

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

CEZA MUHAKEMESİNDE FİİL

TUBA KELEP PEKMEZ

2502120187

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL 2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : TUBA KELEP PEKMEZ Numarası : 2502120187
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR. ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi : 04.01.2019 Saati : 14:00
Tez Başlığı : CEZA MUHAKEMESİNDE FİL

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞU~~ A karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2-PROF.DR. HAMİDE ZAFER		Kabul
3-PROF.DR. ALİ KEMAL YILDIZ		KABUL
4-DR.ÖĞR.ÜYESİ SELMAN DURSUN		KABUL
5-DR.ÖĞR.ÜYESİ SERDAR TALAS		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ.DR. YUSUF YAŞAR		
2-DR.ÖĞR.ÜYESİ A.BATUHAN BAYTAZ		

ÖZ

CEZA MUHAKEMESİNDE FİİL

TUBA KELEP PEKMEZ

Ceza muhakemesinin her evresinde önemli fonksiyonlar yerine getiren fiil, Türk Hukukunda ilk olarak çalışmamızda ele alınmaktadır. Çalışmamız kapsamında öncelikle fiilin sınırlandırılmasına ve aynılığına ilişkin kriterler farklı görüşler yer verilerek ortaya konulmuştur. Daha sonra fiilin bağlantılı olduğu bazı önemli muhakeme kurumları ve ilkeleri ile ilişkisi bakımından kabul ettiğimiz fiil tanımının muhakemeye etkisi incelenmiştir. Son olarak ise Türk Ceza Muhakemesi hükümleri çerçevesinde muhakemenin tüm evreleri bakımından fiilin ne şekilde ele alındığı tespit edilmiş ve ayrıca içtima öğretisi bakımından uygulamada sıklıkla karşılaşılabilecek bazı problemlere muhakeme hukuku yaklaşımı ile çözüm sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Muhakemesel Fiil, Fiilin Sınırlandırılması, Fiilin Aynılığı, Türk Ceza Muhakemesi Düzenlemelerinde Fiil, Fiil ve Suçların İçtimaı Arasındaki İlişki

ABSTRACT

ACT IN PENAL PROCEDURE

TUBA KELEP PEKMEZ

Act has a significant role in all phases of penal procedure and it has been discussed for the very first time in our study. Within the scope of our study we have put forward criterias by presenting different views in order to limit or identify acts. Subsequently acts' effect on procedure with regard to its link with various procedural institutions and principles has been discussed. In addition, in the context of Turkish Penal Code regulations, it has been determined acts' position in the code. Finally the role of procedural act in concurrence problems has been discussed and a procedural solution has been introduced.

Keywords: Procedural Act, Delimitation of the Act, Same Act, Act in Turkish Penal Procedure Law Regulations, Relation Between Act and Concurrence of Crimes

ÖNSÖZ

“Ceza Muhakemesinde Fiil” başlığı altında sunduğum bu çalışmanın amacı muhakeme hukukunda daha önce ele alınmamış fiil meselesini bütüncül bir yaklaşım çerçevesinde ele alarak ortaya çıkan veya çıkabilecek olan sorunlara bir cevap bulmaya çalışmaktır. Bu doğrultuda hem muhakeme hukuku hem de içtima özelinde maddi ceza hukuku alanlarındaki hususlar fiile bağlantılı oldukları ölçüde incelenmiştir.

Tezin yazımı aşamasında danışmanlığımı üstlenmiş olan ve şimdiye kadarki çalışmalarımın hepsinde maddi ve manevi desteğini esirgemeyen, kürsüsünde olmaktan gurur duyduğum Sayın Hocam Prof. Dr. Adem Sözüer başta olmak üzere tez izleme komitemde yer alan ve katkıları ile tezin gelişmesinde büyük önemi olan Prof. Dr. Hamide Zafer ve yazım aşamasında tezimi okuyup inceleyerek değerli görüşlerini benimle paylaşma nezaketini gösteren Hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Selman Dursun ve Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas’a, ayrıca tezin yazımı sırasında yurtdışı araştırmamı destekleyen TÜBİTAK’a teşekkür ederim.

Tuba Kelep Pekmez
Beyazıt, 20.11.2018

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNE ÖZGÜ BİR FİİL KAVRAMININ GEREKLİLİĞİ- FİİLİN MUHAKEMEDE İFA ETTİĞİ GÖREVLER- CEZA MUHAKEMESİNDE FİİLİN GELİŞİMİ

I. CEZA MUHAKEMESİNDE FİİLİN DİĞER HUKUK DALLARI İLE İLİŞKİSİ VE MUHAKEMEDEKİ GÖREVLERİ	3
A. Genel Olarak	3
B. Maddi Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Arasındaki İlişki Bağlamında Fiil.....	6
C. Hukuk Muhakemesi ile Ceza Muhakemesi Hukuku Arasındaki İlişki Bağlamında Fiil.....	9
D. Fiilin Muhakeme Sürecindeki Görevleri.....	13
E. Fiilin Görevleri Bakımından Muhakemenin Evrelerinde Birlik Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu	17
1. Fiil Birliğini Savunan Görüşler.....	18
2. Fiil Birliğine Karşı Olan Görüşler	21
a. Muhakeme Dinamiği Görüşü.....	21
b. Muhakeme Evrelerinin Farklılığı Görüşü	23
c. Sanığın Güveninin Korunması Görüşü	24

d. Sanığın Savunma Menfaati Görüşü	24
e. Eleştirisi ve Değerlendirme.....	25

II. FİİLİN SINIRLANDIRILMASINDA VE AYNILIĞININ BELİRLENMESİNDE ESAS ALINMASI GEREKEN HUSUSLARA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

27

A. Muhakeme Hukuku Bağlamında Fiilin Sınırlandırılması ve Aynılığının İfade Ettiği Anlam.....	27
a. Fiilin Sınırlandırılması	28
b. Fiilin Aynılığı.....	29
i. Fiilin Genişlemesi	32
ii. Fiil Unsurlarının İkamesi	36
B. FİİLİN SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	40
1. Alman Hukukunda Yargı Kararları Bağlamında Şekillenen Görüş.....	40
a. Prusya Yüksek Mahkemesinin Görüşü	41
b. RGH Görüşü	41
c. BGH Kararlarındaki Görüşler	45
2. Öğretide Savunulan Çeşitli Fiil Teorileri.....	48
a. Değer Teorileri	48
i. Fiilin Hukuki Çekirdeği	48
ii. Çifte İşlevi Sağlama	50
iii. Öncelik Arz Eden Değer	53
iv. Teorilerin Değerlendirilmesi.....	54
b. Hareket Teorileri	56
i. Hareket İçeriklerinin Esas Alındığı Görüşler.....	56
ii. Sosyal Anlam İçeriği Görüşü	63
iii. Psikolojik Anlam İçeriği Görüşü	64
iv. İçtima Öğretisindeki Fiilin Esas Alınması	66
v. Hareketin Gai Yönelimi	67
c. Alternatif Teori.....	69
d. Karma Teoriler	71
e. Hâkimin Değerlendirme Yetkisine Dayanan Teoriler	76

f. Haksızlığın Değişmesi ve Neticenin Tekliği Görüşü.....	78
C. FİİLİN AYNILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	81
1. Alman Yargı Kararlarına Göre Fiilin Aynılığı.....	81
2. Öğretide Fiilin Aynılığına İlişkin Görüşler.....	84
D. FİİLİN SINIRLANDIRILMASI VE AYNILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİMİZ.....	91
1. Fiilin Sınırlandırılmasına İlişkin Görüşümüz.....	91
2. Fiilin Aynılığına İlişkin Görüşümüz.....	96

İKİNCİ BÖLÜM

FİİLİN MUHAKEMENİN KONUSU İLE İLİŞKİSİ – CEZA MUHAKEMESİNE HAKİM OLAN BAZI İLKELER VE BAZI MUHAKEME KURUMLARININ FİİL İLE BAĞLANTISI

I. CEZA MUHAKEMESİNİN KONUSU BAĞLAMINDA FİİL.....	98
A. Muhakemenin Konusunu Doğal Anlamda Tarihi bir Vaka Olarak Ele Alan Görüş.....	100
B. Muhakemenin Konusunu Normatif Olarak Ele Alan Görüş.....	102
C. Muhakemenin Konusunu Devletin Cezalandırma Yetkisi Olarak Ele Alan Görüş.....	103
D. Muhakemenin Konusunu Davacının Netice-i Talebi Olarak Ele Alan Görüş...	107
E. Muhakemenin Konusunu İddianamede Bireyselleştirilen Fiil Olarak Ele Alan Görüş.....	109
II. FİİLİN CEZA MUHAKEMESİNDE YER ALAN TEMEL BAZI İLKE VE KURUMLAR AÇISINDAN ÖNEMİ.....	112
A. Davasız Yargılama Olmaz İlkesi.....	112
1. Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin Teorik Temeli.....	112
2. Açık Dava Kavramı.....	115
3. İlkenin İstisnaları.....	118
4. İlkenin Fiil İle İlişkisi.....	120

B. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi.....	122
1. Ceza Muhakemesinin Amaçları Bakımından Maddi Gerçeğin Araştırılması	122
2. İlkenin Fiil İle İlişkisi.....	125
C. Aynı Fiile Dayalı Birden Fazla Yargılama Yasağı	129
1. Genel Olarak	129
2. İlkenin Uygulanma Koşulları.....	134
a. Kişinin Aynı Olması	134
b. Fiilin Aynı Olması	135
c. Açılmış Dava ve Verilmiş Hüküm Bulunmaması.....	136
i. İlkenin Soruşturma Evresi Bakımından Etkisi.....	139
ii. İlkenin Etkisi Bakımından Uygulanan Yaptırımın Niteliği	144
D. Fiil Kavramıyla Dolaylı Bağlantılı Hukuki Kurum ve İlkeler.....	146
1. Bağlantılı Davalar	146
2. Hukuki Dinlenilme İlkesi.....	148
3. Şüpheli ve Sanığın Korunması.....	151
4. Muhakeme Ekonomisi	152
5. Yargılamanın Yenilenmesi	154

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA MUHALEMESİ DÜZENLEMELERİNDE FİİL- CEZA MUHALEMESİNDE FİİLİN MADDİ CEZA HUKUKU İÇTİMA ÖĞRETİSİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

I. TÜRK CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA YER ALAN

DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA FİİL..... 159

A. Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Durum	159
1. Soruşturma Evresine İlişkin Düzenlemeler.....	160
a. Suç Şüphesi Taşıyan Fiilin Öğrenilmesi Bakımından	160
b. İddianamenin Hazırlanması Bakımından.....	164
c. Koruma Tedbirlerinin Uygulanması Bakımından.....	168
2. Kovuşturma Evresine İlişkin Düzenlemeler	171

a. Yargılama Sırasında Ortaya Çıkan Olayların Yeni Bir İddianame Gerektirdiği Durumlar.....	172
b. Yargılama Sırasında Ortaya Çıkan Olayların Yeni Bir İddianame Gerektirmediği Durumlar.....	175
3. Hüküm ve Fiil İlişkisi	180
4. Hükümün Kesinleşmesi ve Olağanüstü Kanun Yolları	182
B. YARGITAY'IN YAKLAŞIMI.....	183
II. MADDİ CEZA HUKUKU İÇTİMA ÖĞRETİSİ VE FİİL KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ	191
A. Hareket Tekliği.....	191
1. Doğal Anlamda Hareket.....	192
2. Hukuki Anlamda Hareket	192
a. Tipik Hareket Tekliği ve Mütemudi Suçlar	192
b. Doğal Hareket Tekliği.....	198
B. Zincirleme Suç	200
C. Fikri İctima.....	207
1. İcra Hareketlerinin Tam Aynılığı.....	210
2. İcra Hareketlerinin Kısmi Aynılığı	211
a. Mütemudi Suçların Diğer Suçlarla İctimai	213
i. Mütemudi Suçların Ani Suçlarla İctima Etmesi.....	214
ii. Mütemudi Suçların Başka Mütemudi Suçlarla İctima Etmesi	218
iii. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu ve Diğer Suçlarla İctima İlişkisi	219
b. Parantez Etkisi.....	222
D. Görünüşte İctima.....	227
E. Gerçek İctima	231
F. Alternatif Tipiklik (Wahlfeststellung).....	234
SONUÇ.....	240
KAYNAKÇA	245

KISALTMALAR LİSTESİ

age	: Adı geçen eser
agm	: Adı geçen makale
aş	: Aşağıda
AT	: Allgemeiner Teil
AUHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BeckOK	:Beckischer Online Kommentar Strafprozessordnung
BeckOK GG	:Beckischer Online Kommentar Grundgesetz
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	:Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BK-GG	: Bonner Kommentar zum Grundgesetz
Bkz	: Bakınız
bsk	: Baskı
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DreierK	: Dreier Kommentar zum Grundgesetz
E	: Esas
Ed	: Editör
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FS	: Festschrift
GA	: Goldammer's Archiv für Strafrecht

GG	: Grundgesetz
GS	: Gedächtnisschrift
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	: Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JZ	: Juristenzeitung
K	: Karar
KMR	: Kleinknecht/ Müller /Reitberger Kommentar zur Strafprozessordnung
LehrK	: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
Maunz/DürigGGK	: Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar
MDR	: Monatsschrift für deutsches Recht
MüKoStPO	: Münchener Kommentar zur StPO
MünchKunigGG	: Münch/ Kunig Grundgesetz Kommentar
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr	: Numara
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	: Oberlandsgericht
OWiG	: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RG	: Reichsgericht
RGSt	: Entscheidungen des RG in Strafsachen
Rn	: Randnummer
s	: Sayfa
S	: Sayı

SK- StPO	:Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
StPO	: Strafprozessordnung
StGB	: Strafgesetzbuch
StV	: Zeitschrift Strafverteidiger
SUHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd	: ve devamı
Vor	: Vorbemerkungen
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	: Yargıtay Dergisi
Yuk	: Yukarıda
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Ceza muhakemesi başlangıcından hükmün kesinleşmesine kadar bir fiil ile ilişkilendirilmiş bir suç isnadı üzerinden yürütülmektedir. Dolayısıyla muhakeme hukuku bakımından söz konusu fiilin ne olduğunun belirlenmesi hem soruşturmanın kapsamını, hem kovuşturma evresinde hakimin araştıracağı hususu hem de hükmün kesinleşmesinden sonra kesin hükmün önleyici etkisinin tesir edeceği olayların ne olduğunun tespit edilmesini sağlayacaktır.

Muhakeme hukuku bakımından fiil, Türk Hukukunda daha önceden ayrıntılı olarak ele alınmadığından çalışmamızda öncelikle muhakeme hukuku bakımından bir fiil tanımı getirilmesinin önemini ortaya koymaya çalışacağız. Bu anlamda fiilin hem neden doğrudan maddi ceza hukukundan kaynaklanamayacağını hem de hukuk muhakemesi ile etkisi bakımından ele alınacak olursa hukuk muhakemesindeki dava konusunu karşılayıp karşılamadığını tespit edeceğiz. Ayrıca fiilin muhakemenin tüm evreleri bakımından görevlerini belirterek bu görevler bağlamında fiilin muhakeme süresince aynı kalıp kalmaması gerektiğini tespit edeceğiz.

Muhakeme hukukuna ilişkin fiil kavramı özellikle fiilin sınırlandırılması ve aynılığının tespit edilmesi sorunları bakımından çözümlenmelidir. Dolayısıyla biz de fiilin sınırlandırılması ve fiilin aynılığı kavramlarından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koyduktan sonra özellikle Alman hukukunda yargı kararları ve doktrin tarafından ortaya konulan görüşler çerçevesinde hem sınırlama kriterleri hem de aynılığın belirlenmesi kriterlerini tespit edeceğiz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde fiilin muhakemenin konusu kavramı ile yakın ilişkisi nedeniyle muhakemenin konusunun ceza muhakemesi bakımından ne anlam ifade ettiğini ve fiilin bununla ilişkisini inceleyeceğiz. Bunun yanında fiil ceza muhakemesi hukukunda araştırmanın kapsamını da belirlediğinden muhakemenin amaçlarından biri olan maddi gerçeğin araştırılması amacı ile de yakın ilişkilidir. Bu nedenle bu ikisi arasındaki bağ da bu kapsamda ele alınacaktır. Aynı fiile dayalı birden fazla yargılama yasağı ya da non bis in idem ilkesi de fiilin aynılığı kriterinin önemi bakımından ele alınacak bir başka ilke olacaktır. Bunlar yanında bağlantı, hukuki dinlenilme hakkı, şüpheli ve sanığın korunması, muhakeme ekonomisi ve

yargılamanın yenilenmesi gibi ilke kurumlar da fiille bağlantıları çerçevesinde ele alınacaklardır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise Türk Ceza Muhakemesine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde fiilin soruşturmanın başlangıcından hükmün kesinleşmesine ve daha sonraki olağanüstü kanunyollarına kadar olan süreçteki etkisini tespit etmeye çalışacağız. Soruşturma evresi bakımından suç şüphesi taşıyan fiilin öğrenilmesi, iddianamenin hazırlanması ve koruma tedbirlerinin uygulanması noktasında fiilin fonksiyonu tartışılacaktır. Kovuşturma evresi bakımından ise yargılamada yeni olaylar ortaya çıkması durumunda bunun fiile ve dolayısıyla yargılamaya ne şekilde tesir edeceği irdelenecek ve buna ilişkin çözümler sunulacaktır. Ayrıca hüküm verme safhası bakımından fiil ele alınarak hükmün kesinleşmesi ve olağanüstü kanunyollarındaki değişiklik olasılıkları da incelenecektir. Bunlar yanında Yargıtay'ın fiilin belirlenmesine ve yargılama sırasında değişmesine ilişkin kararlarına yer verilecektir. Son olarak ise maddi ceza hukukunda içtima bakımından ortaya çıkabilecek olası sorunlarda muhakeme hukukuna ilişkin fiil eksenli çözümler getirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNE ÖZGÜ BİR FİİL KAVRAMININ GEREKLİLİĞİ- FİİLİN MUHAKEMEDE İFA ETTİĞİ GÖREVLER- CEZA MUHAKEMESİNDE FİİLİN GELİŞİMİ

I. CEZA MUHAKEMESİNDE FİİLİN DİĞER HUKUK DALLARI İLE İLİŞKİSİ VE MUHAKEMEDEKİ GÖREVLERİ

A. Genel Olarak

Ceza muhakemesi bakımından fiil göz önüne alınarak getirilen pek çok düzenleme olmasına rağmen, bu kavramın muhakeme hukukunda ne anlama geldiğine ilişkin normatif bir tanım bulunmamaktadır. Ancak söz konusu kavramın muhakeme hukukundaki önemi ve özellikle “muhakeme hukukunun kilit kavramlarından biri¹” olarak da ifade edilmiş olması göz önüne alındığında kavrama ilkesel bir yaklaşımla açıklık getirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Ceza muhakemesinde fiil kavramı ilk olarak Alman mahkeme kararlarında tartışılmaya başlanılan bir kavramdır². Kavramın ortaya atılmasının temel nedenlerinden biri yargılamanın başlangıcında ortaya konulan olayların, sanık tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda bunun hangi bölümlerinin cezalandırılabilir olup olmadığının belirlenmesidir. Bunun yanı sıra en başta belirtilen olayların bir mi yoksa birden fazla mı suç teşkil ettiğinin saptanması, bunlar gerçekleştirilirken de buna ilişkin dogmatik ve metodik bir yöntemin

¹ Ferdinand Gillmeister, “Zur normativ – faktischen Bestimmung der strafprozessualen Tat – Zugleich Anmerkung zu BGH – 4 StR 376/87 und BGH – 2 StR 258/87”, in: **NStZ 1989**, s. 1; kavram “merkezi bir öneme sahip” olarak; Rolf Dietrich Herzberg, “Ne bis in idem –Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils”, in: **JuS 1972**, s. 113; ya da ceza hukuku uygulamasında merkezi bir kavram; Karl Kröpil, “Prozessualer Tatbegriff und Wahl feststellung”, in: **NJW 1988**, s. 1188.

² Kavram ilk olarak 3. Ceza Dairesinin 2 Haziran 1927 tarihli RGSt 61, 314 sayılı kararında kullanılmıştır. Bkz: Hermann Büchner, **Der Begriff der strafprozessualen Tat**, Würzburg, 1976, s. 1.

bulunması gerekliliğidir³. Nitekim fiil kavramı ceza muhakemesinin çok farklı alanları ile ilgili problemler bağlamında gündeme gelebilmektedir. Çelişen muhakeme yararları, karmaşık hareket kavramı, içtima hukuku, çok hareketli suçlar veya özellikle Alman hukuku bakımından gündeme gelen alternatif tipiklik (Wahfeststellung) konuları bunlara örnek olarak verilebilir. Bu nedenle de kavramın içeriğinin anlaşılır ve açık bir biçimde doldurulması gerekmektedir⁴.

Kavramın öncelikle yargı kararlarında ortaya çıkması doktrin tarafından ele alınmasını geciktirmiştir. Fakat kararlarda ortaya konan fiil kavramına ilişkin ilkesel bir yaklaşım sergilenmemiş; somut olay adaletini sağlama kaygısıyla birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkması söz konusu olmuştur⁵.

Bunun üzerine kavramın yargı kararları yanında doktrin tarafından da tartışmaya açıldığı görülmektedir. Bu amaçla bazı yazarların maddi ceza hukukundaki fiil kavramını doğrudan kabul etme; bazılarının ise muhakeme odaklı yeni bir kavram ortaya koymayı amaçladığı, bir kısmının ise her iki görüşten de yararlanmak suretiyle karma bir tanım getirmeye çalıştığı görülmektedir.

Belirtmek gerekmektedir ki ceza muhakemesinde fiil çok fonksiyonlu bir anlama sahiptir. Ceza muhakemesinde fiil iddianamenin düzenlenmesinden hükmün kesinleşmesine ve hatta hükmün kesinleşmesinden sonra göz önüne alınması gereken bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece fiil yalnız mahkemenin hukuki olarak hangi konu ile bağlı olduğunun sınırlarını çizmekle kalmamakta, hukuki araştırmanın ve hükmün konusunun kapsamını belirleme ve kesin hükmün önleyici etkisinin sınırlarını çizme gibi fonksiyonları da ifa etmektedir.

Fiil kavramının uygulamada ne tür bir tartışmaya neden olduğu ve bu tartışmanın muhakemenin işleyişi bağlamında sahip olduğu anlamın genel hatlarıyla

³ Ralf Neuhaus, **Der Strafverfahrensrechtliche Tatbegriff: “ne bis in idem”**, Bochum, Brockmeyer, 1985 s. 2; Büchner, **age**, s. 1.

⁴ Gillmeister, **agm**, s. 1; Kleinknecht/ Müller/ Reitberger, **Kommentar zur Strafprozessordnung**, Carls Heymanns Verlag, Köln, 2011, § 264 Rn. 3 (KMR/ Stuckenberg, § 264 Rn. 3); Claus Roxin, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.12.1983 – 2 StR 578/83 (BGHSt 32, 215) (Zur Tatidentität bei Veränderung des Tatbildes zwischen Anklage und Urteil)”, **in: JR 1984**, s. 346; Jürgen Wolter, “Tatidentität und Tatungestaltung im Strafprozess – Zur Begründung eines normativ- funktionalen Tatbegriffs”, **in: GA 1986**, s. 143.

⁵ Büchner, **age**, s. 2; Aynı yönde bkz: Neuhaus, **ne bis in idem**, s. 22 vd.

ortaya konulması bakımından öncelikle Alman yargı kararlarında kavramın tartışmaya açık hale gelmesine neden olan ve doktrinde de pek çok yazar tarafından eleştirilen bazı örnek vakalara yer vermenin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Buna ilişkin ilk örnekte vakayı oluşturan ve zamansal olarak birbirini izleyen hareketlerden yalnızca teşebbüs aşamasında kalmış olan kısım bakımından bir yargılama yapılması ve buna ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra tamamlanmış bir suç oluşturan diğer hareket parçasının ayrı bir yargılamada ele alınması söz konusu olmuştur⁶. Diğer örnekler ise genellikle maddi ceza hukukunda yer alan içtima kurumu ile bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin mütemadi bir suçun işlenmesi sırasında fail tarafından gerçekleştirilen ani suçların mütemadi suça ilişkin yargılama bakımından tek bir fiil olarak ele alınıp alınamayacağı tartışma konusu yapılmıştır⁷. Buna ilişkin bir başka örnek ise zincirleme suç oluşturan her bir suçun tek suç işleme kararı bağlamında muhakeme anlamında tek fiil olarak kabul edilip

⁶ Karara konu olayda bir kadının pek çok düşürme denemesi sonrasında tam ve sağ olarak yaşayan bir çocuk doğurması, ancak doğumun hemen sonrasında bu çocuğu öldürmesi oluşturmaktadır. Buna ilişkin verilen kararda mahkemenin çocuk düşürme hareketlerini ve öldürme hareketlerini birbirinden ayırdığı ve bunları iki ayrı (muhakeme anlamında) fiil olarak kabul ettiği görülmektedir. Böylece mahkeme teşebbüs aşamasında kalmış bir çocuk düşürme suçundan dolayı verilen kesinleşmiş bir mahkeme kararından sonra çocuğun öldürülmesi suçu bakımından yeni bir yargılama yapılmasını kabul etmektedir. Bu kararın gerekçesi hem StGB uyarınca hamile kadın bakımından çocuk düşürme suçuna teşebbüsün cezalandırılabilir olmaması hem de öldürme suçunun ağır bir suç olmasıdır. (Büchner, **age**, s. 2); Karar için bkz. BGH 13, 21 vd.; Oysa ki benzer bir başka karara göre eğer çocuk doğum sırasında bir şekilde ölmüş olsaydı, mahkeme çocuğun düşürülmesi ve ölüm fiillerinin muhakeme hukuku bakımından tek bir hareket (Handlungseinheit) oluşturabileceğini belirtmektedir; Benzer örnek olaylar için bkz: Neuhaus, **ne bis in idem**, s. 5-6.

⁷ Buna ilişkin kararda alkollü bir sürücünün araç kullanması sırasında bir kazaya neden olması ve sonrasında kaza yerini terk ederek araç kullanmaya devam etmesi bu sırada da yeni bir kaza daha gerçekleştirmesi vakası oluşturmaktadır. Bu vakada ilk yargılama alkollü araç kullanma fiilinden dolayı yapılmıştır. Ancak daha sonra hem kaza gerçekleştiği hem de kaza yerinin izinsiz terk edildiği ortaya çıkmıştır. Mahkemeye göre hem kazanın gerçekleştirilmesi hem de kaza yerinin terk edilmesi iki ayrı suçtan bahsedilmesini gerektirmektedir. Bu suçların ceza muhakemesinde fiil bağlamında değerlendirilmesi ise kazanın ve terk etmenin farklı iki fiil oluşturduğu yönünde olmuştur. Zira mahkeme bunların tek bir yaşam olayı (Lebensvorgang) oluşturamayacağını belirtmektedir. BGH 23, 141 vd. (Bkz: Büchner, **age**, s. 3); Ancak buna benzer örneklerde bu iki kazanın doğal bakış açısıyla tek bir yaşam olayı olarak görülmesi gerektiği şeklinde eleştiri getirilmektedir. (Büchner, **age**, s. 3); *Lebensvorgang* kavramı hukuk muhakemesinde dava sebebi ile aynı görülen *Lebenssachverhalt* kavramı ile benzerlik göstermektedir. Buna göre yaşam olayı davayı oluşturan ve ona dayanak teşkil eden gerçekten olup bitmiş vakalar olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla yaşam olayı ve vakalar yani fiil esasen aynı anlamda kullanılmaktadır. (Levent Börü, **Dava Konusunun Devri**, Yetkin, Ankara, 2012, s. 220, dn. 297)

edilmemesi gerektiğidir⁸. Benzer tartışmaların fikri içtima kurumu bakımından da gündeme getirildiği görülmektedir⁹ Konuya ilişkin olarak sorun teşkil eden alanlardan bir diğeri ise dava edilen vakanın aynılığını oluşturan unsurlar bakımından karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda ele alınan meseleler ise olayın unsurlarından hangilerine ilişkin değişikliklerin hangi kapsamda ortaya çıktıklarında olayın da değişmiş sayılmasını sonuçlaması gerektiği ve bu bağlamda göz önünde bulundurulması gereken unsurların neler olduğudur¹⁰.

B. Maddi Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Arasındaki İlişki Bağlamında Fiil

Ceza muhakemesi hukuku ve maddi ceza hukuku günümüzde ceza hukukunun ayrı kategorileri olarak kabul edilmekle birlikte bu iki alan birbiriyle bağlantılı

-
- ⁸ Bir reklam firmasının zincirleme olarak gerçekleştirdiği iddia edilen yedi dolandırıcılık suçundan dolayı iki yüz Alman markı para cezasına mahkûm edilmesi olayına ilişkin bir yargılamada bu husus üzerinde durulmuştur. Hükmün kesinleşmesinden önce failin iddianamede belirtilen zaman diliminde 7 değil 233 dolandırıcılık suçu gerçekleştirdiği tespit edilmiştir. Mahkeme kararına göre 7 dışındaki 226 diğer suç için bir başka yargılama mümkün değildir; zira burada bütün bu tekil hareketler (Einzelakte) bir bütün olarak tek bir muhakeme anlamında fiil oluşturmaktadır. BGH 6, 122 vd. (Büchner, **age**, s. 4.) Bu karar toplamda 233 suçun objektif bir gözlemci tarafından tek bir yaşam olayı (einheitliche Lebensvorgang) olarak görülmesinin esasen mümkün olmayacağı yönünde eleştirilmektedir.(Büchner, **age**, s. 4.)
- ⁹ Meskûn mahalde ateş etmektendolayı verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden sonra failin aynı ateş etme hareketinde bir kişiyi öldürmüş olduğunun anlaşılması durumunda failin bu söz konusu öldürme hareketinden dolayı verilen karara rağmen yargılanıp yargılanamayacağını belirlenmesi bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bu kararda bir önceki örnekten farklı olarak mahkeme adaletin yerine getirilmesi gerektiği gerekçesiyle ayrı bir yargılama yapılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Bu karar gerekçenin öznelliğinden dolayı eleştirilmiştir.(Büchner, **age**, s. 5-6.)
- ¹⁰ Örneğin failin 19 Aralık tarihinde bir manto üzerinde hırsızlık gerçekleştirdiği iddiası üzerine yürütülen kovuşturma sonrasında failin aslında hırsızlık konusu malı başkasından almak suretiyle ele geçirdiği ve ayrıca olayın 26 Aralık'ta gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Burada ek bir iddianame (Nachtragsanklage) hazırlanmaksızın fail hakkında hırsızlık konusu malı satın almak suçundan hüküm kurulması mümkün görülmüştür. Zira olay tarihinde meydana gelen bu değişiklik doğal bakış açısına göre failin aynılığını değiştirmeyecektir.(Büchner, **age**, s. 4.); StPO § 266'da düzenlenen yan dava kurumu iddianamede gösterilen failin savcının ilk başta belirttiğinden başka suçları da içerdiğinin anlaşılması durumunda kullanılmaktadır. Yan dava kurumu ile varlığı sonradan anlaşılan suçların da aynı esas davada görülmesi sağlanmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus başka suçları oluşturduğu düşünülen fiillerin muhakeme anlamında tek bir fiil oluşturmamasıdır. Zira bu halde yan dava kurumuna gerek kalmaksızın yargılamanın esas dava çerçevesinde yürütülmesinde bir sakınca görülmemektedir (Klaus Göbel, **Strafprozess**, 8. Baskı, C.H. Beck, 2013, Rn. 328); BGH'nin hırsızlık ve hırsızlık konusu malın satın alınması (Hehlerei) suçlarının "aynı fiili" oluşturduğuna ilişkin diğer kararları için bkz: RG 5, 249 ff; RG 8, 135 ff; RG 12, 187, vd.

faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla her iki alanda yürütülen çıkarsama faaliyetlerinde karşılıklı bir yararlanma ilişkisi olması kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle kimi durumlarda muhakeme hukuku alanındaki bazı kavramların açıklanmasında maddi ceza hukukuna ilişkin kabullerin kullanılması gündeme gelmektedir. Ancak muhakeme hukukundaki fiil kavramının belirlenmesinde maddi ceza hukukunda kabul edilen kuralların doğrudan uygulanmasının uygun olup olmadığı tartışmaya açıktır.

Klasik anlayış ceza muhakemesi hukuku ve maddi ceza hukukunu birbirinden keskin çizgilerle ayırmaktadır. Bu ayırım ceza muhakemesi ve maddi ceza hukukunun konularının birbirinden ayrı olmasına bağlanmaktadır. Nitekim ceza hukuku sosyal hayatta olması gerekeni düzenlerken; ceza muhakemesi hukuku bir hâkimin hükmüne ulaşmaya çalışır ve bu amaçla hangi hareketlerin muhakemeye dâhil olması gerektiğini bulmayı amaçlar. Bu bağlamda ceza muhakemesi hukuku farklı bir sosyal gerçeklik alanı ile ilgilenmektedir¹¹. Dolayısıyla ceza muhakemesi hem amacı hem de anlamı bakımından maddi ceza hukukundan keskin biçimde ayrılmaktadır¹². Bu bakımdan ceza muhakemesi hukukunun şekil veren, maddi ceza hukukunun ise ceza muhakemesi sürecinde şekil verilen bir hukuk dalı olduğu belirtilmiştir¹³.

Bunun yanı sıra ceza muhakemesi hukuku ve maddi ceza hukukunun düşünce şekillerinin de birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Gerçekten de maddi ceza hukuku soyut, ceza muhakemesi ise daha somut bir yapı sergiler. Ceza muhakemesi hukukunda soruşturmanın başlamasından hüküm verilene kadarki süreçte hukuk kuralları somut bir olaya uygulanmaktadır. Oysaki maddi ceza hukuku belki de olayın hiç gerçekleşmeyecek bütün aşamalarını kapsar. Ceza muhakemesi hukuku maddi hukuk kurallarının önündeki olaya uygulanmasını düzenler. Hâkim

¹¹ Eberhardt Schmidt, **Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts**, Göttingen, 1952, § 264, Rn. 27.

¹² Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, 2010, s. 17; Faruk Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, Sevinç Matbaası, 1978, s. 50; Schmidt, **LehrK I**, § 264, Rn. 24; Peters, **Strafprozess**, CF Müller, 1985, § 3, I, s. 14.

¹³ Wilhelm Sauer, **Allgemeine Prozesslehre**, Berlin, 1951, § 4, II, s.1; Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, c. I, 4. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 16; Tahir Taner, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 3.

her durumda bütün muhakeme kurallarına riayet etmek ve onları uygulamakla görevlidir. Oysaki bütün muhakeme boyunca yalnızca bazı maddi hukuk kuralları uygulanmaktadır¹⁴.

Bu görüşlere karşın ceza muhakemesinin maddi ceza hukuku ile birlikte ceza hukukunun bölümlerini oluşturduğu göz önüne alındığında, maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun bir bütünlük arz ettiği söylenebilmektedir¹⁵. Nitekim ceza muhakemesi hukuku esasen maddi ceza hukukunun hayata geçirilmesi görevini ifa etmektedir¹⁶.

Kanaatimizce ceza muhakemesi ve maddi ceza hukuku birbirilerinden beslenen ve bir bütün olarak ceza hukukunun iki parçasını oluşturan hukuk alanlarıdır. Nitekim söz konusu bu iki hukuk kategorisi yanında ceza hukuku yaptırım hukuku, infaz hukuku ve kabahatler hukuku gibi başka alanlar da barındıran bir sistem olarak ele alınmalıdır¹⁷. Bu sistem ise her alanın birbiriyle bağlantılı olması ancak birbirine bağlı olmaması suretiyle işlemektedir. Nitekim bütün bu saydığımız alanlar kendilerine özgü temel ilkeler çerçevesinde işletilmektedir. Bu nedenlerle maddi ceza hukukunda da yer alan fiil kavramının ceza muhakemesi hukukunda ele alınması sırasında maddi ceza hukukunda yer alan teorilerden yararlanılması kaçınılmaz olsa da bunun ceza muhakemesinin kendine özgü ilke ve gerekleri çerçevesinde yorumlanarak bir senteze ulaşılması gerekmektedir¹⁸.

¹⁴ Sauer, **age**, § 4, II, s.1.

¹⁵ Yener Ünver/ Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. bs. Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.2; Tosun, **Suç Muhakemesi I**, s. 16; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 2018, s.44; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s.14; Peters, **age**, , § 2, III,3 s. 7; hatta bazı muhakeme meseleleri maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerle birlikte aynı kanunlarda ele alınabilmektedir.(Werner Beulke, **Strafprozessrecht**, 13. bs. Heidelberg, Müller, 2016, § 1, Rn. 8; Tosun, **Suç Muhakemesi I**, s. 16-17.)

¹⁶ Erol Cihan, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, in: **İÜHF**, C. 28, S. 3-4, 1962, s. 704; Ancak elbette ki muhakeme hukukunun araç olarak kullanılması onun şekli bir hukuk dalı olduğu ve kendi bağımsız amacından yoksun olduğu anlamına da gelmez.(Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 15)

¹⁷ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s.19.

¹⁸ Dolayısıyla kural olarak muhakeme anlamında fiil kavramsal bakımdan maddi ceza hukukunda yer alan fiil kavramından farklılık arz edecektir.(KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 3)

C. Hukuk Muhakemesi ile Ceza Muhakemesi Hukuku Arasındaki İlişki Bağlamında Fiil

Ceza muhakemesinde yer alan fiilin belirlenmesinde hukuk muhakemesinde yer alan dava konusundan hareket edilip edilemeyeceği bir tartışma alanıdır. Türk hukuk muhakemesi bakımından dava konusunun içeriği ve ne olduğu oldukça tartışmalıdır¹⁹. Bu noktada belirtmek gerekmektedir ki dava konusunun belirlenmesi bakımından bir kısım görüşler vakıa yani fiili hiç göz önünde bulundurmazken, bir kısım yazarlar vakıanın da dava konusunun unsurlarından biri olduğunu belirtmektedir²⁰. Hukuk muhakemesinde dava konusunun belirlenmesi bakımından hukuk usulünde anılan “vakalara dayandırma teorisi” kabul edildiğinde²¹ bunun ceza muhakemesi bakımından fiil ile benzerlik gösterip göstermediği ve bu noktada söz konusu dava konusu kavramı ile ceza muhakemesi arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır.

Ceza muhakemesi hukuku hukuk muhakemesinden farklılıklar gösterir²². Söz konusu alanlar arasındaki ilk farklılık muhakemenin amacı bakımından karşımıza çıkmaktadır. Ceza muhakemesinin görevi sanığa suçlu olup olmadığını açığa çıkarmak ve maddi gerçeğe ulaşmaktır. Sanığın suçlu bulunması durumunda ise ceza muhakemesinde maddi ceza hukukuna göre cezalar veya güvenlik tedbirleri şeklinde ortaya çıkan ceza yaptırımlarına hükmetmekte; aksi durumda ise beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararları verilmektedir. Bu bağlamda ceza muhakemesi hukukunda, hukuk muhakemesinden farklı olarak, kişilerin menfaatlerinin gerçekleştirilmesi değil, toplumun ceza muhakemesi neticesinde ortaya çıkan menfaatinin gerçekleştirilmesi amacı bulunmaktadır. Bu nedenle maddi

¹⁹ Börü, **age**, , s. 227 vd.

²⁰ Ayrıntılı bilgi ve çeşitli görüşler için bkz: Börü, **age**, 214 vd; Örneğin Kuru/ Aslan/ Yılmaz dava konusunu müddeabih olarak ele almakta bunu ise talep sonucunun bir unsuru olarak yorumlamaktadır. Bkz: Baki Kuru/ Ramazan Aslan/ Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 24. Bası, Yetkin Yayınları, 2013, s. 294

²¹ Pekcanitez, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, C. II, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 1250.

²² Atalı, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, C. III, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 2074; Taner, **age**, s. 7; Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, s. 70; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **age**, s. 66.

gerçeği araştıran ceza muhakemesinde soruşturmanın mecburiliği ilkesi ve maddi gerçeğin araştırılması ilkesi gibi ilkeler hâkimdir²³.

İki muhakeme alanı arasında işaret edilmesi gereken bir diğer fark ise muhakemede yer alan kişilerin konumu bakımından göze çarpmaktadır. Nitekim hukuk muhakemesi bir taraf muhakemesidir. Ceza muhakemesinde yargılamayı yapan devlet makamı ve şüpheli/sanık arasında bir eşitlik yokken, hukuk muhakemesi tarafların eşitliği ilkesine dayanmaktadır. Nitekim ceza muhakemesinde kabul edilen silahların eşitliği ilkesi, hukuk muhakemesinde var olan bu eşitliği gerçekleştirmek için kabul edilen bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak buna rağmen ceza muhakemesi hukuku bir taraf muhakemesi olarak anlaşılamaz²⁴. Zira ceza muhakemesinde savcı gerçeğin bulunması ve adaletin tecelli etmesi için bir görev ifa etmektedir, dolayısıyla şüphelinin lehine olan delilleri de toplamakla görevli kılınmıştır²⁵. Bu bağlamda üçüncü bir farklılık olarak bu iki hukuk dalına hâkim olan ilkelerin birbirlerine zıt olabileceklerini de belirtmek gerekmektedir. Örneğin hukuk muhakemesinde belirli hallerde tarafların dava konusunu değiştirebilmeleri ve onun üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelerine imkân verilebilirken²⁶; ceza muhakemesinde soruşturma evresinde davanın seyrine ilişkin hususların devlet makamları tarafından araştırılması gerektiğini düzenleyen soruşturmanın mecburiliği ilkesi hâkimdir. Yani hukuk muhakemesinde geçerli olan talep ve ispat kuralları bakımından şekli gerçeğe ulaşılrken, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmaktadır²⁷. Bahsedilen bu farklar göz önünde bulundurulduğunda hukuk muhakemesindeki dava konusu kavramının fiilin

²³ Nur Centel/ Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, 14. Bası, 2017, s. 7; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 33 vd; Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, s. 74; Peters, **age**, § 3, I, s. 15;

²⁴ Erol Cihan, “Ceza Muhakemesi Münasebeti”, in: **İÜHFİM**, C. 27, S. 1-4, 1961, s. 228, dn. 6.

²⁵ Peters, **age**, § 3, II, s. 15.

²⁶ Pekcanitez, **age**, 1257 vd.

²⁷ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C. I, Seçkin, 2017, s. 25; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Baskı, Adalet, 2017, s. 3; Centel/ Zafer, **age**, s. 7-8; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 27; Peters, **age**, § 3, III,3 s. 16.

belirlenmesi noktasında ceza muhakemesinde doğrudan kullanılması mümkün değildir.

Hukuk muhakemesi ile ceza muhakemesi arasındaki ilişkinin fiil bakımından önemi ilk olarak ceza hukukunda suç olarak nitelendirilen bazı eylemlerin hukuk muhakemesi bakımından bir haksız fiil oluşturabilmesi bakımından ortaya çıkmaktadır²⁸. Bu anlamda ceza muhakemesi bakımından suç olarak ele alınan bir olay bakımından hukuk muhakemesinde yapılacak değerlendirmede ceza hâkiminin bu olayda fiili ne şekilde incelediği önem arz etmektedir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde belirlenmiş haliyle fiilin hukuk muhakemesi bakımından da haksız fiilin sınırlarını çizdiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle fiilin hukuk muhakemesi ile ilişkisi bakımından tartışma konusu yapılabilecek ikinci bir husus ise **hukuk hâkiminin ceza mahkemelerinin kararları ile bağıllığı bahsi açısından gündeme gelebilir**. Zira ceza muhakemesi neticesinde verilen hükümler belirli bir kapsamda hukuk hâkimini bağlayıcı bir nitelik de taşımaktadır. Buna ilişkin düzenleme TBK m. 74²⁹'te yer almaktadır. Burada araştırılması gereken hukuk hâkiminin ceza mahkemelerinin fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak verilen ceza mahkemesi kararları bakımından bağıllık içerisinde olup olmadığıdır. Fiilin varlığına ilişkin olarak ceza mahkemeleri tarafından verilen kararların hukuk hâkimini bağladığı görülmektedir³⁰. Bu bağlamda bir vakanın yani muhakeme

²⁸ Ceza hukuku bakımından suç oluşturan her eylemin medeni hukuk bakımından haksız fiil oluşturması söz konusu değildir. Medeni hukukta haksız fiilin unsurları arasında zarar şartı bulunmaktadır. (Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku**, C. 2, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 38 vd; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Beta, 2017, s. 162.) Bu bağlamda zarar oluşması zorunluluğu, örneğin tehlike suçlarına ilişkin hareketlerin cezalandırılabilir olmalarına karşın bir haksız fiil teşkil etmesini engeller.

²⁹ **TBK madde 74:** “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağıllı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağıllı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz”

³⁰ Belirtmek gerekmektedir ki anılan düzenlemede ceza mahkemesinin fiilin gerçekleşmesine, fiili işleyen kişi yani faile, fiilin bir suç teşkil ettiğine ve failin mahkûmiyetine ilişkin kararlarına yer verilmemiştir. Bu bağlamda ceza mahkemeleri tarafından yapılan bu yöndeki saptamaları içeren kararların hukuk mahkemeleri açısından bağlayıcı olduğu belirtilmektedir. (Atalı, **age**, s. 2076); Ayrıca bkz: Centel/ Zafer, **age**, s. 616.

anlamında fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemeleri açısından bağlayıcı olduğu tespiti de yapılabilmektedir³¹.

Bunun yanında istisnai olarak hukuk mahkemesi kararlarına ceza muhakemesinde bağlayıcılık etkisi tanındığı görülmektedir. Buna ilişkin olarak hukuk mahkemesinin bir belgenin sahte olmadığını kesin hükümle karara bağlaması durumunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 214³² bu belgenin sahteliğine ilişkin olarak ceza mahkemesinde sahtelik iddiasının dinlenmeyeceği biçiminde bir hüküm getirmektedir. Bu düzenleme uyarınca bir belgenin sahteliğine ilişkin olarak hukuk mahkemesi tarafından ele alınan bir vaka, belgenin sahte olmadığını ispatı durumunda, tekrar ceza mahkemesine konu edilmesi önlenmektedir³³. Bu anlamda söz konusu hükmün ceza muhakemesinde fiilin ele alınmasını engelleyici nitelikte olduğu belirtilmelidir.

Görüldüğü üzere hukuk muhakemesi, ceza muhakemesinde yer alan maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla tamamen farklı bir amaçla yürütülmekte ve bu anlamda farklı ilkelere tabi bulunmaktadır. Bu nedenle hukuk yargılamasında haksız fiil olarak yer alan bir fiilin belirlenmesi noktası dışında, dava konusu kavramının

³¹ “Hukuk hâkimi ceza mahkemesinde belirlenen maddi olgularla bağlı olup orada belirlenen kusur oranlarıyla bağlı değildir” Karar için bkz: Atalı, **age**, s. 2076; Ayrıca bkz: Centel/ Zafer, **age**, s. 617

³² **HMK m. 214**: “(1) Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez. (2) Ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez.”

³³ Ahmet Hulusi Akkaş, **Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi**, Adalet, Ankara, 2016, s. 211-212; Anılan düzenlemenin belgede sahtecilik suçlarına hasredilerek uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Burada bir belgenin sahteliğine ilişkin olarak önceden hukuk mahkemesinde verilmiş bir karar olması halinde Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlememesi, eğer buna rağmen iddianame düzenlenmiş ise ceza mahkemesinin sanık hakkında beraat kararı vermesi gerektiği savunulmaktadır.(Akkaş, **agm**, s. 213); Ayrıca belirtilmelidir ki, ceza mahkemesinde sahtelik iddiasının öne sürülebilmesi ifadesinin soruşturma evresini de kapsayacak biçimde yorumlanarak, savcıların belgenin sahte olmadığına ilişkin karara dayanarak kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermelerini sağlayacak şekilde ele alınabilmesi için düzenlemede “ceza organları” ifadesinin kullanılması önerilmektedir.(Akkaş, **agm**, s. 214.); Belirtmek gerekmektedir ki ceza mahkemesi tarafından verilen senedin sahte olduğuna ilişkin kararlar bağlamında mahkûmiyet kararlarının hukuk hâkimini bağlaması gerekmektedir. Beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararları bakımından ise bu kararların hangi nedenle verildikleri önem arz etmektedir. Hükmün aynı yönde eleştirisi için bkz: Atalı, **age**, s. 2083.

ceza muhakemesi bakımından fiil kavramını tanımlama noktasında yetersiz olacağını belirtmek gerekmektedir.

D. Fiilin Muhakeme Sürecindeki Görevleri

Ceza muhakemesi hukukunda fiilden birçok işlev ifa etme bağlamında yararlanılmaktadır. Buna göre temel olarak muhakeme hukuku anlamında fiilin dört görevi olduğundan bahsedildiği görülmektedir. Bu görevler sınırlayıcı bir fonksiyon görmektedirler. Buna göre hukuki bağlılığın konusunu belirleme, hükme ulaşmanın sınırlarını belirleme, ceza davasının değişmesinin sınırlarını belirleme ve kesin hükmün kapsamının sınırlarını çizmek fiilin görevleridir³⁴. Fiil kavramının görevlerini iki ayrı başlık altında inceleyen görüşler de bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre fiil hâkimin araştırma ve karar verme görevinin kapsamını belirlemenin yanında, önleme etkisinin kapsamını belirlemede önem arz etmektedir³⁵. Bir diğer görüş ise benzer şekilde fiilin muhakeme konusunun belirlenmesini sağlayarak hukuki araştırmanın ve kararın konusunu tespit etme görevi gördüğünü ve böylelikle muhakeme konusunun kim tarafından ve nasıl değiştirilebileceğini belirlemeye yaradığını, ayrıca maddi anlamda kesin hükmün sınırlarını belirlediğini ifade etmektedir³⁶. Belirtmek gerekmektedir ki burada ifade edilen görev ve işlevler fiilin kovuşturma evresinde ifa ettiği görev ve işlevlere ilişkindir. Nitekim fiilin soruşturma evresi bakımından önemi bulunmakla birlikte, bu evrede fiilin ayrı bir anlamda ele alındığı belirtilmektedir³⁷. Fiilin hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde bir görev ifa ettiğine ilişkin görüş bazı mahkeme kararları tarafından kabul

³⁴ Kindhäuser, **Strafprozessrecht**, 2. bs. Baden-Baden, Nomos, 2010. § 25, Rn 5; Klaus Volk, **Grundkurs StPO**, 5. Bs. München, Beck, 2006 § 13, Rn. 4; Roxin/ Schünemann, **Strafverfahrensrecht**, 29. Bs. München, Beck, 2017, § 20, Rn. 2; Beulke, **age**, § 25, Rn. 512

³⁵ Christian Bertel, **Die Identität der Tat**, Viyana, Springer Verlag, 1970, s. 21.

³⁶ Löwe/ Rosenberg, **Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Grosskommentar § 256 - § 295**, 26. Auflage, Band 6, Teil 2, De Gruyter, Göttingen, 2013, § 264, Rn. 4; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s.95.

³⁷ Löwe/ Rosenberg, § 264, Rn. 3; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 3.

edilmekle birlikte, bazı mahkeme kararları tarafından reddedilmektedir³⁸. Bize göre fiil soruşturma evresinden başlayarak hükmün verilmesine ve hükmün kesinleşmesinden sonrasını da kapsayacak şekilde her evrede bir görev ifa etmektedir. Nitekim örneğin soruşturma faaliyetlerine başlanabilmesi için suç teşkil ettiği düşünülen bir vakanın varlığına gereksinim duyulmaktadır. Soruşturma evresinde bu vakanın araştırılmaya başlanması ile vakanın unsurlarına ilişkin sınırlayıcı bazı hususların gündeme gelmesi söz konusu olmaktadır. Daha sonraki muhakeme evreleri de büyük ölçüde soruşturma evresindeki bu araştırma faaliyeti neticesinde sınırlandırılan vakaya dayanmaktadır. Bu bağlamda doktrinde çoğunluk görüşü olarak kabul edilen ve fiilin sınırlandırma görevini esas alan görev ayrımı göz önünde bulundurulmalıdır.

Fiilin belirlenmesi muhakemenin tüm sùjeleri bakımından önemlidir. Örneğin ceza muhakemesinde sanık, hakkındaki tüm iddialar konusunda bilgilendirilmek zorundadır. Bu bağlamda iddianamede yer almayan isnatlar sanığa yöneltilemeyecektir³⁹. İsnadın sınırlarının belirlenmesi ise en başta iddianamede gösterilen fiilin sınırlarına bağlı olarak ortaya konulmak zorundadır. Öte yandan hâkimler ise kovuşturma evresinde yerine getirilmesi gereken muhakeme faaliyetinin sınırlarını yine fiili göz önünde bulundurarak yerine getirmektedirler⁴⁰. Hâkim kendi açısından kendi araştırma yetkisinin hangi kapsamda ortaya çıktığını bilmelidir. Bu nedenlerle fiilin sınırlarının özel olarak çizilmesi gerekmektedir⁴¹. Böylelikle muhakemenin çeşitli evrelerinde veya farklı muhakemelerde ele alınan fiilin birbiriyle aynı mı yoksa tamamen farklı mı olduğu saptanabilmektedir⁴². Dolayısıyla

³⁸ Löwe/ Rosenberg, § 264, Rn. 4; Barthel, **age**, s. 80 vd.

³⁹ Detmer, **age**, s. 2.

⁴⁰ Roxin/ Schünemann, **age**, § 20, Rn. 2; Beulke, **age**, § 25, Rn. 512; Detmer, **age**, s. 2.

⁴¹ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, İstanbul, Kazancı, 1987, 52; Hubert Detmer, **Der Begriff der Tat im strafprozessualen Sinn**, Bonn, 1989, s. 2; Kyung-Lyul Lee, **Die Präzisierung der "Tateinheit" und Reichweite des Straflage, verbrauchs nach der Entscheidung BGHSt 40, 138 zum "Fortsetzungszusammenhang"**, Logos, Berlin, 2002, s. 192.

⁴² Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 68 vd; Roxin/ Schünemann, **age**, § 20, Rn. 5; Detmer, **age**, s. 2.

aynı fiile dayalı birden fazla yargılama yasağının sınırları da bu ölçülere dayalı olarak kesin biçimde belirlenebilmektedir⁴³.

Fiilin ilk görevi olan hukuki bağlılık iddianamenin kabulü ya da bunun yerine geçen işlemin tamamlanması ile başlar ve hâkim kararının kesinlik kazanması ile sona erer. Söz konusu görev muhakemede neyin derdest olduğunun anlaşılmasını sağlamaktadır. Alman hukukunda savcı StPO §156⁴⁴,ya göre bu iki aşamadan sonra davayı geri alamaz ve bu noktadan sonra artık ceza muhakemesindeki üstünlük hâkime geçer. Nitekim buna benzer CMK m. 175 düzenlemesi de iddianamenin kabulüyle kamu davasının açılmış olacağını ve kovuşturma evresinin başladığını belirtmektedir. Hukuki bağlılık ile artık yeni bir muhakeme süreci, başka bir mahkeme tarafından daha geniş kapsamlı bir yargılama yürütülmesi, engellenir. Nitekim Alman hukukunda bu bir iddianamenin iadesi nedenidir. Ceza muhakemesi bağlamında fiil kavramı bu nedenle kesin hükmün sınırlarını belirler. Zira muhakemenin konusunun objektif unsurunu oluşturan muhakeme anlamında fiil kavramı dışında kalan fiiller artık ancak başka bir yargılama yapılmasını gerektirecektir⁴⁵.

Hükme ulaşmanın sınırlarını belirleme bakımından da fiilin son derece önemli bir görev ifa ettiği görülmektedir. Nitekim hükmün konusu, iddianamede belirlenmiş olan fiildir. Bu husus hem Alman ceza muhakemesi hem de Türk Ceza Muhakemesi Kanununda açık bir biçimde belirtilmektedir. Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen fiil ve fail hakkında olabilecektir⁴⁶. Bu bağlamda muhakemenin konusunun mahkemenin vereceği hükmün sınırlarını belirlediği görülmektedir. Mahkeme bu konuyu tüm ceza hukuku yönlerinden değerlendirme görev ve yetkisine

⁴³ Dionysios D. Spinellis, **Die materielle Rechtskraft des Strafurteils**, München, 1962, s. 5 vd; Roxin/Schünemann, § 20, Rn. 2; Beulke, **age**, § 25, Rn. 513; Detmer, **age**, s. 2;

⁴⁴ Söz konusu hüküm “Mahkemece iddianamenin kabulünden sonra kamu davası geri alınamaz” düzenlemesini getirmektedir. (Yenisey/Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozeßordnung (StPO)**, Beta, 2. Baskı, 2015, s. 255)

⁴⁵ Kanpirom Komalarajun, **Die prozessuale Tat nach deutschem Recht und der angeklagte Akt nach thailändischem Recht**, Frankfurt, Peter Lang, 2014. s. 15; Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 52; Spinellis, **age**, s. 8.

⁴⁶ Bu konu için bkz. aş.178 vd.

sahiptir. Dolayısıyla bunun mefhum-u muhalifi mahkemenin araştırma ve çıkarım yapma görevinin mahkeme önündeki davada yer alan ceza muhakemesi anlamında fiil kavramı dışındaki olaylar bakımından mevcut olmadığıdır⁴⁷. Bu nedenle muhakeme anlamında fiil hükmün kapsamını da sınırlamaktadır. Mahkemenin maddi gerçeği araştırma görevi yalnızca iddianamede belirlenmiş ve sınırlanmış fiil bakımından bulunmaktadır. Mahkeme bu şekilde belirlenen fiilin kapsamında yer almayan olaylardan maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü bağlamında sorumlu değildir⁴⁸.

Ceza davasının değişmesinin sınırlarını belirleme hususu ise fiilin kapsamının ceza yargılaması sırasında değişmesi bakımından önem arz etmektedir. Fiilin tükenmesi ilkesi uyarınca Alman hukukunda StPO § 244⁴⁹'ten ileri gelen mahkemenin maddi gerçeği bulma yükümlülüğü genişlemektedir. Bu anlamda mahkeme sadece dava edilen fiili değil, görülmekte olan davanın konusunu oluşturan fiilin sınırlarını aşmadığı sürece, kovuşturma evresinde ortaya çıkan yeni vaka ve değerlendirmeleri de araştırma ve karar verme faaliyeti kapsamına almak durumundadır. Sanığı karar için önem arz eden yeni bir fiil parçasının kabul edilmesine ilişkin bir sürprizden korumak için, ortaya konulan vakanın göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵⁰. Yeni vakaların başka bir fiil oluşturduğu durumlarda, mahkemenin bunlara işaret etmesi yeterli olmaz. Zira bir davanın eksikliği durumunda, davasız yargılama olmaz ilkesi uyarınca, bunlar araştırma ve kararın konusuna dâhil edilemezler. Bu yeni vakalar görülmekte olan davada savcının bir yeni bir iddianame düzenlemesi durumunda dava edilmiş sayılacaklardır. Aynı muhakeme anlamında fiilde, mahkemenin tüm cezalandırılabilme olasılığı

⁴⁷ Komalarajun, **age**, s. 16; Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 53.

⁴⁸ Beulke, **age**, § 25, Rn. 512; Roxin/ Schünemann, **age**, § 20, Rn. 2; Komalarajun, **age**, s. 16.

⁴⁹ Delillerin ortaya konulması hususunu düzenleyen bu hüküm uyarınca mahkeme delillerin ortaya konulmasının kapsamını maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla karar için önemli tüm olgu ve delilleri kapsayacak biçimde kendiliğinden genişletir. (Yenisey/Oktar, **age**, s.321-322)

⁵⁰ Hükmün konusunun iddianamede belirlenen fiil olduğunu belirten StPO § 264, CMK m. 225 hükümleri ile hukuki nitelemedeki değişikliklere ilişkin olan StPO § 265 ve CMK 226 hükümleri bu görevle bağlantılıdır. Bkz. aş. s. 169 vd.

bulunan değerlendirme ve fikirleri kapsayan tek bir mahkûmiyet kararında bir araya getirmekle yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Fiilin kapsamında olmayan vakalar ise yetkili mahkeme tarafından mahkûmiyet hükmünün konusu yapılamazlar. Bunun sınırı da yine bu yeni vakaların ek iddianame (Nachtragsanklage, StPO § 266) ile dava edilmemiş olmalarıdır⁵¹.

Kesin hükmün sınırlarının belirlenmesi bahsi bakımından önem gösteren mesele özellikle kesin hükmün önleme etkisi bakımındandır. Nitekim maddi anlamda kesin hüküm önleme etkisine sahiptir. Maddi anlamda kesin hüküm böylelikle aynı fiilden dolayı yapılacak bir yargılamayı tüketmektedir. O fiilden dolayı bir yeniden bir yargılama yapılması yasaklanmaktadır⁵². Bu sonuç “non bis in idem” ilkesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu bu ilke Türk Hukukundan farklı olarak Alman Hukukunda Anayasa’da düzenleme altına alınmıştır (Alman Anayasası m. 103/3)⁵³. Bu bağlamda muhakemenin konusunun kesin hükmün kapsamını belirlediğini söylemek gerekmektedir. Fiilin kapsamında kalan vakalar, kovuşturma evresinde göz önüne alınmamış olmalarına rağmen, yeni bir yargılamanın konusu yapılamayacaklardır⁵⁴.

E. Fiilin Görevleri Bakımından Muhakemenin Evrelerinde Birlik Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu

Fiilin görevleri bağlamında değinildiği üzere fiil muhakemenin her evresinde bir görev ifa etmektedir. Muhakemenin her evresi ve bu evreleri oluşturan çeşitli safhalar bakımından fiilin aynı anlam ve içeriğe sahip olup olmaması gerektiğine ilişkin problem ise fiil birliği problemi olarak ifade edilmektedir.

Bir yandan muhakemenin çeşitli evrelerinde fiilin aynı şekilde algılanması gerektiği savunulurken, aşağıda buna karşı olan görüşlere de yer verilecektir.

⁵¹ Beulke, **age**, § 25, Rn. 512; Roxin/ Schünemann, **age**, § 20, Rn. 2; Komalarajun, **age**, , s. 15.

⁵² Spinellis, **age**, s.40; Komalarajun, **age**, s. 16; Kindhäuser, **StPO**, § 25, Rn. 34; Roxin/Schünemann, **age**, , § 52, Rn. 6; Volk, **age**, § 32; Rn. 6.

⁵³ Spinellis, **age**, s. 7; Komalarajun, **age**, , s. 16; Kindhäuser, **StPO**, § 25, Rn. 34; Roxin/Schünemann, **age**, § 52, Rn. 6; Volk, **age**, § 32; Rn. 6.

⁵⁴ Komalarajun, **age**, s. 17.

1. Fiil Birliğini Savunan Görüşler

Fiil birliğini kabul eden görüşlerden bir kısmı iddianamede yer verilen, mahkemenin araştırmasına konu olan ve kesin hükmün konusunu oluşturan fiilin aynı anlama geldiğini savunmaktadırlar⁵⁵. Alman Hukukunda yargı kararları tarafından da ortaya konulan ve baskın görüş olarak nitelendirilen görüş bu yndedir⁵⁶. Bazı yazarlar ise iddianamede ve mahkemenin araştırması sırasında ifade edilen fiilin aynı olduğunu, ancak hükmün kesinleşmesi açısından kabul edilen fiil kavramının daha dar olması gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁷. Zira hükmün kesinleşmesi noktasında fiilin geniş biçimde kabul edilmesi, kesin hükmün nleme etkisinin uygulama alanını da genişletecektir - ki bu genel olarak arzu edilmeyen bir durumdur⁵⁸. Nitekim bir olay parçasının başka bir olay ile aynı fiili oluşturduğu kabul edilecek olursa, aynı fiil altında yer alan ancak esas yargılamada göz önüne alınmayan olay, yeniden kovuşturulamayacaktır. Bu nedenle bazı yazarlar nleme etkisinin kapsamını daraltma arayışına girmişlerdir. Bu bağlamda nleme etkisi sadece olayda somut olarak değerlendirilen ve hüküm verilen konu ile sınırlandırılmış; ancak potansiyel olarak denetleme imkânı bulunan ve fakat denetlenmeyen hususlar kapsam dışında bırakılmıřtır⁵⁹.

BGH'nin BGHSt 29, 288 kararına kadar yargı kararlarının ve doktrinin çoğunluğu istisnasız olarak fiil kavramının birliği savunduğu belirtilmektedir⁶⁰. Bu

⁵⁵ Velten, **SK-StPO**, Carl Heymanns Verlag, Band V, 5. Neu bearbeitete Auflage, 2016, § 264 Rn. 6.

⁵⁶ Löwe/Rosenberg, § 264, Rn. 2; Meyer – Goşner / Schmitt, §264, Rn. 8; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 20; BVerfGE 23, 191, 202; 45, 434, 435; BGHSt 6, 92, 95; 29, 288, 292; 32, 146, 150; 35, 69, 71, 35, 318, 323.

⁵⁷ Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 20; Klaus Marxen, **Der prozessuale Tatbegriff in der neueren Rechtssprechung**, StV 1985, 475; Büchner, **age**, s. 112.

⁵⁸ Ulrike Dithmar, **Der Grundsatz “ne bis in idem” und das fortgesetzte Delikt**, Verlag Shaker, Aachen, 1195, s. 37; Komalarajun, **age**, s. 18.

⁵⁹ Fiili cezalandırma yaklaşımları için özellikle bkz: Büchner, **age**, s. 112; Heinrich Henkel, **Strafverfahrensrecht**, 2. b. 1968, s. 389.

⁶⁰ Bu kararda belirli bir tarihten itibaren suç örgütüne ye olmak Şeklindeki mütemadi suçtan yargılanarak haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı verilen faillerin, hükmün kesinleşmesinden sonra örgüt yeliği sırasında kasten öldürme suçlarını da işlediklerinin anlaşılması karşısında, kesin hükmün nleme etkisinin kasten öldürme suçları bakımından ne olacağı tartışılmaktadır. Karar suç

önleme etkisinin, aynı fiil altında olmasından ötürü mahkemenin kovuşturmada (Hauptverhandlung) göz önüne alması gereken ve fakat almadığı, olayları da kapsamı anlamına gelmektedir. Sanık bu olaylardan dolayı tekrar soruşturulamaz ve kovuşturulamaz⁶¹.

Alman hukuku bakımından fiil kavramının birliği düşüncesi en temel olarak StPO §155⁶², §264⁶³ ve Alman Anayasası 103/3'ün lafzi yorumuna dayandırılabilir. Buna göre kanun koyucunun her üç düzenlemede de aynı olmak üzere “fiil” ifadesini kullanması, fiilin yerine getirdiği tüm görevler bakımından aynı anlama sahip olduğuna işaret etmektedir⁶⁴.

Lafzi yorumun yanı sıra, gai yorumla ulaşılan sonuç da fiil kavramının birliğini destekler niteliktedir. Alman Anayasası m. 103/3'te yer alan “non bis in idem” ilkesi hakkında ister beraat ister mahkumiyet kararı verilmiş olsun, sanığı aynı olaydan dolayı yeni bir yargılamadan korumaktadır, böylece hükümden sonra özellikle mahkûm olan kişi bakımından hukuki barış kurulmuş olur. Yargı organları aracılığı ile devlet dava edilen fiili kapsamlı biçimde araştırma hak ve yükümlülüğü altındadır. Bunun karşılığı olarak ise devlet bir hükmün kesinleşmesi ile kendini bağlamaktadır⁶⁵. Böyle bir bağ mahkemenin yargılama sırasında tanınmayan bir

örgütüne üye olmak suçu özelinde, öldürme suçlarının örgüt üyeliği suçu bakımından aynı fiil olarak ele alınamayacağını açıklamaktadır. Bu karar aşağıda ele alınmaktadır. (BGSt 29, 288.(https://www.jurion.de/urteile/bgh/1980-06-11/3-str-9_80/); Bkz aş. s. 221; Aksi yöndeki kararlar için bkz: BVerfGE 45, 434, 435; 56,22,29; RGSt 24, 419; 49, 272, 274; BGHSt 13, 21,22; 25,388, 390; 32, 145, 150; NJW 1955, 1240; OLG Celle VRS 36, 353; OLG Hamm StV 1984, 16; Ayrıca bkz.: Hans Achenbach, “Strafprozessuale Ergaenzungsklage und materielle Rechtskraft”, in: **ZStW 1975.**, s. 90; Hermann Krauth, “Zum Umfang der Rechtskraftwirkung bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller und terroristischer Vereinigungen”, in: **Strafverfahren in Rechtsstaat Festchrift für Theodor Kleinknecht**, München, 1985, Oehler, **Roselfeld FS**, s. 142; Roxin/ Schünemann, **age**, § 20, Rn. 2; Büchner, **age**, s. 112; Herzberg, **agm**, s. 120; Peters, **age**, s. 278; Beling, **age**, s. 267)

⁶¹ Dithmar, **age**, s. 37; Detmer, **age**, s. 77; Bertel, **age**, s. 16; Komalarajun, **age**, s. 19.

⁶² **StPO §155 Kovuşturmanın kapsamı:** Kovuşturma ve hüküm sadece iddianamede belirtilmiş olan fiili ve dava ile suçlanmış olan kişileri kapsar (Yenisey/ Plagemann, **age**, s. 252)

⁶³ **StPO §264 Hükümün konusu:** Verilen hükmün konusu, duruşmanın neticesinde ortaya çıkmış şekli ile, iddianamede tanımlanmış olan fiildir. (Yenisey/ Plagemann, **age**, s.342)

⁶⁴ Dithmar, **age**, s. 38; Komalarajun, **age**, s. 19.

⁶⁵ Dithmar, **age**, s. 38; Komalarajun, **age**, s. 19.

olayı daha sonraki bir muhakemede muhakemeye dâhil etmemesi şeklinde kendini göstermektedir. Eğer mahkeme cezalandırma ihtimali görmüyorsa mahkûm edilen kişinin sorumluluğuna gidilmemelidir⁶⁶. Bu nedenle non bis in idem kuralının tam olarak uygulanabilmesi için görülmekte olan bir yargılamada fiilin değiştirilmesine izin verilmesi gerekmektedir⁶⁷.

Fiil kavramının birliği sistematik yorumla da doğrulanabilir⁶⁸. “non bis in idem ilkesi” maddi kesin hükmün bir getirisidir ve kaçınılmaz olarak muhakemenin konusu ile ilgilidir. StPO § 264’e göre hükmün konusunu oluşturan her şey, maddi kesin hükümde de yer almaktadır, ayrıca hakkında hüküm verilen ne varsa bir daha hüküm verilemeyecektir. Bu açıdan ceza davasının hakkında karar verilen fiilden daha geniş bir kapsamda tükenmesi mümkün değildir. Zira aksi durumda cezalandırılmayan bir boş alan kalma ihtimali bulunmaktadır⁶⁹. Dolayısıyla StPO § 264 ve Alman Anayasası 103/3 arasındaki bu sistematik bağlantı iki düzenleme bakımından farklı fiil kavramları kullanılmasının kurulan bu sisteme aykırı olduğunu göstermektedir⁷⁰.

Benzer şekilde yargılamanın yenilenmesi hükümleri incelendiğinde de fiil kavramının birliği sonucuna varılması mümkün olacaktır. Bu düzenlemeler yeni bir fiili durum ya da delil ortaya çıkması durumunda yeni bir yargılamayı mümkün kılmaktadır. Kanun koyucu bu düzenleme ile ilk yargılamada doğrudan göz önünde bulundurulmayan bir materyalin önleme etkisini ihlal ettiği durumda, önceki yargılamada nelerin mahkeme tarafından bilindik ya da tanımlanabilir olduğunu düzenlemektedir⁷¹.

⁶⁶ Dithmar, **age**, s. 38; Komalarajun, **age**, s. 20.

⁶⁷ Sebastian Cording, **Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten**, Duncker & Humblot, Tübingen, 1992 s. 199; Detmer, **age**, s. 98; Oehler, **Roselfeld FS**, s. 141; Christian Schöneborn, “Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozessualen Tatbegriff”, in: **MDR 7/1974**, s. 530; Wolter, **GA 1986**, s. 155.

⁶⁸ Cording, **age**, s. 199.

⁶⁹ Cording, **age**, s. 199, 200.

⁷⁰ Cording, **age**, s. 200.

⁷¹ Cording, **age**, s. 200; Bertel, **age**, s. 186.

Aynı çıkarıma tarihi yorum vasıtası ile ulaşmak da mümkündür. Nitekim kanun koyucu davanın vasıf değiştirmesi yetkisinin önemli olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu, ceza davasının dönüşümünü engelleyen değil bunu kabul eden ve kapsamlı geniş bir kesin hüküm gücüne neden olan bir fiil kavramı kabul etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu bakımından fiil kavramının birliği kendiliğinden kabul edilmiştir⁷².

Bunların yanı sıra “yaptırım gücü” düşüncesi de fiil kavramının tekliliğini desteklemektedir. Nitekim devletin maddi ceza hukukunu uygulayarak maddi adaleti tesis etme ve hukuk güvenliğini sağlama hak ve görevi bulunmaktadır. Bu görevi yerine getirmek için kanun devlete çeşitli güç araçları sunmaktadır. Devlet bu görevi yalnızca bu araçlar vasıtasıyla yerine getirmek zorundadır, ancak bunu yaparken aynı fiilden dolayı bir daha yargılama yapamayacaktır. Devletin bu yaptırım gücü hem davanın vasıf değiştirmesi hem de kesin hükmün tam olarak aynı fiil kavramını esas alması ile kabul edilebilir⁷³.

2. Fiil Birliğine Karşı Olan Görüşler

a. Muhakeme Dinamiği Görüşü

Yargı kararları ve literatürün baskın görüşüne karşılık bazı yazarlar kesin hüküm bağlamındaki fiilin yargılama sırasındaki fiilden daha dar anlaşılması gerektiği görüşünü savunmuşlardır⁷⁴.

Bu görüşü savunan yazarlardan ilki olan *Peters* fiil kavramını belirlerken öncelikle yargılama sırasındaki fiilin hükmün kesinleşmesi bağlamındaki fiil kavramından daha dar belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁵. Bu noktada *Peters* görüşünü muhakeme dinamiğine (Dynamik des Prozesses) dayandırmaktadır. Yazara

⁷² Cording, *age*, s. 199; Schöneborn, *age*, s. 530.

⁷³ Cording, *age*, s. 200; Detmer, *age*, s. 95; Achenbach, *agm*, s. 90.

⁷⁴ Komalarajun, *age*, s. 119.

⁷⁵ Peters, *age*, s. 278.

göre muhakemenin konusu tarihi bir olaydır ve fiil ise bu konunun olgusal kısmı ile ilgilidir. Ceza yargılamasının konusu her zaman bir bakışta görülen bir olaydır. Buna göre soruşturmanın başlangıcında bu olay henüz kişi odaklı değildir. Zira ilk başta örneğin bir öldürme olayının bir intihar mı, kaza mı, doğal bir ölüm mü ya da bir cinayet mi olduğu tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu noktada failin ele alınmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak eğer bu öldürmenin mağdur dışındaki bir insan tarafından gerçekleştirildiği tespit edilecek olursa bu noktadan sonra tarihi olay bir kişi çerçevesinde ortaya konulmaya başlanacaktır. Daha sonra yapılan araştırmalar fiil ve fail arasındaki ilişkinin aydınlatılması amacı ile gerçekleştirilmektedir. Hatta kovuşturma evresinde kişi her zaman daha fazla odak noktası teşkil etmektedir. Nihayetinde kişinin kusurlu olup olmadığı yönünde yapılan bir kişilik değerlendirmesi esasen fiil değerlendirmesi olarak ele alınacaktır⁷⁶.

Yazara göre soruşturma evresinde yapılan değerlendirme hukuki olmaktan uzak, daha çok olgular göz önüne alınarak yapılmaktadır. Oysaki kovuşturma evresi söz konusu olayın hukuki olarak sınıflandırılması faaliyeti olarak daha kapsamlı bir şekilde anlaşılmalıdır⁷⁷. Muhakeme evreleri arasındaki bu temel farkları ortaya koyduktan sonra yazar, bu şekildeki bir dinamiğe sahip olan ceza muhakemesinde fiil birliğinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir⁷⁸.

Bu şekildeki bir sonuç Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda StPO § 155 ve § 264 arasındaki farkın ortaya konulması bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda *Peters* fiil kavramının muhakemenin soruşturma ve kovuşturma evrelerinde – ayrıca kovuşturmada yargılama ve hüküm verme safhalarında- farklı bir etkiye sahip olduğunu belirtmektedir. Nitekim soruşturma evresinin başında fiilin kapsamı, değişimi ya da genişliği bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu evrede hem kolluk hem de savcı olay ve kişileri bir sınırlama olmaksızın

⁷⁶ Peters, **age**, s. 279.

⁷⁷ Peters, **age**, s. 279; Yazar soruşturma evresinde hem kolluk hem de savcı tarafından da hukuki değerlendirme yapılabileceğini, ancak bunun sadece suç karşılığında öngörülen yaptırımın belirlenmesi amacının gerçekleştirilmesi ve bu bağlamda madde bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesin sağlanmasına hizmet etmek olduğunu belirtmektedir (Peters, **age**, s. 279, 280.)

⁷⁸ Peters, **age**, s. 280.

genişletebilir, daraltabilir ve düzenleyebilir. İlk olarak iddianamenin kabul edilmesi ile ise araştırmanın sınırlandırılması ile karşılaşılır. Bu durum StPO § 155'te yer verildiği üzere mahkemenin yalnızca iddianamede belirtilen fiil ve fail bakımından bir araştırma ve dolayısıyla yargılama yapabilecek olmasını ifade etmektedir. Bu aşamada hâkim söz konusu fiili – iddianamenin sınırları ile bağlı kalmak üzere- geniş olarak ele alma yetkisini haizdir. Oysaki hüküm verme safhasındaki (StPO § 265) fiil kavramı bunlardan tamamen ayrı bir işleve sahiptir. Zira yazara göre hüküm amaca uygunluk, hukuk güvenliği ve adalet ilkelerini sağlamaya yönelmektedir. Yazar yargılama ne kadar geniş kapsamlı yapılırsa, bu amaçlara ulaşmanın o derece zorlaşacağını belirtmektedir. Bu gerekçelerle yazar soruşturma evresi ve kovuşturma evresinde ele alınan fiil kavramlarının birbirinden farklı olması gerektiğini; soruşturma evresindeki fiil kavramının diğerine göre geniş bir şekilde ele alınabileceğini belirtmektedir⁷⁹.

b. Muhakeme Evrelerinin Farklılığı Görüşü

Benzer şekilde *Büchner* de farklı muhakeme evrelerinde fiilin içeriğinin farklılaşması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş de fiil kavramının muhakemenin farklı evrelerinde farklı temellere dayanması ve farklı işlevler ifa etmesi fikrine dayanmaktadır. Hukuki kararların temeli iddianame yoluyla mahkemeye sunulan olgulardır. Ancak bu şekilde belirlenen olay tek başına kesin hükümün nleme etkisinin konusu olamaz, zira hükümün maddi olarak kesinleşmesinin işlevi uyarınca, bir mahkeme kararının içeriğinin değişmezlik ve kesinliğini güvenceye almak için maddi kesin hüküm doğrudan hukuki değerlendirmenin konusuna değil hukuki değerlendirmeye bađlanır⁸⁰. Mahkeme bu yolla ilk olarak, olguların her yönüyle araştırılması ve sonrasında hükümde yer verilmesi görevini ifa eder. Bu sayede “non bis in idem” kuralının müdahalesini ve kapsamını da tespit etmiş olur⁸¹. *Büchner*,

⁷⁹ Peters, **age**, s. 281.

⁸⁰ Büchner, **age**, s. 112.

⁸¹ Bu noktada *Büchner* fiilin tespiti bakımından Alman hukukunda sıkça başvurulan örnekler üzerinden bir açıklama getirmektedir. Örneğin A'nın meskun mahalde ateş ederek bir kişiye ölümcül biçimde yaralaması ya da ehliyetsiz olarak araç kullanırken bir kişiye çarparak taksirle yaralaması vakaları mahkemenin aydınlatması ve yaptırma hükmetmesi gereken fiili olay (tatsachliche Gecshehnis)

Peters tarafından ortaya konulan görüşlerin hükmün maddi kesinleşmesinin işlevini ve hukuki kararın bozulmaz bir biçimde ortaya koyması bakımından önemli olduğunu ve kabul edilmesi gerektiğini ancak hükmün kesinleşmesi bağlamında fiil aynılığına ilişkin açık ve belirli bir açıklama getiremediği için bütüncül olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir⁸².

c. Sanığın Güveninin Korunması Görüşü

Krauth, örgütlü suç hakkında verilen ve kesinleşmiş bir hükümden sonra örgütlü suçun işlenmesi sırasında gerçekleşen daha ağır bir başka suçun ortaya çıkmasının kesin hükmü etkileyip etkilememesi üzerinden hareket etmektedir. Yazara göre sanığın yargılamaya ve adalete olan güveni korunmalıdır. Buna göre eğer ki sanığın iddianamede isnat edilmemiş; dolayısıyla yargılamada araştırmanın konusu yapılmamış ve başka bir suç oluşturan bir suç söz konusu ise, hakkında verilen kesinleşmiş hüküm yargılamada göz önüne alınmamış bu fiil tarafından ortadan kaldırılamaz⁸³. Bu yeni nitelenen suçla ilişkin olguların iddianamede sunulmuş olması ve fakat kovuşturma evresinde göz önüne alınmamış olmaları nedeniyle muhakemenin çeşitli evrelerinde farklı fiillerden bahsedilmesi gerekmektedir. Nitekim bu durumda hâkim failin başka bir suç oluşturan davranışını fiili olarak göz önüne almamış durumdadır⁸⁴.

d. Sanığın Savunma Menfaati Görüşü

Marxen ise görüşlerini sanığın savunma menfaatine dayalı olarak şekillendirmiştir. Buna göre sanığın savunma menfaati devam eden bir yargılamada dar bir fiil kavramı ile; buna karşılık hükmün kesinleşmesi ise geniş bir fiil

oluşturur. Bu yargılamanın işlevi hangi suçların bu fiili olaylar kapsamında kaldığını tespit etmek ve hükümde bağlayıcı olarak bunu ortaya koymaktır. (Büchner, **age**, s. 112, 113.)

⁸² Büchner, **age**, s. 118.

⁸³ Krauth, **agm**, s. 229.

⁸⁴ Krauth, **agm**, s. 232.

kavramının kabulü ile daha iyi gerçekleşir⁸⁵. Dolayısıyla yargılama sırasında ele alınan fiil ile kesin hükmün konusunu oluşturan fiillerin birbirlerinden farklı olmaları bu menfaatin gerçekleşmesi için gereklilik arz etmektedir⁸⁶.

e. Eleştirisi ve Değerlendirme

Yukarıda bahsettiğimiz görüşlere birçok farklı itiraz yöneltilmesi mümkündür. Bu itirazlardan en belirginini söz konusu görüşün temellendiği hukuk kurallarının sistematik ve gaî yorumudur. “non bis in idem” ilkesi hükmün kesinleşmesinin çıkış noktasını oluşturmakta ve doğrudan doğruya hakim değerlendirmesinin konusuna atıf yapmaktadır. Dolayısıyla hükmün konusu olan her şey kesin hükümde de bulunmaktadır. Bu bağlamda hakkında bir defa hüküm verilen şey, bir defa daha başka bir hükmün konusunu oluşturamayacaktır. Zira bu noktada kesin hükmün önleyici etkisinden söz edilecektir. Kesin hükmün önleyici etkisinin hakim değerlendirdiği olaydan daha geniş çapta olması ise beklenemez. Hükmün kesinleşmesi hakim değerlendirmedeği hususlar bakımından da kabul edilecek olursa cezasız bir alan ortaya çıkacaktır⁸⁷.

Nitekim “non bis in idem” ilkesi sanığın ve genelin hukuki refahının korunmasına hizmet etmektedir. Böylelikle kişi aynı olaydan dolayı ikinci bir yargılamadan korunmaktadır. Dava edilmiş olan fiilin araştırılması devlet bakımından hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Bu şekildeki bir bağ, mahkemenin ortada duran tanıdık olmayan bir vakıayı sonraki bir muhakemede geniş bir şekilde ele alabilmesi ile karakterize edilmektedir. Dolayısıyla mahkeme bir cezalandırma ihtimalini atladıysa, buna ilişkin yük sanığa

⁸⁵ Marxen, **agm**, s. 476.

⁸⁶ Marxen, **agm**, s. 477.

⁸⁷ Komalarajun,**age**, s. 121; Cording,**age**, s. 199.

yüklenemez⁸⁸. Bu nedenle önleme etkisinin kapsamı davanın değişmesi yetkisi ile zorunlu olarak aynı olmalıdır⁸⁹.

Bu çerçevede *Peters*'in muhakeme dinamiği şeklinde ifade ettiği görüşünün de ikna edici olmaktan uzak olduğu belirtilmektedir. Dava edilmiş cezalandırılabilir bir vakıa dava ve hüküm arasındaki süreçte kaybedilemez Ayrıca hükmün kurulması ile hükmün kesinleşmesi arasında StPO uyarınca bir muhakeme dinamiği olmadığının da belirtilmesi gerekmektedir⁹⁰.

Konu Türk hukuku bakımından incelendiğinde ise muhakemenin konusu ve hükmün konusunun birbirine aynı olduğu neticesine ulaşmak gerekecektir. Nitekim CMK m. 175/4 iddianamede yüklenen suçu oluşturan eylemlerin, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması gerekliliğini belirtmekte; m. 225 ise açıkça hükmün konusunun iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiiller olduğunu söylemektedir. Bu nedenle hükmün konusunu, iddianamede sınırları belirtilerek yargılama konusu yapılan fiillerin oluşturduğunu belirtmek gerekmektedir. Nitekim iddianamenin, yargılamanın ve hükmün konusu muhakemenin konusu olarak ifade edilebilir⁹¹. Söz konusu düzenlemeye ilişkin hükümet tasarısı gerekçelerinde de kamu davasının yani yargılamanın konusu ile hükmün konusunun maddi olay bakımından aynı olduğu vurgulanmıştır⁹². Bunun yanında Yargıtay'a göre de hükmün konusu iddianamede gösterilen fiil ve fail ile sınırlı olmak zorundadır. Nitekim mahkemeye göre hüküm kim hakkında ve hangi eyleminden dolayı dava

⁸⁸ Komalarajun, **age**, s. 121.

⁸⁹ Cording, **age**, s. 199; Detmer, **age**, s. 98, Oehler, **Roselfeld FS**, s. 141; Schöneborn, **agm**, s. 530; Wolter, **agm**, s. 155.

⁹⁰ Komalarajun, **age**, s. 121.

⁹¹ İlgili tartışma için bkz. aş. s. 97 vd.

⁹² Hükümet Tasarısı Gerekçesi için bkz: Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, s. 711; Osman Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, 4. Bası, Ankara, 2009, c. II, s. 2063; CMUK'a ilişkin benzer yorum için bkz: Faruk Erem, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi**, Ankara, 1996, s. 568.

açılmış ise o konuyla sınırlı olmalıdır⁹³. Burada işaret edilen maddi olay ile ifade edilen ise esasen incelememizin temelini oluşturan fiildir.

II. FİİLİN SINIRLANDIRILMASINDA VE AYNILIĞININ BELİRLENMESİNDE ESAS ALINMASI GEREKEN HUSUSLARA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. Muhakeme Hukuku Bağlamında Fiilin Sınırlandırılması ve Aynılığının İfade Ettiği Anlam

Fiil bakımından en genel anlamda tartışma konusu oluşturan ve birbirleriyle bağlantılı olan iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki fiilin doğal anlamda mı yoksa normatif anlamda mı belirlenmesi gerektiğine ilişkin ortaya çıkmaktadır. Bu sorun fiilin sınırlandırılmasına ilişkindir. Diğeri ise bir muhakemede fiilin hangi durumlarda aynı kabul edileceğinin belirlenmesidir. Bu sorun ise fiilin aynılığı⁹⁴ problemi olarak adlandırılabilir. İlk soruya verilecek cevap ikinci sorunun çözümü bakımından da önem arz etmektedir.

⁹³ Ali Rıza Çınar, “Hükmün Konusu”, in: **TBB Dergisi**, S. 84, 2009, s. 36. Bkz: YCGK 06.11.2007, 203/224 “hükmün konusu iddianamede gösterilen eylemdir. İddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu öne sürülen fiilin dışına çıkılması, dolayısıyla davaya konu edilmeyen bir eylemden dolayı yargılama yapılması ve açılmayan bir davadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Bu bakımdan iddianamenin ayrıntılı olması, yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiil/fiillerin nelerden ibaret olduğunun hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak biçimde açıklanması zorunludur. Böylelikle sanık; sorgusundan önce iddianame okunduğunda üzerine atılı suçun ne olduğunu anlamalı, buna göre savunmasını yapabilmeli ve kanıtlarını sunabilmelidir. Yüklenen suç açık ve net olarak belirlenmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Bu itibarla, sanık H.Ç. hakkında 14.08.2002 günü sahtecilik eyleminden dolayı yönetime uygun biçimde açılmış bir dava bulunmadığı halde, bu hususta ayrı bir dava açılması sağlanmadan sözü edilen eylemden de sorumlu tutulup hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması isabetli görülmemiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının bu yönden de kabulü ile Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün, suç niteliğinin belirlenmesi ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasındaki yanlışlar nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir”; Ayrıca bkz.: “İddianamede tanımlanan eyleme göre, sanık hakkında görevliye etkin direnme suçundan dava açıldığı gözetilmede, dava açılmayan görevliye sövme suçundan hüküm kurularak CYK'nın 225. Maddesine aykırı davranılması”. Y4. CD. 12.12.2007, 2006/6564, 2007/10735.

⁹⁴ Belirtelim ki “aynı fiil” ile “birbirinin aynı olan iki fiil” kavramlarının anlamları farklıdır.(Erem, age, s. 650)

Fiile ilişkin görüşleri sistematik olarak ortaya koymadan önce fiilin sınırlandırılması ve fiilin aynılığı kavramlarının ne ifade ettiğini belirlemek gerekmektedir. Nitekim eski tarihli literatürün hemen hepsi ve bazı görece yeni kaynaklar ayırım yapmaksızın yalnızca fiilin aynılığından bahsetmekte ve bu kavram altında fiilin sınırlandırılmasını ifade ederek muhakemenin konusu olarak fiilin hangi genişlikte ele alınması gerektiği problemi üzerinde durmaktadırlar⁹⁵. Buna karşılık fiilin aynılığı kavramı yeni literatürde dava ve hükümde fiilin aynılığı ile derdest olan bir dava ile kesin hükmün konusunun aynılığını ifade eder biçimde kullanılmaktadır⁹⁶.

a. Fiilin Sınırlandırılması

Fiilin sınırlandırılması fiilin hangi unsurları kapsamına almak suretiyle belirlenmesi gerekliliğine ilişkindir. Nitekim fiilin doğal veya normatif kriterler esas alınarak belirlenip belirlenmeyeceğine ilişkin tartışma tek başına fiilin sınırlarının belirlenmesine ilişkin bir sorun teşkil etmektedir. Zira muhakeme hukuku bağlamında fiil kavramının ortaya konulmasında ortak kabul gören husus, bunun suç ile ilgili yani *crimen* değil ve fakat olgusal yani *factum* bir kavram olduğudur. Burada *factum* ifadesi Türkçe “fiil” olarak ifade edilen, ceza muhakemesinde fiilin vakaya dayalı olarak, ceza hukukunda yer alan bir suç tipi göz önüne alınmaksızın olaya bağlı bir şekilde belirlenmesi gerekliliğini anlatmaktadır. Nitekim “*idem crimen*” muhakemenin konusunun belirlenmiş fiil parçaları ve bunların maddi hukuktaki nitelikleri yoluyla belirlenmesi anlamına gelirken, “*idem factum*” muhakemenin konusunun iddianamede belirlenmiş fiil parçalarının hukuki nitelikleri

⁹⁵ Keetsin Liu, **Der Begriff der Identität der Tat**, Breslau, 1927, s. 8; Fritz Frank, **Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt**, 1933, s. 7; Ernst Beling, **Deutsches Reichsstraftprozess**, 1928, § 28.

⁹⁶ Wolfgang Noftz, **Der Prozessgegenstand im Strafverfahren in Fällen fortgesetzter Handlung und gleichartiger Verbrechensmenge**, Kiel, 1965, s. 37; Wolfgang Barthel, **Der Begriff der Tat im Strafprozessrecht**, Druck Schon, 1972 s. 35 vd.; Klaus Tiedemann, **Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre**, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969, s. 42; Ralf Neuhaus, **Der Strafverfahrensrechtliche Tatbegriff: “ne bis in idem”**, Bochum, Studienverlag Brockmeyer, 1985 s. 23 vd; Dietrich Oehler, “Die Identität der Tat”, in: **Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld**, s. 142; Komalarajun, **age**, s. 3; Detmer, **age**, s. 21 vd.

göz önüne alınmaksızın ortaya konulması olarak tanımlanmaktadır⁹⁷. Dolayısıyla iddianamede ya da hükümden belirlenmiş olan ve fail tarafından gerçekleştirilen hareket esasen bir ya da birden fazla tarihi olaydan (geschichtlicher Vorgang) kaynaklanan; bu olay ya da olaylara dayanan fiil olarak anlaşılmalıdır. Ancak bu baskın görüşün cevap bulmakta zorlandığı soru neyin “**bir tarihi olay**” teşkil etmesi gerektiği ve bu tarihi olaya bağlı başka vakaların hangi kriterlere göre bunun kapsamında sayılıp sayılmayacağıdır⁹⁸. Bu kapsamın belirlenmesinde bir görüş doğal yaşam olaylarının (natürliche Lebensauffassung) tek bir tarihi vaka olarak sayılması gerektiğini belirtirken; bir başka görüş ise doğal yaşam olayları kriterinin yeterli olmayacağını savunmaktadır⁹⁹.

b. Fiilin Aynılığı

Fiil bakımından çözümlenmesi gereken ikinci mesele olarak ortaya koyduğumuz fiil aynılığı ise sınırlandırılmış olan fiilin bir başkası ile aynı olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak kritere ilişkindir¹⁰⁰. Gerçekten de hem yargı kararları hem de literatürde ortaya atılan görüşler, fail tarafından gerçekleştirilen davranışın ne şekilde aynı sayılacağına ilişkin kuralları koymayı amaçlamaktadır. Zira bu şekilde bir yaşam olayının belirli bir parçasının bir yargılamaya, başka bir parçasının ise başka bir yargılamaya ilişkin olduğu veya başka bir yargılama bakımından muhakemenin konusunun objektif unsurunu oluşturması gerektiği belirlenebilecektir. Nitekim bu sınırlama – aşağıda görüleceği

⁹⁷ Komalaraqun, **age**, s. 3; Detmer, **age**, s. 5; Löwe/ Rosenberg, § 264, Rn. 10. Bu iki kutup arasında bir karma yol olarak kesinleşmiş bir hükme ilişkin fiil parçalarının sadece aynı ya da benzer değeri koruyan suç tipleri bakımından uygulanabilir olduğu da belirtilmektedir. (Löwe/ Rosenberg, §264, Rn. 10.)

⁹⁸ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 57; Detmer, **age**, s. 5.

⁹⁹ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 58; Detmer, **age**, s. 5; nelerin doğal addedileceği hususunda bir uzlaşma bulunmamakta ve sınırlarının değişkenliği tartışmalıdır (Marxen, **StrafV 1985**, s. 473; Detmer, **age**, s. 5); Bu tarihi vakanın kapsamının belirlenmesine ilişkin kriterler aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir. (Bkz. aş. s. 38 vd.)

¹⁰⁰ Keetsin Liu, **Der Begriff der Identität der Tat**, Breslau, 1927, s. 9; Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 68 vd.

üzere – mahkeme kararları tarafından yapıldığı gibi doğal yaklaşımla ya da doktrinde yer aldığı üzere normatif teoriler– hukuki değer teorileri ya da hareket teorileri gibi– göz önüne alınarak gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Belirtelim ki genel olarak fiilin aynı olup olmadığına ilişkin genel geçer bir ölçüt ortaya konulmasının mümkün olamayacağı zira bunun her bir somut olay bağlamında yapılan değerlendirme neticesinde karar verilecek bir husus olduğu belirtilmekle birlikte¹⁰¹, buna ilişkin bir formül ortaya koyma çabaları bulunmaktadır¹⁰².

Belirli unsurlarla sınırlandırılmış olan bir tarihi olayın bir başkası ile aynılığının tespit edilmesi için yapılacak araştırmada hangi unsurların örtüşmesinin yeterli olacağına veya sınırlandırılmada kullanılan unsurlar dışında başka unsurların eklenip eklenmemesi gerektiği ortaya konmalıdır. Zira tarihi olayların aynılığı, maddi ceza hukukundaki fiil aynılığından farklı olarak, kendine has bir özellik taşımaktadır. Nitekim aynı fiilden dolayı birden fazla yargılama olamayacağına ilişkin kuralın uygulanması doğrudan doğruya bu hususun tespitine bağlıdır¹⁰³.

Fiilin aynılığı kavramı ile esasen fiilin tamamen birbirine eşitliği ifade edilmemektedir. Gerçekten de muhakeme hukuku bağlamında fiil tarihi açıdan önem arz eden bir vaka, bir olay olarak kabul edilecek olduğunda, “iki olay birbiri ile aynı olamaz. Hiçbir durumda bir olay bir diğeri ile aynı değildir”¹⁰⁴ şeklinde bir kabul hareket etmek gerekecektir. Bu durumda ise iddianamede belirtilen olay ile kesinleşmiş hükümde yer alan bir olayın hiçbir zaman için “aynılığından” bahsedilemeyeceği söylenmektedir. Bu açıdan bunlar arasında muhakeme hukuku anlamındaki fiilin “aynı olup olmadığına” ilişkin bir soru, yanlış anlaşılmaya neden olabilecek niteliktedir. Dolayısıyla muhakeme hukuku bağlamında fiil konusu ele alınırken sorulması gereken soru “ *Burada yer alan fiil parçaları (fiili durumlar)*

¹⁰¹ Löwe/Rosenberg, § 264, Rn. 14.

¹⁰² Örneğin Alman RGH genel geçer bir formül bulunmayacağına ilişkin kararlar vermekte ve kanunkoyucunun amacını uygulamaya çalışmaktadır. (Löwe/Rosenberg, § 264, Rn. 14.) Bkz. aş. s. 80 vd.

¹⁰³ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 42; Komalarajun, **age**, s. 4.

¹⁰⁴ Donald Davidson, Zur Individuation von Ereignissen, **in: Handlung und Ereignis**, Frankfurt am Main, 1990, s. 233.

iddianamede yer verilen ve belirlenmiş bulunan ya da hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunan fiil kapsamında sayılabilir mi?” şeklinde formüle edilmelidir¹⁰⁵. Aynı biçimdeki soru fiil tekliği bakımından da isabetli olacaktır. Bu çerçevede çalışmamız neticesinde ulaşılabilecek olan ölçütler bir olayın bir diğeri ile aynı ya da denk olup olmadığını karşılaştırmaya ve bu yönde bir karar vermeye yönelik olmayacaktır. Ancak burada amaçladığımız, ceza muhakemesi bağlamındaki bir fiilin ne şekilde “bireyselleştirilmesi” gerektiği bu bağlamda da bir olay parçasının başka bir olayın içerisinde görülmesi için gerekli olan kriterlerin ne olduğunun ortaya konulup konulamayacağıdır. Zira olayı bireyselleştirme bakımından ulaşılan ölçütler, bu amacı gerçekleştirebilirse, bu hem fiilleri birbirinden ayırmaya hem de bununla bağlantılı olanları o kapsamda değerlendirmeye hizmet edebilecektir.

Bu noktada fiilin değişikliğe uğramasının muhakeme bakımından ne anlama geldiği ve bunun sonuçlarına ilişkin çıkarımlar fiilin aynılığı sorunu bağlamında ele alınmalıdır¹⁰⁶. Nitekim fiilin hem olgusal hem de hukuki olarak değişikliğe uğraması mümkündür. Hukuki değişiklik hâkimin ortaya konulan fiile ilişkin pozitif hukuk kurallarına dayanarak yaptığı değerlendirmenin savcının değerlendirme ve nitelendirmesinden farklılık arz etmesini ifade eder ve hâkimin bu konuda serbestçe hareket edebileceği söylenebilir. Ancak fiilin olgusal bir değişikliğe¹⁰⁷ uğraması alanı problem arz etmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda yukarıda belirtilen amaçlara ulaşabilmek için, fiilin aynı olup olmadığına ilişkin iki problem grubu

¹⁰⁵ Komalarajun, **age**, s. 4.

¹⁰⁶ Detmer, **age**, s. 19.

¹⁰⁷ Fiilin olgusal bir değişikliğe uğraması ceza muhakemesi bağlamında kapsamı belirlenmiş olan fiilin zaman, yer, konu, mağdur ve fail unsurları şeklindeki esaslı unsurlarından biri ya da bir kaçını bakımından değişikliğe uğramasını ifade etmektedir. Salt bir olgusal değişiklik çoğu durumda hukuki değişikliği beraberinde getirmez. Ancak bunun aksi mümkündür. Örneğin fiilin belirli bir tarihte işlendiğine ilişkin olarak yargılama sırasında ortaya çıkan bir değişiklik, söz gelimi lehe kanunun uygulanmasını gerektirir bir durum da ortaya çıkarıyorsa, bu durumda hem olgusal hem de hukuki bir değişiklikten söz etmek gerekmektedir. Salt bir olgusal değişikliğin ise fiilin aynı sayılmasını önleyici etkiyi hangi hallerde gösterebileceği söz konusu değişikliğin hangi unsura ilişkin olduğuna göre cevabı değişen bir sorudur. Bkz. aş. s. 169 vd.

tespit edilmesi yerinde olacaktır. Bu problem grupları fiilin genişlemesi(Tatumfang–Tatausweitung) ve fiil unsurlarının ikamesi (Tatersetzung) olarak ifade edilebilir¹⁰⁸

i. Fiilin Genişlemesi

Fiilin genişlemesi olarak ifade edilen mesele esasen fiilin kapsamına ilişkin bir belirleme yapılmasını amaçlar. Burada amaç fiilin muhakeme hukuku anlamındaki “vakaya dayalı kapsamının” belirlenmesi sonrasında ortaya çıkan bir başka vakanın da buna dahil olup olmadığının belirlenmesidir. Başka bir ifadeyle burada muhakemede yer verilen fiilin hangi olay parçasından meydana geldiği ya da hangi olayların birlikte değerlendirilmesi gerektiği gösterilmektedir¹⁰⁹. Nitekim yargılama sırasında ele alınan kapsamı belirlenmiş olan fiil, daha sonradan ortaya çıkan fiili de içine aldığı kabul edilecek olursa burada muhakeme hukuku anlamında fiil aynılığından bahsetmek gerekecektir. Bunun maddi ceza hukukunda yer alan içtima problemine benzer olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira bu kapsamda yapılacak incelemede örneğin bir hırsızlık suçu gerçekleştirilirken işlenen yaralama suçunun aynı olay kapsamında ele alınıp alınamayacağı, ya da bir kimsenin ateş edilerek öldürülmesi olayının ateş edilen yer bağlamında meskûn mahalde ateş etmek suçunu da kapsayıp kapsamayacağı, bu bağlamda muhakemenin konusunun objektif unsurunu oluşturan fiilin hangi sınıra kadar genişlemesi gerektiği üzerinde durulur¹¹⁰. Dolayısıyla bu problem grubu bakımından genellikle isnat edilen suçların bağdaşık olup olmadığı göz önüne alınmaktadır. Burada daha sonradan ortaya çıkan olayın davaya dâhil edilip edilmemesi gerektiği belirlenmektedir¹¹¹.

¹⁰⁸ Wolter, **GA 1986**, s. 143, 169; Aynı yöndeki kavramlaştırma için bkz: Komalarajun, **age**, s. 5; Fiil genişlemesi (Tatausweitung) ve fiil ikamesi (Tatersetzung) kavramları yerine fiilin kapsamı (Tatumfang ya da Tatvollständigkeit) ve fiil dönüşümü (Tatumgestaltung ya da Abweichungsfälle) kavramları da kullanılmaktadır. (Detmer, **age**, s. 19 vd; KMR/ Stuckenberg, § 264, Rn. 9.)

¹⁰⁹ Barthel, **age**,s. 42; Detmer, **age**, s. 21; Komalarajun, **age**, s. 5; Roxin, **agm**, 346.

¹¹⁰ Barthel, **age**, s. 43; Komalarajun, **age**, s. 5.

¹¹¹ Ralf Neuhaus, **Der Strafverfahrensrechtliche Tatbegriff: “ne bis in idem”**, Bochum, Studienverlag Brockmeyer, 1985 s. 149; Komalarajun, **age**, , s. 6;. Bkz: Detmer, **age**, s. 22; Wolter, **GA 1986**, s. 89; Hatta bu örnek bağlamında Alman Anayasası m. 103/3’e göre A hakkında mala zarar verme

Bu noktada belirtmelidir ki, bu problem grubu bakımından da fiilin bir “*crimen*” değil bir “*factum*” olarak anlaşılması bir önkoşuldur. Gerçekten bir olay parçasının kapsamından bahsedilmek istendiğinde bu ancak fiilin mekânsal ve tarihi olarak sınırlanabilir bir olay olarak yorumlanması ile mümkündür. Buna karşın, böyle bir “*prensipte fiili*” fiil kavramının fiilin bir *crimen* olarak ele alınması ve buna bağlı olarak örneğin fiilin tespitinde “*hukuken korunan değer*” kavramının kullanılması durumunda mümkün olmadığı söylenmektedir. Örneğin A bir kişinin aracını yakar. Burada A’nın aracı yakması bir hareket yani bir *factum* ve bir muhakeme anlamında fiil olarak ele alınır. A hakkında mala zarar vermeden dolayı (a suçu) bir iddianame düzenlenir ve kovuşturma evresine geçilir. Ancak kovuşturma evresinde ya da hüküm kesinleştikten sonra A’nın gerçekleştirdiği bu hareketin aynı zamanda B’nin ölümüne (b suçu) de neden olduğu tespit edilir. İşte buradaki mesele A hakkında yapılan yargılamada B’nin ölümünün aynı fiil sayılmak suretiyle görülmekte olan yargılamaya dâhil edilip edilemeyeceği; ya da mala zarar verme suçundan görülen yargılamada verilen hükmün kesinleşmiş olması ihtimalinde A’nın daha sonra B’nin ölümü dolayısıyla yargılanıp yargılanamayacağıdır¹¹². Zira burada muhakeme hukuku anlamındaki fiil bir *factum* olarak anlaşıldığında, hem öldürme hem de mala zarar verme suçları aynı fiil altında değerlendirilir ve tek hareket ve ayrılmaz bir *bütün* olarak ele alınır. Bu durumda fiil aynı olduğundan dolayı bunun bir suçun hukuki nitelendirmesinde değişiklik olarak yorumlamak gerektiği belirtilmektedir. Nitekim Alman hukukuna göre diğer suçun yargılama sırasında ortaya çıkması durumunda StPO § 265¹¹³ uyarınca bu suç yargılamaya dâhil edilebilir¹¹⁴. Burada

suçundan dolayı verilen hüküm kesinleştiğinde, A öldürme suçundan dolayı bir daha yargılanamayacaktır (Detmer, **age**, s. 22).

¹¹² Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 64; Detmer, **age**, s. 22.

¹¹³ Söz konusu madde “Hukuki nitelemede değişiklik” başlığını taşımaktadır ve “Hukuki nitelemenin değiştiği önceden özellikle açıklanmadan ve kendisine müdafaa için fırsat verilmeden; sanık, mahkemece kabul edilmiş olan iddianamede ileri sürülmüş olandan başka ceza hükmüne göre mahkum edilemez” düzenlemesini getirmektedir. Benzer hüküm CMK m. 226’da “Suçun niteliğinin değişmesi” başlığı ile düzenlenmektedir. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Bkz. aş. s. 173 vd.

¹¹⁴ Bu örnekte Alman hukukuna göre StPO § 266’ya göre bir ek iddianame sunulması yerine StPO § 265 uyarınca öldürme suçu gözden kaçan bir fiil olarak yargılamaya dahil edilir. Zira ek iddianame sadece ilk başta bilinmeyen suçun dava edilen fiilden başka bir fiil oluşturması durumunda mümkün ve aynı

eğer fiil bir “*crimen*” olarak kabul edilmiş olsaydı, mala zarar verme suçunda hukuken korunan değer mülkiyet, öldürme suçunda ise yaşam hakkı olduğundan tamamen zıt bir karar verilmesi gerekeceği belirtilmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla fiil kavramının fiili bir somut hukuki değer koruması (hukuken korunan değer) olarak gören anlayışla uyumlu olmadığı belirtilmektedir¹¹⁶. Bu iki kabulden hangisinin isabetli olduğunun belirlenmesi çeşitli görüşler ortaya atılmıştır¹¹⁷. Ancak kanun koyucu fiil kavramına ilişkin yaklaşım hususunda bir görüş belirtmediğinden, pozitif hukuk kurallarının göz önüne alınarak bir çözüm getirilmesi de göz önüne alınabilir bir öneri olarak görülmektedir.

Fiilin genişlemesine ilişkin hususlar Alman hukukunda StPO §154a I’de işaret edilmiştir¹¹⁸. Bu düzenlemede kanun koyucu açıkça “*aynı fiil ile ortaya çıkan birden fazla kanun hükmünün ihlalin*”den bahsetmektedir¹¹⁹. Bu düzenleme maddi ceza hukukundaki fikri içtima ile benzeşmektedir¹²⁰. Bu bağlamda StPO § 154a/1 , StGB §52¹²¹ bağlamında fiil birliği içinde bulunan çok sayıda suçun muhakemede sadece bir fiil oluşturduğunu ortaya koymaktadır¹²². Bu anlayışa göre nasıl ki fikri içtima

zamanda zorunludur. Bu durum kesin hükmün kapsamını da etkiler. Eğer düzenlemeler olmasaydı, sadece (a) suçundan dolayı bir mahkûmiyet verildiği durumda, artık (b) suçundan bir kovuşturma yapılması mümkün olmayacaktı. (Bkz: Detmer, **age**, s. 22; Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 64)

¹¹⁵ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 72; Detmer, **age**, s. 22

¹¹⁶ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 73; Detmer, **age**, s. 21

¹¹⁷ Detmer, **age**, s. 22.

¹¹⁸ StPO §154a “Kovuşturmanın sınırlandırılması” başlığı ile şu düzenlemeyi getirmektedir: “bir fiilin diğerlerinden ayrılabilen münferit kısımları veya bir fiil ile birden fazla kanun ihlallerinden her biri hükmedilmesi gereken ceza veya emniyet tedbirine oranla veya, şüpheli hakkında başka bir fiilden dolayı hükmedilmiş ve kesinleşmiş bulunan veya başka bir fiil dolayısıyla hükmedilmesi beklenen bir ceza veya emniyet tedbiri açısından ağırlıklı önem taşıyorsa, kovuşturma fiilin diğer kısımları veya diğer kanun ihlalleri ile sınırlandırılabilir.”(Meyer – Goßner / Schmitt Kommentar 59. Basım, Beck, München, 2016, §154a, Rn. 4)

¹¹⁹ Meyer – Goßner / Schmitt, §154a, Rn. 4; Barthel, **age**, , s. 99; Detmer, **age**, s. 23.

¹²⁰ Barthel, **age**, , s. 99; Detmer, **age**, s. 23; Karşı görüş için bkz: Bertel, **age**, s. 199 vd.

¹²¹ Söz konusu düzenleme *Tateinheit* başlığı ile fikri içtima durumlarını düzenlemektedir. Bkz (Yenisey/ Plagemann, **Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB)**, Beta, 2015, s.44)

¹²² Roxin, **agm**, 348; Wolter, **GA 1986**, s. 158; Detmer, **age**, s. 23; Bunun kesin hüküm bakımından da geçerliliği olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Fiilin tüm muhakeme boyunca tek olarak kabul

oluşması için kısmi aynılık yeterli görülüyorsa, muhakeme hukuku bakımından da fiilin birebir örtüşmesi aranmamalıdır¹²³. Bu durum suçların hukuki niteliğinin aynı olup olmamasına bağlı değildir¹²⁴. Nitekim farklı neviden fikri içtimada da hem maddi ceza hukuku hem de muhakeme hukuku bakımından bir fiil bulunmaktadır. Bu nedenle fiil bir “*crimen*” değil bir “*factum*” olarak anlaşılmalıdır¹²⁵.

Bu nedenle de esasen doktrinde yaygın görüş olan fiilin tarihi bir olay olarak görülmesi hususu, prensip olarak kabul edilebilir görülmektedir¹²⁶.

Belirtmek gerekmektedir ki fiilin genişlemesi hususu bakımından bazı yazarlar daha sonradan ortaya çıkan fiil parçalarının ilk olarak dava konusu yapılan fiili tamamladığını iddia ederler. Örneğin A'nın B'ye ait bir mücevheri çaldığı hususunda yapılan bir isnada ilişkin yürütülen kovuşturmada, daha sonra A'nın mücevheri alırken B'ye karşı cebir kullandığı vakasının da eklenmesi durumunda ilk başta muhakemenin konusu yapılan vaka esasen değişmemiştir. Burada sadece ikinci bir olay ile tamamlanmıştır. Fiil hem hukuki hem de fiili bakımdan tek bir hareketten hukuki anlamda hareket teklifi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda muhakeme hukukunda bunun tek fiile mi yoksa farklı fiillere mi tekabül ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. A'nın B'ye ait araca zarar verdiği hususunda yapılan yargılamada, sonradan aynı zamanda bu sırada C'nin ölümüne neden olduğu tespiti yapılırsa, bu durumda da muhakemenin konusunu teşkil eden fiilin genişlemediği kabul edilmektedir. Buna göre dava iddianamede belirtilmeyen daha geniş bir inceleme

edilip edilmemesi gerekliliğine ilişkin tartışmanın cevabına bağlı olarak bu husus değişkenlik gösterecektir. Bkz. Detmer, **age**, s. 76 vd; Tüm muhakeme bakımından tek bir fiil kavramının kabul edilmesi gerekip gerekmediği tartışması yukarıda ele alınmaktadır. Bkz. yuk. s. 15 vd.

¹²³ Ingeborg Puppe, **Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz**, GA 1982, s. 142; Alman Hukukunda yargı kararları RGSt 32, 137'den itibaren bu şekildedir. Bkz: Detmer, **age**, s. 23.

¹²⁴ Puppe, **agm**, s. 143.

¹²⁵ Barthel, **age**, s. 53; Detmer, **age**, s. 23.

¹²⁶ Detmer, **age**, s. 23.

noktası bakımından tamamlanmaktadır. Burada da yine fiil aynılığının meydana geldiği sonucuna varılabilmektedir¹²⁷.

Ancak A'nın B'yi öldürmekten dolayı yargılandığı bir davada, daha sonradan A'nın bunun hemen ardından kaza yerinden kaçma (Unfallflucht) suçunu da gerçekleştirmiş olduğu varsayımında fiil aynılığı lehine ya da aleyhine bir hüküm verilmesi diğer örneklere nazaran sorun arz etmektedir. Bu örnek bakımından maddi ceza hukuku anlamında bir içtima söz konusu olmadığı, dolayısıyla da fiilin genişlediği sonucuna varılmaktadır. Nitekim burada bir fiil oluşturması gereken bir olay parçasının kapsamı hareket tekliği kavramı ile sınırlandırılmaktadır, bu nedenle burada iki fiilin kabul edilmesi mümkündür; ancak eğer ki fiil kapsamı geniş olarak ele alınırsa bu durumda da aynı "yaşam olayı"ndan bahsedilmesi imkânı doğar ve tek bir fiil olduğu söylenebilir¹²⁸.

Başka bir örnek ise A'ya 17 Ağustos tarihinde B'yi yaralama fiilinin isnat edilmesi, ancak sonradan anlaşıldığı üzere bu olaydan bir gün sonra A'nın B'yi öldürmeye teşebbüs ettiği bir vaka olarak sunulabilir. Bu sorun bakımından da fiil aynılığının hem lehine hem de aleyhine bir çözüm yolu bulmak mümkündür. Nitekim bu tür durumların çözümü tamamen fiilin kapsamının ne olduğunun belirlenmesine bağlıdır.

Bu kapsamda zikredilen örnekler ve problem grubu altında çözümlenmesi gereken vakalar bakımından söylenmesi gereken esasında bu tür durumlarda fiilin bir değişikliğe (dönüşüme) uğramış olmadığıdır. Bunlar bakımından söz konusu olan husus, fiile yeni bir takım verilerin eklenmesi olmaktadır¹²⁹.

ii. Fiil Unsurlarının İkamesi

Fiilin ikamesi problemi esasen iki hususla ilgilenmektedir. Birincisi davada ortaya konulan ve incelenen olay parçasının iddianamede belirtilenden tamamen

¹²⁷ Detmer, *age*, s. 24.

¹²⁸ Detmer, *age*, s. 24.

¹²⁹ Detmer, *age*, s. 25.

farklı bir şekilde gerçekleşmiş olması ve ikinci olarak ise davadaki isnadın başka bir isnat ile ikame edilmesi gerekliliğinin söz konusu olması ve ilk isnadın ortadan kalkması halleridir¹³⁰.

Söz konusu bu duruma ilişkin olarak örneğin A hakkında B'yi 18.10.2016 tarihinde (Zaman 1) kendi evinde (Mekân 1) boğarak öldürmekten (Belirli bir hareket 1) kovuşturma başlatılmıştır. Ancak yargılama sırasında ya da hükmün kesinleşmesinden sonra A'nın aslında 16.10.2016 tarihinde (Zaman 2) bir bodrum katında (Mekân 2) ateşli silahla vurarak (Belirli bir hareket 2) öldürdüğü saptanmıştır. Bu olaya ilişkin çözüm ise göz önünde bulundurulacak değerlendirme kriterine göre farklılık gösterir. Örneğin burada neticenin esas alınması durumunda, fiile ilişkin tüm unsurlar değiştirilmiş olmasına rağmen, burada da fiilin aynı sayılması gerektiği belirtilmektedir. Burada B'nin öldürülmesi fiilinde, zamanı, mekânı ve belirli hareket unsurları geri planda kalmakta, söz konusu ihlal bütünlüğünü ve değişmezliğini koruyarak varlığını sürdürmektedir. Bu örnekte her ne kadar fiilin zamanı, yeri ve şekli değişmiş olsa da, fiilin aynı kaldığı bahsetmek yine de mümkün olmaktadır. Zira burada önem arz eden "B'nin öldürülmesi"dir. Ancak netice yerine fiili oluşturan unsurlar yani zamanı mekân ve hareketin şekli göz önünde bulundurulduğunda sonuç değişecektir. Bu ihtimalde ilk olarak iddianamede belirtilen fiil ile daha sonradan ortaya çıkan fiilin aynı vaka varsayılarak bağlantılandırılması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla bu örnekte bu iki vaka aynı fiil olarak değerlendirilemeyecektir. Fiilin yeri, zamanı ve hareketin ortaya çıkış şekli bakımından bağdaşmaz olan bu iki vaka, birbiri ile yanyana bulunamaz. Bu durumda buradaki sorun zaman, mekân ve hareket bakımından değişiklik gösteren bu ikinci olayın birinci yerine yargılanıp yargılanmaması gerektiğinin saptanmasıdır¹³¹.

İkincisi ise iddianamede formüle edilen isnadın bir başkası ile ikame edilip edilemeyeceği ve bu bağlamda ilk isnadın ortadan kalkıp kalkmayacağıdır¹³².

¹³⁰ Detmer, **age**, 26.

¹³¹ Detmer, **age**, , s. 26; İhlalin "ayırtedilebilirliği" ve "aynı türden olması" bunu karakterize etmektedir; Wolter, **agm**, s. 173.

¹³² Detmer, **age**, s. 26; Komalarajun, **age**, s. 5.

Örneğin X olayına ilişkin hırsızlıktan yapılan bir yargılamada beraat kararı verilmesinin aynı olaydan dolayı ileri sürülebilecek bir hırsızlık konusu malın satın alınması (Hehlerei) isnadını tüketmesi, bu problem grubuna ilişkin bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğer isnat edilen suçlar bağdaşık değilse, burada fiil ikamesi probleminin ortaya çıktığını belirtmek gerekmektedir. Hem mantıki hem de hukuki sebeplerden, burada yalnızca ya bir suçtan ya da diğer suçtan bir yargılama yapılması mümkün olmaktadır. Nitekim örneğin hırsızlık suçunun faili ile hırsızlık konusu malın satın alınması suçunun faili aynı kişi olamazlar. Bu nedenle buna benzer örneklerde faile yalnızca bir suç yüklenebileceğinden, bu iki olayın aynı muhakeme anlamındaki fiile bağlanması mümkün değildir. Dolayısıyla buradaki esas sorun daha sonradan meydana gelen ikinci olayın, ilk aşamada iddianamede belirtilen olay yerine ikame edilip edilmemesi gerektiğidir¹³³.

Fiil ikamesine ilişkin sorunların çözülmesi için fiilin bir *factum* olarak değil bir iddia olarak kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir¹³⁴. Zira aksi durumda, A hakkında B'yi öldürmekten dolayı belirli bir zaman, yer ve hareket biçimi belirtilerek yapılan yargılamanın bir konusunun kalmaması gündeme gelecektir. Zira davada somut olarak ortaya konulan ve mahkemenin daha sonraki bilgisi ile sınırlandırılan suç hiçbir zaman gerçeklikle ilgisi olmayan bir suç olabilir. Bu bakış açısı örneğin bir kişinin bir yargılama sırasında fiili başka bir yer, zaman veya şekilde değil de, hiç gerçekleştirmediği varsayımında daha açık hale gelmektedir¹³⁵. Yargılama, davada belirlenen tarihi gerçekliğin hakikatte meydana gelip gelmediği ya da sadece savcının varsayımında mı gerçekleştiğine ilişkin bir bilgi getirmektedir. Benzer biçimde hükmün verilmesi bakımından da fiil her zaman bir varsayılan *factum* olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla esasen kovuşturma evresinde mahkemenin ilk olarak yapması gereken, iddianamede belirtilen vakanın gerçekliğini veya bunun savcının sadece bir varsayımına mı dayandığını belirlemek olmalıdır¹³⁶. Bu

¹³³ Komalarajun, **age**, s. 6.

¹³⁴ Detmer, **age**, s. 27; Büchner, **age**, s. 120; Liu, **age**, s. 11.

¹³⁵ Detmer, **age**, s. 27; Neuhaus, **age**, s. 195.

¹³⁶ Detmer, **age**, s. 27; Büchner, **age**, 121; Neuhaus, **age**, s. 3.

bağlamda hüküm verme safhasında da bu gibi durumlarda fiilin yalnızca “iddia edilen bir factum” olarak ele alınması gerektiği belirtilmektedir¹³⁷. Mahkeme adli bir gerçeklik olarak o zamana kadar ortaya konulan fiil iddiasına ikna olmuş olmalıdır, ancak elbette ki bu yargılamada doğrulanan hipotezlerin her zaman gerçeği gösterdiği anlamına gelmemektedir¹³⁸.

¹³⁷ Detmer, **age**, s. 27

¹³⁸ Detmer, **age**, s. 27; diğer fiil ikamesi durumları bakımından ise fiilin olayın hukuki nitelendirmesinin değişmesini gerektirecek kadar geniş bir değişiklik içinde olması örnek verilebilir. Örneğin A 15.10 tarihinde bir yüzüğü çalmadığı ancak bunu 17.10 tarihinde hırsızlık konusu malın satın alınması (hehlerisch) mülkiyetine geçirdiği saptanabilir. Bu olayda ilgili tüm fiil parçaları yeni olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla bu gibi bir durumda aynı fiilden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bkz.: (Detmer, **age**, s. 28); Bir başka örnek ise A'nın B'yi bir trafik kazasında öldürmesinden dolayı yapılan bir yargılamada, hükmün kesinleşmesinden sonra, aracın A değil C tarafından kullanıldığı saptanmaktadır. Bu durumda A hakkında yapılan yargılama sırasında ek iddianame (Nachtragsanklae) olmaksızın diğer isnadın gündeme getirilmesi mümkün olabilecek midir? Ya da hükmün kesinleşmesinden sonra A'nın durumu ne olacaktır? Burada da fiilin ikamesi probleminden bahsetmek gerekmektedir. Trafik kazası olayda bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmasına rağmen, bu fiili bir gerçeklik değildir. Bu gerçeklik A'ya isnad edilemeyecektir. Buradaki husus A tarafından gerçekleştirilmiş olan hareketin başka bir hareketle değişmesidir. (Bkz: Detmer, **age**, s. 29); bir başka örnek ise bir BGH kararında karşımıza çıkmaktadır. Sanık A'ya diğer sanık B ile birlikte bir kız çocuğunu boğarak öldürdükten sonra cesedini saklamaya yardım etme fiili isnad edilmektedir. İlk derece mahkemesi O'nun beraatine karar vermiş, A'nın ise öldürme suçundan mahkûmiyetine hükmetmiştir. BGH ise davanın konusunun aynı olduğunu kabul etmemiştir. Yani BGH'ye göre burada aynı fiilden bahsedilemez. BGH burada kısmen fiilin kapsamı kısmen ise fiilin ikamesi problemi üzrinden sorunu çözmeye çalışmıştır. (Detmer, **age**, s. 29); A hakkında 16.6 tarihinde B'ye ait bir mücevheri çalmaktan dolayı bir kovuşturma başlatılmıştır. Ancak mahkeme fiilin ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin kesin bir kanaat elde edememiştir. Yargılama sırasında mahkeme A'nın ya 16.6 tarihinde hırsızlık suçunu işlediğini ya da 18.6 tarihinde hırsızlık konusu malın satın alınması suçunu gerçekleştirdiğini tespit etmektedir. Bu olayda da alternatif tipiklik uygulaması esasında bir fiil ikamesinin gerekli olup olmadığını da araştırmayı gerektirmektedir. (Detmer, **age**, s. 31); A ya 15.5 tarihinde ya da 16.6 tarihinde yaptığı tanıklıklar sırasında ya x veya y bilgilerini söyleyerek gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu iddia edilmektedir. bir diğer durumda da A hem x hem de y bilgisini gerçekten de söylemiştir, ancak bu iki birbiriyle çelişen bilgiden hangisinin cezalandırılabilir olduğu belli değildir. Burada olay x ve olay y arasında fiili bir birlik (einheit) kurulabilir. Ancak her iki isnad yanyana gelemmez. Dolayısıyla burada da bir fiil ikamesi durumundan bahsetmek gerekmektedir. (Detmer, **age**, s. 31); A'ya B ile iştirak halinde nitelikli yağma suçunu işlemek suçu isnad edilmektedir. Ancak mahkeme A'nın yağma suçunun bir unsuru olan cebir fiiline iştirakini kesin bir biçimde ortaya koyamamaktadır. Ancak buna karşın A'nın B yağma suçunu gerçekleştirirken sonra, malın alınmasına iştirak ettiği saptanmıştır. Bu durumda kesin mahkûmiyet hırsızlık konusu malın satın alınması suçundan dolayı olacaktır, zira dava edilen vakanın o parçası fiili olarak bunu ortaya koymaktadır. Eğer A'nın aleyhine bir yorum yapılacak olursa A'nın cebir fiilinden de sorumlu tutulması gerekir ki bu durumda malın alınması şeklindeki vaka parçası cezalandırılmaz. eğer B'nin yağma suçunu tek başına gerçekleştirdiği kabul edilecek olursa, malın alınması A'nın fiili bakımından kaçınılmaz olarak cezalandırılabilirliğinin sınırını oluşturacaktır. A'nın StGB 257'ye göre cezalandırılması gerekmektedir. Burada da bir fiil ikamesi problemi bulunmaktadır. A'nın tipik hareketi (markette birine cebir uygulamak) başka bir tipik hareket (hırsızlık konusu malın satın alınması) ile yer değiştirmektedir. Burada fiili olarak her iki hareketin de yanyana bulunması mümkündür. (Detmer, **age**, s. 32.)

Belirtmek gerekmektedir ki fiilin hem fiili hem de hukuki anlamda değişimi olarak adlandırdığımız “fiilin ikamesi”(dönüşümü) kurumu genel olarak az rastlanan bir durum olarak karşılaşılmaktadır. Zira mahkemenin yapacağı araştırma değişmez sınırlara bağlı kılınarak belirlendiğinden dava aslında değişime uğramamaktadır¹³⁹. Ortaya konulan sorunun fiilin genişlemesi mi yoksa ikamesi problemine mi ilişkin olduğunun saptanması için sorun teşkil eden tipikliğin kanuni tanımı ile bağdaşıp bağdaşmadığı belirlenmelidir. Tipikliğin tanımı bağdaşır ise, örneğin meskûn mahalde ateş etmek ve öldürme suçları gibi, sorun fiil kapsamına ilişkindir. Burada sonradan ortaya çıkan vakanın eklenmiş olup olmadığı önem arz etmektedir¹⁴⁰. Öte yandan bağdaşabilen suçlar söz konusu değilse, mesela hırsızlık ve hırsızlık konusu malın satın alınması (Hehlerei), bu durumda fiil ikamesi probleminden bahsedilmelidir. Bu durumlarda mantık kuralları çerçevesinde ya bir olay ya da diğlerinin gerçekleşmiş olma ihtimali bulunmaktadır. Nitekim hırsızlık konusu malın satın alınması suçunun faili aynı zamanda hırsızlık suçunun faili olamaz. Bu nedenle ikinci vakanın birinciye bağlanması ve birlikte bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Burada bu iki suç bakımından ikame ilişkisi tartışılmalıdır.

B. FİİLİN SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1. Alman Hukukunda Yargı Kararları Bağlamında Şekillenen Görüş

Alman ceza muhakemesi hukukunda, muhakeme hukuku anlamında fiil kavramının belirlenmesi çabalarının uzun yıllardır devam ettiği görülmektedir. Nitekim konunun 19. yy'den beri yargı kararlarında tartışıldığı ve bu konuya ilişkin hem dönemden döneme hem de mahkemedен mahkemeye değişen birçok değerlendirme yapıldığı söylenmelidir.

Alman yargı kararlarında fiil kavramı genel olarak olguya dayalı değerlendirmeler yapılması suretiyle belirlenmektedir. Fakat kavrama hasredilecek özelliklere ilişkin

¹³⁹ Löwe/Rosenberg, § 264, Rn. 2; Meyer – Goßner / Schmitt, §264, Rn. 8

¹⁴⁰ Komalarajun, **age**, s. 5.

kanuni bir zorunluluk bulunmadığından hem mahkemenin türüne hem de verilen kararda somut olay adaletini sağlama düşüncesine dayalı farklı tanımlamalara ulaşılmaktadır¹⁴¹. Nitekim mahkemelerin ceza muhakemesine ilişkin ilkeleri ikinci plana atarak hukuk güvenliği ve maddi adaletin sağlanması arasında bir seçim yapmak suretiyle genellikle adalete öncelik verir kararlara hükmettiği tespit edilmektedir¹⁴².

a. Prusya Yüksek Mahkemesinin Görüşü

Öncelikle belirtmelidir ki konunun Almanya’da ceza mahkemeleri tarafından ele alınması Prusya Yüksek Mahkemesi kararları ile başlamaktadır. Bu ilk dönemde ceza muhakemesi anlamındaki fiil kavramının Alman hukukundaki yargı kararları bağlamında kazandığı anlam Fransız hukuku etkisi ile olmuştur¹⁴³. Bu etkide kalan Prusya mahkemeleri ceza muhakemesi anlamındaki fiil kavramını bir olgu olarak ele almamış ve bunun bir suç olarak anlaşılması gerektiği üzerinde durmuşlardır¹⁴⁴.

b. RGH Görüşü

1879 yılında faaliyete başlayan RGH’nin birden fazla farklı fiil uygulaması geliştirdiği görülmektedir. Bu bağlamda mahkemenin fiilin sınırlanması noktasında genel geçer bir formül bulunamayacağı, bunun yerine somut olayın gereklerine göre hareket etme eğilimi olduğu söylenmelidir¹⁴⁵. Konuya ilişkin önceki tarihli

¹⁴¹ Detmer, **age**, s. 1.

¹⁴² Gillmeister, **agm**, s. 1,5.

¹⁴³ Neuhaus, **age**, s. 31.

¹⁴⁴ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 14; Prusya Yüksek Mahkemesinin konu ile ilgili kararları 10.06.1853 GA 1 (1853), 357 f; 06.01.1858, GA 6 (1858), 114f; 15.07.1874, GA (1874), 670 (Kararlar için bkz: Neuhaus, **age**, s. 32; Komalarajun, **age**, s. 73.)

¹⁴⁵ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 15.

kararlarında mahkeme ceza muhakemesi anlamındaki fiili “belirli bir tarihi olay”¹⁴⁶ ya da “sanığın somut bir faaliyeti”¹⁴⁷ olarak tanımlamaktadır. Böylece fiilin kapsamının belirlenmesi ve aynılığı meselesinde, fiil aynılığının **tarihi olayların aynılığına** bağlı olduğu şeklinde bir formül geliştirmiştir¹⁴⁸. Ancak bu şekilde ifade edilen tanımlamalar tarihi olayın kapsamını belirlemeye yardımcı olmamaktadır. Ayrıca bazı olay parçalarının kapsamının aynı olaya ait olduğu ve böylece aynı yargılamada görülüp görülmeyecekleri bu şekilde belirlenmemektedir. Dolayısıyla belirli bir kişi tarafından meydana getirilmiş olan söz konusu bu tarihi olayın bir fiil olarak ele alınması bakımından bir ölçüte ihtiyaç duyulmuştur¹⁴⁹. Mahkeme bu amaçla öncelikle **maddi hukukta yer alan hareket tekliği** kavramına ve **normatif ölçütlere** dayanmıştır¹⁵⁰. Bu bağlamda maddi ceza hukukunda yer alan hareket ve hareket tekliği kavramları fiilin kapsamının belirlenmesi için açıkça karar verici bir ölçüt olarak kullanılmış; maddi ceza hukukunda yer alan fiil ve ceza muhakemesi anlamındaki fiil kavramlarının doğal olarak aynı oldukları ifade edilmiştir¹⁵¹.

Ancak mahkeme tarafından ortaya konulan “*fiil, kapsamı ceza hukukundaki hareket tekliği kurallarına göre belirlenen bir tarihi olaydır*” şeklindeki bu anlayışın özellikle fiilin aynı olup olmadığının belirlenmesi gereken tüm durumlara uygulanamayacağı belirtilmektedir¹⁵². Nitekim sanığa isnat edilen birden fazla suç olması durumunda bunların fiili ve hukuki bakımdan bir içtima oluşturup oluşturmadıklarını belirlemek bakımından söz konusu formül kullanılabilir olsa da,

¹⁴⁶ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 4 “*einen bestimmten äußeren (historischen) Vorgang*” olarak ifade edilmektedir. (RGSt 2, 347, 350; 9 321, 322; 15, 133, 136)

¹⁴⁷ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 15; “*eine konkrete Tätigkeit des Angeklagten*” (RGSt 3, 132, 133; 9, 321, 322)

¹⁴⁸ Komalarajun, **age**, s. 73.

¹⁴⁹ Büchner, **age**, s. 16.

¹⁵⁰ Bu bağlamda mahkeme 1920li yıllara kadar fiil tekliğini zincirleme suçlar, görünüşte içtima ve fikri içtima kurumları bakımından sınırlandırmıştır (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 15) RGSt 2, 347, 349; 5, 105, 108; 7, 32, 33; 7, 229, 232; 9, 420; 15, 23, 27; 23, 7, 8; Detmer, **age**, s. 40; s. 497, 509; Oehler, **Roselfeld FS**, s.139, 145; Komalarajun, **age**, s. 74.

¹⁵¹ Büchner, **age**, s. 17.

¹⁵² Büchner, **age**, s. 17.

yukarıda fiil ikamesi olarak ifade ettiğimiz durumlar bakımından – hırsızlık suçunun değil hırsızlık konusu malın satın alınması suçunun oluştuğunun anlaşılması, failin icrai değil ihmali bir hareketinin olduğunun fark edilmesi- bu formülün uygulanabilir olmadığı belirtilmektedir¹⁵³. Bunun anlamı kullanılan hareket tekliği ölçütünün fiil genişliği sorununa çözüm getirirken, fiil ikamesi bakımından kullanılamaz olduğudur¹⁵⁴. Bunu aşmak için buna benzer olaylarda mahkemenin hareket tekliği yerine maddi ceza hukukundaki **hareket çokluğu** kavramı ile çözüme gittiği görülmektedir¹⁵⁵. Hareketin çok olup olmadığını belirlerken mahkeme ya davada ve hükümde sunulan olayları karşılaştırmakta; ya da mahkeme hareket çokluğunu belirlemekte gerçekleştirilen neticeyi esas almaktadır¹⁵⁶. Buna göre dava sadece belirli bir neticeye neden olunmasına ilişkin olarak açılmış ise, “*sanığın gerçekleştirdiği hareket ile nedensellik bağlantısı içindeki tüm neticeleri kapsayan olay*” fiil olarak görülmüştür¹⁵⁷.

¹⁵³ Büchner, **age**, s. 18; Zira burada iddianamede hatalı olarak belirlenen hukuki nitelendirme ile mahkeme tarafından kabul edilen hukuki nitelendirmenin fikri içtima oluşturması mümkün değildir. Burada ya her iki suçun da farklı failer tarafından gerçekleştirilmiş olduğu ya da bu suçlardan sadece birinin gerçekleştirilmiş olduğu kabul edilmek durumundadır (Büchner, **age**, s. 18.)

¹⁵⁴ Komalarajun, **age**, s. 75.

¹⁵⁵ Bu gibi olaylar bakımından mahkeme StPO'nun amacına uygun olarak fiil kavramını genişletme yoluna gitmiştir. (Büchner, **age**, s. 18.)

¹⁵⁶ Karar için bkz: Büchner, **age**, s. 18; Mahkemeye göre iddianamenin kabulü kararı sanığın tüm hareketlerini içermekte ise, izinsiz ticari avlanma itiyaden işlenen tek bir suç olarak görülmelidir. Hatta mahkeme iddianamede ve iddianamenin kabulü kararında bunlardan haberdar edilmemiş olsa da, bu şekildeki uygulamanın ya da ticariliğin karakterini taşıyan hareketleri yargılamanın ya da hükmün konusu yapmaya görevli ve yetkili olduğunu belirtmektedir: RGSt 7, 32; Bir başka kararında da mahkeme hırsızlıktan dolayı verilen kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı yolu ile onunla birlikte fiil tekliği, zincirleme suç ilişkisi ya da aynı neviden fikri içtima (gesetseeinheit) ilişkisi olan tüm suçlar halledilmiş (erledigt) olacağını kabul etmiştir. Yani mahkemeye göre görünüşte içtima (gesetzeskonkurrenz), fiil tekliği ya da zincirleme suç durumlarında, maddi ceza hukukuna göre birden fazla fiil olsa da, muhakeme hukuku bağlamında tek bir fiil olduğunu kabul etmiştir. RGSt 57, 51; 5, 105; 7, 229; 23, 7.

¹⁵⁷ RG 2, 347. Bkz. Büchner, **age**, s. 19; Ancak Alman Hukukunda Anschlussdelikte olarak bilinen biri bir ile bağlantılı suçlarda, yani hırsızlık konusu malın satın alınması ve bundan yararlanma suçları, “nedensellik bağı içindeki olaylar” ölçütü mahkeme tarafından beyan edilmemiştir. Bu nedenle mahkeme her iki olayı da aynı yargılamaya katabilmek için başka bir ölçüt aramaya zorlanmıştır. Mahkemeye göre hırsızlık ve suç eşyasını satın alma suçları “somut tarihi olay” kapsamında değerlendirilmelidir. (RGSt 8, 135, 141.) Ayrıca bkz: Erich Schwinge, “Identität der Tat im Sinne der Strafprozessordnung”, in: **ZStW 52 (1932)**, s.215; Büchner, **age**, s. 20; Detmer, **age**, s. 152,

Bunlar yanında mahkemenin fiilin aynılığına ilişkin olarak doğal anlamda fiil formülünden vazgeçmeksizin, ihlal edilen hukuki değer kavramına başvurduğu da görülmektedir. Örneğin hırsızlık konusu malın satın alınması suçu isnat edilen sanık beraat ettiği ve hakkındaki bu beraat hükmü kesinleştiğinde, mahkemenin kanaatine göre bu sanık hakkında daha sonra hırsızlıktan bir kovuşturma yürütülmeyecektir, zira her iki suç ile korunan hukuki değer de mahkemeye göre aynıdır ve mülkiyet hakkı olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle mahkemeye göre ilk yargılamada ceza yargılaması tükenmiştir¹⁵⁸.

Netice olarak RGH'nin muhakeme hukuku bağlamında fiil kavramını belirlerken fiilin genişletilmesi problemi bağlamında kural olarak hareket tekliği teorisini kullandığı, ancak somut olayın şartlarına göre başka bazı arayışlara da girdiği söylenebilir. Fiil ikamesi problemi açısından ise başka bir çözüm yolu geliştirmeye çalıştığı söylenebilir. Nitekim bu noktada mahkemenin çözümü muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramına ilişkin çözümü maddi ceza hukuku dışında araması olmuştur. Şöyle ki mahkemeye göre muhakeme hukuku anlamında fiil kavramı iddianamenin kabulünde yer alan vaka bağlamında kendisiyle bağlantılı ya da ona ilişkin olan her şeyi içeren olayları ve fiili durumları kapsamaktadır. Böylece sanığın bu kapsam içinde kalan gerçekleştirdiği her şey bir hukuki inceleme noktasından cezalandırılabilir olarak ortaya çıkarılabilecektir. Bunun yanında mahkemenin ayrıca muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramının StGB'de yer alan fiil kavramı ile aynı olmadığını özellikle vurguladığı da belirtilmelidir¹⁵⁹.

Söz konusu bu yeni ölçüt bakımından mahkeme, bu ölçütü uygun olmadığı halde hatalı bir şekilde fiil genişlemesi durumları için de kullanmakla eleştirilmektedir¹⁶⁰. Üstelik mahkeme bunu yaparken, fiil genişlemesi için kullandığı ölçüt olan hareket tekliği ölçütünü de terk etmiştir. Bu nedenle fiil genişlemesine

¹⁵⁸ Neuhaus, *age*, s. 36; RGSt 8, 135, 141; 12, 187, 189; 25, 334, 337; 28, 321, 323; 55, 76, 77; 56, 324, 325.

¹⁵⁹ RGSt 61, 314, 317.

¹⁶⁰ Komalarajun, *age*, s. 76.

ilişkin sorunlar izin fiilin geçerli genişlemesine kaymıştır. Mahkeme burada fiil genişlemesi sorununu bulanıklaştırmıştır¹⁶¹.

Bundan sonra muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramının normatif ölçütlerden geniş çaplı ayrılığı en azından teorik ama şüpheli bir yolu uygulamıştır. Hayatın doğal anlamda anlaşılması tarihi vakaların bölünmesi için olduğuna karar vermiştir¹⁶². Mahkemenin hareket ve hareket teklifi kavramlarını sadece fiil genişletilmesi sorununa cevap vermektedir¹⁶³. Bu bağlamda fiilin ikamesi problemi için farklı bir çözüm gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁴.

c. BGH Kararlarındaki Görüşler

BGH genel olarak RGH tarafından geliştirilen doğal anlayışa dayanan fiil kavramını kabul etmekte ise de bu mahkemenin de her olaya uygulanabilecek nitelikte genel bir tanım getiremediği ancak somut olayın şartları bağlamında çeşitli tanımlara başvurduğu görülmektedir¹⁶⁵. Yerleşik içtihatlarında BGH muhakeme hukuku bağlamında fiil kavramını “ *iddianamenin kabulü kararı (Eröffnungsbeschluss) kararında kabul edilen tarihi bir vaka, eğer ki dava yolu ile belirlenen tarihi olaylar ile yaşam algısına göre bir bütüncül (einheitlich) vaka oluşturursa, muhakeme hukuku anlamında fiil kavramı iddianamenin kabulünde yer alan vaka bağlamında kendisiyle bağlantılı ya da ona ilişkin olan her şeyi içeren olayları ve fiili durumları kapsar. Böylece sanığın bu kapsam içinde kalan gerçekleştirdiği her şey bir hukuki inceleme noktasından cezalandırılabilir olarak ortaya çıkarılabilecektir*”¹⁶⁶ şeklinde tanımlamaktadır. Failin her bir davranışı

¹⁶¹ Detmer, **age**, s. 153; Komalarajun, **age**, s. 77.

¹⁶² Detmer, **age**, s. 153; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 15.

¹⁶³ Komalarajun, **age**, s. 75.

¹⁶⁴ Büchner, **age**, s. 19; Detmer, **age**, s. 152; Schwinge, **agm**, s. 203, 215.

¹⁶⁵ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 16

¹⁶⁶ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 17; BGHSt 10, 396, 397; BGHSt, 13, 320, 321; BGHSt 22, 307,308; BGHSt 25, 388,389BGHSt 2, 371, 374; BGHSt 6, 92, 8; Komalarajun, **age**, s. 77.

arasındaki bağlantının uygulama açısından önemi bunlara ilişkin farklı ilk derece mahkemelerinden verilen ayrı mahkûmiyet kararlarının, aslında tek bir tarihi olay olarak görülmesi gereken bu olayın doğal olmayan bir biçimde ayrılması anlamına geleceğinden önemlidir¹⁶⁷.

BGH kararlarında kabul edilen bu fiil tanımının muhakemenin tüm evrelerinde aynı şekilde geçerli olması gerektiği belirtilmektedir. Böylece BGH'nin fiil birliğini kabul ettiği ve fiilin soruşturma evresinden hüküm evresine kadar geçen süreçte aynı kapsamda ele aldığı söylenmektedir¹⁶⁸.

BGH tarafından ortaya konulan bu fiil kavramının bir somutlaştırmaya muhtaç olduğu görülmektedir. Bu nedenle “ bir bütünleşik tarihi olayın” (ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang) ne olduğunu belirleyebilmek için bazı ek unsurlara müracaat edilmiştir. Bu amaçla fiilin yeri, zamanı, mağdur, konu ve failin davranışının yönelimi unsurları fiil kavramını somutlaştırmak için kullanılmıştır¹⁶⁹. Bu kriterlerden yola çıkılarak bir fiil görüntüsü ya da fiil kimliği oluşturulabilmektedir¹⁷⁰. Bu durumda eğer sunulan fiil görüntüleri arasında kayda değer değişiklikler bulunmamakta ise muhakeme hukuku anlamında tek bir fiilin varlığı kabul edilir. Bunun aksine fiil görüntüleri arasındaki değişimlerin kayda değer olması durumunda ise yeni bir muhakeme hukuku anlamında fiilin varlığı kabul edilecektir¹⁷¹.

Davada yer alan yaşam olayı bakımından karar verici nitelikte olan, bağımsız olarak ortaya çıkması gereken vakalar arasındaki içsel bağlantıdır. Bu bağlantı özellikle gerçek içtima durumlarında bir fiil kabul edilebilmesi bakımından anlam taşımaktadır¹⁷². Buradaki önemli nokta ise birbirine içsel olarak bağlı bulunan her bir

¹⁶⁷ Komalarajun, **age**, s.77.

¹⁶⁸ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 19; BVerfGE 45, 434, 435; 56,22, 29; BGHsT 32, 145, 150; BayObLG JZ 1991, 1095, 1096; Komalarajun, s. 77.

¹⁶⁹ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 18; Komalarajun, **age**, s. 78.

¹⁷⁰ BGHsT 46, 130, 133; BGH NStZ-RR 1998, 304; NStZ 2002, 659; NStZ –RR 2006, 316;

¹⁷¹ Komalarajun, **age**, s. 78.

¹⁷² KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 19; Komalarajun, **age**, s. 78. BGHsT 13, 21, 26

yaşam olayı parçasının, birleştirilmiş davalarda değil de, ayrı davalarda ele alınması halinde bu durumun objektif bir gözlemci bakımından birbirlerine bağlı vakaların doğal olmayan bir ayrılması olarak görülüp görülemeyeceğidir¹⁷³.

BGH bakımından söylenebilecek olan mahkemenin kararlarında fikri içtimanın varlığı durumunda her zaman muhakeme bakımından da fiilin tek; buna karşılık gerçek içtima durumunda fiilin birden fazla olduğunu kabul ettiğidir. Buna rağmen mahkemenin kararlarında muhakeme bakımından fiilin belirlenmesinin maddi ceza hukuku içtima öğretisine bağlı olamayacağına altını da sıklıkla çizdiği görülmektedir¹⁷⁴. Zira mahkemeye göre muhakeme anlamında fiil maddi ceza hukuku anlamındaki hareket kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Mahkeme bu görüş yoluyla maddi ceza hukuku bakımından gerçek içtimanın bulunduğu durumlarda muhakeme hukuku bağlamında tek bir fiilin kabul edilebileceğini belirtmektedir. Böylelikle ilk derece mahkemelerinin gerçek içtima olmasına rağmen tek bir muhakeme anlamında fiil oluşturma ve kullanması mümkün kılınmaktadır¹⁷⁵.

Görülmektedir ki BGH doğal bakış açısını kullanmak suretiyle her somut olayda uygulanabilir genel bir fiil tanımı yapmak konusunda başarılı olamamıştır. Hatta mahkemenin bazı kararlarında bir olaya ilişkin bir anlayışın birçok farklı algılama biçimi olabileceği de kabul edilmiştir¹⁷⁶. Bu durum mahkemenin normatif kriterleri esas alma anlayışına geri dönme eğilimi göstermesine neden olmuştur. Nitekim mahkemeye göre normatif kriterler ile de genel geçer bir çözüm sunulamıyor olmasına rağmen, bunlar doğal bakış açısına göre daha kullanışlı olarak nitelenmiştir¹⁷⁷.

¹⁷³ Komalarajun, **age**, s. 78; BGHSt 13, 21, 26; 13, 288, 292; 35, 318,323; 43, 96, 99; 45, 211, 212.

¹⁷⁴ Komalarajun, **age**, s. 79.

¹⁷⁵ Komalarajuni, **age**, s. 80.

¹⁷⁶ Komalarajun, **age**, s. 80. Kararlar için bkz: BGHSt 6, 122, 124; 11, 130;13, 21; 32, 215.

¹⁷⁷ Komalarajun, **age**, s. 80; bu çerçevede mahkeme normatif olarak suçla korunan hukuki değer, hareketin haksızlık içeriği veya hareketin yönelimi gibi hususları dikkate alarak fiili sınırlandırmaya çalışmıştır.Bkz: BGH 35, 80; BGHSt 32, 215.

2. Öğretide Savunulan Çeşitli Fiil Teorileri

a. Değer Teorileri

Değer teorileri, suç tiplerinde hukuken korunan değeri esas alırlar. Buna göre fiil kavramının sadece doğal anlamda ele alınması doğru olmaz. Bu sebeple bu teoriler fiilin kapsamının belirlenmesinde kesinlikle normatif kriterlerden yararlanılması gerektiği görüşü üzerine temellenmektedir. Bu görüşe göre fiil ceza kanununda belirlenen suç tipi olarak görülmektedir. Böylelikle de doğal anlamda tek bir hareketin varlığı durumunda ceza muhakemesi bakımından birden fazla fiilin kabul edilmesi mümkün olabilecektir¹⁷⁸.

Bu görüşlerin ortak noktası fiilin tespiti için yargı kararlarından farklı olarak doğal anlayışın tek başına yeterli olmadığını iddia etmeleridir. Bu teori fiilin içerik ve kapsamının normatif kriterlere göre belirlenebileceğini savunmaktadır¹⁷⁹. Dolayısıyla buradaki temel prensip fiilin suça eşit görülmesidir. Bu teorilerin en çarpıcı neticesi farklı neviden fikri içtima durumlarında ortaya çıkar. Zira iki farklı hukuki değer ihlali açığa çıktığında, buna bağlı olarak doğal anlamda bir hareket muhakeme hukuku bağlamında iki fiil oluşturabilecektir¹⁸⁰.

Bu görüşler hem derdestlik hem de hükmün kesinleşmesi bakımından ortak bir fiili kabul ederler¹⁸¹.

i. Fiilin Hukuki Çekirdeği

Hruschka'ya göre muhakeme hukuku bağlamında bir tarihi olay olarak fiilin belirlenebilmesi maddi ceza hukuku değerlendirmeleri göz önüne alınmaksızın

¹⁷⁸ Bertel, *age*, s. 171; Friedrich Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hansischer Gildenverlag, Hamburg, 1961, s. 411.

¹⁷⁹ Komalarajun, *age*, s. 121.

¹⁸⁰ Detmer, *age*, s. 175; Bertel, *age*, s. 171; Geerds, *age*, s. 411.

¹⁸¹ Detmer, *age*, s. 175.

mümkün değildir¹⁸². Ona göre hukuk güvenliği gerekçesiyle ceza muhakemesine özgü özel bir fiil kavramı ortaya atılmamalıdır¹⁸³. Öyle ki yazara göre bu durum ceza muhakemesi için aşılması imkânsız bir engel ortaya çıkarmaktadır.

Fiil için kabul edilecek muhtemel bir tanım somut hukuki durumlarda maddi ceza hukukunun işlevini göz önüne almalıdır¹⁸⁴. Bu bağlamda yazar fiil kavramını suç kavramına (Straftat) eşitlemek gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁵. Kendisinden fiil ortaya çıkan her bir olgu asla maddi ceza hukukundaki anlamından koparılamaz. Ona göre bir ceza yargılaması olduğu için bir fiil vardır denilemez; aksine bir fiil olduğu için bir ceza yargılaması mevcuttur¹⁸⁶.

Hruschka görüşlerini desteklemek için, baskın görüşün tarihi vakaların maddi hukuka ilişkin kategorileştirme prensiplerine bir atıf olmaksızın bir anlam ifade etmediklerini; bu anlamda maddi ceza hukuku bağlamında StGB § 52’de yer alan fiil kavramından zaten uygulamada kopulmadığını öne sürmektedir. Bu noktada *Hruschka*’nın düşüncesi bir hareketin çok sayıda fiile bölünebileceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır¹⁸⁷. Bu durumda bu görüş ne mevcut hukuki düzenlemelerle ne de maddi kesin hüküm bağlamında maddi adaletin önündeki hukuk güvenliği önceliği ile bağdaşır nitelikte değildir¹⁸⁸.

Bu bağlamda *Hruschka*’ya göre fiil mekân, zaman ve fiilin konusu bakımından karar verilebilen bir olayın *hukuki çekirdeği* (rechtliches Kern) olarak ortaya çıkmaktadır¹⁸⁹. Zira anlamsız fiili vakaların belirli bir nitelik kazanması bu hukuki

¹⁸² Joachim Hruschka, “Der Begriff der Tat im Strafverfahrensrecht”, in: **JZ 1966**, 701, 702.

¹⁸³ Hruschka, **agm**, s. 701.

¹⁸⁴ Hruschka, **agm**, s. 703

¹⁸⁵ Hruschka, **agm**, s. 703; Ancak yazarın bu yöndeki kabulünün StPO 154 ve 362; ayrıca OWIG 84 ve StGB 51-55. Maddelerinde yer alan düzenlemeler ile uyumlu olmadığını belirtmek gerekmektedir. (Bkz: Detmer, **age**, s. 176.)

¹⁸⁶ Hruschka, **agm**, s. 701.

¹⁸⁷ Hruschka, **agm**, s. 700; Detmer, **age**, s. 177.

¹⁸⁸ Detmer, **age**, s. 177.

¹⁸⁹ Hruschka, **agm**, s. 703.

çekirdek sayesinde olmaktadır. Şüpheli durumlarda bu, göz önüne alınan suçun unsurları arasında değerlendirmeye dayalı bir karşılaştırmaya dayanır¹⁹⁰. Bir olayın hukuki temeli bağlamında ne anlaşıldığı hukuk etiği ve psikolojisi bakımından suçların eşitlenmesine ilişkin temeli ortaya çıkarır. İlk mahkeme tarafından kabul edilen suçun unsurları ikinci yargılamada hukuk etiği bakımından diğerine eşit kabul edilirse, bu durumda iki yargılamada aynı fiilden söz edilmektedir¹⁹¹.

Hruschka'nın bu teorisine göre örneğin taksirle öldürmekten mahkûm olan bir kişi bakımından daha sonra kasten öldürmekten dolayı bir şüphe ortaya çıktığında, yeni bir yargılama yapılması mümkün olmayacaktır¹⁹². Zira burada fiilin hukuki çekirdeği bakımından yapılan değerlendirmede her iki fiil bakımından da yaşam hakkı karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu teorinin başka durumlarda çelişkili bir sonuca yol açacağı belirtilmiştir¹⁹³. Nitekim eğer önceki mahkûmiyet izinsiz silah kullanarak ateş etmekten dolayı verilmiş olsaydı, bu durumda kasten ya da taksirle öldürmeden kaynaklanan daha sonraki bir mahkûmiyet bertaraf edilemezdi, zira ilk mahkeme olguların hukuki çekirdeği bakımından farklı hususlar gözetmiş olacaktı¹⁹⁴.

ii. Çifte İşlevi Sağlama

Bertel fiil kavramı tanımlanırken, fiilin hem ceza yargılamasının konusunun oluşturulması ve sınırlanması hem de verilen hükmün sınırlanması ve kesinleşmesi şeklinde ifade ettiği iki işlevi yerine getirebilecek bir tanım getirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁵. Bu bağlamda yazar, fiilin tanımlanmasında esas alınacak hareket noktasının hukuken korunan değer olduğunu belirtmektedir.

Bu noktada öncelikle hukuki değer ne olduğu tartışılmalıdır. Nitekim hukuken korunan değer ceza hukuku tarafından korunan menfaat; hukukun ihlal

¹⁹⁰ Hruschka, **agm**, s. 703.

¹⁹¹ Hruschka, **agm**, s. 701, 703.

¹⁹² Hruschka, **agm**, s. 703.

¹⁹³ Komalarajun, **age**, s. 122.

¹⁹⁴ Komalarajun, **age**, s. 122.

¹⁹⁵ Bertel, **age**, s. 134.

edilmesini önlediği her türlü sosyal durum ya da toplumsal değer olarak tarif edilebilmektedir¹⁹⁶. Belirtmek gerekir ki muhakeme hukuku açısından ayrı bir hukuken korunan değer tanımı yapılmaz. Dolayısıyla hukuken korunan değer ne olduğunun tespit edilmesi bakımından maddi ceza hukukuna ilişkin kabuller esas alınacaktır. Bu nedenle *Bertel* hukuken korunan değer ne olduğu ile ilgili teorik tartışmaya girmeksizin, esas alınması gerekenin kanun koyucu tarafından ceza kanunlarında yer verilen suç tiplerindeki hukuken korunan değer olduğunu belirtmektedir. Zira ceza hukukunda hukuken korunan değer, günlük yaşantıda var olan gerçekliklerin soyutlaştırılması yolu ile korunmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda hukuken korunan değer farklı suç tipleri bakımından farklı kapsama sahip olabilecektir. Bu kapsam ise hukuken korunan değer ne derecede soyutlaştırıldığı ile ilgilidir. Nitekim hukuken korunan bir değer, bir başka hukuken korunan değer kapsamında olması mümkün olabildiği gibi, iki farklı değer birleşerek bir başka hukuken korunan değer oluşturması da mümkündür¹⁹⁷. Bu durumda ihlal edilen hukuki değer aynılığına karar verilirken, hangi hukuki değer göz önüne alınacağına göre aynılığa ilişkin tanımın değişmesi söz konusu olabilecektir.

Hukuken korunan değer fiilin belirlenmesinde göz önüne alınabilmesi için, *Bertel* iddianame ve hükümde aynı hukuki değerden bahsedilmesini yeterli görmemektedir. Ona göre iddianame ve hükümde aynı hukuki değer yargılamanın konusu olarak yer aldığı anda, ihlalin de aynı hukuki değer üzerinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu bağlamda *Bertel*'in hukuken korunan değer ihlali teorisinde, fiilin belirlenebilmesi bakımından göz önüne alınan kriter olan “*hukuken korunan değer aynılığı*” kriterini, “*ihlalin aynılığı*” olarak ele aldığını belirtmek gerekmektedir¹⁹⁸. Yani ona göre fiilin aynılığı hem ihlal edilen hukuken korunan değer hem de ihlal eden hareketin aynı olması ile gerçekleşir¹⁹⁹. İhlalin aynılığının tespit edilmesi bakımından ise göz önüne alınması gereken “*ihlal hareketinin*”

¹⁹⁶ Bertel, *age*, s. 134.

¹⁹⁷ Bertel, *age*, s. 137, 138

¹⁹⁸ Bertel, *age*, s. 140.

¹⁹⁹ Bertel, *age*, s. 140.

aynılığı olacaktır²⁰⁰. Bu durumda iddianamede ve hükümde aynı hukuki değer ihlalden bahsedilmesi, bunların aynı fiilden bahsettikleri anlamına gelmeyebilecektir. Zira bunlar aynı hukuki değer farklı biçimlerde ihlalini içeriyor olabileceklerdir. Örneğin sanık hakkında öldürme suçundan bir iddianame düzenlenir ve hüküm de bu suçtan dolayı verilirse, fiilin aynılığı ancak aynı öldürme söz konusu ise geçerli olacaktır²⁰¹. *Bertel*'e göre öldürme suçundan dolayı yürütülen bir kovuşturma neticesinde kişi hakkında hırsızlık suçundan dolayı hüküm verilirse, bu durumda hukuki değer aynılığından bahsedilemeyecektir, zira bu iki suçta ihlal edilen hukuki değerler aynı değildir. Oysaki kişi hakkında öldürme suçundan dolayı kovuşturma yürütülür ve kişi hakkında yine öldürme suçundan mahkûmiyet hükmü verilirse öldürmenin hem yargılama sırasında hem de hükümde bir ve aynı olması durumunda ihlal edilen değer aynılığı, hukuken korunan değer aynılığını oluşturur²⁰². Ancak *Bertel* de kabul etmektedir ki, normatif olmayan bir gerekçeye bağlayarak, olgunun hukuki değere göre bireyselleştirilebilen unsurları birbirleri ile çok sıkı bir ilişki içinde olduklarında, burada sadece tek bir hukuki değer kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak olgunun unsurları birbirlerinden farklılık arz ediyorsa, iki hukuki değerden bahsedilmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle *Bertel* olgunun unsurları olarak belirtilen fiil zamanı ve yeri bakımından farklı olması ve fiilin konusu ile ihlalin bireyselleştirilmesi noktasında geniş bir farklılık olması durumunda birden fazla fiil kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir²⁰³.

Burada esasen hukuken korunan değeri bireyselleştiren olayın unsurlarının birbiriyle örtüştüğü ve bu nedenle sadece tek bir hukuki değer bulunduğu; ya da bu unsurların birbirlerinden çok ayrı oldukları ve bu nedenle iki farklı hukuken korunan değer içerdiği düşünülmelidir²⁰⁴. Bu nedenle *Bertel*, iki farklı suç oluşturabilecek

²⁰⁰ Bu yöndeki yorum Detmer tarafından getirilmektedir: Bkz. Detmer, *age*, s. 177.

²⁰¹ *Bertel*, *age*, s. 141.

²⁰² *Bertel*, *age*, s. 141.

²⁰³ Bu noktada belirtmek gerekir ki Hruschka tarafından fiilin “mekan-zaman-konu” olarak belirtilen unsurları *Bertel* tarafından biraz daha somutlaştırılmaya çalışılmıştır. *Bertel*, *age*, s. 157.

²⁰⁴ *Bertel*, *age*, s. 142.

şekilde fiil zamanı ve fiil yeri birbirlerinden son derece başka ve fiilin konusu ve mağdur farklı olduğunda, hukuki değerlerin aynı olmasına karşın iki fiil kabul etmek gerektiğini düşünmektedir²⁰⁵.

iii. Öncelik Arz Eden Değer

Barthel fiil kavramının belirlenmesinde, netice, haksızlık içeriği ve hukuken korunan değer olarak belirlenen normatif etmenleri alır ve bunları hukuki bir bakış açısıyla fiilin bireyselleştirme etmenleri olan olgusal etmenler ile yer, zaman, konu ve vasıta ile bağlantılandırır²⁰⁶. Zira ona göre sanık bakımından kolayca anlaşılabilir maddi hukuka ilişkin bir ölçüt esas alınması gerekmektedir. Bu amaçla göz önünde bulundurulmuş netice maddi haksızlık içeriklerini belirlemede kullanılmalıdır. Maddi haksızlık içeriğinin tespit edilmesinden sonra ise karşılaştırılabilir haksızlık içerikleri kanun koyucu tarafından daha önceden korunan hukuki değere göre gruplandırılmış suç tiplerinden hangisinin gerçekleştiği hususunda yol gösterici olacaktır. Burada bahsedilen hukuken korunan değer ise ihlal öncesinde hukuken korunmaya alınmış her türlü sosyal durumu ifade etmektedir²⁰⁷. Onun öncelikli korunan hukuki değerleri karşılaştıran bakış açısı, neticenin cezalandırılabilir bir hareketin haksızlık içeriği tarafından ortadan kaldırılmayacağı şeklindeki kanaati ifade etmektedir.

Hareketler bakımından korunan hukuki değer aynı olduğunun saptanması fiilin de tek olduğuna kanaat getirilmesi bakımından yeterli değildir; meydana gelen neticeler arasında bir bağlantı olması da gereklidir. Söz konusu bağlantı ise yer,

²⁰⁵ Bunun dışında belirli bazı olayların ilk defa yargılama sırasında ortaya çıkması iddianamede belirlenen fiilin aşılmış olmasına neden olmayacaktır. Bu durum teşebbüs ve tamamlanmış suç ile taksirli ve kasıtlı suçlar arasındaki ilişki bakımından da geçerli sayılmaktadır.(Bertel, **age**, s. 157.); Hırsızlık ve hırsızlık konusu malın satın alınması suçları bakımından ise Bertel vardığı sonuç bakımından haklı bulursa da, bu sonucu gerekçelendirme şekli nedeniyle eleştirilmektedir (Komalarajun, **age**, s. 123.); Zira Bertel bu durumda tek bir fiil kabul etmektedir, nitekim ona göre hırsızlık konusu malın satın alınması suçu hırsızlık ile nitelik olarak aynı hukuken korunan değeri oluşturmaktadır (Bertel,**age**, s. 158.); Ancak yazar gerekçe sunmaksızın iki farklı yargılamada birbiri ile çelişkili ifadeler veren bir tanığın beyanına, sanığın farklı yargılamalardaki her bir delil konusunda aynı yanlış ifadeyi vermesi durumu gibi, eşit muamele edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Burada çok sayıda bağımsız fiil bulunmaktadır (Bertel, **age**, s. 160).

²⁰⁶ Barthel, **age**, s. 93-94.

²⁰⁷ Barthel, **age**, s. 93

zaman, konu ve araç şeklindeki unsurların değerlendirilmesi vasıtasıyla tespit edilmelidir²⁰⁸. Yazara göre ceza muhakemesinde fiilin bu şekilde tespit edilmesi vatandaşlara hukuki güvenlik, adalet ve normların açıklığını sağlayacaktır.

iv. Teorilerin Değerlendirilmesi

İlk bakışta değerlendirme teorilerinin mantıklı olduğu, zira bu teorilerin Alman yargı kararlarının yol açtığı maddi adaletsizlik sorununu çözüme kavuşturabilir gözüktüğü ancak bu görüşlerin fiil kavramına “savunulamaz” bir çözüm getirdiği ve bu nedenle bu görüşlerin reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁰⁹. Nitekim bu görüşün uygulanması çoğunlukla maddi adalet ile çelişen sonuçlara yol açmaktadır. Bu teori uygulandığından örneğin taksirle öldürmeden dolayı görülen sona ermiş ve kesinleşmiş bir yargılama, faili taksirle yaralama suçundan başlatılabilecek yeni bir soruşturma/kovuşturmadan korumayacaktır. Bu durum ise “non bis in idem” ilkesini ve sanığın bundan kaynaklanan güveninin korunması ilkesini ciddi şekilde zedelerdi. Zira bu ilkeler, hakkında bir hüküm verilmiş olan kişiye, hakkında dışarıda bırakılmış olan davranışları nedeniyle başka hukuki noktalar da dâhil olmak üzere, bir daha hüküm verilemeyeceğini garanti etmektedir²¹⁰. Alman yargı kararları ve StPO’da yer alan hükümlerin gai yorumu ise muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramının bir suç (*crimen*) olarak ele alınmasını reddetmektedir.

Bunların yanı sıra değer teorilerinin katı bir biçimde uygulanmasında, örneğin A’nın B’yi öldürmekten dolayı hakkında müebbet hapis cezası hükmü verildiği ve bu hükmün kesinleştiği durumlar gibi durumlarda, bütünüyle kabul edilemez sonuçlara yol açar. Bu örnekte B’nin gerçekte A’ya tuzak kurduğu ve yakaladığı; A’nın ise serbest kalır kalmaz B’yi öldürdüğü şeklinde bir bilginin hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıktığı varsayıldığında, *Bertel* dışında kalan değer teorisi savunucuları, hukuken korunan değerlerin aynı olması nedeniyle bir fiil kabul edilmesi gerektiğini

²⁰⁸ Barthel, *age*, s. 94.

²⁰⁹ Lee, *age*, s. 198; Komalarajun, *age*, s. 124.

²¹⁰ Cording, *age*, s. 185; Herzberg, *agm*, s. 117; Neuhaus, *age*, s. 128; Wolter, *agm*, s. 160.

belirtecekler, böylece B'ye karşı gerçekten işlenen öldürme suçundan dolayı yargılama yapılması uygunsuz bir biçimde mümkün görülmeyecektir²¹¹.

Bunlar dışında hukuken korunan değer teorilerinin yargılamanın yenilenmesi düzenlemeleri ile de çeliştiği ifade edilmektedir. Nitekim örneğin hem Alman hem de Türk ceza muhakemesi hukukunda sanığın lehine yargılamanın yenilenmesi yeni olay ve delillerin meydana çıkmasına bağlıdır. Bu durumda meskûn mahalde ateş etmek (StGB § 367) suçundan dolayı verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkûmiyetten sonra teşebbüs aşamasında kalmış bir öldürme suçundan bir yargılama yapılmak istendiğinde bu yeni olay ve deliller ışığında sanığın aleyhine olarak yargılamanın yenilenmesi durumunda mümkün olabilirdi, ki bunu “non bis in idem” ilkesi doğrudan yasaklamaktadır²¹².

Tüm bunların yanı sıra değer teorileri çok fazla “dar” olmalarından dolayı muhakeme ekonomisi bakımından da kullanışlı olmamakla eleştirilmektedir²¹³. Hukuken korunan değer ve fiilin aynı olarak ele alınması nedeniyle her bir tekil hukuken korunan değere sahip olay bağımsız bir muhakeme hukuku anlamında fiil olarak kabul edilmek zorundadır. Bu nedenle örneğin StGB §243'te düzenlenen yağma suçunda biri konut dokunulmazlığının ihlali (StGB § 123) yolu ile özel yaşamın gizliliğinin ihlali, bir diğeri mala zarar verme (StGB § 303) yoluyla malvarlığı haklarının ihlali ve sonuncusu hırsızlık (StGB § 242) yoluyla malvarlığı haklarının ihlali olmak üzere üç muhakeme hukuku anlamında fiil içermek durumunda kalınması gerektiği eleştirisi getirilmektedir²¹⁴.

Başka bir açıdan hukuken korunan değer teorileri zamansal ve mekânsal bağlantı açısından fazla geniştir, ki bu durum muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramının kapsamını kabul edilemez bir biçimde genişletebilir. Tek başına hukuken korunan değer tekliği birbirinden zamansal ve mekânsal olarak uzak düşen

²¹¹ Komalarajun, *age*, s. 125.

²¹² Detmer, *age*, s. 180; Herzberg, *agm*, s. 117; Henning Radtke, *Zur Systematik des Straffklage, verbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess*, 1994, s. 130.

²¹³ Komalarajun, *age*, s. 125.

²¹⁴ Büchner, *age*, s. 76; Neuhaus, *age*, s. 127.

olaylarda tek bir fiil kabul edilmesine yol açar. Bu durumda örneğin olayın gerçekleşmesinden bir ay ya da bir yıl sonra bir hırsızlık suçuna ilişkin bir yargılamada bir hırsızlık konusu malın satın alınması suçunun fiil genişlemesi ya da ikamesi yoluyla ortaya atılması bir ek iddianame (Nachtragsanklae) olmaksızın mümkün olabilirdi. Bu ise özellikle davasız yargılama olmaz ilkesini zedeler niteliktedir²¹⁵.

Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki *Hruschka* tarafından savunulan hukuk etiği ve psikolojik bakımdan eşitlik kavramları belirli bir kesinlik taşımaktan yoksundur. Bunların değerlendirmede kullanılması hukuki güvensizlik ve hukuk belirsizlik ortaya çıkabilecek nitelikte görülmektedir²¹⁶.

b.Hareket Teorileri

Bu teoriler baskın görüşten yola çıkılarak olgu odaklı teoriler veya hareket teorileri adı ile anılabilir. Esasen bu yöndeki teoriler maddi ceza hukukuna ilişkin hareket kavramını kabul etmekte ve muhakeme hukukunda fiil tekliğinin varlığını mutlaka maddi ceza hukuku anlamında hareket tekliği olmasına bağlamaktadırlar²¹⁷. Ancak belirtmek gerekmektedir ki bu teoriyi savunanlar bakımından maddi ceza hukukuna ilişkin belirleyici noktaların hangi kapsamda ceza muhakemesi hukukuna dâhil edilmesi gerektiği noktasında bir fikir birliği bulunmamaktadır.

i. Hareket İçeriklerinin Esas Alındığı Görüşler

Ceza muhakemesinde fiilin tanımlanması bağlamında hareketi esas alan *Oehler*, “non bis in idem” ilkesinin çıkış noktasının hareket ve buna bağlı olarak hareketin içeriği olduğunu düşünmektedir. Ancak yazar kesin bir şekilde maddi ceza hukukundaki hareket ile muhakeme hukukundaki fiilin örtüşmediğini, zira bu iki kavramın farklı amaçlara hizmet ettiğini belirtmektedir. Zira yazara göre bu şekildeki bir kabul hukuken korunan değere ceza muhakemesinde fiilin tespiti bakımından bir

²¹⁵ Wolter, **agm**, s. 160.

²¹⁶ Neuhaus, **age**, s. 135.

²¹⁷ Komalarajun, **age**, s. 126.

anlam atfedilmesini gerektirir; bu ise mümkün değildir. Nitekim eğer hukuken korunan değer ihlalin kısmen de olsa örtüşmesi fiilin tespiti bakımından yeterli görülecek olursa, hukuki nitelirmede değişiklik durumunda ne olacağına ilişkin düzenlemeler işlevsiz kalacaktır. Oysaki hareketin kısmi olarak çakışması muhakeme bakımından bir fiil kabul edilebilmesi için yeterli görülmelidir²¹⁸.

Bu çerçevede *Oehler*'in tanımına göre hareket, dava açılmış ya da hüküm verilmiş, bu bağlamda hakkında hukuki bir belirleme yapılmış olan dış dünyada meydana gelen olayları ifade etmektedir. Bu olaylar içinde tamamlanmış karmaşık birçok fiil barındırır ve bu hareketlerin arkasında hareketi gerçekleştirenlerin tek bir (einheitlich- türdeş-bağdaşık) kastı ya da taksiri yer almaktadır²¹⁹. Bu tanım yoluyla yazar taksirli yaralamanın daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale dönüşmesi, ya da özellikle suçun basit şeklinin nitelikli haline veya nitelikli halin basit haline dönüşmesi veya teşebbüsün tamamlanmış suça dönüşmesi gibi durumlarda tek bir fiilin söz konusu olmasını amaçlamaktadır²²⁰.

İştirak şekillerinin birbirine dönüşmesi ihtimalleri bakımından yazar tarafından yapılan değerlendirmede ise, fiilin bir tarihi olay olarak en geniş biçimde ele alınmasının yeterli olmayacağı, bunun yanı sıra farklı bir değerlendirmeye daha ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Bir kimsenin öldürme suçuna yardımdan yargılanması ancak hareketinin faillik olarak nitelendirilmesi durumunda hala aynı fiilin varlığını devam ettirip ettirmeyeceği hususunda yazar, eğer hakkında hukuki bir karar verilen hareket parçası hareketin içeriği bakımından aynı ise o zaman fiilin de tek olduğundan söz edilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Örneğin hırsızlık sonrası kaçmayı kolaylaştırmak için evin kapısını açık bırakma hareketini gerçekleştiren kişi yardım etmeden dolayı yargılanır ve fakat bu hareketin suçun işlenişi bakımından arz ettiği önem açısından kişinin fail olduğuna karar verilirse, bu durumda tek fiil vardır. Ancak kişinin yardım etme olarak ele alınan hareketi değil de

²¹⁸ Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 148.

²¹⁹ Dietrich Oehler, "Neuere Verschibungen beim prozessualen Tatbegriff", in **Gedachtnisschift für Horst Schröder**, Ed. Walter Stree, München, 1978, s. 448.

²²⁰ Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 149

başka bir hareketi gerçekleştirdiği ortaya çıkar ve bu ise onun fail olarak nitelendirilmesine yol açarsa, bu durumda fiil tek kabul edilemez. Zira tipik fiilin iki parçasının bu şekilde içiçe geçmesi mümkün değildir. İştirakin sorunlu şekillerinde de, eğer iki suç unsuru parçası birbiri ile eşleşiyorsa tek bir fiil bulunması mümkündür. Bu nedenle örneğin sanığın hareketinin yardım etme değil de suç tipindeki hareket olduğu saptandığında yazara göre tek bir fiilin varlığından söz etmek gerekecektir²²¹.

Oehler'in teorisine göre kendi çocuğunun ölümünü yetkili makamlara bildirmemiş olmaktan beraat eden biri hakkında, bu öldürmeye azmettirmekten dolayı dava açılabilir, zira bir suç bölümü diğeri ile hareket parçası bakımından bir çakışma arz etmemektedir. Benzer şekilde hırsızlık ve hırsızlık konusu malın satın alınması bakımından da iki fiil bulunmaktadır. Zira hırsızlık konusu malın satın alınması suçunun işlenebilmesi için, hırsızlık suçunun tamamlanması zorunludur²²². Burada hareketlerin içerikleri birbirinden farklılık arz ettiğinden iki fiil söz konusu olacaktır²²³. Dolayısıyla hırsızlık suçundan dolayı yapılan bir yargılamanın zilyetliğin ele geçirilmesi bakımından hırsızlık konusu malın satın alınması suçuna ilişkin olarak devam ettirilmesi mümkün olmaz. İki ayrı fiil olduğundan daha sonra ortaya çıkan olgular bakımından yeni bir dava açılması gerekmektedir.

Ancak belirtmek gerekmektedir ki *Oehler* fiilin tespiti bakımından bazı durumlarda hareketin içeriği fikrinden ayrılmaktadır. Örneğin yazar zincirleme suç içerisinde yer alan hiçbir tekil hareketin (Einzelakt) bağımsız olmadığını belirtmektedir. Bu hareketlerin hepsi toplu ve aynı amaca dayanmaktadır. Bu nedenle burada tek bir muhakeme hukuku anlamında fiil kabul edilir²²⁴. Oysaki burada tersi

²²¹ Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 149.

²²² Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 150.

²²³ Oehler, **Schröder GS**, s. 448.

²²⁴ Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 156; Ancak Oehler'den farklı olarak Herzberg, zincirleme suçlarda yer alan her bir fiilin birbirinden ayrı ele alındığında (ausklammerung) muhakeme hukuku anlamındaki tek fiil kavramı ile maddi hukuk içtima öğretisi bağlamındaki tek hareketin kapsam ve sınırlarının aynı olduğunu belirtmektedir. Zincirleme hareketler bakımından her zaman tek bir fiilin varlığının kabul edilmesinin uygun olmadığı düşüncesi, zincirleme hareketlerin maddi ceza hukukundaki hareket tekliğinin sınırını aşmasından (überschreiten) ileri gelmektedir. Bu durum ise zincirleme hareket

bir şekilde hareketin içeriği göz önünde bulundurulmuş olsaydı, zincirleme suçlarda her bir hareketin muhakeme hukuku bakımından bağımsız bir fiil olarak ele alınması gerekecekti. Buna paralel biçimde kesinleşmiş hükmün hemen sonrasında hareketin daha ağır bir neticesinin meydana geldiği durumlarda, kesin hükümden sonra meydana gelen vakanın muhakeme açısından göz önüne alınmaması gerektiği de yazar tarafından belirtilmektedir. Zira hâkim hüküm verilinceye kadar gerçekleşenler bakımından bir karar verir ve bundan sonrası muhakeme bakımından göz önünde bulundurulamaz. Daha sonra gerçekleşen ağır netice ek bir yapı için yeterlidir²²⁵. Nitekim hüküm hareket silsilesi bakımından bir kesilme meydana getirir. Hükümden sonra meydana gelen her şey, hakkında hüküm verilen olay ile nedensel açıdan bağlanabilir. Bu bağlılık maddi ceza hukuku açısından bir aynılık oluştursa da, muhakeme açısından burada iki fiilin varlığından söz etmek gerekecektir. Zira fiilin tekliği her olayda hüküm verilene kadar devam etmektedir²²⁶.

Herzberg de ceza muhakemesindeki fiil ve hareket kavramlarının aynı şekilde ele alınması gerektiğini savunmaktadır²²⁷. Esasen *Oehler*'in görüşlerine katılan yazar baskın görüşün “doğal fiil kavramı”nın alınarak daha dar ve özel bir şekilde sınırlarının belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir²²⁸. *Herzberg*'e göre fiil ve hareket kavramının benzerlikleri farklılıklarından daha fazladır. Dolayısıyla fiil kavramı ve hareket kavramının kapsam ve sınırlarının aynı olması, her iki kavramın da insan davranışlarını ceza hukuku bakış açısıyla sınırlanması sayesinde tesis edilecektir²²⁹. Bu şekilde *Herzberg* baskın görüşün fiil kavramına ilişkin tespitlerini reddetmektedir. Yazarın bu önerisi iki avantaja sahiptir. Bunlardan biri böyle bir fiil kavramının kabulü durumunda fiil genel olarak bağlayıcı biçimde sınırlandırılabilir,

kavramının esasen pratik gerekçelerden dolayı kabul edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır ve bunun avantajlarından çok dezavantajları bulunmaktadır. (*Herzberg, agm*, s. 118)

²²⁵ *Oehler, Rosenfeld FS*, s. 156.

²²⁶ *Oehler, Rosenfeld FS*, s. 157.

²²⁷ *Herzberg, agm*, s. 113.

²²⁸ *Herzberg, agm*, s. 117.

²²⁹ *Herzberg, agm*, s. 118

ikinci olarak ise bir hareket her zaman bir fiil olarak anlaşılacak zorunda kalır²³⁰. Ancak muhakeme hukukundaki fiilin harekete eşitlenmesinin bazı durumlarda yetersiz kalabileceği de belirtilmektedir. Bunun özellikle içtima bakımından söz konusu olabileceği belirtilmektedir²³¹.

Herzberg'e göre birden fazla olay bir hareket tekliği şeklinde birbirine bağlanmadığında, çok sayıda fiil kabul edilmelidir. Bu bağlamda örneğin bir zincirleme suçun tekil hareketleri; bir çocuğun öldürülmesi ve ondan önce meydana gelmiş teşebbüs aşamasında kalmış çocuk düşürtme; kaza mahallini terk etme ve kazaya neden olma; başkasına ait eşyanın alınmasına iştirak ile önceki yardım ya da daha sonraki hırsızlık konusu malın satın alınması; öldürmeyi bildirmemek ile bu öldürmeye azmettirme gibi hareketler çok sayıda fiil kabul edilmelidir²³². Ancak örneğin yanlış olarak bir suçtan dolayı müşterek fail olarak mahkûm olan bir kimsenin, mahkûmiyet süresi dolduktan sonra, aynı "hareketten" dolayı azmettiren olarak mahkûm edilebilmesi, aynı fiilden iki defa cezalandırma sonucunu doğuracaktır²³³.

Fiilin belirlenmesinde hareketi esas alan bir diğer yazar *Liu* ise, öncelikle fiil kavramının "olay" kavramı ile tanımlanmasının sakıncalarından bahsetmektedir. Nitekim fiilin tarihi bir olay ele alınması muhakeme açısından önemsizdir. Zira öncelikle fiil tasavvuru ile olay kelimesinin ne anlama geldiğinin açık bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Ona göre "olay" kavramının fiil kavramını tanımlamakta kullanılması, bir kazanç değildir²³⁴. Nitekim olay kelimesi açık ve kesin bir kavram olarak nitelendirilemez²³⁵.

²³⁰ Detmer, *age*, s. 182.

²³¹ Detmer, *age*, s. 182.

²³² Komalarajun, *age*, s.128.

²³³ Detmer, *age*, s. 183.

²³⁴ Liu, *age*, s. 14.

²³⁵ Liu, *age*, s. 18.

Liu'ya göre her bir somut ihlal öncelikle olgusal durumların toplamını ifade etmektedir. Nitekim bir ihlal gerçekleşmesi için öncesinde olgusal durumun oluşması gerekmektedir. Daha sonra ise bu olgusal durumlar bir ihlal kavramı altında ifade edilir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus bu olguların bir ya da birden fazla ihlal olarak ele alınmasından önce fiilin tasavvurunun değişmesi kendine özgü olmalıdır. Zira ihlal kavramı sadece bir toplam olarak ortaya çıkmaz. Bu açıdan ihlalin unsurları basit bir ekleme ile birbirine bağlanmazlar. Olgusal durumlarının (Tatumstande) bir araya gelmesi ya da ayrılması ihlali yani normu belirlemektedir²³⁶ Ancak ihlal kavramı içinde yer alan unsurlar genelde birbirleri ile koordineli değillerdir. Örneğin hukuka aykırı olmayan kusurlu bir fiil olamaz. Bu anlamda yazar, bu unsurlar arasında “hareket” unsurunun koordinasyonu sağlayan unsur olduğunu, dolayısıyla olgusal durumların belirlenmesinde hareket noktası olarak alınması gerektiğini belirtmektedir²³⁷. Ancak *Liu*'ya göre varlık belirten (substantivistisch) ve niteleyen (adjektivistisch) olgusal durumların ayırt edilmesi gerekmektedir. Varlık belirten olgusal durumlar daha sonra “hareket” kavramı altında toplanabilecek olan her bir durumu ifade etmektedir²³⁸. Niteleme ise söz konusu bu durumun özelliklerinin ortaya konulmasıdır²³⁹. Bu unsurlardan iki veya daha fazlasının birbiri ile aynı olmadığı durumlarda birden fazla hareket ve buna bağlı olarak muhakeme bakımından da birden fazla fiilin varlığı kabul edilmek durumundadır²⁴⁰

Hareket içeriklerinin esas alındığı görüşlerin maddi ceza hukukundaki hareket ve muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramlarının kapsam ve içerik olarak eşitlemesinin büyük bir uygulama güvencesi sağlayacağı açık olmakla birlikte

²³⁶ *Liu, age*, s. 19

²³⁷ *Liu, age*, s. 14-15.

²³⁸ *Liu, age*, s. 22

²³⁹ Varlık belirten olgusal durumlardaki farklılık hareketin geniş kapsamlı değişmesine neden olabileceği ve buna bağlı olan fiili de değiştirme ya da ortadan kaldırma sonucunu doğurarak fiil aynılığını engelleyebileceği gibi; değişim yalnızca niteliksel özelliklerin değişmesine neden olduğunda fiil aynılığının devam ettirilmesi mümkün olabilecektir. (*Liu, age*, s. 30.)

²⁴⁰ *Liu, age*, s. 30.

gerçekte hareket kavramına ilişkin olarak maddi ceza hukukunda yer alan birçok problem bu kavramın kullanılmasının uygun çözümler sunmayacağına işaret etmektedir. Nitekim maddi ceza hukukunda hareket ve hareket teklifi sorunları, özellikle zincirleme suçlar bakımından, doğal anlamda hareket teklifi ve mütemadi suçların diğer suçlarla içtimaı gibi problemler bulunmaktadır. Nitekim içtima kurumuna ilişkin pek çok sorunun aynı şekilde muhakeme hukukuna taşınmasının uygun olmayacağı ifade edilmektedir²⁴¹.

Bu bağlamda örneğin *Neuhaus* StPO §155/II, 2206, 207 /II, 264/I ve 265'i gerekçe göstererek hareket içeriklerine ilişkin görüşleri reddetmekte ve bu teorilerin zikredilen bu düzenlemelerle uyum içinde olmadığını ifade etmektedir²⁴². Zira bu düzenlemelerde fiil kavramı maddi ceza hukukundaki hareket kavramına dayanılmaksızın belirlenmektedir. Ancak *Neuhaus*'un bu eleştirisi de kabul edilemez bulunmuştur. Zira bütün bu düzenlemelerde hâkimin savcının iddianamede ortaya attığı hukuki betimleme ile bağlı olmadığı belirtilmektedir. Bu durum muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramının kapsam ve sınırlarının hareket kavramı ile aynı olmaması gerektiği anlamını taşımamaktadır. Aksine iki kavramın eşit olarak ele alınması maddi hukuktan çıkarılabilecek bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴³.

Bunun dışında non bis in idem ilkesinin Alman Anayasasındaki anlamını inceleyen BVerfGE²⁴⁴ kararı göz önüne alındığında, Alman Hukuku bakımından bu iki kavramın eşit kabul edilmesinin anayasal bir gereklilik olduğunun da iddia edilebileceği belirtilmiştir²⁴⁵. Zira söz konusu kararında mahkeme hareket teklifinin her zaman muhakeme hukuku anlamında bir fiile eşit olduğunu savunmaktadır. Ancak bu şekildeki bir varsayımın da kabul edilemez olduğu belirtilmiştir²⁴⁶.

²⁴¹ Peters, *age*, s. 507; *Neuhaus*, *age*, s. 121; Herzberg, *agm*, s. 120.

²⁴² *Neuhaus*, *age*, s. 121.

²⁴³ *Komalarajun*, *age*, s. 129.

²⁴⁴ BVerfGE 56, 22 (Çevrimiçi: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv056022.html>)

²⁴⁵ *Neuhaus*, *age*, s.122, *Wolter*, *agm*, s. 158.

²⁴⁶ *Komalarajun*, *age*, s. 129.

Ayrıca belirtmelidir ki hareket teorileri birçok suçun bir fiile bağlanıp bağlanamayacağı ile ilgili durumlarda başarısız olmaktadır²⁴⁷. Nitekim hareket içeriklerine ilişkin bir tespit muhakeme bakımından fiilin de belirlenmesini sağlayacak olsaydı, bu durumda hareketin tarzına ilişkin en küçük değişiklik muhakeme bakımından yeni bir fiilden söz edilmesini gerektirirdi. Örneğin iddianameye konu vakada bıçaklamak şeklindeki hareketin esasında ateş etmek olduğu anlaşıldığında bu durumda muhakeme bakımından da yeni bir fiil ortaya çıkmış olurdu. Dolayısıyla muhakeme sırasında fiilin değişmesi, mahkemenin hukuki nitelendirmede değişiklik yapma durumları dışında, hiçbir şekilde mümkün olmazdı.²⁴⁸

ii. Sosyal Anlam İçeriği Görüşü

Ceza muhakemesinde fiili kesin hükmün konusu olarak ele alan *Achenbach* fiilin hukuk veya en azından ceza muhakemesi dışında ilkeler esas alınarak belirlenmesi gerektiği kanaatindedir²⁴⁹. *Achenbach*'a göre fiil kavramının tespiti için sadece doğal bir olayla ilgilenmek değil aynı zamanda bu olayın “sosyal anlam içeriği” (sozialen Sinngehalt) ile de ilgilenmek gerekmektedir. Yazar söz konusu sosyal anlam içeriğinin tespit edilmesinde hukuki olarak oluşturulmamış, ancak günlük hayatta karşımıza çıkacak bir gözlemcinin esas alınması gerektiğini iddia etmektedir. Ona göre objektif bir gözlemci bir vakaya ilişkin olarak “Burada bir olay vardır” değerlendirmesini yapabiliyorsa, bu halde orada muhakeme hukuku bakımından tek bir fiil bulunmaktadır. Yazar bu değerlendirmenin yapılması için ek bazı kriterlere de başvurulması gerektiğini düşünmektedir. Ona göre ayrıca günlük uygulamalar ve yaşam deneyimleri de göz önünde bulundurulmalıdır.²⁵⁰. Ancak bu kriterleri kullanarak somut durumlar bakımından açık bir sonuca ulaşamayan

²⁴⁷ Komalarajun, **age**, s. 129.

²⁴⁸ Detmer, **age**, s. 187; Neuhaus, **age**, s. 120; Wolter, **agm**, s. 157.

²⁴⁹ Achenbach, **agm**, s. 82; Bu noktada yazar Hruschka tarafından dile getirilen ve yukarıda belirttiğimiz ceza muhakemesi olduğu için bir fiil yoktur, bir fiil var olduğu için ceza muhakemesi vardır şeklindeki görüşünü esas almaktadır. (Achenbach, **agm**, s. 82).

²⁵⁰ Achenbach, **agm**, s. 91

Achenbach, nihayetinde maddi ceza hukuku kriterlerine atf yaparak bir çözüm bulma arayışına girmiştir²⁵¹.

Bu şekildeki görüşün bir diğer savunucusu da *Geerds*'tir. Ona göre de muhakeme bakımından belirlenecek olan fiil sadece bir doğal oluşum basit bir vücut aktivitesi değil, aynı zamanda sosyal bakımdan anlama sahip olan bir hareket olarak ele alınmalıdır²⁵². Dolayısıyla hareketlerin birbirleriyle sosyal açıdan bağlantıları göz önüne alınmak suretiyle bir fiilin veya birden fazla fiilin varlığına karar verilecek ve fiilin sınırları çizilecektir.

Bu görüş esasında baskın görüş tarafından ortaya konan fiil tanımına yöneltilen muğlaklık eleştirisini bertaraf etme amacı taşımaktadır. Ancak bu görüşün bu yönde başarılı olduğu söylenemez²⁵³. Zira burada da sosyal anlam içeriği kavramının ne olduğu ve ne derece kapsamlı olması gerektiği belirsizdir. Nitekim gözlemcinin bir vakanın tek bir olay oluşturduğu yönündeki kanaati durumunda, gözlemcinin bu kanaate nasıl vardığı şeklindeki sorusuna bir cevap verilememektedir²⁵⁴. Ayrıca bu görüşün uygulanmasında sosyal anlam içeriği kavramının davasız yargılama olmaz ilkesi ile birlikte ne şekilde yorumlanması gerektiği sorusu da cevapsız kalmaktadır²⁵⁵.

iii. Psikolojik Anlam İçeriği Görüşü

Ceza muhakemesinde fiilin tespitine ilişkin koşulların hukuk dışındaki bir alandan devşirilmesi gerektiğini düşünen bir diğer yazar da *Neuhaus*'tur. *Neuhaus* bakımından fiil kavramına ilişkin belirleme hukuki olmaktan çok psikolojik bir problem olarak ortaya çıkmaktadır²⁵⁶. Buradaki kilit nokta bir gözlemci tarafından,

²⁵¹ Achenbach, **agm**, s. 92.

²⁵² Geerds, **age**, s. 362; Noftz, **age**, s. 32, 72.

²⁵³ Luis Greco, **Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklage, verbrauchs und derWiederaufnahme im Strafverfahrensrecht**, Berlin, Duncker & Humblot, 2015 s. 440.

²⁵⁴ Greco, **age**, s. 441; Detmer, **age**, s. 172; Wolter, **agm**, s. 159.

²⁵⁵ Greco, **age**, s. 457.

²⁵⁶ Neuhaus, **age**, s. 11.

ortaya konulan fiil betimlemesi ile gerçekliğin arasındaki ayrımın benzerlik olarak ele alınıp alınmadığıdır²⁵⁷. Bunu parçaları sürekli değiştirilen bir arabaya benzetmektedir. Nasıl ki ilk bakışta parçası değiştirilmiş olanları öncekinden ayırt etmek zorsa, bu muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramı bakımından da öyledir²⁵⁸. Ona göre fiil kavramı ile ilgili olan hükümler hem lafzi, hem gai hem de tarihi yorum metotları ile incelendiğinde bunların geniş bir fiil kavramından yana oldukları sonucuna ulaşılmaktadır ve söz konusu kavramın tespiti için çıkış noktası yargı kararlarında ortaya atılan “doğal yaklaşımı” olmalıdır²⁵⁹. Ancak *Neuhaus*'a göre bu şekilde belirlenen bir fiil belirsiz olacaktır. Nitekim ona göre kanuni düzenlemelerin göz önüne alınmadığı doğal bir fiil kavramı anlayışı, ceza kanununu tamamen göz ardı etmek anlamına gelecektir²⁶⁰. Ancak yine de yazar bu belirsizliğin sadece sınır olduğunu, zira on yıllardır yargı kararları tarafından yeterli detaylı kazuistik bir biçimde ortaya konan ve pek çok olası soruya hazır cevaplara sahip bu düşüncenin tamamen reddedilmemesi gerektiğini ve fakat sınırlanması gerektiğini belirtmektedir²⁶¹. Bu sınırlama ise üçüncü kişinin gözlemci rolü üstlenmesi ve tarihi olayların psikolojik olarak ayrılabilir olup olmadığını tespit etmesi şeklinde gerçekleşecektir. Bu bağlamda fiil kavramının tanımlanması *Neuhaus*'un önerdiği biçimde olguların gerçekliğin isabetli biçimde ortaya konulması olarak değil de, bir üçüncü kişinin yaptığı gözlemin psikolojik yorumuna konumlandırılmasının fiil kavramının tarihi bir vaka olarak kabul edilmesinin yol açtığı bazı problemler bakımından çözüm getirici olarak nitelenebileceği belirtilmektedir²⁶². Ancak bu görüş yöntemsel olarak bazı başka sorunlara yol açabilecektir. Nitekim bu görüşe göre fiil artık hukuk kuralları temelinde veya genel-geçer bir kabule dayanarak değil, tamamen psikolojik bir kapsamda ortaya konulacaktır. Bu durum ise psişik bir

²⁵⁷ Neuhaus, *age*, s. 10.

²⁵⁸ Neuhaus, *age*, s. 11.

²⁵⁹ Neuhaus, *age*, s. 169.

²⁶⁰ Neuhaus, *age*, s. 170.

²⁶¹ Neuhaus, *age*, s. 174.

²⁶² Cording, *age*, s. 192; Greco, *age*, s. 442.

değerlendirmenin sadece bir olgunun değil aynı zamanda bir hükmün de konusunu oluşturmasına neden olacaktır²⁶³.

iv. İçtima Öğretisindeki Fiilin Esas Alınması

Fiil konusu şüphesiz ki maddi ceza hukuku alanında, muhakeme hukuku alanından daha kapsamlı bir biçimde tartışılmaktadır. Bu bağlamda maddi ceza hukuku muhakeme hukukundan daha gelişmiş ve rafine bir hareket teorisi açıklaması getirmektedir. Buna bağlı olarak maddi ceza hukukunda fiil tekliği ve çokluğu meselesi de, içtima kurumu bağlamında çözüme kavuşturulmaktadır²⁶⁴. Bu nedenlerle muhakeme hukuku anlamında fiilin belirlenmesinde maddi ceza hukukunda içtima bahsinde kabul edilen fiile ilişkin açıklamalardan yararlanılabileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda maddi ceza hukuku anlamında fikri içtimanın olduğu bir durumda muhakeme hukuku anlamında tek fiil kabul edilmesi; buna karşılık maddi ceza hukuku anlamında gerçek içtimanın söz konusu olduğu durumlar bakımından ise muhakeme hukuku anlamında birden çok fiilin kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir²⁶⁵. Dolayısıyla muhakeme anlamında fiil çokluğunu tespit edebilmek için ceza kanunlarındaki içtima hükümleri hareket noktasını oluşturmalıdır²⁶⁶. Bu görüşün muhakeme hukuku açısından dayanaklarından biri olarak mahkemenin hakimlerin hukuki nitelendirmede değişiklik yapabilmelerine imkan veren hüküm gösterilmektedir. Buna göre hakimlerin bu şekilde bir imkanlarının olması, örneğin fikri içtima bakımından aynı fiil olarak adlandırılacak ancak muhakemeye konu edilmemiş bir fiilin de yargılamada ele alınmasını sağlayacaktır. Bununla birlikte Alman hukukunda bunun

²⁶³ Greco, *age*, s. 442.

²⁶⁴ Claus Roxin, *Strafrecht AT II*, MüniCh, 2003; § 33 Rn. 10.

²⁶⁵ Hans Joachim Behrendt, "Der Tatbegriff im materiellen und formellen Steuerstrafrecht" , in: *ZStW* **1982**, s. 899; Liu, *age*, s. 16; Herzberg, *agm*, s. 117.

²⁶⁶ Greco, *age*, s. 446; Grünwald, *agm*, s. 327; Wolter, *agm*, s. 160; Detmer, *age*, s. 67; Bohnert, *agm*, s. 99.

bir diğerk dayanak noktası ise StPO § 154/a²⁶⁷,nın lafzi yorumu olduğu dile getirilmektedir. Nitekim bu düzenlemenin maddi ceza hukukundaki fiil kavramının muhakeme hukukunda kabul edilmesine olanak sağladığı savunulmaktadır²⁶⁸.

Muhakeme hukukunda fiilin maddi ceza hukukundaki içtima öğretisine göre belirlenmesinin avantajlarından biri olarak maddi ceza hukukundaki içtima öğretisinin kurumsallaşmış yapısı nedeniyle diğerk görüşlere göre kesin ve belirli bir sonuca ulaşılmasını sağlamaya daha elverişli olması gösterilmektedir²⁶⁹.

Ancak muhakeme hukuku ve maddi ceza hukuku arasındaki yapısal farklar, muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramı ile maddi ceza hukuku anlamındaki fiil kavramlarının eşanlamlı olarak kullanılmasının mümkün olmadığını ortaya koymaktadır. Nitekim muhakeme hukuku, kendi amacı doğrultusunda kendisine özgü bazı kavram ve normlar geliştirmek durumundadır. Bu nedenle muhakeme hukukundaki fiil maddi ceza hukukundaki içtima öğretisinde yer alan fiil tekliği ve fiil çokluğu kavramlarına bağımlı bir şekilde belirlenmemelidir²⁷⁰. Maddi ceza hukukunda fiil tekliği ve muhakeme hukuku anlamında fiil tekliği birbirleriyle çakışabilirler, ancak bunların aynı olmaları her zaman için bir zorunluluk arz etmez²⁷¹.

v. Hareketin Gai Yönelimi

Failin gerçekleştirdiği davranışların gai yönelimini esas alan bu teoriye göre aynı saldırı doğrultusunu gösteren bütün hareketler muhakeme hukuku tarafından tek bir fiil olarak ele alınmalıdır²⁷². Buna göre bir insanın havaya, bir tavşana ya da bir

²⁶⁷ Bu hükme göre kovuşturma sırasında fiilin sınırlandırılması ve genişletilmesi mümkün kılınmıştır. Hüküm için bkz: (Yenisey/ Oktar, **age**, s. 248)

²⁶⁸ Roxin, **agm**, s. 348; Wolter, **GA 1986**, s. 159; Cording, **age**, , s. 183; Detmer, **age**, s. 212.

²⁶⁹ Greco, **age**, s. 446; Neuhaus, **age**, s. 119; Detmer, **age**, s. 190; Barthel, **age**, s. 92, Peters, **age**, s. 507.

²⁷⁰ Frank, **age**, s. 7; Nofzt, **age**, s. 39.

²⁷¹ Nofzt, **age**, , s. 39.

²⁷² Hans Heinrich Jescheck, "Straf und Strafprozessrecht", in: **JZ 1957**, s. 30; Peters, **age**, s. 508; Tiedemann, **age**, , s. 143

insana doğru ateş etmesi birbirinden farklı ele alınmalıdır. Dışarıdan sadece ateş etme hareketini gören bir gözlemci her üç durumda da bir farklılık göremez ve bu üç hareketinde bir ve tek bir fiil olduğunu söyleyebilir. Ancak fiil kavramı bu olayların hepsinin tek bir fiil olarak görülmesine izin vermemelidir. Nitekim hareketin amacı göz önüne alınmadığı takdirde, yüzeysel bir sonuca varılacaktır. Oysaki hukuk sistemi bir değerlendirme sistemidir²⁷³. Dolayısıyla eğer faal davranışların yönelimi sistemi fiili açıklamak için kullanılmazsa, hukuk sisteminin değerlendirici özelliği yerine getirilemez. Hareketin gai yönelimi anlayışı uygulandığında hükmün verilmesi anında fiil-fail ilişkisi tamamen ön plana taşınmaktadır²⁷⁴. Bu ise faal davranış sürecinin kendi belirli doğrultusunda gerçekleşmesine bağlıdır. Bundan sonra ise hakkında karar verilen olayın ve yenisinin aynı yönelimde olup olmadığının araştırılması gerekmektedir²⁷⁵. Yönelimin belirlenmesi ise kural olarak olayın dıştan görünüşünün seyriden meydana gelmektedir²⁷⁶.

Bu görüş birçok açıdan tatmin edici olmamakla eleştirilmektedir. Zira burada da hareketin gai yönelimi kavramının belirsiz kaldığı ve bunu somutlaştırma için bir ölçüt getirilmediği belirtilmektedir²⁷⁷. Nitekim burada hareketin yöneldiği amacın suçun manevi unsuruna ilişkin olarak kastın yanında bir unsur olarak mı ele alınması gerektiği yoksa objektif olarak yapılacak bir değerlendirme ile mi hareketin yöneliminin saptanması gerektiği hususu belirsizdir²⁷⁸. Bunun dışında söz konusu bu teorinin taksirli suçlar bakımından uygulanamayacağı da haklı olarak dile getirilmektedir. Ayrıca yöneltilen bir diğer eleştiri ise eğer ki hareketin yönelimi

²⁷³ Peters, **age**, s. 508.

²⁷⁴ Jescheck, **agm**, s. 30; Peters, **age**, s. 508.

²⁷⁵ Peters, **age**, s. 509.

²⁷⁶ Peters, **age**, s. 509; bir insana ateş edilmesi tek bir yapı oluşturmaktadır. Bu durum ateş etme hareketinin taksirli ya da kasten olmasına, ya da yaralama neticesini ya da ölüm neticesi oluşturmasından bağımsız bir değerlendirmedir. Böyle bir durumda örneğin bir taksirli yaralama suçundan dolayı bir mahkûmiyet hükmü verilmişse daha sonrasında teşebbüs aşamasında kalmış bir öldürme isnadı ile yeni bir kovuşturma yapılamayacaktır. Zira burada olayın özü “bir insana ateş edilmesidir”. Bkz: Peters, **age**, s. 509.

²⁷⁷ Greco, **age**, s. 456.

²⁷⁸ Greco, **age**, s. 456; Achenbach, **agm**, s. 90

sübjektif bir biçimde ele alınacak olursa, söz konusu bu değerlendirmenin yapılması bir ceza yargılaması sırasında olduğundan, bir fiilin başka bir fiilin kapsamında olup olmadığının anlaşılması için mutlaka ikinci bir yargılama yapılması gerekecektir²⁷⁹. Bu açıdan ise söz konusu teorinin davasız yargılama olmaz ilkesi ile de örtüşmediği söylenmektedir. Nitekim bir davanın sınırlarının hangi gerekçelerle sanığın hareketinin gai yönelimine bağlı olarak belirlenmesi gerektiği hususu açık değildir²⁸⁰.

c. Alternatif Teori

Schöneborn teorisinde muhakeme ekonomisi ilkesini esas alarak hâkimlerin yargılama sırasında çeşitli değişiklikler yapabilme yetkilerine (Umgestaltungsmöglichkeit) odaklanmakta ve görüşünü aslen bu yetkiye dayandırmaktadır. Yazara göre StPO §155, §264 ve §265'te yer alan düzenlemeler gai olarak yorumlandığında mahkeme tarafından bir değişiklik yapılması ihtimalini ortadan kaldıracak şekilde, savcılık tarafından olgusal malzemeleri (Tatsachenstoff) tamamlanmış olarak bir araya getirmek ve hukuki nitelendirmeyi kapsamlı bir şekilde yapmak her zaman için mümkün olmamaktadır. Bu nedenle mahkeme savcılık tarafından sunulan vakaların kovuşturmanın sonucuna uygun olarak başka fiili ya da hukuki inceleme noktalarını hükmün konusu haline getirme yetkisine sahip olmazsa, kalan vakalar başka bir yargılama sürecine yol açar. Ancak bu durum birbiriyle çelişen iki farklı karara yol açma tehlikesine sahiptir. Mahkeme davadan ayrılan görünüm noktalarını kabul etmesi yüzünden dava edilen unsurlar bakımından beraat kararı verdiğinde, temyiz mahkemesi bu kararın aksine ilk davanın değerlendirmesini takip ettiğinde, ilk derece mahkemesinin ilk beraat kararı sonradan verilecek bir mahkûmiyet kararını engellerdi. Bu durum ise sanığın cezasız kalmasına neden olurdu²⁸¹. Bu durumda fiilin kapsamı belirlenirken aynı hareketin hukuki olarak değişmesine ilişkin değerlendirme bakımından değil, mahkemenin

²⁷⁹ Spinellis, *age*, s. 83; Greco, *age*, s. 456; Neuhaus, *age*, s. 104.

²⁸⁰ Greco, *age*, s. 456.

²⁸¹ Schöneborn, *age*, s. 529.

birbirine alternatif olarak görebileceği hareket parçalarının yani olgusal değişiklikleri de hâkimlerin göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bu bağlamda fiil kavramı muhakemenin inceleme noktalarına göre belirlenmektedir.²⁸². Dolayısıyla hareketlerin birbirlerinin alternatifini oluşturduğu kabul edildiği durumlarda, fiilin değişmesi veya yeni bir fiil oluşturması söz konusu olmayacaktır. Fiil tek bir fiil olarak varlığını sürdürecektir.

Yani yazara göre fiil kavramı öyle geniş belirlenmelidir ki, birbirleriyle çelişen kararlar verebilme ihtimali olan iki yargılamadan kaçınılabilmelidir. Böyle tekil bir mahkûmiyet önemlidir²⁸³. Schöneborn'a göre muhakeme hukukuna özgü ve kolay ele alınabilir bir kriter bu tür çoklu olay değişkenlerinin (Sachverhaltsvarianten) çözümü için gereklidir²⁸⁴.

Bu teori bağlamında ortaya atılan fiil kavramının öncelikle çok fazla geniş olması bakımından eleştirildiği görülmektedir. Nitekim bu derece geniş kapsamlı bir fiil kavramının kabulü bir fiil değişmesini de tolere ettiğinde “dava edilen fiil”in en nihayetinde göz ardı edilmesine neden olacaktır²⁸⁵. Bu alternatif hareketler arasında bir mekân ya da zaman bağlantısı olması gerekmeseyse de bir durumda mekân ve zaman içeriklerinin önemli bir rol oynayabileceği iddianamenin sınırlarına da dikkat edilmelidir²⁸⁶.

Bunun haricinde teori çerçevesinde yalnızca fiil ikamesi sorunu ile alakadar olduğu, ancak fiil genişlemesi sorunları bakımından teorinin uygulanabilir olmadığı ifade edilmiştir²⁸⁷. Zira alternatiften bahsedilmesi durumunda mutlaka

²⁸² Schöneborn, *age*, s. 530. Yazar ortaya koyduğu alternatif teori bağlamında yargı kararlarında örneğin ihmalî hareketle öldürmeye yardım hareketini öldürmeye azmettirmeye dönüştüren ya da sanığın suç konusu mantoyu belirtilen tarihte çalmadığı ancak başka tarihte onu hırsızlıktan elde edildiğini bildiği halde satın aldığı ortaya çıktığı durumları bir fiil olarak ele alan görüşü benimsemektedir. (Schöneborn, *age*, s. 530); RGSt 5, 249

²⁸³ Schöneborn, *age*, s. 531.

²⁸⁴ Schöneborn, *age*, s. 535.

²⁸⁵ Detmer, *age*, s. 205.

²⁸⁶ Detmer, *age*, s. 205.

²⁸⁷ Komalarajun, *age*, s. 131.

birbirlerinden görünüşte farklılık arz eden en az iki hareketin bulunması zorunluluk arz etmektedir. Oysa ki hareketin tek olduğu ve fakat ona ilişkin unsurların değişikliğe uğradığı durumlar bu durumda çözümsüz kalmaktadır. Bunlar yanında teori ayrıca gerçek içtima durumundaki suçları bir tek fiil olarak ele almak isteyen yazarlar tarafından ise fiil kavramını dar belirlediği noktasında eleştirilmektedir²⁸⁸. Bu teori çerçevesindeki fiil kavramı muhakeme hukuku anlamında bir fiil kavramı oluşturmak için çok dardır, zira bu kavram fiili ve hukuki olarak hareketin zamansal ya da konusal bağlantılarına dayanarak alternatiflik gösteren (değişen)harekete bağlı değildir²⁸⁹.

Bunların yanı sıra teori muhakeme ekonomisi ilkesini fiil kavramının belirlenmesi bağlamında göz önüne alması bakımından da eleştirilmektedir. Bunlara göre muhakeme ekonomisi ilkesi fiil kavramının kapsamının belirlenmesinde tek başına göz önüne alınmaz. Zira muhakeme ekonomisi ilkesinin hayata geçmesi bakımından fiil kavramının dar veya geniş biçimde ele alınmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca belirtmelidir ki fiil kavramı ile ilgili ilkeler bağlamında muhakeme ekonomisi ilkesi, özellikle “non bis in idem” ve “davasız yargılama olmaz” ilkeleri ile kıyaslandığında, ikincil bir öneme sahiptir²⁹⁰.

d.Karma Teoriler

Bu teoriler muhakeme hukuku anlamında fiil kavramının belirlenmesinde değer teorileri ile hareket teorilerinin olumlu taraflarını alarak, bunların eksikliklerini gidermek amacını gütmektedirler²⁹¹.

Bu kapsamdaki karma teori ilk olarak *Schwinge* tarafından ortaya atılmıştır²⁹². Yazar öncelikle muhakeme hukuku bağlamında fiil kavramının yalnızca doğal ve

²⁸⁸ Neuhaus, **age**, s. 116; Wolter, **agm**, s. 162.

²⁸⁹ Komalarajun, **age**, s. 132.

²⁹⁰ Komalarajun, **age**, s. 132.

²⁹¹ Detmer, **age**, s. 191; Wolter, **agm**, s. 163.

²⁹² Schwinge, **agm**, s. 203

hukuk dışı ölçütlere göre belirlenmesinin yanlış olduğunu belirtmektedir²⁹³. Davada yer verilen icra hareketleri kısmen aynı olduğu sürece hangi hukuken korunan değeri taşıdıklarına bağlı olarak, bir fiil bulunmaktadır²⁹⁴. Hareket tekliğinin ötesinde hareketin unsurlarına bağlı olarak hareket sürecindeki değişmelerde de, örneğin konutta gerçekleşen bir hırsızlıkta failin kapı yerine pencereden içeri girdiğinin tespit edildiği bir durumda, *Schwinge* bir fiilin varlığını kabul etmektedir²⁹⁵.

Ancak yazar farklı iştirak şekilleri ya da hırsızlık ve hırsızlık konusu malın satın alınması suçlarının dönüşümü bakımından hareket birliği kriterinin bir işlev ifa etmediğini belirtmektedir. Bu nedenle yazar bu gibi durumlar bakımından bir başka sınırlandırma ölçütü kabul etmektedir. Bu sınırlandırma ölçütü ise haksızlık içeriğidir²⁹⁶. Yazara göre fiilin belirlenmesinde göz önüne alan değerlendirme ölçütleri olarak tipik hareket ve koruma konusu (Schutzobjekt) veya hukuken korunan değer kullanılması durumunda, fiil kavramı hem bunların ikisinden birini hem de ikisini birden içerecek şekilde belirlenebilir²⁹⁷. *Schwinge* bu durumda devletin içsel olarak birbirine bağlı olan şeylerin aynı muhakemede ele alınmasında bir menfaati olduğu gibi şüphelinin de görülmekte olan yargılamanın her şeyi kapsayıcı biçimde ele alınmasında ve yeni bir yargılamanın engellenmesinde bir menfaati olduğunu ileri sürmektedir²⁹⁸. *Schwinge*'nin içtima durumundaki suçları da tek bir fiil altında birleştirme hususundaki açıklamalarının da son derece açık bir şekilde ortaya konmuş olduğu belirtilmelidir. Ona göre içtima bakımından hukuki bir hareket tekliği bütün bu doğal anlamda hareketlerin aynı hukuken korunan değere sahip olduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Şerik ya da failerin hareketleri aynı ihlal ya da hareket konusuna yönelmişse bu durumda dava edilen olay tek bir fiil

²⁹³ Schwinge, **agm**, 220.

²⁹⁴ Schwinge, **agm**, 223.

²⁹⁵ Schwinge, **agm**, 226.

²⁹⁶ Schwinge, **agm**, 236.

²⁹⁷ Schwinge, **agm**, s. 231.

²⁹⁸ Schwinge, **agm**, s. 231.

olarak ele alınmalıdır²⁹⁹. Burada fiilin kapsamı seviyesinde birçok yan yana gerçekleşmiş gerçek içtima halindeki hareketlerin aynı olay bölümünde bağlanmasından söz edilmektedir³⁰⁰. Nitekim bir iştirak şeklinin faillğe, hırsızlık suçunun hırsızlık konusu malın satın alınması (Hehlerei) suçuna vb. dönüşmesi her zaman mümkündür. Bu bağlamda Schwinge, bu tür değişim durumları (Abweichungsfälle) ile ilgili olduğunda, haksızlıkları karşılaştıran bakış açısını fiil kavramının yapısına entegre etmek istemektedir. Belirtilmelidir ki Schwinge'nin teorisi fiil kavramının sınırlanması bakımından esas teşkil eden mekân ve zaman unsurlarını terk etmekle eleştirilmektedir³⁰¹. Teşebbüs aşamasında kalan öldürme suçuna azmettirme ve suçun gerçekleşmesinden önceki altı ayda yardım etme şeklindeki iştirak hareketleri yazara göre bir muhakeme hukuku anlamında fiil oluşturacaktır, oysaki bu durumda her iki olayın gerçek içtima kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁰².

Bu teoriyi biraz daha geliştirerek ele alan bir başka yazar ise *Roxin* olmuştur. *Roxin*'e göre de eğer fiil kavramına ilişkin bir formül ortaya konulmak istenirse bu hareket teorileri ve hukuken korunan değer teorilerinin bir kombinasyonu yolu ile yapılmalıdır. Ancak birbirleri ile sınırlanabilir, örneğin gerçek içtima durumunda bulunan ya da zamansal olarak ikiye bölünebilen hareketler bakımından, zamansal ve fiili bağlantıda bir fiilin varlığı ancak her iki hukuken korunan değer kendi haksızlık içerikleri yönünden kıyaslanabilir ise kabul edilecektir. *Schwinge*'den farklı olarak *Roxin*, fiili gerçek içtima durumlarının da muhakeme hukuku bağlamında tek fiil olarak kabul etmeyi amaçlamaktadır³⁰³. Böylece *Roxin* fiil kapsamını genişletmektedir. Örneğin bir trafik kazası ve bundan sonra ortaya çıkan kaza yerini terk etme suçları ele alındığında *Roxin* bu iki olayın tarihi gerekçelerle değil haksızlık içeriklerinin karşılaştırılması yolu ile tek bir fiil olarak kabul edilmesi

²⁹⁹ Schwinge, *agm*, s. 231-232.

³⁰⁰ Detmer, *age*, s. 191.

³⁰¹ Komalarajun, *age*, s. 133.

³⁰² Detmer, *age*, s. 193; Wolter, *agm*, s. 164.

³⁰³ Roxin, *agm*, s. 348.

gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda iki farklı zamanda gerçekleşmiş, örneğin saat 17:00’de bir öldürme suçuna teşebbüs ve saat 19:00’da bir öldürme suçuna teşebbüs, suçları maddi ceza hukuku bakımından bağımsız olsalar da, bir fiil oluşturacaklardır. *Roxin* oluşturduğu teori ile hem sanığın bir adaletsizlikle karşılaşmayacağını hem de davasız yargılama olmaz ilkesinin hayata geçeceğini belirtmektedir. Zira eklenen hareketler iddianamede tanımlananlar ile bağlantı içinde bulunmakta ve kıyaslanabilir haksızlık içeriği niteliği sergilemektedir³⁰⁴. Ancak bu kabul ilk öldürmeye teşebbüs suçu bakımından kesinleşmiş bir hükümlerle mahkûm olan sanığın, diğer öldürmeye teşebbüs suçu bakımından cezasız kalmasına neden olacaktır³⁰⁵.

Karma teoriler bakımından üzerinde durulması gereken bir başka görüş ise *Wolter*’e aittir. *Wolter Roxin*’in aksine “hareket tekliği” ve “hukuken korunan değer tekliği”nin bir araya getirilmesiyle yetinmemektedir³⁰⁶. *Wolter* “normatif olarak işlevsel muhakeme fiili” kavramının kullanılması ile muhakeme hukuku alanında fiil kavramının tanımlanabileceğini savunmaktadır³⁰⁷. Hareket teorileri bu anlamda genişletilebilir ve bu durumlarda da istisnai olarak muhakeme hukuku anlamında fiil birliği kabul edilebilir³⁰⁸. Yazar görüşlerini hukuki değerlendirme imkânı, yaptırım gücü ve güvenin korunmasına dayandırmaktadır³⁰⁹. Bunlar yanında bir başka kriter olarak *Wolter* ayrılamaz fiil çokluğu durumlarında suçların maddi hukuki bakımdan kıyaslanabilir olup olmadıklarını da göz önüne almaktadır. Burada kıyas ölçütü olarak yazar normatif etik bir sınıflandırma ilişkisi (Stufenverhältnis) ve alternatif tipiklik kurallarını kullanmaktadır. Normatif etik bir sınırlandırma ilişkisi ihlal edilen ya da etkilenen hukuki menfaatlerin ya da hukuki menfaat taşıyıcısının aynılığı ve hareketin haksızlığının tamamlayıcılığı olarak anlaşılmalıdır³¹⁰. Böylece iştirakten

³⁰⁴ Roxin, *agm*, s. 348

³⁰⁵ Detmer, *age*, s. 194.

³⁰⁶ Detmer, *age*, s. 195.

³⁰⁷ Wolter, *agm*, s. 175.

³⁰⁸ Wolter, *agm*, s. 165.

³⁰⁹ Wolter, *agm*, s. 166.

³¹⁰ Wolter, *agm*, s. 166.

failliğe ya da icrai suçlardan ihmali suçlara veya bunların tersi durumlar birbirine dönüşebilecektir³¹¹. Ancak karşılaştırılmaz olmalarından ötürü hırsızlık konusu malın satın alınmasının yağma suçuna ya da hırsızlığın tehdit suçuna dönüşmesi mümkün değildir³¹².

Karma teoriler bakımından başka bir görüş ise *Detmer* tarafından dile getirilmektedir. Fiil kapsamının belirlenmesi bakımından yazar öncelikle hareket tekliği kapsamına başvurulması gerektiğini belirtmektedir. Ona göre bir hareketin varlığı bir fiil oluşturmaktadır³¹³. Ancak bu noktada da somut olayda fiilin kapsamının hareketin kapsamını aşip aşmadığının tespiti gerektiğini düşünmektedir. Fiilin kapsamının belirlenmesinde gerçekleştirilen tipik hareketler bakımından “kısmi aynılık” (Teilidentitat) kriterinden hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ona göre icra hareketlerinin “kısmi aynılığı” maddi ceza hukukunda yer alan fiil tekliğinin belirlenebilmesi açısından bir ölçüdür. Nitekim fiil tekliği ancak icra hareketinin bir parçası veya tamamı birden fazla farklı suçun bir parçasını oluşturduğunda mümkündür. Suçlar arasında fiil tekliği kuran böyle bir bağlantı ceza muhakemesi hukukunda da bir fiil oluşturacaktır³¹⁴. Ancak ceza muhakemesi hukuku bakımından bu formül sadece fiil tekliği durumlarında ortaya çıkan fikri içtimayı değil aynı zamanda soyut olarak ele alınan hareket tekliğinin içinde birçok başka olay gerçekleşmesinin doğal kabul edilmesini ya da bir hareket tekliğinin bir ihlal kısmı bakımından kovuşturma yapılması, araştırılması ve fiili olarak sonlandırılmasını da ifade etmektedir³¹⁵. Ona göre zamansal olarak esnemiş suçun

³¹¹ Wolter, **agm**, s. 166; alternatif tipiklik ise ancak, suç unsurları (suç tipi) kanunda düzenlenen netice ve hareketin haksızlığı ve ayrıca fiilin kusurluluğu bakımından hukuki etik olarak karşılaştırılabilir olduğunda mümkün olacaktır (Bkz: Wolter, **GA 1986**, s. 166.)

³¹² Wolter, **agm**, s. 167 vd.; Wolter çalışmasında muhakeme hukuku anlamında fiilin belirlenmesi bakımından suçun mağdurunun göz önüne alınmaması gerektiğini de belirtmektedir. Ona göre ne fiilin belirlenmesi ne de alternatif tipiklik bakımından mağdurun göz önüne alınması gerekmez. Örneğin mağdur X'e karşı gerçekleştirildiği belirtilen bir hırsızlık suçunda mağdurun Y olduğu anlaşılırsa, fiil bir değişikliğe uğramayacaktır. Öte yandan mağdurun aynılığı fiilin aynılığı için bir garanti sağlamaz. (Bkz: Wolter, **agm**, s. 167.)

³¹³ *Detmer*, **age**, s. 222.

³¹⁴ *Detmer*, **age**, s. 223.

³¹⁵ *Detmer*, **age**, s. 223.

içinde yer alan daha ağır suç kararlaştırılmış hareket tekliğinin tekrarlanan suç tipinin gerçekleştirilmesini ortadan kaldırmayı gerçekleştirebilir, böylece bu suçların tüm hareket parçaları dıştan bir fiil olmaksızın bir hareket tekliği oluştururlar ki bu hareket birliği bir fiil tarafından nitelendirilmiş bir hareket parçası ile gerçek içtima durumundadır, bu gerçek içtima durumundaki hareket parçası ise daha ağır suçla fikri içtima ilişkisi içindedir³¹⁶. Çok sayıda tipiklik gerçekleştiğinde değerlendirme tekliği, hareket tekliği ya da hareket çokluğu oluşturabilir, bu esnek bakış açısı yoluyla tekrarlanan bu tür tipiklikler tek hareket yerine çok sayıda hareketin kabul edilmesini sağlar³¹⁷.

Karma teoriler fikri içtima ve gerçek içtima durumlarında muhakeme hukuku anlamında bir fiil olması gerektiğini kabul etmektedirler³¹⁸. Bu teorinin hâkimlerin değerlendirme yetkilerini genişletmesi ve zaman ve mekân bakımından birbirinden uzak bulunan iki olayın tek bir fiil olarak ele alınması açısından avantajlı olduğu belirtilse de hareket teorileri ve hukuken korunan değer teorileri arasında ilişki kurma çabasının zayıf kaldığı belirtilmektedir. Ayrıca özellikle *Roxin* ve *Wolter* tarafından fiilin tek mi daha fazla mı olduğu probleminin çözümü açısından içtima kurallarına başvurulması eleştirilmektedir. Zira bu durumda onlara göre fiilin tekliği bakımından her zaman bir fiil kabul edilmesi söz konusu olacak, birden fazla bağımsız fiil hiçbir zaman mümkün olamayacaktır³¹⁹.

e. Hâkimin Değerlendirme Yetkisine Dayanan Teoriler

Hâkim her ne kadar iddianamede belirlenen fiil üzerinde bir karar vermekle yükümlü olsa da, hâkimin hem fiili hem de hukuki açılardan iddianamede yer verilen fiili değiştirebilme yetkisini göz önüne alan bu görüş, öncelikle *Henkel* tarafından

³¹⁶ Detmer, *age*, s. 259.

³¹⁷ Detmer, *age*, s. 261.

³¹⁸ Cording, *age*, s. 37.

³¹⁹ Komaralajun, *age*, s. 137.

dile getirilmiştir³²⁰. Buna göre hâkim olayı bağımsız bir biçimde tartışır ve olay hakkında karar verirken, savcının iddianamede ortaya koyduğu vakaya ilişkin olayları hem fiili hem de hukuki yönden araştırmak ve değerlendirmek zorundadır. Hâkimlerin değerlendirme yapma noktasındaki bu bağımsızlıkları *Henkel*'e göre birkaç yönden sınırlandırılmıştır³²¹. İlk olarak hukuki yönlerden yapılan değişiklikler bakımından sanığa ek savunma hakkı tanınması gerekmektedir. İkinci olarak ise iddianamede ortaya konulan olay bakımından genişleme söz konusu olduğunda; sanığın başka bir suç işlediği de ortaya çıktığında ve bu ek iddianame (Nachtragsklage) yolu ile mahkeme önüne getirildiğinde ancak sanığın onay vermesi ve mahkeme tarafından uygun görülmesi kaydıyla bu aynı davada birlikte yargılanabilecektir; ya da aynı olayda şerik ya da fail olarak bir başka kişinin varlığı anlaşılırsa bu da aynı dava kapsamında yargılanabilecektir³²². Bunun yanında yazara göre fiilin sınırlanmasında özellikle birbirleriyle gerçek içtima ilişkisi içinde bulunan bağımsız hareketler bakımından, önemsiz yan fiiller göz ardı edilmelidir. Bağımsız olmayan hareketlerden oluşan zincirleme suçların bölümleri bakımından ise yapılacak değerlendirmede ister savcılık tarafından getirilen bir öneri olsun isterse de elenen fiil parçalarının yeniden ele alınmasından kaynaklansın, burada fiil bir bütün olarak ele alınacaktır³²³. Bu bağlamda esasında mahkeme tarafından incelenecek olan her şeyin muhakeme hukuku anlamında fiil olarak ele alındığı görülmektedir³²⁴³²⁵.

³²⁰ Henkel, *age*, s. 385.

³²¹ Henkel, *age*, s. 386.

³²² Henkel, *age*, s. 387.

³²³ Henkel, *age*, s. 388.

³²⁴ Greco, *age*, s. 461; Söz konusu biraz daha somutlaştırmak adına dikkatli bir hâkim tarafından yargılamanın kapsamı dışında tutulan hiçbir şeyin fiilin kapsamında olamayacağı belirtilmektedir. (Vogler Theo, *Die Rechtskraft des Strafbefehls*, , C.F. Müller, Karlsruhe,1959, s. 95; Liu, *age*, s. 68.)

³²⁵ Hâkimin araştırma görevinden yola çıkan bir diğer yazar ise, “işlevsel ve muhakeme hukukuna ilişkin bir bakış açısı” ortaya koyarak muhakeme hukuku anlamında fiil kavramının belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir(Hans Ulrich Paeffgen, “Prozessualer Tatbegriff und das Kriterium der Untersuchungsrichtung”, in: *Gedachtnisschrift für Heinzen*, Ed.: Söllner, 2005, s. 630 (615 vd.); Yazarın görüşü araştırmanın yönelimi olarak adlandırılmaktadır. Ona göre bir fiil iddianamede ya da

Bu görüşe ilk olarak yöneltilen eleştiri fiilin ve dolayısıyla davanın konusunun belirlenmesini doğrudan hâkime bırakması açısından savcılık makamı ve mahkeme arasındaki işbölümüne müdahale etmesi yönünden yapılmaktadır. Bunun dışında söz konusu görüşü savunanların fiilin belirlenmesine ilişkin soruya yaklaşımları eleştirilmektedir. Bu görüşü savunanların fiilin belirlenmesinde iddianamenin kullanılması yerine mahkemenin yetkisi temelinde bir cevap aradıkları ancak hâkimin araştırmasını yaparken ne kadar alana sahip olduğunun sorulmasına rağmen savcının hâkim üzerinde ne kadar alana sahip olduğu sorusuna cevap aramadıkları belirtilmektedir. Ayrıca sorunun cevabı hâkimin araştırma görevine bağlı olduğundan bu görevin gerçekleştirilmesinde olabileceği kadar olgusal ve olması gerektiği gibi normatif bir fiil ortaya çıkması gerekirken bunun sınırlarının ne olduğu belirlenmemektedir³²⁶.

f. Haksızlığın Değişmesi ve Neticenin Tekliği Görüşü

Fiilin belirlenmesi bakımından içtima düzenlemelerinden yola çıkan *Puppe*'ye göre, baskın görüşün iddia ettiği gibi fikri içtimanın tespit edilebilmesi için failin icra hareketlerinin aynılığı değil; haksızlığın değişimi göz önüne alınmalıdır. Zira kanun koyucu tipikliği belirlerken tipik haksızlık çeşitleri arasında hiçbir ortak yön kalmayacak şekilde hareket etmemektedir³²⁷. Bu noktada hangi tipik hareketler bakımından haksızlık içeriğinin değişebilir olduğunun tespit edilmesi mümkün ve gereklidir. Haksızlık içeriğinin değişkenliği için gereklilikler tüm tipik hareketler için geçerli bir yapıda soyut olarak belirlenemez. Zira bu gereklilikler tipikliğin haksızlık içeriğine dayanmaktadır³²⁸. Bir haksızlık içeriği iki tipiklikte karşımıza çıkabilir; örneğin dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçlarında olduğu gibi, nitelik birinden

mahkeme tarafından belirlenen tipik fiilin unsurlarında açıkça sınırlandırmamış ise hem savcı hem de mahkeme baskı altında kalır. Eğer bir şeyin ilk derece mahkemesinde ortaya konulmasına gerek olmadıysa, bu muhakeme anlamında fiilin bir parçası olarak nitelendirilemez. (Paeffgen, **agm**, s. 633 vd.)

³²⁶ Greco, **age**, s. 462.

³²⁷ Puppe, **GA 1982**, s. 153.

³²⁸ Puppe, **GA 1982**, s. 154

öbürüne değişim gösterebilmektedir³²⁹. Ya da örneğin bir tehlike suçu cezalandırılabilir tehlikenin gerçekleşmesi bağlamında, taksirle yaralama suçu ile haksızlık içeriğinin değişmesi bakımından bir bağlantı halindedir. Genel olarak haksızlık içeriği değişebilir tipiklik doğrudan ya da dolaylı olarak bir toplam haksızlık düşüncesi içermektedir. Böylece hırsızlık suçu da dolandırıcılık ve şantaj suçu ile haksızlık içeriğini değiştirebilir, çünkü bu bir malvarlığına karşı suçtur³³⁰.

Bunun dışında *Puppe*'nin görünüşte içtima durumlarından biri olarak kabul edilen neticenin aynılığı hususunda da görüşlerini geliştirdiği görülmektedir. Ona göre yargı kararlarında fikri içtimanın hareketin aynılığına bağlı kılınması, fail sadece tek ve aynı neticeyi gerçekleştirdiğinde, gerçek içtima bakımından önceki ya da sonraki fiilin cezasız kalmasını kabul etmek anlamına gelir. Bunu önlemek için birlikte cezalandırılan önceki ve sonraki fiiller ortaya çıkmalıdır. Örneğin hırsızlık suçunun faili, hırsızlık konusu malı aldıktan sonra bunu gizlemek için hileli bir fiil kullandığında, zilyetliğin devri bakımından hem çekip almak hem de hile olmak üzere iki farklı hareket söz konusu olacaktır ki bu durumda tek bir haksızlık içeriği iki farklı hareket ihtiva etmektedir³³¹. Burada hırsızlık ve dolandırıcılık birbirinden ayrılabilir, bu durumda ise zilyetliğin kaybına ilişkin neticenin haksızlığı iki defa tekrarlanmış olur. *Puppe*'ye göre burada güçlü bir netice tekliği söz konusu olduğundan fikri içtima kabul edilmelidir³³².

Puppe'ye göre ceza kanunundaki fikri içtima düzenlemesi birlikte cezalandırılan önceki ve sonraki hareketler bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir düzenlemedir. Ona göre düzenleme haksızlık unsurlarını kapsamak bakımından son derece esnekler. Fiil tekliği içinde mütalaa edilen tipik fiillerin ortak olduğu ne kadar az haksızlık unsuru varsa, cezalandırmada göz önüne alınan nitelikli haller çekinik tipik fiil unsurları bakımından o kadar güçlü olacaktır. Benzer şekilde

³²⁹ Puppe, **GA 1982**, s. 154.

³³⁰ Puppe, **GA 1982**, s. 155.

³³¹ Ingeborg Puppe, "Die Erfolgseinheit eine verkappte form der Idealkonkurrenz", in: **Mangakis Festschrift**, , 2007, s. 225.

³³² Puppe, **Mangakis FS**, s. 225, 226

haksızlık içeriğindeki benzerlikler arttıkça, çekinik tipik fiil unsurlarının cezalandırmadaki etkisi o derece az olacaktır. Bu nedenle Puppe yargı kararlarında kabul edilen ılımlı tipik fiilin önleyici etkisini reddetmektedir, zira burada yardımcı norm ya da tükenme ilkeleri geçerli olacaktır, ancak bunlar yargı tarafından gerçek içtima bağlamında çözüme kavuşturulmuştur³³³.

Puppe'ye göre bir tipik fiil, sadece hareket değil netice de içermektedir. Neticelerin aynılığı farklı hareketleri zamansal olarak birbirine bağlar, böylece tek ve aynı tipik fiil ortaya çıkar. Böylece hareket tekliğine ve buradan da fikri içtimanın varlığı sonucuna ulaşılır³³⁴.

Puppe'nin görüşlerinin baskın görüşten ayrılan noktası yazarın görüşünün tipik fiilin yoğunluğunu göz önüne almasına karşılık, baskın görüşün tipik fiilin genişliğine önem atfetmesindedir. *Puppe*'ye göre bir tipik fiil hukuken korunan değer ihlali, yükümlülük ihlali ya da norm ihlali olarak ele alınmalıdır. Ancak buna karşın baskın görüş tipik fiili bir yaşam olayının, hareketin ya da olayın bir türü olarak yorumlamaktadırlar. *Puppe* de her iki görüşün de yanlış olmadığını belirtmektedir. Ancak buradaki sorun ona göre ceza kanununda tipik fiilin yoğunluk olarak mı yoksa genişlik olarak mı açıklandığıdır. Bu nedenle *Puppe*'nin görüşü gerçek içtima ve fikri içtima arasındaki sorunlara daha açık çözüm getirmek bakımından olumlu bulunmaktadır. Ancak olaydaki tipik fiilin yorumu tipik hareket tekliğini kabul etmek için bir belirleyici kriter olarak getirilmektedir. Bu durum ise gerçekleştirilen hareketin aynılığını belirlemeye yarayan StGB § 52 ile çelişmektedir. Bu nedenle neticenin tekliğine ilişkin bu görüşün yalnızca cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareketler bakımından kullanılması gerektiği belirtilmektedir³³⁵.

³³³ Puppe, **Mangakis FS**, s. 229.

³³⁴ Puppe, **Mangakis FS**, s. 234

³³⁵ Komalarajun, **age**, s. 141.

C. FİİLİN AYNILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1. Alman Yargı Kararlarına Göre Fiilin Aynılığı

Prusya Yüksek Mahkemesi fiilin tespitinde olduğu gibi fiilin aynılığının tespitinde de Fransız Mahkemelerinin görüşünü takip etmiştir. Nitekim Fransız Hukukunda beraat eden kişinin bu fiilinden dolayı bir daha yargılanamayacağına ilişkin kuralın kabul edilmesi ile jürinin kararının yalnızca söz konusu davayı değil aynı zamanda mahkeme önündeki olaya bağlı tüm diğer olasılıkları tüketeceği kabul edilmişti³³⁶. Böylece fiil aynılığının **tarihi olayların aynılığı** olarak anlaşılması gerektiği düşüncesi ortaya atılmıştır. Bu nedenle Prusya Yüksek Mahkemesi hırsızlık suçunun isnadına dayanan kesinleşmiş bir beraat kararına dayanarak hırsızlığa azmettirme isnadı ile yeni bir yargılama başlatılmasına izin vermiştir. Zira non bis in idem ilkesini kabul eden mahkeme önceki ve sonraki ceza yargılamalarının aynı somut fiilî durumları ve aynı faaliyetleri konu olarak almasını aramaktadır³³⁷. Bunun arka planında ise yenilenen bir yargılamadan kaçmak için sanık bakımından hukuk güvenliğinin tesis edilmesi düşüncesi yer almaktadır³³⁸.

RGH'ye göre de bu noktada ceza muhakemesi anlamında fiilin formülü, Prusya Yüksek Mahkemesi'ne paralel biçimde fiil aynılığının “tarihi vakaların aynılığı”nı gerektirdiği şeklinde kurulmuştur³³⁹. Yani ceza muhakemesi anlamında fiil aynılığı için, tarihi olayların aynılığı aranmaktadır³⁴⁰. Önceleri mahkeme negatif bir sınıflandırma yaparak, nelerin fiil aynılığı dışında kaldığına ilişkin açıklama getirmeye çalışmıştır. Buna göre kastın yönelimi³⁴¹ veya sanığın suça iştirak şekli³⁴²

³³⁶ Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 139-145; Neuhaus, **age**, s. 31.

³³⁷ Neuhaus, **age**, s. 32; GA 22 (1874), 670.

³³⁸ Neuhaus, **age**, s. 32.

³³⁹ Komalarajun, **age**, s. 73.

³⁴⁰ Neuhaus, **age**, s. 32;

³⁴¹ RGSt 3, 132, 134; 4, 243, 244; 8, 135, 139; 9, 420

³⁴² RGSt 8, 135, 140.

fiil aynılığı kavramı ile ilgili değildir ve onu etkilemezler. Nitekim mahkeme bir kararında “non bis in idem” ilkesinin uygulanmasında sanığın hareketinin esas alınması gerektiğini, dolayısıyla sanık aynı “*harekete*” dayalı olarak beraat etmiş olduğunda, bir daha mahkeme önüne getirilemeyeceğini belirtmiştir³⁴³. Başka bir kararında mahkeme açıkça fiil aynılığına ilişkin kabulün davada daha sonradan yeni olarak ortaya çıkan olay kesinleşmiş mahkûmiyeti oluşturan fiil ile gerçek içtima oluşturunca, yeni fiilin aynı fiil kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir³⁴⁴. Fikri içtimaya ilişkin bir başka kararda ise mahkeme fikri içtimanın varlığı durumunda bir şekilde “non bis in idem” ilkesinin her yönden bir ceza mahkemesince mahkûmiyet verilmiş bir hareketi genişlettiğini kabul etmektedir. Bu durumda sadece ceza hukukuna ilişkin araştırma noktaları ile sınırlanmış olan ceza davası hareketi tüm yönlerden kesinlikle kapsar ve her yeni kovuşturmayı hariç tutar³⁴⁵. Bunlarla birlikte mahkeme bir kararında aynılık değerlendirmesi için davada ve hükümde yer alan “dış olaylar” a dayandığını belirtmektedir³⁴⁶. Başka bir noktadan bu olayda mahkeme dava edilmiş olan taksirle yangına sebebiyet verme ve hakkında hüküm verilen aynı yangını çıkarmak suçlarının sanığın gerçekleştirdiği davranışlarda “nedensellik bağı içinde aynı dış olaylar” olduğunu belirtmiştir³⁴⁷. Bu bağlamda fiil ikamesi problemi bakımından netice, haksızlık ya da somut hukuki değer ihlali gibi ölçütler aynılık ölçütü olarak ele alınmaktadır³⁴⁸.

BGH ise fiilin belirlenmesine ilişkin kriterlerin yanına başka kriterler eklemek suretiyle fiilin aynılığını tespit etmeye çalışmaktadır. Buna göre BGH’nin söz konusu bu kriterleri başka yardımcı kriterlerle tamamlama yoluna gittiği görülmektedir. Dolayısıyla tarihi bir vaka olarak belirlenen fiil, zamansal ve mekânsal yakınlık,

³⁴³ RGSt 5, 101.

³⁴⁴ RGSt, 15, 23.

³⁴⁵ RGSt 23, 7, 8.

³⁴⁶ RGSt 2, 347.

³⁴⁷ RGSt, 2, 347, 350.

³⁴⁸ Detmer, *age*, s. 153; Büchner, *age*, s. 22.

benzer olgu durumları ya da suçun işleniş biçimi, suça katılanların aynılığı, tek bir motivasyon, ortak bir plan, ihlal edilen hukuki değerlerin aynılığı gibi kriterler vasıtasıyla aynılık değerlendirilmesine tabi tutulmaktadır³⁴⁹. Ancak yargı kararlarında içsel bağlantıyı ve böylece tek bir yaşam olayının varlığını tespit edebilmek için hangi olayda hangi kriterin kullanılması gerektiği konusunda bir açıklık getirilmediğini de belirtmek gerekmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki fiilin ikamesi durumlarında tekil bir yaşam olayı kriterinin fiilin aynı olup olmadığını tespit etmede yetersiz kaldığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda örneğin bir hırsızlık fiilin x tarihinde değil y tarihinde gerçekleştiğine ilişkin bir değişikliğin fiil aynılığı etkilemeyeceği söylenmektedir. Bu nedenle mahkeme fiilde meydana gelen değişikliğin fiilin aynılığını etkileyip etkilememesi noktasında bir gücü olması bakımından bu değişikliğin “esaslı” bir değişiklik olması gerektiğini belirtmektedir³⁵⁰. Fiilin zamanı, mekânı, failin davranışı ya da amacı şeklindeki değişikliklerin esaslı değişiklikler olduğu, bu değişikliklerin varlığı durumunda artık fiilin aynı kabul edilemeyeceği belirtilmektedir³⁵¹.

Ancak BGH’nin görece yeni tarihli kararları bakımından normatif değerlendirmeleri de fiilin aynılığını tespit etmek açısından göz önünde bulundurduğunu belirtmek gerekmektedir. Nitekim mahkeme iki gerçek içtima durumunda bulunan aynı günde gerçekleşmiş olan fiil bakımından fiil aynılığını reddetmiş zira bunlar arasında haksızlık içerikleri ve korunan hukuki değerler bakımından farklılık olduğunu belirtmiştir³⁵².

³⁴⁹ İçsel bağlantının varlığını tespit edebilmek için kullanılmış olan çeşitli ölçütler bulunmaktadır. Örneğin zamansal ve mekânsal yakınlık; olayların eşzamanlılığı; nedensel, neticesel ya da mantıksal devamlılık; ihlal edilen değerlerin aynılığı; şeriklerin aynılığı; aynı saik; bütüncül bir plan gibi kavramlar BGH’nin çeşitli kararlarında içsel bağlantının varlığına kârîne olarak kullanılmıştır (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 19; Meyer – Goßner / Schmitt, § 264 Rn. 3; Komalarajun, **age**, s. 78-79.)

³⁵⁰ Löwe/Rosenberg, § 264, Rn. 15; Meyer – Goßner / Schmitt, §264, Rn. 9; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 22; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 19.

³⁵¹ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 21.

³⁵² KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 22; BGHST 13,21,26; OLG Koblenz NJW 1978, 716, 717.

2. Öğretide Fiilin Aynılığına İlişkin Görüşler

Bertel'e göre fiilin aynılığının belirlenmesinde **hukuken korunan değer**in göz önüne alınması gerekmektedir. Nitekim yazara göre ancak birden fazla hukuki değer bir araya gelerek sadece bir "hukuken korunan değer" oluşturabileceği kabul edildiğinde, burada iddianame ile hüküm arasında ya da iki hüküm karşılaştırılmasında yer alan olayda hukuken korunan değerlerin aynı olup olmadığının tespiti önemli bir mesele oluşturmaktadır³⁵³. Hukuken korunan değer kapsamının geniş veya dar ele alınmasına bağlı olarak ihlal edilen hukuki değer aynı olup olmadığına ilişkin tespit farklılık gösterecektir. İddianame ile hükümde ya da iki farklı hüküm bakımından göz önünde bulundurulan ihlallerdeki hukuki değerlerin aynı olup olmadığı, ilgili ihlallerin her birini içeren iddianame ile hüküm ya da her iki hükmün konusunu oluşturan ilgili ihlallerin her birinin "malvarlığı değeri, "hayat", "kişinin bedeni" gibi kavramları içerip içermediğine dikkat edilmelidir³⁵⁴. Yazar fiilin aynılığı değerlendirmesinin yanında, yukarıda açıklandığı üzere fiilin kapsamının tespiti bakımından da hukuken korunan değeri göz önünde bulundurmaktadır. Ancak yazara göre birden fazla fiil, yani birden fazla hukuken korunan değer, bulunduğu durumlarda bunların aynı fiil olup olmadığının tespiti böylesine doğrudan ve matematiksel bir çözümlerle açığa kavuşturulamaz. Hukuken korunan değer aynılığına ilişkin soru ihlal edilen hukuki değer aynılığına ilişkin soru ve ihlalin aynılığına ilişkin soru şeklinde ayrılabilir, ancak bunlar içinde hukuken korunan değer aynılığına ilişkin soru yapısal ve bölümsel olarak problem teşkil etmektedir³⁵⁵. Yani yazara göre bir olayın yalnızca bir ihlal oluşturması, aynı olay bakımından yalnızca bir hukuki değer ihlal edildiği anlamına gelmez. Bir ihlal bulunduğu durumda, birden fazla değer ihlal edilmiş olabilir³⁵⁶. Örneğin yağma suçu bakımından hem malvarlığına ilişkin hem de kişinin beden bütünlüğüne ilişkin olmak üzere iki hukuken korunan değer bulunmasına karşın, ihlal sadece birdir.

³⁵³ Bertel, *age*, s. 139.

³⁵⁴ Bertel, *age*, s. 141.

³⁵⁵ Bertel, *age*, s. 142.

³⁵⁶ Bertel, *age*, s. 142.

Dolayısıyla ihlal edilen hukuki değerler arasında benzerlik veya yakınlık bulunması durumunda bunların aynı fiile ilişkin olduklarını söylemek gerekecektir.

Peters ise fiilin aynılığını sadece faaliyete değil aynı zamanda **faaliyetin yönelimine** dayanarak belirlemektedir. Bu olayın çekirdek içeriği olarak ifade edilebilir. Faaliyetin yöneliminin olgusal anlamda değerlendirilmesi, hüküm verme safhasında fiil ve fail bağlantısının tam olarak kurulması suretiyle belirlenebilmektedir³⁵⁷. Bu ise faaliyetin belirli bir doğrultuda olduğunun kanıtlanmasına bağlıdır³⁵⁸. Bunun ardından araştırılması gereken husus ise hakkında karar verilen olay ile göz önünde bulundurulması gereken yeni olayın aynı yönelimde olup olmadığıdır. Yönelimin belirlenmesi kural olarak olay silsilesinin dışarıdan değerlendirilmesi ile kendini göstermektedir. Fail tarafından gerçekleştirilen bir faaliyetin dıştan bakıldığında yönelimi birbirinden ayrılabilirse, bu ayrılabilen parçaların özleri de farklılık arz etmektedir. Örneğin bir insana ateş edilmesi **bir** bütün oluşturur, bu ise hareketin kasten mi taksirle mi gerçekleştirildiği, yaralama mı yoksa öldürme suçunun mu olduğu ya da nitelikli hallerin bulunup bulunmadığından bağımsızdır. Dolayısıyla burada kişi hakkında taksirle yaralamadan mahkûmiyet hükmü verildiğinde, daha sonra öldürmeye teşebbüsten dolayı failin sorumluluğuna gidilmemesi gerekmektedir. Zira bu olay çekirdek olarak ateş etme ve insan unsurlarından oluşmaktadır. Ancak yazara göre sadece ateş etme hakkında hüküm verilirse, bir insanın ölümü hakkında hüküm verilmiş olunmayacaktır³⁵⁹. Ancak “çok azı da kapsar” kuralından hareket eden yazar, bu kuralın tam tersinin geçerli olmadığını ve bu bağlamda bir öldürme cezalandırıldığında ateş etmenin de cezalandırılmış sayılacağını belirtmektedir³⁶⁰.

³⁵⁷ Peters, **age**, s. 508.

³⁵⁸ Peters, **age**, s. 508-509.

³⁵⁹ Peters, **age**, s. 509.

³⁶⁰ Peters, **age**, s. 509; aynı örnek bağlamında kişinin hareketinin aynı zamanda bir kabahat oluşturması ve bundan dolayı yapılan yargılamada mahkum edilmiş olması, daha sonradan öldürmeden dolayı hakkında bir yargılama yapılmasını engellemeyecektir. Benzer şekilde fail çocuğunu yakarak öldürmüşse ve çocuğun ölümünden mahkum olmuşsa, daha sonra yangını çıkarmak dolayısıyla oluşan bir başka suçtan yargılanamayacaktır. Ancak yazara göre öldürme suçundan yapılan yargılamada sanık beraat etmişse, sonradan yangın çıkarmak dolayısıyla oluşan suçtan ceza sorumluluğuna gidilemez. zira ölüme ilişkin olay bütün hareketi kapsamaktadır.(Peters, **age**, s. 509); yazar ayrıca

Fiilin belirlenmesi açısından hareketin esas alınması gerektiğini belirten *Oehler*, fiil aynılığı bakımından hareket üzerinden bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır ve **hareket içeriklerini** göz önüne almaktadır³⁶¹. Bu nedenle yazar ilk olarak hareket içeriğinin aynılığını ortaya koyabilmek için StPO § 264/2'ye³⁶² dayanmaktadır. Yazara göre her iki tipikliğin icra hareketleri tek bir "idem" içermek zorundadır³⁶³. Bu durum hırsızlık ve hırsızlık konusu malın satın alınması suçu arasındaki ilişki ya da suça iştirak türleri arasındaki ilişki için geçerli değildir³⁶⁴. Hareketin gerçek içeriğinin bir kısmının korunması ya da tamamen bağımsız olmayan bir fiil ile zincirleme harekette olduğu gibi, muhakeme hukukunda aynılığın kurulması mümkün kılınmaktadır³⁶⁵. Hukuki değer ihlaline ilişkin teorilerin tamamı *Oehler* tarafından açıkça reddedilmektedir. Ona göre fiilin aynılığı için hukuken korunan değer uyuşması yeterli olsaydı, o halde StPO § 265'te yer verilen düzenlemeye gerek kalmazdı. Çünkü bu durumda nitelikli suç suçun basit halinde yer alan hukuken korunan değeri zaten ihlal etmiş olurdu³⁶⁶.

failin muhakeme konusu edilen faaliyetinin ancak belirlenen hareketlerin yöneliminin aynı olması durumunda genişletebileceğini belirtmektedir. Örneğin dolandırıcılık suçundan mahkum olan bir sanığın, daha sonradan bu suçun işleniş bakımından belgede sahtecilik suçunu da gerçekleştirdiği saptanırsa, bu ikinci olayın vakanın bütünü bakımından yalnızca bir olay parçası oluşturduğu bu nedenle de belgede sahtecilikten başka bir yargılama yapılmaması gerektiğini düşünmektedir. Benzer şekilde kesinleşmiş bir mahkûmiyetten sonra olayda aynı suça ilişkin cezayı arttıran ya da azaltan nitelikli hallerin varlığının anlaşılması durumu da, yeni bir yargılama yapılmasını gerektirmeyecektir.(Bkz. Peters, **age**, s. 509.) Yazara göre hareketin yönelimi hareketin konusu yoluyla belirlenebilir. Nitekim hareketin konusunun fiil aynılığını oluşturabilme bakımından iki kıyaslanabilir faaliyetin birbirleriyle çakışmaması gerekmektedir. (Peters, **age**, s. 510.)

³⁶¹ *Oehler*, **Rosenfeld FS**, s. 157.

³⁶² Burada mahkemenin son soruşturmanın açılması kararına esas teşkil eden nitelemesi ile bağlı olmadığı düzenlenmektedir.(*Oehler*, **Roselfeld FS**, s. 150.)

³⁶³ *Oehler*, **Rosenfeld FS**, s. 152.

³⁶⁴ *Oehler*, **Rosenfeld FS**, s. 149.

³⁶⁵ *Oehler*, **Rosenfeld FS**, s. 157.

³⁶⁶ Söz konusu hükümde yer alan düzenleme hukuki nitelenmenin değişmesi halinde sanığa tanınacak ek savunmaya ilişkindir. Yazar burada eğer hukuken korunan değer ihlali teorileri göz önüne alınacak olursa, bir suçun nitelikli halinden dolayı yapılan yargılamada suçun niteliği değişir ve isnad suçun basit şeklinden yapılacak olursa, ikisini aynı fiil saymak gerekeceğinden ek savunma hakkı verilmesine ilişkin bu hükmün bu gibi durumlarda gereksiz olduğunu belirtmiştir.(Bkz: *Oehler*, **Rosenfeld FS**, s. 150.)

Liu ise fiilin aynılığının belirlenmesinde fiilin aynılığı sorunu bakımından, **suçla korunan hukuki değer**in aynılığı üzerinde durduğu görülmektedir. Bu değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereken husus, tartışma konusu yapılan unsurun hareketin asli unsurunu mu oluşturduğu yoksa sadece niteleyici bir unsur olarak mı kaldığıdır. Asli bir unsurun değişmesi durumunda fiil değişecek, niteleyici bir unsurun değişmesi durumunda ise fiil aynı kalacaktır³⁶⁷. Özellikle fiil zamanı, yeri ya da fiil konusunun niteliği ya da bireyselliğindeki sapmalar fiil aynılığını zedelememelidir³⁶⁸. Ona göre ihlale ilişkin değerlendirmede ihlalin konusunu teşkil eden değer aynılığı fiilin de aynı olmasını sağlayacaktır. Eğer sadece “hareket unsurları”nın aynılığı fiilin aynılığını belirlerse ortaya çıkacak neticelerin sakıncaları bakımından ise yazar şöyle bir örnek sunmaktadır: A’nın 15.1.1987 tarihinde bir broş üzerinde gerçekleştirdiği bir “varsayımsal” hırsızlık ile A’nın 30.3.1988 tarihinde ise bununla bağlantılı olarak Köln’de bir kolye satması aynı fiili oluşturacaktır. Öte yandan broşun “varsayımsal” olarak çalınmış olması, sonuç olarak aynı mücevherin aynı gün içinde gerçek kabul edilen bir hırsızlık konusu malın satın alınması ile farklı fiiller oluşturacaktır.

Schlehofer tarafından ortaya atılan bir başka görüş ise, fiil aynılığını birden fazla olay arasındaki **zaman ve mekân bakımından aynılık** kriterine bağlamaktadır. Yazar görüşlerini StPO §200’de iddianamede yer alması gereken unsurlar arasında fiilin işlendiği yer ve zamanın da belirtilmiş olmasına dayandırmaktadır³⁶⁹. *Schlehofer*’ın yaklaşımının baskın görüşün eksiklerini bertaraf edici nitelikte kabul edilebileceği belirtilmiştir. Zira onun teorisi gerçekten de muhakeme hukuku anlamında yeni bir fiil bulunup bulunmadığı düzenli ve açık bir biçimde belirlenebilir. Gerçekten de yazar özel olarak bir olayın hangi kriterlere göre belirlenmesi ve tanımlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda yazara göre fiil kavramı ve davasız yargılama olmaz ilkesi arasındaki ilişki de tam

³⁶⁷ Liu, *age*, s. 30

³⁶⁸ Liu, *age*, s. 85.

³⁶⁹ Horst Schlehofer, *Der Verbrauch der Strafklage für die abgeurteilte Tat*, GA 1997, Düsseldorf GA 1997, s. 109.

anlamıyla kurulmuş olur. Zira yazara göre iddianame bir çıkış değişkeni olarak hizmet etmektedir³⁷⁰.

Ancak bu görüş kabul edilemez bulunmaktadır. Buna göre *Schlehofer* hem fiil kavramını davasız yargılama olmaz ilkesine bağlamaya çalışmakta ancak öte yandan davasız yargılama olmaz ilkesinin anlam ve içeriğine ilişkin yeterli açıklamayı yapmakta başarısız olmaktadır³⁷¹. Bir otomobil hırsızlığı ile ilgili olan bir iddianamede, olayın 25.11.2012 tarihinde saat 22:00 sularında gerçekleştiği iddia edilmektedir. Bu durumda iddianame kabul edildikten sonra deliller olayın aslında 26.11.2012 tarihinde gece yarısı 01:00 civarı gerçekleştiğini gösterirse, bu iddianame dolayısıyla aynı araba hırsızlığı suçundan dolayı bir mahkûmiyet hükmü verilmesi mümkün olmayacaktır. Eğer bu teori kabul edilseydi savcılık iddianame düzenlemeden önce güvenilir olmayan yer ve mekân bilgilerini açığa çıkarmak için çok fazla çaba göstermek zorunda kalırdı. Ayrıca hazırlanan iddianamede yer alan söz konusu bu bilgilerin gerçek olmadığı anlaşıldığında, savcılığın yeni bir iddianame hazırlama olanağı ilk hazırlanan iddianamenin reddi veya davanın düşmesi neticesinde söz konusu olurdu³⁷². Nitekim bir suçun işlendiği zaman ve mekân ceza yargılamasında tematize edilen ve bu nedenle onun konusunu teşkil eden şüphe ile içsel bir bağlantı halinde değildir. Ayrıca *Schlehofer*'in işaret ettiği davasız yargılama olmaz ilkesine ilişkin anlayış da normatif olarak donuktur. Zira yazarın görüşü failin belirli bir saatte ve belirli bir mekânda kötü bir şey yaptığına ilişkin bir inanişaya dayanmaktadır. Bu durum ise ceza muhakemesinde şüphenin salt bir “önemli davranış” olarak ele alınması tehlikesini gündeme getirmektedir³⁷³.

Schöneborn'a göre iddianamenin konusunu, davanın konusunu ve hükmün konusunu belirleyen düzenlemelerin (StPO 155/2, 264, 265) görevi muhakeme ekonomisinin davanın değiştirilmesi (Umgestaltungsmöglichkeit) imkânları bağlamında çeşitli adaletsizlikleri önlemektir. Bu hükümler anlamında fiil aynılığı

³⁷⁰ Greco, *age*, s. 442.

³⁷¹ Greco, *age*, s. 443.

³⁷² Greco, *age*, s. 443.

³⁷³ Greco, *age*, s. 443; Greco, *age*, s. 390.

sadece aynı hareket hukuki olarak farklı değerlendirildiğinde değil³⁷⁴, aynı zamanda mahkeme iddianamede ya da iddianameyi kabul kararında yer alan olayları **alternatif hareketler** olarak kanıtladığında da karşımıza çıkmaktadır.

Fiilin belirlenmesinde karma görüşü savunan yazarlardan *Schwinge*, fiil aynılığı bakımından da hem **icra hareketlerinin örtüşmesi** hem de **korunan hukuki değer aynılığı** fiil aynılığı bakımından bir kriter olarak ortaya koymaktadır. Buna göre aynı fiil bakımından göz önüne alınan onun icra hareketleri ile ikinci fiilin icra hareketlerinin tamamen ya da kısmi örtüşmesidir. Suçun tamamlanması ve teşebbüs arasındaki dönüşüm bu bağlamda fiil aynılığı kavramını etkilemeyecektir³⁷⁵. Yazara göre hem hukuki hem de fiili yönlerden değiştirilebilir durumda olan hareket ve bağımsız hareketler, aynı hukuken korunan değeri taşıdıkları sürece, aynı fiil olarak ele alınmalıdırlar³⁷⁶. İçsel olarak birbirine bağlı olan bu vakaların tipik hareketin aynılığı veya maddi haksızlık içeriklerinin aynılığı ile belirlenmiş olmaları önemsizdir. Ayrıca yazar bu durumun kesin hüküm bakımından da geçerli olduğunu belirtmektedir. Ona göre ilk yargılamada hakkında kesinleşmiş hüküm verilen hareket ile aynı haksızlık içeriğine sahip bir fiil ikinci bir yargılama önüne getirildiğinde hem devlet hem de şüpheli bakımından bahsi geçen bu menfaatler gündeme gelecektir³⁷⁷. *Schwinge*'ye göre fiil aynılığının belirlenebilmesi için iki kriter göz önüne alınmalıdır. İlk kriter gerçekleştirilen somut hareketlerin en azından kısmi de olsa aynılığının tespit edilmesidir. Fiil aynılığı tipe uygun icra hareketleri kanuni suç tipleri ile eşleştiren hareket bölümünün, en azından kısmen yeni bir değerlendirmede duran doğal olayı bulması ile gerçekleşmiş olur. Bunun önkoşulu ise suç tipinin koşullarına hiçbir hukuki asli değişimin dâhil olmamasıdır. İkinci kriter ise birbirleriyle kıyaslanabilen, dışarıdan birbirlerinden ayırt edilebilen hareketlerin maddi haksızlık içeriklerinin aynı olmasıdır. Buna göre her iki fiil ya

³⁷⁴ Örneğin iddianamede hırsızlık olarak öngörülen suçun, yapılan yargılama neticesinde dolandırıcılık olarak nitelendirilmesi. bkz: Schöneborn, **age**, s. 529.

³⁷⁵ Schwinge, **agm**, s. 225.

³⁷⁶ Schwinge, **agm**, s. 236.

³⁷⁷ Schwinge, **agm**, s. 231.

aynı korunan konu ya da hareket konusuna yönelmeli ya da en azından zincirleme suç veya toplam suç (Sammelstraftat) bir değer toplamı oluşturmaldır³⁷⁸.

Roxin fiilin aynılığının saptanması bakımından iki farklı kriter ortaya koymaktadır. Birbirlerini sınırlandırmayan olaylarda fiil iddianamede belirlenen harekete göre belirlenmektedir. Bu nedenle fiilin aynılığı hukuki nitelendirmeden bağımsız bir şekilde iddianamede tanımlanan hareketler ile ilgilidir³⁷⁹. Örneğin bir kimse hakkında ateş etme hareketinden dolayı izinsiz avlanma suçundan dolayı dava açıldığında ancak daha sonra bu ateş etmenin bir ölüme neden olduğu anlaşılrsa, bunlar haksızlık içeriklerinin niteliklerinin farklılığına bakılmaksızın aynı fiil olarak kabul edilmelidir. Bu durumda bunlar hakkında aynı yargılamada karar verilebilir ve izinsiz avlanmak suçundan verilen mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra öldürme fiili artık cezalandırılmazdı. Ancak birbirlerini sınırlandıran olaylarda, örneğin gerçek içtima ya da zamansal olarak kesintiye uğrayan hareketlerde, eğer ihlal edilen çok sayıda hukuki değer birbiri ile kıyaslanabilir nitelikte ise, zaman ve konu bağlamında bunun aynı fiil olduğu kabul edilmelidir. Roxin bu teori ile sanığın adaletsizliğe uğramayacağını ve davasız yargılama olmaz ilkesinin gerçekleşeceğini, zira sonradan ortaya çıkan hareket iddianamede gösterilen ile yakın bir ilişki içinde bulunacak ve ayrıca bu ikisi arasında karşılaştırılabilir bir hukuken korunan değer aranacaktır³⁸⁰

Wolter de fiilin aynı olup olmadığının tespitinde iki farklı kriter kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Yazar görüşünü *normatif fonksiyonel ve muhakemeye ilişkin fiil kavramı* olarak nitelendirmektedir. Yazara göre olaylar birbirleriyle sınırlandırılabilir değildir. Hareket tekliği ve fiil tekliği, kanun ihlalden bağımsız olarak, fiil aynılığını oluştururlar. Bu durum StPO 154/a'da yer verilene benzer şekilde "hareket teorileri" olarak adlandırılmaktadır. Bu hüküm aynı nitelikteki kanun ihlallerinin ve bunun içinde kalan (kısmen aynılık gösteren) olayların ayrılabilirliğini belirtmektedir. Bu hükme göre karşımıza birbirleri ile

³⁷⁸ Schwinge, *agm*, s. 236.

³⁷⁹ Roxin, *agm*, s. 348.

³⁸⁰ Roxin, *agm*, s. 346-348.

sınırlandırılabilir ancak buna rağmen o durum bakımından fiil aynılığının yer aldığı “hareket çokluğu” çıkmaktadır. Bu durumda fiil aynılığının her durumda hukuki bir eşitlik gerektirdiği söylenmelidir³⁸¹. Bu ise “hukuken korunan değer teorileri”ni amaçlamaktadır. Ancak Wolter’in özellikle üzerinde durduğu husus gerçek içtima oluşturan hareket çokluğu durumlarında da bir “fiil aynılığı” sonucuna varabilecek bir formül geliştirmek olmuştur. Wolter fiil kapsamını “ayrılmaz hareket çokluğu” bakımından genişletmiş ve bunu “hareket teorilerinin hukuken korunan değer teorileri altında genişletilmesi” olarak yorumlamıştır. Bu durumda mekan ve zaman olarak birbirine bağlı hareketler bir fiil oluşturacaktır. Fiil aynılığı gerçekleştirilen davranışların sınırlandırılmaz ve ayrılamaz olmasını gerektirmektedir. Sınırlandırılmaz davranışlar bakımından Wolter hareket teorilerini kullanmıştır. Bu nedenle hareket tekliği bundan ortaya çıkan fiil tekliği her zaman bir muhakeme hukuku anlamında fiil tekliği oluşturacaktır ve bu durum ihlal edilen kanuni düzenlemeden bağımsızdır. Ayrılabilir hareket çokluğu bakımından ise devamlılık bakımından fiili ve haksızlık içeriklerinin özdeşliği gerekmektedir³⁸². Fiil çokluğu, yani ayrılabilir fiiller, istisnai olarak ayrılamaz olabilmektedir. Bu durumlar ise farklı bir şekilde ele alınmayı gerektirmektedir. Nitekim birbirlerini aşan, zamansal olarak ikiye bölünemeyen hareketler bakımından hukuki aynılık aranmayabilecektir.

D. FİİLİN SINIRLANDIRILMASI VE AYNILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİMİZ

1. Fiilin Sınırlandırılmasına İlişkin Görüşümüz

Yukarıda açıklandığı üzere fiilin kapsamının belirlenmesi bakımından hem içtihatlar hem de doktrinde çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Çalışmamız bakımından da muhakeme hukukunda fiilin sınırlandırılmasına ilişkin olarak göz

³⁸¹ Wolter, **agm**, s. 164.

³⁸² Wolter, **agm**, s. 175.

önünde bulundurulması gereken ölçütlerin neler olduğu bu noktada ortaya konmalıdır.

Esasen yargı kararları tarafından ortaya atılan görüş fiil kapsamını belirlemekten ziyade, fiilin kavramını belirlemeye yönelik bir çaba olarak görülmektedir³⁸³. Bu nedenle yargı kararları tarafından ortaya atılan tanımlamalar boş bir formül olarak nitelendirilmektedir³⁸⁴. Yer verdiğimiz yargı kararlarına göre genel olarak fiilin tarihi bir olay olarak ele alınması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bu açıdan yargı kararlarının genel itibariyle olgusal bir yaklaşım sergilediklerini belirtmek gerekmektedir. Ancak somut olay adaletinin başka bir yaklaşım gerektirdiğinin düşünüldüğü durumlarda muhakeme hukuku bakımından fiilin kapsamının tespitinde normatif kriterlerden de yararlanıldığı, bu nedenle örneğin kanunda yer verilen suç tipinde yer alan hareket ya da hukuken korunan değer gibi unsurların fiilin kapsamının belirlenmesi ve bu anlamda fiil tekliği mi çokluğu mu olup olmadığının anlaşılması bakımından kullanılan kriterler olduğu görülmektedir. Kanaatimizce muhakeme hukukunda fiilin salt tarihi bir vaka olarak belirlenmesi birçok somut olayda çözüme götüren bir yöntem olmaktan uzaktır. Fiilin sadece olgusal bir şekilde tarihi bir olay ya da bir vaka olarak nitelendirilmesi fiilin amaçlanandan çok daha geniş olarak ele alınmasını sonuçlayacaktır. Dolayısıyla olgu olarak ortaya konulan bir hususun ceza muhakemesi bakımından fiil olarak nitelendirilmesi için bu olgunun belirli açılardan sınırlandırılması bir zorunluluk arz etmektedir. Bu nedenle yargı kararları tarafından ortaya atılan salt olgusal görüşe iştirak etmiyoruz.

Yargı kararlarında tarihi bir vaka olarak belirlenen hususun fiil olarak nitelendirilmesi için başka bazı kriterlerden yararlanılması gerektiği ve dolayısıyla bu tarihi vakanın sınırlarının belirlenmesi gerekliliğinden hareketle somut bir kriter ortaya konulması gerektiği görülmektedir. Sınırları belirli somut bir kriter ile keskinleştirilmiş olgular ceza muhakemesi açısından fiil olarak ele alınmalıdır. Fiilin kapsamın belirlenmesine ilişkin görüşlerde de yer verildiği üzere buna ilişkin tartışma bu sınırlandırmanın normatif kriterler uyarınca mı yoksa olgusal bir

³⁸³ Münchener Kommentar zur StPO, 2016, § 264, Rn. 10.(MüKoStPO/ Norouzi)

³⁸⁴ MüKoStPO/ Norouzi, § 264, Rn. 11.

değerlendirme ile mi yapılması gerekliliğine ilişkindir. Hatta olgusal ya da normatif kriterleri tamamlayıcı olmak üzere bazen psikolojik ya da sosyolojik değerlendirmelerin de sınırlandırma bakımından göz önünde bulundurulması gerektiği öne sürülmüştür.

Sınırlayıcı kriterin de salt olgusal ya da normatif bir biçimde belirlenmesinin belli bazı sakıncalar doğurabileceği saptanabilmektedir. Nitekim ilk olarak genel itibariyle fiilin kapsamının suçla korunan hukuki değer göz önüne alınması suretiyle belirlenmesi gerektiğini öne süren değer teorilerinin ulaştığı sonuçlar buna örnek verilebilir. Bu teoriler yukarıda açıklandığı üzere genel olarak iddianamede yer verilen olayda ihlal edildiği düşünülen hukuken korunan değerlerin sayısına göre fiillerin tekliği ve çokluğu bakımından bir belirleme yapılmasını öne sürmektedirler. Ancak bu durum birçok bakımdan sorun yaratabilecektir. Zira iddianamede savcı tarafından yapılan hukuki nitelendirmenin yargılama sırasında hâkim tarafından değiştirilmesi her zaman için mümkündür. Bu durumda fiilin kapsamının belirlenmesinde iddianamedeki isnadın mı yoksa daha sonradan hâkim tarafından yapılan nitelendirmenin mi esas alınması gerektiği açıklığa kavuşmamaktadır. Bunun yanında bu durum muhakeme bakımından fiilin muhakemenin her evresinde sürekli farklılık arz etmesini sonuçlayacaktır. Nitekim örneğin iddianamede yer verilen hırsızlık isnadının hâkim tarafından güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirilmesi durumunda, ilk başta iddianamede yer alan fiil ile daha sonradan hukuki nitelendirilmesi değişen fiil olmak üzere bir muhakemenin farklı evrelerinde birden fazla fiil gündeme gelecektir. Hâkim tarafından hukuki nitelendirmesi değiştirilen olayı ayrı bir fiil olarak kabul ettiğimizde ise, hâkimin önüne bir dava yolu ile gelmemiş bir fiilin yargılanması durumu ortaya çıkacaktır. Bu durum ise davasız yargılama olmaz ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde dile getirilen görüşlere ilişkin eleştirilere yukarıda ayrıntılı olarak yer verildiğinden burada tekrar üzerinde durmayacağız.

Kanaatimizce iddianamede belirtilen olgunun sınırlandırılması ve fiilin belirlenmesi amacıyla ne normatif ne de olgusal yaklaşımlar tek başına yeterli olmamaktadır. Ceza muhakemesinde fiil tespit edilirken bunun üç ana sorun bakımından doyurucu olması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre fiile getirilecek

bir çözüm epistemik, metodik ve normatif açılardan sorunsuz bir şekilde belirlenmelidir. Hatta bunun yanına fiil tanımının evrensel bir değer taşıması ve her hukuk sistemi açısından uygulanabilir olması gerektiği de belirtilmektedir³⁸⁵. Fiil kavramı ceza muhakemesinde davasız yargılama olma ilkesinin işleyişini sağlamanın yanında hâkim ve savcı arasındaki görev bölümü bakımından da rol oynamaktadır. Hâkimin hakkında karar vereceği bir isnattan ancak öncelikle bir olgunun ortaya konulması (olgusal kısım) daha sonra ise bu olgunun hukuki açıdan değerlendirilerek gerçekleştirilen hareketin haksızlık oluşturup oluşturmadığının saptanması (normatif kısım) gerekmektedir³⁸⁶. Nitekim ceza muhakemesinde fiil iddianamede gösterilen tipik hareket olarak sınırlı bir biçimde belirlenemez. Bu bağlamda fiilin salt normatif anlamda belirlenmesi mümkün değildir³⁸⁷. Zira bir kanuni hükmün ihlali bir fiil olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla hâkimin yapacağı hukuki değerlendirmeye ilişkin olması nedeniyle normatif kısım fiilin ne olduğunu belirlemek açısından değil ancak fiilin aynılığının tartışılması bakımından bir kriter olarak düşünülebilir. Dolayısıyla bu açıdan Roxin ve Wolter tarafından ortaya konulan karma teorilerin fiilin kapsamının belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Elbette ki olgusal anlamda ele alınacak fiili sınırlandırma yalnızca normatif bakımdan olmak zorunda değildir. Bu açıdan fiilin belirlenmesinde tarihi olay olarak ortaya konulan olgunun içinde yer alan parçalar birbirleri ile bir takım subjektif ölçütler bakımından yakın ilişki içinde bulunmaları gerekçesiyle bir fiil olarak ele alınabilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere subjektif ölçütler olarak ele alınan ölçütler olgunun hareketin yönelimi, kastın yönelimi, hareketin ihlal ettiği değer gibi farklı yorumlara müsait ölçütler de fiili belirlemek bakımından kullanılmamalıdır.

Ceza muhakemesinde fiilin belirlenmesi noktasında gerçekleşen olayın sınırlandırılmasına ilişkin iki sistemden bahsedildiği görülmektedir. Bunlar olayın dolaylı ve doğrudan sınırlandırılmasıdır. Dolaylı sınırlandırılma hukuki ilişki veya

³⁸⁵ Greco, *age*, s. 468.

³⁸⁶ Greco, *age*, s. 469.

³⁸⁷ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 11.

hukuki sebebin gösterilmesi ile olayın da sınırlandırılmış sayılmasının kabulünü ifade etmektedir. Ancak dolaylı sınırlandırmanın belirsiz bir nitelik taşımasından dolayı sanığa belli bir güvence sağlanması amacıyla ceza muhakemesinde kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu anlamda olayın doğrudan doğruya sınırlandırılması gerekmektedir³⁸⁸. Bu noktada ise fiilin unsurlarının neler olduğu ve nelerin doğrudan doğruya fiil ile ilişkili olduğunu belirlemek gerekir. Nitekim fiilin belirlenmesinde Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu sınırlandırmaya ilişkin olarak “ *ya sınırlandırma, duvar veya tel çekmede olduğu gibi tamdır. Yahut nirengi noktalarının gösterilmesi ile yetinilir. Birinci şekil, olayı meydana getiren bütün olaycıkların eksiksiz gösterilmesini gerektirir ki bu da hemen hemen imkansızdır. Onun için yer, gün, saat, kişiler, kullanılan şeyler gibi nirengi noktalarının gösterilmesi ile yetinilir. Gösterilmiş olsa dahi esaslı noktalarda değişiklik yapılabilir*” demektedir³⁸⁹. Bu bağlamda vakanın belirli unsurlarının tespitinin fiilin sınırlanması bakımından daha ağırlıklı olması gerekmektedir. Bunlar ise hareket, fail, zaman, mekan, konu, araç, mağdur unsurlarıdır³⁹⁰.

Bu durumda ceza muhakemesinde fiil, onu oluşturan olaya ilişkin esaslı noktalarının belirlenmesi suretiyle belirlenecektir. Bu durumda fiil **iddianamede ortaya konulan hareket, fail, zaman, mekan, konu, araç, mağdur unsurları yönünden sınırlandırılmış olan olgular bütünü**³⁹¹ olarak tanımlanmalıdır. Dolayısıyla maddi ceza hukuku anlamında suçun nitelendirmesi ile bir bağlantısı bulunmadığını belirtmek gerekmektedir. Bu bağlamda tanımımızı somutlaştırmak amacıyla örnek olarak A'nın B'yi alıkoyarak bir arabaya bindirdiğini ve İstanbul'dan

³⁸⁸ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 89, 90.

³⁸⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 90.

³⁹⁰ Lee, **age**, s. 197.

³⁹¹ Ancak ifade edelim ki iddianamede yer verildiği haliyle bir olayın anlatılışında başka bazı olaylara yer verilmesi de söz konusu olabilir. Fakat bu durum fiilin bütün o yan olayları da kapsayacak şekilde anlaşılmasını gerektirmez. Aksi görüşte olan Kunter/Yenisey/ Nuhoğlu ise “*şüphelinin suç fiili öncesindeki davranışlarını da bir bütün olarak kapsayan ve genel hayat tecrübesine göre iddianamede tanımlanan olay ile bağlantılı, onunla bütünleşen olay teşkil eden davranışların bütünü*” tanımlamaktadır. (Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 41); Görüşümüzün Türk hukuku bakımından ilgili CMK hükümleri açısından uygulanması bakımından bkz aş.: s. 161 vd.

Ankara'ya gitmekte iken yolda C'nin aracına çarparak bir kaza yaptığını ve B'nin yaralanmasına C'nin ise aracının hasar görmesine neden olduğuna ilişkin bir olayın savcı tarafından ele alınmasına dair bir iddianame hazırlandığında, söz konusu vakanın iddianamede tarihi bir silsile içinde anlatılması bir olgunun ortaya konulması olacaktır. Ancak bu olgu kanaatimizce tek başına muhakeme hukuku bakımından fiil olarak nitelendirilemeyecektir. Bunun muhakeme hukuku anlamında fiil olarak nitelendirilmesi bakımından zaman ve mekan bakımından bir yakınlık olup olmadığı araştırıldığında, bu soruya olumlu cevap verilir. Ancak bu yeterli değildir. Bu durumda ihlal edilen değerler bakımından bir saptama yapılmalıdır. Burada ilk olarak kişi özgürlüğüne, daha sonra vücut bütünlüğünün korunmasına ve daha sonra ise malvarlığı değerine ilişkin bir ihlalin gerçekleştiği görülmektedir. Bu durumda bu olgunun üç ayrı muhakeme hukuku anlamında fiil oluşturduğunu saptamak mümkündür.

2. Fiilin Aynılığına İlişkin Görüşümüz

Fiilin aynı olup olmadığına ilişkin değerlendirme de fiilin sınırlandırılmasına ilişkin nitelendirmeden yola çıkılarak yapılmalıdır. Ancak burada doğal ölçütlerle sınırlandırmalar yanında fiilin aynılığını tespit edebilmek bakımından başka bir ölçüt daha ortaya koymak gerekmektedir.

Fiilin aynılığı bir fiile ilişkin başka bir derdest davanın bulunup bulunmadığını tespit edebilme noktasında; hem de kesin hükmün önleyici etkisi bağlamında non bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından göz önünde bulundurulur. Bu noktada buradaki sorun genellikle yer, zaman, mekan, konu araç ve benzer yönlerden sınırlandırılmış bir olgu yani fiil bakımından bir suç tipinden dolayı verilen bir kesin hükmün etkisinin aynı veya buna yakın³⁹² unsurları taşıyan olgunun bir başka suç tipi dolayısıyla yargılanması bakımından bir engelleme etkisi gösterip göstermeyeceği bakımından ortaya çıkmaktadır.

³⁹² Aynılık esasen her unsur bakımından örtüşme anlamına gelmektedir. Ancak fiilin aynılığı bakımından bu örtüşmenin her unsur bakımından tam bir örtüşme olması gerekemeyebilir. Dolayısıyla aynılık benzerliği de içermektedir(Lee, **age**, s. 205)

Kanaatimizce fiilin aynılığı bakımından karma görüşler esas alınmalıdır. Nitekim yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden gidecek olunursa, olayda üç ayrı muhakeme hukuku anlamında fiilin var olduğunu tespit etmiştik. Fiilin aynı olup olmadığına ilişkin belirleme yukarıda problemin tespiti hususunda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde fiil genişlemesi ve fiil ikamesi problemleri bakımından önem arz etmektedir. Burada, sanığın tespit edilen muhakeme anlamında fiilerden birinden yapılan ve kesinleşen bir yargılamadan, örneğin A'nın B'ye karşı gerçekleştirdiği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından, mahkum olması ve bu kararın kesinleşmesinden, sonra, bu fiille zamansal ve mekânsal bir yakınlığı bulunmakla birlikte ayrı bir hukuken korunan değere yönelik olan bir başka olgu bakımından yeni bir yargılama yapılması, örnekte C'nin aracına zarar verildiğine ilişkin olarak, mümkün olacaktır. Zira burada fiillerin aynılığından bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla karşılaştırılması gereken olayların aynı fiili oluşturup oluşturmadıklarının tespit edilmesi gereken durumlarda birbirlerine zamansal ve mekânsal olarak yakın olan olguların aynı zamanda suçla korunan hukuki değer bakımından da değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁹³. Bu bağlamda **iddianamede belirli yönlerden sınırlandırılmış olan olguların aynı ya da benzer hukuken korunan değerlerin ihlali göz önünde bulundurulmak suretiyle tespiti** şeklinde fiilin aynı olup olmadığı sorusuna cevap verilmelidir³⁹⁴.

³⁹³ Fiillerin aynılığı bakımından kesinlikle aynı olması gereken unsurlardan biri kişi yani fail unsurudur. Dolayısıyla sanığın değişmesi durumunda fiilin aynılığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte mağdurun aynı olması bazı yazarlar tarafından fiilin aynılığı açısından bir garanti olarak görülmesine rağmen kimi zaman mağdurun aynı olması fiile ilişkin başka unsurların değişmesi durumunda fiilin aynılığını sonuçlamayabileceği gibi mağdurların farklı olması fiilin aynı olmasına da engel olmayabilmektedir. Bu nedenle mağdur aynılığı bir kriter olarak göz önünde bulundurulmamalıdır. Benzer şekilde aynı zaman ve mekanda gerçekleşmiş fiiller de başka bazı unsurların değişmesi durumunda aynılığı sağlamayabilmektedir. Bu nedenlerle söz konusu bu subjektif ölçütlerin yanında bir başka ölçüte daha ihtiyaç duyulmaktadır (Lee, **age**, s. 206, 207)

³⁹⁴ Gerçekten de fiilin aynı olup olmadığı bakımından doğal bakış açısı tek başına yeterli olmamakta bu nedenle normatif unsurların aynılığı da bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.(Lee, **age**, s. 211); Örneğin İtalyan Yargıtay'ına göre muhakeme anlamındaki fiilin esaslı unsurlarından biri mağdurdur. Dolayısıyla yargılama sırasında mağdurun değişmesi durumu söz konusu olduğunda artık fiilin de farklılaştığını kabul etmek gerekmektedir (Mustafa Özen, "non bis in idem ilkesi", **in: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y.2010s.1, s.394, dn 25.

İKİNCİ BÖLÜM

FİİLİN MUHAKEMENİN KONUSU İLE İLİŞKİSİ – CEZA MUHAKEMESİNE HAKİM OLAN BAZI İLKELER VE BAZI MUHAKEME KURUMLARI İLE FİİL BAĞLANTISI

I. CEZA MUHAKEMESİNİN KONUSU BAĞLAMINDA FİİL

Ceza muhakemesi sanığın cezalandırılabilir bir fiili olup olmadığı, bu fiili kusurlu olarak işleyip işlemediği, ona karşı hangi hukuki yargıya varılacağı sorularına cevap aramaktadır. Bu bağlamda ceza muhakemesinin işlevi bir uyumsuzluğu bu sorulara cevap verecek şekilde kolektif hüküm ile çözmek olarak ifade edilebilir¹.

Ceza muhakemesi hukuku bakımından konunun belirlenmesi muhakemenin tamamını ilgilendiren bir husus olmasının yanı sıra fiil ile bağlı olma, davanın değişmesi ve kesin hüküm konularında da önem arz etmektedir². Ceza muhakemesinde çözüme kavuşturulacak hususun ceza muhakemesinin objesini yani konusunu oluşturduğu belirtilmelidir³. Bu bağlamda ceza muhakemesinde konunun belirlenmesi, esasen tüm yargılamanın ne ile ilgili olacağını ve muhakemenin neyin üzerine yürütüleceğinin belirlenmesini ifade etmektedir. Konu en genel olarak bilinçli bir hareketin yöneldiği bir süjeyi ya da hareketin amacını ifade etmektedir. Hukuk bilimi bakımından ise konu kavramı icra hareketinin yönelimini ifade etmek için kullanılmaktadır⁴. Konunun ceza muhakemesinde ifade ediliş biçimi bakımından ise farklı kavramlar kullanıldığı görülmektedir. Bu anlamda ceza muhakemesi

¹ Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, s.35; Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s.87.

² Jürgen Baumann, **Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozesses**, Kohlhammer Verlag, 1969, s. 115; Noftz, **age**, s. 1.

³ Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bs., Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1989, § 15, Rn.139; ceza muhakemesinde çözüme kavuşturulması gereken hususu hukuk muhakemesinden ayırmak için hukuk muhakemesinde genelde kullanılan dava konusu kavramı yerine muhakemenin konusu kavramının kullanılması daha uygun görünmektedir.(Baumann, **age**, s. 114)

⁴ Spinellis, **age**, s.44.

sirasında incelenecek olan husus “*kolektif hükmle çözülecek uyuşmazlık*”⁵, “*yargılama konusu*”⁶, ya da “*dava konusu*”⁷ olarak ifade edilmektedir. Kolektif hükmle çözülecek uyuşmazlık ifadesi, her ne kadar ceza hukukunda bir uyuşmazlık söz konusu olsa da, kavramlaştırma bakımından uzun olmasından dolayı tercih edilmeyecektir. Yargılama konusu terimi, muhakeme soruşturma ve kovuşturma evrelerini kapsayan, yargılamaya nazaran daha geniş bir kavram olduğundan ifade etmek istediğimiz kavramı tam olarak yansıtamamaktadır. Zira muhakeme boyunca iddianamenin, yargılamanın ve hükmün konularından bahsedebilmek mümkündür. Dava konusu terimi ise hukuk muhakemesine ilişkin olduğundan bu kavramın ceza muhakemesinde kullanımı yoluna gitmeyeceğiz. Bu nedenle “**muhakemenin konusu**” kavramını muhakemenin tüm evrelerini ve safhalarını karşılayacak biçimde kullanmak uygun gözükmemektedir. Bu nedenlerle biz çalışmamızda daha kapsayıcı olması açısından muhakemenin konusu kavramını kullanacağız.

Muhakemenin konusu yukarıda bahsedilen soruların cevaplanması sırasında muhakemenin sınırlarının çizilmesine hizmet etmektedir. Bu bağlamda muhakemenin konusu ifadesi teknik bir terimdir ve dar bir anlama sahiptir⁸. Nitekim muhakemenin konusu, o anda yargılamada tartışılan her bir husus değildir⁹. Dolayısıyla örneğin yargılama sırasında bir delilin tartışılması, bu delilin muhakemenin konusunu oluşturduğu anlamına gelmez. Ceza muhakemesi hâkim, savcı ve sanığın eylemlerinden oluşan bir zincir olarak kabul edilirse, muhakemenin konusu bu zinciri birbirine bağlayan ve onun ilgilendiği şeyi ifade eder¹⁰.

Muhakemenin konusu doktrinde çeşitli biçimlerde tanımlanmaktadır. Örneğin kavram bir temaya göre görülen bir yargılamada hakkında karar verilmesi gereken ve

⁵ Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, § 15, Rn.139.

⁶ Roxin/ Schünemann, **age**, § 20, Rn.1; Beulke, **age**, § 25, Rn. 512; Volk, **age**, § 13, Rn. 1; Kindhäuser, StPO, § 25, Rn. 4.

⁷ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 48.

⁸ Roxin/ Schünemann, **age**, § 20, Rn.1.

⁹ Greco, **age**, s. 379.

¹⁰ Spinellis, **age**, s. 44.

bu kararın yargılamanın amacını oluşturduğu bir kavram olarak ele alınmaktadır¹¹. Bunun yanında hâkimin araştırmasının ve hükmün önleme etkisinin konusu¹² ya da maddi hukuktan doğan ceza sorumluluğunun kendisine göre belirleneceği bir vaka¹³ olarak da nitelendirilmektedir. Ancak bu tanımlar muhakeme konusu kavramını betimlemekte, onun ne olduğu ile ilgili tanımlayıcı bir cevap vermekten uzak gözükümlerler. Bu nedenle muhakemenin konusunu tanımlamaya çalışan görüşlere yer vermek gerekmektedir.

A. Muhakemenin Konusunu Doğal Anlamda Tarihi bir Vaka Olarak Ele Alan Görüş

Bu görüş muhakemenin konusunu, doğal anlamda bir vaka olarak görmektedir. Buna göre muhakemenin konusu davada ve kovuşturma evresinin başlangıcında belirlenmektedir. Ancak davanın, kovuşturma evresinin başlaması ile bağlantılı bir şekilde, yargılama konusu üzerinde bir etkisi olsa da, bunun açık ve özel olarak ortaya konulmasını sağlayamadığı iddia edilmiştir¹⁴.

Muhakemenin konusunu tarihi vaka olarak ele alan görüş iddianamede olayın esasına ilişkin olarak yeterli ve kapsayıcı bilgi olmaması durumunda bile, bu olaya ilişkin yapılacak doğal bir değerlendirme vasıtasıyla söz konusu olaya objektif yönden bağlı kabul edilebilecek tüm durumları tarihi vaka kapsamında tek bir olay ve dolayısıyla tek bir konu olarak değerlendirir¹⁵. Ancak bu görüş beraat kararı verilen yargılamalar bağlamında eleştirilmektedir. Buna göre eğer beraat kararı isnat edilen olayın hiç gerçekleşmediği ya da söz konusu sanık tarafından gerçekleştirilmediği gerekçesine dayanırsa, tarihi vaka olarak kabul edilen konunun

¹¹ Bertel, **age**, s. 1; (aynı yönde bkz.: Greco, **age**, s. 380.)

¹² Barthel, **age**, s. 25 vd.

¹³ Alois Birklbauer, **Der Prozessgegenstand im österreichischen Strafverfahren**, Wien, 2009, s. 27

¹⁴ Noftz, **age**, s.4.

¹⁵ Schmidt, **LehrK I**, § 264, Rn. 58; Ayrıca bkz: “*şüphelinin ceza muhakemesi organları aracılığı ile (örneğin iddianamede ya da davada) belirlenen, hayatın olağan akışına göre tarihi vakaların bir birlik oluşturduğu toplam davranışları*”: BGHSt, 45, 211, 212:

esasinda olmadığı, dolayısıyla yargılamanın dayandığı bir nokta kalmayacağı belirtilmektedir¹⁶.

Bu görüşe göre sanığın eylemleri iddianamede tanımlanmış hareketlerle bağlantı içinde durur ve bununla muhakeme hukuku çerçevesinde “birlik içinde bir olay” oluşturur¹⁷. Sanığın bu eylemleri doğal yaklaşıma dayanan bir ilişki yoluyla bir yaşam olayı¹⁸ olarak ele alınmaktadır. Dava bir yönden olayların esasını belirler, böylece muhakeme hukuku anlamındaki fiil bu olaylarla bağlantılı bütün eylemleri kapsamına alır. Doğal anlayışa göre bu noktada bu eylemler objektif ve üçüncü kişi tarafından tek bir vaka olarak anlaşılırsa bunlar beraber yargılanabileceklerdir. Bu görüşe göre ceza muhakemesinde yargılanacak olan sanığın tarihi bir bütünlük oluşturan eylemleridir. Bu bağlamda muhakeme konusunun “tarihi vaka” olması gerektiği belirtilmektedir¹⁹.

Görüldüğü üzere bu görüş, muhakemenin konusu ile muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramını birbirine eşdeğer görmektedir. Ancak muhakeme hukuku anlamındaki fiil ile muhakemenin konusu kavramları içerik olarak aynı değildir²⁰. Zira muhakemenin konusu karar için anlamı olan tüm olayları kapsar, böylece muhakeme konusu aynı kişinin birden fazla fiili ya da birden fazla kişinin aynı fiili bağlantılı olarak ele alındığında çok sayıda fiil içerebilir²¹. Bu bağlamda Alman hukukunda belirtilen ve StPO § 155 ve § 264 uyarınca ulaşılan kanaat, muhakeme konusunun biri objektif biri subjektif iki unsuru bulunduğu, bu bağlamda muhakeme konusu ve muhakeme hukuku bağlamındaki fiil kavramlarının aynı anlama sahip olmadığı yönündedir²².

¹⁶ Liu, **age**, s. 9 vd.; Aynı yönde bkz.: Vogler, **age**, s. 77; Noftz, **age**, s. 37.

¹⁷ Noftz, **age**, s. 5.

¹⁸ Schmidt, **LehrK I**, § 264, Rn. 312.

¹⁹ Noftz, **age**, s. 5

²⁰ MüKoStPO/ Norouzi, §264, Rn. 8.

²¹ Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 33 – 34.

²² Komalarajun, **age**, s.9.

B. Muhakemenin Konusunu Normatif Olarak Ele Alan Görüş

Literatürde muhakeme hukuku bağlamındaki fiil kavramına doğal anlamda yaklaşımın tek taraflı olduğu ve kapsayıcı olmaktan uzak olduğu belirtilmektedir²³. Bu nedenle hukuk dışı yaklaşımlar ışığında bir fiil kabulü özellikle normatif ölçütlerin güvenilirliğinden feragat eder. Ancak normatif ölçütlerin kullanılması muhakemenin konusu hususundaki kararın dışsal olayların tesadüfiliğine değil, aksine hâkimin hukuk hissiyatına dayandıracağından daha güvenceli bir yöntem sunar. Bu bağlamda muhakemenin konusunu normatif temellere dayandıran görüş ceza muhakemesi hukuku için karar verici inceleme noktaları altında doğal yaklaşımla çelişen şekilde muhakemenin konusu kavramına ulaşmak için, ceza muhakemesi hukukunun kendi fiil kavramını özel gerekliliklere göre şekillendirmesi gerektiğini belirtmektedir²⁴.

Bu görüşün ayırt edici bir özelliği, muhakeme hukuku ve maddi ceza hukuku arasındaki bağlantıyı muhakemenin konusu bakımından göz önünde bulundurmasıdır²⁵. Bir olayın olup olmadığı sorusu ile ilgilenen maddi ceza hukuku ile nasıl olduğu sorusuna yanıt arayan muhakeme hukuku esasında konu bakımından aynıdır.

Doğal anlamdaki görüşlerin normatif olarak sınırlanma isteğinden ortaya çıkan normatif görüşler, bireyselleştirme teorisi olarak da anılmakta ve muhakeme konusunu hukuki yönden ölçmek ve sınırlandırmaktadır. Bu görüşe göre muhakeme konusu maddi hukuka ilişkin içtima öğretisinde yer alan ihlal teklifi ve hareket teklifi kavramları ile aynıdır.²⁶

Ancak bu görüş maddi ceza hukuku ve muhakeme hukuku arasındaki yapı farklılığı gerekçe gösterilerek eleştirilmiştir. Buna göre maddi ceza hukuku soyut bir takım durumlar öngörmekte ve buna göre bazı düzenlemeler getirmektedir. Oysa ki

²³ Liu, **age**, 60; Schwinge, **agm**, s. 221.

²⁴ Noftz, **age**, s. 7; Schwinge, **agm**, 221.

²⁵ Noftz, **age**, s. 8

²⁶ Noftz, **age**, s. 38.

muhakeme hukuku somut bir vaka ile ilgili olarak inceleme yapar ve bu olayın maddi ceza hukuku bakımından cezalandırılabilir olup olmadığını araştırır²⁷. Ceza adaletinin gereği olarak devlet cezalandırma gücünü sadece fiili – ceza hukukuna ilişkin gerekliliklere bağlamaz aksine her bir durumda özel bir hukuki düzeni güvence altına alır. Ceza yargılamasının bu işlevinden maddi ceza hukukundakilere karşılık, öncelikle yapısal olarak muhakeme hukukuna özgü kavram ve kurallar ortaya çıkar²⁸. Dolayısıyla ceza muhakemesi ve maddi ceza hukukunun birbirinden farklı olduğu ve bu nedenle birinde yer alan bir kavramın diğerinde aynı anlam içeriğine sahip olarak kullanılmasının sakıncalı olduğu ifade edilmiştir.

C. Muhakemenin Konusunu Devletin Cezalandırma Yetkisi Olarak Ele Alan Görüş

Bu görüş taraftarları muhakemenin konusunun bir “ceza hukuku ilişkisi”²⁹, “cezalendirme yetkisi”³⁰, “karmaşık farazi ceza hukuku”³¹, bir “sorunlu ceza görevi”³², “şüphenin araştırılmasının dava yoluyla talebi”³³, “devletin yargılama makamlarının cezalandırma görevlerini yerine getirmelerinin talep edilmesi”³⁴ olduğunu belirtmektedirler. Bu kapsamda yer alan görüşler, doktrinde muhakemenin konusunun bir talep olduğunu ileri süren görüşler olarak da adlandırılmaktadır³⁵.

²⁷ Noftz, **age**, s. 38-39.

²⁸ Noftz, **age**, s. 39; Schmidt, , **LehrK I**, § 264, Rn. 33.

²⁹ Binding, **Strafurteil**, s. 329.(Naklen, Greco, **age**, s.)

³⁰ Schanze, “Die Rechtskraft des Strafurteils”, in **ZStW 4, (1884)**, s. 446; Birkmeyer, **Deutsches Strafprozessrecht**, 1898, s. 3 vd.; Jürgen Baumann, “Änderung des Prozessgegenstandes im Zivil – und Strafprozess”, in: **ZZP 69**, 1956, s. 369.)

³¹ Bertel, **age**, s. 1 vd; Peter Gantzer, **Die Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse und Verfügungen**, 1967, s. 107.

³² Heinrich Gerland, **Der deutsche Strafprozess: Eine systematische Darstellung**, 1927, s. 10.

³³ Noftz, **age**, s. 37 vd.

³⁴ Vogler, **age**, s. 81-82.

³⁵ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 53.

Muhakemenin konusu ile ilgili pek çok görüş bunun fiil ile eşdeğerde olduğunu ifade etse de, bunlardan farklı olarak burada muhakemenin konusu devletin cezalandırma yetkisi ile paralel biçimde açıklanmaya çalışılmıştır. Devletin cezalandırma yetkisine dayanan bu görüş hem ceza muhakemesi hem de maddi ceza hukuku olmak üzere iki farklı açıdan savunulmaktadır

Görüşü maddi ceza hukuku bağlamında desteklemek için failin eyleminin devlet ve fail arasında bir hukuki ilişki kurduğu ve bu bağlamda faile karşı devletin bir cezalandırma görevi ortaya çıktığı fikrinden yola çıkılmaktadır. Buna göre devletin cezalandırma yetkisi hukuku ihlal eden kişiye ceza tehdidini sunma yetkisine sahip olunması olarak ifade edilebilir. Bu yetki devletin faile karşı kullandığı subjektif bir hakkı olarak da ifade edilmektedir, ki bunun karşısında failin cezaya katlanma yükümlülüğü yer almaktadır³⁶. Bu durumda fail kaç suç işlemiş ise devletin de o sayıda cezalandırma hakkı ortaya çıktığı ve bunların her birinin muhakeme konusu olduğu savunulmaktadır³⁷.

Bu görüşü ceza muhakemesi hukuku açısından ele alanlar ise bunu genel olarak ceza yargılamasının yapısı üzerinden yapmışlar ve özellikle maddi taraf kavramları üzerinden bu konuyu tartışmışlardır. Ceza muhakemesi bir taraf yargılaması olarak ele alındığında, dava açan devlet tarafından tanınan, devletin cezalandırma yetkisi esasen yargılamada tartışmaya açılan hususu oluşturmaktadır³⁸. Böylece devletin cezalandırma yetkisi muhakemenin konusu olur. Bu şekilde cezalandırma yetkisinin varlığına ya da yokluğuna veya türüne ve kapsamına ceza muhakemesinde karar verilir³⁹.

Muhakemenin konusunu devletin cezalandırma yetkisinin teşkil etmesi durumunda bunun belirli bir kişiye yönelmiş olması gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu yetki, hazırlanan iddianamede belirtilmelidir. Bu şekilde yetkinin

³⁶ Noftz, **age**, s. 10.

³⁷ Bertel, **age**, s. 4.

³⁸ Noftz, **age**, s. 11.

³⁹ Noftz, **age**, s. 11; Birkmeyer, **age**, s. 63; Schanze, ZStrW 4, s.46.

sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Zira bu durumda hangi suç karşılığında ortaya çıkan cezalandırma yetkisinin kullanılacağı belirlenmiş olacaktır⁴⁰.

Bu görüş ilk olarak devletin bir cezalandırma yetkisinin gerçekten var olup olmadığı sorusu ekseninde eleştirilmiştir. Buna göre devletin cezalandırma yetkisi somut ve varlığa sahip bir yetki olarak değil, aksine varsayımsal olarak değerlendirilmesi gereken bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla devletin cezalandırma yetkisi kavramının yalnızca terminolojik olarak değil fiili bakımdan da yanlış anlaşılmaya müsait olduğu ifade edilmiştir⁴¹. Maddi hukuka göre de devletin cezalandırma yetkisi öğretisi radikal düşüncelerden türemektedir⁴². Devletin cezalandırma yetkisi, devletin bir ceza davası hakkı kazanmasına karar verilmesine dayanamaz.⁴³ Dava açma hakkı yani dava hakkı devletin cezalandırma yetkisini kapsamaz. Bunun ötesinde dava hakkı ve devletin maddi anlamda cezalandırma yetkisi her bakımdan birbiriyle örtüşmez, çünkü devletin cezalandırma yetkisinin ceza davasına ya da cezaya sebep olması zorunlu değildir⁴⁴. Ceza için gerekli olan maddi ceza hukuku ve ceza davasındaki ceza muhakemesi hukuku birbirlerine bağımlı değildir.

Devlet ceza hukuku devlet otorite hukuku ile aynıdır; devlet otoritesinin dışı vurumudur. Devletin her bir durumda cezalandırmaya yetkili olup olmadığı ve bu bağlamda tarafların hukuk alanlarına müdahale edip etmediği sorusu kendi kendine

⁴⁰ Bertel, *age*, s. 8; ayrıca bu görüşü savunan yazarlardan Bertel, fiil kavramının muhakemenin konusunun niteliği ile ilgili olmadığını, fiilin ancak bu konunun sınırlanmasına hizmet ettiğini belirtmektedir. Devletin birden fazla cezalandırma yetkisi olduğunu belirten yazar, somut bir yargılamada devletin hangi cezalandırma hakkını kullandığının tespit edilebilmesi için daire benzetmesi yaparak bu konuya açıklık getirmeye çalışmaktadır. Buna göre devletin cezalandırma yetkisi yani muhakemenin konusu, içinde fiilleri barındıran bir daire oluşturmaktadır. Hâkim yargılama sırasında hangi fiilin söz konusu olduğunu idrak görevi (Kognitionspflicht) bilmeli, araştırma görevini buna göre yerine getirmeli ve bu bağlamda yargılamayı sınırlandırmalıdır. Hâkime hangi fiil bakımından yargılama yapması gerektiği ise iddianame tarafından gösterilir. Bu durumda muhakeme konusu, fiil kavramına göre belirlenecek, o daraldıkça daralacak, o genişledikçe genişleyecektir. (Bkz: Bertel, *age*, s. 9-10.)

⁴¹ Liu, *age*, s. 40; Wolter, *age*, s. 20; Noftz, *age*, s. 11.

⁴² Henkel, *age*, s. 112; Vogler, *age*, s. 74.

⁴³ Noftz, *age*, s. 11-12.

⁴⁴ Noftz, *age*, s. 12.

cevap veren bir sorudur⁴⁵. Bu hem devletin kovuşturma organlarının hem de failin belirli bir davranışa yükümlü olması hakkı ile ilgili değildir, aksine taraf olan kişilerin hukuki statülerinde devletin belirli bir müdahalesine izin vermekle ilgilidir. Bu bağlamda devletin cezalandırma yetkisinin ayrı bir hukuki kurum olduğu ve ceza muhakemesindeki muhakemenin konusu ile ilgili olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁶.

Söz konusu görüşe bir diğer eleştiri davadaki hak iddiaları problemi bağlamında yapılmıştır. Muhakeme hukukunun hangi kapsamda ve hangi gerekliliklerle devlete ait bir cezalandırma yetkisinin varsayılabilceği ve adil bir karar talep edilebileceği ile de ilgilenir. Bu bağlamda davacının öne sürdüğü suç iddiasının hangi yetkiye dayandığı, bunun bir hak iddiası olup olmadığı sorularına cevap verilmesi gerekmektedir. Çünkü bir iddianın ortaya atılması bir hakka ulaşmak için bir hukuk koruması getirir. Devlet ceza hukuku, yani genel olarak devletlerin cezalandırma yetkisi, devlet yetki hukukudur. Böyle olunca bir hukuki koruma ne gerekli ne de yeterlidir. Bu nedenlerle hukuki koruma iddiaları ve cezanın infazı iddialarına dayanılarak cezalandırma görevi ve hukuk muhakemesindeki görevinin birbirine paralel şekilde açıklanması sonuçsuz kalmaktadır⁴⁷.

Görüşün eleştirildiği bir başka nokta, medeni hukuk kavramlarının ceza muhakemesine taşımak istediği yönünde olmuştur. Devletin maddi sübjektif cezalandırma yetkisinden bahseden bu görüş, esasen hukuk muhakemesine benzer biçimde yapılan bir ceza muhakemesinden söz etmektedir. Ancak ceza muhakemesi soruşturma ilkesinin egemenliği altında yürütülmektedir. Dolayısıyla hukuk muhakemesindeki dava kavramı ile ceza muhakemesindeki dava kavramları birbirinden son derece farklıdır. Hukuk muhakemesinde ve çelişmeli yargının hâkim olduğu ceza muhakemesi sistemlerinde – örneğin Amerikan ceza muhakemesi sistemi- davalı davacının tamamlanmış ve sona ermiş bir iddiasına karşı koyar⁴⁸.

⁴⁵ Noftz, **age**, s. 12.

⁴⁶ Noftz, **age**, s. 13

⁴⁷ Noftz, **age**, s. 13-14.

⁴⁸ Noftz, **age**, s. 14.

Ancak örneğin Kıta Avrupası hukuk sisteminde davacının görevi kendisi tarafından ortaya konan iddiaların doğruluğunun kanıtlanması değildir. Zira davada hiç haklı bir iddia ortaya atılmamış olabilir, ancak araştırma ilkesi bağlamında belirli bir fiilin araştırılması ceza hâkimi tarafından yapılacaktır. Dolayısıyla hukuk muhakemesinden ceza muhakemesine doğru böyle bir aktarmanın yapılmasının uygun olmadığı belirtilmesi gerekmektedir⁴⁹. Gerçekten de ceza yargılamasında devletin cezalandırma yetkisinin varlığı kuşkusuzdur. Ancak buna ilişkin faaliyetin başlamasının yetkinin kullanılmasının talep edilmesi olarak nitelendirilmesi, ceza muhakemesine ilişkin kavramın hukuk muhakemesine ilişkin kavramlarla açıklanması sonucunu doğurur ki, bunun isabetli olmadığı belirtilmelidir⁵⁰.

Bu görüşe getirilen son eleştiri ise beraat kararı verilen hükümler bakımındandır. Zira beraat hükmü verilen durumlarda hâkim talep edilen bir cezalandırma yetkisini reddetmiş olmaktadır. Eğer maddi hukuki bakımdan geçerli bir cezalandırma yetkisi muhakemenin konusu olarak kabul edilirse, beraat hükmü ile neticelenen her bir ceza yargılaması konusu olmaksızın sona erecektir⁵¹.

D. Muhakemenin Konusunu Davacının Netice-i Talebi Olarak Ele Alan Görüş

Bu görüşe göre her ne kadar doktrinde kapsamlı bir biçimde aksi iddia ediliyor olsa da, hukuk muhakemesi ve ceza muhakemesi arasında tam zıtlık bulunmamaktadır. Her iki yargılama birbirine paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla ceza muhakemesi bakımından konunun hukuk muhakemesinden kaynaklanacak şekilde formüle edilebilmesi mümkündür.

Hukuk muhakemesi bakımından muhakemenin konusunun ne olduğu üzerinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bunlar arasında hukuk muhakemesinin konusunun usuli talep olduğunu savunan görüşler bahsi geçen bu görüş bakımından temel alınmaktadır. Bu görüşe göre hem ceza muhakemesinde hem de hukuk

⁴⁹ Liu, **age**, s. 40, Noftz, **age**, s. 14.

⁵⁰ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 55, 57.

⁵¹ Noftz, **age**, s. 15.

muhakemesinde ne fiil ne de devletin cezalandırma yetkisi muhakemenin konusu olarak kabul edilebilir. Bu görüş usuli talep olarak ifade edilen kavramın ise, esasında davacının netice-i talebi kavramından farklı bir şey olmadığını belirtmektedir⁵².

Ceza yargılamasının konusunun davacının netice-i talebi olarak kabul eden görüşe göre bu durum ancak tahkik sisteminin kabul edildiği yargılamalarda mümkündür. Bu bağlamda ceza muhakemesinde davacının netice-i talebi kavramı içerik ve kapsam bakımından bazı farklılıklar arz edebilir, bu kavram kamu davasının açılmasına ilişkin bir hak olan şekli dava hakkından farklıdır. Buna ilişkin tespitin hukuk politikasından bağımsız bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu görüşe göre savcı , yani davacı, dava açmakla devletin cezalandırma yetkisinin yerine getirilmesi için bir talep ortaya koymaktadır. Nitekim yargılamada bu talep tartışılmakta ve karar bu talep ile ilgili olarak verilmektedir. Dolayısıyla bu talep, yargılamada hakkında karar verilen olduğundan, muhakemenin konusunu oluşturmaktadır. Muhakemenin konusu bu şekilde belirlendikten sonra, onu sınırlanması bakımından maddi vakaların kullanılacağı belirtilmekte, davacı hâkimin önündeki maddi vakalara dayanarak cezalandırma talep edeceğinden, bunun bir sınırlamaya neden olacağı ifade edilmektedir⁵³.

Bu görüş hukuk muhakemesindeki davacının netice-i talebi, usuli talep gibi bazı kavramları ceza muhakemesi alanında uygulamak istemesi bakımından eleştirilmektedir. Zira hukuk muhakemesi ve ceza muhakemesinin amaçları farklı olduğundan, bu iki hukuk dalı arasında böyle bir aktarımın yapılması mümkün değildir. Ceza yargılaması cezalandırmaya ilişkin bir talebin varlığının tartışıldığı bir yargılama değil; suç olarak tanımlanmış bir fiili işlediği iddia edilen kişilerin bu fiili gerçekleştirip gerçekleştirmediklerini, gerçekleştirdilerse kusurlu olup olmadıklarını tespit etme amacını taşır. Dolayısıyla ceza davasının konusu talep değildir⁵⁴.

⁵² Vogler, **age**, s. 79-80.

⁵³ Vogler, **age**, s. 82.

⁵⁴ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 57.

Öte yandan ceza yargılamasının konusunun devletin cezalandırma yetkisi olarak görüşe getirilen eleştiri burada da geçerli olacaktır. Nitekim eğer ceza yargılamasının konusu talep olarak kabul edilir ve yargılama sonucunda kişi beraat ederse bu durumda davanın konusuz olduğunu ifade etmek gerekecektir⁵⁵.

E. Muhakemenin Konusunu İddianamede Bireyselleştirilen Fiil Olarak Ele Alan Görüş

Muhakemenin konusunu geniş anlamda fiili yönden ele alan görüşler onun bir “muhakemenin odaklandığı yaşam olayı⁵⁶”, bir “kamu davası”⁵⁷, bir “fiil”⁵⁸, “belirlenmiş bir olay”⁵⁹, “hukuki olarak ele alınan fiil”⁶⁰ ya da “iddianamede belirlenmiş fiil”⁶¹ olduğunu ifade etmektedirler. Yukarıda üzerinde durduğumuz doğal anlamda tarihi olay görüşü ile muhakemenin konusunu normatif bakımdan ele alan görüşler, esasen muhakemenin konusunu iddianamede bireyselleştirilen fiil olarak ele alan görüş dışında burada belirttiğimiz görüşleri kapsamaktadır. Bu nedenle bu başlık altında iddianamede bireyselleştirilen fiil görüşü üzerinde durulacaktır.

Muhakemenin konusunu iddianamede belirlenen fiilin, yani iddianamede bireyselleştirilen fiilin oluşturduğunu söyleyen görüşe göre muhakemenin konusu kişilerin hayatlarında gerçekleştirdikleri belirli bir faaliyetin, iddianamede

⁵⁵ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 57.

⁵⁶ Beling, **age**, s.104.

⁵⁷ Spinellis, **age**, s. 58.

⁵⁸ Ernst Wolter, **Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozess**, 1938, s. 27; Barthel, **age**, s. 13, 25, 29; Radtke, **age**, s. 89.

⁵⁹ Schmidt, **LehrK I**, § 264, Rn. 58.

⁶⁰ Liu, **age**, s.60; Schwinge, **agm**, s. 221; “dava ve hükmün konusu iddianamede veya son soruşturmanın açılması kararında gösterilen maddi fiildir, tarihi hadisedir” (bkz.: Baha Kantar, **Ceza Muhakemeleri Usulü: Umumi Hükümler**, 4 bsk. Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1957, s. 301; Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, c. II, 2. bsk., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 33)

⁶¹ Noftz, **age**, s. 39; Christos Dedes, “Der Prozesgegenstand im Griechischem und Deytschem Recht”, **in: GA 1962**, s. 107 vd.

sınırlanması yoluyla mahkeme önüne getirilmesinden ibarettir⁶². Bu anlamda muhakemenin konusunu belirleyen fiilin tarihi bir yönü olsa da, onun belirlenmesi yani bireyselleştirilmesi zorunluluğu dolayısıyla, iddianamede savcı tarafından ele alındığı şekliyle konunun bir unsuru olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁶³.

Bu görüşe göre cezalandırılabilir hareketin iddianamede soyut bir biçimde ifade edilmesi yeterli olmaz. İddianamede yer alan “fiil” somut, olgusal olarak ortaya konmuş ve bireyselleştirilmiş olmalıdır⁶⁴. Buradaki fiil dış dünyada meydana gelen vakaların bir betimlemesi şeklinde yer alır. İddianamede bu şekilde belirtilen fiil hem yargılamada nelerin araştırılacağını belirtir hem de muhakemenin konusunun sınırlanmasını sağlar. Ancak belirtmek gerekmektedir ki muhakemenin konusunun belirlenmesi bağlamında fiilin bireyselleştirilmesi, maddi ceza hukuku bağlamında bir suçun unsurlarının iddianamede tanımlanması anlamına gelmemektedir⁶⁵. Bu nedenle konunun belirlenmesi bağlamında fiilin bireyselleştirilmesinde isnad edilen suçun bazı betimleyici özelliklerinden bahsedilmesi yeterli olmaktadır. Bu görüşe göre fiilin yeri, zamanı ve diğer belirleyici unsurları fiilin bireyselleştirilmesi ve dolayısıyla muhakeme konusunun belirlenmesi için önem arz etmektedirler. Bu ayırddedici özellikler birbirine benzeyen fiilleri ayırır ve muhakemenin konusunun kapsam ve sınırlarını belirler⁶⁶.

Kabul ettiğimiz fiil tanımına göre iddianamede ortaya konulan hareket, fail, zaman, mekan, konu, araç, mağdur unsurları yönünden sınırlandırılmış olan olgular bütünü muhakeme anlamında fiili oluşturmaktadır. Burada öncelikle iddianamede bireyselleştirilen fiil bakımından hangi unsurların bireyselleştirmeyi sağlayacağı

⁶² Noftz, **age**, s. 69.

⁶³ BGHSt, 45, 211, 212: “*şüphelinin ceza muhakemesi organları aracılığı ile (örneğin iddianamede ya da davada) belirlenen, hayatın olağan akışına göre tarihi vakaların bir birlik oluşturduğu toplam davranışları*” ceza muhakemesinde fiil kavramı olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere bu tanımda şüpheli kavramına da yer verilmiş ve böylelikle, muhakemenin konusunun belirlenmesinde de hem şüpheli hem de fiil odaklı bir yaklaşım benimsenmiştir.

⁶⁴ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 37; Noftz, **age**, s. 70.

⁶⁵ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 38; Noftz, **age**, s. 70.

⁶⁶ Noftz, **age**, s.70.

hususlu incelenmelidir. Nitekim CMK m. 170'te işaret edilen ve iddianamede gösterilmesi zorunlu olan vakaya ilişkin olan hususlar maktul, mağdur, suçtan zarar görenin kimliği, suçun işlendiği yer, tarih ve zaman olarak belirtilmektedir. Biz bu unsurların fiilin belirlenmesi açısından göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştik. Bu durumda muhakemenin konusu bakımından iddianamede bireyselleştirilen fiil görüşü bu tanım uyarınca muhakemenin konusunu açıklama bakımından yeterlidir. Ancak bu unsurlardan fail unsuruna ayrı bir önem atfetmek gerekmektedir. Zira Türk ceza muhakemesi bakımından kanunkoyucu muhakemenin konusunun ne olduğuna sınırlandırıcı bir hüküm getirmektedir. Buna göre ‘‘Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir’’ (CMK m. 225/1)⁶⁷. Buna göre Türk hukuku açısından ceza muhakemesinde konu iddianamede belirtilen fiil ve failden oluşmaktadır. Nitekim CMK m. 170/3-a ve 170/4 açısından da fiil ve fail iddianamenin esaslı unsurları arasında gösterilmektedir. Anılan düzenlemelerde hem fiilden hem de failden bahsediliyor olması, fiil ve faili muhakemenin konusunun unsurları olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır. Bu anlamda Türk hukukunda da iddianamede bireyselleştirilen fiil ve failin muhakemenin konusunu oluşturduğunu söylemek mmkndr⁶⁸. Nitekim fiilin belirli hususlarda sınırlanmış bir olgu olarak ele alınması durumunda, bunun muhakemenin konusunun objektif unsurunu oluşturduğu ve bu anlamda sübjektif bir unsur olarak ise fail unsurunun belirtilmesi gerektiği söylenmelidir. Fail unsuru eklendiğinde ise, söz konusu fiilin bireyselleştirilmiş bir biçimde ortaya konulması durumu ortaya çıkacaktır.

⁶⁷ Benzer hüküm Alman StPO §155'te yer almaktadır. Buna göre kovuşturma ve hüküm sadece iddianamede belirtilmiş olan fiil ve dava ile suçlanmış olan kişileri kapsamaktadır. Alman ceza muhakemesi hukukuna göre ara muhakeme evresinde belirlenen dava aynı zamanda muhakemenin konusunun da belirlenmesini sağlayacaktır. Böylelikle muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramı belirlenebilecektir (Hans Heiner Kühne, **Strafprozessrecht**, 9. Baskı, C.F. Müller, 2015, § 19, Rn. 313.) Ancak belirtelim ki hükmün konusunu düzenleyen StPO §264 düzenlemesi ise Türk hukukundan farklı olarak yalnızca fiilden bahsetmektedir.

⁶⁸ Muhakemenin konusunu oluşturan fiil bir muhakemede tek olabileceği gibi birden fazla da olabilecektir. Dolayısıyla aynı kişinin birden fazla fiili ya da birden fazla kişinin iştirak ettiği tek bir fiil muhakemenin konusunu teşkil edebilecektir. Birleştirilmiş davaların ayrılmasının mümkün olmasından ayrı olarak bir dava konusunun ‘‘bölünemez’’ olduğu kabul edilmektedir (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 37)

Belirtmek gerekmektedir ki bir yargılamada fiil sayısınca muhakeme konusu bulunması esastır. Bu anlamda tek bir fiilin olduğu yargılamada tek bir muhakeme konusundan bahsedilirken, aynı yargılamada ele alınan birden fazla farklı fiilin bulunması durumunda muhakeme konuları da fiil sayısı kadar olacaktır⁶⁹.

II. FİİLİN CEZA MUHAKEMESİNDE YER ALAN TEMEL BAZI İLKE VE KURUMLAR AÇISINDAN ÖNEMİ

Fiil ceza muhakemesinin temel ilke ve kurumları ile yakından ilgilidir. Bazı muhakeme ilkeleri kısmen birbirleriyle karşıt durumda olmalarına rağmen esasen hepsi hukuk devletinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Ancak hangi ilkenin daha baskın bir şekilde uygulanacağı veya bir karşıtlık durumunda hangisine öncelik verileceğine ilişkin karar ceza muhakemesi bakımından fiilin yerine getirdiği fonksiyonları belirlemede etkili olmaktadır⁷⁰.

A. Davasız Yargılama Olmaz İlkesi

1. Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin Teorik Temeli

Davasız yargılama olmaz ilkesi tahkik ve itham sistemleri olarak ifade edilen iki temel ceza muhakemesi sistemi ile yakından ilgilidir. Tahkik sisteminde hâkimler re'sen işe el atmakta ve bir dava açılmasına gerek olmaksızın yargılama yapabilmektedirler. Bu sistemde davacıdan ya da savcıdan bahsedilmez. Hem iddianın ortaya atılması hem de bu iddianın gerçek olup olmadığının kanıtlanması tamamen hâkim tarafından yerine getirilen bir görev teşkil eder⁷¹. Nitekim tahkik

⁶⁹ Ulrike Dreyer, **Wahlfeststellung und prozessuale Tatbegriff**, Peter Lang, 1999, s. 25; Aynı yorumun fail sayısı bakımından da yapılabilmesi mümkündür. Nitekim tek bir fiil olmasına karşın iştirak halinde gerçekleşmesi nedeniyle birlikte görülmekte olan bir muhakeme neticesinde her fail hakkında verilen karar ayrı bir hüküm niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla kural olarak bir yargılamada muhakeme konusu sayısınca hüküm verilmesi esastır. Ancak örneğin bir mahkumiyet hükmünün yanında verilen bir müsadere kararı da bir güvenlik tedbiri olarak bir hükümdür. Buna benzer durumlar ise söz konusu kuralın istisnasını oluşturur. Ayrıca bkz aş. s. 181.

⁷⁰ Wolter, **GA 1986**, s. 149.

⁷¹ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 63-64. Henkel, **age**, s. 84; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 142; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 42; Centel/ Zafer, **age**, s. 111.

sistemi bağlamında yargılama “hâkimin doğal olmayan konumuna” dayanır, bu sistem hâkimlerden mesafeli ve objektif bir karar vermeleri için insanüstü bir yetenek talep eder⁷². Nitekim sistemin kötüye kullanılma ihtimaline ilişkin olarak “*Sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilirse, o zaman bu netice hâkime bir ruhsat yansıtır, ama sanık hakkında beraat kararı verilirse, bu halde buna delil eksikliği mi yoksa tarihsel gerekçe eksikliğinin mi neden olduğu şüpheli kalır. Hâkimlerin onuru hem kendilerini, hem onların üstlerini hem de vatandaşları ilgilendirir, bu nedenle esasen görevlerini ifa ederken gizli bir istek ve mantıki bir faaliyet içinde ellerindeki verileri her zaman kişinin kusurlu olduğu yönünde yorumlarlar*”⁷³.

Ancak 19. yy. ortalarından itibaren tahkik sistemine ilişkin anlayışın kabul edilebilir olmadığı ileri sürülmüştür⁷⁴. Bu dönemde ortaya çıkan baskın görüş savcı ve hâkim arasındaki işbölümü kurumsallaşmasının, bireysel ve psikolojik yetersizlik tehlikesi altındaki mahkeme kararlarındaki adaleti ve gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin çabanın korunması sağlayacağı şeklindedir⁷⁵. Dolayısıyla 19. yy. ortalarından itibaren dava açanın ve hâkimin aynı kişi olarak belirlenmiş olmasının maddi gerçeğe ulaşılması ve uygun kararın adilliği bakımından psikolojik bir tehlike oluşturduğuna işaret edilmiştir⁷⁶. Bunun için bulunan çözüm bir kişinin birbiriyle potansiyel olarak çelişen rolleri üstlenmemesidir⁷⁷. Dolayısıyla şüpheyi ortaya koyan kişi, onun hakkında karar veren kişi ile aynı olamaz⁷⁸. Bu nedenle dava açan ve hâkim farklı kişiler olmak zorundadır⁷⁹. Bu ikinci anlayışın hâkim olduğu sistem itham sistemi

⁷² Henkel, **age**, s. 85; “Bir kişinin istemsizce temelsiz bir şekilde vazgeçtiği kendi özel işi olarak deneyimlediği bir düşünce genel bir insani zayıflıktır” (bkz: Bertel, **age**, s. 77.)

⁷³ Greco, **age**, s. 386.

⁷⁴ Volker Krey, **Deutschen Strafverfahren**, c. II, Stuttgart, Kohlhammer, 2006, § 12, Rn. 394 vd Greco, **age**, s. 385; Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 7; Beulke, **age**, § 2, Rn. 14 vd; Taner, **age**, s. 12 vd.

⁷⁵ Greco, **age**, s. 387.

⁷⁶ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 143; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 42; Greco, **age**, s. 385.

⁷⁷ Greco, **age**, s. 385.

⁷⁸ Bu Latince olarak şu şekilde ifade edilmektedir: “*nemo iudex sine actore; ne procedat ex officio*”

⁷⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 143; Greco, **age**, s. 385; Ünver/Hakeri, **age**, s. 42.

olarak adlandırılmaktadır. İtham sisteminde her bir ceza yargılaması şüpheli yanında iki katılımcı daha içerir. Bu iki katılımcı farklı görevlere sahip olmalıdır. Yargılamanın başlamasına gelindiğinde, ilkinin etkin diğerinin ise edilgen bir rol üstlendiği söylenebilir. Şu kadar ki davasız yargılama olmaz ilkesi esasen “*davacı yoksa, hâkim de yoktur*” şeklinde de ifade edilmektedir⁸⁰. Hâkim ve savcı arasındaki bu işbölümü özellikle 19. yy. ’da gittikçe artarak kabul edilmiştir.⁸¹

Davasız yargılama olmaz ilkesinin temel içeriği esasen her rasyonel kişinin kendisine yöneltilen bir suç isnadı karşısında bu suç isnadını oluşturan şüpheyi bilmek istemesini kapsamaktadır. Dolayısıyla ilkenin çekirdeği kişilerin bu yöndeki taleplerinin işbölümünün sağlanması yoluyla karşılanması olarak ortaya çıkmaktadır⁸².

Ceza muhakemesinin kolektif bir faaliyet olması dolayısıyla her bir makamın kendi görevi bulunmaktadır. Bu minvalde iddia makamının görevi de ceza iddiasında bulunmaktır. Bu iddia ile ceza davası yolu ile doğruluğu araştırılan bir iddia olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar ceza iddiası ve ceza davası bu yönden birbirleriyle bağlantılı olsalar da, aynı değildirler⁸³. Nitekim ceza muhakemesinde davadan bahsedilebilmesi için belirli bir sistem içinde dile getirilen iddianın varlığı şarttır⁸⁴. Söz konusu ilke davayı açan makamın davayı görecek olan makamdan farklı olmasının zorunlu kılmaktadır. İddia hakkında karar verecek olan makam tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır. Dolayısıyla hâkimin re’sen işe el atması söz konusu olamaz, mutlaka savcının iddianame düzenlemesini beklemesi gerekmektedir⁸⁵.

⁸⁰ Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 7; Greco, **age**, s. 385.

⁸¹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 143; Centel/ Zafer, **age**, s. 112; Greco, **age**, s. 385.

⁸² Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 144; Greco, **age**, s. 392.

⁸³ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2016, s. 29.

⁸⁴ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 144; Centel/ Zafer, **age**, s. 112; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 43.

⁸⁵ Centel/ Zafer, **age**, s. 112; Ünver/Hakeri, **age**, s. 44; Günümüz modern ceza hukukunda is bu iki sistemin sentezi olarak yorumlanabilecek işbirliği sisteminin kabul edildiği ifade edilmelidir (Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 144; Centel/ Zafer, **age**, s. 112)

2. Açık Dava Kavramı

Davasız yargılama olmaz ilkesi, muhakeme hukuku bağlamındaki fiil kavramı ile birlikte, ceza muhakemesi hukukunun merkezi kavramlarından birini oluşturmaktadır⁸⁶. Temel olarak söz konusu ilke mahkemenin açılmamış bir davaya bakmasını yasaklamaktadır. Yani mahkemenin hakkında karar vereceği muhakeme konusunun mutlaka bir dava yolu ile önüne gelmiş olması zorunluluk arz etmektedir. Ceza muhakemesi hukuku bakımından dava açılması somut ve sınırları belirlenmiş bir fiilin ceza mahkemelerinin önüne getirilmesi demektir⁸⁷

Söz konusu ilkeye Türk Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça yer verilmemekle birlikte, CMK m. 170'in kamu davası açma görevinin savcılık tarafından yerine getirileceğini belirten düzenlemesi bir davanın görülmesi için önkoşulun açılmış bir dava bulunması zorunluluğu olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca bir fiil hakkında açık bir dava bulunmaması da olumsuz bir muhakeme şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim CMK 223/7 uyarınca bunun aksi durumda mahkeme tarafından ret kararı verilmesi gerekmektedir. Bunun yanında ilkenin Alman hukukunda StPO § 151 uyarınca kovuşturmanın başlaması ancak bir dava açılmasına bağlıdır biçiminde açıkça düzenlendiği görülmektedir. Nitekim muhakeme bir davanın varlığına gereksinim duyar⁸⁸. Muhakemenin her evresinde, hatta Alman ceza muhakemesinde yer alan ara muhakeme evresinde de, bir dava açılıp açılmadığı ve mahkûmiyetin temelinde yatan vakayı içerip içermediği incelenir⁸⁹. Hatta hızlandırılmış yargılamalarda bir dava açılması muhakeme gereklerinden biridir⁹⁰.

⁸⁶ Beulke, **age**, § 2, Rn. 20.

⁸⁷ KMR/Plöd, § 151, Rn. 1; Fiil yerine cezai uyumsuzluk terimi için (bkz: Ünver/Hakeri, **age**, s. 46.)

⁸⁸ KMR/Plöd, § 151, Rn. 4; Dölling/ Duttge/ Rössner, **Gesamtes Strafrecht**, 3. bsk. Nomos, 2013, § 151, Rn. 1; Gerd Pfeiffer, **Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz**, 5. bsk, München, Beck, 2005, § 151, Rn. 1.

⁸⁹ Dölling/ Duttge/ Rössner, § 151, Rn. 1; KMR/Plöd, § 152, Rn. 1

⁹⁰ Dölling/ Duttge/ Rössner, § 151, Rn. 1; KMR/Plöd, § 152, Rn. 1 Bunun istisnasını ise StPO § 417 oluşturmaktadır. Bkz.: Dölling/ Duttge/ Rössner, § 151, Rn. 1. Hatta Alman StPO § 418/3-2 uyarınca esas yargılama başlamadan önce dava sözlü olarak da açılabilir: Dölling/ Duttge/ Rössner, § 151, Rn. 1.

Ceza muhakemesinde davanın açılması devletin görevleri arasındadır. Bu görev savcılık tarafından yerine getirilir. Savcılık kural olarak dava açma tekeli elinde bulundurur⁹¹. Savcılık bu yetkiyi ya StPO § 170 uyarınca mahkemeye yönelik bir iddianame; ya da StPO § 407'ye göre bir ceza karnamesi düzenleyerek⁹², ya da StPO § 413, 414 uyarınca yapılan güvenlik tedbiri yargılamasında, StPO § 417- 420 uyarınca yürütülen hızlandırılmış muhakeme⁹³ veya StPO § 440'a göre müsadere muhakemesi başvurusunda bulunarak kullanabilir⁹⁴. Alman hukukunda ceza muhakemesi bakımından bunun istisnasını ise şahsi dava⁹⁵ oluşturmaktadır⁹⁶.

Türk hukuku bakımından da ceza davası açmak görevi CMK m. 170 uyarınca kural olarak savcılık makamı tarafından iddianame hazırlanarak bunun görevli ve yetkili mahkemeye sunulması suretiyle kullanılmaktadır. Ancak hukukumuzda iddianame yerine geçen belge olup olmadığı ve bunların tek başına bir ceza davası açmak için yeterli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. CMK kovuşturma evresinin iddianamenin kabulü ile başlayacağını düzenlemesine rağmen, m. 191'de duruşmanın başında sanığa iddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın anlatılacağını düzenlemektedir. Bu durumda bir görüş CMK'nın yürürlüğe girmesiyle özel soruşturma usullerinin kaldırıldığını, Danıştay ya da idare

⁹¹ Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 7; Krey, **Band II**, § 12, Rn. 398; KMR/Plöd, § 151, Rn. 2.

⁹² Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 8; Beulke, **age**, § 2, Rn. 18.

⁹³ Alman hukukunda yer alan bu muhakeme usulü delillerin kesin olması durumunda en çok bir yıla kadar hapis cezası gerektiren suçların yargılanması bakımından savcıya işi derhal duruşmaya götürme yetkisi veren, bazı hallerde iddianamenin sözlü olarak da sunulabileceği bir usuldür. (Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", in: **Prof. Dr. Nur Centel' Armağan**, s. 455); Türk hukuku bakımından buna benzer bir düzenleme 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de meşhud suç sayılan suçlar bakımından iddianame hazırlanmasına gerek görülmezsizin doğrudan duruşma görülmesi imkanı bulunmaktayken söz konusu düzenleme 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ilga edilmiştir. Bu şekilde bir meşhud suçla ilişkin özel yargılama usulünün Türk hukukunda olması gerekliliği bakımından bkz.: Yenisey, **agm**, s. 455.

⁹⁴ Dölling/ Duttge/ Rössner, § 151, Rn. 1.

⁹⁵ Şahsi dava kurumu CMUK döneminde Türk hukuku bakımından da kabul edilmişti. Şahsi davada iddia faaliyetinin bireyler tarafından yapılması ve yürütülmesi söz konusudur. Bu bağlamda yalnızca kanunda gösterilen belirli suçlar bakımından geçerli olan istisnai bir yol olarak öngörülmüştü. (Erdener Yurtcan, **Şahsi Davaya ve Uygulaması**, Kazancı Yayınları, 1989, s. 3-4)

⁹⁶ Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 7; Krey, **Band II**, § 12, Rn. 398; Göbel, Rn. 377.

kurulları tarafından verilen lüzum-u muhakeme kararlarına istinaden doğrudan bir yargılama yapılmasının mümkün olmadığını, bu durumlarda savcılık tarafından bu kararlara dayanılarak bir iddianame düzenlenmesi suretiyle dava açılması gerektiğini belirtmektedir⁹⁷. Buna karşılık mevzuatımızda bazı durumlarda idare tarafından düzenlenen tutanak ya da son soruşturma açılmasına ilişkin kararların doğrudan mahkemeye tevdi edildiği ve bu gibi durumlarda savcılık tarafından hazırlanan bir iddianame olmaksızın dava açılabilirdiği görülmektedir⁹⁸. Nitekim Yargıtay da bu tür belgeleri iddianame yerine geçen belge olarak nitelendirmektedir⁹⁹. Dolayısıyla hukukumuzda ceza davası açılmasının tek yolu savcılık tarafından iddianame düzenlenmesi ve bunun mahkemeler tarafından kabul edilmesi değildir. Ancak belirtmek gerekmektedir ki iddianame yerine geçen belgeler bakımından kanunlarda bir iade kurumu düzenlenmemiştir¹⁰⁰.

Türk hukukunda ceza davasının hangi anda açılmış sayılacağına ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Zira Türk ceza muhakemesi sisteminde CMK m. 174 uyarınca savcılık tarafından mahkemeye sunulan iddianamenin, mahkeme tarafından

⁹⁷ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, 2008, s. 640-641.

⁹⁸ Örneğin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 114'te yer alan yetkili ve görevli personel tarafından trafik suçlarına ilişkin düzenlenen tutanakların bir suretinin yargı yetkisine giren suçlarla ilgili olmak üzere ilgili mahkemeye 7 iş günü içinde gönderileceğine ilişkin düzenleme uyarınca ceza muhakemesi hukukunda halen iddianame yerine geçen belgenin var olduğu da savunulmaktadır. (Toroslu/ Feyzioğlu, **age**, s. 34); 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a göre idari organlar tarafından verilen lüzum-u muhakeme kararlarının doğrudan Cumhuriyet Savcılıklarına gönderilmesi gerekmektedir. Bu durumda bu kanun uyarınca yürütülen soruşturmalarda lüzum-u muhakeme kararları iddianame yerine geçen belge niteliğinde değildir, savcılığın buna dayanarak bir iddianame düzenlemesi gerekmektedir. Oysa ki 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamına giren kişiler bakımından m. 53 bu kanun uyarınca yürütülen soruşturmalara konu olan kişiler bakımından yetkili ve görevli mahkemeleri belirtmektedir. Bu durumda düzenlemenin soruşturma sonucuna ilişkin kararın doğrudan yetkili ve görevli mahkemeye tevdi edilmesi gerektiği biçiminde anlaşılması gerekmektedir.

⁹⁹ Danıştay tarafından verilen lüzum-u muhakeme kararlarının ya da Rektörlük tarafından son soruşturma kurulunun kararının iddianame yerine geçen belge niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz: (Y11CD, E. 2012/22653, K. 2014/2118), (Y 5.CD, E. 2013/4337, K. 2014/10029)

¹⁰⁰ Toroslu, Feyzioğlu, **age**, s. 271; Centel/ Zafer, **age**, s. 568; uygulamada ise işin savcılık haricinde doğrudan mahkemeye geldiği durumlarda iade kararı verilebildiği görülmektedir. (Y5CD, 12.5.2010-D-İş- 39/39, C. Başsavcılığı MD 2010/83277) Karar için bkz: Centel/ Zafer, **age**, s. 568, dn. 41.

on beş gün içinde kabul ya da ret edilmesi gerekmektedir¹⁰¹. On beş günlük süre zarfında mahkeme tarafından bir karar verilmemiş olması durumunda iddianame kabul edilmiş sayılacaktır. Ancak CMK m. 171 kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunu düzenlemektedir. Burada kamu davasının açılmasının ertelenmesinden esasen savcının iddianame düzenlemesinin ertelenmesinin anlaşılması gerektiği zira CMK m. 175'te davanın iddianamenin mahkemeye verildiği anda değil iddianamenin ilgili mahkeme tarafından kabulü tarihinde açılmış sayılacağı belirtilmektedir¹⁰².

3. İlkenin İstisnaları

Davanın hangi işlemle açılacağı ve açılma zamanı dışında davasız yargılama olmaz ilkesi bakımından doğrudan önem arz eden husus dava açılması zorunluluğuna bir istisna getirilip getirilmediğidir. Alman hukukunda davasız yargılama olmaz ilkesi yani mahkemenin yapacağı incelemenin bir dava açılması ile başlaması durumu, bazı istisnalar ile birlikte¹⁰³, tamamen kabul edilmiştir¹⁰⁴.

¹⁰¹ İddianamenin incelenmesini temin eden bu aşama doktrinde ara muhakeme evresi olarak nitelendirilmektedir(Centel/ Zafer, **age**, s. 569; Öztürk/ Erdem , s. 640); iddianamenin incelenmesi kanunda soruşturma evresi içinde değerlendirildiğinden, soruşturma ve kovuşturma dışında bir üçüncü evrenin Türk Ceza Muhakemesi sistemi bakımından kabulünün mümkün olmadığına ilişkin olarak bkz: Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 22; Ahu Karakurt, “İddianamenin İadesi”,in: **Nur Centel'e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı**,c. 19, s. 2, 2013, s. 80.

¹⁰² Centel/ Zafer, **age**, s. 549-550, bu bağlamda kamu davasının açılması olarak nitelenen bir işlemin ancak dava açabilecek durumda bulunan mahkemele tarafından yapılması gerektiği, CMK m. 171 başlığının ise iddianame düzenlemesinin ertelenmesi olarak değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.(Bkz: Centel / Zafer, **age**, s. 550); kamu davasının açılmasının savcılığın tekelinden alınmış olması ve artık yargısal bir makam tarafından bu yetkinin kullanıyor olması ise eleştirilmektedir. Nitekim kararı verecek olan merci olan mahkeme aynı zamanda bir davanın yargılanıp yargılanmayacağına ilişkin kararı veren makam olarak da işlev görürse, bu durum yukarıda eleştirdiğimiz tahkik sistemine bir dönüş olarak nitelendirilebilecektir. (Eleştiri ve öneriler için bkz.: Centel/ Zafer, **age**, s. 569)

¹⁰³ Burada örnek olarak Alman hukukunda kabul edilen şahsi dava kurumu verilmektedir. Zira ceza muhakemesi hukuku kapsamında davanın mahkeme önüne getirilmesi görevi kural olarak savcılık makamına aittir, oysaki Alman ceza muhakemesinde halen uygulanan “şahsi dava” davaların savcının hazırladığı iddianame yoluyla mahkeme önüne gelmesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu kurumun kabulü davasız yargılama olmaz ilkesine esasen bir istisna teşkil etmemektedir(Kühne, **age**, § 19, Rn. 311); burada zorunlu savcılık görevini yerine sulh ceza hâkimlerinin yürüttüğü soruşturmalar da bir istisna olarak gösterilmesine rağmen belirtmek gerekmektedir ki, savcıya ulaşmadığı ya da iş boyutu itibariyle savcının yetkisini aştığı durumlarda savcılık görevini ifa eden “zorunluluk savcılarının” iddianame hazırlama yetkileri bulunmamaktadır. (Kühne, **age**, § 19, Rn.

Türk hukukunda ise ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamalar bakımından ilkeye bir istisna getirilmemiş olmasına karşılık¹⁰⁵ kanunyonlarında söz konusu ilkeye üç istisna getirildiği ifade edilmektedir. Bunlardan ilki CMK m. 272’de yer verilen ve onbeş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren mahkûmiyet hükümlerinin istinaf kanun yolunda re’sen incelemeye tabi olacağını düzenleyen hükümdür. Söz konusu bu düzenleme sanık lehine söz konusu ilkeye getirilen bir istisna teşkil etmektedir¹⁰⁶ Bir diğer istisna ise CMK m. 306’da yer alan ve “temyiz sirayeti” olarak adlandırılan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre ise hükmün temyiz yoluna başvuran sanık lehine olmak üzere bozulmuş olduğu durumlarda, söz konusu lehe bozma temyiz kanun yoluna başvurmayan yani dava açmamış sanıklara da sirayet edecektir. Bna göre hüküm sanık lehine bozulmuş ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanacaklardır¹⁰⁷. Hukukumuzda ilkeye getirilen bir diğer istisna ise Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurular bakımındandır¹⁰⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı vermesi ve bu ihlalin yargılamanın yenilenmesi yoluyla giderilmesi gerektiğini belirtmesi durumunda, yerel mahkemenin bu

312); bunun yanında istisnai durumlarda esas yargılamada savcının failin başka fiillerinden dolayı ek iddianame sunulmasını istemesi mümkün kılınmıştır. (Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 6.; Kindhäuser, **StPO**, § 4, Rn. 17.; Beulke, **age**, §2, Rn. 20); Ancak bu düzenleme davasız yargılama olmaz ilkesinin bir istisnası olarak ele alınmamaktadır. Zira bu düzenleme iddianamenin yazılı olması gerekliliği ilkesine bir istisna teşkil etmektedir. (Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 6); ayrıca bu durumun savcının dava açma tekeline aykırılık oluşturmadığına ilişkin olarak bkz: Krey, **Band II**, § 12, Rn. 398.

¹⁰⁴ Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 4; Volker Krey , **Deutschen Strafverfahren**, Band II, Stuttgart, Kohlhammer, 2006, § 12, Rn. 394 vd.; Kindhäuser, **StPO**, § 4, Rn. 16.

¹⁰⁵ Alman hukukunda zorunluluk savcısı bakımından yapılan tartışma Türk hukukunda da bulunmaktadır. Ancak bizim hukukumuz bakımından da CMK m. 163 uyarınca sulh ceza hâkimlerinin zorunluluk savcısı olarak görev yaptığı işler bakımından savcı ve hâkim sıfatlarının aynı kişide birleşmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla bu durum ilkeye bir istisna teşkil etmemektedir. (Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 66; Ünver/Hakeri, **age**, s. 45.)

¹⁰⁶ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 65; Ünver/Hakeri, **age**, s. 47.

¹⁰⁷ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 65; Ünver/Hakeri, **age**, s. 47.

¹⁰⁸ Ünver/Hakeri, **age**, s. 47.

karardaki ihlali gidermek için derhal yargılamaya başlaması gerekmektedir¹⁰⁹. Bu durumda kovuşturma evresi tekrar canlanmış olacaktır¹¹⁰.

4. İlkenin Fiil İle İlişkisi

Davasız yargılama olmaz ilkesinin kabul edilmesinin doğal bir sonucu olarak mahkeme gördüğü davayı başka sanıkları ya da aynı sanıkların başka hukuki bağımsız fiillerini kapsayacak şekilde genişletemez¹¹¹. Dolayısıyla açılmış bulunan bir ceza davasına aynı sanığa ilişkin başka fiiller dahil edilemeyeceği gibi davanın başka kişiler yönünden genişletilmesi de mümkün olmayacaktır¹¹². Hem CMK hem de StPO açıkça mahkemenin araştırmasının ve vereceği kararın dava edilmiş fiil ve dava edilmiş kişi ile sınırlı olması gerektiğini belirtmektedir. Hatta mahkeme hiçbir zaman kendi başına bir inceleme başlatamaz, öyle ki görülmekte olan dava sırasında hâkimin gözleri önünde örneğin bir yaralama suçu işlenmiş olsa bile, yargılama yapabilmek için bir dava açılması zorunludur¹¹³.

Bu bağlamda davasız yargılama olmaz ilkesinin kişi ve fiil olmak üzere iki unsurdan oluştuğu ifade edilmektedir¹¹⁴. Ancak bu ifade davasız yargılama olmaz

¹⁰⁹ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 50 uyarınca yargılamanın yenilenmesi için bir talep olmaksızın Anayasa Mahkemesi bir ihlalin varlığı neticesine vardığında tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.

¹¹⁰ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 47.

¹¹¹ Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 6.; Beulke, **age**, § 2, Rn. 18; Ünver/Hakeri, **age**, s. 42, Y1CD 11316/243, 28.01.2010; Y6CD, 10893/13123, 03.07.2012; “CMK’nın 225. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca hüküm ancak hakkında iddianame ile dava açılan fail hakkında verilebilir. İddianame ile hakkında dava açılan kişi yerine, incelemeye konu dava konusu ile ilgisi bulunmayan başka bir kişi hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” YCGK 6-121/147, 15.06.2010; “Sanık hakkında yürütülen davanın dayanağını oluşturan iddianamede sevk madde TCK 106/2-a olarak gösterilmekle beraber silahlı tehdit suçunun işlendiğine dair anlatıma yer verilmemiş olması karşısında bu suçtan açılmış bir dava var sayılamayacağı gözetilmeden, CMK’nın 225. Maddesindeki “hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir” şeklindeki yasal düzenlemeye aykırı biçimde, 5237 sayılı TCK’nın 106/2-a maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi” hukuka aykırı bulunmuştur.(Y4CD, 10315/5566, 30.03.2010) Kararlar için bkz (Ünver/Hakeri, **age**, s. 43)

¹¹² Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 65; Ünver/Hakeri, **age**, s. 42.

¹¹³ Roxin/ Schünemann, **age**, § 13, Rn. 5; Krey, **Band II** § 12, Rn. 394 vd; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 45.

¹¹⁴ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 65.

ilkesini muhakemenin konusu ile eşitlediğinden isabetli değildir. Dolayısıyla davasız yargılama olmaz ilkesi kişi ve fiil unsurlarından oluşan muhakemenin konusunun dava yolu olmaksızın genişletilmesini engelleyen bir ilke olarak nitelendirilmelidir.

Fiilin yerine getirdiği görevler göz önüne alındığında fiilin belirlenmesinin esasen iki farklı ve birbiriyle çatışan muhakeme ilkesi ile yakından ilgili olduğu görülmektedir. Nitekim fiilin belirlenmesi muhakemenin konusunu belirler, bu ise davasız yargılama olmaz ve hâkimin araştırma yapma yükümlülüğünü karşılıklı olarak sınırlamaktadır. Bu durum bir yandan davasız yargılama olmaz ilkesi uyarınca sanığın menfaatlerinin gerektirmesi nedeniyle dar ve sınırlanmış bir muhakeme konusunu gerektirmekteyken; öte yandan maddi gerçeğin araştırılması ilkesi (Inquisitionsmaxime) bakımından muhakeme konusunun mümkün olduğunca geniş ve esnek biçimde belirlenmesi gerekliliği şeklinde bir çelişki ortaya çıkarmaktadır¹¹⁵. Bu açıdan ceza davasının tükenmesinin sınırlarının belirlenmesi maddi anlamda kesin hüküm ve maddi adaletin gerçekleşmesi (materielle Gerechtigkeit) ile karşıt biçimde durmaktadır¹¹⁶.

Davasız yargılama olmaz ilkesinin dar bir fiil kavramından yana olduğu görülmektedir. Bu anlamda ceza muhakemesinde fiil ne kadar dar belirlenirse söz konusu ilkenin kabul edilmesiyle ulaşılmaya çalışılan güvence o derece etkin olacaktır. Bu bağlamda fiili belirli unsurlar yönünden sınırlanmış olgular olarak kabul ettiğimizde ilkenin işlevinin de hayata geçirilebileceği görüşünderiz. Zira fiilin sadece tarihi bir vaka olarak kabul edilmesi ilkenin uygulanmasını anlamsız kılacak iken, yalnızca normatif bir şekilde belirlenmesi de ilkenin çok katı bir şekilde uygulanmasına neden olacağından adaletin gerçekleşmesini geciktirebilecektir.

¹¹⁵ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 4

¹¹⁶ Löwe/Rosenberg, §264, Rn. 5

B. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

1. Ceza Muhakemesinin Amaçları Bakımından Maddi Gerçeğin Araştırılması

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin¹¹⁷ araştırılması ilkesi ceza muhakemesinin amaçları ile yakından ilgilidir. Ceza muhakemesinin tarihi gelişimine bakıldığında nihai olarak günümüzde gelinen noktada ceza muhakemesinin amaçlarından birinin de maddi gerçeğin araştırılması olduğu görülmektedir¹¹⁸. Ancak maddi gerçeğin araştırılması ceza muhakemesinde ulaşılmak istenilen tek amaç değildir. Nitekim adaleti tesis etme ve hukuki barışı sağlamak¹¹⁹ da ceza muhakemesinin amaçları arasında gösterilmektedir¹²⁰.

¹¹⁷ Doktrinde genel olarak maddi gerçek ifadesi kullanılmaktadır. Bkz: Feridun Yenisey/ Ayşenur Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 69 vd; Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti**, Savaş Yayınevi, 2006; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s. 66; Ünver/Hakeri, **age**, s. 8; Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 5; Centel/ Zafer, **age**, s. 6; . Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu ise bunu “hakikatin araştırılması” olarak adlandırmaktadır. Zira hakikat gerçeğe uygunluk demektir.(Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 27; Aynı yönde bkz: Cihan, **Ceza Muhakemesinin Gayesi**, s. 702); Gerçek, hakikat, doğru ve dürüst kavramlarını ayrıntılı olarak ele alan ve anlamlarını ortaya koyan Dursun da hakikati insan zihnine yansıyan gerçeklik olarak tarif etmekte ve ölçüsünün gerçekle olan uyumu olduğunu belirtmektedir.(Selman Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, XII Levha Yayıncılık, Nisan 2010, s. 154); Bununla birlikte Karakehya ise gerçeğin yalnızca varlıkla ilgili olduğunu, gerçekliğin ise olmayan şeyleri de kapsadığını belirtmektedir. Örneğin A'nın B'yi öldürmesi bir gerçeklik olarak ortaya çıkabildiği gibi, A B'yi öldürmemiştir dendiği zaman da bir gerçeklik ortaya konmaktadır (Karakehya, **age**, s. 8); Nitekim gerçek kelimesi “*réalité*” kelimesinin Türkçe karşılığıdır. Oysa ki “*vérité*” kelimesinin karşılığı olan hakikat Türkçe olarak ifade edilmek istenirse buna “*gerçeklik*” demek lazım gelir: (Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 27, dn. 7); Fransızca dışındaki diğer yabancı diller bakımından ise gerçek ve gerçeklik birbirinden farklı kelimelerle ifade edilmektedir. Örneğin gerçeği ifade etmek için İngilizce’de *reality /actuality*, Almanca’da *real/wirklich* ve *Realität / Wirklichkeit* kelimeleri kullanılmaktadır. Hakikat kelimesi için ise İngilizce *truth*, Almanca *wahrheit* kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. (Bkz: Dursun, s. 154, dn. 5; Ayrıca bkz: Orhan Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, 9. Basım, Remzi Kitabevi, 1994, s. 131 vd.); Görüldüğü üzere esasen “hakikati” ifade etmek için maddi gerçek değil maddi gerçeklik ifadesi daha uygun gözükmektedir. Ancak doktrinde yerleşmiş bir kullanımı olmasından dolayı maddi gerçeklik yerine maddi gerçek ifadesini tercih ettik.

¹¹⁸ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, , s. 70. Maddi gerçeğin araştırılması amacının mutlak olarak anlaşılması gerekmektedir. Buna göre maddi gerçek her ne pahasına olursa olsun anlayışıyla değil insan onuruna saygı ve masum kişilerin cezalandırılmasının önüne geçilmesi amaçları ile birlikte değerlendirilmelidir.(Bkz: Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, , s. 71.)

¹¹⁹ Hukuki barışın sağlanması amacı muhakeme neticesinde verilen kararın esasında bir hukuk güvenliği de oluşturması nedeniyle hukuki güvenilirliğin sağlanması olarak ifade edilen amacın unsurlarından biri olarak görülmektedir. Bu görüşe göre ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin bulunmasının yanı sıra adaletin tesisi ve hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk güvenliği ise toplumun menfaatlerini göz önünde bulunduran yönlendirme güvencesi (Orientierungssicherheit),

Muhakemenin amaçlarından biri olarak adaletin tesisi¹²¹ amacı esasında muhakeme neticesinde maddi ceza hukukunun hayata geçirilmesi ve uygulanmasını ifade eder. Zira maddi ceza hukukunda yer alan cezaların uygulanması ile kusur ilkesi bağlamında kişiye kusurunun ağırlığına göre bir ceza verilecektir. Dolayısıyla ceza muhakemesi hukukunda adalet hükümlerin maddi olarak doğru olmasını ifade etmektedir¹²² ve gerçek olan ile yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Buna göre adaletin gerçeği getireceği öne sürülebileceği gibi, gerçeğe ulaşmak ve adaletin tesis edilmesinin muhakemenin iki amacı olarak kabul edilebileceği iddia edilebilmektedir¹²³. Kanaatimizce adalet gerçeğin araştırılması ile iki yönden ilgilidir. Nitekim gerçeğin araştırılması faaliyeti başlı başına adil olmak zorunda olduğu gibi, ortaya çıkan gerçeklikten hareketle mahkemeler tarafından verilen kararların da adalete uygun olması gerekmektedir. Adaletin sağlanması gerçeğe ulaşmanın bir neticesi olarak kabul edilmelidir.

Ceza muhakemesinin bir başka amacı olarak ise hukuki barışın sağlanması gösterilmektedir. Söz konusu amaç belirli bir zamanda verilmiş olan mahkeme kararlarının bütün şüpheleri ortadan kaldırmasını ve yargılamanın sonlanması ile hukukun kesinliğinin açığa çıkmasını ifade etmektedir¹²⁴. Nitekim maddi gerçeğe ulaşıldıktan sonra verilen hüküm esasında suç şüphesi ile bozulduğu düşünülen hukuki barışı yeniden sağlar. Bu anlamda mahkemenin hükmü tek başına daha

gerçekleştirme güvencesi (Realisierungssicherheit) ve hukuki barış (Rechtsfrieden)'tan ve bireysel menfaatlerle ilgili olarak güvenin korunması (Vertrauensschutz) amaçlarından oluşmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz: Frank, **age**, s. 39, 40; Komalarajun, **age**, s. 57 vd.)

¹²⁰ Volk, **age**, § 1, Rn. 4. Cihan'a göre de ceza muhakemesinin amaçları çokluk göstermektedir. Yazar ceza hukuku bakımından muhakemenin amaçlarının vasıta amaçlar ve hedef amaçlar olarak anlaşılması gerektiğini belirtmekte, hedef amaç olarak ise hakikat ve adaleti işaret etmektedir. (Cihan, **Ceza Muhakemesinin Gayesi**, s. 711)

¹²¹ Adaletin gerçekleşmesinden neyin anlaşılmasına gerektiğine dair tartışmalar için bkz: Hakan Karakehya, "Hak Kavramı", in: **Eskişehir Barosu Dergisi**, Şubat 2006, s. 142 vd; Ayrıca bkz: Karakehya, **age**, s. 18 vd.

¹²² Kindhäuser, StPO, § 1, Rn. 10.

¹²³ Schmidt, **LehrK I**, § 264, Rn. 21.

¹²⁴ Karakehya, **age**, s. 24; Komalarajun, **age**, s. 57.

sonraki suçlama taleplerine karşı bir koruma görevi görmektedir¹²⁵. Dolayısıyla verilen mahkeme kararının gözden geçirilmesi mümkün kılınmalı ancak bu imkan sınırlanmalıdır¹²⁶.

Muhakemenin diğer bir amacı olarak maddi gerçeğe ise muhakeme sırasında maddi ceza hukukuna ilişkin önemli hususların ispatlanması yoluyla ulaşılabilmektedir¹²⁷. Söz konusu amacın ceza muhakemesinde aynı zamanda bir ilke olarak ele alınması doğrultusunda mahkeme ve diğer ceza muhakemesi makamları bir yandan sanığın haklarını korurken diğer yandan gerçeği araştırmak üzere görevli ve yetkili kılınmışlardır¹²⁸. Nitekim bu ilke araştırma ilkesi ya da maddi gerçeğin araştırılması ilkesi olarak da anılmaktadır¹²⁹. Hâkimin yapacağı araştırma ve bunun sonucunda vereceği karar tamamen davaya bağlıdır. Bunun nasıl yapılacağı ise mahkemenin yetkisi dahilindedir¹³⁰.

¹²⁵ Henkel, **age**, § 100; 383; Beling, **age**, § 56, s. 268; Karakehya, **age**, s. 24.

¹²⁶ Volk, **age**, § 1, Rn. 4.

¹²⁷ Hakan Karakehya, “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, **in: TAAD**, Yıl: 7, S. 27, Temmuz 2016, s.67; Volk, **age**, s. 6.

¹²⁸ Karakehya, **Dolaylı Maddi Gerçek**, s. 61; Bu ilke hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerinde hâkim olan bir ilkedir. (Kühne, §17, Rn. 299.)

¹²⁹ “der Prinzip der Wahrheitserforschung” (Beulke, StPO, § 2, Rn. 21; Detmer, **age**, s. 110; Kindhäuser, StPO, § 4, Rn. 21; Kühne, § 17, Rn. 299).

¹³⁰ Komalarajun, **age**, s. 66-67; hakikatin mutlak ve nispi olarak ayrılması söz konusudur. Bu bağlamda hakikati araştıran ceza muhakemesinde, en isabetli olanın gerçeği %100 aksettiren bir hakikati araştırmak olduğu vurgulanmaktadır. Ancak bir yandan maddi imkansızlık diğer yandan ise uyumsuzlukların kesin bir biçimde çözüme kavuşturulması zorunluluğu mutlak hakikat yerine nispi yani tarihi veya pratik bir hakikatin ortaya konması ile yetinmeyi gerektirir. Bu durumda objektif olarak maddi gerçeğe ulaşılamamış olsa da, süje maddi hakikati bulduğuna inanmalıdır. (Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 24.); Bu ilke ile ilgili olarak ortaya atılması gereken sorulardan biri, sözkonusu ilke hâkimlerin tarafsızlığına zarar verecek durumda olmasına rağmen kanunkoyucunun bunu hangi sebeplerle kabul ettiği. Kanunkoyucu bu ilke hâkimin tarafılığı tehlikesinden daha önemli gördüğü bir avantaj bulduğundan dolayı bunu yapmıştır. Muhakeme kuralları yargılamada karar bakımından önemli olabilecek her şeyin gerçekten de tartışılacağı kesinliğine sahip olmalıdır. Bu ise sadece hâkimin karar vermeye ilişkin vasıtalar (norm ve deliller) dikkat etmesi yoluyla garanti edilir. Hâkim önemli fiili vasıtaları ya da delil araçlarını göz önüne almaması için muhakeme politikaları ile zorlanmamalıdır. Bu anlamda tarafların öne sürdükleri delil veya diğer vasıtalarla da hâkimin sınırlandırılmaması önem arz etmektedir (Schmidt, **LehrK I**, § 264, Rn. 363; Henkel, **age**, § 23, s. 102.) Nitekim ceza muhakemesini hukuk muhakemesinden ayıran önemli noktalardan biri de budur. (Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 27.); Maddi gerçeğin araştırılması esnasında bunun davasız yargılama olmaz ilkesinin uygulanması bakımından bir tehlike teşkil edip etmeyeceği de ortaya

2. İlkenin Fiil İle İlişkisi

Belirtmek gerekmektedir ki fiil ve muhakemenin amaçları arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Buna göre fiil kavramının kesinliği bütün yargılama evrelerinde vazgeçilemezdir ve muhakeme amaçlarının gerçekleşmesi için zorunlu temeli oluşturmaktadır¹³¹. Bu anlamda eğer ki muhakemenin konusu ve bu bağlamda fiil tanımı yüksek bir belirlilik sergilemezse, muhakemenin amaçlarına ulaşamayacaktır¹³². Muhakeme sırasında maddi gerçeğin araştırılması ise fiil ile iki yönden ilişkili görülmektedir. Bunlardan biri maddi gerçeğin araştırılması sırasında muhakeme konusunun objektif unsuru olarak fiilin ne ifade ettiği; bir diğeri ise fiilin belirlenmesinde muhakemenin amaçlarından hangisine üstünlük tanınacağı noktasında ortaya çıkan sorun bağlamında fiilin kapsamının dar mı yoksa geniş biçimde belirlenmesinin mi bu amaçların gerçekleştirilmesine hizmet edeceğidir.

Muhakeme sırasında maddi gerçeğin araştırılması muhakemenin konusu olarak ortaya konan fiilin hakikatte gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşti ise isnad bulunduğu şekliyle mi yoksa başka bir şekilde mi gerçekleştiğini objektif olarak ortaya koymayı gerektirmektedir¹³³. Bu bağlamda maddi gerçeğin araştırılırken

konmalıdır. Ancak davasız yargılama olmaz ilkesi ile maddi gerçeğin araştırılması ilkelerinin yan yana durduklarını görmekteyiz (Bertel, **age**, s. 83); Örneğin StPO uyarınca hâkim kararını anlamlı kılacak bütün kaynaklardan yararlanmakla görevlidir. Nitekim hâkim kararını destekleyebilecek delilleri değerlendirirken tarafların bunlarla ilgili talepleri ile bağlı değildir. Ama bu kanun koyucunun davasız yargılama olmaz ilkesine uygun bir anlam yüklediğine işaret etmez. Nitekim kanun koyucu hâkimin delilleri toplamadaki girişimlerinden doğabilecek tehlikeleri sınırlandırmaya uğraşmaktadır. Bu bağlamda soruşturma evresi ve kovuşturma evresi arasındaki keskin ayrımbu yöndeki çabaya dair açık bir gösterge olarak görülmektedir. Zira delillerin toplanmasında önemli bir katkı sunan soruşturma hâkimi katılma ve kararda dışlanmaktadır. Ancak bunun yanında savcı delil başvuruları yoluyla delillerin toplanmasına katkıda bulunmak için soruşturma ve kovuşturmada buna yetkilidir, böylece bir yargılama bağlamında gerekli olan bir soruşturmada, hâkimin araştırmaya yönelik bütün girişimleri sonuçsuz kalmayacaktır (Bertel, **age**, s. 83.); Kovuşturma evresinde hâkimin araştırma görevini düzenleyen hükümler ilk olarak hâkimin diğer muhakeme sükelerinin katkıları ile bağlı olmadığını belirtmektedir. Bu ilke delillerin değerlendirilmesi ile ilgilidir. Dolayısıyla davanın nasıl anlaşılacağı ile de bağlı olmayan bir mahkeme karşımıza çıkmaktadır (Kühne, **age**, § 13, Rn. 300)

¹³¹ Detmer, **age**, s. 143; Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 139.

¹³² KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 4; Komalarajun, **age**, s. 64.

¹³³ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 1325.

hâkimin ceza muhakemesinde her türlü delil ve vasıtayı ispat yöntemi olarak kullanması mümkün kılınmıştır¹³⁴. Ancak sorun ispatlanması gereken olgunun sınırını yalnızca muhakemenin konusunu oluşturan fiilin mi oluşturduğu yoksa maddi gerçeğe ulaşmak bakımından bu olgu dışında kalan bazı hususların da ispatlanması gerekip gerekmediğidir. Maddi gerçeğin araştırılması netice itibariyle bir ispat faaliyetini gerektirmektedir¹³⁵. Maddi gerçeğin araştırılması sırasında ispatlanması gereken hususu ise vakıalar yani olgular oluşturmaktadır¹³⁶. Olgular bir eylem, iş şeklinde olabileceği gibi bir durum ya da bilgi şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin A'nın B'nin cüzdanından para alması, bir iş şeklindeki olgudur, ancak bu fiil sırasında A'nın B'nin oğlu olduğu şeklindeki olgu ise bir durumu ifade eder ve bu da ispatlanması gereken olgular arasında sayılmalıdır. Burada muhakemenin konusu olarak fiili oluşturan olgular da eylemsel ya da durumsal olabilir. Ancak bu fiilin bir olgu olarak ortaya çıkmasını sağlayan tüm ayrıntıların ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır¹³⁷. Nitekim burada gerçekliği araştırılacak ve sonuçta da ispat edilmesi gereken hükme etki edebileceği düşünülen hususlardır¹³⁸. Dolayısıyla maddi gerçeğin araştırılmasında araştırılacak olan suçun işleniş anına ait olan, suçla korunan hukuki değeri ilgilendiren ve suça ait eylemin gerçekleştiği olgu olarak ele alınmalıdır. İşte bu olgu ise ceza muhakemesi açısından fiili ifade etmektedir¹³⁹.

Bundan başka maddi gerçeğin araştırılması ile fiil arasındaki diğer bir ilişki ise yukarıda belirttiğimiz üzere muhakemenin amaçlarının fiilin kapsamının

¹³⁴ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 1327.

¹³⁵ İspat vasıtası olarak deliller muhakemenin konusunu oluşturan fiilin bir parçasını ispat edebilecek nitelikte olmalı ve beş duyu organı ile algılanabilmelidir. Delillerin isnad edilen olguyu temsil etme ve mahkemede bunu canlandırma görevleri bulunmaktadır. Bu bağlamda delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi maddi gerçeğin araştırılmasında adeta bir yap bozun parçaları gibi görülmelidir. (Centel/ Zafer, **age**, s. 232, 235.)

¹³⁶ Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik: Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, 2016, Ankara, s. 241.

¹³⁷ Doğan, **age**, s. 242.

¹³⁸ Doğan, **age**, s. 242; Erem, **Ceza Usulü**, s. 374; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 678.

¹³⁹ Doğan, **age**, s. 242.

belirlenmesinde nasıl bir rol oynaması gerektiği noktasında kendini göstermektedir. Görüldüğü üzere ceza muhakemesinin amaçları bazı durumlarda birbirleriyle çatışan bir yapı sergilemekte bu bağlamda da bunlardan hangisine üstünlük verilmesi gerektiği tartışılabilmektedir. Ancak esas olan bu amaçlar arasında bir denge sağlanması ve gerektiği takdirde bu amaçların birinden feragat edilerek bir çözüm bulunmaya çalışılması olacaktır¹⁴⁰. Nitekim adalet amacı tek başına muhakemenin amacı olarak alınsaydı örneğin yargılamanın yenilenmesi gerekli olmayacak, çünkü hüküm sonu olmayan bir şekilde düzenlenen hukuki yollarla daima düzeltilebilecekti. Yine hukuki barışın sağlanması da tek başına bir amaç olarak kabul edilseydi, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet ya da beraat yönünde bir hükmü hemen hukuki kesinlik kazanırdı ve hükümdeki hukuka aykırılık açık olsa da düzeltilemezdi. Bu nedenle ya adaletin gerçekleşmesini ya da hukuki barışın sağlanmasını tek başına bir amaç olan görüşlerin reddedilmesi gerektiği belirtilmelidir¹⁴¹. Benzer biçimde maddi gerçeğe ulaşmak ve adaleti tesis etmek amacıyla kişiye yöneltilen isnad belirli bir zamansal noktada son bulmaması da hukuki barışı zedeleyecektir. Bu nedenle hükmün kesinleşmesi gerekli ve mantıklıdır zira kesinleşme ceza muhakemesini hiç sona ermeme tehlikesinden korumaktadır. Hükmün kesinleşmesi hukuki bir kararın hukuki barışın tüm sonuçlarına kesin olarak karar verilmesini garanti altına almaktadır. Böylece sanık mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir vakadan dolayı bir sefer daha aynı şekilde bir usule tabi tutulmayacağına güven duyabilecektir. Hükmün kesinleşmesinin bağlılık etkisi nedeniyle hatalı kararlar karşısında hukuki barışın önceliği söz konusu olacaktır¹⁴². Sonu olmayan bir şekilde ve maddi kesin hüküm mümkün değilmişçesine muhakemenin sürekli tekrarlanması hukuk hayatı ile uyumlu olmaz¹⁴³. Bu bağlamda bu iki amaç arasında yapılan bir değerlendirmede, hukuki barışın sağlanmasının

¹⁴⁰ Beulke, **age**, s.2.

¹⁴¹ Komalarajun, **age**, s. 64.

¹⁴² Schmidt, **LehrK I**, § 264, Rn. 312; KMR/ Stuckenberg, §264, Rn. 13;; Neuhaus, **age**, s. 160; Neumann, **ZStW**, 1989, s. 52; Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 139; Peters, **age**, s. 83; Spinellis, **age**, s. 98.

¹⁴³ Beling, **age**, §56, s. 269.

adaletin tesisi amacının önüne geçtiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Nitekim kesin hüküm öğretisinin en önemli sosyal değer olarak hukuki barışa hizmet ettiği ifade edilmektedir¹⁴⁴. Ancak hukuki barışı tesis eden kararın neye dayanması gerektiği noktasında ise verilmesi gereken cevap maddi gerçek olacaktır. Nitekim maddi gerçeğe dayanmayan bir ceza mahkemesi kararı hukuki barışı sağlamaktan yoksun konumdadır. Dolayısıyla bu üç amaç arasında kurulan dengede kişinin temel haklarına saygılı bir şekilde araştırılan maddi gerçeğin gerçekleşmesi amacının ön planda tutulması gerektiği ve fakat diğer iki amacın da bununla birlikte hayata geçirilmesi gerektiği belirtilmelidir.

Fiilin muhakemenin amaçları ile genel olarak bağlantısı bunlar bağlamında gündeme gelen kesin hüküm öğretisiyle de ilgilidir. Fiil kavramı genel olarak kesin hükmün önleyici etkisi bakımından önem arz etmektedir. Kesin hükmün gerekliliğini muhakemenin adaletin tesisi amacına dayandıran yazarlar kadar kesin hüküm öğretisini hukuki barışın sağlanması amacı ile bağdaştıran yazarlar da fiilin önemine vurgu yapmaktadırlar¹⁴⁵. Kesin hükmü hukuki barış ile temellendiren yazarlar esnek olmayan ve dar bir fiil kavramı ortaya çıkarmak isterler¹⁴⁶, oysa ki fiil kavramını maddi adalet anlayışı temel alındığında ise geniş bir biçimde ele almak adaletin tesisi bakımından daha uygundur¹⁴⁷. Bu anlamda fiil bu amaçlardan hepsinin gerçekleşebileceği biçimde belirlenmelidir¹⁴⁸. Fiil sorunun çözümü bir tarafta sadece hukuk güvenliği ve hukuki huzurun ölçülü bir dengesi altında ve diğer tarafta adalet ve hukuk otoritesi altında bulunabilir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Schmidt, **LehrK I**, § 264, Rn. 283.

¹⁴⁵ Komalarajun, **age**, s. 64.

¹⁴⁶ Bununla birlikte hâkimlere daha geniş bir karar verme alanı tanınması bakımından hukuki barışın sağlanması amacıyla fiilin geniş bir biçimde belirlenmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bertel, **age**, s. 118.

¹⁴⁷ Adaletin tesisi amacının gerçekleşmesi bakımından sınırın çok geniş belirlenmesi bakımından fiilin geniş olarak ele alınması elbette ki isabetli olacaktır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere adaletin tesisi amacını belirli bir yerde kesmek ve bu arayışa bir son vermek maksadıyla fiilin dar belirlenmesi daha avantajlı gözükmemektedir.

¹⁴⁸ Bertel, **age**, s. 11.

¹⁴⁹ Peters, **age**, s. 506; Neuhaus, **age**, s. 153; Barthel, **age**, s. 88.

Ceza muhakemesinin amaçları muhakeme hukuku anlamındaki fiil kavramının kapsamını etkilemektedir. Muhakemenin amaçlarını maddi adalet ve hukuk güvenliğinin tesisi olarak belirleyen Alman hukukunda, bu iki amacın bu etkiyi aynı biçimde sağlamadığı ifade edilmektedir. Buna göre bir amaç fiil kavramını genişletici etki doğururken, diğeri bunu sınırlandırıcı bir etki doğurmaktadır¹⁵⁰.

Adaletin tesisi amacı mahkeme konusunun sınırlı biçimde tanımlanmış olmasını arar¹⁵¹. Zira hüküm verilmesi sırasında sınırlı bir muhakeme konusunun bulunması istenmeyen adaletsizlikleri azaltabilir. Bunun aksi durumunda ise hâkim adaletin sağlanmasını sağlamak için iddianamede belirtilmemiş bir suçu göz ardı edemeyecektir, bu ise yargılamaların belirsiz bir şekilde genişlemesine neden olabilecektir.

Hukuki barışın sağlanması amacının gerçekleştirilmesi bakımından ise bu amacın muhakeme hukuku bağlamındaki fiil kavramını sınırlandırıcı bir görev ifa ettiğini belirtmek gerekmektedir. Nitekim hukuki barışın kurulan hükümle tesis edildiği düşünüldüğünden bu hükme belirli bir noktadan sonra kesinlik kazandırılması gerekmekte, bu ise kesin hükmün önleyici etkisinin alanını daraltmak ve başka bir fiil bakımından yeniden yargılama yapılabilmesi ve dolayısıyla o fiil bakımından da bozulan hukuki barışı sağlamak açısından fiilin dar bir biçimde ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

C. Aynı Fiile Dayalı Birden Fazla Yargılama Yasağı

1. Genel Olarak

Hem ulusal hukukta hem de milletlerarası ceza hukukunda etki gösteren ve bir kimsenin aynı fiilinden dolayı birden fazla kez yargılanmasını engelleyen ilke “non bis in idem” ilkesidir¹⁵².

¹⁵⁰ Greco, *age*, s. 417; Komalarajun, *age*, s. 55.

¹⁵¹ Behrendt, *ZStW*, **1982**, 888, 910; Bertel, *age*, s. 80; Büchner, *age*, s. 6; Detmer, *age*, s. 133; Herzberg, *agm*, s.113 vd.; Oehler, *Schröder GS*, s. 439 vd.

¹⁵² Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, Herausgegeben von Epping/Hillgruber, 30. Ed. 2016, § 103, Rn. 44 (BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103); İzzet Özgenç, “Non Bis İn İdem Kuralının

Doktrinde ilkenin yatay ve dikey etkisinden söz edildiği görülmektedir. Buna göre aynı fiil bakımından aynı sanık için önceden açılmış bir dava bulunması veya aynı fiilden dolayı aynı sanık hakkında önceden verilmiş bir hüküm bulunması halinde ilkenin yatay etkisinden bahsedilirken; bir fiil ve fakat birden fazla sanık bulunması ve her birinin ayrı yargılanmasını gerektiren bir durumun söz konusu olması halinde ise dikey etki gündeme gelecektir¹⁵³. Ancak hem ulusal hem de uluslar arası hukukta geçerlilik tanınanın ilkenin yatay etkisi olduğu görülmektedir. Bu bağlamda non bis in idem ilkesi aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında birden fazla kovuşturma yapılamamasını ya da hüküm verilememesini ifade etmektedir.

Söz konusu ilkenin temeli, bir fiil hakkında geçmişte yapılan bir yargılama sonucunda kesinleşen bir hükmün mevcudiyeti halinde bunun, daha sonra aynı fiil hakkında yeni bir yargılama yapılmasına engel teşkil etmesine ilişkin kesin hüküm (res iudicata) öğretisidir¹⁵⁴. Buna göre, kanuni istisnalar hariç olmak üzere, bir uyuşmazlığın kesin hükümle çözümlenmesi onu bir daha tartışma konusu yapılmayacak duruma getirmektedir¹⁵⁵. Bu temelde non bis in idem ilkesinin ulusal düzeyde uygulanmasının üç amaca hizmet ettiği belirtilmektedir. Bunlardan ilki, kişinin aynı fiilden dolayı birden fazla defa yargılanmasının önlenmesi suretiyle korunmasıdır. İkincisi ise bir defa ceza davası sona erdikten sonra buna ilişkin ceza iddiasının artık tükenmiş sayılacağına ilişkin varsayımdır. Üçüncü olarak ise

Milletlerarası Değeri ve TCK'nun 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme”, in: **Yargıtay Dergisi**, C. 28, S. 3, Temmuz 2002, s. 324; İlkenin tarihi gelişimi için bkz: Spinellis, **age**, s. 3vd

¹⁵³ Erol Cihan/ Feridun Yenisey, “Non bis in idem İlkesi”, in: **Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 219.

¹⁵⁴ Mustafa Özen, “Non bis in idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, in: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, y. 2010, s. 1, s. 389; Kemal Gözler, “Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine”, in: **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, C.56 Sa.2, s. 46 vd; Hilal Nur Şarbak, “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda non bis in idem İlkesi”, in: **Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi**, 2013, s. 13.

¹⁵⁵ Şarbak, **agm**, s. 9; Y16CD, E. 2015/1240, K. 2015/3551, T. 02.11.2015.

mahkemelerin verdiği kararların ciddiyetinin sağlanması ve mahkemeler arasında birbiriyle çelişebilecek kararlardan kaçınılmasıdır¹⁵⁶.

Non bis in idem ilkesinin uygulanması kesin hüküm öğretisinin yanında cezalandırmanın amaçları ile de ilişkilendirilmektedir. Nasıl ki cezalandırma ile hem ıslah etme hem de failin gerçekleştirdiği haksızlığın karşılığının ödenmesi suretiyle adaletin yeniden tesis edilmesi amaçlanıyorsa, failin aynı fiilinden dolayı birden fazla kez kovuşturma işlemlerine tabi tutulması ve/veya cezalandırılması yeniden tesis edilmiş olan adaletin tekrar bozulmasına yol açabilecektir. Bunun yanında aynı fiilden birden fazla cezalandırılma ihtimali de cezaların orantılı olması gerekliliği ile de çelişecektir. Bu anlamda ilkenin uygulanmasının cezalandırmanın amaçlarının daha iyi fonksiyon ifa edebilmesi için gerekli olduğu belirtilmektedir¹⁵⁷. Bir kişi hakkında daha önceden verilmiş olan mahkûmiyet hükmünün varlığı durumunda yeniden aynı fiilden dolayı yargılanmasının engellenmesi bağlamında cezanın amacının gerçekleştirilmesi gerekçe olarak gösterilebilir ise de, bir fiilden dolayı beraat etmiş ya da örneğin Türk Hukuku bakımından hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş bir kişinin tekrar yargılanmasının hangi gerekçelerle önlenmesi gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Zira bu ikinci durumda, cezanın amacının gerçekleştirilmesi ilkenin uygulanması bakımından bir gerekçe olarak sunulamaz. Nitekim bu tür durumlarda non bis in idem ilkesinin uygulanma gerekliliği olarak ilkenin hukuk güvenliği ve hukukta istikrar sağlanmasındaki rolü gösterilmektedir¹⁵⁸. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği üzere *“devlet bir bireyi isnad edilen suçtan tekrarlayan biçimde soruşturmaya ve böylece onu utanç, külfet ve sıkıntıya maruz bırakmaya ve onun devam eden bir endişe ve güvensizlik içinde yaşamaya zorlamaya, ayrıca masum olsa bile suçlu bulunacağı ihtimalini artırmaya yetkili değildir.”*¹⁵⁹ Belirtmek gerekmektedir ki

¹⁵⁶ Christine van den Wyngaert, Guy Stessens, The International non bis in idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions, **in: International and Comparative Law Quarterly**, Ekim 1999, s. 780; Spinellis, **age**, s. 9.

¹⁵⁷ Bkz: Şarbak, **agm**, s. 10.

¹⁵⁸ Şarbak, **agm**, s. 14

¹⁵⁹ Green v. United States, 355 U.S. 184, 355 U.S. 187-188.

hukuk güvenliğinin ve istikrarın sağlanması hususu, hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş olan bir kişinin tekrar yargılanmasının önlenmesi gerekçelerinden biri olarak kabul edilebilir. Bir kişi hakkında kesinleşmiş olarak verilen bir hüküm o kişinin daha sonra bu fiilinden dolayı tekrar yargılanmasını engelleyeceğinden kişiyi olası bir belirsizlik halinden kurtaracaktır¹⁶⁰.

İlkenin pozitif hukuk dayanakları ele alınacak olursa öncelikle Türk hukukunda ilkenin anayasal statüde tanınmış olmadığını belirtmek gerekmektedir. Fakat Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 14. maddesi söz konusu ilkeye ilişkin "*bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz*" düzenlemesini haizdir. Türk Hukuku bakımından önem arz eden ve ilkeye yer veren bir başka düzenleme ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7 numaralı Ek Protokolü m. 4/1'dir. Buna göre hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamayacak ya da mahkum edilemeyecektir. Görüldüğü üzere her iki düzenleme de kişiye hem kovuşturmayla uğramama hem de cezalandırılmama şeklinde beliren geniş kapsamlı bir koruma sağlamaktadır.

Bu düzenlemelerin yanısıra Türk Hukuku bakımından ilkenin ilk olarak 1973 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 1916 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile kabul edildiği görülmektedir Bu bağlamda "*Aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir*" biçimindeki CMUK m. 253/3 hükmü Türk Hukukunda ilkeye ilişkin ilk kanuni düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶¹. Bununla birlikte 5271 sayılı CMK m. 223/7 uyarınca ilkeye Türk hukuku bakımından da geçerlilik tanındığı görülmektedir¹⁶². Nitekim söz konusu madde aynı fiil nedeniyle aynı sanık için

¹⁶⁰ Şarbak, **agm**, s. 14.

¹⁶¹ Şarbak, **agm**, s. 12.

¹⁶² İlkenin anayasal çerçevede düzenlendiği ülkeler de mevcuttur. Örneğin Alman Anayasası m. 103 "Hiç kimse genel ceza kanunlarına göre, aynı eylemden dolayı birden fazla cezalandırılmaz"

önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa, davanın reddine karar verileceğini ifade etmektedir. Bu noktada belirtmek gerekmektedir ki söz konusu düzenleme, ilkenin CMK bakımından dikkate alınması için aynı fiil için verilen hükmün ya da açılmış olan davanın Türk mahkemelerinde ya da yabancı mahkemelerde olması arasında bir ayırım yapmamaktadır. Ancak yabancı mahkeme hükümlerinin göz önünde bulundurulması non bis in idem ilkesi bakımından istisnai niteliktedir ve bununla ilgili olarak ceza kanunlarının yer yönünden uygulanmasına ilişkin ilkeler esas alınır¹⁶³. Bu nedenle TCK'nın yer yönünden uygulanması

düzenlemesini haizken, Rusya Federasyonu Anayasası m. 50 ise “Hiç kimse aynı suçtan dolayı iki defa mahkum edilemez” şeklinde ilkeyi düzenlemektedir; Alman hukukunda ilkenin anayasal koruma altına alınmasının nedeni, Nasyonel Sosyalist dönemde ilkenin uygulanmasının askıya alınmasına bir tepki niteliği taşımaktadır. Bkz: Herbert Thomas, **Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung**, Baden Baden, 2002, s. 33.; Alman hukukunda ilkenin anayasal koruma altında olması aynı zamanda “ceza kovuşturmasının tekliği hakkı”nın sağlanması bakımından bir güvence olarak görülmektedir. (BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 44)

¹⁶³ Devletlerin ceza yargılamalarında yetkilerini belirleme noktasında egemenlik haklarından kaynaklanan mutlak bir yetkileri bulunmaktadır. Bu nedenle non bis in idem ilkesi genel itibarıyla iç hukukta kabul edilen bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda ilke esas olarak aynı fiilden dolayı aynı devletin yargılama yetkisi dahilinde yeni bir yargılama yapılmasını engelleyici etkisi bakımından ele alınmaktadır. Dolayısıyla kural olarak ilkenin yabancı bir ülkede yapılan yargılamanın bir başka devlet tarafından yeniden görülmesine engel teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Nitekim non bis in idem ilkesinin milletlerarası etki göstererek aynı fiilden dolayı yargılamayı engellemesi için bunun iç hukukta ya açıkça tanınması ya da taraf olunan uluslar arası sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülüğe dayanması gerekmektedir. İzzet Özgenç, “TCK'nun 5. Maddesine İlişkin Yargıtay'ın İki Farklı Kararının İncelenmesi: (Kesinleşmiş Yabancı Yargı Kararlarının Etkisi)”, **in: İÜHFİM**, C. LI, yıl 1985, S. 1-4, s. 637; Tezcan/Erdem/Önok, **age**, s. 104; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **age**, s. 72; Özen, **agm**, s. 395; Akbulut, **age**, s. 138; Zafer, **age**, s. 678; Nitekim örneğin Alman Anayasası düzenlemesine göre de ilke öncelikle Alman ceza mahkemelerinden verilen kararlar bakımından uygulanacaktır. (Radtke, NStz 2012, 479; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1) uluslar arası sözleşmelerde ele alınan non bis in idem ilkesi aynı fiilden dolayı aynı devletin yargılama yapmasını engelleyici etki göstermektedir. Bunlarla birlikte non bis in idem etkisini aynı fiilden dolayı yargılama yapılan hallerde önceden verilmiş olan cezanın yeni cezadan mahsup edilmesi ya da yeniden yargılamanın tamamen engellenmesi şeklinde etki tanıyan ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler de bulunmaktadır. Bunlardan ilki Ceza Kovuşturulmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 35, diğeri ise Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi m. 53'tür. Bu iki sözleşmede de zikredilen maddeler non bis in idem ilkesinin sözleşmeye taraf devletler bakımından milletler arası etkisine ilişkindir. Söz konusu bu sözleşmeler uyarınca yabancı ülkede verilen beraat ya da belirli şartlar altında mahkûmiyet hükmünün varlığı durumunda kişi, diğer bir sözleşen devlet tarafından aynı fiil dolayısıyla kovuşturulamaz, mahkum edilemez ya da hakkındaki yaptırım yerine getirilemez. Bu hükümler bir suçtan dolayı taraf devletlerden birinde soruşturma başlatılması ya da yargılamanın devam ediyor olması durumunda aynı suçtan dolayı bir diğer taraf devlet tarafından yargılama başlatılabileceği şeklinde yorumlanmalıdır. Tüm bunların yanında TCK'da yer alan ve kanunun yer yönünden uygulanmasına ilişkin hükümler de bu bağlamda ele alınmalıdır. TCK m. 8 ve devam eden maddelerinde ceza kanununun yer bakımından uygulanmasına ilişkin temel prensiplere yer verilmektedir. Bu anlamda TCK'nın yer bakımından uygulanmasına ilişkin olarak mülkîlik, şahsîlik, koruma ve evrensellik ilkelerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Türk hukuku bakımından asıl olarak mülkîlik ilkesinin esas alındığını ancak bu ilkenin

kurallarıyla bu hüküm arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Tüm bunlara ek olarak ayrıca belirtmek gerekmektedir ki söz konusu ilkenin ulusal hukuk kapsamında uygulanmasına ilişkin bir istisnayı yargılamanın yenilenmesi oluşturmaktadır¹⁶⁴.

2. İlkenin Uygulanma Koşulları

İlkenin uygulanmasına ilişkin olarak üç hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim CMK bakımından göz önünde bulundurulması gereken hususlar kişinin aynılığı, fiilin aynılığı ve açılmış bir dava veya verilmiş bir hüküm bulunmamasıdır.

a. Kişinin Aynı Olması

Aynı kişi unsuru iddianamede yer alan ve dolayısıyla hakkında bir kovuşturma yürütülen ya da hüküm verilen kişinin aynı fiili bakımından ikinci kez kovuşturulmasını ifade etmektedir¹⁶⁵. Belirtmek gerekmektedir ki non bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından kişinin ve fiilin aynılığı unsurları kümülatif bir biçimde ele alınmalıdır. Bu nedenle aynı fiil nedeniyle aynı kişi hakkında tekrar bir yargılama yapılması ilke bağlamında mümkün olamazken, başka bir kişi bakımından yargılama yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁶⁶. Belirtelim ki Türk hukuku açısından söz konusu koşulun uygulanması noktasında bir istisna getirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu görüş örneğin A'nın B'yi öldürmekten dolayı yargılandığı bir davada eğer A kişinin intihar ederek ölmüş olması nedeniyle beraat ederse, mağdurun öldürmesi bakımından C hakkında bir ceza kovuşturması

diğer ilkelerle tamamlandığı ve mutlak olarak uygulanmadığını belirtmek gerekmektedir (İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 2018, s. 964; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016s. 731; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi,2017,Ankara, s. 127; Centel/ Zafer, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.160; yer yönünden uygulanma ilkelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: İlyas Şahin, **Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alınan İlkeler**, ERÜHFD, C. X, S. 1, 2015, s. 109)

¹⁶⁴ Özgenç, **non bis in idem**, s.323, dn.1; Yargılamanın yenilenmesi kurumuna aşağıda ayrıntılı olarak yer verilmektedir. Bkz. aş. s. 152 vd.

¹⁶⁵ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 43; Ataç, **age**, s. 39; Erem, **age**, s. 649.

¹⁶⁶ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 44; Erem, **age**, s. 649; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 656.

yapılmaması gerektiğini öne sürmektedir¹⁶⁷. Ancak kanaatimizce ilkenin kişi yönünden uygulanmasına dair böyle bir istisna getirilmesi isabetli olmayacaktır. Zira bu yönde bir uygulama bir kimse hakkında verilen bir hükmün bir başkası hakkında da sonuç doğurması anlamına gelecektir. Nitekim maddi gerçeğin araştırılması her hakim tarafından bizzat yerine getirileceğinden, hakkında bir yargılama yapılmamış ve hüküm verilmemiş kişinin bir fiilden dolayı yargılanması durumunda hakimin başka delillere ulaşarak farklı bir karara varması her zaman mümkündür¹⁶⁸.

b. Fiilin Aynı Olması

Yukarıda kabul ettiğimiz fiil tanımına göre fiilin aynı sayılması için kanaatimizce normatif bir değerlendirme gerekmektedir. Buna göre **iddianamede belirli yönlerden sınırlandırılmış olan olguların aynı ya da benzer hukuken korunan değerlerin ihlali göz önünde bulundurulmak suretiyle** bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu anlamda ilkenin uygulanması bakımından iddianamede yer verilen tarihi olay örgüsünün aynı olması yeterli olmayacaktır. Kişinin söz konusu bu tarihi olay örgüsü dolayısıyla hangi hukuken korunan değer nedeniyle kovuşturulduğu ya da hakkında bir hüküm verildiği de kanaatimizce önem arz etmektedir¹⁶⁹. Fiilin sınırlandırılması bakımından göz önünde bulundurulması gereken unsurları **iddianamede ortaya konulan hareket, fail, zaman, mekan, konu, araç, mağdur** olarak belirlemiştik. Dolayısıyla fiiliğin non bis in idem etkisi bakımından aynılığını değiştiren unsurlar bu sınırlandırma unsurları dışında ayrıca hukuken korunan değer unsuru olacaktır. Örneğin A kişisi İstanbul'da yapılan bir toplantıda B kişisine köpek dışkısı fırlatır ve B'nin ceketi kirlenir. İddianamede bu haliyle yer verilen fiil üzerinden mala zarar verme suçuna

¹⁶⁷ Bkz: Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 198.

¹⁶⁸ Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 45.

¹⁶⁹ Buna ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s. 96 vd; Amerikan hukukunda fiilin aynı olup olmadığının belirlenmesi ve bu bağlamda "*double jeopardy*" yani iki kere cezalandırmanın önlenmesi bakımından yargı kararlarında kullanılan yöntemler için bkz: Kirstin Pace, "Fifth Amendment – The Adoption of the Same Elements Test: The Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy", in: **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 84, Issue 4, 1994, s. 771; ayrıca bkz: Amar R. Akhil/ Marcus L. Jonathan, "Double Jeopardy Law After Rodney King", **Columbia Law Review**, C. 95, S. 1, Ocak 1995, s. 28-38.

ilişkin bir yargılama yapılır ve buna ilişkin hüküm kesinleşir. Ancak bu durum bu olayın B'ye karşı işlenen hakaret suçu bakımından ayrı bir yargılama yapılmasını engellemez. Zira burada ilk yargılamada malvarlığına yönelik ikinci yargılamada ise kişinin şeref ve saygınlığına yönelik korunan bir hukuki değer mevcuttur. Dolayısıyla fiil bu husus bakımından farklılık arz eder ve non bis in idem etkisi söz konusu olmaz. Aynı durum korunan hukuki değerlerin aynı ve fakat farklı kişilere ait olduğu örnekler bakımından da geçerlidir¹⁷⁰.

c. Açılmış Dava ve Verilmiş Hüküm Bulunmaması

Alman hukuku bakımından muhakeme engeli oluşturan kararlar beraat ya da mahkûmiyete ilişkin hüküm biçimindeki kararlar olabilmektedir¹⁷¹. Söz konusu ilkenin uygulanması bakımından ölçünün verilen kararın devletin cezalandırma yetkisi kullanılarak mahkeme tarafından verilen bir karar olması gerektiği belirtilmektedir¹⁷². Ancak belirtmek gerekmektedir ki bir hükme non bis in idem etkisi tanınması için hükmün ceza muhakemesinin konusunun esasına ilişkin bir karar niteliğinde olması gerektiği belirtilmekte ve bu anlamda örneğin düşme kararları hüküm niteliğinde olsa da bunlara önleyici etki tanınmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁷³. Bunun yanında savcılık makamı tarafından verilen kararlara da

¹⁷⁰ Söz konusu durumlar fiilin içtima ilişkisi bakımından aşağıda ele alınmaktadır. Bkz aş. s.195 vd.

¹⁷¹ MünchKunigGG/Kunig, §103, Rn. 46; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1; Ayrıca StPO § 373/a uyarınca kendisine kesin hüküm etkisi tanınan ceza kararnameleri ile verilmiş bulunan mahkûmiyet kararları bakımından da ilke tartışmalı da olsa uygulama alanı bulmaktadır.(BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1)

¹⁷² BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1; dolayısıyla Alman hukuku bakımından bir yanda bir hüküm bir yanda ise bir ceza kararnamesinden kaynaklanan bir önleme etkisi söz konusu ise bu husus hâkimlerin araştırma görevinin kapsamı ile belirlenmektedir.(Radtke, **age**, 107 vd.; Radtke/Hohmann/Radtke, StPO, 2011, § 264 Rn. 63 vd.; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1)

¹⁷³ DreierK/Schulze-Fielitz, §103/ 3, Rn. 29; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1; Benzer biçimde hakkında kanunyolu öngörülmemiş olan ancak bir mahkeme kararı olan ara kararlar bakımından da non bis in idem etkisinden söz edilemeyecektir(LR-StPO/Kühne, 26. Aufl. 2006, Einl. K Rn. 102 vd. Radtke **age**, ,, 174 vd. 213 vd; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1); ancak kamu davasının açılmasına ilişkin talebin reddedilmesi halinde bunun tekrar açılması ancak yeni olay ve delillerin bulunmasına bağlı bulunduğundan burada ilkeye geçerlilik tanındığını söylemek mümkündür(BGHSt 18,225 (225f.) = NJW 1963, 1019; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1)

önleyici etki tanınmadığını söylemek gerekmektedir¹⁷⁴. Türk hukuku bakımından ise CMK bağlamında ilkenin bir muhakeme engeli teşkil etmesi için hüküm verilmiş olması veya dava açılmış olması şartı arandığı görülmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda kişi hakkında aynı fiilden dolayı verilen hükmün kesinleşmesi aranmadığı gibi daha önceden aynı fiil bakımından kovuşturma evresinde olan bir muhakeme süreci başlatılmış olması yeterlidir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi hem de AİHS 7 nolu Protokolü söz konusu korumayı beraat veya mahkûmiyet kararları bakımından sağlarken, Türk hukuku bakımından referans maddesi olan CMK m.223 “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için daha önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir” demekle söz konusu iki sözleşmeye kıyasen daha geniş kapsamlı bir koruma getirmektedir. Türk hukukunda non bis in idem etkisinin tanınacağı kararlar beraat veya mahkûmiyet kararları ile sınırlandırılmamıştır¹⁷⁵. Nitekim bunlar yanında Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından hüküm niteliğinde olan ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın düşmesi, reddi kararları da ilke kapsamına alınabilir gözükmektedir. Beraat ve mahkûmiyet kararları nitelikleri gereği uyumsuzluğu esastan çözen kararlardır. Eğer ki ilkeye etki tanınması bağlamında hükmün niteliği bakımından uyumsuzluğun esastan çözülmesi bir kriter olarak ele alınacak olursa, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi ve ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının da ilkenin etki alanı içinde değerlendirilmesi bir zorunluluk arz etmektedir¹⁷⁶. Bunun yanında Türk hukukunda ilkenin etki alanı bakımından düşme kararları tartışma konusu yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu’na göre düşme karar verilebilmesi ölüm, af, zamanaşımı, şikâyetten vazgeçme, ön ödeme uygulanması ya da uzlaşma şeklinde belirtilen düşme sebeplerinden birinin varlığı ya da kovuşturma şartlarından birinin

¹⁷⁴ DreierK/Schulze-Fielitz, §103/ 3, Rn. 29;; BeckOK GG/Radtke-Hagemeyer, §103, Rn. 45-46.1; ancak bunun istisnasını uzlaşma kararları oluşturmaktadır (Radtke **age**, 163 vd.; BeckOK GG/Radtke-Hagemeyer, §103 Rn. 45-46.1)

¹⁷⁵ İlkenin tarihi gelişimi göz önünde bulundurulduğunda ise esasen beraat ve mahkûmiyet kararları bağlamında uygulandığı görülmektedir. Bkz: Spienllis, **age**, s. 4; Yurtcan, **Kesin Hüküm**, s. 10vd.

¹⁷⁶ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 954.

gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması ihtimallerinde mümkündür. Doktrinde bir kısım yazarlar düşme kararlarının uyuşmazlığın esasına ilişkin bir çözüm getirmemeleri ve dolayısıyla kişinin suçu işleyip işlemediğinin bu kararla anlaşılması mümkün olmadığı için düşme kararları bakımından non bis in idem ilkesine bir etki tanınmaması gerektiği kanaatindedirler¹⁷⁷. Buna karşılık başka bir görüş ise özellikle ön ödeme veya uzlaşma nedeniyle verilen bir düşme kararı bakımından da non bis in idem ilkesinin etki doğurması gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁸. Buna göre ön ödeme veya uzlaşma nedeniyle verilen bir düşme kararı işin esasını çözen bir karar olmamakla birlikte kanunun bu kurumları düzenlemekteki amacı göz önüne alındığında bu işlemler sonrasında da yeniden yargılamanın engellenmesi gerekmektedir. Gerçekten de düşme kararları işin esasını çözüme kavuşturan kararlardan olmamakla birlikte, CMK açık düzenlemesi uyarınca bu kararların da hüküm olarak nitelendirildiği göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla non bis in idem ilkesinin tüm hükümler bakımından uygulanması gerekliliğini ortaya koyan CMK 223 düzenlemesi uyarınca düşme kararları bağlamında da ilkeye etki tanınması isabetli olacaktır.

Türk hukuku bakımından belirtilmesi gereken bir başka husus ise ilkeye etki tanınması için hükmün kesinleşmesi gerekmediğidir. Gerçekten de CMK düzenlemesi kesinleşmiş hükümden değil, hükümden bahsetmekle birlikte, her hüküm bakımından non bis in idem ilkesinin uygulanabilir olduğunu ortaya koymaktadır.

Türk hukuku bakımından non bis in idem ilkesine aykırı bir uygulama söz konusu olduğunda bu hukuka aykırılığın ne şekilde giderileceği de önem arz eder. Bu durumda çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir. Örneğin aynı fiile dayalı olarak aynı

¹⁷⁷ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 954.

¹⁷⁸ Ünver/ Hakeri, **age**, .s. 687; Tezcan/Erdem/Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Ankara, 2017, s. 101; ilkeyi kesin hükmün önleyici etkisi olarak inceleyen Ataç ise CMK'da yer alan hüküm türleri arasında bir ayırma gidilmeksizin etkinin ortaya çıkmasının şartının hükmün kesinleşmesi olduğunu ifade etmektedir. (Asiye Selcen Ataç, **Kesin Hükümün Önleme Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 4) Ancak belirtelim ki non bis in idem ilkesi uygulanma anı bakımından yalnızca hükmün kesinleşme anının esas alınmasını gerektirmez. Dolayısıyla ilkenin etki doğurması bakımından göz önünde bulundurulması gereken hükmün kesinlik kazanıp kazanmaması değil, muhakeme konusu olan fiilin aynı olup olmadığı hususu olmalıdır.

anda devam eden iki yargılamanın bulunması durumunda mahkemelerden birinin bu hususu fark etmesi durumunda daha önceden dava açılmış olan mahkeme hangisi ise yargılamaya orada devam edilmeli, sonraki tarihli yargılama bakımından ise ret kararı verilmelidir. Nitekim derhal beraat kararı verilmesini gerektiren bir hal söz konusu olsa bile, bu durum CMK m. 223/9 uyarınca ret kararı verilebilmesine engel teşkil etmemektedir. Bundan başka birden fazla mahkemenin aynı fiile ilişkin yargılamayı sona erdirmiş ve buna ilişkin hüküm verilmiş olup da bunun kesinleştiği hallerde ise daha sonradan verilen hüküm bakımından kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolu uygulanacak ve ikinci hüküm bozulacaktır¹⁷⁹.

i. İlkenin Soruşturma Evresi Bakımından Etkisi

Alman anayasal düzenlemesi kapsamında yasaklanan yalnızca birden fazla cezalandırma değil, aynı zamanda aynı fiil bakımından yeni bir yargılama yapılmasına neden olabilecek herhangi bir işlemdir¹⁸⁰. Bu bağlamda kesinleşmiş bir

¹⁷⁹ Yargıtay'ın uygulaması da bu yönde olmakla birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bakımından farklı bir yorum geliştirilmiştir. Buna göre Adalet Bakanlığı tarafından aynı fiilden dolayı iki defa hüküm verilemeyeceğine dayalı olarak yapılan kanun yararına bozmaya ilişkin bir başvuruda Yargıtay "Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde, Adalet Bakanlığının yasa yararına bozma istemi, "aynı sanık hakkında aynı fiil nedeniyle Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda verilen 28.02.2007 tarihli ve 2006/418 esas, 2007/80 sayılı kararın kesinleşmesinden sonra açılan ikinci davanın, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223/7. maddesinde yer alan 'Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa, davanın reddine karar verilir' hükmü gereğince reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmediği" nedenine dayanmakta ise de; belirtilen hukuka aykırılığın hükmün içeriğinin denetlenmesini gerektirmesi nedeniyle "yasa yararına bozma" konusu yapılması olanaklı görülmediğinden, Özel Dairece, "yasa yararına bozma isteminin reddi" yerine, kabulü ile bozma kararı verilmesi isabetli değildir." Gereğesiyle her iki hükmün de kalması gerektiği yönünde karar vermiş ve kanun yararına bozma talebini reddetmiştir. Kz: YCGK, E. 2011/8-498, K 2012/2011, T. 22.05.2012; Karara karşı oy yazan üyeler ise "Mahkum olan sanığın ikinci kez cezalandırılması, 5 yıl boyunca denetim süresine tabii tutularak özgürlüğünün kısıtlanması, yaptırımlara tabi tutulması, iç hukukumuzun bir parçası olan ve öncelikle uygulanması gereken anılan sözleşme ile adil yargılanma ve bir suçtan iki kez cezalandırılmama ilkelerine aykırıdır.

Bu itibarla, Sözleşme ve Uluslararası hukukun temel ilkeleri dururken kanun yararına bozma yoluna başvurulduğunda, sadece CYY'nın 231. maddesinin 5-14. fıkralarında yazılı koşulların denetlenebileceğinin kabulü ile, yasa, sözleşme ve hukuk kurallarına aykırı olan yerel mahkeme kararının bozulamayacağından bahisle sanığın aynı suçtan iki kez cezalandırılmasını kabul eden çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz"

¹⁸⁰ Dreier Kommentar zum Grundgesetz /Schulze-Fielitz, Band III, §103/ 3 Rn. 25 (DreierK/Schulze-Fielitz, §103/ 3), BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1.

hükümün anayasal bir “*muhakeme engeli*” (Prozesshindernis) oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁸¹.

Ancak Türk hukuku bakımından ilkenin soruşturma yapılmasına engel teşkil edip etmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar ilkenin kovuşturma evresi ve hüküm verme safhası ile ilgili olduğunu bu nedenle de kişi hakkında soruşturma yürütülmesine engel teşkil etmeyeceğini savunmaktadırlar¹⁸². Nitekim buna göre CMK m. 223/7 açılmış bir dava bulunması gerekmektedir. Bir davanın açılmış sayılması ise CMK m. 175 uyarınca iddianamenin kabul edildiği anda¹⁸³ mümkün olacaktır. Bu nedenle hakkında daha önceden hüküm verilmiş veya açık bir dava bulunan bir kişi hakkında aynı fiilden dolayı yeniden bir soruşturma açılması ve iddianame düzenlenmesine bir engel bulunmadığı savunulmaktadır¹⁸⁴. Diğer bir görüş ise non bis in idem ilkesinin kabul edilmesindeki amaç göz önüne alındığında söz konusu ilkenin soruşturma yapılmasına da engel teşkil edeceğini savunmaktadır¹⁸⁵. Bu görüşler bağlamında CMK m. 223/7 incelendiğinde düzenlemenin non bis in idem ilkesine soruşturma evresi bakımından doğrudan bir etkinlik tanımadığı kanaatine varılmalıdır. Nitekim söz konusu düzenleme uyarınca aynı fiil nedeniyle davanın reddine karar verilmesi aynı fiil hakkında bir hüküm ya da açılmış bir dava bulunması şartlarına bağlı kılınmıştır. Türk hukukuna göre açık bir davadan bahsedilmesi yani derdestlik iddiası ise ancak iddianamenin hazırlanarak mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde söz konusu olacaktır. Ancak ilkenin soruşturma evresinde etkisi bakımından göz önünde bulundurulması gereken tek düzenleme bu değildir. Nitekim CMK 172/1 uyarınca iddianame düzenlenebilmesi kovuşturma olanağının bulunması şartına da bağlı kılınmıştır. Bu anlamda hakkında

¹⁸¹ Münch/ Kunig Grundgesetz Kommentar, Band II, 2012/ Kunig, §103, Rn. 36 (MünchKunigGG/Kunig, §103) DreierK/Schulze-Fielitz, §103/ 3, Rn. 15; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 45-46.1.

¹⁸² Özen, **agm**, s. 411; Cihan/ Yenisey, **agm**, s. 560.

¹⁸³ Türk hukukunda açık dava kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin tartışmalara yukarıda yer verdiğimizden tekrar etmiyoruz. Bkz: s. 109 vd.

¹⁸⁴ Özen, **agm**, s. 411; Cihan/ Yenisey, **agm**, s. 560.

¹⁸⁵ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 684; Centel/ Zafer, **age**, s. 560; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 1041.

daha önceki tarihli bir kovuşturma bulunan ya da bir hüküm verilmiş olan bir fiille ilgili olarak soruşturma evresinde kovuşturma olanağı bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla netice itibariyle Türk hukuku bakımından söylememiz gereken non bis in idem ilkesinin Cumhuriyet savcısı tarafından bir iddianame hazırlanmasını engelleyeceği yönündedir. Nitekim Cumhuriyet Savcısının suçun işlendiğine ilişkin yeterli şüpheye ulaştıktan sonra iddianame düzenlemek ve bunu görevli mahkemeye sunmakla yükümlüdür. Ancak buna rağmen bir iddianame hazırlanmış ve mahkeme tarafından kabul edilip kovuşturma evresine geçilmiş ise artık mahkemenin red kararı vermesi gerekmektedir¹⁸⁶.

¹⁸⁶ “Görüldüğü gibi, 09.04.2004 günlü iddianame ile açılan ikinci kamu davası, aynı eylem nedeniyle açılan mükerrer dava niteliğindedir. Ancak, yapılan yargılamalarda her iki mahkemede de bu husus savunmalarda bildirilmediği gibi, dosyalara da bu konuda herhangi bir bilginin bulunmadığı, infaz aşamasına gelindiğinde Ankara C.Başsavcılığınca durumun farkına varılması üzerine, itiraz konusu yapılması için Yargıtay C. Başsavcılığına bildirimde bulunduğu anlaşılmaktadır. Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama mükerrer açılmış davadan kaynaklandığından, CYY'nin 223/7. maddesi uyarınca, açılan bu ikinci kamu davasının reddine karar verilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla, haklı nedene dayanan Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün, mükerrer açılan davanın reddi yerine, duruşmaya devamla hüküm kurulması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.” (YCGK, E. 2010/1-9, K. 2010/83, T 13.04.2010); Yargıtay'ın non bis in idem kuralının uygulanması bakımından getirdiği çözümlerden biri olanak olması halinde davaların birleştirilerek görülmesi şeklindedir. Buna göre “bozma sonrasında sanık ve müdafii tarafından dosyaya ibraz edilen İzmir 19. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2004/1121, 2005/735 sayılı dosyasına ait karar örneği ile sanık ve arkadaşları hakkında bu dosyada iddia olunan eylem ve müteakip eylemler nedeniyle yapılan yargılama sonucu sanık hakkında beraat kararı verildiği ve hüküm tarihinde temyiz incelemesinde bulunulduğu anlaşılmakta, anılan dosyanın Yargıtay denetimine olanak sağlayacak biçimde incelenip aynı eylemi içerdiğinin kesin olarak belirlenmesi halinde olanaklı bulunduğu takdirde her iki davanın birleştirilerek görülmesi, olmadığı takdirde kesin hüküm sonuçlarının gözetilmesi gerekirken, sonradan açılan bu dava nedeniyle 19. Asliye Ceza Mahkemesi'nin bu eylem bakımından beraat ya da mahkûmiyet kararı vermeye hak ve yetkisi bulunmadığı biçimindeki yasal olmayan gerekçeye dayanılarak eksik soruşturma ile karar verilmesi”; “Sanığın 11.07.2009 günü evinde yapılan aramada ele geçirilen 25486 seri numaralı ruhsatsız tabanca ile ilgili olarak 17.07.2009 tarihli iddianame ile Gaziosmanpaşa 3. Asliye Ceza Mahkemesinde açılan dava neticesinde Mahkemenin 2009/1598 esas sayılı dosyası üzerinden yapılan yargılama sonucu, 10.01.2013 tarihli karar ile sanığın 6136 sayılı Kanun'un 13/1 maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği ve bu kararın 13.03.2013 tarihinde temyiz edilmeksizin kesinleştiği, aynı tabanca ile ilgili olarak 31.07.2009 tarihli iddianame ile açılan davada yargılanan sanığın, Bakırköy 10. Asliye Ceza Mahkemesince 01.06.2010 günü 6136 sayılı Kanunun 13/3 maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilip kararın Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 05.03.2013 tarihli ilamı ile onanarak kesinleştiğinin anlaşılması karşısında, Gaziosmanpaşa 3. Asliye Ceza Mahkemesinde görülen davaya ait iddianamenin Bakırköy 10. Asliye Ceza Mahkemesinde görülen davaya ait iddianameden önce düzenlenmiş olması sebebiyle 5271 Sayılı CMK.nun 223/7. maddesinde yer alan "Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa, davanın reddine karar verilir." hükmü uyarınca, Bakırköy 10. Asliye Ceza Mahkemesince aynı fiil sebebiyle açılan mükerrer davanın reddine karar verilmesi gerektiğinden (Y8CD, E.

Bunlarla birlikte ilkenin soruşturma evresinde etkisi bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir başka düzenleme de CMK m. 172/2'dir. Nitekim söz konusu hükme göre kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacaktır. Dolayısıyla kişi hakkında yürütülen bir soruşturmada takipsizlik kararı verilmesinin ardından aynı fiilden dolayı tekrar soruşturma işlemlerine başlanabilmesi, yeni delil ortaya çıkması hariç olmak üzere, yasaklanmaktadır. Bu hükmün non bis in idem ilkesinin soruşturma evresi bakımından uygulanabilir kılan özel bir formül getirdiği söylenebilir¹⁸⁷. Gerçekten de CMK m. 172'de düzenlenen sebeplerle verilen bir kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinden sonra ortaya yeni bir delil çıkmadığı sürece aynı fiilden dolayı kamu davası açılması mümkün değildir. Söz konusu madde uyarınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararları ya savcının bu kararı verdiği anda itiraz edilmemesi üzerine ya da söz konusu karara karşı yürütülen itiraz yolunun kullanılması ve itirazın reddedilmesi suretiyle kesinleşmektedir. Kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin bu şekilde verilen bir karar

2016/7402, K. 2017/1482, T. 16.02.2017); Ünver/ Hakeri ise böyle bir durumda red kararı değil düşme kararı verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Ünver/Hakeri, **age**, s. 659)

¹⁸⁷ “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun [172/2. maddesinin](#) "Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz." şeklindeki düzenlemesi karşısında, sanıklar hakkında Sakarya Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 02.03.2011 tarihli ve 2011/3187 soruşturma, 2012/1403 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesini müteakip müştekinin şikayeti üzerine yürütülen soruşturmada, aleyhlerinde yeni deliller ortaya konulamayan sanıklar hakkında kamu davası açılmayacağı gibi, Sakarya Cumhuriyet Başsavcılığının 25.02.2010 tarihli ve 2010/1309 Esas sayılı iddianamesiyle Y. Ç. hakkında açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda, Sakarya 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 30.03.2011 tarihli ve 2010/48 Esas, 2011/230 Sayılı kararıyla müştekinin mahkûmiyetine dair verilen kararın kesinleşen neticesine göre suça konu iki adet maden sevk fişinin kimin tarafından sahte olarak tanzim edildiği ve kullanıldığı hususunun bu kararın kesinleşen neticesine göre tebeyyün edeceği ve gerekli olması halinde sanıklar hakkında suç duyurusunda bulunularak yeniden soruşturma yapılabileceği gözetilerek itirazın reddi yerine, yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun [309. maddesi](#) uyarınca, anılan kararın bozulması istenilmiş olmakla, Dairemize gönderilen dosya incelenerek gereği düşünüldü: İncelenen dosya içeriğine göre, kanun yararına bozma istemine atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden Sakarya Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 05.03.2012 gün ve 2011/14646 soruşturma, 2012/1888 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı vaki itirazın kabulüne, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kaldırılmasına dair mercii Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.06.2012 gün ve 2012/1070 Değişik İş sayılı kararının C.M.K.nun [309. maddesi](#) uyarınca BOZULMASINA”Bkz: Y11CD, E. 2013/11058, K. 2013/9370, T. 05.06.2013; Nitekim bu düzenleme “muhakemenin dirilmesi” adı ile olağanüstü bir kanunyolu olarak da yorumlanmaktadır. Bkz: (Kunter/ Yenisey, Nuhoğlu, **age**, s. 1820)

kesin hüküm niteliğinde olmamakla birlikte, kesin hükmün sahip olduğu önleyicilik etkisine sahiptir. Nitekim söz konusu kararlara konu olan fiil bakımından tekrar iddianame düzenlenmesi sınırlanmıştır¹⁸⁸. Söz konusu bu koşulların

¹⁸⁸ CMK m. 172'de 680 sayılı KHK ile yapılan değişiklikten önce ise Hükmün önceki düzenlenmesinde kararın kesinleşme yolunun tekrar iddianame düzenlenmesi açısından önem arz ettiği belirtilmelidir. Nitekim değişiklik öncesi düzenlemede CMK m. 172 uyarınca verilen bir kovuşturmayaya yer olmadığı kararı itiraz edilmeksizin kesinleştiyse bu durumda aynı fiilden dolayı dava açılabilmesi için yeni olay ve delillerin ortaya çıkması yeterli olmaktadır. Lakin kararın merci denetiminden geçtikten sonra kesinleşmesi durumunda yeni olay veya delillerin varlığı aynı olay için tekrar iddianame düzenlenmesi için yeterli olmayacaktır. Bu noktada bu koşullar yanında itirazı inceleyen merci tarafından ayrıca iddianame düzenlenmesine ilişkin de bir karar verilmesi zorunluluk arz etmektedir. Nitekim Yargıtay buna aykırı olarak hazırlanan bir iddianameye dayalı olarak yürütülen bir yargılamada verilen mahkûmiyet kararını bu aykırılığa dayanarak bozmuştur: *Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda 8.6.2009 gün ve 10904 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda fiil; "Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. (Hürriyet) ve D... Gazetecilik A.Ş. (Milliyet)'nin ihtiyacı olan gazete kağıdı ve baskı malzemeleri ithalatı işlemlerinin, söz konusu işlemlere fiili olarak herhangi bir katkısı bulunmayan ve D... Ailesinin sahibi olduğu/kontrolünde olan Eurozone Trading Limited, Sortal Trading Company Limited ve Shawcliff Trading Limited ünvanlı şirketler üzerinden gerçekleştirilmesi suretiyle hisse senetleri İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören Hürriyet ve D... Gazetecilik aleyhine bahse konu şirketlere haksız olarak menfaat sağladıkları" şeklinde anlatılmak ve sanıkların bu fiillerinin 5237 Sayılı T.C.K.nun 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmadığı belirtilmek suretiyle sanıklar hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiği, yine Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturmaya konu edilen fiil aynı şekilde anlatıldıktan sonra aynı tarihte bu kez sanıkların fiillerinin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımı suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilerek sanıklar hakkında soruşturma yapılmak üzere dosyanın İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği, Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 8.6.2009 gün ve 10904 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara suçtan zarar gören sıfatıyla Sermaye Piyasası Kurulunca itiraz edilmesi üzerine C.M.K.nun 173. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan şekli uyarınca itirazı incelemekle görevli en yakın ağır ceza mahkemesi başkanınca itirazın reddine karar verildiği, böylece sanıkların aynı fiillerine dair olarak hem itiraz edilmek suretiyle kesinleşen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın, hem de yetkisizlik kararının bulunduğu, yetkisizlik kararıyla dosyanın gönderildiği İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca Sermaye Piyasası Kurulundan yeniden görüş istendiği, daha önce sanıkların eylemlerinin T.C.K.nun 155. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde iki kez görüş bildiren Sermaye Piyasası Kurulunca bu kez sanıkların eylemlerinin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüyle aynı kanunun 47/A-6 maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulduğu, bu suç duyurusu üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca sanıkların 2499 Sayılı Kanununun 47/A-6 ve T.C.K.nun 43. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları talebiyle kamu davası açıldığı anlaşılan somut olayda,*

Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ve yetkisizlik kararıyla yetkisizlik kararı sonrasında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede sanıklara atfedilen fiilin aynı olması, aynı fiilden dolayı sanıklar hakkında verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın itiraz edilerek kesinleşmesi, yukarıda açıklandığı şekliyle verildiği fiil itibarıyla kişiler açısından hukuki güvenlik alanı oluşturan ve kesin hüküm benzeri sonuç doğuran kovuşturmayaya yer olmadığına dair karardan sonra sanıklar hakkında aynı fiilden dolayı yeniden soruşturma yapılabilmesinin "yeni delilin meydana çıkmasına" ve C.M.K.nun 173/6. maddesinde ceza muhakemesi şartı olarak öngörülen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara yönelik itiraz dilekçesi hakkında önceden karar veren merciin kararına bağlı olması ve kanun koyucu tarafından bunun ceza muhakemesi şartı olarak öngörülmesi karşısında; **aynı fiile dair olarak daha önceden verilip kesinleşen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar bulunduğu halde Üsküdar**

gerçekleşmediği durumlarda aynı fiile dayanılarak hazırlanan iddianamenin iadesi gerekmektedir¹⁸⁹.

Bu bağlamda kanun koyucunun hem CMK m. 172 hem de m. 223/7 ile getirdiği düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, non bis in idem ilkesini muhakemenin her evresinde geçerlilik tanınan temel bir muhakeme ilkesi olarak kabul edildiği söylenebilir¹⁹⁰. Dolayısıyla ilkeye hakkında verilmiş bir hüküm ya da açık bir dava olan bir fiil için soruşturma evresinde de aynı fiilden dolayı yeni bir soruşturma yapılmasını engelleyecek biçimde bir etki tanınması ve bir muhakeme şartı olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

ii. İlkenin Etkisi Bakımından Uygulanan Yaptırımın Niteliği

Burada öncelikle incelenmesi gereken mesele **genel ceza kanunları** bakımından etki tanınan non bis in idem ilkesinin diğer hukuk alanlarındaki yaptırımlar karşısında etki gösterip göstermeyeceğidir. Bu bağlamda ilkenin kapsamı bakımından söylenmesi gereken bir başka husus ilkenin sadece ceza yargılamaları bakımından mı geçerli olduğu yoksa özel hukuk yargılaması ya da disiplin soruşturmalarında da etki doğurup doğurmadığıdır. Bu bağlamda ilke ile ilgili olarak açıklanması gereken bir diğer hususu ise uygulanan yaptırımın türü oluşturmaktadır. Alman hukukunda bu husus genel ceza kanunlarına göre verilen bir yaptırım olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak uygulanan yaptırımın mutlaka ceza

Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen yetkisizlik kararı üzerine, C.M.K.nun 172/2. maddesi anlamında "yeni delil" meydana çıkıp çıkmadığı açıklığa kavuşturulmadan ve C.M.K.nun 173/6. maddesinde belirlenen ceza muhakemesi şartı gerçekleşmeden Sermaye Piyasası Kurulunca yapılan farklı hukuki nitelemeye dayanılarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca, sanıklar hakkında aynı fiilden dolayı kamu davası açılması bir hukuk devletinde kanuna, adil yargılanma hakkına ve "non bis in idem" ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün sanıklar hakkında aynı fiilden dolayı verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara vaki itiraz üzerine merciince, itirazın reddine karar verilmesinden sonra Cumhuriyet savcısının C.M.K.nun 173/6. maddesinde belirtilen şarta uymadan iddianame düzenlemesi sebebiyle usulüne uygun açılmış bir kamu davası bulunmadığından, mahkemeye durma kararı verilerek önceden verilen itiraz dilekçesi hakkında karar vermiş olan itiraz merciinin bu hususta karar vermesi beklenip sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinden sair yönleri incelenmeksizin BOZULMASINA" (YCGK, E. 2013/7-700, K. 2015/241, T. 23. 6.2015)

¹⁸⁹ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 531; Y14CD, 23.01.2014, 10820/755

¹⁹⁰ Şakbar, **agm**, s. 21.

kanunlarına dayanılarak hükmedilmiş bir yaptırım olması zorunluluk arz etmektedir. Bu nedenle hükmedilmiş olan yaptırımın türünün her bir somut olay bakımından kesin bir şekilde belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir¹⁹¹. Dolayısıyla non bis in idem etkisinin tanınabilmesi için temel ya da yan ceza kanunlarına dayanılarak verilmiş olan yukarıda açıkladığımız şartları haiz bir karar olması zorunluluk arz etmektedir. Buna karşılık kabahatler¹⁹² karşılığında öngörülen idari yaptırımlar ya da disiplin yaptırımları¹⁹³ veya özel hukuka ilişkin herhangi bir zorlayıcı tedbir bunun dışındadır. Bu bağlamda ilke kişilere yalnızca ceza kovuşturmaları bakımından bir koruma sağlar, dolayısıyla özel hukuk davaları, idari yargılama veya disiplin soruşturmaları bakımından bu ilkenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Örneğin bir fiilden dolayı hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı verilen bir kimse bakımından, bu ilke uyarınca yeniden ceza kovuşturması yapılması ya da red dışında bir hüküm verilmesi mümkün olmamakla birlikte, o fiilden dolayı özel hukuk çerçevesinde örneğin bir tazminat davası açılması karşısında bir engel yoktur. Ya da bunun tersi düşünüldüğünde kişi hakkında yürütülen bir disiplin soruşturması neticesinde bir disiplin yaptırımı uygulanması ceza muhakemesinde bir başka yaptırım uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak belirtelim ki Kabahatler Kanunu m. 15 uyarınca hem suç hem de kabahat oluşturan bir fiil dolayısıyla yaptırım olarak suçun karşılığı olan bir yaptırım uygulanmış ise artık kabahat karşılığında öngörülen yaptırımın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Söz konusu bu hüküm suç karşılığında öngörülen bir yaptırımı hükmedilmesini aradığından

¹⁹¹ Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar, Schmidt – Aßmann, , 81 Ed, Eylül 2017, § 103/3, Rn. 286 (Maunz/DürigGGK/ Schmidt – Aßmann.)

¹⁹² BVerfGE 21, 391(401) = NJW 1967, 1654; BeckOK GG/Radtke-Hagemeyer, §103, Rn. 47; Maunz/DürigGGK/ Schmidt – Aßmann,§ 103/3, Rn. 287.

¹⁹³ BVerfGE 27, 180 (184 ff, BeckOK GG/Radtke-Hagemeyer, §103, 35. Edition, 01.03.2015, Rn. 47; Maunz/DürigGGK/ Schmidt – Aßmann,§ 103/3, Rn. 287; ancak hukuk devleti ilkesi ya da ölçülülük uyarınca ceza yaptırımı yanında uygulanan disiplin yaptırımı göz önünde bulundurulur (BVerfGE 21, 378 (384) = NJW 1967, 1651; DreierK/Schulze-Fielitz, §103/ 3, Rn. 23; BeckOK GG/Radtke-Hagemeyer, §103, Rn. 47) ayrıca bir ceza yaptırımı yanında uygulanan, örneğin sürücü ehliyetine elkonulması gibi, yaptırımlar da non bis in idem etkisi doğurmazlar. Zira Alman Anayasası m. 103/3 söz konusu ilkenin bir suçtan dolayı birden fazla farklı yaptırım uygulanmasında değil, aynı fiilden dolayı tekrarlanan ceza yaptırımlarını önlemeyi amaçladığını belirtmektedir.(BVerfG NStZ-RR 1996, 122 (123) mit Verweis auf BVerfGE 21, 391 (400) = NJW 1967, 1654; BeckOK GG/Radtke-Hagemeyer, §103, Rn. 47)

herhangi bir sebeple suç karşılığında öngörülen yaptırım uygulanmamış ise kabahat bakımından bir yaptırım uygulanması engellenmiş olmaz. Örneğin Kabahatler Kanunu m. 36'da düzenlenen gürültü yapma kabahati TCK m. 123'de düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu da oluşturabilir. Ancak m. 123'de düzenlenen suç şikayete tabidir. Şikayet şartı gerçekleşmediğinde bu suç karşılığında bir yaptırım uygulanamayacağından kabahat karşılığında öngörülen yaptırımın uygulanması mümkündür.

İkinci olarak düşünülmesi gereken husus ise yine ceza hukuku sınırları içinde kalan ve fakat türü farklı birden fazla yaptırımın uygulanıp uygulanamayacağıdır. Örneğin Türk Ceza Hukuku sisteminde hem ceza hem de güvenlik tedbiri olarak iki tür yaptırım öngörülmüştür. Kişiyeye güvenlik tedbiri niteliğinde bir yaptırım uygulanması acaba ceza uygulanmasını engelleyecek midir? Non bis in idem ilkesi kişinin aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmasını engelleyici bir etki yaparak kişilere hukuki açıdan bir teminat sağlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla kişiye aynı fiilinden dolayı ceza hukukunun sınırları içerisinde kalan bir başka yaptırımın daha uygulanma ihtimalinin ortadan kalkamayacağına ilişkin kabul bu teminatı zedeleyecektir. Bu anlamda ceza hukuku sınırları içerisinde kalan bir yaptırımın uygulanmış olması kişinin korumadan yararlanması için yeterlidir.

D. Fiil Kavramıyla Dolaylı Bağlantılı Hukuki Kurum ve İlkeler

1. Bağlantılı Davalar

Ceza muhakemesinin konusunun fiil ve fail olmak üzere iki unsuru olduğunu belirtmiştik. Bazen muhakeme konusunun bu iki unsurundan biri bakımından birden fazla yargılama arasında bir ortaklık bulunabilmektedir. İşte bu durumda davalar arasında bağlantıdan söz edilmektedir. Yani yargılamalar birbirlerinden tamamen bağımsız olabilecekleri gibi ya fiil ya da kişi unsuru bakımından bağlantılı olarak ortaya çıkabilirler¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi I**, s. 388.

Muhakeme hukukunda bağlantı yargılamanın süjeleri yani fail bakımından sübjektif bağlantı veya objeleri yani fiil bakımından objektif bağlantı olarak karşımıza çıkmasının yanı sıra¹⁹⁵; uyuşmazlıkların tümünün cezai olup olmamasına göre karışık bağlantı ve tek çeşit bağlantı; ya da bağlantının ya fiil ya da fail açısından olması bakımından dar; bunlar dışında bir hususa ilişkin olması bakımından ise geniş bağlantı şeklinde grlebilmektedir¹⁹⁶. Hukukumuzda CMK m. 8/1 dar bağlantı durumlarını; m. 8/2 ve m. 11 ise geniş bağlantı durumlarını tanımlamaktadır¹⁹⁷. Nitekim m. 8/1'e göre bir kişi birden fazla suçtan sanık olur veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunursa bağlantı var sayılır demektedir.

Bağlantı çeşitlerinden konumuz açısından önem arz eden bağlantı objektif yani fiil bakımından bağlantının var olduğu durumlardır. Fiil bakımından bağlantının olması aynı fiilden dolayı birden fazla kişi hakkında yargılama yapılması durumunda bunların birleştirilerek görülmesi neticesini doğurmaktadır. Nitekim aynı fiil dolayısıyla birden fazla kişi hakkında tek bir yargılama yapılırsa bile burada her bir kişi için ayrı davadan söz etmek gerekmektedir¹⁹⁸. Söz konusu bu davalar arasında fiil bakımından bir bağlantı bulunması durumunda bunların birleştirilerek görülmesi şeklinde istisnai bir kurum dzenlenmiřtir¹⁹⁹. Birleştirme düzenlemesi bakımından fiilin aynılığı hususunda da yine yukarıda ele aldığımız fiil aynılığı tespiti

¹⁹⁵ Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Rn. 153.

¹⁹⁶ Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Rn. 154; Ayrıca Kunter bağlantının ceza muhakemesi hukuku bakımından önem arz edip etmemesine göre önemli bağlantı önemsiz bağlantı ayrımı yaparak dar ve geniş bağlantı kavramlarına önemli bağlantı altında yer vermektedir. (Bkz: Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku** Rn. 154.) Bunlar dışında asıl sorun arası bağlantı ile asıl sorun ve n sorun arası bağlantı ve ispat bağlantısı şeklinde iki bağlantı türünden daha bahsedilmektedir. (Tosun, **Suç Muhakemesi II**, s. 390,392.)

¹⁹⁷ nver/ Hakeri, **age**, s. 135-136; Gökcen/Balcı/Alşahin/akır, **age**, s. 199.

¹⁹⁸ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 127.

¹⁹⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu bağlantının varlığı durumunda verilen birleştirme kararlarında esasen birleştirilenin sadece davalar değil, muhakeme yani davaların görülmesi de olduğunu ifade etmektedir (Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 129); bu durum mahkemelerin yer yönünden yetkileri bakımından getirilen kurallara bir istisna teşkil etmektedir. Davaların birleştirilmesi için soruşturma evresinde savcıların, kovuşturma evresinde ise mahkemelerin uyuşması bir zorunluluk arz etmektedir (Centel/ Zafer, **age**, s. 600; Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 130).

bakımından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Tarihi vakanın aynılığı fiillerin aynı sayılması ve bağlantı kararı verilmesi için yeterli olmayacaktır. Ancak ifade edelim ki fiilin aynılığı bakımından failin aynı olmasına ilişkin koşul bağlantılı davalarda aranmaz. Zira burada aynı tarihi vakada iştirak statüleri birbirinden farklılık gösteren birden fazla kişi bulunmaktadır. Bağlantı hükümlerinin uygulanması noktasında fiilin aynı olup olmadığı **iddianamede ortaya konulan hareket, zaman, mekan, konu, araç, mağdur ve hukuken korunan değer unsurları** yönünden belirlenmelidir.

2. Hukuki Dinlenilme İlkesi

Hukuki dinlenilme hakkı Alman anayasası m. 103/1'de düzenlenmiş ve bir temel hak olarak kabul edilmiştir²⁰⁰. Türk hukuku bakımından hukuki dinlenilme doğrudan yer verilen bir ilke değildir. Ancak Anayasa m. 36'da iddia ve savunma hakları ile adil yargılanma hakları düzenlendiğinden, bunların hukuki dinlenilmeyi de kapsadığını söylemek mümkündür²⁰¹. Buna göre herkesin, kendisi hakkında bir karar verilmeden önce, mahkeme önünde dinlenilme hakkı bulunmaktadır²⁰². Bu negatif bir savunma hakkı değildir. Bunun esasında yargılama sürecine dâhil olabilmeye hakkı ile ilgili olduğunun belirtilmesi gerekmektedir²⁰³. Bu hakkın etkin bir biçimde kullanılmasının ise mahkeme tarafından eşit biçimde bilgilendirilmiş sanık ile mümkün olduğu söylenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu hak yalnızca

²⁰⁰ Kühne, §12, Rn. 264; Jürgen Baumann, **Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeß**, Kohlhammer Verlag, 1969, s. 53; Bonner Kommentar zum Grundgesetz, CF. Müller , Abs. 1 Rn. 1 ff (BK-GG/Rüping); BeckOK GG/Radtke-Hagemeyer, §103Rn. 1-2; muhakemeye ilişkin bir temel hak olması açısından (Maunz/DürigGGK/ Schmidt – Aßmann, § 103/3, Rn. 4; MünchKunigGG/Kunig, §103Rn. 2; MKS/Nolte Rn. 6; BK-GG/Rüping Abs. 1 Rn. 37).

²⁰¹ Söz konusu ilke Türk hukukunda hâkim önünde meramını anlatabilme ilkesi olarak da adlandırılmaktadır: (Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırt/ Akcan/ Özaydın/ Tütüncü, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 2017, s. 134; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır, **age**, , s. 122)

²⁰² İlkenin tanımı en geniş kapsamlı olarak şu şekilde yapılabilir: “Her sanığın hâkim önünde derdini anlatabilmesini, ne istediğini söyleyebilmesini hiç veya gereği gibi dinlenmeden mahkum edilememesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini ifade eden ilke” (Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır, **age**, , s. 122)

²⁰³ Kühne, **age**, §12, Rn. 264

kovuşturma evresinde değil, soruşturma evresinde²⁰⁴ savcı hatta kolluk tarafından bilgilendirilmeyi de kapsamaktadır²⁰⁵. Hatta ifade edilmelidir ki bu hak yalnızca şüpheli ve sanık için değil, diğer muhakeme sùjeleri bakımından da, ister adli bir makam ister bir doğal kişi olsun; ister vatandaş ister yabancı olsun, geçerli bir haktır²⁰⁶.

Bu hakka ilişkin ayrıntılar özellikle BVerfG tarafından anayasada bulunun düzenleme yanında AIHS m. 6/3 göz önüne alınarak, mahkeme kararları vasıtasıyla belirlenmiş ve buna ilişkin bazı ilkeler kabul edilmiřtir²⁰⁷. Buna göre yargılama hâkimi önündeki delillere ve fiilin özelliklerine göre vereceği kararını ancak bunlar ancak yargılamaya katılan herkes tarafından ulaşılabilir durumda ise verebilecektir²⁰⁸. Bunlar yanında hukuki dinlenilme hakkı mahkemeyi mahkeme tarafından öğrenilen vakaların da muhakeme konusunu kapsamına alınması için muhakeme sùjelerini bu konuda açıklama yapması imkânı vermeye mecbur kılar. Mahkeme tarafından dinlenilme gerekliliği yalnızca fiili değil hukuki açıklamalar yapılması şeklinde hukuki dinlenilme hakkını hayata geçirmektedir²⁰⁹. Esasında bu

²⁰⁴ Alman StPO'da da hukuki dinlenilme hakkının çeşitli hükümlerde karşımıza çıktığı görölmektedir. Örneğin StPO §33/3'e göre katılan deliller sunulmadan önce dinlenmelidir; ya da örneğin StPO § 201 uyarınca sanık ara muhakeme evresinde kovuşturma evresine geçilmeden önce delil sunabilmesi ya da kovuşturma evresine geçilmesine itiraz edebilmesi için dinlenilmesi için bir imkana sahiptir. Hukuki dinlenilme hakkının kovuşturma evresindeki özel öneminden dolayı bu örnekler sözlülük ilkesinin geçerli olduğu kovuşturma evresi bakımından daha fazladır. Bkz.: Kühne, **age**, §12, Rn. 264.1; Kovuşturma evresi bakımından hukuki dinlenilme hakkının hayata geçirildiği en önemli uygulama şüphesiz iddia ve savunmanın son sözlerinin son kez dinlenmesidir. Bu bağlamda son sözün sanığa verilmesinin de bu hakkın bir yansıması olduğu belirtilmelidir. (Kühne, **age**, §12, Rn. 264.2); Hemen belirtilmelidir ki Anayasa m. 103/3 yalnızca mahkemenin dinlemesinden bahsetmektedir. Bu anlamda esasında soruşturma evresinde bir dinlenilme hakkının anayasal bir güvence altında olmadığı belirtilmelidir. Bkz: Kühne, §12, Rn. 267.4.

²⁰⁵ Kühne, **age**, §12, Rn. 264; anayasal düzlemde hakkın yalnızca mahkeme önünde hukuki dinlenilme hakkından bahsettiği ve bununla sınırlı olarak uygulanması gerektiği yönünde bkz: (BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103,Rn. 3-5)

²⁰⁶ Kühne, **age**, §12, Rn. 264; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 3-5.

²⁰⁷ Kühne, **age**, §12, Rn. 265.

²⁰⁸ AIHM'nin ilgili bir kararına göre sanık ya da müdafii ispat araçlarıyla bir“yüzleşme hakkı”na sahiptir. Bu karar BGH tarafından da takip edilmiştir. (Kühne, **age**, §12, Rn. 265.)

²⁰⁹ Kühne, **age**, §12, Rn. 265

hak sürpriz kararlardan kaçınmayı sağlamaktadır²¹⁰. Hukuki dinlenilme esasen üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki kişilerin ifade hakkı, ifade etme hakkının kullanılmasını sağlayacak olan davanın fiili ve hukuki alanlarına ilişkin bilgilendirilme hakkı ve bu ifadelerin hükümde göz önünde bulundurulması hakkı²¹¹. Hukuki dinlenilme hakkı ya da mahkeme tarafından dinlenilme özellikle kovuşturma evresi bakımından özel önem arz etmektedir. Zira kovuşturma evresi hukuk devleti ilkesi etkinliğini hukuki dinlenilme hakkının hayata geçirilmesinden almaktadır²¹². Kovuşturma evresinde hukuki dinlenilme şekli ve maddi hukuki dinlenilme olarak ayrılmaktadır. Şekli hukuki dinlenilme muhakeme süjelerinin muhakeme konusu ile ilgili olarak açıklama yapabilme bakımından fiili imkâna sahip olmalarını ifade etmektedir. Yukarıda işaret edilen mahkeme kararlarından çıkarılan ilkeler hukuki dinlenilme hakkının şekli yönüne ilişkindir. Hukuki dinlenilme maddi bakımdan ise şekli olarak sağlanan hakkın gerçek anlamıyla etkin bir biçimde hayata geçirilmesi anlamına gelmektedir. Buna göre maddi hukuki dinlenilme bağlamında kişinin şekli olarak açıklama yapma hakkına sahip olması yeterli değildir. Buna göre hâkim yapılan açıklamalar konusunda bilgi sahibi olmalı, onları anlamalı ve bir değerlendirme yapabilmeli ve aynı zamanda açıklama yapan kişiler de duyduklarını anlamalıdır²¹³.

Görüldüğü üzere hukuki dinlenilme hakkı ceza muhakemesi bakımından sanığın fiil bakımından bilgilendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda muhakemenin konusunun belirlenmesi öncelikle hukuki dinlenilme hakkının korunmasına da

²¹⁰ Kühne, **age**, §12, Rn. 265; BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 6

²¹¹ BeckOK GG/Radtke-Hagemeier, §103, Rn. 7; mahkeme tarafından kullanılacak yeni bilgi ve delillerin ya da bunların sanık ile ilgisi belli olmasa da, bir şaşırtma etkisi yasağından bahsetme gerektiği söylenmektedir. Ancak mahkemenin hukuki açıklama yapma görevinin bugün geniş kapsamda kabul edilmediği de eklenmelidir (Kühne, **age**, §12, Rn. 265)

²¹² Kühne, **age**, §44, Rn. 717.

²¹³ Kühne, **age**, §44, Rn. 718; Baur, s. 409; Maunz/DürigGGK/ Schmidt – Aßmann, § 103/3, Rn. 2 f;; BK-GG/Rüping Abs. 1 Rn. 32 f; özellikle ilkenin maddi hukuki dinlenilme görünümünün hukuk devleti bakımından son derece önemli olduğu da vurgulanmaktadır (Maunz/DürigGGK/ Schmidt – Aßmann, § 103/3, Rn. 2; Sachs/Degenhardt, 2009, Rn. 2)

hizmet etmektedir²¹⁴. Söz konusu ilke özellikle fiilin genişlemesi ya da ikamesi durumlarında sanığın bu konularda bilgilendirilmeksizin hakkında bir hüküm verilmesini engeller. Zira sanığa yenilenmiş suçlamaya karşı savunma yapması yani kendini ifade etmesi imkânı sağlanır²¹⁵.

3. Şüpheli ve Sanığın Korunması

Ceza muhakemesinde fiil kavramı ile yakından ilgili bir başka kurum ise şüphelinin ve sanığın korunmasıdır. Şüpheli veya sanığın korunması kişinin ceza gücünün tekrarlayan yaptırımlarından korunmasına ilişkin menfaatini ifade etmektedir²¹⁶. Nitekim ceza muhakemesinde yer alan fiil kavramı şüpheli açısından bir garanti işlevi ifa etmektedir²¹⁷. Ancak bu görüşe karşı çıkanlar da olmuştur. Gerçekten de ceza muhakemesi kapsamındaki fiil kavramının şüphelinin menfaatlerinden daha çok ceza hukuku gücünün menfaatlerine hizmet ettiğini belirtilmiştir²¹⁸. Hukuki inceleme noktalarının farklılaşması ile suçun unsurlarının değiştirilmesi ya da açıklanmasının şüphelinin mahkûm edilmesi dışında başka bir

²¹⁴ Carl Joseph Anton Mittermaier, **Die Mündlichkeit, das Anklage, prinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen : dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder** , Cotta, 1845, s. 306.

²¹⁵ Frank, **age**, s. 26; Barthel, **age**, s. 72; Alman hukukunda StPO'da hukuki noktaların değişimine dayanan bildirim yükümlülüğü ve ek iddianameye dayanan bildirim yükümlülüğü arasındaki farklılık, iddianamenin bilgilendirme işlevi ve sınırlama işlevi savunma hakkı yani hukuki dinlenilme hakkının ilgili olduğu durum ile davasız yargılama olmaz ilkesinin etkilendiği durumlar arasındaki farkı yansıtır. Bu açık ve objektif gerekli ayırım birçok ülkede yapılmamaktadır. Bu nedenle muhakemesel fiil kavramının başka bir şeye bağlı olması taleplere etkilenenlere savunma imkanını vermek için açıktır. Ceza muhakemesindeki fiil kavramını savunma hukukuna ilişkin bir problem olarak ele alan kimse fiili problemi azaltır, çünkü bu pozitif hukuk bakımından sadece StPO 265 bağlamında ifade edilmektedir. (Greco, **age**, s. 411 vd; BGHSt 57, 88 (90 f.); Fiilin hukuki nitelendirilmesindeki değişiklik bakımından sağlanan ek savunma hakkının Türk hukukunda düzenlenmesi için bkz aş. s.

²¹⁶ Schwinge, **agm**, s. 231; Greco, **age**, s. 412.

²¹⁷ Jung Heike, "Zur Frage der Tatidentität bei Änderung des Tatbildes", in: **JZ**, **11- 1984**, s. 536; aynı yönde: Schwinge, **agm**, s. 2331; Bertel, **age**, s. 120; Wolter, **GA**, **1986**, s. 150.

²¹⁸ Greco, **age**, s. 412.

amacı yoktur, ancak böyle olunca şüphelinin beraat etmesi ya da daha az bir ceza ile cezalandırılması ihtimali de elde edilebilir²¹⁹.

Şüphelinin ve sanığın korunması ile fiilin belirlenmesi arasındaki ilişki bakımından söz konusu edilen bu paradoks bahsedilen her iki görüşün de yargılamanın farklı unsurlarından yola çıkması nedeniyle esasen birbiriyle çelişmemektedir. Nitekim fiil kavramı diyalektik bir yapı sergiler ki bu yapı onu ceza ve ceza muhakemesi hukuku dogmatikinde özel bir yere konumlandırır. Çünkü uygulama sorunlarında şüpheli yanlısı ve ceza muhakemesi yanlısı pozisyonlar birbirinden ayrılabilirken, fiil kavramında bu başka şekilde hareket eder. Fiil kavramı muhakeme evreleri ve kararın çeşidini belirler²²⁰. Çünkü daha geniş bir fiil kavramı yargılama kapsamında kovuşturmayı rahatlatır, ancak bunun tersine fiilin geniş belirlenmesi yargılamanın sona ermesinden sonra kapsamlı bir önleme etkisine neden olur ki bu önleme etkisi sanığın yararına sonuç doğurur²²¹. Bunun aksine daha dar bir fiil kavramı ise ceza kovuşturmasını daha zorlayıcı hale getirir, fiilin dar belirlenmesi aynı fiil nedeniyle bir başka yargılama yapılamaması yasağından hareketle şüpheliyi yeni kovuşturmada başka suçlardan dolayı korumasız bırakır. Bu bağlamda şüpheli veya sanığın fiilin kapsamının dar veya geniş belirlenmesi yolu ile korunması yolunun tercih edilmemesi gerektiği belirtilmektedir²²². Dolayısıyla fiilin kapsamının dar veya geniş belirlenmesi şüpheli veya sanığın korunması bakımından bir netice taşıyor olsa da, bu amacın fiilin belirlenmesinde ilkesel olarak göz önüne alınmaması daha uygun gözükmemektedir.

4. Muhakeme Ekonomisi

Muhakeme ekonomisi ilkesi AY m. 141/4'te yargının görevleri arasında gösterilen ve mahkemelerin davaları en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını amaçlayan bir ilkedir. İlke hukuk yargılamaları bakımından

²¹⁹ Greco, *age*, s. 413..

²²⁰ Wolter, *GA 1986*, s. 150; Gillmeister, *agm*, s. 5; Radtke, *age*, s. 119.

²²¹ Greco, *age*, s. 413.

²²² Greco, *age*, s. 413.

HUMK'ta ayrıca düzenlenmekle birlikte ilkeye ilişkin olarak CMK'da doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ceza muhakemesinde de bu ilkenin göz önünde bulundurulması anayasal bir zorunluluk arz etmektedir²²³. İlke esasında muhakemenin başından sonuna kadar geçen süreçte en hızlı, pratik ve ucuz yolla sona erdirilmesi amacını ifade eder²²⁴.

Söz konusu ilke de dolaylı olarak ceza muhakemesinde fiilin kapsamı ile ilgilidir²²⁵. Nitekim bir muhakeme halen devam ederken geniş bir fiil kavramı ekonomik olarak nitelendirilebilir. Zira bu durumda davanın yenilenmesine gerek olmaksızın karar verilmesi daha olanaklı olacaktır. Ayrıca bu güvenlik de sağlar. Çünkü aynı delillerin sunulmasının söz konusu olduğu durumlarda, iki ayrı dava açılmak zorunda kalınmaz²²⁶.

Bu bağlamda muhakeme ekonomi düşüncesinin geniş bir muhakeme konusu ve bu bağlamda muhakeme hukuku anlamında fiil kavramını desteklemekte olduğu belirtilmektedir. Çünkü sanığın toplam davranışları bir ceza yargılamasında ele alınabilir, böylece gereksiz muhakeme süreçlerinden kaçınılabilir. Böylelikle hem muhakemelerin sayısı hem de onlar için harcanan emek azalır²²⁷.

Ancak bu görüşe yönelik karşı argümanlar geliştirildiği de görülmektedir. Gerçekten de geniş kapsamlı bir fiil kavramının kabulünün muhakeme ekonomisi ilkesini destekleyip desteklemediği ve fiilin genişletilmesinin esasında muhakemenin ekonomisinden feragat edilip edilmemesine neden olup olmadığı tartışılmıştır. Geniş kapsamlı bir muhakeme konusu ve fiil kavramı uzun zaman alan bir soruşturmaya,

²²³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü, **age**, s. 154; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s. 38vd.

²²⁴ Usul ekonomisi ilkesi olarak da adlandırılan bu ilke “Yargılamanın, makul giderle ve makul süre içinde, kalite standartlarına uygun bir hizmetle ve düzenli bir biçimde yürütülmesi” olarak tanımlanmaktadır.Bkz: Cumhuriyet, “Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları”, in: **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, s. 174)

²²⁵ Beling, Reichprozessrecht, s. 114; Schwinge, **agm**, s. 231; Frank, **age**, s. 17, Spinellis, **age**, s. 62; Schöneborn, **age**, s. 529; Peters, **age**, s. 460; Neuhaus, **age**, s. 162; Wolter, **GA 1986**, s. 150; Birklbauer, **Prozessgegenstand**, s. 100; Barthel, **age**, s. 45; Büchner, **age**, s. 138.

²²⁶ Bertel, **age**, s. 113.

²²⁷ Beling, **age**, § 28, s. 115; Bertel, **age**, s. 112; Büchner, **age**, s. 138; Herzberg, **agm**, 113, 119; Wolter, **GA 1986**, 142,152.

uzatılmış bir muhakeme sürecine ve geniş bir esas yargılamaya sebep olur. Bu nedenle muhakeme ekonomisi esasında tamamen karşıt bir görüşü destekler niteliktedir. Zira muhakeme konusu ve bu bağlamda muhakeme anlamında fiil kavramının dar bir tanımının kabul edilmesi yargılamanın sadeleştirilmesi ve hızlandırılmasını mümkün kılmaktadır²²⁸. Geniş fiil kavramından beklenen bütün muhakeme ekonomisine ilişkin avantajlara onun dezavantajlarını almaksızın ulaşmak da bir yoldur, bu yol ise birbiriyle bağlantılı muhakemelerin birleştirilmesine ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır²²⁹.

Bu çerçevede esasında muhakeme ekonomisi ilkesinin ne dar ne de geniş bir muhakeme konusu ve bu anlamda muhakeme hukuku anlamında fiil kavramı yanında olduğu belirtilmelidir. Zira görüldüğü üzere bu kavramın hem dar belirlenmesi hem de geniş belirlenmesi durumlarında muhakeme ekonomisinin hem lehine hem de aleyhine durumların ortaya çıkması mümkün olabilmektedir.

5. Yargılamanın Yenilenmesi

Yargılamanın yenilenmesi temelden sarsılmış bir kesin hükmün istisnai hallerde tekrar gözden geçirilerek hükümdeki maddi hataların düzeltilmesini sağlayan bir olağanüstü kanun yoludur²³⁰. Bu yol hükümlünün hem lehine hem de aleyhine sadece kanunda gösterilen sınırlı sebeplere dayanılarak başvurulabilecek bir yoldur. Söz konusu olağanüstü kanun yolunun uygulanması noktasında konumuz açısından önem arz eden husus ise hükümlünün lehine²³¹ bir yargılamanın

²²⁸ Behrendt, **ZStW 1982**, 888, 911; Bertel, **age**, s. 113; Detmer, **age**, , s. 121; Herzberg, **agm**, s. 113, 119; Oehler, **Schröder GS**, 439, 445; Wolter, **GA 1986**, 142, 152.

²²⁹ Detmer, **age**, s. 56.

²³⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 1793-1794, Centel/ Zafer, **age**, s. 879; Yargılamanın yenilenmesi yerine muhakemenin yenilenmesi terimine ilişkin öneri için ayrıca bkz: Ahu Karakurt, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi**, Seçkin, 2009, s.30-31.

²³¹ Hukukumuz bakımından söz konusu bu sebebin aynı zamanda bir aleyhe yargılamanı yenilenmesi sebebi oluşturması gerektiğine ilişkin öneri için bkz: Karakurt, **Muhakemenin Yenilenmesi**, s. 108

yenilenmesi nedeni teşkil eden CMK m. 311/1-e’de yer alan yeni olaylar veya delillerin ortaya çıkması sebebidir²³².

Belirtmek gerekmektedir ki ortaya çıkan olay veya delilin yeni olması bu olayın tarihsel bakımından yeni gerçekleşmiş olmasını ya da delilin yeni ortaya çıkmış olmasını değil, mahkeme tarafından karar verildiği sırada söz konusu olaya ya da delile vakıf olunmamış olmasını, mahkeme tarafından bu olayın ya da delilin bilinmemesini ifade etmektedir²³³. Bunun yanında ortaya çıkan yeni olay veya delillerin kişinin beraatine veya kendisi hakkında daha az ceza verilmesine sebep olacak nitelikte olması gerekmektedir²³⁴.

Bu yargılamanın yenilenmesi nedeni bakımından yeni olay kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. CMUK döneminde olay tabiri yerine vakıa kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu kanun döneminde vakıa doğrudan veya dolaylı olarak ispat vasıtası olarak kullanılabilen şeyler²³⁵ olarak

²³² Alman hukuku bakımından da yeni olay ve delillerin ortaya çıkması hükümlünün lehine bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak StPO 359 Nr. 5’te düzenlenmiştir. Bununla birlikte beraat eden kişinin mahkeme önünde veya dışında inanılır biçimde suçu ikrar etmiş olmasına da StPO 362 Nr. 4’te yargılamanın kişinin aleyhine yenilenmesi sebebi olarak yer verilmektedir. Bu ikinci sebep de Alman hukukunda yeni bir olay ortaya çıkması kavramı kapsamında ele alınmaktadır (Greco, **age**, s. 418.); Kanunda olay ve delil ifadelerinin çoğul olarak kullanılmış olmasına karşın tek bir olay veya delilin varlığı da lehe yargılamanın yenilenmesi için yeterlidir (Karakurt, **Muhakemenin Yenilenmesi**, s. 109)

²³³ Nurullah Kunter, “İçtihat Değişmesi Nedeniyle Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu”, **in: YD**, Ocak 1988, s. 50; Ayhan Önder, “Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Vakalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi”, **in: İÜHFİM**, C. 32, s. 2-4, s. 63; Serdar Talas, **Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Lale Organizasyon Yayınları, İstanbul, 2012, İstanbul, s. 147; Peters, **age**, s. 672; nitekim BGH de yeni vakalar ortaya çıkmasını mahkeme tarafından karar verildiği anda var olmasına rağmen, mahkemenin bilemediği vakalar olarak açıklamaktadır(BGHSt 18, 225, 226; 7, 64, 66, Beulke, “Strafklagebrauch nach gerichtlicher Entscheidung gemäß 153 Abs. 2. StPO”, **in: JR Heft 1**, 2005, s. 33)

²³⁴ Söz konusu bu nitelik yeni ortaya çıkan olay ve/veya delilin “..hükümün temelini sarsarak beraati veya daha hafif bir cezanın verilmesini imkan veya ihtimal dahiline almak veya tahmin edilebilir hale koymak değil, bundan başka ve daha kuvvetli hususların mevcudiyetini bunun muayyen ve akla yakın bir gerçeğe tekabül etmesini” ifade etmektedir. (Önder, **Yeni Vakalar**, s. 68)

²³⁵ Önder, **Yeni Vakalar**; aynı yönde bkz: Talas, **age**, , s. 149; ancak Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından ispat vasıtası olarak değerlendirilebilecek olan şeyler delillerdir. Deliller ise söz konusu düzenlemede olaylardan ayrı olarak dile getirildiğinden olay ve delillerin birbirinden farklı olduğunun söylenmesi gerekmektedir.(Kunter, **İçtihat Değişmesi**, s. 49).

tanımlanmaktadır. Bununla birlikte *Kunter* vakıaları dar ve geniş olarak ayırmakta²³⁶, yeni vakiadan anlaşılması gerekenin ise yeni delil ortaya koymayan vakıalar olduğunu belirtmektedir²³⁷. Ancak belirtmek gerekmektedir ki yeni olay veya delilin tespit edilmesi bakımından kesin kriterler koyulması mümkün değildir. Bu bağlamda genel olarak hükmün maddi temellerini değiştiren veya etkileyen, hâkimin suçun sübutuna ilişkin değerlendirmesinde etki gösterebilecek her delil ve olayın bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir²³⁸. Konumuz açısından önem arz eden husus ise yeni ortaya çıkan ve kişinin beraatine ya da daha az bir ceza ile cezalandırılmasına neden olabilecek nitelikteki bir olayın muhakemenin konusunun objektif unsuru olan fiili meydana getiren olguları da kapsayıp kapsamayacağıdır. Bu noktada belirtmek gerekmektedir ki olay ifadesi doktrinde söz konusu hükmün anlaşılması bakımından son derece geniş anlaşılmaktadır. Nitekim örneğin bir teknolojik gelişme olay olarak görülebildiği gibi, Anayasa mahkemesinin iptal kararları ya da konuya ilişkin bir içtihat değişikliği de söz konusu düzenleme bakımından olay niteliğinde sayılabilmektedir²³⁹.

²³⁶ Geniş anlamda vakıa yeni delil ortaya çıkarıp çıkarmamasından bağımsız olarak vuku bulan, gerçekleşen şeyi ifade etmektedir. Gerçekleşmek ise gerçek olmak, yani gerçeğin bir parçası olmak demektir. Bu anlamda gerçek denilen realite olaylardan oluşan bir yumağa benzer. Bu yumağı oluşturan olaylar parçalara bölünebilir durumdadır. Her bir parça da çapı daha küçük olaylar olarak görülmelidir. (Kunter, **İçtihat Değişmesi**, s. 50)

²³⁷ Kunter, **İçtihat Değişmesi**, s. 49; gerçekten de olay ve delillerin birbirlerine yakın olarak anlaşılabilir kavramlar olması nedeniyle olay kelimesinin daha dar yorumlanması gerektiği Alman hukukunda da belirtilmiştir. Gerçekten de olaylar çeşitli türlerde ortaya çıkabilmekte; bilimsel, hukuki, sadece fiili, usuli ya da delillere ilişkin olabilmektedirler. (Peters, **age**, s. 674; Eisenberg, **Bewisrecht der StPO**, 10. Auflage, 2017, Rn. 437, beck-online)

²³⁸ Talas, **age**, s. 149.

²³⁹ İçtihat ve kanun değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi kararlarının yeni olay sayılıp sayılmayacakları doktrinde tartışmalıdır. Yargılamanın yenilenmesinin yalnızca maddi meseleye ilişkin hataların giderilmesi amacıyla yapılabileceği göz önüne alındığında bu tür değişikliklerin ve kararların yeni olay sayılmamaları gerekmektedir; Anayasa mahkemesi iptal kararlarının yeni olay sayılıp sayılmayacaklarına ilişkin tartışma bakımından bkz: Talas, **age**, s. 150 vd; içtihat değişikliklerinin yeni olay sayılması ve bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak göz önünde bulundurulmasına ilişkin çeşitli görüşler için bkz: Kunter, **İçtihat Değişmesi**, s. 59vd; Alman hukukunda ise içtihat değişiklikleri hukuki bir değişiklik olarak nitelendirilmekte ve yargılamanın yenilenmesi için bir neden oluşturmamaktadır (Greco, **age** s. 926 vd; Peters, **age**, s.674 vd.); Bununla birlikte Benzer biçimde non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil eden bir yargılama yapılması durumunda da yargılamanın yenilenmesi mümkündür(OLG Saarbrücken NStZ-RR 2003, 180; LG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2003, 80; zum Strafbefehlsverfahren vgl. LG Berlin NStZ 2012, 352 (BeckOK StPO/Singelstein StPO § 359 Rn. 20-23, beck-online; Eisenberg, Rn. 438, beck-online)

Yargılamanın lehe yenilenmesi nedeni olarak yeni olay kavramının geniş kapsamlı yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla kesinleşmiş hükme konu olan fiile ilişkin ve ilk yargılamada vakıf olunmayan olayların da yargılamanın yenilenmesi nedeni oluşturabilmesi mümkündür. Burada muhakeme konusunun kapsamı içinde bulunan fiil parçalarının ilk yargılamada göz önünde bulundurulmamış olması ve fakat daha sonradan bunların gerçekleşmiş olduğunun anlaşılması durumunda, bu fiil parçalarının kişinin beraatine ya da daha az ceza ile cezalandırılmasına neden olabilecek türde bir olgu olması durumunda bunun da yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi gerekmektedir. İlk yargılamada hiç gündeme gelmemiş fiili durumlar (yani bu bağlamda yeni olan durumlar) kesinleşmiş hükmün kapsamındaki muhakeme hukuku anlamındaki fiil bakımından dinlenmelidir²⁴⁰. Ancak belirtmek gerekmektedir ki söz konusu yeni olay bağımsız bir fiil oluşturacak nitelikte ise yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmemelidir. Bu bağlamda ortaya çıkan yeni olayın hükmün konusu fiilin hukuki nitelendirmesini lehe değiştirecek nitelikte olması gerekir. Bu bağlamda hırsızlık suçundan yapılan bir yargılamada verilen hüküm kesinleştikten sonra, failin bu suç zincirleme olarak işlediği anlaşılırsa her ne kadar bu yeni olay failin lehine olarak cezalandırmayı etkileyecek nitelikte olsa da bağımsız bir fiil olarak değerlendirilmesi gerektiğinden yargılamanın yenilenmesi nedeni oluşturmayacaktır²⁴¹.

²⁴⁰ Greco, *age*, , s. 418.

²⁴¹ Zincirleme suç ve muhakeme anlamındaki fiil bağlantısına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz aş. s.198 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA MUHAKEMESİ DÜZENLEMELERİNDE FİİL- CEZA MUHAKEMESİNDE FİİLİN MADDİ CEZA HUKUKU İÇTİMA ÖĞRETİSİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

I. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER İŞİĞİNDE FİİL

A. Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Durum

Ceza muhakemesi bir suçun işlendiğine ilişkin bilgiyi edinen savcının bu işin gerçeğini araştırmaya başlaması ile başlamaktadır. Dolayısıyla ceza muhakemesinin esasını bir suç işlendiği şüphesi oluşturmaktadır. Bu önerme esasen muhakemenin başlayabilmesi için bir fiile ihtiyaç duyulduğuna da işaret eder. Nitekim aksi takdirde bir kişinin sadece bir suç işlemesi nedeniyle değil, ancak bir “suçlu” olduğundan şüphelenilmesi nedeniyle hakkında soruşturma başlaması mümkün olabilirdi. Bu durumda muhakeme kişinin ne tür fiiller gerçekleştirdiğine ilişkin değil onun nasıl bir kişi olduğunu saptamak için yürütülürdü. Ancak modern ceza muhakemesi hukukundaki durum, her ne kadar bu talep edilmiş olsa da¹, bunun tam tersidir. Ceza muhakemesinde bu şekilde yansımaları bulan mesele, esasen maddi ceza hukukunun bir fiil ceza hukuku olmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla meşru bir ceza hukuku yalnızca fiil ceza hukuku ile somutlaştırılabilir². Bu nedenle sadece haklar ve yükümlülükler ayırımına dayanan bir evrensel ceza muhakemesi bilimi konusu fiil

¹ Joachim Behrendt, “Inquisitorischer Prozess, kooperativer Prozess, psychoanalytischer Prozess”, in: **Festschrift für Rudolf Schmidt**, 1992, s. 21, 31. Yazar “özel aklî bir yapısal bozukluk taşıyan bir hastanın” fiilinin muhakemenin konusu olarak ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Behrendt, **Schmidt –FS**, s. 21.

² Luis Greco, **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie**, 2009, s. 190.

olan şüphelerle alakadar olmalıdır³. Bir belirti ya da özelliği ifade eden bir şüphe öncelikli olarak meşru bir şüphedir⁴.

Türk hukuku bakımından ceza muhakemesinde fiile atıf yapan veya fiilin belirlenmesi suretiyle uygulanması gereken düzenlemeler birkaç başlık altında ele alınabilir. Bu bağlamda ele alınacak düzenlemelerin bir kısmı genel olarak soruşturma evresine ilişkin iken, bir kısmının ise kovuşturma evresi ve daha sonrasında hükmün kesinleşmesi safhasına ilişkin oldukları görülmektedir. Biz de çalışmamız bakımından Türk Ceza Muhakemesi hukukunda fiilin önemini ortaya koymak adına bu düzenlemelerin ilk bölümde ele aldığımız fiil tanımı bakımından yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

1. Soruşturma Evresine İlişkin Düzenlemeler

Bir suç oluşturduğu düşünülen bir fiile ilişkin bilginin adli makamlar tarafından öğrenilmesinden kovuşturma evresine geçilene kadarki süreç bakımından fiilin ifa ettiği görevlerin Türk Hukukunda ne şekilde düzenlenmiş olduğu tespit edilmelidir. Fiilin ceza muhakemesi bakımından önemi onun soruşturmayı başlatan temel sebep olmasında yatmaktadır. Nitekim eğer ki bir fiil yoksa herhangi bir ceza muhakemesi sürecinin başlatılması söz konusu olamaz.

a. Suç Şüphesi Taşıyan Fiilin Öğrenilmesi Bakımından

Soruşturma evresinde savcılığın CMK m. 160'a dayanan araştırma görevini yerine getirebilmesi için öncelikle ihbar, şikâyet veya başka bir yolla bir suç şüphesi oluşturan bir fiilin gerçekleşmiş olduğu bilgisinin kendisine ulaşması gerekmektedir. Adli makamlar suç şüphesi oluşturan bir fiilin varlığına ilişkin bilgiyi ihbar veya

³ Greco, **Strafprozesstheorie**, s. 382.

⁴ Bu bakımdan şüphe kavramının fiil ceza hukukunu temsil ettiği söylenmektedir.: Wolfgang Naucke, "Der Tatverdacht: Zum Verhältnis von Strafprozessrecht und Kriminologie", in **Festschrift der Wissenschaftlichen Gesellschaft**, Goethe- Universität Frankfurt a.M. 1981, s. 304.

şikâyet yoluyla öğrenebilecekleri gibi re'sen de öğrenebilirler⁵. Bu anlamda fiilin öncelikle ihbar veya şikâyet şeklindeki bildirimlerin konusu ve suçun bildirilmesi bakımından önem taşıdığını söylemek mümkündür. İhbar kurumu CMK m. 158'de; şikâyet kurumu ise TCK m. 73 ve CMK 158'de düzenlenmektedir.

İhbar re'sen kovuşturulan bir suçun işlendiğine ilişkin bilginin herhangi bir kimse tarafından⁶ ya da takibi şikâyete tabi bir suçun işlendiğine ilişkin bilginin şikâyet hakkına sahip olmayan kişiler tarafından kanunda gösterilen yetkili mercilere bildirilmesidir. Şikâyet ise takibi şikâyete tabi bir suçtan zarar görenin suçun soruşturulması ve kovuşturulması bakımından bir sakınca görmediğini yetkili mercilere bildirmesi olarak tanımlanabilir⁷. İhbarın yapılması bakımından herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen şikâyet istisnai⁸ bir bildirim şekli olduğundan şikâyet hakkının kullanılması hak düşürücü bir süreye bağlanmıştır. Nitekim TCK m. 73'e göre şikâyet hakkı şikâyet hakkına sahip olan kişinin fiili ve faili öğrenmesinden sonraki altı ay içinde kullanılmalıdır. Bu anlamda şikâyetin süresinin başlaması için şikâyet hakkına sahip olan kişinin hem fiili hem de faili bilmesi gerekmektedir⁹. İşte şikâyet hakkına sahip olan kişinin fiili öğrenmesi esasen muhakemenin konusunu teşkil eden olgulara vakıf olmasını gerektirmektedir¹⁰. Bu

⁵ Tülay Kitapçioğlu, **Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması**, Legal, 2014, s. 85 vd; Ünver/Hakeri, **age**, s.492 vd; Centel/ Zafer, **age**, s. 92 vd.; ayrıntılı bilgi için bkz: Ali Parlar, Ahmet Çetin, **Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresi ve Uygulaması**, Aristo, 2017, s. 73 vd.

⁶ Centel/ Zafer, **age**, s. 93.

⁷ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 665, dn. 36; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 686; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş, Ankara, 2018, s. 481; şikâyet bir başka açıdan failin cezalandırılmasına ilişkin talebin yetkili mercilere iletilmesi olarak da tanımlanmaktadır. Bkz: (Centel/ Zafer, **age**, s. 94); “işlenmiş bir suçtan dolayı, soruşturmaya başlanmasının ve ceza davası açılmasının, suçtan zarar görenin şikâyetine bağlı tutulması” olarak da tanımlanmıştır.(Devrim Güngör, **5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu**, Ankara, 2009, s. 35.)

⁸ Parlar, Çetin, **age**, s. 75.

⁹ Ancak failin bilinmesi şikâyet hakkının kullanılması esnasında failin kimliğinin şikâyet hakkına sahip olan kişi tarafından gösterilmesini zorunlu hale getirmez. (Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 689; Toroslu/ Toroslu, **age**, s. 483)

¹⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s.668; kişinin fiili öğrenmesinden maksadın öğrenmenin şüphe derecesinde kalmaması, olay bütün ayrıntılarıyla bilinmiyorsa bile fiilden genel olarak haberdar

bağlamda şikâyetin konusunu belli bir suç teşkil ettiği düşünülen olay, yani fiil oluşturmaktadır¹¹. Fiilin şikâyetin konusunu oluşturmasının çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki fiilin kısımlara ayrılması suretiyle şikâyet hakkının bölünerek kullanılıp kullanılmayacağıdır. Ancak şikâyetin fiilin tamamı hakkında gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla şikâyetin fiil bakımından bölünmesi mümkün değildir¹². Bundan başka şikâyetin fiille ilgili olması özellikle mütemadi suçlar ve zincirleme suçlar bakımından önem arz etmektedir. Zincirleme suçlar bakımından ortaya çıkan sorun teselsül ilişkisini doğuran ve şikâyete tabi suçların her biri bakımından şikâyet şartının gerçekleşip gerçekleşmemesi gerekliliğine ilişkindir. Burada zincirleme suçu oluşturan birden fazla olayın ceza muhakemesi açısından tek fiil oluşturup oluşturmadığı¹³ tartışmasından bağımsız olarak zincirleme suçu oluşturan suçların yalnızca kanunda açıkça öngörülmüş olması durumunda tek bir suç olarak ele alınması gerektiği ve bunun dışındaki hallerde bağımsızlıklarını korudukları belirtilmelidir¹⁴. Bu noktada aralarında teselsül

olunması şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir (Güngör, **age**, s. 61); “suçun öğrenilmesi, suç işlendiğinden şüphe edilmesi değil suç işlendiğine inanılması demektir” (Centel/ Zafer/ Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta, 2016, s. 217)

¹¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, **age**, s. 216; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 668; bu açıdan suçtan zarar görenin suç nitelendirmesi yapması gerekmez. Nitekim suçtan zarar gören kişi esasen herhangi bir suçtan dolayı değil bir fiilden dolayı gördüğü zarar nedeniyle şikâyet hakkını kullanmaktadır. Dolayısıyla olayın hukuki nitelendirmesi şikâyet hakkını kullanan kişi değil adli makamlar tarafından yapılmalıdır(Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **age**, s.668; Aynı yönde bkz: Güngör, s. 41) “*Mesela ayakkabıların alınıp verilmemesi olayından hırsızlık diye bahsedilmiş olsa dahi, yapılan şikâyet hırsızlıktandır, emniyeti kötüye kullanmadan değildir denemez*” bkz: Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 668, dn. 49); belirtilmelidir ki şikâyetin konusunu oluşturan olay TCK m. 73/1’de suç; m. 73/2’de ise fiil olarak nitelendirilmektedir.(Centel/ Zafer, **age**, s. 101); fakat fiilin şikâyet hakkına sahip kişi tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi şikâyet yapılırken şikâyet hakkına sahip olan kiş tarafından yapılan hukuki nitelendirmenin bir önemi bulunmamaktadır (Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 690); ancak şikâyetin konusunu fiil oluşturduğundan yargılama neticesinde sanığın suçu işlemediği tespit edilerek beraatine karar verilmesi durumunda fiile ilişkin şikâyet varlığını sürdürecektir bu nedenle fiille ilgili yeni bir şikâyete gerek kalmaksızın başka bir fail hakkında başka bir soruşturma başlatılabilinecektir(Centel/ Zafer, **age**, s. 101, dn. 56)

¹² Güngör, **age**, s. 41; şikâyet fiil bakımından bölünemeyeceği gibi fail bakımından da bölünemez. Dolayısıyla bir fiil şikâyet edildiğinde şikâyet edilenin tek bir kişi olması ve fakat suçun iştirak halinde işlenmiş olması durumunda şikâyetin tüm faileri kapsadığı kabul edilecektir. Buna şikâyetin bölünmezliği ya da sırayeti ilkesi denmektedir (Centel/ Zafer, **age**, s. 101; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 689)

¹³ Buna ilişkin tartışmaya aşağıda yer verilmektedir. Bkz. aş. s. 192 vd.

¹⁴ Kayıhan İçel, **Suçların İçtimai**, 1972, s. 96, 115.

ilişkisi bulunan ve şikâyete tabi suçlardan her biri için şikâyet şartının ayrı ayrı gerçekleşmiş olması gerektiği belirtilmektedir¹⁵. Bu bağlamda zincirleme suç oluşturan her bir fiil bakımından şikâyet süresinin başlamasına ilişkin süre de birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır¹⁶. Benzer şekilde mütemadi suçlar bakımından da sürenin başlamasına ilişkin düzenleme uyarınca fiilin ve failin öğrenilmesinin mi yoksa kesintinin başlaması anının mı esas alınması gerektiğine ilişkin bir tartışma mevcuttur¹⁷. Ancak mütemadi suçlar bakımından hem doktrin hem de Yargıtay şikâyet hakkına ilişkin sürenin kesintiden itibaren değil fiilin öğrenilmesinden itibaren başlayacağını kabul etmektedir¹⁸. Mütemadi suçlar bakımından ortaya çıkabilecek diğer bir durum ise şikâyete tabi bir mütemadi suçun işlendiği sırada yine aynı mağdura karşı bir şikâyete tabi suç işlenmesi durumunda, mütemadi suça ilişkin yapılan şikâyetin bu suç işlendiği sırada gerçekleşen diğer şikâyete tabi fiili de kapsayıp kapsamayacağıdır. Şikâyet hakkının kullanılması bakımından konu olay yani fiil olduğuna göre bu fiilin birden fazla şikâyete tabi suç oluşturup oluşturmadığı meselesi hukuki nitelendirme ile ilgilidir. Dolayısıyla mütemadi bir şikâyete tabi fiilin gerçekleştiği sırada bir başka şikâyete tabi fiil de gerçekleşmiş ve buna ilişkin bilgi suçtan zarar gören tarafından öğrenilmiş ayrıca da şikâyet bakımından adli mercilere aksettirilen olay sırasında zikredilmiş ise, birden fazla suçtan dolayı şikâyet hakkının kullanıldığını kabul etmek gerekecektir. Bunun yanında şikâyet hakkına sahip olan kişinin fiili hukuki nitelendirmesi önem arz etmediğinden dolayı mağdurun ihbar suretiyle bildirimde bulunduğu bir suçun daha

¹⁵ Güngör, **age**, s. 64; bunun yanında şikâyet süresinin başlaması bakımından da zincirleme suç oluşturan her bir olay bağımsızlığını korumalıdır. Dolayısıyla şikâyet süresinin başlaması bakımından fiilin öğrenilmesi şartı teselsül ilişkisi içindeki her bir olay bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır (İçel, **age**, s. 119.)

¹⁶ İçel, **age**, s. 118-119; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 691; Güngör, **age**, s. 64;

¹⁷ Güngör, **age**, s. 65.

¹⁸ Güngör, **age**, s. 66; zincirleme suçlarda sürenin teselsülün sona erdiği tarihten, mütemadi suçlarda ise temadinin sona erdiği tarihten itibaren başlayacağına ilişkin aksi görüş için bkz: Parlar, Çetin, **age**, s. 76; Özgenç ise mütemadi suçlarda şikâyet hakkının kullanılmasına ilişkin sürenin son hareketin yapıldığı tarihte başlayacağını savunmaktadır. Ancak bu görüş kesintisiz suçlarda hareketin devam ettiğine ilişkin maddi ceza hukuku görüşü ile çelişir nitelikte gözükmektedir (Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 691)

sonra yapılan araştırma neticesinde şikâyete tabi olduğunun ortaya çıkması durumunda bu fiille ilgili olarak şikâyet şartının gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir¹⁹.

b.İddianamenin Hazırlanması Bakımından

Fiilin soruşturma evresi bakımından önem arz ettiği hususlardan ilkinin fiile iddianamenin hazırlanmasında verilen değer oluşturmaktadır²⁰. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz²¹ üzere iddianamede bireyselleştirilen fiil muhakemenin konusunu oluşturmaktadır. CMK m. 170/4 uyarınca fiil iddianamede yer alması gereken zorunlu unsurlar arasındadır. Fiilin hukuki nitelendirmesinden bağımsız olarak, failin gerçekleştirdiği iddia edilen olaya o anda vakıf olunan ayrıntıları ile iddianamede yer verilmesi gerekmektedir. Nitekim isnat olunan suç oluşturulan olayların mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması savcının görevleri arasındadır²². Davasız yargılama olmaz ilkesi ceza yargılamasının görülmesinin iddia makamının iddiasını mahkeme önüne taşınması zorunluluğunu ifade etmekle kalmamakta, aynı zamanda ceza yargılamasının konusunun belirlenmesine de hizmet etmektedir²³. Zira mahkemenin yargılayacağı davanın konusu yalnızca davayı açan belgeyle mahkeme

¹⁹ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 692; Nitekim CMK m. 158/7 uyarınca yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.

²⁰ Fatih Birtek, “Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, in: **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı)**, 2013, C. 19, S. 2, s. 976.

²¹ Bkz. yuk. s. 101 vd.

²² Nitekim fiilin mevcut delillerle ilişkilendirilmeden bir iddianame hazırlanması iddianamenin iadesi nedeni teşkil edebilecektir. “ *Bir kısım iddianamede, suç konusu olay mevcut delillerle ilişkilendirilerek izah edilmeden; tehdit ettiği, hakarete bulunduğu, cinsel içerikli söz söylediği, cinsel saldırıda bulunduğu... gibi kapsamı belli olmayan ibareler kullanılarak kamu davaları açıldığı tespit olunmuştur. Mahkemelerin hangi suçtan dolayı yargılama yaptığı hususunda veya görevin belirlenmesi konusunda tereddütler yaratacak bu nevi iddianame tanziminden vazgeçilmesi, CMK'nın 170/4 ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 18/10/2011 gün ve 10 sayılı Genelgesi'nin 33/c maddelerine uygun hareket edilmesi, aksine davranışın aynı Yasa'nın 174/1-a maddesi gereğince iddianamenin iadesi sebebi olabileceğinin unutulmaması*”(Parlar/ Çetin, **age**, , s. 1056).

²³ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 47.

önünde **tartışılması istenen vakalar** olabilecektir. Bu noktada mahkemenin kendiliğinden harekete geçmesi mümkün olmadığı gibi, sanığa kendiliğinden bir yaptırım uygulaması da mümkün olamayacaktır²⁴. Davanın açılmış olması için şekli zorunluluk savcının iddianame düzenleyerek bunu yargı erki önüne getirmesi olsa da, söz konusu uyuşmazlığın **somutlaştırılmış ve unsurları belirlenmiş** olması da bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵. Uyuşmazlığın somutlaştırılması fiilin tüm unsurları ile iddianamede tanımlanmasını gerektirmektedir. Böylece hangi uyuşmazlıktan dava açıldığı ve sanığa hangi suç fiilinin isnat edildiğinin bilinmesi sağlanacaktır. Bu ise olayın açıklanması ile mümkün hale gelmektedir²⁶. Aksi durumda yargılanacak uyuşmazlığın yargılama makamı tarafından somutlaştırılması gerekecek, bu da günümüzde kabul edilen itham sisteminin yerine tahkik sisteminin bir uygulaması olacaktır. CMK bunu engellemek amacıyla iddianamenin ne şekilde düzenlenmesi gerektiğini ayrıntılı bir biçimde açıklamaktadır (CMK m. 170)²⁷. CMK sisteminde isnat edilen fiillerin somutlaştırılması gerekliliğinin yanı sıra isnat edilen suçu oluşturan olayların hangi delillerle ispatlanabileceğinin de belirtilmesi gerekliliği ortaya konmuştur (CMK m. 170/4). Örneğin iddianamede şüphelinin suç örgütü üyesi ya da kurucusu olmakla itham edilmesi durumunda şüpheli ve örgüt üyesi olduğu iddia edilen diğer kişiler arasındaki eylem ve fikir birliğinin, suç işlemek amacı etrafında fiil birleşmesinin, örgütün hiyerarşik yapısının hangi delillerle ispatlanmak istendiği açıkça, söz konusu olaylar ile eldeki deliller irtibatlandırılarak açıklanması gerekmektedir. Böylece sanığın savunma hakkının kısıtlanmasının da önüne geçilmiş olacaktır²⁸. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/3'te de şüpheliye hakkında açılan davanın nedeni ve türüne ilişkin olarak tüm ayrıntıların bildirilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Söz konusu bu

²⁴ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 47.

²⁵ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 48.

²⁶ Centel/ Zafer, **age**, s. 500; "Dava açan iddianamaede eyleminin anlatılmaması nedeniyle yalnızca sevk maddesinin gösterilmesinin yeterli olmayacağı gözetilmeden dava açılmayan bir suçtan hüküm kurulması" hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir. (Y4CD, 18.6.2012, 14380/14764)

²⁷ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 48.

²⁸ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 48.

düzenleme Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından CMK m. 170'in tam manasıyla uygulanması ile hayata geçirilecektir²⁹.

İddianamenin hazırlanabilmesi için gerekli olan önkoşullardan biri savcı tarafından belirlenen fiilin bir suç teşkil etmesidir³⁰. Bu bağlamda savcı tarafından suç teşkil ettiği düşünülen fiile iddianamede ne şekilde yer verileceği belirlenmelidir. Fiilin iddianamede mevcut delillerle açıklanması bir zorunluluk olsa da, bundan yalnızca savcının tasavvurunda oluştuğu iddia olunan suç tipine ilişkin kısımlara yer verilmesi ve olaya ilişkin diğer kısımların göz ardı edilmesi anlamı çıkarılamaz. Savcının hazırladığı iddianamede fiile bilinen tüm ayrıntılarıyla yer vermesi gerekmektedir. Zira savcının bu fiili oluşturan olayları mevcut delillerle ilişkilendirerek açıklaması ve bir veya birden fazla suç tipinin oluşup oluşmadığına ilişkin değerlendirmesi fiilin hukuki nitelendirmesi olup hâkim bununla bağlı olmayacaktır. Hâkim savcı tarafından gözden kaçırılan veya sonradan fiile ilişkin olduğu anlaşılan bir husus hakkında da bir değerlendirme yaparak savcının isnat ettiği suçtan bir başkası hakkında inceleme yapma veya karar verme yetkisini her zaman haizdir³¹. Dolayısıyla iddianamenin düzenlenmesi bakımından fiilin belli olması ile onun hukuki nitelendirilmesi kavramları birbirinden ayrılmalıdır³². Bu

²⁹ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 48; Ancak ifade etmek gerekmektedir ki her ne kadar savcının iddianamede isnad edilen fiilin hukuki nitelendirmesine yer vermek zorunda olması iddianamenin zorunlu unsurlarından biri ise de bu nitelendirmenin hatalı yapılmış olması bir iddianamenin iadesi nedeni olarak değerlendirilmemelidir. Zira mahkemeler savcının hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Ayrıca hukuki nitelendirmede bir hata olması durumunda bu durum ek savunma yolu ile aşılabilecek niteliktedir: Bkz: Ünver/ Hakeri, s. 543. Bu durum CMK m. 174/2'de de düzenlenmekte ve suçun hukuki nitelendirmesi nedeniyle iddianamenin iade edilemeyeceği belirtilmektedir. Yargıtay da iddianamenin iadesinin suçun hukuki nitelendirmesinin hatalı yapıldığı ya da suçun öğelerinin tek tek irdelenerek oluşup oluşmadığının tartışılıp değerlendirilmediği gerekçesine dayandırılmaz. Bkz: Y2CD 14.06.2006, 4907/12064; Y11CD, 30.11.2006, 6934/9709; Y4CD, 08.02.2006, 13135/2163; Ünver, akeri, s. 544.

³⁰ Melik Kartal, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi**, Oniki Levha Yayıncılık, 2015, s. 36; Birtek, **agm**, s. 977.

³¹ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 54, 55.

³² Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırıt/ Akcan/ Özaydın/ Tütüncü, **age**, s. 231; Centel/ Zafer, **age**, s. 515; nitelik iddianamede hem soyut suç tanımına hem de olayın açıklanmasına yer verilmelidir. “*Dava açan iddianamede eyleminin anlatılmaması nedeniyle yalnızca sevk maddesinin gösterilmesinin yeterli olmayacağı gözetilmeden dava açılmayan bir suçtan hüküm kurulması*” yasaya aykırıdır. Y4CD, 18.6.2012, 14380/14764 (Karar için bkz: Centel/ Zafer, **age**, s. 515, dn. 41); Birtek ise ceza muhakemesi bakımından ele aldığımız fiil kavramı ile suçun maddi unsurlarından olan fiili

nedenle olay anlatılırken suçun unsurlarını teşkil eden hususların kanuna uygun bir biçimde üzerinde durulması gerekeceği gibi, olayın hikâye edilişi ve unsurlar dışında kalan hususların da suçla ilgili bilgiler olduklarından iddianamede yer almaları zorunluluk arz etmektedir³³.

Bunların yanı sıra iddianamenin hazırlanması bakımından savcının takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda da muhakemenin konusunu oluşturan fiilin bölünüp bölünemeyeceği meselesi incelenmelidir. Bu hususta özellikle CMK m. 171/1 uyarınca savcının kovuşturmayaya yer olmadığı kararları içtima ilişkisi içinde olan fiiller bakımından önem arz etmektedir. Bu noktada belirtmek gerekmektedir ki kovuşturmayaya yer olmadığı kararları muhakemenin konusunu oluşturan fiilin bütünü bakımından verilir³⁴. Bu anlamda iddianamenin hazırlanması sırasında fiil bölünemez, bir bütün olarak ele alınır³⁵. Bu nedenle suçların içtimasının söz konusu olduğu durumlarda CMK m. 171/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilebilmesi, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilebilmesini gerektiren sebebin fiilin tümü bakımından geçerli olması halinde mümkün olacaktır³⁶. Örneğin aracında annesi, eşi ve bir arkadaşı bulunmakta iken kaza yapması neticesinde anne, eş ve arkadaşının adi taksirle ölümüne neden olan B bakımından, TCK m. 22/6'da yer alan şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması suretiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi mümkün değildir³⁷. Zira bu şahsi cezasızlık sebebi anne ve eşin adi taksirle

birbirine karıştırmış ve isabetli olmayan bir şekilde Cumhuriyet savcısının iddianamede yer vereceği fiili suçun maddi unsurunu oluşturan fiil ile sınırlandırma yoluna gitmiştir. Bkz. Birtek, **agm**, s. 978 vd.

³³ Centel/ Zafer, **age**, s. 516; bununla birlikte özel hayata ilişkin bilgilerin işlendiği iddia edilen suç ile bir ilişkisi bulunmaması halinde iddianamede yer verilen olayda zikredilmesi uygun görülmemektedir (Centel/ Zafer, **age**, s. 516).

³⁴ Serkan Meraklı, **Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi**, Seçkin, 2014, s. 126; MüKoStPO/ Peters, § 153b, Rn. 5.; Aynı yönde bkz: Kartal, **age**, s. 122; Karlsruhe Kommentar, § 153b, Rn 11; Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren diğer durumlar ise CMK m. 172'de belirtilmektedir. Söz konusu hüküm yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığından bu başlık altında tekrar yer verilmeyecektir. Bkz. yuk. s.

³⁵ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 40.

³⁶ Meraklı, **age**, s. 126.

³⁷ Söz konusu sebebin bulunduğu her halde savcıya takdir yetkisi tanınması suretiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesinin uygun olmadığına ilişkin olarak bkz: Kartal, **age**, s. 120.

öldürülmesi fiili bakımından geçerli olsa da, arkadaşın ölmesi bakımından uygulanamaz. Nitekim burada muhakemenin konusunu oluşturan fiil B'nin aracılıyla kaza yapmak suretiyle araçta bulunan kişilerin adi taksirle ölümüne neden olması fiilidir. Bu fiilin parçalara bölünmesi mümkün değildir. Bu nedenle B hakkında bir iddianame düzenlenmeli ve şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması noktasında karar hâkime bırakılmalıdır³⁸. Alman hukukunda ise StPO §154a düzenlemesi, kovuşturmanın sınırlandırılması imkânını savcıya vermektedir. Buna göre bir fiilin diğerlerinden ayrılabilen münferit kısımları veya bir fiil ile birden fazla kanun ihlallerinden her biri hükmedilmesi beklenen ceza veya emniyet tedbirine oranla veya şüpheli hakkında başka bir fiilden dolayı hükmedilmiş ve kesinleşmiş bulunan veya başka bir fiil dolayısıyla hükmedilmesi beklenen bir ceza veya emniyet tedbiri açısından ağırlıklı önem taşıyorsa, kovuşturma fiilin diğer kısımları veya diğer kanun ihlalleri ile sınırlandırılabilir. Ayrıca iddianame verildikten sonra kovuşturmanın her safhasında mahkemenin de savcılığın rızasını alarak sınırlandırma yapması mümkün olduğu gibi; mahkeme kovuşturmanın her safhasında bir fiilin ayrılmış parçalarını veya kanun ihlallerini tekrar muhakemeye dâhil edebilir. Savcılık ayrılmış parçaları muhakemeye dâhil etme talebinde bulunursa buna uyulur³⁹.

c. Koruma Tedbirlerinin Uygulanması Bakımından

Koruma tedbirleri muhakemenin yürütülmesinin sağlanması ve muhakeme sonunda verilecek hükmün uygulanması için zorunlu olan ve somut olaya uygun

³⁸ “Örneğin, sinemada ön koltukta oturan iki kişinin çantalarını yanlarındaki boş koltuğa koyduklarını gören failin filmin devam ettiği esnada bu iki çantayı alarak kaçması durumunda fil hırsızlık suçunu bu iki kişiye karşı tek hareketle işlediği için fail hakkında TCK m. 43/2’de yer alan aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Ancak örneğin çantası çalınan iki kişinin failin annesi ile annesinin arkadaşı olması halinde, Cumhuriyet savcısının olayda failin annesinin çantasını çalması fiili bakımından TCK m. 167’deki şahsi cezasızlık sebebine dayanarak takdir yetkisini kullanmak suretiyle bu fiil ile ilgili olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi ve failin annesinin arkadaşının çantasını çalması failinin cezalandırılabilir olduğundan bahisle sadece bu fiil bakımından kamu davası açması mümkün değildir.”(Meraklı, **age**, s. 126).

³⁹ Bu hüküm muhakeme hukuku bakımından bir fiilin bölünebilen parçaları veya bir fiille birden fazla suçun gerçekleştiği içtima durumlarında uygulanabilecektir. Burada söz konusu olan fiil muhakeme hukuku anlamındaki fiildir. (BeckOK StPO, § 154a, Rn1; MüKoStPO/ Peters, **age**, § 154a, Rn. 10)

yerine getirilebilir tedbirler olarak nitelendirilmektedir⁴⁰. Söz konusu tedbirler kişilerin bazı haklarını sınırlandırıcı özellik gösterdiklerinden kanunla düzenlenmiş olmaları, geçici olmaları ve araç olarak kullanılmalari esastır⁴¹. CMK’da koruma tedbirleri yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama, el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme (CMK m. 90-140) şeklinde düzenlenmiştir. Bir koruma tedbirinin uygulanabilmesi açısından her tedbir için ayrı koşullar öngörülmektedir. Bu bağlamda örneğin tedbire karar verecek merci bakımından farklılıklar olduğu gibi; tedbirin uygulanması için öngörülen şüphe dereceleri açısından da kanun çeşitli tasnifler getirmiştir. Bununla beraber bu koruma tedbirlerinden bazıları soruşturma veya kovuşturma konusu teşkil eden fiil göz önüne alınmaksızın kanun tarafından öngörülen şartları taşıyan her olayda uygulama alanı bulabilirken – örneğin yakalama veya gözaltı – bir takım koruma tedbirleri ise soruşturma veya kovuşturmanın konusunu teşkil eden fiile bağlı olarak– örneğin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi-uygulanabilmektedirler.

İşte kanunda bir koruma tedbirinin uygulanabilmesi noktasında belirli suç tiplerinin zikredildiği ya da fiilden söz edildiği koruma tedbirleri açısından muhakeme anlamında fiilin ifade ettiği anlam tespit edilmelidir. Yakalama⁴² ve gözaltı⁴³ koruma tedbirlerinin uygulanması bakımından fiilin hukuki nitelendirmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin yakalama koruma tedbiri

⁴⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 834; Tosun, **Suç Muhakemesi II.**, s. 821; Centel/ Zafer, **age**, s. 347.

⁴¹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 835vd; Tosun, **Suç Muhakemesi II.**, s. 822 vd; Centel/ Zafer, **age**, s. 349vd;

⁴² Yakalama koruma tedbiri ya fiili yakalama ya da bir emre dayalı olarak gerçekleştirilebilir. İkincisine müzekkereli yakalama da denilmektedir. Fiili yakalama hâkim kararı olmaksızın bir kişinin özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanmasıdır. Yakalamanın bu türü adli kolluk veya savcı tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, bu sıfatı haiz olmayan kişiler (herkes) tarafından da gerçekleştirilebilir. (Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, **in: SUHFD**, Cilt 14, Sayı 1, 2006, s. 14 (131-214). Centel/ Zafer, **age**, s. 352; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 843-844)

⁴³ Gözaltı koruma tedbiri ise genellikle yakalamanın serbest bırakmayla sonuçlanmaması durumlarında Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle başvuru ve kişi özgürlüğünü belirli bir süreliğine kısıtlamaya yönelik bir koruma tedbiridir. (Yıldız, **agm**, s. 188; Centel/ Zafer, **age**, s. 360; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 879-880)

suçüstü bir fiil nedeniyle herkes tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Bu noktada failin gerçekleştirdiği fiilin bir üçüncü kişi tarafından suç niteliğinde görülmeye elverişli olması yeterlidir. Bu fiilin hangi suçu oluşturduğu veya şikâyet gibi bir muhakeme şartına bağlı olup olmadığının bilinmesi yakalamanın herkes tarafından gerçekleştirilmesi gereken durumlarda beklenmez⁴⁴. Bunun yanında gözaltı koruma tedbiri de yakalama sonunda serbest bırakılmayan kişi hakkında uygulanabilen bir koruma tedbiridir. Gözaltı bakımından önem arz eden sürenin aralarında iştirak iradesi bulunmasa bile üçten fazla kişinin gerçekleştirdiği suçlar bakımından yirmi dört saate ek olarak dört güne kadar uzatılabilmesidir. Bu noktada muhakeme anlamında fiil bakımından tespit edilmesi gereken bu fiile kimlerin bir katkı sunduğudur. Burada da iştirak statüleri açısından herhangi bir hukuki nitelendirmeye gerek bulunmamaktadır, savcı tarafından tek bir muhakeme anlamında fiil olduğu ve bu fiile üçten fazla kişinin katıldığına tespit edilmesi diğer şartların da varlığı durumunda gözaltı süresinin uzatılması için yeterli olacaktır⁴⁵. Bunlar yanında tutuklama ve adli kontrol koruma tedbirlerinin de muhakemenin konusunu oluşturan herhangi bir fiil bakımından uygulanmaları mümkündür. Ancak elbette ki söz konusu bu tedbirlerin kanunda belirtilen şartları göz önünde bulundurulduğunda özellikle tutuklamanın ölçülü olması noktasında hukuki nitelendirmenin önem arz ettiği yorumu yapılabilir. Uygulanabilmesi noktasında fiilin hukuki nitelendirmesinin bir önem arz etmediği diğer koruma tedbirleri ise arama ve el koyma olarak karşımıza çıkmaktadır. Arama koruma tedbiri şüphelinin ya da delil niteliği taşıyacağı düşünülen eşyanın ele geçirilmesi amacıyla başvurulmuş bir tedbirdir⁴⁶. El koyma koruma tedbiri ise ya müsadereye tabi ya da delil niteliğinde olabilecek eşyaların zilyedinin rızası hilafına ele geçirilmesidir⁴⁷. Arama koruma tedbiri bakımından

⁴⁴ Yıldız, **agm**, s. 148.

⁴⁵ Yıldız, **agm**, s. 192.

⁴⁶ Aramanın bu şekilde amacına göre sınıflandırılmasında ilkinde yakalama araması, diğerine ise delil araması da denilmektedir (Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Basit Arama (Adli Arama)”, **in: AUHFD**, Cilt 58, s.1, 2009, s. 144)

⁴⁷ Nitekim zilyedin elkoymaya konu teşkil malı rızasıyla teslim etmesi durumunda elkoymadan değil muhafaza altına almadan bahsedilir (Centel/ Zafer, **age**, s. 434); ancak CMK m. 128’de düzenlenen taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbiri elkoymanın özel bir türünü oluşturmakta ve

CMK m. 119 uyarınca arama kararının verilebileceği durumlarda arama karar veya emrinde aramanın nedenini oluşturan **fiilin** belirtilmesinin bir zorunluluk arz ettiği görülmektedir⁴⁸. Burada söz konusu olan fiil muhakemenin konusunu oluşturan fiildir⁴⁹. Bu bağlamda arama karar veya emrinde suç oluşturduğu düşünülen hangi olaylar bakımından bir arama kararı veya emri verildiğinin yani fiilin açıkça belirtilmesi gerekecektir⁵⁰.

Bunların yanında, şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK m. 133), iletişimin tespiti dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135)⁵¹, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m. 139) ve teknik araçlarla izleme (CMK m. 140)'nin uygulanması noktasında katalog suçlara yer verildiği görülmektedir. Söz konusu katalog suçlar esasında fiilin hukuki nitelendirmesinin söz konusu tedbirin uygulanabilmesi için bir koşul haline getirmektedir.

2. Kovuşturma Evresine İlişkin Düzenlemeler

İddianamenin kabulü, iddianamenin sunulmasından sonra on beş gün içinde yetkili mahkeme tarafından ret ya da kabul yönünde bir karar verilmemiş olması ya da yukarıda bahsettiğimiz şekilde iddianame yerine geçen belgenin yetkili mahkemeye sunulması ile birlikte kovuşturma evresi başlamaktadır. Kovuşturma evresine geçildikten sonra mahkemenin iddianamede ya da iddianame yerine geçen

uygulanması fiilin hukuki nitelendirilmesine bağlı kılınmaktadır. Söz konusu bu tedbir ancak kanunda gösterilen katalog suçlar bakımından uygulama alanı bulur (Centel/ Zafer, **age**, s. 436; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1127); ancak CMK m. 134'te düzenlenen *Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma* koruma tedbiri açısından fiilin hukuki nitelendirmesine ilişkin bir sınırlandırma bulunmamaktadır. (CMK m. 134)

⁴⁸ Centel/ Zafer, s: 422 vd.; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, **age**, s. 1033.

⁴⁹ “bu eylem suç oluşturduğundan şüphe edinilen ceza soruşturmasına konu olan eylemdir” (Keskin Kızıroğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Basit Arama (Adli Arama), s. 154); avukat bürolarında yapılacak olan arama bakımından söz konusu bu unsur özellikle vurgulanmış ve avukat bürolarının ancak mahkeme kararıyla ve arama kararında gösterilen olayla sınırlı olarak aranabileceği kanunda belirtilmiştir (CMK m. 130)

⁵⁰ Centel/ Zafer, **age**, s. 426.

⁵¹ Bu tedbir bakımından m. 135/8 uyarınca tedbir kapsamındaki dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanması noktasında fiilin hukuki nitelendirmesi önem arz etmektedir (CMK m. 135/8)

belgede yer alan bireyselleştirilmiş fiili her türlü fiili ve hukuki bakımdan araştırma ve değerlendirme görevi ve sorunlu olan noktaları aydınlatarak ona göre hüküm verme görevi ortaya çıkmaktadır⁵². Bu bağlamda kovuşturma evresi bakımından açıklığa kavuşturulması gereken iddianamede yer verilmemiş olan olgular bakımından mahkemenin ne şekilde hareket etmesi gerektiğidir.

a.Yargılama Sırasında Ortaya Çıkan Olayların Yeni Bir İddianame Gerektirdiği Durumlar

İddianamede yer verilmemiş bir hususla ilgili olarak hâkimin resen delil araştırması veya bir karar vermesi mümkün değildir. Dolayısıyla kovuşturma evresine geçildikten sonra sanığa yeni bir takım fiillerden dolayı isnatta bulunulması aynı yargılama bakımından mümkün değildir. Bunun için mutlaka **yeni iddianame** hazırlanması gerekmektedir⁵³. Oysaki CMUK'ta var olan **sözlü iddianame** kurumu ile bu zorunluluk aşılmaya çalışıldığı belirtilmektedir. Nitekim CMUK m. 359 uyarınca duruşma sırasında sanığın başka bir suç işlediği ortaya çıkarsa savcı, müdafî ve sanığın rıza göstermesi durumunda mahkemenin sonradan ortaya çıkan olayları da dikkate alarak karar vermesi mümkündür. Ancak CMK'da bu kurum düzenlenmediğinden artık mutlaka yeni bir iddianame düzenlenmesi gerekmektedir⁵⁴. Dolayısıyla yürürlükteki düzenlemeye göre bu gibi durumlarda iddianame düzenlenmeden yeni olay hakkında karar verilmesi hukuka aykırı olacaktır⁵⁵. Nitekim dava açıldıktan sonra sanığın iddianamede yer verilmemiş olaylara dayanan yeni suçlarının ortaya çıkması durumu fiilin genişlemesi

⁵² KMR/ Stuckenberg, § 264, Rn. 41; Löwe/Rosenberg, § 264, Rn. 37; Schlüchter, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Lüchtherhand, 2007, , § 264, Rn. 5 (SK-StPO/Schlüchter)

⁵³ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 51; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 44.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.661.

⁵⁴ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 44, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.662.

⁵⁵ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 44; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.663; Y8CD, 19.12.2005, 10208/12186; Y3CD, 29.06.2009, 27/13450.

durumudur⁵⁶. Bu durumda ortaya çıkan yeni olayların iddianamede yer verilen fiil kapsamında sayılıp sayılmayacağı dikkatli bir biçimde değerlendirilmelidir⁵⁷. Eğer ki fiilin genişlemesi fiilin aynı sayılmasını engelleyecek nitelikte ise sadece bu durumda yeni bir iddianame düzenlenmesi gerekir⁵⁸. Bu özellikle dava açıldıktan

⁵⁶ Fiilin kapsamının belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından kullanılan ölçütlerin önemi esasen bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Zira bu ölçütler göz önünde bulundurulduğunda fiilin bireyselleştirilmesinde esaslı unsur teşkil eden noktaların değişmesi fiilin de değişmiş sayılmasını sonuçlayacaktır(Greco, **age**, s. 552); Alman yargı kararlarına göre çok önemli olmayan unsur değişiklikleri fiilin değişmiş sayılmasını sonuçlamaz. Bu bağlamda belirtmek gerekmektedir ki bütün bir fiilin kapsamını belirleme ve bireyselleştirme noktasında kural olarak olayların zamanı ve yeri, failin hareketleri, failde yer alan amaç ve fiilin konusu unsurlarının önem arz ettiği belirtilmektedir (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 103) Yukarıda kabul ettiğimiz fiil tanımı göz önünde bulundurulduğunda bunlardan failin amacı şeklindeki sübjektif husus dışındaki unsurlar fiilin bireyselleştirilmesi bakımından kabul edilebilir olduğu söylenebilir. Ancak tek başına bu ölçütlerden hiç birinin yeterli olamayacağı da söylenmektedir(BGHSt, 32, 215, 218; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 101)

⁵⁷ İddianamede bireyselleştirilen fiil kişinin suçluluğu hususunda verilecek olan karara ilişkin olan muhakeme olgularını sınırlar. Dava açılmaksızın ortaya konan fiil parçaları, fiilin kanıtlanmasında ancak belirti olarak kullanılabilir. Alman hukukunda bu durum suçsuzluk karinesi ile de bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Buna göre bir görüş suçsuzluk karinesinin burada geçerli olmayacağını, kişinin tek bir ceza muhakemesi anlamında fiilinden söz ediliyorsa onlar bakımından da sorumlu tutulması gerektiğini savunurken; diğer bir görüş ise yargılamada göz önüne alınmamış olan fiillerin suçsuzluk karinesi uyarınca ancak ayrı bir iddianame ile yeni bir dava açılması halinde tartışma konusu yapılabileceğini savunmaktadır (Löwe/ Rosenberg, § 264, Rn. 45)

⁵⁸ Centel/ Zafer, **age**, s. 491; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.662; Bu bağlamda belirtmek gerekmektedir ki baskın olarak kabul edilen görüş tüm iştirak türlerinin birbirleri arasındaki dönüşümünün ceza muhakemesi hukuku bakımından fiilin aynılığını etkileyemeyeceği yönündedir(Detmer, **age**, s. 287; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 114Bertel, **age**, s. 143; Wolter, **GA 1986**, s. 157; Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 149; Greco, **age**, s. 554.) Doğrudan faillik, dolaylı faillik, müşterek faillik, azmettirme ve yardım etme arasında da dönüşümler, iddianamede açıkça zikredilmemiş olsa da her iki yön bakımından da mümkündür. Daha zayıf olarak kabul edilen iştirak türleri, daha güçlü iştirak türlerine göre yardımcı norm niteliğindedir. Dolayısıyla azmettirme ve yardım etme faillige göre yardımcı norm niteliğindeyken; yardım etme de azmettirmeye göre yardımcı norm niteliğini haizdir (Detmer, **age**, , s. 287) Kastın taksire taksirin de kasta dönüşümü her zaman için mümkündür ve bu fiilin aynılığını etkilemez (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 114) Kasten gerçekleştirilmiş olan bir fiil nedeniyle düzenlenmiş olan iddianamede manevi unsurun taksire dönüşmesi mümkündür, zira taksir kasta göre yardımcı norm niteliğini taşımaktadırTaksirden kasta doğru bir dönüşüm bu doğrultuda yine mümkündür çünkü kast taksirle gerçekleştirilen haksızlıkta sadece bir derinleşme yaratır ama onu değiştirmez (Greco, **age**, s. 555) Bilme ve isteme unsurları kural olarak bağımsız haksızlık içeriğine sahip değildirler. Netice olarak kasten ve taksirle gerçekleştirilen fiil muhakeme hukuku bakımından tekil bir fiil oluşturmaktadır (Liu, **age**, s. 85; Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 149; Bertel, **age**, s. 144; Greco, **age**, s. 556) İcrai suçlar ile görünüşte ihmali suçlar arasında bir değişim de her iki yön bakımından mümkündür (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 114; Wolter, **GA 1986**, s. 166; Greco, **age**, s. 556) İddianamede yer verilen icrai fiilin uygun bir görünüşte ihmali bir fiile dönüşmesi, görünüşte ihmali suçların icrai suçlara nazaran yardımcı norm niteliğinde olması nedeniyle mümkündür. Yine benzer şekilde yukarı doğru bir değişim, yani ihmali fiilden icrai olarak gerçekleştirilen bir fiile doğru değişim de eğer sadece iddianamede bir ihmale yer verilmiş ise yani bir ihmalden dolayı dava açılmış ise mümkündür, zira icrai fiil haksızlık içeriğini arttırıcı bir özellik göstermektedir. Dolayısıyla iddianamede yalnızca ihmali bir fiilden bahsedilmiş ve fakat sonradan bunun icrai olduğu anlaşılması

sonra ortaya çıkan yeni olayların bağımsız bir suç görünümünde olması durumunda söz konusu olacaktır⁵⁹. İddianame hazırlanması fiil bakımından bir hukuki kesinti oluşturmaktadır⁶⁰. Bu nedenle iddianame düzenlendikten sonra sanığın fiilinin devam etmesi durumunda, ikinci fiil bakımından yeni bir iddianame düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda tek değil birden fazla fiilin gündeme gelmesi söz konusu olacaktır⁶¹.

Belirtelim ki mahkemenin savcılara yeni bir iddianame hazırlanması yönünde bir talimat vermesi mümkün değildir. Dolayısıyla yargılama sırasında sanık veya başka bir kişinin muhakeme konusu suçtan başka bir suç işlediği anlaşıldığında mahkemenin buna ilişkin **ihbarda** bulunması gerekmektedir⁶². Savcılık ise böyle bir ihbar üzerine iddianame düzenlenmesine ilişkin genel usul kurallarına göre ya bir iddianame düzenler, ya kovuşturmaya yer olmadığına ya da iddianame düzenlenmesinin ertelenmesine karar verir. Bu tür durumlar için Yargıtay içtihadı da bu yöndedir⁶³

ise burada fiilin değiştiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle ihmali fiilin icrai fiile dönüşmesi ancak yeni bir iddianame yoluyla mümkün olacaktır. Bu kuralların gerçek ihmali suçlar bakımından da geçerli olup olmadığı meselesi de önem arz etmektedir. Örneğin Alman Ceza Kanunu §323 c’de düzenlenen ihmali hareketle yardım etme ya da § 138’de yer alan planlanan suçları ihbar etmeme suçu bakımından bir değişiklik yapıp yapılmayacağı saptanmalıdır. Bu suçlar genel olarak kabul edildiği üzere görünüşte ihmali suçlara ve icrai suçlara göre yardımcı norm niteliğindedir. Dolayısıyla bunların kendi aralarında bir değişim göstermeleri fiili etkilememektedir(Greco, **age**, s. 556)

⁵⁹ Centel/ Zafer, **age**, s. 491; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.662.

⁶⁰ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 531.

⁶¹ Y8CD, 0.02.2012, 7580/2971; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 531.

⁶² Ünver/ Hakeri, **age**, s. 45.

⁶³ “1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’da ek iddianame ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakta olup, bu uygulamanın aynı kanunun duruşmaların bir oturumda bitirilmesini amaçlayan sistemine uygun düşmediği, ek iddianame talebinin yeni CMK’daki hâkimlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararı ile de benimsenen Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri nazara alındığında, hâkimlerin yargılama konusu ve taraflarla ilgili tarafsız olması ilkesine ters düştüğü, ek iddianame talebi ile mahkemenin baştan iddianamenin düzenlenmesini istemekle bir nevi suçun sübuta erdiğini belirterek baştan sanığın mahkûmiyetine dair görüşünü ortaya koyar nitelikte görüş belirtmiş olduğu ve ek iddianame uygulamasının, iddianamenin kabulü ile hâkim önüne gelen iddianamede gösterilen suça ilişkin olarak fiil ve fail hakkında karar verilmesini öngören CMK 225. Maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu, bu maddeye göre hükmün konusunun iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin

b. Yargılama Sırasında Ortaya Çıkan Olayların Yeni Bir İddianame Gerektirmediği Durumlar

Bir yargılamada yeni olaylar ortaya çıkmış olmasına rağmen yeni bir iddianame düzenlenmesi gerekmez. Bu durumlar yargılama sırasında ortaya çıkan yeni olayların fiilin aynılığını bozmaması durumunda veya fiilin hukuki niteliğinin değişmesi durumunda mümkündür. Nitekim hâkim iddianamede gösterilen olayla bağlı olmakla birlikte, fiilin hukuki nitelendirmesi bakımından savcının mütalaası ile bağlı bulunmamaktadır⁶⁴. Eğer ki fiilin aynılığı bozulmuyor ve fakat hukuki nitelendirmesi değişiklik gösteriyorsa bu durumda sanığa ek savunma hakkı tanınması gerekmektedir.

Belirtelim ki yeni ortaya çıkan olaylar bağımsız bir fiil oluşturacak nitelikte olmamalıdır. Nitekim eğer bir fiil hakkında hiç iddianame düzenlenmemişse, yargılama sırasında sanığa ek savunma hakkı verilerek yargılamaya devam edilmesi hukuka aykırı olacaktır⁶⁵. Ek savunma hakkı savcının iddianamede gösterdiği fiilin aynı kaldığı ve fakat yargılama sırasında bu fiilin savcının gösterdiği suçu değil bir

yargılama olduğu, bununla beraber mahkeme hâkimlerinin yargılama esnasında sanıkların iddianamedeki suçtan başka suç işlediklerini düşünüyorsa, bu konuda sadece Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunabilecekleri, iddianame düzenleyip düzenlememek savcının görevi ve takdirinde olduğundan, ek iddianame düzenlenmesi talebinin yapılamayacağı nazara alınmadan yazılı şekilde uygulama yapılması" hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir. (Y3CD, 29.06.2009, 27/13450, Karar için bkz: Ünver/ Hakeri, age, s. 45; ayrıca bkz: Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, age, s.663.

⁶⁴ Bkz. aş. s. 184 vd; Ayrıca bu noktada CMK'da yer verilmeyen *tavzih* kurumuna ilişkin bir öneriye de değinmek gerekmektedir. Tavzih hukuk muhakemesi ve idari yargılamada kabul edilmekle birlikte ceza muhakemesinde kabul edilmemiş bir kurumdur. Bu öneriye göre tavzih mahkemenin iddia veya savunma makamının ne demek istediğini anlayamadığı durumlarda, yargılamayı durdurması ve savcı, sanık veya müdafiyeye tavzih yani izah için belirli bir süre tanınmasını sağlaması amacıyla ceza muhakemesinde de kabul edilmelidir. Bu noktada yeni olayların izah yoluyla yargılama içine katılması mümkün değildir. Ayrıca izah sırasında yeni olaylar anlatılmış olması durumunda bunların yargılama veya hükümde dikkate alınması söz konusu olmayacaktır. Bu anlamda tavzih yeni bir iddianame değil; bir iddianamenin veya yapılan savunmanın açıklanması olarak nitelendirilmektedir (Ünver/ Hakeri, age, s. 46); bununla birlikte fiilin unsurlarına ilişkin olarak yapılan bazı hataların düzeltilmesi de yeni bir fiilden bahsedildiği anlamına gelmez. Örneğin "*İddianame ekindeki kaçak ve usulsüz elektrik tespit tutanağı ve katılan kurumun suç ihbar yazısı içeriğine göre; atılı suçun tarihinin "06/03/2010" olduğunun anlaşılması karşısında, iddianame ve gerekçeli karar başlığında "03/02/2010" olarak yazılan suç tarihinin, mahallinde düzeltilmesi mümkün görülmüştür*" (Y11CD, E. 2015, 3534, K. 2016/3979, T. 3.5.2016).

⁶⁵ Ünver/ Hakeri, age, s. 46.

başka suç oluşturduğu durumlarda gündeme gelecektir. Savcı hukuki nitelendirmeyi hatalı yapmış, sonradan ortaya çıkan delillerle suç tipi ya da türü değişmiş olabilir⁶⁶. Bu durum suçun hukuki nitelendirmesinin değişmesi olarak adlandırılır. Böyle bir durumda yargılama durur ve sanığa bu yeni suç tipine göre bir savunma hakkı tanınır. Bu durumda da muhakeme konusuna yeni fiiller katılması mümkün değildir⁶⁷. Nitekim CMK m. 225/1 uyarınca hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir. Bu düzenleme iki görev yerine getirmektedir. Bunlardan biri sanığın iddianamede gösterilmeyen bir fiilden dolayı yargılanmasının önüne geçilmesi, diğeri ise başka fiiller hakkında hüküm verilmesinin engellenmesidir. İşte ek savunma hakkının tanınması bu düzenlemenin bir gereği olarak da karşımıza çıkmaktadır. CMK m. 226/'e göre *“sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez”*. Bununla birlikte CMK m. 226/2 uyarınca cezanın arttırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek haller ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında sanığa ek savunma hakkının kullanılması gerekmektedir. Cezayı azaltan nedenlerin tamamı ve cezayı artıran nedenlerin ise bir kısmı tek başlarına bir isnat oluşturmadıklarından tek başlarına dava edilemezler ve iddianamede açık bir biçimde yer almayabilirler. Benzer biçimde tek başlarına bir isnat oluşturabilen cezayı artıran nedenler bakımından da aynı durum geçerlidir. Buna aykırı bir muhakeme bozma nedeni teşkil edecektir⁶⁸. Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki bir yargılama boyunca sanığa ek savunma hakkı tanınmasına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

⁶⁶ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 53; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 46; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.660.

⁶⁷ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 46; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.661; “Sanıklar hakkında adam öldürmeye teşebbüs suçundan kamu davası açıldıktan sonra mağdurenin 31.12.2006 tarihinde öldüğü, iddianamede öldürme suçuna ilişkin unsurlardan bahsedilmediği anlaşılınca ek iddianame düzenletirilerek, sanıklara atfedilen eylem ve suçların açıkça belirlenip, sevk maddelerinin ayrı ayrı gösterilmesi sağlandıktan sonra hüküm kurulması gerekirken, 5271 sayılı CMK'nın 170/3 ve diğer maddelerinde belirtilen yasal unsurları içermeyen iddianameye dayanılarak hüküm kurulması usule aykırıdır” Y1CD, 02.03.2010, 9961/1250; bkz: Ünver/ Hakeri, s. 46.

⁶⁸ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 667.

Dolayısıyla yargılama devam ettiği sürece fiilin hukuki nitelendirmesinin değiştiği her durumda bu hak tanınmalıdır⁶⁹. Ancak ek savunma hakkının tanınmış olması bizatihi bir dava açılmış olması anlamına gelmeyecektir. Bu anlamda isnat edilen suçların birbirine dönüşebilir olup olmadıkları ek savunma hakkının kullandırılması bakımından önem arz etmektedir. Nitekim Yargıtay'a göre "*iddianame ile mağdurun ırzına geçmeye teşebbüs suçundan dava açıldığı ve bu suçun vasıf değişikliği ile yaralama suçuna dönüşmeyeceği gözetilerek, kabule ve uygulamaya göre bu suçtan beraatına karar verilip, gerekirse yaralamadan dava açılması sağlanıp, bundan sonra yaralamadan hüküm kurulması gerekirken, bir eylemin izahı sadedinde iddianamenin bir kısım açıklamalarda bulunmasının, başka bir suçtan dava açıldığı anlamına gelmeyeceği*"ne karar vermiştir⁷⁰. Ek savunma hakkı kurumunun

⁶⁹ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 49; Alman hukukunda söz konusu husus StPO , § 265'te düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin dördüncü paragrafında mahkeme tarafından olayın değişmiş şeklinin, suçun hukuki niteliğini ya da cezayı arttırmayı gerektirmemesi durumunda da, yeni bir savunmayı gerektirdiği kanaatine varırsa, bunun için ek savunma hakkı tanıyabilmektedir.(KMR/Stuckenberg, § 265, Rn. 3vd.); Örneğin Öldürme suçunun yaralama suçuna doğru değişmesi, yani aşağıya doğru bir değişim, mümkün görülmektedir. Zira öldürme suçunun gerçekleşmesi için mağdurun öncelikle yaralanması gereklidir. Bu ilişki geçişli suç olarak adlandırılmaktadır ve bu durumlarda Alman hukukunda bazı görüşler yaralama suçunun da öldürme suçuna göre yardımcı norm niteliğinde olduğunu savunmaktadır (Greco, **age**, s. 557) Bu iki suç ile korunan hukuki değerler farklı olmasına rağmen, tersi yönde bir değişim, yani yaralama suçunun öldürme suçu olarak değişmesi de mümkün olduğu belirtilmektedir. Öldürme suçu ile korunan yaşam hakkı ve yaralama suçu ile korunan vücut dokunulmazlığı hakkının birbirleri ile son derece yakın bir ilişki içinde olduğu belirtilmektedir. Buna göre yaşam hakkını koruyan öldürme suçunda korunan hukuki değer yaralama suçu ile kıyaslandığında, ilkinin daha yoğun ve niceliksel olarak artmış bir ihlal oluşturduğu söylenmektedir. Malvarlığına yönelik çok yoğun bir ihlal hiçbir şekilde bir yaşamsal tehlike oluşturmazken, vücut bütünlüğüne yönelik çok yoğun bir ihlal belirli bir yoğunluktan başlayarak yönelim değişkenlerinin önemi olmaksızın mağdurun hayatını ilgilendirir. Dolayısıyla esasında yaşam hakkının ihlali vücut dokunulmazlığı bakımından bir değişim değil bir derinleşme olarak nitelendirilebilecektir(Greco, **age**, s. 557); Ancak Türk hukuku bakımından aynı sonuca varabilmek mümkün değildir. Nitekim öldürme suçunun cezası yaralama suçuna nazaran daha ağır olduğundan, iddianamede yaralama suçunun belirtilmiş olmasına rağmen yargılama sırasında doğrudan öldürme suçundan sanığın savunması alınmaksızın hüküm kurulması mümkün olmayacaktır. Burada yeni bir iddianame değil ek savunma imkânının kullanılması söz konusu olmalıdır; Alman hukukuna göre yağma ve hırsızlık suçları bakımından "malın alınması" göz önünde bulundurulacak olursa, doktrindeki baskın görüşün kural olarak burada tek bir muhakeme anlamında fiil kabul ettiklerini belirtmek gerekmektedir (Neuhaus, **MDR 1988**, s. 1014; Detmer, **age**, s. 224.) Ancak kanaatimizce bu Türk hukuku bakımından geçerli değildir. Bu nedenle iddianamede hırsızlık suçunun söz konusu olduğu ve fakat yargılamada yağma suçundan hüküm kurulması düşünüldüğünde yağma suçunda olaya yani fiile ilişkin bir takım değişikliklerin gerektiği göz önünde bulundurulması ve dolayısıyla fiilin değiştiği kabul edilmelidir. Bu nedenle de böyle bir dönüşüm söz konusu olduğunda bunun ancak yeni bir iddianame ile dava açılması suretiyle yargılanarak hakkında hüküm kurulması gerekmektedir.

⁷⁰ Y1CD, 21.03.2006, 1893/880; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 668.

tanınmasının esası mahkûmiyet kararı verilecek durumlarda sanığın savunma hakkının dolaylı olarak kısıtlanmasının önüne geçilmesidir⁷¹. Dolayısıyla mahkemenin hatalı hukuki nitelemeye rağmen iddianamede yer almayan bir hüküm uyarınca sanığın beraatına ya da davanın düşmesine karar vermesi durumunda, ek savunma hakkının kullandırılmamış olmasının hukuka aykırı olmayacağı ileri sürülmektedir⁷². Bu gerekçelerle CMK m 226'da cezanın indirilmesine neden olan nitelikli hallerin ortaya çıkması durumunda sanığa ek savunma hakkı verilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmediği görülmektedir. Ancak isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere bu tür durumlarda da ek savunma hakkının tanınması bazı faydalar sağlayabilecektir. Nitekim sanığın ek savunma hakkını kullanması ile daha fazla indirim yapılması gündeme gelebilecek ya da hâkim bu açıklamaları vicdani kanaatini oluştururken göz önüne alabilecektir⁷³. Belirtmek gerekmektedir ki ek savunma hakkı, sanık herhangi bir sebeple duruşmadan varestede tutulmuş olsa bile müdafine değil, kendisine tanınmalı ve sanık tarafından bizzat kullanılmalıdır⁷⁴

⁷¹ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 668; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.661.

⁷² Ünver/ Hakeri, **age**, s. 668; Aksi görüş için bkz: Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **age**, s.662.

⁷³ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 668-669; bu nedenle CMUK m.258/6'dakine benzer bir düzenlemenin CMK m. 226 bakımından da getirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ünver/ Hakeri, **age**, s. 669.

⁷⁴ “*Usulün 258 inci maddesi hükmü, kısaca ifade edilirse iptidaen müsnet suçun hukuki mahiyetinin değişmesinden cezanın artırılmasını mucip hallerin zuhurundan mütevellit, maznuna kendini müdafaa imkanı verilmesi gayesini istifdaf ve prensibini vazeylemektedir. Sonradan mütehassıl durumun, sorumluluğuna taalluku itibariyle bu müdafaa imkanının maddi hadise ile doğrudan doğruya alakalı olan bizzat mazanuna verilmesinin kabulü hukuk prensibi ve mantık icabıdır. Filhakika suçun (yeniden tespit kılınan şekli ve vasfı ve sair sebepler) dolayısıyla müdafaa imkanına sahip olacak şahsın, suç teşkil eden fiili işlediği iddia veya kabul edilen ve mahiyeti meseleye vakıf mevkiide bulunan maznunun kendisi olacağı aşikardır. Hadisenin maddi cihetine, basit tabiri ile içyüzüne vekilin tam derecede vukuf kesbetmemiş bulunması ihtimali mevcut ve bu sebeple maznun ile vekili arasındaki anlaşma "fiilin", müdafaanın bir safhasına inhisar etmesi mümkündür. Bu takdirde vekilin müdafaası mütekaddim malumatına maksur kalacaktır. Halbuki maznunun bizzat yapacağı müdafaa, müphem ve eksik kalmış bazı noktaların aydınlanmasına, lehe bir durumun tahakkukuna veya ağırlatıcı halin bertaraf edilmesine medar ve mesnet olabilir” YİBK, E 1959/9, K 1959/22, T 1.6.1959.*

Ek savunmaya sanık hakkında iddianamede belirtilen bir suç uygulandığı durumlarda gerek görülmemekte ve Yargıtay tarafından bu durum bozma nedeni sayılmaktadır⁷⁵.

Sanık hakkında müşterek fail olduğu isnadı ile hazırlanan bir iddianame uyarınca görülen yargılamada yardım etme şeklinde şerik olarak cezaya hükmolunması da, ek savunma hakkı tanınmaz ise hukuka aykırı görülerek Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmaktadır⁷⁶. Buna karşılık sanığın adli sicil kaydının mahkemede okunmasının ardından iddianamede yer alması da tekerrür hükümlerinin

⁷⁵ Y6CD, E 1997/6171, K. 1997/5958, T. 3.6.1997; Y13CD, E 2011/25934, K 2013/100, T14.1.2013; Y3CD, E 2012/24065, K 2013/23983, T 10.6.2013; Y3CD, E 2011/43923, K 2013/444, T 15.1.2013; Tekerrür sebebiyle cezada arttırmaya gidileceği durumlarda ek savunma hakkı tanınması gerekliliğine ilişkin olarak ayrıca bkz: Y10CD, E. 1996/12379, K. 1196/12597, T. T26.11.1996; Yargılama sırasında hem teşebbüs aşamasında kalmış suçun tamamlanmış suça dönüşmesi hem de bunun tersi mümkündür İddianamede suçun tamamlanmış haline yer verildiğinde, fiil bakımından bir değişiklik olduğunu söylemek mümkün değildir. Tamamlanmış suça göre teşebbüse ilişkin normlar tamamlayıcı norm niteliğindedir (Greco, **age**, s. 553, Liu, **age**, s. 85; Oehler, **Rosenfeld FS**, s. 149; Spinellis, **age**, s. 104; Bertel, **age**, s. 144; Barthel, **age**, s. 100) Dolayısıyla yeni bir iddianame düzenlenmesine ya da ek savunmaya gerek olmaksızın teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir. Ancak iddianamede suçun teşebbüs aşamasında kalmış haline yer verildiğinde yargılama sonucunda doğrudan suçun tamamlanmış halinden cezaya hükmedilmesi mümkün değildir. Nitekim suçun tamamlanmış hali haksızlığın içeriğinin kapsamını genişletmekte ve cezanın artmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda sanığa ek savunma hakkı tanınmalıdır. Fiil değişmediğinden ya da yeni bir fiil eklenmediğinden yeni bir iddianameye gerek bulunmamaktadır. Cezalandırılabilir hazırlık hareketleri (bunlar Alman Hukuku bakımından StGB §30'da karşımıza çıkmaktadır) ve teşebbüs bakımından da tamamlanmış suç ve teşebbüs arasındaki ilişkiye benzer bir çözüm getirilebilir. Zira cezalandırılabilir hazırlık hareketleri teşebbüs hükümlerine göre tamamlayıcı norm niteliğindedir, teşebbüs ise hazırlık hareketlerinin bir dönüşümü değil sadece daha ileriye götürülmüş hali olarak ele alınabilir. Buradaki esas mesele hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı özel suç tiplerinin varlığı durumunda karşımıza çıkmaktadır. Alman Ceza Hukuku bakımından StGB §265 (sigortayı kötüye kullanma) ve StGB § 263 (dolandırıcılık) arasındaki ilişki buna bir örnek olarak verilebilmektedir. Nitekim sigortayı kötüye kullanma suçunu düzenleyen § 265, bu suçun ancak § 263 kapsamında cezalandırılmadığı durumlar bakımından uygulanabileceğini söyleyerek esasen § 265'in § 263 bakımından bir yardımcı norm niteliğinde olduğunu belirtmektedir (Greco, **age**, s 554); Y6CD, E 2002/23728, K 2004/3131, T 18.03.2004; Suç niteliğinin değişmesine rağmen ek savunma hakkı tanınmamış olmasından dolayı bozmaya karar verilen Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz.: YCGK E. 1984/1-73, K. 1984/161, T. 30.4. 1984; Y4CD, E 2000/6356, K 2000/7041, T. 24.10.2000; Y7CD, E 1999/9103, K 1999/9597, T. 28.9.1999; Y4CD, E. 2003/ 11955, K. 2004/11361, T. 24.11.2004; Y9CD, E. 1990/1544, K. 1990/2595, T. 22.6.1990; Y9CD, E 1996/6654, K 1996/1257, T. 4.3.1997; Y8CD, E 2016/1913, K 2016/5037, T 14.4.2016; Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin 257/1'den dolayı iddianame düzenlenmiş olmasına rağmen hükmün ek savunma hakkı verilmeksizin 257/2 uyarınca verilmiş olması durumunda Yargıtay bunun bir bozma nedeni sayılması gerektiğini söylemektedir. Y5CD, E 2014/3260, K 2016/6302, T 14.6.2016.

⁷⁶ Y2CD E 2014, 16980, K 2015/23400, T 17.12.2015

uygulanabileceği zira bu durumda sanığa ek savunma hakkı tanınmış olsa da bu savunmanın mahkemenin kararına etki etmeyeceği söylenmektedir⁷⁷

İddianamede gösterilen olay ve olayın nitelendirilmesi aynı kalmakla birlikte **kişinin değişmesi** durumunda ne yapılması gerektiği de tartışılmalıdır. Nitekim hakkında kamu davası açılmaksızın hüküm verilmesi durumunda, hem bu kararın kanun yolu incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş olması hem de gerçek failin iddianamede ismi geçen kimse mi yoksa ismi geçmeyen bir başka kimse mi olduğunun saptanması gerekecektir. Kanaatimizce bu durumda Adalet Bakanının kanun yararına bozma isteminin kabul edilmesi ve yargılamanın yeniden yapılması gerekmektedir⁷⁸.

3. Hüküm ve Fiil İlişkisi

Yargılama makamının uyuşmazlığı doğrudan çözen kararlarına hüküm denilmektedir⁷⁹. CMK m. 225/1 uyarınca hükmün konusunu iddianamede unsurları belirtilen fiil ve bu fiilin faili oluşturmaktadır. Nitekim bu düzenleme davasız yargılama olmaz ilkesinin bir gereği olarak ele alınmalıdır⁸⁰. Türk Ceza Muhakemesi hukukunda beraat, mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik

⁷⁷ “Tekerrüre esas oluşturacak nitelikte hükümlülüğü bulunan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 58. maddesinde düzenlenmiş olan ve güvenlik tedbirleri arasında sayılan tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren durum ilk defa duruşmada ortaya çıkan bir hal değildir. Çünkü tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, diğer bir anlatımla kanunda aranan diğer şartların da varlığı halinde sanığın sabıkalı olması halinde uygulanmaktadır ki, sanık önceden işlediği bir suçtan dolayı hakkında bir mahkûmiyet kararı verildiğini ve bu kararın kesinleştiğini, kısacası sabıkalı olduğunu bilmektedir. Nitekim, 05.12.2008 günlü duruşmada, nüfus kaydı ile birlikte adli sicil kaydı da okunan sanık belge içeriklerinin doğru olmadığına ilişkin herhangi bir savunmada bulunmamıştır. Dolayısıyla, adli sicil kaydı duruşmada okunmuş olup, içeriğine yönelik olarak herhangi bir itirazda bulunmayan ve temyiz dilekçesinde de hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmaması gerektiğine ilişkin bir açıklamada bulunmayan sanık, tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren sabıkalılık halini önceden bildiğinden, bu durumun ilk defa duruşmada ortaya çıktığından söz etmek mümkün değildir. Öte yandan, tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren sabıkalılık halini önceden bildiği anlaşılan sanığa ek savunma hakkı verilmesi halinde, savunmasında herhangi bir değişiklik olmayacağı gibi, mahkemece varılan sonuç da değişmeyecektir. Bu nedenle, 5237 sayılı TCK'nun 58. maddesi uyarınca tekerrür hükümlerini uygulayan yerel mahkemece sanığa ek savunma hakkı verilmemesi usul ve kanuna uygundur” YCGK E 2013/3-204, K 2013/134, T 9.4.2013

⁷⁸ Ünver/ Hakeri, s. 47; Bkz: YCGK, 27.09.2005, 6-63/108; Y1CD, 13.02.2006, 310/186.

⁷⁹ Hüküm çeşitlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Elif Bekar, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”, **İÜHFİM**, C. 75, S.1, 2017, s. 15-60.

⁸⁰ Toroslu/ Feyzioğlu, **age**, s. 306.

tedbirlerine hükmedilmesi şeklindeki hükümler uyuşmazlığı doğrudan çözmekte; kanunun hüküm olarak nitelendirdiği davanın reddi ve düşmesi kararları ise uyuşmazlığı dolaylı olarak çözmekte yani o uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturmamakla birlikte onun çözülemez bir uyuşmazlık olduğunu belirtmekte ve bu nedenle son karar sayılabilmektedir. Bu nedenle söz konusu bu kararlara karşı istinaf yolu açıktır. Ancak mülga CMUK'un aksine durma kararları uyuşmazlığın doğrudan ya da dolaylı çözüme kavuşturulmasını sağlamadığından son karar yani hüküm olarak ele alınmamaktadır. Durma kararlarına karşı yalnızca itiraz kanun yoluna gidilebilecektir⁸¹.

Mahkeme yargılama sırasındaki araştırma faaliyetinde olduğu gibi, hüküm verme safhasında da bireyselleştirilmiş olan fiille bağlıdır. Mahkemenin hem araştırmalarında hem de hükmünde davada tasvir edilen eylemle bağlı olması esasında davasız yargılama olmaz ilkesinin bir neticesidir. CMK m. 226/1 de bu hususa “ *Sanık, ... iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez*” diyerek açıklık getirmektedir.

Belirtmek gerekmektedir ki eğer yargılamada muhakeme hukuku bakımından sadece tek bir fiilden söz ediliyorsa, burada yalnızca bir hüküm verilmesi söz konusu olur⁸². Tek bir fiilin söz konusu olduğu durumlarda verilen hükmün fiili oluşturan olgulardan bir kısmına ilişkin olması mümkün değildir. Dolayısıyla fiilin bir kısmına ilişkin olarak mahkûmiyet, bir kısmına ilişkin olarak ise beraat kararı verilemez⁸³. Oysaki fiil çokluğu durumunda bunun bölünebilmesi ve dolayısıyla her fiil için aynı yargılamada farklı kararlar verilebilmesi mümkündür⁸⁴.

⁸¹ Toroslu/Feyzioğlu, s. 308-309; Bu bağlamda ifade etmek gerekmektedir ki durma kararları non bis in idem etkisi doğurmamaktadır. Zira durma kararları muhakemenin yürütülmesi bakımından bir engel bulunması durumunda verilen ve engel ortadan kalktıktan sonra muhakemeye devam edilebilmesini sağlamaya yönelik kararlardır. (Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 953)

⁸² Löwe/ Rosenberg, § 264, Rn. 39; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 43; Yukarıda bu durumun aksinin istisnai olarak mahkûmiyet hükmü yanında verilen güvenlik tedbirleri bakımından mümkün olabileceğini belirtmiştik. Bkz. yuk. s. 112, dn. 71.

⁸³ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 43.

⁸⁴ Löwe/ Rosenberg, § 264, Rn. 40; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 44.

4. Hükümün Kesinleşmesi ve Olağanüstü Kanun Yolları

Hüküm verildikten sonra kesinleşmesi farklı yollardan olabilmektedir⁸⁵. Hüküm kesinleştikten sonra ise önleyici etkisi doğmaktadır. Önleyici etki aynı fail ve fiil hakkında tekrar bir yargılama yapılamamasını ifade etmektedir. Bu bağlamda kesin hükmün önleyici etkisinden söz edebilmek için gereken koşullar kişinin aynı olması ve fiilin aynı olması⁸⁶ koşullarıdır.

Olağanüstü kanun yollarından yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun fiil ile ilişkisini yukarıda incelediğimizden burada tekrardan kaçınmak adına bir daha yer vermiyoruz.

Olağanüstü kanun yolları bakımından non bis in idem ilkesine aykırı olarak görülen ve ikisi de kesinleşmekle birlikte birbiri ile çelişen kararlar bakımından nasıl bir yol izlenmesi de ele alınmalıdır. Örneğin aynı fiille ilgili olarak aynı anda iki yargılamanın yürütülmesi ve bu iki yargılama neticesinde aynı kişi hakkında birinde mahkûmiyet birinde ise beraat hükmü verildiği ve her iki hükmün de kesinleştiği varsayımında ne şekilde hareket edilmesi gerektiği meselesi gündeme gelebilecektir. Burada non bis in idem ilkesine ilişkin bu ihlalin ne şekilde giderilmesi gerektiği bir sorun teşkil eder. Kararların birinin veya her ikisinin kesinleşmeme ihtimalinde olağan kanun yolları ile giderilebilecek olan bir sorun söz konusudur. Ancak kanun yolu incelemesinden geçerek ya da geçmeksizin bir kesinleşme söz konusu ise tek ve aynı fiilden dolayı iki farklı hükmün infazının ne şekilde engelleneceğinin belirsiz olduğu ifade edilmektedir. Burada çözüm önerisi olarak Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun m. 98 uyarınca hükmü veren mahkemeye başvurarak hukuka aykırılığın kaldırılmasını istemek gerekir denmektedir⁸⁷. Oysaki böyle bir sorun hükmün olağan kanun yollarından geçerek kesinleşip kesinleşmediğine bağlı olarak ya CMK M. 308 ve m. 308A'da öngörülen olağanüstü itiraz yetkisinin kullanılması ya da CMK m. 309 uyarınca kanun yararına bozma şeklindeki olağanüstü kanunyolu ile çözüme kavuşturulabilecek niteliktedir.

⁸⁵ Talas, **age**, s. 26 vd.

⁸⁶ Fiilin aynılığına ilişkin olarak Y1CD, 16.05.1994,1547/1538; Ayrıca bkz. yuk. s. 134.

⁸⁷ Ünver/ Hakeri, **age**, s. 809.

B. YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Ceza muhakemesinde hem fiilin sınırlandırılması hem de fiilin aynılığı şeklinde somutlaştırdığımız sorunlar bakımından Yargıtay'ın yaklaşımının ne olduğunun Türk Ceza Muhakemesinde fiile ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde ortaya konulması gerektiğini düşünmekteyiz.

Öncelikle belirtmek gerekmektedir ki Yargıtay kararlarının genelinde tez konumuzu oluşturan “ceza muhakemesinde fiil” şeklinde bir kavramlaştırma yapılmamıştır. Bunun tek istinasını oluşturan bir kararında Yargıtay Ceza Genel Kurulu ceza muhakemesinde fiil ve maddi ceza hukukundaki fiili birbirinden ayırmış ve isabetli bir şekilde “*Ceza muhakemesi anlamında fiil, uyumsuzluk konusu olay olup, muhakemenin konusunu oluşturan olayın bütününe ifade etmektedir. Maddi ceza hukukunda ise fiil, belirli bir amaca yönelen, kişinin istemine göre ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icrai yahut ihmali bir insan davranışdır. Ceza muhakemesindeki fiil, maddi ceza hukuku anlamında tek bir fiilden oluşabileceği gibi birden fazla fiilden de oluşabilir. Bu itibarla ceza muhakemesindeki fiil kavramı, maddi ceza hukukundaki fiil kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bununla birlikte, maddi ceza hukuku anlamındaki tek fiilin, ceza muhakemesinde birden fazla fiili oluşturması da mümkün değildir*”⁸⁸ tespitini dile getirmiştir. Bu bağlamda fiilin kapsamı ya da fiilin aynılığı bakımından kavramsal bir gelişim bulunmamaktadır. Nitekim mahkemenin birçok kararında fiil yerine “*olay*” veya “*dava konusu eylem*” ifadelerini kullandığı görülmektedir⁸⁹. Bunun yanında mahkemenin birçok başka kararında ise mahkemenin muhakemenin konusu kavramı yerine doktrinde kabul edilen dava konusu kavramını da başka anlamlarda kullandığı görülmektedir. Örneğin hırsızlık konusu olan bir taşınır mal, orman arazisi sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olan bir arsa gibi esasında ceza muhakemesinde fiilin hukuki nitelendirilmesi neticesinde maddi ceza hukuku açısından suçun unsurlarından suçun

⁸⁸ YCGK, E. 2013/7-700, K. 2015/241, T. 23.06.2015

⁸⁹ Y9. CD. E. 2007/8115 K. 2007/7583 T. 25.10.2007; Y11. CD. E. 2015/3534 K. 2016/3979 T. 3.5.2016; Y11. CD. E. 2012/10897 K. 2014/396 T. 13.1.2014.

konusunu teşkil eden hususlar mahkeme tarafından “dava konusu” olarak nitelendirilmektedir⁹⁰. Ancak bu karışıklığa karşın dava konusunun genel itibariyle muhakeme konusunu ifade ettiği söylenebilmektedir. Bunlar yanında Alman hukukunda yer verdiğimiz şekilde ceza muhakemesinde fiilin kapsamının belirlenmesine ilişkin olarak yargı kararları açısından herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Kavrama dair herhangi bir isimlendirme yapılmamış ve bazı durumlarda kavramlar birbiri yerine kullanılarak karışık bir durum yaratılmış olsa da Yargıtay tarafından ceza muhakemesinde fiilin genel itibariyle muhakemenin objektif unsuru olarak bir olayı ifade ettiğini belirtmek yerinde olacaktır.

Yargıtay iddianamede sınırlandırılmış yani bireyselleştirilmiş olan fiilin göz önüne alınması suretiyle yargılamanın yürütülmesine büyük özen göstermektedir. Bu nedenle Yargıtay kararlarında fiil meselesi genellikle yeni bir iddianame düzenlenmesi gerekliliği ile hükmün konusunu oluşturması bağlamında ele alınmaktadır. Ceza muhakemesinde fiil kavramı bakımından olduğu gibi fiilin aynılığı bakımından da kararlarda bulabildiğimiz tek tespit yukarıda zikrettiğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında dile getirilmiş bulunmaktadır. Burada da fiilin aynılığı açısından mahkeme görüşlerini “*iddianame veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda belirtilen olaylar bütünüün esas alınması gerekmektedir. Buna göre iddianame veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda yer alan fiilin işlendiği yer, fiilin süresi, zamanı, kullanılan araçlar, kullanılma biçimleri belirtmek suretiyle bireyselleştirilerek tanımlanan olaylar göz önünde bulundurularak fiilin aynı olup olmadığı belirlenecektir*”⁹¹ şeklinde dile getirmektedir. Dolayısıyla fiilin genişlemesi ya da ikamesi kurumlarının bir kavramlaştırma yapılmaksızın tartışıldığı kararlar bulunmakla birlikte Yargıtay’ın eğilimi iddianame ile sıkı sıkıya bağlı olmak şeklindedir. Bu bağlamda mahkeme genellikle davasız yargılama olmaz ilkesine atıfta bulunarak sorunları çözme

⁹⁰ YCGK. E. 2012/7-1194 K. 2013/105 T. 26.3.2013; Y7. CD. E. 2016/7960 K. 2016/10140 T. 1.11.2016; Y 7. CD. E. 2013/18249 K. 2014/9825 T. 21.5.2014; Y7. CD. E. 2009/3646 K. 2012/17281 T. 28.5.2012; Y.3CD, E. 1993/6261, K. 1993/10610, T. 13.09.1993.

⁹¹ YCGK, E. 2013/7-700, K. 2015/241, T. 23.06.2015

eğilimindedir. Yargıtay'ın söz konusu ilkeye birçok kararında atıf yaptığı görülmektedir⁹².

Mahkeme önüne gelen olaylarda sorun ya fiil iddianamede açıklanırken o fiilin bir parçasına ilişkin olarak savcılık tarafından bir sevk maddesi gösterilmemiş olması ya da fiil ile olgusal anlamda bağıllık arz ettiği düşünülen ayrı fiil parçalarının da muhakemeye dâhil edilip edilemeyeceği olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlk sorun bakımından Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre bir olayın açıklanması sırasında başka bir olaydan söz edilmiş olması o olay hakkında da dava açıldığını göstermemektedir. Hakkında dava açılmış fiilin açıkça ve bağımsız bir biçimde gösterilmiş olması şarttır. Bu nedenle cumhuriyet savcısı başka bir olaya bağımlı ve dayalı olarak bir olaydan söz etmiş ise, bu olay için dava açılmış olmaz⁹³. Bu belirleme davasız yargılama olmaz ilkesinin bir sonucudur⁹⁴. Nitekim Yargıtay

⁹² Karar örnekleri için bkz: Ünver/ Hakeri, **age**, s. 44;

⁹³ Bkz.: YCGK, 14.06.2005, 38/63; YCGK, 23.11.2004, 174/2002; Y 11CD, 28.01.2010, 11316/243; Y11CD, 17.09.2008, 4190/8890; Y9CD, 11.09.2012, 5472/9197; Ünver/ Hakeri, **age**, s. 45; Centel/ Zafer, **age**, s. 501; “ somut olayda ...tarihli iddianamenin anlatım kısmında sanığın üzerine atılı hakaret suçu açıklanırken trafik ekip otosunu yumrukladığının belirtilmiş olmasının mala zarar verme suçundan dava açıldığını göstermeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde bu suçtan da mahkûmiyet kararı verilmesi kanuna aykırıdır” Y9CD, 23.9.2008, 11514/10226; Ünver/Hakeri, s. 46; “Sanıklar hakkında yağma suçundan dava açılmadığı halde, yargılama konusu dışına çıkılarak, beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır” Y6CD, 11.05.2010, 7714/6220; Sanık X hakkında müştekiler A,B ve C'ye karşı hırsızlık suçlarından kurulan hükümler ile sanık Y hakkında müşteki A'ya karşı hırsızlık suçundan kurulan hükme ilişkin temyiz incelemesinde, Sanık Y'nin müşteki A'ya yönelik eyleminin konusu olan televizyon ve uydu alıcıyı kamu kurumu niteliğindeki Z'den çaldığının anlaşıldığı, bu nedenle sanığın eyleminin TCK m. 142/1-a'da düzenlenen suç oluşturduğu ve fakat TCK 142/1-b'nin uygulandığı, ancak her iki suç karşılığında öngörülen cezanın aynı olması sebebiyle sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır. Ancak Sanık X hakkında müşteki B'ye karşı konut dokunulmazlığını ihlal suçundan kurulan hüküm bakımından, CMK m. 225/1e göre hükmün konusunun iddianamede gösterilen eylem olduğu, **iddianamede davaya konu yapılan fiilin bir başka olaya dayalı olmadan bağımsız olarak açıklanıp belirtilmesinin gerektiği**, aksine uygulamanın hangi eylemden dolayı dava açıldığı ve hangi iddiaya karşı savunma yapılacağı hususunda karışıklığa neden olacağı, bu itibarla sanık hakkında iddianame içeriğine göre hırsızlık suçundan kamu davası açıldığı ancak konut dokunulmazlığının ihlali suçundan açılmış bir dava bulunmadığı gözetilmeden, sanığa ek savunma verilmesi ile yetinilerek yazılı şekilde sanık hakkında konut dokunulmazlığını bozma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir Y2CD, e 2014/28006, K 2016/9331, T 16.05.2016; Suç niteliğinin değiştiği durumlarda, bu yeni suçun iddianamede belirtilmemiş olması karşısında sanığa ek savunma hakkı tanınmaksızın sanığın iddianamede belirtilen suç dolayısıyla beraatine hükmedilmesi suretiyle yargılamaya son verilmesi de bozma nedeni sayılmaktadır. Y1CD, E. 2003/960, K. 2003/1275, T. 5.6.2003

⁹⁴ Ceza muhakemesi hukuku bağlamında fiilin bu şekilde belirlenmesi Alman Anayasası m. 103/ 3'te de belirtildiği üzere “muhakeme hukukunun anayasal görüntüsüne” ilişkindir.(Volk, **age**, § 13, Rn.2)

önüne gelen bir başka olayda iddianamede “*parasını almak amacıyla tornavidayla göğsüne vurarak yaraladığı*”, “*darbeler sonucu öldüğü*”, “*maktulün ceplerini aradığı ve cebinde bulunan paraları alarak*” biçiminde yağma suçu olarak nitelenebilecek birden çok olguya yer verilmiştir. Yargılama bu fiiller üzerinden yapılarak hüküm kurulmasına rağmen, Yargıtay Ceza Genel Kurulu iddianamede yağma suçu ile ilgili dava açıldığına ilişkin görüşü isabetli bulmamış ve ilk derece mahkemesinin direnme hükmünün bozulmasına karar vermiştir⁹⁵. Ancak burada Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun iddianameyi hazırlayan Cumhuriyet Savcısının iradesine göre hareket etme zorunluluğu altında bırakıldığı belirtilmekte ayrıca Yargıtay’ın bu yaklaşımı aynı kararın karşı görüşünde mahkemenin iddianamede yer alan tarihsel olay içinde kalan ve ceza hukukuna göre suç teşkil eden tüm fiilleri yargılama zorunluluğu bulunduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹⁶. Nitekim Yargıtay’ın bahsedilen bu genel eğiliminin aksine kararı da bulunmaktadır. Örneğin başka bir olayda “*geceleyin saat 21:30 sıralarında tavukları çalan şahsı tespit etmek için müştekileri bekledikleri sırada, şüphelilerden Tnin daha önce ele geçirdiği anahtar ile işyerini açarak birlikte hırsızlık yapmak için içeriye girdikleri, burada tavukları çalmak için almak istedikleri bir sırada müştekileri hissetmeleri üzerine olay yerinden uzaklaştıkları*” biçiminde açıklanan fiiller nedeniyle, Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenen iddianamede sanıkların yalnızca hırsızlık suçundan dolayı TCK M. 142/2, 143, 43/1, 37, 53/1, 58/1 ve 63 uyarınca cezalandırılmaları istenmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılamada sanıklar hakkında hırsızlık suçundan hüküm kurulmuştur. Yargıtay ceza dairesi ise, iddianamedeki anlatıma göre “*sanıklar hakkında geceleyin işyeri dokunulmazlığını bozma suçundan da kamu davası açıldığının anlaşılması karşısında TCK’nın 116/2 ve 119/1-c maddeleri uyarınca zamanaşımı içinde hüküm kurulmasının olanaklı bulunduğunu*” kabul etmiş ve bunu bozma nedeni yapmamıştır⁹⁷. Bu kararın isabetli olduğunu dile

⁹⁵ Yerel mahkemenin direnme gerekçesinde “iddianame metnine giren ve olayın bütünlüğü içinde kalan tüm eylemler, yargılamanın konusudur” denmektedir. (CGK., E. 1997/76 K. 1997/114 T. 13.05.1997) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-1997-76-k-1997-114-t-13-05-1997> ()

⁹⁶ CGK., E. 1997/76 K. 1997/114 T. 13.05.199.

⁹⁷ 6. CD, 31.01.2007, 2006/11720, 2007/737 (Çınar, **agm**, s. 43)

getiren bir görüş iddianamede açıklanan ve ceza hukuku bakımından cezalandırılabilir nitelikteki fiiller bakımından yargılama yapılarak hüküm kurulması gerekliliğini öne sürmektedir⁹⁸. Yargıtay iddianame ile bağılılığı öyle önemsemektedir ki bir kararında fiilin iddianamede yapılan nitelendirmesi ile bağılı kalınması gerektiğini belirtmiştir. Ancak haklı olarak bu yöndeki görüş eleştirilmektedir⁹⁹. Zira yargılamanın maddi konusu ve hukuki konusu birbirinden ayrıdır. Mahkeme hiçbir şekilde fiilin iddianamede yer alan hukuki nitelendirmesi ile bağılı değildir.

İkinci soruna ilişkin olarak da mahkeme benzer yaklaşımını Alman hukuku bakımından oldukça tartışmalı olan zincirleme suç ve mütemadi suçlar açısından da dile getirmektedir. Mahkemeye göre yargılamada zincirleme suç kapsamına alınmamış, fiili veya hukuki bir kesinti sonrasında devam ettirilen fiiller, aynı kanun hükmünü ihlal ediyor olsa da, savcılık makamı tarafından bir iddia konusu yapılmadığından, söz konusu sonraki fiiller nedeniyle bir karara varılabilmesi bunların yeni bir iddianame ile ceza yargılamasına konu edilmesine bağılı görülmektedir¹⁰⁰. Mütemadi suçlar bakımından ne şekilde hareket edilmesi gerektiği bakımından Yargıtay iddianamenin hazırlanmasının suçu hukuki kesintiye uğratacağını ve bu nedenle iddianame hazırlandıktan sonra suçun devam eden kısmının ayrı bir fiil olarak ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca yine mütemadi suç kapsamında olsa da iddianamede gösterilmemiş bir suçtan dolayı ek savunma hakkı verilmeksizin hüküm kurulması da bozma nedeni olarak görülmektedir¹⁰¹. Zira hükmün konusunun da iddianamede bireyselleştirilen fiil

⁹⁸ Çınar, **agm**, s. 43.

⁹⁹ Çınar, **agm**, s. 43.

¹⁰⁰ Y5CD, 01.11.2010, 5816/7861; Karar için bkz: Ünver/ Hakeri, s. 43; Bu eylemlerin zincirleme suç kapsamında olsalar bile iddianamede yer almadıkları için muhakeme konusu yapılamayacaklarına ilişkin olarak bkz: 14.CD, 18.11.2014, 3180/12911, Ünver/ Hakeri, s. 43; Benzer şekilde sanık hakkında iddianamede aynı faile ait iki farklı işyerinde gerçekleştirdiği hırsızlık suçlarından yalnızca biri iddianamede belirtilmiş bulunduğundan, diğer hırsızlık suçuna ilişkin ek savunma alınarak hüküm kurulması hukuka aykırı görülmüştür. Bu durumda Yargıtay ek savunma hakkının tanınmasını yeterli görmemekte, yeni bir iddianame düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Y6CD, E. 2003/428, K. 2004/4752, T. 15.4.2004; Aynı yönde bkz: Y4CD, E. 2003/1507, K 2004/3437, T 17.3.2004; Y16CD, E 2015/1922, K 2015/3751, T2.11.2015

¹⁰¹ Y8CD, E 2013/1779, K 2013/27460, T 18.11.2013

olduğunu vurgulayan mahkeme, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.05.1997 gün ve 76-114 sayılı kararında da açıklandığı üzere; 5271 sayılı CMK'nın 225/1. maddesi gereğince hükmün konusu, iddianamede gösterilen eylemdir. İddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu ileri sürülen fiilin dışına çıkılması, dolayısıyla davaya konu edilmeyen bir eylemden dolayı yargılama yapılması ve açılmayan davadan hüküm kurulması kanuna aykırıdır”¹⁰² şeklinde karar vermektedir.

Fiilin aynılığı ekseninde genişlemesi ve ikamesi problemleri yanında Yargıtay tarafından verilen kararlarda fiilin tek mi birden fazla mı olduğunun tespit edilebilmesi için hukuken korunan değer göz önüne alındığı kararlar olduğu da gözlemlenmektedir. Örneğin bir sanık hakkında hakaret suçundan dolayı yapılan bir yargılamada sanığın 20.02.2012 tarihinde verdiği temyiz dilekçesinde katılana hakaret ettiği gerekçesiyle yeni bir yargılama yapılmıştır. Ayrıca sanık aynı davaya ilişkin olarak 23.03. 2012 tarihinde başka bir temyiz dilekçesi daha sunmuş ve bu temyiz dilekçesinde ise ilk derece mahkemesine yönelik hakaret ettiği isnadıyla hakkında başka bir kovuşturma daha yürütülmüştür. Burada temyiz incelemesini yapan Yargıtay ceza dairesi öncelikle hakaret suçuyla korunan hukuki değere vurgu yapmaktadır. Ona göre “*Hakaret fiilinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleşmesi gerekmektedir, bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir. Kamu görevlileri veya sivil vatandaşa yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövmek fiilini oluşturması gerekmektedir.*” Şeklinde belirterek hem katılan hem de kamu görevlisi olan hâkime yönelik fiiller bakımından korunan hukuki değerlerin aynı olduğunu vurgulamaktadır. Bunun yanı sıra

¹⁰² “Somut olayda 26.04.2005 tarihli iddianame ile sanıkların hırsızlık suçunu oluşturan eylemleri nedeniyle kamu davası açıldığı, iddianamenin anlatım kısmında sanıkların sert bir cisimle işyerinin kapısını kırarak içeri girmeleri eyleminin hırsızlık suçunun yasal unsurları olup, mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını bozma suçlarını oluşturmayacağı gözetilmeden değerlendirmede yanılıya düşülerek, dava bulunmayan konuda yazılı şekilde hüküm tesisi,” (Y9CD, E. 2007/8115, K. 2007/7583, T. 25.10.2007; Ayrıca bkz: Y13CD, E. 2011/23520, K. 2011/1876, T. 03.10.2011; Y13CD, E. 2011/13962, K. 2011/6974, T. 23.11.2011)

mahkeme ikinci fiilin gerçekleştirilme tarihinin ilk iddianame tarihinden önce olduğunu ve bu nedenle burada hukuki kesintinin oluşmadığını, her ne kadar mağdur çokluğu söz konusu olsa da, burada fiil çokluğunu düzenleyen TCK m. 43/1 hükmünün göz önüne alınması suretiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹⁰³. Ancak buna karşılık fiilin aynı olup olmadığının tespitinde maddi ceza hukukunda fiilin hukuki nitelendirmesinin göz önüne alındığı kararlar da bulunmaktadır. Örneğin non bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından tartışmalı bir alan oluşturan ve bir fiilin bir ülke bakımından uyuşturucu madde ihracatı diğer ülke bakımından ise uyuşturucu madde ithalatı olarak yer aldığı durumlar mevcuttur. Buna ilişkin mahkeme “*Temyiz konusu davanın, sanıkların Türkiye’de işledikleri iddia olunan uyuşturucu madde ihraç etmek, İngiltere Mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonunda sanıklar Adnan Levent ve Bülent hakkında verilen beraat hükümlerinin ise aynı uyuşturucu madde olmakla birlikte bu ülkede işlenen uyuşturucu madde ithal etmek ve bulundurmaya eylemine dayanması nedeniyle aynı fiilden dolayı iki kez yargılamadan söz edilemeyeceğine; İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi’ne ek 7 Numaralı Protokol’ün 4/1. maddesi, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 14/7. maddesi ve Suçluların İadesine dair Avrupa Sözleşmesi’nin 9. maddesi hükümlerinin bu durumda Türkiye’de yeniden yargılama yapılmasını engelleyici nitelikte bulunmamasına; yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, Mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun şekilde oluşan inanç ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre*”¹⁰⁴ demek suretiyle aynı

¹⁰³ “Sanık hakkında, 23.03.2012 tarihinde vermiş olduğu temyiz dilekçesinde hâkim olan katılan İ. Ç..’e hakaret ettiği iddiasıyla 17.05.2012 tarihinde düzenlenen iddianame ile yapılan yargılamada, Antalya 10. Sulh Ceza Mahkemesinin 2012/487 Esas sayılı dosyası ile mahkûmiyet kararı verildiği ve kararın temyiz incelemesi için Yargıtayda olduğu, sanığın 20.02.2012 tarihli temyiz dilekçesinde de katılana hakaret ettiği iddiasıyla 17.04.2012 tarihinde temyiz incelememize konu davanın açıldığı, **ikinci eylemin suç tarihinin, ilk iddianame tarihinden önce olması nedeniyle hukuki kesintinin oluşmadığı, önceki ceza miktarı üzerinden, mağdur çokluğunun yanında, TCK’nın 43/1. maddesinde, eylem çokluğunu düzenleyen "zincirleme suç" hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, yerinde görülmeyen gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi, Kabule göre; Aynı eylemden dolayı aynı sanık hakkında dava açıldığının kabul edilmesi halinde ise CMK 223/7. maddesi uyarınca davanın reddine karar verilmesi gerekirken, ceza verilmesine yer olmadığına dair hüküm kurulması,**” Y18CD.E. 2015/11462, K. 2015/10888

¹⁰⁴ Y10CD, E. 2003/4881, K. 2004/2451, T. 04.03.2004.

fiil olduğunu kabul etmemiştir. Buna karşın Yargıtay bizce isabetli bir başka kararında ise “Failin, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi ihraç etmesi durumunda, biri “Türkiye’de işlenen ihraç” diğeri ise “yabancı ülkede işlenen ithal” olmak üzere iki suç oluşur. Ancak TCK’nın 188. maddesinin 2. fıkrasında “uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğere ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir” hükmü öngörülmüş; böylece aynı fiilden dolayı iki kez cezalandırmayı önlemek için “non bis in idem” kuralı benimsenmiş¹⁰⁵, tespitlerini yaparak iki defa ceza verilmesi kanuna aykırı görülerek bozma nedeni yapılmıştır.

¹⁰⁵ Y10CD, E. 2014/323, K. 2014/1546, T. 07.03.2014. Benzer karar için bkz: “Sanıklara isinat olunan suçun “yurt dışında uyuşturucu madde ticareti yapma” olduğu; bu suç nedeniyle sanık Haydar’ın Avusturya Eisenstadt Eyalet Mahkemesi’nin 16.02.2006 tarihli ve 8 Hv 2/06b numaralı kararı ile 10 yıl ağır hapis cezasına, sanık Abdullennan’ın Romanya Bükreş Adliyesi 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 18.04.2006 tarihli ve 464/F numaralı kararı ile 15 yıl hapis cezasına, sanık Nuri’nin ise Romanya 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 28.06.2006 tarihli ve 501 itiraz-46386-32005 dosya numaralı kararı ile 15 yıl hapis cezasına mahkûm edildikleri ve hükümlerin kesinleştiği; 5237 sayılı TCK’nın 13. maddesinin 3. fıkrasına göre, yurt dışında işlenen uyuşturucu madde suçlarından dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması gerektiği, hüküm verilmiş ise aynı suçtan Türkiye’de yeniden kovuşturma yapılamayacağı, böylece yabancı ülkede hüküm verilmesi halinde de aynı fiilden dolayı birden fazla hüküm verilemeyeceğine ilişkin “non bis in idem” kuralının kabul edildiği gözetilmeden; TCK’nın 13. maddesi ile CMK’nın 223. maddesinin 7. fıkrası uyarınca sanıklar hakkındaki davaların reddine karar verilmesi gerekirken, sanıkların mahkûmiyetlerine hükmolunması Kanuna aykırı” bulunmuştur Y10CD, E. 2014/3280, K. 2014/13148, T. 27.11.2014; fiilin aynı olduğu değerlendirilmesi bakımından bir başka kararında ise Yargıtay “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nın 109. maddesinin birinci fıkrasında, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma eylemini kişiyi hürriyetinde yoksun kalma suçunun basit hali, üçüncü fıkrasının (f) bendinde de, eylemin çocuğa karşı işlenmesi halinde ise, suçun cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli hallerinden biri olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Öte yandan, cezanın belirlenmesi kenar başlıklı 61. maddesinin üçüncü fıkrasında da, anılan maddenin birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulamayacağı düzenlenmiştir. Suçun basit halinin düzenliği 5237 sayılı TCK’nın 109. maddesinin birinci fıkrasında, mağdurun herkes olabilecek şekilde suç tipinin düzenlendiği, düzenlemenin mağdurun sadece “çocuk” olması esas alınmak suretiyle yapılmamış olması karşısında, bu suçun basit halinin çocuğa karşı işlenmiş olması sebebiyle aynı maddenin üçüncü fıkrasının (f) bendi uyarınca artırım yapılmasının, ceza hukuku doktrininde “non bis in idem”, olarak ifade edilen ve “aynı fiilin iki defa cezalandırılmayacağı ilkesine” aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, kanun tarafından düzenlenen bu nitelikli halin, suç karşılığında temel cezanın belirlenmesinde “bir hususun” iki defa değerlendirilmesini yasaklayan TCK’nın 61. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmeyeceğinden” (Y14CD, E. 2013/5728, K. 2013/9390, T. 19.09.2013); Hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen bir fiile ilişkin olarak daha sonradan görülen bir yargılama neticesinde tekrar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermek isbaetli değildir. Bunun yerine mahkemenin aynı fiilden dolayı ikincid defa bir yargılama

II. MADDİ CEZA HUKUKU İÇTİMA ÖĞRETİSİ VE FİİL KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Alman mahkeme kararları her ne kadar muhakeme anlamında fiil ve maddi ceza hukukundaki hareket¹⁰⁶ kavramını birbirinden ayırmaya çalışmış olsa da, muhakeme hukuku anlamında fiil tekliğinin belirlenebilmesi için genellikle içtima öğretisinden yararlanma yoluna gittikleri görülmektedir¹⁰⁷. Burada esas cevaplandırılması gereken soru içtima öğretisi bakımından tek fiil oluşturan bir olayın ceza muhakemesinde fiil çokluğu olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Genel olarak birbirleri ile fikri içtima ilişkisi içinde bulunan birden fazla tipik fiil olduğu zamanlarda bir muhakeme anlamında fiil kabul edilmesi; gerçek içtima kabul edilen durumlarda ise birden fazla muhakeme anlamında fiil kabul edilmesi yoluna gidilmektedir¹⁰⁸. Bu bağlamda maddi ceza hukukunda içtima öğretisine ilişkin genel bazı bilgilere yer verilecektir.

A. Hareket Tekliği

Ceza kanunu hareket¹⁰⁹ kavramının bir tanımını içermemekte ve bunun yanında hareket tekliği kavramı bakımından nelerin gerekli olduğunu da

yapılamayacağı kuralına istinaden red kararı vermesi gerekmektedir Y12 CD. E. 2015/14767, K. 2015, 18222, T. 25.11.2015

¹⁰⁶ Maddi ceza hukuku bakımından harekete ilişkin görüşler için bkz: İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/ Ünver, **Suç Teorisi**, c. 2, Beta, 2004, s. 45 vd; İçel, **age**, s. 118-119; Karşılaştırmak için bkz: Ingeborg Puppe, Kindhäuser/Neumann/ Paeffgen **Strafgesetzbuch**, 4. Auflage, 2013, § 52 Rn. 1-6.

¹⁰⁷ Komalarajun, **age**, s. 80.

¹⁰⁸ Ruth Rissing-van Saan, **Leipziger Kommentar**, 12. Auflage, Band 2, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, §52, Rn. 7.

¹⁰⁹ Bu noktada hareket ve fiil kavramları arasında bir fark olduğunu belirtmek gerekmektedir. Burada kullandığımız anlamda fiil suç tipinde yer alan insan kaynaklı ve belirli bir amaca yönelmiş olan davranışlardır. Oysa ki hareket fiilden daha geniş kapsamlı bir anlama sahiptir. Nitekim hareketlerin mutlaka insan kaynaklı olması gerekmediği gibi bir amaca yönelmiş olmaları da aranmaz. (Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 176); Hareket ve fiil arasındaki bu yöndeki farka değinmiş olmasına rağmen Özgenç suçların hareketlerin özelliklerine göre tasnif edilmesine yönelik yaptığı açıklamalar kapsamında ve özellikle tek hareketli suçlar çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar ve bağlı hareketli suçlar bahislerinde bu ayrımı göz ardı etmektedir (Özgenç, **Genel Hükümler**,177- 179)

açıklanamamaktadır. Bu nedenle söz konusu kavramın açıklanması hukuki verilere gereksinim duymaktadır¹¹⁰. Bu bağlamda hareket tekliği doğal anlamda hareket ve hukuki anlamda hareket tekliği başlıkları altında incelenmelidir. Hem doğal anlamda hareket halinde hem de hukuki anlamda harekette, istisnalar olsa da genel kabul gören görüşe tek bir muhakeme anlamında fiil olduğu ifade edilmektedir¹¹¹.

1. Doğal Anlamda Hareket

Hareket kavramını belirlemenin en radikal yöntemi kasların harekete geçmesi neticesinde gerçekleşen bedensel aktivitelerin sayılması olarak nitelenmektedir¹¹². Bu yolla yapılan bir belirleme fizyolojik bir hareket kavramını ortaya koymaktadır¹¹³. Oysaki hareketin doğal anlamda belirlenebilmesi için kullanılan kriterler fizyolojik hareketten farklılık sergilemektedir. Doğal anlamda hareket aynı irade doğrultusunda gerçekleşen ve bir ya da birden fazla neticeye sebep olan bir davranış olarak tanımlanmaktadır¹¹⁴. Doğal anlamda hareketin olduğu durumlarda tek bir muhakeme anlamında fiilin kabul edilmesi noktasında bir tartışma bulunmamaktadır¹¹⁵.

2. Hukuki Anlamda Hareket

a. Tipik Hareket Tekliği ve Mütemudi Suçlar

Birden fazla doğal hareketin kanuni bir tipiklik bağlamında tek bir hareket olarak birleştirilmesi ve ortak bir biçimde değerlendirilmesi mümkündür. Bu

¹¹⁰ Puppe, §52 Rn 9 vd; Rissing-van Saan, *age*, §52, Rn. 8.

¹¹¹ Komalarajun, *age*, s. 81.

¹¹² Manfred Maiwald, *Die Natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964, s. 65.

¹¹³ Maiwald, *age*, s. 65; Guido Miller, *Neuere Entwicklungen zur fortgesetzten Handlung*, Kohler Druck, Tübingen, 1997, s. 17.

¹¹⁴ Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, Rn. 25; Komalarajun, *age*, s. 81; BGHSt 18, 32.

¹¹⁵ MüKoStPO/ Norouzi, § 264, Rn. 20; HK StPO, Julius, § 264, Rn. 4; KMR/Stuckenberg, KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 58; Komalarajun, *age*, s. 81; BGHSt 26, 284, 285; 41, 385, 389; BGH NStZ 1984, 135.

durumda tipik hareket teklifinden söz edilecektir¹¹⁶. Tipik hareket teklifi kavramı çok hareketli suçları, birleşik suçları, mütemadi suçları, tekrarlanan ve kademeli tipik hareketlerin gerçekleşmesi ve itiyaden işlenen suçlar (Sammelstraftaten) bakımından önem arz etmektedir. Kural olarak tipik hareket teklifi durumlarında da muhakeme hukuku bakımından tek bir fiil olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan mütemadi suçlar bakımından ceza muhakemesi anlamında tek bir fiilin varlığının kabul edilip edilmemesi noktasında tartışma bulunduğunu belirtmek gerekmektedir¹¹⁷.

Mütemadi suçlar ise tipik hareket teklifinin bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁸. Mütemadi suçların en önemli özelliği suçun kanuni tanımında yer alan fiilin icrasının bir anda tamamlanmaması, bu icranın süreklilik arz etmesidir¹¹⁹. Mütemadi suçları *Önder* mütemadi suç failin gerek bizzat kendisinin meydana

¹¹⁶ İçel, **age**, s. 30; Rissing-van Saan, **age**, §52, Rn. 20; Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, Rn. 26; Dithmar, **age**, s. 46.

¹¹⁷ MüKoStPO/ Norouzi, § 264, Rn. 11; KMR/Stuckenber, § 264, Rn. 58; Komalarajun, **age**, s. 81; BGHSt 15, 274, 275; BGH wistra 1993, 193; Dallinger, **MDR 1969**, 904; StV 1994, 426, 427.

¹¹⁸ Rissing-van Saan, **age**, §52, Rn. 22; Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, Rn. 25; BGHSt 18, 32 hukukumuzda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220), konut dokunulmazlığının ihlali (TCK m. 116), karşılıksız yararlanma (TCK m. 163), uyuşturucu veya uyarıcı maddenin imali, nakledilmesi, depolanması (TCK 188), işkence (TCK m. 94), eziyet (TCK m. 96) suçları mütemadi suç olarak nitelendirilmektedir. Bunlarla birlikte bir suç esasında ani suç olmasına rağmen fiilin gerçekleştiriliş tarzı itibariyle mütemadi suç olarak da işlenebilir. Örneğin hırsızlık suçunu ani suç olmasına rağmen, bir petrol boru hattına yapılan bağlantı ile petrol çekilmesi suretiyle işlenmesi durumunda mütemadi suç özelliğini kazanmaktadır (Özgenç, Genel Hükümler, s. 183); ani suç olmasına karşılık mütemadi şekilde de işlenebilen suçlar için “*nispi (muhtemel) kesintisiz suç*”, kanuni tanımında temadinin öngörüldüğü suçlar için ise “*mutlak (zorunlu) kesintisiz suç*” nitelendirmesi yapılmaktadır.(Centel/ Zafer, Çakmut, s. 265)

¹¹⁹ Schönke/ Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, C.H. Beck, 2014, §52 ff, Rn. 81; Rissing-van Saan, **age**, §52, Rn. 22; Özgenç, Genel Hükümler, s. 183; mütemadi suçta neticenin devam ettiğine ilişkin olarak bkz. (İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/ Ünver, s. 69); mütemadi suçta hem hareketin hem de neticenin devam ettiği yönünde bkz;(Centel/ Zafer, Çakmut, s. 264; Toroslu/ Toroslu, s. 362); mütemadi suçun bir fiilden değil bir durumdan meydana geldiğine ilişkin olarak bkz:(Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Onuncu Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 378 vd); Mütemadi suçun fiili yapısına ilişkin olarak onun hukuki anlamda hareket teklifi oluşturduğu şeklindeki görüş dışında da çeşitli görüşler ortaya atıldığı görülmektedir. Nitekim bir kısım yazarlar mütemadi suçun birden fazla fiilden meydana gelmiş olduğunu ve dolayısıyla fiil çokluğu (Handlungsmehrheit) oluşturduğunu ileri sürmekte; bir başka grup yazar ise mütemadi suçun esasen ihmali hareketten oluşması ya da mütemadi suç sonucunda tek bir neticenin meydana gelmesi ya da failin kastının tek olması veya metafizik anlamda tek bir fiil olması gibi gerekçelerle mütemadi suçun doğal anlamda fiil teklifi altında ele alınması gerektiğini iddia etmektedirler. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz:(Ayhan Önder, “Mütemadi Suç”, **İN: İÜHFİM**, c. 29, s. 1-2 (1963), s. 94 vd; Ayrıca bkz; Erem, Türk Ceza Hukuku, s. 379 vd.)

getirdiği gerekse de kanunun ortadan kaldırılmamasına cezai bir sonuç bağladığı bir durumu, bu durumu ortadan kaldırmaya yönelik hukuki yükümlülüğüne karşın bir müddet devam ettirmesi ve bu biçimde suç durumuna devamlı olarak meydan vermesi hali olarak tanımlamaktadır¹²⁰.

Mütemadi suçun icrası sırasında meydana gelen kısa süreli kesintilerin temadiyi bozmayacağı kabul edilmektedir¹²¹. Konut dokunulmazlığının ihlali suçu bakımından failin konutu kısa süreli terk ederek tekrar geri dönmesi¹²² ya da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından mağdurun failin elinden bir süreliğine kurtulmasına karşılık tekrar yakalanması gibi durumlar kısa süreli kesintiler olarak kabul edilir. Bunun önemi özellikle trafik suçları bakımından görülmektedir. Örneğin sarhoş vaziyette araç kullanarak trafik güvenliğini tehlikeye atmak suçunun icrası sırasında failin trafik ışıklarında beklemesi¹²³ ya da yolda araca birini bindirmek veya araçtan birini indirmek için durması¹²⁴ ya da benzin almak için bir benzin istasyonuna uğraması¹²⁵ gibi durumlarda mütemadi suçun kısa süreli kesintiye uğraması hukuki anlamda fiil tekliğini ortadan kaldırmaz¹²⁶.

Mütemadi suçun incelenmesinde içtima problemi özellikle mütemadi suçun yapısına ilişkin kabulle doğrudan alakalıdır. Nitekim mütemadi suçun zincirleme fiillerden mi yoksa tek bir fiilden mi oluştuğu mütemadi suç kapsamında gerçekleştirilen birden fazla fiilin ne şekilde cezalandırılacağı sorununa cevap vermektedir¹²⁷. Buna göre zincirleme suç ve mütemadi suç arasında bir ayırım kabul

¹²⁰ Önder, *agm*, s. 92-93.

¹²¹ Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 84.

¹²² Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 84.

¹²³ Bay NJW 60, 879; Stuttgart NJW 64, 1913.

¹²⁴ BGH VRS 47, 178.

¹²⁵ Karlsruhe VRS 35, 267; Bay DAR / R, 83, 247; NStZ/ J 87, 114

¹²⁶ Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 84; buna karşılık ehliyetsiz araç kullanma suçu bakımından failin bir dinlenme molası vererek uyuması mütemadi suçun tamamlanmasına neden olurken; aynı suçun icrası sırasında bir hayvan nedeniyle veya bir büfeye girmek suretiyle sürüşe ara vermesi durumunda temadinin devam ettiği belirtilmektedir. Bkz: Bay DAR 95, 411.

¹²⁷ Erdal Yerdelen, “Mütemadi (Kesintisiz) Suç”, *in: TAAD*, Yıl: 5, s. 18, Temmuz 2014, s.144.

edilmesi gerektiğini öne süren ilk görüş uyarınca zincirleme suç tüm unsurları tamam olan ve birbirini takip eden birden fazla fiilden meydana gelirken; mütemadi suç fiillerin çokluğu değil aynı anda devam eden ve kesintiye uğramayan bir süreklilikten söz edilmesi gerekmektedir¹²⁸. Ancak diğer görüş ise mütemadi suç ve zincirleme suç arasında fark olduğunu kabul etmemekte; mütemadi suçun zincirleme suçun başka bir üretim ve yenilenme şekli olduğunu öne sürmektedir¹²⁹. Belirtmek gerekmektedir ki mütemadi suçta suçun harekete bağlı haksızlığının aralıksız bir biçimde devamı aranırken zincirleme suçta hareketler bir kez suçun unsurunu oluşturduktan sonra devam etmemektedir. Suç tamamlandıktan sonra hareketler tekrar edilmektedir. Zincirleme suçta devam eden husus, suç işleme kararı olarak ortaya çıkmaktadır. Oysaki mütemadi suçta suçun maddi unsurları bağlamında bir devamlılık söz konusudur¹³⁰. Ancak belirtmek gerekmektedir ki mütemadi suçlar kendi aralarında zincirleme suç oluşturabilirler. Örneğin aynı suç işleme kararı kapsamında farklı günlerde kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun işlenmesi halinde zincirleme suçun gündeme gelmesi gerekmektedir.

Mütemadi suçun gerçekleştirilmesi sırasında fail tarafından yapılan tüm hareketler kural olarak mütemadi suç kapsamında değerlendirilerek bir fiil olarak kabul edilir¹³¹. Ancak bu değerlendirilme kapsamında bir hareket başka bir suç tipini oluşturuyorsa, bu durumda mütemadi suç ve o suç arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekmektedir. Bu durum örneğin trafik suçları bakımından karşımıza çıkmaktadır. Nitekim sarhoş vaziyette araç kullanırken meydana gelen bir kazanın mütemadi suçun tekliğini bozacağı belirtilmektedir¹³².

¹²⁸ Yerdelen, **agm**, s. 145; İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, **age**, s. 70

¹²⁹ Yerdelen, **agm**, s. 145.

¹³⁰ Yerdelen, **agm**, s. 145.

¹³¹ İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, **age**, s. 70.

¹³² Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 85; Ancak mütemadi suçun fiili olarak kesintiye uğramasından sonra aynı suç işleme kararı ile fiile devam edilmesi durumu bakımından, artık mütemadi suçun devam etmediği ve fakat zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz: Neslihan Göktürk, **Fikri İçtima**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 140.

Mütemadi suça kasten başlanarak taksirle devam edilebileceği gibi, taksirle başlanan bir mütemadi suça kasten devam edilmesi de mümkündür¹³³. Bu durum hareketin tekliğine ilişkin bir etki doğurmaz.

Mütemadi suçların bölünmezliği ilkesi uyarınca bir mütemadi suçun tek bir yargılamada ele alınması bir zorunluluk arz etmektedir¹³⁴. Bu durum esasen maddi kesin hükmün neticesi mahkemenin mütemadi suçun yalnızca bir kısmından haberdar olması ve yalnız bu kısım bir hüküm tesis etmiş olması durumunda verilen hükmün mütemadi suçun bütününe mi yoksa sadece bir kısmına mı tesir edeceğinin belirlenmesini ifade etmektedir. Söz konusu bu belirleme mütemadi suçun hukuki niteliğinin suç birliği veya suç ayrılığı teorileri çerçevesinde ele alınıp alınmadığına göre değişiklik gösterecektir¹³⁵.

Mütemadi suçu suç birliği görüşü altında ele alan yazarların kabul ettiği mütemadi suç bakımından verilmiş olan hükmün, bu mütemadi suç kapsamında olmak şartıyla hüküm bakımından göz önüne alınmayan kısımlara da tesir edeceği şeklindedir. Bu görüşün dayanağı mütemadi suçun bir birlik oluşturduğu düşüncesidir¹³⁶. Bu durumda mütemadi fiilin bir kısmı için verilen kesinleşmiş bir hüküm, diğer kısım için yeni bir yargılama yapılmasını engelleyecektir¹³⁷.

Ancak bir diğer görüş olarak mütemadi suçu suç ayrılığı teorisi içinde ele alan yazarlar verilen hüküm mütemadi suçun hangi kısmı için verilmiş ise ancak o kısım için tesir etmesi gerektiğini öne sürmektedirler. Zira bunlara göre mütemadi suç birbirini bölebilen kısımlardan meydana gelmektedir ve bir kısmını halleden hüküm diğer kısımlar için etki etmeyecektir, dolayısıyla bu kısımlar hükmün dışında ele alınacaktır¹³⁸. Burada esasen hukuki bir kesintiden söz etmek mümkündür. Buradaki

¹³³ Schönke, Schröder, §52 ff, Rn. 83; Rissing-van Saan, **age**, Vor §52, Rn. 52.

¹³⁴ Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 87.

¹³⁵ Önder, **agm**, s. 118.

¹³⁶ Önder, **agm**, s. 118.

¹³⁷ Komalarajun, **age**, s. 82.

¹³⁸ Önder, **agm**, s. 119.

sorun söz konusu bu kesin hükmün hangi zamandan itibaren etki edeceğinin tespitidir. Kanaatimizce mütemadi suç gerçekleştirilirken bunun bir kısmı için verilmiş ve kesinleşmiş bulunan hüküm, bu hüküm kapsamında yer almayan kısım için bir etki doğurmamalıdır¹³⁹. Zira burada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün mütemadi suç bakımından bir kesinti olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmelidir¹⁴⁰. Böyle bir durumda mütemadi suç açısından suç birliğinden bahsetme imkânı kalmadığı ve verilen mahkûmiyet hükmünün daha sonraki hareketlerin yeni bir suç olarak ele alınmasını sonuçlandırdığını belirtmek gerekmektedir. Ancak söz konusu bu netice bakımından verilen hükmün niteliğine göre bir ayırım yapılması yoluna gidildiği görülmektedir. Nitekim söz konusu bu tespitlerin sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükümleri bakımından geçerli olması gerektiği söylenmekte; ancak sanığa isnat edilen mütemadi suçun bir kısmı bakımından yapılan yargılama neticesinde beraat hükmü verilmesi ve bu hükmün kesinleşmesi durumunda, mütemadi suçun bölünmezliğinin kabul edilmesi gerekip gerekmediği de tartışılmaktadır¹⁴¹. Burada bazı yazarlar mahkûmiyet hükmü bakımından ulaşılan neticenin beraat hükümleri bakımından da geçerli olması gerektiğini söylerken; bazı yazarlar ise beraat hükmü dışında kalan kısmın bağımsız kabul edilmesi gerektiğini öne sürmektedirler.

Mütemadi suçun hüküm yoluyla kesintiye uğraması durumunda hüküm ancak gerçekleşmiş olaylarla ilgili olarak verilebileceğinden, bunun hükümden sonraki kısma etki etmeyeceği kabul edilmektedir¹⁴². Dolayısıyla hüküm verildikten sonra mütemadi suçun icrasının devam etmesi durumunda bunun artık bağımsız bir fiil olarak değerlendirilerek soruşturma ve kovuşturma yapılması gerekecektir¹⁴³.

Netice itibariyle mütemadi suçu oluşturan hareketlerin ceza muhakemesi bakımından tek bir fiil olarak ele alınması gerekmektedir. Mütemadi suçu oluşturan

¹³⁹ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 63; Önder, **agm**, s. 119.

¹⁴⁰ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 63.

¹⁴¹ Önder, **agm**, s. 119.

¹⁴² Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 87;

¹⁴³ Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 87.

hareketler zamansal ve mekânsal bütünlük arz eden tek bir tarihi olgu olarak ele alındıklarında ceza muhakemesi anlamında da fiilin tek olduğundan bahsetmek gerekecektir. Mütemadi suçlar açısından ceza muhakemesinde fiilin tek mi çok mu olduğu meselesi mütemadi suçun gerçekleştirilmesi sırasında işlenen başka suçların varlığı durumunda ortaya çıkar. Bu durumda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği aşağıda içtima bahsinde ele alınacaktır.

b. Doğal Hareket Tekliği

Doğal hareket tekliği kavramında, bir olayın parçalarını oluşturan hareketler tek bir iradi karara dayanıyor ve tarafsız bir gözlemci tarafından yer ve zaman bakımından tek bir hareket olarak nitelendirilebilecek şekilde birbiri ile bir bağlantı içinde bulunuyorsa, söz konusu bu hareketlerin tek bir fiil oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁴⁴. Bu tanımın BGH'nin muhakeme hukuku anlamında fiil tanımı ile benzer nitelikte olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁵. Yargı kararları tarafından geliştirilen doğal hareket tekliği formülünün esasen maddi ceza hukuku aşamasını reddetmek için olduğu söylenmektedir¹⁴⁶.

Nitekim bir doğal hareket tekliği olan durumlardan bir muhakeme anlamında fiilin varlığı kabul edilmektedir¹⁴⁷. Örneğin failin mağduru birden fazla gerçekleştirdiği darbelerle yaralaması bunun tipik bir örneği olarak görülmektedir¹⁴⁸. İstisnai nitelikte bir örnek ise polis takibinden kaçma örneği olarak adlandırılan durumdur. Burada fail ehliyetsiz olarak araç kullanmakta iken polis takibi sırasında çeşitli trafik suçları işler ancak bu sırada işlemiş olduğu örneğin yaralama suçu ve bu

¹⁴⁴ İçel, **age**, s. 30; KMR, StPO/ Stuckenberg, §264, Rn. 59; Velten, SK- StPO, §264, Rn. 31; MüKoStPO/ Norouzi, § 264, Rn. 20; Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 60; BGHSt 36, 105, 115; 38, 37,39; 43, 96, 98; 312, 315; 4, 219; 10, 130.

¹⁴⁵ Detmer, **age**, s. 225; Neuhaus, **age**, s. 52; KMR, StPO/ Stuckenberg, §264, Rn. 59; Velten, SK- StPO, §264, Rn. 31; Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 60; Komalarajun, **age**, s. 87.

¹⁴⁶ Detmer, **age**, s. 226; Neuhaus, **age**, s. 52.

¹⁴⁷ KMR, StPO/ Stuckenberg, §264, Rn. 59; Velten, SK- StPO, §264, Rn. 31; MüKoStPO/ Norouzi, § 264, Rn. 20; Komalarajun, **age**, s. 87; BGHSt 43, 96, 98; 43, 312, 315; 36, 105, 115; 38,37,39.

¹⁴⁸ Velten, SK- StPO, §264, Rn. 31;

diğer suçlar maddi fiil teklifi kapsamında birbirine bağlanır¹⁴⁹. İşte yargı kararlarına göre bu durumlarda hem doğal hareket teklifi hem de muhakeme hukuku bakımından tek fiil bulunmaktadır¹⁵⁰.

Doğal hareket teklifi kavramının bu şekildeki kabulünün hareket teklifinin kontrol edilemeyen bir biçimde artmasına neden olabileceği belirtilmektedir. Bu artışla birlikte yargı kararlarının bu ilişki bakımından sunduğu gerekçeler, sonuç itibariyle içi boş bir formül haline gelecektir. Zira bir olaylar bütünü hayat anlayışına bağlı olarak bir cezalandırılabilir hareket olarak kabul edilebileceği gibi, çok sayıda vaka olarak da ele alınması mümkün olacaktır. Ancak buradaki sorunun hem ceza muhakemesi hukuku ve bu anlamdaki fiil kavramını sınırlandıran hem de maddi ceza hukuku hareket kavramı açısından geçerli genel bir çözümü bulunmamaktadır¹⁵¹. Ancak bunun sonuç itibariyle bazı olumlu sonuçlara yol açabileceği de belirtilmektedir. Nitekim örneğin doğal hareket teklifinin bir parçasına ilişkin verilen bir beraat kararı diğer parçalar açısından da beraat kararı verilmesini sağlamayacaktır, böylece hareket aynılığı olmayan ve daha önce ele alınmamış suçlar da soruşturulup kovuşturulabilecektir. Yine de birçok önemli yargılama sırasında, örneğin Nazi döneminde yaşanan toplu suç ve özelde “Auschwitz Yargılaması” sırasında mahkemelerin doğal hareket teklifi anlayışından uzaklaştıkları görülmektedir¹⁵². Toplu suç kapsamında işlenen suçların bütün olarak ele alınması ve hareket teklifi bağlamında tek bir ihlal olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirten yargı kararlarının yanında¹⁵³, bu durumlarda doğal fiil teklifi ya da zincirleme suç

¹⁴⁹ Detmer, **age**, s. 226; Ancak Detmer'e göre bu gibi durumlarda ortaya çıkan hukuki sonuç esasen burada bir hareket birliği kabul etmek değil, StGB § 52'ye göre fiil teklifi kabul etmektir. Bkz: Detmer, **age**, s. 226.

¹⁵⁰ Yanlış vergi bildirim ve sonuç olarak aynı verginin düşürülmesi için maliye bakanlığına yanlış bilgi verilmesi için bkz: BGHSt 36, 105, 115; BGHSt 22, 67, 76; BGH DRiZ 1978, 277; KMR, StPO/Stuckenberg, §264, Rn. 59, Velten, SK- StPO, §264, Rn. 31; Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 60.

¹⁵¹ Detmer, **age**, s. 226.

¹⁵² Detmer, **age**, s. 227; BGH NJW 1969, 2056

¹⁵³ Örneğin Köln Yüksek Mahkemesi İkinci Dünya Savaşı sırasında bir akıl hastanesindeki hastaların öldürülmesi olayında bunu doğal hareket teklifi bağlamında hukuki anlamda tek fiil olarak nitelendirmiş ve bir toplu suçun (insanlığa karşı suç) varlığına hükmetmiştir.(Bkz: OGH 1, 243; Dithmar, **age**, s. 59vd.)

ilişkin kuralların değil, fiil çokluğu ve bu bağlamda sonuç itibariyle gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği de ifade edilmiştir¹⁵⁴.

Sonuç itibariyle mahkeme kararları bağlamında şekillenen doğal hareket tekliği kavramı ceza muhakemesinde fiilin belirlenmesi noktasında reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁵. Ancak kanaatimizce burada hareketlerin ceza muhakemesi bakımından tek bir fiil olarak görülmesinin mümkün olabileceği durumlar mevcuttur. Örneğin birden fazla bıçak darbesi ile bir kişinin yaralanması olayında doğan hareket tekliği bulunmakta bu anlamda her bir bıçak darbesi yeni bir hareket olarak nitelendirilmemektedir. Dolayısıyla burada örneğin kişiye yönelik yaralamanın on değil de onbir bıçak darbesi ile gerçekleştirildiği anlaşıldığında, iddianamede dikkate alınmamış olan bir bıçak darbesini oluşturan hareket ayrı ve bağımsız bir fiil olarak ele alınmamalıdır.

B. Zincirleme Suç

Alman hukukunda zincirleme suçla ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmamakta, ancak konu tipik hareket tekliği başlığı altında ele alınarak yargı kararları çerçevesinde şekillendirilmektedir¹⁵⁶. Zincirleme suç kurumu muhakeme ekonomisi, hukuk uygulamasının kolaylaşması gibi uygulamaya yönelik sebepler veya kusurluluğa ilişkin sorunların çözümünün kolaylaşması ya da doğal bakış açısı gibi gerekçelerle desteklenmektedir¹⁵⁷. Zincirleme suçu teşkil eden hareketlerin hukuki anlamda tek bir hareket olarak ele alınmak suretiyle StGB §52 kapsamında fiil tekliği altında ele alındığı görülmektedir¹⁵⁸. Zincirleme suçun istisnai durumlarda

¹⁵⁴ BGHSt 1, 219, 221; BGH NJW 1951, 666; 1953, 112; BGH JZ 1967, 643.

¹⁵⁵ Christoph Keller, **Zur tatbestandlichen Handlungseinheit**, Duncker Humblot, Berlin, 2004, s. 30; Detmer, **age**, s. 227; Dithmar, **age**, s. 63vd.

¹⁵⁶ Heinz-Peter Bothe, **Strafprozeß und fortgesetzte Handlung**, Hartung Gorre Verlag, Konstanz, 1992, s. 12; Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 31; Rissing-van Saan, **age**, Vor §52, Rn. 58.

¹⁵⁷ Tarihi açıdan zincirleme suç kurumunun ortaya çıkışı Ortaçağ'da aynı suçu işleyen failere yönelik yaptırımların ağırlığını bir nebze olsun azaltmak olarak belirtilmektedir. (İçel, **age**, s. 87 vd; Toroslu/Toroslu, s. 361)

¹⁵⁸ Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 31; Alman hukukunda zincirleme suçun kabulü için suçların maddi unsurlarının aynılığı kriterinin kabul edildiği belirtilmektedir(Bothe, **age**, s. 13)

uygulanması gerektiği düşüncesi Alman Yüksek Mahkemesi Ceza Genel Kurulu'nun (der Große Strafsenat, GSSt) 3.5.1994 tarihli kararı ile hayata geçirilmiştir¹⁵⁹. Kararda esas mesele bağımsız suç oluşturan birden fazla hareketin zincirleme suç çerçevesinde değerlendirilmesinin isabetli olup olmayacağına ilişkindir. Federal Yüksek Mahkeme'nin 2. ve 3. Ceza Daireleri önlerine gelen olaylar hakkında federal mahkemeler tarafından zincirleme suç kabul edilmiştir. Bunun üzerine söz konusu daireler bunun yerinde olup olmadığına ilişkin değerlendirme için olayları Ceza Genel Kurulu önüne getirmişlerdir. 2. Ceza Dairesi'nin önüne gelen olayda sanık nükleer tıp alanında uzman bir doktordur. Sanık 1980-1985 yılları arasında toplam 21 defa hastalık sigortalarından fazla tedavi ücreti temin etmiştir. Olayda eyalet mahkemesi dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmiş; sanığın fiili tek bir suç işleme kararı ile gerçekleştirmesinden dolayı da zincirleme suç hükümlerini uygulamıştır. Diğer olay ise 3. Ceza Dairesi tarafından ele alınmıştır. Bu olayda sanık 1972 yılında kızıyla ilk kez oral yoldan cinsel ilişki kurmuş ve 1981 yılına kadar buna devam etmiş; 1981 yılından şikâyet yılı 1988 yılına kadar ise cinsel ilişkiye girmiş ve bunu tekrarlamıştır. Bu olayda da eyalet mahkemesi cinsel nitelikteki hareketleri zincirleme suç kapsamında değerlendirmiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Genel Kurulu bu davalar bakımından olayda fiilin tek mi yoksa çok mu olduğu üzerinde durmuştur. Zira burada hukuki anlamda tek fiilin varlığının kabul edilmesi durumunda olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve failin tek bir ceza alması söz konusu olacaktır. Hâlbuki olayda birden fazla fiilin ve dolayısıyla birden fazla suçun kabul edilmesi durumunda gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekecektir Gerçekten de Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararları uyarınca cinsel suçlar, hırsızlık, dolandırıcılık, vergi suçları ve uyuşturucu madde suçları zincirleme suç kurumunun uygulama alanı dışında bırakılmıştır¹⁶⁰. Bu nedenle söz konusu kararlardan sonra Alman hukuku bakımından zincirleme suç kurumunun pratik bir öneminin kalmadığı da iddia edilmiştir¹⁶¹. Türk

¹⁵⁹ Bkz: BGHSt 40, 138; NJW 1994, 1663.

¹⁶⁰ Schönke, Schröder, §52 ff, Rn. 31-80.

¹⁶¹ Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 34;

Hukuku bakımından ise zincirleme suçun kanuni bir düzenlemesi bulunmakla birlikte, bu düzenlemenin tipik hareket tekliği kavramı altında ele alınmasının mümkün olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Türk Hukuku bakımından zincirleme suç açısından birden fazla fiil ve birden fazla suç mevcuttur¹⁶².

Zincirleme suçlar bakımından Alman Hukukunda tek bir muhakeme hukuku anlamında fiil kabul edilmesi gerektiği¹⁶³, ancak bu durumun bir tarihi olaya dayanan bir muhakeme hukuku anlamında fiil anlayışı ile çelişki içinde olacağı ifade edilmiştir¹⁶⁴. Zira zincirleme suçlarda hukuki anlamda bir birlik kabul edilmekteyken, ceza muhakemesi bakımından doğal bakış açısına göre belirlenen fiil söz konusu olması bir çelişki yaratmaktadır¹⁶⁵. Bu bağlamda yargılamada zincirleme suç niteliğinde bulunarak bir mahkûmiyet hükmü verilmiş olması durumunda hem yargı kararları hem de doktrin tarafından ağırlıklı olarak, bu zincir kapsamında sayılabilecek olmasına rağmen yargılama sırasında göz önünde bulundurulmamış olan fiil parçaları bakımından hükmün önleme etkisini göstereceği kabul edilmektedir¹⁶⁶. Dolayısıyla bu görüşe göre zincirleme suç ilişkisi içinde bulunan bütün hareketler kovuşturma kapsamına alınmamış olsalar bile tek bir muhakeme

¹⁶² İçel, **age**, s. 110; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 598; Koca/ Üzülmöz, **age**, s. 499; Zafer, **age**, s. 501.

¹⁶³ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 60; Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 62; BGHSt 15, 268, 272; 26, 24, 285; 29, 63, 64; BayOBLGSt 1985, 131, 132.

¹⁶⁴ Neuhaus, **age**, 56, Bothe, **age**, s. 62; Büchner, **age**, s. 155; Örnek bir olayda sanık Kasım 1950'den Ekim 1951 tarihine kadar bir reklam şirketinde çalıştığı esnada fail 376 defa reklam siparişlerini ödemek üzere verilen bilgileri hileli şekilde kullanarak kredi başvurusunda bulunmuştur. Böylelikle hileli hareketlere maruz kalan kişileri mal varlığı yönünden zarara uğratmıştır. Bu olayda mahkeme pratik sebeplerden bu olayların hepsini tek bir tarihi olay olarak ele almıştır. Bkz: BGHSt 6, 122 ff; Kanaatimizce, bu olay zincirleme suçun olduğu bir durumda, Alman hukukunda baskın görüş olarak muhakeme hukuku anlamında fiilin tarihi bir olay olarak ele alınması fikrinin benimsenmesinin yargılama bakımından fiilin kapsamını çok fazla genişlettiğini göz önüne sermektedir.

¹⁶⁵ Bothe, **age**, s. 62.

¹⁶⁶ Frank, **age**, s. 8; Bothe, **age**, s. 77; Hatta söz konusu bu durumun hükmün verilmesinden önce gerçekleşmiş olmak şartıyla zincirleme suç kapsamında ele alınabilecek bakımından mahkeme tarafından bilinmekle birlikte göz önüne alınmamış olmasına, ya da hiç bilinmemesine veya bunu bilebilmek bakımından bir imkan veya ihtimalinin olup olmamasına bakılmaksızın her bir fiil parçası açısından uygulanabileceği belirtilmektedir. (Noftz, **age**, s. 110; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.60.);

anlamında fiilin kapsamında değerlendirilirler¹⁶⁷. İddianamemin kabulünden önce başlayan bir hareket parçası hakkında dava açıldığında, mahkûmiyetin konusu iddianamenin kabulünden sonra hüküm verilmesine kadar olan bütün zincirleme suç ilişkisini, temyiz sürecinde olan da dâhil olmak üzere kapsamaktadır¹⁶⁸. Kesinleşmiş hüküm bakımından ise mahkemenin bilmesi ya da bilme olasılığının olmasına bağlı olarak, hüküm zincirleme suç kapsamında olan bütün hareketler bakımından infaz kabiliyetini haiz kabul edilmektedir¹⁶⁹. Kural olarak kesinleşmiş bir mahkûmiyetten sonra gerçekleşen ve fakat zincir kapsamında ele alınabilir nitelikte olan bir fiil hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi bakımından bağımsız bir fiil olarak

¹⁶⁷ Bothe, **age**, s. 78; Büchner, **age**, s. 158; Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 62; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.60; Ancak Yargıtay'a göre "Mühür bozma suçundan açılan davaların mükerrer olduğunun kabul edilebilmesi için aynı tutanak nedeniyle iki ayrı dava açılmış olmasının gerekeceği, farklı tarihlerde düzenlenen mühür bozma tutanaklarının, iddianame tarihlerine göre, zincirleme suç ya da ayrı suçları oluşturacağı, zincirleme suç ilişkisi içindeki eylemlerden bazılarının kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne konu olması diğer eylemlerin dava konusu yapılmasına engel teşkil etmeyeceği, bu kapsamda mükerrer kabul edilen ...4. Asliye Ceza mahkemesinin 2012/1000 Esas, 2013/70 Karar sayılı davasının konusunun, 17.01.2012 tarihli iddianamesi ile açılan 04.09.2010 tarihli tutanakla tespit edilen mühür bozma fiili olduğu, ...10. Asliye Ceza Mahkemesine ait 2010/891 esas, 2011/504 Karar sayılı davasının konusunun, 26.11.2010 tarihli iddianame ile açılan 08.05.2010 tarihli tutanakla tespit edilen mühür bozma fiili olduğu, ...5. Asliye Ceza Mahkemesine ait 2013/309 esas, 2013/1112 Karar sayılı davasının konusunun, 10.04.2013 tarihli iddianame ile açılan 02.04.2010 tarihli tutanakla tespit edilen mühür bozma fiili olduğu temyiz incelemesine konu iş bu davanın konusunun ise 08.03.2013 tarihli iddianame ile açılan 06.06.2010 tarihinde tespit edilen mühür bozma fiili olup, ilk davanın tutanakların düzenlenmesinden sonra 26.11.2010 tarihinde açılmış olması nedeniyle hukuki kesintinin oluşmadığı farklı tarihlerde işlenen suçlar olması nedeniyle hukuki kesintinin oluşmadığı farklı tarihlerde işlenen suçlar olması nedeniyle davanın mükerrer olmadığı dört davaya konu tutanakların bütün halinde zincirleme olarak işlenmiş tek mühür bozma suçunu oluşturacağı sanık hakkındaki Asliye Ceza Mahkemesinin 2012/1000 Esas, 2013/70 karar sayılı,.. Asliye Ceza Mahkemesine ait 2010/891 esas, 2011/504 karar sayılı, Asliye Ceza ait 2013/309 esas, 2013/1112 karar sayılı davalarının kesinleştiği anlaşıldığından eldeki davaya konu mühür bozma suçundan diğer davalara konu eylemlerden hükmedilen cezalara zincirleme biçimde işlenmiş tek bir mühür bozma suçunu oluşturduğu gözetilerek zincirleme şekilde mühür bozma eylemi nedeniyle tayin edilecek cezadan, kesinleşmiş önceki cezaların gerektiği dikkate alınmadan eksik inceleme ve değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması," (Y11CD, E. 2015/3534, K. 2016/3979, T. 3.5.2016)

¹⁶⁸ Bothe, **age**, s. 78; Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 62; BGHSt 9, 324, 326; 27, 115, 116; 17, 5, 9; 21, 256, 259;

¹⁶⁹ Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 62; BGHSt 6, 92, 95; BGH StV 1986, 141; BGH'nin zincirleme suçlarda kesinleşmeye ilişkin BGH 6, 122 sayılı kararına göre bir hüküm kesinleştikten sonra kesinleşmenin geri çekilmesi artık mümkün olmadığından dolayı zincirleme suç oluşturduğuna karar verilerek bir hüküm kurulmuş ve kesinleşmiş ise daha sonradan bu zincirin parçaları bakımından da kesinleşmenin önleyici etkisini göstermesi gerekecektir. Mahkemeye göre burada hukuk güvenliği menfaati ilkesi devletin yargılama yapma görevi ile elde edilecek menfaatin önüne geçmektedir(Bothe, **age**, s. 78)

kabul edilecektir, dolayısıyla mahkûmiyet kararı burada bir kesinti olarak ele almak gerekmektedir¹⁷⁰. Nitekim daha sonraki yargılamada görev yapan mahkemenin önceki yargılamada görevli mahkemenin değerlendirmeleri ile bağlı olmamasının daha isabetli olduğu, kesin hükmün etkisinin sınırlandırılması ile daha sonraki yargılamada suçun manevi unsuruna ilişkin değerlendirmenin daha sağlıklı yapılabileceği belirtilmektedir¹⁷¹. Kaldı ki bunların ayrı değerlendirmeleri bir zorunluluk olarak da yorumlanabilir. Zira zincirleme suçu oluşturan ve muhakemenin konusunu oluşturan fiillerden yalnızca biri hakkında bir yargılama yapılmış olması muhakeme sırasında hakimin yalnızca o fiil bakımından araştırma ve delil değerlendirme faaliyetini yürüttüğü anlamına gelmektedir. Dolayısıyla diğer fiil parçaları için bir değerlendirmeden söz edilemeyeceğinden bir fiil parçası hakkında verilen hükmün diğerleri bakımından da kabul edilmesi söz konusu olmamalıdır¹⁷². Ancak bu elbette ki bir zincirleme fiilin kesin hükümden önce gerçekleşmiş olan bir fiil parçasının bağımsız bir fiil olarak soruşturulması ya da kovuşturulmasında mümkün olmamalıdır¹⁷³.

Beraat hükümleri bakımından ise kesin hükmün önleyici etkisi, mahkeme tarafından fiili olarak tanınır hale getirilmiş olan hareket ile sınırlandırılmış olacaktır, zira cezasız ve cezalandırılabilir hareketler zincirleme suç altında birlikte değerlendirilemezler¹⁷⁴. Burada hüküm bir kesinti oluşturacağından hükümden sonra başlamış olan hareket parçaları bakımından soruşturma veya kovuşturma yapılamayacaktır¹⁷⁵. Zincirleme fiil böyle ya da bağımsız bir tek hareket ya da daha

¹⁷⁰ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.61; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 33; BGHSt 5, 136, 138; 6, 122, 124; 9, 324, 326; İçel, **age**, s. 163-164.

¹⁷¹ Hans-Dieter Hartmann, **Die Entbehrlichkeit des fortgesetzten Delikts im materiellen und formellen Recht**, 1977, s. 119.

¹⁷² Hartmann, **age**, s. 177 vd; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 33

¹⁷³ Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 33; BGHSt 29, 63, BGH MDR 1953, 273; BGH NJW 1963, 549; BGH StV 1985, 183; BGHSt 33, 122, 123.

¹⁷⁴ Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 63; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 33; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.60.

¹⁷⁵ Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 63; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.60.

ağır bir suçun parçası olarak dava edilmez¹⁷⁶. Zincirleme suçun ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükümde hatalı değerlendirilmesi daha sonraki yargılamada devam eder, hüküm tarafından ele alınan hareket bakımından mümkün değildir¹⁷⁷.

Bu bakımdan Alman hukukunda baskın görüş zincirleme suçların muhakeme hukuku bağlamında bölünemez olduğu yönündedir¹⁷⁸. Ancak bu görüşü savunanlar zincirleme suçu oluşturan hareketlerin kendi bağımsızlıkları olmadığı ve bu anlamda tek başlarına bir muhakemenin konusunu oluşturamayacakları fikrinden hareket etmektedirler¹⁷⁹. Ancak zincirleme suçlarda muhakeme anlamında tek bir fiilin kabul edilmesi ve diğer fiil parçalarının dava edilmiş olan parçalara bağı sayılması gerekliliğı şeklindeki kabul non bis in idem ilkesi ile çelişmektedir¹⁸⁰. Zira zincirleme suç tek bir muhakeme anlamında fiil olarak ele alındığı sürece sadece iddianamede yer verilenler değil zincirleme suçun parçalarından biri olarak sayılabilecek ancak iddianamede yer verilmemiş olan ve bu nedenle mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmayan parçalar da, yargılamanın beraat ya da mahkûmiyetle sonuçlanıp sonuçlanmamasından bağımsız olarak, tek fiil olarak görülecektir¹⁸¹. Bu muhakemenin konusunun gerçek kapsamı bakımından önem arz eder.

Görülmektedir ki Alman hukukunda zincirleme suçların muhakeme hukuku bakımından bölünmezliğı ve bu bağlamda kesin hükmün önleyici etkisinin tüm zincirleme hareketler bakımından kabul edilmektedir. Ancak buna birçok istisna getiren yargı kararları da bulunmaktadır. İlk olarak kesin hükmün hüküm verilene

¹⁷⁶ Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 63; Bothe, **age**, s. 79.

¹⁷⁷ Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 63; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 33.

¹⁷⁸ Noftz, **age**, s. 111.

¹⁷⁹ Bir zincirleme suçu oluşturan a ve b fiilerinden dolayı bir dava açılmış olması durumunda, bu davanın konusu örtülü olarak aynı zincir kapsamında ele alınabilecek nitelikte olan c, d ve e hareketleri olarak görülmektedir. Noftz, **age**, s. 111.

¹⁸⁰ Komalarajun, **age**, s. 85.

¹⁸¹ Komalarajun, **age**, s. 85.

kadar gerçekleşmiş olan fiil parçaları bakımından geçerli olacağı, ileriye değil geçmişe etkili olduğu meselesine ilişkin olarak zincirleme suçu oluşturan fiil parçalarının birbirine zamansal olarak paralel yürütülen yargılamalarda uygulanmasının mümkün olmadığı dile getirilmektedir¹⁸². Bunun dışında kesin hükmün önleyici etkisine bir sınırlama da fiili bakımdan olabilmektedir. Bu durum parantez etkisinin söz konusu olduğu durumlarda görülebilmektedir¹⁸³. Diğer bir sınırlama ise hükmün niteliği bakımından görülmektedir. Hükmün beraat olması durumunda bunun diğer fiil parçaları bakımından önleyici etkisi kabul edilmeyebilmektedir¹⁸⁴.

Türk hukukunda ise zincirleme suç kapsamında olmayan, fiili veya hukuki kesinti sonrasında devam ettiği belirlenen fiiller bakımından, aynı kanun hükmü ihlal edilmiş olsa da, bunların dava açılmaksızın aynı davada görülmesi mümkün olmamakta, bu ortaya çıkan yeni fiiller bakımından yeni bir ceza davası açılması gerektiği söylenmektedir¹⁸⁵. Hatta zincirleme suçlar bakımından da aynı zincirin parçalarını oluşturan ve fakat haklarında bir dava açılmamış bulunan fiiller aynı yargılamada ele alınamaz¹⁸⁶.

Netice itibariyle zincirleme suçu oluşturan her bir suç bakımından ceza muhakemesi hukuku bakımından fiil çokluğunu kabul etmemiz gerekecektir. Nitekim ceza muhakemesi anlamında bir fiilin zamansal ve mekânsal olarak birbirine yakınlık gösteren olaylardan oluştuğunu kabul ettiğimizden, birbirinden farklı zamanlardan gerçekleşmiş olan zincirleme suçu oluşturan her bir fiil ceza muhakemesinde ayrı olarak ele alınabilecek nitelikte kabul edilmelidir. Dolayısıyla zincirleme suçu oluşturan ve fakat iddianamede yer verilmemesi nedeniyle mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmayan zincirleme suça ilişkin diğer olgular, bağımsızlıklarını devam ettirirler. Bu nedenle bunlar yargılama sırasında fark

¹⁸² Bothe, **age**, s. 80.

¹⁸³ Meyer – Goßner / Schmitt, § 264 Rn. 2b; Bothe, **age**, s. 81.

¹⁸⁴ Bothe, **age**, s. 82.

¹⁸⁵ Y5CD, 5816/ 7861, 01.11.2010 (Ünver/ Hakeri, **age**, s. 42.)

¹⁸⁶ Y14CD, 3180/12911, 18.11.2014.

edildiklerinde mahkeme tarafından doğrudan göz önünde bulundurulamazlar, bunlar hakkında ayrıca bir dava açılması gerekir. Benzer biçimde zincirleme suç oluşturana fiillerin bir kısmı için verilen hüküm kesinleştikten sonra zincirleme suçun yargılamada göz önünde bulundurulmayan parçaları bakımından önleme etkisi göstermez. Ancak dava zamanaşımı süresi içinde bu parçalar bakımından ayrıca yargılama yapılması mümkündür.

C. Fikri İçtima

Fikri içtima failin aynı fiil ile aynı ceza hükmünü birden fazla kez veya birden fazla ve farklı ceza hükmünü ihlal etmesi durumunda söz konusu olan bir içtima çeşididir. Her durumda fikri içtimada suçların çokluğu durumu söz konusudur¹⁸⁷.

Bir olayda fikri içtimadan bahsedilebilmesinin şartlarından biri fiilin aynılığı şartıdır. Fiilin aynılığından bahsedebilmek için ne failin suçları aynı amaçtan dolayı soruşturulması¹⁸⁸, suçların aynı saikten ortaya çıkmış olması¹⁸⁹; ne de failin çok sayıda fiili gerçekleştirmeye eş zamanlı karar vermesi¹⁹⁰ ya da failin planına göre gerçekleştirdiği fiilin bir başka fiil için ön koşul olarak ortaya çıkmış olması gerekmektedir¹⁹¹. Dolayısıyla fikri içtima bağlamında fiil aynılığı suçun subjektif unsurlarını değil suçun objektif unsurlarını ilgilendiren bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹². Bu bağlamda fiilin aynı olması icra hareketlerinin tamamen veya

¹⁸⁷ Koca/ Üzülmüş, **age**, s. 511; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 615, 627; TCK'da fikri içtima aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima olmak üzere iki şekilde düzenlenmektedir. Buna göre failin tek bir fiille aynı suç birden fazla farklı mağdura karşı gerçekleştirmesi durumunda aynı neviden fikri içtimadan; tek bir fiille aynı mağdura karşı birden fazla farklı suçun gerçekleşmesi durumunda ise farklı neviden fikri içtimadan bahsedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Göktürk, **age**, s. 40 vd.; Fikri içtima kurumu Alman Hukukunda StGB § 52'de fiil tekliği (Tateinheit) başlığı ile düzenlenmektedir. (Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, Rn. 3; Detmer, **age**, s. 249.)

¹⁸⁸ RG 58, 116; 60, 241; BGH 14, 109.

¹⁸⁹ BGH 7, 151, 85, 19

¹⁹⁰ RG 58, 116; BGH 14, 109

¹⁹¹ Bay NStZ – RR, 02, 182.

¹⁹² Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 7; Bu nedenle kasten veya taksirle işlenmiş suçların fikri içtima kapsamında bir araya gelmesi mümkün olabilmektedir. Bkz: RG 48, 251; 49, 272; 59, 319; 72, 123; BGH 1, 278.

kısmen aynı olmasına bağlıdır¹⁹³. Bu açıdan fikri içtima bakımından tartışmalı olan hususlardan biri icrai ve ihmali suçlar arasında fikri içtimanın kabul edilip edilemeyeceğidir. Doktrin tarafından kural olarak reddedilen bu düşünce¹⁹⁴ yargı kararları tarafından kabul edilmiştir. Yargı kararlarının bunu özellikle trafik kazası sonrası olay yerinden ayrılma neticesinde kişinin ölümüne neden olunan olaylar bakımından kabul ettiği görülmektedir¹⁹⁵.

İfade etmek gerekmektedir ki içtima öğretisi bağlamında söz konusu olan fiil aynılığı kavramı, ceza muhakemesi hukuku anlamında fiilin aynılığından farklılık göstermektedir¹⁹⁶. Nitekim ceza muhakemesi hukuku bakımından fiilin aynılığı “non bis in idem” ilkesinin ve kesin hükmün önleyici etkisinin uygulanması bağlamında gündeme gelmektedir¹⁹⁷. Oysaki içtima öğretisi bakımından fiilin aynı olup olmadığı meselesi fikri içtimanın uygulanma kapsamını belirleyebilmek için önem arz etmektedir¹⁹⁸.

Kural olarak fikri içtima durumunda bulunan suçların muhakeme anlamında **tek fiil** oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁹⁹. Ancak bu fikri içtima bakımından ele alınan aynı ve tek fiilin muhakeme hukuku anlamındaki fiille eşit olduğu anlamına

¹⁹³ Kühl, Lackner/ Kühl, StGB, 28. Bası, 2014, § 52, Rn.3; Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 6; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.620; Koca/Üzülmez, **age**, s. S. 514.

¹⁹⁴ Detmer, **age**, s. 250; Kühl, § 52 Rn. 7; Jescheck, AT 59.

¹⁹⁵ RGSt 75, 355, 359; 32, 139; 52, 300; 54, 288; 56, 58; 66, 362; BGHSt 6, 81; 7, 151; 14, 109; 18, 34; 20, 272; 22, 208; 22, 364; 26, 24; 27, 67; 33,165; 43, 317; NJW 1998, 1502; NStZ 1991, 81; NStZ 1993, 225; BGH GA 1956, 120; BayObLG St 1957, 109.

¹⁹⁶ Herzberg, **agm**, s. 114.

¹⁹⁷ Bertel, **age**, s. 23; Herzberg, **agm**, s. 113.

¹⁹⁸ Liu, **age**, s. 1.

¹⁹⁹ Löwe / Rosenberg, § 264, Rn. 36; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.73; Büchner, **age**, s. 149; BGH'nin görüşü de bu yöndedir; Cording, **age**, s. 182; Achenbach, **agm**, s. 94; Detmer, **age**, s. 67. yargı kararlarındaki örnekler bir dilekçede birden fazla sövme niteliğinde ifade bulunması, eşzamanlı olarak hukuka aykırı silah ticareti, eşzamanlı olarak birden fazla ruhsatsız silah bulundurmak gibi maddi ceza hukukunda fikri içtima ilişkisi içinde değerlendirilen fiiller muhakeme bakımından da tek fiil olarak sayılmıştır (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.74)

gelmez.²⁰⁰. Bu açıdan örneğin fiil çokluğu durumlarında tek bir muhakeme anlamında fiil kabul edilmesinin mümkün olduğu hususunda tartışma yoktur²⁰¹. Bunun için hareketler arasında zamansal ve mekânsal bir yakınlık yanında suçun içinde bir bağlantı, yani aynı nitelikte bir hareket yönelimi talep edilmektedir²⁰². Buna karşılık fiil tekliği ve fiil çokluğu kavramlarının maddi ceza hukukuna ilişkin anlamlarının muhakeme hukuku anlamında fiil kavramı, muhakeme anlamında fiil kavramının tekliği ya da çokluğu açısından az ya da çok güçlü bir emare oluşturduğu da yadsınamaz²⁰³.

Fikri içtimada, gerçek içtima durumlarında fiil kavramının belirlenmesi ile de uyum arz edecek biçimde, fiile yeni bir haksızlık özelliği vermeyen tamamen farklı çeşitte bir hareket yönelimi bulunmadığında sadece tek bir muhakeme anlamında fiil kabul edildiği görülmektedir²⁰⁴. Ancak ifade etmek gerekmektedir ki fikri içtima bakımından kural bu olsa da, yargı kararlarında bunun aksi yönde sonuçlara ulaşılan fikri içtima durumları da mevcuttur. Her ne kadar bu durumların gerekçelendirilmesi güçlük arz etse de bunlar fikri içtimanın yırtılması olarak nitelendirilmekte ve muhakeme açısından fikri içtima ilişkisinden bağımsız bir biçimde ele alınmaktadır. Değerlendirme tekliği (Bewertungseinheit) ve örgütlü suçlar bakımından bu durum geçerlidir²⁰⁵. Böylece bir mütemadi suçta, söz gelimi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmiş olan ruhsatsız silah bulundurma suçunun, temadinin devamı sırasında aynı silahla ve aynı fail tarafından gerçekleştirilmiş bir öldürme suçu ile bağlantılı olduğunun anlaşılması durumunda, fikri içtimanın kabul

²⁰⁰ BVerfG 56, 29, BGH 9, 11; 13, 25; 43, 256; nsTz 01, 438. (Kararlar için bkz: Schönke/ Schröder, §52, Rn. 49)

²⁰¹ Meyer – Goßner / Schmitt, § 264 Rn. 3; Rissing-van Saan, **age**, Vor §52; RG 61, 317; BGH 16, 202; 23, 144; 24, 185; 45, 213; NStZ 96, 244; NStZ – RR 12, 132; kundaklama ve buna bağlı olarak ortaya çıkan dolandırıcılık suçu bakımından bkz.: BGH NStZ – RR 12, 46.

²⁰² Schönke/ Schröder, §52, Rn. 49.

²⁰³ Ancak BGH'nin muhakeme hukuku anlamında fiil kavramının maddi ceza hukukunda yer alan içtima öğretisinden bağımsız bir şekilde belirlenmesi gerektiğini de sıklıkla vurguladığı görülmektedir (Komalarajun, **age**, s. 79.); BGH 41, 389; 43, 99; NStZ 09, 70.

²⁰⁴ Schönke/ Schröder, §52, Rn. 49; Neuhaus, **NStZ 1993**, s. 302; Cording, **age**, s. 150; Erb, **GA 94**, 271.

²⁰⁵ Lee, **age**, s. 244 vd; Schönke/ Schröder, §52, Rn. 49.

edilmesine rağmen istisnai olarak iki muhakeme anlamında fiil kabul edilecektir²⁰⁶. Bu bağlamda mütemadi ve organize suçlar bakımından, hakkında kesinleşmiş bir hüküm olan bir suç, daha sonra yargılanan bağlantılı suçlar bakımından önleyici etki göstermeyecektir. Burada her bir hareketin muhakeme anlamında bağımsızlığı onların maddi ceza hukukundaki bağılıkları bakımından bir etki göstermemektedir²⁰⁷.

1. İcra Hareketlerinin Tam Aynılığı

İcra hareketlerinin tamamen örtüştüğü durumlarda fikri içtimanın oluşturulması bir sorun yaratmaz²⁰⁸. İcra hareketlerinin birbiriyle tam örtüştüğü bu gibi durumlarda fiil tekliği karşımıza çıkmaktadır²⁰⁹. Örneğin bir atışla hem yaralama hem de mala zarar verme suçları ya da yangın çıkarma suretiyle birinin ölümüne sebebiyet verme gibi neticeler tek bir hareketle meydana geliyorsa, burada fikri içtima kurumu gündeme gelir²¹⁰. Bu gibi durumlarda ceza muhakemesinde tek fiilin varlığı kabul edilmektedir²¹¹. Ancak belirtelim ki kabul ettiğimiz fiil tanımı uyarınca ceza muhakemesi bakımından her zaman tek fiilin söz konusu olmayacağı durumların ortaya çıkması da mümkün olabilir. Bu gibi durumlarda maddi ceza hukuku bakımından aynı fiilden söz edilmesine rağmen gerçekleşen birden fazla aynı suç ya da farklı suçlara ilişkin muhakeme anlamındaki fiillerden bir kısmına tek bir iddianamede muhakemenin konusu yapılmak üzere yer verilmemiş olabilir. Örneğin aynı iddianamede yer verilmesi durumunda aralarında aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmasını gerektiren suçlardan bir kısmı iddianamede yer

²⁰⁶ Lee, **age**, s. 244; Schönke/ Schröder, §52, Rn. 49; Kanaatimizce buradaki esas sorun mütemadi suçun işlenişi sırasında gerçekleştirilen öldürme suçunun icra hareketlerinin mütemadi suç ile fikri içtima ilişkisi içinde bulunup bulunmayacağıdır. Söz konusu meseleye icra hareketlerinin kesişmesi noktasında mütemadi suçların içtimal bahsinde yer verilmektedir. Bkz. aş. s. 211.

²⁰⁷ Rissing-van Saan, **age**, §52, Rn. 53; Schönke/ Schröder, §52, Rn. 49; Schlehofer, **GA 1997**, 114; Krauth, **Kleinknecht – FS**, s. 235.

²⁰⁸ İçel, **age**, s. 66; Lee, **age**, s. 241; Detmer, **age**, s. 250.

²⁰⁹ Schönke/ Schröder, §52, Rn. 8.

²¹⁰ Schönke/ Schröder, §52, Rn. 8; Detmer, **age**, s. 250.

²¹¹ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.73.

bulamamış ve diğer suçlar bakımından yargılama yapıp verilen hüküm kesinleşmiş ise henüz yargılama yapılmayan fiil bakımından bu hükmün önleyici etki göstermeyeceğini kabul etmek Türk Hukuku açısından kabul edilmesi gereken çözüm olacaktır²¹².

2. İcra Hareketlerinin Kısmi Aynılığı

İcra hareketlerinin kısmen aynı olması durumunda da fikri içtimanın varlığından bahsedilebileceği hem yargı kararları²¹³ hem de doktrin tarafından dile getirilmektedir²¹⁴. İcra hareketlerinin hangi cezalandırılabilir tipik fiil tarafından oluşturulduğunun saptanması, icra hareketleri tamamen örtüşmediğinde ve fakat kısmi olarak bir aynılık gösterdiğinde, en azından bu kısmi aynılık her iki suçun da tipikliğini oluşturmak için yeterli ise; icra hareketlerinin kısmi aynılığı fikri içtima neticesini verebilecektir²¹⁵. Bu durumda sadece bir muhakeme anlamında fiil bulunmaktadır²¹⁶.

Bir doğal hareket eş zamanlı olarak iki suçun tipikliğini ihlal ettiğinde, bu suçlardan en azından birinin gerçekleşmesi için ek hareketler gerekmemekte ise, bu durumda icra hareketlerinin kısmi aynılığından bahsedilmektedir. Örneğin bir suç örgütünü hırsızlık yapılmak suretiyle desteklenmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Burada ortaya çıkan esas mesele ise bu kısmi aynılığın genellikle olan olayın tamamının yalnızca çok küçük bir kısmını oluşturmasıdır²¹⁷.

²¹² Aksi görüş için bkz. İçel, **age**, s. 167.

²¹³ RGSt 32, 137, 139; 52, 298, 300; BGHSt 22, 206, 208; 33, 163, 165; 43, 317, 319.

²¹⁴ Koca/ Üzülmüş, **age**, s. 518; Schönke/ Schröder, §52, Rn. 9; Detmer, **age**, s. 250; İçel ise icra hareketlerinin kısmen kesişmesi durumunda fikri içtimanın uygulanmaması gerektiği kanaatindedir (İçel, **age**, s. 67; Ayrıca bkz: Göktürk, **age**, s. 173)

²¹⁵ Örneğin yağma suçunun failinin mağdura vurması ve takiben parasını alması durumunda yağma ve kasten yaralama suçları açısından fikri içtimanın varlığı kabul edilmektedir. (Koca/Üzülmüş, s. 518); aynı durum Alman hukuku bakımından da geçerlidir (BGHSt 22, 362, 364; BGHSt 20, 269, 272; Detmer, **age**, s. 250) ; cinsel saldırı suçu ile yağma suçunun tehdit suçu bakımından kesişmesi bakımından bkz: BGH MDR/ H 90, 294; iki kadına yönelik eşzamanlı olarak aynı mekanda gerçekleştirilen cebir suçu ve sonunda gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu bakımından bkz: BGH MDR/H 80, 272.

²¹⁶ Komalarajun, **age**, s. 88.

²¹⁷ Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 36.

İcra hareketlerinin kısmen aynı olmaması ve fakat belirli bir anda kesişmesi durumları ise aynılık için tek başına yeterli görülmemektedir. Zira fikri içtimanın varlığından söz edebilmek için hukuki bir değerlendirme yapıldığında bu hareketlerin bir bütün olarak görülmesi gerekmektedir²¹⁸.

Fiil sonucunda ihlal edilen hukuki menfaatler aynı kişilere ait olabileceği gibi farklı kişilere de ait olabilir. Her iki durumda da kısmi bir ayniyet bulunması durumunda fikri içtimanın varlığı kabul edilmektedir²¹⁹. Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki burada bahsedilen icra hareketlerinin kısmen aynı olması olduğundan, hazırlık hareketlerinin kısmen veya tamamen örtüştüğü iki suç bakımından fikri içtimanın gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla hazırlık hareketlerindeki kısmi aynılık göz önüne alınmayacaktır²²⁰

İcra hareketlerinin kısmi aynılığı meselesi mütemadi suçlar, örgütlü suçlar ve genel hareket tanımlamalarının olduğu diğer suçlar ile tek hareketten meydana gelen suçların içtima etmesi durumlarında ve parantez etkisi (Klammerwirkung) adı verilen durum ortaya çıktığında söz konusu olmaktadır²²¹. Bu gibi durumlarda hukuki hareket tekliği meydana gelmektedir.

Yargı kararlarının ve literatürün büyük bölümü bu durumları aynı şekilde ele almamaktadır. Maddi ceza hukukuna ilişkin tekliğin muhakeme hukuku anlamında

²¹⁸ Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 8; Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 9; Geerds, **age**, s. 276 – 277; Ke, 129, 133; Hukuki değerlendirme neticesinde ulaşılabilecek olan kısmi aynılık neticesinin tespitinde gerçekleştirilen suçlar arasında amaç suç araç suç ilişkisinin bulunmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bkz: s. 133; Roxin, **AT II** § 33, Rn. 85; Bunun gibi bir suçun hazırlık hareketlerinin başka bir bağımsız suç da oluşturması durumunda iki suçun icra hareketleri arasında araç suç- amaç suç ilişkisi bağlamında kısmi aynılık bulunmaz. Bu gibi durumlarda iki ayrı fiilin bulunduğu kabul edilir ve gerçek içtima hükümleri uygulama alanı bulur. Bkz: Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 10; Nitekim bu durum Alman yargı kararlarında da ifade edilmiştir: BGH NStZ 1985, 70; BGH NJW 1984, s. 2170; BGHSt 18, 32; Amaç suç araç suç ilişkisinin yanı sıra sebep sonuç ilişkisi, eşzamanlılık, failin saikinin aynı olması da icra hareketlerinin kısmi olarak aynı kabul edilmesi için yeterli görülmemektedir. Bkz: Roxin, **AT II** § 33, Rn. 85; Ancak tartışmalı olarak fikri içtima ilk suçunun tipinin işlenmesinin tamamlanmasından sonra ve bitmesinden önce olmak üzere bir başka suçun gerçekleşmesi halinde de söz konusu olabilir. (Koca/Üzülmez, **age**, s. 518)

²¹⁹ Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 9.

²²⁰ Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 10.

²²¹ Meyer – Goßner / Schmitt, § 264 Rn. 2a; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 36; Parantez etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aş. s. 222 vd.

fiil tekliğine eşit olduğu durumları, zincirleme suç ya da mütemadi suçların bir suçla birleşmesi gibi durumlardan ayırmaktadırlar. Ancak belirtmek gerekmektedir ki, maddi ceza hukukuna göre fiil tekliğinin olduğu durumlarda muhakeme hukuku anlamında tek bir fiilin varlığı isabetli olarak kabul edilmektedir²²². Bu netice hem StGB §52 düzenlemesi hem de bu gibi durumlarda değerlendirmenin bölünmezliği ilkesine bağlıdır.

Türk hukuku bakımından icra hareketlerinin kısmi aynılığının muhakeme hukuku anlamındaki fiil açısından önemi ise mütemadi suçlar ile Alman hukukunda kabul edilen parantez etkisi (Klammerwirkung) kurumunun Türk hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı bağlamında tartışılabilir.

a. Mütemadi Suçların Diğer Suçlarla İçtima

Mütemadi suçlarda fiilin icrası belirli bir süre devam etmektedir. Nitekim mütemadi suçlar hukuka aykırı durumun ortaya çıkması ile tamamlanmakta; hukuka aykırılığın ortadan kalkması ile de bitmektedir²²³. Temadinin devamı sırasında mütemadi suçların başka suçlarla bir araya gelmesi veya karşılaşması mümkün olabilmektedir. Bu durumda mütemadi suçların hem başka mütemadi suçlarla hem de ani suçlarla içtima etmesi söz konusu olabilecektir²²⁴.

Bazı Alman yargı kararlarına göre kısmi aynılığın yanı sıra her iki suçun gerçekleştirilmesi bakımından aynı saikle hareket edilmesi mütemadi suçların diğer suçlarla fikri içtima bakımından önem arz etmektedir²²⁵. Ancak bu yöndeki kararlar

²²² Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 36; Buna aynılık öğretisi (Identitätstheorie) adı verilmektedir. Bu durum doğal anlamda tek hareketin ve çok hareketli suçlar bakımından tipik hareket tekliğinin olduğu durumlarda geçerlidir. Ayrıca mütemadi suçlar da hem maddi ceza hukuku hem de muhakeme hukuku bakımından tek bir fiil olarak ele alınmaktadırlar. (Heintschel-Heinegg, Rn. 38.)

²²³ Schönke/ Schröder, Vorbem § 52, Rn. 87; Rissing-van Saan, **age**, Vor § 52, Rn. 53.

²²⁴ Alman yargı kararlarında ise mütemadi suçların diğer suçlarla içtima etmeyeceği şeklinde bir kabul olduğu belirtilmektedir. Bu kabul uyarınca mütemadi suçun varlığı durumunda hem maddi ceza hukuku hem de muhakeme hukuku bakımından her zaman birden fazla fiilin var olduğu söylenmektedir (Komalarajun, **age**, s. 79)

²²⁵ Puppe, §52 Rn 40; Rissing-van Saan, **age**, §52 Rn 22; RGSt 59, 359, 361; 49, 272, 273; 66, 221; Ayrıca bkz: Cording, **age**, s. 92.

daha çok ruhsatsız silah bulundurma suçları ile sınırlandırılarak uygulanmaya çalışılmıştır²²⁶.

Yerleşmiş yargı kararlarına göre bir mütemadi suçtan dolayı verilen bir kesinleşmiş mahkûmiyet, icra hareketleri mütemadi suçla en azından kısmi olarak çakışan suçlar bakımından kesin hükmün önleme etkisini (Strafklageverbrauch) gündeme getirecektir²²⁷. Bu görüş istisnasız bir şekilde uygulandığında örneğin bir kişinin bir sene boyunca ruhsatsız silah bulundurması ve ruhsatsız silah bulundurmaktan kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü ile karşılaşması durumunda, ruhsatsız silah bulundurma suçu ile fikri içtima durumunda bulunan örneğin bir öldürme suçu açısından da kesin hükmün önleyici etkisi ortaya çıkacaktır²²⁸. Yargı, 1980 yılında verdiği karara kadar da bu yöndeki görüşlerine bir istisna getirmemiştir²²⁹. Mütemadi suçlar bakımından kesinleşmiş hükmün bu esnada gerçekleşmiş diğer suçlar bakımından önleyici etkisi meselesi özellikle mütemadi suçların uzun süre devam etmesi durumlarında sorun teşkil edebilecek niteliktedir.

i. Mütemadi Suçların Ani Suçlarla İçtima Etmesi

Mütemadi suçların ani suçlarla içtima tartışmalı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁰. Bu bağlamda mütemadi suçların zincirleme şekilde içtimaı,

²²⁶ Cording, **age**, s. 92.; Alman hukukunda mütemadi suçlara ilişkin içtima meselesinin maddi ceza hukukuna dayalı çözümü mütemadi suçların diğer suçlarla fikri içtimayı kabul etmemek yönündedir ve bu çözüm eleştirilmektedir. Zira Bu şekilde ortaya çıkan maddi ceza hukukuna dayanan çözüm çoklu cezalandırmaya neden olabilecek nitelikte görülmektedir. Bu nedenle söz konusu sonuç doktrinde pek çok yazar tarafından reddedilmektedir (KMR/ Stuckenberg, § 264, Rn. 79; Radtke /Hohmann / Radtke, § 264, Rn. 36; Erb, JR 1995, 169, 170; GA 1994, 265, 271); Oysa ki aynı meseleye muhakeme hukuku bakımından getirilen çözüm tam ters bir sonuç getirmektedir. Bu tartışma ilk olarak BGHSt 29, 288 sayılı kararında ele alınmıştır. Bu kararda fikri içtimanın varlığına karşın birden fazla sayıda muhakeme anlamında fiil kabul edilmesi söz konusu olmaktadır. (Komalarajun, **age**, s. 92.); Nitekim Örneğin Peters de bir örgüte üye olmak suçu ile bir ya da birden fazla başka suçun içtima etmesi durumunda maddi ceza hukuku bakımından bunların fikri içtima ya da gerçek içtima ilişkisinde ele alınıp alınmamasından bağımsız olarak her ihtimalde muhakeme hukuku bakımından fiil çokluğunu kabul etmektedir (Peters, **age**, § 54)

²²⁷ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.77; Komalarajun, **age**, s. 88.

²²⁸ Komalarajun, **age**, s. 89.

²²⁹ BGHSt 29, 288; bu karar örgütlü suçlar bakımından verilmiş bir karar olmasına rağmen söz konusu kararda kullanılan argumantasyon alt derece mahkemeleri tarafından tüm mütemadi suçlar bakımından kabul edilmiştir.(Komalarajun, **age**, s. 89.)

²³⁰ İçel, **age**, s. 66; Schönke/ Schröder, Vor § 52, Rn. 88.

örgütlenme suçlarının diğer suçlarla içtimaı ve *parantez etkisi* olarak adlandırılan bir ani suçun daha az ceza gerektiren bir mütemadi suçla içtima etmesi ya da bir diğeri ise bir birinden bağımsız iki ani suçla bunlardan daha az ceza gerektiren bir mütemadi suçun içtima ilişkisidir²³¹

Örneğin konut dokunulmazlığının ihlali suçunun bir ani suçla kısa süreli ve geçici olarak kesintiye uğraması durumunda ortaya çıkan sorun fiilin tekliğinin zarar görüp görmemiş olduğu ve eğer gördüyse bunun sonrasında yeni bir mütemadi suçun başlayıp başlamadığı; eğer görmediyse fiilin tekliğinin devam edip etmediğidir²³².

Bir görüşe göre mütemadi suçlarla ani suçların icra hareketlerinin kısmen de olsa örtüşmesi durumunda fikri içtima kurumu gündeme gelecektir²³³. Söz gelimi StGB §113 uyarınca görevini yerine getiren memura direnme suçu trafikte sarhoş biçimde araç kullanma suçunun işlenmesi sırasında söz konusu olabilir²³⁴; ya da ehliyetsiz olarak araç kullanma suçu sırasında yaralama suçu meydana gelmesi ya da kaza mahallinin terki suçunun oluşması²³⁵ gibi durumlar buna örnektir. Yargı kararları²³⁶ mütemadi suçlarda fikri içtima uygulamasını bu gibi durumlarla sınırlandırmıştır²³⁷.

²³¹ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn.77.

²³² Rissing-van Saan, **age**, Vor § 52, Rn. 53.

²³³ Schönke/ Schröder, Vorbem § 52, Rn. 89; Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 23; Münchener Kommentar zur StGB, 2018, § 52, Rn. 33(MüKoStGB/ Heintschel-Heinegg)

²³⁴ Koblenz VRS 56, 38.

²³⁵ BayNJW 63, 168.

²³⁶ RG 54, 289; 66, 347; BGHSt 18, 29, 70; 18, 29, 31; VRS 30, 283.

²³⁷ Schönke/ Schröder, Vorbem § 52, Rn. 89; Nitekim OLG Zweibrücke bir kararında mahkeme ruhsatsız silah bulundurmak ve bu silahla birini öldürmek suçları arasında gerçek içtima kabul etmektedir. Ancak kararın gerekçesi bakımından özellik arz etmektedir. Buna göre ruhsatsız silah bulundurmak ihmali suç olmakla birlikte öldürme suçu ihmali suç olduğundan bunlar arasında fikri içtima ilişkisi olamaz (OLG Zweibrücken NJW 1986, 2841; Komalarajun, **age**, s. 90) ancak söz konusu karar mahkemenin bu gerekçesi bağlamında eleştirilmektedir. Nitekim mahkemenin bu yorumu mütemadi suçların doğası bakımından hepsi için ihmali suç nitelendirmesi yapılmasını zorunlu kılar. Oysa ki bu değerlendirme isabetli değildir. Burada mahkemenin bu yorumu ruhsatsız silah bulundurmak suçundan dolayı verilen kesinleşmiş hükmün yargılama sonrasında ortaya çıkan öldürme suçu bakımından önleyici etki yapmaması amacıyla ve adaletin gerçekleştirilmesi gerekçesiyle verdiği belirtilmektedir (Komalarajun, s. 90-91; Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 26); farklı gerekçe ve fakat aynı sonuç için bkz: BGHSt 13,21,26; BGHSt 23,141,147; BGHSt 36, 151, 154; Mahkeme söz konusu kararda StGB § 129'da düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarının karara konu olan ruhsatsız silah bulundurma suçundan failin söz konusu mütemadi suçların işlenişi sırasında başka

Eğer ani suç mütemadi suçun ortaya çıkardığı bir fırsattan yararlanılması suretiyle ve yeni bir karara dayanılarak gerçekleştiriliyorsa bu durumda gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği belirtilmektedir²³⁸.

Buna karşılık doktrinde mütemadi suçun ancak ani suçun gerçekleşmesini sağladığı durumlarda fiil tekliği ve dolayısıyla fikri içtimanın kabul edildiği görülmektedir²³⁹. Nitekim doktrinde mütemadi suçları bakımından, kısmi aynılığın söz konusu olmadığı durumlar da dâhil olmak üzere, ani suçlarla fikri içtimanın mümkün olduğu dile getirilmektedir²⁴⁰. Bu durumda ani suç mütemadi suçun devam etmesini sağlamak ya da mütemadi suç ani suçun işlenmesi için gerekli koşulları oluşturmaktadır²⁴¹. Ancak bu görüş mütemadi suç ve ani suç arasında araç suç amaç suç ilişkisinin varlığının fiil tekliği ve bu bağlamda fikri içtimanın oluşması bakımından bir kriter olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁴². Nitekim örneğin hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen konut dokunulmazlığının ihlali suçu arasında, araç suç amaç suç ilişkisi ve hareketler arasında eşzamanlılık söz

suç veya suçlar işleme kararının olup olmaması noktasında ayrıştığını belirtmektedir. Nitekim suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından fail bir örgüte üye olma, destekleme ya da kurma şeklindeki fiilleri başka suçların işlenmesi içindir. Bu bakımdan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarının işlenmesi sırasında gerçekleştirilen diğer suçlar arasında önemli nitelikte bir kopma bulunmaz ve bu bağlamda bu mütemadi suçun işlenmesi sırasında gerçekleştirilen diğer suçlar mütemadi suçtan ayrılmazlar. Oysa ki ruhsatsız silah bulundurma suçu StVG § 21'de düzenlenen ehliyetsiz araç kullanmak veya StGB § 316'da yer alan alkollü biçimde araç kullanmak suçları ile benzeşmektedir. Zira bu suçlar genel olarak başka suçlar bağlantılı suçlar olarak ortaya çıkmazlar. Bkz: BGHSt 36, 151 vd.

²³⁸ Örneğin sarhoş bir durumda araç kullanırken yanda gitmekte olan sürücüye cinsel tacizde bulunmak gibi.(Bkz: MüKoStGB/ Heintschel-Heinegg, § 52, Rn. 33.)

²³⁹ Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 23.

²⁴⁰ Cording, **age**, s. 93.

²⁴¹ Schönke/ Schröder, Vorbem § 52, Rn. 90; Cording, **age**, s. 93; ani suçun mütemadi suçun devamını sağladığı durumların icrai ve ihmali suçlar arasında fikri içtimanın mümkün olmadığını söyleyen görüşlerin bir istisnası niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bkz: Cording, **age**, s. 93; Jescheck, Lehrbuch, § 67 III, Rn.4.

²⁴² Roxin, **AT II**, § 33, Rn. 95.

konusu olsa da olayda fiil tekliği söz konusu olmayacak ve gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir²⁴³.

Mütemadi suçların ani suçlarla içtima ilişkisinde ceza muhakemesi bakımından fiil tekliği veya çokluğu durumunun tespit edilebilmesi için gerçekleşen ani suç karşılığında öngörülen cezanın mütemadi suçtan daha fazla olup olmadığının incelenmesi gerektiği de belirtilmektedir. Buna göre mütemadi suçun gerçekleşmesi sırasında oluşan ani suç mütemadi suçtan **daha az ceza** gerektiriyorsa, mütemadi suç ve diğer suç bakımından tek bir fiil kabul edilmesi şeklindeki genel kuralın istisnasız olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴⁴. Fakat gerçekleşen ani suç mütemadi suçtan **daha ağır bir cezayı** gerektiriyorsa bu durumda bunlar arasında gerçek içtimanın kabul edilmesi bu bağlamda da olayda birden fazla ceza muhakemesi anlamında fiil olduğunun kabul edilmesinin icap ettiği belirtilmektedir²⁴⁵. Ancak bunun kesintiye uğramış mütemadi suçtan dolayı ceza sorumluluğunun çokluğuna neden olabileceği söylenmektedir. Ayrıca burada önceki yargılamada zaten belirlenmiş olan mütemadi suçun tekil hareketinin bulup bulunmayacağı sorunu da devam etmektedir²⁴⁶.

Belirtmek gerekmektedir ki mütemadi suçun işlenişi sırasında gerçekleşen bir ani suçun icra hareketlerinin mütemadi suçun icra hareketleri ile kısmen de olsa kesişmesi²⁴⁷ Türk hukuku bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması bakımından zorunluluk arz etmektedir. Bu noktada Alman hukukunda hukuki

²⁴³ Roxin, **AT II**, § 33, Rn. 95; Benzer şekilde failin konut dokunulmazlığının ihlali suçunun icrası sırasında evde bulunan evsahibine cinsel saldırıda bulunması bakımından fikri içtima kabul edilemeyecektir. Bkz: BGH v. 31.8.1962-4 StR 257/62; ya da kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaz suçunun işlenmesi sırasında mağdura hakaret etmesi durumunda gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekmektedir. Bkz: Schönke/ Schröder, Vor § 52, Rn. 90

²⁴⁴ Dreyer, **age**, s. 29; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 78.

²⁴⁵ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 79; Bu çözüm örgütlü suçlar ve ruhsatsız silah bulundurmak şeklindeki, Alman hukuku bakımından yapısal olarak farklılık arz ettiği söylenen mütemadi suçlar bakımından kabul edilmektedir (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn 80).

²⁴⁶ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn, 79.

²⁴⁷ Türk Hukukunda fikri içtimanın uygulanması için gerekli olan şartlardan biri olan fiilin aynılığı şartının sağlanması bakımından icra hareketlerinin kısmen veya tamamen kesişmesi gerekmektedir. Ancak kısmi kesişmenin fikri içtimada fiilin aynılığını sağlayıp sağlamayacağı meselesi tartışmalıdır. Bu bağlamda örneğin İçel mütemadi suçların ani suçlarla hiçbir zaman fikri içtima ilişkisi içinde olamayacağını belirtmektedir. (İçel, **age**, s.66).

gerekçelendirmelerden uzak biçimde kabul edilen ve kısmi bir kesişme olmasa da fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına imkan tanıyan yorum ve uygulamalar hukukumuz bakımından kabul edilemez. Dolayısıyla icra hareketlerinin kısmi aynılığına dayanılarak bir fikri içtima ilişkisinin kurulduğu durumlarda yargılamada tek bir ceza muhakemesi anlamında fiil olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca bunlar bakımından da tek fiil olarak ele alınma şartının yine iddianamede yer verilmesi şeklinde ortaya koyduğumuz prensibe bağlı olması gerektiğini de tekrar vurgulamak isteriz²⁴⁸.

ii. Mütemadi Suçların Başka Mütemadi Suçlarla İçtima Etmesi

Birden fazla mütemadi suç icra hareketlerinin tam ya da kısmi ayniyet göstermesi koşuluyla fikri içtima ilişkisi içinde bulunabilir²⁴⁹. Bu anlamda mütemadi suçların başka mütemadi suçlarla fikri içtima ilişkisi içinde bulunabilmesi için bir somut olayda aynı neviden fikri içtimanın söz konusu olması gerektiği belirtilmektedir²⁵⁰.

Buna karşılık farklı türdeki mütemadi suçlar arasında fikri içtima ilişkisinin bulunması mümkün değildir²⁵¹. Örneğin failin alkollü şekilde araç kullandığı sırada yanında ruhsatsız silah taşınması durumunda birden fazla fiilin varlığı kabul edilir ve burada gerçek içtima hükümleri uygulanır²⁵². Birden fazla mütemadi suç arasında

²⁴⁸ Alman hukuku bakımından aksi yönde bir değerlendirme için bkz: Grünwald, StV 1986, 243; Puppe, JR 1986, s. 205, 206; KMR/ Stuckenberg, § 264, Rn. 84.)

²⁴⁹ İçel, **age**, s. 67; Schönke/ Schröder, Vorbem §52, Rn. 91; Roxin, **AT II**, § 33, Rn. 99.

²⁵⁰ Göktürk, **age**, s.231; Örneğin birden fazla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması suçu kapının kapatılması şeklinde meydana gelen tek bir hareket ile gerçekleştiğinde, burada aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması suretiyle fail tek bir kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu tutulmalı, ancak verilecek cezada kanunda gösterilen oranlarda artırma gidilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz: Göktürk, **age**, s. 231.

²⁵¹ Göktürk, **age**, s. 232; Aksi yönde bkz: İçel, **age**, s. 67.

²⁵² BGH v. 13.3.1975-4 StR 50/75, VRS 1975/49, 178.

yalnızca zaman bakımından ortaya çıkan bir örtüşme, fiilin kısmi aynılığı sonucunu doğurmamaktadır²⁵³.

Bu gibi durumlarda muhakeme bakımından da birden fazla fiil kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bunlar aynı iddianamede yer verilseler de bağımsızlıklarını korumaktadırlar. Dolayısıyla biriyle ilgili olarak yapılan yargılama neticesinde verilen hüküm diğer fiil bakımından önleyici etki doğurmayacaktır.

iii. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu ve Diğer Suçlarla İçtima İlişkisi

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kurulmuş olan örgütü yönetme ve bu amaçla kurulmuş olan örgüte üye olmak suçları TCK m. 220’de düzenlenmiştir. Söz konusu suç tipi devamlılık arz eden hareketlerden oluşan birden fazla suçu bünyesinde barındırmaktadır. Bu suç tipi kapsamında suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgütü yönetmek fiilleri bir suçun seçimlik hareketlerini, bu amaçla kurulan örgüte üye olmak şeklindeki fiiller ise ayrı bir suçu oluşturmaktadır²⁵⁴. Suç örgütleri kanun tarafından suç teşkil eden fiilleri belirsiz sayıda işlemek üzere kurulan ve nitelik itibariyle devamlılık arz eden örgütlerdir²⁵⁵. Ancak belirtelim ki maddede düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma suçu mütemadi bir suç olarak değil, örgütün teşkil edildiği anda işlenen ve tamamlanan bir ani suç olarak nitelendirilmektedir²⁵⁶. Bununla birlikte kurulmuş olan suç örgütünü yönetme ve bu amaçla kurulmuş olan örgüte üye olmak suçları mütemadi suç olarak kabul edilmektedir²⁵⁷. TCK’nun söz konusu suçun işlenmesi

²⁵³ Örneğin failin ehliyetsiz araç kullanması ve bu sırada uyuşturucu madde bulundurulması fiilleri birbirinden bağımsız iki ayrı fiil olarak kabul edilmektedir: BGH NJW 1989, 727; BGH NSTZ 1982, 512; ya da ruhsatsız silah sevkiyatında aynı zamanda террör örgütü propaganda dökümanlarının da bulundurulması fiilleri birbirinden bağımsız iki ayrı fiil olarak kabul edilmektedir: BGH NJW 1995, 2500.

²⁵⁴ İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, 9. Baskı, Seçkin, 2017, s. 14.

²⁵⁵ Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 11; Erkan Sarıtaş, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 630.

²⁵⁶ Sarıtaş, **age**, s. 335.

²⁵⁷ Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 20,22.

sırasında gerçekleştirilen diğer suçlar bakımından cezalandırma için kabul ettiği sistem bu suçlar arasında bir gerçek içtima ilişkisinin kurulması gerektiği şeklindedir²⁵⁸. Nitekim TCK m. 220/4 “*örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da ceza hükmolünür*” düzenlemesini haizdir. Ancak söz konusu bu düzenlemenin TCK’da yer alan diğer içtima düzenlemeleri ile ilişkisi hususunda tartışmalar bulunmaktadır²⁵⁹. Türk hukuku bakımından söz konusu gerçek içtima düzenlemesinin uygulanma koşullarından biri suçların örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda örgütün faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ifadesinin anlamının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim örgüt üyesi bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile bir suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde sayılamayacağı bir durum söz konusu ise bu hükmün uygulanmaması gerekmektedir. Eğer bir suç örgütsel bir davranış şeklinde örgütsel bir iradeye dayanarak örgütsel amaç çerçevesinde işleniyorsa bu durumda söz konusu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç olduğu tespiti yapılabilmektedir²⁶⁰.

Alman hukukunda konuyla ilgili düzenlemeler göz önüne alındığında ise Türk hukukunda olduğu gibi bir gerçek içtima düzenlemesinin Alman hukuku açısından bulunmadığı görülmektedir. Belirtmek gerekmektedir ki doktrinde bir örgüte üye olmak şeklinde gerçekleşen hareketlerin hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi anlamında tek bir fiil oluşturduğu hususunda tartışma

²⁵⁸ Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 23, 24.

²⁵⁹ Nitekim örneğin TCK m. 188/5’e göre uyuşturucu madde imal ve ticareti suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali suçun cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hali olarak düzenlendiği görülmektedir. bu durumda TCK m. 220 ve söz konusu bu hüküm arasındaki ilişkisinin nasıl olacağı tartışmalıdır. Bkz: Sarıtaş, **age**, s. 630, 636-642.

²⁶⁰ Tartışmalar için bkz: Sarıtaş, **age**, s. 655-656; Nitekim Alman hukuku bakımından bir suç örgütüne üye olmak suçundan dolayı verilen bir mahkûmiyet, örgüt üyeliği sırasında işlendiği iddia edilen ve cezası örgüt üyeliğine göre daha ağır olan bir suç bakımından önleyici etki oluşturmaz. Burada söz konusu bu ağır suçun ilk yargılamada fiili olarak muhakemenin konusu bağlamında ele alınmamış olması durumunda bu suç bakımından ayrı bir yargılama yapılması kabul edilmektedir (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 86) ancak Alman hukuku bakımından bu sonuç örgütlü suç düzenlemesinin diğer mütemadi suçlarla yapısal olarak farklılık arz etmesine dayanmaktadır.(KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 86) alman hukukunda örgütlü suçlar ve ruhsatsız silah bulundurma suçları yapıları itibariyle diğer mütemadi suçlardan ayrı olarak “devamlılık arz etmeyen” mütemadi suçlar olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle bunlar bakımından mütemadi suçtan daha ağır bir ani suçun gerçekleşmiş olması durumunda fiil çokluğu kabul edilmesi teorik olarak mümkündür (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 80)

bulunmamaktadır²⁶¹. Ancak BGH'nin örgüt üyesinin tekil bir davranışının önceki bir yargılamanın konusunu oluşturması ve sanığın önceki yargılamada ortaya sunulan her davranışının örgüt adına olduğuna ilişkin bir inanç oluşmadığı durumda ceza muhakemesi bakımından fiil çokluğunu istisnai olarak kabul etmesi de söz konusudur²⁶²

Örgütlü suçlarla ilgili tartışma bu suçların başka suçlarla içtima problemi bağlamında ortaya çıkmaktadır²⁶³. Ancak Alman hukuku bakımından da örgüt üyeliği sırasında gerçekleştirilmiş olan bir suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediği araştırılmakta, bu bağlamda ceza muhakemesi bakımından fiil tekliği veya çokluğu hakkında bir birbirinden farklı kararlar verildiği görülmektedir²⁶⁴. Örneğin konu ile ilgili bir kararda sanık 1971 yılından tutuklandığı 09.06.1972 yılına kadar bir suç örgütü olan “Baader-Meinhof” a üyedir. 1974 yılında sanık bir suç örgütüne üye olmak ve bu örgüte üye olduğu sırada ruhsatsız silah bulundurmak ve belgede sahtecilik suçlarından yargılanmış tüm bu suçlar bakımından fiil tekliği gözetilerek en ağır suçtan dolayı mahkûm edilmiştir. Ancak daha sonra yapılan bir araştırmada söz konusu kişinin örgüt üyeliği sırasında bir patlama yoluyla birden fazla kişinin ölümüne neden olduğu belirlenmiş ve fail hakkında hem örgüte üye olmak hem de öldürme fiillerinden dolayı yeni bir dava açılmıştır. StGB § 129’te düzenlenen suçun tipik fiili bakımından örgütün kuruluşu, bağlantıları ve işleyişi noktasında bir katkı beklenmektedir. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde örgütün amacına hizmet üzere gerçekleştirilen suçlar maddede düzenlenen suç tipinde yer alan hareketlerin gerçekleşmesi şeklinde olamayacaktır²⁶⁵. Bu bağlamda örneğin bir örgüt üyesinin örgüt evi olarak kullanılmak üzere bir evi belgede sahtecilik yaparak kiralaması durumunda, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suçtan söz etmek mümkün olacaktır. Bu durumda bu fiil, örgüt üyeliği ile birlikte tek fiil olarak

²⁶¹ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 64;.

²⁶² BGH NJW 2001, 1734, 1736; NSTZ 2001, 436, 438; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 64.

²⁶³ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 64.

²⁶⁴ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 64.

²⁶⁵ OLG Karlsruhe NJW 1977, 2222 (Karar için bkz: Komalarajun, **age**, , s. 95 vd.)

görülebilecektir. Lakin mahkemeye göre kasten öldürme (StGB § 211) ile suç örgütüne üye olmak suçu arasında bu şekilde bir bağlantı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunlar bakımından bir fiil tekliğinden bahsedilemeyecektir. Bu durumda ise söz konusu olay bakımından ceza muhakemesi bakımından da birden fazla fiilin kabul edilmesi uygun olacaktır.²⁶⁶

Alman hukukunda genel itibariyle mütemadi suçlar açısından maddi ceza hukukunda geçerli olan fiil tekliğinin muhakeme hukuku bakımından da kabul edilmesi yönünde bir eğilim olsa da görüldüğü üzere örgütlenme suçları bakımından yargı kararları tarafından bu yönelimin aksine hareket edilmektedir²⁶⁷. Bu bağlamda bir suç örgütü kurmak, bir suç örgütüne üye olmak gibi mütemadi nitelik gösteren fiiller bakımından verilen bir kesinleşmiş hüküm, söz konusu mütemadi suçun işlenişi sırasında gerçekleşmiş olan diğer fiiller bakımından bir önleme etkisi göstermeyecektir.

b.Parantez Etkisi

Parantez etkisi (Klammerwirkung) olarak ifade edilen kurum esasen Türk ceza hukukuna yabancı bir kurumdur. Alman Hukukunda kabul edilen bu kurum icra hareketleri kesişmeyen iki suç tipi ile bir üçüncü suç tipinin icra hareketlerinin kesişmesi söz konusu olduğunda, söz konusu bu üç suç tipi arasında fikri içtima hükümleri uygulanmasını sağlamaktadır (Idealkonkurrenz durch Klammerwirkung)²⁶⁸. Parantez etkisinin geçerli olduğu durumlarda doktrinde bunun hukuki anlamda fiil tekliğinin bir türü olarak görülmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁹. Bu gibi durumlarda fiil tekliğinin kabul edilmesinin nedeni üçüncü

²⁶⁶ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 87, 88; Dithmar, **age**, s. 87; Komalarajun, **age**, s. 96; Lee, **age**, s. 242.

²⁶⁷ Dithmar, **age**, s. 88; Dreyer, **age**, s. 29; Heintschel-Heinegg, Rn. 38.

²⁶⁸ Puppe, §52 Rn 41; Schönke/ Schröder, § Vor. 52, Rn. 20, § 52, Rn. 14; Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 28; Gropp, AT §14 Rn. 43; Ayrıca bkz: Eberhard Wahle, Die sogenannte “Handlungseinheit durch Klammerwirkung”, in: **Golddammers Archiv Für Strafrecht**, 1968, s. 98 vd.

²⁶⁹ Kühl, § 52 Rn 5; Gropp, §14 Rn. 43; Geppert, Zur Rechtsfigur der Tateinheit durch Verklammerung, Jura 1997, 214 vd; BGHSt 1,67; 2, 246; 3, 165; 5, 92; 18, 66; 28, 18; 29, 288; 31, 29; 33, 6; NStZ 2000, 25; ObLG Hamburg StV 2000, 205;

suç tipi ile diğer iki suç tipinin icra hareketlerinin kısmi aynılığıdır²⁷⁰. Örneğin icra hareketlerinin bir kısmı Y suçu; bir kısmı ise Z suçu ile kısmen aynı olan yani kesişen X suçunun bulunduğu bir durumda, bu üç suç tipi arasında fikri içtima ilişkisi kabul edilmektedir. Yani bu durumda icra hareketleri hiçbir biçimde kesişmeyen Y ve Z suçları arasındaki içtima ilişkisi ayrı bir üçüncü suçta dayalı olarak kurulmaktadır²⁷¹.

Birbirleri ile fikri içtima ilişkisi içinde bulunan X ve Y suçlarının yalnızca aynı yargılamada ele alınabileceği ve yine aynı nedenle X ve Z suçlarının da aynı yargılamada ele alınabilmesi mümkün olabilmektedir. Böylelikle Y ve Z suçlarının ayrı yargılamaların konusunu oluşturmaları mümkün olmayacaktır. Bu durum yargı kararlarına göre fiil tekliği ve tekil bir yargılama için önemlidir. Bu bağlamda parantez etkisi muhakeme hukuku bakımından söz konusu üç suçtan birisi hakkında verilecek olan bir kesinleşmiş hükmün diğer ikisi suç bakımından da kovuşturma ve yargılama yapılmasını engelleme sonucunu doğuracaktır²⁷². Bu durumun fail iki bağımsız ihlalin yanı sıra başka bir suç da gerçekleştirmiş olmasına rağmen esasen fail tarafından hak edilmeyen bir avantaj sağladığı belirtilmektedir²⁷³.

Ancak örgütlü suçlar bakımından bu duruma istisna tanınmıştır. Buna göre yalnızca orta ağırlıktaki mütemadi suçlar (minderschweren Dauerdelikts) bakımından ceza davasının tamamen tükenmesi söz konusu olacaktır. Oysa ki Alman hukuku bakımından örgütlü suçlar ağır suçlar arasındadır. Bu nedenle hakkında hüküm verilmiş diğer fiil ile gerçek içtima durumunda bulunan suç bakımından §129'un özelliği dolayısıyla ceza davası tükenmemektedir²⁷⁴.

²⁷⁰ Dithmar, **age**, s. 75vd; Büchner, **age**, s. 150; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. Rn. 89; Göktürk, **age**, s. 166; Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 29.

²⁷¹ Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlendiği sırada mağdurun fail tarafından yaralanması ve daha sonra ise mağdura karşı cinsel saldırı suçunun gerçekleşmesi durumunda kasten yaralama ve cinsel saldırı suçları arasında bir içtima ilişkisi olmamasına karşın parantez etkisi ile bunlar arasında da bir ilişki kurulmakta ve böylece failin en ağır ceza gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir (Puppe, §52 Rn 42)

²⁷² Dithmar, **age**, s. 76; Komalarajun, **age**, s.102; Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 14

²⁷³ Schönke/ Schröder, §52 ff, Rn. 14; Büchner, **age**, s. 151; Komalarajun, **age**, s. 102.

²⁷⁴ BGHSt 29, 288, 293; Komalarajun, **age**, s. 103.

Parantez etkisine dayalı fikri içtimanın uygulanabilmesi noktasında özellikle yargı kararlarında başka bazı sınırlamalar daha getirildiği görülmektedir. Parantez etkisi sadece dar sınırlarla ve göz önüne alınan suçun haksızlık içeriği dikkate alınarak kabul edilebilecektir²⁷⁵. Nitekim yeni yargı kararlarında parantez etkisinin kabul edilebilmesi üçüncü suç tipinin diğer iki suç tipinden daha ağır ya da en azından söz konusu etkiyi doğuran suçların en azından birbirleri ile eşit ağırlıkta olması gerektiği belirtilmektedir²⁷⁶. Bu durumda üçüncü suç tipinin haksızlık içeriğinin diğer iki suç tipinden az olması durumunda parantez etkisi yoluyla fikri içtima kabul edilmez²⁷⁷. Bunun yanı sıra üçüncü suç tipinin icra hareketlerinin diğer iki suç tipinin icra hareketleri ile bir bütünlük arz etmesi; olayın dışarıdan tek bir bütün olarak görünmesi gerektiği de belirtilmektedir²⁷⁸. Çünkü orta ağırlıktaki bir mütemadi suç, kendileriyle tekil bir fiil (tateinheitlich) olarak bir araya geldiği daha ağır çok sayıda suç, fiil tekliği bağlamında toplamak için yeterli güce sahip değildir²⁷⁹.

Böyle bir durumda yargı kararları aralarında hiçbir şekilde kesişme bulunmayan bu suç tipleri bakımından, bunların üçüncü suç tipi ile ayrı ayrı fikri içtima ilişkisi içinde oldukları; kendi aralarında ise gerçek içtima ilişkisinin kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Entklammerung)²⁸⁰. Böyle bir uygulamada

²⁷⁵ Büchner, **age**, s. 151; Ancak doktrinin bir kısmı tarafından parantez etkisinin tamamen reddedildiğini belirtmek gerekmektedir. Görüşler için bkz: Göktürk, **age**, s. 160 vd.

²⁷⁶ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 89; Gropp, §14 Rn. 43;BGH 2 StR 474/82 sTv 1983, 148; ateşli silahın ölümcül biçimde kullanılmasının silahın izinsiz kullanılmasına eşit sayıldığına, öldürme ve ruhsatsız silah bulundurma suçları arasında fiil tekliği olduğuna ilişkin olarak bkz.: BGH 2 StR 781 BGHSt 31, 29/30; Göktürk, **age**, s. 167; Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 16; Yargı kararlarının parantez etkisini uygulama şartının parantez etkisini oluşturan üçüncü suçun diğer ikisine nazaran daha ağır bir suç olması gerektiği şeklinde bir yorum da mevcuttur. Bkz: Meyer – Goßner / Schmitt, § 264 Rn. 2b; Komalarajun, **age**, s. 103.

²⁷⁷ Puppe, §52 Rn 46; Schönke/ Schröder, § 52, Rn. 16; Göktürk, **age**, s. 167; Komalarajun, **age**, s. 103.

²⁷⁸ Puppe, §52 Rn 47; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn; 89; Göktürk, **age**, s. 167.

²⁷⁹ RGST 44, 223; 56; BGHSt 3, 165; 6,92, 97; 23, 141, 149; 31, 29, 31; Komalarajun, **age**, , s. 103.

²⁸⁰ Bu durumda yukarıda verilen örnekte bir kasten yaralama ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma kendi arasında fikri içtima ilişkisi içinde olurken; aynı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cinsel saldırı arasında da fikri içtima ilişkisi kurulacak ve elde kalan suçlar kendi arasında gerçek içtima ilişkisi içinde olacaklardır. (Puppe, §52 Rn 43)

öncelikle üçüncü suç tipi ile diğer iki suç tipi arasında fikri içtima ilişkisinin incelenmesi söz konusu olacak, daha sonra ise gerçek içtima bakımından bir değerlendirme yapılacaktır²⁸¹. Bu görüş üçüncü suç tipinin cezalandırma sırasında birden fazla göz önüne alınması nedeniyle eleştirilmektedir²⁸². Ayrıca bu yöntem uygulandığında kusur ilkesinin ihlal edildiği, zira cezanın hesaplanmasında paranteze alan suçun (Verklammernde Delikt yani üçüncü suç) başka bir suçta çözüldüğü belirtilmektedir. Nitekim StGB §52’de yer alan erime sistemi (Absorptionsprinzip)²⁸³ uyarınca en ağır cezanın kabul edilmesi söz konusu olduğundan daha ağır cezayı gerektiren mütemadi suç hükümde iki defa görülecek ancak toplam cezanın verilmesinde fiili olarak önemsiz bir etkide bulunacaktır²⁸⁴. Entklammerung uygulamasına ilişkin en önemli soru ceza davasının tükenmesi (Strafklageverbrauch) ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Yargı kararlarının Entklammerung uygulamasının muhakemeye ilişkin sonuçlarına ilişkin olarak ayrı kararlar verdiği görülmektedir²⁸⁵. muhakeme anlamında çok sayıda fiilin kabul edildiği kararda hakkında mahkûmiyet kararı verilen A suçu ve parantez etkisi doğuran üçüncü suç niteliğindeki C suçu ikinci B suçu bakımından ceza davasını tüketmemektedir²⁸⁶. Bu durumda suç B ve fikri içtima ilişkisi içinde olduğu suç C bakımından yeni bir yargılama yapılmasına izin verilmektedir²⁸⁷. Bu görüşün ana fikri somut olay adaletinin (Einzelfallgerechtigkeit) sağlanmasıdır. Nitekim BGH 23, 141’de “*Doğal yaklaşım ve kanun yorumuna ilişkin kural her iki ağır suçun fiili – hukuki bağımsızlığı gerektirdiğinde, aynı yaklaşım muhakeme hukukuna ilişkin olarak farklı bir sonuca yol açmayabilir. Doğal yaklaşım resmi hukuki (formalrechtlich) inceleme*

²⁸¹ KMR/Stuckenberg, § 264, Rn 90; Puppe, §52 Rn 41; Komalarajun, **age**, s. 103.

²⁸² KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 91; Puppe, §52 Rn 41

²⁸³ Erime sistemi (Absorptionsprinzip) içtima ilişkisinde tespit edilen cezalardan en yüksekini uygulanmasını ifade etmektedir. Bkz: İçel, **age**, s. 12.

²⁸⁴ Komalarajun, **age**, s. 102; Shöneborn, NJW 1974, 734;

²⁸⁵ Puppe, §52 Rn 49; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 92; Komalarajun, **age**, s. 103. BGHSt, 3, 165

²⁸⁶ Komalarajun, **age**, s. 103, 104.

²⁸⁷ Komalarajun, **age**, s. 104; BGHSt 3, 165; 23, 141, 150; 29, 288, 295.

noktalarından etkilenmez”²⁸⁸. Bu durumda BGH suç C ‘nin iki defa göz önünde bulundurulmasını iki defa cezalandırma olmaz (Doppelbestrafung) yasağına aykırı görmemiştir, böylelikle ayrılmış yargılamalarda ağır olan ihlalden dolayı mahkûmiyetine izin verildiği görülmektedir. Söz konusu bu görüşü savunanlar failin en son suçundan dolayı yalnızca bir mahkûmiyet kararının artık başka bir fikri içtima ilişkisinde olan suç bakımından sorumluluğuna gidilmemesinin, adil olmayacağını düşünmektedirler²⁸⁹.

Buna karşılık bir başka görüşe göre maddi ceza hukukuna ilişkin Entklammerung uygulamasının muhakeme hukuku açısından bir anlamı bulunmamaktadır²⁹⁰. Bu durumda sadece tek bir muhakeme anlamında fiilin varlığından söz edilecektir. Aksi durumda aslında başka bir yargılamanın konusunu oluşturduğunda bile, parantez etkisine alan (üçüncü) suça dayanan mahkûmiyetin kesinleşmesi gerekirdi. Failin en son suçundan dolayı yalnızca bir mahkûmiyet kararının artık başka bir fikri içtima ilişkisinde olan suç bakımından sorumluluğuna gidilmesi adil olmayabilir ancak bu durum non bis in idem ilkesinin olağan ve önemli bir sonucudur. Zira adaletin tecelli etmesi ve hukuki güvenliğin sağlanması arasındaki çatışmayı non bis in idem ilkesi çözmekte ve çözüm sırasında hukuki güvenliğin tesis edilmesine öncelik tanımaktadır²⁹¹.

Ancak bahsi geçen bu son yaklaşım da ikna edici bulunmamıştır. BGHSt 23, 141’de de ifade edilen şekliyle: alkollü bir araç sürücüsü Karlsruhe’de bir kaza gerçekleştirirse ve otobandan kaçsa, daha sonra Stuttgart ve Münih arasında başka bir kaza daha gerçekleştirirse ve kaçsa ve nihayetinde, daha önceki kazalardan habersiz olan mahkeme tarafından yapılan yargılama neticesinde en son gerçekleşen kazalardan dolayı hakkında verilen hüküm kesinleşmiş olduğu varsayılınsın. Fail hakkında verilen hüküm kesinleşmiş olduğundan, kendisinin araç kullanmak için

²⁸⁸ BGHSt 23, 141, 150.

²⁸⁹ BGHSt 23, 141, 148.

²⁹⁰ BGHSt 6, 92, 96; BGH VRS 21, 341, 344; OLG Hamm VRS 13, 215; BayObLG VRS 13, 463, 464; Komalarajun, *age*, s. 104.

²⁹¹ Komalarajun, *age*, s. 104; Grünwald, *JZ* 1970, 330, 331.

uygun olmaması nedeniyle daha önceki toplam ve büyük olasılıkla kişilere zarar verdiği cezalandırılabilir hareketlerinden dolayı artık sorumluluğuna gidilememesi söz konusu olacaktır. Ancak bu durumun adil olmayacağı belirtilmektedir²⁹². Netice olarak söz konusu karar mütemadi suçların bölünmezliği (Unteilbarkeit des Dauerdelikts) “Tipik olarak bağlanmış olan, muhakeme hukuku tarafından ayrılmasına izin yoktur” görüşünün aksine görüş bildirmektedir²⁹³.

Söz konusu bu görüşlerin Türk hukukuna aktarılması noktasında sorunlarla karşılaşılacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim hukukumuz bakımından aralarında icra hareketlerinin hiçbir şekilde kesişmediği suçlar bakımından fikri içtima ilişkisi kurulması mümkün değildir. Ancak elbette ki böyle bir durumda içtima probleminin ne şekilde çözüme kavuşturulacağı da sorun arz etmektedir. Belirtmek gerekmektedir ki her iki suçla kesişen üçüncü suç tipinin iki suç bakımından içtima ilişkisinde göz önünde bulundurulması çifte değerlendirme yasağına aykırılık teşkil edecektir²⁹⁴. Bu bakımdan burada gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bunların yanında parantez etkisi şeklinde bir kabulün içtima öğretisinde ve dolayısıyla maddi ceza hukukundaki fiil kavramını muhakeme hukukundaki fiil kavramına yaklaştırdığı eleştirisi de²⁹⁵ isabetlidir.

D. Görünüşte İçtima

Türk Ceza Hukuku bakımından esas teşkil eden içtima şekilleri zincirleme suç ve fikri içtimadır. Ancak Alman yargı kararlarında ortaya çıkan ve doktrin tarafından da dile getirilen düşünce, kanunda düzenlenmiş olmamakla birlikte suçların görünüşte içtima ettikleri çeşitli hallerin bulunduğu yönündedir²⁹⁶. Görünüşte içtima durumunda suç çokluğu yalnızca görünüştedir ve ortada fiile uygulanacak gerçekte

²⁹² BGHSt 23, 141, 148.

²⁹³ Komalarajun, **age**, s. 105; Cording, **age**, s. 224.

²⁹⁴ Göktürk, **age**, s. 173.

²⁹⁵ Göktürk, **age**, s. 168.

²⁹⁶ İçel, **age**, s. 167 vd; Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 90; Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, Rn. 7; Koca/ Üzülmöz, **age**, s. 530.

tek bir hukuki düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda söz konusu bu kurum kanunların içtimaı (Gesetzeskonkurrenz²⁹⁷ ya da Gesetzeseinheit) biçiminde ifade edilmektedir. Bir fiilin ihlal ettiği birden fazla ceza normundan birisinin uygulanması durumunda fiilin haksızlık içeriği karşılanmış oluyorsa, fiile uygulanabilir durumda olan diğer normlar uygulanmayacaktır²⁹⁸. Bu bağlamda kanun koyucunun görünüşte içtima türlerine kanunda yer vermemesinin nedeni ceza normlarının birbirleriyle olan ilişkisi ve yorum kurallarından yola çıkılarak fiile uygulanabilir görünen normlardan hangisinin uygulanması gerektiğini tespit etmenin mümkün olmasıdır²⁹⁹.

Hem yargı kararları hem de doktrindeki baskın görüşe göre görünüşte içtimanın üç görünüm şeklinin bulunması mümkündür. Özel normun önceliği (Spezialität), yardımcı normun sonralığı (Subsidiarität) ve bir normun diğeri tarafından tüketilmesi (Konsumtion) görünüşte içtimanın görünüm şekilleridir³⁰⁰. Ancak Alman yargı kararlarında görünüşte içtima türlerinden hangisinin somut olayda uygulandığının belirtilmediği, bunun yerine genel olarak bir kanunu bastırıldığını ya da bir suç tipinin geri çekildiğinden bahsedilmekle yetinildiği görülmektedir³⁰¹.

Görünüşte içtimanın kabul edildiği durumlar ile diğer içtima durumları arasındaki esas farklılık, görünüşte içtima durumunda yalnızca baskın olan ceza

²⁹⁷ Alman Hukukunda şu andaki kullanım Gesetzeseinheit (kanun teklifi) olsa da önceden Gesetzeskonkurrenz (kanunların içtimaı) ifadesi kullanılmaktaydı. Bkz: MüKoStGB, Vor. § 52, Rn. 21.

²⁹⁸ Komalarajun, **age**, s. 105; BGHSt 39, 100, 108; 44, 196; 46, 24, 25

²⁹⁹ İçel, **age**, s. 172.

³⁰⁰ Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 93; Koca/ Üzülmöz, **age**, s. 531; Görünüşte içtima kurumu ve görünüm şekilleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: İçel, **age**, s. 167 vd; Schönke/ Schröder, Vor. § 52 ff, .Rn. 105-144; MüKoStGB/ Heintschel-Heinegg, . § 52 ff., Rn. 22; BeckOK StGB, . § 52 ff, Rn. 8 vd.

³⁰¹ Komalarajun, **age**, s. 105; MüKoStGB/ Heintschel-Heinegg, StGB, Vor. § 52, Rn. 22, BeckOK StGB, Rn. 7.1

normu fiile uygulanırken, bastırılan ceza normunun kusurluluğun belirlenmesi bakımından hemen hemen hiçbir etkisi kabul edilmemesinde yer almaktadır³⁰².

Yargı kararları görünüşte içtima durumlarında muhakeme anlamında fiil tekliği bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalıştığı görülmektedir³⁰³. Failin eşini öldürmeden dolayı önceki bir yargılamada hakkında verilen beraat kararının kesinleşmesi durumunda, mağduru öldürmeye teşebbüs edilmesinden dolayı cezalandırma yoluna gidilmesinin önceki kesinleşmiş beraat kararı ile çelişeceği belirtilmektedir. Zira doğal yaklaşım uyarınca bu iki fiil fiilin oluşumu (Tatbild), fiil zamanı ve fiil yeri (Tatort) bakımından o kadar sınırlamaz durumdadırlar ki, her iki vaka bir tarihi olay (einheitlicher geschichtlicher Vorgang) oluşturmazlar³⁰⁴. Oysaki daha önceden gerçekleşen kasti bir suçla bağlantısı olan kasten yaralama ve yardım etmenin ihmal edilmesi (Unterlassen der Hilfeleistung) suçları bakımından bunların bir tarihi olay ve StPO § 264 uyarınca tek bir muhakeme anlamında fiil oluşturdukları kabul edilmiştir³⁰⁵.

Bu tür durumlar çok hareketli ve hareket aynılığının olmadığı vakalar bulunduğu bazı zorluklara işaret etmektedir. Burada tipik fiillerden yalnızca birisi diğer bir tipik fiilin haksızlık içeriğini doldurabilir, her iki tipik fiil aynı ceza yargılamasında ele alınmadığında çifte değerlendirme açıkça olabilirdi. Bastırılan suçtan dolayı bir cezalandırmanın mümkün olmaması ya da artık imkânsız hale geldiği durumlar tartışılabilmektedir. Burada bir muhakeme anlamında fiil olup olmadığı ya da bastırılan suçtan dolayı yalnızca bir cezalandırmaya izin verilip verilmediği hususunda, yargı kararlarındaki görüşler birbiriyle çelişmektedir. Görünüşte içtimanın genel kurallarından başlayarak bastırılan ceza normundan bağımsız bir biçimde geri ve yine de eşit ağırlıkta, bastırılan ceza normunun maddi ceza hukuku nedenlerinden dolayı ya da eksik olan muhakeme koşullarına dayanarak

³⁰² Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 95; Bastırılan ceza normun etkisi yalnızca hafif ceza normlarının (milderer Gesetzes) önleyici etkisinin belirlenmesinde göz önüne alınmaktadır. Komalarajun, **age**, s. 106; BGHSt 1, 152, 155; 10, 312, 315; 19, 188, 189; 20, 235, 238.

³⁰³ BGH NJW 2000, 216; OLG Celle NJW 1961, 1080.

³⁰⁴ BGH NJW 2000, 216; Komalarajun, **age**, s. 106.

³⁰⁵ Büchner, **age**, s. 153; OLG Celle NJW 1961, 1080.

cezalandırılabilip cezalandırılmadığını baskın yargı kararları haklı olarak sınırlarını çizmektedir³⁰⁶.

Davanın bir yardımcı ceza normu ya da önce veya sonraki fiille sınırlanmış olup olmadığı yargı kararlarına göre belirleyicidir. Ayrıca benzer şekilde ilgili yaşam olaylarının da dava kapsamında olup olmadığı önem arz etmektedir³⁰⁷. Şüphesiz ki dava bu yaşam olayları mahkemenin çıkarım yapma yetkisini (Kognitionsbefugnis) tarafından tutulması gerektiğini göstermektedir. Ancak sınırlandırmaya ilişkin bir soru yöneltmez zira dava edilmiş fiili vakaların StPO §264 uyarınca bir ya da birden fazla fiil olarak görülüp görülmediği önem arz etmemektedir. Aynısı çok hareketli suçlar bakımından da geçerlidir. Bu tür suçların genellikle farklı yaşam olaylarındaki hareketleri kapsamaktadır. Bunların tipik fiili her durumda muhakeme anlamında bir fiile (StPO §264 anlamında bir fiile) bağlaması fiili o andaki durumların fiili koşullarına bağlıdır. Dava bunlardan biri ile sınırlandığında, bunlar reddedilmelidir. Sadece dava edilen işlenmiş olan suç cezalandırılabilir olmadığından elendiğinde sanık hakkında beraat kararı verilir³⁰⁸.

Aralarında görünüşte içtima ilişkisi olan suçların yer aldığı bir muhakeme anlamında fiilin muhakemenin konusunu teşkil ettiği durumlarda olaydaki içtima ilişkisinden bağımsız olarak tek bir muhakeme anlamında fiilin söz konusu olduğuna ilişkin bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak buradaki sorun olayda uygulanabileceği gözüken iki ayrı normdan yalnızca birinden bir yargılama yapılması durumunda diğer norm dolayısıyla ayrı bir yargılama yapılıp yapılamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Örneğin maddi ceza hukukuna göre gerçekleşen bir fiilin hem genel bir ceza normunu hem de bir özel ceza normunu ihlal etmesi ve bunlardan yalnızca genel ceza normu dolayısıyla dava görülerek hüküm kurulması durumunda söz konusu hüküm özel ceza normuna dayanılarak açılacak bir ceza davasını engelleyecek midir? Kanaatimizce burada ilk iddianamede yer verilen fiil tüm

³⁰⁶ Rissing-van Saan, **age**, § 52, Rn. 95; Büchner, **age**, s. 154; Komalarajun, **age**, s. 106; BGHSt 38, 366, 369; BGH NStZ 1993, 96; 2009, 203; BGH JZ 1968, 710; 1993, 475; BGH GA 1971, 83; BGH MDR 1955, 269.

³⁰⁷ Komalarajun, **age**, s. 107; BGH NStZ –rr 1999, 48.

³⁰⁸ Komalarajun, **age**, s. 107.

unsurları ile özel ceza normunu oluşturan maddi anlamda fiili de oluşturacağından burada artık özel ceza normuna dayalı bir yargılama yapılması mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla buradaki hüküm diğeri bakımından önleyici etki doğuracaktır.

E. Gerçek İçtima

Maddi ceza hukuku bakımından gerçek içtmanın uygulandığı durumlarda kural olarak ceza muhakemesi bakımından da fiil çokluğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁰⁹. Gerçek içtima durumlarında maddi ceza hukuku bakımından fiil çokluğu olduğundan genel eğilimin muhakeme hukuku açısından da birden fazla fiil kabul edilmesi olduğu belirtilmektedir³¹⁰.

Ancak ifade edelim ki buna ilişkin olarak yargı kararlarında bir fikir birliği sağlanmış değildir. Önceleri gerçek içtima durumunda muhakeme hukuku bakımından da fiil çokluğunun kabul edilmesi gerektiği söylenmiş olsa da³¹¹, buna istisna getiren birçok karar bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda gerçek içtimada muhakeme anlamında fiil çokluğunun mu yoksa ele bir fiil tekliğinin mi kabul edilmesi gerektiği hususu net değildir.³¹² İstisnai olarak fiil çokluğu kabul edilen kimi durumlarda muhakeme anlamında bir fiilin varlığına karar verildiği de görülmektedir³¹³. Buna göre fiili-hukuki bağımsız fiiller StPO § 264'e göre tek bir muhakeme anlamında fiil oluşturabilirler. Bu neticeye fiillerin içsel olarak da birbirleriyle bağlantılı olup olmadıkları ve bunların ayrı muhakemelerde ele alınmasının doğal olmayan bir bölünme oluşturacağına ilişkin kanaatin ortaya çıkması durumlarında ulaşılmaktadır. Burada hareketin haksızlık içeriği ve kusur içeriği farklı yargılamalarda ayrı olarak

³⁰⁹ Büchner, **age**, s. 152; Lee, **age**, s. 238 vd; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 93.; örneğin aynı yargılama sürecinde hem polis hem de mahkeme önünde gerçeğe aykırı beyanda bulunulması durumunda bunlar içerik olarak açıkça ayrılabiliriyorsa, her ne kadar aynı yaşam olayı olarak kabul edilmeleri mümkün olarak gözükse de, bunlar ceza muhakemesinde fiil çokluğu oluşturmaktadır (RGSt 72, 339, 341; BGNSSt 32, 146, 148; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn94)

³¹⁰ MüKoStGB/Heintschel-Heinegg, Rn. 38

³¹¹ Löwe/Rosenberg, § 264, Rn. 25; Meyer – Goßner / Schmitt, §264, Rn. 13; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 23; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 94;

³¹² KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 95; Komalarajun, **age**, s. 107.

³¹³ Löwe/Rosenberg, § 264, Rn. 25; Meyer – Goßner / Schmitt, §264, Rn. 13; Velten, SK-StPO, § 264 Rn. 23; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 94.

ele alınıp değerlendirilmemesini gerektirmektedir³¹⁴. Bu formülasyonun eklenmesine ilişkin olarak yargı kararları şunu geliştirdi: Muhakeme anlamında fiil bakımından gerekli olan içsel bağlantının varlığı için maddi hukuka dayalı çok sayıda isnat ve bu isnatları oluşturan hareketler ve olaylar bölünemez olarak ortaya çıkmalıdır³¹⁵.

Bu formülasyonlar yoluyla yargı kararları “kaza yerinin terk edilmesi” (Unfallfluchtfällen) olarak adlandırılan olaylar bakımından gerçek içtimanın varlığına rağmen bir tek muhakeme anlamında fiil kabul etme yoluna gitmiştir³¹⁶. BGHSt 23, 141 kararında fail taksirle trafik güvenliğini tehlikeye düşürmüş, alkollü araç kullanma (Trunkenheitsfahrt StGB § 315C Nr. 1a,III) suçunu işlemiştir. Bu hareketinin devamında bir kaza meydana gelmiş ve fail kaza yerinin terk edilmesi (Unfallflucht StGB §142) suçunu da gerçekleştirmiştir. Bu gerçekleşen tipik hareketler StGB §53 bağlamında esasen birbirleriyle fiil çokluğu ilişkisi içinde bulunmaktadır. Zira kaza yerinin terk edilmesi (Unfallflucht) bağımsız bir fiil kararına ve yeni bir tipik harekete dayanmaktadır. Buna rağmen yargı kararları StGB §142 ve § 315 arasındaki içsel bağlantı nedeniyle muhakeme anlamında fiil tekliğini kabul etmişlerdir³¹⁷. Öte yandan bir kaçma sürüşüne (Fluchtfahrt) dayanarak ortaya çıkan bir trafik suçu artık tekil bir muhakeme anlamında fiilin parçası olarak sayılamayacaktır³¹⁸. Bu durum kararda şu şekilde ifade edilmektedir: “ *Bunlar ceza hukuku bağlamında içsel olarak birbirlerine sıkı biçimde bağlıdır, zira kazanın*

³¹⁴ Komalarajun, **age**, s. 108.

³¹⁵ Dreyer, **age**, s. 30; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 95; Komalarajun, **age**, s. 108; BGHSt 41, 292; 43, 96, 98; 45, 211, 213; ayrıca bunun yanında bu suçlardan hiç birinin bağımsız olarak yargılanamayacak olmasının gerektiği de söylenmiştir (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 95; BGHSt 23, 141, 146).

³¹⁶ Lee, **age**, s. 238; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 97; ancak birbirine dayanmayan kazalar bakımından aynı suçun işlenmesi durumunda birden fazla ceza muhakemesi anlamında fiilin varlığı kabul edilmektedir zira bu durumda sürüşün devam etmesinden sonra yeni bir cezalandırılabilir fiil ortaya çıkmaktadır (BGHSt, 23, 141, 148; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 97)

³¹⁷ Meyer – Goßner / Schmitt, § 264 Rn. 2a; Lee, **age**, s. 238; Komalarajun, **age**, s. 108; BGHSt 23, 141, 147.

³¹⁸ BGHSt 23, 141, 149; trafik güvenliği ile ilgili olarak ceza muhakemesi bakımından tek fiile karar verilen diğer yargı kararları için (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 101); trafik güvenliği ile ilgili olarak ceza muhakemesi bakımından birden fazla fiile karar verilen diğer yargı kararları için (KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 102).

*gerçekleştiği koşullar (Umstände) göz önüne alınmaksızın kaza yerinden uzaklaşma (Unfallflucht) suçunun haksızlık ve kusur içeriği hakkında hüküm verilemez*³¹⁹.

Eski tarihli bir başka kararında BGH başka bir sorun grubu bakımından aynı yönde incelemede bulunmuş ve bu istisnayı tekrar dile getirmiştir³²⁰. Mahkeme yangın çıkarma ve sigortanın dolandırılması arasında gerçek içtima kabul etmiştir. Buna karşılık fiili hukuki bağımsız suçların muhakeme anlamında bir fiil oluşturabileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre olayın zamansal ve mekânsal bölünmesi yoluyla ileri sürülen ve birbirleri içine geçmiş olan tipik fiiller ayrılamazlar³²¹.

Gerçekten de gerçek içtimanın uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda bunların muhakeme bakımından tek bir fiil olarak ortaya çıkması Türk Hukuku bakımından da mümkündür. Nitekim fiilin zaman, yer ve konu itibarıyla birbiri ile arasında ilişki bulunan olaylar olarak ele alınması durumunda bu olayların tek bir iddianamede yer verilerek muhakemenin konusu olan bir fiil şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Ancak ifade etmek gerekir ki söz konusu olayın eksik anlatımı

³¹⁹ BGHSt 23, 141, 147.

³²⁰ Lee, **age**, s. 240; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 96; BGHSt 45, 211.

³²¹ Lee, **age**, s. 240; KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 96; BGHSt 45, 211. Benzer bir başka olay ise şu şekildedir: Olaya göre sanık ve eşinin ortay bir evi bulunmaktadır. Evin zemin katında oğlu ve gelinleri bir lokanta işletmekte, evin üst katında da oturmaktadırlar. 2033 yılının başında sanık maddi sıkıntı yaşar. Sanık yangın sigortasından para alabilmek için evin kendisi veya bir üçüncü kişi tarafından yakılmasına ve böylece sigortasını dolandırmaya karar verir. Evin kundaklanmasından önceki bir tarih olan 9 Nisan 2003'te sanık evin sigorta bedelini 320000 Euro'dan 600000 Euro'ya yükseltir. 10 Nisan 2003'te ise bine yangın sonucu tamamen yanar. Savcılık sanığın oğlu ve gelini ile sanığın eşinin bu kundaklamaya onay verip vermediklerini dolayısıyla buna iştirak edip etmedikleri konusunda bir karara varamamıştır. İddianamede sanığa kasten yangın çıkarma (StGB § 306 Brandlegung) suçu isnad edilmiştir. İlk derece mahkemesi ise sanığın beraatine karar vermiştir. Buna göre mal sahibi ya da ortaklar kundaklamaya izin verilerse StGB § 306'da yer verilen kastan yangın çıkarmak suçundan cezalandırılmazlar. Ayrıca söz konusu kişilerin kundaklamaya onay verip vermedikleri belli olmadığından, sanık kasten yangın çıkarma suçundan sorumlu tutulamaz. Ayrıca sigortanın aleyhine dolandırıcılığa teşebbüs (StGB § 263) suçu iddianamede zikredilmemiştir. Bu nedenle de sanığın bu suçtan dolayı cezalandırılması yoluna da gidilemeyecektir. Ancak bu karar üzerine savcı tarafından gerçekleştirilen temyiz başvurusu kabul edilmiştir. Çünkü kasten yangın çıkarma suçu ile yangın sigortasının aleyhine dolandırıcılığa teşebbüs suçu arasında yaşamın olağan akışına göre objektif bir bağlantı bulunmaktadır. Bu nedenle bu iki suçu oluşturan olaylar tek bir olay algılanmalıdır ve ceza yargılaması bakımından da tek bir fiilin varlığından söz edilmelidir. Sigortanın aleyhine dolandırıcılık suçunun iddianamede belirtilmemiş olması, bir eksiklik sayılmaz. Böylece sigorta dolandırıcılığı suçu açıkça iddianamede yer almamasına rağmen bu suçtan hüküm verilmesi mümkün olmaktadır. Bkz: KMR/Stuckenberg, § 264, Rn. 96; BGH (az: 2. StR 327/05) Uretil vom 23 Nov 2005.

dolayısıyla hakkında iddianame düzenlenmeyen olay parçası her ne kadar diğer olayla aralarında zaman, yer ve konu açısından bir yakınlık bulunsa da bağımsızlığını koruyacak ve daha sonra bu olay parçası bağımsız bir muhakeme anlamında fiil sayılarak başka bir muhakemenin konusunu oluşturabilecektir.

F. Alternatif Tipiklik (*Wahlfeststellung*)

Alman Hukukunda *Wahlfeststellung* olarak adlandırılan ya birbirine alternatif vakalardan hangisinin tek bir tipik fiili gerçekleştirdiğinin kesin olmaması ya da hâkimin alternatif vakaların aynı zamanda alternatif suçları oluşturması ve bunlardan yalnızca birinin gerçekleştiğinin kesin olması veya bir suçun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin bir önceki fiilin ispatına bağlı olması³²² gibi durumları içerdiği³²³ belirtilen alternatif tipiklik kurumu muhakeme anlamında fiil konusu ve davasız yargılama olmaz ilkeleri çerçevesinde tartışma konusu yapılmaktadır. Bu kurum Alman hukukunda *in dubio pro reo* ilkesinin bir istisnası olarak uygulanmaktadır³²⁴. Nitekim söz konusu kurumun uygulanması bağlamında hâkim ispata ilişkin bir zorlukla karşılaştığında failin lehine olan daha az cezayı uygulama yoluna gitmektedir³²⁵. Burada mahkemeler aynı anda gerçekleşme imkânı olmayan ve fakat birinin gerçekleştiği kesin olan olgulardan birini seçmektedirler³²⁶

³²² Birbirleri arasında öncelik sonralık ilişkisi olan suçların (Postpendenz- Präpendenz) ispatı noktasında da şüphe bulunması durumunda da yine alternatif tipiklik kurumunun gündeme gelmesi gerekmektedir. Örneğin çalıntı malın satın alınması suçunun gerçekleştiği kesin ancak malın elde edildiği suç bakımından da failin müşterek fail olup olmadığı belli olmadığı gibi durumlar ya da önceki fiilin suç işlemeye azmettirmeye teşebbüs olması ve daha sonraki suça kişinin fail olarak katılıp katılmadığı belli değilse alternatif tipiklik söz konusudur. (Dreyer, **age**, s. 43; Kröpil, **age**, s. 1188)

³²³ Kröpil, **age**, s. 1189.

³²⁴ Oliver Greff, **Die strafverfahrensrechtliche Bewältigung wahldeutiger Verurteilungen bei mehreren prozessualen Taten**, Nomos, Baden-Baden, 2002, s. 21; Dreyer, **age**, s. 41; Kröpil, **age**, s. 1188.

³²⁵ Dreyer, **age**, s. 39.

³²⁶ Dreyer, **age**, s. 40; Belirtmek gerekmektedir ki alternatif tipiklik kurumu hâkimin olayın gerçekleşmesine ilişkin olarak değil de hangi suç tipinin uygulanması gerektiğine ilişkin yapacağı yorum konusunda tereddütte kaldığı durumlarda uygulanamaz. Yorum konusunda duyulan tereddüt hukuki şüphe (Rechtliche Zweifel = reine Rechtsalternativität) olarak adlandırılır ve bu konudaki şüphesini hâkim genel ilkelere göre gidermek zorundadır. (Dreyer, **age**, s. 40) Benzer şekilde bir

Alternatif tipiklik kurumu kavram ve kapsam olarak hem RG hem de BGH tarafından ortaya konulmuş ve doktrin tarafından sistematize edilmiştir³²⁷. Söz konusu kurum **gerçek alternatif tipiklik** (echte Wahlfeststellung) ve **görünüşte alternatif tipiklik** (unechte Wahlfeststellung) olarak iki türdür. Önceleri yargı kararları **görünüşte alternatif tipiklik** olarak isimlendirilen türü geliştirmiştir³²⁸. Daha sonraları ise söz konusu kurumun uygulama alanının genişletildiği görülmektedir. Bu genişletme **gerçek alternatif tipiklik** uygulamasını getirmiştir³²⁹. Alternatif tipikliğe ilişkin olarak BGH ceza daireleri uygulaması 2014 yılında 2. Ceza Dairesinin gerçek alternatif tipikliğin anayasal gerekçelerle uygulanmaması gerektiğini öne süren kararına kadar birbirine paralel ilerlemiştir³³⁰. Ancak başka bir ceza dairesi bu karara karşılık gerçek alternatif tipiklik kurumunun korunması gerektiğini zira bu kurumun anayasaya bir aykırılık taşımadığını belirtmiştir³³¹.

Alternatif tipiklik kurumu bakımından gerçek alternatif tipiklik (mehrdeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage) ve görünüşte alternatif tipiklik (

suçun nitelikli hallerinden birinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda bir şüphe söz konusu ise (Begriffslogische Stufenverhältnisse) bu durumda da alternatif tipiklik kurumu değil şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmalı ve ona göre bir hüküm kurulması gerekmektedir (Dreyer, **age**, s. 41) bunun dışında suçun unsurlarına ilişkin bir şüphe söz konusu ise, örneğin failin kasten mi taksirle mi hareket ettiği, ya da fail mi yardım eden mi olduğu gibi, bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir (Dreyer, **age**, s. 42); bu bağlamda genel olarak kurumun uygulanabilmesi için öncelikle olayın ne şekilde gerçekleştiğinin ispatlanamamış olması gerekmektedir. Bunun yanında mevzu bahis suçlardan birinin gerçekleşmiş olması ihtimalinde diğerinin muhakkak gerçekleşmemiş olması ya da hareketlerden birinin muhakkak suçu gerçekleştirmiş olması aranmaktadır. Ayrıca olaydaki alternatifler arasında fazlası yerine azı (Mehr zum weniger) şeklinde bir derecelendirmenin yapılamaması gerekmektedir. Dolayısıyla fiilin tamamlanmış olduğu ispat edilemiyorsa zaten şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanır ve bu kuruma gerek kalmaz. Son olarak ise söz konusu alternatiflerin benzer ya da aynı hukuki değerlerin ihlaline yönelik olması gerekmektedir (Dreyer, **age**, s. 49 vd; ayrıca bkz, Doğan, **age**, s. 72-73)

³²⁷ Greff, **age**, s. 33; MüKoStGB/ Schmitz, § 1, Rn. 2; Kurumun Alman Hukukunda tarihi gelişimi hakkında bkz.: Helmut Frister, Kindhäuser/Neumann/ Paeffgen, **Strafgesetzbuch**, 4. Auflage, 2013, Nachbemerkung zu § 2: Wahlfeststellung, Rn. 2-7.

³²⁸ Bkz: MüKoStGB/Schmitz, §1, Rn. 2.

³²⁹ MüKoStGB/Schmitz, §1, Rn. 3.

³³⁰ BGH 28.1.2014 – 2 StR 495/12;

³³¹ BGH 24.6.2014 – 1 ARs 14/14, NStZ-RR 2014, 308; BGH 30.9.2014 – 3 ARs 13/14, NStZ-RR 2015, 39; BGH 11.9.2014 – 4 ARs 12/14, NStZ-RR 2015, 40; BGH 16.7.2014 – 5 ARs 39/14, NStZ-RR 2014, 307.

eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage) şeklinde yapılan ayırım esasen iki husus göz önüne alınarak yapılmaktadır. Bunlardan ilki vakaların alternatif olup olmadığı ikincisi ise alternatif olarak uygulanabilir hukuk normu bulunup bulunmadığıdır³³².

Görünüşte alternatif tipiklikte (Tatsachenalternativität) çok sayıda vakanın hangisinin suça neden olduğu konusunda tereddüt bulunurken; ancak sadece bir ceza normunun uygulanabileceği yani olayda tek bir suçun gerçekleştiği konusunda bir kesinlik bulunmaktadır³³³. Dolayısıyla bu durumda sanığın birden fazla hareketinden hangisinin suçu oluşturduğu kesin olarak ortaya konulamamaktadır. Burada söz konusu olan fiili bir alternatifliktir³³⁴. Bu konuda Alman hukukunda verilen klasik örnek birbirinden farklı yargılamalarda yapılan tanıklık sırasındaki beyanların aynı vakaya ilişkin olması ve fakat birbirleriyle çelişki içinde bulunmasıdır³³⁵. Bir başka örnek ise aynı kişi ile gerçekleştirilen birden fazla cinsel ilişkiden birinin mağdura HIV virüsü bulaşmasına neden olduğu ve fakat virüsün hangi cinsel ilişki sırasında bulaştığının saptanamadığı bir yargı kararına ilişkindir³³⁶.

Gerçek alternatif tipiklik kurumu bakımından ise olası iki alternatif vakadan hangisinin gerçekleştiği konusunda bir tereddüt bulunmakta; bunlar aynı ceza normunun ihlaline neden olmamakta, aksine farklı tipik ceza normlarını (Tatbestände – Tatbeständesalternativität) ihlal etmektedir³³⁷. Burada gerçekleşmiş olma ihtimali olan olaylardan hangisinin gerçekleştiği hususunda bir tereddüt bulunmaktadır. Cezasızlığa neden olacak bir vakanın göz önüne alınmak için ortaya çıkmaması buradaki önemli önkoşullardan biridir. Gerçek alternatif tipikliğe ilişkin klasik örnekler biri hırsızlık biri ise hırsızlık konusu malın satın alınması (Hehlerei) suçunu

³³² Greff, **age**, s. 32; MüKoStGB/Schmitz, §1, Rn. 6.

³³³ Greff, **age**, s. 32; Dreyer, **age**, s. 44; Kröpil, **age**, 1189.

³³⁴ Dreyer, **age**, s. 44.

³³⁵ Greff, **age**, s. 33.

³³⁶ BGH 4, 318, 89.

³³⁷ Dreyer, **age**, s. 45; Greff, **age**, s. 32; Kröpil, **age**, s. 1189.

oluşturan iki olaydan hangisinin gerçekleştiğinin tam olarak ispat edilmediği durumlardır. Aynısı bir fiilin farklı niteliklerine neden olan alternatif vakalar için de geçerlidir³³⁸.

Görüldüğü üzere esasen söz konusu kurumun uygulanması gereken durumlarda maddi ceza hukuku bakımından **fiil çokluğunun** söz konusu olduğu ve bunların aslında **gerçek içtima** oluşturduğu söylenebilir. Ancak söz konusu fiil çokluğu aslında kurgusaldır, zira gerçekte bu fiillerden yalnızca biri ceza hukuku bakımından göz önünde bulundurulabilir niteliktedir³³⁹. Bu nedenle burada birden fazla ceza muhakemesi anlamında fiil yerine hem maddi ceza hukuku hem de muhakeme bakımından fiil tekliğini kabul etmek gerektiği öne sürülmektedir³⁴⁰. Bu bağlamda belirtmek gerekmektedir ki alternatif tipiklik uygulaması bakımından ceza muhakemesinde fiil hususu ile ilgili olan soru ikinci olayın aynı muhakeme anlamında fiil kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği veya olayda alternatif tipiklik uygulandığında bunun fiil tekliği kapsamında ele alınıp alınamayacağıdır³⁴¹.

Buna ilişkin olarak yargı kararlarından ortaya konulan ilk yaklaşım birbiri yerine geçebilen özellik gösteren isnatların söz konusu olduğu durumlarda bunların aynı olayı oluşturup oluşturmadıkları önem arz etmeksizin mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Zira burada mahkemelerin birbiriyle çelişen hükümlerden kaçınma yükümlülükleri söz konusudur ve alternatif tipikliğin mevcut olduğu durumlarda yalnızca tek bir isnat hakkında karar verilmesi durumunda bu risk gündeme gelebilecektir³⁴². Burada hem maddi ve muhakeme anlamında fiil çokluğu söz konusu olsa da mantıken failin bu hareketlerinden yalnızca birinin suç teşkil etmesi mümkün olduğundan bu hareketlerin hepsinin tek bir ceza muhakemesi

³³⁸ MüKoStGB/Schmitz, §1, Rn. 10.

³³⁹ Dreyer, **age**, s. 60; Komalarajun, **age**, s. 110.

³⁴⁰ Komalarajun, **age**, s. 110.

³⁴¹ Komalarajun, **age**, s. 110.

³⁴² Komalarajun, **age**, s. 110.

anlamında fiil olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁴³. Görece yeni tarihli yargı kararları ise aynı sonuca ceza muhakemesindeki fiilin olgusal olarak belirlenmesi gerekliliğinden yola çıkarak ulaşmaktadır. Buna göre içlerinden yalnızca birinin gerçek olması ihtimali olan olgusal bir alternatif durumun söz konusu olduğu durumlarda bunların tek bir muhakeme anlamında fiil olarak değerlendirilmesi gerektiğini zira bunlar fiilin yeri, zamanı, konusu bakımından tek bir olay oluşturacağı söylenmektedir³⁴⁴.

Dolayısıyla vakaların zamansal olarak birbiri içine geçtiği görünüşte alternatif tipiklik durumları bakımından tek bir muhakeme anlamında fiilin kabul edilmesi gündeme gelebilmekte³⁴⁵ ancak tipikliğin tartışma konusu olduğu gerçek alternatif tipiklik durumları bakımından birden fazla ceza muhakemesinde fiil söz konusu olabilmektedir³⁴⁶. Örneğin failin hırsızlık mı hırsızlık konusu malın alınması suçunu mu gerçekleştirdiğinin kesin olmadığı ve fakat ilk derece mahkemesinin daha az ceza gerektirmesi bakımından kişi hakkında hırsızlık konusu malın satın alınması suçundan mahkûmiyete hükmettiği bir davada³⁴⁷ sanık iddianamede kendisi hakkında yalnızca malın çekip alınması fiilinin belirtildiğini dolayısıyla hırsızlık konusu malın satın alınması suçundan dolayı hüküm verilemeyeceğini iddia ederek temyize gitmiştir. Sanığın iddiası hırsızlık konusu malın satın alınması suçunun muhakemenin konusu yapılmamış olması ve diğer suçun da kanıtlanamamış olması nedeniyle beraat etmesi gerektiğidir. Söz konusu kararda bu gibi durumlarda hırsızlık ve hırsızlık konusu malın satın alınması suçlarının birbirlerine dönüşebilen suçlar olup olmadığı ve dolayısıyla olayda aslında fiilin değişmesinin söz konusu edilip edilemeyeceği tartışılmıştır³⁴⁸. Burada yapılabilecek şeylerden ilki ek iddianame

³⁴³ Dreyer, **age**, s. 64; MüKoStGB/Schmitz, §1, Rn.8.

³⁴⁴ Dreyer, **age**, s. 63; Komalarajun, **age**, s. 110.

³⁴⁵ Greff, **age**, s. 46; Frister, Nachbemerkung zu § 2 Rn. 8.

³⁴⁶ Kröpil, **age**, s. 1189; Dreyer, **age**, s. 65.

³⁴⁷ OLG Celle vom 12, karar için bkz: Kröpil, s. 1189.

³⁴⁸ Kröpil, **age**, s. 1190.

yoluyla diğer fiil hakkında da bir dava açılması olabilecektir. Daha sonra bu iki davanın birleştirilerek görülmesi yoluyla esasında ilk derece mahkemesinde bir çözüm yoluna gidilebilir³⁴⁹. Ancak dava artık temyiz aşamasına geldiğinden ve Alman hukukuna göre bir ek iddianame düzenlenmesi mümkün olmayacağından alternatif tipiklik yoluyla bir çözüm getirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla araştırılması gereken ikinci olarak ortaya çıkan yeni fiil bir alternatif tipiklik oluşturup oluşturmadığıdır. Burada da bir görüş alternatif tipikliğin kabul edildiği her durumda da zaten ek iddianame yoluyla sorunun çözülmesi gerektiğini belirtirken; diğer bir görüş ise alternatif tipikliğin uygulanması gereken durumlarda tek bir muhakeme anlamında fiilden söz edilmesi gerektiğini dolayısıyla diğer vakanın ek iddianameye gerek kalmaksızın hakkında karar verilebilir bir vaka olduğunu belirtmektedir³⁵⁰.

Kanaatimizce hem görünüşte hem de gerçek alternatif tipiklik bakımından yeni bir iddianame olmaksızın dava açılmamış bir isnat hakkında karar verilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir. Zira her iki durumda da muhakeme hukuku bakımından birden fazla fiilin olduğunu kabul etmek gerekmektedir³⁵¹.

³⁴⁹ Kröpil, **age**, s. 1190.

³⁵⁰ Kröpil, **age**, s. 1191.

³⁵¹ MüKoStGB/Schmitz, §1, Rn.8.

SONUÇ

Çalışmamız kapsamında ceza muhakemesinde fiil kavramı incelenmiş olup konuyla ilgili olarak ulaşılan sonuçlar aşağıdaki gibi belirlenmiştir:

Muhakeme hukukunda fiilin belirlenmesi bakımından diğer hukuk dalları ile ilişkisi önem arz etmekle birlikte fiilin belirlenmesi noktasında ne maddi ceza hukuku ne de hukuk muhakemesi hukuku tek başına bir yol gösterici nitelik taşımamaktadır.

Fiilin tüm muhakeme evreleri bakımından önemli görevler yerine getirmesi söz konusu olmaktadır. Bu anlamda muhakeme anlamında fiilin mahkemenin araştırma faaliyetinin sınırlandırılması, bununla bağlantılı olarak hükmün konusunun ve önleme etkisinin kapsamını belirlemesi söz konusu olmaktadır. Fiilin bu sınırlandırıcı görevlerini yerine getirmesi bağlamında ise muhakemenin tüm evreleri bakımından bir birlik oluşturup oluşturmadığı meselesi önem arz etmektedir. Kanaatimizce muhakemenin tüm evreleri bakımından fiil bir birlik oluşturmakta ve bütünlük arz etmektedir. Dolayısıyla soruşturma evresinde iddianamenin hazırlanmasından hükmün kesinleşmesine kadar ele alınan fiil her zaman için aynı olmak zorundadır. Bu anlamda iddianamede yer verilen fiilin kesin hükümde yer alan fiilden farklı olduğu savunulamaz.

Fiilin sınırlandırılması ve aynılığının tespit edilmesi meselesi kanaatimizce fiile ilişkin iki farklı ve önemli hususu teşkil etmektedir. Nitekim bize göre fiilin sınırlandırılması fiilin belirli unsurlar yönünden tespit edilmesini ve ortaya konmasını ifade ederken; fiilin aynılığı meselesi ise fiilin hangi durumlarda genişlemiş sayılacağını, hangi unsurlarının bir başka unsur ile ikamesi halinde aynılığını devam ettireceğine ilişkin tartışmaları içermektedir. Bu bağlamda biz de öncelikle fiilin sınırlandırılmasına ilişkin kriterleri ortaya koymak adına buna ilişkin görüşleri ortaya koymaya çalıştık. Kanaatimizce fiilin tarihi bir olay olarak belirlenmesinde bir sakınca olmamakla birlikte bunun hukukumuz bakımından uygulanması noktasında CMK hükmünü de göz önünde bulundurarak bu tarihi olayın hangi unsurlardan oluşması gerektiği şu şekilde ortaya konulmalıdır: **Fiil, iddianamede ortaya konulan hareket, fail, zaman, mekan, konu, araç, mağdur**

unsurları yönünden sınırlandırılmış olan olgular bütünü olarak ele alınmalıdır. Fiilin aynılığının belirlenmesi bakımından ise bize göre ayrıca hukuken korunan değer kriteri de bunlara eklenmelidir. Bu bağlamda **iddianamede belirli yönlerden sınırlandırılmış olan olguların aynı ya da benzer hukuken korunan değerlerin ihlali göz önünde bulundurulmak suretiyle tespiti** bizi fiilin aynı olup olmadığına ilişkin sorunun cevabına ulaştıracaktır.

Bunlar yanında muhakemenin konusu bakımından ele alındığında fiilin muhakemenin konusunun objektif unsurunu oluşturduğunu belirtmek gerekmektedir. Bize göre Türk hukuku açısından ceza muhakemesinde konu iddianamede belirtilen fiil ve failden oluşmaktadır. Nitekim CMK m. 170/3-a ve 170/4 açısından da fiil ve fail iddianamenin esaslı unsurları arasında gösterilmektedir Anılan düzenlemelerde hem fiilden hem de failden bahsediliyor olması, fiil ve faili muhakemenin konusunun unsurları olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce iddianamede bireyselleştirilen fiil ve failin Türk hukukunda muhakemenin konusunu oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Fiilin davasız yargılama olmaz ilkesi ile de yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Nitekim davasız yargılama olmaz ilkesinin uygulanmasının bir sonucu mahkeme tarafından hakkında dava açılmamış kişi veya fiiller bakımından davanın genişletilmesinin engellenmiş olmasıdır. Nitekim hem CMK hem de StPO açıkça mahkemenin araştırmasının ve vereceği kararın dava edilmiş fiil ve dava edilmiş kişi ile sınırlı olması gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce davasız yargılama olmaz ilkesinin amacına uygun biçimde uygulanması fiilin sınırlarının mümkün olduğunca somut bir biçimde belirlenmiş olmasına bağlıdır. Bu bağlamda fiili belirli unsurlar yönünden sınırlanmış olgular olarak kabul ettiğimizde ilkenin işlevinin de hayata geçirilebileceği görüşüdeyiz. Zira fiilin sadece tarihi bir vaka olarak kabul edilmesi ilkenin uygulanmasını anlamsız kılacak iken, yalnızca normatif bir şekilde belirlenmesi de ilkenin çok katı bir şekilde uygulanmasına neden olacağından adaletin gerçekleşmesini geciktirebilecektir.

Muhakeme sırasında maddi gerçeğin araştırılması muhakemenin konusu olarak ortaya konan fiilin hakikatte gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşti ise isnad olduğu şekliyle mi yoksa başka bir şekilde mi gerçekleştiğini objektif olarak

ortaya koymayı gerektirmektedir. Bu bağlamda maddi gerçeğin araştırılması sırasında muhakemenin konusu olan fiilin ispata hangi bakımdan konu olacağı önem arz etmektedir. Kanaatimizce maddi gerçeğin araştırılmasında araştırılacak olan suçun işleniş anına ait olan, suçla korunan hukuki değeri ilgilendiren ve suça ait eylemin gerçekleştiği olgu olarak ele alınmalıdır. İşte bu olgu ise ceza muhakemesi açısından fiili ifade etmektedir.

Non bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından üç husus açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Nitekim CMK bakımından göz önünde bulundurulması gereken hususlar kişinin aynılığı, fiilin aynılığı ve açılmış bir dava veya verilmiş bir hüküm bulunmamasıdır. Kanaatimizce non bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından kişinin ve fiilin aynılığı unsurları kümülatif bir biçimde ele alınmalıdır. Bu nedenle aynı fiil nedeniyle aynı kişi hakkında tekrar bir yargılama yapılması ilke bağlamında mümkün olamazken, başka bir kişi bakımından yargılama yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bunun yanında fiilin aynılığının tespiti bakımından bize göre ilkenin uygulanması bakımından iddianamede yer verilen tarihi olay örgüsünün aynı olması yeterli olmayacaktır. Kişinin söz konusu bu tarihi olay örgüsü dolayısıyla hangi hukuken korunan değer nedeniyle kovuşturulduğu ya da hakkında bir hüküm verildiği de kanaatimizce önem arz etmektedir. Ayrıca belirtelim ki Türk hukuku bakımından ise CMK bağlamında ilkenin bir muhakeme engeli teşkil etmesi için hüküm verilmiş olması veya dava açılmış olması şartı arandığı görülmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda kişi hakkında aynı fiilden dolayı verilen hükmün kesinleşmesi aranmadığı gibi daha önceden aynı fiil bakımından kovuşturma evresinde olan bir muhakeme süreci başlatılmış olması yeterlidir.

Şikâyet hakkının kullanılması bakımından fiil şikâyetin konusunu oluşturmaktadır. Kanaatimizce şikâyetin fiil bakımından bölünmesi mümkün olmamalıdır. Bu durum özellikle zincirleme suçlar ve mütemadi suçlar bakımından önem arz etmektedir. Bu noktada aralarında teselsül ilişkisi bulunan ve şikâyete tabi suçlardan her biri için şikâyet şartının ayrı ayrı gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Mütemadi bir şikâyete tabi fiilin gerçekleştiği sırada bir başka şikâyete tabi fiil de gerçekleşmiş ve buna ilişkin bilgi suçtan zarar gören tarafından öğrenilmiş ayrıca da

şikâyet bakımından adli mercilere aksettirilen olay sırasında zikredilmiş ise, birden fazla suçtan dolayı şikâyet hakkının kullanıldığını kabul etmek gerekmektedir.

İddianamenin hazırlanması bakımından ise savcı tarafından suç teşkil ettiği düşünülen fiile iddianamede ne şekilde yer verileceği belirlenmelidir. Fiilin iddianamede mevcut delillerle açıklanması bir zorunluluk olsa da, bundan yalnızca savcının tasavvurunda olduğu iddia olunan suç tipine ilişkin kısımlara yer verilmesi ve olaya ilişkin diğer kısımların göz ardı edilmesi anlamı çıkarılamaz. Savcının hazırladığı iddianamede fiile bilinen tüm ayrıntılarıyla yer vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla iddianamenin düzenlenmesi bakımından fiilin belli olması ile onun hukuki nitelendirilmesi kavramları birbirinden ayrılmalıdır. Bu nedenle olay anlatılırken suçun unsurlarını teşkil eden hususların kanuna uygun bir biçimde üzerinde durulması gerekeceği gibi, olayın hikâye edilişi ve unsurlar dışında kalan hususların da suçla ilgili bilgiler olduklarından iddianamede yer almaları zorunluluk arz etmektedir.

Bunların yanı sıra iddianamenin hazırlanması bakımından savcının takdir yetkisine sahip olduğu fiilin bölünüp bölünemeyeceği önem arz etmektedir. Bu hususta özellikle CMK m. 171/1 ele alınabilir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararları muhakemenin konusunu oluşturan fiilin bütünü bakımından verilir. Kanaatimizce iddianamenin hazırlanması bakımından fiilin bölünmesi mümkün değildir, dolayısıyla bütün olarak ele alınması gerekir. Bu nedenle suçların içtimainın söz konusu olduğu durumlarda CMK m. 171/1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilebilmesi, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilebilmesini gerektiren sebebin fiilin tümü bakımından geçerli olması halinde mümkün olmalıdır.

Kovuşturma evresi bakımından yargılama sırasında yeni olaylar ortaya çıkmasının yargılamaya etkisini ele almaya çalıştık. Bu bağlamda yeni olaylar ortaya çıkması ya yeni bir fiilin ortaya çıkması anlamına gelecek ve yeni iddianame düzenlemesini; ya da yeni bir iddianame düzenlenmesini gerektirmeden fiilin aynılığı kapsamında ele alınacak ancak hukuki nitelendirmede bir değişiklik gerektirmesi halinde sanığa ek savunma hakkının tanınmasını gerektirecektir.

Kanaatimizce eğer yargılamada muhakeme hukuku bakımından sadece tek bir fiilden söz ediliyorsa, burada yalnızca bir hüküm verilmesi söz konusu olur. Bu

durumun istisnasını ise bize göre mahkûmiyet hükmü yanında verilen güvenlik tedbirleri bakımından mümkün olabilmektedir. Ayrıca bize göre tek bir fiilin söz konusu olduğu durumlarda verilen hükmün fiili oluşturan olgulardan bir kısmına ilişkin olması mümkün değildir. Dolayısıyla fiilin bir kısmına ilişkin olarak mahkûmiyet, bir kısmına ilişkin olarak ise beraat kararı verilemez Oysaki fiil çokluğu durumunda bunun bölünebilmesi ve dolayısıyla her fiil için aynı yargılamada farklı kararlar verilebilmesi mümkündür.

Zincirleme suçlar bakımından zincirleme suç oluşturan her bir suç bakımından ceza muhakemesi hukuku bakımından fiil çokluğunu kabul etmemiz gerekmektedir Nitekim ceza muhakemesi anlamında bir fiilin zamansal ve mekânsal olarak birbirine yakınlık gösteren olaylardan oluştuğunu kabul ettiğimizden, birbirinden farklı zamanlardan gerçekleşmiş olan zincirleme suç oluşturan her bir fiil ceza muhakemesinde ayrı olarak ele alınabilecek nitelikte kabul edilmelidir. Dolayısıyla zincirleme suç oluşturan ve fakat iddianamede yer verilmemesi nedeniyle mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmayan zincirleme suç ilişkili diğer olgular, bağımsızlıklarını devam ettirirler. Bu nedenle bunlar yargılama sırasında fark edildiklerinde mahkeme tarafından doğrudan göz önünde bulundurulamazlar, bunlar hakkında ayrıca bir dava açılması gerekir. Benzer biçimde zincirleme suç oluşturan fiillerin bir kısmı için verilen hüküm, kesinleştikten sonra zincirleme suçun yargılamada göz önünde bulundurulmayan parçaları bakımından önleme etkisi göstermez. Ancak dava zamanasımı süresi içinde bu parçalar bakımından ayrıca yargılama yapılması kanaatimizce mümkündür.

Fikri içtima bakımından icra hareketlerinin tam olarak aynı olması ceza muhakemesinde fiillerin her zaman için aynı olmasını sonuçlamaz. Bu netice iddianamede yer verilmemiş fiil parçalarının daha sonradan yargılanabilmelerini sağlar. İcra hareketlerinin kısmi aynılığı bakımından ise mütemadi suçlar önem arz etmektedir. Mütemadi suçların ani suçlarla kısmi örtüşme biçiminde içtima etmesi durumunda kanaatimizce yargılamada tek bir ceza muhakemesi anlamında fiil olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca bunlar bakımından da tek fiil olarak ele alınma şartının yine iddianamede yer verilmesi şeklinde ortaya koyduğumuz prensibe bağlı olması gerekmektedir.

Hukukumuz bakımından icra hareketlerinin hiçbir şekilde kesişmediği suçlar bakımından fikri içtima ilişkisi kurulması mümkün değildir. Bu durum Alman hukukunda parantez etkisi kurumu ile çözülmeye çalışılmaktadır. Fakat belirtmek gerekmektedir ki her iki suçla kesişen üçüncü suç tipinin iki suç bakımından içtima ilişkisinde göz önünde bulundurulması çifte değerlendirme yasağına aykırılık teşkil edecektir. Bu bakımdan burada gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bunların yanında parantez etkisi şeklinde bir kabulün içtima öğretisinde ve dolayısıyla maddi ceza hukukundaki fiil kavramını muhakeme hukukundaki fiil kavramına yaklaştırdığı eleştirisi de isabetlidir.

Kanaatimizce hem görünüşte hem de gerçek alternatif tipiklik bakımından yeni bir iddianame olmaksızın dava açılmamış bir isnat hakkında karar verilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir. Zira her iki durumda da muhakeme hukuku bakımından birden fazla fiilin olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Alman hukukunda uygulama alanı bulan alternatif tipiklik kurumu bakımından ise bize göre hem görünüşte hem de gerçek alternatif tipiklik bakımından yeni bir iddianame olmaksızın dava açılmamış bir isnat hakkında karar verilmesinin mümkün olmamalıdır. Kanaatimizce burada her iki alternatif tipiklik durumu bakımından da muhakeme hukuku bakımından iki fiilin varlığı söz konusudur.

KAYNAKÇA

- Achenbach, Hans :”Strafprozessuale Ergaenzungsklage, und materielle Rechtskraft”, ZStW, 1975, s. 74-102.
- Akbulut, Berrin :Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi,2017,Ankara.
- Akkaş, Ahmet Hulusi :Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Adalet, Ankara, 2016
- Ataç, Asiye Selcen :Kesin Hükümün Önleme Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- Amar, Akhil Reed / Marcus, Jonathan Lee :“Double Jeopardy Law after Rodney King”, Columbia Law Review, Vol. 95, No. 1, Jan. 1995, s. 1-59.
- Atalı, Murat :Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul, 2017
- Barthel, Wolfgang :Der Begriff der Tat im Strafprozessrecht, Druck Schon, 1972.
- Baumann, Jürgen :“Änderung des Prozessgegenstandes im Zivil – und Strafprozess”, ZZP 69, 1956, s. 369

- Baumann, Jürgen :**Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeß**, Kohlhammer Verlag, 1969.
- Baur, Fritz :**“Der Anspruch auf rechtliches Gehör”**, Archiv für die civilistische Praxis, 153 .Bd., H. 5, 1954, s.393-412.
- Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz :Herausgegeben von Epping/Hillgruber, 30. Ed., 2016
- Behrendt, Hans Joachim :**“Inquisitorischer Prozess, kooperativer Prozess, psychoanalytischer Prozess”**, Geppert u. a. (Hrsg.) Festschrift für Rudolf Schmidt, 1992.
- Behrendt, Hans Joachim: :**“Der Tatbegriff im materiellen und formellen Steuerstrafrecht”**, ZStW 1982, s. 888-913.
- Beling, Ernst :**Deutsches Reichstrafprozessrecht**, 1928
- Bekar, Elif :**“Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”**, İÜHFİM, C. 75, S.1, 2017,s. 15-60.
- Bertel, Christian :**Die Identität der Tat: der Umfang von Prozeßgegenstand und Sperrwirkung im Strafverfahren**, Viyana,

- Springer, 1970.
- Beulke, Werner :**Strafprozessrecht**, 13. bs., Heidelberg, Müller, 2016.
- Beulke, Werner :**“Strafklagebrauch nach gerichtlicher Entscheidung gemäß 153 Abs. 2. StPO, JR Heft 1, 2005.**
- Birklbauer, Alois :**Der Prozessgegenstand im österreichischen Strafverfahren**, Wien, 2009.
- Birkmeyer, Karl von :**Deutsches Strafprozessrecht**, 1898.
- Birtek, Fatih :**“Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı), C. 19, S. 2, 2013, s. 953-990.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz CF. Müller
- Bothe, Heinz – Peter :**Strafprozeß und fortgesetzte Handlung**, Hartung Gorre Verlag, Konstanz, 1992.
- Börü, Levent: :**Dava Konusunun Devri**, Yetkin, Ankara, 2012.
- Büchner, Hermann :**Der Begriff der strafprozessualen Tat**, Würzburg, 1976.

- Castillo, Francisco :**Die prozessuale Behandlung der fortgesetzten Tat**, 1977.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide :**Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, 14. Bası, 2017
- Centel/ Zafer/ Çakmut :**Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta, 2016
- Cihan, Erol :**“Ceza Muhakemesi Münasebeti”**, İÜHFM, C. 27, S. 1-4, 1961,s.
- Cihan, Erol: “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, **in: İÜHFM**, C. 28, S. 3-4, 1962
- Cihan, Erol / Yenisey, Feridun :**“Non bis in idem İlkesi”**, Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004 (219-224)
- Cording, Sebastian :**Der Strafklage, verbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten**, Duncker & Humblot, Tübingen, 1992.
- Çınar, Ali Rıza :**“Hükmün Konusu”**, TBB Dergisi, S. 84, 2009.
- Davidson, Donald :**“Zur Individuation von Ereignissen**, Handlung und Ereignis, Frankfurt am Main, 1990
- Dedes, Christos :**“Der Prozesgegenstand im Griechischem und Deyschem Recht”**, GA 1962, s. 107

- Detmer, Hubert :**Der Begriff der Tat im strafprozessualen Sinn**, Bonn, 1989.
- Dithmar, Ulrike :**Der Grundsatz “non bis in idem” und das fortgesetzte Delikt**, Verlag Shaker, Aachen, 1995.
- Dreier Kommentar zum Grundgesetz /Schulze-Fielitz, Band III
- Dreyer, Ulrike :**Wahlfeststellung und prozessualer Tatbegriff**, Peter Lang, 1999.
- Doğan, Koray :**Ceza Muhakemesinde Belirsizlik: Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, 2016, Ankara
- Dölling/ Duttge/ Rössner :**Gesamtes Strafrecht**, 3. bsk., Nomos, 2013,
- Dursun, Selman :**Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, XII Levha Yayıncılık, Nisan 2010
- Eisenberg: :**Beweisrecht der StPO**, 10. Auflage, 2017, Rn. 437, beck-online
- Erem, Faruk :**Ceza Usulü Hukuku**, Sevinç Matbaası, 1978.
- Erem, Faruk :**Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu: Şerh**, Dayınlarlı

- Hukuk Yayınları, 1996.
- Erem, Faruk :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Onuncu Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- Eschelbach **Beck'scher Online Kommentar StPO**, Graf, 26. Bası, 2016.
- Faber, Manfred :**Strafklage, verbrauch und fortgesetzte Handlung**, 1966
- Fritz Frank :**Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt**, 1933
- Gallas, Wilhelm :**“Zur Struktur des kommenden Strafverfahrens”**, ZStW 58 (1939),
- Gantzer, Peter :**Die Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse und Verfügungen**, 1967
- Geerds, Friedrich **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**, Hansischer Gildenverlag, Hamburg, 1961
- Geppert, Klaus :**“Zur Rechtsfigur der Tateinheit durch Verklammerung”**, Jura 1997 19(1997), 4, s. 214 - 217
- Gerland, Heinrich :**Der deutsche Strafprozess: Eine systematische**

Darstellung, 1927

Gillmeister, Ferdinand

:“Zur normativ – faktischen Bestimmung der strafprozessualen Tat – Zugleich Anmerkung zu BGH – 4 StR 376/87 und BGH – 2 StR 258/87”, NStZ 1989

Göktürk, Neslihan

:Fikri İctima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Göbel, Klaus

:Strafprozess, 8. Baskı, C.H. Beck, 2013.

Gözler, Kemal

:“Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56, S.2, s. 45-61.

Greco, Luis

:Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlage und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2015.

Greco, Luis

:Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009.

Greff, Oliver

:Die strafverfahrensrechtliche Bewältigung wahldeutiger Verurteilungen bei mehreren prozessualen Taten, Nomos, Baden-Baden, 2002

- Groner, Roger :**Beweisrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2011.
- Gropp, Walter :**Strafrecht AT**, Springer, 2005
- Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır :**Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2017.
- Güngör, Devrim :**5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu**, Ankara, 2009.
- Hançerlioğlu, Orhan :**Felsefe Sözlüğü**, 9. Basım, Remzi Kitabevi, 1994.
- Hartmann, Hans-Dieter :**Entbehrlichkeit des fortgesetzten Delikts im materiellen und formellen Rechts**, 1977
- Hegler, August **Zur Strafprozesserneuerung**, 1936.
- Hellmann :**Strafprozeßrecht**, Springer, 1998.
- Henkel, Heinrich :**Strafverfahrensrecht**, 2. bsk. 1968.
- Herzberg, Rolf Dietrich :**“non bis in idem – Zur Sperrwirkung des rechtskraeftigen Strafurteils”**, JuS 1972, 111-121.
- Hruschka, Joachim :**“Der Begriff der “Tat” im**

- Strafverfahrensrecht**", JZ
1964, s. 700 – 703.
- İçel, Kayıhan
:**Suçların İçtimai**, 1972.
- İçel/Sokullu-
Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver
:**Suç Teorisi**, c. 2, Beta, 2004.
- Jescheck, Hans – Heinrich
:**"Straf und
Strafprozessrecht"**, JZ 1957,
s. 28-34.
- Jones, Margaret
:**"What Constitutes Double
Jeopardy?"**, Journal of
Criminal Law and
Criminology, S. 38, 1947, s.
384
- Jung, Heike
:**"Zur Frage der Tatidentität
bei Änderung des Tatbildes"**,
JZ, 11- 1984, s. 533-536
- Kantar Baha, :
:**Ceza Muhakemeleri Usulü:
Umumi Hükümler**, 4 bsk.,
Ankara, Güzel Sanatlar
Matbaası, 1957.
- Karakehya, Hakan
:**"Hak Kavramı"**, Eskişehir
Barosu Dergisi, Şubat 2006.
- Karakehya, Hakan
:**Ceza Muhakemesinde
Maddi Gerçeğin Tespiti**,
Savaş Yayınevi, 2006
- Karakehya, Hakan
:**"Dolaylı Maddi Gerçek:
Ceza Muhakemesinde
Yargılama Makamının**

- Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine**, TAAD, Yıl: 7, S. 27, Temmuz 2016
- Karakurt,Ahu : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi**, Seçkin, 2009
- Karakurt, Ahu :**“İddianamenin İadesi”**, Nur Centel’e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı,C. 19, S.2, 2013
- Karlsruher Kommentar zur StPO 7. Baskı, Beck, 2013.
- Kartal,Melik :**Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi**, Oniki Levha Yayıncılık, 2015.
- Keller, Christoph :**Zur tatbestandlichen Handlungseinheit**, Duncker & Humblot, Berlin, 2004
- Keskin Kiziroğlu, Serap , 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Basit Arama (Adli Arama)”, in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, S.1, 2009
- Kindhäuser: :**Strafprozessrecht**, 2. bs., Baden-Baden, Nomos, 2010.
- Kindhäuser/Neumann/ Paeffgen :**Strafgesetzbuch**, 4. Auflage, 2013.

- Kitapçıoğlu, Tlay :**Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonulandırılması**, Legal, 2014.
- Kleinknecht Kommentar StPO Wolters Kluver, 2011
- Kleinknecht/ Müller /Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, Carls Heymanns Verlag, Köln, 2011
- Klumpe, Gerhard :**Probleme der Serienstraftat**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
- Krauth, Hermann :**“Zum Umfang der Rechtskraftwirkung bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller und terroristischer Vereinigungen”**, Strafverfahren in Rechtsstaat Festchrift für Theodor Kleinknecht, München, 1985
- Krey, Volker :**Deutschen Strafverfahren**, Band I, Stuttgart, Kohlhammer, 2006.
- Krey, Volker :**Deutschen Strafverfahren**, Band II, Stuttgart, Kohlhammer, 2006.
- Kröpil, Karl :**“Prozessualer Tatbegriff und Wahlfeststellung”**, NJW 1988, s. 1188
- Koca, Mahmut/ zlmez, İlhan :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

- Komalarajun, Kanpirom
Die prozessuale Tat nach deutschem Recht und der angeklagte Akt nach thailändischem Recht, Frankfurt, Peter Lang, 2014.
- Kunter, Nurullah
:**Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Yaylacık Matbaası, 1989
- Kunter, Nurullah
:“İçtihat Nedeniyle Değişmesi Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu”, Yargıtay Dergisi, Ocak 1988
- Kunter/Yenisey/Nuhoğlu
:**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, 2010
- Kuru, Baki/ Aslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder
:**Medeni Usul Hukuku**, s. 24. Bası, Yetkin Yayınları, 2013
- Kühl/ Lackner
StGB, 28. Bası, 2014
- Kühne, Hans Heiner
:**Strafprozessrecht**, 9. Baskı, C.F. Müller, 2015
- Lee, Kyung-Lyul
:**Die Präzisierung der “Tateinheit” und Reichweite des Straflage, verbrauchs nach der Entscheidung BGHSt 40, 138 zum “Fortsetzungszusammenhang”**, Logos, Berlin, 2002
- Rissing-van Saan, Ruth
:Leipziger Kommentar StGB,12.Baskı, C. II, De Gruyter Recht, Berlin, 2006.

Liu, Keetsin

:Der Begriff der Identität der Tat, Breslau, 192

LR-StPO/Kühne, 26. Aufl. 2006, Einl. K

Löwe – Rosenberg:

:Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Grosskommentar, 26. Auflage, Band 6, Teil 2, De Gruyter, Göttingen, 2013

Maiwald, Manfred

Die Natürliche Handlungseinheit, Heidelberg, 1964.

Marxen, Klaus

:“Der prozessuale Tatbegriff in der neueren Rechtsprechung”, StV 1985, s. 472-477

Maunz/Dürig

:Grundgesetz Kommentar Schmidt – Aßmann, , 81 Ed, Eylül 2017.

Meincke, Jens Peter

:Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme nach § 127 I StPO, Hamburg, 1963

Meraklı, Serkan

:Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi, Seçkin, 2014

Meyer, Armand

:Die Bindung des Strafrichters an die eingeklagte Tat

- (**Tatidentität**), Zurich, 1972
- Meyer – Goßner / Schmitt Kommentar 59. Basim, Beck, München, 2016
- Miller, Guido **Neuere Entwicklungen zur fortgesetzten Handlung**, Kohler Druck, Tübingen, 1997
- Mittermaier, Carl Joseph Anton **Die Mündlichkeit, das Anklage, prinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen : dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder**, Cotta, 1845
- Münch/ Kunig **Grundgesetz Kommentar**, Band II, 2012
- Münchener Kommentar zur StPO, C. II, Beck, 2016
- Münchener Kommentar zum StGB C. I, Beck, 2016
- Naucke, Wolfgang: **：“Der Tatverdacht: Zum Verhältnis von Strafprozessrecht und Kriminologie”**, Festschrift der Wissenschaftlichen Gesellschaft and Goethe-Universität Frankfurt a.M., 1981, s. 304

- Neuhaus, Ralf: **Der Strafverfahrensrechtliche Tatbegriff: “non bis in idem”**, Bochum, Studienverlag, Brockmeyer, 1985
- Neuhaus, Ralf: **“Der Strafprozessuale Tatbegriff und seine Identität”**, MDR 3/1989, s. 212-222
- Niederreuther, Karl: **“Gedanken zur Reform des Strafverfahrens”**, in: DJ 1936,
- Noftz, Wolfgang: **“Der Prozessgegenstand im Strafverfahren in Fällen fortgesetzter Handlung und gelichartiger Verbrechensmenge**, Kiel, 1965
- Nomer, Haluk Nami: **“Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Beta, 2017
- Nomos Kommentar StGB 3. Baskı, 2010
- Oehler, Dietrich: **“Die Identitaet der Tat”**, Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld, s. 139-159.
- Oehler, Dietrich: **“Neuere Verschiebungen beim prozessualen Tatbegriff”**, Gedachtnisschrift für Horst Schröder, Ed. Walter Stree, München, 1978.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: **“Borçlar Hukuku,C. 2**, Vedat

Kitapçılık, 2017

Önder, Ayhan

:**“Mütemadi Suç”**, İÜHFM, C. 29, S. 1-2 (1963), s. 75-120

Önder, Ayhan

:**“Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Vakalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi”**, İÜHFM, C. 32, S. 2-4, s. 62, (55-78

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker

:**Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 2018.

Özen, Mustafa

:**“Non bis in idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, y. 2010, S.1

Özgenç, İzzet

:**“TCK’nun 5. Maddesine İlişkin Yargıtay’ın İki Farklı Kararının İncelenmesi: (Kesinleşmiş Yabancı Yargı Kararlarının Etkisi)”**, İÜHFM, C. LI, y.1985, S. 1-4, s. 627-640.

Özgenç, İzzet

:**“Non Bis İn İdem Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK’nun 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme”**, Yargıtay Dergisi, C. 28, S. 3, Temmuz 2002

- Özgenç, İzzet :**Suç Örgütleri**, 9. Baskı, Seçkin, 2017
- Özgenç, İzzet :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 2018
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan :**Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, 2008
- Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/
Tütüncü, :**Ceza Muhakemesi Hukuku**,
Seçkin, 2017
- Pace, Kirstin :**“Fifth Amendment – The Adoption of the Same Elements Test: The Supreme Court’s Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy”**, in:**Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 84, Issue 4, 1994, s. 769-804.
- Paeffgen, Hans Ulrich: :**“Prozessualer Tatbegriff und das Kriterium der Untersuchungsrichtung”**, Gedachtnisschrift für Heinzen, Ed.: Söllner, 2005, s. 630
- Parlar, Ali/ Çetin, Ahmet :**Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresi ve Uygulaması**, Aristo, 2017.
- Pekcanitez, Hakan :**Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, C. II, 15. Bası, İstanbul, 2017

- Peters, Karl :**Strafprozess**, CF. Müller, 1985
- Pfeiffer, Gerd :**Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar.**, 5. bsk., München, Beck, 2005
- Puppe, Ingeborg :**Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**, Duncker&Humblot, Berlin, 1979
- Puppe, Ingeborg.: :**“Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz”**, GA 1982. s. 143-165
- Puppe, Ingeborg :**“Die Erfolgseinheit eine verkappte form der Idealkonkurrenz”**, Mangakis Festschrift
- Puppe, Ingeborg Kindhäuser/Neumann/Paeffgen **Strafgesetzbuch**, 4. Auflage, 2013, § 52
- Radtke,Henning :**Zur Systematik des Strafklage, verbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess**, 1994
- Rohrer, Erna :**Die Identität der Tat im Strafprozeß**, Freiburg, 1928.
- Roxin, Claus :**Strafrecht AT**, C. I, 4. Baskı, Münih, 2006.

- Roxin, Claus :**Strafrecht AT**, C. II, Münih, 2003.
- Roxin, Claus :**“Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.12.1983 – 2 StR 578/83 (BGHSt 32, 215) (Zur Tatidentität bei Veränderung des Tatbildes zwischen Anklage und Urteil)”**, JR 1984, s. 344.349
- Roxin/ Schönemann :**Strafverfahrensrecht**, 29. Bs., München, Beck, 2017.
- Rudolphi Kommentar StPO Wolters Kluver, 2007
- Rüzgaresen, Cumhur :**“Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları”**, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s. 174 / 173- 213
- Sarıtaş, Erkan :**Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018
- Sauer, Wilhelm :**Allgemeine Prozesslehre**, Berlin, 1951
- Schanze :**“Die Rechtskraft des Strafurteils”**, in ZStW 4, (1884), s. 446
- Schlehofer, Horst :**“Der Verbrauch der Strafklage für die abgeurteilte Tat”**, GA 1997, Düsseldorf, s. 101-118

- Schöneborn, Christian :**“Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozessualen Tatbegriff”**, MDR 7/1974, s. 529-534
- Schönke / Schröder StGB Kommentar Beck, 29. Bask1, 2014
- Schlüchter :**Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz**, Lüchterhand, 2007
- Schmidt, Eberhardt :**Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts**, Göttingen, 1952
- Schwinge, Erich :**“Identität der Tat im Sinne der Strafprozessordnung”**, ZStW 52 (1932),s. 221
- Spinellis, Dionysios D. :**Die materielle Rechtskraft des Strafurteils**, München, 1962
- Stuckenberg, Carl-Friedrich :**Double Jeopardy: Das Verbot doppelter Bestrafung und Strafverfolgung im US-amerikanischen Recht**, Müller, Heidelberg, 2001.

- Şahin, Cumhuri : **Ceza Muhakemesi Kanunu**
Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin,
2005
- Şahin, Cumhuri : **Ceza Muhakemesi Hukuku,**
C. I, Seçkin, 2017
- Şahin, İlyas: :**“Ceza Kanunlarının Yer**
Bakımından Uygulanması ve
Türk Ceza Kanununda Esas
Alınan İlkeler”, ERÜHFD, C.
X, S. 1, 2015, s. 109 (108-144)
- Şarbak, Hilal Nur :**“Uluslararası Hukukta ve**
Türk Hukukunda non bis in
idem İlkesi”, in: Suç ve Ceza
Ceza Hukuku Dergisi, 2013,
S.2
- Taner, Tahir : **Ceza Muhakemeleri Usulü,**
İsmail Akgün Matbaası,
İstanbul, 1955.
- Talas, Serdar : **Ceza Yargılaması**
Hukukunda Yargılamanın
Yenilenmesi, Lale
Organizasyon Yayınları,
İstanbul, 2012.
- Tezcan/Erdem/Önok : **Uluslararası Ceza Hukuku,**
Ankara, 2017.
- Tiedemann, Klaus: :**Entwicklungstendenzen der**
strafprozessualen
Rechtskraftlehre, J.C.B.
Mohr, Tübingen, 1969.
- Thomas, Herbert: :**Das Recht auf Einmaligkeit**
der Strafverfolgung, Baden

- Baden, 2002
- Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin :**Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2016.
- Toroslu, Nevzat/ Toroslu, Haluk :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş, Ankara, 2018.
- Tosun, Öztekin :**Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C. I, 4. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984.
- Tosun, Öztekin :**Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C. II, 2. bsk., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan :**Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13 bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017
- Velten :**SK-StPO**, Carl Heymanns Verlag, Band V, 5. Neu bearbeitete Auflage, 2016.
- Volk, Klaus :**Grundkurs StPO**, 5. bs., München, Beck, 2006
- Vogler, Theo :**Die Rechtskraft des Strafbefehls**, C.F. Müller, Karlsruhe, 1959
- Wahle, Eberhard :**“Die sogenannte ‘Handlungseinheit durch Klammerwirkung’”**, Golddammars Archiv Für

Strafrecht, 1968, s. 98-112.

Wach, Adolf

:**“Struktur des Strafprozesses”**, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Binding, 1914

Willms, Günther

:**“Zum Begriff der ‘Wahlfeststellung’”**, JZ 1962, s. 628-629

Wolter, Ernst

:**Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozess**, 1938, s. 27;

Wolter, Jürgen

:**“Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozess – Zur Begründung eines normativ-funktionalen Tatbegriffs”**, GA 1986, s. 143-169.

Wolter, Jürgen

:**Wahlfeststellung und in dubio pro reo**, Dunker & Humblot, Berlin, 1987

Wyngaert, Christine van den / Stessens, Guy:

:**“The International non bis in idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions”**, International and Comparative Law Quarterly, Ekim 1999, s. 779-804.

Yaşar, Osman

:**Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, 4. Bası, Ankara, 2009, C. II

Yenisey/ Plagemann

:**Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, Beta, 2015.

Yenisey/ Otkar

:Alman Ceza Muhakemesi Kanunu – Strafprozeßordnung (StPO), 2. Baskı, Beta, 2015

Yenisey Feridun /Ayşenur Nuhoglu

:Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016

Yerdelen, Erdal

:“Mütemadi (Kesintisiz) Suç”, TAAD, Y. 5, S. 18, Temmuz 2014

Yıldız, Ali Kemal

:“Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, SÜHFD, C.14, S. 1, 2006

Yurtcan, Erdener

:Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul, Kazancı, 1987

Yurtcan, Erdener

:Şahsi Dava ve Uygulaması, Kazancı Yayınları, 1989

Yurtcan, Erdener

:Ceza Yargılaması Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017

ÖZGEÇMİŞ

Tuba Kelep Pekmez ilk öğrenimini Kırklareli Atatürk İlkokulunda, orta ve lise öğrenimini ise Kırklareli Anadolu Lisesinde tamamlamıştır. 2004 yılında Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tam burslu olarak hukuk öğrenimine başlamış, 2009 yılında şeref derecesiyle mezun olmuştur. Aynı yıl başladığı yüksekisans öğrenimini 2012 yılında “AİHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo-Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi” konulu tezi ile tamamlamıştır. Yazar İngilizce ve Almanca bilmektedir.

