldukça yüksektir. Temel suça, cezayı artıran nitelikli unsurların eklenmesi yoluyla meydana getirilen haksızlık artışının tali öneme haiz olması nadirdir. Bkz. Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.291. Genellikle zamanla ilgili cezayı artıran nitelikli unsurlar temel suçun haksızlık içeriğinde önemsiz bir artış meydana getirir. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, bir cezayı artıran nitelikli unsur olarak kişinin hürriyetinin bir haftadan fazla kısıtlanmasının aranması hali böyledir. Bkz. Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.292.

[961] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1300.

[962] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1047; Rengier, **Strafrecht BT-I**, §7 kn.50.

[963] Preuß, **a.g.e.**, s.668; Kaspar, **a.g.e.**, s.411; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.107. Ancak, aynı suç tipi içerisindeki haksızlık artırımının ne zaman önemli kabul edilebileceği belirsizdir. Bkz. Kaspar, **a.g.e.**, s.411.

işlemeye yönlendirilmesi hallerinde durum böyledir. Bu gibi hallerde failin kastında (niteliksel bir değişiklik değil) sadece niceliksel bir değişiklik meydana getirilir. Zira failin işlemeye sevk edildiği fiil, başlangıçta gerçekleştirmeye karar verdiği suç tipinin içerisinde kalmaya devam etmektedir. Fail aynı suç tipi içerisinde, daha ağır bir haksızlığı işlemeye sevk edilmektedir. Bunlar suç işleme kararı verdirilmesi hususunda bir etkiye haiz olmayıp sadece cezanın belirlenmesi sahasında dikkate alınması gereken hususiyetlerdir. Bu nedenle öğretide kimi yazarlarca, faili bu tür varyasyonlara sevk edenin yalnızca yardım eden olarak cezalandırılmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir[964].

Değersizlik artırımı teorisine yöneltilen temel eleştiri, bir cezayı artıran nitelikli unsurun mevcudiyeti halinde haksızlığın ne zaman önemli ölçüde artırılmış olacağı, ne zaman ise önemli ölçüde artırılmış olmayacağı hususunda makul bir değerlendirme ölçütünün bulunamamasıdır. Gerçekten bu soruya tatminkâr bir cevap verilmesi oldukça zordur. Bu nedenle, değersizlik artırımı teorisi üzerinden yapılacak sınıflandırmalar keyfilik arz eder. Bu eksikliği nedeniyle değersizlik artırımı teorisi hukuk güvenliğini temin eden bir çözüm sunamaz[965].

(4) Esaslılık Teorisi (*Wesentlichkeitstheorie*)

Öğretinin bir kısmı tarafından savunulan esaslılık teorisi, değersizlik artırımı teorisi ile oldukça benzerdir. Bu teoriye göre, hali hazırda bir suçun temel şeklini işlemeye kesin suretle karar vermiş olan faili, suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu da gerçekleştirmeye azmettiren kişinin, bu suretle suçta esaslı bir değişiklik meydana

---

964 Rengier, **Strafrecht AT**, §45 kn.41; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.184; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.38; Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207. Örneğin, failin iki yerine üç yumruk atmaya ya da hafif vurmak yerine sert vurmaya sevk edilmesi hallerinde de durum böyledir. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.886.

965 Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.886; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1300; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.184; Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1178. Suç işleme kararında sadece küçük bir artırıma yol açılmasının, işlenmesi planlanan suçu, temel suçtan cezayı artıran nitelikli unsurlu suça yükselttiği hallerde, önemlilik unsurunda tereddüt ortaya çıkar. Bkz. Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.280. Örneğin, bir mağazayı soymaya karar vermiş olan kocasını, yanına bir de silah almaya ikna eden kadının, azmettiren olarak cezalandırılabilmesi için silahlı hırsızlığın suçun haksızlık içeriğini, silah olmaksızın mağazaya zorla girme suretiyle işlenen hırsızlığa kıyasla somut olarak yükseltmiş olması gerekir. Ancak bunun net bir şekilde takdiri mümkün değildir. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1300.

getirilmişse, bir bütün olarak nitelikli suça azmettirmeden sorumlu tutulması gerekir[966].

Bu teoride, suçun ayniyetinin tespitinde nedensellik kurallarından istifade edilir. Haksızlık içeriğinden bağımsız olarak, cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştirilmiş olmasının temel suça kıyasla esaslı bir sapma teşkil edip etmediğinin araştırılması gerekir. Eğer failin sevk edildiği nitelikli unsur nedensel akıştan sapmaya ilişkin kurallara göre esaslı değilse (önemsizse) suç ayniyet arz eder. Bu halde azmettirmenin kabulü mümkün olmaz. Buna karşılık, failin sevk edildiği nitelikli unsur nedensel akıştan esaslı bir sapma teşkil ediyorsa başka bir suç vardır. Bu durumda azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü gerekir[967]. Görüldüğü gibi, bu teoriye göre azmettirmenin mevcut olup olmadığının tespitinde failin suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye sevk edilmesi belirleyici değildir.

Bu teorinin savunucularına göre, örneğin yağma suçunun temel şeklini işlemeye karar vermiş olan faili, suçun işlenmesi sırasında yanında bir silah ya da sopa bulundurmaya ikna eden şerik, cezayı artıran nitelikli unsurlu yağma suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulamaz. Zira failin yağmanın işlenmesi sırasında yanında bir silah ya da sopa bulundurması suçun icrası bakımından esaslı olmayan bir değişiklik olarak görülür. Bu nedenle, faili yanında silah ya da sopa bulundurmaya sevk eden şerikin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekir[968].

Bu görüşe yöneltilen temel eleştiri de değersizlik artırımı teorisine yöneltilen eleştiri ile benzerlik arz eder. Buna göre, failin bir cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmeye sevk edilmesi halinde, temel suçtan sapmanın ne zaman esaslı olacağı ne zaman ise esaslı olmayacağı hususunda makul bir değerlendirme ölçütü bulunmamaktadır. Bu nedenle esaslılık teorisi üzerinden yapılacak ayrımlar rasyonel olamayacağından keyfilik arz edecektir[969].

---

[966] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1301; Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.211; Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.287. Esaslılık kriterine nedensellik bağı ile ilinti olan problemlerin çözümünde de başvurulur. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1301.
[967] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1301; Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.211.
[968] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.183; Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.211. gerekir.
[969] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1301; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.184.

(5) Yardım Etme Teorisi (*Beihilfetheorie*)

Bu teori Alman öğretisinde kimi yazarlarca "yardım etme teorisi" olarak adlandırılırken, kimi yazarlarca ise "*aliud* teorisi" şeklinde isimlendirilmektedir[970]. Yardım etme teorisi, yukarıdaki teorilerde önerilen suçun bütününe azmettirme çözümüne, bu suretle şerike doğrudan kendi sevk etme hareketinden kaynaklanmayan bir haksızlık parçasının da yüklenmiş olacağı gerekçesiyle karşı çıkar. Zira şerike kendi yönlendirmesinden kaynaklanmayan bir haksızlık parçasının isnat edilmesi kusur prensibiyle bağdaşmaz[971].

Öğretide yayınlık kazanmaya başlayan azınlık görüşü olan yardım etme teorisine göre, hali hazırda bir suçun temel şeklini işlemeye kesin suretle karar vermiş olan faili, suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye ikna eden kişinin, bu cezayı artıran nitelikli unsura azmettirmeden dolayı sorumlu tutulması mümkün olmaz. Zira hali hazırda suç işlemeye karar vermiş olan bir kimsenin salt "daha fazlasına" (*Mehr*) azmettirilmesi mümkün değildir. Değersizlik artırımları daima, bir azmettirmeden bahsedilebilmesi için mevcudiyeti şart olan suç işleme kararı meydana getirmenin gerisinde kalır. Hali hazırda bir suçu işlemeye karar vermiş olan kişi sadece "başka bir suça" (*aliud*)[972] azmettirilebilir. Azmettirmenin mevcudiyeti için, azmettirenin suçun bütünü bakımından bir suç işleme kararı meydana getirmesi gerekir. Oysa cezayı artıran nitelikli unsurlu suç, içerisinde failin hali hazırda işlemeye kesin suretle karar vermiş olduğu temel suçu da barındırmaktadır. Artırılmış bir haksızlığı işlemeye yönlendirme, failin hali hazırda kesin suretle vermiş olduğu esas suçu işleme kararını değiştirmez. Benzer şekilde, salt artırılmış bir haksızlığı işlemeye yönlendirme, bir suç işleme kararı aldırma hüviyetinde de değildir. Bu sebeple azmettirme ancak bir suçun

---

[970] Bartsch/Böhme/Brettel, **a.g.e.**, s.428; Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.208. Bu teori için kullanılan bir diğer isimlendirme ise "analitik ayırma prensibi teorisi (*Theorie von analytischen Trennungsprinzip*)" şeklindedir. Bkz. Amelung/Boch, **a.g.e.**, s.267; Preuß, **a.g.e.**, s.668; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.886.

[971] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.183; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.886; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §26 kn.9; Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.208.

[972] Latince bir terim olan "*aliud*", "başka şey" anlamına gelmektedir. Bkz. Belgin Erdoğmuş, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s.10. *Aliud* ilişkisi, başkalık ilişkisi olarak adlandırılır. İki şey arasında ortak bir bileşenin bulunmadığını, bunların birbirinden bütünüyle farklı içeriğe sahip ayrı yapılar olduğunu ifade eder. Bkz. Keçelioğlu, **a.g.e.**, s.37-39.

temel şeklini işlemeye henüz kesin suretle karar vermemiş kişiler için söz konusu olabilir[973].

Bu görüşün savunucularına göre, temel suç ile cezayı artıran nitelikli unsurlu suç esasında aynı suçlardır. Suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş olan failin, cezayı artıran nitelikli unsuru da işlemeye sevk edilmesi halinde, suçun ayniyetinde ve hukuki değer ihlalinin çekirdeğinde bir değişiklik meydana gelmez. Bu özdeşlik suçun bütününe azmettirme kabulünde bulunulabilmesinin önüne geçer[974]. Ayrıca, azmettirmeye ilişkin genel hükümde bir ceza hafiflemesi öngörülmediğinden, suçun bütününe azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü ölçüsüz derecede yüksek cezaya yol açar[975].

Yardım etme teorisi, hali hazırda verilmiş olan suç işleme kararını ayrı tutar ve sadece bu suç işleme kararının cezayı artıran nitelikli unsura yönlendirilmiş olan parçasını "azmettiren" vasıtasıyla neden olunmuş olarak görür. Sadece bu parça bakımından bir azmettirmenin mevcudiyetini kabul eder. Tabi ki bunun için cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden bu kısmın, müstakil olarak da cezalandırılabilen bir suç olması gerekir. Yani bu görüş, azmettiren olarak cezalandırılabilirliği failin işlemeye henüz karar vermemiş olduğu suç parçası ile sınırlar ve bu suç parçasının kendi başına bir suç tipini gerçekleştirmesini şart koşar. Örneğin failin gerçekleştirmeye karar verdiği hırsızlık suçunu, yanında bir tabanca taşıyarak işlemeye (cezayı artıran nitelikli unsur) sevk edilmesi halinde durum böyledir. Bu halde faili tabanca taşımaya sevk eden kimse, yetkisiz silah taşımaya ilişkin müstakil suça (*WaffG* §52/1 Nr.1) azmettiren olarak cezalandırılabilir. Cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlık suçu bakımından ise, bu kişinin sadece yardım eden olduğunun

---

[973] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §41 kn.14; Rengier, **Strafrecht AT**, §45 kn.37; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.183; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.36; Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §10 kn.121; Preuß, **a.g.e.**, s.668. Faili nitelikli unsuru gerçekleştirmeye sevk eden kişinin bu hareketi sadece ek olarak meydana getirilen suç parçasına azmettirme anlamı taşır. Bkz. Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.209.

[974] Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.281-282, 285; Amelung/Koch, **a.g.e.**, s.267. Haksızlık içeriğinde meydana getirilen değişikliğin suçun ayniyetini etkilemediği bu gibi hallerde, azmettiren olarak sorumluluk gündeme gelmez. Bkz. Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.291.

[975] Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.209.

kabulü gerekir[976]. Faili suçu yanında silah taşıyarak işlemeye sevk eden kişi, cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa azmettiren olarak cezalandırılsaydı, kendi hareketinden kaynaklanmayan haksızlık parçasından (yani hırsızlığın temel şekline azmettirmeden) da sorumlu tutulmuş olurdu. Oysa bir kimseye kendi eylemlerinden kaynaklanmayan bir haksızlığın yüklenmesi mümkün değildir[977].

Benzer şekilde, örneğin hali hazırda hırsızlık suçunun temel şeklini işlemeye karar vermiş olan faili, (A) hırsızlığı bir konuta zorla girme suretiyle işlemeye sevk eder. Hırsızlığın bir konuta zorla girme suretiyle işlemesi kanunda cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Ancak bu telkin aynı zamanda kanunda müstakil bir suç olarak düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçunun da oluşumuna yol açar. Bu nedenle, hırsızlık suçunun bir konuta zorla girme suretiyle işlenmesi yönünde yaptığı yönlendirme nedeniyle (A), bu teoriye göre, ancak konut dokunulmazlığını ihlal suçuna azmettiren olarak cezalandırılabilir[978].

Bu görüşe göre, cezayı artıran nitelikli unsur, (pek çok halde olduğu gibi) cezalandırılabilirliğini temel suçtan aldığı müddetçe, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçu işlemeye azmettirmeden bahsedilemeyecektir. Bu gibi hallerde, yalnızca suçun bütününe manevi yardım eden olarak cezalandırma, şerikin meydana getirdiği haksızlık bakımından daha adil olacaktır[979]. Zira bu suretle şerik, yardım etmeden ileri gelen mecburi ceza hafiflemesinden istifade edebilecektir. Bu şekilde belirlenecek olan ceza, faili daha fazlasına sevk etme halleri için yeterlidir. Bu teori üzerinden yapılan çözümlemede, faili daha ağır suçu işlemeye sevk eden şerik, işlenen suça en

[976] Buna karşılık, failin hırsızlık suçunu işlemesi sırasında yanında bir sopa taşımaya (cezayı artıran nitelikli unsur) sevk edilmiş olması halinde, faile yanında sopa taşıma kararı aldıran kişi, sadece cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığa yardım eden olarak cezalandırılabilir. Zira bir kimsenin bir suçu işlemesi sırasında yanında sopa taşıyor olması müstakil olarak cezalandırılan bir suç teşkil etmemektedir. Bkz. Koch/Wirth, **a.g.e.**, s.207.

[977] Frister, **a.g.e.**, §28 kn.18; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §51 kn.40; Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §10 kn.121-122; Wendeburg, **a.g.e.**, s.30; Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1177; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, s.327-328, kn.1302; Joecks/Jäger, **a.g.e.**, §26 kn.15.

[978] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.36.

[979] Heine/Weißer, **a.g.e.**, §26 kn.9; Amelung/Boch, **a.g.e.**, s.267; Preuß, **a.g.e.**, s.668; Stree, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", s.281.

azından yardım eden olarak cezalandırılacağı için önemli cezalandırma boşlukları da doğmaz[980].

Zamansal olarak temel suça azmettirme imkanının kalmadığı hallerde, tabiatıyla bu suçun cezayı artıran nitelikli unsuruna azmettirme imkânı da bulunmaz. Örneğin, bir kimseyi yumruklarıyla döverek cüzdanını almaya karar vermiş olan faili, suçu yumruklarıyla değil de muşta ile işlemeye ikna eden kişi azmettiren değildir. Zira yağma suçunun muşta ile işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eder. Bu nedenle, faile suçu muşta ile işleme kararı aldıran kişi, silahlı (cezayı artıran nitelikli unsurlu) yağma suçuna yalnızca manevi yardım eden olarak sorumlu tutulur[981]. Kimi yazarlara göre ise bu halde ayrıca, cezayı artıran nitelikli unsurlu (tehlikeli alet vasıtasıyla suçun işlenmesi) yaralama suçuna azmettirme de söz konusudur. Bu nedenle, cezayı artıran nitelikli unsurlu yağmaya manevi yardım etme ile cezayı artıran nitelikli unsurlu yaralamaya azmettirmenin fikri içtima ilişkisi içerisinde işlendiğinin kabulü gerekir[982].

Öğretide bu teoriye karşı da önceki teorilere yapılan eleştirilere benzer şekilde, bir "daha fazlası" ile *aliud* (başka suç) arasındaki sınırın net bir şekilde çizilmesinin mümkün olmadığı ve bu hususta yeknesak maddi kriterlerin bulunmadığı, bu ayrımın kanun koyucuya ait tesadüflerden ve tarihi şartlardan ileri geldiği ileri sürülür[983]. Yardım etme teorisine Alman öğretisinde getirilen en önemli eleştiri ise, cezayı artıran nitelikli unsura sevk etmenin başarısız olduğu hallerde, arka plandaki kişinin teşebbüs edilmiş manevi yardım etmeden ötürü cezalandırılması mümkün olmadığından bütünüyle cezasız kalacak olmasıdır. Oysa örneğin cezayı artıran nitelikli unsur teorisine göre çözümlemede bulunulduğunda, bu kişinin Alman CK'ya göre teşebbüs edilmiş azmettirme kapsamında cezalandırılabilmesi mümkündür[984]. Bu nedenle daha

---

[980] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.36; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1302. Öğretide kimi yazarlar, şerikin yardım eden olarak sorumlu tutulduğu hallerde, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça değil, temel suça yardım eden olarak cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Bu hususta görüşler için bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.183. Ancak, yardım etme teorisi bağlamında kabul edilen, şerikin cezayı artıran nitelikli unsurlu suça manevi yardım eden olarak sorumlu tutulmasıdır. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.886.

[981] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1045.

[982] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §41 kn.14.

[983] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1302; Wendeburg, **a.g.e.**, s.30.

[984] Satzger, "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", s.1179.

fazlasına sevk etmenin başarısızlığa uğradığı hallerde, yardım etme teorisinin hakkaniyete aykırı cezalandırma boşluklarına yol açacağı ileri sürülmektedir. Ayrıca bu teorinin, sadece ayrılmış parçaya azmettirmeden ötürü cezalandırma vasıtasıyla haksızlığın bütününü karşılamadığı, doğrudan cezayı artıran nitelikli unsurla bağlantılı olarak oluşan özel değersizlik artışını dikkate almadığı ifade edilmektedir[985]. Buna göre, önemli bir değersizlik artırımının mevcudiyetine rağmen, sadece bir *aliud*'un (başka bir suçun) mevcut olmaması sebebiyle azmettirmenin reddi, hakkaniyete aykırı olacaktır[986].

3. Ara Sonuç

Hali hazırda bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmeye karar vermiş olan failin, bunun yerine suçun temel veya cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklini işlemeye sevk edilmesi azmettirme teşkil etmez. Zira failin başlangıçta aldığı suç işleme kararının içinde, sevk edildiği suçları işleme kararı da evleviyetle bulunur. Faili bahis konusu suç tiplerini işlemeye sevk eden kişinin fiilinin teknik anlamda manevi yardım etme biçiminde değerlendirilmesi de kural olarak mümkün olmaz. Objektif isnadiyet prensiplerinden riskin azaltılması bu kişinin yardım eden olarak cezalandırılmasını engeller.

Hali hazırda bir suçun temel şeklini gerçekleştirmeye karar vermiş olan failin, bu suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu da işlemeye sevk edilmesinin azmettirme olarak görülüp görülemeyeceği hususunda öğretide çeşitli teorilere göre farklı değerlendirmelerde bulunulmaktadır. Kanımızca, bir suçun temel ve nitelikli unsurlu şeklinin ayniyet arz ettiği, temel suça eklenen nitelikli unsurların suçun ayniyetini

---

[985] Hillenkamp/Cornelius, **a.g.e.**, s.210; Amelung/Boch, **a.g.e.**, s.267. Failin, artırılmış toplam haksızlığı gerçekleştirmeye karar verdirilmiş olduğu, bu toplam haksızlığın bölünemediği, bu nedenle de yardım etme teorisinin reddinin gerektiği hususunda bkz. Joecks/Jäger, **a.g.e.**, §26 kn.16. Yardım etme teorisinin gerçekte bir hukuki ve fiili birliktelik olan suçun eşyanın tabiatına aykırı biçimde parçalarına ayrılması sonucunu doğurduğu hususunda bkz. Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1046.

[986] Bartsch/Böhme/Brettel, **a.g.e.**, s.428. Yardım etme teorisi, cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun işlenmesinin, temel suçun ve cezayı artıran nitelikli unsurun birbirlerinden bağımsız olarak gerçekleştirilmesinden daha fazlası olduğu kabulüne karşı çıkar. Halbuki bu teoriyi eleştiren yazarlara göre, cezayı artıran nitelikli unsurlu suç bir bütün olarak, kendisini meydana getiren parçaların toplamından daha fazlasıdır. Bu nedenle, fail azmettirenin tavsiyesi olmasaydı cezayı artıran nitelikli unsurlu suçu işlemeye karar vermeyecekti ise, azmettiren cezayı artıran nitelikli unsurlu suç bakımından suç işleme kararına neden olmuş demektir. Failin her halükârda temel suçu işlemek istemiş olup olmamasının bir önemi yoktur. Bkz. Frister, **a.g.e.**, §28 kn.19.

değiştirmediği hususunda tereddüt yoktur. Nitekim, bir kimsenin temel suçu işlemeden, sadece nitelikli unsuru gerçekleştirdiği hallerde, kural olarak ortada cezaya layık olan bir fiil bulunmamaktadır. Bu nedenle, hali hazırda temel suçu işlemeye karar vermiş olan kimsenin, bu suçun nitelikli unsurunu da işlemeye sevk edilmesi teknik anlamda mevcut suç işleme kararından döndürme ve ayrı bir suç işleme kararı aldırma hüviyetinde değildir. Bu itibarla, bu davranış azmettirme teşkil etmez. Yapılan bu çıkarım, yukarıda zikredilen dört teoriden üçünün elenmesine ve geriye kalan tek teori olan yardım etme teorisinin izlenmesi gerekliliğine yol açar. Buna göre, hali hazırda bir suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş olan faili, suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu da gerçekleştirmeye sevk eden kişinin, cezayı artıran nitelikli unsurlu suça yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekir. İlgili nitelikli unsur parçası, istisnai olarak başlı başına cezalandırılma kabiliyetine haizse, kişinin ayrıca bu suç parçasına azmettiren olarak da sorumlu tutulması gerekliliği doğar. Bu teorinin izlenmesi, faili suçun nitelikli unsurunu da gerçekleştirmeye sevk eden kişinin fiiliyle daha orantılı ve adil bir ceza almasını sağlar.

Öte yandan, failin işlemeye karar verdiği suçun nitelikli unsurlarında değişiklik meydana getirilmesi de mümkündür. Bu durumda fail hali hazırda suçun cezayı artıran nitelikli unsuruna karşılık gelen belirli bir varyasyonunu işlemeye karar vermiştir. Ancak bunun yerine aynı suçun farklı bir varyasyonunu işlemeye sevk edilmektedir. Kanımızca, failin belirli bir suçun aynı ceza çerçevesine karşılık gelen bir seçimlik nitelikli unsuru yerine başka bir seçimlik nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye sevk edilmesi azmettirme teşkil etmez.

C. Suçun Nitelikli Unsurlarının Suç Ortaklarına Etkisi

1. Genel Olarak

Hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarının sorumluluğu ikilik sistemine göre belirlenmektedir. Benimsenen bu sistem nedeniyle nitelikli unsurların suç ortaklarından birinden diğerine sirayeti bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır[987]. 765 ve 5237 sayılı TCK'larda

[987] Artuk, "Suçun Özel Görünüş Şekilleri", s.255.

kanun koyucular bu sorunu farklı şekillerde çözümlemeye çalışmışlardır. Bu başlık altında sırasıyla meselenin eski ve yürürlükteki TCK'lardaki çözüm şekli irdelenecek, bağlılık kuralı üzerinden yapılan çözümleme nedeniyle ortaya çıkan adaletsiz sonuçlardan bahsedilecek, Alman CK'nın bu adaletsiz sonuçlardan kaçınılmasını sağlamak için ortaya koyduğu düzenleme incelenecek ve nihayetinde yeni çözüm arayışlarına değinilecektir.

2. 765 Sayılı TCK'ya Göre Nitelikli Unsurların Suç Ortaklarına Etkisi

765 sayılı TCK'da bağlılık kuralına işaret eden açık bir hüküm bulunmamaktaydı[988]. Ancak nitelikli unsurların suç ortaklarına etkisi cezayı artıran nitelikli unsurlar (ağırlatıcı nedenler) üzerinden açıkça düzenlenmişti. Yani yürürlükteki TCK'nın aksine, ETCK'da bu konu ayrıca ve açıkça Kanunun 66. ve 67. maddelerinde düzenlenmişti. Buna göre, kanunda cezayı artıran nitelikli unsurlar arasında fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmış ve cezayı artıran şahsi nitelikli unsurların (şahsi ağırlatıcı nedenler) suç ortaklarına sirayeti 66. maddede[989], cezayı artıran fiili nitelikli unsurların (fiili ağırlatıcı nedenler) suç ortaklarına sirayeti ise 67. maddede düzenlenmişti[990]. Her iki maddede de cezayı artıran nitelikli unsurun suç ortaklarına bunu bilmesi şartıyla sirayeti kabul edilmişti.

Cezayı artıran şahsi nitelikli unsurların suç ortağına sirayeti için bilmenin aranacağı zaman kanunda, suça katılma anı (iştirak iradesinin ortaya çıktığı an) olarak gösterilmişti. Cezayı artıran şahsi nitelikli unsurun failde ya da şerikte bulunması önem

---

[988] Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı", **GÜHFD**, C.XIV, S.1, 2010, s.168.

[989] ETCK m.66'ya göre: "*Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızi ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder*". Burada kullanılan "şahsa merbut ahval ve evsaf" deyimi ile "şahsi ağırlatıcı nedenler" kastedilmektedir.

[990] ETCK m.67'ye göre: "*Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsabile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir*". Burada kullanılan "maddi esbap" ifadesi ile "fiili ağırlatıcı nedenler" kastedilmiştir. Ayrıca hükümde fiili ağırlatıcı nedenlerin suçun vasfını değiştirebileceğinden bahsedilmektedir. Buna göre, fiili ağırlatıcı nedenler başka bir suçun unsuru olabilirler. Bu durumda suç da değişecektir. Bkz. Şen, **a.g.e.**, s.509. İfade edilmelidir ki nitelikli unsurların suçun vasfını (ismini) değiştirmesi mümkün değildir. Öte yandan, ETCK m.66 ve 67'nin modern suç teorisinin iştirake ilişkin ilkeleriyle uyuşmadığı görüşü için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, s.533.

arz etmiyordu[991]. Yani şerikin (yardım eden) şahsından kaynaklanan bir nitelikli unsurun, bilmesi şartıyla faile veya diğer şeriklere (yardım edenlere) sirayet etmesi mümkündü[992]. Benzer şekilde müşterek faillerden birinin şahsından kaynaklanan bir nitelikli unsurun, bilmesi şartıyla diğer müşterek faile sirayeti de mümkündü[993]. Bununla birlikte hâkime, cezayı artıran şahsi nitelikli unsurun sirayeti neticesinde (kendi şahsında bu nitelikli unsur bulunmadığı halde) cezası artırılan suç ortağı hakkında hükmolunacak cezada, süreli hapis cezaları bakımından altıda bir oranında indirim yapma yetkisi verilmişti. İndirimin yapılması hâkimin takdirine bağlıydı[994]. Kanunda böyle bir indirimin öngörülmesinin gerekçesi, cezayı artıran nitelikli unsurun şahsi olması ve sirayet ettirildiği suç ortağının kendi şahsında bulunmaması idi. Bu nitelikli unsur bir suç ortağının şahsında gerçekleşmekte ve diğer bir suç ortağına sırf böyle bir nitelikli unsurun mevcudiyetini bildiği için sirayet etmekteydi. Kanunda bu gibi bir ceza indiriminin öngörülmesiyle cezayı artıran şahsi nitelikli unsurun sirayetinin sertliğinin belli bir ölçüde de olsa kırılması sağlanmıştı.

Cezayı artıran fiili nitelikli unsurların suç ortağına sirayeti için bilmenin aranacağı zaman ise kanunda suçun işlendiği an olarak gösterilmişti. Cezayı artıran şahsi nitelikli unsurlarda olduğu gibi suça katılma anına kadar geriye götürülmemişti.

---

[991] Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.444-445; Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.92; Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.358; Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.288; Yaşar, **a.g.e.**, s.1098; Şen, **a.g.e.**, s.508-509.

[992] Kunter, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", s.85; S.Erman, "Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler", s.88; Yaşar, **a.g.e.**, s.1098. Özellikle cezayı artıran şahsi nitelikli unsurların şerikten (yardım eden) faile sirayeti öğretide eleştirilmekteydi. Bkz. Centel, **a.g.e.**, s.494. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.444-445.

[993] Centel, **a.g.e.**, s.494. "*Maddi olayda sanık, babası ile birlikte amcasını yaralamıştır. Diğer sanık ile mağdurun kardeş olduklarına kesin vakıftır, bilmektedir. Bu nedenle diğer sanık hakkındaki "şahsa bağlı cezayı ağırlaştırıcı sebebi" bilen sanık hakkında, TCY'nin 66, 457/1'nci maddeleri uygulanmalıdır*." **Yarg. CGK**, T.13.12.1993, E.1993/1-319, K.1993/322. Bkz. (çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 10.03.2021).

[994] Artuk, "Suçun Özel Görünüş Şekilleri", s.257. ETCK m.66'nın son cümlesi şu şekildedir: "*Ancak haklarında terettüp eden cezanın altıda biri indirilebilir ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur*". Görüldüğü gibi madde süreli hapis cezaları bakımından ceza indiriminin hâkimin takdirine bağlı olduğunu, buna karşılık müebbet hapis cezaları bakımından ise zorunlu bir ceza indiriminin öngörüldüğünü çağrıştıracak şekilde kaleme alınmıştı. Öğretide ise kimi yazarlarca, müebbet hapis cezaları bakımından da ceza indirimi yapılmasının hâkimin takdirine bağlı olduğu ifade edilmekteydi. Nitekim Yargıtay'ın da eski tarihli kararları bu yöndeydi. Bkz. Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.469; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.413. Ancak Yargıtay'ın yakın tarihli kararları, kanunun lafzı doğrultusunda, müebbet hapis cezaları bakımından ceza indirimi yapılmasının mecburi olduğu yönündeydi. Örn. **Yarg. CGK**, T.23.02.1987, E.1-486, K.69. Bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.1291-1293.

Bu durumda fiili nitelikli unsur da tüm suç ortaklarına sirayet etmekteydi[995]. Yani cezayı artıran fiili nitelikli unsur şerikin davranışlarından ileri gelse dahi, bunu bilen faile veya diğer şeriklere sirayeti mümkündü. Cezayı artıran fiili nitelikli unsurların sirayeti halinde, cezayı artıran şahsi nitelikli unsurlarda olduğu gibi bir ceza indirimi düzenlemesine ise kanunda yer verilmemişti. Bu tercihte haklılık payı bulunmaktadır. Zira şahsi nitelikli unsur, şahsında gerçekleşmeyen suç ortağına sırf bunun mevcudiyetini bilmesi sebebiyle sirayet etmektedir. Fiili nitelikli unsur ise bütünüyle suça ilişkindir. Bu nedenle tüm suç ortakları bakımından etkiye sahiptir.

765 sayılı TCK'da cezayı artıran nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayet edebilmesi için, bu nitelikli unsurların aynı zamanda suçun işlenmesini kolaylaştırması aranmamıştı. Bununla birlikte dönemin öğretisinde kimi yazarlarca, cezayı artıran şahsi nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayet edebilmesi için bilmenin yeterli olmadığı, bu unsurların aynı zamanda suçun işlenmesini kolaylaştırmalarının (suçun işlenmesinde bir nedensellik değeri taşımalarının) da şart koşulması gerektiği savunulmuştur[996].

765 sayılı TCK'da sadece cezayı artıran nitelikli unsurların sirayeti meselesi düzenlenmişti. Cezayı azaltan nitelikli unsurların (hafifletici nedenler) suç ortaklarına sirayetine ilişkin olarak ise ETCK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle dönemin uygulaması cezayı azaltan şahsi nitelikli unsurun (şahsi hafifletici neden) sadece kendi şahsında gerçekleştiği suç ortağı bakımından uygulama bulması yönündeydi. Yani cezayı azaltan şahsi nitelikli unsurların diğer suç ortaklarına sirayeti mümkün değildi[997]. Cezayı azaltan fiili nitelikli unsurların ise (fiili hafifletici

[995] Taner, **a.g.e.**, s.469; Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s.92; Yaşar, **a.g.e.**, s.1106. Mehaz kanunda da fiili ağırlatıcı sebeplerin suç ortaklarına sirayeti için sadece vukuf şartı aranmıştı. Ancak vukufun aranacağı zaman iştirak (suça katılma) anı idi. Esasen vukuf şartının aranmasının nedeni, cezayı artıran nitelikli unsurun mevcudiyetini öğrenenlerin suça iştirak etmekten vazgeçebilmesine imkân tanımaktır. Vukufun suçun işlendiği anda aranması, bu imkânı önemli ölçüde azaltmaktadır. Bkz. Kunter, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", s.84. Bu nedenle, S.Erman ETCK m.67'de değişiklik yapılarak vukufun "iştirak anında" aranmasını önermekteydi. Bkz. S.Erman, "Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler", s.66.

[996] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s. 515; Centel, **a.g.e.**, s.494; S.Erman, "Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler", s.65. Nitekim mehaz kanunda da şahsi ağırlatıcı sebeplerin suç ortaklarına sirayeti için hem vukuf hem de kolaylaştırma şartlarının birlikte gerçekleşmesi aranmaktaydı. Bkz. Kunter, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", s.84.

[997] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.514; Centel, **a.g.e.**, s.495. Evik, bu çıkarımın ETCK m.66'nın zıt anlamından yapılabildiğini ifade etmektedir. Bkz. Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.288, dn.3.

nedenler), ilgili suç ortağı tarafından bilinip bilinmediğine bakılmaksızın bütün suç ortaklarına sirayet edeceği kabul edilmekteydi. Zira esas olan sorumluluğun işlenen fiile göre belirlenmesidir. Cezayı azaltan fiili nitelikli unsurlar bütünüyle suçun maddi varlığını hafifletir[998].

3. 5237 Sayılı TCK'da Meselenin Bağlılık Kuralı Üzerinden Çözümlenmesi

İştirak halinde işlenen suçlarda cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar bulunabilir. Bu nitelikli unsurların failin gerçekleştirdiği fiilden ileri gelmesi mümkün olduğu gibi, failin veya şerikin şahsından kaynaklanması da mümkündür. Bu gibi hallerde, failin fiilinden ya da şahsından ileri gelen nitelikli unsurların şeriklere yani azmettiren ve yardım edene sirayet edip etmeyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkar. Benzer şekilde bir şerikin şahsından kaynaklanan nitelikli unsurun, faile veya diğer şeriklere sirayet edip etmeyeceği de ayrı bir sorun olarak belirir. Belirtilmelidir ki, nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti sorunu, sadece birden fazla kişinin iştirak iradesiyle bir araya gelerek suç işlediği hallerde gündeme gelir. İştirak iradesinin en geç suçun işlendiği sırada oraya çıkması gerekir. Zira işlenmiş suça iştirak edilmesi mümkün olmaz. Birden fazla kişi iştirak iradesi olmaksızın, tamamen tesadüf eseri bir araya gelerek suç işlemişse, nitelikli unsurların sirayeti meselesi ortaya çıkmaz[999].

TCK'nın 40. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde (sınırlı) bağlılık kuralına yer verilmiştir. Buna göre, failin suç teşkil eden fiili kasten ve hukuka aykırı bir biçimde gerçekleştirmesi, şeriklerin de bunu bilerek faile katkı sunması gerekir. Bağlılık kuralı, şeriklerin suç tipine uygun olmayan (atipik) fiillerinin, fail tarafından gerçekleştirilen ve suç tipi ile doğrudan temas eden fiile bağlı olarak cezalandırılmasının temelini oluşturmaktadır[1000]. Bu anlamda şeriklerin

---

[998] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.517; Artuk, "Suçun Özel Görünüş Şekilleri", s.258; Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.288.

[999] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.502, 537; Hakeri, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", s.83.

[1000] Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s.65; Kaymaz, **a.g.e.**, s.126; Kraatz, **a.g.e.**, s.616; Herzberg, **a.g.e.**, s.145. Sınırlı bağlılık kuralına göre, suç katılımcıları bakımından haksızlık müşterektir, kusur ise bireyseldir. Bkz. Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", s.505, 507. Şerikin fiili yalnızca, suç tipinde tarif edilmiş olan haksızlığı gerçekleştiren failin fiiline nedensel değeri olan bir katkı teşkil eder. Bu haliyle şerikin fiili

cezalandırılması her zaman, bir başkası tarafından gerçekleştirilen tipik, kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin (ana suçun) varlığına bağlıdır. Bu sınırlı bağlılık kuralı olarak adlandırılır. Bu bağlılık, hukuki sonucun yani ceza çerçevesinin tayini hususunda da mevcuttur. Şeriklerin cezasının hangi ceza çerçevesi üzerinden tayin edileceği faile göre belirlenir. Buna göre, şerikin cezası fail tarafından gerçekleştirilmiş olan suç tipinden çıkartılır[1001]. Bağlılık kuralı, iştirakin haksızlığının ana suçun haksızlığına niteliksel olarak bağlı olduğu gerçeğinin yansımasıdır. Bu itibarla, iştirakin ana suça bağımlılığı hem şerikin sorumluluğunun mevcut olup olmadığı hususunda hem de şerikin sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususunda bulunur[1002].

TCK m.40/1'in ikinci cümlesine göre ise "*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*"[1003]. Belirtilmelidir ki bu ifadenin nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti ile ilgisi bulunmamaktadır[1004]. Hükümde suça iştirak eden her suç ortağının kendi kusuru oranında cezalandırılacağı vurgulanmıştır. Bu yönüyle hüküm Alman CK §29 ile paralellik arz etmektedir[1005]. Ayrıca, hükümde suç

haksızlık muhtevasını failin fiilinden alır. Bu nedenle şerikin fiili ile suç teşkil eden haksızlık arasındaki bağlantı bağlılık kuralı ile kurulmaktadır. Bkz. Özgenç/Şahin, **a.g.e.**, s.321-322, 361.

[1001] Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.236; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1348; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.147; B.Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, s.304, kn.1278 vd; Satzger, "Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz", s.515-516.

[1002] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.147. Prensip olarak suçun cezasını azaltan nitelikli unsurlar şerikin lehine, suçun cezasını artıran nitelikli unsurlar ise şerikin aleyhine etki eder. Bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §53 kn.30.

[1003] Bununla birlikte maddenin gerekçesinde "*...cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğururlar*." denilmektedir. Bkz. Noyan, **a.g.e.**, s.152. Madde metninde "cezayı hafifleten kişisel nedenler"e yer verilmezken gerekçede bu hususa da yer verilmiştir. Çoğu içeren hükmün azı da içereceği prensibi bu kabule dayanak teşkil eder. Bu nedenle cezayı hafifleten kişisel nedenlerin de sirayet konusu olamayacağının kabulü gerekir. Bkz. Evik, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s.298. Kimi yazarlar bu ifadeyi cezayı azaltan nitelikli unsurlarla eş tutmuşlar ve bu ifadeye cezayı azaltan şahsi nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin çözümü hususunda anlam yüklemişlerdir. Bkz. Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.669. Kanımızca cezayı hafifleten kişisel nedenler ile cezayı azaltan nitelikli unsurlar birbirinden farklı hukuki terimlerdir. Gerekçede geçen bu ifadeye cezayı azaltan nitelikli unsur anlamı yüklenmesi mümkün değildir.

[1004] Aynı yönde bkz. Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", s.131-132. Evik'e göre, hükmün zıt anlamından da nitelikli unsurların sirayeti ile ilgili bir çıkarımda bulunulması mümkün değildir. Bkz. Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.293. Buna karşılık Özbek, hükümde şeriklere sirayet hususunda sadece şahsi cezasızlık sebeplerinin dikkate alınmayacağının belirtildiğini, bu nedenle hükmün zıt anlamından zorlama bir yorumla da olsa, nitelikli unsurların şeriklere sirayet edebileceği çıkarımının yapılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.691.

[1005] Somut ceza belirlenirken, kusur prensibi gereği her suç katılımcısının kendi bireysel kusurunun ölçüsüne göre cezalandırılması gerekir. Bkz. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.74a. Yalnızca

ortaklarından birinin şahsında bulunan cezayı kaldıran şahsi sebeplerin ve şahsi cezasızlık sebeplerinin diğer suç ortaklarına sirayet etmeyeceği de dolaylı yoldan ifade edilmiştir. Yani bu durumda diğer suç ortakları gerçekleştirdikleri fiillerden sorumlu olmaya devam edecektir. Bu yönüyle ise hüküm Alman CK §28/2'nin bir parçası ile paralellik arz etmektedir. Zira Alman CK §28/2'de suç ortaklarından birinin şahsında bulunan cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurların ve cezayı kaldıran şahsi sebepler ile şahsi cezasızlık sebeplerinin sirayeti meselesi düzenlenmiştir[1006].

5237 sayılı TCK'da suçun nitelikli unsurlarının suç ortaklarına sirayeti konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu konuda özel bir düzenleme yapılmamasının nedeni bağlılık kuralının düzenlendiği 40. maddenin gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre, nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesi bağlılık kuralı sayesinde çözümlenebilir. Bu konuda 765 sayılı TCK'da olduğu gibi fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımı yapılmasına gerek yoktur. Zira bu ayrım henüz bağlılık kuralının bilinmediği 19. yüzyılda, ceza hukuku öğretisi tarafından nitelikli unsurların sirayeti meselesini çözümlemek üzere türetilmiştir. Ayrıca fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımı bilimsel de değildir. Uygulamada duraksamalara ve çelişkili hükümlere yol açmaktadır. Sonuç itibarıyla, kanunumuzda bağlılık kuralına yer verildiği için nitelikli unsurların suç ortaklarına geçişi konusunda fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımından hareket edilmesine ihtiyaç kalmamıştır[1007].

---

suç ortağının (fail veya şerik) kusuru ile ilgili olan unsurlar (örn. kusur ehliyetinin bulunmaması, mazeret sebeplerinin mevcudiyeti gibi) bakımından Alman CK §29 hükmü devreye girer. Bkz. B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1351; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §28 kn.4.

[1006] Alman CK §28/2 hükmünün kapsamına hem şahsi cezasızlık sebepleri (*Persönliche Strafausschließungsgründe*) hem de cezayı kaldıran şahsi sebepler (*Persönliche Strafaufhebungsgründe*) dahildir. Bunların her ikisi de özel kişisel unsur teşkil eder. İştirak halinde işlenen suçlarda sadece bu sebebin kendisinde fiilen bulunduğu kişi için hüküm ifade ederler. Bkz. Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.416-418.

[1007] TCK m.40'ın gerekçesine göre: "*Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, "kişisel ağırlatıcı nedenlerin" ve "fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması" hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin konulmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, "ağırlatıcı neden"lerin kişisel ve fiili olarak ayrıma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır*." Bkz. Noyan, **a.g.e.**, s.152-153. Bununla birlikte, aynı maddenin gerekçesinde şu ifadeler de yer almaktadır: "*Yine cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğurur*". Bkz. Noyan, **a.g.e.**, s.152. Görüldüğü gibi kanun koyucu bir yandan kişisel-fiili ağırlaştırıcı neden ayrımını reddetmekte, öbür yandan ise cezayı hafifleten kişisel nedenlerden bahsetmektedir. Bu terminoloji kullanımı öğretide eleştirilmiştir. Bkz. Ekici Şahin, **a.g.e.**,

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere kanun koyucu, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayetini düzenleyen ayrı bir hükme bilinçli olarak yer vermemiş ve bu konuyu bağlılık kuralı üzerinden çözümlemeyi amaçlamıştır[1008]. Eklenmelidir ki Alman CK'da da bağlılık kuralı benimsenmiş olmasına rağmen, fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmakta ve cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesi (bağlılık kuralı ile değil) özel bir düzenleme (Alman CK §28/2) ile çözümlenmektedir. TCK m.40'ın gerekçesindeki bu açıklamalara rağmen, kanunda nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayetine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamış olması hem öğretide farklı görüşlerin doğmasına yol açmış hem de yargı mercilerinin bağlılık kuralı ile bağdaşmayan kararlar vermelerine neden olmuştur. Bu nedenle nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesi, son zamanlarda maddi ceza hukukunun en karmaşık ve tartışmalı konularından biri haline gelmiştir.

Yargıtay ve öğretide bazı yazarlar, TCK m.40'ın gerekçesinde belirtildiği üzere, suçun nitelikli unsurlarının şeriklere sirayeti konusunda sadece bağlılık kuralının esas alınmasını ve şeriklerin cezai sorumluluğunun bu şekilde belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, kanunda bağlılık kuralının öngörülmüş olması nitelikli unsurların şeriklere nasıl sirayet edeceğinin belirlenmesi için yeterlidir. Bu nedenle nitelikli unsurların şeriklere sirayeti meselesinin çözümünde fiili-şahsi nitelikli unsurlar ayrımı yapmaya ve bu ayrım üzerinden bir çözüm arayışına gitmeye gerek bulunmamaktadır[1009]. Bağlılık kuralı, sadece fail ile şerikler arasında nitelikli

---

s.642. Kanımızca burada çelişkili bir durum yoktur. Sadece bir eksiklik bulunmaktadır. Kanun koyucu, gerekçede açıkça 5237 sayılı TCK'da kişisel-fiili "nitelikli unsur" ayrımının benimsenmediğini söyleyebilirdi. Ekici Şahin'in işaret ettiği "cezayı hafifleten kişisel nedenler"in, "cezayı azaltan (şahsi) nitelikli unsurlar" ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira cezayı hafifleten ya da ortadan kaldıran şahsi sebepler, suç unsuru değildir. Bu nedenle, bunlar suç ortaklarının kastının kapsamında yer almamaktadır. Dolayısıyla bu nedenlerin bir suç ortağından diğerine sirayet etmesi mümkün değildir.

[1008] Taşkın Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s.154.

[1009] Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, s.530; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.479; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.764-765; Gökcen/Balcı, **a.g.e.**, s.188-189; Demirel, **a.g.e.**, s.515. *"...şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle, şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler*". **Yarg. 1.CD**, T.25.06.2014, 1428/3654. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.479 dn.1601. Öğretide bir görüşe göre, nitelikli unsurlar arasında fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmamalıdır, nitelikli unsurların sirayeti meselesi bağlılık kuralı çerçevesinde çözümlenmelidir. Ancak görünüşte özgü suçlarda şerikin şahsında özgü suçun faili olabilme vasfı bulunuyorsa bu dikkate alınmalı ve fail şahsında özel faillik vasfını taşımıyorsa temel suç üzerinden

unsurların sirayeti meselesinin çözümünde kullanılır. Buna karşılık müşterek failler veya dolaylı failler arasında nitelikli unsurların sirayeti meselesi bağlılık kuralı ile çözümlenmez. Zira müşterek ya da dolaylı failin gerçekleştirdiği fiilden sorumlu tutulabilmesi için bağlılık kuralına başvurmaya ihtiyaç bulunmaz.

Bağlılık kuralına göre, şerikler daima failin şahsına ve işlediği fiile bağlı olarak sorumlu tutulur. Tabiidir ki bu sorumluluğun belirlenmesinde şeriklerin iradesi, yani failin şahsından veya işlediği fiilden kaynaklanan nitelikli unsuru bilip bilmedikleri de belirleyici olacaktır[1010]. Fail bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmişse, ancak bu nitelikli unsurdan haberdar değilse, suçun temel şekli üzerinden cezalandırılacaktır. Bu nedenle şerik de nitelikli unsuru bilip bilmediğine bakılmaksızın temel suç üzerinden sorumlu olacaktır. Fail objektif olarak mevcut olan cezayı artıran nitelikli unsurdan haberdar ise, failin cezası bu nitelikli unsur üzerinden belirlenecektir. Bu durumda şerikin de bu cezayı artıran nitelikli unsurdan haberdar olup olmadığına bakılacaktır. Eğer şerik cezayı artıran nitelikli unsuru biliyorsa, şerikin sorumluluğunun da cezayı artıran nitelikli unsurlu suç üzerinden belirlenmesi gerekir. Nitelikli unsurun fiili ya da şahsi olmasının bir önemi bulunmaz[1011]. Eğer şerik failin gerçekleştirdiği cezayı artıran nitelikli unsurdan haberdar değilse, şerikin sorumluluğunun temel suç üzerinden belirlenmesi gerekir. Zira şerikin sorumluluğu daima iştirak iradesiyle, yani bildiği cezayı artıran nitelikli unsurlarla sınırlıdır. Failin, şerikin iştirak iradesi dışında gerçekleştirmiş olduğu cezayı artıran nitelikli unsurlar

---

cezalandırılırken, şerik ise şahsında özel faillik vasfını taşıdığı için görünüşte özgü suça (cezayı artıran nitelikli unsurlu suç) azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılmalıdır. Bkz. Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.415, 435. Kanımızca bu görüş kendi içerisinde çelişkilidir. Zira görünüşte özgü suçlarda özel faillik vasfı (örn. kamu görevlisi olma) şahsi nitelikli unsur hüviyetindedir. Bağlılık kuralı uyarınca fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmazsa, şerikin şahsında bulunan şahsi nitelikli unsurun dikkate alınabilmesi mümkün olmayacaktır. Şerikin şahsında bulunan şahsi nitelikli unsurun dikkate alınabilmesi, fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmasını ve şahsi nitelikli unsurlar bakımından bağlılık kuralına bir istisna tanınmasını gerektirmektedir.

[1010] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.479. Suça iştirak için aranan iştirak iradesi koşulu yalnızca bilme halinde nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayet edeceği kabulünü beraberinde getirir. Bkz. Evik, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s.291. Yargıtay, suç ortağının nitelikli unsuru bildiğinden söz edilebilmesi için öngörmenin yeterli olmadığını belirtmekte, suç ortağının nitelikli unsura kesin olarak vakıf olmasını aramaktadır. Buna göre, "*Vukuf gerçekleşeceğini kesin olarak bilmektir. Yoksa meydana gelebilirliğini veya gelebileceğini öngörmek vukuf sayılmaz*". **Yarg. CGK**, T.27.10.1986, 1-293/466. Bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.1297.

[1011] "*...suça yardım eden olarak katılana, katıldığı suçun asıl failinin şahsına bağlı ağırlatıcı nedenler sirayet edeceğinden...*" **Yarg. 1.CD**, T.12.6.2008, E.2008/489, K.2008/4996. Bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s.144.

şerike sirayet etmeyecektir[1012]. Buna karşılık, fail bir suçun temel şeklini gerçekleştirmişse, şerikin şahsından kaynaklanan bir cezayı artıran nitelikli unsur somut olayda mevcut olsa ve şerik bunu bilse bile, şerikin sorumluluğunun bağlılık kuralı gereği temel suç üzerinden belirlenmesi gerekir[1013]. Buna göre, örneğin görünüşte özgü suçlarda, özel faillik niteliğine sahip olan kişinin suça şerik olarak katılması, failin ise özel faillik niteliğine sahip olmaması durumunda, fail suçun temel şekli üzerinden cezalandırılabileceğinden, bağlılık kuralı gereği (her ne kadar özel faillik niteliğine sahip olsa da) şerik de temel suç üzerinden cezalandırılabilecektir[1014].

Şeriklerden birinin şahsından kaynaklanan bir cezayı artıran nitelikli unsurun bunu bilse bile diğer şeriklere ya da faile sirayet etmesi mümkün değildir. Zira bu durum bağlılık kuralı esaslarına aykırıdır[1015]. Buna rağmen, Yargıtay'ın azmettirende bulunan kan gütme saiki ya da töre saiki şeklindeki cezayı artıran nitelikli unsurları, bu saikle hareket etmeyen faile de sirayet ettirdiği kararları mevcuttur[1016]. Benzer şekilde Yargıtay'ın azmettiren ile mağdur arasındaki evlilik bağından ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsuru, bunu bilen faile sirayet ettirdiği kararı bulunmaktadır[1017]. Ayrıca, şerikin şahsından ileri gelen bir cezayı artıran nitelikli unsur failde bulunmamasına rağmen, Yargıtay'ın şeriki bu nitelikli unsur üzerinden cezalandırdığı

[1012] "*Şeriklere sirayet; iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesiyle çizileceği kuralları ile bağdaşır olmalıdır*". **Yarg. CGK**, T.27.10.1986, 1-293/466. Bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.1297.

[1013] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.481-482 dn.1608; Yıldız, **a.g.e.**, s.123. Bu durumun klasik örneğini şerikle mağdur arasında usul-füru, yakın akrabalık veya eş ilişkisi bulunması, faille mağdur arasında ise böyle bir ilişkinin bulunmaması oluşturur. Bu halde, bağlılık kuralı gereği şerikin sorumluluğu faile göre belirleneceği için, şerike kendisinde var olan usul-füru, yakın akrabalık veya eş ilişkisinden ileri gelen nitelikli unsur dahi yüklenememektedir.

[1014] Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, s.534.

[1015] Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s.211. "*Sonuç olarak; ister fiilden, isterse failin veya mağdurun şahsından ya da özelliklerinden kaynaklanmış olsun, eylemin "nitelikli kasten öldürme" suçunu oluşturup oluşturmadığı faile göre belirlenir ve bu hal şeriklere sirayet ettirilir. Bu durum, TCK'nın 82. maddesinde sayılan tüm nitelikli haller için geçerlidir.*" **Yarg. 1.CD**, T.25.06.2014, E.2014/1428, K.2014/3654. Bkz. (çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 11.03.2021).

[1016] **Yarg. 1.CD**, T.01.07.2009, E.2009/5808, K.2009/4145. Bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s.145-146. Benzer kararlar için bkz. Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.295.

[1017] "*Sanık Halil İbrahim'in, eşi olan maktuleyi öldürmesi için sanık Adem'i azmettirdiği, sanık Adem'in de, maktulenin sanık Halil İbrahim'in eşi olduğunu bildiği anlaşılmakla, azmettirenden kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı sebebin sirayetinin kabulü ile, sanık Adem hakkında öldürme suçundan 5237 sayılı TCK.'nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığından*" **Yarg. 1.CD**, T.01.02.2010, E.2010/438, K.2010/493. Bkz. Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.764.

kararı da mevcuttur[1018]. Bu kararlar bağlılık kuralı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle nitelikli unsurların suç ortaklarına geçişi meselesinin çözümünde Yargıtay'ın yakın geçmişte tam anlamıyla bağlılık kuralına riayet eden bir uygulama ortaya koyduğunu söylemek mümkün değildir.

Örneğin (A)'nın, (F)'yi gebe olan bir kadını öldürmeye azmettirmesi durumunda, hem (A) hem de (F) kadının gebe olduğunu biliyorsa, (A) TCK m.82/1-f'de öngörülmüş olan cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten öldürme suçunu işlemeye azmettirmeden sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, (F) kadını bombayla ya da kimyasal bir silahla öldürmüşse, bundan haberi olmayan (A)'ya bu cezayı artıran nitelikli unsurun (TCK m.82/1-c) sirayet ettirilebilmesi mümkün olmayacaktır. Öte yandan, (F) kadının hamile olduğunu bilmiyorsa ve suçun işlenmesi sırasında da kadının vücudunu görmemiş olması nedeniyle hamile bir kadını öldürdüğünün farkında değilse, (F)'nin cezai sorumluluğunun kasten öldürmenin temel şekli (TCK m.81) üzerinden belirlenmesi gerekir. Azmettirenin sorumluluğu bağlılık kuralı gereği faile bağlı olduğundan, bu durumda (A) da TCK m.81'e azmettirmeden cezalandırılacaktır.

Benzer bir örnek yardım etme bağlamında da kurulabilir. Örneğin, yardım eden (Y), (F)'nin kardeşi (K)'yı öldüreceğini biliyorsa ((F) ile (K) kardeş) ve buna rağmen talebi doğrultusunda (F)'ye silah temin etmekten imtina etmemişse, TCK m.82/1-d'de öngörülmüş olan cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten öldürme suçuna yardım eden

[1018] Şerikin şahsından ileri gelen bir cezayı artıran nitelikli unsurun bağlılık kuralı gereği o şerik bakımından bile etki doğurmaması mümkündür. Yani şerikin şahsından ileri gelen bir cezayı artıran nitelikli unsurun sadece o şerik bakımından etki doğuracağını söylemek doğru olmayacaktır. Zira fail suçun temel şeklini gerçekleştirirse, şerik de bağlılık kuralı gereği (şahsında cezayı artıran nitelikli unsur mevcut olmasına rağmen) sadece temel suç üzerinden cezalandırılmalıdır. Şerikte mevcut olan nitelikli unsurun faile sirayet etmesi de mümkün değildir. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararı bulunmaktadır. Buna göre, "*a) Sanık Gülistan'ın, tahrik altında suçu tasarlayarak, uyku halinde olup "beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda" bulunan eşini öldürttüğü anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK'nun 38. maddesi delaletiyle 82/1-a-d-e, 29 ve 62. maddeleri gereğince, b) Sanık İsmet'in, tasarlayarak uyku halinde olup "beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda" bulunan maktülü öldürdüğü anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK'nun 82/1-a-e ve 62. Maddeleri gereğince, ...Cezalandırılmaları gerekirken...*" **Yarg. 1.CD**, T.07.04.2009, E.2008/9190, K.2009/1928. Bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s.146, dn.84. Görüldüğü üzere karara konu olayda, fail ile mağdur arasında kanunda aranan anlamda bir akrabalık bağı ya da eş ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak azmettiren ile mağdur arasında eş ilişkisi mevcuttur. Bu durumda bağlılık kuralı gereği, failde bulunmayan TCK m.82/1-d'den ileri gelen nitelikli unsurun, kendi şahsında olmasına rağmen azmettiren için de uygulanması mümkün olmamalıydı. Ancak Yargıtay, bağlılık kuralı ile bağdaşmayacak şekilde azmettireni bu nitelikli unsurdan sorumlu tutmuştur.

olarak sorumlu tutulacaktır. Bu bentte fail ile mağdur arasındaki usul-füru, yakın akrabalık veya eş ilişkisi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, (F), (K)'yı eziyet çektirerek öldürmüşse, bundan haberi olmayan (Y)'ye bu cezayı artıran nitelikli unsurun (TCK m.82/1-b) sirayet ettirilebilmesi mümkün olmayacaktır. Öte yandan, (F) öldürdüğü kişinin kendi kardeşi olduğunu bilmiyorsa, ancak (Y) bu durumu bilerek (F)'ye yardım etmişse, (F)'nin sorumluluğu TCK m.81'e göre belirlenir. Bu durumda bağlılık kuralı gereği (Y)'nin sorumluluğunun da TCK m.81 üzerinden belirlenmesi gerekir.

Öğretide bağlılık kuralından "şahsi hafifletici nedenler"in sirayeti meselesinin çözümü hususunda bir çıkarımda bulunulamayacağı ileri sürülmüştür[1019]. Ancak meselenin bağlılık kuralı vasıtasıyla çözümlendiği hallerde fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmamaktadır. Bu nedenle faile uygulanma kabiliyeti olan bir (fiili ya da şahsi) cezayı azaltan nitelikli unsurun, bunu bilse de bilmese de suça katılan şeriklere sirayet edeceğinin kabulü bağlılık kuralına uygun olacaktır[1020].

Bir kimsenin bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirmeye sevk edilmesine rağmen, kişide bu suçun temel şeklini gerçekleştirdiği algısı yaratılmış olabilir. Örneğin, hırsızlık suçunun konusunu bir afetin meydana getirebileceği zararları önlemek ya da hafifletmek için hazırlanmış bir eşyanın (TCK m.142/1-d) oluşturmasına rağmen; suçu işleyen kişide alelade bir eşyayı çalmaya sevk edildiği algısının meydana getirildiği haller böyledir. Bu durumda, fail eşyanın niteliği hususunda hataya düşürülmüştür. Bu nedenle bu hatasından yararlanacak ve hırsızlığın temel şekli üzerinden cezalandırılabilecektir (TCK m.30/2). Kişiyi suça sevk edenin azmettiren olduğu kabul edilirse, bağlılık kuralı gereği bu kişinin de temel suç üzerinden cezalandırılması gerekecektir. Buna karşılık, kişiyi suça sevk edenin dolaylı fail olduğu kabulünden hareket edilirse bağlılık kuralı devreye girmeyeceğinden, bu kişinin suç konusu eşyanın niteliğini bilmesi nedeniyle hırsızlığın cezayı artıran nitelikli unsurlu şekli üzerinden cezalandırılması mümkün hale gelecektir[1021].

[1019] Evik, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s.296.
[1020] Aynı yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, **a.g.e.**, s.534.
[1021] Öğretide, bu gibi bir halde suça sevk edenin hırsızlığın temel şekli bakımından azmettiren, cezayı artıran nitelikli unsurlu şekli bakımından ise dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. Bkz. Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s.72.

Bir cezayı artıran nitelikli unsurun şerike etki edebilmesi için, şerik azmettirense çifte azmettirme kastının mevcudiyeti şarttır. Yani azmettirenin hem failin asli suçu bakımından hem de kendi azmettirme (karar verdirme) hareketi bakımından kasten hareket etmesi gerekir. Benzer şekilde, şerik yardım edense hem asli suçun gerçekleşmesi bakımından hem de kendi yardım etme hareketi bakımından kasten hareket etmesi aranır[1022]. Bu şekilde, şerikin kastının iki referans noktası içermesi nedeniyle, kısaca şerikin çifte kastının mevcudiyeti gerekliliğinden bahsedilir ve buna göre azmettirme ya da yardım etme için iki aşamalı irdeleme yapılır. Şeriklerin kastının suçun hem kurucu unsurlarını hem de cezayı artıran nitelikli unsurlarını kapsamına alması şarttır[1023]. Şerik azmettirense, faili suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye azmettirmiş olması gerekir. Yardım edense, failin fiilinin suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye yöneldiğini bilmesi ve buna rağmen teknik anlamda yardım etme teşkil eden hareketi yapmaktan imtina etmemesi gerekir.

4. Meselenin Bağlılık Kuralı Üzerinden Çözümlenmesi Nedeniyle Doğan Adaletsiz Sonuçlar

Öğretide, şeriklerin sorumluluğunun bağlılık kuralı üzerinden belirlenmesi adaletsiz sonuçlara yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[1024]. Buna göre, yardım eden failin kardeşini öldürmesine yardım ettiğinde daha fazla ceza almakta (TCK m.82/1-b), ancak kendi kardeşini bir failin öldürmesine yardım ettiğinde ise daha az ceza almaktadır (TCK m.81). Benzer şekilde bir kimse kardeşini öldürdüğünde daha fazla ceza almakta (TCK m.82/1-b), ancak kendi kardeşini öldürmesi için bir faili azmettirdiğinde daha az ceza almaktadır (TCK m.81)[1025]. Görüldüğü gibi bağlılık kuralı üzerinden yapılan çözümlemede, kişinin mağdurla arasındaki yakın akrabalık

---

[1022] Wendeburg, **a.g.e.**, s.30; Burchard/Engelhart, **a.g.e.**, s.277; Bülte/Härtl, **a.g.e.**, s.350.

[1023] Satzger, "Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz", s.516, 523; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.826.

[1024] Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.296. Kaymaz'a göre, nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin salt bağlılık kuralı ile çözümlenmesi kanun karşısında eşitlik ilkesine ve suçun ağırlığıyla orantılı ceza prensibine aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s.164. Buna karşılık, bağlılık kuralı ile getirilen çözümün "daha adil sonuçlar" verdiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Gökcen/Balcı, **a.g.e.**, s.186.

[1025] Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.827; Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s.209-210; İskender, **a.g.e.**, s.13. Ekici Şahin, haklı olarak, bu durumun şerikler için haksız ve çok önemli bir avantaj sağladığını belirtmektedir. Bkz. Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.681.

ilişkisi değişiklik arz etmemesine rağmen, akrabalık bağından ileri gelen cezayı artıran nitelikli unsur, suç ortağının suça katkısının faillik ya da şeriklik düzeyinde olmasına göre kendisi hakkında uygulanmakta ya da uygulanmamaktadır.

Kanunda belirli bir dereceden akrabalık ilişkisinin cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlendiği suçlarda, kişinin akrabasına karşı ilgili suçu fail olarak işlemek yerine başkasını bu suçu işlemeye azmettirmesi, bağlılık kuralından hareketle yapılan çözümlemede, kendi şahsında bulunan nitelikli unsurdan doğan ceza artırımının kendisine uygulanmasını engellemektedir. Diğer bir ifadeyle azmettiren ile mağdur arasında kanunda aranan şekilde yakın akrabalık bağı olmasına rağmen, fail ile mağdur arasında akrabalık ilişkisi bulunmaması, bağlılık kuralı nedeniyle bu hususa ilişkin cezayı artıran nitelikli unsurun azmettirene tatbikine engel olmaktadır. Benzer bir durum yardım eden için de geçerlidir[1026].

Şeriklerin sorumluluğunun tayininde bağlılık kuralının dikkate alınmasının yarattığı adaletsiz sonuçlara farklı örnekler de verilmektedir. Buna göre, görünüşte özgü suçlarda, özel faillik niteliğine sahip olan kişi suçu işlediğinde cezayı artıran nitelikli unsurlu suç üzerinden cezalandırılır. Ancak suçu kendisi işlemeyip özel faillik niteliğine sahip olmayan bir kişiyi bu suçu işlemeye azmettirirse temel suç üzerinden cezalandırılacaktır. Benzer şekilde görünüşte özgü suçlarda, özel faillik niteliğine sahip olmayan kişi suçu bizzat tek başına işlediğinde veya müşterek fail olarak özel faillik niteliğine sahip olan bir kişi ile birlikte işlediğinde temel suç üzerinden cezalandırılır. Ancak, suçu kendisi işlemeyip özel faillik niteliğine sahip olan bir kişiyi bu suçu işlemeye azmettirirse, cezayı artıran nitelikli unsurlu suç kapsamında sorumlu tutulur[1027].

[1026] Kaymaz, şahsında nitelikli unsur gerçekleşen şerikin, bu nitelikli unsurdan sorumlu tutulmamasının, kişinin kendi eyleminden sorumlu olması prensibi ile de çeliştiğini ifade etmektedir. Yazara göre, şahsında gerçekleşmiş olan nitelikli unsurdan şeriki sorumlu tutmamak TCK m.61/10 hükmüne de aykırı olacak şekilde şerik için bir ceza muafiyeti sağlanmasını sonuçlar. Bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s.151. Eklenmelidir ki, TCK m.38 ve 39 hükümlerinde şerikin, failin işlediği suçun cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Şerikin şahsında gerçekleşmiş olan nitelikli unsurdan sorumlu tutulması bu hükümlere bir aykırılık oluşturmaz. Zira bir suçun temel ve nitelikli unsurlu şekli aynı suç sayılmaktadır (TCK m.43/1).

[1027] Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.829-830; Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s.210.

Bu sistem içerisinde, aynı olayda azmettirenin müşterek failden daha fazla ceza alması da oldukça olasıdır. Örneğin, (A)'nın azmettirmesi üzerine (B) ve (C)'nin müşterek fail olarak (D)'yi öldürdüğü bir olayda, (B) ile (D) arasında kardeşlik ilişkisi varsa ve (A) bunu biliyorsa, (A)'nın TCK m.82/1-b üzerinden, mağdurla arasında herhangi bir akrabalık olmayan (C)'nin ise TCK m.81 üzerinden cezalandırılması gerekir. Görüldüğü gibi, bu durumda suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeyen azmettiren, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren müşterek failden daha fazla ceza almaktadır. Buna karşılık, (A)'nın azmettirme hareketinden sonra bir de müşterek fail olarak suça katılması durumunda ise, bir görünüşte içtima prensibi olan failliğin şerikliğe göre asliliği ilkesi gereği (asli-tali norm ilişkisi), sadece müşterek fail sıfatıyla cezalandırılması mümkün olacaktır. (A)'nın mağdurla arasında herhangi bir akrabalık bağı da olmadığından TCK m.81 üzerinden cezalandırılması gerekecektir. Yani bağlılık kuralına dayanan bu sistemde, azmettiren sıfatına sahip olan suç ortağı azmettirmekle yetinseydi (kendisine kasten insan öldürmenin cezayı artıran nitelikli unsurlu şekli uygulanacağından) daha fazla ceza alacak iken, suça katkısını hem azmettiren hem de müşterek fail olarak sunması durumunda (kasten insan öldürmenin temel şekli devreye gireceğinden) daha az ceza almaktadır. Bu ve benzeri durumlara bağlılık kuralı doğrultusunda getirilen çözümlerin adil olmadığı hissiyatını uyandırdığı ve adalet duygusunu incittiği, nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayetinin sadece bağlılık kuralı esas alınarak çözümlenmesi gerektiğini savunan yazarlarca da kabul edilmektedir[1028].

5. Alman Uygulamasında Şahsi Nitelikli Unsurların Sirayetinde Bağlılık Kuralının Geçerli Olmaması

a. Genel Olarak

Yukarıdaki başlıkta verilen örneklerden anlaşılabileceği üzere, nitelikli unsurların suç ortakları arasında salt bağlılık kuralı vasıtasıyla sirayet ettirilmesi, kimi durumlarda suç ortaklarının gerçekleştirdiği haksızlık içeriği ile orantılı bir cezalandırma sağlamamaktadır. Özellikle şahsi nitelikli unsurların sirayeti bakımından böyle bir çıkarımda bulunulması mümkündür. 5237 sayılı TCK'da fiili-şahsi nitelikli

[1028] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.482 dn.1608; Taşkın Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s.157.

unsur ayrımı yapılmaksızın tüm nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesi bağlılık kuralı ile çözümlenmeye çalışılmıştır. Buna karşılık Alman CK'da, fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmakta ve yalnızca fiili nitelikli unsurların sirayeti bağlılık kuralı aracılığıyla gerçekleşmektedir. Şahsi nitelikli unsurların sirayeti meselesi ise Alman CK §28/2'de ayrıca düzenlenmiştir. Bu konuda bağlılık kuralı geçerli değildir. 5237 sayılı TCK'da, Alman CK §28/2'ye karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır.

Kimi nitelikli unsurlu suç tiplerinin gerçekleştirilmesi failin şahsında belirli bir özel kişisel unsuru taşımasını şart koşar. Bağlılık kuralı düşüncesine göre, şerikin bu tür unsurları yerine getirmesi gerekmez. Bu kişisel unsurlara failin sahip olduğunu bilmesi (yani bu hususun kastının kapsamında olması) yeterlidir[1029]. İşte §28/2 hükmü bu aşamada devreye girer. Suç tipinin ve cezanın kişisel durumlara göre tesis edilmiş olduğu hallerde, bu suçun ve cezasının sadece ilgili kişisel durumu şahsında taşıyan suç kalıtımcısı hakkında uygulama bulmasını temin eder[1030]. Bu başlık altında önce Alman öğretisinde cezayı artıran veya azaltan özel kişisel unsurlardan hareketle yapılan fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı, daha sonra ise Alman CK §28/2 hükmü ile sadece şahsi nitelikli unsurlar bakımından getirilen bağlılık kuralı istisnası incelenecektir.

b. Özel Kişisel Unsurlar (*besondere persönliche Merkmale*)

Alman CK §28/2 hükmüyle dolaylı olarak nitelikli unsurlar arasında fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmıştır. Bu ayrımda sadece cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsurların sirayeti bakımından bağlılık kuralı esnetilmiş ve bu unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesinin çözümünde bu hükmün devreye gireceği ifade edilmiştir. Fiili nitelikli unsurların sirayeti meselesi ise bu hükme göre değil, genel prensip olan bağlılık kuralına göre çözümlenmeye devam edilecektir[1031]. Bu nedenle Alman hukukunda nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin çözümünde

[1029] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.872.
[1030] Heine/Weißer, **a.g.e.**, §28 kn.1. Fail suç tipini belirli kişisel bileşenlerle gerçekleştiriyorsa ve bu bileşenler şerikin şahsında bulunmuyorsa, şerikin cezası ile failin cezasının istisnasız bir şekilde birbirine bağlanmış olması adaletsizlikleri beraberinde getirir. Bu nedenle, Alman CK §28 hükmü kişisel suç tipi unsurlarının etkisini sadece bu unsurların şahsında bulunduğu kişi ile sınırlar. Bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §53 kn.34.
[1031] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1352; B.Heinrich **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, s.307, 372vd, kn.1282a, 1350.

öncelikle cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsurun faille (kişisel unsur) mi yoksa fiille (kişisel olmayan unsur) mi ilgili olduğuna karar verilmesi gerekir.

Alman CK §28/2, *özel kişisel unsurlar* terimi üzerine inşa edilmiştir. Bu terimden hukuki olarak ne anlaşılması gerektiği çok geniş ve muğlak bir şekilde Alman CK §14'te ifade edilmiştir. Buna göre, suç tipinde ismen zikredilmiş olan özel kişisel nitelikler, ilişkiler ya da durumlar özel kişisel unsur teşkil eder[1032]. Bu kavram tanımından, özel kişisel unsurların öncelikle kişi ile ilgili unsurlar olduğu anlaşılır. Yani özel kişisel unsurlar esas olarak son derece kişisel karaktere haiz olan durumlardır. Bir suç unsurunun özel kişisel nitelikle, özel kişisel ilişkiyle ya da özel kişisel durumla bağlantılandırılmış olup olmadığı, her defasında somut olayda normun anlamı ve amacı dikkate alınarak yapılacak değerlendirmeye göre belirlenir. Bu yönde değerlendirmede bulunulması güçlükler arz edebilir[1033].

Özel kişisel unsurlar, suçun icrasını tasvir etmezler. Suçun işlenmesine katılan suç ortaklarını (fail veya şerik) tasvir ederler. Yani bunlar, failin kişiliği ile sıkı bir

---

[1032] Her biri özel kişisel unsur teşkil eden, özel kişisel nitelikler, özel kişisel ilişkiler ve özel kişisel durumlar arasında net bir sınır çizilemez. Bu nedenle, odaklanılması gereken husus bir suç unsurunda, özel kişisel yapının olup olmadığıdır. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.148. Yine de bir tanım vermek gerekirse, *özel kişisel nitelikler*, bir insanın belirli bir süredeki yapı unsurlarını tasvir eder. Failin kamu görevlisi olma niteliği ve failin yaşı buna örnek teşkil eder. *Özel kişisel ilişkiler*, bir insanın dış dünya ile olan münasebetlerini tasvir eder. Akrabalık (§173, §258/6), güvenilen kişi olma (§174a, §246/2), çete üyeliği (§244/1 Nr.2), bağımlılık ilişkisi (§174b), mal varlığını koruma yükümlülüğü (§266), gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğü bunlara örnek teşkil eder. Son olarak, *özel kişisel durumlar*, sadece geçici ve içsel anlardır. Yani bunlar, geçici olduklarından özel kişisel niteliklere girmeyen, içsel olduklarından da özel kişisel ilişkilere girmeyen anlardır. Kazanç elde etme saiki, suçu meslek veya sanat haline getirme, alışkanlık haline getirme bunlara örnek teşkil eder. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.149-152. Karş. Heine/Weißer, **a.g.e**, §28 kn.12-14.

[1033] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1353; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.873; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.144. Özel kişisel unsurlar kişiyi (şahsı), fiilden (suçtan) daha fazla karakterize eden unsurlardır. Bkz. Helmut Satzger, "Bandenmitgliedschaft als besonders persönliches Merkmal", **JURA(JK)**, 2015, s.424. Schünemann'a göre, §14'te yapılan tanımlama ile özel kişisel unsur terimine açıklık getirilmemiş, aksine belirsizlik yaratılmıştır. "Unsur" teriminin, "nitelik, ilişki ya da durum" sözcükleriyle açıklanması bütünüyle anlamsızdır. Bkz. Schünemann, "Die Bedeutung der „Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (1. Teil)", s.354. Alman CK'da özel kişisel unsurlar terimi §14 ve §28 olmak üzere iki hükümde kullanılmıştır. Öğretide kimi yazarlar Alman CK §14 ve §28'deki terimlerin birbirleriyle örtüşmediği görüşündedir. Buna göre, her iki hükümde kullanılan "özel kişisel unsurlar" teriminin farklı şekilde yorumlanması gerekir. Zira bu terim §14 ve §28'de farklı fonksiyona haizdir. Bkz. Nestler/Lehner, **a.g.e.**, s.407-408; Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.240. Alman CK §14 hükmü, şahsında özel kişisel unsur taşımayan kanuni temsilci bakımından doğabilecek cezalandırma boşluklarını kapatmak için ihdas edilmiştir. §28 hükmü ise, şahsında özel kişisel unsur taşımayan suç katılımcısının cezasının tayininde bu hususun dikkate alınmasını sağlama amacı güder. Bkz. Brian Valerius, "Besondere persönliche Merkmale", **JURA**, 2013, s.15, 17.

ilişki içerisinde olan, son derece kişisel karakterdeki unsurlardır. Bu nedenle bu unsurların mümkün olduğunca, sadece onları şahsında taşıyan suç ortağına yüklenmesi icap eder[1034]. Ayrıca, bir hususiyetin özel kişisel unsur teşkil edebilmesi için mutlaka cezaya etki etmesi gerekir. Bunlar cezayı kurucu özellikte olabilecekleri gibi, cezayı artırıcı, azaltıcı ya da ortadan kaldırıcı unsurlar da olabilirler[1035]. Bu itibarla, özel kişisel unsurlar suç tiplerinin haksızlık içeriği üzerinde etkiye haizdir[1036].

Belirli bir unsurun özel kişisel unsur olarak sınıflandırılması, baskın görüşe göre faille-fiille ilgili unsur ayrımına dayanır[1037]. Ancak bu ayrımda azımsanmayacak güçlülerle karşılaşılabilir. Zira sadece kimin fail olabileceğine dair şahsa yapılan her vurgu faille ilgili unsura vücut vermez. Örneğin erkek olma özelliği ya da mahpus olma özelliği faille ilgili unsur teşkil etmez ve bu hususiyetler özel kişisel unsur olarak sınıflandırılamaz[1038]. Bu itibarla, faile vurgu yapan suç tipi unsurları da fiille ilgili olabilir[1039]. Ayrıca, kişi ile ilgili tüm unsurlar da hükmün kapsamına girmez. Sadece özel kişi ile ilgili unsurlarda §28 uygulama bulur. Bu itibarla, ilgili suçun tipleştirmesine ait olan kişisel unsurlar hükmün kapsamında mütalaa edilmez[1040].

[1034] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.148, 154. Alman öğretisinde yazarların büyük bir çoğunluğu özel kişisel unsurları tarif ederken "fail ile ilgili unsurlar (*täterbezoge Merkmale*)" terimini kullanmayı tercih etmektedir. Bununla birlikte kimi yazarlar ise aynı anlamda "kişi ile ilgili unsurlar (*personenbezogene Merkmale*)" terimini kullanmaktadır. Yazarlar bu tercihlerinin sebebini, §28 hükmünün şerikleri de kapsamına almasına dayandırmaktadır. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.144 dn.235. Kanımızca da kişi ile ilgili unsurlar teriminin tercih edilmesi daha doğru olacaktır. Zira fail ile ilgili unsur şeklinde isimlendirilen bir hususiyet şerikin şahsında da bulunabilir. Bu isimlendirme, ilgili hususiyetin sadece failin şahsında bulunabileceği anlamına gelmemektedir. Yalnızca şahsa ilişkin bir hususiyetin mevcudiyetini anlatmak üzere kullanılmaktadır.

[1035] Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.240; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1016; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.872; BGH, **NStZ**, 1994, s.181.

[1036] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.872. Faille ilgili unsurlar, her suç katılımcısının kişisel hareket haksızlığını ayırt edici bir şekilde tasvir eder. Bkz. Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.35.

[1037] Fiille ve faille ilgili unsurlar ayrımına ilişkin eleştiriler için bkz. Harro Otto, "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", **JURA**, 2004, s.470; Schünemann, "Die Bedeutung der „Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (1. Teil)", s.359-360; Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §27 kn.28vd.

[1038] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.158. Benzer şekilde, alacaklının kayırılması suçunda (Alman CK §283c) borçlu olma özelliği ve tanıklık suçlarında (Alman CK §153vd.) tanık olma durumu faille ilgili unsur olarak addedilmez. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.161.

[1039] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §38 kn.32.

[1040] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.146. Yazarlar, suçun tipleştirmesine ait olan kişisel unsurlara, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında yer alan kendine mal etme amacı ile zenginleşme amacını örnek vermektedir (Alman CK §242, 263). Bu hallerde, kanun koyucu suçun tamamlanma anını öne çekmek amacıyla kendine mal etmenin ya da zenginleşmenin gerçekleşmesini aramamış, failin bu

Öğretide, özel yükümlülük unsurlarının (örn. kamu görevlisi olma özelliği) ittifakla §28 anlamında özel kişisel unsurlar içerisinde yer aldığı ifade edilmektedir. Bunun dışında, hangi unsurların özel kişisel unsur sayılması gerektiği hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur[1041].

Özetle, Alman öğretisinde haksızlık unsurları kendi içerisinde maddi (fiili) unsurlar ve kişisel unsurlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kişisel unsurlar içerisinde de basit-özel kişisel unsurlar ayrımı yapılmaktadır. Fiili unsurlar ve basit kişisel unsurlar bağlılık kuralına tabidir. Asıl konumuzu oluşturan, cezayı değiştirici özel kişisel unsurlar, hâkim görüşe göre bağlılık kuralına tabi değildir (bağlılık kuralının delinmesi öğretisi). Azınlık görüşüne göre ise, bu unsurlar bakımından da sınırlı bağlılık kuralı işler (cezanın belirlenmesi çözümü)[1042]. Bu itibarla, §28 hükmünün devreye girebilmesi için iki aşamalı bir irdelemenin yapılması gerekir. İlk aşamada, kişisel unsurlar ve kişisel olmayan unsurlar ayrımı yapılır. İkinci aşamada ise, kişisel unsurlar içerisinde, özel kişisel unsurlar ve özel kişisel olmayan unsurlar ayrımı yapılır. Sadece özel kişisel unsurlar bakımından §28 hükmü uygulama bulur[1043].

Özel kişisel unsur içeren cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar §28/2 hükmünün uygulanma alanı kapsamında kalır[1044]. Alman CK §28/2 anlamında faille (kişiyle) ilgili nitelikli unsurlar, failin cezasının artmasını ya da azalmasını özel kişisel durumların, güdülerin, saiklerin, zihniyetlerin mevcudiyetine ya da failin özel bir yükümlülük durumu altında olmasına bağlayan unsurlardır. Bu tip unsurlarla son

---

yönde bir amaca sahip olmasını yeterli görmüştür. Bu nedenle bu amaçlar, §28 anlamında özel kişisel unsur teşkil etmez. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.146.

[1041] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §38 kn.25; Otto, "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", s.472, 474. Öğretide kimi görüşler, özel kişisel unsurların kapsamını özel yükümlülük unsurları ile sınırlamaktadır. Ancak §28/2'de aranan anlamda cezayı azaltan ya da kaldıran bir özel yükümlülük unsuru Alman CK'da mevcut değildir. Bu durum, özel kişisel unsurların kapsamının, özel yükümlülüklerden daha geniş olduğunu gösterir. Bkz. Otto, "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", s.473.

[1042] Gerhold, **a.g.e.**, s.83, 85.

[1043] Nestler/Lehner, **a.g.e.**, s.410; Otto, "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", s.469. Kimi yazarlara göre, özel-basit kişisel unsur ayrımında, kişisel unsurun suç katılımcısının cezalandırılması hususunda adaletsizliğe yol açmaksızın, bağlılık kuralını bütünüyle takip edip edemeyeceğine ya da bağlılık kuralı gevşemesi gerektirecek şekilde failin kişiliği ile bağlantılı olup olmadığına bakılması gerekir. Bkz. Henning Radtke, "Besondere persönliche Merkmale gem. §28 StGB", **JuS**, 2018, s.645. Yani adaletsizliğe meydan vermeden bağlılık kuralını izleyen unsur, basit kişisel unsurdur.

[1044] Radtke, **a.g.e.**, s.643.

derece kişisel türden özel bir yükümlülük durumu tasviri yapılır. Özgü suçlarda, fail olma niteliği bu özel kişisel yükümlülükten ileri gelir. Örneğin asker, kamu görevlisi, hâkim ya da mal varlığını koruma yükümlülüğü altında bulunan kişi olma durumu bu türden özel kişisel unsurlar arasında sayılır[1045]. Ayrıca, failin özellikle kınanması gereken bir güdüsünü (saikini) tasvir eden unsurlar da faille ilgili unsurlar grubu içerisinde yer alır. Örneğin, kasten öldürme suçunun cinsel güdüleri tatmin etme saikiyle ya da maddi menfaat temin etme saikiyle işlenmesi (Alman CK §211/2) bunlar arasındadır[1046]. Faille ilgili unsur teşkil eden saikler, suç tipi ile koruma alına alınan hukuki değerin ihlaline yönelmiş olmayan saiklerdir. Bunların yanı sıra, meslek ve sanat haline getirilmiş hareketler ya da çete üyesi olma özelliği gibi kişisel durumlar da faille ilgili unsurlar içerisinde yer alır[1047].

Fiille ilgili olan unsurlar ise §28/2 hükmünün kapsamına girmemekte ve bağlılık kuralı çerçevesinde mütalaa edilmektedir[1048]. Bunlar suçun maddi haksızlık içeriğini tasvir eden unsurlardır. Bu itibarla fiille ilgili unsurlar, suçun işleniş türünü ve şeklini, suçun seyrini (gelişimini), tipe uygun neticeyi, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, failin hareketlerinin özel bir tehlikeliliğini ya da suçun özel maddi koşullarını tasvir eder. Öncelikli olarak suçu ve suçun modalitelerini (varyasyonlarını) tasvir etme işlevi gören unsurlar bunlar arasındadır[1049]. Fiille ilgili unsurlarda suçun haksızlık içeriği

---

[1045] Eklenmelidir ki her özgü suç §28 anlamında özel kişisel unsur içermeyebilir. Alman CK §283'teki iflas suçu böyledir. İflas etmiş borçlu (müflis) olma durumu, §28'in kapsamına giren bir özel kişisel unsur değildir. Benzer şekilde, özel kişisel unsur içeren bir suçun, özgü suç olmayıp, genel bir suç olması da mümkündür. Bkz. Nestler/Lehner, **a.g.e.**, s.411.

[1046] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1350; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1016, 1020; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.13, 17; BGH, **NJW**, 2010, s.3669. Ayrıca, kötü niyetlilik ve başkalarının durumunu düşünmezlik (*Rücksichtslosigkeit*) de faille ilgili (özel kişisel) unsurlar arasında yer alır. Bkz. Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.18; Eisele, **Strafrecht BT I**, kn.1128.

[1047] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §38 kn.28. Ayrıca, failin yaşı (§173/3) ve akrabalık ilişkisi (§258/6) de faille ilgili unsurlar içerisinde mütalaa edilmektedir. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.873. Bunlara ek olarak bağımlılık ilişkisi (§174b) ve gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğü de faille ilgili unsurlar arasında sayılır. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.151. Öğretide garantörlük yükümlülüğü kural olarak özel kişisel unsur şeklinde değerlendirilmektedir. Ancak son yıllarda yaygınlık kazanmaya başlayan bir görüşe göre, gerçek olmayan ihmali suçlardaki garantörlük durumu (yükümlülüğü) özel kişisel unsur teşkil etmez. Bkz. Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.242; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §61 VII 4a; Valerius, **a.g.e.**, s.18-19.

[1048] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.144; Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.89; Rengier, **Strafrecht BT-II**, §5 kn.1.

[1049] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1350; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1016; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.13; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.874; BGH, **NStZ**, 1994, s.182; BGH, **NJW**, 2010, s.3669.

ağır basar. Bunlar failin kişiliğinden önemli ölçüde bağımsızlaşan, korunan hukuki değerlerle ilgili maddi koşullara ilişkin olan unsurlardır[1050].

Dış dünyada bir neticenin gerçekleştirilmesi ile ilgili olan ya da başka hukuki değerlerin ihlali ile ilgili olan (dar anlamda) amaçlar fiille ilgilidir. Kast ve netice ile ilgili amaçlar (örn. mal edinme amacı, zenginleşme amacı) bunlar arasında yer alır. Buna karşılık, özel zihniyet haksızlığını tasvir eden güdü ya da eğilim (meyil) faille ilgilidir[1051].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne ve öğretideki kimi yazarlara göre, faille-fiille ilgili unsur ayrımında belirleyici olan husus, ilgili unsurun ağırlıklı olarak fiili mi failin kişiliğini mi tasvir ettiğidir[1052]. Ancak öğretide ağırlık noktasına göre yapılan bu ayrımın da hatalı sonuçlara yol açtığı ileri sürülmektedir[1053]. Öte yandan, faille-fiille ilgili unsur ayrımının yanı sıra bir kişisel unsurun ne zaman §28 anlamında özel olduğu sorusunun net bir şekilde yanıt bulması da güçlükler arz eder. Baskın görüşe göre, bu ayrımda belirleyici olan husus unsurun failin kişiliğine bağımlılığının ölçüsüdür[1054].

Tüm bu tartışmalara rağmen, Alman öğreti ve uygulamasının üzerinde büyük ölçüde uzlaşmaya vardığı, cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur hüviyetindeki özel kişisel (faille ilgili) unsurlara şu örnekler verilmektedir: Kasten öldürmenin özellikle kınanması gereken çeşitli saik ve amaç unsurlarının toplandığı 1. ve 3. grupta yer alan cezayı artıran nitelikli unsurları, yani öldürme hazzı, cinsel güdülerin tatmini saiki,

---

[1050] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1019; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.13; Nestler/Lehner, **a.g.e.**, s.410; Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.36. Ceza hukukuna ait bir unsur herhangi bir kişiye yönelik emir içeriyorsa fiile ilişkindir. Bkz. Karlhans Dippel, "Anmerkung zu BGH Urt. v. 29.09.1993 – 2 StR 336/93", **NStZ**, 1994, s.182.

[1051] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §38 kn.27; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §28 kn.16. Örneğin, maddi menfaat temin etme saiki failin fiiline yönelik zihniyetini (düşünce yapısını) tasvir ettiğinden faille ilgilidir. Buna karşılık, zenginleşme amacı fiilin özel haksızlığını karakterize ettiğinden fiille ilgili unsur olarak sınıflandırılması gerekir. Bkz. Heine/Weißer, **a.g.e.**, §28 kn.20. Diğer bir ifadeyle fiilin neticesini yansıtan amaçlar fiille ilgilidir. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.159.

[1052] BGH, **NStZ**, 1994, s.182; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1019; Radtke, **a.g.e.**, s.645-646.

[1053] Otto, "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", s.470. Yazar, ağırlık noktasından yola çıkarak yaptığı ayrımda, Federal Yüksek Mahkeme'nin akrabalık ilişkisini önce faille ilgili unsur olarak, daha sonra ise fiille ilgili unsur olarak değerlendirdiğine, çete üyeliğini önce fiille ilgili unsur olarak görüp, daha sonra ise faille ilgili unsur olarak yorumladığına, benzer şekilde ilkel saikleri de ilk olarak fiille ilgili, daha sonra ise özel kişisel unsur şeklinde tavsif ettiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Otto, "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", s.470.

[1054] Nestler/Lehner, **a.g.e.**, s.410-411.

maddi menfaat temini saiki, diğer ilkel saikler[1055], başka bir suçun işlenmesine olanak sağlama amacı ve başka bir suçu gizleme amacı (Alman CK §211/2) bunlar arasındadır[1056]. Bunun dışında, son derece kişisel türde bir özel yükümlülük durumu tasviri yapan unsurlar, yani güveni kötüye kullanma suçunda cezayı artıran nitelikli unsur olan malın emaneten verildiği kişi olma durumu özel kişisel unsurdur (Alman CK §246/2). Ayrıca çete halinde hırsızlık suçunda, cezayı artıran nitelikli unsur olan bir çetenin üyesi olma özelliği (Alman CK §244/1 Nr.2)[1057], çocuk düşürme suçunda bir cezayı azaltan nitelikli unsur olan hamilelik özelliği (Alman CK §218/3) de bunlar arasındadır[1058].

Benzer şekilde, gerçek olmayan görev suçlarında (örn. Alman CK §223'teki kasten yaralama suçunun üzerinde inşa edilen, Alman CK §340 anlamında görev esnasında yaralama suçu) failin kamu görevlisi olma özelliği, cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden özel kişisel unsurlardandır. Zira bu unsur failin kişisel statüsü ile bağlantılıdır. Alman CK §259'daki suç eşyasını satın alma, satma ya da temin etme suçunun işlenmesinin meslek veya sanat haline getirilmiş olması (Alman CK §260) cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindeki özel kişisel unsurlar içerisindedir. Himayesi altında bulunan kişiye kötü muamele suçu (Alman CK §225), kasten yaralama suçunun cezayı artıran nitelikli unsurlu şekli hüviyetindedir. Bu suçta, fail

---

[1055] Örneğin, bir kimsenin faile yönelik tutum ve davranışlarıyla sırf rahatsız edici (can sıkıcı) olduğu için öldürülmesi ilkel bir saik olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Kett-Straub, **a.g.e.**, s.838. Failin, bir kişi nezdindeki itibarını kuvvetlendirmek için (abartılı itibar hevesiyle) tanımadığı bir kimseyi öldürmesi de ilkel bir saik olarak görülmektedir. Bkz. Kraatz, **a.g.e.**, s.615. Benzer şekilde, belirli bir ırka karşı duyulan kin veya nefret ilkel saik olarak nitelendirilebilecek özel kişisel unsura örnek teşkil eder. Bkz. Hillenkamp, **a.g.e.**, s.1, 4.

[1056] Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.37; Satzger, "Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz", s.516. Bu unsurlar vasıtasıyla failin artan kişisel haksızlığı tasvir edilmektedir. Bkz. Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.36. Kasten öldürme suçu dışında, kundaklama suçunun da başka bir suçun işlenmesine olanak sağlama amacıyla veya başka bir suçu gizleme amacıyla işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur teşkil etmektedir (Alman CK §306b/2 Nr.2). Bu hususiyetler de özel kişisel unsur hüviyetine sahiptir. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.163; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.18.

[1057] Çete üyeliği özel kişisel unsur olarak değerlendirilmeseydi, bağlılık kuralına göre kastının kapsamında olması halinde, bu nitelikli unsurun şerike, kendisi çete üyesi olmasa bile yüklenmesi mümkün hale gelirdi. Bkz. Satzger, "Bandenmitgliedschaft als besonders persönliches Merkmal", s.424; Rönnau, **a.g.e.**, s.597. Öğretide kimi yazarlara göre ise çete üyeliği özel kişisel unsur teşkil etmez. Fiille ilgili unsur teşkil eder ve §28 kapsamında ele alınmaz. Bkz. Valerius, **a.g.e.**, s.19; Otto, "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", s.472-473.

[1058] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1353; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.873; Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.240; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.6, 8; Eisele, **Strafrecht BT II**, kn.272; Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.35-36.

ile mağdur arasında kurulan koruma ilişkileri cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden özel kişisel unsurlardandır[1059]. Suç işlemenin alışkanlık haline getirilmesi de cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindeki özel kişisel unsurlar içerisinde yer alır. Son olarak, talep üzerine öldürme suçunda (Alman CK §216), failin açık ve ciddi bir talep vasıtasıyla acıma duygusuyla harekete geçirilmiş (güdülenmiş) olması cezayı azaltan nitelikli unsur şeklindeki özel kişisel unsurlara örnek teşkil eder[1060].

Alman öğretisinde, cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur hüviyetindeki fiille ilgili unsurlara şu örnekler verilmektedir: Suçun özellikle kınanması gereken tür ve şekilde icrasını tasvir eden, kasten öldürmenin 2. grupta yer alan cezayı artıran nitelikli unsurları, yani suçun mağdurun savunmasızlığından ve tehlikenin farkında olmayışından yararlanılarak[1061], canavarca şekilde ya da genel tehlikeli araçlar kullanılması suretiyle işlenmesi (Alman CK §211/2) bunlar arasındadır. Failin hırsızlık suçunu yanında bir silah ya da tehlikeli bir alet taşıyarak işlemesi de cezayı artıran fiili nitelikli unsur teşkil eder (Alman CK §244/1 Nr.1)[1062]. Resmî belgeleri dolaylı suretle gerçek dışı düzenleme suçunda, failin zenginleşme amacı fiille ilgili cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindedir (Alman CK §271/3)[1063]. Ağır yaralama suçunun, doğrudan doğruya bilerek ve isteyerek (yani doğrudan kastla) gerçekleştirmesi de cezayı artıran fiille ilgili nitelikli unsurlar içerisinde sınıflandırılır (Alman CK §226/2)[1064]. Bu nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesi genel kural olan bağlılık kuralına göre çözümlenir.

[1059] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.163; Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.240; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1017.
[1060] Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.240; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.165; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.8.
[1061] Bu varyasyon kasten öldürmenin Alman CK §211'de kullanılan ifadeyle "*heimtückisch*" şekilde işlenmesine karşılık gelmektedir. Aynı anlamda mağdurun "hiffet ve saffetinden istifade ederek öldürme" şeklinde tanımlandığı da görülmektedir. Bkz. Kıygı, **a.g.e.**, s.495.
[1062] Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.247; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1019; Yenisey/Plagemann, **a.g.e.**, s.321. Kasten öldürmenin 2. grup nitelikli unsurlarının ağırlık noktasında suçun işlenişinin tasviri bulunur. Bu nedenle bunlar özel kişisel unsur teşkil etmez. Bkz. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.80.
[1063] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.159; Yenisey/Plagemann, **a.g.e.**, s.395-396. Schünemann'a göre, failde zenginleşme amacının mevcudiyeti, hukuka aykırı suretle zenginleşmenin gerçekleşmiş olmasını şart koşmaz. Bu amaç korunan hukuki değerin ihlali bakımından bir rol oynamaz. Failin kazanç elde etme hırsı, failin tehlikeliliği ile ilişkilidir. Bu nedenle, bu cezayı artıran nitelikli unsur özel kişisel unsur hüviyetindedir. Bkz. Bernd Schünemann, "Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik?", **GA**, 2011, s.455.
[1064] Hoyer, **a.g.e.**, s.129.

Alman öğretisinde kimi yazarlar fiille ilgili unsurların temel olarak objektif suç unsurları ile özdeş olduğunu ileri sürmektedir. Benzer şekilde, özel kişisel unsur hüviyetindeki faille ilgili unsurların da istisnaları bulunmakta birlikte, sıklıkla sübjektif suç unsurları olduğu ifade edilmektedir[1065]. Ancak sübjektif unsurlarla fail ile ilgili unsurların ve objektif unsurlarla da fiil ile ilgili unsurların bütünüyle eş değer görülmesi hatalı olacaktır[1066]. Örneğin, görev suçlarında kamu görevlisi niteliği ve çocuk düşürme suçunda hamile olma durumu objektif suç unsurudur. Ancak bunlar faille ilgili özel kişisel unsur teşkil etmektedir. Benzer şekilde, hırsızlıkta mal edinme maksadı, şantaj ve dolandırıcılık gibi suçlarda bulunan zenginleşme (ya da malvarlığını artırma) amacı, sübjektif suç unsurları olmalarına rağmen, fiille ilgili olan unsurlardır[1067]. Sübjektif suç unsurları, suçu tasvir ediyorsa ve son derece kişisel türden bir özel yükümlülük durumu hususunda düzenleme getirmiyorsa, fiille ilgili olabilir[1068].

Sonuç olarak, yukarıda yapılan anlatımlardan da anlaşılabileceği üzere Alman öğreti ve uygulamasında faille-fiille ilgili unsurlar ayrımında başvurulabilecek genel geçer bir prensip bulunmamaktadır. Bu ayrım daha ziyade özel hükümler kitabındaki suç tiplerine bakılarak, somut olay ve suç bazlı yapılmaktadır[1069]. Özel kişisel unsurlar cezayı tesis edebilir, artırabilir, azaltabilir veya ortadan kaldırabilir. Ancak bu çalışma bağlamında cezayı artıran veya azaltan özel kişisel unsurlar irdeleme konusu yapılmaktadır. Cezayı artıran veya azaltan özel kişisel unsurlar teriminden anlaşılması gereken şahsi nitelikli unsurlardır.

[1065] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1350-1351. Türk Öğretisinde de kimi yazarlar, şahsi nitelikli unsurların "sübjektif nitelikte", fiili nitelikli unsurların ise "objektif nitelikte" olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, **a.g.e.**, s.536.

[1066] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.874. Özel kişisel unsurların, objektif veya sübjektif unsurlardan meydana gelebileceği hususunda bkz. Heine/Weißer, **a.g.e.**, §28 kn.11.

[1067] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1351; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.159, 161; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.20; Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §27 kn.33. Sübjektif suç unsuru olan kast da fiille ilgili unsurlar arasındadır. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §61 VII 4a; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1018.

[1068] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1019.

[1069] Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.78.

c. Alman CK §28/2 Hükmünün Nitelikli Unsurların Sirayetine Etkisi

Suça iştirakin sınırlı bağlılık kuralı Alman CK §28 hükmü ile kısmen gevşetilmiş (fıkra 1) kısmen ise delinmiştir (fıkra 2). Bağlılık kuralına bir sınırlama getirilmesi düşüncesi, şerikin cezalandırılmasını engellemeyi amaçlamaz. İştirak edilebilir bir suç mevcutsa ve şerik azmettirme veya yardım etmeyi düzenleyen hükümlerde aranan şartları yerine getirmişse cezalandırılacaktır. Bağlılık kuralını sınırlama düşüncesi daha ziyade, şerikin alacağı cezanın ağırlığı ile ilintilidir. Bireysel olarak daha adil bir cezalandırmanın gerçekleştirilmesini amaçlar. Şerikin şahsında, kendisi tarafından gerçekleştirilmiş olan hareketin haksızlığını, fail tarafından gerçekleştirilmiş olan harekete kıyasla, ağırlaştıran ya da hafifleten kişisel durumlar bulunabilir. Bu gibi hallerde, haksız ve adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasını engellemek için, şerikin mahkûmiyet hükmünün ve yaptırımının failden bağımsız olarak tayini gerekir[1070]. Zira şahsında kişisel bileşen bulunmayan suç katılımcısına genel kuralların uygulanması tatmin edici olmayan sonuçlara yol açar. §28 hükmünün varlık sebebi özel kişisel unsurlu suç tiplerinde bu tatmin edici olmayan sonuçların ortaya çıkmasına engel olmaktır[1071].

Alman CK §28 hükmü, özel kişisel unsur olarak adlandırılan unsurlar, tüm suç katılımcılarında mevcut değilse devreye giren, bağlılık kuralı gevşemeleri ve delinmeleri öngören, özel bir kanuni düzenlemedir. Bu suretle, şerikin sorumluluğunun kapsamının bağlılık kuralına göre belirlenmesiyle ortaya çıkacak adil olmayan cezaların önüne geçilir[1072]. Bu itibarla, §28 hükmünün devreye girebilmesinin temel şartı, şerikin şahsında bulunmayan suç unsurunun bir özel kişisel

---

[1070] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1009-1010; Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", s.504; Valerius, **a.g.e.**, s.17. Karş. Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.35.

[1071] Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.1. Bağlılık kuralı esasında, bir kimsenin kendi sorumluluğunda işlemiş olduğu haksızlığın bir başkasına yüklenmemesi prensibi ile ters düşer. Bu çelişki, şerikin kendi şahsında bulunmayan kişisel unsurların ona bağlılık kuralı vasıtasıyla yüklenmesine engel olma ya da bu şekilde yapılacak isnadiyeti zayıflatma eğilimini ortaya çıkartır. Bkz. Herzberg, **a.g.e.**, s.145.

[1072] Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.75. Karş. Kraatz, **a.g.e.**, s.616. Bir görüşe göre, Alman CK §28 hükmü iştirakte bağlılık kuralının Alman CK'daki karşılığıdır. Bkz. Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.354. Bu görüşe katılmak mümkün değildir.

unsur olmasıdır[1073]. Cezada artırıma yol açan hususiyetin fiille ilgili bir unsur olması halinde §28/2 hükmü uygulama bulmayacaktır[1074].

Alman CK §28'in ana fikri, kanunda ismen zikredilmiş özel kişisel unsurları (yani şahsi nitelikli unsurları) şahsında taşımayan şerikin haksızlığını ve kusurunu, bunları şahsında taşıyan suç ortağının haksızlığından ve kusurundan ayırmaktır. Bu suretle de şahsında özel kişisel unsur bulunmayan şerikin daha hafif bir şekilde cezalandırılmasını sağlamaktır[1075]. Bu itibarla, §28 hükmü özel kişisel unsurların suç ortakları üzerindeki etkisini düzenleme konusu yapmaktadır. Bu hüküm ile sınırlı bağlılık kuralı gevşetilerek adeta özel kişisel unsurlar için ayrı bir "karşı bağlılık kuralı düzenlemesi" ihdas edilmiştir[1076]. Fıkra 1'de fail için cezayı kurucu nitelikte olan özel kişisel unsurun şerikte bulunmamasının etkisi düzenlemiştir. Bunlar, eksikliği halinde failin cezalandırılmasına engel olan unsurlardır. Bu özel kişisel unsurlar nitelikli unsur olma özelliğine sahip değildir. Bu nedenle fıkra 1 hükmü inceleme konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır[1077].

Uygulamada açık ara en sık karşılaşılan özel kişisel unsurlar ise §28/2'nin kapsamına girer. Bunlar, cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsurlar ile cezayı kaldıran şahsi sebepler ve şahsi cezasızlık sebepleridir. Diğer bir ifadeyle bu hükmün konusunu sadece suç ortaklarının (fail veya şerik) cezasını değiştiren yani cezayı artıran, azaltan ya da kaldıran özel kişisel unsurlar oluşturur[1078]. Alman CK §28/2

[1073] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.873.
[1074] Burchard/Engelhart, **a.g.e.**, s.277.
[1075] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §53 kn.42, 50. Karş. Satzger, "Bandenmitgliedschaft als besonders persönliches Merkmal", s.424; Nestler/Lehner, **a.g.e.**, s.411.
[1076] Herzberg, **a.g.e.**, s.145; Wilfried Küper, "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", **ZStW**, 1992, s.559; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.148.
[1077] Alman CK §28/1'e göre, fail için cezayı kurucu nitelikte olan özel kişisel unsuru şahsında taşımayan şerik de cezalandırılır. Şerik, bu unsurun failde mevcudiyetini biliyorsa, unsuru kendi şahsında taşımıyor olsa bile (tıpkı bağlılık kuralında olduğu gibi) faille aynı suç tipi üzerinden cezalandırılır, ancak (bağlılık kuralından farklı olarak) hükmedilecek cezada (Alman CK §49/1'e göre) zorunlu olarak belirli ölçüde indirim yapılır. Bkz. Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §38 kn.23; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1009; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.2, 11; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §53 kn.42; Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", s.504.
[1078] Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.243; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.5. Alman CK §28/2 hükmünün kapsamına giren özel kişisel unsurlar, herkes tarafından işlenebilen temel suçun cezalandırılabilirliğine etki etmez. Bkz. Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1010. Özel kişisel unsurun cezayı artırdığı hallerde temel suç-cezayı artıran nitelikli unsur ilişkisinden, cezayı azalttığı hallerde ise, temel suç-cezayı azaltan nitelikli unsur ilişkisinden söz edilir. Bkz. Baur, **a.g.e.**, s.655. Bu halde, özel kişisel unsurun eksikliği ya da mevcudiyeti, oluşa göre nitelikli unsurlu suçtan temel suça veya temel suçtan nitelikli unsurlu suça geçilmesi hususunda belirleyici karaktere haizdir. Bkz. Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.5.

hükmü tüm suç katılımcıları için yani hem şerikler hem de prensip itibarıyla (müşterek ya da dolaylı) failler için aynı şekilde uygulama bulan bir düzenleme içerir[1079].

Eklenmelidir ki §28/1'in ve §28/2'nin kapsamına giren unsurlar arasında gerçek anlamda bir farklılık bulunmaz. Örneğin bir özel kişisel unsur olan kamu görevlisi olma özelliği, gerçek özgü suçlarda cezayı kurucu bir unsur olduğundan §28/1'in kapsamına girer. Buna karşılık gerçek olmayan özgü suçlarda kamu görevlisi olma özelliği cezayı artırıcı bir unsurdur. Bu nedenle de §28/2 içerisinde mütalaa edilir. Bu itibarla, §28/1 veya 2'nin uygulanabilirliği, ilgili unsurun kendine has, karakteristik özelliklerine bağlı değildir. Daha ziyade unsurun suç tipi içerisindeki işlevine bağlıdır[1080]. Aynı unsur suç tipindeki düzenleniş şekline göre her iki fıkranın da kapsamına girebilir.

Alman CK §28/2 hükmüne göre cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsurların ve cezayı kaldıran şahsi sebepler ile şahsi cezasızlık sebeplerinin suç ortaklarından (fail veya şerik) birinden diğerine sirayet etmesi mümkün değildir. Suça katılan fail veya şeriklerden hangisi cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsur şeklindeki özel kişisel unsura sahipse (*Intraneus*), daima sadece o bu cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlanır veya cezayı artıran nitelikli unsurdan sorumlu tutulur. Şahsında özel kişisel unsuru taşımayan suç katılımcısı (*Extraneus*) ise sadece herkes tarafından işlenebilen temel suç üzerinden cezalandırılabilir[1081]. Hükmün amacı suç katılımcılarının şahıslarında taşıdıkları hususiyetleri dikkate alarak her suç katılımcısının (fail ve şerik) kendi kusuruna (ve haksızlığına) göre cezalandırılmasını temin etmektir. Buna göre, şahsi unsurlar, suçun haksızlık ya da kusur içeriğini artırma veya hafifletme suretiyle cezayı ağırlaştırıyor ya da hafifletiyorsa, bu ceza değişikliği sadece bu unsurları şahsında taşıyan suç ortağına (fail veya şerik) etki etmelidir. Bu

---

[1079] Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.12; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.165, 167; Valerius, **a.g.e.**, s.18; Wilfried Küper, "Im Dickicht der Beteiligung an Mord und Totschlag", **JZ**, 2006, s.1165.

[1080] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §38 kn.31; Heine/Weißer, **a.g.e.**, §28 kn.21-22.

[1081] Alman CK §28/2'deki düzenlemenin cezayı artıran ve azaltan nitelikli unsurlara karşılık gelen kısmı 1871 İmparatorluk Ceza Kanunu §50 hükmünde yer almaktaydı. Bu hükmün kökeni ise, 1813 Bavyera Ceza Kanunu §118'e dayanmaktaydı. Bu dönemde de iştirakin katı bağlılık kuralını özel kişisel suç unsurları bakımından muhafaza etmenin hakkaniyet ile bağdaşmayacağı düşünülmekteydi. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.157; Küper, "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", s.560. Bu itibarla, §28/2 hükmünün her suç katılımcısının kişisel haksızlık bileşenlerine göre cezalandırılmasını sağladığından söz edilir. Bkz. Kargl, **a.g.e.**, s.1147.

suretle §28/2 düzenlemesi, cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsurlar bakımından hukuki sonucu itibarıyla bağlılık kuralında geniş kapsamlı bir gevşeme meydana getirir. Bu nedenle Alman öğretisinde bu hükmün kapsamına giren özel kişisel unsurlar bakımından, şerikin cezasının bağlılık kuralına göre belirlenmesi prensibinin bütünüyle delindiğinden (rafa kaldırıldığından) bahsedilir. Bu durum hem mahkûmiyet hükmünün hangi suç tipi üzerinden kurulacağına hem de hükmolunacak cezaya etki eder[1082].

Alman CK §28/2 ceza adaletini sağlamaya hizmet eder ve bağlılık kuralına tabi olmayan suça katılma düzenlemesi olarak nitelendirilir. Hükmün kapsamına giren unsurlar da bağlılık kuralına tabi olmayan suç unsurları olarak görülür[1083]. Bununla birlikte, temel suç bakımından §28/2 hükmünün devreye girdiği hallerde de bağlılık kuralı muhafaza edilir[1084].

Failde mevcut olan şahsi nitelikli unsurun şerikte de mutlaka mevcut olması gerekmez. Bu nedenle şerike şahsında mevcut olmayan bir şahsi nitelikli unsurun yüklenmesi mümkün olmayacaktır. Bu itibarla kendi şahsında cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsuru taşıyan fail, mahkûmiyet hükmünde suçun cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlu şeklinden sorumlu tutulur. Bu kişisel nitelikli unsuru şahsında taşımayan şerik ise, temel suç üzerinden cezalandırılır. Böylelikle bağlılık kuralı delinmiş olur. Zira şerikin cezası, failin özel kişisel unsuru üzerinden belirlenmez. Kendi şahsında gerçekleşen veya gerçekleşmeyen özel kişisel unsura göre belirlenir. Bu suretle fail (müşterek failler de) ve şerik istisnai bir şekilde ayrı ayrı suç tipleri üzerinden mahkûm edilmiş olacağı için, Alman öğretisindeki baskın görüş, bu hallerde bir suç tipi kaymasının gerçekleştiğinden bahseder. Gerçekten oluşa göre fail için şahsi nitelikli unsurlu suç tipi uygulanabilir konumda iken, şerik için ise temel suç tipi uygulanabilir konumda (ya da tam tersi) olabilir. Bu durumda, şerikin failden

[1082] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1010, 1013, 1014; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.151; Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.239, 245; Frister, **a.g.e.**, §25 kn.29, 34; Satzger, "Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz", s.516; Kai Ambos, "Vorgerücktenklausur Strafrecht: Das fehlgeschlagene Attentat", **JURA**, 2004, s.497. Alman CK §28/2 hükmünün uygulanmasıyla fail ve şerik farklı suç tipleri üzerinden mahkûm edileceğinden, bu hükmün bağlılık kuralını gevşetmekle yetinmeyip, deldiğinden bahsedilir. Bkz. Valerius, **a.g.e.**, s.18; Küper, "Im Dickicht der Beteiligung an Mord und Totschlag", s.1162.

[1083] Küper, "Im Dickicht der Beteiligung an Mord und Totschlag", s.1161-1162; Küper, "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", s.565.

[1084] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.167.

farklı bir suç tipi üzerinden cezalandırılmasına olanak tanındığından, yani suç ortaklarının her biri için faklı suç tipleri uygulanabilir olduğundan, §28/2 bir *suç tipi değişikliğine (kaymasına)* yol açar[1085]. Bu halde, özel kişisel unsura sahip olmayan suç ortağı bakımından bağlılık kuralının delinmesi, suç tipi değişikliği meydana getirme suretiyle suça da etki etmiş olur[1086].

Bağlılık kuralına tabi olmayan suç unsurlarının, şerikin kastı tarafından kapsanması şart değildir. Dolayısıyla bu hususta düşülen hataya değer verilmez. Bu itibarla, failin şahsında gerçekleşen bir özel kişisel unsuru, şerikin bilip bilmemesi ya da bu unsurun mevcudiyetini hatalı olarak varsayması, bu unsurun ona isnat edilip edilmeyeceğinin tayininde önem taşımaz. Kişisel nitelikli unsurların isnadiyeti bakımından belirleyici olan, bu unsurların şerikin kendi şahsında gerçekleşmiş olup olmadığıdır[1087]. Failin ve şerikin şahsında bir suçun cezayı artıran veya azaltan farklı nitelikli unsurlarının gerçekleşmesi de mümkündür. Bu durumda, fail de şerik de yalnızca kendi şahsında gerçekleşmiş olan cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurdan sorumlu tutulacaktır. Bu nedenle failin bir suçun cezayı artıran şahsi nitelikli unsurundan sorumlu tutulurken, şerikin ise aynı suçun cezayı azaltan şahsi nitelikli unsurundan sorumlu tutulması da imkân dahilindedir.

Görüldüğü üzere, suç tiplerinde tasvir edilen cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar için kişisel bileşenler kullanılıyorsa, Alman öğretisindeki hâkim görüşe göre, iştirak, failin fiilen icra ettiği asli suça azmettirme ya da yardım etme şeklinde ortaya çıkmaz. Şerikte bulunan özel kişisel unsurlar, tipe uygun ve hukuka aykırı asli suçun unsurlarıymışlar gibi bir varsayımsal form içinde ortaya çıkarlar. Bu itibarla şerik için uygulama bulan suç tipi, kendisi fail olsaydı gerçekleştirmiş olacağı suç tipidir[1088].

[1085] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1357, 1349; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.151; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1010; Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.245; Fischer, **a.g.e.**, §28 kn.8; Satzger, "Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz", s.516; Kraatz, **a.g.e.**, s.617; Geppert, "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", s.36. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de halen öğretide hâkim olan, §28/2'nin suç tipi değişikliğine yol açtığı görüşünü benimsemektedir. Bkz. BGH, **NJW**, 2010, s.3669.

[1086] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §38 kn.24; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.876. Alman CK §29'a göre, her suç katılımcısı, diğer suç katılımcılarının kusuru dikkate alınmaksızın, kendi kusuruna göre cezalandırılır. Alman CK §28/2 hükmü de esasında sonucu itibarıyla §29'da kusur unsurları bakımından benimsenen düzenlemeye denk düşer. Bkz. Ambos, **a.g.e.**, s.497.

[1087] Küper, "Im Dickicht der Beteiligung an Mord und Totschlag", s.1162; Küper, "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", s.565-566.

[1088] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §53 kn.38.

Nitelikli unsur hüviyetindeki cezayı artıran özel kişisel unsur failin şahsında bulunmayıp sadece şerikin şahsında bulunuyor olsa da durum değişmez. Şerik cezayı artıran nitelikli unsurlu suç üzerinden cezalandırılır. Zira bu halde asli suç temel suç formunda bulunmaya devam etmektedir[1089].

Alman öğretisinde azınlığı oluşturan kimi yazarlar, §28/2'yi gerçek olmayan görev suçları bakımından salt cezanın belirlenmesi kuralı olarak kabul eder (*cezanın belirlenmesi çözümü*). Bu halde, bağlılık kuralı delinmesi ve suç tipi kayması (değişikliği) gerçekleşmez. Alman CK §28/1'e benzer şekilde yalnızca bir *ceza çerçevesi kayması (değişikliği)* gerçekleştir. Buna göre, şahsında özel kişisel unsuru taşımayan suç ortağının, tıpkı fail gibi cezayı artıran nitelikli unsurlu suç üzerinden (yani gerçek olmayan görev suçu üzerinden) mahkûm edilmesi, ancak cezanın tayininde herkes tarafından işlenebilen temel suçun ceza çerçevesinin esas alınması gerekir. Yani unsurları suça katılanda bulunan suç tipine yalnızca cezanın hesaplanması hususunda müracaat edilmelidir[1090]. Bu suretle, bağlılık kuralı ile uyumlu olarak, özel kişisel unsura sahip olmayan şerik de (kastının kapsamında olduğu sürece) faille aynı suç tipi üzerinden mahkûm edilmiş olur. Ancak şerik özel kişisel unsuru şahsında taşımadığı için temel suçun ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılır[1091]. Eklenmelidir ki, şerikin faille aynı suç tipi üzerinden mahkûm edilmesi, şikâyet şartı gerekliliği ve hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti gibi

[1089] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §53 kn.88.

[1090] Bu görüşün çıkış noktası, iştirakin haksızlık içeriğinin asli suçun haksızlığından türetilmesi ve prensip olarak da asli suça bağlı olmasıdır. Bu bağımlılığın, asli suçun cezayı değiştiren özel kişisel unsurları bakımından da sürmesi beklenir. Bu itibarla, §28/2'nin şerikin, fail tarafından gerçekleştirilen suç tipi üzerinden mahkûm edileceği ve şahsında bulunan ya da bulunmayan özel kişisel unsurların sadece hukuki sonuç alanında cezayı değiştirici etkiye haiz olduğu şeklinde anlaşılması gerekir. Bkz. Küper, "Im Dickicht der Beteiligung an Mord und Totschlag", s.1164; Küper, "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", s.577. Bu suretle, iştirakin haksızlığı failin fiilinin haksızlığından türetilmiş olur. Bkz. Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §27 kn.19.

[1091] Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §27 kn.19, 81; Gerhold, **a.g.e.**, s.84-85; Küper, "Im Dickicht der Beteiligung an Mord und Totschlag", s.1164. Roxin'e göre, şerikin şahsında cezayı değiştirici özel kişisel unsurun bulunmaması nedeniyle, temel suçtan cezalandırılması, bağlılık kuralına aykırı olarak iştirakin haksızlığının doğrudan failin fiilinden türemediği, müstakil bir biçimde belirlendiği anlamına gelir. Bu uygulama iştirakin cezalandırılma sebebiyle bağdaşmaz. Bkz. Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §27 kn.18.

hususiyetlerin de şerikin (cezalandırıldığı suç tipi üzerinden değil) mahkûm edildiği suç tipi üzerinden belirlenmesi gerekliliğini beraberinde getirir[1092].

Bu görüşe göre, §28/2 hüküm fıkrasına etki etmeyecek, sadece ceza çerçevesine etki edecek şekilde yorumlanır[1093]. Bu suretle 1. ve 2. fıkranın hukuki sonuçları birbirine eşitlenmiş olur. Hem cezayı kurucu hem de cezayı değiştirici özel kişisel unsurlarda, kendisi yükümlülük ihlali gerçekleştirmeyen suç katılımcısının bu durumunun, sadece cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gerekir[1094]. Bu görüşe göre, örneğin failde kişisel bir cezayı artıran nitelikli unsurun bulunmadığı, ancak azmettirende bulunduğu hallerde, azmettiren temel suça azmettirmeden ötürü mahkûm edilir. Ancak şahsında bulunan cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılır[1095]. Öğretide baskın olan, suç tipi kayması görüşünün savunucusu yazarlar, ceza çerçevesi kayması görüşünün yasanın açık metni ile ters düştüğünü ifade etmektedir[1096].

Baskın görüş doğrultusunda §28/2'nin suç tipi kaymasına yol açtığı kabul edildiğinde, hükmün uygulanabilirliğinin ve etkilerinin suç inceleme şeması içerisinde incelenme yeri hususunda da farklı görüşler bulunur. Bunlardan ilki, §28/2 içerisinde mütalaa edilen özel kişisel unsurların objektif ya da sübjektif karaktere haiz olmalarına göre ya objektif ya da sübjektif suç tipi kapsamında inceleme konusu yapılmasıdır. Diğer bir ihtimal ise, §28/2'nin kapsamına giren özel kişisel unsurların bulunup bulunmadığının ve etkilerinin, bir bütün olarak müstakil bir başlık altında sübjektif suç tipinin ardından irdelenmesidir[1097].

[1092] Roxin, **Strafrecht AT Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, §27 kn.20.
[1093] Puppe, "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", s.506.
[1094] Gerhold, **a.g.e.**, s.84. Bu görüş doğrultusunda hareket edildiğinde, cezayı kurucu ve değiştirici şahsi unsurlar yeknesak olarak sadece ceza çerçevesi kaymasına yol açar. Bkz. Hoyer, **a.g.e.**, s.132-133.
[1095] Küper, "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", s.580. Yazara göre bu görüş, bağlılık kuralının maskelenmiş şekilde askıya alınmasından ibarettir. Bkz. Küper, "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", s.580.
[1096] Kraatz, **a.g.e.**, s.617. Baskın görüşün taraftarı olan yazarlara göre, yukarıda ifade edilen çözüm şekli kanun koyucunun tasavvurları ile çelişir, §28/2 hükmünün metni ve *ratio legis*'i ile bağdaşmaz. Bkz. Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1015; Otto, "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", s.469; Küper, "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", s.578-579.
[1097] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §38 kn.33. Karş. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.92. Valerius'a göre, cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsur hüviyetindeki özel kişisel unsurlar suç tipi eklentileri olduklarından, bunların objektif ve sübjektif suç unsurlarının hemen akabinde inceleme konusu yapılmaları daha doğru olacaktır. Bkz. Valerius, **a.g.e.**, s.18.

Şahsi nitelikli unsurlar suçun haksızlık içeriğine etki edebileceği gibi kusura da etki edebilir. Haksızlığa etki eden şahsi nitelikli unsurların sirayeti meselesinin §28/2 hükmü üzerinden çözümlenmesi gerektiği hususunda Alman öğretisinde görüş birliği bulunur. Ancak kusura etki eden nitelikli unsurların sirayeti meselesi çözümlenirken kusurla ilgili olan §29 hükmünün mü yoksa §28/2 hükmünün mü dayanak alınması gerektiği öğretide tartışmalıdır[1098]. Belirtilmelidir ki bu görüşlerden hangisi savunulursa savunulsun kusura etki ederek cezayı değiştiren unsurlar bakımından iki hükmün ulaştığı hukuki sonuçlar arasında bir farklılık bulunmaz. Zira §29 hükmü de tıpkı §28/2 hükmü gibi kusur unsurlarının sadece bunları şahsında taşıyan kişiye yüklenmesini öngörür. Yani kusur unsurları da son derece kişisel karaktere haiz olmalarından ötürü bağlılık kuralına tabi değildir[1099]. Bu nedenle, kusura etki eden cezayı artırıcı ya da azaltıcı şahsi nitelikli unsurların §28/2 ya da §29 kapsamında değerlendirilmesi, bu unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin çözümünde ulaşılan sonuç bakımından bir fark yaratmaz.

d. Çeşitli Olay Örnekleri

Alman CK'da kasten yaralama suçunun (Alman CK §223) kamu görevlisi tarafından görev esnasında işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (Alman CK §340). Kamu görevlisi olma özelliği şahısla ilgili bir unsur olduğundan özel kişisel unsur hüviyetindedir. Bu suç üzerinden şöyle bir örnek olay kurgulanabilir. Öğrenci (Ö), polis (P)'yi bir sonraki öğrenci protestosunda katılımcıları şiddetli bir şekilde dövmeye ikna eder. (P) denileni yapar. Bu halde (P), kamu görevlisi olarak görevinin icrası sırasında kasten yaralama suçunu işlemiş olduğu için §340/1'deki cezayı artıran nitelikli unsur devreye girer ve (P) görev esnasında yaralama suçu üzerinden sorumlu tutulur. Kamu görevlisi özelliği (özel görev yükümlülüğü) cezayı artıran şahsi nitelikli unsur teşkil eder. Bu kişisel özellik, suçun haksızlık ve kusur içeriğini yükselterek, artırılmış bir ceza tehdidine meşruiyet

[1098] Bu konudaki tartışmaya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.877; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §53 kn.91; Gerhold, **a.g.e.**, s.84; Radtke, **a.g.e.**, s.644. Küper, "Im Dickicht der Beteiligung an Mord und Totschlag", s.1163.

[1099] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.877; Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.92; Eisele, **Strafrecht BT I**, kn.141.

kazandırır[1100]. (Ö) tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde bu suçu işlemeye (P)'yi azmettirmiştir. Ancak (Ö)'de cezayı artırıcı nitelikli unsur hüviyetindeki kamu görevlisi olma özel kişisel unsuru bulunmaz. Bu nedenle §28/2'de öngörülmüş olan bağlılık kuralı delinmesi (Ö) lehine devreye girer ve (Ö)'nün görev esnasında yaralama suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulmasını engeller. Görev esnasında yaralama, gerçek olmayan bir özgü suçudur. Bu suçta, kasten yaralama suçuna kıyasla daha ağır bir ceza tehdidi öngörülmüş olmasının sebebi failin kamu görevlisi olma özelliğidir. Bu gibi cezayı artırıcı özel kişisel unsurlar yalnızca şahsında bulunduğu kişi için geçerlidir. Bu nedenle kamu görevlisi olmayan (Ö)'nün sadece kasten yaralamanın temel şekline azmettiren olarak cezalandırılması gerekir[1101].

Görüldüğü gibi, §28/2 hükmü hem (Ö)'nün cezasının suçun temel şekline karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden tayinini sağlar (bu suretle cezada bir değişiklik meydana getirir) hem de mahkûmiyet hükmünde (Ö)'nün basit yaralamaya azmettiren olarak (§223) sorumlu tutulmasını sağlar (bu suretle de şerikin mahkûmiyet hükmünü failden farklılaştırır)[1102]. Bu örnekte bağlılık kuralı üzerinden çözümlemede bulunulsaydı, (Ö)'nün görev esnasında yaralamaya azmettirme suçu (§340) üzerinden cezalandırılması gerekirdi[1103].

[1100] Alman CK'da kasten yaralama suçunun temel şeklinin kamu görevlisi tarafından görev esnasında işlenmesi ile kamu görevlisi olmayan bir kimse tarafından işlenmesi arasında uygulanacak suç tipi ve ceza çerçevesi bakımından fark yaratılmıştır. Bkz. Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.285.

[1101] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn. 1357; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1014; Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.151; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.155, 158; Nestler/Lehner, **a.g.e.**, s.404. Alman CK §28/2'yi sadece bir cezanın belirlenmesi kuralı olarak gören görüşün taraftarları, şerikin de §340 hükmüne göre mahkûm edileceğini ifade ederler. Ancak şerikin cezasının tayininde §223'ün ceza çerçevesini kullanırlar. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.163 dn.261; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.876. Öte yandan, faillik sıfatına sahip olup da suça şerik olarak katkıda bulunan kişiler ise görünüşte özgü suçun şeriki olarak cezalandırılabileceklerdir.

[1102] Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1015. Bu konuda örneklerin çoğaltılması mümkündür. Alman CK §246/2'deki güveni kötüye kullanma suçunda malın emaneten verildiği kişi olma durumu cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindeki özel kişisel unsurlardandır. Faili bu suçu işlemeye azmettiren eş, şahsında bu özel kişisel unsuru taşımamaktadır. Bu nedenle §28/2 hükmü eş bakımından azmettiren olarak cezalandırmayı, §246/2'deki cezayı artıran nitelikli unsurlu suçtan, §246/1'deki temel suça kaydırır. Bkz. Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.6. Bir başka örnek ise suç eşyasını satın alma, satma veya temin etme suçu üzerinden kurulabilir. Buna göre, (A) ve (B) suç eşyasını satın alma, satma veya temin etme suçunun (Alman CK §259) suç ortaklarıdır. (B) bu suçu işlemeyi yıllardır meslek veya sanat haline getirmiştir (cezayı artıran şahsi nitelikli unsur Alman CK §260/1 Nr.1). (A) ise ilk kez bu suça katılmaktadır. Suç ortaklarının suça hangi iştirak türüne göre katıldığı fark etmeksizin, (A)'nın daima sadece §259'daki temel suç üzerinden, (B)'nin ise daima §260/1 Nr.1'deki nitelikli unsurlu suç üzerinden cezalandırılması gerekir. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.168.

[1103] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.872.

Benzer bir örnek olay kurgusu, Alman CK'da kasten öldürme suçunda failin öldürülenin talebi üzerine harekete geçirilmiş olması bakımından da yapılabilir. Failin bu durumu cezayı azaltan nitelikli unsur hüviyetindeki özel kişisel unsur teşkil eder. Buna göre, doktor (D), hasta (H)'nin ölme isteğini ölümcül etkiye haiz bir iğneyle yerine getirir. İğne, hemşire (H) tarafından (D)'yi memnun etmek için hazırlanmıştır. (D), §216'daki cezayı azaltan nitelikli unsurlu talep üzerine öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. Yardım eden (H) ise öldürülenin talebi vasıtasıyla harekete geçirilmiş olmadığından, §28/2 hükmü gereği kasten öldürmenin temel şekline yardım eden olarak cezalandırılır. (H), iğneyi hazırlarken cezayı artıran nitelikli unsurlu öldürmeye (örn. maddi menfaat temin etme saiki) vücut veren bir hususiyetle hareket etseydi, §28/2 hükmünün bir kez daha uygulanması suretiyle, cezayı artıran nitelikli unsurlu öldürmeye yardım eden olarak cezalandırılması gerekecekti[1104].

Başka bir örnek ise kasten öldürmenin cezayı artıran nitelikli unsurları üzerinden verilebilir. Alman öğretisinde hâkim görüş, §212'nin hayata karşı kasıtlı suçların temel suç tipi olduğu, §211'deki cinayet suçunun ise 212'deki kasten öldürmenin cezayı artıran nitelikli unsurlarını düzenlediği yönündedir[1105]. Örneğin, kasten öldürme suçunun maddi menfaat temin etme saikiyle işlenmesi, cezayı artıran şahsi bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (Alman CK §211/2 1.grup). Fail (F), maddi menfaat temin etme saikiyle mirasçısı olduğu amcasını öldürmüştür. Arkadaşı (A) ise, (F)'ye iyilik olsun diye suçun işlenmesi sırasında kullandığı suç silahını temin etmiştir. (A), suç silahını temin ederken maddi menfaat sağlama saikiyle hareket etmemiştir. Bu nedenle bu şahsi nitelikli unsur (A)'da bulunmamaktadır. Eğer (A), (F)'nin maddi menfaat temin etme saikiyle hareket ettiğinden haberdar değilse, ek olarak (A)'nın cezayı artıran nitelikli unsurlu öldürme suçu bakımından kasten hareket ettiğinden de bahsedilemeyecektir. Buna karşılık (A), (F)'nin maddi menfaat temin etme saikiyle hareket ettiğinden haberdar olsaydı, kendisi bu saikle yardım etme hareketini icra etmediği için, bu nitelikli unsurun (A)'ya yüklenmesi yine de mümkün olmayacaktı.

[1104] Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.9.

[1105] Alman Federal Yüksek Mahkemesi Alman CK §211 ve 212 hükümlerini birbirinden bağımsız iki ayrı suç tipi olarak değerlendirmekte, §211 hükmünü §212'nin cezayı artıran nitelikli unsuru olarak görmemektedir. İncelememiz Alman öğretisinde hâkim görüş olan §211'in §212'deki temel suçun cezayı artıran nitelikli unsurlarını düzenlediğinden hareketle yapılmıştır.

Sonuç olarak Alman öğretisine göre, §28/2 hükmü gereği, her iki halde de (A) ancak kasten öldürmenin temel şekline yardım etmeden ötürü cezalandırılabilir. Bu kapsamda (A)'ya temel suça ait ceza çerçevesi üzerinden yardım etmeden ileri gelen indirim tatbik edilir. (F) ise, özel kişisel nitelikli unsur olan maddi menfaat temin etme saikiyle hareket ettiğinden, kasten öldürmenin cezayı artıran nitelikli unsurlu şekli üzerinden cezalandırılacaktır[1106].

Özetle, her bir suç katılımcısının kişisel nitelikli unsurları şahsında taşıyıp taşımadığı incelenmelidir. Cezayı artırıcı kişisel nitelikli unsurları şahsında taşıyarak hareket eden suç katılımcısı daima §211'e göre, bu unsurları şahsında taşımadan hareket eden suç katılımcısı ise daima §212'ye göre cezalandırılacaktır. Suç katılımcısının öldürmeye azmettiren ya da yardım eden olması veya öldürme suçunun müşterek faili olması önem arz etmemektedir. Benzer şekilde, suç katılımcılarından birinin şahsında kişisel nitelikli unsurun gerçekleşmiş veya gerçekleşmemiş olması, diğer suç katılımcısı için uygulanacak suç tipinin ve ceza çerçevesinin tayininde herhangi bir rol oynamaz[1107]. Bu itibarla, fail kasten öldürmenin temel şeklini gerçekleştirmiş olsa bile, şerikin cezayı artıran nitelikli unsurlu öldürme suçuna azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılması mümkündür[1108]. Bu örnek olayda bağlılık kuralı üzerinden çözümleme yapılsaydı, (A)'nın (kastının kapsamında ise) cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten öldürme suçuna yardım eden olarak cezalandırılması gerekecekti. Ancak, bir kişisel cezayı artırıcı nitelikli unsurun mevcudiyeti nedeniyle §28/2 hükmü, bu nitelikli unsuru şahsında taşımayan şerikin

[1106] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1349. Bu örnek olayda (A), bir özel kişisel cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden ilkel saiklerle hareket etmiş olsaydı, §28/2 hükmü gereği, (A)'nın §211'deki suça yardım eden olarak cezalandırılması gerekecekti. (F), suçu mağdurun savunmasızlığından ve tehlikenin farkında olmayışından yararlanarak işleseydi, suçun bu işleniş şekli fiille ilgili cezayı artıran nitelikli unsur teşkil ettiğinden, (A) bundan haberdar ise, yani suçun bu işleniş şekli (A)'nın kastının kapsamında ise, §211'deki suça yardım eden olarak cezalandırılması gerekirdi. Bkz. Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.878.

[1107] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.170; Wessels/Hettinger/Engländer, **a.g.e.**, kn.92; Rengier, **Strafrecht BT-II**, §5 kn.13. Kişisel nitelikli unsurların hüküm ifade edebilirliği bunların bilinmesine bağlı değildir. İlgili suç katılımcısının şahsında bizzat mevcudiyetine bağlıdır. Bkz. Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.85. Failin şahsında gerçekleşen kasten öldürmenin cezayı artıran kişisel nitelikli unsurlarından biri, bunun bilgisine sahip olan şerike, sırf bunu biliyor diye isnat edilemez.

[1108] Rengier, **Strafrecht BT-II**, §5 kn.5.

lehine devreye girerek bağlılık kuralını delmiştir. Bu suretle şerikin hem alacağı cezada hem de sorumlu tutulacağı suç tipinde değişiklik meydana getirilmiştir.

Öte yandan, somut olayda şerik ile failin farklı kişisel nitelikli unsurları şahıslarında taşımaları da mümkündür. Örneğin kasten öldürme suçunda şerik ilkel saiklerle hareket etmiş iken; fail maddi menfaat temin etme saikiyle hareket etmiş olabilir. Bunların her ikisi de cezayı artıran şahsi nitelikli unsurdur. Bu durumda, şerik şahsında failden farklı bir nitelikli unsur taşımaktadır. Ancak bu nitelikli unsurun haksızlık içeriği, failin şahsında taşıdığı nitelikli unsurun haksızlık içeriğinin gerisinde kalmamaktadır[1109]. Bu gibi haller Alman öğretisinde *çapraz nitelikli unsurlar* şeklinde isimlendirilir. Esasen somut olayda çapraz kişisel nitelikli unsurların mevcudiyeti özel bir problem teşkil etmemektedir. Öğretiye göre bu halde, şerike §28/2'nin iki defa uygulanması gerekir. Hüküm ilk olarak şerikin lehine uygulanır ve failin şahsında bulunan maddi menfaat temin etme saikinden şerik sorumlu tutulmaz. Zira şerik maddi menfaat temin etme saikiyle hareket etmemiştir. Daha sonra ise, hüküm bu kez şerikin aleyhine sonuç doğuracak şekilde devreye girer ve şerik şahsında taşıdığı ilkel saikler nedeniyle cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur[1110]. Yani çapraz nitelikli unsurların mevcudiyeti halinde, bir nitelikli unsurun eksikliği başka bir nitelikli unsurun mevcudiyeti vasıtasıyla telafi edilir (denkleştirilir)[1111]. Bir suçun birden fazla cezayı artıran kişisel nitelikli unsuru varsa, suç ortaklarının aynı suç tipinden sorumlu tutulabilmesi için failin ve şerikin aynı nitelikli unsuru şahsında taşıması şart değildir[1112].

Sadece azmettirenin şahsında cezayı artıran kişisel nitelikli unsurun gerçekleştiği hallerde, fail temel suç üzerinden cezalandırılırken, azmettirenin suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklinden sorumlu tutulması mümkündür. Yani §28/2 hükmü, sadece şerikin şahsi nitelikli unsura sahip olduğu, failde herhangi bir şahsi nitelikli unsurun bulunmadığı hallerde de uygulanma kabiliyetine haizdir. Bu suretle

---

[1109] Beer, **a.g.e.**, s.538. Bu halde, şerikin şahsında faille aynı kişi ile ilgili unsur bulunmaz. Ancak şerikin şahsında bulunan kişi ile ilgili unsur, failin şahsında bulunan unsurla aynı türdendir. Bkz. Kraatz, **a.g.e.**, s.618.

[1110] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.164; Rengier, **Strafrecht BT-II**, §5 kn.7; Hillenkamp, **a.g.e.**, s.5; Kraatz, **a.g.e.**, s.617; Beer, **a.g.e.**, s.539.

[1111] Kaspar/Broichmann, **a.g.e.**, s.251.

[1112] Heine/Weißer, **a.g.e.**, §28 kn.28.

azmettiren, failden daha ağır bir ceza ile karşı karşıya kalabilecektir[1113]. Bu itibarla, §28/2 vasıtasıyla gerçekleşen suç tipi kayması daima şerikin lehine etki etmez. Daima şerikin durumunu faile kıyasla iyileştirmez. Oluşa göre, cezasının artmasına yol açarak şerikin aleyhine de etki edebilir, durumunu kötüleştirebilir. Örneğin, fail (F) bir tartışma sırasında (D)'yi öldürür. (F) buna, (T) tarafından azmettirilmiştir. (T), (D)'nin torunudur ve dedesinden kendisine kalacak mirası düşünerek maddi menfaat temin etme saikiyle (F)'yi dedesini öldürmeye sevk etmiştir. (F) ise maddi menfaat temin etme saikiyle hareket etmemiştir. Suçun diğer cezayı artıran nitelikli unsurlarını da gerçekleştirmediğinden, (F)'nin kasten öldürmenin temel şekli üzerinden cezalandırılması gerekir. Buna karşılık, (T) bir kişisel cezayı artıran nitelikli unsur olan maddi menfaat temin etme saikiyle hareket ettiğinden, §28/2 hükmü gereği cezayı artıran nitelikli unsurlu öldürme suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Menfaat temin etme saiki kişisel nitelikli unsur olduğundan, bunun şerike yüklenebilmesi failin bu unsura sahip olup olmamasına bağlı değildir. Önemli olan sadece şerikin kendi şahsında bu unsurun gerçekleşmiş olup olmadığıdır[1114].

Bu doğrultuda başka bir örnek de cezayı azaltan şahsi nitelikli unsur üzerinden kurulabilir. Alman CK'da hamile kadının, kendi çocuğunu düşürmesi cezayı azaltan nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (§218/3). Kadının kendi hamileliğini sonlandırma suçuna fail ya da şerik olarak katılımı fark etmeksizin daima §218/3'teki hafif ceza

[1113] Eklenmelidir ki bu durum, azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağını öngören azmettirme hükmü (TCK m.38/1) ile çelişmez. Zira temel suç ve nitelikli unsurlu suç ayniyet arz eder.

[1114] B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1360; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §27 kn.88; Gropp, **Strafrecht AT**, §10 kn.256; Frister, **a.g.e.**, §25 kn.34; Valerius, **a.g.e.**, s.18; Baur, **a.g.e.**, s.656. Benzer bir örnek yukarıda değinilen Alman CK §340 hükmü kapsamında yardım etme üzerinden de kurulabilir. Buna göre, Polis (P), (T)'nin bir göstericiye vurduğunu görür ve onu buna devam etmeye teşvik eder. (T), kasten yaralamanın temel şekli üzerinden cezalandırılır. Alman CK §340'taki görev esnasında yaralama suçunda, failin kamu görevlisi olması kasten yaralamanın cezayı artıran şahsi nitelikli unsuru olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla (P), §28/2 hükmü gereği görev esnasında yaralama suçuna yardım eden olarak cezalandırılır. Yani §28/2 hükmü (P) bakımından cezalandırmayı, basit yaralamaya yardım etmeden, nitelikli unsurlu yaralamaya yardım etmeye kaydırır. Bkz. Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.7. Benzer başka bir örnek için bkz. Valerius, **a.g.e.**, s.18. Öğretide bir görüşe göre, gerçek olmayan özgü suçlarda şerikin şahsında taşıdığı özel faillik vasfı dikkate alınmalı ve şerik, fail bu vasfa sahip olmasa bile gerçek olmayan özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılmalıdır. Ancak tam tersi durumda, yani fail şahsında özel faillik vasfını taşırken şerik taşımıyorsa, bağlılık kuralı işletilmeli ve şerik de gerçek olmayan özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır. Bkz. Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.414-415. Kanımıza bu görüş kendi içerisinde çelişkilidir. Zira ilk ihtimalde şerik kendi şahsında bulunan özel faillik vasfı dikkate alınarak cezalandırılırken, ikinci ihtimalde ise kendi şahsında bulunmayan, failin şahsında bulunan özel faillik vasfı dikkate alınarak cezalandırılmaktadır. Bu suretle şerikin şahsında özel faillik vasfı bulunmadığı olgusu dikkate alınmamış olmakta ve şerikin cezası failin şahsi nitelikli unsuru üzerinden tayin edilmektedir.

çerçevesi üzerinden cezalandırılması gerekir. Zira bu suçta hamilelik özelliği kişinin şahsından ileri gelen cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil eder. Örneğin, bir anne-baba hamile kızlarını hukuka aykırı suretle hamileliğini sonlandırmaya azmettirirse, hamilelikten kaynaklanan cezayı azaltan kişisel nitelikli unsur, §28/2 hükmü gereği bunu şahsında taşımayan anne-baba lehine uygulanabilir değildir. Dolayısıyla anne-babanın suçun temel şekli olan çocuk düşürmeye azmettirmeden, yani hamile kadına kıyasla daha ağır ceza çerçevesinden, sorumlu tutulması gerekir (§218/1)[1115].

6. Yeni Çözüm Arayışları

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelenen Alman CK §28/2 hükmünün cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsurlara ilişkin kısmının karşılığı, 5237 sayılı TCK'nın herhangi bir maddesinde bulunmamaktadır. Cezayı kaldıran şahsi sebeplerin ve şahsi cezasızlık sebeplerinin de nitelikli unsurlarla herhangi bir irtibatı yoktur. En basitinden bunlar bir suç unsuru dahi değildir. Bu nedenle şahsi cezasızlık sebeplerine ilişkin olan TCK m.40/1 cümle 2 hükmü, cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin çözümünde esas alınamaz[1116].

Türk öğretisinde ağırlıklı olarak, iştirak halinde işlenen suçlarda nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin bağlılık kuralı ile çözümlenemeyeceği[1117], bu konuda 5237 sayılı TCK'da bir boşluk bulunduğu, bu nedenle açık bir düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır. Zira kanunda açıkça öngörülmediği müddetçe bir kimse hakkında hükmolunacak cezanın artırılması ya da azaltılması mümkün değildir (TCK m.61/10)[1118]. Bu görüşteki yazarların bir kısmına

---

[1115] Kühl, **Strafrecht AT**, §20 kn.153; Rengier, **Strafrecht AT**, §46 kn.9; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §26 kn.169.

[1116] Aynı yönde bkz. İskender, **a.g.e.**, s.12.

[1117] Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, bağlılık kuralının, nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesine çözüm getirme gibi bir iddiası bulunmaz. Bu kuralın varlık nedeni, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmayan şeriklerin oluşan suçtan sorumlu tutulmalarını sağlamaktır. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, **a.g.e.**, s.534.

[1118] Tezcan/Erdem, **a.g.e.**, s.347; Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.287-288; Kaymaz, **a.g.e.**, s.126; İskender, **a.g.e.**, s.16, 21; Aydın, **a.g.e.**, s.231-232. Öğretide kimi yazarlar ise sirayet meselesinin bağlılık kuralı ile çözülemeyeceğini belirtmekle birlikte, bu meselenin çözümünde kast kuralından yararlanılmasının yeterli olacağı görüşündedir. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.338, 341. Ünver'e göre, ETCK m.66 ve 67 hükümlerinin bilme şartı yanında suçun işlenmesini kolaylaştırma şartı da eklenerek 5237 sayılı TCK'da da muhafaza edilmesi gerekmekteydi. Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.70. Ekici Şahin, fiili nitelikli unsurların sirayeti meselesinin bağlılık kuralı ve kast kuralı ile

göre, nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesi fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılarak çözümlenmelidir[1119]. Ancak bu ayrımı savunan yazarlar arasında da nitelikli unsurların bu ayrıma göre suç ortaklarına nasıl sirayet edeceği hususunda görüş birliği sağlanabilmiş değildir.

Öte yandan, azınlıkta kalan kimi görüşler ise nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti meselesinin çözümünde hem bağlılık kuralından ileri gelen mevcut uygulamayı hem de fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımını reddetmektedir[1120]. Ayrıca öğretide, fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmaksızın, bağlılık kuralının sakıncalarını giderecek, adalet duygusunun tatminini sağlayacak bir hükmün yasaya eklenmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, şerikte bulunan nitelikli unsurdan şerikin kendisinin ve bunu bilen failin sorumlu tutulmasına imkân veren bir düzenleme hayata geçirilmelidir. Böylelikle, şerikin kendisinde bulunan nitelikli unsurdan bağlılık kuralı nedeniyle sorumlu tutulamamasının önüne geçilecektir. Ayrıca, şerikte bulunan nitelikli unsurun bunu bilen faile sirayet edebilmesi sağlanacaktır[1121].

7. Ara Sonuç

Kanımızca nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesinin çözümünde adil bir sonuca ulaşılabilmesi için fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılması şarttır. Bir kez bu ayrım layıkıyla yapıldıktan sonra nitelikli unsurların sirayeti sorununun daha adil bir şekilde çözümü oldukça kolaylaşmaktadır. Burada zor olan ne gibi hususiyetlerin fiili ne gibi hususiyetlerin ise şahsi nitelikli unsur kategorisinde olduğunun tespitidir. Bu konuda genel geçer bir ayrım kriteri bulunmadığından bu ayrımın somut suç ve nitelikli unsur bazlı yapılması gerekmektedir. Yani ilgili suç tipinde o nitelikli unsura yüklenen işleve bakılmalıdır.

çözümlenebileceğini, ancak şahsi nitelikli unsurların sirayeti meselesinin çözümü için kanunda düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.678-679. Benzer şekilde Mahmutoğlu, 5237 sayılı TCK'da, nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti hususunda Alman CK §28/2 benzeri bir düzenlemenin olmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmekte ve bunun uygulamada tereddütlere yol açabileceğini vurgulamaktadır. Bkz. Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s.107.

[1119] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.537vd.; Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.341-342.

[1120] Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s.211.

[1121] Mahmutoğlu/Karadeniz, **a.g.e.**, s.967.

Bunun için öğreti ve yargı mercileri tarafından yapılan incelemeler neticesinde ortaya konulan tez ve anti tez hüviyetindeki görüşlerden türetilecek sentezlere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu da ancak yıllar içerisinde oluşacak bir birikimle mümkün hale gelir[1122]. Nitelikli unsurlar suç tiplerinde öngörülenlerle sınırlı olduklarından bir kez hangi suç tipinde hangi nitelikli unsurun fiili ya da şahsi hüviyette olduğu, gereği halinde içtihadı birleştirme kararı ile tespit edildikten sonra uygulama birliği sağlanır.

Şahsi nitelikli unsurların sirayeti meselesinin çözümünde bağlılık kuralına başvurulmasının doğurduğu adaletsiz sonuçlardan yukarıda ayrıntılı bir şekilde bahsedilmiştir. Kanımızca, hakkaniyetli bir sonuca erişilebilmesinin temini için cezayı artıran veya azaltan şahsi nitelikli unsurların, sadece şahsında gerçekleştiği suç ortağı bakımından etki doğuracağının kabulü gerekir. Diğer suç ortağı, bu şahsi nitelikli unsurdan haberdar olsa bile, bu durum kendi şahsında bulunmayan nitelikli unsurdan sorumlu tutulması sonucunu doğurmamalıdır. Bu bilgi ancak ilgili suç ortağının sorumlu tutulacağı suça karşılık gelen ceza çerçevesi içerisinde üst sınıra doğru yaklaşılmasına yol açabilir.

Kanımızca, failin şahsında bir cezayı artıran nitelikli unsurun gerçekleştiğini bilen şerike, sırf bunu biliyor diye kendi şahsında bulunmayan bir cezayı artıran nitelikli unsurun yüklenmesi, ardından ise bu nitelikli unsur şerikin şahsında bulunmadığı için cezasında indirime gidilmesi de doğru olmayacaktır. Bu gibi hallerde yapılması gereken, şeriki başkasının şahsında gerçekleşen nitelikli unsurdan sorumlu tutmak yerine, suçun temel şekli üzerinden cezalandırmak, ancak failin şahsında bir cezayı artıran nitelikli unsurun mevcudiyetini bilmesi sebebiyle cezasını üst sınıra yaklaşarak belirlemek olmalıdır. Benzer şeklide, şerikin şahsından kaynaklanan nitelikli unsur, sadece o şerik için uygulama bulmalıdır. Bu nitelikli unsur bilse de faile

[1122] Fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımından, sırf uygulamada çelişkili kararlara yol açtığı gerekçesiyle imtina edilmesi doğru olmayacaktır. Zira fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımında yargı kararlarında ortaya çıkan çelişkiler içtihadı birleştirme kararları vasıtası ile giderilebilir. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.337-338. Burada asıl mesele suç ortaklarının her biri bakımından adaletli bir hükme ulaşılmasının teminini sağlamaktır.

sirayet etmeyeceğinden, fail başka bir nitelikli unsuru gerçekleştirmemişse suçun temel şekli üzerinden cezalandırılmalıdır[1123].

Önerimiz doğrultusunda, şahsi nitelikli unsurların sirayetinde bağlılık kuralının geçerli olmayacağı çözümünün benimsenmesi durumunda, kanunilik ilkesi ve TCK m.61/10 hükmü dikkate alındığında, şahsi nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayet etmesini engelleyen bir hükmün TCK'nın genel hükümler kitabında düzenlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

Fiili nitelikli unsurlar bakımından ise kanaatimizce cezayı azaltan ve artıran fiili nitelikli unsurlar arasında bir ayrım yapılmalıdır. Cezayı azaltan fiili nitelikli unsurların, somut olayda objektif mevcudiyetinden (bilse de bilmese de) tüm suç ortaklarını yararlandırmak gerekir. Nitekim cezayı azaltan nitelikli unsur fiilen gerçekleşmiş olmasına rağmen, düşülen hata neticesinde bilinmese bile suç ortaklarının fiilen gerçekleşen cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlanacağına ilişkin kanuni düzenleme bu kabulü beraberinde getirir. Ayrıca, objektif olarak mevcut olmayan bir cezayı azaltan nitelikli unsurun, varsayımsal mevcudiyeti hususunda düşülen hatadan yararlanan suç ortaklarının, objektif olarak mevcut olan bir cezayı azaltan nitelikli unsurdan haberdar olmasa bile yararlanabilmesi gerekir. Aksi uygulama, suç ortaklarının gerçekleştirdikleri fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde cezalandırılmasını sekteye uğratır. Buna zimmet suçunda malın değerinin azlığı örnek verilebilir. Bu durum TCK m.249'da cezayı azaltan fiili nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Suç ortaklarının bu nitelikli unsurdan yararlanabilmesi için zimmetin konusunu oluşturan malın değerinin objektif olarak az olması yeterlidir. Bu durumun fail ya da şerik tarafından bilinmesi aranmamaktadır.

Son olarak, cezayı artıran fiili nitelikli unsurların sirayeti meselesinin çözümü hususunda ise, TCK'da hali hazırda yapıldığı gibi bağlılık kuralı esas alınmalıdır. Zira fail tarafından gerçekleştirilen cezayı artıran fiili nitelikli unsur suçun haksızlık

[1123] Yargıtay'ın da bir kararında, failde bulunmamasına rağmen, azmettirenden kaynaklanan bir cezayı artıran şahsi nitelikli unsurdan, azmettireni sorumlu tuttuğu görülmektedir. Dava konusu olayda, evli kadın, kocasını öldürsün diye bir kiralık katil tutmuştur. Yargıtay, kasten öldürme suçuna azmettiren olan evli kadını, TCK m.82/1-d'deki eş ilişkisinden ileri gelen cezayı artıran şahsi nitelikli unsurdan sorumlu tutmuştur. Bkz. **Yarg. 1.CD**, T.07.04.2009, E.2008/9190, K.2009/1928. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 14.03.2021).

içeriğinde artış meydana getirir. Bu nitelikli unsurdan haberdar ise, failin işlediği suça iştirak eden şerike de suçun haksızlık içeriğinde meydana gelen artışın yansıtılması, yani cezayı artıran fiili nitelikli unsurun sirayet etmesi gerekir.

8. Suçun Nitelikli Unsurlarının Müşterek Faile ve Dolaylı Faile Etkisi

Müşterek faillerin her biri suçun icra hareketlerini gerçekleştirerek fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurar. Bu nedenle her müşterek fail sorumluluğunu doğrudan doğruya kendi gerçekleştirdiği fiilden alır. Bu itibarla müşterek failleri gerçekleştirdikleri fiillerden ceza hukuku anlamında sorumlu tutabilmek için bağlılık kuralına ihtiyaç duyulmaz. Bu da her bir müşterek failin kendi şahsında bulunan cezayı artıran nitelikli unsurdan yalnızca kendisinin sorumlu olmasını beraberinde getirir. Bir müşterek faile sırf bunu biliyor diye, diğer müşterek failin veya şerikin şahsında gerçekleşen bir cezayı artıran nitelikli unsurun sirayet etmesi mümkün değildir[1124]. Bu suretle, müşterek failler için farklı (nitelikli unsurlu ya da temel) suç tipleri uygulanabilir hale gelir. Bu durum müşterek failliğin mevcudiyetini engellemez. Örneğin kamu görevlisi olanlar ve olmayanlar tarafından ortaklaşa gerçekleştirilen bir kasten yaralama halinde müşterek faillik mümkündür[1125].

[1124] Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.482-483 dn.1611; Evik, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s.289; Kaymaz, **a.g.e.**, s.147; Demirel, **a.g.e.**, s.308-309, 508. *"...müşterek faillerden her birinin fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağlılık arz etmez. Bu nedenle, müşterek faillerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez*" **Yarg. CGK**, T.24.05.2016, E.2014/593, K.2016/269. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi:15.03.2021). "*Suçu birlikte işleyen sanıklardan birinde bulunan akrabalık bağına ilişkin ağırlaştırıcı neden diğer sanığa etki etmez*". **Yarg. 1.CD**, T.23.02.2010, E.2010/629, K.2010/1053. Bkz. İskender, **a.g.e.**, s.17. "*...maktule Q. Ş.'nin, sanık I. J.'nin babaannesi olduğu, olay tarihinde sanıklar S. Ü. ve I. J.'nin maktule Q. Ş.'nin evinde gizlice buluştukları, birlikte esrar içtikten sonra maktulenin sanıkları uygunsuz vaziyette gördüğü, maktule tarafından olayın ailesine anlatılacağı endişesi ile sanık I. J.'nin korktuğu ve sanık S. Ü.'ı, maktuleyi öldürmesi için azmettirdiği, bunun üzerine her iki sanığın birlikte maktuleyi öldürdüğü olayda; 5237 sayılı TCK.nun 40/1-2. maddesi gözönüne alındığında, sanık I. J.'den kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı nedenin suçun faili olan sanık S. Ü.'a sirayet etmeyeceği*" **Yarg. 1.CD**, T.10.02.2010, E.2009/2844, K.2010/758. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi:15.03.2021). Yargıtay'ın müşterek failler hakkında bu sonuca ulaşırken TCK m.40 hükmüne atıf yaptığı görülmektedir. Belirtilmelidir ki müşterek failler sorumluluklarını bağlılık kuralından almadıkları için bu maddeye atıf yapılması doğru değildir. Bkz. Taşkın Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s.156. Müşterek faillerden biri tarafından gerçekleştirilen fiile ilişkin nitelikli unsurun bunu bilen diğer müşterek faile sirayet etmesi mümkün değildir. Aksi kabul bağlılık kuralı ile bağdaşmaz. Bağlılık kuralı gereği sirayetin daima failden şerike doğru gerçekleşmesi gerekir. Bkz. Demirel, **a.g.e.**, s.512.

[1125] Heine/Weißer, **a.g.e.**, §25 kn.90.

Bir suç ortağı suça hem müşterek fail hem de şerik olarak katılabilir. Bu durumda, bir görünüşte içtima prensibi olan failliğin şerikliğe göre asliliği ilkesi gereği suç ortağının sadece fail olarak gerçekleştirdiği fiil üzerinden ve bu fiilden ya da şahsından kaynaklanan nitelikli unsurlar çerçevesinde cezai sorumluluğunun belirlenmesi gerekir. Bu nedenle suç ortağının cezai sorumluluğunun tayininde ona şerik sıfatıyla sirayet eden cezayı artıran nitelikli unsurların dikkate alınması mümkün olmayacaktır[1126]. Bu durumda, suç ortağının müşterek fail sıfatıyla alacağı cezanın, şerik (azmettiren) sıfatıyla alacağı cezadan daha düşük olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Dolaylı faillikte de durum müşterek faillikten farklılık arz etmez. Yani birden fazla dolaylı failin bir suçu birlikte işlemesi halinde, her bir dolaylı fail sadece kendi şahsında gerçekleşen nitelikli unsurdan sorumlu olacaktır. Dolaylı faillerden biri için mevcut olan nitelikli unsurun diğer dolaylı faile sirayet etmesi mümkün değildir. Benzer şekilde suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişinin şahsında bulunan cezayı artıran nitelikli unsur da dolaylı faile sirayet etmez[1127]. Bu itibarla, araç olarak kullanılan kişinin cezalandırılmasının mümkün olduğu durumlarda, dolaylı fail ile araç olarak kullanılan kişi farklı (nitelikli unsurlu ya da temel) suç tipleri üzerinden mahkûm edilebilir[1128].

III. İÇTİMA

A. Özel Normun Önceliği Prensibi

1. Genel Olarak

İnceleme konumuz itibarıyla, görünüşte içtima sorununu çözmek için kullanılan yorum kurallarından bizi en çok ilgilendireni özel normun önceliği prensibidir (*Spezialität, lex specialis derogat legi generali*). Bu kural özel norm-genel norm ilişkisi kapsamında türetilmiştir. Burada iki suç tipi arasında mantıki bir kaynaşma ilişkisi söz konusudur. Buna göre somut olayda gerçekleştirilen bir harekete (ya da

[1126] Aynı yönde Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.539.
[1127] Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.538; Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", s.289.
[1128] Eisele, **Strafrecht BT I**, kn.144.

hareket birliğine) uygulanabilir gözüken birden fazla normdan biri, diğer normun suç tipine ait tüm unsurları terimsel olarak içeriyor ve bunun yanı sıra (diğer normda bulunmayan) en azından bir ek unsuru daha bünyesinde barındırıyorsa özel norm-genel norm ilişkisi mevcuttur. Bu suretle özel normun gerçekleştirilmesi ile aynı zamanda genel normun koşulları da yerine getirilmiş olmaktadır. Bu ilişkide, genel norm örneğin a+b+c unsurlarını içerirken, özel norm a+b+c+d (veya daha fazla) unsurlarını içermektedir. Böylece özel normun ihlali, evleviyetle genel normun da ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Sonuç olarak, özel normun önceliği prensibi gereği, unsur bakımından daha zengin olan ve bu suretle de "daha özel" olan norm (*lex specialis*) daima, genel normun (*lex generalis*) tatbikini engeller. Genel norm, özel norm karşısında geri çekilir. Bu nedenle somut olayda gerçekleştirilen fiil özel normun kapsamına giriyorsa bu fiil için yalnızca özel normun devreye sokulması ile yetinilir. Fail hem genel hem de özel norm kapsamında cezalandırılabilir gibi gözükmesine rağmen, faile sadece özel normu gerçekleştirmiş gibi muamele edilir[1129].

Özel normun üstünlüğü prensibi geri çekilen normun haksızlık ve kusur içeriğinin, üstünlüğü bulunan norm tarafından bütünüyle kapsandığı tek görünüşte içtima türüdür[1130]. Zira sadece bu halde üstünlüğü bulunan norm, diğer normun tüm unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır[1131]. Bu halde, somut olayda gerçekleştirilen haksızlığı ve failin kusurunu en doğru şekilde özel norm kapsadığından, kanun koyucu sadece özel norm üzerinden mahkumiyeti ve cezalandırmayı yeterli görür[1132]. Görünüşte içtimaın bu şeklinin esasını hareket tekliği oluşturur. Failin tek hareketiyle

[1129] Ulrich Klug, "Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz", **ZStW**, 1956, s.400; Rudolf Schmitt, "Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht", **ZStW**, 1963, s.49; İçel, **Suçların İçtimaı**, s.173; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.317; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.458; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.397; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §27 kn.12; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1437; Rengier, **Strafrecht AT**, §56 kn.29; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §46 kn.5; Eisele/B.Heinrich, **a.g.e.**, kn.940; Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §11 kn.21; Puppe, **Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsprechung**, §33 kn.10; Gerhard Seher, "Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre – Dogmatische Strukturen und Grundfälle", **JuS**, 2004, s.482; Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", s.421. Özel-genel norm ilişkisi soyut suç tipleri arasında kurulmaz. Burada içtima ilişkisine giren, somut olayda bu suç tiplerinin gerçekleştirilmesidir. Bkz. Puppe, "Was ist Gesetzeskonkurrenz?", s.963.

[1130] Puppe, "Was ist Gesetzeskonkurrenz?", s.963.

[1131] Frister, **a.g.e.**, §31 kn.2.

[1132] Frister, **a.g.e.**, §31 kn.5; Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §11 kn.20.

birden fazla suç tipini ihlal etmesi halinde, genel suç tipi özel olan suç tipinin gerisine çekilir[1133].

Öğretide bu ilişkinin matematiksel ifadelerle izah edildiği de görülmektedir. Buna göre, bir ceza kanununda genel norm "a+b+[...]n" unsurlarını içeriyorsa, özel norm genel norma en azından bir unsur eklenmesi suretiyle "a+b+[...]n+1" unsurlarını bünyesinde barındırır. Bu halde, "a+b+[...]n" unsurlarından meydana gelen ceza normuna göre cezalandırılabilirlik, "a+b+[...]n+1" unsurlarından oluşan her ceza normuna göre cezalandırılabilirliğin gerisine çekilir[1134]. Bu ilişkinin, *lex generalis* + en az bir ek unsurun bir araya gelmesiyle ortaya çıkan şekli öğretide *dar anlamda ya da gerçek özel-genel norm ilişkisi* olarak adlandırılır[1135] ve ortak ceza normlarının şekli yapısından anlaşılır[1136].

Özel norm, bünyesinde barındırdığı ek unsur sayesinde genel normdan ayırt edilir. Özel norma öncelik niteliğini veren, onun hususiyetini belirleyen genel normda yer almayan ek unsurları bünyesinde barındırmasıdır. Bu sayede özel norm haksızlık olayını bütünüyle kapsar ve haksızlık olayını bütünüyle kapsamayan genel normdan cezalandırmayı gereksiz kılar. Bu ek unsurlar, cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsur hüviyetine sahip olabilir[1137]. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, bu ek

---

[1133] Tonio Walter, "Zur Lehre von den Konkurrenzen: die Gesetzeskonkurrenz", **JA**, 2005, s.468; Holger Niehaus, "Konkurrenzen in der strafrechtlichen Fallbearbeitung", **AL**, 2014, s.155; İçel, **Suçların İçtimaı**, s.179.

[1134] Gropp, **Strafrecht AT**, §14 kn.25.

[1135] Walter, **a.g.e.**, s.468, 471. Bu halde, her iki suç tipinin tüm unsurlarıyla alt alta yazılması ve özdeş olan unsurların çıkartılması neticesinde geriye kalan tek suç tipinin tespiti suretiyle, hangi suç tipinin özel norm olduğu belirlenebilir. Bkz. Klaus Tiedemann, "Grundzüge der Konkurrenzlehre", **JuS**, 1987, L19. Alman öğretisinde özel-genel norm ilişkisinin bir unsurun daraltılması ya da kati bir özel düzenleme öngörülmesi suretiyle meydana gelen beliriş şekli *geniş anlamda özel-genel norm ilişkisi* şeklinde isimlendirilir. Bkz. Walter, **a.g.e.**, s.468, 471; Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", s.422; Seher, **a.g.e.**, s.482.

[1136] Seher, **a.g.e.**, s.482. Özel-genel norm ilişkisinin temelinde subordinasyonun (kapsamanın) mantıki yapısı yatar. Buna göre, örneğin cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten öldürme ile kasten öldürme terimleri arasında kapsama ilişkisi bulunur. Zira cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten öldürme teriminin kapsamına giren her hareket, aynı zamanda daima kasten öldürme teşkil eder. Ancak bunun tersi doğru değildir. Bu nedenle, kasten öldürme daha genel olan terimdir. Benzer şekilde, cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığın tamamlanmış şeklini meydana getiren her hareket, aynı zamanda hırsızlığın temel şeklini de gerçekleştirir. Ancak hırsızlığın temel şekline vücut veren her hareket, cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlığı meydana getirmez. Bkz. Klug, **a.g.e.**, s.404-406. Sonuç olarak, genel norm özel norma kıyasla daha geniş bir kapsama, yani uygulama alanına sahip olan normdur. Bkz. N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.93.

[1137] Klug, **a.g.e.**, s.400; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §55 kn.8; Gropp, **Strafrecht AT**, §14 kn.25; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.461.

unsurlar maddi vakıayı daha detaylı bir açıdan ele alır. Yani genel normun da konusunu oluşturan maddi vakıa, özel normdaki ek unsurlarla daha net (özel, spesifik) bir bakış açısı altında tasvir edilir[1138].

Özel normu gerçekleştiren her hareket, zorunlu olarak genel normu da gerçekleştirdiğinden bu normlar arasında ilkinin ikincisini geriye ittiğine dair mantıki bir bağımlılık ilişkisi bulunur[1139]. Bu itibarla özel normun üstünlüğü mantıki bir önermedir. Mantık kurallarının bir sonucudur. Her iki hükmün kesiştiği hallerde soyut-mantıki bir kıyaslama yapılarak maddi vakıayı daha detaylı bir şekilde tasvir ettiği anlaşılan norm üstünlüğe sahip olur. Bu karakteristiği sebebiyle, özel-genel norm ilişkisi görünüşte içtimaın en açık, en keskin hatlara sahip olan türü olarak vasıflandırılır[1140]. Diğer bir ifadeyle, normlar arası özellik-genellik ilişkisi en basit ve uygulanması en fazla güvence altına alınmış kanunların içtimaı türüdür. Bu ilişki çoğu zaman kolaylıkla tespit edilebilir. Bu nedenle olay incelemesinde diğer kanunların içtimaı türlerinden önce araştırılması gerekir[1141].

Öğretide bir görüşe göre, hangi suç tipleri arasında özel norm-genel norm ilişkisi kurulabileceğinin tespiti için öncelikle suç tipleri ile korunan hukuki değere bakılması gerekir. İki suç tipi arasında özel norm-genel norm ilişki kurulabilmesinin temel şartı her iki suç tipinin de aynı hukuki değeri korumasıdır[1142]. Karşılaştırılan iki suç tipi birbirinden farklı hukuki değerleri koruyorsa, bu normlar arasında özel norm-genel norm ilişkisi kurulamayacaktır[1143]. Bununla birlikte Yargıtay pek çok kararında, aynı kanunda yer alan iki normdan özel normun genel normla korunmayan bir hukuki değeri de koruyabileceği görüşündedir. Buna göre, özel normla genel norm farklı

[1138] BGHSt 53, 288, 293. Bkz. Kühl, **Strafrecht AT**, §21 kn.52 dn.70a; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §69 II 1. İçel bunları "ihtisas unsurları" şeklinde isimlendirmektedir. Bkz. İçel, **Suçların İçtimaı**, s.187.
[1139] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §69 II 1; Klug, **a.g.e.**, s.404-406.
[1140] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §55 kn.8; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.458; Detlev Sternberg-Lieben/Nikolaus Bosch, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019, Vor §§52ff. kn.105; Tiedemann, **a.g.e.**, L18; Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", s.421.
[1141] Klaus Tiedemann, **Die Anfängerübung im Strafrecht**, s.92, aktaran: Kühl, **Strafrecht AT**, §21 kn.52 dn.70. Tek hareketle gerçekleşen kanunların içtimaı türleri içerisinde ilk önce incelenmesi gereken özel-genel norm ilişkisidir. Bkz. Tiedemann, **a.g.e.**, L18.
[1142] İçel, **Suçların İçtimaı**, s.184-186; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.320; Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.702; N.Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s.228.
[1143] Sahir Erman, **Askeri Ceza Hukuku**, 7. Bs., İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1983, s.31.

hukuki değerleri koruyabilir[1144]. Ancak Yargıtay'ın, farklı kanunlarda yer alan iki normun farklı hukuki değerleri koruduklarından bahisle aralarında özel-genel norm ilişkisi kurulamayacağına hükmettiği kararı da bulunmaktadır[1145]. Kanımızca, özellikle bileşik suç teşkil eden cezayı artıran nitelikli unsurlu suçlarda, özel norm ile genel normun farklı hukuki değerleri koruması mümkündür. Bu halde, cezayı artıran nitelikli unsurun eklenmesiyle oluşan bileşik suç birden fazla hukuki değeri korurken, temel suç bir hukuki değeri koruyabilir. Nitelikli unsurlu suç tipinin bileşik suç teşkil etmesi onu özel norm olmaktan çıkarmaz. Zira bu türden nitelikli unsurlu suç tipleri ile temel suç tipleri arasındaki ilişkide de özel-genel norm ilişkisinin tesisi için aranan tüm koşullar mevcuttur.

Normlar arası özellik-genellik ilişkisinin mevcut olduğu hallerin pek çoğunda, özel normda tanımlanan suç ile genel normda tanımlanan suç niteliksel olarak ayniyet gösterir. Her iki suçta da aynı hukuki değer koruma altına alınır. Ancak özel norm vasıtasıyla genel norma kıyasla genellikle niceliksel olarak daha ağır bir suç (örn. cezayı artıran nitelikli unsurlu suç) tasvir edilir. Bu suretle genel normun haksızlık içeriği, özel norm tarafından hem niteliksel hem de niceliksel olarak kapsanır. Nitekim özel normun genel normu bertaraf etme etkisinin objektif hukuki meşruiyeti buna dayanır[1146].

Özel normun üstünlüğü prensibi kapsamında çözümlemede bulunulabilmesi için suçun konusunun ayniyet arz etmesinin yanı sıra mağdurunun da aynı olması gerekir[1147]. Suçun konusu ayniyet arz etse bile mağdurları faklı ise özel-genel norm ilişkisi üzerinden bir çözümlemede bulunulamayacaktır. Zira tek bir hareketle bir suçun hem temel hem de nitelikli şekli gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, ortada birden fazla mağdur varsa aynı neviden fikri içtima hükmüne göre çözümlemede

---

[1144] Kayıhan İçel, "Ceza Hukukunda Özel-Genel Norm İlişkisinin Hukuksal Niteliğine ve Özelliklerine Uymayan Uygulamalar", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.89, S.5, 2015, s.23-24.

[1145] **Yarg. 4.CD**, T.09.05.2013, E.2012/28180, K.2013/14227. Bkz. (çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 17.03.2021).

[1146] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §27 kn.13; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §31 kn.54. Özel norm ile genel norm aynı hukuki konuyu korumalarına rağmen, bu normlarla korunan hukuki konular arasında niceliksel bir farklılık, yani küçüklük-büyüklük ilişkisi bulunabilir. Bu itibarla, özel norm ile genel norm aynı hukuki değere ilişkin ihlalin farklı derecelerini ya da durumlarını tarif eder. Bkz. N.Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s.228.

[1147] Neslihan Göktürk, **Fikri İçtima (Suçların İçtimaı)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.240.

bulunulması gerekecektir. Aynı neviden fikri içtima hükmünün kullanılamadığı suçlarda ise, failin mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilecektir.

Ayrıca özel normun üstünlüğünden bahsedilebilmesi için, fail suçun icrasına yönelik birden fazla hareket yapmışsa, bu hareketlerin doğal hareket tekliği kapsamında değerlendirilebilecek şekilde gerçekleştirilmiş olması da şarttır[1148]. Fail yapmış olduğu hareketlerle bir suçun temel şeklini ve o suça ait bir nitelikli unsuru aynı mağdura karşı gerçekleştirmiş olabilir. Bu gibi bir durumda, failin hareketleri arasında doğal bir birlik kurulabiliyorsa, fail hakkında özel norm sıfatıyla sadece ilgili suçun nitelikli unsurlu şekli üzerinden takibat yapılması gerekir[1149]. Buna karşılık hareketler, aralarında doğal bir birlik kurulamayacak şekilde farklı zamanlarda gerçekleştirilmişse, özel-genel norm ilişkisi kapsamında değerlendirmede bulunulamayacaktır. Bu halde farklı zamanlarda gerçekleştirilmiş birden fazla suç vardır, fakat suç ve mağdur ayniyet arz ettiği için olayın zincirleme suç kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Özel normda, genel norma kıyasla daha hafif bir suç (örn. cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç) tasviri de bulunabilir. Bu durumda özel normu, genel normdan ayırmaya yarayan unsur, mevcudiyeti halinde özel normun daha hafif bir suç olarak değerlendirilmesine meşruiyet veren bir durumla ilintilidir. Bu gibi hallerde, fail hakkında hem özel hem de genel norm üzerinden mahkûmiyet hükmü tesisi, failin özel normda öngörülmüş olan unsur üzerinden cezalandırılmasını engeller. Sadece genel normun dikkate alınmadığı hallerde, failin özel normun kendisine tanıdığı ayrıcalıklı durumdan etkili bir biçimde istifade edebilmesi mümkün hale gelir[1150]. Özel normun

[1148] Göktürk, **Fikri İçtima (Suçların İçtiması)**, s.240.

[1149] Yargıtay aynı zamanda aynı suçun birden fazla kez işlenmesini doğal hareket tekliği kapsamında görmekte ve tek suçun oluştuğunu kabul etmektedir. Yüksek mahkeme "aynı zaman" kavramını geniş yorumlamakta ve aynı suçun çok kısa zaman aralıkları ile işlenmesini de aynı zamanda işlenmiş tek suç olarak kabul etmektedir. Bkz. **Yarg. CGK**, T.08.06.2010, E.2010/11-98, K.2010/143. Bkz. (çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 17.03.2021). Yargıtay bir kararında, failin önce mağdura ait bağ evinin camını kırdığı ardından da hareketini aynı mağdura ait zeytin fidanlarını keserek devam ettirdiği bir olayda, bu hareketlerden ilki ile mala zarar verme suçunun temel şeklinin, ikincisi ile ise cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklinin gerçekleştirildiğini tespit etmiş ve bu iki suç tipi arasında fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. **Yarg. 10.CD**, T.26.03.2001, E.2001/953, K.2001/9554. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 17.03.2021). Bu olayda karardan anlaşılabildiği kadarıyla bağ evinin camının kırılması ve zeytin fidanlarının kesilmesi hareketleri birbirini izlemektedir. Dolayısıyla bu hareketlerin doğal anlamda tek hareket teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle olayın özel-genel norm ilişkisi üzerinden çözümlenmesi gerekirdi.

[1150] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §27 kn.14; Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §31 kn.54.

daha hafif bir haksızlığı karakterize ettiği bu gibi hallerde, daha ağır bir haksızlık tasviri içeren genel normun geriye çekilmesinin meşruiyeti buradan ileri gelir.

Özel normun ihlali halinde yapılacak olay çözümlemesinde, doğrudan doğruya ve sadece özel normun irdelenmesi ile yetinilir. Örneğin, bir ön inceleme silahlı yaralamanın mevcudiyetini ortaya koyarsa, doğrudan doğruya TCK m.86/3-e'nin irdeleme konusu yapılması gerekir. Bu çerçevede yapılan inceleme neticesinde, esasen TCK m.86/1 de irdelenmiş olur. Sonuç itibarıyla, TCK m.86/3-e'nin mevcudiyeti kabul edildiğinde, kural olarak ayrıca TCK m.86/1'in de mevcut olduğundan fakat genel norm olarak geriye çekildiğinden bahsedilmesine gerek bulunmaz. Zira bu kendiliğinden anlaşılır[1151].

2. Bir Genel-Özel Norm İlişkisi Türü Olarak Temel Suç-Nitelikli Unsurlu Suç İlişkisi

Cezayı ağırlaştıran ya da hafifleten nitelikli unsurlu suçlar ve temel suçlar arasındaki ilişki özel-genel norm ilişkisinin en bilindik ve en fazla karşılaşılan örneğidir. Bir suçun nitelikli unsurlu şekliyle temel şekli arasında daima özellik-genellik ilişkisi mevcuttur[1152]. Zira nitelikli unsurlu suç tipleri içerisinde, zorunlu olarak temel suç tiplerinde tanımlanmış olan temel suç da bulunur. Yani temel suç tipinde yer alan suç unsurlarının tamamı, cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlu suç tipinde mevcuttur. Bu nedenle, her kim bir suçun nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirirse, aynı zamanda temel şeklini de gerçekleştirmiş demektir[1153].

Yukarıda da ifade edildiği üzere, özel-genel norm ilişkisinden söz edilebilmesi için özel normun genel normun tüm unsurlarını bünyesinde taşımasına ek olarak ihtisas (hususiyet, özellik) unsurları da içermesi gerekir. Taşıdığı bu ihtisas unsurları

[1151] Gropp, **Strafrecht AT**, §14 kn.28-29.

[1152] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.1266; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1389.

[1153] N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.285; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.567; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1389; B.Heinrich, **Strafrecht AT**, kn.1437. Öğretide nitelikli unsurlu suç tiplerini "özel suç tipi" biçiminde isimlendiren yazarların, özel normu da aynı şekilde yani "özel suç tipi" biçiminde isimlendirdiği görülmektedir. Bu yazarlar, suçun temel şeklini "temel suç tipi", genel normu ise "genel suç tipi" olarak isimlendirmektedir. Ayrıca yazarlar, nitelikli unsurlu suç tiplerinin yanı sıra *delictum sui generis* olan suçları da "özel suç tipi" içerisinde incelemektedir. Bkz. Öztürk/Erdem/Özbek, **a.g.e.**, s.134, 262. Kanımızca yapısal olarak farklı olan iki suç tipi için aynı başlığın kullanılması kavram kargaşasına yol açma tehlikesini beraberinde getirir.

sayesinde özel norm hüviyetine bürünür ve genel norm karşısında üstünlüğe haiz olur[1154]. İşte bu unsurlar, nitelikli unsurlara karşılık gelir ve temel suç-nitelikli unsurlu suç ilişkisi genel-özel norm ilişkisinin bir görünüm şekli olarak karşımıza çıkar.

Bir suçun temel şeklinde yer alan unsurlarla, nitelikli unsurlu şeklinde yer alan unsurlardan temel suça ait olanlar birbirleriyle kesişir. Nitelikli unsurlu suç tipinde, temel suça ait unsurlara ek olarak, temel suça çeşitli açılardan hususiyet katan nitelikli unsurlar yer alır. Yani nitelikli unsurlu ceza normu matematiksel ifadeyle: Temel suça vücut veren kurucu unsurlar + nitelikli unsurlar + özel ceza çerçevesi veya ceza artırım/indirim oranından meydana gelir. Nitelikli unsurlu suç tiplerine özel norm olma vasfını içerdiği nitelikli unsurlar verir. Bu suç tipi, içerisinde barındırdığı cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar sayesinde temel suçun önüne geçer. Somut olayda tipe uygunluğun sağlanması halinde temel suçtan önce ve tek başına uygulanma kabiliyetine haiz olur. Bu durumda genel norm niteliğindeki temel suç tipi kanunların içtimaı nedeniyle geri çekildiğinden, hüküm sadece özel norm olan nitelikli unsurlu suç tipi üzerinden kurulur. Hükmün sadece nitelikli unsurlu suç tipi üzerinden kurulması, fiilin haksızlık içeriğinin bütünüyle karşılanması için yeterlidir[1155]. Bu suç tipi üzerinden kurulan mahkûmiyet hükmü, aynı zamanda temel suçun gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan haksızlık kapsamında mahkumiyeti de bünyesinde barındırır[1156].

Hukuki anlamda tek hareket bir suçun temel ve nitelikli unsurlu suç tiplerini birlikte gerçekleştirmektedir. Bu durumda sadece nitelikli unsurlu suç tipi uygulanma kabiliyetine haiz olduğundan fiiliyatta tek suç vardır[1157]. Diğer bir ifadeyle bir suçun temel şekli ve nitelikli unsurlu şekli aynı suçu düzenlediğinden suç çokluğu yoktur. Tek bir suç vardır ve bu suçu düzenleyen iki norm var gibi gözükmektedir. Ancak bu

---

[1154] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.464; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.320-321.

[1155] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §8 kn.7; Roxin/Greco, **a.g.e.**, §10 kn.133; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1389; Rengier, **Strafrecht BT-II**, §14 kn.4.

[1156] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §27 kn.13. Temel suç tipi ile nitelikli unsurlu suç tipi arasında özellik-genellik ilişkisinin tesisi bakımından, nitelikli unsurun haksızlık alanına ya da kusur alanına ilişkin olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §69 II 1; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §55 kn.10.

[1157] S.Erman, **Askeri Ceza Hukuku**, s.32; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.462.

norm çokluğu sadece görünüştedir. Zira somut olayda gerçekleştirilen fiil temel suç tipinde yapılan suç tarifine uyuyor ve nitelikli unsurlu suç tipinde yazılı olan hususiyet unsurlarını da bünyesinde barındırıyorsa bu fiile uygulanacak tek bir norm vardır. O da suçun nitelikli unsurlarını içeren ceza normudur.

Nitelikli unsurlu suçlarda yapılan haksızlık tipleştirmesinde önemli ölçüde, bu nitelikli unsurların ait olduğu temel suçun tekrarı söz konusudur. Bu suretle aynı suç birden fazla kez formüle edilmektedir. Bu nedenle bir suçun nitelikli unsurunun gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan haksızlık, sadece nitelikli unsurlu suç tipi üzerinden giderilir[1158]. Örneğin, failin hasmını silahla yaralaması halinde, fail aynı zamanda kasten yaralamanın hem temel şeklini (TCK m.86/1) hem de cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini (TCK m.86/3-e) gerçekleştirmiş demektir. Zira fail bu durumda, kasten yaralamanın temel şeklinin tüm unsurlarının yanı sıra, silah kullanımı suretiyle ek olarak suçun bir cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmektedir. Bu hükümler haksızlık birliği oluşturur. Bu haksızlık birliği, cezayı artıran nitelikli unsurlu yaralamaya ilişkin suç tipi vasıtasıyla tarif edilir. TCK m.86/3-e, TCK m.86/1'de formüle edilmiş kasten yaralamayı bütün yönleriyle içerisinde barındırdığı için, failin çifte cezalandırma yasağı ihlal edilmeksizin, TCK m.86/3-e'nin yanında ayrıca TCK m.86/1'den de cezalandırılması mümkün olmaz. Silahlı yaralamanın yanında bir de kasten yaralamanın temel şekli üzerinden mahkûmiyet hükmü tesisi gereksiz ve lüzumsuz addedilir. Özel normun önceliği prensibi doğrultusunda, kasten yaralamanın temel şekli, cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklinin gerisine çekilir ve fail sadece silahlı yaralamaya ilişkin suç tipinden sorumlu tutulabilir. Silahlı yaralama suçu üzerinden kurulan mahkûmiyet hükmü, aynı zamanda bünyesinde kasten yaralamanın temel şekli üzerinden mahkumiyeti de barındırır. Ancak bundan hükümde ayrıca söz edilmez. TCK m.86/1 daha ziyade sadece görünüşte TCK m.86/3-e ile rekabet eden bir suç tipi olduğundan, faile karşı yapılan isnatta yer almaz[1159].

Yukarıda cezayı artıran nitelikli unsurlu suç tipi ile temel suç tipi arasında özel-genel norm ilişkisinin tesisine ilişkin yapılan açıklamalar, prensip olarak cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tipi ile temel suç tipi arasında kurulacak özellik-genellik

[1158] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §55 kn.3.
[1159] Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §46 kn.2, 6; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §27 kn.13.

ilişkisi bakımından da geçerlidir. Bilindiği üzere özel normun daha ağır cezayı gerektiren norm olması şart değildir. Özellik-genellik ilişkisinin tesisinde, bu ilişkiye giren suç tiplerine karşılık gelen cezanın türü ya da miktarı belirleyici bir kriter olma özelliği göstermez. Bu nedenle özel normun genel norma kıyasla daha hafif bir ceza içermesi onun üstünlüğü bulunan norm olma özelliğini zedelemez[1160]. Cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tiplerinde durum böyledir. Daha fazla unsur içeren cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tipi, temel suç tipine kıyasla özel norm hüviyetindedir. Bu suç tipi, temel suçtan daha hafif bir ceza çerçevesine sahip olmasına ya da temel suça göre belirlenen cezayı belirli bir oranda hafifletmesine rağmen, temel suç karşısında üstünlüğe haizdir.

Cezayı azaltan nitelikli unsurlu suçun işlenmesi halinde, temel suç da otomatik olarak işlenmiş olur. Ancak daha ağır ceza öngören temel suçtan cezalandırma, cezayı azaltan nitelikli unsurun özel düzenleme amacı ile bağdaşmadığından mümkün olmaz[1161]. Cezayı azaltan nitelikli unsurun fail yararına hüküm ifade edebilmesi ancak bu suretle teminat altına alınır. Zira temel suç, gerçekleşen cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç karşısında geriye çekilmezse, cezayı azaltan nitelikli unsurlu kanun yapma tekniği uygulanabilir olmaz. Bu anlatımdan, özel normun üstünlüğü prensibi benimsenmemiş olsaydı, cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tipi ihdasının da mümkün olmayacağı gerçeği ortaya çıkar[1162]. Örneğin hırsızlığın temel şekli (TCK m.141), bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etme amacıyla işlenen hırsızlık suçu (TCK m.144/b) karşısında geri çekilir. Temel suçun cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gereken bir kriter olma işlevi de bulunmaz.

Özel normun haksızlık muhtevası itibarıyla genel normu tükettiğinden[1163] kanımızca her zaman bahsedilemeyecektir. Zira özel normla cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tiplerinde olduğu gibi, aynı suçun daha hafif bir haksızlık içeriğine sahip olan beliriş şekli de düzenlenmiş olabilir. Benzer şekilde failin fiilinin haksızlık içeriğinin hem özel normla hem de genel normla bütünüyle örtüştüğünden de

[1160] S.Erman, **Askeri Ceza Hukuku**, s.31-32; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.464.
[1161] Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §11 kn.23.
[1162] Puppe, **Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsprechung**, §33 kn.10; Puppe, "Was ist Gesetzeskonkurrenz?", s.963; Baur, **a.g.e.**, s.656.
[1163] Göktürk, **Fikri İçtima (Suçların İçtiması)**, s.75.

kanımızca bahsedilemeyecektir. Fiilin bir suçun cezasını artıran nitelikli unsurlu şekline karşılık gelmesi durumunda, bu fiilin aynı zamanda suçun temel şeklinin haksızlık muhtevasını da bütünüyle bünyesinde barındırdığından söz edilebilecektir. Ancak fiilin bir suçun cezasını azaltan nitelikli unsurlu şekline tekabül etmesi durumunda, bu fiilin aynı zamanda temel suça ait olan haksızlık muhtevası ile "bütünüyle" örtüştüğünden söz edilemez. Bununla birlikte, hükmün sadece cezayı azaltan nitelikli unsurlu suça karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden kurulması, temel suçu ve cezayı azaltan nitelikli unsuru birlikte gerçekleştiren fiilin toplam haksızlık içeriğinin bütünüyle kapsanması için yeterli olacaktır.

Temel suçun tamamlandığı ancak cezayı artıran nitelikli unsurun sadece teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, nitelikli unsurlu suç ile temel suç arasında özel-genel norm ilişkisi kurulması mümkün olmaz[1164]. Zira ceza normları arasında özellik-genellik ilişkisi kurulabilmesi için daha özel olan normun bütünüyle gerçekleştirilmesi aranır[1165]. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, peşinen bu suç tipinin üstünlüğünün bulunduğu ve temel suçun bunun gerisine çekileceği kabul olunmamaktadır. Yalnızca teşebbüs edilmiş cezayı artıran nitelikli unsur, temel suçun netice haksızlığını ifade etmez. Yani ihlal neticesinin meydana geldiği açık değildir. Benzer şekilde, temel suç da cezayı artıran nitelikli unsura teşebbüs halinde gerçekleştirilen hareket değersizliğini kapsamaz. Bu nedenle bu gibi hallerde Alman öğretisinde, teşebbüs aşamasında kalan cezayı artıran nitelikli unsur ile tamamlanmış temel suç arasında fikri içtima ilişkisinin bulunduğu kabul edilir. Ancak bu suretle her iki suç tipinin haksızlık içeriğinin hükme yansıtılabileceğinden söz edilir[1166]. Bununla birlikte, TCK bakımından bu halde fikri içtima çözümüne

[1164] Klug, **a.g.e.**, s.400; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §55 kn.9. Bu halde, kanunların içtimaı kapsamında temel suçun geri çekileceği kabul edilirse, temel suçun tamamlanmış olduğu kurulan hükme yansıtılmış olmaz. Zira cezayı artıran nitelikli unsura teşebbüsün içinde, temel suçun neticesi bulunmaz. Bkz. Eisele, **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, s.296. Küper'e göre, aynı kabul cezayı azaltan nitelikli unsurlu suça teşebbüs halinde de geçerlidir. Bu halde, cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tipinin, lex specialis olarak temel suçun önüne geçmesi mümkün olmaz. Zira, cezayı azalan nitelikli unsurlu suç tipine hususiyet katan unsurlar objektif olarak gerçekleşmiş değildir. Bkz. Küper, "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", s.262.

[1165] Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §55 kn.9; Ingeborg Puppe, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1,** 5. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, Vor §52 kn.14.

[1166] Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, §31 kn.55; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §46 kn.7; Heger/Petzsche, **a.g.e.**, §22 kn.46; Seher, **a.g.e.**, s.482; Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre

başvurulabilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira, bir suçun temel şekli ile nitelikli unsurlu şekli aynı suç sayılır (TCK m.43/1). Bu sebeple farklı neviden fikri içtima hükmüne müracaat edilemez. Aynı neviden fikri içtima hükmü ise, aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesini gerektirir. Aynı suçun, aynı mağdura karşı tek bir fiille birden fazla işlenmesi hükmün kapsamına girmez[1167]. Kanımızca bu halde hâkim, aynı suçun tamamlanmış temel şekli ile teşebbüs aşamasında kalmış nitelikli unsurlu şeklinin cezasını ayrı ayrı hesap edip ağır olan ceza üzerinden hüküm tesisi yoluna gitmelidir. Bu durumda hükmolunacak ceza her halükârda suçun tamamlanmış temel şekline karşılık gelen cezanın altında olamayacaktır[1168].

Öte yandan, birden fazla cezayı artıran nitelikli unsura sahip olan bir suçun işlenmesi sırasında, daha ağır ceza artırımı öngören nitelikli unsur teşebbüs aşamasında kalmışken, daha hafif ceza artırımı öngören nitelikli unsur tamamlanmış olabilir. Alman CK'da yağma suçunun işlenmesi sırasında failin bir silahı ya da tehlikeli bir suç aletini yanında taşıması nitelikli unsuru (üç yıldan az olmayan hapis cezası) ile bu silahı ya da aleti suçun işlenmesi sırasında kullanması nitelikli unsuru (beş yıldan az olmayan hapis cezası) arasında böyle bir ilişki bulunmaktadır. Buna göre, fail yanında silah taşıyarak yağma suçuna girişmiş ancak silahı engel bir sebeple kullanamamış olabilir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, böyle bir olayda teşebbüs aşamasında kalan daha ağır ceza artırımı öngören nitelikli unsurun, tamamlanmış olan daha hafif ceza artırımı öngören nitelikli unsurun gerisine çekileceğine ve failin sadece

---

(§§52 bis 55 StGB)", s.422. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de daha ağır suça teşebbüsten ötürü cezalandırma, daha hafif suçun tamamlanmış olduğunu ifade etmediği gerekçesiyle bu gibi hallerde fikri içtima çözümünü benimsemiştir. Bkz. Puppe, **NK Strafgesetzbuch Band 1**, Vor §52 kn.14. Buna karşılık, öğretide azınlıkta kalan başka bir görüşe göre ise, tamamlanmış olan bir suç başka bir suçu bünyesinde barındırıyorsa, bu suça teşebbüs edilmiş olsa da başka bir suçu bünyesinde barındırmaya devam eder. Bkz. Jakobs, **a.g.e.**, §31 kn.40. Bu itibarla, teşebbüs aşamasında kalan cezayı artıran nitelikli unsurlu suç ile tamamlanmış temel suç arasındaki ilişki de özel-genel norm ilişkisidir. Bkz. Karl Heinz Gössel, "Anmerkung zu Beschl. des BGH vom 01.09.2004 – 2 StR 313/04", **JR**, 2005, s.160. Bu görüşe göre, teşebbüs edilmiş cezayı artıran nitelikli unsurlu suç, tamamlanmış temel suç karşısında özel norm olarak kalmayı sürdürür.

[1167] Demirtaş, "Suçun Nitelikli Haline Teşebbüs", s.422-423.

[1168] "*Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı 5237 sayılı TCK'nın 103/2. maddesiyle verilecek cezadan aynı Kanunun 35/2. maddesi uyarınca teşebbüs nedeniyle yapılacak indirimin, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun geçişli suçlardan olması nedeniyle TCK'nın 103/1. maddesini de içerdiği gözetilerek, çocuğun basit cinsel istismarı suçuna ilişkin aynı Kanunun 103/1. maddesinde öngörülen cezanın altında olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği*" **Yarg. 14.CD**., T.16.10.2017, E.2014/10527, K.2017/4790. Bkz. (çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.05.2022). Aynı yönde bkz. Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs", s.399.

tamamlanmış olan nitelikli unsurlu suç tipi üzerinden cezalandırılacağına hükmetmiştir[1169]. Yani Yüksek Mahkeme, bir suçun teşebbüs edilmiş daha ağır ceza artırımı öngören nitelikli unsuru ile tamamlanmış daha hafif ceza artırımı öngören nitelikli unsuru arasında kanunların içtimaı ilişkisinin bulunduğu ve bunlardan (daha hafif ceza artırımı öngörmesine rağmen) tamamlanmış olan nitelikli unsurun üstün norm olduğu görüşündedir.

3. TCK ve Yan Ceza Kanunları Çerçevesinde Temel Suç-Nitelikli Unsurlu Suç İlişkisi

Genel-özel norm ilişkisinin pek hissedilmese de en bilinen ve en çok karşılaşılan şekli TCK'da yer alan iki norm arasında ortaya çıkar. Bu durumda suç tiplerinden biri temel suçu düzenler. Diğer suç tipi ise o suçun nitelikli unsur eklenmiş şeklini düzenler ve nitelikli unsurlu suç tipi olarak adlandırılır. Nitelikli unsurlu suç tipi bünyesinde barındırdığı hususiyet unsurları (yani nitelikli unsurlar) sayesinde temel suçtan ayrıt edilir ve onun önüne geçerek uygulanma kabiliyeti kazanır. Nitelikli unsurlu suç tipinde yer alan hususiyet unsurları, temel suçu meydana getiren unsurlardan en az birine çeşitli özellikler (vasıflar) katarak suçu özelleştiren, nitelikli hale getiren unsurlardır. Örneğin TCK m.181'de düzenlenen çevrenin kasten kirletilmesi suçunun birinci fıkrasında, herhangi bir atık veya artıkla çevrenin kirletilmesi cezalandırılmıştır. Dördüncü fıkrada ise suçun insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına yol açabilecek nitelikteki atık veya artıklarla işlenmesi ayrı bir ceza çerçevesi ile cezalandırılır. Birinci fıkrada temel suç düzenlendiğinden TCK m.181/1 genel norm teşkil eder. Dördüncü fıkrada suça konu yönünden bir hususiyet katıldığından TCK m.181/4 özel norm teşkil eder. Suçun

[1169] BGH, **JR**, 2005, s.159. Öğretide bir görüşe göre, failin suçun işlenmesi sırasında silah kullanmasına ilişkin olan cezayı artıran nitelikli unsur, yanında silah bulundurmasına ilişkin olan cezayı artıran nitelikli unsura kıyasla özel norm hüviyetindedir. Bu kabul, bunlardan ilkinin sadece teşebbüs aşamasında kaldığı, buna karşılık diğerinin tamamlandığı hallerde de geçerliliğini korur. Yani teşebbüs edilen daha ağır ceza artırımı öngören cezayı artıran nitelikli unsur, tamamlanan daha hafif ceza artırımı öngören cezayı artıran nitelikli unsurun önüne geçer. Ancak cezanın belirlenmesi sırasında, geri çekilmiş olan tamamlanmış cezayı artıran nitelikli unsurun ceza çerçevesinin alt sınırının altına inilemez. Bu suretle, geri çekilen tamamlanmış nitelikli unsurdan ileri gelen haksızlığın dikkate alınmaması gibi bir sonucun doğması önlenir. Bkz. Gössel, "Anmerkung zu Beschl. des BGH vom 01.09.2004 – 2 StR 313/04", s.161.

konusuna eklenen hususiyet bu fıkrada düzenlenen suç tipini aynı zamanda nitelikli unsurlu suç tipi haline getirir.

Öğretide bir görüş, Askeri CK'da düzenlenen ve askeri suç benzeri biçiminde adlandırılan suçları, bu suçların TCK'da düzenlenen karşılıklarının nitelikli unsuru olarak kabul etmektedir[1170]. Askeri suç benzeri şeklinde adlandırılan suçlar hem Askeri CK'da hem de TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla, bu suçların asker olmayan kişiler tarafından da işlenmesi mümkündür. Askeri CK'da öngörülmüş olan norm ile askeri yararlar korunur. Suç asker kişi tarafından işlenmişse veya asker olmayan bir kişi tarafından işlense bile askeri yararları ihlal ediyorsa Askeri CK'da yer alan suç tipi uygulama bulur. Buna karşılık suç hem asker olmayan bir kişi tarafından işlenmiş olup hem de askeri yararları ihlal etmiyorsa TCK'da düzenlenmiş olan suç tipi devreye girecektir. Bu durumda, Askeri CK'daki norm özel norm statüsündedir. Askeri CK'daki norma bu statüyü veren ihtisas unsuru ise, suçun asker kişi tarafından işlenmesi ya da ayrıca askeri yararları da koruması ve norma buna hizmet eden birtakım unsurların eklenmiş olmasıdır.

Örneğin, TCK m.204/1'de resmî belgede sahtecilik suçunun temel şekli (iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası) düzenlenmiştir. Suçun bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi, aynı maddenin ikinci fıkrasında, ilk fıkra ile örtüşen hareket unsurları bakımından cezayı artıran nitelikli unsur (üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası) teşkil etmektedir. Resmî belgede sahtecilik suçu ayrıca Askeri CK m.134'te de düzenleme konusu yapılmış ve karşılığında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Resmî belgede sahtecilik suçunun askeri yararlara karşı işlenmesi halinde özel norm olarak Askeri CK m.134 hükmünün uygulama bulması gerekir. Ancak bu hükümdeki ihtisas unsurunun Askeri CK m.134'ü, TCK m.204/1'in cezasını azaltan nitelikli unsuruna dönüştürdüğü ileri sürülemeyecektir. Zira resmî belgede sahteciliğin askeri yararları da ihlal ederek işlenmesi, suçun haksızlık içeriğini hafifletmez. Ayrıca, bir nitelikli unsurun suçla korunan hukuki değerleri değiştirmesi de (bu suretle bir bileşik suç meydana getirilmedikçe) mümkün değildir. Bir askeri suç benzeri olan Askeri CK m.134 hükmü bünyesinde barındırdığı ihtisas unsurları ile TCK m.204 karşısında özel

[1170] Kangal, **Askeri Ceza Hukuku**, s.118.

normdur. Ancak TCK m.204 ve Askeri CK m.134 hükümleri arasında bir temel suç-nitelikli unsurlu suç ilişkisi bulunmamaktadır.

4. Nitelikli Unsurlu Suça Eşlik Eden Suçlar

Bir cezayı artıran nitelikli unsurlu suça, olağan olarak ve tipik bir şekilde başka suçlar da eşlik edebilir. Yani bir suçun nitelikli unsurlu şeklinin işlenmesi, beraberinde başka bir suçun da oluşmasına yol açabilir. Bu gibi haller, Alman öğretisinde tüketen-tüketilen norm ilişkisi bağlamında ele alınmaktadır[1171]. Zira bu durumda farklı hukuki değerleri koruyan suçların bir araya gelmesi söz konusudur. Hangi normun diğerinin önüne geçeceği normlar arasında değer bazlı inceleme yapılması suretiyle tespit edilir. Genellikle nitelikli unsurlu suça tipik olarak eşlik eden suç(lar) geriye çekilir[1172].

Örneğin, Alman CK'da hırsızlığın bir konuta zorla girilmesi suretiyle işlenmesi, hırsızlık suçunun cezayı artıran nitelikli unsurunu meydana getirir. Bu halde, konuta zorla girme suretiyle işlenen hırsızlık suçuna olağan olarak ayrıca, konut dokunulmazlığını ihlal suçu ve kimi hallerde mala zarar verme suçu eşlik eder. Alman öğretisindeki baskın görüşe göre, kural olarak bu suçlar tüketen-tüketilen norm ilişkisi kapsamında, cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlık suçunun gerisine çekilir[1173]. Yani fail sadece konut soyma suretiyle hırsızlık suçu kapsamında cezalandırılır. Kural olarak, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal ya da mala zarar verme suçu üzerinden cezalandırılmaz. Görüldüğü üzere bir ana suçun, önemli ölçüde daha düşük haksızlık içeriğine sahip olan başka bir suçla (eşlik eden suç) sıklıkla bağlantılı olarak işlenmesi

---

[1171] Alman öğretisindeki baskın görüş, ölümle sonuçlanan kasten yaralama suçu (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç) ile cezayı artıran nitelikli unsurlu yaralama suçu arasındaki ilişkiyi de kural olarak tüketen-tüketilen norm ilişkisi kapsamında değerlendirir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında bu iki norm arasında tüketen-tüketilen norm ilişkisinin mevcudiyetini, mağdurun hayatı üzerinde tehlikeye kasten yaralama suçunun cezayı artıran nitelikli unsurlarından biri vasıtasıyla neden olunmasına dayandırmıştır. Mahkemeye göre bu nedenle, cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten yaralama suçunun haksızlık içeriği, ölümle sonuçlanan kasten yaralama suçu tarafından da kapsanır. Bkz. Rengier, **Strafrecht AT**, §56 kn.35; Fischer, **a.g.e.**, §227 kn.12.

[1172] Bu halde bir özel-genel norm ilişkisi bulunmaz. Zira üstünlüğü bulunan suçun işlenmesi terimsel olarak zorunlu bir şekilde eşlik eden suçun da işlenmesini şart koşmaz. Ancak üstünlüğü bulunan suçun işlenmesi ile (daima olmasa da) olağan olarak eşlik eden suç da işlenmiş olur. Bkz. Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §11 kn.46.

[1173] Kühl, **Strafrecht AT**, §21 kn.60; Rengier, **Strafrecht BT-I**, §3 kn.60, §4 kn.87; Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §55 kn.20; Seher, **a.g.e.**, s.483; Niehaus, **a.g.e.**, s.157. Konut soyma suretiyle hırsızlık suçunun, konut dokunulmazlığını ihlale ya da mala zarar vermeye ait suç tipleri gerçekleştirilmeksizin işlenmesi de mümkündür. Bkz. Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §11 kn.47.

mümkündür. Bu gibi hallerde kanun koyucu, eşlik eden suçu meydana getiren durumu, ana suçun cezasını artıran nitelikli unsur olarak düzenleme suretiyle dikkate almış olabilir. Dolayısıyla eşlik eden suçun haksızlık içeriği, ana suçun nitelikli unsuru vasıtasıyla kapsanır. Bu nedenle, kural olarak eşlik eden suç, ana suç karşısında müstakil olarak bir önem taşımaz. Cezayı artıran nitelikli unsurlu ana suça karşılık gelen ceza çerçevesi üzerinden hüküm kurulması ile yetinilir[1174].

Bununla birlikte, yine baskın görüşe göre, somut olayda ana suça eşlik eden suçun istisnai bir şekilde ana suçun olağan akışından saptığı tespit edilirse, ana suç ve eşlik eden suç arasında en iyi ihtimalle fikri içtima ilişkisinin bulunduğu kabul edilir. Yani eşlik eden suçun olağan akışından saparak ana suçun haksızlık içeriğinin içinde erimediği, aksine kendine ait özel bir haksızlık içeriği gösterdiği nadir hallerde, gerçek anlamda tipik bir şeklide eşlik eden suçtan bahsedilemez ve bu şekilde meydana gelen suçun tüketileceği düşüncesi kabul görmez[1175]. Bu itibarla yukarıda verilen örnek doğrultusunda konuta zorla girilirken, çok değerli bir kapının kırılmasıyla mala zarar verme teşkil eden hareket, hırsızlığın olağan akışından sapmış ve kendine özgü bir haksızlık içeriği kazanmışsa, mala zarar vermenin, nitelikli unsurlu hırsızlığa tipik bir biçimde eşlik eden suç olarak kabulü mümkün olmaz. Örneğin, hırsızlık suçunda çalınan malın değeri 8.000 TL ancak mala verilen maddi zararın bedeli 20.000 TL ise durum böyledir[1176].

5. Genel Norm-Özel Norm İlişkisinin Sonuçları

Bu ilişkinin en önemli sonucu özel norm niteliğine haiz olan normun olaya uygulanacak tek norm olmasıdır. Özel normun kapsamına giren bir fiile hiçbir ihtimalde genel normun uygulanma kabiliyeti bulunmaz. Genel norm cezai sorumluluğun belirlenmesinde hiçbir şekilde dikkate alınmaz. Aksi halde kıyas yoluyla suç ihdas edilmiş olur. Bu da bilindiği üzere kanunilik ilkesine aykırılık teşkil

[1174] Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §69 II 3b; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, **a.g.e.**, kn.245; Freund/Rostalski, **a.g.e.**, §11 kn.47.
[1175] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.1271; Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §69 II 3b; Niehaus, **a.g.e.**, s.157; Baur, **a.g.e.**, s.659.
[1176] Kühl, **Strafrecht AT**, §21 kn.60. Seher, **a.g.e.**, s.483. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir obitum dictum'da bu gibi hallerde oluşan suçlar arasında prensip olarak fikri içtima ilişkisinin mevcut olduğu tespitinde bulunmuştur. Bkz. Niehaus, **a.g.e.**, s.157.

eder (TCK m.2/3)[1177]. Bu itibarla temel suç tipi karşısında nitelikli unsurlu suç tipi, koşulları sağlanmışsa daima olaya uygulanma kabiliyeti olan yegâne ceza normudur. Nitelikli unsurlu suçta yapılan nitelikli unsur tasviri ile temel suçun haksızlık içeriğinin (dolayısıyla da cezasının) artırılıp-azaltılmasının bir önemi bulunmaz.

Genel-özel norm ilişkisinin bir diğer önemli sonucu ise hâkimin mahkumiyete ilişkin hüküm fıkrasında sadece özel norma yer vermesinin gerekli ve yeterli olmasıdır. Bu nedenle geri çekilen genel norma, mahkumiyete ilişkin hüküm fıkrasında ayrıca yer verilmez[1178]. Zira gerçekleştirilmiş olan suç tiplerinden biri, diğerinin haksızlık içeriğini de bünyesinde barındırıyorsa, diğer suça ait değersizliği açıklamak için hüküm fıkrasında bu suç tipinden bahsedilmesi gereksiz hale gelir[1179]. Bu itibarla, mahkûmiyet hükmünde sadece olaya uygulanan cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlu suça atıfta bulunulması ile yetinilir.

Özel normun cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tipi olduğu hallerde hüküm kurulurken, geri çekilen temel suçun ceza çerçevesinin alt sınırı dikkate alınmaz. Temel suça karşılık gelen cezanın alt sınırının altında hüküm kurulması mümkündür[1180]. Zira ancak cezayı azaltan nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi halinde, temel suçun uygulanabilirliği kanunların içtimaı yoluyla engellenirse, nitelikli unsurun cezayı azaltıcı fonksiyonu teminat alına alınmış olur[1181]. Aksi uygulama, kanunların içtimaının bu türünün amacına bariz bir şekilde aykırı olur[1182] ve çifte değerlendirme yasağının da ihlali anlamına gelir. Zira özel norm hüviyetindeki cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç, genel norm hüviyetindeki temel suçu da bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle cezayı azaltan nitelikli unsurlu suç tipi üzerinden hüküm tesis edilen hallerde, temel suç da evleviyetle dikkate alınmış olacaktır[1183].

[1177] İçel, "Ceza Hukukunda Özel-Genel Norm İlişkisinin Hukuksal Niteliğine ve Özelliklerine Uymayan Uygulamalar", s.18.
[1178] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.1273; Göktürk, **Fikri İçtima (Suçların İçtimaı)**, s.75; İçel, "Ceza Hukukunda Özel-Genel Norm İlişkisinin Hukuksal Niteliğine ve Özelliklerine Uymayan Uygulamalar", s.18-19; Niehaus, **a.g.e.**, s.155-156.
[1179] Schmitt, **a.g.e.**, s.52; Krey/Esser, **a.g.e.**, kn.1388; Walter, **a.g.e.**, s.468, 470; Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", s.421, 426.
[1180] Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, kn.1273; Kindhäuser/Zimmermann, **a.g.e.**, §46 kn.4; Walter, **a.g.e.**, s.470.
[1181] Frister, **a.g.e.**, §31 kn.4; İçel, **Suçların İçtimaı**, s.239.
[1182] Walter, **a.g.e.**, s.470.
[1183] Puppe, "Was ist Gesetzeskonkurrenz?", s.961-962.

Özel norma karşılık gelen dava zamanaşımı süresinin dolması halinde, genel norma karşılık gelen dava zamanaşımı süresi dolmasa bile genel norm üzerinden kovuşturma yapılması mümkün değildir[1184]. Alman öğretisinde bir görüş bu çıkarıma, bir muhakeme şartı eksikliği ya da bir muhakeme engelinin mevcudiyeti nedeniyle özel suç tipi üzerinden cezalandırmanın mümkün olmadığı tüm hallerde varmaktadır. Buna göre, özel normun failinin usuli birtakım hususiyetler nedeniyle özel norm üzerinden cezalandırılamadığı hallerde, genel norm kapsamında cezalandırılması da özel normun üstünlüğü prensibi vasıtasıyla engellendiğinden fail cezasız kalacaktır[1185].

Bu itibarla, özel normun dava zamanaşımına veya affa uğraması, özel norma ait kovuşturma koşullarının gerçekleşmemesi ya da failde bulunan bir şahsi cezasızlık sebebi nedeniyle özel normun tatbik edilememesi durumlarında failin genel norm üzerinden cezalandırılması mümkün olmaz. Zira özel normun uygulanmasını gerektiren suçun yapısal unsurları somut olayda gerçekleşmiş ise, o olaya sadece özel normun uygulanma kabiliyeti vardır. Zamanaşımı süresinin dolması, af, şahsi cezasızlık sebepleri ya da kovuşturma koşullarının gerçekleşmemesi suçun yapısal unsurlarının mevcudiyetine tesir etmediğinden genel norm hiçbir suretle tatbik kabiliyeti kazanamaz. Aksi uygulama bir kimsenin kıyas yoluyla cezalandırılması anlamına geleceğinden kanunilik ilkesinin ihlalini sonuçlar (TCK m.2/3)[1186].

Fiilin belirli bir suç tipine uyması ile failin bu fiili sebebiyle cezalandırılabilir olup olmaması ayrı şeylerdir. Görünüşte içtima halinde tek suç vardır. Bu suça karşılık gelen fiil herhangi bir sebeple cezalandırılamıyorsa, fail cezasız kalacak demektir. Bu itibarla, bir suçun nitelikli unsurunu gerçekleştiren failin, mutlaka nitelikli unsurlu suç üzerinden cezalandırılması gerekir. Zamanaşımı süresinin dolması, af, şahsi cezasızlık sebepleri ya da kovuşturma koşullarının gerçekleşmemesi nedeniyle bunun mümkün olmaması halinde, failin temel suç üzerinden cezalandırılması yoluna gidilemez. Zira olay nitelikli unsurlu suça uyuyorsa, bu olaya uygulanabilecek tek norm nitelikli

[1184] Göktürk, **Fikri İçtima (Suçların İçtiması)**, s.76.
[1185] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **a.g.e.**, §27 kn.14.
[1186] İçel, "Ceza Hukukunda Özel-Genel Norm İlişkisinin Hukuksal Niteliğine ve Özelliklerine Uymayan Uygulamalar", s.19, 25; Geppert, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", s.426-427, s.426 dn.131-132.

unsurlu suç tipidir. Bununla birlikte, cezayı artıran nitelikli unsurdan gönüllü vazgeçme halinde failin suçun temel şekli üzerinden cezalandırılabilmesi mümkündür[1187].

6. Nitelikli Unsur Eklenmesi Suretiyle Meydana Getirilen Bileşik Suç

Birleşen suçlardan birinin temel suçu diğerinin ise bunun cezayı artıran nitelikli unsurunu oluşturacak şekilde bir araya getirilmesi ile bileşik suç tesisi mümkündür. Bu durumda yeni bir suç yaratılmaz. Hali hazırda mevcut olan bir suça, başka bir suç nitelikli unsur olarak eklenir. Bu birleşme kaynağını kanundan alır. Yani kanunda yer alan bir hükümle suçlar arasında kaynaşma ilişkisi ihdas edilir. Bu hükümde öngörülen hareketler tek bir suçun (bileşik suç) haksızlık içeriğini meydana getirmektedir[1188].

Kanunun ifadesiyle "*biri diğerinin ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir*" (TCK m.42). Öncelikle terminolojik olarak bir açıklamada bulunulması gerekir. Burada "ağırlaştırıcı neden" terimiyle kastedilen cezayı artıran nitelikli unsurlardır. Bu ifade 765 sayılı TCK'da ve dönemin öğretisinde kullanılan terminolojinin 5237 sayılı TCK'daki kalıntısından ibarettir. Her ne kadar bu terimle kastedilenin ne olduğu belli olsa da doğru olan kanunda terimlerin 5237 sayılı TCK ile kurulan suç teorisine uygun düşmeyecek şekilde kullanımından imtina edilmesidir. Bu nedenle TCK m.42'deki "ağırlaştırıcı nedenini" ifadesinin "cezayı artıran nitelikli unsurunu" şeklinde değiştirilmesi gerekir.

Nitelikli unsur teşkil eden suçun, bileşik suça ait suç tipinde açıkça (ismen, hangi suç olduğunu tayine imkân verecek şekilde) gösterilmesi gerekir. Bu suretle, nitelikli

---

[1187] Bir görüşe göre, sadece cezayı artıran nitelikli unsur bakımından bir affın mevcudiyeti halinde, failin temel suç üzerinden cezalandırılabilmesi mümkün hale gelir. Bkz. D.Sternberg-Lieben/Bosch, **a.g.e.**, Vor §§52ff. kn.140. Jeschenk/Weigend'e göre, failin bir şahsi cezasızlık sebebinin mevcudiyeti ya da şikâyet şartı gerekliliğinin yerine getirilmemesi nedeniyle cezayı artıran nitelikli unsurlu suçtan cezalandırılamaması halinde, geri çekilen temel suça müracaat edilmesi mümkündür. Bkz. Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, §69 III 1. Ancak cezayı azaltan nitelikli unsurlar bu kabulün istisnasını oluşturur. Yani üstünlüğü bulunan norm cezayı azaltan nitelikli unsur içeriyorsa ve bu normdan cezalandırma mümkün değilse, artık geri çekilen norma (temel suç) müracaat edilemez. Bkz. Maurach/Gössel/Zipf, **a.g.e.**, §55 kn.6. Ayrıca daha hafif olan ceza normunun yasak etkisi hakkında bkz. Georg Küpper, "Die „Sperrwirkung" strafrechtlicher Tatbestände", **Gedächtnisschrift für Dieter Meurer**, 2002, s.125-126.

[1188] Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.478, 480; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.553-554. Bileşik suçun, cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden suçun, temel suç içerisinde erimesi suretiyle oluştuğu hususunda bkz. Yurtcan, **a.g.e.**, s.105. Yazar, "kaynaşma" yerine "erime" terimini kullanmaktadır.

unsur teşkil eden ve suç tipinde ismen belirtilmiş olan suç ile temel suç teşkil eden diğer suç tek bir suça vücut verecek şekilde kaynaşarak bileşik suçu meydana getirir. İçerisinde nitelikli unsur bulunan suçun niteliğinde ve adında herhangi bir değişiklik olmaz[1189]. Yani nitelikli unsur teşkil eden suç eklemlendiği suçun vasfında herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Nitelikli unsur ekleme suretiyle tesis edilen bileşik suçu meydana getiren suçlar arasında zorunluluk bağı bulunmaz. Zira bir suçun nitelikli unsuru gerçekleşmeden de işlenmesi mümkündür[1190].

Örneğin bir kişiye karşı "*bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için*" cebir uygulanması, cebir suçunun temel şekline (TCK m.108) dahil iken, cebir uygulama suretiyle işlenen konut dokunulmazlığını ihlal fiili ise cezayı artıran nitelikli unsurlu konut dokunulmazlığını ihlal suçuna (TCK m.116/4) dahildir. Esasen ayrı bir suç olan cebir uygulama hareketi, TCK m.116/4'te konut dokunulmazlığını ihlal suçunun cezasını artıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yani kanun koyucu hali hazırda bir suçun kurucu unsuru olarak öngördüğü bir durumu, başka bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak biçimlendirmiştir. Bu suretle TCK m.116/4 hükmü ile bir bileşik suç ihdas edilmiştir. Bu hüküm içerisinde her ne kadar biri diğerinin cezayı artıran nitelikli unsuru olarak karakterize edilmiş olsa da esasen iki ayrı suçu barındırmaktadır. Bu durumda fail ayrıca nitelikli unsur olarak karakterize edilen suçtan dolayı cezalandırılmaz. Yani failin, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemesi sırasında cebir uygulaması nedeniyle hem konut dokunulmazlığını ihlal suçu hem de cebir suçunun temel şekli üzerinden cezalandırılması mümkün değildir. Failin sadece TCK m.116/4'te öngörülen, cezayı artıran nitelikli unsurlu konut dokunulmazlığını ihlal suçuna karşılık gelen özel ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması ile yetinilir. Zira bu ceza

---

[1189] Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, s.406-407; Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.356-357; N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e**, s.366. Örneğin kasten öldürme suçunun "*bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla*" (TCK m.82/1-h) işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurdur. Ancak bu durum bileşik suça vücut vermez. Zira TCK m.82/1-h'de tarif edilen nitelikli unsur açıkça belirli bir suça özgülenmemiştir. Bu tip suçlar öğretide "birbirine bağlı suçlar" olarak adlandırılır ve ayrı ayrı cezalandırılır. Bu nedenle bankayı soyarken kendisine engel olan bekçiyi öldüren kişi hem cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten öldürmeden (TCK m.82/1-h) hem de yağma suçundan cezalandırılacaktır. Bkz. İçel, **Suçların İçtiması**, s.208; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s.393; Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.479, 481vd.

[1190] İçel, **Suçların İçtiması**, s.208; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.471; İçel/Evik, **a.g.e.**, s.326.

çerçevesi hem konut dokunulmazlığını ihlalin hem de cebrin temel şeklinin haksızlık içeriğini bünyesinde taşır[1191]. Kanun koyucu tarafından bu özel ceza çerçevesinin tayini sırasında konut dokunulmazlığını ihlal suçunun cebir kullanma suretiyle işlenmesi nedeniyle oluşan haksızlık artışı (ek haksızlık) dikkate alınmıştır[1192].

Belirli bir olgunun bir suçta kurucu unsur başka bir suçta ise nitelikli unsur (örn. aleniyet) olarak biçimlendirilmesi ile oldukça sık karşılaşılır. Burada ise bütünüyle bir ceza normu içerisinde temel suç olarak biçimlendirilmiş olan bir olgunun başka bir ceza normu içerisinde nitelikli unsur şeklinde biçimlendirilmesi söz konusudur. Bu biçimlendirmede bir temel suç başka bir temel suçun, maddi ya da manevi unsurlarından birinin hususiyet arz edecek şekilde gerçekleştirilmesi üzerine kurulur. Yukarıda verdiğimiz örnekte bu biçimlendirme, cebir suçunun, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda fiilin hususiyet arz eden işleniş şekli olarak düzenlenmesi suretiyle yapılmıştır. Bu halde hususiyet, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun cebir kullanılarak işlenmesi nedeniyle artan tehlikeliliğinden, dolayısıyla da artan haksızlık içeriğinden ileri gelir.

Bu suretle, müstakil bir suç teşkil eden ceza normu ile korunan hukuki değer de nitelikli unsur olarak dahil edildiği ceza normu (bileşik suç) tarafından ayrıca korunmuş olur. Nitelikli unsurlar kural olarak temel suçla korunan hukuki değer(ler)de bir değişiklik meydana getirmez. Bunun istisnası bir ceza normunda nitelikli unsur olarak karakterize edilen olgunun başlı başına suç teşkil ettiği hallerdir. Bu durumda hem müstakil bir suç teşkil etmesine rağmen başka bir ceza normunda nitelikli unsur olarak karakterize edilen olgu hem de bu olgunun eklendiği temel suç ayrı ayrı hukuki değerleri koruyabilir. Ancak bu hukuki değer farklılığı ayrı bir suçun oluşumunu

[1191] Müstakil bir suç olarak düzenlenen cebir (TCK m.108) ve/veya tehdide (TCK m.106) cezayı artıran nitelikli unsur olarak yer veren pek çok suç tipi bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak TCK m.103/4, TCK m.109/2, TCK m.116/4 TCK m.227/4, TCK m.234/2, TCK m.235/3-a, TCK m.292/2, TCK m.294/3 verilebilir. Bu hallerde nitelikli unsur eklenmesi suretiyle tesis edilen bileşik suç mevcuttur. Ayrıca işkence suçunun cinsel tacizde bulunarak işlenmesi cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (TCK m.94/3). Cinsel taciz aynı zamanda müstakil bir suç teşkil ettiğinden (TCK m.105) bu durumda da bileşik suç vardır. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.555.

[1192] Cebire nitelikli unsur olarak yer veren kimi ceza normlarında (TCK m.103/5, TCK m.109/6, TCK m.235/3-a, TCK m.292/4 ve TCK m.294/7), cebir kullanılması suretiyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleştirilirse, failin ayrıca bu suç nedeniyle de cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu nedenle öğretide, bileşik suça cezayı artıran nitelikli unsur olarak dahil edilen cebrin en fazla, kasten yaralama suçunun temel şeklinin oluşmasına yol açacak ağırlıkta olması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.554.

sonuçlamaz. Bu itibarla, bileşik suçta da temel suçla korunan hukuki değer baskın olmaya devam eder.

Hırsızlık suçunun konusunu "*bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya*"nın oluşturması cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (TCK m.142/2-h). Öğretide bir görüş bu ifadeyi konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m.116) kapsamında değerlendirmekte, bu nedenle de TCK m.142/2-h hükmünün cezayı artıran nitelikli unsurlu bileşik suç örneği olduğunu ileri sürmektedir[1193]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bina içerisinde bulunan bir eşyanın çalınabilmesi, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun da işlenmesini zorunlu bir şekilde şart koşmaz. Rıza ile girilen konutta bulunan bir eşyanın çalınması halinde fail sadece TCK m.142/2-h hükmü kapsamında cezalandırılabilecektir. Buna karşılık, konuta rıza hilafına girilmesi ve konutta bulunan bir eşyanın çalınması halinde hem TCK m.142/2-h'de tanımlanan cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlık suçu hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşacak ve fail bu suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır (TCK m.142/4). TCK m.142/2-h hükmü konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile eş anlamlı görülürse, bu durumda TCK m.142/4 hükmü ile kanun vasıtasıyla çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Zira bu durumda "konut dokunulmazlığını ihlal" fiili hem cezayı artıran nitelikli unsur olarak hem de bağımsız bir suç olarak iki defa cezalandırılmış olacaktır.

Nitelikli unsur şeklinde bir suç tipine eklenerek bileşik suçun bileşeni haline getirilen suç, kanunda müstakil bir suç olarak düzenlendiği normda kendine ait birtakım nitelikli unsurlara da sahip olabilir. Ancak bu suç, bir başka suç tipinin bünyesine nitelikli unsur şeklinde dahil edilmekle artık müstakil bir suç olarak düzenlendiği normla arasındaki bağ kopar. Bu nedenle müstakil suç tipi bakımından uygulanabilen nitelikli unsurlar, bileşik suçu oluşturan cezayı artıran nitelikli unsur teşkil eden suç bakımından uygulanamaz hale gelir[1194].

Bileşik suçun bu şekli, bir kanun yapma tekniği olarak, başlı başına suç teşkil eden bir olgunun başka bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak

[1193] Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.570.
[1194] Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, s.65-66.

düzenlenebileceğini göstermesi bakımından önemlidir. Kural olarak nitelikli unsurlara ceza hukuku tarafından bir önem atfedilebilmesi için temel suçun mevcudiyeti gerekir. Temel suç en azından teşebbüs aşamasına erişmedikçe, tek başına nitelikli unsurların gerçekleştirilmesine ceza hukuku sonuç bağlamaz. Bileşik suçun bu şekli bu kuralın istisnasını oluşturur. Zira bu durumda bir suç tipinde nitelikli unsur olarak karakterize edilen bir olgu, başka bir suç tipinde müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle bileşik suça ait temel suç gerçekleştirilmeden, tek başına nitelikli unsurun gerçekleştirilmesi de suç teşkil edecektir. Tabidir ki bu ihtimalde cezayı artıran nitelikli unsurlu bileşik suç üzerinden değil, nitelikli unsurun müstakil bir suç olarak düzenlendiği suç tipi üzerinden mahkûmiyet hükmü tesis edilebilecektir.

Bilindiği üzere, bileşik suç bir görünüşte içtima türü olan tüketen-tüketilen norm ilişkisi kapsamında izah edilir. Bununla birlikte, nitelikli unsur ekleme suretiyle tesis edilen bileşik suçun özel-genel norm ilişkisi kapsamında ele alınması da mümkündür. Zira bu ihtimalde, bileşik suç bir temel suç ile cezayı artıran nitelikli unsurun toplamından oluşan cezayı artıran nitelikli unsurlu suç hüviyetindedir. Cezayı artıran nitelikli unsurun ayrıca başka bir suç tipinde müstakil bir suç olarak düzenlenmiş olması özel-genel norm ilişkisi tesisini engelleyen bir faktör olarak ortaya çıkmaz. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal suçu ve cebir suçunun bileşiminden meydana gelen, TCK m.116/4 hükmü aynı zamanda cezayı artıran nitelikli unsurlu suç teşkil eder. Dolayısıyla bu hükmün temel suç olan TCK m.116/1 (konut dokunulmazlığını ihlal) hükmü ile arasındaki ilişki bir özel-genel norm ilişkisi olarak da görülebilir. Zira bu ihtimalde TCK m.116/4'ün gerçekleştirilmesi, kaçınılmaz bir şekilde TCK m.116/1'e ait suç tipinin de gerçekleştirilmesini gerektirir. İlk norm, ikinci normu terimsel olarak da içerisinde barındırır.

Birden fazla suçun her biri yeni suçun kurucu unsurunu oluşturacak şekilde bir araya getirildiği bileşik suça yağma suçu örnek verilebilir (TCK m.148). TCK m.150'de yağma suçunun cezasını azaltan nitelikli unsurlara yer verilmiştir. İlk fıkrada öngörülen nitelikli unsur kanun koyucunun benimsemiş olduğu cezalandırma sistemi açısından önem arz eder. Buna göre, yağma suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etme amacı ile işlenmesi halinde, fail oluşa göre tehdit veya yaralama suçunun cezası ile mahkûm edilecektir. Kanun koyucu bir yandan birden fazla suçu

bir araya toplayıp bileşik suç ihdas ederken, diğer yandan da bu suçun cezayı azaltan nitelikli unsurlarından birinin mevcudiyeti halinde, yaptırımı bileşik suçun unsuru konumundaki suçlardan birinin cezası üzerinden tayin etme yoluna gitmiştir[1195]. Kanun koyucu bu düzenlemeyi yaparken, suçun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etme amacı ile işlenmesiyle meydana gelecek haksızlık içeriği hafiflemesinin, hırsızlık suçuyla yaratılan haksızlık içeriği artışını sıfırladığını düşünmüştür. Ancak bu hükümle 5237 sayılı TCK ile nitelikli unsurlu suçların cezalandırılması bakımından benimsenen yaptırım sistematiğinin dışına çıkılmıştır. Zira TCK'da nitelikli unsurlu suçların cezası ya bir özel ceza çerçevesi ile ya da bir oransal ceza artırımı/hafiflemesi ile belirlenmiştir.

B. "Aynı Suçun" Tayini ve Zincirleme Suç-Nitelikli Unsur İlişkisi

Belirli bir suçu işleme kastı ile kural olarak belirli bir kişiye karşı aynı suçun farklı zamanlarda birden fazla kez işlenmesi zincirleme suç teşkil eder. Bu halde faile verilecek ceza belirli bir oranda artırılır (TCK m.43/1). Bu ceza artışı teknik anlamda cezayı artıran nitelikli unsur olarak değerlendirilemez. Zira zincirleme suçun varlık sebebi, bu gibi hallerde hükmolunacak cezanın işlenen her bir suçun cezalarının toplanması suretiyle belirlenmesine ilişkin kuralın ağırlığını hafifletmektir. Yani zincirleme suç fail lehine ceza kanununa alınmış olan bir hukuk kurumudur. Bu nedenle failin aleyhine sonuç verecek şekilde yorumlanmaması gerekir. Bu halde cezada meydana gelen artış, suçun ağırlaşmasından ileri gelmez. Zincirleme suç, nitelikli unsurlar gibi işlenen suçun haksızlık içeriği üzerinde etkide bulunmaz. Burada yapılan ceza artışı yalnızca cezanın belirlenmesine ilişkindir[1196].

TCK'nın zincirleme suça ilişkin 43. maddesinin 1. fıkrasında "aynı suçun" işlenmesinden bahsedilmiş ve bu terimden ne anlaşılması gerektiği yine aynı fıkrada açıklanmıştır. Buna göre, bir suçun temel şekli ile nitelikli unsurların eklenmesi suretiyle meydana getirilen nitelikli unsurlu şekli aynı suç sayılacaktır. Bu tanımın

[1195] Öğretide bir görüş, bu cezalandırma sistematiğinin bileşik suçun bütünlüğünü bozduğunu ileri sürer. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.357.
[1196] Tosun, "Müselsel Suçlar", s.148; Dönmezer/S.Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, s.342; N.Toroslu/H.Toroslu, **a.g.e.**, s.368.

kapsamına girmeyen suçlar ise farklı suçlar olarak değerlendirilmelidir[1197]. TCK m.43/1'deki bu ifadeden anlaşılması gereken, "aynı suç" teriminin anlamlandırılmasında suçun basit şeklinin yani temel suçun esas alınması gerektiğidir[1198]. Zira temel suç aynı kaldıkça ona eklenen nitelikli unsurların prensip olarak suçun adını, niteliğini ve suçla korunan hukuki değeri değiştirmesi mümkün değildir. Kanunda nitelikli unsurların suçun cezasını ağırlaştıran ya da hafifleten nitelikli unsurlar olması arasında bir fark yaratılmamıştır. Dolayısıyla kanuna göre, bir suçun temel şekli ile cezayı artıran ya da azaltan nitelikli unsurlu şekli "aynı suç" olduğu için bunların birbiriyle zincirleme suç ilişkisine girmesi mümkündür. Yani zincirin halkalarını oluşturan suçlardan birinin o suçun temel şekline, diğerinin cezayı artıran nitelikli unsurlu şekline, bir diğerinin ise cezayı azaltan nitelikli unsurlu şekline ait olması mümkündür.

Aynı hükümde yapılan düzenlemelerin aynı suça vücut vereceği gibi bir ön kabulde bulunulamayacaktır. Benzer şekilde farklı kanun hükümlerinde yapılan düzenlemelerin farklı suçları meydana getireceği ön kabulü de doğru olmayacaktır. Aynı suçun aynı kanunun farklı hükümlerinde hatta farklı kanunlarda düzenlenmesi de mümkündür. Bu itibarla, bir suçun temel şekli ile nitelikli unsurların eklenmesi suretiyle ortaya çıkan nitelikli unsurlu şekli farklı kanunlarda ya da aynı kanunun farklı maddelerinde düzenlenseler de aynı suç sayılarak zincirleme suç ilişkisine girebilir[1199]. Nitelikli unsurların temel suç ile aynı maddede, aynı fıkrada, aynı bölümde ya da farklı kanunda düzenlenip düzenlenmemesi önemli değildir. Örneğin hırsızlığın temel şekli TCK m.141'de, cezayı artıran nitelikli unsurları ise TCK m.142'de düzenlenmiştir. Bunlar esasen birbirleriyle özel-genel norm ilişkisine giren farklı ceza normlarıdır. Ancak bu ceza normlarının her ikisinin de kurucu unsurları ayniyet arz ettiğinden ve birbirlerinden sadece nitelikli unsur içerip içermemelerine göre ayrıldıklarından, her iki ceza normunun da aynı suçu düzenlediğinden söz edilecektir. Cezayı azaltan veya

[1197] Mahmut Koca, "Fikri İçtima", **CHD**, S.4, 2007, s.214. Özbek, 5237 sayılı TCK'daki "aynı suç" ifadesi ile "aynı suç tipi"nin kastedildiğini belirtmekte ve "aynı suç tipinin basit ve nitelikli halleri" içerebileceğini vurgulamaktadır. Bkz. Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, s.711.

[1198] Sancar/Köprülü, **a.g.e.**, s.475. Karş. Sancar, **Müteselsil Suç**, s.78-81.

[1199] Tosun, "Müselsel Suçlar", s.135; İçel, **Suçların İçtimaı**, s.128-129; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s.443; Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.385; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.344.

artıran nitelikli unsurlar temel suçun haksızlık içeriğinde önemli değişiklikler meydana getirir. Ancak bu değişiklikler suçun ayniyetini bozmaz.

Zincirleme suçu oluşturan fiillerden biri, o suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmişse, zincirleme suça ilişkin ceza artırımı, bu nitelikli unsura karşılık gelen özel ceza çerçevesine veya oransal ceza artırımına göre belirlenen ceza üzerinden yapılır[1200]. Örneğin zincirleme suç, bir suçun farklı tarihlerde bir defa temel şeklinin, bir defa cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklinin, bir defa ise cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklinin gerçekleştirilmesi suretiyle meydana getirilmişse durum böyledir. Sadece cezayı artıran nitelikli unsurlu suç esas alınarak belirlenecek ceza üzerinden zincirleme suç artırımı uygulanacaktır. Zincirleme suçu oluşturan fiillerden birinin, o suçun sadece cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklini gerçekleştirdiği hallerde ise, zincirleme suça ilişkin ceza artırımının temel suça ait ceza çerçevesine göre tayin edilen ceza üzerinden yapılması gerekir[1201]. Örneğin zincirleme suç, bir suçun farklı tarihlerde iki defa temel şeklinin bir defa ise cezayı azaltan nitelikli unsurlu şeklinin işlenmesi suretiyle meydana getirilmişse durum böyledir.

Farklı tarihlerde bir suçun temel şekli tüm unsurlarıyla gerçekleştirildikten sonra, cezayı artıran nitelikli unsurlu şekline girişilmiş, fakat bu suçun işlenmesi teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu durumda teşebbüs aşamasında kalan suçun da zincirleme suç ilişkisine dahil olacağı muhakkaktır. Öğreti ve Yargıtay'a göre, temel suçun tamamlandığı, cezayı artıran nitelikli unsurun ise teşebbüs aşamasında kaldığı zincirleme suçlarda, zincirin halkalarını oluşturan suçlardan her birine karşılık gelen cezanın ayrı ayrı hesaplanması ve bulunan sonuçlar birbirleriyle karşılaştırılarak hangi suç tipi failin daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasını sağlıyorsa, zincirleme suç artırımının o suç tipi üzerinden tatbiki gerekir. Bu itibarla verilen örnekte hâkim, tamamlanmış temel suç ile teşebbüs edilmiş cezayı artıran nitelikli unsurlu suç için

[1200] Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.346; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.570; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.672. Nitelikli unsurun oluşup oluşmadığı zincirin halkalarını oluşturan her bir fiil bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. Buna göre, örneğin zimmet suçunun zincirleme suç şeklinde işlendiği hallerde, cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil eden suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı, zincirin her bir halkasına karşılık gelen suça göre ayrı ayrı belirlenir. Yoksa zimmete geçirilen malların toplam değeri esas alınarak nitelikli unsurun mevcut olup olmadığı yönünde belirlemede bulunulamaz. Bkz. İçel, **Suçların İçtiması**, s.161.
[1201] Zafer, **a.g.e.**, s.619.

ayrı ayrı ceza tayininde bulunacak ve bu sonuçları birbiriyle karşılaştırarak ağır olan ceza üzerinden zincirleme suç artırımını uygulayacaktır[1202]. Teşebbüs aşamasında kalan cezayı artıran nitelikli unsurlu suç, tamamlanmış temel suça kıyasla daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, zincirleme suç artırımı teşebbüs edilen nitelikli unsurlu suç üzerinden yapılacaktır[1203].

Fail tarafından temel suçun müstakil olarak nitelikli unsurlu suçun ise iştirak halinde (veya tam tersi) gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu durumda da oluşan suçlar zincirleme suç kapsamında mütalaa edilecektir. Öte yandan, bir suçun temel şeklinin şikâyete bağlı olması, buna karşılık nitelikli unsurlu şeklinin ise re'sen takip edilmesi (veya tam tersi) mümkündür. Bu gibi hallerde takibi şikâyete bağlı olan suç için şikâyet şartı gerekliliği yerine getirilmediği müddetçe, bu suçun zincirleme suçun hesabında dikkate alınması mümkün olmaz[1204].

C. Özel Bir Fikri İçtima Hükmü Teşkil Eden Nitelikli Unsurlar

TCK'da kimi suç tiplerinde öngörülen cezayı artıran nitelikli unsur esasen özel bir aynı neviden fikri içtima hükmü teşkil etmektedir. Buna radyasyon yayma suçu (TCK m.172) örnek verilebilir[1205]. Bu suçun "*belirsiz sayıda kişilere karşı işlenmiş olması*" cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir (TCK m.172/2). Radyasyon yaymanın temel şekline karşılık olarak üç yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası, cezayı artıran nitelikli unsurlu şekline karşılık olarak ise beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Esasen böyle bir hüküm bulunmasaydı dahi radyasyon yayma suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi TCK'nın genel hükümler kitabında yer alan aynı neviden fikri içtima hükmü (TCK m.43/2) kapsamında değerlendirilecek ve faile suçun temel şekli üzerinden verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktı. TCK m.172/2 hükmü ile kanun koyucu cezayı artıran nitelikli unsur görünümünde özel bir aynı neviden fikri içtima hükmü ihdas etmiştir. Bu nedenle radyasyon yayma suçunun bir fiille birden fazla kişiye karşı

[1202] İçel, **Suçların İçtiması**, s.153; Zafer, **a.g.e.**, s.620; **Yarg. CGK**, T.21.05.2013, E.2012/1543, K.2013/257. Bkz. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 19.03.2021).
[1203] Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.579.
[1204] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, s.384; Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s.344.
[1205] Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.692; Koca, "Fikri İçtima", s.216-217.

işlendiği hallerde genel nitelikteki aynı neviden fikri içtima hükmü olan TCK m.43/2 uygulama bulmayacaktır. Fail sadece TCK m.172/2'de öngörülen özel ceza çerçevesi kapsamında cezalandırılacaktır. Bu özel ceza çerçevesi aralığında somutlaştırılan ceza üzerinden ayrıca TCK m.43'te öngörülen oransal artırımın yapılması mümkün değildir[1206].

Kimi suçlarda öngörülen cezayı artıran nitelikli unsur ise esasen özel bir farklı neviden fikri içtima hükmü teşkil etmektedir. Buna infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçu (TCK m.297) örnek verilebilir[1207]. Bu suçun konusunu temini ya da bulundurulması başlı başına suç teşkil eden bir eşyanın oluşturması halinde "*fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılır*" (TCK m.297/1 c.2). TCK m.297'de suçun konusunu oluşturan eşyalar tek tek sayılmıştır. Bu eşyalar arasında silah ve uyuşturucu madde de bulunmaktadır. İnfaz kurumuna veya tutukevine sokulmasa bile izinsiz silah ya da uyuşturucu madde bulundurma ayrı birer suç teşkil etmektedir (TCK m.174, 191). Bu nedenle bir silahın ya da uyuşturucu maddenin infaz kurumunda veya tutukevinde bulundurulması halinde, tek fiille birden fazla farklı suç işlenmektedir. TCK m.297/1 c.2 hükmü olmasaydı, TCK'nın genel hükümler kitabındaki farklı neviden fikri içtima hükmü (TCK m.44) devreye girecek ve fail sadece oluşan suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezası ile sorumlu tutulacaktı. Ancak kanun koyucu bahis konusu düzenleme ile cezayı artıran nitelikli unsur görünümünde özel bir farklı neviden fikri içtima hükmü ihdas etmiştir. Bu hükümle suçun (maddi) konusuna "temini ya da bulundurulması başlı başına suç teşkil eden eşya" olma hususiyeti katılmıştır. Kanun koyucu bu durumda suçun haksızlık içeriğinin muhakkak artacağını düşündüğünden, genel farklı neviden fikri içtima hükmünü yeterli görmemiştir. Bu nedenle yapı itibarıyla cezayı artıran nitelikli unsur görünüşünde olan özel bir farklı neviden fikri içtima hükmü ihdas etmiştir.

[1206] TCK m.172/2 hükmü ile gerçekleştirilen ceza artırımı, hali hazırda TCK m.43 hükmünün kullanılması suretiyle de sağlanabilirdi. Bu nedenle TCK m.172/2 hükmünün varlık sebebi, TCK m.43'ün yeteri kadar ceza artırımı yapmaya elverişli olmaması değildir. Kanun koyucu bu hükümle suçun belirsiz sayıda kişiye karşı işlenmiş olması ihtimalinin mevcudiyetini vurgulayarak, bu konuda hakimlerin dikkatini çekmek istemiştir.

[1207] Buna ayrıca yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu (TCK m.277) da örnek verilebilir. Maddenin ikinci fıkrasında göre "*Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır*".

SONUÇ

Temel suça eklenerek suçun haksızlık içeriğini değiştiren, eksiklikleri temel suçun oluşmasını engellemeyen, mevcudiyetleri ise suçun ayniyetine etki etmeyen, ancak temel suça karşılık gelen cezanın ağırlığında kaçınılmaz bir değişiklik meydana getiren, kanunda nihai suretle tasvir edilmiş suç unsurları nitelikli unsurlar biçiminde isimlendirilir. Bu ek unsurlar suçun haksızlık içeriğini artırıyorsa cezayı artıran nitelikli unsur hüviyetindedir. Tersine suçun haksızlık içeriğini hafifletiyorsa cezayı azaltan nitelikli unsur teşkil eder. Alman öğretisinde usule ilişkin nitelikli unsur biçiminde isimlendirilen durumlar ise teknik anlamda nitelikli unsur teşkil etmez. Zira bunlar temel suça ait ceza çerçevesinde herhangi bir değişiklik meydana getirmeksizin, yalnızca suçun takip şeklini değiştirmekle yetinir. Prensip olarak nitelikli unsurlar temel suçla korunan hukuki değerde bir değişiklik meydana getirmez ve ceza hukuku bunlara temel suçtan kopuk oldukları sürece önem atfetmez. Bunun istisnasını bileşik suça vücut veren nitelikli unsurlar oluşturur. Ancak bunlarda da suçun ayniyeti değişmez. Temel suçun adı aynı kalmaya devam eder.

Nitelikli unsurlar temel suç tiplerinin üzerine eklenerek geliştirilir. Tıpkı temel suça vücut veren kurucu unsurlar gibi, kanunda nihai suretle ve bağlayıcı bir şekilde tasvir edilir. Ancak kurucu unsurlardan farklı olarak bunlar prensip itibarıyla başlı başına suç olarak tanımlanabilecek bir haksızlık tasviri meydana getirmez. Kanunda nitelikli unsurlara yer verilmesinin başlıca sebebi somut olayda ortaya çıkan haksızlık içeriğinin temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi ile gereği gibi karşılanamıyor olmasıdır. Bu itibarla, cezayı azaltan nitelikli unsurun mevcudiyetinden söz edilebilmesi için, bu unsurun gerçekleşmesiyle temel suça karşılık gelen cezanın alt sınırında bir hafiflemenin meydana gelmesi şarttır. Temel suçun ceza çerçevesinin sadece üst sınırında hafiflemeye yol açması yeterli değildir. Benzer şekilde, cezayı artıran nitelikli unsurun da temel suça karşılık gelen cezanın üst sınırında bir artış meydana getirmesi aranır. Temel suçun ceza çerçevesinin sadece alt sınırında artışa yol açması yeterli değildir. Aksi halde, yalnızca temel suça ait ceza çerçevesini daraltma işlevi gören, hâkime yönelik bir cezanın belirlenmesi kuralının mevcudiyetinden söz edilir (örn. TCK m.103/1'de mağdurun on iki yaşını

tamamlamamış çocuk olması). Teknik anlamda bir nitelikli unsurun mevcudiyetinden söz edilemez.

Nitelikli unsur öngören suç tiplerinin temel suça kıyasla daha ağır ya da daha hafif haksızlık içeriğine sahip olması, bunların temel suça karşılık gelen ceza tehdidinden daha ağır ya da daha hafif bir ceza tehdidi ile karşılanmalarına meşruiyet tanır. Nitelikli unsurlar, suç unsuru hüviyetine sahip olmaları ve her suçta bulunmalarının zorunlu olmaması nedeniyle ceza kanunlarının özel hükümler kitabında yer alan suç tiplerinde belirli bir (veya bir grup) suçla sıkı sıkıya bağlantılı olacak şekilde düzenleme konusu yapılır. Bu itibarla kanımızca tüm suçlara etki eden genel nitelikli unsurların mevcudiyetinden bahsedilemez. Bu anlamda genel-özel nitelikli unsurlar şeklinde bir ayrım yapılamaz. Ancak TCK'nın özel hükümler kitabında yer alan kimi maddelerde (örn. TCK m.219/4, 266, 340) tüm suçlara etki edecek şekilde genel nitelikli unsur benzeri düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Tüm suçlara sirayet etme kabiliyetine sahip olan ceza artırımlarına genel hükümler kitabında yer verilmesi gerekir. Hem özel hükümler kitabında belirli bir suçla ilintili olduğu intibaı yaratacak biçimde düzenlenmiş olan hem de tüm suçlara etki edebilecek şekilde kaleme alınan ceza artırımları ne nitelikli unsurların yapısıyla ne de ceza kanununun sistematiği ile uyumludur.

Benzer şekilde, nitelikli unsurlar nihai ve bağlayıcı karaktere haiz olduklarından, takdiri nitelikli unsurların mevcudiyetinden de söz edilemez. Bu bağlayıcılığı bünyesinde taşımadığı için örneğin TCK m.150/2 ve 213/2 hükümleri teknik anlamda nitelikli unsur teşkil etmez. Cezayı artıran veya azaltan tüm nitelikli unsurlar bakımından kanunilik ilkesi geçerlidir. Bunların her biri dayanağını kanundan alır. Dolayısıyla kanuni-takdiri nitelikli unsurlar şeklinde bir ayrıma yer yoktur. Hâkimin temel suça karşılık gelen ceza çerçevesi içerisinde kalmak kaydıyla hükmü alt sınırdan veya üst sınırdan tesis etmesinin de takdiri cezayı azaltan veya artıran nitelikli unsur biçiminde isimlendirilmesi hatalı olacaktır.

Temel suçun tarif edildiği maddede ya da temel suçun peşi sıra gelen maddede veya belirli bir suç grubu ile ilintili olarak ayrı bir madde içerisinde ortak hüküm şeklinde nitelikli unsurlar öngörülecekse, suçta kanunilik ilkesinin gereği olarak bu

nitelikli unsurların açık, anlaşılır ve nihai bir biçimde kanun metninde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, kanun metninde tasvir edilmiş olan nitelikli unsurlar karşılığında öngörülen ceza çerçevesinin (veya oransal ceza artırımının/indiriminin) de cezada kanunilik ilkesi gereği açık, anlaşılır ve nihai bir biçimde ilgili kanun metninde saptanması şarttır.

Kurucu unsurlar fiilin cezalandırma eşiğini geçmesini temin ederken, nitelikli unsurlar ise bu türden fiillerin farklı değer kademelerinde gruplanmasını sağlar. Bir bileşenin kurucu unsur mu nitelikli unsur mu olduğunu anlamak için, o bileşene suç tipi içerisinde yüklenen işleve bakılması gerekir. Zira aynı olguya (örn. aleniyet) bir suç tipinde kurucu unsur başka bir suç tipinde ise nitelikli unsur işlevi yüklenmiş olabilir.

Nitelikli unsurlu düzenleme metodu, suçun en sık karşılaşılan ve haksızlık içeriğinde önemli ölçüde değişiklik meydana getiren varyasyonlarının suç tipleri vasıtasıyla tarif edilerek hukuk güvenliğinden ödün verilmeksin cezalandırılması düşüncesinin ürünüdür. Bu itibarla nitelikli unsur öngören suç tipleri, özel bir suç tipi türü olarak ya da bir kanun yapma tekniği olarak irdeleme konusu yapılabilir. Nitelikli unsurlar suça, cezaya ve dava zamanaşımına etki eder. Kanunda cezayı artıran nitelikli unsura karşılık gelen ceza artırım oranının alt sınırının gösterilmemesi, hâkimin takdirine göre cezada artırım yapmayabileceği anlamına gelmez. Kanımızca nitelikli unsur karşılığında oransal ceza artırımı öngörülen hallerde, bu artırımın alt ve üst sınırlarının ceza normunda açıkça gösterilmesi ya da bu sınırların nelerden ibaret olduğunu tayine imkân tanıyacak düzenlemelere genel hükümler kitabında yer verilmesi şarttır.

Yağma suçunun cezayı azaltan nitelikli unsuruna karşılık gelen TCK m.150/1 hükmünde öngörülen yaptırım tasviri ile nitelikli unsurlu suçların cezalandırılması bakımından benimsenen yaptırım sistematiğinin dışına çıkılmıştır. Olması gereken, yaptırımın ya alt ve üst sınırlı özel ceza çerçevesi ya da temel suça kıyasla alt ve üst sınırlı oransal ceza hafiflemesi içerecek şekilde belirlenmesidir.

Nitelikli unsur karşılığında temel suçun cezasında sabit bir oransal ceza artırımı/indirimi öngörülmesi sisteminin terk edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu

sistem eski çağlardan kalma sabit ceza sisteminin kalıntısı hüviyeti taşır. Nasıl ki temel suç karşılığında birkaç istisna dışında (örn. müebbet hapis cezası) sabit ceza öngörülmesi sistemi terk edilmişse, aynı kabulün nitelikli unsurlar bakımından da benimsenmesi gerekir. Aksi halde, hâkime nitelikli unsurun somut olayda ortaya çıkış şekline göre gösterdiği özellikleri dikkate alma imkânı tanınmaz. Kanımızca ideal olan, kanun koyucunun tüm nitelikli unsurlar bakımından temel suçtan ayrı alt ve üst sınırlı özel bir ceza çerçevesi tayinidir. Ancak bunun yapıl(a)madığı hallerde hiç olmazsa nitelikli unsura karşılık gelen oransal ceza artırımının/indiriminin kanunda alt ve üst sınırlı olacak şekilde belirlenmesi gerekir. Bu yolla, nitelikli unsurdan ileri gelen haksızlık içeriği değişikliğinin suça daha adil bir şekilde yansıtılması mümkün hale gelir.

Nitelikli unsurlar temel suça bağımlı kanuni sapmalardır. Kendine özgü suçlar (*delictum sui generis*) ise, temel suçtan bağımsızlaşmış olan kanuni sapmalardır. Bu nedenle, bunlar nitelikli unsur olma özelliği göstermezler. Benzer şekilde, takdiri indirim sebepleri, haksız tahrik, TCK m.37/2, 38/2, 38/3, etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler gibi cezaya etki eden haller de teknik anlamda nitelikli unsur teşkil etmez.

Nitelikli unsurlu düzenleme tekniğinin en önemli avantajı hukuki güvenliği teminat altına alması, hâkimin keyfiliğine ve kıyasa meydan vermemesidir. Bu düzenleme tekniğinin dezavantajı ise, suçun haksızlık içeriğinde meydana gelen, temel suça ait ceza çerçevesinin alt ve üst sınırları ile karşılanamayacak değişikliklerin, suç tiplerinde önceden eksiksiz bir belirlemede bulunulmasına imkân tanımayacak kadar çeşitli olmasıdır. Bunların tamamını suç tiplerine yansıtma çabası kazuistik düzenlemelere yol açabilir. Ayrıca, belirli bir hususiyetin suçun nitelikli unsuru olarak düzenlenmiş olması, ancak aynı ya da daha fazla haksızlık içeriğine sahip olan başka bir hususiyetin o suçun nitelikli unsuru olarak kategorize edilmiş olmaması mümkündür. Bu durum suçun kanuni haksızlık içeriği ile somut olayda ortaya çıkan gerçek haksızlık içeriği arasında fark oluşmasına yol açabilir. Ancak bu sonuç esasen kanunilik prensibinin temininin bedeli olarak görülmelidir. Nitelikli unsurlu düzenleme metodunda, kanunilik prensibine riayet edilebilmesi uğruna ortaya çıkabilecek cezalandırma boşlukları bilinçli olarak göze alınmaktadır.

Nitelikli unsurlu düzenleme tekniğine alternatif olarak kullanılabilecek çeşitli düzenleme metotları bulunmaktadır. Bunlar geniş ceza çerçeveli temel suçlar ihdası metodu, kanunda ismen zikredilmiş veya zikredilmemiş çok ağır/hafif haller düzenleme metodu ve kanunda tipik örnekler düzenleme metodu şeklinde sıralanabilir. Sayılan metotlardan son ikisi Alman CK'da öteden beri nitelikli unsurlu kanun yapma tekniğinin yukarıda ifade edilen sakıncalarını giderme iddiasıyla kullanılmaktadır. Türk ceza hukuku mevzuatında sistematik bir biçimde olmasa da kanunda ismen zikredilmemiş hafif hallere yer verildiği görülmektedir (örn. ETCK m.240, Askeri CK m.131/2).

Geniş ceza çerçeveli temel suçlarda değer grupları ihdası ve ceza çerçevesi bölünmesi mevcut değilken, diğer düzenleme tekniklerinde tıpkı nitelikli unsurlar öngören suç tiplerinde olduğu gibi değer grubu kademelendirmesi ve buna karşılık gelecek şekilde birden fazla ceza çerçevesi ihdası söz konusudur. Bu düzenleme teknikleri kanun koyucunun değer grupları içerisinde somutlaştırma yapıp yapmamasına göre, yapmışsa da bu somutlaştırmanın ölçüsüne göre birbirlerinden ayırt edilir. En yoğun değer grubu somutlaştırması nitelikli unsurlu düzenleme tekniğinde yapılır. İsmen zikredilmemiş çok ağır halli düzenleme tekniğinde ise kanun koyucuya ait bir değer grubu somutlaştırması bulunmaz. Tipik örnekli düzenleme tekniği bu ikisinin ortasında yer alır. Bu halde sadece asgari düzeyde bir değer grubu somutlaşması mevcuttur. Ancak bu somutlaştırma bağlayıcı değildir. Kanun koyucu tipik örneklere yalnızca işaret eden etki tanıyarak, çok ağır halin mevcut olup olmadığı hususundaki nihai kararı hâkime bırakmıştır. Değer grubu somutlaştırması arttıkça kanuni belirlilik artar, hâkime tanınan hareket serbestisinin derecesi azalır. Ne kadar fazla değer grubu somutlaştırması varsa, kanun koyucu o kadar fazla hususta bir ön karara varmış demektir. Hâkime düşen görev de kanun koyucunun ön kararlarının fazlalığı ölçüsünde azalır. Bu itibarla hâkimin hareket serbestisi, diğer bir ifadeyle iş yükü en az nitelikli unsurlu düzenleme tekniğinde, en fazla ise kanunda ismen zikredilmemiş çok ağır halli düzenleme tekniğinde mevcuttur.

Bu düzenleme teknikleri arasındaki temel fark birinin diğerine kıyasla ya somut olay adaletinin sağlanmasına ya da hukuki güvenliğin teminine daha fazla/az hizmet ediyor olmasından ileri gelir. Diğer bir söyleyişle sayılan düzenleme tekniklerinden

biri diğerine kıyasla ya hâkimin keyfiyetine ya da somut olayla orantılı olmayan cezalara hükmolunmasına daha açıktır. Geleneksel nitelikli unsurlu düzenleme tekniği, bunlar arasında hukuki güvenliği en fazla teminat altına alan kanun yapma metodudur. Tipik örnekli düzenleme tekniği ise, esnek olması nedeniyle somut olay adaletini sağlamaya daha yatkındır.

Nitelikli unsurlardan farklı olarak, çok ağır/hafif haller ile tipik örnekler teknik anlamda suç unsuru olmayıp yalnızca cezanın belirlenmesi kuralı hüviyetindedir. Zira bunlar nihai ve bağlayıcı hükümler değildir. Tipik örnekli düzenleme tekniğinde kanunda yalnızca ihtiyari örnekler sayılır. Bu örnekler cezanın tayininde hâkimin istifadesine sunulmuş yönlendirici talimatlar olma özelliği gösterir. Hem ismen zikredilmemiş çok ağır haller düzenleme metodu hem de tipik örnekler düzenleme metodu hâkimin atipik bir çok ağır halin mevcudiyetini kabulüne olanak tanır. Yani hâkim somut olayda gerçekleşen, ancak kanunda sayılmayan bir vakıaya dayanarak da çok ağır halin mevcudiyetine, dolayısıyla da failin temel suça kıyasla daha ağır olan ceza çerçevesinden sorumlu tutulmasına hükmedebilir. Kanımızca hâkimin böyle bir kabulde bulunmasına olanak tanınması bu düzenleme tekniklerinin meşruiyetini tartışmalı hale getirir. Zira bu durum kıyas yasağı ile dolayısıyla da kanunilik ilkesiyle bağdaşmaz. Kıyasa varan yoruma olanak tanıyan çok ağır halli ve tipik örnekli düzenleme metotları kanunilik ilkesinin hayata geçmesine imkân tanımaz. En temel ceza hukuku prensibi ile bağdaşmayan düzenleme metotlarının bu şekliyle kullanımından imtina edilmesi gerekir.

Kanun koyucu genellikle bir suçun işlenişi sırasında sıklıkla karşılaşılan hususiyetleri nitelikli unsur veya tipik örnek biçiminde tasvir eder. Bir hususiyetin belirli bir suçta tipik örnek biçiminde karakterize edilmesi, başka bir suçta ise aynı hususiyetin nitelikli unsur biçiminde düzenlenmesi (veya tam tersi) mümkündür. Bu vasıflandırmada hususiyetin maddi içeriği önem arz etmez. Bu itibarla olması gereken hukuk açısından ulaşılması hedeflenen seviye, bu kanun yapma tekniklerinin yararları korunarak birbirleriyle bağdaştırılmalarının sağlanmasıdır. Bu suretle nitelikli unsurlu ve tipik örnekli düzenleme tekniklerinin beraberinde getirdiği sakıncalardan kaçınılabilecek, bir yandan somut olay adaleti gereği gibi sağlanırken, öbür yandan da hukuki güvenlik teminat altına alınmaya devam edilecektir.

Alman CK'da bu kanun yapma tekniklerini birbirleriyle bağdaştırmaya yönelik bir örneğe yağma suçunun cezayı artıran nitelikli unsurlarının öngörüldüğü hükümde yer verilmiştir. Hükmün üçüncü fıkrasında genel bir kayıt şeklinde, birinci ve ikinci fıkralarda sayılan cezayı artıran nitelikli unsurların ve suçun haksızlık içeriğini hafifleten ancak kanunda ismen zikredilmiş olmayan bir hususiyetin birlikte gerçekleştiği halleri kapsayacak şekilde ayrı bir özel ceza çerçevesi belirlemesinde bulunulmuştur (Alman CK §250/3). Failin kanunda sayılan cezayı artıran nitelikli unsurlardan biri ile kanunda tasvir edilmiş olmayan ancak suçun haksızlık içeriğinde azalma meydana getiren bir hususiyeti birlikte gerçekleştirmesi halinde bu daha hafif olan ceza çerçevesi uygulama bulur. Bu suretle kanun koyucu hukuki güvenlikten taviz vermeden hâkimin failin kusuru ile orantılı olan, daha adil bir cezaya hükmetmesine olanak tanımaya çalışmaktadır.

TCK'da akrabalık ilişkisi kimi suçlarda cezayı artıran nitelikli unsur biçiminde, kimi suçlarda ise cezayı azaltan şahsi sebep biçiminde düzenlenmiştir. Fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi ceza artırımını gerektirdiğinde, nitelikli unsur şeklinde tasnif edilerek suç unsuru olduğunun ve suçun haksızlık içeriğine etki ettiğinin kabul edilmesi; buna karşılık bu ilişkinin ceza hafiflemesine yol açtığı hallerde, şahsi sebep biçiminde tasnif edilerek suç unsuru olmadığının ve suçun haksızlık içeriğine etki etmediğinin kabulü çelişkili gözükmektedir.

Nitelikli unsurun suç tiplerinde özel bir somut tehlike neticesi biçiminde düzenlenmesi de mümkündür. TCK'da bunun bir çok örneği bulunmaktadır (örn. TCK m.326/2). Bu türden suçlarda failin cezayı artıran nitelikli unsur olan özel somut tehlike neticesini meydana getirme kastı ile hareket etmesi gerekir. Taksirin mevcudiyeti yeterli olmayacaktır. Kanımızca, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve nitelikli unsurlar birbirinden ayrı ceza hukuku kurumlarıdır. Zira bir nitelikli unsurun taksirle gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Ancak somut olayda kast-kast kombinasyonuyla gerçekleştirilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların dahi taksirle işlenebilmesi daima olanak dahilindedir. Suçun temel şekline ait netice unsuruna hususiyet katılarak, ağırlaşmış bir zarar neticesinin meydana gelmesinin ceza artırımının dayanağını oluşturduğu ve kanunda bu ağırlaşmış neticenin taksirle de gerçekleştirilmesine hukuki sonuç bağlandığı hallerde bir cezayı artıran nitelikli

unsurun mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Bu itibarla TCK m.85/2 ve TCK m.89/2-4 hükümlerinin cezayı artıran nitelikli unsur olarak sınıflandırılamayacağı görüşündeyiz. Zira bu halde nitelikli unsurlardan daha spesifik olan bir kurumun mevcudiyetinden söz edilmesi gerekir. Bu düzenlemeler özel bir fikri içtima ya da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükmü hüviyeti taşır.

Cezayı azaltan nitelikli unsurun gerçekleştiğinin hatalı olarak varsayılması halinde, failin bu hatasından istifade edebilmesi için, gerçekleştiğini varsaydığı nitelikli unsurun işlediği suça ait olması şarttır. TCK m.30/2 hükmüne dayanılarak failin başka bir suça ait olan cezayı azaltan nitelikli unsurdan yararlandırılması kesinlikle mümkün olmaz.

Alman uygulamasına göre, bir cezayı azaltan nitelikli unsur objektif olarak gerçekleşmiş olsa dahi, failin kastının kapsamında değilse kural olarak fail lehine etki etmez. Kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretide Alman CK §16/2'nin mefhumu muhalifinden bu sonuca varılmaktadır. Dolayısıyla, düştüğü hata neticesinde cezayı azaltan nitelikli unsurun objektif mevcudiyetinden haberdar olmayan failin bundan istifade edebilmesi mümkün olmayacaktır. Failin suçun temel şeklinden sorumlu tutulması gerekir. TCK'ya göre ise böyle bir kabulde bulunulabilmesi mümkün değildir. Zira TCK failin objektif olarak gerçekleşmiş olan cezayı azaltan nitelikli unsurdan istifade edebilmesine (bunu bilse de bilmese de) daima izin verir (TCK m.30/2).

Alman CK'da failin bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurunun gerçekleştiğini hatalı olarak varsayması hali de açıkça düzenleme konusu yapılmamıştır. Öğretide bu durumda failin fikri içtima ilişkisi içerisinde suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şekline teşebbüsten ve temel suçu tamamlamaktan sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. TCK'nın nitelikli unsurlarda hataya ilişkin hükmüne göre ise, bu gibi bir durumda faili cezayı artıran nitelikli unsurlu suça teşebbüsten sorumlu tutmak mümkün değildir (TCK m.30/2). Fail ancak temel suçu tamamlamaktan sorumlu tutulabilecektir.

TCK m.30/2 hükmü yalnızca maddi nitelikli unsurlarda hatayı düzenler. Manevi nitelikli unsurlar bu hükmün kapsamına girmez. TCK'ya göre kural olarak hem cezayı

artıran hem de cezayı azaltan maddi nitelikli unsurlar kastın kapsamında yer alır. Ancak cezayı artıran maddi nitelikli unsurların faile yüklenebilmesi için kastının kapsamında bulunması daima şart iken, cezayı azaltan maddi nitelikli unsurlardan failin istifade edebilmesi için bu nitelikli unsurların daima kastının kapsamında olması şart değildir. Zira TCK m.30/2 hükmüne göre hata halinde cezayı azaltan nitelikli unsurların objektif mevcudiyeti yeterlidir. Düştüğü hata neticesinde fail cezayı azaltan nitelikli unsurun objektif mevcudiyetini bilmese de bundan yararlanacaktır. Ayrıca TCK m.30/2 hükmü sadece nitelikli unsurlara ilişkin olduğundan, bu hükmün örneğin failin cezayı azaltan şahsi sebeplerin mevcudiyeti hususunda düştüğü hata halinde uygulama bulması mümkün olmaz.

Temel suça ait unsurların icrasına başlandıktan sonra cezayı artıran nitelikli unsura girişilmesinin, nitelikli unsurlu suça teşebbüsü tesis edeceği hususunda tereddüt bulunmaz. Ancak temel suça ait unsurların icrasına girişilmeksizin, doğrudan doğruya cezayı artıran nitelikli unsurun icrasına başlanması, nitelikli unsurlu suça teşebbüsü tesis etmez. Failin önce cezayı artıran nitelikli unsurun icrasına başladığı hallerde, nitelikli unsurlu suça teşebbüsten söz edilebilmesi için, bu hareketin aynı zamanda temel suça doğrudan doğruya girişme teşkil etmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, nitelikli unsura girişme veya nitelikli unsuru gerçekleştirme hareketini zamansal bir aralık olmaksızın temel suça girişme hareketinin izlemesi şarttır. Nitelikli unsurlar daima temel suçun üzerine eklenerek geliştirildikleri yani kökenini temel suçtan aldıkları için, temel suça girişilmeksizin salt cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirme suretiyle nitelikli unsurlu suça teşebbüsün mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir. Nitelikli unsurların suça hazırlık-teşebbüs aşaması ayrımına etki etme, teşebbüsün başlangıcını öne çekme kabiliyeti bulunmamaktadır. Temel suça girişilmeksizin gerçekleştirilen cezayı artıran nitelikli unsur, ancak ilgili nitelikli unsurlu suçun hazırlık hareketi olabilir. İstisnai olarak başlı başına müstakil bir suç teşkil ediyorsa cezalandırılabilir.

Failin belirli bir suçun temel şeklinin teşebbüs aşamasına erişmesinden başlayıp tamamlanmasına kadar geçen süreçte, cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirmeye girişmesinin ardından, gönüllü olarak bundan dönmesi ve sadece temel suç tipini gerçekleştirmekle yetinmesi kısmi gönüllü vazgeçme teşkil eder. Bu durumda fail

sadece temel suça teşebbüsten veya temel suçu tamamlamaktan sorumlu tutulur. Kısmi gönüllü vazgeçme anında hali hazırda hem temel suça hem de cezayı artıran nitelikli unsura girişilmiş olması şarttır. Ancak cezayı artıran nitelikli unsurun tamamlanmış (gerçekleştirilmiş) olduğu hallerde, kısmi gönüllü vazgeçmeden söz edilemeyecektir. Benzer şekilde, temel suça hazırlık aşamasında ya da temel suç tamamlandıktan sonra girişilen nitelikli unsurdan vazgeçilmesi de kısmi gönüllü vazgeçme hüviyeti taşımaz.

Bir kimsenin suça katılımından önce gerçekleştirilmiş olan cezayı artıran nitelikli unsurdan müşterek fail olarak sorumlu tutulması mümkün olmaz. Suça sonradan katılan kimsenin, bu nitelikli unsurun gerçekleştirilmiş olduğunu bilmesi ve buna muvafakat etmesi durumu değiştirmez. Öte yandan, hali hazırda bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini işlemeye kesin suretle karar vermiş olan faili, bu suçun sadece temel şeklini gerçekleştirmekle yetinmeye sevk eden kişi, suça azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılamaz. Aksi kabul, faili karar verdiğinden daha azını gerçekleştirmeye sevk eden kişinin, böyle bir çaba içerisine girmeyen kişiye kıyasla durumunun kötüleştirilmesi sonucuna yol açar.

Hali hazırda bir suçun temel şeklini işlemeye kesin suretle karar vermiş olan faili, bu suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu da gerçekleştirmeye sevk eden kişi, benimsenen teoriye göre cezayı artıran nitelikli unsurlu suça azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılır. Kanımızca bu durumda esasen, faile ek olarak sadece cezayı artıran nitelikli unsuru gerçekleştirme kararı aldırılmaktadır. Failin kendi kendine aldığı temel suçu gerçekleştirme kararı ise mevcudiyetini korumaktadır. Yani bu halde faili mevcut suç işleme kararından döndürme ve ayrı bir suç işleme kararı aldırma söz konusu değildir. Bu itibarla kişinin suçun bütününe azmettiren olarak görülmesi, kendi sevk etme hareketinden ileri gelmeyen bir suç parçasından da sorumlu tutulması anlamına geleceğinden adaletsiz olacak ve kusur prensibi ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle faili suçun cezayı artıran nitelikli unsurunu da gerçekleştirmeye sevk eden kişi, ancak cezayı artıran nitelikli unsurlu suça yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte, istisnai olarak cezayı artıran nitelikli unsur müstakil bir suç teşkil ediyorsa, bu suça azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkündür.

TCK'ya göre iştirak halinde işlenen suçlarda nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesi, fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmaksızın, bağlılık kuralına göre çözümlenecektir. Ancak özellikle şahsi nitelikli unsurların bağlılık kuralına göre sirayet ettirilmesi çeşitli adaletsizliklere yol açmaktadır. Alman CK'da da nitelikli unsurların sirayeti meselesinin çözümünde prensip olarak bağlılık kuralı benimsenmiş, ancak şahsi nitelikli unsurların sirayeti bu kuralın dışında tutulmuş ve özel bir hükümle (Alman CK §28/2) düzenlenmiştir. Bu özel hüküm şahsi nitelikli unsurların hangi suç ortağının (fail veya şerik) şahsında mevcutsa sadece ona etki etmesini sağlamaktadır. Yani failin şahsında gerçekleşen nitelikli unsurdan, şerik sırf bunu biliyor diye etkilenmeyecektir. Benzer şekilde, şerikin şahsında gerçekleşen nitelikli unsur, sırf failin şahsında mevcut değil diye şerike uygulanmaktan imtina edilemeyecektir. Bu suretle şerik, failden farklı bir suç tipi (örn. temel suç yerine nitelikli unsurlu suç) üzerinden mahkûm edilebilmekte, şerikin cezası failden bağımsız olarak belirlenebilmektedir.

Nitelikli unsurların suç ortakları arasında sirayeti meselesinin çözümünde adil bir sonuca ulaşılabilmesi kanaatimizce fiili-şahsi nitelikli unsur ayrımı yapılmasına ve şahsi nitelikli unsurların suç ortaklarından birinden diğerine sirayet etmemesine, sadece şahsında bulunduğu suç ortağının cezai sorumluluğuna etki etmesine bağlıdır. Buna karşılık, cezayı azaltan fiili nitelikli unsurların objektif mevcudiyetinden tüm suç ortaklarını yararlandırmak gerekir. Cezayı artıran fiili nitelikli unsurlar ise bağlılık kuralı çerçevesinde sirayet etmelidir.

Nitelikli unsurlar öngören suç tipi-temel suç tipi arasındaki ilişki, bir görünüşte içtima prensibi olan özel-genel norm ilişkisinin en sık karşılaşılan görünüm şeklini oluşturur. Özel norm hüviyetindeki nitelikli unsurlar öngören suç tipi, genel norm hüviyetindeki temel suç tipinin tüm unsurlarını terimsel olarak zorunlu bir şekilde bünyesinde barındırır. Ayrıca onu özel norm haline getiren nitelikli (ek) unsurları içerir. Bir suçun cezayı azaltan nitelikli unsurlar içeren suç tipi de temel suç tipine kıyasla özel norm hüviyetindedir. Bu ilişkinin yapısı gereği genel norm cezanın tayininde dikkate alınmaz. Bu itibarla, failin şikâyet şartı eksikliği, dava zamanaşımı süresinin dolması, af ya da şahsi cezasızlık sebebinin mevcudiyetinden ötürü özel norm hüviyetindeki cezayı azaltan nitelikli unsur öngören suç tipi üzerinden

cezalandırılması mümkün olmazsa, fail temel suç tipi çerçevesinde de cezalandırılamayacağı için cezasız kalacaktır. Zira somut olayın oluş şekli cezayı azaltan nitelikli unsur içeren özel norma tekabül ediyorsa, genel normun uygulanabilirlik kabiliyeti bütünüyle ortadan kalkar.

TCK m.42'de bileşik suçun bir oluşum şeklini anlatmak üzere kullanılan "ağırlaştırıcı nedenini" ifadesinin doğru terminolojiye karşılık gelecek şekilde "cezayı artıran nitelikli unsurunu" biçiminde değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Başlı başına suç teşkil eden bir olgu, başka bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak düzenlenebilir. Bu şekilde nitelikli unsurun müstakil bir suça vücut verdiği hallerde, cezayı artıran nitelikli unsur öngören suç tipi bileşik suç içereceğinden, bu ilişki diğer bir görünüşte içtima prensibi olan tüketen-tüketilen norm ilişkisi kapsamında da ele alınabilir. Benzer şekilde, bir suçun nitelikli unsurlar öngören suç tipine başka bir suçun olağan ve tipik bir şekilde eşlik ettiği hallerde de bu suçlar arasında tüketen-tüketilen norm ilişkisinin mevcudiyetinden söz edilir. Öte yandan, TCK'nın özel hükümler kitabında cezayı artıran nitelikli unsur görünümünde olan özel aynı neviden fikri içtima (TCK m.172/2) ve farklı neviden fikri içtima (TCK m.297/1 c.2) hükümleri de bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Akbulut, Berrin: "Bağlılık Kuralı", **GÜHFD**, C.XIV, S.1, 2010, s.167-214.

Alacakaptan, Uğur: **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

Alan, Necmettin: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.

Ambos, Kai: "Vorgerücktenklausur Strafrecht: Das fehlgeschlagene Attentat", **JURA**, 2004, s.492-501.

Ambrož, Matjaž: "Normativizm ve Suçun Yapısına Etkisi", Çev.: Selman Dursun, **İÜHFM**, C.LXX, S.1, 2012, s.359-361.

Amelung, Knut/ Boch, Gerhard: "Hausarbeitsanalyse – Strafrecht: Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger", **JuS**, 2000, s.261-267.

Artuk, Mehmet Emin: **Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları) I**, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1983.

Artuk, Mehmet Emin: "Suçun Özel Görünüş Şekilleri", **Ceza Hukuku El Kitabı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1989, s.242-259.

Artuk, Mehmet Emin/ Çınar, Ali Rıza: "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.37-84.

Artuk, M. Emin/ Gökcen, Ahmet/ Alşahin, M. Emin/ Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Artuk, M. Emin/ Gökcen, Ahmet/ Alşahin, M. Emin/ Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 19. Bs., 2021.

Arzt, Günther: "Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen", **JuS**, 1972, s.385-390.

Aydın, Devrim: **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

Bartsch, Tillmann/ Böhme, Toni/ Brettel, Hauke: "Referendarexamensklausur: Die Wahrheit liegt (nicht nur) auf dem Platz", **ZJS**, 2015, s.417-430.

Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Aufl., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003.

Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang/ Eisele, Jörg: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Aufl., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2021.

Baur, Alexander: "Tatbestandstypenlehre und ihre Bedeutung für die Fallbearbeitung – Teil 2", **ZJS**, 2017, s.655-666.

Bayraktar, Köksal: "Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.21-35.

Beccaria, Cesare: **Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi**, Çev.: Dr. Muhiddin Göklü, 3. Bs., İnkılap ve Aka Kitabevleri, İstanbul, 1964.

Beer, Stephanie: "§§28 Abs. 1 und 2 StGB in Zusammenhang mit der Teilnahme am Mord", **ZJS**, 2017, s.536-543.

Bekar, Elif: **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Beling, Ernst: "Die Lehre vom Tatbestand", **Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, dargebracht**, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, s.1-23.

Beling, Ernst: **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1906.

Bengü, Cemil Halit: **Ceza Hukukunda Hata**, Ankara, Sakarya Basımevi, 1948.

Bentham, Jeremy: **Yasamanın İlkeleri**, Çev.: Barkın Asal, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Blaue, Annabell: "Der Teilrücktritt vom qualifizierten Delikt: Nichts Halbes und nichts Ganzes?", **ZJS**, 2015, s.580-586.

Bockelmann, Paul: "Der Diebstahl aus Fahrzeugen", **JZ**, 1951, s.296-298.

Bosch, Nikolaus: "Unmittelbares Ansetzen zum Versuch", **JURA**, 2011, s.909-916.

Bostancı Bozbayındır, Gülşah: **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.

Burchard, Christoph/ Engelhart, Marc: "Eine Bärenjagd auf Abwegen", **JA**, 2009, s.271-279.

Bülte, Jens/ Härtl, Sophie: "Bandendiebstahl und Betrug", **JA**, 2016, s.345-355.

Centel, Nur: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002.

Centel, Nur/Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C.I**, 5. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.

Cihan, Erol: **Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.

Cihan, Erol: "Demokratik Bir Toplumda Suç Siyaseti Kavramı", **Ceza Hukuku El Kitabı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1989, s.525-536.

Çınar, Ali Rıza: **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

Değirmenci, Olgun: "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", **TBB Dergisi**, S.110, 2014, s.129-188.

Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Demirbaş, Timur: **Haksız Tahrik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Demirtaş, Soner: "Alman Ceza Kanunu'nda Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi: Kanunilik İlkesi Açısından Bir Değerlendirme", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.49, Ocak 2022, s.425-453.

Demirtaş, Soner: "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXV, S.3, 2021, s.379-427.

Demirel, Muhammet: **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Dippel, Karlhans: "Anmerkung zu BGH Urt. v. 29.09.1993 – 2 StR 336/93", **NStZ**, 1994, s.182-183.

Doğan, Koray: **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Dönmezer, Sulhi: **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001.

Dönmezer, Sulhi: **Cezai Mesuliyetin Esası**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I**, 14. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, 12. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999.

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.III**, 12. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.

Dreher, Eduard: "Die erschwerenden Umstände im Strafrecht", **ZStW**, 1965, s.220-239.

Dülger, Murat Volkan: "5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları ve Türleri-Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, S.5, 2005, s.65-111.

Dzatkowski, Benjamin /Wolter, Josephin: "Heiße Ware", **JA**, 2017, s.190-198.

Eisele, Jörg: **Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

Eisele, Jörg: **Strafrecht Besonderer Teil I**, 5. Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2019.

Eisele, Jörg: **Strafrecht Besonderer Teil II**, 5. Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2019.

Eisele, Jörg: "Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", **JuS**, 2017, s.175-177.

Eisele, Jörg/ Heinrich Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2017.

Ekici Şahin, Meral: "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", **AÜHFD**, 64 (3), 2015, s.637-686.

Engländer, Armin: "Praxiskommentar zu BGH, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 StR 43/16", **NStZ**, 2017, s.87-88.

Erdem, Mustafa Ruhan: "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar", **Uğur Alacakaptan'a Armağan C.I**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.257-262.

Erdoğmuş, Belgin: **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004.

Erem, Faruk: "Teammüd", **AÜHFD**, C.37, S.1, 1980, s.15-31.

Erem, Faruk: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I**, 12. Bs., Ankara, Seçkin Kitabevi, 1984.

Erem, Faruk: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II**, 12. Bs., Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985.

Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.

Erman, Ragıp Barış: "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

Erman, Sahir: **Askeri Ceza Hukuku**, 7. Bs., İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1983.

Erman, Sahir: **Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım**, İstanbul, 1976.

Erman, Sahir: "Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler", **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s.61-70.

Ersoy, Yüksel: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2002.

Eser, Albin/ Bosch, Nikolaus: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019.

Evik, Vesile Sonay: "Suça Etki Eden Nedenler", **MÜHFD**, 2007, S.2, s.119-133.

Evik, Vesile Sonay: "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", **YÜHFD**, C.IX, S.2, 2012, s.287-299.

Evik, Vesile Sonay: **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Exner, Thomas: "Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre", **ZJS**, 2009, s.516-527.

Feyzioğlu, Metin: **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, İstanbul, Islık Yayınları, 2015.

Fischer, Thomas: **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 64. Aufl., München, C.H.Beck, 2017.

Freund, Georg/ Rostalski, Frauke: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Berlin Heidelberg, Springer, 2019.

Frisch, Wolfgang: "Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları", Çev.: Hakan Hakeri, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.93-141.

Frister, Helmut: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., München, C.H. Beck, 2020.

Gaede, Karsten: **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2020.

Gallas, Wilhelm: "Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları Suç Kavramı Üzerine Düşünceler", Çev.: İzzet Özgenç, **SÜHFD**, C.4, S.1-2, 1994, s.305-327.

Geppert, Klaus: "Die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB) und die Mordmerkmale", **JURA**, 2008, s.34-40.

Geppert, Klaus: "Die Anstiftung (§26 StGB)", **JURA**, 1997, s.299-305.

Geppert, Klaus: "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)", **JURA**, 1982, s.418-429.

Gerhold, Sönke: "Akzessorietätseinschränkungen und -durchbrechungen nach den §§28, 29 StGB in Klausur und Praxis", **JA**, 2019, s.81-85.

Gökcen, Ahmet/ Balcı, Murat: **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Gökcen, Ahmet: **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989.

Göktürk, Neslihan: **Fikri İçtima (Suçların İçtiması)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Göktürk, Neslihan: **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Gössel, Karl Heinz: "Anmerkung zu Beschl. des BGH vom 01.09.2004 – 2 StR 313/04", **JR**, 2005, s.159-161.

Gössel, Karl Heinz: "Über die sog. Regelbeispielstechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung", **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999**, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, s.183-205.

Graul, Eva: "Versuch eines Regelbeispiels", **JuS**, 1999, s.852-857.

Gropp, Walter: "Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele", **JuS**, 1999, s.1041-1051.

Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2015.

Gropp, Walter/ Sinn, Arndt: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Berlin, Springer-Verlag, 2020.

Güngör, Devrim: **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Hafızoğulları, Zeki: "Cezanın Tayin Edilmesi", **Ceza Hukuku El Kitabı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1989, s.473-484.

Hafızoğulları, Zeki: **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, 2. Bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 1996.

Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2019.

Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

Hakeri, Hakan: **Kasten Öldürme Suçları TCK m.81, 82, 83**, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

Hakeri, Hakan: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", **CHD**, S.1, 2006, s.75-109.

Hecker, Bernd: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019.

Hecker, Bernd: "BGH, NStZ 2012, 85: Tötung auf Verlangen", **JuS**, 2012, s.365-366.

Heger, Martin/ Petzsche, Anneke: **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2020.

Heine, Günter/ Weißer, Bettina: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019.

Heinrich, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Ed.: Yener Ünver, Çev.: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan

Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

Heinrich, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, Ed.: Yener Ünver, Çev.: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Ramazan Barış Atladı, Erdal Yerdelen, İlker Tepe, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Heinrich, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Tübingen, Verlag W. Kohlhammer, 2019.

Heinrich, Julia: **Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen**, Berlin, Duncker & Humblot, 2016.

Henn, Arne: "Der subjektive Tatbestand der Straftat - Teil 2: Überblick über die Irrtumskonstellationen", **JA**, 2008, s.854-858.

Herzberg, Rolf D.: "Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale", **GA**, 1991, s.145-184.

Hettinger, Michael: "Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände - eine Einführung", **JuS**, 1989, s.L41-L44.

Hillenkamp, Thomas: **40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil**, 12. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2013.

Hillenkamp, Thomas/ Cornelius, Kai: **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2017.

Hoyer, Andreas: "Zur Akzessorietät der Teilnahme bei überschießenden Innentendenzen", **GA**, 2012, s.123-133.

Huber, Michael: "Versuchter besonders schwerer Fall des Diebstahls?", **JuS**, 2016, s.597-599.

Işıktaç, Yasemin: **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

İçel, Kayıhan: "Ceza Hukukunda Özel-Genel Norm İlişkisinin Hukuksal Niteliğine ve Özelliklerine Uymayan Uygulamalar", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.89, S.5, 2015, s.15-29.

İçel, Kayıhan: **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967.

İçel, Kayıhan: **Suçların İçtimaı**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972.

İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl: **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap**, 5. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006.

İçel, Kayıhan/Evik, A. Hakan: **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, 4. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007.

İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih S./ Ünver, Yener: **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.

İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih S./ Ünver, Yener: **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.

İskender, Salih Zeki: "Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi", **YD**, C.37, S.3, 2011, s.5-24.

Jakobs, Günther: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Aufl., Berlin, Walter De Gruyter, 1993.

Jescheck, Hans -Heinrich: **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Çev.: Feridun Yenisey, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007.

Jescheck, Hans -Heinrich: "1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Çev.: Adem Sözüer, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.25-38.

Jescheck, Hans -Heinrich/Weigend, Thomas: **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

Joecks, Wolfgang/ Jäger, Christian: **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 13. Aufl., München, C.H.Beck, 2021.

Kangal, Zeynel T: **Askeri Ceza Hukuku**, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

Kangal, Zeynel T: "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S.85-86, 2011, s.38-60.

Kantar, Baha: **Ceza Hukuku Kısım I**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı 23, 1937(?).

Karakehya, Hakan: **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010.

Karakehya, Hakan: "Netice Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda, Ağırlaşan Neticenin Muhtemel Olmasının Cezai Sorumluluğa Etkisi", **CHD**, S.9, 2009, s.155-167.

Kargl, Walter: "Zum Grundtatbestand der Tötungsdelikte", **JZ**, 2003, s.1141-1149.

Kaspar, Johannes: "Fortgeschrittenenklausur – Strafrecht: Beleidigung und Körperverletzung auf dem Fußballplatz", **JuS**, 2004, s.409-414.

Kaspar, Johannes/ Broichmann, Cornelius: "Grundprobleme der Tötungsdelikte – Teil 1", **ZJS**, 2013, s.249-256.

Katoğlu, Tuğrul: **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Kaymaz, Seydi: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", **GÜHFD**, C.XVI, S.2, 2012, s.117-167.

Keçelioğlu, Elvan: **Taksirli Suçun Dogmatiği**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

Kett-Straub, Gabriele: "Übungsblätter Studenten Examinatorium Hausarbeit Strafrecht Zerplatzte Jugendträume", **JA**, 2012, s.831-838.

Keyman, Selahattin: "Tipiklik ve Ceza Hukuku", **AÜHFD**, C.37, S.1-4, 1980, s.59-105.

Kıygı, Osman Nazim: **Wörterbuch Recht und Wirtschaft Teil II Deutsch-Türkisch**, 2. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2013.

Kindhäuser, Urs/ Zimmermann, Till: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2020.

Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay: **Özgü Suç**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Klug, Ulrich: "Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz", **ZStW**, 1956, s.399-416.

Knobloch, Nils: "Examensrelevante Irrtümer im Strafrecht-Eine systematische Darstellung", **JuS**, 2010, s.864-868.

Koca, Mahmut: "Türk Ceza Hukukunda Hata", **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları**

Sempozyumu, Ed.: Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.81-103.

Koca, Mahmut: "Fikri İçtima", **CHD**, S.4, 2007, s.197-217.

Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Koch, Arnd/ Wirth, Katrin: "Grundfälle zur Anstiftung", **JuS**, 2010, s.203-209.

Kraatz, Erik: "Die Systematik der Tötungsdelikte und ihre Auswirkungen auf die Akzessorietät der Teilnahme (§28 StGB)", **JURA**, 2006, s.613-621.

Krey, Volker/ Esser, Robert: **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2022.

Kudlich, Hans: "Die Abstiftung", **JuS**, 2005, s.592-595.

Kudlich, Hans: "Angefangen vielleicht ja – aber womit?", **JA**, 2017, s.152-154.

Kudlich, Hans: "Mordmerkmale und Beteiligung mehrerer an Tötungsdelikten", **JA**, 2008, s.310-313.

Kudlich, Hans: "Wir haben doch noch gar nicht angefangen …", **JA**, 2015, s.152-155.

Kunter, Nurullah: "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", **İÜHFM**, C.13, S.1, 1974, s.65-94.

Kunter, Nurullah: **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.

Kunter, Nurullah: **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.

Kühl, Kristian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2017.

Kühl, Kristian: "Die Beendigung des vollendeten Delikts", **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001**, 2001, s.665-687.

Kühl, Kristian/ Heger, Martin: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2018.

Küper, Wilfried: "§16 II StGB: eine Irrtumsregelung „im Schatten" der allgemeinen Strafrechtslehre", **JURA**, 2007, s.260-266.

Küper, Wilfried: "Besondere persönliche Merkmale und spezielle Schuldmerkmale", **ZStW**, 1992, s.559-590.

Küper, Wilfried: "Der Rücktritt vom „erfolgsqualifizierten Versuch"", **JZ**, 1997, s.229-234.

Küper, Wilfried: "Im Dickicht der Beteiligung an Mord und Totschlag", **JZ**, 2006, s.1157-1167.

Küpper, Georg: "Die „Sperrwirkung" strafrechtlicher Tatbestände", **Gedächtnisschrift für Dieter Meurer**, 2002, s.123-135.

Langer, Winrich: "Ein Streit unter Nachbarn", **JURA**, 2003, s.135-139.

Laubenthal, Klaus: "Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen", **JZ**, 1987, s.1065-1070.

Lilie, Hans/ Albrecht, Dietlinde: **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 12. Aufl., Berlin, De Gruyter Recht, 2007.

Mädler, Jan: **Zur Dogmatik der Binnengliederung von Deliktsgruppen**, Berlin, Duncker & Humblot, 2018.

Mahmutoğlu, Fatih Selami: "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", **İÜHFM**, C.LXIII, S.1-2, 2005, s.57-112.

Mahmutoğlu, Fatih Selami: "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, 2004, s.357-378.

Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

Maiwald, Manfred: "Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele", **Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1973, s.137-162.

Maurach, Reinhart/ Zipf, Heinz: **Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1**, 8. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller Juristischer Verlag, 1992.

Maurach, Reinhart/ Gössel, Karl Heinz/ Zipf, Heinz/Dölling, Dieter/Laue, Christian/ Renzikowski, Joachim: **Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2**, 8. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller Verlag, 2014.

Meraklı, Serkan: "TCK m.89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2019, s.317-352.

Metin, Sevtap/ Heper, Altan: **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 3. Bs., İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015.

Mitsch, Wolfgang: "Der Rücktritt vom Versuch des qualifizierten Delikts", **JA**, 2014, s.268-273.

Montenbruck, Axel: "Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle", **NStZ**, 1987, s.311-314.

Montesquieu: **Kanunların Ruhu Üzerine, C.I**, Çev.: Fehmi Baldaş, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998.

Montesquieu: **Kanunların Ruhu Üzerine, C.II**, Çev.: Fehmi Baldaş, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998.

Morawski, Slawomir: **Systeme der Ein- und Abstufung der Tatschwere im Strafrecht**, Berlin, Duncker & Humblot, 2011.

Murmann, Uwe: **Grundkurs Strafrecht**, 6. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2021.

Murmann, Uwe: "Suça Sonradan İştirakin Koşulları Hakkında", Çev.: H.Sefa Eryıldız, **CHD**, S.30, 2016, s.229-244.

Nestler, Nina/ Lehner, Stefan: "Was ist so besonders an Sonderdelikten?", **JURA**, 2017, s.403-412.

Niehaus, Holger: "Konkurrenzen in der strafrechtlichen Fallbearbeitung", **AL**, 2014, s.151-157.

Noyan, Erdal: **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adil Yayınevi, 2004.

Odyakmaz, Nevzad A.: **Ceza Hukuku Ceza Davaları ve Yargılama Hukuku**, 4. Bs., İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999.

Otto, Harro: "Besondere persönliche Merkmale im Sinne des §28 StGB", **JURA**, 2004, s.469-474.

Otto, Harro: "Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten – Teil 1", **JZ**, 1985, s.21-28.

Ozansü, Mehmet Cemil: **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

Ozansü, Mehmet Cemil: "Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı", **Suç Politikası**, Ed.: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.385-402.

Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1992.

Önder, Ayhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bs., İstanbul, 1994.

Özbek, Veli Özer: "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", **CHD**, S.4, 2007, s.223-246.

Özbek, Veli Özer: **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı C.1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, 4. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Özbek, Veli Özer: "Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)", **CHD**, S.7, 2008, s.83-99.

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 16. Bs., 2021.

Özen, Muharrem: **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.

Özen, Mustafa: **Ceza Hukukunda Taksir**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Özgenç, İzzet: "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)", **SÜHFD**, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, C.5, S.1-2, 1996, s.443-454.

Özgenç, İzzet: "Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.55-69.

Özgenç, İzzet: **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı C.I**, 27. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, 3. Bs., Ankara, Adalet Bakanlığı, 2006.

Özgenç, İzzet/ Şahin, Cumhur: **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

Özkan, Halid: **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Öztürk, Bahri: "Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, 2004, s.319-326.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/ Özbek, Veli Özer: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 5. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

Preuß, Tamina: "Ein folgenschwerer Gegenschlag", **JURA**, 2019, s.660-675.

Puppe, Ingeborg: "Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung", **ZStW**, 2008, s.504-525.

Puppe, Ingeborg: **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1**, 5. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.

Puppe, Ingeborg: **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2019.

Puppe, Ingeborg: "Was ist Gesetzeskonkurrenz?", **JuS**, 2016, s.961-966.

Putzke, Holm: "Der strafbare Versuch", **JuS**, 2009, s.985-990, s.1083-1087.

Radbruch, Gustav: "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk", Çev.: Sevtap Metin/Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 3. Bs., İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015, s.74-101.

Radtke, Henning: "Besondere persönliche Merkmale gem. §28 StGB", **JuS**, 2018, s.641-647.

Rath, Jürgen: "Grundfälle zum Unrecht des Versuchs", **JuS**, 1999, s.140-145.

Rengier, Rudolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019.

Rengier, Rudolf: **Strafrecht Besonderer Teil I**, 21. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019.

Rengier, Rudolf: **Strafrecht Besonderer Teil II**, 20. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019.

Roxin, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, München, Verlag C.H.Beck, 2003.

Roxin, Claus: "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", **JuS**, 1979, s.1-13.

Roxin, Claus/Greco, Luis: **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 5. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2020.

Rönnau, Thomas: "Grundwissen – Strafrecht: Bandendelikte", **JuS**, 2013, s.594-597.

Sancar, Türkan Yalçın: **Çok Failli Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1998.

Sancar, Türkan Yalçın: **Müteselsil Suç**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995.

Sancar, Türkan Yalçın: **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Sancar, Türkan Yalçın/ Köprülü, Timuçin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları**, 7. Bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2020.

Satzger, Helmut: "Bandenmitgliedschaft als besonders persönliches Merkmal", **JURA(JK)**, 2015, s.424.

Satzger, Helmut: "Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!", **JURA**, 2017, s.1169-1182.

Satzger, Helmut: "Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz", **JURA**, 2008, s.514-523.

Satzger, Helmut: "Unmittelbares Ansetzen beim Wohnungseinbruchsdiebstahl", **JURA(JK)**, 2017, s.1238.

Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu C.1**, 3. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık 1999.

Sadık:

Schmitt, Rudolf: "Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht", **ZStW**, 1963, s.43-62.

Schroeder, Friedrich-Christian: "Anmerkung zu BGH, Urt. v. 04.04.2007 – 2 StR 34/07", **JR**, 2007, s.481.

Schünemann, Bernd: "Die Bedeutung der „Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (1. Teil)", **JURA**, 1980, s.354-367.

Schünemann, Bernd: "Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik?", **GA**, 2011, s.445-461.

Seher, Gerhard: "Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre – Dogmatische Strukturen und Grundfälle", **JuS**, 2004, s.482-484.

Selçuk, Sami: **Suçu İnceleme Yöntemleri ve "Suç Genel Kuramı Önerisi"**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Sözüer, Adem: **Suça Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1994.

Sözüer, Adem: "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.31-49.

Sternberg-Lieben, "Versuch und §243 StGB", **JURA**, 1986, s.183-189.

Detlev:

Sternberg-Lieben, Detlev/Bosch, Nikolaus: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019.

Sternberg-Lieben, Detlev/ Schuster, Frank: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2019.

Sternberg-Lieben, Detlev/Sternberg-Lieben, Irene: "Der Tatumstandsirrtum (§16 I 1 StGB)", **JuS**, 2012, s.289-297.

Stratenwerth, Günther: **Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat**, 4. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG Bern, 2011.

Stree, Walter: "Beginn des Versuchs bei Qualifizierten Straftaten", **Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag**, 1974, s.179-192.

Stree, Walter: "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", **Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag**, 1972, s.277-293.

Streng, Franz: "Tatbegriff und Teilrücktritt", **JZ**, 1984, s.652-656.

Streng, Franz: "Teilrücktritt und Tatbegriff", **JZ**, 2007, s.1089-1093.

Şen, Ersan: **Türk Ceza Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2002.

Şenol, Cem: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m.30/1,2)", **CHD**, S.38, 2018, s.117-145.

Şensoy, Naci: **Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar**, 2. Bs., İstanbul, Nazir Akbasan Matbaası, 1963.

Talas, Serdar: "Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

Taner, Tahir: **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953.

Taşkın Kapusuzoğlu, Beril: **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan: "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, 2004, s.327-355.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 19. Bs., 2021.

Tiedemann, Klaus: "Grundzüge der Konkurrenzlehre", **JuS**, 1987, s.L17-L21.

Toroslu, Nevzat: **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Tıpkı Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019.

Toroslu, Nevzat: **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, Ankara, V Yayınları, 1987.

Toroslu, Nevzat/ Ersoy, Yüksel: "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.1-20.

Toroslu, Nevzat/ Toroslu, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2021.

Tosun, Öztekin: "Müselsel Suçlar", **İÜHFM**, C.22, S.1-4, 1956, s.124-149.

Tosun, Öztekin: **Suç Hukuku Dersleri (Giriş – Ceza Kaidesi – Unsurlar)**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1967.

Tosun, Öztekin: **Suç Hukuku El Kitabı**, 2. Bs., İstanbul, Ar Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 1982.

Tozman, Önder: **Suça Teşebbüs**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Uma, Hakkı: **Ceza Hukuku Ders Notları**, Ankara, İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Neşriyat ve Yardım Bürosu, 1969.

Üzülmez, İlhan: "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **EÜHFD**, C.X, S.3-4, 2006, s.203-235.

Ünver, Yener: "YTCK'da Kusurluluk", **CHD**, S.1, 2006, s.37-73.

Valerius, Brian: "Besondere persönliche Merkmale", **JURA**, 2013, s.15-20.

Walter, Tonio: "Zur Lehre von den Konkurrenzen: die Gesetzeskonkurrenz", **JA**, 2005, s.468-471.

Welzel, Hans: "Zur Systematik der Tötungsdelikte", **JZ**, 1952, s.72-75.

Wendeburg, Isabel: "Guter Rat ist teuer", **JA**, 2017, s.25-32.

Wessels, Johannes: "Zur Problematik der Regelbeispiele für schwere und besonders schwere Fälle", **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972**, s.295-310.

Wessels, Johannes/ Beulke, Werner/ Satzger, Helmut: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 49. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller, 2019.

Wessels, Johannes/ Hettinger, Michael/ Engländer, Armin: **Strafrecht Besonderer Teil I**, 43. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller, 2019.

Wessels, Johannes/ Hillenkamp, Thomas/ Schuhr, Jan C: **Strafrecht Besonderer Teil II**, 42. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller, 2019.

Yarsuvat, Duygun/ Bayraktar, Köksal/ Yüzbaşıoğlu, Necmi/ "Türk Ceza Kanunu Tasarı'sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", **TBB Türk Ceza Kanunu**

Bülbül, Erdoğan/ Kocasakal, Ümit: **Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed.: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s.285-317.

Yaşar, Osman: **Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C.II**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Yenisey, Feridun/ Plagemann, Gottfried: **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015.

Yerdelen, Erdal: **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Yerdelen, Erdal: "Çifte Değerlendirme Yasağı", **SÜHFD**, C.20, S.2, 2012, s.105-136.

Yıldız, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

Yurtcan, Erdener: **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2004.

Yüce, Turhan Tufan: **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.

Yüce, Turhan Tufan: **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1985.

Zaczyk, Rainer: "Anmerkung zu BGH, Urt. v.23.08.1983 – 5 StR 408/83", **NStZ**, 1984, s.217.

Zaczyk, Rainer: **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1**, 5. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 8. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.

Zieschang, Frank: "Besonders schwere Fälle und Regelbeispiele – ein legitimes Gesetzgebungskonzept?", **JURA**, 1999, s.561-568.

ÖZGEÇMİŞ

Yağız Yavuz, ilk ve orta okul eğitimini Lüleburgaz Atatürk İlköğretim Okulu'nda, lise eğitimini ise Lüleburgaz Anadolu Lisesinde tamamladı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde aldığı hukuk lisans eğitiminden 2011 yılında mezun oldu. Aynı yıl başladığı avukatlık stajını Kırklareli Barosu'nda 2012 yılında tamamladı. 2013 yılında İngiltere'nin Crewe şehrinde bulunan Hope for Children ve PDSA adlı yardım derneklerinde gönüllü olarak beş ay süreyle çalıştı. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda gerçekleştirdiği yüksek lisans eğitimini "*Çevre Hakkı Bağlamında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları*" başlıklı tez çalışması ile Ocak 2016'da tamamladı.

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda doktora eğitimine Şubat 2016'da başladı. 2019-2020 akademik yılı güz döneminde Erasmus öğrencisi olarak Almanya'nın Freiburg şehrinde yer alan Albert Ludwigs Üniversitesi'nde bulundu. Ayrıca yine aynı şehirde yer alan Max-Planck Ceza Hukuku Enstitüsü'nde misafir araştırmacı olarak dokuz ay süreyle doktora tezi kapsamında araştırmalarını gerçekleştirdi. Bu araştırması TÜBİTAK tarafından doktora sırası araştırma bursu ile desteklendi.

Mart 2014'ten beri Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.