

# KASTEN VEYA TAKSİRLE KUSUR YETENEĞİNİN ORTADAN KALDIRILMASININ YA DA AZALTILMASININ ALMAN HUKUKU'NA GÖRE CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ (ACTIO LIBERA IN CAUSA FORMÜLÜ)

Die Folgen der vorsätzlichen oder fahrlässigen Schuld aufhebung oder Verminderung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach deutschem Recht (Actio Libera in Causa)

Ufuk TOPRAK\*

## ÖZET

Kusur ve Yasallık İlkeleri gelişmiş bir ceza hukuku'na egemen olan temel ilkeler arasındadır. Kusur ilkesiyle failin, işlemiş olduğu bir fiil yüzünden cezai sorumluluk altına alınabilmesi, (suçu işlediği anda) kusur yeteneğine sahip olması şartına bağlanmıştır. Yasallık İlkesine göre, işlenen bir fiilden dolayı bir sorumluluğun doğabilmesi için, bu fiilin işlenmeden önce, kanunda suç olarak düzenlenmiş olması zorunludur. Yalnız pratiğin gereksinimlerinden doğan bazı yöntem ve ya formüller, bahsini etmiş olduğumuz bu iki ilkeye aykırılık teşkil edebilir. Bu formüllerden biride actio libera in causa formülüdür. Adalet anlayışının yerine getirilmesi ve işlenen bir suçla, bu suça verilecek tepki arasında oranlılığın sağlanması amacıyla yaratılmış olan bu formül, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarıylada kendine uygulamada kalıcı bir yer edinmiştir.

Actio libera in causa formülünü konu edineceğimiz bu makalede, bu formül hakkında genel bilgiler verildikten sonra, bu formülün hangi gereksinimlerden dolayı ortaya çıktığına değinilecektir. Ardından bu formülün türleri ve bu formüle hukuki dayanak sağlamaya çalışan modeller konu edilerek, bu formül hakkında yapılan tartışmalara bakış açımız ve kişisel görüşümüzün sunumuyla makalemize son verilecektir.

**Anahtar Sözcükler:** Actio libera in causa, Kusur İlkesi, Belirlilik Anlayışı, Kasıtlı Actio Libera in Causa, Taksirli Actio Libera in Causa, Fiil Yapısı Modeli, İstisna Modeli.

## ZUSAMMENFASSUNG

Das Schuldprinzip und das Bestimmtheitsgebot gehören zu den Hauptsäulen eines modernen Strafrechts. Nach dem Schuldprinzip darf niemand für eine Tat bestraft

\* Dr., LL.M, Düsseldorf/Almanya-ufuklitos@hotmail.de

werden, wenn er (bei Begehung der Tat) ohne Schuld gehandelt hat. Bestimmtheitsgebot besagt, dass niemand wegen einer Tat zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden darf, wenn die Strafbarkeit gesetzlich nicht bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Aber die manchen in der Praxis entwickelten Rechtskonstruktionen, durch deren Hilfe die gesetzlichen Lücken ergänzt werden sollen, können einen Verstoß gegen die erwähnten Prinzipien darstellen. Zu diesen Rechtskonstruktionen gehört auch actio libera in causa. Ihrer Entwicklung lag die Tatsache zugrunde, dass man der Gerechtigkeit und dem Bedürfnis, dass auf eine begangene Straftat eine angemessene Strafe erfolgt, gerecht werden wollte. Actio libera in causa-konstruktion hat seinen Platz insbesondere durch ständige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs verfestigt.

In diesem Artikel, in dem wir die Rechtskonstruktion von actio libera in causa thematisieren werden, werden wir uns zuerst den allgemeinen Grundkenntnissen über diese Rechtskonstruktion widmen. Danach werden wir auf die Gründe, weshalb man diese Rechtskonstruktion entwickelt hat, eingehen. Zudem werden wir uns mit den Formen von actio libera in causa und mit den Modellen, durch deren Hilfe man diese Rechtskonstruktion zu rechtfertigen versucht, auseinandersetzen. Abschließend werden wir unsere eigene Meinung über diese Rechtskonstruktion und über die darüber geführten Diskussionen darstellen.

**Stichwörter:** Actio libera in causa, Schuldprinzip, Bestimmtheitsgebot, vorsätzliche actio libera in causa, fahrlässige actio libera in causa, Tatbestandsmodell, Ausnahmemodel.

\*\*\*

## GİRİŞ

Modern bir ceza hukuku'na egemen olan ilkelerin başında, Yasallık İlkesi gelmektedir. Kendine, Alman Ceza Kanunu'nun 1. paragrafında ve Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer bulan bu ilkeyle, bir kişiye belirli bir fiil nedeniyle ceza verilebilmesi, bu fiilin, fiil işlenmeden önce, suç olarak kanunda düzenlenmiş olması şartına bağlanmıştır. Yani, bireyin icra ya da ihmal etmiş olduğu bir fiil ya da davranış şekli, toplum içinde kabul edilebilir görülme bile, bu fiil ve ya davranış şekli, ceza hukuku'nun uygulama alanına girmediği müddetçe, herhangi bir sorumluluğuda beraberinde getirmemektedir. Yasallık İlkesi'nin içerdiği güvenceler arasında yer alan belirlilik anlayışının („Bestimmtheitsgebot<sup>1</sup> ya da nulla poena sine lege certa“) dayanmış olduğu mantığa göreyse bireylere, hangi fiillerin cezalandırılabilir olduğunu („nullum crimen sine lege“) <sup>2</sup> ve bu edimlerin yaptırımlarını („nulla poena sine lege“) önceden

---

<sup>1</sup> Belirlilik İlkesi kaynağını Alman Anayasasının 103. maddesinin ikinci fıkrasından almaktadır.

<sup>2</sup> Eser in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 1 Rn. 1.

bilebilme güvencesinin verilmesi zorunludur<sup>3</sup>. Başka bir deyişle, bireyler hukuki güvenlik içerisinde, ceza kanunu maddelerine aykırı davranış şekilleri ve bunların sonuçları hakkında bilgi sahibi olma ve buna göre davranışlarını belirleyebilme hakkına sahip olabilmelidir<sup>4</sup>. Belirlilik ilkesinin doğal sonuçlarından biride, bireylerin yargı karşısında, kanunun uygulayıcıları olan hakimlerin keyfi tutumlarına karşı korunmalarının gerekli olmasıdır<sup>5</sup>. Bunun sağlanabilmesi için yapılması gerekli olanlardan ilki, hakimlere, kanuni yorum yöntemiyle kanun değerinde kural yaratabilme yetkisinin tanınmasıdır.

Makale konumuz olan *actio libera in causa* (a.l.i.c.)<sup>6</sup> formülü ve bu formülün hukuk pratiğinde uygulama alanı bulması, bahsini etmiş olduğumuz belirlilik ve yasallık ilkeleri yanında, kusur ilkesiyle uyum sorununa neden olabilir<sup>7</sup>. Keza, ilerde de ayrıntılı bir şekilde değineceğimiz gibi, a.l.i.c. formülüyle failin, kusur yeteneğine sahip olmadığı (belirli sebeplerden dolayı) bir anda işlemiş olduğu bir fiil neticesiyle cezalandırılabilmesinin önü açılmakta ve de bu vesileyle, Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olan bir durum yaratılmaktadır. Nitekim, kişiyi işlemiş olduğu bir fiil yüzünden cezalandırabilmek için, o kişinin suçu işlediği anda, suçun maddi ve manevi unsurunu gerçekleştirdiğinin, hukuka aykırı bir şekilde hareket ettiğinin ve de kusurlu davrandığının („nulla poena sine culpa“) tespit edilmesi mecburidir.

İşte a.l.i.c. formülüyle failin, işlemiş olduğu bir fiil yüzünden aynı zamanda kusurluda olduğu (suçu işlediği anda kusurlu görülmemesine rağmen) ispatlanmaya çalışılmakta ve de bu sayede adalet anlayışına uygun sonuçların (işlenen bir suçun cezasız kalmaması ve oranlı tepkinin verilebilmesi kaygısından hareketle) elde edilmesi amaçlanmaktadır. Bu yapılırken, ortaya çıkacak sonuçların, Alman Anayasasında kendine yer bulan (Belirlilik, Kusur ve Yasallık İlkelerine) aykırı bir durum doğurmaması içinde, tatmin edici gerekçeler yaratılmaya çalışılmaktadır<sup>8</sup>. Bu gerekçelerin neler olduğuna, a.l.i.c formülünü yasal zemine oturtmaya çalışan teoriler kısmında yer verilecektir.

---

<sup>3</sup> Rössner in: *Gesamtes Strafrecht*, § 1 Rn. 6-7.

<sup>4</sup> Bkz. BGHSt 50, S.105-114ff; BGH, NJW 2010, S. 453; Hettinger in: FS für Geerds, S. 624.

<sup>5</sup> BVerfG 64, S. 393.

<sup>6</sup> Makalemizin ilerleyen kısımlarında *actio libera in causa* ibaresi yerine, bu ibarenin kısaltılmış hali olan „a.l.i.c.“ kullanılacaktır.

<sup>7</sup> Karşılaştırma için Gropp, *Strafrecht AT*, § 7 Rn. 50; ayrıca bkz. Kühl, *Strafrecht AT*, § 11 Rn. 11.

<sup>8</sup> Bkz. Hettinger, in: FS für Friedrich Geerds, S. 624; ayrıca bkz. Otto, *Jura* 1986, S. 426, 430.

Makalemizi oluşturacak konu başlıklarını, genel olarak şu şekilde özetleyebiliriz: İlk olarak a.l.i.c.formülü hakkında genel bilgilere yer verildikten sonra, bu formülün ilintili olmuş olduğu türlere ve bu formülün varlığına dair yöntemlere değinilecektir. Bu yapılırken, Alman Yargı Pratiğinde etkili olan düşünceyle, Alman Literatürü'ndeki konuyla alakalı tartışmalara yer verilecek, konuya dair düşüncelerimizin sunumuyla, makalemize son verilecektir.

## I. GENEL

A.l.i.c. formülü latince bir kavram olup bu kavramın, kelimeye sıkı bir şekilde bağlı kalınıp çevrildiği halde taşımış olduğu anlam ise, ("Täterhandeln im Defektzustand")<sup>9</sup>, yani failin algılama ve buna göre davranma yeteneğine sahip olmadığı bir haldeyken gerçekleştirmiş olduğu davranışdır<sup>10</sup>. Bu formülün yaratılmasında Pufendorf'un, ortaya çıkan sonucun faile isnat edilebilmesi sorunu kapsamında yaratmış olduğu çıkarımların etkisi büyük olmakla birlikte<sup>11</sup>, bu formülün asıl kaynağını antik ve kilise hukuku oluşturmaktadır<sup>12</sup>. Orta çağda ev yapısıyla ilintili olarak (farklı oda kültürünün eksikliği nedeniyle) ailelerin çocuklarını, uyur gezer bir durumdayken boğmalarına rastlanılabiliyordu ve de kilise hukukuna göre, uyur gezer bir haldeyken hareket edip kendi çocuğuna zarar veren aile büyüğü kusurlu olarak kabul edilmiyor, buna karşılık aile büyüğünün hareketi cezalandırılması gerekli bir davranış olarak değerlendiriliyordu<sup>13</sup>. Yalnız kilise hukukuna göre, tam kusur yeteneğine sahip olmadığı kabul edilen faile verilecek cezanın azaltılması ön görülüyordu<sup>14</sup>.

Görüldüğü üzere, kilisi hukukunda mevcut olan düzenleme, günümüz şartlarında uygulama alanı bulabilecek bir yapıya sahip olmamakla birlikte<sup>15</sup>, (keza uyur gezer birinin hareketinde ne kasıt ne de kusur unsurunun olmadığı açıktır ve de kişi kendi hareketlerinin efendisi bir durumda değildir), a.l.i.c. formülünün yaratılmasında, kusurlu olmadan

<sup>9</sup> Hruschka, JZ 1997, S. 23; ayrıca bkz. Rengier, Strafrecht AT, § 25 Rn. 1.

<sup>10</sup> Bkz. Kühn, Strafrecht AT, § 11 Rn. 6; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 20 Rn. 56; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 40 S. 446; Krause, Jura 1980, S. 169; Salger/Mutzbauer, NSTz 1993, S. 561.

<sup>11</sup> Kapsamlı bilgi için bkz. Hruschka, JZ 1989, S. 310ff.; Hruschka, ZStW 96, S. 661.

<sup>12</sup> Bkz. Salger/Mutzbauer, NSTz 1993, S. 561; Hruschka, JZ 1989, S. 310; Krause, Jura 1980, S. 170f.

<sup>13</sup> Krause, Jura 1980, S. 170.

<sup>14</sup> Kilise hukukundaki bu anlayışın esinlendiği noktalardan biriye, İncil'de geçen, Lut'un aşırı sarhoş olduktan sonra kendi öz kızlarıyla cinsel ilişkiye girmesi hikayesidir. Krause, Jura 1980, S. 170.

<sup>15</sup> Karşılaştırma için Krause, Jura 1980, S. 170.

işlenilen fiillerinde belirli şartlar altında sorumluluğu beraberinde getireceğine örnek teşkil etmesi bakımından etkili olmuştur.

A.l.i.c. formülü, Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, alışkanlık hukuku çerçevesinde yaratılmıştır<sup>16</sup>. Bu haliyle Alman Ceza Sistemi'nde, İsviçre Ceza Sistemi'nden farklı bir yol izlenmiştir. Nitekim İsviçre Ceza Kanunu'nun 19. maddesinin 4. fıkrasına göre; “şayet fail, kusur yeteneğinin ortadan kalkmasını ya da kusur yeteneğinin azalmasını engelleyebilecek ve de bu haldeyken işlenebilecek fiilleri önceden tahmin edebilecektiye, bu durumda, aynı maddenin kusursuzluğu düzenleyen birinci fıkrasıyla, azaltılmış kusuru düzenleyen ikinci fıkrası uygulanmaz”<sup>17</sup>. Görüldüğü gibi İsviçre, Almanya'nın aksine, a.l.i.c. formülünün uygulama alanı bulabilecek hallerini, alışkanlık hukukuna ya da yüksek mahkeme'nin içtihatlarına bırakmamış olup, pratikte daha bir net yöntem izleyerek, kanun koyma yöntemine baş vurmuştur. Bu şekilde, yukarıda da kısa bir şekilde değinildiği gibi, a.l.i.c. formülüyle, yasallık ve belirlilik ilkeleri arasında doğabilecek uyum sorunu bağlamında yaşanabilecek tartışmaların kapsamını daraltıcı bir girişimde bulunmuştur.

Alman Ceza Sistemi'ne geri dönersek; Alman Ceza Kanunu'nun 1. paragrafına sıkı biçimde bağlı kalındığında, bu paragrafta göre alışkanlık hukuku gerekçe gösterilerek yeni ceza maddeleri yaratılamayacağı gibi mevcut cezalarda ağırlaştırılmaz<sup>18</sup>. Buna karşın, Alman Federal Mahkemesinin Kararları'na göre, ceza normlarının yorumlarında, alışkanlık hukukundan faydalanılabileceği gibi<sup>19</sup>, ceza hukuku kurallarının ortadan kaldırılmasına alışkanlık hukuku vasıtasıyla gidilebilmesi imkanında tamamıyla ortadan kaldırılmış değildir<sup>20</sup>. Bundan hareket eden Alman Federal Mahkemesi, a.l.i.c. formülünü yasal zemine oturtabilmek için aynı zamanda alışkanlık hukukundan da faydalanmıştır. Alman Literatürü'nde hakim olan görüşe göre de, fail lehine bir durum

---

<sup>16</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 40 S. 445; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 III 4, Rn. 415; ayrıca bkz. Kühl, Strafrecht AT, § 11 Rn. 10; Otto, Jura 1986, S. 426.

<sup>17</sup> Eski İsviçre Ceza Kanunu'nda, actio libera in causa formülüne, 12. maddede atıfta bulunulmuştu. Bu maddeye göre, 10. ve 11. maddelerde düzenlenmiş olan eksik ve tam kusura dair hükümler, kusuru ortadan kaldırın nedenleri kasıtlı bir şekilde yaratan faille uygulanmıyordu. Bkz. Salger/Mutzbauer, NSTZ 1993, S. 561.

<sup>18</sup> Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, § 1 Rn.3.

<sup>19</sup> Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, § 1 Rn.3; konuya dair ayrıca bkz. Jakobs, Strafrecht AT, § 4 Rn. 46f.; BGHSt 49, S. 189ff, Alman Federal Mahkeme'si bu kararında 29 Eylül 1941 tarihinde (Nazi-Döneminde) yürürlükte olan, terapi alanında geçerli olan reklam yönetmeliğinin geçerliliğini konu edinmişti.

<sup>20</sup> BGHSt 8, S. 360-381; karşılaştırma için Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, § 1 Rn.3.

yaratan a.l.i.c. formülünün pratikte uygulanması, uygulama hukuku kapsamında yapılan uzun süreli yorum vasıtasıyla yaratılmış alışkanlık hukuku çerçevesinde değerlendirildiğinde, yasal çerçevelerde gerçekleşmektedir<sup>21</sup>. Buna rağmen hem Alman Literatürü'nde hem de Alman Hukuk Uygulayıcıları arasında, a.l.i.c. formülünün, belirlilik, yasallık ve kusur ilkelerine aykırı olup olmadığı hakkında tartışmalar etkili bir şekilde sürmektedir ve de alışkanlık hukukunun bu formülün yaratılmasında etkili olması sorunu belirli bir çözüme kavuşturulmuş değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, a.l.i.c. formülü sadece kusur yeteneğinin tamamen kaybı hallerinde değil (Alman Ceza Kanunu'nun 20. paragrafı çerçevesinde), aynı zamanda kusur yeteneğinin tam olarak kaybedilmeyip, azaldığı ya da zedelendiği durumlarda da uygulama alanı bulmaktadır. Kusur yeteneğinin azalmış ya da zedelenmiş olduğu durumlarda, Alman Ceza Kanunu'nun 21. paragrafı gereği (49. paragrafı kapsamında) ceza indirimini yapılması gerektiğinden, failin kusur yeteneğini bilinçli olarak zedelediği tespit edildiğinde, failin a.l.i.c. formülü çerçevesinde ceza indiriminden faydalanmasında mümkün değildir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi 2000 yılında vermiş olduğu bir kararda, yerel mahkemenin kararını, a.l.i.c. formülünü dikkate almadan failerin cezasını indirdiğinden bahisle bozmuştur<sup>22</sup>. Karara konu olan olayda sanıklar, kurbanları olan (W)'yi ilk olarak arabayla kaçırap sonradan götürmüş oldukları ormanda önce ciddi bir şekilde dövmüş, ardından (W)'nin üzerine bira dökerek elektroşok ile işgence etmişlerdi. Olaydan sonra olay yerinden uzaklaşan failer (W)'yi olay yerinde yalnız bırakmışlardı. Aldığı darbeler yüzünden iki dişini kaybetmiş ve de vücudunda ağır darplar almış olan (W) polisler tarafından bulunmuş ve de hastaneye kaldırılmıştı. Yerel mahkeme, sanıkları, hürriyeti yoksun bırakma ve tehlikeli adam yaralama suçlarından dolayı suçlu bulmuş, işlemiş oldukları fiilleri fiil birliği kapsamında değerlendirmiş ve de failerin olay anında alkol etkisinde olduğunu tespit ettiği içinde (kusur yeteneklerinin azalmış olduğundan bahisle), failerin cezalarında indirim yaparak failleri 2 yıl hapis cezasına çarptırmış ve de bu cezayı tecil etmişti. Alman Federal Mahkemesi bu

---

<sup>21</sup> Bkz. Fischer, StGB-Kommentar, § 1 Rn. 9; Stratenwerth ve Kuhlen'e göre, alışkanlık hukukuna dayanarak cezalandırılabilme koşullarının yaratılması, Alman Anayasası'nın 103. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, tartışma dışı tutulması gereken bir durumdur. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, § 10 Rn. 48.

<sup>22</sup> BGH, NSTZ 2000, S. 584f.

kararı, yerel mahkemenin, faillerin suç işlemeden önce bilinçli bir şekilde alkol aldıklarını ve de kusur yeteneklerini kasıtlı bir şekilde azaltarak, sonrasında önceden planlamış oldukları fiilleri icra etmiş olduklarını göz ardı ettiğinden bahisle, haklı olarak, bozmuştu<sup>23</sup>.

## II. Actio Libera in Causa Formülünün Ortaya Çıkış Nedenleri

A.l.i.c. formülünün yaratılmasında etkili olan en önemli unsur, adalet anlayışı çerçevesinde, işlenen fiillerin cezasız kalmaması ve ya bu fiillere oranlı tepkilerin verilebilmesinin sağlanması ve de vatandaşların devletten böylesi bir beklentilerinin olmasıdır. Toplum içerisinde, suç işleme eğiliminde olan kişilerin, işleyecekleri fiillerinin gerçek cezalarını almaktan kurtulmak için, kendilerini bilinçli olarak, ceza hukuku kapsamında kusurlu görülemeyecek bir duruma sokma ve de bundan faydalanarak, işlemiş oldukları suçlardan dolayı cezalandırılmama gibi niyetleri olabilir. Keza suçu işlediği anda aşırı alkol ya da uyuşturucu maddenin etkisi altında olan kişiyi, suçu işlediği anda kusur yeteneği olmadığından bahisle kusurlu göremeyeceğimizden, suçun oluşumu için aranan sonuncu unsurun eksikliği yüzünden faili, işlemiş olduğu suçtan dolayı değilde, şartları varsa, sadece Alman Ceza Kanunu'nun 323a. paragrafına göre "Vollrausch"<sup>24</sup> cezalandırabilmemiz mümkün olabilecektir. Modern bir ceza hukuku sisteminde ise, bu tür kişilerin amaçlarına ulaşması ve hukuk düzenini bilinçli bir şekilde işleyecekleri fiillerle zedelemeleri ve de bu fiillerin orantılı cezai tepkiden mahrum kalması kabul edilemez<sup>25</sup>. İşte bu noktada a.l.i.c. formülü uygulama alanı bularak, failin kusur yeteneğine sahip olduğu andaki kusuru, kusur yeteneği olmadığı andaki kusuruna denk getirilmekte ve de bu vesileyle de faili, esasında kusur yeteneğine sahip olmadığı andaki davranışı yüzünden kusurlu görebilmenin imkanı yaratılmaktadır<sup>26</sup>. Sunmuş olduğumuz teorik çıkarımı bir örnekle pratiğe uygulamak gerekirse: Uzun zamandan beri arasında husumet olduğu (J)'yi yaralayıp intikamını almak niyetinde olan (K), intikamını aldıktan sonrada herhangi bir cezai sorumluluk almaktan kurtulmak, ya da en azından daha az ceza

---

<sup>23</sup> BGH, NStZ 2000, S. 585.

<sup>24</sup> Alman Ceza Kanunu'nun 323a. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: „Her kimki kendisini alkollü içecekler ya da başka uyuşturucu maddeler aracılığıyla, kasıtlı yada taksirli bir şekilde, aşırı bir sarhoşluk (ya da bilinçsizlik) durumuna sokar ve de bu durumdayken hukuka aykırı bir fiil işler ve de işlemiş olduğu bu fiil yüzünden aşırı sarhoşluğu nedeniyle ve de kusur yeteneği olmadığından bahisle cezalandırılması mümkün olmazsa, bu kişi para cezasıyla ya da beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır“.

<sup>25</sup> Konuya dair ayrıca bkz. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, § 10 Rn. 46.

<sup>26</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 11 Rn. 9.



almak niyetindedir. Bu amaçla bilinçli olarak fiilinden önce aşırı derecede alkol alan (K), düşmanı olan (J)'yi parkta dolaşırken bulur. Aşırı derecede almış olduğu alkolünde etkisiyle cesaretini toplayan (K), uygun bulunduğu bir esnada yanına sokulmuş olduğu (J)'yi üç yerinden bıçaklar. Aldığı bıçak darbesiyle ağır yaralanan (J) hastaneye kaldırılır<sup>27</sup>.

Vermiş olduğumuz örnekten de anlaşılacağı gibi, kötü niyetli (K), hem intikamını almanın hem de işlemiş olduğu fiile denk gelen cezayı almaktan kurtulmanın yolunu, Alman Kanun Koyucusu'nun yaratmış olduğu kanun boşluğu sayesinde bulmuş gözükmektedir. Çünkü yürürlükte bulunan Alman Ceza Kanunu'na göre, (K)'nin işlemiş olduğu fiili tehlikeli adam yaralama suçuna göre değilde (suçu işlediği anda kusur yeteneği olmadığından), 323a. paragrafına göre cezalandırabilmek mümkündür. Yalnız Alman Ceza Kanunu'nun 323a. paragrafı, ilk fıkrası gereği "Vergehen" yani hafif suç kategorisine girmekte olup "Verbrechen" yani ağır suç olarak değerlendirilmediğinden ve de bu paragrafın ilk fıkrasına göre, bu paragrafta aykırı davranan kişiyi, ya para cezasıyla ya da beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırabilmek mümkün olduğundan, aslında olaya uygulanması gereken 224. paragrafın "gefährliche Körperverletzung" yani tehlikeli adam yaralamanın, uygulama alanı bulabilmesi, kural olarak mümkün değildir. Alman Ceza Kanunu'nun 224. maddesine göre, tehlikeli adam yaralama suçu işleyen kişiye verilebilecek cezanın altı aydan 10 yıla kadar hapis cezası olduğunu dikkate aldığımızda, (K)'nin işlemiş olduğu fiile karşılık gelmeyecek bir cezayla cezalandırılabilmesi ve böylesi bir sonucunda, adalet anlayışıyla bağdaşmadığı açıktır. Böylesi bir sonuç özellikle, failin daha ağır suçlar işlediği durumlarda, örneğin adam öldürme suçlarında, kabul edilebilir görünmemektedir<sup>28</sup>.

Bu nedenledir ki Alman Literatürü'nde, a.l.i.c. formülünün hukuki dayanağını, adalet ilkesi anlayışının oluşturduğu savunulmaktadır<sup>29</sup>. Ancak Alman Ceza Kanunu'nun 20. paragrafında açık bir şekilde, diğer nedenlerin yanında, suçu işlediği anda bilincini aşırı derecede etkileyen bir durum yüzünden, işlemiş olduğu fiilin hukuka aykırılığını anlayabilecek yetiye sahip olmayan ve hukuki bilinç çerçevesinde hareket edebilecek durumda olmayan kişiyi kusurlu görebilmek mümkün

<sup>27</sup> Farklı örnekler için bkz. Otto, Jura 1986, S. 427.

<sup>28</sup> Aynı şekilde Frister, Strafrecht AT, 18. Kapitel, Rn. 17; Salger/Mutzbauer, NSTZ 1993, S. 562; Krey/Esser, Strafrecht AT, § 21 Rn. 704; ayrıca bkz. Kühl, Strafrecht AT, § 11 Rn. 8.

<sup>29</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 11 Rn. 8; konuya dair ayrıca bkz. Otto, Jura 1986, S. 426-431; Paeffgen, ZStW 97, S. 523ff; BGHSt 17, S. 333ff.



değildir. Bu yüzden, aşırı derecede sarhoş olup, fiili işlediği anda, fiilin sonuçlarını algılayabilecek bir durumda olmayan kişiyi, cezai sorumluluk altına alabilmekte zor görünmektedir. Çünkü kusur unsuru, suçun işlendiği anda mevcut değildir.

A.l.i.c. formülünde izlenilen yol, failin, kusur yeteneğini ortadan kaldıran fiil ya da fiillerden dolayı (örneğin alkol ya da uyuşturucu madde alınarak bilincin kasıtlı bir şekilde zedelendirilmesi) sorumluluğunun olduğunun<sup>30</sup> ve fiilin işlenilmesinden önce icra etmiş olduğu başka fiillerin, ortaya çıkan netice bakımından belirleyici olduğunun ispatlanmaya çalışılmasıdır. Yalnız bu yapılırken çok farklı gerekçelerle a.l.i.c. formülüne hukuki dayanak yaratılmaya çalışıldığından, ne Alman Yargı Çevresinde ne de Alman Literatürü'nde, a.l.i.c.formülünün yasal dayanağı hakkında fikir birliği yoktur<sup>31</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, pratikte a.l.i.c. formülü uygulanmakla, teorideyse bu formülün savunucuları hakim düşüncüyü oluşturmakla birlikte, bu formülün Alman Anayasası'nda yer alan ilkelerden bazılarını aykırılık teşkil ettiğini ve de bu nedenle bu formülün iptal edilmesi gerektiğini savunanların sayısı da az değildir. Aşağıda, a.l.i.c. formülüne dair çeşitli pozisyonlara ve de bu formüle karşı olanların dayandıkları gerekçelere ayrıca değinilecektir.

### III. Actio Libera in Causa Türleri

A.l.i.c. formülü kendi içinde, kasıtlı a.l.i.c ve taksirli a.l.i.c. olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu durumun fail açısından taşınmış olduğu anlam ise, failin davranışı sonucu ortaya çıkacak neticeye uygulanacak müeyyidenin, koşullarının varlığı halinde, yerine göre, kasıtlı ve ya taksirli bir suça göre belirlenmesidir. Aşağıda, bu iki a.l.i.c. türüne ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir.

#### A. Kasıtlı Actio Libera in Causa

Kasıtlı a.l.i.c.' dan bahsedilebilmesinin ön şartını "Doppelvorsatz"<sup>32</sup> yani ikili kasıt oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, failin kusur yeteneğine sahip olduğu andaki kastının, hem kusur yeteneğini ortadan kaldırmayı (örneğin, alkol ya da uyuşturucu kullanımını), hemde bu durumdayken

---

<sup>30</sup> Bkz. Streng, JZ 1994, S. 709; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 23 Rn. 1-3.

<sup>31</sup> Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 20 C Rn. 56; Ebert, Strafrecht AT, S. 89; Joecks, Studienkommentar- StGB, § 323a. Rn 27.

<sup>32</sup> Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 36; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 417; Krey/Esner, Strafrecht AT, § 21 Rn. 705; Kühl, Strafrecht AT, § 11 Rn. 19; Salger/Mutzbauer, NStZ 1993, S. 562.

belirli bir suç işlemeyi kapsamaması gerekmektedir<sup>33</sup>. Yani fail, işlemek niyetinde olduğu bir fiili, kusur yeteneğine sahip olmadığı bir haldeyken işlemek niyetiyle hareket etmekte ve de bunu gerçekleştirebilmek içinde bilinçli olarak kusur yeteneğini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle örneğin, sarhoş olmak niyetiyle hareket etmeyip, başkasının içkisine koyduğu bir madde yüzünden kusur yeteneğini kaybeden<sup>34</sup> ya da denemek istemiş olduğu yeni bir içkiyi, içkinin kendisini o derecede etkileyeceğini bilmeden içip aşırı derecede sarhoş olan bir kişi olayında, aranan ilk kasıt; kusur yeteneğini kaybettikten sonra, önceden işlemeyi planlamamış ya da ön görmemiş bir suç işleyen kişi durumundaysa ikinci kastın varlığından söz edebilmek mümkün değildir. Bahsini etmiş olduğumuz her iki kasıtlı hal içinde, dolus eventualis'in, yani olası kastın varlığı yeterli görülmektedir<sup>35</sup>. Fail, fiilli neticesinde kusur yeteneğini kaybedeceğini ve de sonrasında aklından geçirdiği fiili icra edebileceğini ciddi bir şekilde ihtimal dahilinde görüyor ve de ortaya çıkabilecek neticeyi de kabul ediyorsa, dolus eventualisle hareket etmiş demektir<sup>36</sup>. Örneğin, sarhoş olduğu anda bir çok kez adam yaralama suçu işleyen (A), yeniden alkol almaya başlar. Sarhoş olduktan sonra, tekrardan adam yaralama suçu işleyebileceğini önceden kestiren ve de buna aldırış etmeyen (A), belirli bir süre sonra zil zurna sarhoş olur. Sarhoş haldeyken (O)'ya saldıran (A), (O)'nun kulağını ısırarak koparır<sup>37</sup>. Örneğimizde (A), sarhoş olduktan sonra başka kişiler için adam yaralama suçu bakımından potansiyel tehlike oluşturacağını bilmesine rağmen içmeye devam etmek ve de sarhoş olduktan sonra da şiddete olan eğilimini (O)'nun kulağını kopararak göstermek suretiyle, olası kasıtlı hareket etmiştir. Bu vesileyle de, kasıtlı adam yaralama suçuna göre cezalandırılması gerekmektedir<sup>38</sup>.

Alman Federal Mahkemesi, failin planlamış olduğu suçla kusur yeteneğini kaybettikten sonra işlemiş olduğu suç arasında uyumda şart

<sup>33</sup> Frister, Strafrecht AT, Kapitel 18 Rn. 24; Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 36; Murmann, Grundkurs Strafrecht, § 26 Rn. 11; Rengier, Strafrecht AT, § 25 Rn. 4; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 417; Ebert, Strafrecht AT, S. 91; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 40 S. 447f.

<sup>34</sup> Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 36.

<sup>35</sup> Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 37; Kühl, Strafrecht AT, § 11 Rn. 21; Fischer, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 50; BGHSt 21, S: 382.

<sup>36</sup> Kasıt türleri için bkz. Toprak, Alman Ceza Hukuku'nda Düzenlenen Kasıt ve Yanılma Türlerine Dair Kısa Bir İnceleme in: Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 67.

<sup>37</sup> Örneğin esinlendiği yer, Krey/Esser, Strafrecht AT, § 21 Rn. 702.

<sup>38</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Otto, Strafrecht AT, § 13 Rn. 18-28; Kühl, Strafrecht AT, § 11 Rn. 6-24; ayrıca örnek karar kabilinde bkz. BGH, NStZ 2002, S. 28.

koşmaktadır<sup>39</sup>. Herhangi bir suç işlemek için kusur yeteneğinin kaldırılması ve de bu haldeyken herhangi bir suç işlenmesi halinde, kasıtlı a.l.i.c.`dan bahsedilemez<sup>40</sup>. Böylesi bir durumda faile verilecek cezanın Alman Ceza Kanunu'nun 323a. paragrafına göre belirlenmesi gerekmektedir<sup>41</sup>. Bu nedenle aşırı sarhoş olduktan sonra şiddet suçlarından herhangi birini işlemek isteyen ya da işleyebileceğini ciddi bir şekilde ön görüp ortaya çıkacak sonuçlarda memnun olacak faili, kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonra işlemiş olduğu herhangi bir şiddet suçu yüzünden, kasıtlı a.l.i.c. çerçevesinde cezalandırabilmek için, failin herhangi bir şiddet suçu işlemiş olması yeterli değildir. Şöyle ki; fail kusur yeteneğini kaybettikten sonra kasıtlı adam yaralama, gasp ya da cinsel istismar suçlarından herhangi birini işlemeyi planlasa ya da bu suçlardan herhangi birini işleyebileceğini öngörse ve de kusur yeteneğini kaybettikten sonra adam yaralama, gasp ya da cinsel istismar suçlarından herhangi birini işlese, faili işlediği fiilin kasıtlı halinden dolayı cezalandırabilmek mümkün değildir (taksirli sorumluluğun tartışılması gerekir). Çünkü fail hangi suçu işleyeceğini ya da işleyebileceğini somut olarak belirlememiş, şiddet suçlarından herhangi birini işlemeyi planladığı ya da işleyebileceğini öngördüğü için kastının kapsadığı suç konusu belirsiz kalmıştır. Başka bir deyişle, faili kasıtlı adam yaralama suçundan dolayı sorumluluk altına alabilmek için, failin, kusur yeteneğini kaybetmeden önce sadece adam yaralama suçuyla ya da böylesi bir sonucun ortaya çıkabileceğini kabul ederek hareket etmesi ve kusur yeteneğini kaybettikten sonra sadece adam yaralama suçuyla işlemesi gerekmektedir. Keza planlanan ve işlenen suçta uyum, planlanan suçun, suç işlenmeden önce belirli olmasını şart koşmaktadır<sup>42</sup>.

İşlenilmesi düşünülen suç tipinin belirli olması kuralı, işlenen suçun kurbanının da belirli olmasını gerektirmemektedir. Şayet fail herhangi birini yaralama niyetiyle hareket edip, kusur yeteneğini kaybettikten sonra herhangi birini yaralarsa, kasıtlı a.l.i.c. çerçevesinde kasıtlı adam yaralamayı düzenleyen 223 vd. paragrafları uygulama alanı bulur. Nitekim fail herhangi bir suç işlemeye niyetiyle hareket etmeyip, işleyeceği suç önceden belirlemiş olduğundan, planlanan suç tipiyle, kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonra işlenen suç tipi arasında bir uyum söz

---

<sup>39</sup> BGHSt 21, S. 382.

<sup>40</sup> BGH, StV 1993, S. 356.

<sup>41</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 418.

<sup>42</sup> Verrel/Linke in: Gesamtes Strafrecht, § 20 Rn. 24; BGHSt 17, S. 259.

konusudur. Failin kurbanının, (örneğin adam yaralama suçunun işlenmesi planlanmışsa), (A) ya da (B) olması arasında bir farklılık yoktur<sup>43</sup>.

Bazen failin kusur yeteneğini kaybetmeden önceki planıyla kusur yeteneğini kaybettikten sonra işlemiş olduğu fiil birbirinden farklılık gösterebilir:

Örnek 1: Fail çok beğenmiş olduğu (B)'ye ait olan deri montu çalmak niyetindedir. Fiilini icra etmeden önce ciddi bir şekilde sarhoş olup kusur yeteneğini kaybeden fail, esasında (C)'ye ait olan ama (B)'ye ait olduğunu sandığı montu çalar.

Örnek 2: Fail kusur yeteneğini kaybettikten sonra, (B)'nin montunu çalmaktan vazgeçip, daha çok hoşuna gittiği (C)'nin montunu çalar.

Örnek 3: Fail cinsel istismarda bulunmak istediği (K)'ya tecavüz etmekten vazgeçip, (K)'nin cüzdanını zorla alır<sup>44</sup>.

Görüldüğü gibi, yukarıda vermiş olduğumuz üç örnekte de, failin planıyla ortaya çıkan netice arasında uyumsuzluk vardır. Yalnız, her olayın koşulları birbirinden farklılık gösterdiği için, faile uygulanacak hükümlerdeki mantık silsilesinde birbirlerinden ayrılmaktadır. Vermiş olduğumuz örneklerin çözümü şu şekilde olmalıdır:

İlk örneğimizde fail, planlamış olduğu fiili kusur yeteneğini kaybettikten sonra işlemiş olmakla birlikte, planının aksine, (B) ye ait olan montu değil (C)'ye ait olan montu çalarak, yanılığ içerisinde hareket etmiştir. Yalnız bu yanılığ, „error in objekta vel persona”<sup>45</sup> kapsamında değerlendirildiğinde, sonucu etkileyebilecek bir yanılığ olarak görülemeyeceğinden, failin kasıtlı a.l.i.c. formülü çerçevesinde, hırsızlık suçundan cezalandırılması gerekmektedir<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Keza Alman Federal Mahkemesi'ne göre, herhangi bir kadına tecavüz etmek için kusur yeteneğini ortadan kaldıran ve de bu durumda herhangi bir kadına tecavüz eden failin, kasıtlı tecavüz suçundan dolayı yargılanması gerektiğini bir kararında açık bir şekilde vurgulamıştır. BGHSt 21, S. 383.

<sup>44</sup> Örneğin alındığı yer Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 418.

<sup>45</sup> Yalnız Alman Literatüründe, böylesi bir durumda, error in persona'nın değil aberratio ictus'un uygulama alanı bulacağı, çünkü failin asıl planından uzaklaştığı ağır basan görüştür. Yalnız Kühl'un de dediği gibi, olayımızda, error in persona vel objekto söz konusu olup, failin kusur yeteneğini kaybettikten sonraki teşhis hatalarının herhangi bir önemi yoktur. Kühl, Strafrecht AT, § 11 Rn. 23; yanılma hallerine dair ayrıca bkz. Toprak, Alman Ceza Hukuku'nda Düzenlenen Kasıt ve Yanılma Türlerine Dair Kısa Bir İnceleme in: Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 67.

Aynı şekilde Alman Federal Mahkemesi'de, kusur yeteneğini kaybettikten sonra, kurbanını karıştırdığından bahisle, başka birine tecavüz eden failin yanılığını, kasıtlı tecavüz suçunun

İkinci örneğimizde failin, çalmak niyetinde olduğu çantayla, çalmış olduğu çanta arasında farklılığın olması (suç konusunda farklılık), failin ikili kasıtlı hareket etmediğine kanıt oluşturacağından, failin kusur yeteneğini kaybettikten sonra sahip olduğu niyeti, kasıtlı hırsızlık suçunun değil, “Vollrausch-Sarhoşluk (md.323a)” suçunun uygulanmasını gerektirir<sup>47</sup>. (Şayet fail herhangi bir montu çalmak niyetiyle hareket etmiş olsaydı durum değişecek, faili kasıtlı hırsızlık suçu yüzünden cezalandırmak gerekecekti. Çünkü fail, ikinci örneğimizin aksine, hırsızlık suçunun kurbanını kesin bir şekilde belirlememiştir.)

Sonuncu örneğimizde, ikinci örneğimizden farklı olarak, failin işlemeyi planladığı suç ile icra etmiş olduğu suçta farklılık söz konusudur. Failin icra etmiş olduğu suça, kusur yeteneğini kaybettikten sonra karar vermesi, failin işlemeyi düşündüğü asıl suçtan vazgeçtiğini göstermektedir. Bu nedenle faili, gasp suçunu işlediği anda, kusur yeteneğinin eksikliği nedeniyle Alman Ceza Kanunu'nun 249. paragrafına göre sorumluluk altına alamayacağımızdan, 323a. paragrafına başvurmamız gerekecektir<sup>48</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kusur yeteneğinin kaybindan sonra işlemek istemiş olduğu fiili işlemeyip, herhangi bir suç işleyen faili, Alman Ceza Kanunu'nun 323a. paragrafı yanında (suçta birlik çerçevesinde), asıl işlenilmesi düşünülen fiile teşebbüs hükümleri çerçevesinde de cezalandırmanın gerekliliğini savunan görüşlerde vardır<sup>49</sup>. Yani vermiş olduğumuz son örnekte failin ayrıca, cinsel istismara teşebbüs suçundan da cezalandırılması gerekmektedir. Yalnız böylesi bir sonuç ne a.l.i.c. formülüyle ne de suçun oluşumu ilkeleriyle bağdaşmaktadır. Çünkü failin işlemeyi planlamış olduğu cinsel istismar suçunu işlemek için bilinçli bir şekilde alkol almasını, fiili işleme kastı olmasına rağmen, sadece suça hazırlık hareketi olarak değerlendirebiliriz. Bu nedenle, failin teşebbüs için gerekli olan, suçun işlenmesi için vasıtasız bir şekilde harekete geçme edimi olmadığından, teşebbüsten bahsedebilmek mümkün değildir.

---

gerçekleşmesi açısından önemsiz adletmiştir. BGHSt 21, S. 384. Farklı düşüncede olan, Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 418.

<sup>47</sup> Aynı şekilde BGHSt 21, S. 384.

<sup>48</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 418.

<sup>49</sup> Joecks, Studienkommentar- StGB, § 323a Rn. 31; farklı görüşte olan Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 20 Rn. 75f.

## B. Taksirli Actio Libera in Causa

Alman Literatürü'nde taksirli a.l.i.c.'nin gereksiz olduğu savunulan düşünceler arasındadır. Bu yüzden taksirli a.l.i.c için aranan koşulların, taksirli suçların varlığı için aranan koşullardan ayrılmadığı, esasında bu koşulların taksirli suçun varlığını başka bir şekilde tastiklediği<sup>50</sup> ve özen yükümlülüğüne ya da sorumluluğuna aykırı her davranışın faile, ceza hukuku kapsamında kusur olarak itham edilebilir olduğu<sup>51</sup> ileri sürülmektedir. Yalnız taksirli a.l.i.c.'ya ayrıca değinilmesinin, özellikle taksirli a.l.i.c.'nin içeriğinin sunumu açısından önemli olduğunu düşünmekteyim.

Kasıtlı a.l.i.c.'nin tersine taksirli a.l.i.c.'ya, isminden de anlaşılacağı gibi taksirli sebep sonuç ilişkisi damgasını vurmakta olup, ikili kastın mevcut olması gerekli değildir<sup>52</sup>. Bu nedenle ikili kastın olmadığı durumlarda, kasıtlı a.l.i.c.'nin varlığı reddedilerek, taksirli a.l.i.c.'nin şartlarının olup olmadığı araştırma konusu yapılmalıdır. Taksirli a.l.i.c.'dan bahsedilebilmesi için failin, kusur yeteneğinin ortadan kaldırılmasına neden olan fiilde en azından taksirli sorumluluğunun olması gerekmektedir<sup>53</sup>. Günlük hayatta fail, kusur yeteneğini ortadan kaldıran fiile (örneğin alkol ya da uyuşturucu madde alımına) taksirle ya da kasıtlı bir şekilde neden olmuş olabilir (örneğin bilinçli bir şekilde sarhoş olunması ya da failin alkol tüketebilme sınırında yanılığa düşmesi). Ancak fail, kusur yeteneğini kasıtlı bir şekilde kaybetmiş olsa bile, kusur yeteneğini kaybetmeden önce herhangi bir fiili işleme niyetiyle hareket etmemişse, kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonra herhangi bir suç işlemiş olsa bile, faili kasıtlı a.l.i.c.'ya göre, yani işlemiş olduğu fiilin kasıtlı türüne göre cezalandırabilmek imkansızdır. Alman Literatürü'nde hakim olan görüşe göre, taksirli a.l.i.c. için failin, kusur yeteneğini taksirli ya da kasıtlı bir şekilde ortadan kaldırmasının yanında, en azından taksirli bir şekilde, kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonra herhangi bir suç işlemeyeceğine inanması ya da herşeyin yolunda gideceğine güvenmiş olması da aranmalıdır<sup>54</sup>. Failin kusur yeteneğini kaybettikten sonra işleyebileceği fiilleri önceden ön görebilme ve de önleyebilme sorumluluğuna aykırı davranışı, taksirli a.l.i.c. formülü çerçevesinde

---

<sup>50</sup> Bkz. Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 20 Rn. 59; Roxin in: FS für Lackner, S. 312; ayrıca bkz. Kindhäuser, Strafrecht AT, § 23 Rn. 31.

<sup>51</sup> Neumann, StV 1997, S. 24; BGHSt 42, S. 236.

<sup>52</sup> Karşılaştırma için bkz. Kindhäuser, Strafrecht AT, § 23 Rn. 29.

<sup>53</sup> Karşılaştırma için bkz. Salger/Mutzbauer, NSTZ 1993, S. 562.

<sup>54</sup> Otto, Jura 1986, S. 433; Salger/Mutzbauer, NSTZ 1993, S. 562.

taksirli sorumluluk suçlamasının yapılabilmesinin nedenini oluşturmaktadır<sup>55</sup>.

Taksirli a.l.i.c.`da da, kasıtlı a.l.i.c.`da olduğu gibi, fail suçun işlendiği anda ya kusur yeteneğine sahip değildir ya da kusur yeteneği zedelenmiş bir vaziyettedir. Bu yüzden Alman Ceza Kanunu'nun 20. ve 21. paragraflarına bağlı kalındığında, failin ya cezasız kalması ya da cezasının indirilmesi gerekir. Ancak taksirli a.l.i.c. formülünde failin taksirli sorumluluğunu belirlemeyi, suçun işlendiği andaki koşullar ile sınırlamayıp, daha geri giderek, kusur yeteneğini ortadan kaldıran hareketlerin icra edildiği ana uzatmaktadır. Taksirli a.l.i.c.`nın söz konusu olduğu iki klasik duruma örnekler verip, teorik söylemlerimizi somutlaştıralım:

Örnek 1) Efkâr dağıtmak için kendine bir meyhanede çilingir sofrası kurdurtan (Z) gecenin ilerleyen saatlerinde, kusur yeteneğini kaybedecek oranda sarhoş olur. Bu haldeyken önceden herhangi bir suç işleme niyetinde olmayan (Z), hiç tanımadığı (K)`ile girmiş olduğu polemik sonunda hırçınlaşarak bilinçsizce savurmuş olduğu rakı şişesiyle (K)`yı kafasından yaralar.

Örnek 2) Yeni baba olan (P), kızının sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmiş olduğunu kutlamak amacıyla kardeşi (Y)`nin vermiş olduğu viskiyi, alkole karşı direncinin az olduğunu bilmesine rağmen kırmayıp içer. Erken bir şekilde sarhoş olan (P), karısının doğumundan sorumlu olan doktor (S)`yi döver.

Her iki örneğimizde de faillerin, adam yaralama suçunu işledikleri andaki kusur yetenekleri ortadan kalkmıştır. Ancak iki örneğimizde de failler alkol tüketiminde sınırı koruma yükümlülüğüne aykırı davrandıklarından ve de planlı bir şekilde sarhoş olup belirli bir suç işleme niyetiyle hareket etmediklerinden, kusur yetenekleri ortadan kalktıktan sonraki hareketlerinden dolayı taksirli davranış çerçevesinde sorumluluk altına alınabilirler (taksirli adam yaralama suçundan dolayı).

Taksirli a.l.i.c.`nın akla gelebileceği durumlardan biride, failin işlemeyi düşündüğü ya da planladığı suç tipi ile kusur yeteneğini kaybettikten sonra işlemiş olduğu suç tipi arasında uyumun olmaması halidir. Örneğin (Ö)`yü gasp etmek niyetiyle uyuşturucu madde alıp cesaretini toplamaya

---

<sup>55</sup> Krause, Jura 1980, S. 169; ayrıca bkz. Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 28; Streng in: MK-StGB, § 20 Rn. 114.



çalışan (G), kusur yeteneğini kaybettikten sonra (Ö)'yü gasp etmek yerine, tartıştığı (L) 'yi bıçakla yaralar. Örneğimizde failin işlemeyi planladığı suç tipiyle gerçekten işlemiş olduğu suç tipi arasında ikili kasıt ekseninde bir bağ olmayıp, planlanan suç tipiyle işlenen arasında farklılık söz konusudur. Bu yüzden faili kasıtlı a.l.i.c.'ya dayanarak ne gasp suçundan nede kasıtlı adam yaralama suçundan dolayı cezalandırabiliriz. Elimizde olan tek imkan faili, (fiili işlediği anda kusurlu görülemeyeceğinden; fiili işlemeden öncede adam yaralama suçunu işlemek gibi bir kastının olmadığından) taksirli a.l.i.c. çerçevesinde taksirli adam yaralama hükümlerine göre sorumluluk altına alabilmektir. Yalnız hemen belirtmek gerekir ki, taksirli a.l.i.c. sadece, kasıtlı suç tipinin aynı zamanda taksirlede işlenebileceği durumlarda önem taşımaktadır. Şayet olayımızda (G), (L)'yi bıçakla yaralamak yerine (E) 'nin evine girip onun altınlarını çalmış olsaydı, (G)'ye taksirli hırsızlık suçunu islediği suçlamasını yapamazdık. Çünkü taksirli hırsızlık suçunu Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, herhangi bir sorumluluğuda ber aberinde getirmez.

Alman Literatürü'nde, taksirli a.l.i.c.'nın söz konusu olduğu durumlar arasında, failin kusur yeteneğini taksirli bir şekilde ortadan kaldırmış olmasına rağmen, daha sonrasında çok önceden planlamış olduğu bir fiili işlemede örnek olarak gösterilmektedir<sup>56</sup>. Bu duruma Otto şu örneği vermektedir: (A) (B)'yi dövmek niyetindedir. (B)'yi nasıl döveceğini ayrıntılı bir şekilde planlarken, keyfini bulmaya çalışan (A) aynı zamanda alkol tüketir. Alkol tüketimini farkına varmaksızın abartan (A) kusur yeteneği ortadan kalkacak şekilde sarhoş olur. Sarhoş olduktan sonrada planladığı gibi (B)'yi döver<sup>57</sup>.

Yalnız böylesi bir düşünce kanımca, yanlış anlaşılmaya uygun bir niteliğe sahiptir. Nitekim, failin taksirli bir şekilde kusur yeteneğini ortadan kaldırdıktan sonra, planına uygun bir şekilde fiilini işlemesi gibi bir ibare, failin kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalktığına değil, kusur yeteneğinin zedelendiğine işaret eder. Çünkü kusur yeteneği tamamen ortadan kalkan failin planı çerçevesinde hareket edebilmesinin güç olduğu kanaatindeyim. Bu yüzden öncelikle şu soruya sağlıklı bir cevap verebilmek icap etmektedir; kusur yeteneği ortadan kalkan fail nasıl olurda aynı zamanda planına uygun bir şekilde hareket edebilme yetisini

<sup>56</sup> Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 38; Otto, Jura 1986, S. 433; BGH, NStZ 1995, S. 329f.

<sup>57</sup> Otto, Jura 1986, S. 433.

kaybetmez? Keza a.l.i.c. formülünde belirleyici olan, kusur yeteneğine sahip olunduğu andaki kasıt (örneğin plan) ve ya taksirli sorumluluktur ve de bu kasıt ve ya taksirli sorumluluk, faili, kusur yeteneğini kaybettikten sonra işlemiş olduğu fiil(ler)den dolayı sorumlu tutabilmenin anahtarını oluşturmaktadır<sup>58</sup>. Bu nedenle, kusur yeteneğinin kaybından önceki plan ile bu plana uygun fiil icrasının, kusur yeteneğinin tam olarak kalktığı hallerde (özellikle kasıtlı a.l.i.c.`da) tesadüfe bağlı olduğunu düşünmekteyim<sup>59</sup>. Görüldüğü gibi, Otto`nun vermiş olduğu örnek kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalktığı hallerde değil, kusur yeteneğinin azalmış olduğu hallerde mümkün olabilir. Bu yüzden faili taksirli adam yaralama suçundan dolayı değilde, kasıtlı adam yaralama suçundan dolayı cezalandırmak ve de fiili icra ettiği esnada kusur yeteneğinin zedelendiğinden bahislede cezasını Alman Ceza Kanunu`nun 21. paragrafına göre indirmek gerekmektedir (ayrıca bkz. Dipnot 97).

#### **IV. Actio Libera in Causa Formülü`ne Dair Yöntemler**

A.l.i.c. formülünün yasal dayanağı konusunda çok farklı görüşler vardır. Özellikle Alman Federal Mahkemesi`nin savunmuş olduğu ve de uygulamada etkin olan teoriyle bu teoriye alternatif olarak sunulan teoriler arasında, entellektüel bazda ciddi ayrılıklar söz konusudur. Makalemizin başında da belirtmiş olduğumuz gibi, a.l.i.c.`nın hukuki dayanağı hakkında fikir birliğinin olmamasının ve de bu nedenle ciddi tartışmaların yaşanmasının asıl nedenini, Alman Kanun Koyucusu`nun, kusur yeteneğinin kasıtlı ya da taksirli bir şekilde kaybına neden olunması ve de kusur yeteneğinin kaybı sonrası işlenen suçlara uygulanacak kanun hükümlerini tatmin edici bir şekilde düzenlememiş olması oluşturmaktadır (Alman Ceza Kanunu`nun 323a. paragrafının özellikle ağır suçların işlenmesinde adalet anlayışına uygun sonuçların doğmasına elverişli olmadığına yukarıda değinildiği gibi).

Aşağıda, a.l.i.c. formülüne dair geliştirilmiş olan bütün teorilere ve görüş ayrılıklarına, makale konumuzun sınırları çerçevesinde yer verebilmemizin imkansız olması yüzünden sadece, Alman Federal Mahkemesi tarafından da savunulan Fiil Yapısı Modeli („Tatbestandsmodell”) ile bu modele karşı yaratılan İstisna Modeli`ne (“Ausnahmmodell”) yer verilerek, makale konumuz açısından önemli

---

<sup>58</sup> Karşılaştırma için bkz. Haft, Strafrecht AT, § 4 S. 134f.; Hirsch, NStZ 1997, S. 230.

<sup>59</sup> Farklı perspektif için bkz. Fischer, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 50.

bir yere sahip olan, a.l.i.c. formülünün Alman Ceza Sisteminde uygulanmasına karşı olan görüşe ayrıca değinilecektir.

### **A. Fiil Yapısı Modeli (Tatbestandsmodell)**

Fiil yapısı modeli Alman Federal Mahkemesi tarafından savunulan ve de Alman Literatürü'nde de hakim olan görüşü oluşturmaktadır<sup>60</sup>. Bu modele göre, failin işlemiş olduğu fiil ile kusurluluğu arasındaki köprüyü kurabilmenin tek yolu, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik girişmiş olduğu tüm faaliyetleri, kusur yeteneğini kaybettikten sonra işlemiş olduğu fiilin başlangıç hareketleri olarak görmekten geçmektedir<sup>61</sup>. Ancak bu şekilde, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya ya da azaltmaya yönelik eylemleri, faile (fiilin işlenmesindeki genel bütün çerçevesinde), başlangıç hareketleri olarak isnat edilebilir. Bu modele yakın olan görüşlere göre, kusur yeteneğinin, fiilin işlenmesindeki her aşamada mevcut olmasına gerek olmayıp, suçun icrasına başlanıldığı anda var olması yeterlidir<sup>62</sup>. Bu durumu izah amacıyla şu örnekler verilmektedir: Ortadan kaldırmak istediği düşmanını öldürmek için, düşmanının evine saatli bomba yerleştiren (A)'nın, ardından evine giderek uyuması<sup>63</sup> ya da kocasını zehirlemek isteyen (F)'nin, kocasının yemesi için hazırlamış olduğu yemeğe zehir koyduktan sonra komşusuna giderek bir partiye katılması ve de kocasının yemeği yediği esnada içmiş olduğu alkolün etkisiyle kusur yeteneği olmayacak şekilde sarhoş olması. Verdiğimiz örneklerde, ortaya çıkan neticeden (A)'yı ve (F)'yi sorumlu tutabilmemiz için ikisininde, neticenin ortaya çıktığı esnada (ya da adam öldürme suçlarının işlendiği anda) kusur yeteneğine sahip olmalarına gerek yoktur. Bombanın yerleştirilmesiyle (A), yemeğe zehir konulmasıyla (F) fiillerini icra etmişlerdir. (A)'nın uyuyarak, (F)'ninde sarhoş olarak, neticenin ortaya çıktığı esnada kusur yeteneklerini ortadan kaldırmaları, suçun işlenmesi açısından değil, sadece suçtan vazgeçebilme açısından önem taşımaktadır (uyunmasaydı ya da sarhoş olunmasaydı, neticenin ortaya çıkmasına engel olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilirlerdi).

---

<sup>60</sup> Streng in: MK-StGB, § 20 Rn. 116; Hirsch, NStZ 1997, S. 230; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 416.

<sup>61</sup> Bkz. Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 20 Rn.35; ayrıca bkz. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn.415; Hirsch, NStZ 1997, S. 230f; Schlüchter in: FS für Hirsch, S. 348ff; Spendel in: FS für Hirsch, S.380f; BGHSt 17, S. 335.

<sup>62</sup> Schild in: NK-StGB, § 20 Rn. 99.

<sup>63</sup> Bomba örneğine dair bkz. Hettinger in: FS für Geerds, S. 638ff.; Hruschka, JZ 1997, S. 22f; Anılan bomba örneğinin fiil yapısı modelini güçlendirmek için kullanılmasına dair eleştiriler için bkz. Hettinger in: FS für Geerds, S. 640f.

Esasında hazırlık hareketleri olarak değerlendirilmesi gerekli olan, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik hareketlere girişmesinin (örneğin uyuşturucu madde almaya başlamasının) hangi açıdan başlangıç hareketleri olarak değerlendirilebileceği sorusuna, Spindel şu şekilde cevap vermektedir: Kusur yeteneğinin ortadan kaldırılması ya da zedelenmesi, fiilin icrasına yönelik olup tipiklikteki neticenin ortaya çıkmasına neden oluyorsa, hazırlık hareketlerinden değil başlangıç hareketlerinden bahsedilebilir<sup>64</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırıcı ya da zedeleyici edimlerinin başlangıç mı yoksa hazırlık hareketleri mi olarak değerlendirilebileceğinin önemi, bu hareketlerin cezalandırılabilirliğinde ve teşebbüs çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinde yatmaktadır. Şayet failin edimlerini sadece hazırlık hareketleri çerçevesinde değerlendiriyorsak, bu hareketler, başka kanun maddesine aykırılık teşkil etmedikleri sürece (örneğin birini öldürmek amacıyla bomba ya da ruhsatsız silah satın alınması) herhangi bir sorumluluğuda beraberinde getirmez. Buna karşın başlangıç hareketleri, en azından teşebbüse dair ilkeler çerçevesinde (şayet netice ortaya çıkmamışsa) ceza hukuku'nun uygulanma alanı içinde değerlendirilebilir.

Fiil yapısı modelini savunan görüşlerin ortak noktasını, kusur yeteneğini kaybetmek amacıyla girişilen edimlerin, suçun icrasında başlangıç hareketlerini oluşturduğu düşüncesi oluşturmakla birlikte, bu modeli hukuki zemine oturtmak noktasında savunulan görüşler arasında fikir birliği yoktur<sup>65</sup>. Bu görüşler arasında en fazla savunulana, dolaylı faillik görüşüdür<sup>66</sup>. Bu görüşe göre fail, kusur yeteneğini ortadan kaldırmakla birlikte, kusur yeteneği olmayan kendisini, önceden planlamış olduğu fiilini işlemek amacıyla araç olarak kullanmaktadır<sup>67</sup>. Bu bağlamda, bilinçli olarak sarhoş olmak suretiyle kusur yeteneğini ortadan kaldıran ve kusur yeteneği ortadan kalkmış kendisini suçu icra etmek amacıyla araç olarak kullanan kişiyle, kural olarak, kusur yeteneği olmayan bir başkasını (örneğin bir akıl hastasını) araç olarak kullanan kişi arasında bir farkın olmadığı öne sürülmektedir<sup>68</sup>. Başka bir deyişle, fiil yapısı modeli

---

<sup>64</sup> Spindel in: FS für Hirsch, S. 381.

<sup>65</sup> Bu görüşler için bkz. Streng in: MK-StGB, § 20 Rn. 122-127; ayrıca bkz. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 415.

<sup>66</sup> Schild in: NK-StGB, § 20 Rn. 101.

<sup>67</sup> Bkz. Jakobs, Strafrecht AT, § 17 Rn. 64; Hirsch, NStZ 1997, S. 231f; Roxin in: FS für Lackner, S. 314ff; Herzberg in: FS für Spindel, S. 224; Karşılaştırma için bkz. Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 35.

<sup>68</sup> Roxin in: FS für Lackner, S. 308.

açısından vasıtalı faillik için, iki farklı kişiye (suçu icra eden ön plandaki fail ile; arka plandaki icra ettirtene) a.l.i.c. kapsamında gerek yoktur. Fail kusur yeteneğini ortadan kaldırmak suretiyle kendisini, başkasının haklarına zarar verme potansiyeline sahip bir araç haline getirmiştir. Görüldüğü gibi, fiil yapısı modelini savunanların dayanmış olduğu bu nokta, aynı zamanda, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmasıyla birlikte kendini suç işleme amaçlı bir araç haline getirmesi varsayımından hareket ettiğinden, kusur yeteneğinin kaldırılmasıyla neticenin ortaya çıkması arasındaki illiyet bağının kurulabilmesinde olanaklı hale getirilmektedir. Nitekim Alman Literatüründe; fail kusur yeteneğini ortadan kaldırmasaydı planlamış olduğu suçuda işlemezdi çıkarımına dayanarak, kusur yeteneğinin ortadan kaldırılmasına yönelik edimlerle ortaya çıkan netice arasındaki illiyet bağını inkar eden yaklaşımlarda vardır<sup>69</sup>.

Fiil yapısı modelinin (bu modeli savunanlar arasındaki hakim görüşe görede), sadece netice suçlarının söz konusu olduğu hallerde uygulama alanı bulabileceği, buna karşın hareket suçlarında a.l.i.c. formülünden faydalanılamayacağı savunulmaktadır<sup>70</sup>. Çünkü netice suçlarından farklı olarak hareket suçlarında belirli bir davranış şekli ön görüldüğünden ve de eylemin icra edilmesiyle birlikte (neticenin ortaya çıkması aranmaksızın) suç oluşmuş olduğundan, hareket suçları a.l.i.c. formülüne elverişli değildir<sup>71</sup>. Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında da bu durumu onaylamıştır. Kararda yüksek mahkeme, failin alkol tüketerek sarhoş olmasını, Alman Ceza Kanunu'nun 315c. maddesinde düzenlenmiş olan, ulaşımın tehlikeye sokulması suçu çerçevesinde („Gefährdung des Straßenverkehrs“), araba kullanılması koşulunun yerine geçen bir faktör olarak değerlendirmemiştir<sup>72</sup>. Nitekim sözünü etmiş olduğumuz maddeye göre, soyut bir tehlike suçu olan trafiğin tehlikeye sokulması suçunun işlenebilmesi için, sarhoş bir vaziyette arabanın hareket ettirilmesi yeterli olup, suçun oluşumu içinde herhangi bir neticenin ortaya çıkması şartı (örneğin herhangi bir kazaya sebebiyet verilmesi) aranmamaktadır. Bu nedenle, a.l.i.c. formülünün asıl yapı taşlarından olan, fiilin icrasından önceki davranışların (örneğin alkol

---

<sup>69</sup> Neumann nach Roxin in: FS für Lackner, S. 312,

<sup>70</sup> Frister, Strafrecht AT, 18. Kapitel, Rn. 19; Roxin, Strafrecht AT Band I, § 20 Rn. 61; karşılaştırma için ayrıca bkz. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 10 Rn. 415.

<sup>71</sup> Murmann, Grundkurs Strafrecht, § 26 Rn. 31; Frister, Strafrecht AT, 18. Kapitel Rn. 19.

<sup>72</sup> BGHSt 42, S. 235ff.

kullanımına başlanmasının) ortaya çıkan neticedeki fonksiyonu sorunu, hareket suçlarında kendini göstermemektedir.

Fiil yapısı modelini savunanlar arasında ağırlıklı, kusur yeteneğini kaybeden failin, (gönüllü) vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceğinden hareket edilmektedir<sup>73</sup>. Yani kusur yeteneğini ortadan kaldıran failin, bu durumdayken fiilini işlemekten vazgeçerek, o suç yüzünden cezasızlık imkanından faydalanabilmesinin önu kapanmış değildir. Bununla ilintili olarak fiil yapısı modeline göre, hangi aşamadan itibaren teşebbüsten bahsedilebileceği sorusuna şu cevap verilmektedir: Nasıl ki vasıtalı faillikte, vasıtasız failin araç olarak kullanılmaya başlandığı anda teşebbüs aşamasına girilmişse, a.l.i.c. formülüne görede teşebbüsten, failin kendi kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı andan itibaren bahsedilebilir<sup>74</sup>.

### **B. İstisna Modeli (Ausnahmemodel)**

Fiil yapısı modelinin a.l.i.c. formülüne sağlıklı bir hukuki dayanak yaratmadığından hareketle, bu modele alternatif olarak üretilmiş olan modellerden en fazla savunucusu olan model istisna modelidir<sup>75</sup>. Bu modelin doğmasındaki en önemli faktör, fiil yapısı modelinin dayanak noktası olan, kişinin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik hareketlerinin de aynı zamanda başlangıç hareketleri olarak görülebileceği ve de failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik kusurunun neticenin ortaya çıkmasında sebepsel bir fonksiyonu olduğu düşüncesinin, içinde barındırmış olduğu eksiklikler<sup>76</sup>. Keza fiil yapısı modeli bu anlayışıyla, hazırlık hareketleriyle başlangıç hareketleri arasındaki sınırı kaldırmaktadır<sup>77</sup>. Fiil yapısı modeline yapılan eleştirilerden bir diğeri de, bu modele göre kusur yeteneğine sahip olan failin, kusur yeteneğini kaybettikten sonra kendisini vasıtalı faillik kapsamı içerisinde araç olarak kullandığı görüşünün, Alman Ceza Kanunu'nun dolaylı ve doğrudan failliği düzenleyen 25. paragrafının birinci fıkrasının ikinci bendine aykırı olduğudur<sup>78</sup>. Gerçektende sözü edilen paragrafta, dolaylı faillikten bahsedilebilmesi, işlenen fiilin bir

---

<sup>73</sup> Bkz. Haft, Strafrecht AT, § 4 S. 136.

<sup>74</sup> Roxin in: FS für Lackner, S. 314f.

<sup>75</sup> Karşılaştırma için bkz. Roxin in: FS für Lackner, S. 307-309.

<sup>76</sup> Karşılaştırma için bkz. Roxin in: FS für Lackner, S: 307ff; Puppe, JuS 1980, S. 346f.; Otto, Jura 1986, S. 426ff.

<sup>77</sup> Kindhäuser, Strafrecht AT, § 23 Rn. 19; ayrıca bkz. Streng, JZ 1994, S. 712.

<sup>78</sup> Tartışmalar için bkz. Hettinger in: FS für Geerds, S. 630ff; Streng, JZ 1994, S. 710; Otto, Jura 1986, S. 428f.

başkası tarafından icra edilmiş olması şartına açık bir şekilde bağlanmıştır<sup>79</sup>. Ayrıca, kusur yeteneği ortadan kalkmış olsa bile fail, fiilin icrasında hakimiyet sahibi olan tek kişi olduğundan, üçüncü bir kişinin etkisi olmadan suçu işlemekten vazgeçebilir ya da önleyebilir<sup>80</sup>. Bunun dışında, dolaylı faillik çıkarımı, a.l.i.c. formülünü, hareket suçlarında ya da birebir işlenebilen suçlarda uygulanamaz kılmaktadır. Örneğin, yalancı tanıklık suçu ancak dolaysız faillikte söz konusu olacağından, bu suç tipi ancak failin kendisi tarafından işlenebilir. Dolayısıyla bu tür suçlarda, kusur yeteneğini kaybeden kişinin kendini araç olarak kullandığından bahsedebilmek imkansızdır<sup>81</sup>.

İstisna modeli savunucularının dayanmış olduğu mantık silsilesini ayrıca şu şekilde özetleyebiliriz:

İstisna modeline göre, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik edimlerini suçun başlangıç aşaması içerisinde değil, ancak suçun hazırlık aşaması içerisinde değerlendirebiliriz<sup>82</sup>. Yalnız failin kusur yeteneğinin ortadan kalkmasından ve neticenin ortaya çıkmasından dolayı sorumlu olduğunu görmezden gelmeyen istisna modeli savunucuları faili, kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik eylemleri yüzünden cezalandırabilmek için Alman Ceza Kanunu'nun 20. paragrafındaki düzenlemeye bir istisna getirmektedirler<sup>83</sup>. Anılan paragrafta göre failin, suçu işlediği anda kusurlu olması gerektiğinden, fiili işlediği anda kusur yeteneği olmayan faili icra etmiş olduğu fiile karşılık gelen suç yüzünden cezalandırabilmekte mümkün değildir. İşte bu noktada istisna modeli, Alman Ceza Kanunu'nun 20. paragrafına istisna getirerek faili, fiili işlediği anda kusur yeteneği olmamasına rağmen, ortaya çıkan netice bakımından kusurluymuş gibi sorumlu tutmaktadır. Çünkü istisna modeline göre fail, kusur yeteneğinin ortadan kalkmasından bire bir sorumludur ve de bu sorumluluğu sadece kasıtlı bir şekilde kusur yeteneğinin ortadan kaldırılmasıyla sınırlı olmayıp, aynı zamanda kusur yeteneğinin zedelenmesine ya da ortadan kalkmasına neden olacak durumu engellemeyide kapsamaktadır<sup>84</sup>. Bu modele göre kusur ve fiilin icrasının eşit zamanlı mevcut olmasına gerek olmadığı gibi<sup>85</sup>, kusur

<sup>79</sup> Kindhäuser, Strafrecht AT, § 23 Rn. 18.

<sup>80</sup> Streng, JZ 1994, S.710; Salger/Mutzbauer, NStZ 1993, S. 565.

<sup>81</sup> Roxin in: FS für Lackner, S. 317f.

<sup>82</sup> Hruschka, JZ 1997, S. 23f; Hettinger in: FS für Geerds, S. 627f.-642; ayrıca bkz. Roxin in: FS für Lackner, S. 307f; Streng, JZ 1994, S. 712.

<sup>83</sup> Otto, Jura 1986, S. 430; Hruschka, JZ 1997, S. 23.

<sup>84</sup> Hruschka, JZ 1997, S. 24.

<sup>85</sup> Bkz. Salger/Mutzbauer, NStZ 1993, S. 565.



yeteneğini ortadan kaldıran fail, fiili işlediği anda kusur yeteneğine sahip olmadığı savunmasında dayanamaz<sup>86</sup>. Aynı şekilde, meşru savunma koşulları arasında yer alan haksız saldırıya kusuruyla neden olan kişinin (örneğin bir başkasını meşru savunmaya dayanıp öldürmek ve de ceza almamak niyetinde olan kişinin, kurbanını bilinçli bir şekilde tahrik etmesi ya da hakaretlerde bulunmasında), meşru savunma hükümlerinden yararlanamaması gibi<sup>87</sup>.

Görüldüğü gibi istisna modeli, Alman Ceza Kanunu'nun 20. maddesine, Alman Kanun Koyucusunun ön görmediği bir istisna getirerek a.l.i.c. formülüne hayat vermeye çalışmaktadır.

### **C. Actio Libera in Causa Formülü'ne Karşı Olan Akım**

Alman Literatürü'nde, a.l.i.c. formülüne hukuki bir dayanak sağlamaya çalışanlar arasında da, bu formülün tam anlamıyla tatmin edici temellere dayandırılmadığı yer yer itiraf edilmektedir. Buna rağmen a.l.i.c. formülünden vazgeçilememesindeki en önemli nedeni, bu formülün, mevcut kanun boşluğunu doldurmada en etkili çözüm yolu sunduğuna olan inanç oluşturmaktadır. Nitekim makalemizin başında da belirtmiş olduğumuz gibi, a.l.i.c. formülünün yaratılmasında, suç ile ceza arasında adalet ilkesi çerçevesinde, oranlılığın sağlanabilmesi kaygısı etkili olmuştur. Yalnız belirtmiş olduğumuz hususlara katılmakla birlikte, a.l.i.c. formülünün ve de bu formülü yasal bir zemine oturtmaya çalışan modellerin, hukuka aykırılığını öne süren ve de bu nedenle a.l.i.c. formülünün iptalini isteyen görüşlerde (Alman Literatürü'nde azınlığı oluştursalarda) yok değildir. A.l.i.c. formülü karşıtları, istisna modeli savunucularının fiil yapısı modeli savunucularına yapmış oldukları eleştirilere katılmakla birlikte, ayrıca şu noktalarada dikkat çekmektedirler:

Alman Ceza Kanunu'nun 20. maddesi açık bir şekilde, işlenen bir fiilden dolayı cezalandırılabilmeyi, suçun işlendiği anda kusurlu olma şartına bağlamıştır. Alman Federal Mahkemesi'nin de belirtmiş olduğu gibi, kusurluluk faile, işlemiş olduğu fiilden dolayı hukuka aykırı davrandığı ve tercihini hukuka aykırı bir davranıştan yana kullandığı ithamının yapılabilmesini şart koşar<sup>88</sup>. Aynı şekilde kusurluluk ilkesinin dayanmış olduğu en önemli anlayış, insanın özgür iradesine dayanarak

---

<sup>86</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 40 VI Rn. 2; Otto, Jura 1986, S. 429ff; ayrıca bkz. Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 35a.

<sup>87</sup> Bkz. Kindhäuser, Strafrecht AT, § 23 Rn. 8.

<sup>88</sup> Salger/Mutzbauer, NSTz 1993, S. 563.

hukuka uygun bir yaşamı seçebilme kabiliyetine sahip olduğudur<sup>89</sup>. A.l.i.c. formülü sayesinde, suçun işlendiği anda hem kusurun hemde kastın varolması kuralı göz ardı edildiğinden, bu formül hukuka aykırı bir içeriğe sahiptir. Ayrıca fiil yapısı modelinin aksine; failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik edimlere girişmesini, planlanan fiilin icrasına yönelik hareket olarak değil, işlenilmesi planlanan fiile hazırlık hareketi olarak değerlendirmek gerekmektedir<sup>90</sup>. Çünkü alkol ya da uyuşturucu madde alımı, işlenilmesi istenen fiilin ön koşulunu oluşturmadığından, fiilin işlenilmesi için vasıtasız bir şekilde harekete geçme şartıda eksiktir<sup>91</sup>.

Fiil yapısı modelinden farklı bir yöntem izlemesine rağmen, istisna modelinde yapılan eleştirilerden nasibini almaktadır. Bu modele yapılan etkili eleştiri, bu modelin Alman Anayasası'nın 103. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan belirlilik ilkesine (nulla poena sine lege certa)<sup>92</sup> ve Kusur Prensibine<sup>93</sup> açık bir şekilde aykırılık teşkil ettiği. Çünkü istisna modeli savunucuları, Alman Ceza Kanunu'nun 20. paragrafına, cezalandırılabilirlik ve ceza kanunlarının uygulanma alanlarının belirli olması anlayışına aykırı bir şekilde istisna getirerek bu ilkenin bütün ceza kanunu genel hükümleri için geçerli olmadığını savunmaktadırlar<sup>94</sup>. Ayrıca istisna modeli savunucuları, kusur ilkesinin ön gördüğü, suçun işlendiği anda kusur yeteneğinin var olması koşulunu, kanunun ön görmediği bir istisnaya tabi tutarak ortadan kaldırmaktadırlar.

#### **D. Kişisel Düşünce**

Kişisel düşüncemizi sunacağımız bu kısımda, istisna modeline yönelik düşüncelerimiz için a.l.i.c. formülüne karşı olan akımın sunmuş olduğu eleştirilere atıfta bulunmakla yetinilecek, eleştirilerimizin odak noktasını Alman Federal Mahkemesi'nin savunmuş olduğu ve uygulamada etkin olan fiil yapısı modeli oluşturacaktır. Şöyle ki:

Fiil yapısı modelince savunulan, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik hareketlerinin aynı zamanda fiilin icrası için başlangıç hareketleri olarak yorumlanması düşüncesi, bu modele karşı

---

<sup>89</sup> BGHSt 2, S. 200.

<sup>90</sup> Bkz. Puppe, JuS 1980, S. 346f.; Otto, Jura 1986, S. 426ff.

<sup>91</sup> Salger/Mutzbauer, NSTZ 1993, S. 563.

<sup>92</sup> Hettinger in: FS für Geerds, S. 632ff; ayrıca bkz. Roxin in: FS für Lackner, S. 309, 311.

<sup>93</sup> Hettinger in: FS für Geerds, S. 645.

<sup>94</sup> Salger/Mutzbauer, NSTZ 1993, S. 565.

olanlar tarafından haklı bir şekilde eleştirilmektedir. Bu eleştirilere yukarıda, istisna modelinde değinildiğinden, burda bu eleştirilere ayrıca yer verilmeyecektir. Yalnız yapılmış olan eleştirileri, yukarıda fiil yapısı modeli başlığı altında vermiş olduğumuz bomba örneğiyle tekrardan somutlaştırmak gerekirse. Düşmanı olan (B)'yi öldürmek amacıyla bomba satın alan (A)'nın, bomba satın almasını, bombayı düşmanının evine yerleştirmesini ve evi terk etmesini ayrı ayrı değerlendirdiğimizde, bomba satın alınmasının, adam öldürme fiilinin hazırlık aşamasını oluşturduğu konusunda kimsenin farklı bir görüşü savunacağını düşünmemekteyim. Örneğimizi a.l.i.c. formülüne uyarlıysak; (B)'yi bombalı bir eylemle öldürmek isteyen (A), cesaretini toplayabilmek için alkol alır. Alkolün etkisi altında olan (A) öncelikle bomba satın alır ve de ardından planlamış olduğu gibi fiilini icra ederek (B)'yi bombalı bir eylemle öldürür. Görüldüğü gibi, şayet ilk örneğimizde (A)'nın bomba satın almasını hazırlık hareketi olarak değerlendiriyorsak, bomba alımından önceki aşamayı oluşturan kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik hareketleride hazırlık aşaması içinde değerlendirmemiz gerekecektir. Alkol alımının bomba satın alınmasından sonra gerçekleşmeside sonuca etki edecek bir durum yaratmayacaktır. Çünkü kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik hareketler bombalı saldırı eyleminin (adam öldürme suçunun) maddi unsurları arasında yer almamaktadır (birinin bombalı bir saldırı ile öldürülmesi gibi bir kanun maddesinde olmadığından). Bu haliylede, suçun maddi unsuruna dahil olmayan bir hareket şeklini o suçun ön hareketi olarak değerlendirmek, kanun maddesinin hukuka aykırı bir şekilde yorumlanmasından başka bir şey değildir. Ayrıca böylesi bir yaklaşımı kabul edersek, telafisi imkansız bir çok uygulama hatasınada imkan sağlamış oluruz. Şöyle ki; düşmanını öldürmek için öncelikle kesici alet dükkanından bıçak çalan kişiyi (bu kişinin sonradan gerçekten düşmanını öldürüp öldürmediğine ya da öldürme fiilini sonradan isteyip istemediğine ya da öldürmek için herhangi bir eyleme girişip girişmediğine bakmaksızın) bu yaklaşım çerçevesinde hem hırsızlık suçundan hemde adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırmamız örneğinde olduğu gibi. Yalnız hemen belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanunu'nda eleştiriye açık, ancak fiil yapısı modelini destekler kanun hükümleride yok değildir. Bunlardan biride Alman Ceza Kanunu'nun 30. paragrafının ikinci fıkrasıdır. Bu fıkraya göre, kişiyi iştiraga teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırabilmek için, kişinin belirli bir fiili işlemeye ya da o fiilin işlenmesini azmettirmeye hazır olduğunu bildirmesi, başkasının ricasını

kabul etmesi ya da başkasıyla anlaşması yeterli görülmekte, aynı paragrafın birinci fıkrasının aksine, örneğin failin bir başkasını azmettirmeye teşebbüs etmesi aranmamaktadır. Görüldüğü gibi, anılan paragrafın ikinci maddesinde, failin icra hareketlerine başlamasını aramamaktadır. Bu haliyle fiil yapısı modelini savunanlarla, Alman Kanun Koyucusunun 30. paragrafın ikinci fıkrasını düzenlerken düşmüş olduğu hata, kanımca eşit değerdedir. Nitekim fiilin icrasının hazırlık aşaması içinde değerlendirilebilecek olan, örneğin, belirli bir suçun işlenmesi konusunda hazır olunduğunun bildirilmesi, Alman Kanun Koyucusu tarafından, işlenen fiilden bağımsız bir suç olarak düzenlenerek Alman Ceza Kanunu'na dahil edilmiştir.

Fiil yapısı modelinin savunmuş olduğu, kusur yeteneğini bilinçli bir şekilde kaybeden failin kendisini vasıtalı faillik çerçevesi içinde bir araç olarak kullandığı iddiası, bu modela karşı olanlarında belirtmiş olduğu gibi, kabul edilebilir değildir. Fiil yapısı modeline karşı olan görüşlerinde farklı bir şekilde belirtmiş oldukları gibi; dolaylı faillikten bahsedilebilmesi için bir başkasını araç olarak kullanan ve de araç olarak kullanılan iki farklı kişinin mevcudiyeti zorunludur. Bu zorunluluğu göz ardı ederek, aynı kişiyi, kusur yeteneğini kaybetmeden önce ve kaybettikten sonra diye ikiye ayırıp iki farklı kişi gibi göstermeye çalışmak, kabulü zor bir yaklaşımdır.

Fiil yapısı modelinde kendini gösteren problemlerden biride, failin kusur yeteneğini kaybettiği esnada, önceden planlamış olduğu fiilin icrasından imtina ederek, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusudur<sup>95</sup> (çünkü fiil yapısı modeline göre, kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik hareketlere girişen fail, aynı zamanda, suçun icrası için başlangıç hareketlerine de başlamış ve de dolayısıyla teşebbüs için aranan ilk şartıda (vasıtasız eylem icrası) gerçekleştirmiş demektir). Bu soruya Alman Literatüründe, ekseriyetle verilen cevap, suçu işlemekten vazgeçme hükümlerinin, sadece kusur yeteneği olan kişi için değil, kusur yeteneği olmayan kişi içinde uygulanacağı yönündedir. Bu durumu izah için Haft'ın vermiş olduğu örneği kullanırsak; (O)'yu öldürmek niyetinde olan (T) cesaretini toplamak için alkol alır. Kusur yeteneği ortadan kalkacak duruma gelen (T) bu haldeyken, kendi rızasıyla fiilini icra etmekten vazgeçer<sup>96</sup>. Yukarıda taksirli a.l.i.c. başlığı altında değinmiş olduğum gibi, kusur

---

<sup>95</sup> Haft, Strafrecht AT, § 3 S. 136.

<sup>96</sup> Haft, Strafrecht AT, § 3 S. 136.

yeteneğinin kaybı ile belirli bir kasıt ya da sorumluluğa aykırı davranış arasındaki ilişkinin sağlıklı bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Kusur yeteneğini kaybeden kişiye, o durumda olduğu bir anda işlemiş olduğu bir fiil nedeniyle, hangi ölçütlere göre, kasıtlı ya da taksirli davrandığı suçlaması yapılabilir? Haft`ın vermiş olduğu örneğe geri dönersek; şayet (T), aşırı alkollü olduğu için kusur yeteneğini kaybetmiş olarak görülüyorsa, bu andan itibaren, (ki fiil yapısı modeline göre alkol alımına başlamasıyla niyetlenmiş olduğu fiili icra amaçlı hareketlerde başlamıştır) suçu işlemekten vazgeçebilme olanağına sahip olamamalıdır. Çünkü kusur yeteneğini kaybetmiş farzettığımız (T)`nin, o durumdayken (O)`yu öldürmek niyetinden vazgeçebilmesi için, kendi içinde muhakeme yapabilecek ya da karar verebilecek yetiye sahip olması gerekmektedir. Şayet (T) muhakeme yapabilecek durumdaysa, kanımca kusur yeteneğininide tam olarak kaybetmiş görülemez. En yüksek ihtimalle, almış olduğu alkolün kusur yeteneğini zedelediğinden bahsedilebilir. Keza a.l.i.c. formülünün uygulamada çok etkili bir fonksiyona sahip olmadığı, kasıtlı a.l.i.c.`nin (genel yapısı ve oluşumu için aranan şartların aynı anda beraber bulunabilmesinin zorluğu nedeniyle) nadiren söz konusu olduğu ve de pratikte failin kusur yeteneğini kaybetmeden önce sahip olmuş olduğu kusurunun genelde Alman Ceza Kanunu`nun 21. paragrafı çerçevesinde, ceza indirimi nedeni olarak dikkate alındığı vurgulanmaktadır<sup>97</sup>.

A.l.i.c. formülünün barındırmış olduğu problemlerin, bu formülün uygulamadan kaldırılmasını zorunlu kıldığı açıktır. Yalnız bu formülden vazgeçilmesiyle birlikte, bu formülün yaratılmasına gerekçe olan sorunlar kendini tekrardan göstereceğinden, alternatif yöntemlerin geliştirilmeside kaçınılmazdır. Kanımca a.l.i.c. formülüne alternatif olabilecek en etkili çözüm yolu, kanun değişikliğine gidilerek Alman Ceza Kanunu`nun 323a. paragrafına ek fıkraların eklenmesinden geçmektedir. [Hemen belirtmek isterim ki, Alman Literatürü`nde de sorunun kanun değişikliğiyle halledilebileceğine inanan görüşler vardır. Bu görüşlerin temsilcilerinden biride Hruschka`dır. Yalnız Hruschka`nın izlemiş olduğu yöntem çok daha farklıdır. Hruschka`ya göre (istisna modelini savunmakla birlikte, bu modelin kusur ilkesine aykırılık taşıdığını da görmezden gelmediğinden) Alman Ceza Kanunu`nun 323a. paragrafı iptal edilmeli, kusur prensibini düzenleyen 20. paragrafına, istisna modeli

---

<sup>97</sup> Fischer, StGB-Kommentar, § 20 Rn. 50.

savunucularının ileri sürmüş oldukları istisna çözümü madde paragrafı olarak eklenerek, mevcut sorun giderilmelidir]<sup>98</sup>.

Kendi düşüncemizi sunmaya devam edersek; Alman Ceza Kanunu'nun 323a. paragrafına göre (Bkz. Dipnot 27) kasıtlı ya da taksirli bir şekilde kusur yeteneğini kaybedip herhangi bir suç işleyen ve de bu suç yüzünden suçun işlendiği anda kusur yeteneği olmadığından bahisle cezalandırılmayacak olan kişi ya para cezasıyla ya da beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Görüldüğü gibi bu paragrafın, ağır suçların sözkonusu olduğu hallerde(örneğin adam öldürme § 212- en az beş yıl hapis cezasıyla; ya da çocukların ağır şekilde cinsel istismarı § 176a StGB- en az bir yıl hapis cezasıyla cezalandırılır) adalet anlayışına uygun reaksiyonların verilebilmesi hususunda tatmin edici bir düzenleme değildir. Ayrıca Alman Ceza Kanunu'nun 323a. paragrafı, aynı kanunun 12. paragrafına göre ağır suç (Verbrechen) olmayıp, hafif suç (Vergehen) kategorisindedir. Çünkü 12. paragrafa göre ceza alt sınırı en az bir yıl hapis cezası olan suçlar Verbrechen olarak görülebilir. Bir suçun hafif mi yoksa ağır bir suç mu olduğu, o suça uygulanabilecek kuralların alanında belirlemektedir. Örneğin Alman Ceza Kanunu'nun 23. paragrafına göre ağır bir suça teşebbüs her zaman, hafif bir suça teşebbüse sadece kanunda açık bir düzenleme olduğu zaman cezalandırılabilir. Alman Ceza Kanunu'nun 323a.paragrafında, bu suça teşebbüsün cezalandırılabilmesine dair bir hüküm olmadığından, kusur yeteneğinin bilinçli ya da taksirli bir şekilde kaybedilip ağır bir suçun işlenmesine teşebbüs halinde (normal halde fail; söz gelimi adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacakken) cezasız kalacaktır. Saydığımız nedenlerden dolayı, Alman Ceza Kanunu'nun 323a. maddesini şu şekilde değiştirerek sorunun giderilebileceğini düşünmekteyim:

Paragraf 1: Kişinin kusur yeteneğini kaybetme ve de sonrasında suç işleme sorumluluğunun taksirli ya da kasıtlı olması halinde verilecek cezanın alt ve üst sınırının tespiti, kişinin kasıtlı hareket ettiği durumlarda asıl suça, taksirli hareket ettiği durumlardaysa asıl suçun taksirle işlenebildiği hallerine göre yapılır.

Paragraf 2: Verilecek cezadan 49. paragrafın ilk fıkrasına göre, somut olayın gelişim koşulları, kusur yeteneğinin ortadan kaldırılmasına etkili olan durumlar ve fiilin işlendiği andaki kusur derecesi göz önünde bulundurularak indirim yapılabilir.

---

<sup>98</sup> Hruschka, JZ 1997, S. 24.

Böylesi bir kanun değişikliği hem oranlı tepkilerin verilebilmesine katkı sağlayacak, hem a.l.i.c. formülünü gereksiz kılacak, hemde failin (kasıtlı ya da taksirli olarak kusur yeteneğini ortadan kaldırmış olsa bile) suçı işlediği anda kusur yeteneğinin yokluğunu somut olayın nesnel ve öznel koőullarını dikkate alarak ceza indirimi nedeni olarak görebilme olanağı tanıyacaktır.

### **E. Türk Ceza Kanunu`nun 34. Maddesine Dair Kısa Bir Not**

Makalemizin asıl konusunu Alman Ceza Sistemi`nde yaratılmış olan a.l.i.c. formülü oluőturduęundan ve de Türk Ceza Kanunu`ile karőılaőtırmalı bir incelemenin yapılması amaçlanmadığından, burda Türk Ceza Kanunu`nun 34. maddesinin geniő bir eleőtirisine girilmeyecektir. Yalnız bu kısımda bir kaç noktaya kısa bir şekilde değinmenin gerekli olduğunu düşünmekteyim.

Türk Ceza Kanunu`nun 34. maddesinin ilk fıkrasına göre, geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan ve ya bu fille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kiőiyeye ceza verilmez. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göreirse, iradi olarak alınan alkol ve ya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kiőı hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz. İlk bakıőtta, Türk Ceza Kanunu`nun 34. maddesi, a.l.i.c. yönteminin yaratılma nedenlerini ortadan kaldırıci bir çözümlü yolu sunuyor gözüksede, bu madde özü itibariyle bir çok eksikliği barındırmaktadır. Örneğin, irade dışı alınan alkol kavramıyla, kanun maddesinin uygulanması, günlük yaőamda çok nadiren karőılaőtılabilen ve de sadece çok sınırlı olaylara uygulanabilir bir şekilde düzenlenerek, suçun kusur unsurunda tartıőtılması gereken sarhoşluk durumu, sadece irade dışı girilen sarhoşluk durumuyla sınırlandırılmıőtır. Yani bu paragraftan yararlanabilmek için, kişinin sarhoş olmasına örneğin, ya bir başkasının sebep olması (bir başkasının bardağına onun iradesi dışında gizlice, herhangi bir maddenin atılması ya da kiőiyeye iradesi dışında zorla alkol içirilmesi) ya da kişinin sarhoş olmasına neden olan fiillerden habersiz bir şekilde, sarhoş olmak gibi bir iradesi olmadan sarhoş olması gerekmektedir. (Kola sanmıő olduğu içkinin votkayla karıőtırmıő olduğunu ayırt edemeyen kiőı örneğinde olduğu gibi. Gerçi içtiği içkinin kola mı yoksa votkalı kola mı olduğunu ayırt edebilme yetisine sahip olmayan kiőiyeyi, baőkı nedenlere dayanarak kusurlu görmemenin daha mantıklı olduğunu belirtmek isterim).



Aynı şekilde, Türk Ceza Kanunu'nun 34. maddesinin ikinci fıkrasında kuşkuya yer kalmaksızın, iradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmünün uygulanamayacağı düzenlenerek, 34. maddenin pratikte pek bir anlam ifade etmeyeceği, yoruma gerek olmaksızın ortaya konulmuştur. Bu düşüncemizi bir örnekle desteklememiz icap ederse: Evlilik yıl dönümünü kutlamak için kendi eşiyle şampanya içen (A), mutluluğunun verdiği hissiyatla alkolün sınırını aşsa ve de sarhoş olsa, bu haldeyken dışarı çıkıp tekrardan şampanya almak isterken, alkolün verdiği etkiyle erken sinirlenip komşusu (Y) ile tartışıp kavga etse ve yaralasa, (A)'yı, kusur yeteneği aşırı derecede zedelendiği bilinmesine rağmen, kasıtlı adam yaralama suçundan mı cezalandırmak gerekecektir? (A) olayında, taksirli adam yaralama konusunun tartışılması mümkün olmayacak mıdır? Nitekim (A)'yı ancak, alkolün sınırını kaçırarak özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve de kusur yeteneğinin zedelenmesine kasıtlı olmadan sebebiyet verdiği için bahisle, taksirli adam yaralama suçu yüzünden yargılamanın mümkün olduğu ve de aksi bir sonucun (örneğin kasıtlı adam yaralama yüzünden cezalandırılmasının), kusur ilkesine ((A)'nın suçu işlediği anda kusur yeteneğinin olmadığından hareketle) açık bir şekilde aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyim.

770

Türk Ceza Kanunu'nun 34. maddesine dair son olarak şu vurguyu yapmak isterim. Bu madde düzenlenirken, iradi olarak alkol ve ya uyuşturucu madde kullanımına kötü amaçlarla mı (örneğin suç işleme iradesinin kuvvetlendirilmesi ya da daha az ceza alımı yüzünden) girilip girilmediği ayırımının yapılması gerekirdi. Aksi halde şu anki düzenleme, alkol ya da uyuşturucu madde kullanımını (şayet başka kanun maddelerine bir aykırılık yoksa) genel olarak cezalandırmayı amaçlar gibi bir etki yaratmaktadır. Türk Kanun Koyucusu, karmaşıklığa neden olmamak için, 34. maddeyi düzenlemeden önce, Avrupa'daki, özellikle Almanya'daki ve İsviçre'deki düzenlemeleri ve konuyla alakalı tartışmaları göz önünde bulundurabilir ve de hukuk sistematığına, özellikle Kusur İlkesine uygun bir yol izleyebilirdi.

## SONUÇ

A.l.i.c. formülüyle faili, kusur yeteneğini ortadan kaldırdıktan sonra icra etmiş olduğu eylemlerden dolayı sorumlu tutabilme olanağı yaratılmaya çalışılmaktadır. Fail sadece kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı için değil, kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonra yaratmış olduğu tehlikler içinde (kendisini başkasının haklarına zarar verebilecek bir araç haline getirdiği

çinde), sorumluluk altına alınabilmelidir. Nitekim kusur yeteneği ortadan kalkan kişi, başkalarının haklarını zedeleme ya da ortadan kaldırma noktasında kontrolsüz bir tehlike unsuru olarakta görülebilir. Bu açıdan bakıldığında, a.l.i.c. formülünün, adalet anlayışının yerine getirilmesi ve işlenen suçlara oranlı tepki verilebilmesi ihtiyacından doğduğu açıktır. Alman Yasa Koyucusu'nun insiyatifi tamamıyla eline almayarak, kusur yeteneğinin ortadan kaldırılmasında kasıtlı ya da taksirli sorumluluğu olan faili, sadece Alman Ceza Kanunu'nun 323a. paragrafına göre cezalandırılma yolunu açık bırakması, a.l.i.c. formülüne dair tartışmaların etkili ve aktif bir şekilde devam etmesinde baş rolü oynamıştır.

A.l.i.c. formülünü hukuki bir dayanağa oturtmaya çalışanların izlemiş oldukları yöntemler, hukuk felsefesinin çok yönlü yapısına iyi bir örnek oluştursada, bu yöntemlerden hiçbiri, izlemiş olduğu yollar, mevcut yasaların uygulanmasındaki anayasal sınırlar ve kanun maddelerinin yorumu bakımından, a.l.i.c. formülüne hukuki bir misyon yaratabilme konusunda kusursuz değildir. Bu nedenle, a.l.i.c. formülüne yapılan eleştiriler göz önünde bulundurularak, bu formülün uygulanmasından vazgeçilmeli, bunun neticesinde doğacak olan kanun boşluklarında, yapılacak yeni düzenlemelerle Alman Yasa Koyucusu tarafından doldurulmalıdır.

\*\*\*

### KAYNAKÇA

**Ebert, Udo;** Strafrecht AT, 2. Auflage, Heidelberg 1993.

**Eser, Albin;** in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 27. Auflage, München 2006.

**Fischer, Thomas;** StGB-Kommentar, 58. Auflage, München, 2011.

**Frister, Helmut;** Strafrecht AT, 5. Auflage, München 2011.

**Gropp, Walter;** Strafrecht AT, 3. Auflage, Heidelberg 2005.

**Haft, Fridjof;** Strafrecht AT, 8. Auflage, München 1998.

**Hettinger, Michael;** Die „actio libera in causa“: eine unendliche Geschichte? in: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, S. 623-654, Lübeck 1995.

**Herzberg, Rolf-Dietrich;** Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als „Begehung der Tat“ (§§ 16, 20, 34 StGB) ? in: Festschrift für Spendel, S. 203-236.

**Hirsch, Hans-Joachim;** Anwendbarkeit der Grundsätze der actio libera in causa, NStZ 1997, S.230-232.

**Hruschka, Joachim;** Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW 96 (1984), S. 661-702.

**Hruschka, Joachim;** Probleme der actio libera in causa heute, JZ 1989, S. 310-316.

**Hruschka, Joachim;** Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und Fahrlässigkeitstaten, JZ 1997, S. 22-27.

**Jakobs, Günther;** Strafrecht AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Bonn 1993.

**Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas;** Strafrecht AT, 5. Auflage, Berlin 1996.

**Joecks, Wolfgang;** Studienkommentar- StGB, 8. Auflage, München 2009

**Kindhäuser, Urs;** Strafrecht AT, 4. Auflage, Bonn 2009.

**Kindhäuser, Urs;** LPK- StGB, 3. Auflage, Bonn 2006.

**Krause, Wilhelm;** Probleme der actio libera in causa, Jura 1980, S. 169-175.

**Krey, Volker/ Esser, Robert;** Deutsches Strafrecht AT, 4. Auflage, Stuttgart 2011.

**Kühl, Kristian;** Strafrecht AT, 6. Auflage, München 2008.

**Lackner, Karl/ Kühl, Kristian;** StGB-Kommentar, 27. Auflage, München 2011.

**Leckner, Theodor/Perron, Walter;** in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 27. Auflage, München 2006.

**Murmann, Uwe;** Grundkurs Strafrecht, München 2011.

**Neumann, Ulfrid;** Anmerkung zu BGH-Urt. v. 1996- 4 StR 217/96 in: StV 1997, S. 21-23.

**Otto, Harro;** Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, 2004.

**Otto, Harro;** Actio libera in causa, Jura 1986, S. 426-434.

**Paeffgen, Hans-Ullric;** Actio libera in causa und § 323a StGB.

**Puppe, Ingeborg;** Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, S. 346-350.

**Rengier, Rudolf;** Strafrecht AT, 3. Auflage, München 2011.

**Roxin, Claus;** Strafrecht AT, Band I, 4. Auflage, München 2006.

**Roxin, Claus;** Bemerkungen zur actio libera in causa in: FS für Lackner, S.307-323.

**Rössner, Dieter;** in: Gesamtes Strafrecht, 2. Auflage, 2011.

**Salger, Hannskarl/ Norbert, Mutzbauer;** Die actio libera in causa- eine rechtswidrige Rechtsfigur, NStZ 1993, S. 561-565.

**Schild, Wolfgang;** in: NK-StGB, 2. Auflage, 2005.

**Schlüchter, Ellen;** Zur vorsätzlichen actio libera in causa bei Erfolgsdelikten in: FS für Hirsch, S. 345-361.

**Spendel, Günter;** Actio libera in causa und kein Ende in: FS für Hirsch, S. 379-390.

**Stratenwerth, Günter/ Kuhlen, Lothar;** Strafrecht AT, 6. Auflage, München 2011.

**Streng, Franz;** in: MK-StGB, 2. Auflage, München 2011.

**Streng, Franz;** Der neue Streit um die „actio libera in causa“, JZ 1994, S. 709-714.

**Toprak, Ufuk;** Alman Ceza Hukuku`nda Düzenlenen Kasıt ve Yanılma Türlerine Dair Kısa Bir İnceleme in: Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 67, Yıl 2012.

**Verrel, Tosten/ Linke, Alexander;** in: Gesamtes Strafrecht, 2. Auflage, 2011.

**Wessels, Johannes/ Beulke, Werner;** Strafrecht AT, 39. Auflage, Passau 2009.

**BGH`nin (Alman Federal Mahkemesi`nin Kararları)**

- BGHSt 8, S. 360-381, Beschl. v. 1955- 5 StR 311/55.
- BGHSt 17, S. 333-337, Urt. v. 1962- 4 StR 88/62.
- BGH, Urt. v. 1962- 4 StR 79/62.
- BGHSt 21, S. 381-384, Urt. v. 1967- 4 StR 500/67.
- BGH, Beschl. v. 1992- 1 StR 358/92 in: StV 1993, S. 356.
- BGH, Beschl. v. 1995- 4 StR 694/94.
- BGHSt 42, Urt. v. 1996- 4 StR 217/96 in: JZ 1997, S. 50.
- BGH, Beschl. v. 2000- 2 StR 135/00 in: NStZ 2000, S. 584-585.
- BGH, Beschl. v. 2001- 3 StR 331/01 in: NStZ 2002, S. 28.
- BGHSt 49, S. 189-193, Beschl. v. 2004- 5 StR 115/03.
- BGH, Beschl. v. 2005- 2 StR 457/04.
- BGH, Beschl. v. 2009- 1 StR 426/09 in: NJW 2010, S. 453-455.