

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

OBJEKTİF İSNADİYET TEORİSİ VE MAĞDURUN KENDİSİ İÇİN BİR
TEHLİKE YARATTIĞI DURUMLAR

ABDULLAH ENES ÖZEL

TEMMUZ 2015

Bu tezi okuduğumuzu ve bu tezin kapsamı ve niteliği açısından, Kamu Hukuku alanında Yüksek Lisans Derecesi için tamamen yeterli olduğunu beyan ederiz.

Tez Jürisi Üyeleri:

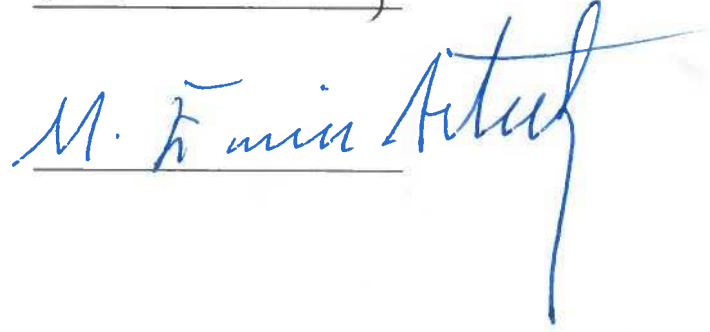
Prof. Dr. Mahmut Koca
(Tez Danışmanı)



Prof. Dr. Nihat Bulut



Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk



Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih

4.8.2015

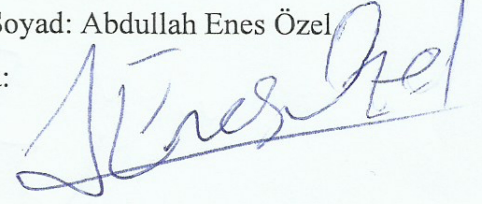
İmza/Mühür



Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada zgn olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Ad/Soyad: Abdullah Enes zel

İmza:



ÖZ

OBJEKTİF İSNADİYET TEORİSİ VE MAĞDURUN KENDİSİ İÇİN BİR TEHLİKE YARATTIĞI DURUMLAR

Özel, Abdullah Enes.

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mahmut Koca

Temmuz 2015, 162 sayfa

Bu çalışma, mağdurun kendisi için bir tehlike yarattığı durumlarda katılan kişinin sorumluluğunun nasıl belirlenmesi gerektiği sorusuna hasredilmiştir. Mağdur, kendisi için bir tehlike yarattığında ve bunun sonucunda hukuka aykırı bir netice meydana geldiğinde failin ceza sorumluluğu etkilenir mi ve nasıl etkilenir? Dolayısıyla bu çalışmanın asıl hedefi, mağdurun kendisi için bir tehlike yarattığı durumlarda, bu tehlikenin yaratılmasına yardım ederek, destekleyerek, teşvik ederek katılan üçüncü kişinin ceza sorumluluğunun incelenmesidir. Ceza hukuku literatüründe ve mahkemelerde uzunca bir süredir tartışmalı bir konu olan mağdurun kendisi için bir tehlike yaratması, literatürde çoğunlukla objektif isnadiyet teorisi başlığı altında ele alındığından, bu çalışma dab u incelemeyi, objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde yapmaktadır. Bu çalışmada basamaklı bir inceleme metodu izlenmiş; ilk olarak nedensellik konusu, özellikle şart teorisi incelenmiştir. Şart teorisine, bu derece geniş bir yer ayrılmasının sebebi, şart teorisi ve objektif isnadiyet teorisi arasındaki ilişkidir. Objektif isnadiyet teorisi, şart teorisiyle nedenselliğe ilişkin ulaşılan sonuçların hukuki bir değerlendirmeye tabi tutulmasıdır. Çalışmamızda neticenin, failin fiilinin bir eseri olup olmadığını inceleyen objektif isnadiyet teorisi de kısaca ele alınmış ve sonuçta da mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu durumlarda katılanın sorumluluğunun nasıl belirleneceği objektif isnadiyet teorisi kapsamında tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: nedensellik bağı, şart teorisi, objektif isnadiyet teorisi, mağdurun kendisi için bir tehlike yaratması

ABSTRACT

THE THEORY OF OBJECTIVE ATTRIBUTION AND SELF-ENDANGERMENT

Özel, Abdullah Enes.

LLM, Department of Public Law

Thesis Advisor: Prof. Mahmut Koca

July 2015, 162 pages

This study is devoted to the question concerning liability of associate in the situations where the victim creates jeopardy for himself. When victim creates jeopardy for himself and then an illegal result occurs, does the criminal responsibility of the associate be effected? Therefore the main objective of this study is to investigate the criminal responsibility of the stranger, who associates the act of endangerment through helping, supporting or encouraging the victim of “self-endangerment”. “Self-endangerment” a controversial topic for a long time both in judicial decisions and in the criminal law literature is treated generally under the title of “the theory of objective attribution”. Following the literature, this study also makes the aforementioned examination as part of “the theory of objective attribution”. The research is conducted in several stages. First, the topic of causality, particularly the theory of conditions is researched. The reason for giving wide coverage to “the theory of conditions” in this thesis is the relation between “the theory of conditions” and “the theory of objective attribution”. The theory of objective attribution is jurisprudential consideration of the results that are achieved with “the theory of conditions”. Second, “the theory of objective attribution”, which is an examination of illegal results whether they are effects of acts of offender or not, is discussed. Finally the question “how can the criminal responsibility of associate be determined in situations of the self-endangerment” is discussed.

Keywords: causality, the theory of conditions, the theory of objective attribution, self-endangerment

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
BÖLÜM	
1. NEDENSELLİK BAĞI.....	4
1.1. GENEL OLARAK	4
1.2. NEDENSELLİĞİN TANIMLANMASI.....	7
1.3. ŞART TEORİSİ (DIE AQUIVALENZTHEORIE).....	12
1.3.1. CONDITIO-SINE-QUA-NON FORMÜLÜ.....	13
1.3.1.1. CONDITIO-SINE-QUA-NON FORMÜLÜNÜN TEMEL BİÇİMİ VE ORTAYA ÇIKIŞI.....	13
1.3.1.2. FORMÜLÜN KULLANIMINDA KARŞILAŞILAN ÖZEL DURUMLAR.....	21
1.3.1.2.1. Nedensellik Bağının Belirsiz Olduğu Haller.....	22
1.3.1.2.2. Varsayılan Nedensellik	25
1.3.1.2.3. Alternatif Nedensellik	29
1.3.1.2.4. Kümülatif Nedensellik	37
1.3.1.3. KANUNA UYGUN ŞART FORMÜLÜ	38
1.3.1.4. ŞART TEORİSİNİN TEMEL FORMÜLÜNE YAPILAN DİĞER İLAVELER	48
1.3.1.4.1. Somut Biçimi İçinde Netice	48
1.3.1.4.2. Atipik Nedensellik Serileri.....	53
1.3.1.4.3. Araya Giren Üçüncü Kişi ve Rücu Yasağı	55
1.3.1.4.4. Nedensellik Zincirinin Sollanması (Öne Geçen Nedensellik) ...	59
2. OBJEKTİF İSNADİYET TEORİSİ.....	63
2.1. HUKUKİ BİR FİĞÜRÜN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ	63

2.2. TEMEL FORMÜL.....	69
2.3. BİR TEHLİKENİN YARATILMASI	73
2.3.1. RİSKİN AZALTILMASI YA DA RİSKİN DEĞİŞTİRİLMESİ	73
2.3.2. HUKUKEN ÖNEMLİ BİR TEHLİKENİN YARATILMASI	77
2.3.3. HUKUKEN ÖNEMLİ BİR TEHLİKENİN YARATILMASI VE VARSAYILAN NEDENSELLİK	81
2.3.4. İZİN VERİLEN RİSKİN BULUNDUĞU HALLER	84
2.4. BİR TEHLİKENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ	88
2.4.1. BİR TEHLİKENİN GERÇEKLEŞTİRİLMEDİĞİ DURUMLAR	88
2.4.2. İZİN VERİLMEYEN BİR RİSKİN NETİCEDE GERÇEKLEŞTİRİLMEDİĞİ DURUMLAR	95
2.4.3. ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİNİN OLAYLARIN GELİŞİMİNE DAHİL OLDUĞU DURUMLAR	97
2.4.4. NORMUN KORUMA AMACI BAĞLANTISI.....	105
2.4.5. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK BAĞLANTISI	107
3. MAĞDURUN KENDİSİ İÇİN BİR TEHLİKE YARATMASI.....	113
3.1. GENEL OLARAK	113
3.2. MAĞDURUN KENDİSİ İÇİN BİR TEHLİKE YARATTIĞI DURUMLARIN HUKUKİ BİR PROBLEM OLARAK ORTAYA ÇIKIŞI	114
3.3. İSNADİYETİN ORTADAN KALKMASI İLKESİNİN TEMELLENİRİLMESİ VE SUÇ SİSTEMATİĞİ İÇİNE YERLEŞTİRİLMESİ	116
3.3.1. İŞTİRAK ARGÜMANI.....	117
3.3.2. ŞAHSİ SORUMLULUK PRENSİBİ.....	120
3.3.3. İZİN VERİLEN RİSK, NORMUN KORUMA AMACI VE DİĞER AÇIKLAMALAR	123
3.3.4. BİR TEHLİKENİN YARATILIP YARATILMADIĞI SORUSU	125
3.3.5. DEĞERLENDİRME.....	126
3.4. MAĞDURUN ŞAHSİ SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ	128
3.4.1. “RIZA” ÇÖZÜMÜ VE MAĞDURUN İSTEĞİNİN CİDDİYETİ.....	129

3.4.2. MAĞDURUN KENDİSİNİ TEHLİKEYE SOKTUĞU DURUMLARDA KATILANIN HUSUSİ BİLGİ SAHİBİ OLMASI	139
3.4.3. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLERE BAŞVURULMASI.....	146
3.4.4. GARANTÖRÜN YÜKÜMLÜLÜĞÜ	148
3.5. KURTARMA OLAYLARI	151
SONUÇ	155
KAYNAKÇA.....	158



KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: BGH'un Ceza Davalarında Verdiği Kararlar
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
Çev.	: Çeviren
Dn	: Dipnot
f.	: Fıkra
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	: Juristische Schulung
m.	: Madde
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	: Oberlandesgericht
RGH	: Reichsgerichtshof
RGSt	: RGH'un Ceza Davalarında Verdiği Kararlar
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
StGB	: Strafgesetzbuch
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yrg.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ZJS	: Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Mağdurun kendisi için bir tehlike yarattığı durumlar uzunca sayılabilecek bir süredir hem ceza hukuku doktrinini hem de mahkemeleri meşgul eden konulardan biridir. Her ne kadar bu tür olaylarda ne tür bir sonuca varmak gerektiği konusunda bir süreden beri aşağı yukarı bir birlik sağlanmış olsa da gerek varılan sonucun hukuken temellendirilmesi gerek bu tür olaylarda daha ikna edici ve açık sonuçlara varmak için ihtiyaç duyulan kriterler bakımından gene de ciddi bir çeşitlilik söz konusudur.

Örneğin bir tırmanma yarışında, dağa tırmanan profesyonel dağcılardan ikisi hava şartlarının olumsuzluğu dolayısıyla hayatını kaybetseler, meydana gelen neticeden yarışma organizasyonunu sorumlu tutmak gerekir mi, bir motor yarışında, yarışan kişilerden birisi hayatını kaybetse meydana gelen neticeden onu yarışa davet eden kişiyi sorumlu tutmalı mıyız ya da uyuşturucu bağımlısı birine kendisine uyuşturucu enjekte etmesi için boş bir şırınga veren kişinin, uyuşturucu bağımlısı aşırı dozdan hayatını kaybettiğinde neticeden sorumlu tutulması ve cezalandırılması gerekmekte midir?

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bu ve buna benzer olaylarda adalet duygusunu zedelemeyecek ve hukuka uygun, isabetli sonuçlara ulaşmak adına belli kriterlerin ortaya koyulması ve bu sonuçların temellendirilmesi için Almanya'da doktrinde bu konu ayrıntılarıyla ele alınmış ve hala da alınmaya devam etmektedir. Türkiye'de ise bu çalışmayı yaparken görebildiğimiz kadarıyla mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu olaylar yeterince tartışılmamış, mahkeme kararlarına da ortaya konulan ilkeler henüz yansımamıştır. Mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu olaylarda karar, somut olayların koşullarına göre hakimin takdirine bırakılırsa bunun belirlilik ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir. Dolayısıyla bu tür olayların doktrinde ayrıntılı olarak ele alınması ve verilecek kararların belli ilkelere bağlanması gerekmektedir.

Mağdurun kendisi için bir tehlike yarattığı durumlar, çoğunlukla objektif isnadiyet teorisi başlığı altında yani tipiklik içinde ele alınmaktadır. Bu çalışmada da bu tür

olayları daha doğru bir çerçevede ele alabilmek ve başka hukuki kurumlarla ilişkilerini ortaya koyabilmek adına gerek nedensellik bağı, gerekse objektif isnadiyet teorisi konusunda müstakil bölümlerle mağdurun kendisi için bir tehlike yarattığı olayların suç teorisi içinde teorik bir çerçeveye ve sağlam bir konuma yerleştirilmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümü objektif isnadiyet teorisini daha iyi anlamak ve objektif isnadiyet teorisine göre isabetli sonuçlara varabilmek adına anlaşılması elzem olan nedensellik bağına ayrılmıştır. Nedensellik bağı, bu güne kadar çok farklı açılardan yaklaşılmış bir konudur. Nedensellik bağının bir olayda nasıl belirlenebileceği konusunda ortaya farklı teoriler atılmıştır. Bugün yaygın olarak kabul edilen görüş ise şart teorisinin nedenselliğin tespiti bakımından kullanılması gereken temel yaklaşım olduğudur. Şart teorisi ve objektif isnadiyet teorisi biri diğerinin üstünde oturarak neticenin faile, onun bir eseri olarak yüklenebilip yüklenemeyeceğini tespit etmek için aşılması gereken iki basamağı oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümü, nedensellik bağını aydınlatmak için kullanılan diğer teorilere değil de bütün ayrıntılarıyla şart teorisine hasredilmiştir. Şart teorisine göre nedenselliğin tespiti adına kullanılan formüller, bu formüllerin olaylara uygulanmasında karşımıza çıkan problemler, özel olay grupları ve bu problemleri aşmak adına formüllerde gerçekleştirilen değişiklikler bu bölümün başlıca unsurlarıdır.

İkinci bölüm, şart teorisi yardımıyla gerçekleştirilen nedensellik değerlendirilmesi üzerine inşa edilen objektif isnadiyet teorisini ele almaktadır. Şart teorisiyle ulaşılan sonuçlar tek başına neticeden faili sorumlu tutmalı mıyız sorusuna aydınlatıcı ve ikna edici cevaplar verememektedirler zaten şart teorisinin kullanılma amacı da bu soruya cevap bulmak değildir. Şart teorisiyle ulaşılan sonuçların, daha sonra suçun manevi unsurları alanında sınırlanması da yeterince ikna edici değildir. Objektif isnadiyet teorisi, bir risk öğretisi olarak şart teorisiyle ulaşılan sonuçları tipikliğin alanında sınırlamak için başvurulan bir teoridir. İkinci bölüm objektif isnadiyet teorisinin ortaya çıkışını, temel birleşenlerini, bu birleşenlerin altında bulunan özel olay gruplarını ve bu olay grupları için objektif isnadiyet teorisi bakımından nasıl sonuçlara ulaşılması gerektiğini ana hatlarıyla ele almaktadır.

Çalışmamız son bölümünde de mağdurun kendisi için bir tehlike yarattığı durumları ele almaktadır. Teorik olarak daha önceki iki bölümün üstüne kurulan bu son bölüm de bu tür olaylarda sonuca tipikliğın alanında ve objektif isnadiyet kapsamında ulaşılması gerektiğı düşüncesi doğrultusunda mağdurun kendisi için bir tehlike yaratmasının neticenin objektif isnad edilebilirliğine etkisini ele almaktadır. Bunu yaparken ortaya konulan ilkenin temellendirilmesi için getirilen yaklaşımları, bu yaklaşımların Türk hukuk sistemi bakımından ifade ettikleri anlamı ve son olarak bu yaklaşımlar doğrultusunda bu tür olaylara uygulanacak ayırıcı ilkeleri ele almayı amaçlamaktadır.



BÖLÜM I

NEDENSELLİK BAĞI

1.1. GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında tanımlanmış pek çok suç, tipik fiilin gerçekleşmesi yanında belli bir neticenin gerçekleşmesini de cezalandırılabilmenin bir koşulu olarak arar. Böyle suç tiplerinde, potansiyel fail, potansiyel bir mağduru yaralamakta veya bir zarara uğratmaktadır. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 81. Maddesinde tanımlı kasten öldürme suç tipinde failin, kendi fiili dolayısıyla bir netice olarak mağdurun ölümüne sebebiyet vermiş olması gerekir. Kastan öldürme suçu serbest hareketli bir suç olduğu için failin yalnız bir insanı öldürmeye elverişli herhangi bir fiili gerçekleştirmesi tamamlanmış bir kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması için yeterli görülmemekte ayrıca bir ölüm neticesinin gerçekleşmesi de aranmaktadır. Bu gibi tipikliğin gerçekleşmesi için failin hareketi yanında, dış dünyada bir değişikliğin de meydana gelmesini arayan suçlar neticeli suçlar olarak adlandırılmaktadır. Fakat bu çeşit neticeli suçlarda, ayrıca bir bağlantı veya bir ilişki de aranır. Tipe uygun fiilin ve tipe uygun neticenin yanında bir de bu ikisi arasında failin neticeden dolayı sorumlu kabul edilebilmesi için bulunması zorunlu olan bir ilişki vardır. Yani failin cezalandırılabilmesi için, onun bir insanı öldürmeye elverişli fiillerden birini gerçekleştirmesinin ve ayrıca ölüm neticesinin de meydana gelmesinin yanında bir de ölüm neticesinin, hem failin fiili ile bağlantılı, hem de failin bir eseri olarak gerçekleşmesi gerekir. Demek ki tipikliğin tamamlandığının somut olayda tasdik edilmesi fiil ve netice arasındaki çeşitli ilişkilerin veya bağlantıların doğrulanmasını da şart koşar.¹

Bu bağlantının çoğu zaman problemsizce kurulabildiği ortadadır. Fakat gerek aynı kişinin birden çok hareketinin ya da farklı kişilerin hareketlerinin söz konusu olduğu durumlarda gerek neticenin meydana gelmesinde etkili olabilecek birden çok

¹ Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 1996, s.59

nedenin kendini gösterdiği durumlarda gerekse fiilden sonra neticenin meydana gelmesine dek belli bir zamanın geçtiği durumlarda² yani bu bağlantının şüpheli hale geldiği örneklerde tipe uygun fiil ve tipe uygun netice arasındaki ilişkinin niteliği konusu problemlili hale gelmektedir. Yani bazı durumlarda tipe uygun fiil ve tipe uygun neticeden ikisi de olayda gerçekleşmiş olmasına rağmen aralarında kolayca bir bağlantının, aranılan bir irtibatın olduğunu söylemek mümkün olmamaktadır. Örneğin B kişisine yavaşça etkisini gösteren bir zehir veren A kişisi, B, bir başkası tarafından bıçaklanarak öldürüldüğünde verdiği zehir dolayısıyla ölüm neticesinden sorumlu tutulacak mıdır? Doktrinde çok sıklıkla tekrarlanan örneklerden biri olan şu örnek bir başka açıdan bu ilişkiyi tartışmaya açmaktadır: Acaba bir bıçaklı saldırı sonucunda yaralanan A, hastaneye kaldırılırken ambulansın devrilmesi sonucu ölse, onu yaralayan B bu ölüm neticesinden sorumlu tutulacak mıdır?³ Bu iki olayda da soruların veya şüphelerin yöneldiği esas nokta, tipe uygun fiil ile tipe uygun netice gerçekleşmiş olduğu halde bu iki unsur arasındaki ilişkinin var olup olmadığı veya bu ilişkinin, faili neticeden sorumlu tutmaya yetecek nitelikte bir ilişki olup olmadığı hususlarıdır. Demek ki tek başına tipe uygun fiilin ve tipte belirtilen neticenin gerçekleşmesi failin cezalandırılabilmesi için yeterli görülmemektedir. Bu iki unsur arasında bir bağlantının olması aranmakta, bunun da tek başına failin cezalandırılabilmesi için yeterli olmadığı durumlar ortaya çıkabilmekte, bu durumlarda da bu belli bağlantının aranılan nitelikte bir bağlantı olması gerekmektedir.

² Yüksek Mahkememizin bir kararında da bu durum “*adli tahkikat dosyasının bütünüyle Adli Tıp Kurumuna gönderilerek sanıkların ve tanıkların beyanları ile dosya içeriği deliller birlikte değerlendirildikten sonra olay ile ölüm arasında 2 günlük sürenin geçmiş olması da nazara alınarak; maktulün ölüm nedeni ölüm ile olay arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı, maktulün olaydan önce de hasta olduğu söylenmesi de gözönünde bulundurularak ölümün gerçekleşmesinde başkaca ortak bir neden bulunup bulunmadığına dair rapor alınarak, alınan bu raporun sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri*”nin yapılması gerekliliğine işaret edilerek belirtilmiştir. (Yrg. 1. CD. 06.02.2008, 4974/724)

³ Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2008, § 4, 2; Haft, s.60

Demek ki bu iki örnekten yola çıktığımız zaman karşımıza bu söz konusu ilişkiye dair iki farklı mesele çıkmaktadır. İlk örneğimizde failin zehirlenme fiiliyle ölüm neticesi arasındaki ilişkinin var olup olmadığı sorusu, nedensellik bağının var olup olmadığına dair bir sorudur. İkinci örneğimizde ise bir adım ileride, acaba ölüm neticesinin faile objektif olarak isnad edilip edilemeyeceği sorusu belirlemektedir. Böylece yukarıda “ilişki” denilerek belirsiz ve genel bir şekilde ifade edilen şey de, nedensellik bağı ve objektif isnadiyet biçiminde açıkça adlandırılmış olmaktadır. Bu konudaki eski öğretiyi hareket ve netice arasındaki bağlantının şüpheli olduğu, hareketin ve neticenin birbirinden uzak bir şekilde bulunduğu veya birbirlerine karmaşık bir şekilde bağlandığı durumlarda ortaya çıkan problemi sadece bir nedensellik problemi olarak ele almış ve bir hareket, bir neticeye yol açıyorsa neticenin hareketi gerçekleştiren faile objektif olarak isnad edilebileceği biçiminde bir yaklaşım geliştirmiştir. Durum bu şekilde ortaya konulduğunda ise her şey nedenselliğin nasıl tanımlandığı konusuna gelip dayanmaktadır. Bugün ceza hukuku literatüründe çoğunlukla kabul edilen görüş ise, failin fiili ve tipe uygun netice arasındaki ilişkinin incelenmesinin ve değerlendirilmesinin iki aşamalı olduğudur. İlk aşamada neticeye failin fiilinin sebebiyet verip vermediği yani fiil ile netice arasında, failin sorumlu tutulabilmesi için bulunması zorunlu olan nedensellik bağının var olup olmadığı değerlendirilirken, ikinci aşamada neticenin faile objektif olarak isnad edilip edilemeyeceği değerlendirme konusu yapılır. Bunun anlamı eğer tipe uygun bir fiil ile tipe uygun netice arasında nedensel bir ilişki mevcutsa, bir de bu neticenin faile onun fiilinin eseri olarak yüklenebilir yüklenemeyeceğinin yani bir şanssızlığın mı yoksa bir haksızlığın mı söz konusu olduğunun araştırılmasının gerektiğidir.⁴ Denilebilir ki ilk adımdaki nedensellik araştırması ampirik bir niteliğe sahiptir. Bu nedensellik araştırması sırasında failin hareketinin, neticenin gerçekleşmesi üzerinde etkide bulunarak onun bir sebebi olup olmadığı araştırılır. İkinci adımda ise hareket ile nedensel ilişkisi tespit edilen neticenin faile, onun bir eseri olarak yüklenebilir yüklenemeyeceği konusunda bir değerlendirmenin yapılması gerekir ki, neticenin

⁴ Kühl, § 4, 4; Haft, s.60; Günther Stratenwerth / Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2011, §15, 16

faile objektif olarak isnadiyeti meselesi aydınlığa kavuşsun. İlk nedensellik bağı değerlendirilmesine ampirik bir değerlendirme demiştik, bahsi geçen ikinci tür değerlendirmeye ise normatif bir değerlendirme demek mümkündür. Modern dogmatik, klasik suç teorisinin aksine sadece nedensellik bağlantısının tespitiyle yetinmemekte, onun yanında ayrıca bu normatif isnadiyet kriterlerini de göz önünde bulundurmaktadır.⁵

Demek ki bu ilişkinin ne nitelikte olduğunun anlaşılması hem nedensellik bağı, hem de objektif isnadiyet teorisi konusunda yapılacak bir araştırmaya bağlıdır.

1.2. NEDENSELLİĞİN TANIMLANMASI

Bir önceki bölümde de belirttiğimiz gibi failin cezalandırılabilmesi için neticeli suçlarda yani bir neticenin de meydana gelmesinin kanun maddesinde arandığı suçlarda, tipe uygun bir fiilin ve tipe uygun bir neticenin somut olayda gerçekleşmesi gerekli olduğu halde yeterli değildir. Ayrıca söz konusu neticenin, failin sebep olduğu, yol açtığı bir netice olması da aranır. Ancak bu durumda failin cezalandırılabilirliğinden söz etmek mümkün olabilir. Öte yandan modern suç teorisine göre her suçun aynı zamanda bünyesinde bir neticeyi barındırması zorunlu olmadığı için, neticeli suçlar dışında kalan sırf hareket suçlarında böyle bir neden olma ilişkisinin yani nedensellik bağının aranması gerekmemektedir.⁶ Bu bölümde nedensellik bağı nedir sorusuna bir cevap aramaya çalışacağız.

⁵ Johannes Wessels / Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und Ihr Aufbau, Heidelberg, 2012, § 6, 154; Hans Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht: Allgemeiner Teil, Berlin, 1996, § 28, I, 2

⁶ Florian Block, Atypische Kausalverläufe in Objektiver Zurechnung und Subjektivem Tatbestand, Berlin, 2008, s. 27; Wessels/ Beulke, § 6, 153; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, Ankara, 2013 s.165; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2012, s. 309

Elbette nedensellik bağı konusunda bir araştırma bizi hukuk disiplini dışında kalan bir takım başka alanlara sevk edebilir. Bu konuda bir tanım yapılmaya çalışılması başka disiplinlerde örneğin felsefede veya fen bilimlerinde nedensellik bağının nasıl ele alındığı konularıyla yüz yüze getirebilir bizi, fakat nedensellik bağını felsefi olarak kavrama çabaları veya örneğin fizikte, modern teorilerle birlikte nedensellik bağının anlaşılma biçiminin nasıl kökten değiştiği bu çalışmanın ve hatta her çeşit hukuki değerlendirmenin sınırları dışında kalmaktadır. Her insan gibi hukukçu da gündelik hayatını pratik bir kesinlikle görelilik kuramı gibi fizik teorileriyle sarsılmış bile olsa nedensellik kanunlarına dayandırır; çünkü görelilik kuramı, ancak kozmik boyutlarda düşünüldüğünde nedensel açıklamaları ve tasarımları yerinden etmiştir, fakat hukukun sınırlandırılmış alanında nedensellik kanunlarının yol açtığı sonuçları ölçülebilir boyutlarda değiştirememiştir.⁷ Dolayısıyla burada söz konusu edilen nedensellik, her ceza hukuku kavramında olduğu gibi, ceza hukuku disiplinine ait özel amaçlar doğrultusunda ve onlar göz önünden ayırılmadan ele alınmalıdır. Hem doğa bilimlerinde hem de felsefede geliştirilmiş ve kullanılmakta olan nedensellik tanımları, ceza hukukuçuları tarafından büsbütün görmezden gelinemeyeceği gibi gözü kapalı bir şekilde ödünç de alnamaz. Bu noktada hukukçu, kendi ihtiyaçları ve amaçları nispetinde nedensellik kavramını işlemeli ve bir çerçeveye oturtmalıdır. Bu, elbette az önce de bahsettiğim gibi ceza hukuku disiplini tarafından ortaya konulmuş fonksiyonel nedensellik tanımının, bilimsel verilere bütünüyle sırtını dönmesi gerektiği anlamına gelmemektedir, tam aksine bu nedensellik tanımının bilimsel verilerle de uyum gösterebilmesi, bilimsel bilgileri de kullanabilecek bir esnekliğe sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde doğa bilimleriyle tamamen irtibatını koparmış ve onlarla herhangi bir alışveriş ihtimalini ortadan kaldırmış bir nedensellik tanımıyla ceza hukukçusu belli bir ilacın, kişinin vücut bütünlüğüne zararlı olup olmadığının sadece bilimsel olarak ortaya konulabileceği bir olayda nedensellik bağlantısını açığa çıkarma imkanını yitirmiş olur.⁸

⁷ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau, der Verbrechenslehre, München, 2006, § 11, 3

⁸ Urs Konrad Kindhauser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden, 2011, § 10, 1

Gene de hukuk dünyasında fenomenler arası ilişkilerin, nedensellik kanunlarına göre değerlendirilebilir olduğunu kabul etsek bile bu konuda hala pek çok belirsizlik bulunmaktadır. Acaba Kant'ın iddia ettiği gibi nedensellik yalnızca bizim kavrayışımıza, dış dünyayı algılayışımıza has düşünce biçimlerinden biri midir yoksa bir varlık kategorisi midir? Kant'ın "Saf Aklın Eleştirisi" kitabında bu meseleye dair getirdiği bilardo topları misalini burada Kant'ın yaklaşımını biraz da olsa açmak için anabiliriz. Bir bilardo oyununda, bir top gidip diğerine çarptığında birinin durduğunu ve diğerinin hareket ettiğini görüyoruz. Bu bizde birinci bilardo topunun hareketi ile ikincisi arasında bir ilişki ve münasebet olduğu fikrini uyandırıyor. Birinci toptaki hareket gücünün ikincisine geçtiğini düşünüyoruz. Kant ise birinci toptan ikinciye geçen hareket gücünün kimse tarafından görülmediğini ve görülemeyeceğini, dolayısıyla nedensellik denilen mefhumun görülmesi mümkün bir fenomen olmadığını belirtiyor. Dolayısıyla buradan Kant'ın vardığı sonuç, nedensellik tasavvurunun, bize dışardan hadiselerin kendilerinden gelmediği, aksine bu tasavvura içerden kendimizin ulaştığı yani bu tasavvuru kendiliğimizden idraklerime kattığımız biçimindedir. Dolayısıyla dış dünyada meydana gelen belli bazı gelişmeleri, kendilerinden önce gelen hadiselerin neticeleri olarak izah etmek yolunu tutuyoruz.⁹ Günümüz modern teorileri Kant'a rağmen nedenselliği, fenomenlerin uyduğu ampirik ve belirli bir doğa kanunu olarak anlamaktadır.¹⁰ Yani ilk aşamada nedenselliğe dair bir soru ampirik bir sorudur. Birbirini takip eden olayların açıklamasını belirli bir kural dahilinde yapmaktadır. Olaylar birbirini bu söz konusu kural uyarınca takip ederek sıralanır yani olayların doğal bir nedensellik ilişkisiyle birbirini takip eder. Nedensellik sorusunun ampirik niteliği de buradan kaynaklanmaktadır. Nedensellik araştırması olaylarının birbiriyle ilişki kurarken uydukları bu doğal kuralın ortaya çıkarılmasına yönelir. Gene de bu noktada bir neticeye sebebiyet veren şeyin aslında tek bir olay veya tek bir sebep olduğu biçiminde bir yanılsamaya kapılmamak gerekir, gerçekte bir netice birden çok faktörün bir araya gelmesi, sayısız olayın birleşmesi ve birbirine eklenmesiyle ortaya

⁹ Richard Honig, İlliyet Nazariyesine Dair, (çev. Yavuz Abadan) İÜHFM, 1936, c.2, s.177

¹⁰ Roxin, Strafrecht AT, § 11,4

çıkar. Bu durumda da aralarından tek bir olayın neden olarak seçilmesi mümkün değildir, bir neticeye sebebiyet veren bu birleşen şartların toplam etkisidir.¹¹

Nedensellik bağıyla ilgili bu genel değerlendirmenin ardından ilk olarak nedensellik bağının suçun sistematiği içindeki yerinin aydınlatılması ve hangi unsurun alanına girdiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Nedensellik bağı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu içinde ayrı bir madde olarak düzenlenmiş değildir. Tipiklik yalnızca yazılı olan unsurları değil, neticeli suçlarda hareket ve netice arasındaki nedensellik bağı gibi yazılı olmayan unsurları da içinde barındırmaktadır. Eğer suç tipinde açıkça belirtilen netice, tipikliğin bir unsuru ise, şüphesiz hareketten neticeye doğru dizilen olayların akışı, yani nedensellik de tipikliğin yazılı olmayan bir unsurudur. Hareket ve netice arasında bir nedensellik ilişkisinin, yani gerçekleşen tipe uygun neticenin hareketin yol açtığı bir netice olup olmadığının araştırılması neticeli suçlarda tipikliğin doğrulanmasına ilişkin bir çabadır. Eski öğretide hakim olan görüş ise yanlış bir şekilde nedensellik bağını, fiilin bir parçası olarak tespit etmektedir.¹²

Hareket ve netice arasındaki nedensellik bağına dair bir hükmün 5237 sayılı TCK'da bulunmadığından bahsetmiştik.¹³ Ancak, Kanun'da pek çok yerde bu bağı atıf

¹¹ Block, s. 27-28; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 4

¹² Jürgen Baumann/ Ulrich Weber/ Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld, 2003, § 14, 2; Hans Kudlich, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2009, s. 35; Öztürk/Erdem, s. 309, Nedenselliği hareketin bir parçası olarak gören bir görüşe örnek olarak Edmund Mezger/ Hermann Blei, Strafrecht: Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch, München, 1967, s.69

¹³ Bunun olumlu olduğunu söylemek gerekmektedir; çünkü doktrinde tartışmalı olan ve geliştirilmeye devam eden bu yüzden de bir madde içinde düzenlenerek bağlayıcı bir neticeye kavuşturulmasına gerek olmayan bir konunun karara bağlanmasının bu şekilde mahkemelere ve doktrine bırakılması, doktrinde bu konunun tartışılmaya ve geliştirilmeye devam edebilmesini sağlamaktadır. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013, s.169; Yener Ünver, Der Kausalzusammenhang im türkischen Recht, in: Der Strafrecht im Deutsch-Türkisch Rechtsvergleich, İstanbul,2011, s.26; Zaten görülmektedir ki böyle bir hüküm olmaması, konunun Türk doktrininde gelişimini de engelleyici bir özellik göstermemektedir. Faruk Erem, Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin, AÜHFD, S. 3, C.25,

bulunmaktadır. Örneğin, taksiri düzenleyen 22. maddede “taksirli hareket dolayısıyla neden olunan netice”den bahsedilmektedir. Ayrıca, Kanun, oluşmasında bir neticenin meydana gelmesini aradığı suçları düzenlediği (TCK m. 83, 86, 87, 89, 94, 95, 99, 10 vb.) pek çok maddede hareket ve netice arasında bir neden olma ilişkisi aranmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın nedensellik bağına atıfta bulunan pek çok maddeyi içinde barındırması fakat onu, ayrıntılı ve açık bir düzenlemeyle maddeleştirmemesi ve gerek genel gerekse özel hükümlerinde, nedensellik bağını tespit ederken başvurulması gereken bir nedensellik düşüncesine yer vermemesi, nedenselliği açıklayan düşüncelerin, 5237 sayılı TCK bakımından aynı değerde olduğu yani yasakoyucunun hangi teoriden yana olduğunu söylemenin kesin biçimde mümkün olmadığı şeklinde yorumlanmıştır.¹⁴

5237 sayılı TCK, kanunkoyucunun hangi nedensellik teorisinden yana olduğunu belirsiz bıraktığı için bugün de Türkiye’de doktrinde pek çok farklı nedensellik teorisi kendisine taraftar bulabilmektedir. Türkiye’de nedensellik konusunu etraflıca ilk inceleyen kişi olmasının yanında şart teorisinin ilk savunucusu da *Kunter*’dir.¹⁵

Nedensellik bağını tanımlamaya yönelik teoriler, yukarıda kısaca göz attığımız nedensellik ilişkisinin belli bir olayda nasıl belirlenebileceğine dair çeşitli görüşler ortaya koymaktadır. Bu teorilerin ortaya attığı görüşlerin yeni nedensellik tanımları olduğunu söylemek mümkün değildir, daha çok hukuken sonuç bağlanmış bir neticeyle, bir fiilin hangi durumlarda nedensel bir ilişki kurduğunun tespitini

1968, s. 2; Türkiye’de ceza hukuku alanında nedensellik konusunu etraflıca ilk inceleyen Kunter’dir, Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket, Netice, Sebebiyet Alakası) İstanbul, 1954, s.141-221; Daha sonra konu Dönmezer-Erman ve Alacakaptan tarafından daha geniş bir şekilde ele alınmıştır Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. 1, İstanbul, 1979, s. 537-606.;Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara, 1961

¹⁴ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s.208; Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul,2010, s.276; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, İstanbul, 2013, 217

¹⁵ Kunter, s. 179

yapmaya çalışmaktadırlar, elbet bu tespiti yapma çabası belli bir nedensellik anlayışına yaslanmaktadır fakat nedenselliğin felsefi veya bilimsel sorgulaması, felsefe ve bilim zaviyesinden nedenselliğin ne olduğu konusundaki bir araştırma, bu teoriler tarafından doğal olarak bir kenara bırakılmıştır.¹⁶ Bu teorilerden ağırlığı bugün doktrinde giderek daha çok kabul gören Şart Teorisine vereceğiz. Bu hem Şart Teorisinin, bizce de nedensellik bağına ceza hukuku bakımından en iyi açıklayan ve en işlevsel biçimde tanımlayan teori olmasından dolayı hem de şart teorisiyle bizim de tezimizin konusunu oluşturan objektif isnadiyet teorisi arasındaki çok yakın irtibatın, objektif isnadiyet teorisini ele alıp anlayabilmek için şart teorisini de uzun uzun ele almayı gerektirmesinden dolayı böyledir.

1.3. ŞART TEORİSİ (DIE AQUİVALENZTHEORİE)

Şart teorisi, diğer nedensellik teorilerinden en önce natüralist karakteriyle ayrılmaktadır. Başka nedensellik teorileri, kuralcı ve tercih ediciyken, şart teorisi mevcut olanı tespit edici ve genelleştirici bir niteliğe sahiptir¹⁷. Doktrindeki bir kısım yazar, şart teorisini aşağıda açıklayacağımız conditio-formülüne eşitlerken ve şart teorisini conditio-formülünden ibaret görürken,¹⁸ diğer bir kısım yazar ise şart teorisini, hem conditio-formülünü hem de kanuna uygun şart formülünü kapsayan bir üst kavram olarak değerlendirmişlerdir.¹⁹ Şart teorisini ayrıntılarıyla açıklamayı, condicio-formülü ve kanuna uygun şart formülü başlıkları altına bırakırken teoriyi kısaca şu şekilde tanımlamak mümkündür: neticenin, tek bir şartın değil de birçok şartın birleşmesinden doğduğunu kabul eden ve neticeye birlikte etki ederken neticenin gerçekleşmesi için de zaruri hale gelen bütün şartları ne nedensellik serisi üzerinde neticeye uzaklığı ne de neticenin gerçekleşmesi üzerindeki etkisi

¹⁶ Block, s. 28

¹⁷ Dönmezer/ Erman, s.555

¹⁸ Wessels/Beulke, § 6, 168a; Volker Krey/ Robert Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil: Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Stuttgart, 2012, s. 320; Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, 2005 § 5, 33; Dönmezer/ Erman, s.556

¹⁹ Block, s. 28; Yener Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998, s.238

bakımından bir tasnife ve ayrıma tabi tutmadan eşit değerinde kabul eden bir teoridir şart teorisi.²⁰ Bugün her iki formül de doktrinde sayısız taraftara sahiptir ve Almanya uygulamasında her iki formülün de olaya uygulanması ile nedenselliğe dair bir çifte değerlendirme yapılması, nedensellik konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir.²¹ Bu yaptığımız genel tanımın ceza hukuku bakımından pek çok sonucu bulunmaktadır ki bu sonuçlardan bazıları da şart teorisinin failin cezalandırılabilmesi konusunda bir hükme varırken sahip olduğu yetersizliği ve bir başka teoriyle tamamlanması gerekliliğini ortaya koymuştur.

1.3.1. CONDITIO-SINE-QUA-NON FORMÜLÜ

1.3.1.1. CONDITIO-SINE-QUA-NON FORMÜLÜNÜN TEMEL BİÇİMİ VE ORTAYA ÇIKIŞI

Conditio-sine-qua-non formülü, eğer şartlardan biri yok sayıldığı zaman, netice gerçekleşmiyorsa o şart söz konusu netice için nedenseldir, o neticenin sebebi olarak nitelendirilir biçiminde tanımlanır. Bu formülden de açıkça anlaşabileceği gibi o olmadan neticenin ortaya çıkmasının düşünülmemeyeceği, yani neticenin gerçekleşmesi için zaruri, neticeye birlikte etkiyen, neticenin gerçekleşmesine birlikte sebep olan her şart, neticeye en uzak olan ve en önemsiz katkıyı yapan şartlar da dahil olmak üzere netice ile nedensel bir ilişki içindedir ve neticeyle nedensel bir ilişki içinde olan her şart aynı zamanda eşit değerdedir. Bu formüle göre şart vasfı kazanan her fiille birlikte fiil-netice-nedensellik bağı ilişkisi kurulmuş olmaktadır, bu noktada neticenin gerçekleşmesine başka şartların da katılıp katılmadığı, mağdurun veya bir üçüncü kişinin hali hazırda mevcut olan nedensellik serisine fiilleriyle dahil

²⁰ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 234; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 277; Dönmezer/ Erman, s. 555; Honig, IÜHFM, s. 170-171

²¹ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 238

olup olmadıkları bu üçlü ilişki için önemli değildir.²² Demek ki neticenin gerçekleşmesine katılan birden çok şartın tespit edilmesi halinde bu şartların teker teker neticeyle girdikleri neden olma ilişkilerinin hiçbiri birbirinden etkilenmez. Hepsi bu ilişki bir kez kurulduktan sonra o neticenin şartı haline gelir ve eşit değer kazanır. Ne bu şartlardan biri diğerinden daha etkilidir ne de bu şartlardan biri diğerinin şart olma vasfını ortadan kaldırır.²³ Dolayısıyla bir insanın davranışının şartlardan biri olduğu tespit edilirse, bu şartlar arasında bir değer farklılığı yaratılması neticesinde bu davranışın şart olma vasfını kaybetmesi mümkün değildir.

24

Formülün tanımından da anlaşılacağı gibi bu formül, onu kullanan kişiyi varsayımsal bir değerlendirme yapmaya çağırır: kişi bir olayı sanki olmamış gibi düşünecektir, eğer fail öyle davranmasaydı ne olacaktı sorusuyla birlikte varılan sonuç gerçekleşen netice ile karşılaştırılır. Bu varsayımsal değerlendirmenin odağında failin fiili bulunmaktadır, fiil yok sayılınca olayların akışının ne yönde değiştiğine kadar sürdürülen bu varsayımsal değerlendirmeyle elde edilen sonuç eğer neticenin gerçekleşmeyeceği biçiminde olursa failin fiiliyle neticeyi birbirine nedensellik bağıyla bağlamak mümkün hale gelir. Yani bu formül kısaca şu şekilde de ifade edilebilir: eğer böyle yapmasaydın, bu gerçekleşir miydi?²⁵

Roxin'in verdiği bir örnek *conditio*-formülünün anlaşılmasına yardımcı olabilir: eğer sarhoş bir sürücü, arabasının kontrolünü kaybederek yanlış şeride girerse ve orada karşı yönden gelen bir başka arabayla çarpışırsa, sarhoş sürücünün alkol alması kaza neticesi ile nedensel bir ilişki içindedir; çünkü *condicio*-formülünü uygulayarak alkol alma fiilini yok saydığımızda, alkolsüz sürücünün arabayı yanlış şeride sokmayacağı

²² Roxin, *Strafrecht AT*, § 11, 6; Kühl, § 4, 9; Wessels/Beulke, s.156; Jescheck/Weigend, § 28, II, 1; Stratenwerth/Kuhlen, § 8, 17; Kindhaeuser, § 10, 9; Krey/Esser, s. 306; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 277; Öztürk/Erdem, s.314; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014, s.123-124

²³ Kühl, § 4, 9; Block, s. 29

²⁴ Veli Özer Özbek/ Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, *Ceza Hukuku Bilgisi - Genel Hükümler*, Ankara, 2010, s. 154

²⁵ Kühl, § 4, 9; Block, s. 29

ve böylece karşı yönden gelen araçla çarpışarak kazaya sebebiyet vermeyeceği sonucuna varılabilir. Yani söz konusu fiil yok sayıldığı zaman, netice de ortadan kalkmaktadır. Ama aynı zamanda kazanın mağduru da, onun arabayı sürme fiili yok sayıldığı zaman neticenin gerçekleşmeyeceği söylenebileceği için kaza neticesi ile nedensel bir ilişki içindedir bu formüle göre. Devamında iki arabanın üreticilerini, sürücülerin ebeveynlerini ve kazanın gerçekleşmesini etkileyen bütün çevresel koşulları da (yolun inşa edilmesinden başlayarak motorun icadına kadar) neticeyle nedensel bir ilişki içinde değerlendirmemiz gerekir. Görüldüğü gibi bu formülden yola çıkıldığı zaman nedensellik ilişkisi sınırsızca, en ufak ve ilgisiz unsurları da içine alacak biçimde genişletilebilmekte ve zamansal olarak da olayla ilişkisinin kurulması güçleşen zamanlara dek geriye götürülebilmektedir ve bu neticeyle nedensel ilişki içinde olan bu sayısız şartlar arasından bu formüle göre bir seçim yapmak da mümkün değildir. Yani belli bazı şartları, neticenin gerçekleşmesinde daha etkili diğerlerini daha az etkili veya bazılarını yakın diğerlerini ise uzak şartlar olarak değerlendirmek mümkün değildir. Aynı şekilde bu formülle şartlar arasında hukuki bir değerlendirme yaparak, ceza hukuku bakımından önemli ve önemsiz şartlar ayrımını yapmak da mümkün değildir. Çoğunlukla bütün bu şartlar birinin diğerinden daha önemli olmadığı, eşit değerde (aquivalent) şartlar olarak görülür ve zaten “bütün şartlar neticenin gerçekleşmesini eşit değerde etkiler” görüşü sebebiyle teori Alman doktrininde *die Äquivalenztheorie* yani şartların eşitliği teorisi ismini almıştır.²⁶

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse bu formül yardımıyla yapılan bir değerlendirme, neticenin gerçekleşmesi için zaruri olduğu tespitinde bulunduğu bütün şartları eşit değerde kabul ederken veya mümkün şartlar arasından birinin diğerlerine göre önceliğini veya önemini reddederken, aynı zamanda bir neticenin tek bir sebebi olabileceği kabulünü de reddeder. Bunun anlamı *Kunter*'in ifadeleriyle söyleyecek olursak şudur: her şart netice için zaruridir fakat kafi değildir. Demek ki netice, zaruri olan şartların bir araya gelerek sebebi teşkil etmesi sayesinde meydana gelmektedir. Neticenin meydana gelmesi ancak zaruri olan bu bütün şartların birlikte

²⁶ Roxin, Strafrecht AT, §11, 6; Jescheck/Weigend, § 28,II,1; Block, s. 30; Öztürk/Erdem, s. 315, Haft, s. 62

etkisiyle söz konusu olur. Şart teorisine göre şartların eşit olarak kabul edilmesinin sebebi de budur.²⁷ Bir neticeye birden çok fiilin birleşmesi, üst üste eklenmesi neden olabilir. Başka fiillerin yanında, bir fiilin “birlikte-sebep olma” vasfının tespiti yani o ortadan kalktığına neticenin de meydana gelmeyeceğinin (yani onun *condicio sine qua non* olup olmadığına) belirlenmesi nedensellik zincirinde ne kadar geriye gidildiğine, neticeden ne kadar uzakta olduğuna ve ayrıca neticenin gerçekleşmesinde başka şartların da payı olup olmadığına bakılmaksızın onun neticeyle nedensel bir ilişki içinde bulunduğunun kabulü için yeterlidir.²⁸

Genelde şart teorisi, nedensellik konusunda hukuki bir değerlendirmeden çok felsefi-bilimsel bir değerlendirme olarak kabul edilir. Bu elbette bir anlamıyla doğrudur; çünkü şart teorisi, neticenin gerçekleşmesini etkileyen şartlardan hangisinin neticeyle nedensel ilişki içinde olduğunu tespit etmek için ortaya atılan ve söz konusu şartlar arasında bazılarını, yaptıkları “neden” tanımına göre kendi belirledikleri hukuki değerlendirme kriterlerini uygulayıp diğerlerinden ayırarak seçen böylece de sınırsızca genişleyen sorumluluk alanını daraltmaya çalışan pek çok nedensellik teorisinin aksine içinde böyle bir hukuki değerlendirme barındırmamaktadır.²⁹ Bugün yaygın bir şekilde kabul edildiği üzere şart teorisinin olaya uygulanması bir ilk adımdır ve bu teori vasıtasıyla neticeye neden olan şartlar arasında hukuken önemli olanların bir seçmesi yapılmaz, fakat neticeyle nedensel ilişki içinde olan bütün şartların meydana çıkarılması amaçlanır.³⁰ Bu açıdan nedensellik bağının daha çıplak bir şekilde ortaya konulmasını amaçladığı söylenebilir. Öte yandansa şart teorisi, felsefi ve bilimsel bir söylemden ayrılan hukuki bir öğretiler ve doğabilimsel bir nedensellik tanımını doğrudan, değiştirmeden temellük ettiğini söylemek mümkün değildir. Bu sonuca varmamızın sebebi ise bu teorinin, neticeye sebebiyet veren bütün şartları bir bütün içinde, birbirinden ayırmaksızın değerlendirmiyor oluşudur. Neticeye sayısız şartın toplamı, bir bütün halinde etki ediyor da olsa şart teorisi,

²⁷ Kunter, s.150

²⁸ Kühl, § 4, 7; Baumann/Weber/ Mitsch, § 14, 19; Block, s. 30

²⁹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 7; Block, s. 30; Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, Berlin, 2009, § 2, 68; Ünver, İzin Verilen Risk, s. 237

³⁰ Kühl, § 4, 7

nedeni bu şartların toplamında değil her bir özgül şartın içinde ayrı ayrı görür. Her bir ayrı şart içinde bir diğerinden bağımsız duran ve diğerleriyle neticenin gerçekleşmesine birlikte etkileyen tek başına bir neden bulunmaktadır. Şart teorisi de condicio-formülünün uygulanmasıyla her bir fiili teker teker içindeki nedeni ortaya çıkarabilecek bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Neticeyle nedensel ilişki içinde olan bu şartların toplamı değil, bu teoriye göre dikkatimizi hangi şarta verdiğimiz, hangi şartı değerlendirirsek o şartın bizatihi kendisidir. Bu özelliği ile şart teorisi hukuki bir nitelik kazanır; çünkü hukuki bir incelemede bütün şartların bir bütün halde tespiti önemli değildir, önemli olan hukuken önemli belli bir insan davranışının neticeyle kurduğu bağın tespit edilmesidir.³¹

Şart teorisinin ilk temsilcisi 1858 yılında, nedensel ilişkinin incelenmesi için açık bir başlangıç noktası bulunduğunu; bu noktada varsayılan faili olayların toplamı içinden çektiğimiz zaman, netice gene de gerçekleşecekse ve nedensellik zinciri de bozulmadan kalacaksa, bu durumda neticeyi söz konusu kişiye yükleyemeyeceğimizin açıkça ortaya çıkacağını söyleyen Julius Glaser'dir. Daha sonra Maximilian v. Buri ile bu teorisi daha derinlemesine ele alınmıştır. V.Buri, 1873 ve 1885 yıllarında nedensellik üzerine yazdığı iki makale ile İmparatorluk Yüksek Mahkemesi tarafından teorinin yaratıcısı olarak nitelendirilmiştir. Kendisi de mahkemenin bir üyesi olan Buri'nin görüşleri İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'ni de etkilemiş, ilk başta "bir şartın yok sayılması" biçiminde ifadesini bulan formül kararlarda açıkça dillendirilmemişse de condicio-sine-qua-non formülü yüksek mahkeme tarafından pek çok kez kullanılmıştır. İlk defa 1910 yılında formül, kendi özgül biçimiyle RGSt 44, 137 (139) sayılı kararda açıkça ifadesini bulmuştur: "Bir yaralama fiilinin ölüme neden olması durumu ancak, ölüm neticesi ortadan kalkmadan yaralama fiili yok sayılmıyorsa açık hale gelir." Bu andan itibaren de formül bu şekliyle, pek çok kararda kullanılmıştır.³² Aynı şekilde BGH de ceza hukukunda nedensellik bağının tespiti için şart teorisini benimsemiş ve devamlı bir

³¹ Jescheck/Weigend, § 28, II, 1; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 7

³² Roxin, Strafrecht AT, § 11, 8; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, 8; Jescheck/Weigend, § 28, II, 2

biçimde bu teoriye, teorinin omurgasını oluşturan condicio-formülünü kararlarında zikrederek başvurmuştur.³³

Bugün ceza hukuku doktrininde şart teorisi, icrai suçlarda fiil ve netice arasındaki nedensellik ilişkisinin tespiti için büyük oranda kabul görmüş durumdadır. Formülün gördüğü bu büyük teveccühte herşeyden önce onun kullanımının kolaylığı, nedensellik ilişkisini epey geniş bir alanda değerlendirme imkanı sağlıyor olmasıdır.³⁴ Fakat aynı şekilde kabul gören başka bir husus da yukarıda da belirttiğimiz gibi nedensellik ilişkisinin tespitinin tek başına yeterli olmadığı bu noktada sorumluluğu belirlerken ikinci bir tamamlayıcı adımın da mevcut olması gerektiğidir. Yani şart teorisi, failin neticeden dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağı belirlenirken gerekli bir formül olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu tespit edilen nedensellik bağı hukuki bir değerlendirmeye tabi tutmak yani bu neticenin faile objektif olarak isnad edilebilir olup olmadığını, ona kendisinin bir eseri olarak yüklenebilir yüklenemeyeceğini araştırmak gerekmektedir. Bir kişinin, kendi fiilleri ile suç tipinde belirtilen neticeye yol açtığı fakat gene de bu neticenin o kişiye yüklenemediği sayısız durum bulunmaktadır. Örneğin, ilerde daha ayrıntılı göreceğimiz gibi bazı nedensel serilerde, kişi öldürmek istediği kişinin uçağının düşmesini temenni ederek onu, bir yolculuğa ikna ederse ve uçak gerçekten de düşerse kişinin fiili ile netice arasında nedensel bir ilişki bulunmaktadır.³⁵ Ya da hastasına hava değişimi tavsiyesinde bulunan doktorun fiili, hastası bu seyahatte kazayla ölse neticeyle nedenseldir, aynı şekilde hastasının sokağa çıkmasına izin veren doktorun hareketi, hasta sokakta otomobilin altında kalsa neticeyle nedenseldir. Üstüne bu hasta sokakta biriyle sohbet etse, sohbet ettiği kişinin hareketi

³³ “ Bir yaralama fiilinin, yaralananın ölümüne sebep olup olmadığı meselesi, şart teorisine göre açığa kavuşturulur. Hukuken önemli bir neticenin sebebi, yok sayılması halinde neticenin meydana gelmeyeceği ortaya çıkan o şarttır.” BGHSt 1, 332 – Roxin, Strafrecht AT, § 11, 9

³⁴ Baumann/Weber/Mitsch, § 14,8

³⁵ Gropp, § 5, 17; Krey/Esser, § 11, 303; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.279; Özgenç, s.178; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.129; Kudlich, Strafrecht AT, s. 36

de neticeyle nedenseldir. Fakat bu örneklerden hiçbirinde söz konusu kişileri neticeden sorumlu tutmak mümkün değildir.³⁶

Fakat bu noktada sadece condicio-formülüyle ulaşılan sonuçların, tamamlayıcı bir hukuki değerlendirmeye sınırlandırılmasından bahsetmek yeterli değildir. Ayrıca condicio-formülünün bizi ulaştırdığı sonuçların da doğruluk bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulması, her zaman isabetli olup olmadığının tespit edilmesi zarureti de zamanla anlaşılmıştır. Yani condicio-formülü yalnızca nedensellik ilişkisini, kabul edilemez bir genişlikte kavradığı için değil aynı zamanda bazı olay gruplarında yanlış ya da hatalı sonuçlara da ulaştırdığı için tamamlanmalıdır. Bu ikinci tür tamamlama, formülün kullanımını yöneten bir talimatlar grubuyla ya da formülde yapılacak değişikliklerle gerçekleşmektedir yani gene formülün çizdiği çerçeve içinde kalınarak, o çerçeve ve temel öncüller korunmaktadır. İkinci tür tamamlama ise formülün ulaştığı sonuçların tekrar değerlendirilmesi ve sınırlandırılması, hukuken kabul edilebilir bir sınıra çekilebilmesi amacıyla. İlki kullanım aşamasında ikincisi ise sonuçlara ulaştıktan sonra devreye girmektedir.

Şart teorisine ilk başlarda sıkça yöneltilen eleştiriler, bu teori neticesinde sorumluluk alanının kaçınılmaz bir şekilde, sınırsızca genişlediği yönündedir. Gerçekten de şart teorisinin çıplak haline göre daha sonra da göreceğimiz gibi nedensellik serisi ne kadar atipik ve beklenmedik bir şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin, fail, neticeden sorumlu tutulmalıdır. Gene nedensellik serisi, geçmişe doğru sınırsızca götürülebilir, yukarıdaki örnekte de belirttiğim gibi failin annesi ve babası da neticeden fail kadar sorumludur, aynı şekilde anneannesi ve dedesini ve onların da ebeveynlerini tipik neticeyle nedensel ilişki içinde görebiliriz çünkü failin dünyaya gelmesinin müsebbibi olarak onlar aynı zamanda neticenin gerçekleşmesiyle de nedensel ilişki içindedirler. Bu sonuca varmanın saçmalığını izale etmek için eski öğretiyi, bu meseleyi suçun manevi unsurları kısmında çözmeye çalışmıştır. Öyle ki burada bir nedensellik ilişkisinin olduğu doğrulansa bile anne ve babanın kastının ve taksirinin

³⁶ Kunter, s. 155

var olmaması sebebiyle onları neticeden sorumlu tutmak mümkün değildir.³⁷ Öte yandan sadece manevi unsurlar alanında, bu genişleyen sorumluluk alanına bir sınır çekilebileceği düşüncesi de hiçbir zaman tam olarak isabetli görülmemiştir. Özellikle 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, objektif sorumluluğa, gerek cezada gerekse hukukta, pek çok kanunda yer verilmesi sebebiyle bu hallerde sınırlandırıcı bir manevi unsurlar alanı bulunmaması şart teorisinin geniş sorumluluk alanının manevi unsurlar yardımıyla daraltılabileceğini belirtenlere karşı ilk öne sürülen gerekçelerdendir. Örneğin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için kusurlu hareket etmesi aranmadığı için sorumluluğun manevi unsurlar alanında sınırlanması mümkün değildir. Bu nedenle Yargıtay da kararlarında objektif sorumluluk hallerinde, failin fiilinin neticeyle tesadüfen mi yoksa neticeyi gerçekleştirmeye elverişli biçimde mi ilişki kurduğunun tespiti adına uygun sebep teorisini benimsemiştir. Objektif sorumluluk hallerinde uygun sebep teorisi, geri kalan durumlarda ise şart teorisinin kullanılması da bu görüşe göre doğru ve isabetli değildir. Eğer şart teorisi hatalı ise hiçbir zaman kullanılmamalıdır.³⁸ Bugün objektif sorumluluğa kanunlar büyük oranda yer vermiyor olsa da ilerde görebileceğimiz gibi sorumluluk alanını manevi unsurlar alanında daraltmak bugün de eleştirilen bir yaklaşım durumundadır.

Fakat şart teorisine göre sorumluluk alanının çok geniş kabul edildiği yönündeki eleştiriler doktrinde zamanla ağırlıklarını yitirmişlerdir; çünkü nedenselliğin tespitiyle, suç tipinin objektif unsurlarının tamamlanmış olmadığı ayrıca başka isnadiyet kriterlerinin gerektiği artık bilinmekte, geniş oranda da kabul görmektedir. Nedensellik bağının mevcut olduğu durumlarda, neticenin faile isnad edilebilir olup olmadığını, tipiklik alanında kalarak tespit etme arzusuyla bir dizi kaide

³⁷ Helmut Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch, München, 2012, s. 99-100; Kast ve taksir'i suçun manevi unsurları içinde değil de kusur türleri olarak kabul eden yazarlarsa burada sorumluluğun daraltılması için bir kusurluluk araştırmasının yapılmasının yeterli olduğundan bahisle şart teorisini savunmaktadırlar ki bu da aşağı yukarı aynı anlama gelmektedir., Centel/ Zafer/ Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş, s.277; Erem, AÜHFD, s. 6

³⁸ Kunter, s. 155; Dönmezer/Erman, s.563; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş, s. 276

konulmuştur. Özellikle dikkat edilmesi gereken şart teorisine göre belirlenen nedensellik ilişkisinin, icrai suçlarda sorumluluk belirlenirken bir tür dış sınır olduğu yani bu sorumluluk alanını sınırsızca genişletmesi sebebiyle cezai sorumluluğun tespiti konusunda yalnız sınırlı bir fonksiyona haiz olduğudur. Gene de neticenin faile yüklenebilir olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ancak şart teorisine bitişik biçimde yapılabilir; çünkü objektif isnadiyet teorisi şart teorisine göre tespit edilmiş nedensellik bağına isnadiyet konusunda kuşkusuz bir şekilde çıkış noktası olarak almaktadır.³⁹ Yani şart teorisinin çevirdiği geniş alan içinde ayrıca başka kıstaslara başvurarak neticenin kime yüklenebileceğinin tespit edilmesi gerekir ama ilk adım olarak daha sonra hukuki bir değerlendirmenin zeminin oluşabilmesi için netice ile nedensellik ilişkisi içinde olan şartların ortaya konulması gerekir.

Bu şekilde şart teorisinin *objektif isnadiyet teorisi* başlığı altında toplanan bir takım kurallarla bir tamamlayıcı değerlendirmeye ihtiyaç duyduğunu söylediğimiz gibi aynı zamanda bazı olaylarda hatalı sonuçlara yol açabildiğini de söylemiştik. Yani condicio-formülünün, kendisine yöneltilen “sorumluluk alanının genişliği” yönündeki eleştirilerin altından objektif isnadiyet teorisi yardımıyla kalkması gibi, başka haklı eleştirilere de cevap verecek bir biçime girmesi gerekmektedir. Bu eleştirilerden geçerek condicio-formülünü, pek çok özel nedensellik durumunda sonuç vermemesi veya yanlış sonuçlar vermesi sebebiyle, çeşitli şekillerde değişikliklere uğramıştır. Buradan sonra ele aldığımız başlıklarda, diğer eleştirileri yani formülün kullanımında karşılaşılan özel durumları ve condicio-formülünün bu eleştirilere cevap vermek için nasıl gözden geçirildiğini incelemeye çalıştık.

1.3.1.2. FORMÜLÜN KULLANIMINDA KARŞILAŞILAN ÖZEL DURUMLAR

³⁹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 11; Kühl, § 4, 7; Baumann/ Weber/ Mitsch, § 14, 9; Freund, s. 69; Ünver, İzin Verilen Risk, s.298

1.3.1.2.1. Nedensellik Bağının Belirsiz Olduğu Haller

Condicio-formülüne yöneltilen en ciddi eleştirilerden bir tanesi, belli fiillerin veya olayların bazı sonuçlara yol açtığı kesin olarak bilinmediği, bu konuda bir belirsizliğin söz konusu olduğu hallerde nedensellik bağlantısının açığa çıkarılması konusunda condicio-formülünün başarısız olmasıdır. Bu suçlama doktrinde bu formüle yöneltilen en ciddi ve sık tekrarlanan suçlamalardan biridir. Condicio-formülü, bir hareket ve netice arasındaki nedensellik bağıny yukarıda da açıkladığımız gibi doğrudan doğruya ortaya koymaz, bunun yerine mevcut nedensellik ilişkisini varsayılan bir nedensellik ilişkisiyle kıyaslama yolunu tutar. Bu durumda ise ancak kişi gerçekten bir hareketin, neticeye yol açtığını biliyorsa, condicio-formülüne göre bir kıyaslamadan doğru bir sonuca varması mümkün olur. Yani condicio-formülünün bir olayda nedensellik bağının ortaya çıkarılması veya kanıtlanması konusunda işe yarayabilmesi için söz konusu nedenselliğin çoktan biliniyor olması gerekir. Kişinin, bir şart yok sayıldığında neticenin de ortadan kalkacağını söyleyebilmesi için, o şartın o neticeye, başka şartlarla birlikte sebep olduğunu çoktan bilmesi gerekir. Bu bilginin eksik olduğu olaylarda condicio-formülü işlemez hale gelmektedir.⁴⁰ Condicio-formülü vasıtasıyla nedensellik bağlantısı açığa çıkarılırken zorlukla veya problemlerle karşılaşılan durumlardan biri budur ve en belirgin örnekleriyle, belli bir ürünün kullanılması durumunda kullanan kişinin beden bütünlüğünde bir zararın ortaya çıktığı durumlarda, ürün ve zarar arasındaki ilişkinin nedensel olduğuna dair bir kanıta ihtiyaç duyulan cezai ürün sorumluluğu alanında karşılaşılır.⁴¹

Bu konuda doktrinde de sıkça verilen bir örnek, “Contengan” adlı bir uyku ilacını hamilelik sırasında kullanan kadınların çocuklarının sakat doğması olayıdır. Bu olayda Contengan kullanımı ile sakat doğumlar arasında nedensel bir ilişkinin olup olmadığını öğrenmek isteyen kişi, eğer condicio-formülünü kullanırsa hiçbir sonuca ulaşamaz; çünkü bu ilacı kullanan kadınlar Contengan kullanmasaydı sağlıklı çocuklar dünyaya getireceklerdi demek sadece bu formülü kullanarak mümkün

⁴⁰ Block, s.31; Stratenwerth/Kuhlen, § 8,18; Jescheck/Weigend, § 28, II, 4; Haft, s. 62;

Frister, s. 101

⁴¹ Köhl. § 4, 8; Jescheck/Weigend, § 28,II,4

değildir. Yani söz konusu nedeni yok saydığımızda neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini kesin olarak bilmemiz mümkün değildir. Öte yandan bu sorunu çözenin ve nedensellik ilişkisini açığa kavuşturmanın tek yolu da paradoksal bir biçimde Contengan ile sakat doğumlar arasında bir nedensellik ilişkisinin var olduğunun bilinmesidir. Yani nedensellik ilişkisinin condicio-formülüne göre ortaya konulabilmesi için zaten önceden bilinmesi, bilimsel bir şekilde kanıtlanması gerekmektedir. Dolayısıyla bu gibi bir durumda condicio-formülü tamamen kullanışsız kalmaktadır. Kendisi vasıtasıyla ortaya çıkarılması gereken şeyi, kullanılabilmesi veya sonuç verebilmesi için şart koşmaktadır. Yani son kerte de ortaya çıkardığı şey zaten en başta bilinendir.⁴² Bu da condicio-formülünün güçsüz veya etkisiz kaldığı bir alanı göstermektedir.

Bu örnekle birlikte gün yüzüne çıkan soru şudur: acaba hukuk bilimi içinde, hukukçular tarafından ortaya atılan bir formül, doğa bilimlerine has bir nedensellik ilişkisini kanıtlamaya ne kadar yardımcı olabilir?⁴³ Roxin, yukarıda zikrettiğimiz gibi bu formülün hukuk bilimine has yönünü ortaya koymuştur fakat her ne kadar formül hukuk bilimine has hususiyetler taşıyorsa da aslında bu formül yoluyla kanıtlanmaya çalışılan şey doğa bilimleri alanına giren bir nedensellik ilişkisidir. Dolayısıyla formülün kullanıldığı her durumda çıkan sonuç, ampirik doğa bilimsel bir nedenselliğin kanıtı olma iddiasındadır. Bu formülün bunu ne ölçüde başarabileceği veya başarabildiği ise muammadır. Yukarıda zikrettiğimiz “Contengan” olayında olduğu gibi belirli bir faktörün, her zaman kesin biçimde belirli bir sonuca yol açtığı tespit edilmesi gereken, özellikle cezai ürün sorumluluğu alanına ilişkin problemlerde formülün iddiası boşa çıkmaktadır. Sadece bir fiilin, neticeye yol açıp açmadığı konusunda yani nedensellik bağının mevcut olup olmadığı konusunda bir belirsizliğin bulunduğu durumlarda değil aynı zamanda pek çok hareketin ayrı ayrı neden olma ihtimalinin olduğu fakat hangisinin gerçek neden olduğunun bilinmediği durumlarda da formülün bu başarısızlığı tekrarlanmaktadır. Örneğin birden çok

⁴² Block, s. 32; Roxin, Strafrecht AT, § 11,12; Kindhauser, § 10, 11; Stratenwerth/Kuhlen, §8, 18

⁴³ Block, s. 32

kişinin mağdura ateş ettiği ve mağdurun tek bir kurşun yarasıyla kan kaybından öldüğü bir olayda bu sefer belirsizlik başka bir yerde toplanmaktadır. Mağdurun, faillerden hangisinin silahından çıkan kurşunla öldüğünü condicio-formülüne göre anlamının imkanı yoktur. Buradaki belirsizliği ortadan kaldırmanın yolu condicio-formülünü olaya tatbik etmek değil bilimsel bir balistik incelemedir. Zaten formülün gerçek zayıflığı da bazı durumlarda nedenselliğin ortaya konulması için çoktan elde mevcut bulunan kanıtlanmış bir bilginin zaruri olduğunu kabul edememesi ama bu tür problemleri çözmek için gerekli yeteneğe sahip ve her durumda geçerli olduğunu iddia etmesidir. Halbuki condicio-formülü, nedenselliği tek başına, dolaysız bir şekilde ortaya çıkarmaya ve ayrıca kanıtlamaya elverişli bir formül değildir.⁴⁴ Gerek olayla ilgili -örneğin aynı anda ateş eden kişilerden hangisinin silahından çıkan kurşunun mağdura isabet ettiğinin bilinmediği durumlarda- gerekse olayda nedensellik ilişkisinin kanuna uygunluğuyla -Contengan vakasında olduğu gibi- ilgili ortaya çıkan belirsizliklerde condicio-formülü, tek başına bu belirsizlikleri aşabilecek bir formül değildir, tam aksine bu belirsizlikler condicio-formülünü başarısız kılmaktadır. Demek ki bu tür durumlarda condicio-formülü yardımıyla nedenselliğin kanıtlanabilmesinin yolu, şüpheli olay yok sayıldığında neticenin de gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini söz konusu eden formülün, objektif olarak denetlenebilir bir şekilde olayda tasdik edilmiş, onaylanmış bir nedensellik bağının mevcudiyetine yaslanmasıdır.⁴⁵

Bu zayıflık elbette formülün kullanışsız ve her halükarda yanlış sonuçlar veren faydasız bir araç olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine formülü çeşitli açılardan eleştirenlerin bile teslim ettiği bir gerçek bulunmaktadır, condicio-formülü pek çok durumda kişiyi doğru sonuçlara ulaştırmaktadır.⁴⁶ Zaten formülün hali hazırda hukuk bilimi içinde mevcut diğer nedensellik kuramlarının arasından sıyrılarak, genel bir kabul görmesi de bu özelliğinin neticesidir. Fakat bu tür zayıflıkların ortaya

⁴⁴ Karl Lackner, Strafgesetzbuch - Lackner/Kühl, 2014, Vor. 10

⁴⁵ Kühl § 4,9; Kindhauser, § 10,11

⁴⁶ Kühl, § 4, 9

konulması, çalışmanın devamında da takip edebileceğimiz üzere kuramın reddedilmesine değil çeşitli biçimlerde geliştirilmesine sebep olmuştur.⁴⁷

1.3.1.2.2. Varsayılan Nedensellik

Varsayılan nedensellik durumları da condicio-formülünün temel biçiminin uygulanması sırasında karşılaşılan özel durumlardan biridir. Varsayılan nedensellik, bir neden yok sayıldığında onun yerine geçeceği varsayılan bir başka nedenin gene de olayın gerçekleşmesine yol açacağı olaylarda karşımıza çıkan özel bir nedensellik durumudur ve bu hallerde de condicio-formülü hatalı sonuçlara yol açabilmektedir.⁴⁸

Yani bir fiil ve netice arasındaki nedensellik bağı tespit edilmeye çalışılırken, “netice ortadan kalkmadan bir fiil yok sayılmıyorsa” formülünü uygulayabilmek adına bir fiil yok sayıldığında eğer olayın akışı içinde o fiilin yerine bir başka fiilin ya da olayın geçerek gene de neticeye sebep vereceği varsayımı yapılabiliyorsa, bu durumda söz konusu ilk fiil ile netice arasındaki nedensellik bağı neticenin ortadan kalkmaması nedeniyle condicio-formülüne göre reddetmek gerekmektedir. Bu da açıkça formülü uygulayan kişiyi yanlış sonuçlara götürmektedir. Bu konuyu şöyle bir örnek vererek aydınlatmak mümkündür: A’nın kendisini tabancayla vurması ile ölen C, A kendisini tabancayla vurmasaydı da ölecekti; çünkü tam o sırada binmekte olduğu arabaya B tarafından kontağın çevrilmesiyle patlayacak bir bomba yerleştirilmişti. Bu olaya nedensellik bağının tespiti için condicio-formülünü uyguladığımızda açıktır ki A’nın ateş etme fiili ile ölüm neticesi arasındaki nedensel ilişkiyi reddetmemiz gerekir; çünkü A’nın ateş etme fiili yok sayıldığında da devreye girmek için beklemekte olan bir başka şart, ölüm neticesine yol açacaktır, demek ki A’nın fiili O’nun ölümüyle nedensel değildir. Halbuki formül kullanılarak varılan sonuç bütünüyle anlamsızdır; çünkü bu örnek olayda nedensellik bağı kuşkulu bile değildir.⁴⁹ Bu konuda verilebilecek bir başka örnek de şu olabilir: bir kişi, Nazi Almanyasında sonu mağdurun ölümüyle sonuçlanan biçimde mağduru, bir toplama

⁴⁷ Block, s. 33

⁴⁸ Kühl, § 4, 11; Block, s. 35

⁴⁹ Block, s. 35

kampına gönderdiğinde, condicio-formülünün temel biçimine göre kendisi bunu yapmasaydı yani onun fiilinin yok saydığımız zaman, bir başka kişinin gene de aynı şekilde mağduru toplama kampına göndereceği varsayımında bulunarak onun fiili ve netice arasındaki nedensellik bağının olmadığını öne sürebilir. Bu ise açıkça savunulamaz bir görüştür. (BGHSt 2, 20)⁵⁰

Bu tür olaylarda formülün kullanılması neticesinde yanlış sonuçlara varma tehlikesini aşmak için condicio-formülünün savunucuları, bir takım başka talimatları da formüle eklemişler, yeni kullanım kuralları ile formülün doğru sonuçlar verecek bir hale gelmesini sağlamaya çalışmışlardır. Öte yandan doktrinde bir kısım yazar bu tür ek talimatları, kullanım kurallarını yalnızca formülün geliştirilmesi, modifiye edilmesi olarak kabul ederken, bir kısım ise bu tür talimatlara ihtiyaç duyulmasını formülün nedensellik ilişkisini mantıki olarak yanlış tanımladığının bir göstergesi olduğunu iddia etmişlerdir.⁵¹

Bugün Kühl'e göre yaygın olarak kabul edilen kullanım talimatı “ varsayılan nedensellik dikkate alınmaz” şeklindedir. Bu kural Spindel'e dayanmaktadır. Demek ki temel formülün içinde barındırmadığı, ona daha sonra eklenen bu talimat bize, condicio-formülünün işlemesi için gereken varsayımsal değerlendirmeyi çok ileri taşımamamız gerektiğini söylemektedir. Esas olan sadece somut netice ve olayların gerçek akışı arasındaki nedensel bağıdır. Aktüel olarak gerçekleşen nedensellik serisinin mevcudiyeti ve netice üzerindeki etkisi, bir başka serinin onun yerine geçeceği varsayımıyla etkilenmez. Yani yalnızca verili olan ve neticenin gerçekleşmesinin nedensel açıklamasında gerekli olan şartlar dikkate alınır. Gerçekleşme şansı bulamayan şartlar ise nedenselliğin tespiti aşamasında göz önünde bulundurulmaz.⁵² Demek ki ikinci bir nedenin gene de neticeye sebep olacağı yönündeki bir varsayım, ilk hareket ve netice arasındaki nedenselliğin kabulünü

⁵⁰ Roxin, Strafrecht AT § 11, 23

⁵¹ Kühl. § 4, 11

⁵² Kühl, § 4, 12; Kindhauser, § 10, 18; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.288; Ünver, İzin Verilen Risk, s. 241-242

engellememelidir.⁵³ Condictio-formülünü kullanabilmek için yukarıda, ilgili başlığın altında da belirttiğimiz gibi bir varsayımsal değerlendirme yapmak zorunludur yani belli bir fiili yokmuş gibi varsaymak ve eğer onu yok sayarsak neticenin değişip değişmeyeceği konusunda bir muhakeme yapmak formülü kullanabilmemiz için gereklidir. Fakat bu varsayımsal değerlendirmeyi, bir fiili yok saydıktan sonra bir başkasının onun yerine geçeceğini ve aynı neticeye sebep olacağını varsayma aşamasına taşımamız gerekir. Yani ancak aktüel olarak gerçekleşen, olayda edimselleşmiş nedenler dikkate alınır, yalnız yok sayıldığında somut neticenin gerçekleşmeyeceği fiiller netice ile nedenseldir denilebilir. Ki formülün doğru sonuçlar vermesi adına ortaya koyulan bu talimatın, bir yönüyle formülün esas biçimiyle çeliştiği doğrudur ve bu da bir sınır durumunu göstermektedir.⁵⁴ Federal Yüksek Mahkeme (BGH) de kararlarında, eğer asıl fiil yok sayıldığında bir başkası da kendi fiiliyle aynı neticenin gerçekleşmesine yol açacaksa, somut neticeye yol açan somut fiilin yok sayılamayacağından bahsetmiştir.⁵⁵

Hazırda bekleyen fakat fiili olarak gerçekleşmeyen rezerv sebeplerin var olduğu durumlarda, formülün doğru kullanımını vermeye çalışan diğer kurallar ise karşımıza, hızlandırmak ve somut biçimi içindeki netice ölçütlerini çıkarmaktadır. İlki, fiilin neticenin gerçekleşmesini hızlandırmasının nedensellik bağının kurulabilmesi için yeterli olduğunu ifade etmektedir. İkincisi ise bir fiilin yok sayılması halinde gerçekleşen netice eğer somut, sahip olduğu biçimiyle (yani aynı anda, aynı şartlar altında ve aynı koşullarda) gerçekleşmiyorsa fiil ve netice arasında nedensellik bağı vardır demektir.⁵⁶

İlk ölçüye baktığımızda, neticenin gerçekleşmesini hızlandıran ya da neticenin daha erken gerçekleşmesine sebep olan fiil netice ile nedensel ilişki içindedir; çünkü o bekleyen ve neticenin gerçekleşmesine daha sonra yol açacak olan başka bir nedenin (bir rezerv sebebin) önüne geçmiş ve onu engellemiştir, ona “gerçekleşme şansı”

⁵³ Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş, s. 265

⁵⁴ Block, s. 36; Wessels/Beulke, § 6, 161

⁵⁵ Kühl, § 4, 12

⁵⁶ Kühl, § 4, 13

tanımamıştır. Örneğin ölümcül hasta olan birini ateş ederek öldüren kişinin durumunda, condicio formülünün çıplak haline göre eğer ateş etme fiilini yok sayarsak ölüm neticesi gene de hastalık dolayısıyla gerçekleşecektir veya hastasının acılarına son vermek, onun daha fazla acı çekmesini engellemek için hastasının kendisini öldürmesine yardım eden doktorun (Ötenazi) durumunda hastanın ölümünün kaçınılmaz bir şekilde bir kaç dakika sonra gerçekleşeceği biliniyorsa condicio-formülünün temel şekline göre doktorun fiilinin, ölüm neticesiyle nedensel olduğunu reddetmek gerekir. Fakat hem varsayılan (hipotetik) nedenselliği dikkate alma yasağı sebebiyle hem de A kişinin veya doktorun fiilinin, neticenin gerçekleşmesini hızlandırması sebebiyle, yani iki ölçüye göre de fiil ve netice arasında bir nedensellik bağının var olduğu söylenmelidir.⁵⁷

İkinci ölçü, formül kullanılırken fiilin yok sayılmasıyla birlikte netice, gene de meydana gelecek olsa bile sahip olduğu bütün somut özellikleri içinde gerçekleşmiyorsa fiil ile netice arasındaki nedensellik bağı vardır demektir. Yani bu ölçü ile örneğin bir öldürme fiili yok sayıldığında yalnız ölüm neticesinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmamakta aynı zamanda söz konusu ölüm neticesinin hangi koşullarda ve şartlarda gerçekleştiği de dikkate alınarak, fiilin yok sayılması halinde gerçekleşeceği varsayılan neticenin bu özellikleri de barındırması aranmaktadır. A, B tarafından zehirlenmiş olan C'ye ateş ederek onu öldürdüğünde, A'nın fiilini yok saydığımızda neticenin aynı yerde, aynı zamanda, aynı şartlarda yani somut biçimi içinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bakılarak condicio-formülüne göre bir nedensellik değerlendirmesi yapılır. Fakat şu noktada çeşitli zorluklar ortaya çıkmaktadır: acaba neticenin somutlaştırılması için çevresel şartlar hangi noktalarda sınırlandırılacaktır yani tipe uygun neticeyle irtibatlı olan çevresel şartları, irtibatsız olan ve sadece irtibatlı olanlara eşlik eden çevresel şartlardan nasıl ve nerede ayırmak gerekir?⁵⁸

Savaşta ölümlerle sonuçlanan bir ateş etme fiilini veya bir idam kararının infazını düşünürsek, öldürme fiilini birisi gerçekleştirmese bir başkasının muhakkak onun

⁵⁷ Kühl, § 4, 14; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, 13; 16

⁵⁸ Kühl, § 4, 15; Baumann/ Weber/ Mitsch, § 14,11; Kindhauser, § 10, 15-16

yerine geçerek gerçekleştirebileceği söylenebilir. Bunlar da varsayılan nedensellik durumlarına dair birer örnek olarak alınabilir. Burada da varsayılan nedensellik durumlarında condicio-formülünün yarattığı problemi ortadan kaldırmak adına somut biçimi içinde netice ölçütünü kullanmak istesek, neticenin somut biçimi tespit edilirken, yalnız öldürme fiili değil fakat aynı zamanda öldürme fiilinin tam vaktini ve aynı kişi tarafından belli bir şekilde gerçekleştirilmesini de göz önünde bulundurmamız gerekir. Böylece neticeyi somut biçimi içinde tespit etme çabası, neticeye yol açan nedensellik zincirinin de hesaba katılması anlamına gelmektedir. Fakat bu noktada şöyle bir tehlike kendini göstermektedir, somutlaştırma ileri götürüldükçe, zaten nedensel olduğu ispatlanmak istenen fiilden başkası geriye kalmaz, bu da bir kısır döngüye yol açar; çünkü sonuçta tespit edilen nedensellik zaten ortaya çıkarılmak istenen haline gelebilir ki burada gerçek bir nedensellik araştırmasının da anlamı kalmamaktadır.⁵⁹ Yani ortada gene somut biçimi içinde netice ölçütünde neyin içeri alınıp neyin dışarda bırakılacağı konusundaki benzer bir problemle karşılaşmaktadır. Bu konudaki daha ayrıntılı bir tartışmayı ilerleyen bölümlerde, ayrı bir başlık altında yapacağız.

Doktrinde bazı yazarların çok isabetli bir şekilde işaret ettiği gibi eğer somut biçimi içinde netice ve hızlandırma ölçütlerini göz ardı edersek ya da nedenselliğin temellendirilmesinde yeterli görmezsek, ölümle neticelenmiş bütün fiiller ile ölüm neticesi arasındaki nedensellik ilişkisini reddetmek durumunda kalırız; çünkü insan türü ölümlüdür ve bir insan bir başkasını öldürse, neticeye yol açan fiili yok sayıldığında ölüm neticesi gene de eninde sonunda başka bir şekilde de olsa mağdurun başına gelecektir. Dolayısıyla kişiyi condicio-formülüne göre sorumlu tutmak da mümkün olmayacaktır.⁶⁰

1.3.1.2.3. Alternatif Nedensellik

Condicio-formülünün kullanımında karşılaşılan tek zorluk, varsayılan nedensellik hallerindeki değildir. Aynı zamanda alternatif nedensellik durumlarında da formülün

⁵⁹ Block, s. 36-37; Jescheck/Weigend, § 28, II, 4

⁶⁰ Kühl, § 4,14; Baumann/Weber/Mitsch, § 14,13

temel biçimi, isabetli bir sonuca ulaşmak bakımından işlevsiz kalmaktadır.⁶¹ Alternatif nedensellik ya da doktrinde bazı yazarların ifade ettiği gibi çifte nedensellik (Doppelkausalitat) durumları, birden çok birbirinden bağımsız ve tek başlarına da neticenin gerçekleşmesine yol açabilecek şartın, aynı anda söz konusu olması ve neticeye birlikte etki etmesi biçiminde tanımlanabilir.⁶²

Bu konuda literatürde sıkça zikredilen şöyle bir örnek üzerinden alternatif nedensellik durumları hakkında bir kanaat sahibi olmak mümkündür: C kişisi, A ve B tarafından, ayrı ayrı onu öldürmeye yeterli miktarda zehrin yemeğine eklenmesiyle zehirlenmek istenmiştir. Bu iki zehrin aynı anda etkisini göstermesiyle birlikte ölüm neticesi ortaya çıkmıştır. Bu örnek olayda, condicio-formülünün temel biçimini uyguladığımız takdirde isabetli bir sonuca ulaşmamız mümkün gözükmemektedir; çünkü her iki zehir de C kişisini öldürecek dozda olduğu için, bu zehirleme fiillerinden biri yok sayılsa netice gene de gerçekleşecektir. Bu durumda da condicio-formülüne göre her iki zehirleme fiili de ölüm neticesiyle nedensel bir ilişki içinde değildir ve C'nin ölümü nedensiz kalmaktadır.⁶³

Conditio-formülünün temel biçiminin bu gibi olaylarda başarısız olduğu açıktır, fakat tıpkı varsayılan nedensellik durumlarında olduğu gibi burada da nedenselliğin hukuki bir kavram olması dolayısıyla hangi şartların neticeyle nedensel olduğunun tespiti görevinin hukuk düzenine ait olduğunu akıldan çıkarmamak gerekir. Dolayısıyla nedenselliği tespit etmek için ortaya atılmış formülün esiri olmayarak formüle, alternatif nedensellik durumlarında da sonuca ulaştıracak biçimde yeni talimatlar eklemek elzemdir. Dolayısıyla alternatif nedensellik durumlarında hukuken kabul edilemez sonuçlara yol açması sebebiyle condicio-formülü, olaylara uygulandığı zaman bizi doğru sonuçlara ulaştırabilmesi adına değişikliğe uğramıştır: netice ortadan kalkmadan, verili olan şartlar kümülatif değil de alternatif olarak yok

⁶¹ Kühl, § 4, 19

⁶² Block, s. 37; Kindhauser, § 10, 31; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 286

⁶³ Kühl, § 4, 19; Block, s. 37; Kindhauser, § 10, 33

sayılamıyorsa, bu durumda bu şartlardan her biri netice ile nedenseldir.⁶⁴ Yani üst üste binen ve eklenen şartların değil de birbirinin alternatifi ve neticeye tek başına yol açmaya elverişli şartların varlığı halinde, eğer bu şartlardan biri yok sayıldığında netice gene de gerçekleşiyorsa, yani bu şartlardan her biri diğerleriyle birleşmeye gerek duymadan tek başına da neticenin gerçekleşmesine yol açacak bir nedensellik serisi açmaya elverişliyse, bu nitelikteki her bir şart neticeyle nedenseldir.⁶⁵ Aynı sonuca şu düşünceyle de varılabilir, verili koşullarda neticeyle nedensel olduğu söylenebilen her şart, başka bir şartın da neticeyle nedensel olup olmadığına bakılmaksızın bir neden olarak değerlendirilebilir. Yani nedensellik konusunda neticenin hangi nedene bağlı olarak gerçekleştiğine dair mevcut ve muteber olan bir açıklama, başka bir nedensellik açıklamasının da mevcut olması dolayısıyla yanlış veya geçersiz değildir.⁶⁶

Bu şekilde condicio-formülü, yukarıda zikredilen olayda bizi daha isabetli bir sonuca ulaştırıyormuş gibi gözükmeyle birlikte, formülün bu değiştirilmiş hali de gene haklı eleştirilerin muhatabı olmaya devam etmiştir. Doktrinde bazı yazarlar, iki zehrin de etkisini gösterdiği bir halde problemin yukarıdaki gibi çözüldüğünü kabul etmekle birlikte, formülün bu halinin, zehirlerden birinin etkisini henüz göstermemiş olması ihtimaline karşı gene iki fiilin de neticeyle nedensel olduğu tesbitine ve iki failin de tamamlanmış bir öldürme suçundan sorumlu tutulmasına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilebilir olduğunu belirtmişlerdir. Roxin, formülün, iki failin de tamamlanmış suçlardan dolayı sorumlu tutulmasına yol açmasını eleştirmekte, birbirinin alternatifi olan fiillerden biri, suçun teşebbüs aşamasında kalmış halini bile oluştursa o fiilin failini de tamamlanmış bir suçtan dolayı sorumlu tutmayı, formülün temel biçiminin

⁶⁴ Formülün bu şekli *Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (1904) kitabına dek geriye gitmektedir. Wessels/Beulke, § 6, 157; Kühl, § 4, 19; Block, s. 37; Baumann/Weber/Mitsch, § 14,41; Kindhauser, § 10,34 Jescheck/Weigend, § 28, II, 4; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s. 159

⁶⁵ Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi: Türk Ceza Kanununun anlamı: Genel Hükümler (Madde 1-75), Ankara, 2010 s. 322; Hakeri, Genel Hükümler, s. 168; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 286

⁶⁶ Kindhauser, § 10, 35

yol açtığı bir yanlışın yerine başka bir yanlışın geçirilmesi olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada formülün bizi doğru bir sonuca ulaştırması ancak neticenin gerçekleşmesine etki eden birden çok şartın birlikte etkisiyle neticenin gerçekleştiğinin kanıtlanması ile mümkün olabilir. Verdiğimiz örnekte de bunun gerçekten böyle olup olmadığının yani iki zehrin de aynı anda etkiyerek neticenin meydana gelmesine birlikte sebep olup olmadıklarının kesin olarak tespit edilemediği bir durumda, *condicio*-formülünün alternatif nedensellik durumlarına uyarlanmış bu haline göre iki zehirleme hareketinin de neticeyle nedensel olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.⁶⁷ Roxin, bu noktada da doğru bir çözüme ulaşmanın yolunun, *condicio*-formülüne çeşitli eklemeler yaparak onu daha kullanışlı hale getirmek olmadığını, bunun yerine bu türden alternatif nedensellik durumlarında kanuna uygun şart formülüne müracaat ederek hangi zehrin ne zaman etkisini gösterdiğine dair kesin bir sonuca ulaşmak olduğunu belirtmektedir.⁶⁸ Doktrinde başka bazı yazarlar da hangi zehrin önce etkidiğinin ve neticeye yol açtığına tespit edilebildiği hallerde sonuca varmanın açıkça daha kolay olduğunu tasdik etmekle birlikte, bunun tespit edilemediği hallerde kanuna uygun şart formülüne başvurmak yerine *condicio*-formülünün kullanım sınırları içinde kalınarak da bir sonuca varılabileceğini belirtmişlerdir. Bu yazarlar, bu türden bir belirsizlik durumunda iki faili birden tamamlanmış öldürme suçundan dolayı cezalandırmak yerine, *in dubio pro reo* ilkesi gereği iki faili de bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırmak gerektiğini belirtmektedirler.⁶⁹ Kudlich de bu yazarlar arasındadır ve onun, Roxin'in *condicio*-formülüne bu noktada yönelttiği eleştiriye ve formülü alternatif nedensellik hallerinde kullanışlı hale getirmek için yapılan değişikliği bir yanlışın yerine başka bir yanlışın geçirilmesi olarak değerlendirmesine de dolaylı bir şekilde cevap vererek, bu örnek olayda neticenin gerçekleşmesine rağmen her iki faili teşebbüsten dolayı cezalandırmanın, formülün alternatif nedensellik durumlarına uyarlanmış halinin bizi yanlış sonuçlara sevk etmesi dolayısıyla olmadığını, ortaya çıkan

⁶⁷ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 26; Gropp, § 5, 25a

⁶⁸ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 25

⁶⁹ Baumann/Weber/Mitsch, § 14, 41-42; Kindhauser, § 10,36; Öztürk/Erdem, s. 319, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 125

problemin “insanın bilgiye ulaşma imkanının sınırlılığının yol açtığı muhakemeye ilgili bir problem” olduğunu belirtmektedir. Yani faillerin mağdura verdikleri zehirlerin ne zaman, ne şekilde etkisini gösterdiğinin belirlenememesi durumu, modifiye edilmiş *condicio*-formülüne mündemiç bir kısıtlılık değil, Kudlich’e göre insanın bilgiye ulaşma imkanına dair bir kısıtlılıktır. Bu kısıtlılık da *in dubio pro reo* ilkesi gereğince faillerin lehine bir sonuç vermelidir.⁷⁰ Aynı şekilde başka bazı yazarlar da bu meselenin bir nedensellik problemi değil bir ispat problemi olduğunu belirtmişlerdir.⁷¹ Yoksa bir alternatif nedensellik durumuna kanuna uygun şart formülü uygulanırsa bile gene “insanın bilgiye ulaşma imkanının sınırlılığıyla” karşılaşmak ve hangi zehrin tam ne zaman ölüm neticesine sebebiyet verdiğini tespit edememek mümkündür.

Kühl de, yukarıda zikredilen olayda gerçekten alternatif nedensellik durumları için formüle eklenen bu kullanım kuralına ihtiyaç olup olmadığını sorgulamaktadır. Olayda, A ve B’in O’ya verdikleri zehrin, teker teker O’yu öldürmeye yeterli olduğunu ve neredeyse aynı sürelerde etkisini gösterdiğini kabul edersek, A’nın ve B’nin O’ya verdikleri zehirlerin tamamının değil fakat sadece ayrı ayrı belli bir kısmının birleşerek O’nun ölümüne sebep olacak dozu meydana getirdiğinden bahisle, bu iki fiilin birlikte ölüm neticesine yol açtığı sonucuna ulaşmamız gerekir. Dolayısıyla zehirlerin kalan kısmı, artık ölüm neticesinin gerçekleşmesinde herhangi bir katkısı bulunmayan rezerv sebepler olarak karşımıza çıkmaktadırlar ve varsayılan nedensellik ile ilgili yukarıdaki kısımda yaptığımız açıklamayla birlikte, varsayılan rezerv sebeplerin dikkate alınmaması kuralından yola çıkarak zehirlerin kalan miktarlarının hesaba katılmaması gerektiği söylenebilir. Böylece bir nedensellik araştırması yaparken *condicio*-formülünün temel biçimini kullanarak da söz konusu olayda doğru bir sonuca ulaşmak mümkün hale gelir; çünkü A’nın zehirlenme fiilini yok saydığımız takdirde, B’nin verdiği zehrin yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda hesaba katılması gereken kısmı, O’nun ölümü için tek başına yeterli değildir, aynı açıklama, B’nin zehirlenme fiili için de geçerlidir. Dolayısıyla A’nın veya B’nin zehirlenme fiillerini yok saydığımızda, ölüm neticesi de gerçekleşmeyeceği için A’nın

⁷⁰ Kudlich, *Strafrecht AT*, s. 38

⁷¹ Ünver, *İzin Verilen Risk*, s. 243

ve B'nin fiilleriyle O'nun ölümü arasında nedensel bir ilişki olduğu rahatlıkla söylenebilir. Kühl, olayı bu şekilde ele alarak olayın içinde alternatif nedensellik biçiminde görünen ilişkinin aslında kümülatif nedensellik olduğuna işaret etmiş ve bu olayda, formüle eklenen kullanım kuralına başvurmayaya gerek olmadan, nedensellik araştırmasının formülün temel biçimiyle problemsizce yapılabileceğini ortaya koymuştur.⁷²

Gene de bu özel olayda formülün bir modifikasyona ihtiyaç duyup duymadığı tartışmasından bağımsız olarak, formülü, bizi isabetli bir sonuca ulaştırması için yukarıdaki kullanım kuralıyla birlikte düşünmemizi gerektirecek olaylar da bulunmaktadır.⁷³

Formülün bu noktadaki başarısızlığını, formülün hareket ile netice arasındaki bağlantıyı mantıksal olarak yanlış tanımladığına dair bir işaret, bir belirti olarak anlayan yazarlar da bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, alternatif nedensellik durumlarında formülün yarattığı sıkıntılardan yola çıkarak *condicio*-formülüne daha radikal bir eleştiri yöneltmişler ve ortaya çıkan problemleri ve formülün alternatif nedensellik durumlarında işlemez hale gelmesini, formülün *şartı* ve nedenselliği tanımlayıp, ortaya koyuşuna mündemiç daha esaslı bir sıkıntıyla, bir mantiki yanlışla ilişkilendirmişlerdir.⁷⁴ Bu isimlerin formüle yönelttiği temel eleştiri, en başta formülün, bir neticenin gerçekleşmesine yol açan bütün şartlar arasından bir tanesini, kişinin hareketi olarak izole edip, onunla netice arasındaki bağlantıyı belirlerken *şartı*, neticenin gerçekleşmesi için “gerekli olan şart” biçiminde tanımlıyor olmasıdır.⁷⁵ Alternatif nedensellik durumların formülün yarattığı belirsizlik de temelde bu “yanlış-tanımdan” çıkmaktadır. Yukarıdaki örnek-olayda *condicio*-formülünün temel biçimine göre faillerin fiilleriyle netice arasındaki bağlantının

⁷² Kühl, § 4, 20; Block, s. 38

⁷³ Block, s. 38

⁷⁴ Ingeborg Puppe, Vorbem, §§13 ff, 91 in: **Kindhauser**, Urs / **Neumann**, Ulfrid / **Paeffgen**, Hans-Ulrich, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Baden-Baden, 2013; Ingeborg Puppe, Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung- Teil I, ZjS, 5/2008, s. 490

⁷⁵ Frister, § 9, 7; Puppe, NK, Vorbem. §§13ff, 91

reddedilmesi gerekliliği de bu yanlış tanım dolayısıyla fakat faillerden her birinin, bir başkası da aynı zamanda bardağa zehir koyduğu için, yani bir tesadüften faydalanarak tamamlanmış bir öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmamalarının adalet duygusuna aykırı olması sebebiyle her bir fiil ile netice arasındaki nedensel ilişki gene de doğrulanmak istenmiş ve *condicio-formülünün* bu durumlarda istenen sonuca ulaştırabilecek biçimde yenilenmesi söz konusu olmuştur. Fakat Frister, A ve B'nin birbirinden habersiz bir şekilde bir bardağa zehir koydukları ve bu şekilde C'nin ölümü için gerekli bir şartı yürürlüğe koymak *istedikleri* bir olaydan çıkan tek sonucun şu olduğunu belirtmektedir: onların C'yi öldürme kastına sahip oldukları. Fakat söz konusu kastın, tipikliğin maddi unsurları bakımından herhangi bir anlamı bulunmamaktadır; çünkü nedenselliğin bu olaydaki objektif varlığı, A ve B'nin bir başkasının fiili hakkındaki bilgiye sahip olup olmadıklarına bağlı olamaz. Dolayısıyla bu kasttan yola çıkarak, sadece adalet duygusunu tatmin etmek adına iki failin fiilleriyle netice arasındaki nedensellik bağının varlığını doğrulamak, eğer “gerekli şart” öncülünden yola çıkılacaksa, bu öncülün mantiki sonuçlarına dek götürülürse mümkün değildir. Frister, alternatif nedensellik durumlarında eğer olaya iştirak hükümlerini uygulamak mümkün değilse neticeye iki şartın birlikte etki etmesinin hukuken bir önemi olmadığı için, *condicio-formülüne* göre doğrudan doğruya nedensellik bağının reddedilmesi gerektiğini söylemektedir.⁷⁶ *Puppe* de benzer bir şekilde eğer hukuken dikkate alınması gereken şartın niteliği, neticenin gerçekleşmesi için *gerekli olan şart* olarak tanımlanacak olursa, neticenin gerçekleşmesi için yürürlüğe koyulan pek çok şartlar arasından biri olan failin fiili ile netice arasındaki bağı, bu fiil netice için gerekli bir şart olmadığı için reddetmek gerekir demektir. Örneğin yasadışı bir amaçla kurulan on iki üyeli bir infaz timi, hepsi de mağdura isabet eden ve onda ölümcül yara açan atışlar yaptıklarında, bu gruptan birinin fiiliyle mağdurun ölümü arasındaki nedensellik, bu fiil nedenselliğin gerçekleşmesi için gerekli bir şart olmadığı için reddedilmelidir. Yani *condicio-formülünün*, alternatif nedensellik durumlarında yarattığı problemin kaynağı *Puppe*'ye göre de Frister'e göre de, modifikasyonla düzeltilebilecek bir eksiklikten çok formülün nedensel ilişkiyi ortaya koyarken yaptığı bir yanlış tanımdır, bu tanıma

⁷⁶ Frister, § 9, 11-13

içkin bir mantıki hatadır, daha doğrusu formülün alternatif nedensellik durumlarında ve bir rezerv sebebin bulunduğu hallerde modifiye edilmek zorunda kalması daha en baştan nedensel ilişkiyi yanlış tanımladığını göstermektedir. Bu husus, alternatif nedensellik durumlarından yola çıkılarak formülün temel biçimine yöneltilecek bir eleştiridir.⁷⁷ Bu eleştiriye göre *condicio*-formülünden eğer bir şart tanımı çıkarmak istersek, şartı, neticenin gerçekleşmesi için “zaruri olan şart” biçiminde tanımlamamız gerekir. Eğer yok sayıldığında netice gerçekleşmiyorsa, o hareket netice ile nedenseldir ve sonuçta o hareket, neticenin gerçekleşmesi için zaruridir. Fakat şart, neticenin gerçekleşmesi için zaruri olan şart biçiminde anlaşılırsa, bu durumda neticenin gerçekleşmesinin birden çok birbirinden farklı ve aktüel hareketle birlikte açıklanabileceği durumlarda, yukarıda verilen infaz-örneğinde olduğu gibi her bir hareketin netice için zaruri olmaması dolayısıyla bu hareketlerle netice arasındaki nedenselliğin reddedilmesi gerekmektedir. Burada *Puppe*, sebebi, kesinkes zaruri olan şart biçiminde değil, neticeyi gerçekleştirmeye yeterli olan şartın zaruri bir unsuru biçiminde tanımlamayı önermektedir.⁷⁸

Ayrıca bu varılan sonucun saçmalığını ortadan kaldırmak adına değiştirilen formülün yeni hali de sadece Roxin’in bahsettiği rezerv sebeplerin gerçek sebepler gibi ortaya konulması tehlikesine yol açmakla kalmamaktadır. Ayrıca ikiden fazla birbiriyle yarışan sebebin aynı anda mevcut olması halinde de *condicio*-formülün değiştirilmiş hali başarısız olmaktadır. Bunun sebebi şu şekilde açıklanabilir: ikiden fazla sebebin aynı anda aktüel olarak mevcut olması ve birbiriyle yarışması halinde, değiştirilmiş olan *condicio*-formülünün ilk adımı olan kümülatif olarak bütün sebepleri yok sayma aşamasında, bütün sebepler, gerçekten bir sebep olup olmadığına bakılmaksızın ve bundan bağımsız olarak bir bütünün içine alınmaktadır. Bu bütünün, formülün modifiye edilmiş biçimine göre alternatif olarak yok sayılması halinde ise, bütün içine yerleştirilen sebeplerin biri yok sayıldığında geriye kalanlar arasında bir gerçek sebep mevcut olduğu müddetçe, bu geri kalan bütün içine dahil edilip de aslında

⁷⁷ Puppe, NK, Vorbem. §§ 13ff, 91

⁷⁸ Puppe, ZJS, s. 490; Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar bu iki “neden” tanımı arasında çok fark olmadığını belirtse de Puppe, birinin nedenselliği mantıki olarak doğru, diğerinin ise mantıki olarak yanlış tanımladığını belirtmektedir. Puppe, ZSJ, s.491

neticenin gerçekleşmesine etkide bulunmayan sebeplerin var olup olmadığını anlamak mümkün değildir. Bunun anlamı, formülün modifiye edilmiş halinin işe yarayabilmesi ve bizi, doğru bir sonuca götürebilmesinin tek koşulu, birbiriyle yarışan iki sebebin göz önünde olmasıdır. Eğer iki sebepten fazlası mevcutsa bu durumda, hangi sebeplerin gerçekten etkili olduğu belirsizleşmektedir.⁷⁹

1.3.1.2.4. Kümülatif Nedensellik

Bu noktada kümülatif nedensellik durumları ile alternatif nedensellik durumları da birbirine karıştırılmamalıdır. Birden çok şartın birlikte etkisiyle neticenin meydana geldiği durumlar, kümülatif nedensellik durumlarıdır. Yani yukarıdaki örneği uyarlırsak, tek başlarına C'yi öldürmeye yetmeyecek miktarda iki zehir A ve B tarafından C'nin yemeğine eklendiğinde C, bu iki zehrin birleşip onu öldürecek miktara ulaşması nedeniyle ölürse ortaya çıkan durum bir kümülatif nedensellik durumudur.⁸⁰ Bu durumda condicio-formülünün temel biçimi, isabetli bir sonuca ulaşabilmemiz için yeterlidir; çünkü A ve B'nin fiillerini ayrı ayrı yok saydığımız zaman, diğerinin yemeğe eklediği zehir miktarı O'nun ölümüne neden olacak miktarda olmadığı için ölüm neticesi gerçekleşmeyecektir. Dolayısıyla A'nın veya B'nin fiilleriyle ölüm neticesi arasındaki nedensellik ilişkisi de condicio-formülüne göre ortaya konulmuş olacaktır. Fakat bu noktada, A ve B'nin ikisinin de O'nun ölümünden dolayı sorumlu tutulmasının ne kadar isabetli olduğu noktasında soru işareti bulunmaktadır; çünkü iki failin de iştirak halinde hareket etmediği durumlarda, failerin fiilleri ile netice arasında nedensellik bağı bulunmakla birlikte hiçbirinin verdiği zehir mağduru tek başına öldürmeye elverişli değildir. Kümülatif nedensellik durumlarının söz konusu olduğu olaylarda, failerin “in dubio pro reo” ilkesi gereğince kasten öldürmenin tamamlanmış halinden değil de bu suça teşebbüsten sorumlu tutulmaları gerektiği doktrinde dillendirilmiştir.⁸¹ Başka bir

⁷⁹ Puppe, NK Vorbem §§ 13 ff; Block, s. 39

⁸⁰ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s. 158

⁸¹ Kühl, § 4, 21; Kindhauser, § 10, 29; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 287; Öztürk/Erdem, s.320

görüş de mağdura, onu öldürmeye yetmeyecek bir zehir vermelerinin, faillerin öldürme kastı olmadığına dair bir işaret olarak yorumlanarak, bu olayda kastın reddedilebileceğini ya da neticenin faile objektif olarak isnad edilemeyeceğini söylemektedir.⁸²

1.3.1.3 KANUNA UYGUN ŞART FORMÜLÜ

Kanuna uygun şart formülü, bugün ceza hukuku literatürünün önemli bir kısmında, içinde nedenselliğe ilişkin problemler barındıran olaylarda isabetli çözümlere ulaşmak adına kullanılabilir bir formül olarak kendine yer bulmuş durumdadır. Formülün ortaya çıkışı, Engisch'e kadar geri götürülebilir. Bu formül, tıpkı condicio-formülü gibi, şart teorisinin (Äquivalenztheorie) kapsamı içinde değerlendirilmelidir; çünkü kanuna uygun şart formülü de tıpkı condicio-formülü gibi neticeye sebebiyet veren bütün şartların eşit değerde olduğunu kabul etmekte ve bir şart ile bir netice arasında nedensellik bağının varolduğu tespitini yaparken, bu şartın, neticenin gerçekleşmesine katılan diğer pek çok şart arasından bir tanesi olmasını dikkate almayarak sadece bu şartın, her ne şekilde olursa olsun neticenin gerçekleşmesine katkı katılmadığını göz önünde bulundurmaktadır. Yani bir neticenin, tek bir nedeni olmadığını, pek çok nedenin bir neticenin gerçekleşmesine birlikte etkiyebileceğini ve neticenin, birden çok nedeni olabileceğini, neticeye birlikte etkiyen bu birden fazla nedenin de neticenin gerçekleşmesinde eşit değere sahip olduğunu condicio-formülü gibi kanuna uygun şart formülü de kabul etmektedir.⁸³ Bu iki özelliğin de Şart Teorisi'nin karakteristik özellikleri olmaları sebebiyle, kanuna uygun şart formülünü, tıpkı condicio-formülü gibi Şart Teorisi kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

⁸² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 126

⁸³ Kanuna uygun şart formülünün şart teorisi kapsamında değil de ayrı bir teori olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Wessels/Beulke bu teorinin şart teorisiyle bir takım benzerlikleri olmasına rağmen, condicio-formülünün varsayımsal değerlendirmelerinin bizi ulaştırabileceği yanlışlıkları izale etmeye çalışan ve bu varsayımsal değerlendirme yerine kanuna uygun bağlantı sorusunu geçiren yeni bir teori olarak değerlendirmektedir. Wessels/Beulke, § 6, 168a

Condicio-formülünün, neticeyle nedensel bağlantısı ortaya konulmaya çalışılan hareket yok sayıldığı takdirde, netice gene de olayların gelişimi dolayısıyla ortaya çıkar mı sorusu, bu formül ile yerini bir hareketin, şart olma niteliğini neticeyle nedensellik kanuları zemininde kurduğu ilişkiye bağlayan bir çözüme bırakmıştır. Dolayısıyla condicio-formülünün sorduğu soru ve şart koştuğu varsayımsal değerlendirme gereksizleşmiş, ön plana hareket ve netice arasında kurulan kanuna uygun bağlantı almıştır.⁸⁴ Formül en kısa ve açık bir biçimde şu şekilde tanımlanabilir: Bir hareket, neticeyle bu hareketin yarattığı değişiklikler silsilesi vasıtasıyla yasaya uygun biçimde bağlantılı ise, bu hareket bu neticenin nedenidir. Formülün, bir diğer biçimde ifadesi ise şu şekildedir: bir hareket, onu zamansal olarak takip eden dış dünyada gözlenebilir değişiklikler silsilesiyle, bizim için açık olan tabiat kanunlarına uygun bir biçimde neticeye bağlanmış ise, bu hareket netice ile nedensel ilişki içindedir.⁸⁵ Formülün yukarıdaki ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, kanuna uygun şart formülü ile, condicio-formülünün esasını teşkil eden varsayımsal değerlendirme terkedilmiştir. Bunun yerine doğrudan, somut bir olayın veya davranışın dış dünyada yarattığı değişikliklerin birbirini takip eden nedensellik kanunlarına uygun ilişkilerinin, ortaya çıkan somut netice üzerinde bir etki yaratacak biçimde gelişip gelişmediği sorulmaktadır. Yani somut fiil ile somut netice arasındaki ilişki ön plana çıkmış, nedensellik sorusu somut fiilin, somut netice üzerindeki etkisine göre cevaplanır hale gelmiştir.⁸⁶

Condicio-formülünün kullanımı sırasında bazı özel durumlarda karşılaşılan güçlüğüün asıl sebebinin, condicio-formülünün temelini oluşturan varsayımsal değerlendirme olduğunu söyleyebiliriz. Condicio-formülü, somut fiil ve somut netice arasındaki kanuna uygun bağlantıyı araştırmak yerine, varsayımsal bir değerlendirmeyle sonuca ulaşmaya çalışan bir formül olarak gözükmektedir. Fiilin yok sayılması ve fiil yok sayıldığı takdirde neticenin ortadan kalkıp kalkmayacağına dair bir varsayımsal değerlendirme, condicio-formülünü oluşturmaktadır. Alternatif

⁸⁴ Jescheck/Weigend, § 28, II, 4; Lackner, Lackner-Kühl, Vor. 10

⁸⁵ Jescheck/Weigend, § 28,II,4; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 15; Kühl, § 4, 22; Özbek, s. 318; Kindhauser, § 10,12

⁸⁶ Kühl, § 4, 22

nedensellik durumlarında da varsayılan nedensellik durumlarında da condicio-formülünün kullanılmasının yarattığı problemler, temelinde somut fiilin somut netice üzerinde etkiyip etkimeydiği sorusu yerine bu varsayımsal değerlendirmenin yapılması sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla örneğin varsayılan nedensellik durumlarında somut fiilin, somut neticenin gerçekleşmesine yol açtığı durumlarda nedensellik şüpheli bile olmadığı halde condicio-formülüyle bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Kanuna uygun şart formülünün, condicio formülüne göre avantajı da burada yatmaktadır: kanuna uygun şart formülü, hareket ve netice arasındaki nedensellik bağının ancak tabiat kanunlarına uygun bir ilişkinin var olması halinde söz konusu olabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Tabiat kanunlarına uygun bir ilişkinin tespiti de kuşkusuz hukukçuların varsayımlarına, belli formüllere göre yaptıkları varsayımsal değerlendirmelere göre değil, bu görevi yüklenen konunun uzmanlarına bırakılmalıdır. Gündelik hayat tecrübelerimiz bize çoğu zaman, bir olay ve netice arasındaki nedensellik ilişkisi konusunda bir kanaat sağlar, bu nedenle kanuna uygun şart formülünün kullanılması, zaten çoktan bilinen bir nedensellik ilişkisinin kesin doğrulaması biçimini alır. Yani bize neredeyse kesin gözükse, fakat kanuna uygunluğu konusunda kesin bir yargıda bulunamadığımız bir nedensellik ilişkisi hakkında, ortaya çıkardığı problemler dolayısıyla pragmatik condicio-formülünün yerine kanuna uygun şart formülü bizim daha açık bir kanaate sahip olmamızı sağlayan bir metodik yardımcı araç hüviyetindedir.⁸⁷

Fakat kanuna uygun şart formülünün, condicio-formülündeki varsayımsal değerlendirmeyi tamamen ortadan kaldırmadığını iddia eden görüşler de bulunmaktadır. Gropp, dış dünyada zamansal olarak birbirini takip eden değişimlerin kanuna uygun bağlantısı denilirken, sadece varsayımsal elemelerin sayısının arttığından bahsetmektedir. Yani condicio-sine qua-non formülünün cevaplamaya yöneldiği tek bir büyük sorunun yerine, kanuna uygun şart formülüyle birbirini zamansal olarak takip eden çeşitli olaylardan her birinin birbiriyle nedensel ilişki içinde olduğunun doğrulanabilmesi için bu ilişkilerin her birine dair daha küçük pek

⁸⁷ Kühl, § 4, 23; Ünver, İzin Verilen Risk, s. 244

çok soruların cevaplanması gerekmektedir. Ve bu nedensellik konusunda bilinmezleri gene de kesin biçimde ortadan kaldırmamaktadır.⁸⁸

Kanuna uygun şart formülünün en önemli avantajı, sonuçta nedensellik ilişkisinin şüpheli olmadığı, özellikle varsayılan ve alternatif nedensellik durumlarında, kişiyi yanlış sonuçlara değil doğru sonuçlara götürmesidir. Kanuna uygun şart formülüyle yapılacak bir nedensellik araştırmasında, hareket ve netice arasındaki ilişkinin gerçekte olduğu gibi değerlendirilmesi mümkündür, neticenin başka ya da tıpkısı bir yolla gene de ortaya çıkıp çıkmayacağı konusunda varsayımlarda bulunmaya gerek yoktur. Bu formülle nedensellik konusunda varılan sonucu belirleyen şey, hareket ve netice arasında kanuna uygun bir bağlantının var olup olmamasıdır.⁸⁹ Yukarıda alternatif nedensellik durumlarında, condicio-formülünün doğru bir sonuca ulaşmak konusunda karşılaştığı güçlüklerden ve bu güçlükleri aşmak için formülün “iyileştirilmesinden” bahsederken Roxin’in yönelttiği eleştiriyi zikretmiştik: Roxin, “alternatif nedensellik durumlarında şartlar, netice ortadan kalkmadan alternatif değil de kümülatif olarak yok sayılamıyorsa bu şartlardan her biri netice ile nedenseldir” biçimindeki formülü, teşebbüs aşamasında kalsa bile hareketleri tamamlanmış bir suç gibi değerlendirdiği için eleştiriyordu. Bu sıkıntıyı aşma noktasında Roxin, çözümün bu tür olaylarda kanuna uygun şart formülüne başvurmak olduğunu belirtmektedir. A ve B’nin, birbirinden bağımsız olarak C’nin yemeğine ölümcül dozda zehir ekleme fiillerinin her biri, eğer kimyasal bir analizle iki zehrin de C’in ölümüne etkidiği kanıtlanırsa, ölüm neticesiyle nedenseldir ve ikisi de tamamlanmış bir adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulur. Öte yandan B’nin zehri etkisini göstermeden A tarafından verilen zehrin ölüme yol açtığı ortaya çıkarılırsa, bu durumda B, teşebbüs aşamasında kalmış A ise tamamlanmış adam öldürme suçundan dolayı sorumludur. Bu zehirlerden birinin öldürme neticesine yol açtığı fakat hangisinin yol açtığı kesin olarak tespit edilemediği durumlarda ise “in dubio pro reo” temel ilkesi doğrultusunda ikisi de teşebbüsten dolayı cezalandırılır.⁹⁰ Dolayısıyla alternatif nedensellik durumlarında isabetli, teşebbüs aşamasında kalsa

⁸⁸ Gropp, § 5, 33

⁸⁹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 15; Block, s. 40

⁹⁰ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 25

bile bir hareketi tamamlanmış bir suç olarak değerlendirme yanışından uzak ve “in dubio pro reo” temel ilkesini ihlal etmeyen bir sonuca varmanın yolu, Roxin’e göre, kanuna uygun şart formülünün uygulanmasıdır.

Bir kişinin, kendisinin yaralanmasına veya ölümüne sebep olacak durumlardan kurtarılması olaylarında condicio-formülünün yarattığı belirsizlik, gene kanuna uygun şart formülü yardımıyla daha sarıh ve basit bir şekilde çözüme kavuşturulabilir; çünkü birisi, neticenin gerçekleşmesinin önüne geçebilecek olan kurtarma hareketlerinin nedensel akışını kestiğinde, davranışları meydana gelecek olan neticeyle kanuna uygun bir bağlantı içindedir. Her somut neticenin gerçekleşmesi, aynı zamanda neticenin gerçekleşmesini engelleyen şartların mevcut olmamasıyla da ilişkilidir. Kurtarma hareketlerinin nedensellik zincirini kesen kişinin fiili, kanuna uygun bağlantılar içinde neticeye dek uzanan değişiklikler zincirine yol açar yani neticenin gerçekleşmesini engelleyen şartların ortadan kalkmasına, dolayısıyla neticenin meydana gelmesine sebep olur. Yani bir neticeye, o neticenin ortaya çıkmasını engelleyen bir şartı, bir engeli kaldırarak sebep olmaktadır. Kanuna uygun şart formülüne göre kurtarma hareketlerinin nedensellik akışını kesen kişinin davranışları, neticenin ortaya çıkmasını engelleyen şartları ortadan kaldırır bir mahiyettedir ve bu davranışlar, neticeyle kanuna uygun bir ilişki içinde bulunan bir dizi değişikliğe sebep olarak neticenin gerçekleşmesine kadar uzanmakta ve böylece bu formüle göre kişinin davranışları ve netice arasındaki nedensellik bağının tespiti mümkün olmaktadır.⁹¹

Kanuna uygun şart formülü, tıpkı condicio-formülü gibi belirli bir davranışın, belirli bir neticeye sebebiyet verip vermediği noktasındaki soruya kendiliğinden bir cevap sağlamaz. Kanuna uygun şart formülünün, hareket ve netice arasındaki bağlantının ortaya çıkarılması bakımından condicio-formülüyle kıyaslandığında belirgin bir üstünlüğü yoktur. Yani bu formül, kanuna uygun bağlantının mevcudiyeti ve niteliği hakkında bize hiçbir şey söylemediği için gerçek nedensellik ilişkisinin ortaya çıkarılmasında yardımcı olabilecek bir formül değildir. Bu formülle varılacak sonuçlar, condicio-formülüyle varılacak olanlarından farklı değildir ve netice

⁹¹ Kühl, § 4, 26; Block, s. 41

itibariyle sadece condicio-formülünün kestirmeden cevap verdiği soruyu ayrıntılandırarak cevap verme yeteneğine sahiptir. Fakat zaten bu bağlantının şüpheli olduğu durumlarda hiçbir formül -condicio formülü de- bu bağlantının niteliğinin aydınlatılmasına katkıda bulunamaz. Kanuna uygun şart formülü de belli bir hareketin, belli bir somut neticeye yol açıp açmayacağı konusundaki soruya cevap vermek noktasında önceki tecrübelerimiz yetersiz kaldıysa başarısız olacaktır. Bu bağlantının niteliğini aydınlayabilecek olan yalnızca fen bilimlerine uygun bir araştırmadır. Kanuna uygun şart formülünün gerçek avantajı, nedensellik kanunlarına başvurma gerekliliği formülün kesin bir parçasını oluşturmakla birlikte, condicio-formülündeki gibi çeşitli varsayımlarla her olayda sonuca götürebilecek esnekliği yitirmemiş olmasındadır yani kanuna uygun şart formülü, nedensellik bağlantısının şüpheli olduğu durumlarda hiçbir formülün bu bağlantının açığa çıkarılmasını sağlayamayacağını ve doğa-bilimsel bir incelemeyle bu nedenselliğin ortaya çıkarılması gerektiğini teslim eder.⁹² Condicio-formülüyse bu kadar esnek değildir, temelini oluşturan varsayımsal değerlendirmeyle kısıtlanmış bir vaziyettedir ve nedensellik bağlantısının belirsiz olduğu durumlarda ortaya çıkarmak istediği şeyi önceden bilmek zorunda olmak gibi paradoksal durumlara yol açabilmektedir. Gene condicio-formülüne göre şartın, ancak neticenin gerçekleşmesi için *gerekli olan şart* biçiminde tanımlanabilir olması da kanuna uygun şart formülünün, condicio formülüne göre avantajlı olduğu bir başka durumu ortaya çıkarmaktadır; çünkü kanuna uygun şart formülünde neticenin gerçekleşmesi için gerekli olan şartlardan değil, neticeye kanuna uygun bir nedensellik serisiyle bağlanmış olan şartlardan bahsedilebilir. Bu da condicio-formülüne göre neticeye bu şekilde bağlanmış olan ama neticenin gerçekleşmesi için gerekli (olmazsa olmaz) olmayan şartların yarattığı problemlerin kanuna uygun şart formülüne göre problem olmaktan çıktıklarını göstermektedir.

Fakat öte yandan kanuna uygun şart formülünün nedensellik kanunlarına referans veren bu niteliği, formülün kendine has özelliğinin ne olduğu sorusunu beraberinde getirmektedir. Eğer kanuna uygun şart formülüne göre bir nedensellik araştırmasının esasını oluşturan soru, “bu belirli hareket, bu tarz bir neticeye yol açabilir mi?” ise

⁹² Roxin, Strafrecht AT, § 11, 15; Wessels/Beulke, § 6, 168a; Krey/Esser, s.320; Freund, s.65

bu sorunun genel olarak nedensellikten ayırt edilebilecek bir kendine haslığı bulunmamaktadır yani ortaya çıkarılmak istenen bir nedensellik ilişkisi olmakla birlikte, formül, bu noktada nedensellik kanunlarından ayrı, fazladan bir katkı sunmamakta, sadece nedensellik kanunlarına referansta bulunmaktadır.⁹³

Kanuna uygun şart formülünün yukarıda bahsettiğimiz özelliklerinden çıkan sonuç şudur: nedensellik ilişkisinin objektif, fen bilimlerine uygun bir kanıtı eksikse, bu eksiklik hakimnin kişisel kanaatiyle yürüttüğü delillerin serbestçe değerlendirilmesi yoluna başvurularak kapatılmamalıdır.⁹⁴ Fakat bu noktada da başka bir problem karşımıza çıkmaktadır. Bilimsel fikirler veya bulgular çoğu zaman kesinleşmiş nihai biçimleri içinde çıkmazlar karşımıza, sürekli çeşitli değişimlerin etkisi altındadırlar. Roxin, bir hareket ve netice arasındaki bağlantının tespiti ihtilafli fikirlere veya pek çok farklı görüş arasından baskın çıkan ve genel kabul gören görüşe göre belirlenmeye kalkılırsa, in dubio pro reo temel ilkesinin altı oyulur demektedir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, hareket ve netice arasındaki bağlantının bilimsel olarak kesin kanıtlanamadığı hallerde baskın görüşe dayanarak bir karara varılmasını değil, bu görüşün herhangi bir karara temel alınmamasını gerektirir. Eğer, tabiat kanunlarına göre bir nedensellik ilişkisinin var olduğu tespitinde bulunulabilmesi için genel kabul görmüş görüş veya subjektif kanaat yeterli kabul edilirse, in dubio pro reo temel ilkesi hukuk devletini şüpheli hale getirecek biçimde zarara uğrar. Bir ilacın, bir yiyeceğin veya başka bir maddenin yararlılığı, zararsızlığı veya zararlılığı konusundaki pek çok bilimsel görüş sık sık değişmektedir, bu nedenle hukuki yargılar bu ihtilafli bilimsel görüşlere dayandırılmamalıdır. Sonuç olarak Roxin, bir nedensellik kanununun ancak, onun hakkında bilimsel olarak ciddiye alınabilecek bir şüphenin mevcut olmaması halinde kullanılabileceğini söylemektedir.⁹⁵

Ayrıca, bir nedensellik bağlantısının tespit edilebilmesi için bir ürünün sağlığa zararlı etkileri olduğunun tespit edilmesinin yeterli olup olmadığı, ayrıca bu ürün içindeki hangi maddenin bu zararlı etkiye yol açtığıнын belirlenmesinin de gerekip

⁹³ Block, s. 41

⁹⁴ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 16; Block, s. 42

⁹⁵ Roxin, Strafrecht AT. § 11, 16

gerekmediği konusu da ihtilaflıdır. Alman Federal Mahkemesi, ünlü Deri Spreyi Kararında (BGHSt 37, 106), bir ürünün içeriğinin zararlı olduğunun hukuki olarak hatasız bir şekilde tespit edilmiş olmasının yeterli olduğunu ve ayrıca bu neden-sonuç ilişkisinin kanıtlanabilmesi için bu araştırmanın, söz konusu ürünün muhtevasının neden, içerdiği hangi madde dolayısıyla sağlığa zararlı olduğunun tespitine kadar vardırılmasının gerekli olmadığını belirtmiştir. Mahkemenin bu kararına da itirazlar vardır ve genel olarak şu noktada toplanmaktadır: eğer neticeye etkiyen faktörler tam olarak ve herhangi bir şüphe bırakmayacak biçimde tanınmıyorsa, yabancı faktörlerin kesin bir şekilde dışarıda bırakılması mümkün olmaz. Roxin, bunun bu kadar kesin ve keskin bir şekilde söylenmemesi gerektiğini belirtmektedir. Roxin'e göre neticenin ortaya çıkmasına etkiyen pek çok faktör arasından tam olarak hangisinin neticeye yol açtığı belirsiz olduğu durumlar sadece cezai ürün sorumluluğu alanında karşımıza çıkmaz. Örneğin bıçaklanarak öldürülen bir maktulü, eğer zanlıdan başka bir kişinin bıçağıyla olaya karışmadığı biliniyorsa, pek çok bıçak darbesinden hangisinin öldürdüğünün tespit edilmesi nedensellik bağlantısının ortaya çıkarılması için gerekli değildir. Aynı şekilde, nasıl ve içindeki hangi maddenin bu zararlı etkiye yol açtığı bilinmemesine rağmen, yapılan deneylerde, bir ilacın zararlı etkisinin her seferinde kanıtlanması yeterlidir. Öte yandan tipik neticeye yol açan faktörlerin tam olarak tespit edilmediği durumlarda, nedensellik bağlantısı hakkında bir kanaate sahip olmanın büyük bir dikkat gerektirdiği konusunda, Yüksek Mahkemenin bu kararını eleştirenler de haklılık payına sahiptir. Zaten Yüksek Mahkeme de, ilke olarak nedensellik bağı konusunda bir kanaate varmanın ancak dikkat çeken diğer bütün zarar verici nedenlerin elenmesi halinde mümkün olabileceğini belirtmiştir. Fakat hareket ve netice arasındaki nedensel ilişkinin ortaya konulmasının, kanuna uygun bağlantının kanıtlanması yoluyla değil de tipe uygun neticenin gerçekleşmesine yol açan başka herhangi bir sebebin göze çarpmaması dolayısıyla temellendirilmesi şüphelidir.⁹⁶

Alman Federal Mahkemesi'nin, Deri-Spreyi Kararını eleştirenler, mahkemenin belirlediği bu ilkeyi de eleştirmektedir. Volk, eğer bir şartın bir neticeyle kanuna uygun bir şekilde irtibatlı olduğu doğrulanamıyorsa, muhtemel alternatiflerin

⁹⁶ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 17; Jescheck/Weigend, § 28, II, 4

yanlışlanması yeterlidir şeklinde ifade edilebilecek bu ilkede bütün diğer mümkün ve düşünülebilir sebeplerin değil sadece dikkat çeken ya da göze çarpanlarının tartışılmasını sert bir şekilde eleştirerek, böyle bir durumda bunun, kanıtlanan nedenselliğin de sadece dikkat çeken veya göze çarpan nedensellik olduğu anlamına geldiğini belirtmektedir.⁹⁷

Alman Federal Mahkemesi, Ahşap Koruyucu Olayında (BGHSt 41, 206) bir adım daha ileriye atmış ve neticeye yol açabilecek harici sebeplerin kesin biçimde elenmesinin gerekli olduğu fikrinden uzaklaşmıştır. Kararında, netice ve hareket arasındaki nedensel ilişkinin yalnızca ya ahşap koruyucunun içindeki maddelerin insan organizmasına etki etme biçiminin bilimsel olarak kanıtlanması yoluyla ya da bu hastalığa sebep olabilecek bütün diğer muhtemel sebeplerin ortaya çıkarılıp elenmesi yoluyla ortaya konulmasının gerekli olmadığını, bu olayda harici sebeplerin elenmesinin onların detaylı, eksiksiz bir incelenmesi olmadan da bilimsel fikirlerin ve eldeki bulguların bir genel değerlendirmesiyle mümkün olabileceğini belirtmiştir. Roxin, bu ifadeleri mantıki olarak tutarsız diye nitelenmektedir ve her ne kadar harici sebepler göz önüne alınmış olsa da onları adlandırmadan ve inceleyip tartışmadan, bu muhtemel sebeplerin nasıl olup da elenebileceğini sormaktadır.⁹⁸ Volk, bu şekilde bir kararla, nedenselliğin kanıtlanabilmesi adına talep edilenlerin kanıtlama tekniğine ilişkin bir azalmasının yani mahkemenin bir nedensellik bağlantısının mevcut olduğuna kanaat getirebilmesi için daha az şeyi doğrulama ihtiyacı hissetmesinin söz konusu olmadığını, çok daha temel, nedenselliğin tanımına ilişkin bir değişimin söz konusu olduğunu ve sonuçta kanuna uygun şart öğretisinin askıya alınarak, muhtemel bağlantı veya istatistiki olarak ihtimal dahilinde olanlar öğretisiyle yer değiştirdiğini belirtmektedir.⁹⁹

Bir kurulun kararının söz konusu olduğu durumlarda da nedenselliğin tespiti bakımından zorluklar ortaya çıkmaktadır. Kurulda karar, tam aranan çoğunluk

⁹⁷ Klaus Volk, Kausalität im Strafrecht - Zur Holzschutzmittel-Entscheidung des BGH vom 2.8. 1995 -NStZ 1995,590, NStZ,1996/3, s.108-109

⁹⁸ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 18

⁹⁹ Volk, NStZ, s. 105

miktarınca oyla kabul edilmişse bu durumda önümüzde bir kümülatif nedensellik durumu olduğu için kullanılan her oyun netice ile nedensel olduğu söylenebilir. Fakat özellikle de, kararın çıkabilmesi için aranan çoğunluktan daha fazla bir çoğunlukla o hukuka aykırı karar kurulda kabul edildiyse, bu kuruldan kararın çıkması için oy kullanan her kişi *condicio sine qua non* formülüne göre kendisini savunabilir: eğer o kişinin oyu, diğerlerinin olumlu oyu yok sayılmadan, yok sayılırsa, karar gene de kurul çoğunluğunun olumlu oyuyla kabul edilir ve dolayısıyla netice ortadan kalkmaz. Örneğin bir şirketin yönetim kurulunu oluşturan 3 kişi, bu yönetim kurulunda karar alınabilmesi için çoğunluk ilkesinin hakim olması durumunda, şirkete ait bir fabrikanın atık suyunun fabrikanın yakınından geçen bir nehre dökülmesine oybirliğiyle karar verirlerse, her biri diğer iki oy göz önünde bulundurulursa kararın kendi oyuna bağlı olmadığı ve dolayısıyla kendisinin TCK md. 181/1'de yer alan “çevrenin kasten kirletilmesi” suçundan sorumlu tutulamayacağı iddiasında bulunabilir. Bu tür bir iddianın inandırıcı olmadığı konusunda bir mutabakat var olmakla birlikte, temellendirmeler çeşitlenmektedir. Alman Federal Mahkemesi, bu noktada bir nedensellik problemi görmemektedir; çünkü o, bu kurul kararına kararın çıkması yönünde oy kullanarak katılan herkesi müşterek fail olarak nitelendirmektedir. Bu şekilde olayda nedensellik problemi dolaşılabilir.¹⁰⁰ Fakat bir kurul kararıyla yasadışı bir neticeye yol açıldığı takdirde ve eğer suç da taksirle işlenebilen bir suçsa bir suçta taksirle iştirak mümkün olamayacağı için bu durumun iştirak hükümlerine göre çözülebilmesi ancak bu suç kasten işlendiğinde söz konusu olabilir.¹⁰¹ Bu mesele, nedensellik üzerinden de çözümlenebilir. *Puppe* bu noktada kanuna uygun şart formülünün yardımcı olabileceğini belirtmektedir. Roxin ise bu problemin ayrıca bir kümülatif nedensellik örneği olarak değerlendirilebileceğini ve meselenin bu şekilde de çözümlenebileceğini belirtmektedir. Kurul kararının mevcut olduğu bir durum, her failin, bardağa bir miktar zehir koyduğu bir olayla karşılaştırılabilir. Bu bir miktar zehir tek başına öldürücü değildir, fakat diğer faillerin verdikleri dozla birleştiklerinde ölümcül bir etki ortaya çıkarmaktadır. Buradan yola çıkarak, her bir

¹⁰⁰ Roxin, Strafrecht AT § 11, 19; Kühl, § 4, 20b

¹⁰¹ Krey/Esser, s.324

oyun tek başına neticeye yol açan neden olmadığı, etkisini diğer oylarla birleşmesinin ardından ortaya çıkardığı söylenebilir.¹⁰² Doktrindeki başka bazı yazarlar ise bu meselenin suça iştirak çerçevesinde çözümlenebileceği gibi aynı zamanda alternatif nedensellik kapsamında da çözümlenebileceğini belirtmektedir. Kararın çıkması için oy kullanan her kişinin oyu, netice ortadan kalkmadan kümülatif değil fakat alternatif biçimde yok sayılabilir. Kullanılan her oy, çoğunluk kararının çıkması için gereken diğer oylarla birlikte, kararın alınması neticesiyle yeterli bir bağlantı içerisindedir. Kararın, bir başka oy oranıyla gene de alınabilecek olması bu açıklamayı yerinden etmez. Her oy, neticenin meydana gelmesine diğer oylarla birlikte alternatif olarak neden olmuştur ve bu durumda, başka bir oy dağılımının da neticeye yol açabileceği savunmasında bulunulamaz.¹⁰³

1.3.1.4. ŞART TEORİSİNİN TEMEL FORMÜLÜNE YAPILAN DİĞER İLAVELER

Bu bölümde, şart teorisinin kullanımını sırasında karşılaşılan problemlere değinip, bu noktadaki diğer yaklaşımlar ele alınacak.

1.3.1.4.1. Somut Biçimi İçinde Netice

Somut biçimi içinde netice ölçütüne varsayılan nedensellik başlığı altında kısaca değinmiştik. Esasen bu ölçüt, yalnız condicio-formülü için değil, kanuna uygun şart formülü için de son derece işlevseldir. Şart teorisi alanındaki bu iki formül için de somut biçimi içinde netice ölçütü, kendisine bir kullanım alanı bulmaktadır. Condicio-formülü için bu, varsayımsal nedenselliğin söz konusu olduğu durumlarda, hazırda bekleyen rezerv sebeplerin elenmesi, dışarda bırakılmasının bir aracı olması biçiminde gerçekleşmektedir. Ölçütün bu fonksiyonu, kanuna uygun şart formülünün kullanımında herhangi bir rol oynamaz; çünkü varsayımsal değerlendirmeler, bu formül tarafından zaten dışarıda bırakılmıştır. Kanuna uygun şart formülünün

¹⁰² Roxin, Strafrecht AT, § 11, 19

¹⁰³ Wessels/ Beulke, § 6, 158a; Krey/Esser, s. 324; Kindhauser, § 10, 41

kullanımı sırasında bu ölçütün yerine getirdiği işlev, nedenselliğin tespiti aşamasında, tipik haksızlık için anlamsız olan veya tipik haksızlıkla ilişkisi olmayan çevresel koşulların dışarıda bırakılması, göz önüne alınmaması biçimindedir.

Bu noktada, varsayılan nedensellik bölümünde işaret ettiğimiz bu ölçütle ilgili temel bir güçlüğü tekrar dönmekte fayda bulunmaktadır: somut biçimi içinde netice belirlenirken nasıl ve ne noktada bir sınır çizmek, bir olayda neticeyi nasıl çerçevelemek gerekir? Bu ölçüt *Jacobs*'un işaret ettiği üzere genelde şu şekilde yanlış tanımlanmaktadır: neticenin somut biçimine etki etmeyen veya etkisi neticenin somut biçimini değiştirmeyen koşullar, neticenin meydana gelmesiyle alakası olmayan yan şartlar olarak kalır. Bu tanım ve bu ölçütün bu tanım zemininde anlaşılması iki noktada bizi bir yanlış anlaşılmaya sürükleyebilir: ilk olarak somut biçimi içinde neticenin, bir şartın etkisi sonucunda değişmesi neticenin somut biçiminde yer alan her ufacık detayı kapsamakta mıdır yani bu tanımdan her detayın, ne kadar küçük olursa olsun tipiklik bakımından önemli olduğunu mu anlamalıyız, ikinci olarak ise somut biçimi içinde netice formülünün bu tanımının bizi yönlendirdiği gibi neticeye yol açan nedensellik serisini dışarıda bırakarak sadece somut biçimi içinde neticede gerçekleşen değişikliklere mi odaklanmalı ve bu formülü, sadece bu tür değişiklikler için mi kullanıma sokmalıyız?¹⁰⁴

Bu soruların işaret ettiği alan, bu ölçütün, nedensellik konusundaki soruların tek başına doğabilimsel bir şekilde cevaplanmasının yetersiz kaldığı bir noktada işlenmesi gereken bir ön sorunu, bir ön değerlendirmeyi devreye soktuğunun kabul edilmesiyle aydınlatılabilir. *Jacobs*, tipik neticeye yol olan şartlar ile bu şartlara eşlik eden fakat neticeye etkide bulunmayan çevresel şartların ayırt edilmesinin, tek başına nedensellik zincirindeki unsurların bilimsel bir incelemesinden çıkarılamayacağını belirtmektedir. Bu ayırt etme işlemi ölçüsünü normun konuluş amacıyla bulur; çünkü hangi fiilin, izin verilen riskin kapsamını aşan bir risk yaratarak dünyayı daha tehlikeli hale getirdiği veya hangi fiilin halihazırda mevcut bir riskin yerine bir başkasını geçirdiği normla birlikte açık hale gelmektedir. Bir

¹⁰⁴ Günther Jacobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch c.1*, Berlin, 1991, § 7, 15; Roxin, *Strafrecht AT*, § 11, 21

kişinin hareketinin etkileri zaten mevcut olan bir riskin kapsamı içinde kalıyorsa, halihazırda mevcut olan bir riskin yerine onun bir varyasyonunu geçirdiği söylenebilir. Bu durumda ve kişinin hareketinin mevcut bir riski arttırmadığı durumlarda kişinin hareketi netice bakımından önemsiz bir şart olarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme de kendiliğinden anlaşılabilceği gibi normatif bir değerlendirmedir; çünkü mevcut bir riskin yerine onun bir varyasyonunu geçirmek ile yeni bir riskin yaratılması arasındaki sınır doğal bir fenomen değil normatif bir olgudur ve doğabilimsel bir nedensellik araştırması, bu noktada herhangi bir yardım sunamaz.¹⁰⁵

Bu noktada *Jacobs*'un verdiği bir örnek şu şekildedir: mağdur, restoranda akşam yemeğine zehirlenmiş bir et yemeğiyle başlamak istemektedir ve birisi, mağduru et yemeğiyle değil de garnitürle başlaması konusunda ikna eder. Bu olayda eğer iki yemekte de aynı miktarda ve aynı zehirden bulunuyorsa ve bu zehirler aynı kişi tarafından yemeğe konulduysa, mağdurun o yemekten değil de bu yemekten başlamaya ikna edilmesi neticeye etki etmeyen yan bir şarttır. Eğer bu iki yemekte farklı şekilde etki eden iki farklı zehir bulunuyorsa nedensellik konusunda bir hükme varmamız yukarıdaki olayda olduğu kadar kolay olmaz, hele ki bu iki yemekteki zehirler, farklı farklı kişiler tarafından yemeklere eklendiyse, mağdurun et yemeğinden değil de garnitürden başlamaya ikna edilmesi bir riskin yerine bir başkasının konulması anlamına gelmektedir. Başka bir örnek olarak, yanan bir binadaki mobilyayı sağdan sola çeviren bir kişinin eylemi ele alınabilir. Bu kişi mobilyayı çevirdiği için mobilya sağdan sola doğru değil de soldan sağa doğru yanmaya başlar. Kişinin bu eyleminin, malın zarar görmesi riskinin bir varyasyonuna yol açtığı açıktır. Ama bu eşya yanan binadan çıkarılıp yağmurun altında sokağa bırakıldığında ve yağmur dolayısıyla zarar gördüğünde gene mevcut bir riskin varyasyonunun mu yoksa mevcut riskin yerine, bir başkasının geçirilmesinin mi söz konusu olduğu tartışmalıdır.¹⁰⁶ Bu örnekler üzerinden ortaya atılan sorular, somut biçimi içinde netice ölçütünün uygulanması noktasında tek başına doğabilimsel bir

¹⁰⁵ *Jacobs*, § 7, 16

¹⁰⁶ *Jacobs*, § 7, 16

nedensellik araştırmasının yeterli olmadığını, problemin aynı zamanda normatif bir problem olduğunu ortaya sermektedir.

Bir başka örnek olarak da şu verilebilir: bir kişi daha sonra bir başkası tarafından kırılacak olan vazoyu boyamıştır, bu boyama fiilinin, 5237 sayılı TCK'nın 151. maddesinde tanımlanan mala zarar verme suçunda işaret edilen tipik neticeyle yani örnek olayda vazonun kırılmasıyla nedensel ilişki içinde olmadığı kendiliğinden anlaşılmaktadır, fakat bu örnek olay da bazı problemlili sınır durumlarına doğru geliştirilebilir. Örneğin, vazo için kullanılan boyanın onun kırılmasını arttırması durumunda ya da tersine vazonun kıymetini önemli ölçüde yükseltmesi durumunda nasıl bir karara varılmalıdır? Roxin, böyle bir durumda söz konusu norm tarafından ortaya konulmuş neticeyi ölçü almak gerektiğini belirtmektedir, dolayısıyla örnek üzerinden gidersek suç tipinde netice olarak bir başkasının malının kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılmaz hale getirilmesi veya kirletilmesi arandığı için eğer kullanılan boya, vazonun kırılmasını arttırmışsa her halükarda suç tipindeki neticenin gerçekleşmesiyle alakalıdır. Gene bu noktadan hareket ederek, mala zarar verme suçunun tanımında sayılan neticeler için, malın değerinin ciddi ölçüde artmış olmasının herhangi bir önem arzemediği söylenebilir. Bu nedenle vazonun boyanmasıyla birlikte kıymetinin artması vazonun kırılması ile nedensel bir ilişki içinde olmayıp sadece yan bir şarttır.¹⁰⁷ Bu örnekle birlikte, netice ve hareket arasındaki nedensellik bağının tespit edilebilmesi için sarıh bir şekilde cevaplandırılması gereken doğabilimsel soruların yanında ayrıca, somut biçimi içinde netice ölçütünü kullanırken norma göre bir değerlendirmenin de yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Yani netice ve hareket arasındaki ilişki sadece doğa bilimsel bir nedensellik değerlendirilmesiyle ortaya konamaz, daha önce bu doğa bilimsel nedensellik değerlendirmesinin istikametini aydınlatacak ve onu hukuki olarak anlamlı bir sonuca götürecek normatif bir ön değerlendirilmenin yapılması gerekir.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 21

¹⁰⁸ Block, s. 44-45

Somut biçimi içinde netice ölçütünün, neticenin gerçekleşmesiyle alakası olmayan çevresel koşullar veya etkilerin ayıklanması ve böylece tipiklik açısından önemli davranışların tespit edilmesi bakımından gördüğü işlev, condicio-formülü için de söz konusu olmaktadır.

Belirli bir netice, nedensellik değerlendirmesi için çıkış noktası olarak belirlendiğinde, kişi, bu belirli bir neticenin hangi noktada, hangi özellikleriyle ve hangi kapsamla sınırlanması gerektiği konusunda bir karar almak durumundadır yani “somut netice”nin bir ölçüt olabilmesi için ilk önce çıkış noktası yapılan neticenin kapsamının, içerde ve dışarıda bıraktıklarının tam olarak belirlenebilmesi gerekir. Örneğin yukarıda verilen örnek üzerinden gitmek gerekirse, mobilyanın, hangi katta yandığı veya hangi tarafından tutuştuğu konusunda bir ayırım yapılmalı mıdır? Yoksa bunlar neticeyle alakasız, neticenin gerçekleşmesine etki etmeyen çevresel koşullar mıdır? Kişi bunu, condicio-formülünü temel halini kullanarak mobilyanın tutuştuğu taraf için doğrulayabilir; çünkü eğer mobilyanın çevrilmesi fiili yok sayılırsa netice düşmemekte ve gene de meydana gelmektedir. Gene de mobilyanın hangi taraftan tutuştuğu, somut biçimi içinde netice ölçütü için önemli olarak kabul edilir ve somut netice kavramı içinde değerlendirilirse, bu durumda mobilyanın çevrilmesi hareketi yok sayılamaz yani eğer bu olayda, somut neticenin ne olduğu tespit edilirken, mobilyanın hangi taraftan yandığı dışarıda bırakılmaz ve somut neticenin bir parçası sayılırsa bu durumda bu döndürme hareketi yok sayılamaz. Condicio-formülüne göre bu durum şu şekilde ifade edilebilir: eğer bu hareket olmasaydı, mobilya diğer tarafından değil de bu tarafından tutuşmayacaktı, dolayısıyla netice bu şekilde meydana gelmeyecekti.¹⁰⁹

Bu örnekten de anlaşılacağı gibi, condicio-formülünün kullanımında da neticenin gerçekleşmesiyle alakalı görünen ve dolayısıyla somut neticenin ne olduğunun tespitinde esas alınan unsurların sınırlandırılması, belli bir hareketin nedensellik araştırması sırasında dışarıda bırakılmasını etkilemektedir. Yani hangi hareket, netice ile nedensel ilişki içindedir sorusunun cevaplandırılmasını, o olayda somut neticenin ne olduğu konusunda yapılan tanım etkilemektedir. Somut netice tanımı içine aldığı

¹⁰⁹ Block, s. 45

ve dışarıda bıraktığı unsurları ile hangi hareketlerin kendisinin nedeni olduğunu belirlemektedir. Dolayısıyla burada da bir nedensellik araştırmasından önce norma atıf yapılarak cevaplandırılması gereken bir soru karşımıza çıkmaktadır. Somut neticenin ne olduğu ilk önce normatif bir sorudur.¹¹⁰

Yukarıda da açıklandığı gibi condicio-formülünün kullanımında somut netice ölçütünün varsayılan nedensellik konusunda da işlediğimiz, varsayılan rezerv sebeplerin dışarıda bırakılması işlevi yanında, nedensellik araştırmasında dikkate alınması ve alınmaması gereken şartların tespiti bakımından da bir fonksiyonu bulunmaktadır.

1.3.1.4.2. Atipik Nedensellik Serileri

Şart teorisi zemininde geliştirilen iki formül için de, bütünüyle alışık olunmayan nedensel bağlantılar, nedensellik serisini oluşturan olayların ve hareketlerin kural dışı, atipik gelişimi nedensellik konusundaki bir araştırma sırasında dikkate alınmaz. Yani bir nedensellik serisinin, olayların tamamen atipik bir şekilde birbirine bağlanmasıyla ortaya çıkması, bu serideki bir olayın belirli bir neticeyle arasındaki nedensellik bağımlı etkilemez. Şart teorisi, neticenin gerçekleşmesine katılan bütün şartları eşit kabul ederek, ne kadar öngörülemeyen, atipik, beklenmedik bir nedensel gelişim olursa olsun hareket ve netice arasındaki nedensellik ilişkisinin reddedilemeyeceği sonucunu da kendiliğinden ortaya koymuştur. Bu noktada doktrinde pek çok örnek verilmektedir; örneğin mağdurun, fail tarafından yaralandığı ve hastaneye kaldırılırken ambulansın kaza yapması, bir doktor hatası veya hastanede çıkan bir yangın sonucu hayatını kaybettiği bir olayda mağdurun ölümü ve failin fiili nedensel bir ilişki içerisinde. Aynı şekilde A kişisi, uçağın düşeceğini umarak B kişisini uçak yolculuğu yapmaya ikna ettiğinde ve uçağın da gerçekten düşmesi sonucunda B kişisi öldüğünde, A kişisinin hareketi ile B kişisinin ölümü arasında nedensel bir ilişki bulunmaktadır. Doktrinde verilen buna benzer diğer bir örnek de A kişisinin, B kişisini fırtınalı bir havada ona yıldırım çarpacağı umarak bir gezinti yapmaya ikna etmesi ve B kişisinin bu gezinti sırasında gerçekten de yıldırıma

¹¹⁰ Block, s.45

çarpılarak hayatını kaybetmesi olayıdır. Bütün bu olaylarda şart teorisine göre nedenselliği reddetmek mümkün değildir;¹¹¹ Soru burada nedensellik bağının tespiti noktasında değil, bu tespitin yapılmasının ardından kişileri bu hareketleri dolayısıyla sorumlu tutmanın gerekip gerekmediği noktasındadır.

Bir başka benzer durum da mağdurun kendine has bir durumu veya organizmasının diğer insanlardan farklı bir özelliği dolayısıyla neticenin meydana geldiği durumlarda nedenselliğin bundan etkilenip etkilenmeyeceği konusudur. Reichsgericht, bir kararında mağdurun öngörülemeyecek biçimde hemofili hastası olması dolayısıyla failin küçük bir yaralama fiilinden etkilenerek ölmesi olayında nedensellik bağlantısının varlığını doğrulamıştır. (RGSt, 54, 349) ¹¹²

Condicio-formülü zemininde, hareket yok sayıldığı takdirde netice de gerçekleşmiyorsa formülü kullanılarak yukarıdaki sonuçlara ulaşılır. Örneğin ambulans kazası olayında A, B'yi yaralamamış olsaydı kazanın gerçekleşmeyeceği ve B'nin de ölmeyeceği söylenerek olayların atipik gelişmesine rağmen nedensellik condicio-formülüne göre doğrulanmış olur. Aynı şekilde kanuna uygun şart formülüne göre de atipiklik, neticeyle hareket arasındaki nedensellik bağının kurulmasında herhangi bir etkiye sahip değildir ve göz önüne alınması gerekmez. Sonradan eklenen beklenmedik şartlar, hareket ve netice arasındaki bağı reddetmeyi gerektirmez. Kanuna uygun şart formülüne göre nedensellik serisinin atipik gelişimi önceki bir hareket ile sonra meydana gelen netice arasındaki kanuna uygun bağlantıyı değiştirmez, sonraki -hastane yangını veya ambulans kazası gibi- beklenmedik şartlar, önceki şartın nedenselliğini tasfiye etmez.¹¹³

Sonuç olarak bu tür olaylarda çoğunlukla eksik olan isnad edilebilirlik ve dolayısıyla cezalandırılabilirliktir -ki bu noktada ilerde daha ayrıntılı işleyeceğimiz objektif isnadiyet teorisi ile bu mesele çözüme kavuşturulur-, fakat bütün bu olaylarda,

¹¹¹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 27; Kühl, § 4, 29; Block, s.46; Wessels/ Beulke, § 6, 163; Kindhauser, 10, 22; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s. 156

¹¹² Roxin, Strafrecht AT, § 11, 27; Block, s. 46- 47

¹¹³ Block, s. 47; Kühl, § 4; 30

nedensellik serisi çok beklenmedik bir şekilde gelişiyor bile olsa nedenselliğe ilişkin bir problem bulunmamaktadır.¹¹⁴

Öte yandan Yargıtay verdiği kararlarda çoğunlukla, atipik nedensellik serilerinde nedenselliği reddetme yolunu seçmektedir. Eğer sonuç, hareket bakımında tamamen tesadüfi bir niteliğe sahipse mahkeme, nedensellik bağını reddetmeyi tercih etmektedir. Örneğin, mağduru, elindeki taşı atacakmış gibi yaparak korkutan kişinin eylemiyle, mağdurun kaçmaya çalışırken takılıp düşerek başına gelen yaralanma arasında, Yargıtay'a göre nedensellik bağı yoktur; çünkü olayların akışı tamamen tesadüfi bir seyir izlemiştir.¹¹⁵ Veya kavga sırasında faille birlikte yere düşen mağdurun üzerinden kamyon geçip de mağdurda bir kırık oluşturduğu durumda, failin eylemiyle netice arasındaki nedensellik bağı gene reddedilmiştir.¹¹⁶ Bütün bu olaylarda şart teorisine göre nedensellik bağının kabul edilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın bu olaylardaki yaklaşımının temelinde ise seçtiği nedensellik teorisi yatmaktadır.

1.3.1.4.3. Araya Giren Üçüncü Kişi ve Rücu Yasağı

Bir hareketle netice arasındaki nedensel ilişki, eğer bu hareketin etkisi nedensel seri içinde devam ediyorsa, üçüncü bir kişinin veya mağdurun bu seriye kasıtlı bir hareketiyle girmesiyle kesilmez. Üçüncü bir kişinin davranışı neticeye etki etmektedir; çünkü o, neticeyle nedensel bir ilişki içinde olup olmadığı araştırılan daha önceki harekete bağlanmakta, ona yaslanmaktadır. Bu durumda hem üçüncü kişinin davranışı, hem de etkisini nedensellik serisi içinde sürdürdüğü için onun bağlandığı daha önceki hareket neticeyle nedenseldir. Öte yandan aksi yönde görüşler de bulunmaktadır, rücu yasağı adı verilen ve Frank tarafından ortaya atılan teoriye göre kasti bir hareketten zamansal olarak önce gelen şartlara rücu yasağı

¹¹⁴ Roxin, Strafrecht AT, ř 11, 27; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.287

¹¹⁵ YCGK, 4.10.1993, 215 (Hakeri, Genel Hükümler, s. 170)

¹¹⁶ Yrg. 4. CD, 10.05.1994, 4206 (Hakeri, Genel Hükümler, s. 170)

bulunmaktadır, yani bu kasıtlı hareket devam eden nedensel seriyi keser.¹¹⁷ Bunun anlamı, bir nedensellik serisi, bir üçüncü kişinin ya da bizzat mağdurun kendisinin kasti bir hareketinin araya girmesiyle kesilir ve o noktada yeni bir seri başlar, o noktadan öncesine dönmek yani rücu etmek yasak olmalıdır. Frank, “bir şartın ön şartı sebep değildir” diyerek, nedensellik serisine üçüncü kişinin kusurlu bir hareketiyle dahil olmasının bir sınır oluşturduğunu ve o sınırdan itibaren ön şartlar ve şartlar ayrımı yapılması gerektiğini öne sürmüştür. Böylece sınırsızca geriye doğru genişleyen nedensellik serisine bir sınır çekme imkanını elde etmeyi amaçlamıştır.¹¹⁸

Bu yasak, şart teorisi ile bağdaşması mümkün olmayan bir kural öne sürmektedir. Rücu yasağının öne sürdüğü gibi şartlar arasında bir ayrım yapmak, neticeye etki eden şartlardan kimini ön şartlar, kimini de şartlar olarak değerlendirmek şart teorisinin özüne aykırıdır. Şart teorisinin en önemli özelliği neticeye etki edenler arasında bir ayrım yapmaması ve hepsini birlikte eşit kabul etmesidir. Geçmişte ne kadar geride bulunursa bulunsun neticeye etki ettiği sürece her şart nedensellik zincirinin bir parçasıdır. Burada hareket ve netice arasında nedensellik serisinin üzerinde dizilmiş olayların sayısının nedenselliğin tespitinde hiçbir fonksiyonu yoktur. Bu bakımdan hareket ve netice arasında, kanuna uygun bir bağlantı vardır ya da yoktur, bir şart neticeye etki eder ya da etmez. Şartların şartları da aynı şekilde neticeyle nedensel ilişki içindedir. Neticeye etki etmesine rağmen veya neticeyle arasında kanuna uygun bir bağlantı bulunmasına rağmen bir şartı değerlendirme dışında bırakmak şart teorisiyle çelişmektedir. Şart teorisine göre bir şartın, neticeye yol açan pek çok şartlardan biri olduğunun doğrulanması onunla netice arasında nedensel ilişki olduğunun belirlenebilmesi için yeterlidir. Rücu yasağı öğretisinin öne sürdüğü gibi nedensellik bağlantısının kesilmesi mümkün değildir. Bütün bu sebeplerden dolayı rücu yasağı doktrinde genel olarak reddedilmiştir.¹¹⁹

¹¹⁷ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 28; Kühl, § 4, 31; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, 33; Kindhauser, § 10,27

¹¹⁸ Block, s. 47; Demirbaş, s.236

¹¹⁹ Kühl, § 4, 31; Baumann/Weber/ Mitsch, § 14, 26; Block, s. 47

Özgür bir kararla gerçekleştirilmiş bir hareket herhangi bir sebebe sahip olamaz ya da özgür bir şekilde yürürlüğe koyulmuş bir şartın, ön şartları birer sebep olarak görülemez biçiminde tanımlanan bir rücu yasağı kuralı, şöyle bir örnekte tamamen saçma sonuçlara yol açmaktadır: A, G'nin kahvesine, onu öldürme maksadıyla bir miktar zehir koyar. A'yı gözlemlemekte olan B, miktarın G'yi öldürmeye yetmeyeceğini görünce aralarında husumet olan G'nin kahvesine, A'dan bağımsız olarak bir miktar zehir daha ekler ve böylece kahvenin içindeki doz, G'yi öldürecek seviyeye gelir. Söz konusu olayda B'nin özgür iradesiyle ve kasti fiiliyle G'nin kahvesindeki zehir dozunu, öldürücü seviyeye getirmesinden bağımsız olarak A'nın fiili, kümülatif nedensellik kuralına göre ölüm neticesinin bir sebebidir. Rücu yasağı ilkesi olaya uygulandığında ise ölüm neticesi sebepsiz kalmaktadır; çünkü A'nın fiiline rücu yasağı bulunmaktayken B'nin kahveye eklediği doz da G'nin ölümüne sebep olacak miktarda değildir.¹²⁰

Alman mahkemelerinin içtihatlarında da rücu yasağı teorisi reddedilmiştir, ilk olarak RGSt 61, 318 içinde, kurallara uygun inşa edilmeyen ve yangın tehlikesini içinde barındıran bir çatı katında, üçüncü bir kişi tarafından orada yaşayan kişinin ölümüyle neticelenen bir yangın çıkarılmıştır. Bu olayda yüksek mahkeme, çatı katını inşa eden kişinin hareketini de ölüm neticesiyle nedensel kabul etmiştir; çünkü çatı katının yangın tehlikesini içinde barındıran durumu, en azından gerçekleştiği somut biçimi içinde ölüm neticesinin bir şartı durumundadır. Aynı şekilde RGSt 64, 370 kararında da bir kişinin, sevgilisine kullanılma amacını bilmeden bir miktar zehir teslim etmesi hareketinin, sevgilisinin bu zehirle karısını öldürmesi dolayısıyla ölüm neticesi ile nedensel olduğu tespitinde bulunmuştur. Başka kararlarında yüksek mahkeme sadece önceki kasıtlı hareketleri değil, kasıtlı hareketlerden önce bulunan taksirli hareketleri de neticeyle nedensel kabul etmiştir. Örneğin bir kararında, dolu bir tabancayı ortalık yere bırakan bir kişinin davranışı, o tabancayla daha sonra kendisini vuran başka bir kişinin ölümüyle nedensel kabul edilmiştir. (BGHSt 24, 342)¹²¹

¹²⁰ Kindhauser, §11, 37

¹²¹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 28; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, 34

Bu tür bir problemin ortaya çıktığı olaylarda, nedenselliğin var olduğunun kabul edilebilmesi için zamansal olarak sonra gelen hareketin, öncekine bağlı olması gerekir. Ayrıca bu şartın yanında sonra gelen hareketin kasıtlı veya taksirli olmasına bakılmaz. Yani sonra gelen kasıtlı bir hareketin nedensellik serisine herhangi bir etkisinin olmadığını kabul ettiğimiz zaman sonraki bir taksirli hareketin nedensellik bağımlı etkilemeyeceğini evleviyetle kabul etmemiz gerekir. Bu doğrultuda Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında da örnekler bulunmaktadır: bir tiyatro seyircisinin mantosunun cebinde dolu bir silah varken mantosunu vestiyere teslim etmesi hareketinin, şaka olsun diye mantonun cebinden düşen silahla bir başkasına ateş eden kişinin hareketiyle nedensel olduğu tespitinde bulunulmuştur. Bu olayda tetiğe arkadaşına şaka yapmak için basan kişinin hareketi taksirli bir harekettir ve bu hareket, daha önce başlayan bir nedensellik serisini kesmemiş ve ona eklenmiştir. (RGSt 34, 91) Aynı şekilde bir yaralama hareketi, yaralama mağdurun kendi taksirli hareketleriyle ölüm neticesine yol açsa bile neticeyle nedensel ilişki içindedir. (RGSt 6, 249; 22, 173)¹²² Önceki bir davranışa kasıtlı bir şekilde yaslanma, hareketini kasıtlı bir şekilde önceki bir davranışa bağlama eğer o önceki davranışla netice arasındaki nedenselliği kesmiyorsa, açıkça söyleyebiliriz ki kasıtlı olmayan, taksirli suçlar için de bu durum aynen geçerlidir. Demek ki önceki bir olaya, üçüncü kişinin hareketinin nasıl, ne şekilde bağlandığı herhangi bir öneme sahip değildir.¹²³

Nedensellik serisine dışarıdan müdahale eden kişi de her zaman fail ve mağdur dışında bir üçüncü kişi olmak zorunda değildir, yukarıdaki bir örnekte de görebileceğimiz gibi benzer bir şekilde mağdur da kasıtlı veya taksirli bir şekilde neticeye, kendi hareketini bir önceki olaya bağlayarak sebep olabilir. Burada da nedenselliğin reddedilmesi için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Mağdur, sadece bir önceki bilinçli veya bilinçsiz davranışa kendi hareketini bağladığı için nedensellik bağlantısı ortadan kalkıyor değildir. Örneğin ağır yaralanmış bir mağdur, hayatını kurtaracak bir ameliyata girmeyi reddeder veya kendisine kan verilmesini

¹²² Roxin, Strafrecht AT, § 11, 29; Block, s. 48

¹²³ Block, s. 48

istememezse mağduru yaralayan kişinin fiili ile mağdurun ölümü neticesi arasındaki nedensellik bağlantısının koptuğundan bahsedilemez.¹²⁴

Bir nedensellik bağı vardır ya da yoktur, onun kesildiğinden bahsedilemez fakat neticenin faile isnad edilebilmesini sağlayan isnadiyet bağlantısı kesilebilir. Rücu yasağı öğretisi de bugün çoğunlukla nedensellik bağının kesilmesi anlamında değil isnadiyet bağının kesilmesi anlamında savunulmaktadır.¹²⁵

1.3.1.4.4. Nedensellik Zincirinin Sollanması (Öne Geçen Nedensellik)

Bir önceki bölümde, hareket ve netice arasındaki nedensel ilişkinin var olabilmesi için öne sürülen kriter, zamansal olarak sonra gelen hareketin, kendisinden önce gelene fiili olarak bağlı olması, ona yaslanmasıydı. Demek ki nedensellik zincirinin sollanmasından söz edebilmemiz için de önceki ve sonraki olaylar arasındaki bağlantının ortadan kalkması gerekir yani bir sonraki eğer bir öncekine bağlanmayıp, onun netice üzerindeki etkisini de devre dışı bırakıyorsa bu durumda kendisinden öncekinin neticeyle nedensel bağlantısını ortadan kaldırıyor demektir. Yani sonradan ortaya çıkan bir nedenin, kendisinden öncekinin devam eden etkisinin önüne geçtiği durumlarda nedensellik bağlantısının sollandığından bahsedilebilir.¹²⁶

Bu tür durumlara doktrinde “kesilmiş nedensellik” “nedenselliğin kesilmesi”¹²⁷ (Unterbrechung des Kausalverlaufs), “sollanmış nedensellik” (überholender Kausalität) veya “sollanmış nedensellik serisi” gibi isimler verilmektedir. Bir önceki bölümün sonunda da ifade etmeye çalıştığımız gibi bir nedensellik bağlantısı vardır ya da yoktur, bu nedenle bu özel durumlarda yani bir başka nedensellik serisinin hali hazırda mevcut olanları sollayarak neticeye sebebiyet verdiği hallerde kesilmiş nedensellikten bahsetmek yanıltıcı olabilir. Kesilmiş nedensellik ifadesi kendi içinde

¹²⁴ Block, s. 48; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, 36

¹²⁵ Wessels/Beulke, § 6 166; Roxin, Strafrecht AT, § 11; 28; Öztürk/Erdem, s. 324

¹²⁶ Block, s. 48; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 30; Kindhauser, § 10, 24; Hakeri, Genel Hükümler, s. 173

¹²⁷ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.155; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş, s. 264; Dönmezer/Erman, s.558

nedenselliğin doğasını düşünürsek paradoksal gözükmektedir. Bir nedensellik serisi eğer neticeye sebep vermeden elendiyse o zaman onun kesildiğinden değil fakat ortadan kalktığından söz etmek daha isabetli olur.¹²⁸

Sonradan gelen bir hareket, neticeye kendisinden önceki şarttan daha çabuk etki ettiği takdirde, onu sollamış olur. Sonradan ortaya çıkan nedensellik serisi, kendisinden daha önce işleyen başka bir nedensellik serisi dışında gelişerek neticeye yol açıyorsa artık ilk nedensellik serisinin gerçekleşme imkanı ortadan kalkmıştır. Bu noktada şöyle bir örnek vermek mümkündür: A, yemeğine eklenmiş bir zehirle zehirlenmek istenmiştir, fakat zehir tam etkisini ancak bir gün sonra gösterme özelliğine sahiptir. A, içine zehir katılmış yemeğini yedikten kısa bir süre sonra bir başka kişi tarafından vurularak öldürülmüş ya da aynı şekilde daha çabuk etki eden bir zehirle zehirlenmiştir. Bu olayda, ilk zehirlenme hareketinin neticeye etki etme imkanını bulamadığı açıktır.¹²⁹ Hem condicio-formülüne göre hem de kanuna uygun şart formülüne göre, zehirlenme fiili ve ölüm neticesi arasındaki nedensellik bağı reddetmek gerekir. Condicio-formülüne göre A'ya ateş edilmesi hareketi yok sayıldığında, A'nın kendisine verilen zehirle gene de öleceği varsayımı, bu olayda bir varsayılan nedensellik durumu olduğu için condicio-formülünün varsayılan nedensellik durumları için revize edilen haline göre reddedilmelidir. Yani varsayılan nedensellik göz önünde bulundurulmaz, bu nedenle bir rezerv sebep olarak zehirlenme hareketi dikkate alınmaz. Bu durumda da ateş etme hareketi yok sayıldığında netice

¹²⁸ Baumann/Weber/Mitsch, § 14, 30; Ünver, İzin Verilen Risk, s.248; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe., s. 155

¹²⁹ Kühl, § 4, 33; Block, s. 49; Özgenç, s. 171; Yargıtay 1. CD “ Maktul A.’in sanığın kız kardeşini tabanca ile vurarak öldürdükten sonra tabancayı kendi başına dayayarak intihar etmek amacıyla ateş edip kendisini vurduğu, silah sesine olay yerine yerine gelen ve kardeşinin maktul tarafından öldürüldüğünü gören sanığın, yerde bulunan maktule ait tabancayı alarak halen yaşamakta olan maktulün kasık bölgesine ateş ederek” onun ölümüne yol açacak biçimde yaraladığı öne geçen nedensellik durumunun mevcut olduğu bir olayda, sanığın kasten öldürme suçundan cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.. Yarg. 1. CD., 07.02.2006, 4572/116 (Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Madde 76- 131, 3. C., Ankara, 2009, s. 2156)

de gerçekleşmeyeceği için, ateş etme hareketi zehirlenme hareketinin başlattığı nedensellik serisini sollararak, daha hızlı bir şekilde neticeye tek başına yol açmıştır. Kanuna uygun şart formülüne göre de A'nın zehirlenmesinin neticeyle nedenselliği reddedilmelidir; çünkü ateş etme hareketi zehirlenme hareketinin etkisini ortadan kaldırmış ve ondan bağımsız yeni bir nedensellik serisi açarak neticeye yol açmıştır. Bu sebepten sadece ateş etme fiili, neticeyle kanuna uygun bir bağlantıya sahiptir. Zehirlenme fiilinin faili ancak teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan dolayı sorumlu tutulabilir. Fakat eğer nedensellik serisini başlatmış olan kökensel şartın etkisi, somut neticenin meydana gelmesinde hala devam ediyorsa, bu durumda o nedensellik serisinin sollandığından söz edilemez. Örneğin mağdur, eğer zehirlenmesi dolayısıyla zayıf düştüğü için kaçamadıysa veya direnemediyse ve bu sebepten vurularak ölmesi mümkün olduysa ateş etme hareketinin daha önceki zehirlenme hareketine bağlandığından ve neticeye onunla birlikte sebep olduğundan bahsedilmelidir; çünkü burada en uçtaki zehirlenme fiilinin etkisi, bir başka nedensellik serisi tarafından ortadan kaldırılmadığı yani sollanmadığı için netice üzerinde hala devam etmektedir.¹³⁰ Fakat burada zehri veren kişinin tamamlanmış bir öldürme suçundan dolayı değil de, bu suçun teşebbüs aşamasında kalmış halinden cezalandırılması gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır.¹³¹

Demek ki bir hareket ve netice arasındaki nedensellik bağının var olduğu tespiti, ancak belli bir neticenin gerçekleşmesine yönelmiş bu hareket etkisini gerçekten de neticenin gerçekleşmesine dek sürdürdüğünde ve aynı neticeye yönelmiş bir başka hareket onun bu etkisini devre dışı bırakıp, söz konusu hareketten bağımsız olarak neticeye tek başına yeni bir nedensellik serisi açarak sebep olmadığında mümkün olur.¹³²

¹³⁰ Kühl, § 4, 33; Wessels/Beulke, § 6, 167; Baumann/Weber/ Mitsch, § 14,31; Kindhauser, § 10, 26

¹³¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 289

¹³² RGSt 69, 44 (Roxin, Strafrecht AT, § 11, 30); Wessels/Beulke, § 6, 167; Dönmezer/Erman, s.558

Bir şartın süren etkisini kesip, o nedensellik serisini ortadan kaldıran ve başka bir nedensellik serisi açan hareket, bir üçüncü kişi tarafından yapılabileceği gibi mağdurun kendisi tarafından da yapılabilir.



BÖLÜM II

OBJEKTİF İSNADİYET TEORİSİ

2.1. HUKUKİ BİR FİGÜRÜN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ

Bir önceki bölümde de ayrıntılı bir şekilde gösterilmeye çalışıldığı üzere, şart teorisiyle birlikte nedensellik konusunda ulaşılan sonuçların, sorumluluk alanının sınırlanmasının gerekliliğini ortaya çıkarması, bu sonuçlar üzerinden ikinci bir adım daha atılmasını gerektirmiştir. Bir önceki bölümde ayrıntılarıyla açıkladığımız nedensellik değerlendirmeleriyle birlikte ulaşılan sonuçlar ancak başka bir adımla birlikte tamamlandığı takdirde sorumluluk konusunda bir anlam ifade edebilir. Nedensellik, bir ilk adımdır. Bir olayda nedensellik sorusunun cevaplanması, sorumluluğun kapsamının belirlenmesi için yeterli değildir. Hareket ve netice arasında bir nedensellik ilişkisinin var olduğunun doğrulandığı her durumda, aynı zamanda neticenin faile yüklenebilirliğinin ve onun o neticeden dolayı sorumluluğunun bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Nedensellik değerlendirmesini tamamlayacak bir hukuki enstrümanın gerekliliği üzerinde neredeyse uzlaşmıştır ki bunun şaşırtıcı olduğu söylenemez; çünkü şart teorisi, hareket ve netice arasındaki olayların akışı ne kadar beklenmedik bir şekilde gelişirse gelişsin, bu akış ne kadar tesadüfler tarafından biçimlendirilmiş veya hareket ve netice birbirine ne kadar uzak olursa olsun söz konusu hareketle netice arasındaki nedensel ilişkinin bundan etkilenmeyeceğini ortaya koymuştur. Burada daha önce de verdiğimiz örnekleri hatırlatmakta fayda vardır: çıktığı yolculukta uçağı düşerek ölen amcasını, uçağın düşmesini temenni ederek yolculuğa çıkmaya ikna eden yeğenin hareketiyle ölüm neticesi arasında veya bir katilin ebeveynleriyle, o katilin yol açtığı ölüm neticesi arasında ya da bir ambulans kazasında ölen kişinin ölümüyle, ona öldürme kastıyla ateş edip de yaralayarak hastaneye doğru yola çıkmasına sebep olan kişinin hareketi arasında şart teorisine göre bir nedensellik bağı bulunmaktadır. Şart teorisine göre yapılacak nedensellik değerlendirmelerinin bizi ulaştırdığı bu türden sonuçların, tek başına tipikliğin maddi unsurlarını tamamladığını kabul etmemek gerekliliği ortadadır fakat soru bu sınırlamanın, yani şart teorisine göre sorumluluğun

bu şekilde geniş, neredeyse sınırsızca yayılan alanının daraltılmasının nasıl ve hangi zeminde gerçekleşeceği.¹³³

Bu şekilde sınırsızca genişleyen sorumluluk alanının daraltılması gerektiği konusunda doktrinde bir ittifak bulunmasına rağmen, bu sınırlandırılmanın nasıl yapılabileceği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar¹³⁴, bu sınırlandırmayı, tipikliğin manevi unsurları alanında yapmaya kalkmış, bu noktada kasta ve taksire dair bir problemin var olduğunu varsaymışlardır. Başka bazı yazarlarsa¹³⁵, şart teorisiyle ulaşılan sonuçların, bu teorinin kabul edilemez ve failin sorumluluğunu belirlerken kullanılamaz olduğunu açıkça gösterdiğini belirterek içinde sorumluluğun alanını daraltan ilkeler barındıran başka nedensellik teorilerinin arayışına girmişlerdir.

Objektif isnadiyet teorisinin farkı, bu sınırlamayı tam da tipikliğin maddi unsurlarının alanı içinde, cezaya layık hareketi, cezaya layık olmayanlardan ayırmayı denemek için ortaya atılmış bir teori olmasıdır. Bunu da meydana gelmiş neticenin, faile isnad edilebilir olup olmadığı sorusunu ön plana alarak yapmaktadır.¹³⁶ Yani şart teorisi bir hareket ve netice arasında nedensel bir ilişki olup olmadığını sorarken, objektif isnadiyet teorisi, hareket ve netice arasında bir nedensellik ilişkisinin tespit edilmiş olması halinde bu neticenin, o faile yüklenebilir yüklenemeyeceğini sormaktadır. Şart teorisi ile objektif isnadiyet teorisi arasındaki farkın altını çizmek özellikle önemlidir. Böylece objektif isnadiyet teorisinin nedenselliğin tespitiyle her hangi bir bağlantısı olmadığı, daha çok nedenselliği hukuki bir değerlendirmeye tabi tutmaya yönelmiş bir değerlendirme öğretisi olduğu açıkça görülmektedir. Nedensellik değerlendirmesinin doğa bilimsel bir araştırmasını takip eden normatif bir isnadiyet araştırmasıdır objektif isnadiyet teorisi.¹³⁷ Demek ki objektif isnadiyet

¹³³ Kühl, § 4, 36; Block, s. 54; Wessels/Beulke, § 6, 178

¹³⁴ Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş, s. 277; Kunter, s. 188

¹³⁵ Dönmezer/ Erman, s. 593

¹³⁶ Wessels/Beulke, § 6, 178; Block, s. 54; Freund, § 2, 72; Kindhauser, §11, 1

¹³⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 129; Özbek, s. 325; Haft, s. 63

teorisi, neticeden kimin ceza sorumluluğunun söz konusu olduğunun araştırılması noktasında, ilgisiz nedensellik serilerinin elenmesine yönelik negatif bir çalışmadır.¹³⁸

Teorinin isminde yer alan “objektif” ifadesi, teoriye karakterini veren asli bir özellikten dolayı orada bulunmaktadır. Eski öğretilerde, şart teorisiyle birlikte ulaşılan sonuçların sorumluluk konusunda yarattığı sıkıntılar, tipikliğin manevi unsurları içinde izale edilmeye çalışılırdı. Eski öğreti, failin davranışı ile netice arasındaki nedensellik bağının tespitiyle birlikte tipikliğin maddi unsurlarının tamamlandığını kabul ederdi. Dolayısıyla nedensellik bağının var olduğu tespiti yapılmış olmasına rağmen, faili cezalandırmanın kabul edilemez görüldüğü olaylarda tipikliğin manevi unsurları içinde bir çözüme gitmeye çalışılıyordu. Welzel’in verdiği sıklıkla alıntılanan o meşhur örnekte, bir başkasını yaklaşan fırtınada, onu bir yıldırımın çarpacağı ümidiyle ormana gönderen kişinin hareketiyle, olaylar tam da umut ettiği gibi gerçekleşip de ormana gönderdiği kişinin yıldırım çarpması sonucu ölmesi durumunda ortaya çıkan ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisinin var olduğu konusunda şart teorisine göre en ufak bir şüphe bile yoktur. Nedenselliğin var olmasıyla tipikliğin maddi unsurlarının tamamlandığının kabul edilmesi durumunda da, faili cezalandırmanın önüne ancak kastı reddederek geçilebilir. Welzel yukarıdaki örnekte, bir istek ve ümit olduğu halde, bu isteğin olayların akışına gerçekten etkiye bulunma kudretinden mahrum olduğunu, dolayısıyla kastın gerekliliklerinin yerine gelmemesi sebebiyle, kastın da var olmadığını iddia etmiştir. Fakat Roxin’in de belirttiği gibi bu savunulabilir bir görüş değildir; çünkü kişi, manevi olarak gerçekleşmesini istediği şeye, maddi olarak da yol açmıştır. Yaptığı plan ve olayların akışı birbirine uygundur, olaylar tam da kişinin planladığı biçimde gelişmiştir. Demek ki bu örnekte kastı reddetmek mümkün değildir, öyleyse bu problemi tipikliğin manevi unsurlarının değil de maddi unsurlarının alanında çözecek bir bakış açısına ihtiyaç vardır; çünkü olayların akışı tamamen tesadüfi bir biçimde gelişerek ölüm neticesine yol açtığında, bu ölüm neticesini hukuki açıdan bir kasten öldürme suçu kapsamına sokmamız mümkün değildir; bunun sebebi de olayların akışının

¹³⁸ Kindhauser, § 11, 2

objektif tesadüfiligidir yani tipikliğin maddi unsurları alanındaki bir konudur bu. İşte objektif isnadiyet teorisi, bu eski öğretinin aksine sorumluluğu sınırlandırmayı, tipikliğin maddi unsurları alanında gerçekleştirmektedir. Bu, şu anlama gelmektedir: objektif isnadiyet teorisine göre ancak neticenin faile yüklenebileceğinin yani ona isnad edilebileceğinin ortaya konulması halinde, söz konusu suçun tipikliğinin maddi olarak gerçekleştiğinden bahsedilebilir.¹³⁹

Fakat bu noktada da taksirle işlenebilen neticeli suçlarda, objektif isnadiyet teorisi yardımıyla sorumluluk alanının daraltılması gerektiği konusunda her hangi bir tartışma bulunmamaktayken, taksirle işlenemeyen neticeli suçlarda objektif isnadiyet teorisine başvurmak gerekip gerekmediği konusunda bir ihtilaf ortaya çıkmaktadır. Daha doğrusu kastla işlenen suçlarda, şart teorisinin nedensellik konusunda yol açtığı geniş sorumluluk alanı problemi daha kolay bir şekilde tipikliğin manevi unsurları alanında çözülebilmektedir. Bu yüzden de tipikliğin manevi unsurları alanında çözülebilecek bir problemi, yasada açıkça zikredilmeyen objektif isnadiyet kriterlerine başvurarak erken bir şekilde maddi unsurlar alanında çözümenin gerekli olup olmadığını soran yazarlar bulunmaktadır. Elbette taksirin söz konusu olduğu pek çok olayda sorumluluk konusunda ortaya çıkabilecek kabul edilemez ve absürd sonuçların engellenmesi adına objektif isnadiyet teorisi, sorumluluk alanını anlamlı bir şekilde daraltmaktadır ve belki de bu teoriye asıl ihtiyaç taksirli suçlar alanında görülmektedir. Fakat taksirle işlenemeyen suçlarda, çoğunlukla nedensellik serisinde geriye doğru ilerlediğimizde kastın var olmadığı gerekçesiyle bu tür mantıkdışı sonuçların önüne geçmek mümkün hale gelmektedir. Yani sorumluluk alanının sınırlanması, tipikliğin manevi unsurları alanında da kolayca gerçekleştirilebilmektedir. Bu sebepten teori, suç sistematiğine aykırı bir şekilde kasta ve hukuka aykırılığa ilişkin problemlere önceden el koymakla da eleştirilmektedir. Fakat yukarıda andığımız Welzel'in örneğine ve çözüm çabasına Roxin'in getirdiği eleştiride de gördüğümüz üzere, kastla işlenen suçlarda da objektif isnadiyet teorisi gibi sorumluluğu, tipikliğin maddi unsurları alanında daraltacak bir

¹³⁹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 44; Block, s. 54; Krey/ Esser, § 11, 325; Hakeri, Genel Hükümler, s. 176

teoriye açıkça ihtiyaç vardır. Sonuç itibariyle objektif isnadiyet teorisi, olaylarda kast ve taksirin varlığına göre bir uygulama farklılığı barındırmamaktadır. Bu türden ciddi eleştirilere rağmen teori, bugün taksirli suçları olduğu kadar taksirle işlenemeyen suçları da kapsayan genel bir teori olarak kabul görmektedir.¹⁴⁰

Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus, eğer objektif isnadiyet teorisine göre netice faile isnad edilemiyorsa ortadan kalkan şeyin tipiklik olduğudur. Doktrinde bazı yazarlar, netice isnad edilemiyor olsa bile o neticeden “tipik netice” olarak bahsetmektedirler. Bu, objektif isnadiyet teorisi ile tipikliğin değil ama cezalandırılabilirliğin ortadan kalktığı gibi yani neticenin faile isnad edilemeyeceği ortaya konduğu takdirde, tipiklik gerçekleşmesine rağmen artık cezalandırılabilirliğin mümkün olmadığı gibi yanlış anlaşılmalara yol açabilecek bir ifadedir. Halbuki objektif isnadiyet teorisinin kriterlerine göre neticenin faile yüklenemeyeceği açıkça ortaya konulduğu takdirde, aynı zamanda tipikliğin maddi unsurlarının da tamamlanmadığı ortaya konulmaktadır, dolayısıyla neticenin “tipik netice” olduğundan söz etmek artık mümkün değildir. Fakat burada elbette “tipik netice” denilerek asıl kast edilen, ortaya çıkan neticenin, kanunda suç tipini tanımlarken netice olarak belirtilen tarife uyuyor olmasıdır ve sadece budur.¹⁴¹

Objektif isnadiyet teorisi kapsamında ortaya konulan kriterler, sınırlandırmayı tipikliğin maddi unsurları alanında yaparak, failin isteklerini ve tasarılarını değerlendirme dışında bırakmış olmaktadır. Bu sebepten teorinin ismi, objektif isnadiyet teorisidir. Bu öğretinin çekirdeğini şu düşünce oluşturmaktadır: bir suçun kanunda tanımlanmış tipikliğin temelinde yatan davranış talimatları, çıplak olarak ve tek başına ele alınamaz. Çoğu zaman bu talimatlar tipikliğin temelinde yatan bu normun amacı ve anlamı tarafından sınırlandırılmaktadır.¹⁴² Neticeye yol açan yani neticeyle nedensel bir ilişkide bulunan fiilin, aynı zamanda tipikliği de gerçekleştirdiğinden bahsedebilmemiz için nedensel ilişkinin varlığının olayda teyit

¹⁴⁰ Kühl, § 4, 38; Wessels/Beulke, § 6, 178; Krey/Esser, § 11, 327

¹⁴¹ Block, s. 55

¹⁴² Block, s. 55

edilmesinin yanında, bu fiilin genel olarak izin verilmeyen bir fiil olduğunun da doğrulanması gerekmektedir.¹⁴³ Demek ki insan davranışları arasındaki neredeyse sınırsızca genişleyen ve geriye doğru giden bağlantılar göz önünde bulundurulduğu zaman tipikliğin temelinde yatan davranış normlarını çıplak bir neden olma yasağı olarak görmemiz mümkün değildir.¹⁴⁴ Bir kanun normunda neticeye ayrı bir öge olarak yer verildiğinde ve bu neticeye sebep olmak o kanun maddesi tarafından yasaklandığında, bu normu, çıplak bir “sebep olma yasağı” biçiminde anlayamayız; çünkü eğer öyle anlarsak condicio-formülünün bizi götürdüğü yerden daha ileriye gitmeye ihtiyaç duymayız. Halbuki yasaklayıcı normu, normun anlamı ve amacıyla birlikte sınırlamak gerekmektedir.

Objektif isnadiyet teorisinin ilk temelleri, 19. yüzyılın başlarında Hegel tarafından atılmıştır. Hegel’e göre bir davranışın bütün sonuçlarını aynı şekilde değerlendirmek mümkün değildir, bu neticelerden bazıları harekete aitken geri kalanları ise hareketle birlikte ortaya çıkmasına rağmen harekete ait olmayan dış dünyadaki değişikliklerdir. Buna göre Hegel, nedenselliği ek bir değerlendirme ile hangi neticelerin söz konusu harekete ait olduğu dolayısıyla ona isnad edilebileceği araştırmasıyla bir incelemeye tabi tutmaktadır. Böylece, bir kimseye dış dünyadaki değişikliklerden yalnız onun hareketine ait olan neticelerin yüklenebileceği, o hareketle bağlantılı olsa bile bir tesadüfle ya da bir kazayla şekillenmiş neticelerin ise yüklenemeyeceği sonucuna varmıştır. Objektif isnadiyet öğretisi, daha sonra Honig tarafından da ele alınarak geliştirilmiştir. Honig de neticenin gerçekleşmesine yol açan her şartın aynı zamanda kendiliğinden kişinin sorumluluğunu doğurmayacağına, bu nedensellik ilişkisinin bir de sorumluluğun tespiti adına tekrar ele alınması gerektiğine işaret etmiştir.¹⁴⁵ Objektif isnadiyet teorisi burada bahsettiğimiz biçimiyle ise, ilk olarak yirminci yüzyılın ortalarında geliştirilmeye

¹⁴³ Kindhauser, §11, 4, Burada genel olarak izin verilmeyen derken, somut olayda “genelde” izin verilmeyen bir davranışın hukuka uygunluk sebepleri zemininde hukuka uygun hale geldiği özel durumların olabileceği kast edilmektedir.

¹⁴⁴ Lenckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13 ff, 92

¹⁴⁵ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 223; Honig, IÜHFM, s. 169 vd.

başlanmıştır, bu nedenden dolayı objektif isnadiyetin “yeni” öğretisi olarak da adlandırılmaktadır. Bu yeni öğretinin kökenleri, esasen Roxin tarafından biçimlendirilmiştir, bu sebepten Roxin, modern isnadiyet öğretisinin kurucusu olarak nitelendirilmektedir.¹⁴⁶ Roxin, tipikliğin maddi unsurları içinde bir objektif isnadiyet araştırmasının bize, bir neden olma durumunun ne zaman hukuken önemli bir harekete dönüştüğünün konturlarını çizdiğini belirtmektedir. Yani bir hareketin objektif olarak isnad edilebilmesi, o hareketin alelade bir neden olmadan öteye geçerek hukuken dikkate değer ve genel olarak izin verilmeyen bir hareket haline gelmesi anlamına gelmektedir, böylece örneğin bir ölüme neden olma, kasten adam öldürme suçu kapsamında bir harekete dönüşerek tipikliğin manevi unsurlarının araştırılması aşamasına yol verebilmektedir.¹⁴⁷ Roxin, 19. yüzyılın ikinci yarısında doğa bilimlerine yaslanmış nedensellik düşüncesinin büyüyle neredeyse büsbütün gömülmüş olan bu isnadiyet öğretisinin 20. yüzyılın ortalarında bir dirilme yaşayarak tekrar gün yüzüne çıktığından ve ceza hukukçuları tarafından ele alındığından bahsetmektedir. Dolayısıyla uzun süre hukukçuların dikkatle ele almadığı objektif isnadiyet teorisinin, tekrar hukukçuların gündemine girmesinden itibaren geçen bu kısa süre içinde kusursuzlaştırılabilmiş veya hatasız kılınmış olduğundan bahsetmek fazla iyi niyetli bir yaklaşım olur. Yani objektif isnadiyet öğretisi gelişmesi durmuş ve böylece dört başı mamur bir şekilde tanımlanarak bütün ayrıntılarıyla ortaya konulmuş bir öğreti değildir, daha çok hala geliştirilmekte olduğundan ve henüz bir süreç içinde tanımlanmaya devam ettiğinden bahsetmek gerekmektedir; bu yüzden şu an için objektif isnadiyet öğretisi, kesin değil fakat bugüne göre çözümler sunmaktadır.¹⁴⁸

2.2. TEMEL FORMÜL

Bugün objektif isnadiyet teorisinin birbiri üzerine inşa edilmiş iki tane prensip ortaya koyduğu görüşü doktrinde yerleşmiş durumdadır. Dolayısıyla bu iki ayrı prensibi bir arada ele alarak objektif isnadiyet teorisini, temel bir formül biçiminde kristalize

¹⁴⁶ Block, s. 56

¹⁴⁷ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 46

¹⁴⁸ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 46; Block, s. 55

etmek mümkündür ki doktrinde teorinin bu şekilde formülize edildiği görülmektedir: Bir netice, eğer fail hukuken önemli, dikkate değer bir tehlike yaratıyorsa ve bu tehlike suç tipinde tanımlanmış neticede gerçekleşiyorsa objektif olarak isnad edilebilirdir. Buna bir de bu tehlikenin yaratılması ve gerçekleşmesinin suç tipinin etki alanı içinde kalması gerektiğini eklemek gerekmektedir.¹⁴⁹ Demek ki bu temel formüle göre teorinin üç önemli birleşeni ortaya konulmaktadır, bunlardan ilki hukuken önemli bir tehlikenin yaratılması, ikincisi ise bu yaratılan tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesi, üçüncüsü ise söz konusu suç tipinin, bu yaratılan ve neticede gerçekleşen tehlikelerin yöneldiği hukuki değerleri koruma fonksiyonuna sahip olmasıdır.

Hukuken önemli ya da hukuken dikkate değer tehlikenin niteliği konusunu şu şekilde daha ayrıntılandırmak mümkündür: failin fiili, neticenin o kişiye isnad edilebilmesi için, suçun konusu üzerinde izin verilen risk tarafından örtülmeyen bir tehlike yaratmalıdır. Örneğin “fırtınalı bir havada bir kimseyi ormana göndermek” olayında, failin fiili ile netice arasında bir nedensellik ilişkisi söz konusu olsa bile neticenin faile yüklenmesi ve ona isnad edilebilmesi mümkün değildir; çünkü bir kişiyi ormana göndermek, hukuken dikkate değer bir ölüm tehlikesinin yaratılması değildir. Dolayısıyla burada formülün ilk ayağını oluşturan bir tehlikenin yaratılması unsuru eksik kalmaktadır. Yaratılan tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesi konusunda ise şöyle bir örnek verilerek bu konu daha anlaşılır bir şekilde ortaya konulabilir: “Hastanede çıkan yangın” olayında bir kişinin, bir başka kişiye ateş edip onu yaralaması, hukuken önemli, izin verilen risk tarafından da örtülmeyen bir tehlike yarattığı halde, daha sonra yaralanan kişinin hastaneye kaldırılıp, hastanede çıkan bir yangında ölmesi durumunda ölüm neticesinde gerçekleşen tehlike, kişinin ateş ederek yarattığı tehlike değildir. Bu nedenle kişi ateş ettiği ve suçun konusu üzerinde bir ölüm tehlikesi yarattığı, ölüm neticesi de gerçekleştiği halde ateş eden bir kişiyi tamamlanmış bir öldürme suçundan dolayı değil ancak bu suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutabiliyoruz. Dolayısıyla eğer hukuken önemli bir tehlikenin

¹⁴⁹ Block, s. 57; Roxin, Strafrecht AT., § 11, 48; Lenckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13ff, 92; Lackner, Lackner/Kühl, Vor. 14

yaratılması söz konusu değilse kişiye her hangi bir ceza vermek mümkün değilken, hukuken önemli ve izin verilen risk tarafından örtülmeyen bir tehlikenin yaratılıp da tipik neticede gerçekleşmediği olaylarda ise suçun tamamlandığından bahsedilememektedir ama kişiyi gene de teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak mümkündür.¹⁵⁰

Objektif isnadiyet teorisinin temel formülünün üçüncü bileşeni, Roxin'in suç tipinin etki alanı diye ifade ettiği kişinin kendisini tehlikeye soktuğu veya mevcut, açıkça görülen bir tehlikeyi kabullenerek hareket ettiği durumlardır. Genelde, hukuken önemli bir tehlikenin suç tipinde belirtilen neticede gerçekleşmesi durumunda suçun maddi unsurlarının tamamlandığından bahsedilir, fakat bazı durumlarda tehlike yaratıldığı ve neticede gerçekleştiği halde suç tipinin etki alanı bu tehlikenin neticede gerçekleşmesini kapsamadığı için suçun maddi unsurlarının tamamlandığından bahsetmek mümkün olmamaktadır. Bazen suç tipi bu türden tehlikelerin ve onların etkilerinin engellenmesini kapsamamaktadır. Bu noktada Roxin'in verdiği şu örnekle bu üçüncü unsur daha anlaşılır bir hale gelebilir: A kişisi, B kişisini bir Himalayalar tırmanışına ikna ederse ve B kişisi, bu tırmanış sırasında - A'nın da öngördüğü gibi- bir talihsizlik sonucunda hayatını kaybederse, burada yalnızca A'nın fiili ile B'nin ölümü arasında bir nedensellik ilişkisinin olduğundan değil aynı zamanda B'nin ölümünün, A'nın yarattığı bir tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesiyle meydana geldiğini yani tehlikenin yaratılması ve gerçekleşmesi bakımından ölüm neticesinin A'ya isnad edilebileceğini belirtmek gerekir. Fakat buna rağmen A, fiilinden dolayı herhangi bir cezaya çarptırılmaz; çünkü adam öldürme suç tipinin etki alanı, bir kimsenin kendisini kasten tehlikeye sokmasının engellenmesini kapsamamaktadır.¹⁵¹

Formülün farklı kişiler tarafından ifade edilmesi sırasında bir takım terminolojik farklılıklar da ortaya çıkmaktadır. Bu farklılıklar formülün ikinci bölümü olan tehlikenin gerçekleştirilmesi kısmı üzerinde değil de daha çok ilk bölümü yani tehlikenin yaratılması kısmı üzerinde toplanmakta ve yoğunlaşmaktadır. Bunun

¹⁵⁰ Roxin, § 11, 47

¹⁵¹ Roxin, § 11, 48

sebebiyse yaratılan tehlikenin nitelendirilmesinde ortaya çıkan farklılıklardır. Yaratılan tehlike kimi zaman burada yapıldığı gibi “hukuken önemli veya hukuken dikkate değer” bir tehlike olarak nitelendirilebilirken, “hukuken kınanan” ya da “hukuken yasaklanmış bir tehlike” biçiminde ya da “izin verilmeyen”, “izin verilen riskin sınırını aşan” biçimlerinde de ifade edilebilmektedir.¹⁵² Netice itibariyle bu farklılıklar sadece ifade boyutunda ortaya çıkarken, anlam bakımından bir değişiklik de yaratmamaktadır. Gene de hukuken dikkate değer bir tehlike ifadesi, diğerlerine göre daha doğru bir ifade olarak gözükmektedir; çünkü bu ifade, belirli bir davranışın ceza hukuku bakımından dikkate alınma niteliğine işaret ederek yanlış anlaşılmanın önüne geçmektedir. Bir tehlikenin hukuken kınanmasından bahsedildiğindeyse, faile isnad edilebilecek olan neticelerin her olayda hukuken kınanan bir tehlikeyle irtibatlı olduğundan söz edilemeyeceği için, örneğin hukuka uygunluk sebepleri söz konusu olduğunda bir tehlike yaratılmış ve tipik neticede gerçekleşmiş olsa bile o fiil ve dolayısıyla o failin yarattığı tehlike hukuken kınanabilir olmadığı için, bu ifade bazı yanlış anlaşılmalara yol açabilir. Bu sebepten bir davranışın hukuken önemsenebilir ve dikkate alınabilir oluşunun formül içinde vurgulanması daha isabetlidir.¹⁵³

Doktrinde, fiilin objektif isnad edilebilirliğinin somut olayda mümkün olup olmadığını araştırırken kendilerinin kullandığı tehlikenin yaratılması ya da arttırılması ile tehlikenin tipik neticede gerçekleştirilmesi kavramlarına suç sistematığı içinde nasıl bir yer verileceği de tartışılmıştır. Bu yerin hukuka aykırılık olduğunu söylemekte olan kişiler bulunsun da hakim olan görüş bu unsurları, hukuka aykırılık kısmına değil tipiklik kısmına yerleştirme taraftarıdır.¹⁵⁴

Sonuç itibariyle formülü, doktrinde hakkında yapılan değerlendirmeleri de göz önünde bulundurarak şu şekilde toparlayabiliriz: bir neticenin faile isnad edilebilmesi için failin, fiiliyle belli bir hukuki değeri korumayı amaçlayan davranış normlarını

¹⁵² Jescheck/ Weigend, 28, s. 287; Kühl, § 4, 43; Krey/Esser, § 11, 332

¹⁵³ Kühl, § 4, 43; Block, s. 58

¹⁵⁴ Kühl, § 4, 44; Ünver, İzin Verilen Risk, s. 231

ihlal eden bir tehlikeye ya da riske yol açması veya halihazırda mevcut bir riski arttırması, başka bir tehlikenin değil de bu tehlikenin veya riskin, söz konusu davranış normunda tanımlanan tipik neticede gerçekleşmesi gerekmektedir. Ayrıca bu şartların yerine gelmesi her zaman neticenin faile isnad edilebilmesine yol açmamakta ayrıca suç tipinin etki alanının da bu tehlikenin yaratılması ve neticede gerçekleşmesini kapsamaması aranmaktadır.

2.3. BİR TEHLİKENİN YARATILMASI

2.3.1. RİSKİN AZALTIILMASI YA DA RİSKİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Bir tehlikenin yaratılması ya da mevcut bir tehlikenin arttırılması halinde söz konusu hale gelen neticenin isnad edilebilirliği, tam aksi bir halde yani fail, bir nedensellik serisini, suçun konusu için var olan tehlikeyi azaltacak surette değiştirdiği, suçun konusunun içinde bulunduğu durumu iyileştirdiği takdirde ortadan kalkar. Dolayısıyla bu tür olaylarda hali hazırda mağdur için mevcut olan bir tehlike bulunmaktadır ve fail, mevcut olan söz konusu tehlikenin mağdur için yaratacağı olumsuz sonuçları büsbütün ortadan kaldıramaz, fakat azaltır veya geciktirir. Bu durumda daha önceden mevcut olan bir tehlike azaltıldığı veya geciktirildiği için meydana gelen netice, faile yüklenemez yani neticenin isnad edilebilirliği ortadan kalkar; çünkü söz konusu hareket korunan hukuki değerlerin durumunu kötüleştirmeyip iyileştirmektedir ve bunun gibi hareketlerin yasaklanması hukuk düzeninin amaçlarıyla bağdaşır nitelikte değildir.¹⁵⁵

Bir kişinin kafasına isabet edecek şekilde fırlatılmış bir taşı gören ve meydana gelecek zararı ortadan kaldıramasa da taşın mağdurun daha az zarar göreceği bir vücut parçasına doğru yolunu değiştirmesini sağlayan kişinin, hastasının kaçınılmaz ölümünü kişinin bedenine yaptığı müdahalelerle geciktiren doktorun, mağdurun

¹⁵⁵ Roxin, Strafrecht AT, § 11,53; Block, s. 64-65; Kühl, 4; 53; Gropp, § 5, 43;

Wessels/Beulke, §6, 193; Leckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13ff, 94; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s. 168-169; Hakeri, Genel Hükümler, s. 177; Riskin azaltılması öğretisine eleştirel bir yaklaşım için Kindhauser, §11, 15 vd.

kafasına bir darbe gerçekleştirmeye doğru ilerleyen hareketi saptırarak darbenin mağdurun koluna isabet etmesine sebep olan kişinin durumları bu kategoriye örnek olarak ele alınabilir.¹⁵⁶ Bu durumlarda, ortaya çıkan netice ile taşı yolundan saptıran kişinin veya doktorun hareketi arasındaki nedensellik ilişkisi açıktır, fakat bu nedenselliğe rağmen bu neticeler faille isnad edilmez; çünkü en azından mevcut riskin şiddetini azaltan veya neticenin gerçekleşmesini geciktiren bu hareketlerin cezalandırılması, ceza hukukunca korunan hukuki değerlere yaslanan normların amaçlarıyla bağdaşmaz.¹⁵⁷ Burada failler önceki hareket veya tehlikeyi tamamen zararsız kılacak şekilde ortadan kaldırmaları da, riski azaltmışlar ya da olumsuz neticeyi geciktirmişlerdir. Mağdurun kafasına gelecek olan bir darbeyi saptıran kişinin hareketi, bu darbe mağdurun kafasına değil de omzuna geldiğinde, mağdurun uğradığı zararlar açıkça nedenseldir, fakat netice ile nedensel olduğu halde bu hareketle mağdur, değiştirilmeyen nedensellik serisinin yol açacağı zarardan daha az bir zarara uğramaktadır. Doktor örneğinde ise, mağdurun hayatı üzerinde mevcut olan daha büyük bir tehlikeyi, mağdurun vücuduna yaptığı müdahalelerle erteleyen veya geciktiren doktorun fiilleriyle, mağdurun uğradığı zararlar nedensel olmakla birlikte, doktor halihazırda mevcut daha büyük bir tehlikeyi geciktirmek adına bu neticelere yol açmıştır. Bu sebepten ortaya gene bir olumsuz netice çıkmış olsa da, bu kişiler bu neticelerden sorumlu tutulamazlar.

Aslında hukuken korunan değerleri tehdit eden tehlikelerin ortadan kaldırılmadığı fakat azaltıldığı ya da başka tehlikelerle değiştirildiği durumlarda, kişiyi hukuka uygunluk sebeplerine göre özellikle de hukuka uygunluk sebeplerinden mağdurun rızasını düzenleyen 5237 sayılı TCK md. 25'e göre ya da kusurluluğu etkileyen bir hal olarak tavsif edilen zorunluluk haline göre sorumluluktan bağışık tutmak da mümkündür. Fakat eğer bu yol benimsenirse, en başta fiilin, suç tipine uygun bir

¹⁵⁶ Kühl, § 4, 53; Roxin, Strafrecht AT,11, 53

¹⁵⁷ Kühl § 4, 54; Aksi yöndeki bir görüş için Kindhauser §11, 17. Kindhauser, olayda tipik bir yaralamanın objektif olarak gerçekleşmediğini iddia eden bu görüşe, mağdurun otonomisini yok saydığı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır.

hukuki değer ihlali olduğunu varsaymak ve ondan sonra zorunluluk hali ya da mağdurun rızası söz konusu olduğu için hukuka uygun olduğu tespitini yapmak gerekir.¹⁵⁸

Bu noktada beliren önemli bir problem, bu şekilde neticeyi değiştiren veya riski azaltan bir kurtarma hareketinin ne zaman neticenin objektif isnad edilebilirliği bakış açısından suçun tipikliği alanında anlam kazanacağı, hangi durumlardaysa hareketin kurtarma amacının başka bir alanda, örneğin hukuka aykırılık alanında, hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olduğu tespitini yapmak adına dikkate alınacağıdır.¹⁵⁹ Böyle bir belirsizliğin ortadan kaldırılması ve söz konusu problemin çözümlü adına sorulması teklif edilen ayırdedici soru kişinin, fiilleriyle mevcut bir tehlikeyi mi azalttığı yoksa hali hazırda mevcut bir tehlikenin yerine bir başkasını mı geçirdiği sorusudur. Bir kişi mevcut bir tehlikeyi, hali hazırda mevcut olan bir nedensellik serisine müdahale ederek azaltmamış ama onun yerine, mağdur için neticede gerçekleşmesi ilkinde göre daha az zararlı olacak bir tehlikeyi yeni bir nedensellik serisi başlatarak yaratmış olabilir. Böyle bir durumda kişinin fiili dolayısıyla cezalandırılmamasının sebebi bir hukuka uygunluk sebebinin olayda mevcut olmasıdır. Örneğin bir kimse, bir çocuu yanan bir evin penceresinden atar, böylece onun yaralanmasına sebep olur. Fakat bu sayede çocuu yanarak ölmekten kurtarır. Bu gibi kurtarma olaylarında, sırf failin daha az tehlikeli bir neticeye sebebiyet vermesi dolayısıyla, objektif isnad edilebilirliğinin ortadan kalkmayacağını; çünkü burada tek başına duran, yeni bir nedensellik serisinin var olduğunu ve bu gibi durumlarda ancak fiilin zorunluluk ve mağdurun rızası sebebiyle hukuka uygun olacağını kabul etmek gerektiği belirtilmektedir.¹⁶⁰ Bu tür olaylarda fail, hukuken

¹⁵⁸ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 53; Hakeri, Genel Hükümler, s. 178

¹⁵⁹ Wessels / Beulke, § 6, 193

¹⁶⁰ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 54; Kühl, § 4, 55; Block, s. 66-67 Wessels/Beulke § 6, 195; Leckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13ff, 94; Ünver, bu durumda isnad edilebilirliğin ortadan kalktığını belirtmektedir Ünver, İzin Verilen Risk, s. 280; Kindhauser ise mağdurun kafasına gelecek bir darbeyi çelerek o darbenin mağdurun omzuna gelmesine sebep olma olayı ile söz konusu olay arasındaki farkın pratik olarak önemsiz olduğunu belirtmektedir ve riskin azaltılması teorisinin, söz konusu olayda tipikliğin gerçekleştiği yönünde bir sonuca

korunan bir değer üzerinde hem bir tehlike yaratmakta, hem de bu tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesine sebep olmaktadır. Bir çocuğu pencereden atmak ve çocuğun bunun neticesinde yaralanması, bu olumsuz neticenin isnad edilebilir olduğunu göstermektedir. Fakat bir yangın söz konusu olduğu için her ne kadar netice kendisine isnad edilebiliyorsa da bu neticeden dolayı fail cezalandırılmaz; çünkü fiil hukuka uygun hale gelmiştir.

Bu noktada kabul etmek gerekmektedir ki hangi durumlarda bir ve aynı tehlikenin azaltılmasının, hangi olaylarda ise bir tehlikenin yerine bir başkasının geçirilmesinin mevcut olduğunu söyleyebilmek her zaman kolay değildir. Örnek olarak zikrettiğimiz olaylarda bile (her ne kadar tek bir nedensellik serisine müdahale olarak daha açık bir örnek gibi gözükmekteyse de) bir taşın yolundan saptırılması, doktorun hastanın vücuduna müdahale etmesi ve bir çocuğu mevcut ölüm tehlikesinden kurtarmak için yanan bir binadan pencereden atarak çıkartmak ve yaralanmasına sebep olmak arasındaki fark yeterince açık değildir. En son örnekte mevcut bir tehlikenin yerine bir başkasının geçirilmesi olarak değerlendirilen şey, mağdura daha az zarar verecek bir şekilde mevcut bir tehlikenin azaltılması olarak da değerlendirilebilir ya da üçüncüsü, mevcut bir tehlikenin yerine bir başkasını geçirmek olarak değerlendiriliyorsa, ilk örneğin neden başa gelecek bir darbe tehlikesinin yerine omza gelecek bir darbe tehlikesinin geçirilmesi olarak değerlendirilmediği yeterince açık değildir. Eğer ölçü, tek bir ve aynı nedensellik serisine müdahale etmek ise çocuğun pencereden atılması olayı, yangınla açıkça nedenseldir. Pekala son olay, çocuğun ölümü neticesiyle sonuçlanacak bir nedensellik serisine, mağdur için mevcut riski ortadan kaldırmayan ama bu riski azaltan bir müdahalede bulunulması olarak da değerlendirilebilir. Bu son örneğin, zorunluluk hali olarak değerlendirilmesi, önceki örneklerin riskin azaltılması olarak değerlendirilmesini de şüpheli hale düşürmektedir. Bu noktada sınır gerçekten de son derece belirsizdir.

varmasının, darbenin çelinmesi olayında aynı teorinin vardığı sonucu şüpheli hale getirdiğini belirtmektedir. Kindhauser, § 11, 19

2.3.2. HUKUKEN ÖNEMLİ BİR TEHLİKENİN YARATILMASI

Fiilin objektif isnad edilebilirliği, fail hukuki değer ihlali riskini azaltmamış, ama aynı şekilde hukukten dikkate alınabilecek ölçüde arttırmamışsa da ortadan kalkar. Yarattılan tehlike o derece azdır ki, gündelik hayatta mevcut olan her zamanki riskin oranını aşmaz ve dolayısıyla hukukten önemli bir riskin yaratıldığı da söylenemez.¹⁶¹ Bu kategoriye örnek olarak ilk önce yol açtıkları son derece uzak neticelerle açıkça hukuki bir bağlantısı olmayan her zamanki gündelik hayat faaliyetleri zikredilebilir: çocukları katil olan ebeveynlerin çocuk yapma fiillerinde olduğu gibi.¹⁶² Bundan başka daha önce de pek çok kez bahsedilen fırtına-olayı ve onun gibi normal, hukukten önemli olmayan gündelik hayat faaliyetlerine, örneğin büyük bir şehirde dolaşmaya, merdiven çıkmaya, denize girmeye yönelik teşvikler bu kapsamda değerlendirilebilir. İstisnai durumlarda bu tür olaylar kaza ile sonuçlansa bile bu tür hareketlerle bağlantılı toplumsal açıdan cüzi riskler, hayatın içindeki normal risklerdir, hukukten dikkate alınmazlar ve eğer tipte tanımlanan netice ortaya çıkarsa, söz konusu netice faile yüklenmez; çünkü Roxin'e göre toplumsal olarak normal ve genel olarak tehlikesiz davranışlar yasaklanamayacağı için, istisnai olarak bir hukuki değer ihlali gerçekleşse bile tipte uygun bir hareketin gerçekleştiğinden söz etmek mümkün değildir, *Wessels/Beulke*'ye göre de fırtına-olayında ölüm neticesinin meydana gelmesi insan tarafından hakim olunamaz olan doğa güçlerinin etkisiyledir ve sonuç itibarıyla neticede gerçekleşen riskler, günlük hayatın içindeki her zamanki risklerdir.¹⁶³ Aynı şey hali hazırda mevcut olan bir tehlikenin, hukukten ölçülemez oranda yükseltildiği olaylar için de söz konusudur. Bir kimse, bir su bendini yıkararak

¹⁶¹ *Wessels/Beulke* § 6, 183 ; *Gropp* § 5, 43; *Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe*, s. 168

¹⁶² *Kühl*, § 4, 46; *Block*, s. 60

¹⁶³ *Roxin*, *Strafrecht AT*, § 11, 55; *Kühl*, § 4, 47; *Wessels/Beulke*, §6, 183; *Krey/Esser de Wessels/Beulke* gibi burada tehlikenin yaratılması unsurunun eksikliğini, neticenin failin hakimiyet alanı içinde gerçekleşmediği ve neticenin bir talihsizlik biçiminde ortaya çıktığı gerekçesiyle temellendirmektedir. Burada fail, hukukten korunan bir değer üzerinde bir tehlike yaratmamaktadır; çünkü nedensellik serisi üzerinde bir hakimiyeti söz konusu değildir. *Krey/Esser*, § 11, 334; *Gene Kühl ve Roxin*, bu olayda ayrıca bir izin verilen risk durumunun söz konusu olduğunu belirtmektedirler. *Kühl*, § 4, 48; *Roxin*, *Strafrecht AT*, § 11, 68

yıkama suyunu denize akıtırsa ve daha sonra denizin taşması sonucunda bir sel felaketi meydana gelse, doktrinde genellikle nedensellik kabul edilmekle birlikte, bu davranışın bir su baskını yaratmak suç tipinin meydana getirilmesi olarak faile isnad edilemeyeceği belirtilmektedir, çünkü böyle bir olayda, ceza hukuku normlarının önlemek istediği tehlikelerin çok az bir su kütesinin eklenmesiyle hukuken dikkate değer bir biçimde artmayacağı açıktır.¹⁶⁴

Riskin arttırılması ya da yükseltilmesi prensibi esasen Uygun İlliyet Bağı teorisinin ve Larenz ile Honig tarafından onyıllarca önce ortaya koyulmuş objektif amaçlanabilirlik prensibinin (bir olasılıklar değerlendirmesinin) objektif isnadiyet teorisi içinde bir karşılığıdır. Kanunlarca korunan bir hukuki değeri dikkate değer bir biçimde tehlikeye atmayan davranış, bir neticeye ancak tesadüfi olarak yani bu durumda amaçlanmamış bir biçimde yol açabilir. Objektif olarak amaçlanabilirlik değerlendirmesi, akli başında objektif bir gözlemcinin, ex ante yani davranıştan önce söz konusu davranışın tehlikeyi ya da riski yükseltip yükseltmeyeceğine dair yapacağı bir değerlendirmeyi yani objektif-tamamlayıcı bir öngörüyü şart koşar. Burada isnadiyetin ortadan kalkması bir değerlendirme meselesidir; çünkü gerek fırtınada dolaşmak, gerekse trafiğe dahil olmak gibi hayat faaliyetlerinin belli bir risk ihtiva ettiği reddedilemez, öyleyse bu türden hareketlerin, “normal” olarak nitelendirilmesi ancak “olasılık bakış açısından” mümkündür.¹⁶⁵

Bu noktada problem önceden amaçlanabilirlik değerlendirmesini yapacak olan objektif gözlemcinin, somut failin sahip olduğu özel bilgileri de göz önünde

¹⁶⁴ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 55; Ünver, İzin Verilen Risk, s. 281

¹⁶⁵ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 56; Block, s. 60, burada özellikle vurgulanması gereken, bazı durumlarda hayatın akışı içinde olağan kabul edilen bir takım eylemler için tehlikenin yaratılması unsurunun eksikliğinden değil ama halihazırda mevcut bir tehlikenin dikkate değer bir oranda arttırılmamasından bahsetmenin gerekliliğidir; çünkü daha önce de vurgulandığı gibi bazı gündelik hayat faaliyetlerinde bile (trafiğe katılmak, merdivenden inmek ya da denize girmek v.s.) belli bir risk her zaman mevcuttur. Gündelik hayat faaliyetlerinin ihtiva ettiği bu türden tehlikelerin dikkate değer biçimde arttırılmamasından bahsetmek ise “izin verilen risk” öğretisiyle yakından bağlantılıdır.

bulundurup bulundurmayacağı noktasında çıkmaktadır. Her ne kadar varsayılan objektif bir gözlemcinin, somut failin sahip olduğu bilgileri neticeden onun sorumlu tutulup tutulmayacağı değerlendirmesi sırasında göz önüne alması gerektiği konusunda doktrinde bir uzlaşma varsa da bu durum, “objektif” olarak adlandırılan bir isnadiyet teorisinde “subjektif” unsurların da göz önüne alınması zorunluluğu gibi bir “hususî bilgiler” problemi yaratmıştır. Yani varsayılan gözlemci, somut failin sahip olduğu özel bilgilerle de donanmış bir gözlemcidir. Dolayısıyla yeğen, amcasını herhangi bir hususî bilgiye sahip olmadan fakat amcasının uçak kazasında ölmesi temennisiyle uçağa binmeye ikna ettiğinde ve uçak gerçekten de düşüp amcanın ölümüne sebebiyet verdiğinde objektif bir gözlemci için uçak kazasının ve amcanın ölüm neticesinin, neticenin amaçlanabilirliği bakımından herhangi bir hususîyeti yoktur. Fakat eğer yeğen, uçakta bir bomba olduğu “hususî bilgisiyle” aynı tavsiyede bulduysa bu durumda objektif gözlemci bu “hususî bilgiyi” de göz önüne alarak neticenin amaçlanabilir olduğu sonucuna varır.¹⁶⁶

Bu şekilde hususî bilgilerin göz önünde bulundurulmasının, objektif isnadiyet teorisi sistemi içinde, sistemi ayakta tutan özelliklere aykırı işlediği öne sürülmüştür. Bu şekilde failin sahip olduğu bilgilerin tehlikenin yaratılması ve fiilin hukuken kınanabilirliği konusunda yapılacak değerlendirmelerden ayrıştırılamıyor olması, objektif isnadiyet teorisinin yanlışlığına ve isabetsizliğine dair bir belirti olarak anlaşılmıştır. Dolayısıyla eleştiri, objektif isnadiyet teorisinin kasta ilişkin problemlerle meşgul olduğu, manevî unsurlara ve kasta ilişkin bilişsel nitelikleri, tipikliğin maddî unsurları alanına taşımaktan başka birşey yapmadığı biçimini almıştır.¹⁶⁷ Bu eleştirilere cevap verecek bir tutarlılığa ulaşmak adına *Jacobs*, failerin toplumsal etkileşim içinde üstlendikleri rollerine ait olmadığı kadarıyla hususî bilgilerin göz önünde bulundurulmasının gerekli olmadığını ve bu hususî bilgilerin, tehlikenin yaratılması değerlendirmesiyle alakasız olduklarını belirtmiştir. Bu durumda da, “bir biyoloji öğrencisinin, tatil döneminde kilerinde çalıştığı bir

¹⁶⁶ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 56, Luis Greco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum “Problem” des Sonderwissens, ZStW 2005/3, s.519-520

¹⁶⁷ Greco, ZStW s. 523

lokantada, okulda öğrendiği bilgiler sayesinde egzotik bir salata içinde, zehirli bir sebze keşfettiği ama buna rağmen bu salatayı servis ettiği” bir örnek olayda *Jacobs*, failin olayda garantör olarak üstlendiği sosyal rolünü kilerde görevli olmakla sınırlandırdığı için bu öğrencinin aynı zamanda öğrenci olmasından dolayı sahip olduğu hususi bilgileri neticenin isnad edilebilirliğiyle alakasız bulmuştur. Dolayısıyla objektif isnadiyet teorisi sistemini bozan sözde problemi çözmek adına, açık bir öldürme suçunu reddetmek durumunda kalmıştır. Sonuç ikna edici olmaktan uzaktır; çünkü olaydaki gibi açıkça kastla işlenmiş bir öldürme fiilinin, herhangi bir hukuka uygunluk ve mazeret sebebi bulunmadığı takdirde cezalandırılması gerekmektedir.¹⁶⁸

Gerçekte ise failin sahip olduğu hususi bilgiler, tipikliğin maddi unsurlarının suç politikası bakımından sahip olduğu fonksiyonla birleşebildiği sürece göz önünde bulundurulmalıdır. Objektif isnadiyet teorisi “tehlike” kavramı etrafında örülmüş bir teoridir, hususi bilgiler de suç tipinde ortaya konulmuş izin verilmeyen tehlike tanımlarının yapısal bir elemanıdır. Bir hukuki değer muhafazası ancak onu tehlikeye sokacak hareketlerin yasaklanmasıyla, bu yasaklama ise ancak ex ante bir değerlendirme zemininde mümkündür, dolayısıyla failin sahip olduğu hususi bilgiler, bu ex ante değerlendirme kapsamında hareketinin tehlikeliliği hakkındaki verilecek bir yargı için yani tehlikenin yaratılıp yaratılmadığı konusunda bir yargıda bulunabilmemiz için göz önünde bulundurulmak durumundadır. Suç tiplerinin suç politikası bakımından işlevi, izin verilen ve yasaklananın sınırlarının nereden geçtiğini belirlemektir. Failin sahip olduğu hususi bilgiler bu sınırın tespit edilmesinde önem teşkil ettiği müddetçe, suç tipinin maddi unsurları alanında göz önünde bulundurulabilir, hatta buludurulmak zorundadır.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Roxin, *Strafrecht AT*, § 11, 57; Greco, *ZStW*, s. 526; Block, s. 63; Leckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13ff, 93

¹⁶⁹ Greco, *ZStW* s. 553-554

2.3.3. HUKUKEN ÖNEMLİ BİR TEHLİKENİN YARATILMASI VE VARSAYILAN NEDENSELLİK

Objektif isnadiyet teorisi kapsamında uzun zamandır tartışmalı olan bir diğer problem ise, bir tehlikenin yaratılması veya arttırılması konusunda bir değerlendirme yaparken, varsayılan nedenselliğin dikkate alınıp alınmayacağı ve alınacaksa hangi oranda dikkate alınacağıdır. İcrai suçlarda kural olarak varsayılan nedensellik önemsizdir; gene de bu, varsayılan nedenselliğin isnad edilebilirliği ortadan kaldıran bir etkisi olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmamıza engel olmamalıdır. Varsayılan nedenselliğin, neticenin objektif isnad edilebilirliğine etkisi konusunda pek çok belirsizlik olmakla birlikte, en azından şu önemli noktada bir birlik söz konusudur: harekette bulunanın yokluğu halinde, söz konusu eylemi gerçekleştirecek bir kimsenin bulunduğu iddiasıyla, hukuka aykırı neticenin objektif olarak isnad edilemeyeceği iddia edilemez. Bu husus doktrinde üstlenme prensibi (übernahm prinzip) olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁰ Bir kişi, savaşta ateş ederek bir başkasını öldürdüğünde, eğer ateş etme fiilini gerçekleştirmeseydi bir başkasının gene de kendisi yerine geçerek neticeye sebebiyet vereceği savıyla neticenin kendisine yüklenemeyeceğini iddia edemez. Yani hukuk düzeninin, emir veya yasak ihtiva eden davranış normlarını, sırf onları bir başkası da ihlal etmeye hazır olduğu için geri alacağı düşünülemez.¹⁷¹

Bu nedenle bu tür olaylarda, tehlikenin yaratılmasını ya da riskin arttırılmasını, suçun konusunun her halükarda kaybedileceği veya zarar göreceği ve bu nedenle söz konusu hukuki değer fail tarafından daha fazla tehlikeye sokulamayacağı iddiasıyla reddetmek açıkça anlamsızdır. Meydana gelen netice, failin tek başına yarattığı bir tehlikenin gerçekleştirilmesidir ve rezerv sebepler dışarıda bırakılarak yalnızca bu olgu, belirtilen sebeplerle normatif bakış açısı altında göz önüne alınmalıdır. Bu kasten işlenen suçlarda geçerli olduğu gibi taksirle işlenen suçlarda da aynen geçerlidir. yani bir kişi kendi taksirli fiili olmasa dahi bir başka fiilin neticeye aynen

¹⁷⁰ Leckner/Eisele, S-S, Vor §§13ff, 97; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 58; Kindhauser, § 11, 13

¹⁷¹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 58

sebebiyet vereceği iddiasıyla hukuki değer ihlalinin görmezden gelinmesini talep edemez.¹⁷²

Bütün bunlar, rezerv fail hukuka uygun davranışıyla söz konusu neticeye sebep olacaksa da geçerli olmalıdır. Kendi sahibi tarafından zaten uyutulacak hasta bir köpeği veya hastalık salgını sebebiyle zaten polis tarafından kesilecek bir öküzü öldüren kimsenin söz konusu fiilleri için ceza sorumluluğu ortadan kalkmaz. Rızasıyla bir zarara müsaade eden kimse için kendi tasarrufunda olan bir hukuki değer artık herhangi bir korumadan yararlanmaması, bu hukuki değer başka insanlara karşı da aynı şekilde korumasız kaldığı anlamına gelmemektedir.¹⁷³ Bu minvalde zikredilen bir diğer örnek, ölüm cezasına mahkum edilmiş bir kimsenin cezası cellat tarafından infaz edilmeden önce, infazı gerçekleştirmek için görevli olmayan bir kimsenin elektrikli sandalyeyi çalıştırarak mağduru öldürmesidir. Bu gibi durumlarda, kanunkoyucu tipik bir harekete, yalnızca belirli şahıslar veya belirli

¹⁷² Roxin, Strafrecht AT, § 11, 59; Bu bakımdan, "... sanığın, öleni kasten öldürdüğüne dair cezalandırmaya yeterli ve inandırıcı kanıt yoktur. En aleyhe düşünüşle ilk bakışta eylem tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olma olarak düşünülebilirse de, daha önceden de intihara teşebbüs etmiş olan, intihar alışkanlığı olan maktulü elindeki tabancayı kafasına dayamış halde gören sanığın aksi ispatlanmayan savunmaya göre onu ölümden kurtarmak için müdahale edip, tabancayı elinden almaya çalışıp, tabancayı ele geçirdiği esnada maktulün itmesi ile dengesini kaybedip yere düşerken, her nasılsa parmağı tetiğe takılınca, çıkan merminin maktule isabet ettiğini de reddetmek mümkün değildir. Şayet sanık hiç müdahale etmese ne olacaktı? Bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın 25/2 maddesi hükmü de gözönüne alınarak faile ceza verilemez görüşünde olduğumuzdan, sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz." diyerek Yargıtay 1. CD'nin 06.06.2007 tarih ve 1658/4568 sayılı kararına karşı düşüncesini belirten muhalif üyenin görüşünün savunulabilir olmadığını söylemek gerekmektedir. Sanığın müdahale etmemesi ihtimaline göre varsayımsal bir değerlendirmenin, bu varsayımsal değerlendirmeyle söz konusu neticenin gene de meydana geleceği iddiasının sanığın sorumluluğu belirlenirken ve neticenin sanığın fiiline isnad edilmesi bakımından herhangi bir hususiyeti yoktur. Cengiz Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları, Ankara, 2009, s. 448-449

¹⁷³ Leckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13ff, 98; Roxin, Strafrecht AT, §11, 60; Kindhauser, § 11, 13

bir fonksiyonu icra eden kimseler açısından izin vermektedir, dolayısıyla eğer yasak başka kimseler için de azaltılmamış (bütünüyle geçerli) olarak devam ettiriliyorsa bu kimselerin hukuka uygun rezerv sebepleri kendi hukuka aykırı fiillerine bahane göstermesi mümkün değildir; çünkü hem aksi takdirde bu durum, toplumsal bakımdan büyük bir kargaşaya yol açabilir ve herkes başka bir kimse hakkında yakalama emri veya tutuklama kararı olduğu gerekçesiyle o kişinin hürriyetini kısıtlama veya hakkında verilmiş hükmü infaz etme hakkını kendisinde görebilir hem de her ne kadar hakkındaki idam cezası az sonra infaz edilecek de olsa kişinin yaşamı kayıtsız şartsız hukuk düzeni tarafından saldırılara karşı koruma altında olmaya devam etmektedir.¹⁷⁴

Ancak failin, bir nedensellik akışını, mağdurun durumunu daha kötü hale getirmeden değiştirdiği varsayılan nedensellik hallerinde, yukarıda sözü geçen varsayılan nedensellik hallerinden farklı olarak, ortaya çıkan neticenin faile isnad edilmesi söz konusu olmaz. Bu konuda sıkça zikredilen bir örnek şudur: F, bir demiryolu aracını, bir toprak kayması sebebiyle kapanmış iki hattan biri üzerinde, fren yapsa bile kayalara çarpmaktan kurtulamayacağı şekilde sürmektedir. A, makas değiştirdiği için araç sol hattan, aynı şekilde kayalarla kapanmış sağ hatta girer. F sol hat üzerinde değil de, A makas değiştirdiği için sağ hat üzerinde ölür. Bu tip bir olayda, insani yedek sebepleri göz önüne almamayı gerektiren sebepler söz konusu değildir. Olayların mevcut akışı, zararı arttıracak ya da zararın daha önce doğmasına yol açacak biçimde değiştirilirse isnad edilebilirlik söz konusu olur. Rezerv sebeplerin göz önünde bulundurulmamasının mantığı da en temelde budur: bir netice, mevcut rezerv sebeplerin etkisiyle, daha sonra da gerçekleşecek olsa bile failin fiili neticenin meydana gelmesini hızlandırdığı için faile isnad edilmelidir. Fakat hukuki yararın korunması perspektifinden, mağdurun sağ hatta veya sol hatta ölmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır ve failden bağımsız olarak kendi doğal akışında ilerleyen olayların gelişim yönünün değiştirilmesi, toplumsal değerlendirmeye göre bir adam öldürme olarak belirmemektedir. Bu tür bir olayda ne mevcut bir tehlikenin

¹⁷⁴ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 60; Leckner/Eisele, Vor §§ 13ff, 97

arttırıldığından ne de neticenin meydana gelmesinin hızlandırıldığından bahsedilebilir. Harekette bulunan kimsenin, aynı zamanda faile daha ağır zararlar vermeyi istemesi, fakat olayların akışını ancak aynı şiddette bir neticeye sebebiyet verecek şekilde değiştirebilmesi halinde, teşebbüse ilişkin hükümler uygulanmalıdır.¹⁷⁵

Diğer taraftan, bir kimse doğal bir nedensellik serisini sadece değiştirmekle kalmayıp, aynı zamanda kendi başına duran yeni bir nedensellik serisi açarak neticeye sebebiyet verirse isnadiyetin ortadan kalkıp kalkmayacağı konusunda şüpheler bulunmaktadır, yukarıda belirtilen demiryolu-aracı örneğinde bir kişi, mağduru demiryolu aracının ölümcül şekilde kayalara çarpması anında silahla öldürürse neticenin faile isnad edilip edilmeyeceği konusu tartışmalıdır. Bu tür durumlarda genelde neticenin isnad edilebilirliği, mağdurun durumu olduğundan kötüleştirilmediği için genelde reddedilmektedir. Ancak bir insanın icrai hareketiyle bir doğal nedenselliğe müdahalede bulunmasının, olayların nedensel akışındaki yalın bir değişiklikten farklı olduğu açıktır, bu nedenle hukuk düzeninin, prensip olarak, açıkça bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı durumlarda hukuki yarar ihlallerinin cezalandırılacağı kuralı böyle durumlarda askıya alınmamalıdır. Eğer ölmek üzere olan birinin, bir kimse tarafından öldürülmesi yaptırımsız bırakılırsa, bu açıkça hukuk sisteminin hazmedemeyeceği biçimde öldürme yasağının askıya alınması anlamına gelir.¹⁷⁶

2.3.4. İZİN VERİLEN RİSKİN BULUNDUĞU HALLER

Bir kişi dikkate değer bir tehlike yarattığında, fakat bu tehlike izin verilen risk tarafından örtülen bir tehlikeyse, yaratılan tehlikenin hukuken önemli bir tehlike olmaması sebebiyle neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi mümkün olmaz.¹⁷⁷ Burada zararlı bir netice önceden öngörülebilir olmakla birlikte, bazı hareketlerin ihtiva ettiği tehlikeye toplumsal fayda bakımından göz

¹⁷⁵ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 61; Block, s. 67; Leckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13ff, 98

¹⁷⁶ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 62; Kindhauser, § 11, 13

¹⁷⁷ Kühl, § 4, 40; Wessels/Beulke, §6, 184

yumulmaktadır.¹⁷⁸ Çok çeşitli bağlamlarda izin verilen risk kavramına başvurulduğu halde, kavramın anlamı ve sistematik içindeki yeri henüz bir belirsizliğe sahiptir.¹⁷⁹ Tanımı, sınırları, hukuki niteliği ve ceza hukuku bakımından gerekliliği doktrinde çok tartışmalıdır ve bu konuda çok farklı görüşler bulunmaktadır. Bununla birlikte, fiilin objektif isnadiyeti öğretisini kabul eden yazarlar arasında şu konuda bir birlik bulunmaktadır: izin verilen risk alanında bulunan bir netice, başkaları açısından çok veya az bir tehlike veya zarar riski doğursa dahi, bu risk izin verilen sınırları aşmadığı için hukukten dikkate değer bir tehlikenin yaratılması unsurunun eksik olması sebebiyle, objektif isnad edilebilirliğin ortadan kalkacağıdır.¹⁸⁰ Demek ki bir tehlikenin yaratıldığıнын reddedilemediği durumlarda tehlikenin hukuk düzeni tarafından izin verilir bir tehlike olduğunun reddedilmesi söz konusu olabilir.¹⁸¹

Her insan davranışı, daima içinde başka insanların hukuki yararlarına yönelmiş bir miktar risk ihtiva etmektedir. Trafığe arabasıyla katılan şoför, bir inşaat işçisi veya fabrikasında çekiç üretimi yapılan bir fabrikatör, alışılmış veya hukuki düzenlemelerde yazılı güvenlik önlemlerine riayet etse dahi, birlikte yaşadığı insanların sağlık ve yaşamlarını belli ölçüde tehlikeye sokar. Trafığe katılan bir

¹⁷⁸ Hakeri, Genel Hükümler, s. 177

¹⁷⁹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 65; Roxin, doktrinde izin verilen risk konusunda bulunan bu belirsizlikler dolayısıyla, izin verilen riskin bulunduğu durumlar ile her hangi bir riskin yaratılmadığı durumlar arasında bir sınır çekmenin teoride güç olduğunu, fakat bu güçlüğün, iki durumda da tipikliğin tamamlandığından bahsedilemeyeceği için pratikte bir önemi olmadığını belirtmektedir. Gene de özellikle özen yükümlülüğüne dair bir düzenlemenin olduğu alanlarda, bu yöndeki bir normlaştırmanın izin verilen bir riskin varlığının bir belirtisi olduğuna işaret etmektedir. Roxin, Strafrecht AT, § 11; 67; Doktrinde pek çok yazar “izin verilen risk”in haksızlığın pozitif bir önkoşulu olduğu yönünde fikir birliği içindedirler yani izin verilen riske riayet etmek bir mazeret sebebi olarak değil fakat tipikliği ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Jacobs § 7, 41; Roxin, Strafrecht AT, § 11,65; Block, s. 62

¹⁸⁰ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 260; Kühl, § 4, 48; Wessels/Beulke, § 6, 184

¹⁸¹ Block, s. 60

aracın, trafikteki diğer araç ve yayalar için yarattığı tehlikeye rağmen, izin verilen risk, araç sürücülerinin sorumluluklarını daraltmaktadır ve bir kaza neticesiyle nedensel olan hareketler için bile, bu hareketler trafik kurallarına uygun olduğu müddetçe isnad edilebilirlik ortadan kalkabilmektedir. Nedensel ilişki mevcut olduğu halde, izin verilen risk sınırları içinde kalan bir tehlike, neticenin faile yüklenmesini engeller.¹⁸² Bir hukuk düzeni insan hareketleriyle her hangi bir hukuken korunan bir değer üzerinde hiçbir tehlikenin yaratılmasını istemiyorsa, buna ancak kesin olarak tehlikesiz hareketlerden oluşan bir skala dışındaki bütün hareketleri yasaklayarak ulaşabilir. Bir hukuk düzeninin, bu şekilde hareket özgürlüğünü ciddi bir biçimde daralttığı zaman ise varlığını sürdürmesi imkânsız hale gelir. Öte yandan önceden sonuçları öngörülebildiği halde insanların hareketleriyle diledikleri gibi tehlike yaratmalarına müsaade eden bir hukuk düzeni de bulunamayacağına göre, hukukun insanların birlikte yaşamalarını düzenlediği her yerde, toplumsal olarak istenilmeyen tehlikeler ile toplumsal olarak katlanılanları, yani kabullenilenleri, kavramsal ve normatif olarak ayırmak zorunluluğu vardır. Demek ki “izin verilen risk” konusunda yapılacak bir değerlendirme, bir yanda hukuken korunması gereken değerlerin bir yanda da hareket özgürlüğü ve toplumsal faydanın olduğu iki kefe arasındaki bir dengeyi gözetmelidir.¹⁸³

Her kim, bir maden ocağı açarsa, bir yol yapım projesine başlarsa, bir uçak şirketi işletirse veya yalnızca kuralına uygun bir şekilde trafiğe katılırsa, bu hareketlerinin, hukuk düzeni tarafından takdir edilen özen yükümlülüğüne riayet etse bile, adam öldürmeye, müessir fiile ve mala zarar vermeye yol açacağını öngörebilir. O zaman öngörülebilir olan bu netice gerçekleştiği zaman kişiyi, meydana gelen neticeden dolayı sorumlu tutmak mı gerekmektedir? Tipikliğin, hareket- netice ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağı unsurları tamamlanmıştır, neticenin öngörülebilir olması manevi unsurlar alanında kişiyi sorumluluktan kurtarma ihtimalini de elemektedir. Bu noktada, bu tür faaliyetlerin toplumsal faydası sebebiyle izin verilen risk kurumu

¹⁸² Ünver, İzin Verilen Risk, s. 257; Kühl, § 4,48; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 66

¹⁸³ Jacobs, § 7, 35; Ünver, İzin Verilen Risk, s. 257; Block, s. 60; Wessels/Beulke, §6, 184; Leckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13ff, 93

devreye girmektedir. Ancak izin verilen riskin sınırının aşılması haksızlığın pozitif bir koşulu olarak kabul edilmektedir. Yani başkasını öngörülebilir şekilde zarara sokmak, eğer zararı doğuran hareket, “izin verilen risk”in sınırlarını aşmış ise, medeni hukuk ve/veya ceza hukuku sorumluluğunu doğurmaktadır.¹⁸⁴

Yani gerek toplumsal yaşamı, geniş bir hareket yasağı ile önemli derecede bir durağanlığa mahkum ederek toplumsal gelişmenin önüne geçmemek, gerek çok gerekli ve önemli bazı hukuki yararları ulaşılması için, daha az önemli hukuki yararların ihlal edilmesine göz yumulması ihtiyacı, kanun koyucuyu hukuksal yararları çok genel bir biçimde karşılaştırarak bazı izin verilen risk alanları yaratmaya zorlamıştır. Bu alanın içinde kalındıkça yapılan harekete ve onun neticesine izin verilmiştir. Yani hukuken önemli bir tehlike yarattığı halde, tekil olayların sahip olduğu hususiyetlerden bağımsız olarak, o harekete hukuk düzeni tarafından genel bir izin verilmiş ise bu hareket, izin verilen risk kapsamında anlaşılmalıdır ve bunun sonucu olarak fiilin objektif isnad edilebilirliği ortadan kalkar. Tipik örnek, trafik kurallarına uygun araba kullanmaktır. Şehir trafiğinin, kişilerin yaşamı, sağlığı ve başka hukuki yararları üzerinde hukuken önemli bir tehlike yarattığı inkar edilemez. Kaza istatistikleri, bunu inkar edilemez biçimde göstermektedir. Gene de kanun koyucu, arabaların (belirli kurallara riayet ederek) trafiğe çıkmasına izin vermektedir, çünkü toplumsal yaşamın gereklilikleri bunu talep etmektedir.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 258; Burada özellikle belirtmek gerekmektedir ki izin verilen riskte de, neticenin objektif isnad edilebilirliğini ortadan kaldıran diğer bütün durumlarda olduğu gibi suçun kast ve taksirli işlenmesine göre bir ayrıma gidilmemektedir. Dolayısıyla izin verilen risk, taksirle işlenen suçlarda geçerli ama kastla işlenen suçlarda geçerli olmayan bir kurum değildir. Kişi, neticenin gerçekleşme olasılığını gördüğü zaman izin verilen risk söz konusu değildir, görmediği zaman ise söz konusudur denilemez. Jacobs, § 7, 40; Ünver, İzin Verilen Risk, s. 274-275

¹⁸⁵ Kühl, § 4; 48; Jacobs, §7; 41

2.4. BİR TEHLİKENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

2.4.1. BİR TEHLİKENİN GERÇEKLEŞTİRİLMEDİĞİ DURUMLAR

Objektif isnad edilebilirliğin söz konusu olması için, neticede, fail tarafından yaratılmış, izin verilmeyen bir riskin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla eğer fail, korunan hukuki yarar üzerinde bir tehlike yarattığı halde, meydana gelen netice bu tehlikenin gerçekleştirilmesi olarak değil de failin fiiliyle tesadüfi bir ilişkiye girmiş biçimde ortaya çıkarsa neticenin isnad edilebilmesinden söz etmek mümkün değildir.¹⁸⁶ Bu kategoriye her şeyden önce, kasti bir suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ama öngörülemeyen atipik bir nedensellik akışı ile neticenin meydana geldiği olaylar girmektedir. Yani kişinin birisine öldürme kastıyla ateş etmesi halinde, mağdur ölmez de yaralanır ve yarası sebebiyle değil de hastanede çıkan bir yangın sonucunda hayatını kaybederse, ölüm neticesi faile yüklenemez; çünkü fail, mağdurun yaşamı üzerinde bir tehlike yarattığı ve nedensel olarak mağdurun ölümüne sebep olduğu halde, ölüm neticesi, failin yarattığı bu tehlikenin gerçekleşmesi olarak değil tamamen tesadüflerin yön verdiği bir nedensellik akışının sonucunda gerçekleşmiştir. Günlük hayatta mevcut olan genel risklerin ortaya çıkardığı sonuçları herkes, bu sonuçları başkasının fiillerine isnad etmeden, kendisi üstlenmek durumundadır.¹⁸⁷ Bu örnek olayda, failin silahla mağdura ateş etmesinin yanarak ölme tehlikesini hukuken önemli ölçüde artırıp artırmadığı da sorulabilir. Burada hastanede kalmak, mağdurun orada çıkan yangında ölmesi için elverişli bir tehlike yaratmış değildir. Dolayısıyla tehlikenin gerçekleştirilmesi ve isnad edilebilirliğin varlığı reddedilerek, söz konusu soru olumsuz biçimde cevaplanmalıdır.¹⁸⁸ Bu konuda bir başka örnek olarak, A'nın taksiri sebebiyle

¹⁸⁶ Kühl, § 4, 60; Krey/Esser, § 11, 343; Leckner/Eisele, S-S, Vor §§ 13ff, 96

¹⁸⁷ Kühl, § 4, 61

¹⁸⁸ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 69; Kühl, § 4, 62; Başka bir terminolojiyle Krey/Esser aynı sonuca, olayda neticenin objektif olarak öngörülemezliği sebebiyle de ulaşıldığını belirtmektedir. Burada neticenin objektif olarak öngörülebilirliğini de failin, genel

gerçekleşen ve B'nin aracının ağır biçimde hasar gördüğü bir trafik kazasına tanık olan yaşlı bir kadının olayın heyecanı ile kalp krizi geçirerek ölmesi gösterilebilir. Bu olayda da fiil ve netice arasında, objektif isnadiyet için bulunması gereken risk bağlantısı eksiktir. Burada A'nın fiili bir tehlike yaratmıştır ama B'nin yaşamı üzerinde bir tehlike yaratmıştır, dolayısıyla yaşlı kanının ölüm neticesinde gerçekleşmiş olanın A'nın yarattığı bir tehlike olduğunu söylemek güçtür.¹⁸⁹

Buna karşılık, nedensellik serisindeki sapmanın dikkate alınmaması gereken durumlarda, fiil objektif olarak isnad edilebilmelidir. Örneğin eğer, ilk olarak ölüm neticesini doğurmayan, ancak teşebbüs aşamasında kalan hareket, neticenin gerçekleşmesi tehlikesini hukuken önemli ölçüde artırmış ise, bu takdirde doğan netice, ilk olarak teşebbüs aşamasında kalan fiilin yarattığı tehlike aracılığıyla gerçekleştirilmiştir ve netice, faile isnad edilmelidir. Örneğin bir bıçak yarısı sonucu ağır yaralanan mağdur, başarılı bir operasyonun ardından hastanede yarasının enfeksiyon kapması sonucunda ölürse failin hareketinin mağdurun yaşamı için yaratmış olduğu tehlike ile ortaya çıkan netice doğrudan bağlantılıdır ve doğan netice, olayların tesadüfi akışı içinde ortaya çıkmamıştır. Nedensellik bağındaki bu

tehlikeliliğiyle tanımlanan fiili yapması ve fiilin söz konusu tehlikeliliğinin neticede gerçekleşmesi biçiminde tanımlamaktadır. Krey/Esser § 11, 336

¹⁸⁹ Krey/Esser, § 11, 345; Jacobs, § 7, 65; Yargıtay, benzer bir olayda nedensellik bağlantısının mevcut olmadığı gerekçesiyle sanığın neticeden sorumlu tutulmaması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay'ın verdiği karar isabetli olmakla birlikte söz konusu olayda eksik olan unsur nedensellik bağı değildir. Sanığın hareketi ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik bağının mevcut olduğu tartışma götürmez bir şekilde görülmektedir. "...Sanığın silahla ateş etmesi sonucu panik ortamı yarattığı, bu ortam içinde vukubulan trafik kazasında bir kişinin ölümü ile kasdi bir cürüm olan silahla müessir fiil suçu arasında hiçbir şekilde illiyet rabıtasının mevcudiyeti söz konusu olmayıp, silahıyla ateş eden sanığın böyle bir neticenin husulünü öngörebileceği düşünülemez." Yrg. 2. CD., 24.03.1994, 53-2248 (Düzgün/Elmacı, s.74) Halbuki bu olayda eksik olan risk bağlantısıdır. Sanığın, silahıyla ateş ederek yarattığı tehlike, neticede gerçekleşmiş olan tehlike değildir.

sapmaya rağmen, netice faile isnad edilmelidir.¹⁹⁰ Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre de, örneğin tıbbi müdahalenin yapılmaması, geç yapılması, tıbbi müdahalenin kötü bir sonuç vermesi öngörülemeyen yani bu anlamda atipik gelişmeler değildir.¹⁹¹ Yargıtayın verdiği bir kararda alkollü mağdurun, sanığın yakın mesafeden yaptığı atışlarla hastaneye kaldırıldığı bir olayda, “acilen ameliyata alınan ve ameliyat sırasında zor entübasyon nedeniyle entübe edilemediğinden laringeal maske ile uyutulduğu bildirilen alkol almış kişi, bu girişimin beklenebilir komplikasyonu olarak” hayatını kaybetmiştir. Bu olayda Yargıtay 1. CD, fiil ve netice arasındaki nedensellik bağının mevcut olduğu gerekçesiyle sanığın neticeden sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmıştır. Halbuki daha önce de işaret ettiğimiz gibi burada bir nedensellik problemi değil bir objektif isnadiyet problemi bulunmaktadır. Olayda alkollü olduğu için entübe edilemeyen mağdur, laringeal maskeyle uyutulmuş ve bunun beklenebilir bir sonucu olarak hayatını kaybetmiştir. Burada soru, “netice ve fiil arasında nedensellik bağı mevcut mudur?” değil, “acaba neticede gerçekleşen tehlike failin yarattığı tehlike midir?”, olmalıdır. Söz konusu olayı, yaranın enfeksiyon kapması olayıyla karşılaştırmak mümkündür. Tıpkı yaranın enfeksiyon kapması gibi mağdur da anestezide yaşanan bir sorun dolayısıyla hayatını kaybetmiştir. Dolayısıyla failin fiili, tehlikenin gerçekleşmesi ihtimalini hem önemli ölçüde arttırmıştır hem de anestezide yaşanan problem olayların tesadüfi seyri içinde meydana gelmemiştir. Meydana gelen netice, failin fiilinin doğrudan sonucu olması

¹⁹⁰ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 286; Kühl, § 4, 63; Krey/Esser, § 11, 341, Halbuki hastaneye kaldırılan mağdur, başarılı bir operasyon sırasında anestezi kazası sebebiyle ölmüş olsa, ölümünde gerçekleşen tehlikenin, failin kazayla mağdurun hayatı üzerinde yarattığı tehlike olmadığını söylemek gerekir. Kühl, dn. 163

¹⁹¹ “.. Ölenin tedavisi için hastanın hastaneye ulaştırılmasında gecikme veya götürüldüğü hastanede olanaksızlıklar nedeniyle tedavi eksikliklerinin bulunması; failin fiiline eklenen bir sebep olarak kabul edilemez” (YCGK 7.11.1995, 1-280/326), “Ameliyatın hiç yapılmaması veya geç yapılması veya ameliyatın kötü sonuç vermesi her zaman olagelen hallerden olduğundan...” (Yrg. 1. CD., 14.4.1992, 594/786) (Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem/ Rifat Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2013, 10. Bası, s. 139)

sebebiyle yani nedensellik bağı doğrulandığı için değil de failin fiiliyle yarattığı tehlikenin neticede gerçekleşmesi sebebiyle, fail neticeden sorumlu tutulmalıdır.¹⁹²

Bir de mağdurun sahip olduğu bazı bedensel özel koşullar sebebiyle, fail tarafından yaratılan tehlikenin neticede gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışmalı olduğu durumlar vardır. Örneğin hemofili hastası mağdur, burnuna atılan bir yumrukla kan kaybından ölürse, ölüm neticesinde gerçekleşen tehlike acaba failin yarattığı bir tehlike midir yoksa o tehlike değil de failin sahip olduğu bedensel hususiyette mahfuz bir tehlike midir? Bu noktada iki ayrı bakış açısından mesele ele alınmaktadır. Nedensellik serisinin öngörülebilirliğini, objektif isnadiyetin kurulabilmesi için bir ölçü kabul eden yazarlar, mağdurun sahip olduğu özel

¹⁹² Yrg. 1.CD 05. 11.2007, 4139/8084 (Otacı, s. 423); Fakat Yargıtay, buna benzer pek çok kararında tartışmayı, neticenin failin fiiline objektif olarak isnad edilebilir olup olmaması üzerinden değil de nedensellik bağının mevcut olup olmadığı üzerinden yapmaktadır. “Oluş ile Adli Tıp 1. İhtisas Kurulunun raporu gözönüne alındığında; yaralıya hastaneye alındığında gerekli olan tetanos aşısı veya serumu yapılmış olsaydı ölüm meydana gelmeyeceğinden; yaralanmaya neden olan sanığın kusurlu davranışı ile ölüm arasında *doğrudan doğruya illiyet bağının varlığından söz edilemez.* Bu nedenle sanığın, iş ve güçten kalma süresine göre yaralanmaya sebebiyetten sorumlu tutulabileceği düşünülmeden ölümüne sebebiyetten mahkumiyet hükmü tesisi bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 9. CD, 15.12.1987, 3887/5152 (Özgenç, s. 173) “Dosyada mevcut Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu raporunda; “ateşli silah yarasının; damar ve barsak yaralanması nedeniyle başlı başına ölümüne yol açacak nitelikte olmakla birlikte gerekli cerrahi onarımın gerçekleştirildiği, tedavi sırasında verilen kan ürünlerinin birinde hepatit virüsü saptandığı; yaralanma ve tedavi sonrası yapılan tıbbi incelemelerde hepatit tanısı konduğu ve kan ürünü verilmesi ile hastalık gelişiminin uyumlu olduğu dikkate alındığında; ölümün ateşli silah yaralanmasının tedavisi için hepatit virüslü kan verilmesi sonucu gelişen akut hepatitten ileri geldiğinin kabulü gerektiği..” şeklinde görüş bildirildiği tespit edilmiş... sanığın öldürme kastıyla hareket ettiği ve ölümün de yapılan bu fiilin doğal neticesi olarak meydana geldiğinin yine bu bağlamda fiil ile netice arasında uygun nedensellik bağının da mevcut olduğu dikkate alındığında; oluşan suçun unsurları itibariyle 5237 Sayılı TCK’nun 81. maddesinde öngörülen kasten adam öldürme suunu oluşturacağı...” Yrg. 1.CD., 5.11.2007, 2007/4139 E,2007/8084 K. (Seydi Kaymaz, Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma, Ankara, 2009, s.84)

durumun görülemezliği ve nadirliği sebebiyle, failin, eyleminin ölüm neticesine yol açabileceğini önceden öngöremeyeceğini belirtmektedirler. Bu görüş, esas olanın bütün ayrıntılarıyla olayın gelişiminin öngörülebilirliği değil, nedensellik serisinin kabaca ve ana hatlarıyla öngörülebilirliği olduğunu belirtmektedir.¹⁹³ Yani burada

¹⁹³ Üzülmöz/Koca, Genel Hükümler, s. 202; Krey/Eszer, 11, 346; Block, s.100-101;

Yargıtay da yeni tarihli bazı kararlarında öngörülebilirliği bir ölçü olarak kullanmayı tercih etmiştir. Yargıtay'ın bu kararlarında Dönmezer/ Erman'ın savunduğu görüşü benimsediği görülmektedir. Dönmezer/ Erman, bir neticeden dolayı failin sorumlu tutulabilmesinin ancak objektif ve sübjektif iki incelemenin bir arada yapılması ve iki durumda da neticenin fail için öngörülebilir olmasıyla mümkün olduğunu belirtmektedir. Önce “nedensellik bağlantısı hakkında hüküm vermek mevkiinde bulunan” objektif bir gözlemci nazarından neticenin objektif olarak öngörülebilirliği değerlendirmesi yapılır ardından da failin kişisel bilgisi ve tecrübesi gözönüne alınarak failin ne gibi bir netice doğabileceğini tahmin ettiğini araştıran sübjektif bir inceleme yapılacaktır. Dönmezer/Erman, s. 597 Aşağıdaki kararında mahkeme, fail için netice öngörülebilir olduğu takdirde neticeden failin taksirle sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir.

“Sanığın gayri resmi eşi olan maktuleye, kalp hastalığı olduğunu bilmesine rağmen olay günü 5237 sayılı TCK'nun 86/2. maddesi kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek surette etkili eylemde bulunduğu, maktulenin müessir failin etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen kalp yetmezliği nedeniyle öldüğü olayda; yaralama kastıyla hareket eden sanığın, ölüm sonucunu istememekle birlikte kalp rahatsızlığı olan maktulenin ölebileceğini *öngördüğünün ve böylece bilinçli taksirle hareket ettiğinin* anlaşılması karşısında...” Yrg 1.CD., 22.5.2007, 5796/3947 (Ahmet Gökçen/Murat Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s.30)

Ayrıca şu noktayı da belirtmek gerekir ki bu kararın 5237 sayılı TCK döneminde verilmiş olması bir tesadüf değildir. 765 sayılı TCK'nın 452/2 maddesinde; ölümün “failin failinden önce mevcut olup da , failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç gayrimelhuz esbabın inzımanı ile” meydana gelmesi halinde de bir ceza öngörülmekte fakat bu ceza daha az olmaktadır. Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında “Failin hareketine eklenen nedenlerin onun tarafından öngörülmüş olup olmamalarının bir önemi yoktur. Kanun ‘failce bilinmeyen’, failin iradesinden hariç’ ‘gayri melhuz’ sebeplerden söz etmek suretiyle; bu konuda herhangi bir araştırma imkanını önceden kesin olarak yok etmek istemiştir. Buna göre fail, sözkonusu sebeplerin kendi hareketine eklenebileceklerini ve

ölüm neticesinin öngörülemezliği, neticenin faille yüklenmesi önüne bir engel olarak çıkarılmaktadır ki bu görüşün tehlikenin yaratılması ve tipik neticede gerçekleştirilmesi ölçütlerine göre çok ikna edici olduğu söylenemez. Demek ki bu mesele risk-öğretisi bakış açısından yani tehlikenin yaratılması ve neticede gerçekleşmesi ölçülerine göre de değerlendirilmelidir. Bu ölçülere göre yaptıkları bir değerlendirmeye aslında neticede gerçekleşen tehlikenin, failin yarattığı değil fakat mağdurun durumuna içkin, (im Opfer angelegt war) bir tehlike olduğunu söyleyenler bulunmaktadır. Fakat bu ikinci görüşü dillendirenlere, failin fiiliyle neticenin meydana gelme tehlikesinin dikkate değer oranda arttırıldığını hatırlatmak gerekmektedir, öyle ki netice, failin bir eseri olarak bile nitelendirilebilir. Bu konuda Kühl, bu tehlikenin failin yarattığı bir tehlike olduğunun kolay kolay inkar edilemeyeceği görüşündedir¹⁹⁴ Bu konuda net bir kanaate varmak mümkün gözükmemektedir. Olayların gelişimin son derece atipik ve öngörülemez olduğu muhakkaksa da, aynı şekilde failin fiiliyle mağdurun yaşamı üzerinde yarattığı tehlikenin dikkate değer bir tehlike olduğu da muhakkaktır. Gene de neticede hangi tehlikenin meydana geldiğine bakıldığında, failin yarattığı tehlike değil de mağdurun

böylelikle ölümün vuku bulacağını öngörmemiş olsa bile fiil ile netice arasında illiyet bağının varlığı kabul edilecektir.” denilerek önceden öngörülebilirliğin bir ölçü olarak kullanılma ihtimalinin 765 sayılı TCK sisteminde mümkün olmadığını belirtmiştir. YCGK. 7. 9. 1984, 1-446/225 (Kaymaz, s. 81)

¹⁹⁴ Kühl, § 4, 65; Krey/Esser, § 11, 346; Baumann/Weber/Mitsch’te de neticeden failin sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır fakat bu sonuca, objektif isnadiyet teorisi üzerinden değil de bahsedilen neticenin ön görülemezliğinin failin taksirini kaldırması gerekçe gösterilerek ulaşılmaktadır. Baumann/Weber/Mitsch §14, 25; Block, olayların bu şekilde gelişmesinin (bir hemofili hastasına rastlamak, onu bu şekilde yaralamak ve kanın durdurulamayarak mağdurun ölümüne sebep olması) son derece tahmin edilemez ve beklenmedik olduğunu ve neticede gerçekleşen tehlikenin de, mağdurun özel durumuna içkin bir tehlike olması sebebiyle isnadiyetin reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Block, s.100-101

bedensel hususiyetinde mahfuz tehlikenin neticede gerçekleştiğini söylemek daha isabetli gözükmeştir.¹⁹⁵

Bir kazaya sebep olan kişi tarafından mağdur için ölümcül bir tehlike yaratan nedensellik akışı başka bazı çevresel koşullarla yeni bir istikamet kazandığı zaman neticenin kazaya sebep olan kişiye yüklenip yüklenemeyeceğı de bir başka tartışmalı husustur. Örneğın bir kişi, eczacısının taksirle sebep olduğı bir vitamin zehirlenmesinden hastaneye kaldırılırsa ve orada hastane tarafından sorumluluğı üstlenilmeyen bir gribe yakalanması neticesinde ölürse, neticenin isnad edilebilirliğı, enfeksiyon ve grip sebebiyle ölümün hastanın zehirlenme sebebiyle bünyesinde oluşan zayıflığa bağılı olarak gelişip gelişmediğıne bağılıdır. Eğer, bünyenin zayıflaması, ölüme sebebiyet verdiyse, bu durumda eczacı tarafından yaratılan tehlikenin neticede gerçekleştiğinden bahsedebiliriz ve eczacı taksirle adam öldürmek fiili kapsamında cezalandırılır. Eğer grip, zehirlenmenin bünyede yarattığı zayıflamadan bağımsız olarak ölüme sebep olduysa, bu durumda eczacı yalnızca taksirle bir kişiyi yaralamak fiili kapsamında bir ceza alır.¹⁹⁶ Burada olayların

¹⁹⁵ Yargıtay, benzer olaylarda meseleyi gene bir nedensellik bağı meselesi olarak ele almayı tercih etmiştir.

“Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesi 7.12.1988 tarihli mütalaasında ölenin trafik kazasına bağılı sağ kalça ve bacak kırığının daha önce kendisinde mevcut olan şeker hastalığı ve böbrek hastalıklarının 2. ameliyat sonrası dönemde akut safhaya geçmesine yol açarak akut böbrek yetmezliğı sonunda vefat ettiğini, ölüm ile geçirmiş olduğı kaza arasında dolaylı illiyet bağı bulunduğunu bildirmiş olmasına göre ölüm ile trafik kazası arasında doğrudan bir illiyet münasebeti olup olmadığı hususunda bir kere de Adli Tıp Genel Kurulundan görüş alınması; doğrudan illiyet bağı bulunmadığı ifade olunduğı takdirde sanığın yaralanmaya sebebiyet suçundan mahkumiyeti cihetine gidilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar ittihazi, bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 2. CD., 12.12.1989, 11490/12065 (Özgenç, s. 173)

¹⁹⁶ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 71; Köhl, bu konuda şu olayı zikretmekte ve ulaşılan sonuca katıldığını belirtmektedir, bir kaza sonucu yaralanan ve bünyesini zayıf düşüren gerekli bir operasyon geçiren mağdur yiyecek parçaları yutması sebebiyle akciğinin iltihaplanması sonucu ölürse, acaba neticede gerçekleşen fazla hız yaparak kazaya yol açan kişinin yarattığı

akışının tesadüfi, atipik ve beklenmedik bir şekilde gelişip gelişmediği ve bu nedensel serinin, failin fiiliyle bağlantısı gözden geçirilmelidir. Hastane-yangını olayında olduğu gibi olaylar tamamen tesadüfi bir şekilde gelişebileceği ve failin yarattığı tehlike neticede gerçekleşmeyeceği gibi, failin yarattığı tehlikenin, olayların akışı içindeki etkisi devam ediyor ve bu tehlike bir şekilde neticede gerçekleşiyor da olabilir.

2.4.2. İZİN VERİLMEYEN BİR RİSKİN NETİCEDE GERÇEKLEŞTİRİLMEDİĞİ DURUMLAR

İzin verilen bir riskin bulunduğu durumlarda, fiilin objektif isnad edilebilirliği, izin verilen riskin sınırın aşılmasına ve bununla birlikte bir izin verilmeyen riskin yaratılması durumuna bağlıdır. Tıpkı objektif isnadiyet formülünde belirtildiği üzere genel olarak bir riskin yaratılmasının yanında bir de bu riskin neticede gerçekleştirilmesi aranıyorsa, aynı şekilde izin verilemeyen bir risk yaratıldıktan ve bu izin verilmeyen risk neticede gerçekleştikten sonra neticenin faile yüklenebileceğinden bahsedilebilir.¹⁹⁷

Bu konu doktrinde sıkça zikredilen “keçi kılı olayı” üzerinden tartışılabilir: bir fırça fabrikasının yöneticisi, bu konuda yazılı bir hukuki emrin varlığına rağmen, çin keçisi kollarını işlemeleri için işçilerine dezenfekte etmeden verir. Dört işçi şarbon enfeksiyonu kapar ve ölürlür. Çok daha sonraki bir araştırma ortaya çıkarır ki; önceden talimatla belirtilmiş olan dezenfekte araçları kullanılsaydı dahi, bu dezenfekte işlemi Avrupa’da o zamana kadar tanınmayan bu basiller bakımından geçersiz olacaktı. Burada fail, dezenfekte etmeyi ihmal ederek, ex ante bir değerlendirmede izin verilen risk tarafından kapsanmayan büyük bir tehlike yaratmıştır. Ancak sonradan yapılan tespite göre, neticede gerçekleşen tehlike failin

tehlike midir yoksa neticede gündelik riskler mi gerçekleşmiştir? Eğer kazanın etkileriyle bünyenin zayıflaması ve hastalıklara karşı direncin düşmesi, neticenin gerçekleşmesiyle bağlantılıysa kazaya yol açan kişinin yarattığı tehlikenin etkisi hala sürüyor demektir ve isnadiyet ortadan kalkmamıştır. Kühl § 4, 66

¹⁹⁷ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 73

yarattığı söz konusu tehlike değildir. Yani fail, yaptığı faaliyetler dolayısıyla izin verilen riskin kapsamını aşarak, işçileri için bir risk yaratmış fakat, bu izin verilmeyen risk, ortaya çıkan neticede gerçekleşmemiştir. Eğer netice faile isnad edilirse, o takdirde fail, yerine getirmesi tamamen faydasız olan bir yükümlülüğü ihlal ettiği için cezalandırılacaktır. Bu da eşitlik ilkesine aykırıdır.¹⁹⁸

Aynı konuda bir başka benzer örnekte de bir izin verilmeyen risk yaratılmakta fakat neticede bu izin verilmeyen risk gerçekleşmemektedir. Bir araç sürücüsü, otobanda aracıyla hız sınırını aşarak bir süre gittikten sonra, tekrar hızını kurallar tarafından öngörülen hız seviyesine düşürür. Yoluna devam ettikten bir süre sonra, bir aracın arkasından aniden fırlayarak önüne çıkan bir çocuğa çarparak onun ölümüne sebep olur. Bu trafik kazası sürücü için objektif olarak kaçınılmazdır. Trafik kurallarına riayet ederek aracını sürerken ortaya çıkan kazadaki risk, izin verilen risk kapsamında değerlendirilmelidir. Fakat, sürücü eğer bir süreliğine hız sınırını aşarak arabasını kullanmasaydı, o anda çocuğa çarptığı o noktadan geçmeyeceği söylenebilir. Yani trafik kazası, yalnızca trafik kurallarına uygun otomobil kullanma fiilinin ihtiva ettiği izin verilen risk dolayısıyla değil, aynı zamanda sürücü tarafından belirli bir süre otobanda hız sınırının aşılması dolayısıyla da meydana gelmiştir. Burada spesifik bir riskin gerçekleştirilmemesine rağmen, netice bu hız sınırının aşılmasının içindedir. Gene de trafikte belli bir hız sınırında seyretmeyi gerekli kılan norm, araçların belirli bir anda belirli bir yerden geçmesini önlemek için değil, bu hız sınırı aşıldığında trafikteki diğer araçlar ve yayalar için oluşacak muhtemel tehlikeyi önlemek içindir. Dolayısıyla izin verilmeyen bir riskin yaratılması tesadüfen bir kazayı sonuçlarsa, o durumda bu neticenin riski yaratan faile isnad edilebilmesi mümkün değildir.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 287 (RGSt 63,211)

¹⁹⁹ Wessels/Beulke, § 6, 182; Ünver, İzin Verilen Risk, s. 288, Bu örnek olayda, aynı zamanda normun koruma amacı bağlantısının eksik olması dolayısıyla da netice faile isnad edilemez. Burada izin verilmeyen bir riskin neticede gerçekleşmemiş olmasının sebebi, bu neticenin normun koruma amacı bağlantısının dışında kalmış olmasıdır.

Bir sürücü, trafikte kendisini yanlış sollayan bir sürücünün fiili dolayısıyla korkup kalp krizi geçirse neticeden yanlış sollayan sürücüyü sorumlu tutmak mümkün müdür? Bir başkasını korkutarak onun kalp krizi geçirmesine yol açmak tehlikesi, başka birisinin yanlış araç kullanımıyla önemsiz bir tarzda arttırılabilir ancak bu artış, doğan neticenin faile yüklenebilmesi bakımından yetersizdir. Trafik kurallarının amacı, kişilerin ruhsal açıdan zarar görmelerine engel olmak değil, daha çok doğrudan doğruya bedensel yaralanmalarına ve ölümlerine engel olmaktır. Yanlış sollama izin verilmeyen bir risk yaratıyor olsa da bu yarattığı tehlikeler netice gerçekleştirilmediği takdirde, fail trafiği tehlikeye sokma veya mala zarar verme sebebiyle cezalandırılabilir, ancak bir başka sürücünün korkup kalp krizi geçirmesi ve ölmesi sebebiyle taksirle insan öldürme suçundan cezalandırılmaz.²⁰⁰

2.4.3. ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİNİN OLAYLARIN GELİŞİMİNE DAHİL OLDUĞU DURUMLAR

Üçüncü bir kişinin ya da mağdurun kasti ya da taksirli fiiliyle ya da ihmaliyle, daha önceden yürürlüğe konulmuş bir nedensellik serisine dahil olarak neticeye sebep verdiği olaylar, ortaya çıkan neticenin faile mi yoksa araya giren üçüncü kişiye mi isnad edileceği konusunda sahip oldukları tartışmalı yapılarıyla gündeme gelmektedirler. Bu türden olaylarda, isnadiyetin ortadan kalkmasının imkanı ve sınırları *rücu yasağı* başlığı altında tartışılan bir konudur. Dolayısıyla daha önce şart teorisi başlığı altında değindiğimiz *nedensellik bağının kesilmesi* meselesi ve *rücu yasağı*, objektif isnadiyet teorisi kapsamında yeniden karşımıza çıkmaktadır.²⁰¹ Rücu yasağını burada bir kez daha, tipte tanımlanmış neticeye yol açan bir nedensellik zinciri, belli bir kişinin hareketinden öncesine takip edilmemelidir ve böylece nedensellik serisine daha önce dahil olan kişiler bir isnadiyet incelemesinde dikkate alınmamalıdır biçiminde formüle edebiliriz.²⁰²

²⁰⁰ Ünver, İzin Verilen Risk, sf 289; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 77

²⁰¹ Kühl, § 4, 67 Bu kısımda tehlikenin yaratılması perspektifinden ele alacağımız olaylar yanında ayrıca ilerde daha ayrıntılı ele acağımız şahsi sorumluluk durumları da bulunmaktadır.

²⁰² Kindhauser, §11, 36

Şart teorisi başlığı altında rücu yasağının doktrinde kabul görmeyen bir düşünce olduğundan ve bir kişinin kasti fiiliyle nedensellik serisine girmesinin nedensellik bağı üzerinde herhangi bir etkisi olmayacağından bahsetmiştik. Rücu yasağının, sorumluluk alanını nedensellik bağıyla irtibatlı biçimde daraltan öğretisi, rücu yasağının eski öğretisi olarak adlandırılmaktadır.²⁰³ Dolayısıyla rücu yasağının bu eski öğretisi, olayların akışına bir kişinin kasti bir fiiliyle dahil olmasının, bu fiilden önce mevcut olan ön şartlarla netice arasındaki nedensellik bağını ve dolayısıyla neticenin isnad edilmesi imkanını ortadan kaldırdığını savunmaktadır.²⁰⁴

Rücu yasağının yeni öğretisi ise, bu daraltmayı neticenin objektif isnad edilebilirliğiyle bağlantılı biçimde yapmaya çalışmaktadır. Doktrinde, neticenin, bir kişinin kasti fiiliyle olayların akışına dahil olması durumunda taksirli ilk faile isnad edilemeyeceği, neticenin objektif isnad edilebilirliğinin rücu yasağıyla birlikte ortadan kalktığı bir olay grubu olarak ele alınmaktadır. Örneğin, rücu yasağını kabul eden bu görüşe göre, avdan dönen J, bir bara girip dolu silahını askıya assa ve A da orada silahı görüp, aralarında o sırada bir kavga bulunan bar sahibi B'ye ateş etse, J, ölüm neticesinden sorumlu değildir; çünkü A'nın kastla hareket etmesi, neticenin taksirli J'ye isnad edilmesini engellemektedir. Bu türden olaylarda isnadiyetin ortadan kalkmasını bazı yazarlar, üçüncü bir kişinin kasti hareketiyle dahil olmasının, olayların akışını ilk fail için öngörülemez ve kontrol edilemez, özellikle de kontrol edilemez kıldığını öne sürerek açıklamaktadırlar. Bu yazarlar objektif isnadiyet anlayışlarının çekirdeğine olayların akışının fail için hükmedilebilir olması ölçüsünü koydukları için üçüncü kişinin araya giren davranışı bu yazarlara göre olayların akışının hükmedilebilirliğini ortadan kaldırmaktadır.²⁰⁵ Dolayısıyla, daha önceki

²⁰³ Kindhauser, § 11, 41; Kühl, § 4, 68

²⁰⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.211

²⁰⁵ Özgenç de bu örnek olayda araya giren üçüncü kişinin fiilinin, nedensellik bağını kesmediğini fakat neticenin, taksirli fiilin failine isnad edilmesi imkanını ortadan kaldırdığını belirterek, rücu yasağını kabul ettiğini ortaya koymaktadır. Özgenç, s. 172; Aynı şekilde Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe de sorumluluğun ikinci hareketi yapan ve tipteki neticeyi gerçekleştiren kişide olduğunu belirterek rücu yasağının objektif isnadiyet teorisi

taksirli hareketle yaratılmış tehlikenin neticede gerçekleşmediğini öne sürerek, buradan da isnadiyete dair daha genel bir kural çıkarmaya çalışmaktadırlar. Başka bazı yazarlarsa taksirle hareket eden ilk fail ile kastla hareket eden üçüncü kişi arasında büyük bir sorumluluk farkı olması sebebiyle, taksirle davranan ilk failin cezaya tabi olmaması gerektiğini belirtmektedirler.²⁰⁶ Bu konuda öne sürülen bir başka gerekçe ise hukuk toplumunda hakim olan güven ilkesidir. Bu güven ilkesine göre, bir kimsenin kendi davranışının hukuka uygun olmasını gözetme sorumluluğu bulunmakla birlikte, kişiye bir başkasının hukuka aykırı davranabileceği ihtimalini gözetme sorumluluğu yüklenmemelidir. Kişi, sadece kendi davranışlarının hukuka uygunluğu bakımından sorumluluk sahibidir. Aynı zamanda bu kişiye, kendi davranışlarının zemininde bir başkasının serbest iradesiyle ve sorumluluk bilinciyle hareket ederek bir suç işleyip işlemeyeceği konusunda bir hesap yapmak sorumluluğu yüklenmemelidir.²⁰⁷

Burada, taksirli J için olayların akışının kontrol edilebilir olmasının hangi bakımdan A'nın taksirli veya kasti hareket etmesine bağlı olduğu anlaşılmamaktadır. A'nın kastla hareket etmesinin, J için olayların akışını hükmedilebilir olmaktan çıkarması görüşü mantıklı gözükmemektedir. Kontrol edilebilirlik tek başına silahın ortalığa bırakılmasıyla ilgilidir: neticeyle bağlantılı bu şartın yürürlüğe konulmasından J, A ve B arasındaki mevcut tartışmayı göz önüne alarak kaçınabilirdi ve kaçınmalıydı. J, silahı ortada bırakmayabilirken, hatta ortada bırakmaması gerekirken ortada bıraktığına, dolayısıyla silahın askıya asılması J için hükmedilebilir olduğuna göre, daha sonra A'nın bu silahı alıp B'ye ateş etmesi, olayların akışını J için hükmedilebilir olmaktan çıkartmaz. A'nın daha sonra yanlışlıkla mı yoksa nişan

içindeki varlığını kabul etmişlerdir. Gene de rücu yasağının mutlak bir şekilde koşulsuz kabul edilmesine de mesafe koymuşlardır. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.165 Biz bu görüşlere katılmadığımızı, rücu yasağının bir ilke olarak benimsenmesi yerine bu tür olaylarda objektif isnadiyet öğretisinin temel formülünde de belirtilmiş olan risk değerlendirilmesinin yapılması gerektiğini düşündüğümüzü belirtmek istiyoruz.

²⁰⁶ Kindhauser, § 11, 41; Kühl, § 4, 68

²⁰⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 212

olarak mı ateş etmesinin, olayların J için hükmedilebilir olup olmamasıyla bir alakası bulunmamaktadır.²⁰⁸

Roxin ise rücu yasağının isnadiyet problemleri için her zaman geçerli bir kural olarak kullanılmasının mümkün olmadığını söylemektedir. Herşeyden önce özen yükümlülüğüne aykırı davranarak izin verilmeyen bir riskin yaratılmasının ardından, bu yükümlülüğe aykırı davranış sırasında failin sahip olduğu, bir başkasının kasten suç teşkil eden fiilleri işlemeyeceğine dair güveninin korunması mümkün değildir. Rücu yasağı görüşünü savunanlar, bu güvenin korunması gerektiğini belirtiyorlardı. Fakat kimse bir barda dolu bir silahı askıya bırakıp sonra da bu silahla birisinin bir başkasını öldürmeyeceğine güvenemez.²⁰⁹ Böyle bir güvenin korunmasının anlamı, bir başkasının ceza hukuku tarafından korunan hukuki değerleri üzerinde bir tehlike yaratmama yasağının askıya alınması ve herhangi bir hukuki bir norm olmamasına rağmen bir riskin, izin verilen bir risk haline getirilmesidir.²¹⁰ Dolayısıyla bir başkasının hukuken doğru davranacağına dair güven sınırsız değildir, bu türden olaylarda da bu güvenin korunması mümkün değildir.²¹¹

Benzer değerlendirmeler neticeye sonradan nedensellik zincirine dahil olacak bir üçüncü kişiyle birlikte etkide bulunma durumu için de yapılabilir. İki durum için de Roxin, rücu yasağı ilkesine başvurmadan izin verilmeyen bir tehlikenin yaratılması ve bu tehlikenin, suç tipinin etki alanı içinde neticede gerçekleşmesi unsurları yoluyla meselenin çözülebileceğini belirtmektedir.²¹² Örneğin A, mağdur B'yi

²⁰⁸ Kindhauser, § 11, 42

²⁰⁹ Krey/Esser, § 11, 354; Claus Roxin, Bemerkungen zum Regressverbot in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, s. ; Kühl, § 4,68

²¹⁰ Kindhauser, § 11, 44

²¹¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 212

²¹² Krey/Esser, § 11, 354; Roxin, FS Tröndle, 1989, s.190; Baumann/Weber/Mitsch §12,

78'de buradaki isnadiyet problemlerinin rücu yasağı ilkesine başvurarak çözülmesi eleştirilirken, bizce yanlış bir şekilde tipikliğin manevi unsurlarına göre bu meselenin çözülebileceği belirtilmektedir. *“Tehlikeyi yaratan kişi, üçüncü kişinin neticeye sebep olan*

bilincini kaybedene kadar döver ve yerde bırakır. Ardından bu ilk fiilden habersiz C gelir ve bilinçsiz bir şekilde yerde yatan mağdurun kafasına iki üç tekme atar. İki kişide de öldürme kastı bulunmadığı halde mağdur ölür.²¹³ Bu olayda A'nın ölüm neticesinden sorumlu tutulup tutulamayacağı gene A'nın fiilinin yarattığı tehlikenin neticede hala etkisini sürdürüp sürdürmediğine göre belirlenmelidir. Eğer, C'nin fiili, A'nın B'ye verdiği zarardan bağımsız olarak da sağlıklı bir insanın hayatını kaybetmesine sebep olabilecek kadar şiddetliyse A'yı ölüm neticesinden sorumlu tutmak güçtür, ancak kasten adam yaralamadan dolayı sorumlu tutulabilir, C ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Fakat aksine C'nin fiilinin yarattığı tehlike, A'nın fiilinin yarattığı tehlikeyle birleşerek neticede gerçekleşmişse bu durumda ölüm neticesinden ikisini de sorumlu tutmak gerekir.²¹⁴²¹⁵ Dolayısıyla Roxin, gerek araya giren üçüncü kişinin fiilinin, taksirli hareket zemininde gerçekleşmesinde olsun, gerekse neticeye nedensellik serisine dahil olan üçüncü kişiyle birlikte etki etme durumunda olsun, objektif

davranışını hesplamamışsa ya da hesaplama gereği duymamışsa, kastı ve taksiri bulunmadığı için cezai sorumluluğu ortadan kalkar”

²¹³ Benzer bir olayda Alman Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı için bkz. BGH NJW 66, 1823 kararı (Hakeri, Genel Hükümler, s.169)

²¹⁴ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 83; Kurtarma olaylarında, ilk tehlikeyi yaratan kişinin, kurtarma hareketlerini gerçekleştirmek için olaya dahil olan kişilerin başına gelen neticelerden sorumlu tutulup tutulamayacağı konusu tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Wessels/Beulke §6, 192a; Kindhauser §11, 55 vd.

²¹⁵ Benzer bir olay da Yargıtay'ın önüne gelmiştir.

“maktul ve sanıkların aynı yerde birlikte içki aldıkları sırada tartışmaya başladıkları ve maktulün küfretmesi üzerine sanık M'nin tabakla başına vurduğu, bir süre daha maktul oturduktan sonra kalkıp çıktığında dışarıda bir defa diğer sanık C ile aynı nedenle kavga ettiği, sanık C'nin de kafa vurması üzerine yere düşüp başını çarptığı, maktulün daha sonra fenalaşıp öldüğü (...) Adli Tıp raporlarına göre her bir yaranın ayrı ayrı ölümü meydana getiren beyin harabiyeti ve komalara neden olabileceği dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Bu oluş çerçevesinde her bir sanığın eylemi ölümü meydana getirebilir nitelikte ise de, birbirlerine eklenerek ölümü meydana getirmesi mümkün ve muhtemel olduğundan şüphenin lehe kabulü ile sanıkların ayrı ayrı TCK. 452/2'den dolayı cezalandırılması gerekmektedir.” Yrg. 1.CD., 10.06.1998 1335/2051 (Gökçen/Balcı, s.27)

isnadiyet teorisinin çekirdeğindeki risk öğretisinin, formülün içerdiği tehlikenin yaratılması ve tipik neticede gerçekleşmesi yaklaşımlarının bu türden olaylarda yeterli olduğunu ve isabetli sonuçlara götürebileceğini söylemektedir.

Bu konuda rücu yasağı ilkesinin ortaya çıkardığı olumsuzluklardan kaçınmak için ortaya atılmış bir başka görüş ise *sınırlı sorumluluk alanı teorisi* olarak doktrinde yer almaktadır. Bu teoriye göre de bir kişi, kendi davranışları zemininde bir başkasının sorumluluk alarak ve serbest iradesiyle suç işleyebileceğini her zaman hesaplamak zorunda değildir, dolayısıyla bir başkasının suç işlemeyeceğine dair güven korunmalıdır. Fakat bu güvenin korunamayacağı istisnai haller de bulunmaktadır. Olayda üçüncü kişinin hukuka aykırı fiili bakımından dışa vuran, gözlenebilir işaretler bulunması halinde ya da ilk hareketi yapan kişi zarardan kaçınmak bakımından garantör pozisyonunda olduğu takdirde bu güvenin korunması mümkün değildir. Bu haller dışında ilk hareketi yapan kişiyi, neticeden sorumlu tutmak mümkün değildir. Kimse bir başkasının, suç işlememesini sağlamak, tehlikeli hareketlerde bulunmasını engellemek zorunda değildir. Yalnızca eğer kendi ilk hareketlerinin, üçüncü kişinin suç teşkil edecek hareketleri için bir zemin oluşturabileceği olayların gelişiminden açıkça anlaşılabiliriyorsa kişi, bu hareketleri yapmaktan sakınmak durumundadır. Gene ilk hareketi yapan kişinin özel bir koruma yükümlülüğü bulunduğu takdirde de netice, üçüncü kişinin kasti fiiliyle araya girmesiyle meydana gelse bile ilk hareketi yapan garantör kişiye yüklenebilir.²¹⁶ Roxin'in risk öğretisi odaklı yaklaşımı ile sınırlı sorumluluk alanı teorisi, gerek ilk hareketi yapanın kesin sorumluluğunu öngören yaklaşımlara, gerekse de ilk hareketi yapanın mutlak sorumsuzluğunu savunan yaklaşımlara karşı bir orta yol açarak, iki yaklaşımı da yumuşatıp belli oranlarda içermiştir.

Peki taksirli ilk harekete eklenen hareketin kastlı değil de taksirli bir davranış olması durumunda sonuç ne olmalıdır? Burada da eğer taksirli ilk hareketle yaratılan tehlikenin etkisi neticede devam ediyorsa yani bu ilk hareket neticeye, sonradan eklenen taksirli hareketle birlikte yol açıyorsa bu durumda herkesi kendi taksirli

²¹⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 212

fiilinden dolayı kusuruna göre sorumlu tutmak yani neticeyi, ilk hareketi yapan faile de objektif olarak yüklemek gerekir.²¹⁷ Örneğin Yargıtay'ın bir kararına konu olan, “Sanığın traktörü ile tarlasına giderek traktörü tarlasının yanındaki yola bıraktığı, kontak anahtarını üzerinden almadığı ve bu esnada olay yerinde bulunan 11 yaşından küçük kardeşi Mehmet'in traktörle oynarken öleni ezdiği, bu şekilde cereyan eden” bir olayda Yargıtay “küçük kardeşi Mehmet'in hareket kabiliyeti, köy şartlarındaki yaşam koşullarının kendisine traktörle ilgili bir iş verilmemesi, birlikte değerlendirildiğinde sadece kontak anahtarını traktörün üzerinde bırakan sanığın kusurlu olup olmayacağı, ölüm ile olay arasında illiyet bağının mevcut olmadığı tartışılmadan bilirkişi raporuna istinaden karar verilmesi yasaya aykırıdır.”²¹⁸ diyerek kararı bozmuştur. Bu olayda da Yargıtay başka bazı kararlarında yaptığı gibi nedensellik değerlendirmesini objektif ve subjektif unsurların birlikte ele alınmasıyla yapma yoluna gitmiştir. Halbuki olayda sanığın taksirli hareketiyle, ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olduğu tespitini yapmak gerekmektedir. Bunun dışında olayda asıl tartışılması gereken neticenin sanığa objektif olarak yüklenebilir olup olmadığıdır. Biz bu olayda neticenin sanığa yüklenebileceğini, sanığın taksirli olarak neticeden sorumlu tutulabileceğini düşünüyoruz. Bunun sebebi ise sanığın taksirli ilk hareketinin etkisinin neticede devam ediyor olması ve kardeşin taksirli hareketiyle birlikte neticeye sebep veriyor olmasıdır. Dolayısıyla özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde anahtarı kontakta bırakan sanığın taksirli fiilinden dolayı sorumlu tutulması gerekir.²¹⁹

Buna karşın Yargıtay'ın bu yönde ele aldığı başka bir olaydaysa sanıklar tarlada ekin toplarken, sanıkların oğlu, olay sırasında 8 yaşında olan M, ilk önce babasının gömleğini ağaçta asılı olduğu yerden düşürmüş, daha sonra da gömleğin cebindeki çakmağı alarak tarladaki anızları tutuşturmuştur. Burada çıkan yangın ormana sıçrayarak 40 hektar alanın tutuşmasına sebep olmuş, yangın söndürme çalışmaları

²¹⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 213

²¹⁸ Yrg. 2. CD. 10.11.1997,12635/14958 (Seydi Kaymaz/ Hasan Tahsin Gökcan, Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara, 2006, s.107)

²¹⁹ Aksi yöndeki bir görüş için bkz. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.166

sırasında da Y, aşırı dumandan boğulmuş ve yanarak hayatını kaybetmiştir. Yargıtay bu olayda, M'nin babasının taksirli fiiliyle netice arasındaki nedensellik bağlantısını reddetme yoluna gitmiştir.²²⁰ Gene olayda şart teorisine göre bir nedensellik bağlantısının olduğu, M'nin babası sanık gömleğini, cebinde çakmak varken ağaca asmasaydı Y de hayatını kaybetmeyecekti şeklinde condicio formülünün olaya basit uygulamasıyla doğrulamak mümkündür. Burada mesele M'nin eyleminin, babası sanığın taksirli fiiline rücu etmeyi önleyip önlemeyeceğidir. Rücu yasağınının, isnadiyet problemlerine her zaman uygulanmasına karşı olan görüş zaviyesinden bile bu olayda neticenin sanığa objektif olarak yüklenmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Her ne kadar olay, barda askıda bırakılan silah örneğiyle benzerlikler göstermekteyse de olayda, M'nin babasının, gömleğinin cebinde çakmak bırakmaktan kaçınmasını gerektirecek göz önünde bulundurulması gereken bir tehlike bulunmaması, gerekse de sanığın zaten gömleğini ağaca asarak M'nin kolayca ulaşabileceği bir yerde bırakmaması neticenin, onun taksirli fiiline objektif olarak isnad edilmesini engellemektedir. Bu olayda neticede gerçekleşen tehlikenin M'nin babasının yarattığı tehlike olmadığını düşünüyoruz. Hatta burada bir başka açıdan gömleğin cebinde çakmak varken dahi olsa ağaca asılmasının gündelik hayat faaliyetlerinden olduğu ve sanığın bu şekilde yaparak gündelik hayat faaliyetlerinde halihazırda mevcut olan riskin sınırlarını aşan bir tehlike yaratmadığını bile söyleyebiliriz.

Yargıtay'ın ele aldığı "Sanıkların eniştesi maktul M'nin... evde bütün aile fertlerine ulu orta küfür etmeğe başladığından; N'nin bu durumdan infiale kapılarak, eline geçirdiği soba küreği ile rastgele maktulün başına vurduğu, kafa kemiklerinde kırık, çatlak oluşturmayan bu darbeden baygın hale gelen eniştelere öldüğü kanısına kapılan N ve kardeşi A'nın, onu birlikte sürükleyip evden çıkararak otoyol üstgeçidinden aşağı attıkları" bir olayda da ölüm neticesi kafaya alınan darbeden değil de maktulün otoyol üstgeçidinden aşağı atılması sonucunda gerçekleşmiştir. Burada eğer A, baygın kişiyi üstgeçitten aşağı atma eylemini N'den habersiz ve tek başına gerçekleştirmiş olsaydı, araya giren üçüncü kişinin eyleminin, neticenin,

²²⁰ Yrg. 3. CD, 5.4.2000, 13708/4273 (Kaymaz/ Gökcan, s.107)

N'nin fiiline isnad edilmesini engellediği söylenebilirdi. Fakat bu durumda, ölüm sebebi konusunda yanlış olmanın, kast ve taksir konusunda yapılacak bir değerlendirme bir kenara bırakılacak olursa nedensellik ve neticenin objektif isnad edilebilirliği üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.²²¹

2.4.4. NORMUN KORUMA AMACI BAĞLANTISI

Bir izin verilen riskin sınırlarının aşılmasının, akış içinde bir tehlikeyi arttırdığı veya bir tehlikenin gerçekleşmesine sebep olduğu bazı hallerde, gene de fiilin objektif isnad edilebilirliğinden söz etmek mümkün değildir. Çünkü yalnızca ihlal edilen normun anlam ve amacı bakımından kaçınılması gereken neticeler yasaktır ve normun koruma amacı kapsamında bulunmayan netice açısından fiilin objektif isnad edilebilirliği ortadan kalkmıştır. Fail yükümlülüğe aykırı davrandığı ve bu davranışıyla ceza hukukunun kınadığı bir neticeyi meydana getirdiği halde, bazı özel durumlar sebebiyle neticenin meydana gelmesi hukuk düzeninin önlemek istediği tarzın dışında bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, neticenin isnad edilebilirliğinin bir unsuru olan normun koruma amacı bağlantısı eksik olduğu için neticede tipik tehlikeden başka bir tehlikenin gerçekleştiğinden söz edilebilir.²²² Davranış yükümlülüğe aykırıdır fakat somut olayda gerçekleşen netice, normla önlenmesi amaçlanan neticeden büsbütün farklıdır. Bu nedenle meydana gelen neticenin, yükümlülüğü ihlal etse bile faile yüklenmesi mümkün değildir.²²³

Bu konu doktrinde şöyle bir örnekle ele alınmaktadır: iki bisiklet sürücüsü, karanlıkta arka arkaya, ışıkları kapalı bir halde ilerlemektedirler. Öndeki sürücü, ışığı kapalı olduğu için karşıdan gelen başka bir bisiklet sürücüsüyle çarpışır. Kaza, sadece arkadaki bisiklet sürücüsü, bisikletini aydınlatsaydı da önlenebilirdi. Burada arkadaki bisiklet sürücüsünün ışıklarının kapalı olmasının, daha sonra öndeki bisiklet sürücüsünün kaza yapmasına sebep olacak tehlikeyi artırdığı açıktır. Gene de burada

²²¹ Yrg. 1. CD., 17.11.1987, 3243/4007 (Özgenç, s.177)

²²² Ünver, İzin Verilen Risk, s. 289; Kühl, § 4, 74; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.167

²²³ Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 207

isnad edilebilirliğin var olduğunu söylemek doğru değildir. Çünkü ışıktandırma emrinin amacı, bir kişinin kendi bisikletiyle kaza yapmasının önüne geçmektir, bir başka bisikletin üçüncü bir bisikletle çarpışmasını engellemek değil. Bir başka örnekte ise bir dişçi, hastasının iki azı dişini genel narkoz altına çeker ve hastasının kalbi durur ve ölür. Hastası daha en başta kalbinde bir şeyler olduğunu doktoruna söylemesine rağmen, doktoru özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde uzmana başvurmayı ihmal eder. Daha sonraki bir araştırma, bir uzman incelemesinin de kalpteki rahatsızlığı keşfetmesinin mümkün olmadığını ortaya koymasına rağmen, bir uzman incelemesinin sebep olacağı gecikme ile kadın biraz daha geç ölecekti. Burada da bir uzmandan rapor olmayı emreden hükmün amacı, müdahalenin gecikmesine ve böylece hastanın yaşamının biraz daha uzamasına sebep olmak değildir. Burada ihlal edilen özen yükümlülüğünün önüne geçmeyi amaçladığı tehlike olayda gerçekleşmiş değildir, bu nedenle fiilin objektif isnad edilebilirliğinden söz etmek mümkün değildir.²²⁴ Daha önce andığımız şu örnek de normun koruma amacı düşüncesiyle irtibatlandırılabilir. A, 50 km/saat gitmesi gereken yerde 150 km/saat hızla giderken bir yerleşim yerine gelir ve burada jiz sınırlandırmasına uyararak hızını 30 km/saat hıza düşürüyor. Bu sırada kaldırımdan yola fırlayan B'ye çarpıyor ve B ölüyor. Bu olayda A, yerleşim yerinde hızını yükümlülüğe uygun bir şekilde 30 km/saat'e düşürerek trafikte yarattığı riskin izin verilen risk tarafından örtülmesini sağlıyor ve böylece neticenin ona objektif olarak isnad edilme imkanı kalmıyor. A'nın daha önce yükümlülüğe aykırı bir şekilde 150 km/saat hızla gitmeseydi, o sırada o noktadan geçmeyerek B'nin ölümüne sebep olmayacağı iddiası ise bir hız sınırı öngören normun koruma amacı göz önüne alındığında geçersiz kalıyor; çünkü burada hız sınırı öngören normun koruma amacı, o sırada hız sınırının aşılması ile ortaya çıkabilecek aktüel bir tehlikenin, sürücünün zamanında duramaması fren yapamaması ya da yol verememesi ile ortaya çıkabilecek kazaların önlenmesidir yoksa daha sonra o aracın belli bir yerden belli bir anda geçmesinin önlenmesi değil. Öteki durumda sürücünün daha fazla hız

²²⁴ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 84-85; Wessels/Beulke, § 6, 182

yapmaması dolayısıyla da sorumlu olması gibi saçma bir sonuca varmak gerekir.²²⁵
226

Özen yükümlülüğüne aykırı davranışın nedensel etkilerinin bulunup bulunmadığı ve bu etkilerin riski arttırıp arttırmadığı ya da bu artışın hukuken önemli bir ölçüye ulaşip ulaşmadığı da izin verilmeyen bir riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyen önemli sorulardır. Ama gene de nedensel akışın, izin verilmeyen riskle uygun bir bağlantı içinde yer aldığı noktada, eğer bu tür neticelerin engellenmesi özen yükümlülüğünün koruma amacının içinde değilse isnad edilebilirlik gene de ortadan kalkar.²²⁷

Buna karşılık, izin verilmeyen riskin gerçekleştirilmesinde, izin verilen riski sınırlayan özen normunun koruma amacının her zaman, suç tipinin koruma amacıyla aynı olmadığı bilinmek durumundadır. İsnad edilebilirliğin ortadan kalkmasının esaslı olayları, suç tipinin koruma amacı vasıtasıyla, suç tipine ilişkin normun belirli davranış tarzı veya etkilerini esasen kapsamadığı olaylardır. Bu durum, özen emrinin koruma amacının meydana gelen neticeye tekabül etmemesi nedeniyle isnad edilebilirliğin ortadan kalktığı olaylarla karıştırılmamalıdır.²²⁸

2.4.5. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK BAĞLANTISI

Eğer, özen yükümlülüğüne aykırı davranış olarak yol açılmış bir netice, yükümlülüğe uygun davranılsaydı da kesin olarak değil ama ihtimal olarak gerçekleşecekse, isnad edilebilirliğin ortadan kalkıp kalkmayacağı sorusu, risk düşüncesiyle ilişkisi içinde tartışılan problemlerden biridir. Özen normuna aykırılık bağlantısı, özellikle pratikte taksirli suçlarda ortaya çıkan isnadiyet problemlerini bakımından önemlidir ve

²²⁵Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 207-208

²²⁶ Atipik nedensellik serilerini normun koruma amacı düşüncesiyle ilişkili bir şekilde ele alan bir yaklaşım için bkz. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.167

²²⁷ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 87

²²⁸ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 300 - 301

taksirli suçlarda merkezi bir yeri vardır.²²⁹ Bu konuda verilen örneklerden biri şudur: bir yük kamyonu sürücüsü, bir bisikleti sollamak ister ve bu sırada emredilen 1 metrelik mesafeyi bırakmaz ve bisikletin yaklaşık 75 cm uzağından geçer. Kamyon kendisini sollarken, ciddi biçimde sarhoş olan bisiklet sürücüsü, aldığı alkolün tesiriyle anlık bir reaksiyonla bisikletini sola kırar ve yük kamyonunun arka tekerlekleri arasında kalır. Eğer trafik kanununun emrettiği mesafe bırakılmış olsaydı dahi, kazanın gerçekleşmesi ihtimali vardır.²³⁰

Yukarıda da açıklandığı gibi, doktrinde bir grup yazar eğer hukuka uygun alternatif davranış kesin olarak aynı neticeyi meydana getirecekti ise fiilin yarattığı tehlikenin neticede gerçekleşmediği gerekçesiyle isnadiyetin ortadan kalktığı görüşünü savunmaktadır. Dolayısıyla bu yazarlara göre, özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış mevcut olduğu halde, eğer bu davranışın yerine özen yükümlülüğüne uygun alternatif geçseydi netice gene de kesin olarak meydana gelecek ise bu durumda neticenin özen yükümlülüğüne aykırı davranan faile yüklenmesi mümkün değildir. Örneğin aracını şehir içi hız limitinin üstünde bir hızla kullanan kişi, birden yola fırlayan sarhoş bir yayaya çarptığında, eğer hız limitini aşmadan gitseydi de sarhoş yayaya çarpacak ve onun aynı şekilde ölümüne kesin olarak neden olacaksa ölüm

²²⁹ Wessels/Beulke, § 6, 197; Kühl, § 4, 73; Leckner/Eisele, Vor §§ 13ff, 99; Puppe, özen normuna aykırılık bağlantısı olarak ortaya koyulan bu meselenin nedensellik içinde çözülebileceğini iddia etmektedir. Doktrinde, bir özen normu ile bir hareket arasında uyumsuzluk olması dolayısıyla özen normuna uyma yükümlülüğüne aykırılığın neticeye yol açan bir neden olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Fakat Puppe'ye göre özen normunun ihlalinin nedenselliği yerine, hareketin özen normuna aykırı niteliği geçirilerek mesele bir nedensellik meselesi olarak ortaya koyulabilir. Bu noktada bu bağı özen normuna aykırılık bağlantısı biçiminde adlandırmak ve özen normuna aykırı hareketin yerine özen normuna uygun hareketi geçirerek neticenin meydana gelip gelmeyeceğini araştırmak fuzulidir ve kolayca belirlenebilir bir ilişkiyi belirsiz bırakmaktadır. Örneğin sol sinyal ışığı bozulmuş bir sürücü, bu ışığı yaptırmadan trafiğe çıksa ve dikkatsiz ve aşırı hızlı bir sürücü arkadan bu kişiye çarpsa burada sol sinyaldeki arızayı yok saydığımız zaman, neticenin yerli yerinde durduğunu görürüz. Puppe, ZJS, s. 491-492

²³⁰ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 88; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.166-167

neticesinin sürücüye isnad edilmesi mümkün değildir. Burada kesine yakın bir olasılığın mevcut olması gerekmektedir.²³¹ Buna karşılık “bisiklet sürücüsü olayı”nda durum farklıdır., failin uygun davranması halinde aynı neticenin doğacağı kesin olarak tespit edilememekte, bu sonuç sadece imkan veya ihtimal dahilinde bulunmaktadır. Roxin’in ortaya attığı görüşe göre, burada fail izin verilen riskin sınırlarını aşmış ve bir trafik kazası olması ihtimalini hukuken önemli tarzda arttırmıştır. Bu sebepten netice faile isnad edilmelidir. Failin sollamayı, hukuk düzeni tarafından öngörülen mesafe ile yapmasına rağmen ölüm neticesi meydana gelseydi, bu durumda her zaman zaten mevcut olan bir riskin olayda gerçekleşmesinden bahisle, neticeyi faile yüklemek mümkün olmazdı. Dolayısıyla bir fail, izin verilen riskin sınırlarını aşarsa ve bu sınırı aştığı için bir neticeye sebebiyet verirse, bu durumda izin verilmeyen bir risk neticede gerçekleştiği için, netice faile isnad edilebilir.²³²

²³¹ Wessels/Beulke, § 6, 197; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 88; Kühl, failin, özen normuna aykırı davrandığı ve netice de gerçekleştiği halde neden isnadiyetin ortadan kalktığı sorusuna, failin yarattığı tehlikenin neticede gerçekleşmemesi sebebiyle diye cevap vermenin mümkün olduğunu ama gene de bunun meseleyi kısmen aydınlattığını belirtmektedir; çünkü eğer özen yükümlülüğüne aykırı davranışın yarattığı değilse tipik olarak meydana gelmiş neticede gerçekleşenin hangi tehlike olduğu sorusu cevaplanmış değildir Kühl, § 4, 73; Puppe de özen normuna aykırı davranışın yerine failin özen normuna uygun hangi davranışının geçirileceği probleminin ortaya çıktığını belirtmektedir. Örneğin hız limitini aşan birinin özen normuna aykırı bu hareketinin yerine, aracı hız limitine riayet ederek sürmesi geçirilebileceği gibi gideceği yere yaya olarak gitmesi de geçirilebilir. Olayda sarhoş kişinin yola atlaması sebebiyle kişinin hız limitine riayet ederek gitmesi halinde bile kazanın gerçekleşeceği söylenebilir de eğer sürücü yaya olarak gideceği yere gitseydi neticenin meydana geleceğini söylemek mümkün değildir. Bu noktada çözüme ulaşmak adına özen normuna uygun davranışın, özen normuna aykırı olanın yerine geçirilmesi Puppe’ye göre istismara açık ve belirsizliklere yol açan bir uygulamadır. Puppe, ZSJ, s.492

²³² Roxin, Strafrecht AT, § 11, 89; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe ise “büyük bir olasılıkla” netice gene de meydana gelecekti diyerek bizim katılmadığımız bir görüş ortaya koymuşlar ve bu durumda neticenin faile objektif olarak isnad edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.166

Bu olasılıkta, izin verilen riskin dış sınırları, trafik kanununun sollamadaki yan açıklık mesafesine ilişkin kural aracılığıyla çizildiği için, burada bu açıklık mesafesine riayet edilmediği zaman oluşan riskin zaten failin trafikte olmasıyla yarattığı izin verilen riskle aynı olduğunu kabul ederek, isnad edilebilirliğin ortadan kalktığını kabul etmek doğru bir çözüm olmaz. Failin trafikte olmasıyla mevcut olan risk, açıklık mesafesi ihlal edilerek arttırılmıştır ve bu riskin her türlü arttırılmasının neticelerine fail katlanmak zorundadır. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi, trafik kurallarına aykırı bir davranışın yarattığı tehlikenin, tipik neticede gerçekleştiğinin ancak, eğer özen yükümlülüğüne uygun bir davranış yapılsaydı da aynı netice kesin olarak gerçekleşmeyecekti ise kabul edilmesi gerektiğini belirterek söz konusu bu olayda (ve buna benzer varsayılan özen normuna uygun davranışların da aynı şekilde neticeye sebep olma ihtimalinin bulunduğu başka olaylarda da) şüpheli bir durumun varlığı halinde, “in dubio pro reo” ilkesi gereği failin sorumlu tutulmaması yönünde karar vermiştir.²³³ Bu karar doktrinde çeşitli şekillerde eleştirilmiştir: eğer fail somut olayda izin verilen riskin sınırlarını aşmış ise ve daha önceki duruma göre mağdurun içinde bulunduğu tehlikeyi daha da arttırmış ise, izin verilmeyen bir riski mağdur için yaratmıştır, dolayısıyla neticenin de gerçekleşmesi halinde bu yasaklanmış risk bütünüyle gerçekleştirilmiş olur.²³⁴ Aynı şekilde bu tür olaylarda “in dubio pro reo” ilkesinin uygulanmasının neticeden kimsenin sorumlu olmadığı gibi bir sonuca yol açtığı da belirtilmektedir. Örneğin duran bir otobüsün yanından -otobüsün önünden yola çıkacak kişilerin yoldan bir aracın gelip gelmediğini görmeleri için bir kaç adım atmalarına müsaade eden- iki metre açıklık bırakarak ve belli bir hızın altında geçmesi gereken sürücü, otobüsün önüne dikkatsizce ve koşarak fırlayan bir çocuğun ölümünden sorumlu tutulmamaktadır;

²³³ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 90; Wessels/Beulke, § 6, 197; Bu görüşü Türk doktrininde savunan Tezcan/ Erdem/ Önok, “zamanında yapılan müdahale ile hastanın yaşamının büyük bir olasılıkla uzatılabileceği kabul edilebiliyorsa, hekimin bu suçtan dolayı cezalandırılması yoluna gidilebilir. Bununla birlikte, zamanında müdahalenin yaşamı uzatacağı konusunda tereddüt varsa, in dubio pro reo ilkesine göre hekimin beraat ettirilmesi gerekir.” diyerek neticenin failin fiiline isnad edilmemesi için kesine yakın bir olasılığın aranmasına gerek olmadığına, tereddütün de yeterli olduğunu belirtmektedir. Tezcan / Erdem/ Önok, s. 133

²³⁴ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 302-303

çünkü eğer kurallara uygun hareket etseydi bile gene çocuk beklenmedik bir şekilde hareket ettiği için neticenin gerçekleşme olasılığı bulunmaktadır, fakat neticeden çocuğun sorumlu tutulması da mümkün değildir; çünkü çocuk için de kendisinden beklendiği gibi davranıyordu bile kamyon tarafından gereken açıklık bırakılmadığı için ölüm neticesinin gene de gerçekleşebileceği söylenebilir. Bu “in dubio pro reo” ilkesinin bu tür olaylara uygulanmasının yarattığı bir problemdir.²³⁵

Yargıtay’ın hakkında karar verdiği bir olayda sanıklar, hastanın göz röntgenini çekmeden onu ameliyata almışlar, gözdeki çivi tespit edilemediği için ikinci kez ameliyata alınan hasta, gözünü kaybetmiştir. Kararda “Her ne kadar aynı raporlar ve tutanakta, mağdurun gözündeki çivinin olay günü tespit edilip çıkarılması halinde dahi göz kaybının önlenemeyeceği belirtilmişse de...” denilerek, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak yol açılan bir neticenin, bu özen yükümlülüğüne uygun davranılsaydı da meydana geleceğinin tespit edildiği belirtilmiştir. Yargıtay bu olayda hekimin ihmali, TCK md. 230 kapsamındaki bir görevin ihmali suçu olarak değerlendirmiş ve bu şekilde hüküm kurmuştur.²³⁶ Yargıtay’ın başka içtihadlarının da genel olarak bu yönde olduğu söylenebilir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi de bir kararında “sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olmak suçunu oluşturduğu...”²³⁷ denilerek, özen yükümlülüğüne uygun alternatif davranışların da neticenin meydana gelmesini kesin olarak önlemediği durumlara sanığın neticeden sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Yargıtay’ın bu yaklaşımına biz de katılıyoruz.

²³⁵ Puppe, ZSJ, s. 494; Puppe ne “in dubio pro reo” ne de riskin yükseltilmesi ilkelerine atıfta bulunmadan, meseleyi bir çifte nedensellik meselesi olarak ele alıp, nedensellik içinde çözüme kavuşturmayı denemektedir.

²³⁶ YCGK., 11.02.1991,311-17 (Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, Kast ve Taksir- Temel İlkeler Tanımlar Uygulama Alanı, Ankara, 2010, s.334)

²³⁷ Yrg. 4. CD E. 2003/1064 K. 2004/2055 (Halide Savaş, Tıbbi Müdahale Hataları, Ankara, 2011, s. 206)

Örneğin zikrettiğimiz ilk olayda, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile hastanın gözünü kaybetme riskinin ne derece arttırıldığı, yükümlülüğe uygun davranışmış olsaydı da hastanın gözünü kesin olarak kaybedip kaybetmeyeceğine dair bir değerlendirme karara varmak noktasında yol göstericidir. Eğer özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı da hasta gözünü kesin olarak kaybedecekse bu noktada Yargıtay'ın da kararlarında işaret ettiği gibi neticeden sanığın sorumlu tutulmasının bir anlamı yoktur, dolayısıyla netice failin fiiline isnad edilemez.

Kanunkoyucu, kendisine uyulması halinde hukuki yararın korunması şansını açıkça artıran, ancak bu yararı kesin olarak korumayan bir halin varlığı halinde de, özen normuna riayet edilmesini aramak zorundadır. Tartışmalı noktalardan birisi de, yasaklanan bir davranışın, izin verilen riske riayet edilmesi halinde meydana gelecek tehlikeden daha büyük bir tehlikeyi yaratıp yaratmadığının tespit edilememesi halinde, nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiğidir. Riskin artırılması teorisine taraftar olan bazı yazarlar, böyle bir olasılıkta, şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulayarak, riskin artırıldığı kabul edilmemesi ve böylece neticenin de isnad edilmemesi gerektiğini savunurlar. Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise, burada şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulama alanı bulunmamaktadır ve hukuk düzeni, özen kurallarına uyulması halinde belirtilen riskleri muhtemelen açacak bir davranışa dahi müsaade etmez. Özen kuralları sadece tehlikenin artacağı kesin olarak tespit edildiği durumlarda değil, mağdur hakkında tehlikenin artmasının imkan ve ihtimal dahilinde olması durumunda da ortaya çıkarlar.²³⁸

²³⁸ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 304, 305

BÖLÜM III

MAĞDURUN KENDİSİ İÇİN BİR TEHLİKE YARATMASI

3.1. GENEL OLARAK

Mağdurun, kendisini tehlikeye soktuğu durumlar bir süredir ceza hukuku alanında, özellikle Almanya'da hem uygulamayı hem de doktrini meşgul eden konulardan birisidir. Bu durumlarla ilgili ortaya çıkan ve ceza hukukçularının özellikle etrafında döndüğü problem, mağdurun kendi tehlikeli fiiliyle neticenin gerçekleşmesine katıldığı durumların ceza hukuku bakımından nasıl değerlendirileceği, ortaya çıkan neticeden kimin sorumlu tutulması gerektiği problemidir. Daha da ayrıntılandırmak gerekirse problemin esası, isnadiyetin ortadan kalkıp kalkmayacağına dair bir sorudur, yani hangi şartlarda mağdurun neticenin gerçekleşmesine bu şekilde bir katılım göstermesi, tıpkı mağdur gibi neticenin gerçekleşmesine katılan üçüncü kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırır ya da başka bir deyişle, neticenin bu söz konusu üçüncü kişiye isnad edilebilmesini engeller. Kısaca ortaya koyduğumuz bu problem, olaylarda çok farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir: Mağdur ve üçüncü kişi, farklı tutumlarla ve farklı oranlarda tehlikenin yaratılmasında pay sahibi olabilirler. Mağdur, üçüncü kişinin bir tehlikeli fiilini mümkün kılmış hatta teşvik etmiş olabileceği gibi, tam tersi üçüncü kişi de mağdurun kendi kendisini tehlikeye sokan fiilini ihmal ile mümkün kılmış ya da onu bu yönde motive etmiş olabilir.²³⁹ Mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu durumlar olarak karşımıza çıkan bu çok çeşitli ihtimallerin her birinde sağlıklı sonuçlara ulaşmayı sağlayacak dogmatik temellendirmeler de bu meselenin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu güne kadar mağdurun kendisi için bir tehlike yarattığı durumlar etrafında dönen tartışmanın ana eksenini hem hangi durumlarda mağdurun kendisi için bir tehlike yaratmasının, neticenin üçüncü kişiye isnad edilmesini engelleyeceği sorusuna cevap

²³⁹ Wolfgang Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandmassigen Verhalten, NStZ, 1992/1, s.2

verecek bir ilke ortaya konulması hem de bu ilkenin hukuki olarak temellendirmesi oluşturmaktadır.

3.2. MAĞDURUN KENDİSİ İÇİN BİR TEHLİKE YARATTIĞI DURUMLARIN HUKUKİ BİR PROBLEM OLARAK ORTAYA ÇIKIŞI

Mağdurun kendi fiiliyle neticenin gerçekleşmesine katıldığı, kendisi için bir tehlike yarattığı olayların, mesele bir isnadiyet problemi olarak ele alınmadan önce de yargı kararlarına konu olduğuna *Frisch* tarafından işaret edilmiştir. Örneğin bir kayıkçının, iki kişiyi fırtınalı bir havada, kişilerin tehlikeyi görmelerine rağmen dışa vuran isteklerine uyararak bir nehirden geçirdiği ama su seviyesinin çok yüksek olması sebebiyle kayığın alabora olup yolcuların da öldüğü ünlü bir olay (RGSt 57,172) için verdiği kararda Alman İmparatorluk Mahkemesi söz konusu problemle karşılaşmış, fakat olayda cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran bir kendini tehlikeye sokmanın söz konusu olduğundan bahsetmemiş, dolayısıyla problem yargı kararlarına konu olduğu halde henüz isim koyulmadan varlığını sürdürmüştür. Bu tür olayların, mağdurun kendisini tehlikeye sokması başlığı altında kendi başına dogmatik bir mesele olarak ele alınması ve bir objektif isnadiyet meselesi olarak kendine has bir alana sahip olmasının geçmişi yaklaşık otuz yıllıktır.²⁴⁰ İlk olarak Rudolphi ve Roxin, birbirlerine çok yakın tarihlerde, özel hukukta sürdürülmekte olan bir tartışmaya dayanarak problem hakkındaki düşüncelerini doktrine kazandırmışlardır. Burada kendi düşünceleri için temel aldıkları husus, Alman ceza hukuk sistemine göre bir kişinin kendisini öldürmesine kasten yardım etmenin cezalandırılmayacağı yönündeki, bağlılık kuramından çıkan kaidedir.²⁴¹ Bu görüşten yola çıkarak, sadece kişinin kendisini öldürmesine taksirle sebep olmanın değil aynı zamanda taksirle veya kastla mağdurun kendisini tehlikeye sokan fiillerini mümkün hale getirmenin ya da bu fiilleri desteklemenin de cezalandırılmayacağı çıkarımında bulunmuşlardır. Roxin'in bu hususta ele aldığı örneklerden biri de, BGHSt 7,112 f. kararına temel teşkil eden olaydır. Söz konusu olayda, sanık ve arkadaşı meyhaneden çıktuktan

²⁴⁰ Frisch, s. 2

²⁴¹ Claus Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, s. 244

sonra bir yarış yapmışlardır. Olayların akışı içinde, yarış sırasında arkadaşı ölümcül bir şekilde düşmüştür. Roxin bu örnekte, BGH'den farklı olarak arkadaşın kendisini tehlikeye sokan bir harekette bulunduğunu ve sanığın da olaya katılmasının bu nedenle cezalandırılmaz olduğunu belirtmiştir.²⁴²

Bu ilkenin mahkeme kararlarına temel alındığı tarih 1984'tür. İlk defa 1984 yılında BGH, madde bağımlısı bir kişinin eline boş bir eroin şırıngasının verildiği "Eroin şırıngası olayı" diye bilinen olayda neticenin sebep olan kişiye isnad edilebilirliğinin ortadan kalktığı yani mağdurun kendisini tehlikeye sokması dolayısıyla neticenin faile isnad edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu karara dek mahkeme kendini tehlikeye sokma düşüncesini dikkate almadan, katılan kişinin cezai sorumluluğunu doğrulayan kararlar vermektedir. Bir kararda mahkemenin mevcut içtihadı değiştirmeden önce başvurduğu prensip şu şekilde ifade edilmiştir: " Eroini temin ederek bir eroin bağımlısının ölümüne sebebiyet veren kişi, eğer eroin bağımlısının uyuşturucu maddeyi kendisine enjekte edeceğini biliyorsa veya bunu hesaplamak zorundaysa ve gene teslim ettiği maddenin tehlikeliliğinden haberdarsa ya da haberdar olmak zorundaysa, bir insanı taksirle öldürmekten dolayı sorumludur."²⁴³ Doktrinde yukarıda andığımız eleştiriler, özellikle Schünemann ve Roxin'in bağımlılık kuramından yola çıkarak temellendirdikleri, bir kişinin kendisini öldürmesine kasten veya taksirle yardım etmenin cezalandırılmamasından yola çıkarak bir kişinin kendisini tehlikeye sokmasına da kasten veya taksirle yardım etmenin, mümkün kılmanın, neden olmanın ve teşvik etmenin cezalandırılmaması gerektiği yönündeki yaklaşımları mahkemenin mevcut içtihadında kritik bir dönüş gerçekleştirmesine sebep olmuştur. Bu eleştirilerin etkisi yargı kararlarında kendisine şöyle yer bulmuştur: "Şahsi sorumlulukla arzulanan ve gerçekleştirilen kendini tehlikeye sokmalar, eğer tehlikenin farkında olarak riske girilmişse, yaralama ve öldürme suçlarının tipikliği tarafından kapsamazlar. Kim böyle bir kendini tehlikeye

²⁴² Roxin, FS Gallas, s. 246, 250

²⁴³ BGH NStZ 1981, 350

sokmayı teşvik etmiş, mümkün hale getirmiş ve desteklemişse bir yaralama veya öldürme suçundan dolayı cezalandırılmaz.”²⁴⁴

Kısa bir sürenin ardından Alman Federal Mahkemesi 1984 yılında mağdurun kendi sorumluluğuna yol açan kendisini tehlikeye sokma olayları için ortaya koyduğu prensibi, ölümcül etkisi olan uyuşturucuların, uyuşturucu kullanan kişiye teslim edildiği olaylara da uygulamıştır. Mahkemenin bu yaklaşımına göre mağdurun kendisini tehlikeye sokması, kendi sorumluluğunu doğuracak biçimde gerçekleşmişse, neticenin ona uyuşturucu temin eden kişiye isnad edilmesi ve uyuşturucu temin eden kişinin özen yükümüne ve kanuna aykırı davranışı dolayısıyla fiilin bir sonucu olarak ortaya çıkan ölüm neticesinden sorumlu tutulması mümkün değildir.²⁴⁵

3.3. İSNADİYETİN ORTADAN KALKMASI İLKESİNİN TEMELLENDİRİLMESİ VE SUÇ SİSTEMATIĞI İÇİNE YERLEŞTİRİLMESİ

Mağdur tarafından şahsi sorumluluğunu doğuracak biçimde istenen, amaçlanan, önceden öngörülen ve buna rağmen katlanılan ve en nihayetinde de neticede gerçekleşen bir tehlikeye mağdurun kendisini sokmasına fırsat veren, bunu mümkün kılan ve teşvik eden kişinin bir yaralama veya adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulamayacağı Alman Ceza Hukuku doktrininde ve yargı kararlarında bugün neredeyse üzerinde uzlaşmış bir sonuçtur.²⁴⁶ Aynı şekilde Türk Ceza Hukuku doktrininde de bu görüşe çalışmalarında yer veren ve bu görüşü savunan isimler bulunmaktadır.²⁴⁷ Daha önce de belirttiğimiz gibi bu sonuca birdenbire kendiliğinden varılmamıştır. BGH'nin o kritik ve daha önceki içtihatlarında önemli bir değişime sebebiyet veren kararından²⁴⁸ önceki içtihatları uzun süre neticeyle

²⁴⁴ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 110

²⁴⁵ Kühl, § 4, 87

²⁴⁶ Block, s. 71; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 110; Kühl, § 4, 87

²⁴⁷ Hakeri, Genel Hükümler, s. 175; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 208, Özgenç, s. 176

²⁴⁸ BGH NStZ, 1984, 410-413

nedensel bir ilişki içinde olan fiilin sahibi üçüncü kişiyi, neticeden sorumlu tutma yönünde olmuştur. Doktrinde sürdürülen tartışmalar sonuçta yargı kararlarına da yansımış ve bugün, genel olarak kabul gören bu görüş ortaya çıkmıştır. Fakat bu sonuçta ortaklaşmış olmasına rağmen hangi dogmatik değerlendirmelerle bu sonucun temellendirileceği konusunda büyük oranda bir ayrılık yaşanmaktadır.²⁴⁹ Bu konuda doğrudan pozitif hukuka atıf yapan yaklaşımlar bulunduğu gibi normun koruma amacı ya da kişinin kendi sorumluluk alanına atıf yapan görüşler de bu yaklaşımı temellendirmek için kullanılmaktadır. Bu bölümün devamındaki başlıklar, söz konusu sonuç için ortaya atılan farklı gerekçeleri ele alacaktır.

3.3.1. İŞTİRAK ARGÜMANI

BGH'un benzer olaylar için hali hazırda mevcut ve oturmuş içtihadını değiştirip yeni bir karara vardığı "eroïn şırıngası olayı"nda mahkeme, bu yeni kararını iştirak hükümlerine atıf yaparak, daha pozitif hukuk odaklı bir yaklaşımla temellendirmiştir. Mahkemenin kalkış noktası, kişinin kendi sorumluluğuyla istediği, arzuladığı, ciddi bir şekilde öngördüğü ya da katlandığı bir kendine zarar verme eyleminin bir öldürme ya da yaralama suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği konusundaki yaklaşımdır. Kendisini öldüren bir kişi, eğer tamamen serbestçe, özgür iradesiyle hareket ediyorsa bir öldürme suçundan dolayı ya da aynı şekilde kendisini yaralayan bir kişi, şahsi sorumluluğuyla hareket ediyorsa bir yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulamaz. Buradan yola çıkarak mahkeme, böyle bir eyleme kasıtlı olarak katılmanın da asıl olay tipik ve hukuka aykırı olmadığı için bağıllık teorisi uyarınca ortada hukuka aykırı bir esas fiil yokken iştirak hükümlerinin de söz konusu olamayacağı yaklaşımının bir sonucu olarak cezalandırılmaz olduğu yönünde bir değerlendirmeye varmıştır. Yani bir kişinin kendisinin zarar görmesini istediği, arzuladığı, ciddi bir şekilde öngördüğü veya bu neticeye katlandığı halde hareket ettiği bir olayda, kişinin bu hareketini mümkün kılan, destekleyen ya da yardım eden

²⁴⁹ Maximilian Lasso, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, ZJS, 4/2009, s. 360

kişi de kendisine zarar veren kişinin hareketi suç tipine uygun olmadığı yani ortada iştirak edecek bir suç bulunmadığı için her hangi bir şekilde cezalandırılmaz.²⁵⁰

Yüksek Mahkeme bu başlangıç noktasından yola çıkarak bir kendini tehlikeye sokma fiiline hem kasıtlı olarak hem de taksirli olarak katılmanın cezalandırılmaz olduğu yönündeki iki aşamalı bir sonuca varmıştır; çünkü hem kişinin kendisine zarar verdiği fiillere kasıtlı olarak iştirakın cezalandırılmaz olduğu bir durumda kişinin kendisini tehlikeye soktuğu fiillere kasıtlı olarak iştirak etmenin yani daha çoğa, (kendine zarar vermeye) katılmak cezasızken daha aza (kendini tehlikeye sokmaya) katılmanın cezalandırılması hem de kişinin kasıtlı fiili cezalandırılmazken taksirli fiilin cezalandırılması bir hukuki değer çelişkisine neden olmaktadır.²⁵¹ Daha basit bir şekilde ifade etmek gerekirse bu akıl yürütme “bir kimsenin kendisini öldürmesine yardım etmeye hukuk sistemi tarafından müsaade edilmişken, bir kişinin kendisini tehlikeye sokmasına yardım etmeye en baştan izin verilmiş olması gerekir”²⁵² şeklindedir. Ortada bir öldürme ya da yaralama fiilinin maddi unsurları yokken, cezalandırılmaz bir şeye yöneltilmiş mevcut aktüel bir kast, herhangi bir şeyi değiştirmez. Dolayısıyla kişi bütünüyle kasıtlı olarak bir kendini tehlikeye sokma fiiline iştirak etse, kastı cezalandırılabilir bir şeye yöneltilmediği için bu kastı, eylemini cezalandırılabilir kılmaz. Dolayısıyla Alman Federal Mahkemesi’nin vardığı sonuç yalnızca zarara uğratma ile tehlikeye sokma arasındaki ilişkiyle ilgili değil aynı zamanda kast ve taksir arasındaki ilişkiyle de ilgilidir ve daha önceki yargı kararlarının ortaya koyduğu değerlendirme çelişkisini ortadan kaldırmaya yöneliktir.²⁵³ Bu değerlendirme çelişkisine göre, eğer bu ilişki mantıki sonuçlara doğru götürülmezse, aynı fiil için kastla hareket edildiğinde cezasızlık öngörülürken, taksirle hareket edildiğinde ise failin cezalandırılması gerekmektedir ki bu, taksirin kasttan daha katı bir şekilde değerlendirilmesi anlamına gelir ve kast-taksir

²⁵⁰ BGH NStZ, 1984, 410; Lason, ZjS, s. 360

²⁵¹ BGH NStZ, 1984, 411; Lason, ZjS, s.360; Joachim Kretschmer, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, NStZ 2012, s. 178

²⁵² Puppe, ZjS, s. 605

²⁵³ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 108; Block, s. 71-72; Duttge, MK, § 15, 153

arasındaki basamaklı ilişkiye uygun bir çözüm değildir.²⁵⁴ Bu görüş yalnızca Alman Federal Mahkemesi tarafından değil Alman doktrinindeki bir kısım yazar tarafından da aynı şekilde savunulan bir açıklama biçimidir.²⁵⁵ Burada cezalandırılmazlık, objektif isnadiyet teorisi zemininde ortaya çıkmaktadır. Neticeyle nedensel olan ve özen yükümlülüğüne de aykırı olan üçüncü bir kişinin hareketine rağmen netice, tehlikenin bilinciyle bu tehlikeye atılan kişiye yani iştirak edene değil ama tehlikeye uğrayana isnad edilmelidir.²⁵⁶

İştirak argümanı, mağdurun kendisini tehlikeye sokması durumunda üçüncü kişinin cezalandırılmazlığı konusunda mevcut diğer hukuki temellendirmeler arasında doktrinde en ciddi eleştirileri alan temellendirilmiştir. Açıkçası BGH de bunun çok kesin, tafsilatlı bir şekilde temellendirilmemiş, daha çok sezgisel bir açıklama olduğunu dağınık bir şekilde de olsa kabul etmiştir.²⁵⁷ İştirak argümanına yöneltilen ilk eleştiri, üçüncü kişinin cezasızlığı sonucuna varma biçimine dairdir. Frisch, katılanın cezalandırılmaması sonucuna eğer bağıllık kuramı çerçevesinde varılacaksa, burada söz konusu olan iştiraka dair bir değerlendirmedir diyerek itiraz etmekte, dolayısıyla varılan sonuç isabetli olsa bile, bütün bu değerlendirmelerin sistematik olarak yanlış yerde durduğuna iddia etmektedir.²⁵⁸ *Puppe* ise iştirak kurallarından isnadiyet için bir hüküm çıkarma yoluna itiraz getirmektedir. *Puppe*'ye göre kendine zarar verme ve kendini tehlikeye sokma olay grupları arasında mevcut olduğu varsayılan basamaklı ilişki aslında mevcut değildir. Bir kendine zarar verme, daha spesifik olarak bir intihar olayında, kendini öldüren kişiye yardım etmek, bir hukuki değer taşıyıcısı tarafından, bu hukuki değer kasti olarak terk edilmesine iştirak etmek anlamına gelmektedir. Nasıl bir kişinin taşıyıcısı olduğu başka herhangi bir hukuki değeri kasti olarak terk etmesine iştirak etmek cezasızsa bu da aynı sebeplerden hukuk sistemi tarafından suç teşkil etmeyen bir fiil olarak nitelendirilir

²⁵⁴ Krey/Esser, 357; Duttge, MK, § 15, 153

²⁵⁵ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 107

²⁵⁶ Lasson, ZjS, s.360

²⁵⁷ Hardtung, MK, § 222, 21

²⁵⁸ Lasson, ZjS, s. 361

ama bir kendini tehlikeye sokma durumunda aynı mantığın takip edilmesi mümkün değildir. Bir kişi kendisini bir tehlikeli duruma soktuğunda, bunu bilinçli olarak yapsa bile tehlike altındaki hukuki değeri kaybetmez. Kendisini tehlikeye sokan kişi de, tıpkı iştirak eden kişi gibi tehlikenin gerçekleşmemesi umuduyla hareket eder. Kendisini tehlikeye sokan kişi için taşıdığı hukuki değer gözden çıkarılmış değildir. Bu sebepten *Puppe*'ye göre iki olay grubu arasında kurulan paralellik normatif olarak hatalıdır.²⁵⁹

3.3.2. ŞAHSİ SORUMLULUK PRENSİBİ

İştirak prensibiyle getirilen açıklamaların yanında bir başka yaklaşım da neticenin kendini tehlikeye sokma durumlarında katılan kişiye isnad edilmemesini, doğrudan anayasa hukukuna atıf yaparak temellendirme yolunu seçmiştir. Bu yaklaşım, anayasa hukuku tarafından korunan şahsi sorumluluk ilkesini ya da kendi geleceğini belirleme hakkını ön plana almaktadır. Bu görüşe göre, zarara uğrayan ve üçüncü kişinin sorumluluk alanları arasındaki ayrım, iştirak öğretisi kapsamındaki fail ve şerik arasındaki teknik anlamdaki ayrıma göre değil bir kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve bu hakkın öngördüğü sorumluluk alanı zemininde gerçekleşmelidir. Dolayısıyla cezasızlığın sebebi ilksel zeminde kendi hareketlerini tayin, kendi geleceğini belirleme hakkında ve buradan doğan bireyin sorumluluğunda bulunmaktadır yoksa bu ilksel zeminin değerlerini yansıtan ikincil normlar alanında değil.²⁶⁰

Kişinin şahsi özerkliği ya da kendi geleceğini belirleme hakkının Alman ceza hukuku öğretisine göre temelleri Alman Anayasası'nın 2/1. maddesidir. Bu madde "Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene ve genel ahlaka aykırı olmamak kaydıyla, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir."

²⁵⁹ Puppe, ZjS, s. 605; Kendisini tehlikeye sokma ve kendisine zarar verme olayları arasında benzer bir akıl yürütmeye bir ayrım yapılması gerektiğini belirten başka bir isim de Eisele'dir. Jörg Eisele, Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung, JuS 2012, s. 578

²⁶⁰ Lason, ZjS, s. 361

biçimindedir. Bu maddenin de bir parçasını oluşturduğu Alman Anayasası değerler sistemi en temelde Ekici Şahin'in ifadesiyle "kendi gerçekliğinden yola çıkan ve sorumluluk alarak, kendini özgürce gerçekleştirebilen 'insan kişiliği'"ni referans almaktadır. Bu temel referans noktası, kişinin taşıyıcısı olduğu hukuki değerlerin başka insanların saldırılarına karşı korunmasıyla uyumlu olmasına rağmen, bu hukuki değerlerin kişinin kendi fiillerine karşı da korunması gerektiği anlayışıyla bağdaşmaz. Bu liberal bakış açısı insanın, kendisine karşı da korunması gerektiği düşüncesini dışlar.²⁶¹

Anayasamızda, Alman Anayasası'nda olduğu gibi kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının açıkça düzenlendiği bir hüküm bulunmamakla birlikte, başlangıç hükümlerinin 6. paragrafında "Her Türk vatandaşının... onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"na dair ifadeler bulunmaktadır. Anayasa'nın 5. maddesinde ise devletin temel amaçları arasında "...insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma" sayılmıştır. Dolayısıyla insanın vazgeçilmez bir hakkını dilediği gibi kullanabilmesi ve kendi geleceğini herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmadan belirleyebilmesi için uygun imkanlar ve koşullar sağlamanın devletin en temel görevleri arasında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 17. maddesi 1. fıkrası "herkes yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" şeklindedir. Bütün bu düzenlemeler göstermektedir ki kendi kişiliğini belirleme hakkı, bireysel otonomi veya şahsi sorumluluk Alman Anayasası'nda olduğu gibi Anayasamızda da güvence altına alınmış en temel haklardan biridir.²⁶²

Mağdurun kendisini tehlikeye sokması halinde katılanın sorumluluğunun ortadan kalkması ilkesini, yukarıda zikrettiğimiz anayasal çerçeveden yola çıkarak temellendiren görüşe göre kendisini bir tehlikeye sokma ya da kendisine bir zarar verme kişinin şahsi sorumluluğunu doğuracak biçimde özgürce kendi davranış

²⁶¹ Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul, 2012, s. 60-62

²⁶² Ekici Şahin, s. 60-62

biçimini takdir etmesinin bir sonucudur. Her vatandaş, ne tür tehlikelere atılacağına ve bu tehlikelere karşı nasıl ve hangi oranda kendini koruyacağına karar verme hakkına sahiptir.²⁶³ Dolayısıyla buna katılan kişinin sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Algılama yeteneğine tam olarak sahip hukuki değer taşıyıcısı, hareketini bir fail olarak kendi kendisine yöneltmektedir. Hayatıyla ve bedensel bütünlüğüyle alakalı şahsi hukuki değerleri ilgilendirdiği kadarıyla söz konusu hukuki değer taşıyıcısının buna hakkı bulunmaktadır. Ondan neşet eden kendisine zarar verecek bir davranış onun dokunulmaz bağımsızlığının bir ifadesidir ve bu bağımsızlık yalnızca kendi hareketlerinin cezai sorumluluğunu üzerine almasına sebep olmaz ayrıca katılan kişinin fiilini, tipik olmaktan çıkararak onun ceza sorumluluğunun ortaya çıkmasının önüne geçer.²⁶⁴

“Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı”, onun şahsi sorumluluğu, bireysel otonomisi veya özerkliği, tıpkı rıza kurumunu olduğu gibi mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu durumlarda neticenin üçüncü kişinin fiiline objektif olarak isnad edilmemesini de dogmatik olarak temellendirmektedir. “Özgür bir birey kendi kararlarını kendi verebilir ve kendi geleceğini belirler. Toplumdaki her bireyin kendi seçimlerine ve tercihlerine saygı gösterilmesini isteme hakları olduğu gibi, başkalarının kendi geleceğini belirleme hakkına, seçimlerine, tercihlerine ve eylemlerine de saygı gösterme ödevi vardır. Kişinin kendi geleceğini belirleyip, kendi menfaatlerine ilişkin olarak serbestçe tasarrufta bulunabileceğini kabul eden bir hukuk düzeni, aynı zamanda onun kendisine ait bir hukuksal değere ilişkin hukuki korumadan vazgeçebileceğini de kabul eder.”²⁶⁵ Yalnızca kendisine ait bir hukuksal değere ait hukuki korumadan vazgeçmesi değil aynı zamanda böyle bir hukuksal değer üzerinde kişinin kendisinin bir tehlike yaratması da bu hukuk düzeni tarafından kabul edilmek durumundadır.

²⁶³ Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Baden-Baden, 2011, §6, 3

²⁶⁴ Duttge, MK, § 15, 151

²⁶⁵ Ekici Şahin, s. 59

3.3.3. İZİN VERİLEN RİSK, NORMUN KORUMA AMACI VE DİĞER AÇIKLAMALAR

İki ayrı başlık altında ele aldığımız iştirak argümanı ve şahsi sorumluluk prensibi doktrinde kendini tehlikeye sokma durumlarında katılanın cezasızlığını açıklamak için kullanılan iki ana açıklama olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu başlık altında ele alacağımız açıklamalar ise objektif isnadiyet teorisi kapsamında hukuken dikkate değer bir tehlikenin yaratılıp yaratılmadığı ve bu yaratılan tehlikenin tipik neticede gerçekleşip gerçekleşmediği sorularını cevaplarken ele alınan başka ölçülere atıfta bulunmaktadır. Burada söylemek gerekir ki bu bölümün devamında ele aldığımız açıklamalar yukarıda iki ana başlık altında incelediğimiz açıklamalardan bağımsız değildir daha çok yukarıdaki açıklamalarla birlikte, onların bir uzantısı olarak değerlendirilmelidir.

Doktrinde bir kısım yazar tarafından savunulan bir görüş bir önceki bölümde ayrı bir başlık altında incelediğimiz “normun koruma amacı” düşüncesine atıfta bulunarak üçüncü kişinin hareketiyle netice arasındaki isnadiyet bağının ne zaman kesileceğini bir normun koruma alanı, kişinin kendi sorumluluğunun başladığı noktada sona erer düşüncesiyle tespit etmektedir. Bu görüş, bir hukuki değeri, onun taşıyıcısına karşı korumanın ceza hukukunun görevi olmadığı yaklaşımında temellenmektedir. Ceza hukukunun böyle bir görevi olmadığı gibi, bu hukuki değer taşıyıcısını kendi sorumluluğu dahilindeki bir kendini tehlikeye sokma ya da kendini yaralama fiiline karşı koruma sorumluluğunu bir üçüncü kişiye yüklemesi de mümkün değildir.²⁶⁶

Normun koruma amacı düşüncesi, önceki iki başlıkta işaret edilen yaklaşımlarla sıkı bir ilişki içindedir. Hatta onlarla varılan sonucun basit bir doğrulaması niteliğindedir. Örnek olarak kasten öldürme suçunu ele aldığımızda, bu suçu düzenleyen normun koruma alanı, kişinin kendi hayatına son vermesine yönelik bir hareketini kapsamaz. Bu yaklaşıma göre eğer hukuk düzeni, kendisine böyle bir görev yüklemiyorsa, bir üçüncü kişiye böyle bir sorumluluk yüklemesi doğal olarak mümkün değildir. Dolayısıyla bir üçüncü kişi de bir kişinin kendi taşıyıcısı olduğu hukuki değeri

²⁶⁶ Lasson, ZjS, s. 360

tehlikeye düşürmesini engelleme sorumluluğuna sahip değildir, bir üçüncü kişiden bu beklenemez ve bunu gerçekleştirmediği zaman da onun ceza sorumluluğunun doğduğundan bahsedilemez. *Roxin*, iştirak argümanı görüşünü paylaşırken, cezasızlığı sonuç olarak normun koruma amacı düşüncesinden türetmektedir.²⁶⁷ Aynı şekilde şahsi sorumluluk prensibi, bir hukuki değer sahibini her hangi bir zarara karşı koruyan normun koruma alanının, bu hukuki değer taşıyıcısının sorumluluk alanının başladığı yerde biteceği sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bir normun koruma amacı, bir hukuki değeri onun taşıyıcısına rağmen korumak değildir. Dolayısıyla bir hukuki değeri üçüncü kişilerin saldırılarına karşı koruması gereken bir normun koruma alanı, bu hukuki değer taşıyıcısının sorumluluk alanının başladığı yerde sona erer.²⁶⁸ Hakeri de kişinin kendini tehlikeye attığı durumlarda katılan kişinin sorumluluğunun ortadan kalkmasını, kendisini tehlikeye atan kişinin şahsi sorumluluğu düşüncesinde temellendirirken aynı zamanda “kasten ve taksirle öldürme suçları, kişinin kasten kendisini tehlikeye atması eylemlerini kapsamamaktadır” diyerek normun koruma amacı düşüncesiyle, şahsi sorumluluk argümanını birleştirmiştir.²⁶⁹ Dolayısıyla normun koruma amacı görüşünü, tek başına bağımsız bir argüman olarak ele almak yerine yukarıda açıklanan iki argümanla birlikte düşünüp, onların yaptığı açıklamanın doğal bir sonucu olarak anlamak daha isabetli olur.

Gene bir önceki bölümde bir başlık altında açıkladığımız fiilin yarattığı tehlikenin, neticenin faile isnad edilebilirliğini ortadan kaldıran bir özelliği olarak “izin verilen risk” görüşüne de kendini tehlikeye sokma bağlamında tekrar atıfta bulunan isimler bulunmaktadır. Dolayısıyla gündelik hayatta her zaman mevcut olan ve izin verilen risk tarafından örtülmeyen tehlikelere yol açmayan hareketlerin faileri, hukuken

²⁶⁷ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 107; Milan Kuhli, Objektive Zurechnung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung? Überlegungen zur strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Berglauf-Veranstaltern für Schaden der Wettkapfteilnehmer, HRRS, 8-9/2008, s. 386

²⁶⁸ Block, s. 72; Wessels/Beulke, § 6, 186

²⁶⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s. 175-176

dikkate değer bir tehlike yaratmadıkları için ortaya çıkan neticelerin bu kişilere isnad edilmesi mümkün değildir. Doktrinde bir kendini tehlikeye sokma fiiline katılan kişinin cezai sorumluluğunun ortadan kalkmasını, izin verilen risk düşüncesiyle irtibatlandırarak, dogmatik olarak izin verilen riskin bir belirtisi biçiminde temellendirilebileceğini belirten görüşler de bulunmaktadır.²⁷⁰

3.3.4. BİR TEHLİKENİN YARATILIP YARATILMADIĞI SORUSU

Kişinin kendisini tehlikeye sokmasının, suç sistematığı içindeki yerini tasrih etmekte fayda bulunmaktadır; çünkü açıktır ki “cezayı ortadan kaldıran bir kendini tehlikeye sokma”dan bahsettiğimizde veya neticenin gerçekleşmesine katılan üçüncü kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırıp “mağdurun kendi sorumluluğunu doğuran bir kendini tehlikeye sokma”dan bahsettiğimizde, suç sistematığı içindeki pek çok kurum, bu ifadelerin kapsamına girebilmektedir. Gerek tipiklik alanında, gerek hukuka uygunluk alanında gerekse kusur alanında üçüncü bir kişinin sorumluluğu ortadan kalkıp, mağdurun kendisini tehlikeye sokmasından dolayı sorumluluğunun ortaya çıkmasından bahsetmek mümkün olabilir. Dolayısıyla söz konusu “kendini tehlikeye sokma”nın suç sistematığı içindeki yerini tasrih etmek önemlidir. Bu ifade dediğimiz gibi başka pek çok kurumu kapsayabilecek bir ifade olmasına rağmen, mağdurun kendisini tehlikeye sokması durumlarının neticenin objektif isnad edilebilirliği alanında ele alınması gerektiği yönünde doktrinde ciddi bir görüş birliği bulunmaktadır.²⁷¹ Dolayısıyla objektif isnadiyet teorisi de tipiklik içinde değerlendirilmesi gereken bir teori olduğu için mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu durumlarda, ortadan kalkan şeyin tipiklik olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu konuda gene önemli bir soru, mağdurun kendi sorumluluğuyla gerçekleştirdiği bir kendini tehlikeye sokma fiilinin katılan kişinin fiiliyle yarattığı tehlikeyi hukuken dikkate değer bir tehlike olmaktan mı çıkardığı, yoksa hukuken dikkate değer bir tehlike yaratıldığı halde bu tehlikenin neticede gerçekleşmemiş mi olduğu ya da son

²⁷⁰ Duttge, MK, § 15, 153

²⁷¹ Roxin, § 11, 106; Leckner/Eisele, S-S, Vorbem, §§ 13ff, 100

olarak bir tehlike yaratılmış ve neticede gerçekleşmiş olmasına rağmen daha üst bir prensiple neticenin isnad edilebilirliğinin mi ortadan kalkmış olduğudur.

Wessels/Beulke, bir kendini tehlikeye sokma durumunda söz konusu normun koruma alanının mağdurun sorumluluk alanıyla sınırlandığından bahisle, bu tür olay gruplarında hukuken dikkate değer bir tehlikenin yaratılmadığını belirtmektedir. *Wessels/Beulke*'nin yaptığı değerlendirme sorumluluk alanlarının bu şekilde ayrılmasının, yaratılan tehlikenin hukuken dikkate değer olup olmadığını belirlediğini ve dolayısıyla bir kendini tehlikeye sokma olayında hukuken dikkate değer bir tehlikenin yaratılmamış olduğunu belirtmektedir.²⁷²

Öte yandan doktrinde, bunun aksine hukuken dikkate değer bir tehlikenin yaratılmış olmasına rağmen bu tür olaylarda isnadiyetin ortadan kalktığını belirten görüşler daha yaygındır. Bu bakış açısından, bir kendini tehlikeye sokma durumunda bu olaya mümkün kılıp, teşvik edip vs. katılan kişi hukuken dikkate alınabilir bir tehlike yaratmıştır ama yukarıda andığımız sebeplerden bu tür olaylarda buna rağmen, neticenin faile isnad edilmesi söz konusu olmaz. Bir kendini tehlikeye sokma olayında, neticede gerçekleşenin katılan kişi tarafından yaratılan hukuken kınanabilir bir tehlike değil de mağdur tarafından üstlenilmiş onun şahsi sorumluluğunu doğuran bir tehlike olduğu kabul edilmektedir.²⁷³

3.3.5. DEĞERLENDİRME

Yukarıda da belirtildiği üzer iştirak argümanı, Alman ceza hukuku doktrininde ciddi eleştirilerin muhatabı olmaktadır. Her ne kadar üçüncü kişinin, bir kişinin kendisine zarar verdiği bir olaya, örneğin iştirak argümanının çekirdeğini oluşturan intihara katılması, bağlılık kuramı doğrultusunda -yani iştirakin varlığının failin bir suç işlemiş olmasına bağlanması esas- yapılacak bir değerlendirmeye göre cezalandırılmaz nitelikteyse de intihara yardım etme ülkeden ülkeye farklı düzenlemelere konu olmuştur. Bağlılık kuramı sebebiyle suç olmayan intihara

²⁷² Wessels/Beulke, § 6, 186

²⁷³ Block, s.73; Roxin, Strafrecht AT, § 11, 109; Eisele, JuS, s. 578

yardım eylemi bazı ülke kanunlarında ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.²⁷⁴ Eski TCK m. 454'te olduğu gibi 5237 sayılı TCK da bu olayı ayrı bir norm altında düzenleme yoluna gitmiş ve sarih bir hükümlerle bu eylemi suç saymıştır.²⁷⁵ TCK m. 84/1'e göre "Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi"nin cezalandırılması öngörülmektedir. Bu madde, doktrinde iştirak hükümleriyle tenakuz içinde olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁷⁶ de olsa ceza kanunumuza göre intihara yardım etmek bir suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Fakat intihara yardımın ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olmasının temelindeki mantık, Alman doktrininde savunulan iştirak argümanının dayandığı mantıkla aynıdır. Eğer intihara yardım TCK m. 84'de ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olmasaydı, asıl fiil yani kişinin kendisini öldürmesi herhangi bir suçu oluşturmadığı için bağıllık kuramı gereği kişinin kendisini öldürmesine yardım eden kişinin hareketi de herhangi bir suç kapsamında değerlendirilemeyecekti. İntihara yardımın bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin sebebi budur. Dolayısıyla intihara yardımın TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenmesi de iştirak argümanını destekler niteliktedir.

Mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu olaylarda isnadiyetin ortadan kalkması ilkesinin Türk Ceza Hukuku sistemine göre temellendirilmesi yalnızca iştirak argümanına göre değil aynı şekilde şahsi sorumluluk görüşüne göre de mümkündür. İlgili başlık altında işaret ettiğimiz T.C. Anayasasının normları, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ve şahsi sorumluluğunun konturlarını çizen kişi hürriyetini güvence altına almaktadır. Lasson ise daha da toparlayıcı bir yaklaşımla, yukarıda farklı başlıklar altında ele alınan bütün argümanların, gerek iştirak argümanının gerek normun koruma amacı düşüncesinin ve gerekse şahsi sorumluluk

²⁷⁴ Mehmet Emin Artuk, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:8, Sayı:1-3, İstanbul 1995, s.

11

²⁷⁵ Faruk Erem, Suça İştirak, AÜHFD, C.3, S.1, 1946 s. 71

²⁷⁶ Zeki Hafizoğulları/ Muammer Ketizmen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hayata Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Kış 2008, s. 152

düşüncesinin aslında anayasal bir güvenceyle korunan kişi hürriyetinin bir yansıması olan şahsi özerkliğin ve şahsi sorumluluğun birer uzantısı olduğunu belirtmektedir. Biraz havada kalan bu prensipler, normun koruma amacı öğretisiyle birlikte kanun koyucu tarafından yaratılan norm aracılığıyla belirginlik kazanmaktadırlar. Dolayısıyla en temelde şahsi sorumluluk ve kişinin bağımsızlığının durduğunu ve mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu durumlarda da bu temel ilkelere göre kendisine tanınan hakkı kullanarak hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.²⁷⁷

3.4. MAĞDURUN ŞAHSİ SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

Her ne kadar mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu bir duruma teşvik ederek, mümkün kılarak, yardım ederek katılan bir üçüncü kişiye, mağdurun şahsi sorumluluğundan bahisle neticenin isnad edilemeyeceği bir ilke olarak ceza hukuku doktrininde pek çok yazar tarafından savunuluyor ve kabul ediliyor olsa da önemli bir mesele bu ilke doğrultusunda sonuçlara nasıl ulaşılabileceğidir. Bir önceki bölümde ortaya koyulduğu üzere üçüncü kişinin cezasızlığının temeli, kendisini tehlikeye sokan kişinin şahsi sorumluluğu düşüncesinde bulunmaktadır. Fakat her zaman kişinin şahsi sorumluluğunun sınırlarını tespit etmek o kadar kolay değildir. Örneğin bir uyuşturucu bağımlısının, bağımlılığı dolayısıyla kararlarının sonuçlarını tam olarak kestiremediği bir durumda onun şahsi sorumluluğunun söz konusu olup olmadığını nasıl belirlemek gerekir. Demek ki en önce kendisini tehlikeye sokan kişinin şahsi sorumluluğunun niteliğini her olayda ölçecek belli ilkelere ulaşmak gerekmektedir. Üçüncü kişinin cezasızlığından veya sorumsuzluğundan bahsedebilmemiz için en önce kendini tehlikeye sokan kişinin şahsi sorumluluğundan bahsedebilmemiz yani kişilerin sorumluluk alanlarına ilişkin bir ayrımı ortaya koymamız gerekir.²⁷⁸ Üçüncü kişinin neticeden sorumlu tutulmamasının şartı, üçüncü kişinin katıldığı tehlikenin mağdurun kendi sorumluluğunda hareket ederek doğrudan yarattığı bir tehlike olmasıdır.²⁷⁹ Eğer bu kişinin şahsi sorumluluğundan bahsetmek bir şekilde mümkün değilse yani kendisini

²⁷⁷ Lasson, ZjS, s. 361

²⁷⁸ Lasson, ZjS, s. 362; Kühl, § 4, 88; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 208

²⁷⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s.75

tehlikeye sokan kişi, olayların akışını yönlendirecek çeşitli kararlara varma noktasında bağımsız ve özgür değilse, bu durumda artık bir kendini tehlikeye sokma durumundan değil fakat neticenin katılan üçüncü kişiye isnad edilebileceği bir yabancı tehlikenin varlığından bahsetmek gerekir; çünkü bu tür bir durumda katılan üçüncü kişi, mağduru kendisine karşı bir araç gibi kullanan bir dolaylı fail durumundadır.²⁸⁰ Demek ki yalnızca bir kendini tehlikeye sokma fiilinin biçimsel varlığı, neticeden kimin sorumlu tutulacağını tespit etme noktasında tek başına yeterli değildir. Kişinin kendi özgür iradesiyle, şahsi bağımsızlığıyla hareket etmemesi halinde bir kendini tehlikeye sokma fiili biçimsel olarak mevcut olsa bile olayda isnadiyeti ortadan kaldıran gerçek bir kendini tehlikeye sokma durumunun var olduğundan bahsedilemez.²⁸¹

Bütün bu değerlendirmeler bizi şu soruya ulaştırmaktadır: mağdurun hareketlerinin onun şahsi sorumluluğu doğurduğundan hangi kriterlere göre söz edebiliriz, hangi kriterler mağdurun bir hareketinin onun şahsi sorumluluğuna yol açıp açmadığı konusunda bizi aydınlayabilir?

3.4.1. “RIZA” ÇÖZÜMÜ VE MAĞDURUN İSTEĞİNİN CİDDİYETİ

Doktrinde bir grup yazar, şahsi sorumluluğun belirlenmesi noktasında, ilkesel bir kritere ulaşmak adına bir hukuka uygunluk sebebi olan mağdurun rızası öğretisine atıfta bulunmaktadır. Bunun için mağdurun kendisini tehlikeye sokan davranışı, bir üçüncü kişinin yarattığı aynı türden varsayımsal bir yabancı tehlikeye karşılaştırılır ve mağdurun bu türden bir yabancı tehlikeye “ciddi” ya da etkili şekilde rıza gösterip göstermeyeceği, başka bir biçimde söylersek böyle bir yabancı tehlikenin varlığında mağdurun Alman Ceza Kanunu’nun 216. maddesinde sözü geçen “ciddi isteğinin” varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği sorulur.²⁸²²⁸³

²⁸⁰ Lason, ZjS, s. 362; Kühl, § 4, 88

²⁸¹ Eisele, JuS s. 580

²⁸² Lason, ZjS, s. 362; Krey/Esser, § 11, 363; Eisele, JuS, s. 580

Burada *ciddilikten* bahsettiğimizde, mağdurun içsel bir tutumunun anlaşılması gerekir ve bu içsel tutum, mağdurun amaca ulaşmak noktasında sahip olduğu kararlılık ve sahip olduğu isteğin gücüyle beraber tanınabilir hale gelir. Mağdurun kararlarının erimini hesaplayabilecek durumda, algılama yeteneğine sahip, kararlarının sonuçları konusunda bilinçli olması gerekir. Mağdur, aldığı kararların muhtemel neticelerini öngörebilecek durumda değilse veya kararlarını alırken yeterince ciddi davranmıyorsa, bu ölçüye göre mağdurun şahsi sorumluluğundan bahsetmemiz zorlaşır. Bir rızanın ne zaman yetersiz olduğundan veya yeteri kadar ciddi olmadığından bahsedilebilir? Eğer mağdurun rızası zorlayıcı bir mecburiyete, hileyle yaratılmış yanılgılara, depresyona, sarhoşluğa ya da uyuşturucu etkisine dayanıyorsa, ruhsal bir hastalık, toyluk ya da bunama karar verme yeteneğini etkilediyse veya karar, anlık bir ruh durumundan ortaya çıktıysa mağdurun rızasının ciddiyetinden ve mağdurun kararının erimini hesaplayabildiğinden bahsetmemiz mümkün değildir. Demek ki mağdurun algılama yeteneğinin tehdit, yanılgı veya zorlama gibi bir sebepten dolayı bozulmamış olması gerekir. Kendisini tehlikeye sokan mağdurun algılama yeteneğinin, kararlarının muhtemel neticelerini öngöremeyecek yani tehlikeyi bütün boyutlarıyla kavrayamayacak derecede etkilendiği sonucuna vardığımız zamansa, bunun onun şahsi sorumluluğunu ortadan kaldıracığından ve dolayısıyla olayların akışına katılan üçüncü kişinin dolaylı fail olarak neticeden sorumlu tutulmasının artık söz konusu olabileceğinden bahsetmemiz gerekir. Böyle bir durumda katılan üçüncü kişinin, mağduru kendisine

²⁸³ StGB § 216 “Talep üzerine öldürme”yi düzenlemektedir. “Günümüzde pek çok ülke hukuk sisteminde, talep üzerine öldürme ayrı bir suç olarak düzenlenmekte; fiil temelde kasten insan öldürme sayılsa da, ona göre daha hafif ceza ile cezalandırılmaktadır.... Talep üzerine öldürme fiilinden söz edilebilmesi için, öncelikle mağdurdan gelen bir talep bulunması gerekir. Bu talebin ciddi, kesin ve ısrarlı olması aranır. Kişi, kendi iradesiyle, başkasının etkisi altında kalmadan, talebini ortaya koymalı; ölme isteği, şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olmalıdır. Dolayısıyla istenen netice mağdurun talebi üzerine gerçekleşmiş olacaktır.” Nur Centel/ Hamide Zafer / Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C.I, İstanbul, 2011, s. 36

karşı bir araç gibi kullandığından bahsedilebilir.²⁸⁴ Demek ki tehlike, mağdurun talebi ve isteği üzerine mağdur tarafından bizzat yaratılmalı ve bu tehlikeyi yaratan mağdurda temyiz kudreti eksik olmamalıdır.²⁸⁵ Mağdur, kendisini tehlikeye soktuğu eylemleri kendi sorumluluğunun bilincinde olarak ve isteyerek, serbest iradesiyle gerçekleştirmelidir.²⁸⁶

Yargıtay'ın kararlarında da mağdurun algılama yeteneğinin bozulması dolayısıyla kendisi için bir tehlike yarattığı olaylarla karşılaşmak mümkündür. Yargıtay, bu türden olaylarda ele alınması gereken sorunsal olarak nedenselliği belirlemektedir. Daha önce de defalarca belirttiğimiz şeyi burada tekrar belirtmek istiyoruz, problem aynı olmakla birlikte isimlendirme hatalıdır. Bu olaylarda esas incelenmesi gereken neticenin objektif isnad edilebilirliği, bu incelemeyi yapabilmek adına da mağdurun kendisi için bir tehlike yaratırken, kararlarının erimini hesaplayabilecek durumda olup olmadığı dolayısıyla katılan kişinin sorumluluğunun var olup olmamasıdır.

Dolayısıyla aşağıda zikrettiğimiz, Yargıtay'ın önüne gelen çeşitli olayları, yukarıda belirttiğimiz ilke doğrultusunda değerlendirmeye tabi tutmaya çalışacağız. Bu bakımdan en meşhur örneklerden biri, “Kocası olan sanık tarafından iki gün önce dövülen kadının, kendisini asarak canına kıydığı” olaydır. Bu olayda Yargıtay, “etkin eylem ile ölüm arasına, mağdurenin intiharı gibi bir olay girmiş ve bu bakımdan nedensellik bağı kesilmiştir. Başka bir deyişle, ölüm ile sanığın eylemi arasında maddi bir bağlantı bulunmadığı anlaşılmıştır.” diyerek nedensellik incelemesiyle iktifa etmiştir. Burada olayın koşullarına göre failin hareketleri ile mağdurenin ölümü arasında bir nedensellik ilişkisinin doğrulanması da mümkün olabilir. Burada önemli olan mağdurenin, intihara kalkışırken ne oranda algılama yeteneğine sahip

²⁸⁴ Eisele, JuS s. 580; Lason, ZjS, s. 362; Krey/Esser, § 11, 363

²⁸⁵ Özbek/ Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe/Başbüyük/Meraklı, Pratik Çalışma Kitabı-I- Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013, s.64

²⁸⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s. 175; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 208

olduğudur.²⁸⁷ Dolayısıyla fail, karısını, intihara sürüklemek maksadıyla sürekli kötü muameleyle canından bezdirse ve karısının da bu kötü muamelelerin neticesinde şuuru bulanıklaşsa ve intihar etse neticenin faile objektif olarak isnad edilmesi dahi mümkün olabilir.²⁸⁸ Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin verdiği 10. 12. 1998 tarihli bir karar ise, uyuşturucu satıcısının sorumluluğunu tartışmaya açması bakımından ilginçtir. “ Failin hazırladığı uyuşturucu maddeyi kullanıcıya bizzat enjekte etmesi veya uyuşturucu maddeyi birer kullanımlık ölçekte hazırlayıp, bu durumu belirterek satması sonucu, kendisine uyuşturucu madde enjekte edilerek veya bir ölçek uyuşturucu maddeyi kullanan kişinin sağlığının bozulması veya ölmesi durumunda, failin fiili ile sağlığın bozulması ya da ölüm arasında belirtilen anlamda nedensellik bağı vardır.”²⁸⁹ denilerek, bu tür durumlarda katılan kişinin neticeden sorumlu tutulması gerektiğine işaret edilmiştir. Bizce ise bu, her olay grubuna uygulanacak bir kaide gibi gözükmemektedir. Eğer satıcının tek kullanımlık diyerek sattığı uyuşturucu miktarı, tek başına bir kişinin aşırı dozdan ölmesine sebep olacak kadarsa, kullanıcı da bunun farkında değilse yani kullanıcı satıcının kendisine bir doz olarak sattığı miktarı kullandığı takdirde aşırı dozdan hayatını kaybedeceğini bilmiyorsa ve bilme imkanı yoksa bağımlının hareketlerinin muhtemel sonuçlarını tam olarak kavradığından ve şahsi sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir.

²⁸⁷ YCGK, 12. 65. 1980, 1-151/206 (Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 140), Tezcan/ Erdem/ Önok da bu olayda bizce isabetsiz biçimde nedensellik serisinin öngörülebilir yani tipik bir şekilde mi geliştiğini yoksa öngörülemez yani atipik bir şekilde mi geliştiğini incelemek gerektiğini belirtmektedir.

²⁸⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Sebep Olma, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, s.808

²⁸⁹ Yrg. 10. CD, 10. 12. 1998- 10133/12221 (Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş, s. 275) Kararın devamı ise şu şekildedir. “...Buna karşılık, 20 gram uyuşturucu madde satın alan ve bunun 5 gramını bir doz olarak veya birer kullanımlık dozlardan ikisini birlikte kullanan kişinin sağlığının bozulması ya da ölmesi durumunda satıcının fiili ile sağlığın bozulması arasında değinilen biçimde nedensellik bağı yoktur. Eva'nın ölümü ile sanığın fiili arasında yukarıda belirtilen anlamda bir nedensellik bağı bulunmamaktadır ölüm Eva'nın fazla miktarda eroin kullanmasından, dolayısı ile kendi fiilinden meydana gelmiştir.” (Hakeri, Genel Hükümler, s. 175)

Bir başka örnek ise “sanığın geç saatlerde eve içkili halde geldiği etrafındakilere sataşım bağırdığı ve bu arada odasına çekilip kapıyı kapatan mağdurenin kapısına dayanarak ‘kapıyı aç, yoksa öldürürüm’ sözleriyle tehdit ettiği” etrafa zarar verdiği, sanığın çıkardığı gürültülerden korkan mağdurenin de odasının kapısını kilitlediği, sanığın bunun üzerine “oda kapısına yüklenerek kapıyı kırdığı, sanığın elinde uzunca bir cisimle ve tehditkar sözlerle geldiğini gören mağdurenin” pencereden avluya atlayarak yaralandığı olay zikredilebilir. Bu olayda, mağdure kendi fiilleriyle kendisine bir zarar vermektedir, fakat burada mağdurenin kararlarının sonuçlarını hesaplayabilecek durumda olup olmadığı yani algılama yeteneğine sahip olup olmadığı katılan kişinin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önemlidir. Olayda mağdure, ciddi bir korkuya kapılarak kendisini kurtarmak adına pencereden atmıştır, bu nedenle kararlarının sonuçlarını öngörebilecek ve hesaplayabilecek durumda olmadığını, algılama yeteneğine sahip olmadığını ve bu sebeplerden de neticenin gerçekleşmesi yönünde kendi şahsi sorumluluğuyla hareket etmediğini söylemek gerekmektedir. Dolayısıyla burada mağdurenin kendisi için bir tehlike yarattığından, bu sebeple de neticenin faile objektif olarak isnad edilemeyeceğinden söz edilemez. Yargıtay, olayda gene nedensellik araştırması yoluna gitmiş, nedenselliğin doğrulanması ile failin sorumlu tutulmasına karar vermiştir, fakat daha önce de söylediğimiz gibi burada nedensellik değil, mağdurenin kendisi için bir tehlike yarattığı durumların özellikleri göz önünde bulundurularak bir objektif isnadiyet araştırması yapmak gerekmektedir.²⁹⁰²⁹¹

²⁹⁰ “Ölüm günü istihbarat ve sorgulama kısım amirliğinde görevli komiser S ve kısım nöbetçisi R tarafından kepenk kapatma eylemi nedeniyle sorgulanmak üzere gözüaltına alınan A’ya işkence ve kötü muamelede bulunduğu konusunda kuşku bulunmamakta ise de ölümün işkence ve kötü muameleden değil, ölenin üçüncü kattan atlamasından kaynaklandığı, ölüm ile kötü muamele arasında nedensellik bağı bulunmadı... ölenin atlaması ile kendisine yapılan kötü muamele arasında 5 dakikalık süre bulunduğu, işkencenin tekrarlanacağı veya ölenin işkenceden kurtulmak için 3. kattan atladığına ilişkin herhangi bir kanıtın elde bulunmadığı anlaşılmıştır.“ YCGK, 30.01.2001, 1-250/1 (Hakeri, Genel Hükümler, s. 179) Burada mağdurenin, serbest iradesiyle mi yoksa işkencenin kendi algılamasında yarattığı tahribat, şuur bulanıklığı veya işkencenin yineleneneğinden dolayı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.04.1985 tarihli bir başka kararı da yukarıda zikrettiğimiz olaylarla benzer hususiyetler gösteren, doktrinde de üzerinde çokça durulan kararlardan biridir: "Uyuşmazlık konusu olan husus: kuyuya düşen kızını

duyduğu korkuyla mı hareket ettiği, olayda bir karara varmak bakımından önem taşımaktadır. Biz YCGK'nun verdiği kararın isabetli olmadığını, bu şartlarda birinin kendi serbest iradesiyle kendisini 3. kattan atmayacağını düşünüyoruz.

²⁹¹ YCGK 4.4.1983, 4-2/153 (Tezcan/Erdem/ Önok, s.139-140);

"Somut olayda sanıklar; yaptıkları plana uygun olarak tren hareket ettiği ve henüz hızlanmadığı sırada vagona oturmakta olan ölenin kucağındaki çantayı alarak trenden atlamış ve kaçmaya başlamışlardır. Ölen ise, kaçan sanıkları yakalayabilmek ve çalınan çantasını alabilmek amacıyla oturduğu yerden kalkarak sanıkların peşlerinden koşmuş ve tren 30-40 metre kadar ilerleyip, hızlandığı sırada yere atlamış, kafasını yere çarparak beyin kanaması sonucu ölmüştür.

Görüldüğü üzere sanıkların amacı hırsızlık olup kap-kaçılık suretiyle çanta çalmaktır. Öldürme amaçları olmadığı gibi ölene karşı etkili eylemde de bulunmamışlardır. Çantanın alınması amacıyla ölenin sürüklenmesi veya itişme sırasında trenden düşmesi söz konusu olmayıp, sanıklar trenden atladıktan sonra kendi özgür iradesiyle ve sanıkların bir eylemi olmaksızın onların peşinden gitmek amacıyla trenden atlayan ölenin ölmesi ile sanıkların yukarıda açıklanan eylemleri arasında uygun nedensellik bağı bulunmamaktadır." YCGK., 18.04.2000, 1-76/81 (Düzgün/Elmacı, s. 79) Yargıtay, bu kararında da bir nedensellik bağı değerlendirmesi yapma yoluna gitmiştir. Halbuki, daha önce de defaatle işaret ettiğimiz gibi sanıkların eylemi ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağı olduğu açıktır. Ayrıca Yargıtay'ın kararındaki bir takım tespitler de bizce isabetli değildir. Ölenin, böyle bir durumda kaldıktan sonra ne kadar kendi özgür iradesiyle hareket ettiği şüphelidir. Daha çok çantasının çalınmasının yarattığı heyecan ve panik duygusuyla hızla gitmekte olan trenden atlamış, dolayısıyla içinde bulunduğu durumun şartlarıyla kendi hareketinin muhtemel sonuçlarını öngörebilecek ve bu sonuçları isteyebilecek bir ruh hali içinde bulunmadığı için algılama yeteneği etkilenmiştir.

Öte yandan gene de neticeden sanıkları sorumlu tutmak mümkün gözükmemektedir.

Hırsızlığı yasaklayan normun koruma amacı aynı zamanda hırsızlık suçunun mağdurunun heyecan ve panikle kendisine zarar verdiği durumlardan o kişileri uzak tutma sorumluluğunu faille yüklemek değildir. Benzer yönde bir görüş için bkz. Hakeri, Genel Hükümler, s. 178

kurtarmak için, bu kuyuya atlayan kişinin ölümünden sanığa izafe edilebilecek bir kusur, başka bir deyimle, sanığın eylemiyle ölüm olayı arasında doğrudan doğruya bir illiyet bağının mevcut olup olmadığı hususudur. Küçük Alev'in kuyuya düşmesi ve yaralanması olayında, yaralanma olayı ile sanığın kendisine ait kuyuya insanların düşmesini önleyecek tedbirleri gereği gibi almaması nedeniyle, illiyet bağı bulunmaktadır. Alev'in babası Abdurrahman, kuyuyu ve kızının bu kuyuya düştüğünü görmüş, buna rağmen kendi iradi hareketleriyle kuyuya atlamış ve bu sebepten yaralanarak ölmüştür. Bu durumda sanığın, “tedbirsizlik” olarak nitelendirilebilecek eyleminde, Abdurrahman Ogun'un ölümü olayı arasında, doğrudan doğruya bir illiyet bağının bulunduğunu kabule olanak bulunmadığından, direnme hükmünün bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.”²⁹² Yargıtay'ın bu hükmünde, mağdur Abdurrahman'ın iradi hareketine referans vermesi, doktrinde başka bazı yazarlarca da belirtildiği gibi isabetli değildir.²⁹³ Mağdur'un hareketi, onun şahsi sorumluluğu kapsamında, hareketlerinin sonuçlarını öngörebileceği bir algılama yeteneğiyle gerçekleştirdiği bir hareket olmaktan son derece uzaktır. Mağdurun hareketi, olayın şartlarının sebep olduğu panik ve endişenin etkisi altında

²⁹² Kadri Keskin, Ceza ve Hukuk Uygulamasında Taksirle Ölüme ve Yaralamaya Sebebiyet, Ankara, 1991, s. 19; YCGK, benzer bir olayda da şu şekilde bir karar vermiştir. “Sanıkların temel hafriyatı sırasında gereğinden fazla açtıkları çukuru doldurmayarak su dolmasına sebebiyet verdikleri ve bu suyu inşaatta kullandıkları için kurutmadıkları, başkalarının suya girmemeleri veya düşmemeleri için önlem almadıkları anlaşıldığından 204m2 alanında 1.70-2.00 m derinliğindeki bu suya kendi iradesiyle de olsa girerek boğulan maktulün ölümü ile sanıkların eylemleri arasında nedensellik bağı mevcuttur.” Yargıtay CGK, 11.04.1994, 78/100 sayılı kararı (Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2013, s.60) Söz konusu olayda kuyuya girip boğulan maktul bir çocuktur, bu nedenle maktulün hareketlerinin neticelerini öngörerek hareket ettiğini, gerçekten kendisi için bir tehlike yarattığını tam olarak farkında olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle YCGK'nun kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. Buna rağmen kararda gene mağdurun “kendi iradesi”yle suya girdiğinden bahsedilmesi ve nedensellik bağının ortadan kalktığına atıf yapılması dikkat çekicidir.

²⁹³ Sahir Erman/ Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994, s.137

gelişmiştir. Bu sebepten olayda, objektif isnadiyet bağı ortadan kaldıracak mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu bir durumun varlığından bahisle neticeden sanığın sorumlu tutulamayacağından bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 28.02.1990 tarihli kararına konu olan olayda ise mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu bir durumun varlığının mevcut olduğu ve bu sebepten de neticenin üçüncü kişiye objektif olarak isnad edilemeyeceği söylenebilir. Olayda hayatını kaybeden G.Y. traktörün arka teker çamurluğu üzerine binerek yolculuk yaparken, bir kaza neticesinde hayatını kaybetmiştir. Yargıtay, G. Y.'nin tehlikeyi sezebilecek yaşta bulunduğu ve buna rağmen kendi can güvenliğini tehlikeye soktuğundan bahisle G.Y.'nin karşılık kusuru bulunduğunu, buna rağmen sanığa fazla ceza tayin edilmiş olmasının kararın bozulmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Yargıtay'ın işaret ettiği hususlar, G.Y.'nin kendisi için bir tehlike yarattığını ve durumun şartlarına göre kararının doğrurabileceği sonuçları en az sanık kadar öngörebildiğini göstermektedir. Dolayısıyla G.Y.'nin kendisi için yarattığı tehlike, bizce neticeden sanığın sorumlu tutulması önünde bir engel teşkil etmekte, neticenin sanığa objektif isnad edilebilmesini engellemektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın işaret ettiği hususlara katılmakla birlikte vardığı sonuca katılmadığımızı belirtmek istiyoruz.²⁹⁴

²⁹⁴ Yrg. 2. CD, 28.02.1990, E. 1990/131, K.1990/976 (Keskin, s.221); “Sanığın Şırnak Fındık 6'ncı İG Tug. 3. Tb. Kh. Bl. K.lığı emrinde askerlik görevini yaparken, 05.07.2003 günü 2 no'lu koğu ile koğuştaki silahlığın gündüz nöbetçisi olduğu, daha önce kendisine tebliğ edilen silahlık nöbet talimatına göre silahlığın sürekli kilitli olması ve anahtarının da nöbetçide bulunması gerekirken saat 07.00 sularında nöbete gidecek olan P. Er G.C.'ye silahını teslim ettikten sonra silahlığın kapısını kilitlemeyi unuttuğu, bunu fırsat bilen P. Er M. K.'nin silahlığa girdiği ve başkasına ait olan bir piyade tüfeğiyle kendini çenesinden vurarak intihat girişiminde bulunduğu anlaşılmıştır.... P. Er G. C.'nin intihar amacıyla kendini yaralamasıyla sanığın silahlığı unutması... arasında doğrudan bir illiyet bağı yoktur.” As. Yrg. 2. D., 09.06.2004, 2004/809-802 (Zeynep Kangal, Askeri Ceza Hukuku, Ankara, 2010, s. 84);

“Maznunun herhangi bir hatalı hareketi sebebiyle değil İ'nin kendiliğinden kamyonun çamurluğundan yere atlaması neticesinde muvazenesini kaybederek kamyonun altına düşüp

Roxin'in katılan kişinin sorumluluğunu belirlemek için savunduğu kriter, hem yargı kararlarında bu tür olaylarda aranan kriterle hem de doktrindeki baskın görüşle uyumlu şekilde rıza çözümdür. Eğer kendisini tehlikeye sokan kişi de katılan kişi oranında tehlikeyi görüyorsa, tehlikenin farkındaysa bu durumda neticenin katılan kişiye isnad edilmesi mümkün değildir. Eğer sebep olan veya destekleyen kişi, mağdurun kendi kararlarının erimini hesaplamak konusunda yetersiz kaldığının farkındaysa, bu durumda netice ona isnad edilmelidir. Burada başka bir görüş, eğer katılan, mağdurun kendi kararlarının neticesini tam olarak göremez durumda olduğunu anlayabilir durumda olduğu halde bunu anlamadıysa, bu da katılanın taksir sorumluluğu için yeterlidir demektir. *Roxin*'in bu yaklaşımı doktrindeki hakim görüş olan rıza görüşüne uygun düşmektedir.²⁹⁵

BGH, doktrinde de sık sık atıf yapılan meşhur bir kararında, bir kendini tehlikeye sokma durumunu çözüme kavuşturmak adına mağdurun rızası kurumuna da atıfta bulunmuştur. Doktor A, Hindistan'a yaptığı gezinin dönüşünde çiçek hastalığı kapmış bir halde, kendisini bitkin de hissetmesine rağmen herhangi bir tetkik yaptırmadan klinikteki görevine dönmüştür. Hastalardan ve sağlık görevlilerinden bir grup da doktorun gerekli tedbirleri almadan ve lazım olan tetkikleri yaptırmadan hastaneye dönmesi sebebiyle çiçek hastalığına yakalanmıştır. Hastalığa yakalanan bir

yaralanarak öldüğü anlaşılmasına göre, hadisede maznunun fiili İ'nin ölümü arasında da kendiliğinden yere atılması gibi başka bir sebebin girmiş olmasıyla illiyet rabitası bulunmamış olduğundan..." Yrg. C.G.K., 21.02.1955 E.74 (Tahir Hami Topaç, Türk Hukukunda Taksir, Ankara, 2013, s. 76)

"...ölenin yapılan işle ve iş yeri ile ilgisi olmadığı halde, inşaatın çatı katında bulunan asansör demirini sökmek isterken dengesini kaybederek aşağıya düştüğü, daha sonra kaldırıldığı hastanede öldüğü, bu şekilde meydana gelen olayda inşaatın sahibi olan samığa yüklenen eylem ile ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunmadığı..." Yrg. 12. CD., 18.04.2012-2012/2146 E. 2012/10396 (Topaç, s. 71)

Bütün bu olaylarda mağdur kendisi için bir tehlike yaratmıştır ve mağdurun başına gelenlerden katılan kişiyi sorumlu tutmak mümkün değildir.

²⁹⁵ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 113

diğer kişi de kendi isteğiyle karantina bölgesine giren kliniğin papazıdır. Söz konusu olayda doktor A'nın, klinikteki pek çok kişinin hastalığa yakalanmasına sebep olduğu için taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçlarından dolayı ceza alması gerektiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. BGH, A'nın klinik papazına hastalık bulaşmasından dolayı da sorumlu olması gerektiği yönünde karar vermiştir. Bu kararında mahkeme, papazın rızasının mevcut olup olmadığı yönünde bir inceleme yapmış ve rızanın ancak gelecekteki bir eyleme ya da ihmale verilebileceğini, geğmişteki bir eylem için ise mağdurun rızasının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle klinik papazının rızasını reddetmiştir.²⁹⁶ Burada söz konusu ettiğimiz rıza çözümlü ise, mahkemenin yaptığı gibi mağdurun gerçekten bir olayda bir hukuka uygunluk sebebi olan rızasının var olup olmadığını araştırmaz fakat mağdurun ortaya koyduğu istek veya iradenin, rıza kurumunda aranan ölçüde olup olmadığını araştırır. Mağdurun, tıpkı rızada olduğu gibi kararlarının erimini, muhtemel sonuçlarını öngörebilecek durumda mı karar verdiğini önceler.

Yoksa mağdurun rızası ve kendisini tehlikeye sokan kişinin ortaya koyduğu irade arasındaki tek fark yöneldikleri hareketin zamanı değil ayrıca suç sistematiiğinde ait oldukları yerler ve iki durumda mağdurun hareketine hükmetmesinin gösterdiği farklılıklardır. Açığa vurduğu rızayla mağdur, rıza verdiği kişiye olay akışı üzerindeki hakimiyetini, ancak aksine bir irade beyanıyla geri alabileceği biçimde devrederken, mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu durumlarda kendisini tehlikeye sokan kişi tıpkı katılan gibi olay akışı üzerinde hakimdir. Dolayısıyla failin mağdurun kendisine zarar vermesine çeşitli şekillerde katkıda bulunduğu olayları, mağdurun failden kendisine zarar vermesini veya kendisi için bir tehlike yarattığı olay gruplarını fiil hakimiyeti temelinde birbirinden ayırmak gerekmektedir. Ayrıca mağdurun rızası, hukuka uygunluk sebepleri içinde ele alınması gereken bir kurumken, kendini tehlikeye sokma objektif isnadiyet başlığı altında dolayısıyla tipiklik alanında yer alır.²⁹⁷

²⁹⁶ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 109

²⁹⁷ Knut Amelung, Frieder Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS, 2001, s. 938; Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s. 209

3.4.2. MAĞDURUN KENDİSİNİ TEHLİKEYE SOKTUĞU DURUMLARDA KATILANIN HUSUSİ BİLGİ SAHİBİ OLMASI

Mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu bir olay akışına katılan kişi, eğer olayların akışı konusunda mağdurun bilgisini aşan bir bilgiye sahipse yani tersinden söylemek gerekirse kendisini tehlikeye sokan kişi, katılandan daha sınırlı bir bilgiyle hareket ediyorsa mağdurun şahsi sorumluluğundan söz edemeyeceğimiz konusunda hemen hemen bir şüphe bulunmamaktadır. Özellikle katılan kişi, mağdurun kararlarının etkisi tam olarak öngöremediğinin farkındaysa, hem yargı kararları hem de doktrin, mağdurun özgür iradesi tarafından örtülmeyen bir riskin yaratıldığı konusunda hemfikirdir. Dolayısıyla bu riskin gerçekleşmesi katılan kişiye isnad edilerek onun neticede dolayı sorumlu tutulmasına sebep olur. Bu tür olaylarda kendisine zarar veren kişinin hareketi, kendi bağımsızlığından neşet eden bir şey olarak görülemez ve dolayısıyla artık daha fazla onun şahsi sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. BGH, bunu şu şekilde formüle etmiştir, katılan kişinin cezalandırılabilirliği “ilk olarak, kendini tehlikeye sokanın bilgisini aşan bir hususi bilgi dolayısıyla riski, kendisini tehlikeye sokandan daha iyi görebildiği noktada” başlar.²⁹⁸ Aslında kendini

²⁹⁸ Block, s. 74; Hardtung, MK, § 222, 23; Duttge, MK. § 15, 152; Özgenç, Alman Federal Mahkemesi'nin bugün için oturmuş içtihadının aksine, fakat eski içtihatlarıyla uyumlu bir şekilde bir görüş belirterek, satıcının, satan alan kişinin uyuşturucu madde kullandığını ve hatta bağımlı olduğunu *bildiği* takdirde, ona fazla miktarda uyuşturucu madde sattığı zaman, uyuşturucu bağımlısı kişinin yüksek dozdan ölmesi halinde ölüm neticesinden sorumlu olması gerektiğini belirtmektedir. Özgenç'in bu görüşüne katılmadığımızı belirtmemiz gerekir. Bu tür durumlarda, her zaman satıcının sorumluluğu yoluna gidilmesi isabetli değildir. Esas olan uyuşturucu kullanan kişinin kararlarının sonuçlarını öngörebilecek durumda olup olmadığıdır. Satıcının sorumluluğu, karşısındaki kişinin uyuşturucu madde kullandığını bildiği takdirde değil, karşısındaki kişinin uyuşturucuyu fazla dozda kullandığı zaman bunun kendi ölümüne sebep olabileceğini anlayabilecek durumda olmadığını bildiği takdirde söz konusu olabilir. Yani burada satıcının sahip olduğu hususi bilgi, karşısındakinin uyuşturucu bağımlısı olduğunu bildiği takdirde değil fakat karşısındakinin uyuşturucu bağımlılığı veya uyuşturucunun etkisinde olması dolayısıyla hareketlerinin muhtemel neticelerini kavrayamadığını farketmesi durumunda neticeden sorumlu tutulmasına sebep olabilir. Özgenç, s. 174-175

tehlikeye sokma olaylarında karşımıza çıkan hususi bilgi problemi, rıza çözümünün bir uzantısıdır.

Demek ki bu türden katılanın bir hususi bilgiye sahip olduğu bir olayda, katılan kişi ve kendisini tehlikeye sokan kişi arasındaki ilişkide artık daha fazla kendisini tehlikeye sokan kişinin serbestçe hareket ederek kendisini tehlikeye soktuğundan dolayısıyla meydana gelen neticeden kendisini tehlikeye sokan kişinin sorumlu tutulması gerektiğinden bahsetmek mümkün değildir. *Block*, mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu olaylarda karşımıza çıkan bu problemi, daha önce de karşımıza çıkan hukuken önemli bir tehlikenin yaratılıp yaratılmadığını belirlerken sarahete kavuşturmamız gereken hususi bilgi problemiyle ilişkilendirmektedir. Dolayısıyla “uçak yolculuğu olayı”na dönüp bu olayı farklı bir perspektiften yeniden ele almak mümkündür. Eğer yeğeni, uçakta bir bomba bulunduğu bilgisiyyle amcasını, içinde bomba bulunan uçakla bir yolculuk yapmaya ikna etse, bu durumda artık yeğenin amcayı ikna etmesi, böyle bir bilgiye sahip olmadığı durumda söz konusu olacağı gibi izin verilen risk tarafından örtülmez. Dolayısıyla bu olayı, kendini tehlikeye sokma perspektifinden yeniden yorumladığımızda, bir yolculuğa bir başkasını ikna etmek eğer böyle bir hususi bilgiyle hareket ediliyorsa daha fazla mağdurun kendi sorumluluğu dahilindeki bir kendini tehlikeye sokma olayı olarak değerlendirilemez. Bu iki kişinin ilişkisinde, artık mevcut olan tehlike hakkında katılanın sahip olduğu bilgi sebebiyle mağdurun serbestçe hareket ettiğinden ve böylece mağdurun şahsi sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Hareket artık kendisine zarar veren kişinin özerkliğinden neşet etmez - özerklik, mağdurun şahsi sorumluluğunun sınırlarını çizer ve sadece bu özerklik, katılan kişinin neticeden sorumlu tutulmasını engelleyebilir. Failin sahip olduğu hususi bilgilerin göz önünde bulundurulması objektif isnadiyet alanında da, birbirine uygun sonuçlara varabilmek adına anlamlıdır; çünkü burada olduğu gibi daha önce de karşımıza çıkan failin özel ve mağdurun bilgisini aşan bir bilgiye sahip olması doğrudan neticenin faile isnad edilmesi sonucunu doğurur.²⁹⁹

²⁹⁹ Block, s. 74; Kühl, § 4, 92

Mağdurun şahsi sorumluluğunun söz konusu olduğu kendisine zarar verme durumları, bir hukuki değer taşıyıcısının fail olarak kendisine karşı hareket ettiği durumlardır. Eğer böyle bir olaya katılan kişi, mağdurun sahip olduğu bilgiden daha fazlasına veya mağdurun sahip olmadığı özel bir bilgiye sahipse, böyle bir durumda katılan kişi, sahip olduğu hususi bilgi dolayısıyla olayların akışına egemen olur. Bunun anlamı katılan kişinin mağduru kendisine karşı bir alet durumuna düşürmesi ve kendisinin de bir dolaylı fail haline gelmesidir. Demek ki kendisine zarar veren kişi, kendisine karşı bir fail gibi görülemez; çünkü olayların akışına egemen değildir. Bu durumda neticenin katılan hususi bilgi sahibi kişiye isnad edilemeyeceğini yani böyle bir olayda objektif isnadiyetin ortadan kalktığını söylemek, katılan üçüncü kişinin mağdurun bilgisini aşan bir bilgiye sahip olması dolayısıyla mümkün değildir.³⁰⁰

Fakat Hardtung, yukarıda andığımız BGH'nin formülasyonun yalnızca kast için uygulanabilir olduğunu belirtmektedir. Kanunda taksirli halleri de düzenlenmiş suçlar için failin, neticeyi kendisini tehlikeye sokandan daha iyi kavrayamamasının sebebi eğer onun söz konusu özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması ise, bunun onun sorumluluğu için yeterli olacağını belirtmektedir. Demek ki yalnızca failin, neticeyi mağdurdan daha iyi kavraması değil aynı zamanda kavrayabilecek durumdayken, özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde davrandığı için kavrayamadığı durumlarda da katılan kişinin sorumluluğundan bahsetmek gerekmektedir. Zaten BGH de yukarıda andığımız daha dar bir sorumluluk şablonunu terk etmiştir. Örneğin, failin, mağdura istediği şekilde kokain değil de yanlışlıkla saf eroin verdiği ve mağdurun kokain yerine eroini kullanması dolayısıyla hayatını kaybettiği bir olayda faili, özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için neticeden sorumlu tutmuştur.³⁰¹ Burada O'nun şahsi sorumluluğuyla davrandığında bahsetmek mümkün değildir; çünkü kokainin tipik tehlikesinin dışında bulunan eroinle bağlantılı riski O görememiştir. Her ne kadar uyuşturucu ticareti hukuken yasak da olsa, profesyonel bir torbacı olarak T'nin mevcut tehlikeyi daha iyi görebileceği ve

³⁰⁰ Block, s. 74

³⁰¹ Hardtung, MK, § 222, 23

en azından sattığı malın ne olduğuna dair bir kontrol sorumluluğunun olduğunu söylemek gerekir. Bağımlının istediği doğru uyuşturucu teslim etmek onun sorumluluğundadır. Dolayısıyla uyuşturucu maddelerin karıştırılması dolayısıyla taksirli sorumluluğu söz konusudur ve bu noktada içine düştüğü bir yanlışlık, neticeden sorumlu tutulmasına yol açacak olan isnadiyet bağımlı ortadan kaldırmaz.³⁰² Burada uyuşturucu ticareti içinde uyuşturucunun dolaşımının bir basamağında yer alan bir kişinin, sattığı uyuşturucunun içinde hangi etken maddelerin ne oranda bulunduğunu ve sattığı uyuşturucunun içine başka hangi katkı maddeleriyle karıştırıldığını bilmesi tam olarak mümkün değildir ama örnek olarak andığımız söz konusu olayda, bir kişi kendisinin tahmin ettiğinden daha yüksek etken madde içeren bir uyuşturucuyla karşılaşmamakta, onun yerine eroinle karşılaşmaktadır. Olayda da ölüm neticesi failin davranışının neden olduğu bir yanlış kavrayışta temellenmektedir. Kendisini tehlikeye sokan kişinin üstlendiği risk sadece kokain kullanmakla bağlantılı risktir, eroin kullanmasıyla oluşan risk ise bu riski aşmaktadır. Dolayısıyla mağdurun üstlendiği risk konusunda mağdurun düştüğü yanlışlığı onun şahsi sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bunu mağdurun kendisini tehlikeye sokması kurumuyla ilişkilendirdiğimizde ise bu kurumun temelinde bulunan mağdurun karar verme konusunda sahip olduğu bağımsızlığın olayda bulunmadığını belirtmemiz gerekir.³⁰³

Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun hakkında 24.12.1992 tarih ve E. 1992/150, K. 1992/148 sayılı kararı verdiği bir başka olayı da bu konuda bir örnek olarak anmamız mümkündür. Olayda Jandarma karakoluna su temin eden su pompasının arıza yapması üzerine, köyün dışında bulunan pompanın onarımı için onarım ekibi ve onarım ekibinin güvenliğini sağlayacak muhafız erlerden oluşan bir ekip görevlendirilir. Beraberlerinde dinamo kulübesini açacak doğru anahtarı getirmediğini farkeden askerler, aralarından biri karakola gidip doğru anahtarı getirinceye kadar o bölgede çeşitli uygun gördükleri yerlere otururlar. Sanık, bir

³⁰² Eisele, JuS s. 583

³⁰³ Julian Lange/ Emanuel Wagner, Fremdtötung oder eigenverantwortliche Selbstschädigung?, NStZ, 2011, s. 67-68

duvara yaslanır, silahını da namluda mermi sürülü vaziyetteyken kucağına yatırır. Maktul ise silahın pozisyonunu görüp, elleri de dolu olan sanığın kucağından silahı emniyete almak için kavrayıp çektiğinde silah ateş alır ve maktul hayatını kaybeder. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, meselenin bir nedensellik bağı meselesi olduğundan bahisle, “...ölüm olayı ile sanık arasında doğrudan doğruya bir illiyet bağının varlığı açıklıkla ortaya konulmamakta...” denilmekte, dolayısıyla neticenin sanığa yüklenmesinin mümkün olmadığına işaret etmektedir. Öte yandan daireler kurulu, sanığı da gerekli emniyet tedbirlerini almadan, tüfeğinin emniyeti açık ve namlusuna mermi sürülüyken kucağına bu şekilde yatırmamasından dolayı emirlere ve talimatlara aykırı bir davranış içinde bulunduğunu ve Disiplin Mahkemeleri Kuruluş Kanunu m. 48’de tanımlanan emre itaatsizlik suçundan dolayı sorumlu tutma kararı almıştır. Daireler kurulunun bu kararına muhalif kalan bazı üyeler ise olayda sanığın doğrudan herhangi bir eylemi mevcut olmasa bile nedensellik bağının mevcut olduğunu belirtmişlerdir.³⁰⁴ Bizim görüşümüze göre ise sanığın eylemi ile netice arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunduğu muhakkaktır. Öte yandan maktulün, askerlikte sahip olduğu tecrübe göz önünde bulundurulursa As. Yrg. 2. D.’nin kararında da belirttiği üzere silah ve silah kazaları konusunda yeterli bilgiye sahip olduğu söylenebilir. Dolayısıyla silahı, sanığın kucağından tam da namlusu kendisine bakar vaziyette alırken sanığın kendisi için bir tehlike yarattığının farkında olduğu ve hareketlerinin muhtemel neticelerini öngörerek hareket ettiği söylenebilir. Bu işin bir yönüdür. Fakat öte yandan yukarıda müşterilerine kokain yerine dikkatsizlik sebebiyle eroin satan torbacının neticeden sorumlu tutulması gerektiği gibi mağdur, kendisi için muhtemel sonuçlarını öngörebileceği eylemiyle bir tehlike yaratırken, sanık da silahın emniyetini açık bırakması dolayısıyla gerekli dikkat ve özeni göstermemiştir. Silahın emniyetinin açık olup olmadığını kontrol etmek ve bu konuda silahı emniyetli bir şekilde muhafaza etmek sanığın görevidir. Dolayısıyla biz, tıpkı yukarıdaki örnekte olduğu gibi mağdurun kendisi için bir tehlike

³⁰⁴ As. Yrg. Drl. Krl. 24.12.1992, E. 1992/150, K. 1992/148 (Tarık Senkeri, Karar İncelemesi: Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik Neticisi Ölümüne Sebebiyet Vermek- Nedensellik Bağı, İÜHFM, C.LIV, 1994, s. 189-192)

yaratmasının olayda sanığın taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı görüşünü paylaşıyoruz.

Peki kendisini tehlikeye düşüren mağdurla katılan kişinin olayların akışı konusunda sahip oldukları bilgiler arasındaki mağdurun aleyhine olan her türden farklılık, doğrudan mağdurun özerkliğini ve şahsi sorumluluğunu ortadan kaldırmalı mıdır? Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Burada bir sonuca varmak için mağdurun şahsi sorumluluğunun sınırlarının nereden geçtiğini netleştirmek gerekir. Şahsi sorumluluğun sınırlarının tespiti konusunda göz önünde bulundurulması gereken esas nokta mağdurun aktüel bilgisi değil, mağdurun karar verme noktasındaki hürriyeti ya da özerkliğidir. Dolayısıyla mağdurun olayların akışı konusundaki her türden eksik bilgisi, onun karar verme özgürlüğünü etkilemediği sürece katılan kişinin sorumluluğunu doğuracak biçimde yorumlanamaz. Katılan kişi bir tehlikeyi, kendisini tehlikeye sokan mağdurdan daha iyi görüyor olabilir ama bu görüş farkı, doğrudan katılan kişinin sorumluluğunun ortaya çıkmasına sebep olmaz. Örneğin soğuk dolayısıyla mevcut olan böbrek iltihabı tehlikesini arkadaşı görmediği halde gören bir kişi, arkadaşını teleferik yolculuğu yapmaya ikna etse ve söz konusu tehlike de neticede gerçekleşse, katılan kişiyi taksirle yaralamadan dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir. Yukarıda da ayrıntısıyla ele almaya çalıştığımız gibi bir insan tekinin kararlar alma ve kendi çıkarlarını koruma noktasındaki özgürlüğü, bu söz konusu olayda katılan kişinin hususi bilgisi nedeniyle sınırlanmamıştır. Böyle bir olayda teşvik eden kişinin davranışlarının kurallara uygunluğunun ölçüsü, kendisini tehlikeye sokanın, bir başkasından hangi oranda bir ihtimam bekleyebileceğine bağlıdır. Olayımızda ise bu ölçünün aşılmadığını söylemek gerekir; çünkü kendisini tehlikeye sokan mağdur şartlar dolayısıyla ihtimal dahilinde olan bir hastalık tehlikesine dair bir ihtimam göstermesini arkadaşından bekleyemez. Gene de açıktır ki bu hususi bilginin hangi noktada şahsi sorumluluğa bir sınır çekeceğini söylemek her zaman kolay değildir.³⁰⁵

³⁰⁵ Block, s. 75

Yalnızca failin, mağdurun bilgisini aşan bir bilgiye sahip olduğu olayları değil tam aksini yani mağdurun, failin bilgisini aşan bir bilgiye sahip olduğu olayları da göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bu türden olaylarda, fail mağduru değil fakat mağdur faili, kendine zarar vermek için bir araç olarak kullanmaktadır. Bu olaylara bir örneği Eisele şu şekilde vermektedir, ağır hasta O, normal bir insanın sahip olduğu kapasitenin %10'u oranında bir kapasiteyle nefes alabilmektedir. Bakıcısını aldatarak, onun yardımıyla kendisini öldürmek istemektedir. O, T'ye bir çuval içine koyulup, bir çöp konteynırına bırakılmak istediğini söyler, itiraz etmesini önlemek amacıyla da birisinin onu kurtaracağını ve bunu geçmişte cinsel fantezi amacıyla sık sık yaptığını belirtir. T, O'nun ağzını bağlar ve onu istediği üzere bir çuvala koyarak, dışarıda hava sıcaklığı çok düşük olduğu halde bir çöp konteynırına bırakır. O, boğularak, bir ihtimalle de aşırı soğuktan hayatını kaybeder. Burada çöp konteynırına bırakma eylemi tamamen bakıcı T tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle bir yabancı tehlike gibi durmaktadır. Fakat O, sahip olduğu hususi bilgiyle T'yi yönlendirmiş, kandırmış ve onu kendisini çöp konteynırına bırakması için kullanmıştır. Bu açıdan da olay bir kendini tehlikeye sokma olayı olarak görülmektedir. O, ters dönmüş bir dolaylı faillik durumu yaratmış ve T'yi kendi amaçları doğrultusunda bir araç gibi kullanmıştır. Fakat dolaylı faillik ilkesi bu olaya tam olarak taşınmaz; çünkü bir kişinin kendisini öldürmesi bir suç değildir, dolayısıyla O, dolaylı fail olarak nitelendirilemez. (Her ne kadar TCK'na göre bir kişinin kendisini öldürmesine yardım etmek bir suç olarak düzenlenmişse de) Aynı zamanda T, O'yu ölüme götüren şartlar konusunda yanılmış değildir. Gerek havanın soğukluğundan, gerekse O'nun nefes alma konusunda yaşadığı güçlükten haberdardır. T'nin içine düştüğü yanılgı, birisinin gelip O'yu kurtaracağı noktasındadır. Aynı zamanda O, bir konteynıra bırakıldıktan sonra artık kendi kararıyla tipik neticeyi engellemek konusunda bir imkana sahip değildir, dolayısıyla her ne kadar burada T'nin yanıltılması dolayısıyla olay bir kendini tehlikeye sokma gibi görünse de O neticeyi engellemek noktasında herhangi bir imkana sahip değildir ve O'nun neticenin gerçekleşmesine kadar olay akışı üzerinde hakimiyet kurmuş olduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Aynı zamanda şunu da dikkate almak gerekir, gerçek dolaylı faillik olaylarında kandırılan ve kastı olmadan bir araç gibi kullanılan kişi, gene de fiilin taksirli icrası dolayısıyla sorumlu tutulabilir.

Olayımızda da T, bahsedilen koşullarda mağduru çöp koyteynırına koymanın özen yükümlülüğüne aykırılığı sebebiyle taksirle öldürmek suçundan dolayı sorumlu tutulabilir. Buna benzer mağdurun, katılan kişinin bilgisini aşan bir bilgiye sahip olduğu olaylar uzun bir süredir tartışmalıdır.³⁰⁶ Yukarıda andığımız örneği Hardtung, bir kendini tehlikeye sokma olarak değil fakat bir yabancı tehlikenin yaratılması olarak değerlendirmiştir.³⁰⁷

3.4.3. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLERE BAŞVURULMASI

Buna karşılık doktrinde bir başka görüş ise şahsi sorumluluğun belirlenmesi için kusurluluğu etkileyen hallerin (StGB §§ 19, 20, 35) mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu durumlara da analog olarak uygulanmasını savunmaktadır. Söz konusu durumların varlığı halinde artık mağdurun, serbestçe hareket ettiğinden bahsetmek mümkün değildir. Böylece bu görüşe göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma gibi hallerde ya da zorunluluk halinin söz konusu olduğu durumlarda kanunun ilgili maddelerinde belirtilen şartların yerine gelmesi durumunda şahsi sorumluluğun ortadan kalktığından ve böylece olayın bir kendini tehlikeye sokma olarak değil de yabancı bir tehlikenin söz konusu olduğu bir olay olarak değerlendirilebileceğinden bahsedilebilir. Kanunda sayılan bu haller, doktrinde failin kusur yeteneğini etkileyen haller olarak belirtilmektedir ve kendini tehlikeye sokan kişinin de bu haller dolayısıyla kusur yeteneğinin etkilendiğinden söz edilebilirse artık kendini tehlikeye sokan kişinin şahsi sorumluluğundan söz etmek mümkün olmaz ve neticenin bu durumda katılan üçüncü kişiye isnad edilmesi gerekir.³⁰⁸

Roxin, rıza görüşüne göre eğer kendisini tehlikeye sokan kişi de katılan kişi oranında tehlikeyi görüyorsa, tehlikenin farkındaysa bu durumda neticenin katılan kişiye isnad

³⁰⁶ Eisele, JuS, s. 581

³⁰⁷ Hardtung, MK, § 222, 22; Bu olayda önemli konulardan birisi de mağdurun yarattığı bir tehlikenin mi söz konusu olduğu yoksa yabancı bir tehlikeye mağdurun kendi rızasıyla girmiş mi olduğunun ayırt edilmesi meselesidir.

³⁰⁸ Lasson, ZjS, s. 362; Krey/Esser, § 11, 362

edilmesi mümkün değildir kriterini ortaya koyduktan sonra kusurluluğu etkileyen hallerle ilgili tartışmaya dahil olmakta ve bu kriteri bu tartışmanın alanına taşımaktadır. Eğer mağdur, kusur yeteneğine haizse fakat TCK m. 32/2’de yer alan ifadeyle davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmışsa bu durumda netice katılan kişiye isnad edilmeli midir? Burada *Roxin*, kusur yeteneğinin algılama ve irade yeteneği olan iki bileşenini tespit ederek, eğer kendisini tehlikeye sokan kişi tehlikeyi tam olarak görüyorsa ama sadece davranışlarını yönlendirme yeteneğinde bir azalma söz konusuysa bu durumda katılanın neticeden dolayı sorumlu tutulmaması gerektiğini belirtmektedir. Gerekçe olarak da böyle bir durumda kendisini tehlikeye sokan kişinin hala kendi kararlarının hakimi durumunda olduğunu belirtmektedir. Öte yandan mağdurun algılama yeteneği de onun tehlikeyi tam olarak görmesine engel olacak biçimde önemli oranda azaldıysa bu durumda neticenin katılana isnad edilebilmesi gerekir.³⁰⁹

Kusurluluğu etkileyen hallerin, kendini tehlikeye sokma olaylarında çözüme götürecek kriterler sağladığını iddia eden görüşe karşı, bu hallerin ancak cezalandırılabilir bir haksızlığın varlığı halinde söz konusu edilebileceği, oysa ki kendini tehlikeye sokma ya da kendine zarar verme durumlarında bunun eksik olduğu da iddia edilmektedir. Fakat bu iddia bir eleştiri olarak yöneltildiği bağlama yeterince oturmamaktadır; çünkü kusurluluğu etkileyen hallerin kendini tehlikeye sokma durumlarında, bir ayırıcı kriter olarak yardıma çağrılmasının sebebi mağdurun davranışının cezalandırılabilirliği hakkında bir değerlendirme yapıp sonuca varmak değil, sadece kendini tehlikeye sokan kişinin kişisel durumu göz önüne alınarak onun, davranışlarından sorumlu tutulup tutulamayacağını tespit edebilmektir.³¹⁰ Tıpkı *rıza çözümünde* olduğu gibi *kusurluluğu etkileyen haller* çözümünde de asıl olan bu başvuru hukuki kurumun olaya aynen uygulanması değil, atıf yapılan hukuki kurumdan alınan kriterlerin şahsi sorumluluğunun sınırının tespit edilmesi bakımından kendini tehlikeye sokma olaylarına uygulanmasıdır.

³⁰⁹ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 114

³¹⁰ Lasson, ZjS, s.363

Kusurluluğu etkileyen hallere başvurulmasının eleştirisi yalnızca bununla sınırlı değildir, ayrıca bu kuralların kullanımının, üçüncü kişinin mağdurun saikte hataya düşmesi dolayısıyla kendini tehlikeye sokma ya da kendini zarara uğratma davranışlarına sebep olması durumunu kapsamaması da eleştirilen başka bir husustur. Oysa rıza çözümüne göre, bu tür saik hatası durumlarında, mağdurun şahsi sorumluluğundan artık söz edilemez ve neticeden katılan üçüncü kişi sorumlu tutulur. Lasson, bu tür durumlarda kusurluluğu etkileyen hallere başvurma rıza-çözümüne göre daha uygun sonuçlar verdiğini belirtmektedir; çünkü hukuk düzeni, her insanın yabancı kışkırtmaları gözü kapalı biçimde takip etmemesi gerektiği kabulünden yola çıkmalıdır, öteki türlü saikte hatayı fırsat bilerek mağduru kışkırtan her kişi dolaylı fail olarak neticeden sorumlu tutulur. Fakat yanılma eğer son derece ciddi boyuttaysa, yanılan kişinin kanunda zorunluluk halini düzenleyen hükmüne uygun bir duruma düştüğü gerekçesiyle şahsi sorumluluğun ortadan kalkabileceğine kusurluluğu etkileyen haller yoluyla da ulaşılabilir.³¹¹ Eisele ise kusurluluğu etkileyen haller çözümünün fazla dar olduğunu, rıza çözümünün ise şahsi sorumluluk prensibiyle daha uyumlu olduğu gerekçesiyle tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir.³¹²

3.4.4. GARANTÖRÜN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu durumlarda, eğer kendisine zarar verme eylemine aktif olarak (taksirli ya da kasti) katılan kişi, kendisine zarar veren kişinin hayatı veya bedeni konusunda garantör pozisyondaydı neticenin kime isnad edileceği sorusu da tartışmalı bir alanı göstermektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin kararları, genelde katılan kişinin neticeden sorumlu tutulması yönündedir. BGH bir doktorun, bağımlılıktan kurtarma terapisi kapsamında bir hastasına uyuşturucu madde yazdığı ve hastanın da uyuşturucu maddeyi yüksek dozda almasından dolayı hayatını kaybettiği bir olayda doktorun neticeden sorumlu tutulması yönünde karar vermiştir. *Roxin* burada ulaşılan neticenin doğru olmakla birlikte yanlış temellendirildiğini belirtmektedir. Ulaşılan netice doğrudur çünkü olayda bütün veriler, uyuşturucu

³¹¹ Lasson, ZjS, s. 363

³¹² Eisele, JuS s. 580

madde bağımlısı kişinin kusur yeteneğine haiz olmadığını ve kararlarının yol açacağı muhtemel neticeleri öngöremediğini göstermektedir ama eğer olayda aksi doğru olsa, yani kişi kararlarının muhtemel neticelerini görebildiği halde davranırsa, bu durumda uyuşturucu kullanan kişinin ölümünü doktorun reçete yazma fiiline isnad etmek mümkün değildir; çünkü doktor, hastasını kendine zarar vermekten değil de hastalıktan korumakla sorumludur. Dolayısıyla bir reçete yazma fiili, kasten bir insanı öldürme normu tarafından kapsanamaz, normun koruma alanı dışında kalır. Eğer bir hasta, kendisine reçete edilen ilaçların yanlış kullanımı sonucunda yaralansa ve bundan dolayı da doktor sorumlu tutulsa, bu durumda doktorlar, devamlı ceza tehdidiyle karşı karşıya kalmak durumunda olurlar.³¹³

Dolayısıyla burada garantör durumunda olan kişinin sorumluluğu, kendisine zarar veren kişinin özgür iradesiyle hareket edip etmediğine, bunun bir uzantısı olarak da kendisi için yaratmakta olduğu tehlikeyi tam olarak görüp görmemesine ve buna rağmen hareketini sürdürmek konusunda serbestçe iradesini ortaya koyup koymamasına bağlıdır.³¹⁴ Bir kişi, kusur yeteneğine haiz ve özgür seçimiyle kendi canına kıymak istese ve onun hayatı için garantör olan kişi de bunu engellemese, garantörün sorumluluğu bir kendini öldürme fiilini destekleyen kişinin sorumluluğu kadardır. Ancak eğer kendine zarar veren kişi, serbest seçim yapma imkanı söz konusu olmadan, örneğin çok sarhoşken kendine zarar vermeye kalksa, bu durumda garantör kendine zarar veren kişinin bu hareketini engellemediği için sorumlu tutulabilir. Alman ceza hukuku sistemine göre bir kendini öldürme fiiline aktif katılım cezasızken, bu hareketi tamamlamaya yönelik sonuca ulaşana dek mevcut kalmaya devam eden bir iradeye rağmen, bu sonucu engellemek konusunda ihmalde bulunmaktan dolayı garantörün sorumlu tutulması ikna edici değildir. Kendine zarar veren kişinin şahsen karar verebilme hakkını gözetemeyen şahsi sorumluluk ilkesinin

³¹³ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 111

³¹⁴ Kuhli, s. 387-388 Kuhli, bir dağcılık yarışında tecrübeli yarışmacıların donarak hayatını kaybettiği bir olayda, bu yarışmacılara hava durumu hakkında yeterli bilgilendirme yapıldığı müddetçe yarışmayı düzenleyenlerin ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir.

mantiki bir sonucudur bu. Bu durumun aksi ancak kendisine zarar veren kişi, kendisine zarar vermek istemediğini açıkça beyan ettiği zaman ya da özgürce karar alma imkanından yoksun olduğu zaman söz konusu olabilir.³¹⁵

Yargıtay, bu konuda verdiği bir kararda gene olayı nedensellik tartışması yoluyla çözmeyi denemiştir. Araç sahibi, aracını oğlu K'ya vermiştir. K'nın aracı kusurlu sevk ve idaresiyle gerçekleşen kaza sonucunda araç sahibinin oğlu K, hayatını kaybetmiştir. Yargıtay, bu olayda meydana gelen ölüm neticesi ile araç sahibinin aracın yönetimini oğluna bırakması arasında illiyet rabitasının bulunmaması dolayısıyla araç sahibinin neticeden sorumlu tutulmaması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Halbuki olayda nedensellik bağlantısının bulunduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ölen K ile aralarındaki baba oğul ilişkisi, hem de araç sahibi olması dolayısıyla garantör pozisyonunda olan araç sahibinin, ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekip gerekmediği ise ölen K'nın toyluk, bilgisizlik, tecrübesizlik vb. sebeplerden dolayı hareketinin olası sonuçlarını öngörebilecek durumda olup olmamasına, şahsi bağımsızlığıyla ve serbest iradesiyle hareket edip etmemesine göre karara bağlanmalıdır.³¹⁶

³¹⁵ Eisele, JuS, s. 580

³¹⁶ Yrg. 9. CD, 10.3.1983, 519/621 (Özgenç, s.175); "... Sanıklardan N, direksiyon dersi vermekte olup olay günü pist dahilinde çalıştırdığı diğer sanık F'ye Dikmen-Konya yolunda direksiyonu teslim etmiştir. Sanık F bu yolda seyrederken Dikmen yol kavşağından Dikmen'e dönüş yapmış ve fakat karşıdan gelen... minibüse geçiş hakkı tanımadığından her iki araç çarpışmış; minibüsteki mağdur-müdahil B. ..derecede yaralanmıştır. Sanık F.'ye direksiyon öğreten sanık N, ,, karşıdan minibüsü gördüğü ve öğrencisinin sola dönüş hazırlığında olduğunu ve direksiyon hakimiyetinin yeterince bulunmadığını bildiği halde, yola çıkmaması için ona ihtarda bulunmamış; bu kusurlu harekete göz yummuştur... direksiyon öğretmeni olan sanık N'nin.. öğrencisi F'nin direksiyon hakimiyetinin henüz tam olmadığını bildiği halde ana yola çıkmaması için gereken ikazda bulunmamış ve ana yolda seyrederken sola dönüş yapacağı sırada karşıdan gelen minibüse geçiş hakkı tanıması ve onu beklemesi lüzumlu olacağını hatırlatmamış olması gibi birleşik kusurlu hareketlerinden ötürü, sonuçla kusurlu hareketleri arasında doğrudan doğruya ilişki bulunmaktadır. Bu yönden sorumlu olduğunun kabulü gerekir." CGK, 17.05.1976,4-22/220 (Düzgün/Elmacı, s.

3.5. KURTARMA OLAYLARI

Mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu olaylar içinde kurtarma olayları, neticenin faile isnad edilip edilmeyeceği konusunda mevcut olan soru işaretleriyle dikkat çekicidir. Bu tür olaylarda kurtarıcı kişi, tehlike altındaki bir başka kişiye yardım etmeye çalışırken bir zarar görür. Burada failin, bir hukuki değer üzerinde bir tehlike yaratarak bir kendini tehlikeye sokma ihtimalini yarattığı açıktır.³¹⁷

BGH, bu tür olaylarda eğer mağdur kurtarma önlemi almakla yükümlüyse, şahsi sorumluluğa sebep olan bir karar vermenin ortadan kalktığından söz etmek gerektiğini ve dolayısıyla neticenin sebep olan faile isnad edilmesi gerektiğini, böyle bir olayda failin taksirli sorumluluğunun ortaya çıkacağını belirtmektedir. Böyle bir olayda BGH'a göre mağdurun bilinçli olarak kendisini tehlikeye sokması dolayısıyla katılanın cezasızlığını öngören temel ilkenin bir sınırlandırılması söz konusudur.³¹⁸

Bir kundaklama olayında, itfaiye görevlisi ya da böyle bir olayda yardım etmekle görevli bir kişi yasalarca yükümlü olduğu biçimde ev sakinlerini kurtarıırken yaralanırsa, bu durumda kundakçı ortaya çıkan neticeden dolayı sorumludur. Böyle bir olayda her ne kadar kurtarma hareketlerini gerçekleştirmekle yükümlü olan kişi kendisini tehlikeye sokacak bir hareket gerçekleştiriyorsa da burada mağdurun kendini tehlikeye sokma hareketlerine girişmesi dolayısıyla neticenin katılan kişiye isnad edilmesini engelleyecek olan serbest seçimin bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir. Kurtaran kişinin karar alma alanı bu türden olaylarda sınırlanmış durumdadır. Onun için bağlayıcı olan kurtarma yükümlülükleri onun karar alma alanını sınırlar ve bu sebepten isnadiyetin ortadan kalktığından bahsetmemiz mümkün olmaz. Bunun için de önemli olan ölçü, kurtarma hareketlerinin ondan beklenenin aksine anlamsız ya da oransız olmamasıdır. Bu tür olaylarda kurtarma

77) Yargıtay söz konusu olayda isabetli bir karar vermiştir. Acemi sürücünün bilgisizliği, sonuçları öngörmek konusundaki yetersizliği, onun hukuka aykırı fiillerinin, neticenin direksiyon öğretmeni N'nin fiillerine objektif olarak isnad edilebilmesini engellemesine yol açmayacaktır.

³¹⁷ Block, s.77

³¹⁸ Duttge, MK, § 15, 156

hareketlerini gerçekleştiren kişinin uğradığı zararlardan fail taksirle sorumludur. Fail, suç olarak nitelenen fiiliyle yakın bir kendini tehlikeye sokma ihtimalinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Onun, mağdurun etkisi ya da onayı olmadan yarattığı önemli tehlike mağdurun sahip olduğu hukuki değerleri tehdit edecek biçimde, mağdurun üstlendiği yükümlülüklerin gereği olarak tehlikeli kurtarma hareketlerine girişmesini gerektirecek durumlar yaratmaktadır.³¹⁹ Öte yandan bu tür olaylarda isnadiyetin ortadan kalkmasını savunan yaklaşımlar da bulunmaktadır. Bir kısım bunu, kurtarma görevinin ve yükümlülüğünün bulunduğu durumlarla, özgür seçimin veya görevin ölçülerinin aşıldığı durumlar arasındaki sınırların belirlenemez olduğu görüşüyle temellendirmektedir. Bir kısım ise bunu ceza politikasıyla ilgili sebeplerden dolayı temellendirmektedir. Örneğin sebep olan kişi, eğer bundan dolayı da cezaya uğrayacağını, sorumlu tutulacağını düşünürse bir yardımın ulaşmasını engellemeye çalışabilir. Son olarak eğer mesleklerin seçiminin kişinin özgür kararına bağlı olması dolayısıyla, bu risklerin üstlenilmesinin de mesleğin kişiye yüklediği sorumluluk gereği daralmış bir karar alma alanını değil fakat kişinin özgür seçiminin bir sonucu olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır.³²⁰

Fakat burada asıl tartışmalı olan, bir kişi bu türden bir sorumluluğa sahip olmadığı halde harekete geçtiği zaman isnadiyetin durumunun ne olacağıdır. Şahsi sorumluluğu merkeze alarak devam ettiğimizde bir kişinin, bu konuda herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı, üstlendiği herhangi bir yükümlülük olmadığı halde kurtarma hareketlerine şahsi arzusuyla girdiği bir durumda isnadiyetin kesildiğinden bahsetmek gerektiğini iddia eden görüşler bulunmaktadır. Burada bahsedilen kişiler, yukarıda anılanların dışında bulunan yani ne görevi icabı böyle bir yükümlülüğü olmayan ne de bir başkası için garantör pozisyonunda bulunmayan, kendi arzusuyla harekete geçen kurtarıcılardır. Onların kararı, olayı bir kendini tehlikeye sokma durumu haline getiren bir özgür seçim olarak görülmektedir, bu nedenle de artık yardım edenin zarar görmesi neticesinin ilk olaya sebep olan faile isnad edilmesi mümkün değildir. Bu yaklaşıma karşı çıkan bir başka yaklaşım ise, hukuka aykırı

³¹⁹ Eisele, JuS, s. 583; Duttge, MK, § 15, 156; Krey/Esser, § 11, 365

³²⁰ Block, s.78

hareketin, kurtarıcı kişinin kendisini harekete geçmek zorunda hissetmesine, dolayısıyla onun artık daha fazla serbestçe karar verip harekete geçme olanağının elinden alındığı bir duruma düşmesine sebep olacak bir durum yarattığını ve isnadiyetin kesildiğinden ancak, kurtarma hareketi önemli derecede düşüncesizceyse bahsedilebileceğini belirtmektedirler.³²¹ Böyle bir durumda isnadiyetin kesilmesi gerektiğini savunanların ilk karşı çıktığı noktalardan biri bir ölçü olarak ortaya atılan “düşünceli” kurtarma hareketlerinin anlamının ve sınırlarının belirsizliğidir. Düşünceli olan kurtarma hareketlerini düşüncesiz olanlardan ayırmak mümkün değildir. Bu da cezalandırılabilirliği, belirlilik ilkesiyle bağdaştırılamayacak bir konuma koymaktadır. İkinci itiraz noktası da herhangi bir hukuki yükümlülüğü olmadığı halde kurtarma hareketlerine girişen kişinin, özellikle de karar alırken üzerelerinde neredeyse hiçbir yönlendirici etki bulunmayan insanların ortaya koyduğu risklerden, bir başkasının sorumlu tutulmaması gerektirir.³²²

Kundaklama Olayı diye bilinen olay mahkemede kurtarma olaylarına ilişkin verilen ilk karar hüviyetindedir. Olayda sanık bir evi ateşe vermiştir, ateşe verilen evin sahibinin oğlu, aşırı alkollü olduğu halde bilinmeyen bir sebepten ya üst kattan bir takım eşyaları yangında zarar görmekten korumak niyetiyle ya içinde (çoktan evden çıkmayı başaran) 12 yaşındaki kardeşinin de bulunduğu insanları kurtarmak niyetiyle eve girdikten sonra üst kat koridorunda bilincini kaybederek dumandan boğulmuştur.³²³ BGH olayda mağdurun ölüm sebebinden kundakçının taksirle sorumlu olduğu yönünde bir karar vermiştir. Mahkeme, kararında bunu, “bu türden olaylarda kendilerini tehlikeye sokan insanları normların koruma alanı içine almanın daha adalete uygun” olacağı şeklinde ifade etmiştir. Mahkemeye göre nasıl ki kurtarma hareketi başarılı olduğu takdirde neticenin önlenmesinden fail bir fayda sağlayacaksa, istenmeyen netice ortaya çıktığında da fail, bundan sorumlu olmalıdır.³²⁴

³²¹Krey/Esser, § 11, 365; Block, s. 77; Hardtung, MK, § 222, 24

³²²Roxin, Strafrecht AT, § 11, 115; Duttge, MK, § 15, 156

³²³BGH NStZ 1994, s. 83

³²⁴Roxin, Strafrecht AT, § 11, 116

Roxin'in mahkemenin görüşüne ilişkin yaklaşımı, mahkemenin vardığı kararın doğru fakat gerekçelendirmesinin yanlış olduğu yönündedir. Netice ortaya çıkmadığı takdirde bir taksirle öldürmenin olayda bulunamayacağı, dolayısıyla da netice ortaya çıktığında eo ipso bulunduğu yönündeki akıl yürütmenin isabetsiz olduğunu işaret etmektedir; çünkü taksirin isnadiyeti için kendi ayakları üstünde duran bir temellendirme gerekmektedir, ki *Roxin*, bu gerekçelendirmenin burada eksik olduğunu belirtmektedir. Öte yandan *Roxin*, BGH'nin ortaya koyduğu isnadiyetin kesilmemesi için mağdurun en baştan anlamsız ve açıkça akılsızca bir cesaretle hareket etmemesi ölçüsüne göre de burada mağdurun davranışının, mevcut yüksek tehlike nedeniyle bu ölçüye de uymadığını belirtmektedir. BGH'nin kararını isabetli kılan unsur mağdurun aşırı alkollü olmasıdır. Bu sebepten mağdurun tehlikeyi tam olarak gördüğünden bahsetmek mümkün değildir. Mağdur tehlikeyi tam olarak göremediği için de özgür iradesiyle hareket ettiğinden bahsetmek mümkün değildir.³²⁵ Burada BGH'nin yaklaşımı başka mahkeme kararlarında da yansımaları bulmuştur. OLG Stuttgart, bir kurtarma hareketini gerçekleştirme borcunun etki alanının isnadiyetin sınırlarını da belirlediğini belirtmiştir. Bu durumda her türden borç, artık kendi isteğiyle mağdurun kendisini tehlikeye sokmasının olayda bulunmadığı tespitini yapmamız için yeterli olmaktadır.³²⁶

³²⁵ Roxin, Strafrecht AT, § 11, 117; Duttge MK, § 15, 157

³²⁶ Duttge, MK, § 15, 157

SONUÇ

Neticeli suçlarda kanun maddesinde belirtilen neticenin gerçekleşmesi, suçun tipikliğinin tamamlanması için şarttır. Çoğu zaman failin fiili ile meydana gelen netice arasındaki ilişki sorunsuzca kurulabilir. Bir silahtan çıkan kurşun mağdura isabet ettiği, mağdur da aldığı yaradan dolayı hayatını kaybettiği zaman ateş eden kişinin ortaya çıkan neticeden sorumlu tutulması noktasında herhangi bir şüphe yaşanmaz. Bazı zamanlar ise meydana gelen neticenin, failin fiiliyle ilişkisi sorunlu bir halde karşımıza çıkar. Ortaya çıkan neticenin failin fiiliyle ilişkisi konusu teorik olarak aydınlatılması gereken önemli bir meseledir ve suç teorisi içinde önemli bir yere sahiptir.

Neticenin, faile yüklenebilip yüklenemeyeceği sorusunun cevabı iki aşamalı bir incelemeyle elde edilebilir. Bu aşamalardan ilki nedenselliğin doğa bilimlerine uygun bir şekilde ortaya koyulmasıdır. Şart teorisi, nedenselliğin ortaya koyulması bakımından en doğru teori olarak karşımıza çıkmaktadır. Nedensellik, hukuki değil en başta doğabilimsel bir olgudur ve şart teorisi de bu doğa bilimsel nedenselliğin tespit edilebilmesini amaçlar. Şart teorisinin temel yaklaşımı, neticenin gerçekleşmesine etki eden uzak ya da yakın bütün şartların eşitliği kabulü üstüne kurulmuştur. Yani neticenin gerçekleşmesine katılan bütün şartlar, herhangi bir elemeye tabi tutulmadan neticeyle nedensel olarak kabul edilmektedir. Türk ceza hukuku doktrininde şart teorisi, sorumluluk alanını aşırı geniş tuttuğu için eleştirilmektedir. Şart teorisi yerine, nedensellik incelemesinde hukuki bir değerlendirme de yapan teoriler tercih edilmektedir. Halbuki şart teorisi ilk basamağı oluşturmaktadır. Şart teorisıyla ulaşılan sonuçların bir de objektif isnadiyet teorisıyla hukuki bir değerlendirmeye tabii tutulması gerekmektedir.

Objektif isnadiyet teorisi de Türk ceza hukuku literatüründe ayrıntılarıyla incelenmiş bir konu olarak çıkmamaktadır karşımıza. Nedenselliğin tespiti için şart teorisinden başka teorileri tercih eden yazarlar, objektif isnadiyet teorisine atıf yapma gereği duymazken, şart teorisi ve objektif isnadiyet teorisinin, sorumluluğun belirlenmesi

adına birlikte kullanılması gerektiğini savunan yazarların önemli bir bölümüyse, eserlerinde objektif isnadiyet teorisine ayrıntılarıyla yer vermiş değillerdir. Objektif isnadiyet teorisi, şart teorisiyle ulaşılan sonuçların, neticenin failin eseri olarak ona yüklenip yüklenemeyeceğine dair bir değerlendirmeye tabii tutulması gerektiğini savunan bir teori olarak çıkmaktadır karşımıza. Objektif isnadiyet teorisi, ortaya risk odaklı bir öğreti koymaktadır. Objektif isnadiyet teorisine göre, bir neticenin onun eseri olarak faile yüklenebilmesi için failin bir tehlike yaratmış olması ve failin yarattığı tehlikenin de tipik netice içinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu iki unsur objektif isnadiyet teorisinin çekirdeğini oluşturmaktadır. Dolayısıyla objektif isnadiyet teorisi başlığı altında karşımıza çıkan her olaya bu iki unsurun nokta-i nazarından bakmak gerekmektedir. Bir tehlike yaratılmadığı zaman, mevcut bir tehlike azaltıldığı veya değiştirildiği zaman, yaratılan tehlike izin verilen risk tarafından örtüldüğü zaman objektif isnadiyet formülünün ilk unsuru eksik olmaktadır. Öte yandan bir tehlike yaratıldığı halde bu tehlike tipik neticede gerçekleşmemiş de olabilir, neticede gerçekleşen izin verilmeyen bir risk olmayabilir, üçüncü bir kişi neticenin faile isnad edilmesini engelleyecek biçimde olayların akışına dahil olmuş ya da normun koruma amacı ve özen yükümlülüğüne aykırılık bağlantısı olayda ortadan kalkmış olabilir. Bu gibi durumlarda da tehlikenin yaratılması unsuru eksik olduğu için neticenin faile isnad edilmesi mümkün değildir.

Mağdurun kendisinin bir tehlike yarattığı durumlar da neticenin objektif isnad edilebilirliğinin ortadan kalktığı bir olay grubu olarak kabul edilmektedir. Doktrinde, bir kişi, kendisi için bir tehlike yarattığı zaman neticenin katılan üçüncü kişiye objektif olarak isnad edilebilmesinin ortadan kalktığı konusunda bir birlik bulunmaktadır. Fakat bu ilkenin temellendirilmesi konusunda farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu yaklaşımlardan ilki, iştirak ilkelerine göre bağımlılık kuralından çıkarılmış bir açıklamadır. Bir kişinin kendisini öldürmesine katılmanın, bağımlılık kuralına göre iştirak edilecek bir esas fiil bulunmaması dolayısıyla suç teşkil etmeyeceği ilkesi, doktrinde bir kısım yazar ve mahkeme tarafından, kendisine zarar verme eylemine katılmanın da taksirle veya kastla olsun cezalandırılmacağı sonucunun çıkarılmasına sebep olmuştur. Bir başka yaklaşım ise kişinin hürriyeti ve bağımsızlığı üzerinden bu ilkeyi temellendirmektedir. Kişiler, taşıyıcısı oldukları

hukuki değerleri tehlikeye sokacak hareketlerde bulunmak noktasında serbestçe hareket etme hakkına sahiptirler. Bu şahsi sorumluluk yaklaşımı, bir hukuk normunun koruma alanının kişinin kendisi için bir tehlike yarattığı durumları kapsamadığını belirtmektedir. Türk ceza hukukuna göre intihara yardım etmek ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir fakat Türk ceza hukuku sistemi içinde de bir normun koruma alanı düşüncesinin, şahsi sorumluluk prensibi doğrultusunda kendisine yer bulabileceğini söylemek mümkündür.

Mağdurun hareketinin, şahsi sorumluluk ekseninde mi gerçekleştiğini belirleyebilmek adına da farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bir kısım görüş kusurluluğu etkileyen hallere başvurulacak, kanunun ilgili normlarına göre tespit edilecek yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cebir veya tehdit vb. durumlarda mağdurun artık kendi özgür iradesiyle hareket ettiğinden bahsedilemeyeceğini belirtirken, bu ölçünün çok dar olduğunu iddia eden bir başka yaklaşım ise bir hukuka uygunluk sebebi olan “rıza”ya atıfta bulunmaktadır. Rıza ölçütüne göre eğer mağdur, tehlikenin tam bir bilinciyle, hareketi gerçekleştirmek için ciddi bir istekle hareket ediyorsa, bu ölçüye göre şahsi sorumluluk sahibidir. Dolayısıyla neticenin katılan kişiye isnad edilebilirliğinden söz etmek daha fazla mümkün değildir. Mahkemenin ilk başvurduğu ölçü ise failin, mağdurun sahibi olduğu bilgiyi aşan bir bilgiye sahip olduğu durumlarda isnadiyetin ortadan kalkmayacağıdır. Yani fail, mağdurun tehlikeyi tam olarak göremediğı bir durumda, tehlikeyi mağdurdan daha iyi görmesi sağlayan bir hususi bilgiye sahipse neticenin faile isnad edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara, 1961

Amelung, Knut / **Eymann**, Frieder, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS, 2001

Artuk, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012

Artuk, Mehmet Emin/ **Gökçen**, Ahmet/ **Yenidünya**, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Madde 76- 131, 3. C., Ankara, 2009

Artuk, Mehmet Emin, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:8, Sayı:1-3, İstanbul 1995

Baumann, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld, 2003

Block, Florian, Atypische Kausalverläufe in Objektiver Zurechnung und Subjektivem Tatbestand, Berlin, 2008

Centel, Nur/ **Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş İstanbul, 2010

Centel, Nur/ **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C.I, İstanbul, 2011

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009

Dönmezer, Sulhi/ **Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, 1979

Eisele, Jörg, Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung, JuS 2012

Erem, Faruk, Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin, AÜHFD, s.3, c.25, 1968

Erem, Faruk, Suça İştirak, AÜHFD, C.3, S.1, 1946

Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, Berlin, 2009

Frisch, Wolfgang, Selbstgefährdung im Strafrecht Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandmassigen Verhalten, NStZ, 1992/1

Frister, Helmut, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch, München, 2012

Greco, Luis, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum "Problem" des Sonderwissens, ZStW 2005/3

Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, 2005

Hafizoğulları, Zeki / **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010

Hafizoğulları, Zeki / **Ketizmen**, Muammer 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hayata Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Kış 2008

Haft, Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 1996

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, Ankara, 2013

Honig, Richard, İlliyet Nazariyesine Dair, İÜHFM, c.2, 1936

Jacobs, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch c.1, Berlin, 1991

Jescheck, Hans Heinrich/**Weigend**, Thomas, Lehrbuch des Strafrecht: Allgemeiner Teil, Berlin, 1996

Kangal, Zeynep, Askeri Ceza Hukuku, Ankara, 2010

Kaymaz, Seydi, Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu), Ankara, 2009

Kaymaz, Seydi /**Gökcan**, Hasan Tahsin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara, 2006

Keskin, O. Kadri, Ceza ve Hukuk Uygulamasında Taksirle Ölüme ve Yaralamaya Sebebiyet, Ankara, 1991

- Kindhauser**, Urs Konrad, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden, 2011
- Kindhauser**, Urs / **Neumann**, Ulfrid / **Paeffgen**, Hans-Ulrich, Nomos
Kommentar zum Strafgesetzbuch, Baden-Baden, 2013
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014
- Koca**, Mahmut /**Üzülmez**, İlhan, Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Sebep
Olma, İÜHFM, C. LXXI, S.1
- Kretschmer**, Joachim, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven
Zurechnung, NStZ 2012
- Krey**, Volker/**Esser**, Robert, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil:
Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Stuttgart, 2011
- Kudlich**, Hans, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2009
- Kudlich**, Hans, Objektive und subjektive Zurechnung im Strafrecht- eine
Einführung, JA, 2010
- Kuhli**, Milan, Objektive Zurechnung bei eigenverantwortlicher
Selbstgefährdung? Überlegungen zur strafrechtlicher
Verantwortlichkeit von Berglauf-Veranstaltern für Schaden der
Wettkapfteilnehmer, HRRS, 8-9/2008
- Kunter**, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket, Netice,
Sebebiyet Alakası) İstanbul, 1954
- Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2008
- Lackner**, Karl/ **Kühl**, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München,
2014
- Lange**, Julian/ **Wagner**, Emanuel, Fremdtötung oder eigenverantwortliche
Selbstschädigung?, NStZ, 2011,
- Lasson**, Maximilian, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und
einverständliche Fremdgefährdung, ZJS, 4/2009
- Mezger**, Edmund/**Blei**, Hermann, Strafrecht: Allgemeiner Teil: Ein
Studienbuch, München, 1967

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-37 StGB, 2011, München

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4: §§ 185-262 StGB, München, 2012

Otacı, Cengiz, Kasten İnsan Öldürme Suçları, Ankara, 2009

Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi: Türk Ceza Kanununun anlamı: Genel Hükümler (Madde 1-75), Ankara, 2010

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, Ankara, 2013

Öztürk, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2012

Parlar, Ali / **Hatipoğlu**, Muzaffer, Kast ve Taksir - Temel İlkeler Tanımlar Uygulama Alanı, Ankara, 2010

Puppe, Ingeborg, Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung- Teil I, ZjS, 5/2008, s. 490

Puppe, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Baden-Baden, 2011

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau, der Verbrechenslehre, München, 2006

Roxin, Claus, Bemerkungen zum Regressverbot in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989

Roxin, Claus, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973

Schönke, Adolf / **Schröder**, Horst, Strafgesetzbuch -Kommentar, München, 2014

Senkeri, Tarık, Karar İncelemesi: Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik Neticesi Ölümüne Sebebiyet Vermek- Nedensellik Bağı, İÜHFİM, C.LIV, 1994

Stratenwerth, Günther/ **Kuhlen**, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2011

Şahin, Meral Ekici, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul, 2012

- Savaş**, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Ankara, 2011
- Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Önok**, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2013
- Topaç**, Tahir Hami, Türk Hukukunda Taksir, Ankara, 2013
- Ünver**, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998
- Ünver**, Yener, Der Kausalzusammenhang im türkischen Recht, in: Der Strafrecht im Deutsch-Türkisch Rechtsvergleich, İstanbul,2011
- Volk**, Klaus, Kausalität Im Strafrecht - Zur Holzschutzmittel-Entscheidung des BGH vom 2.8. 1995 -NStZ 1995,590, NStZ,1996/3, s.108-109
- Wessels**, Johannes/ **Beulke**, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und Ihr Aufbau, Heidelberg, 2011
- Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, İstanbul, 2013