



**SUÇUN MANEVİ UNSURLARI BAKIMINDAN TÜRK VE IRAK CEZA
KANUNLARININ FELSEFESİ**

Jamal Jalal MUSTAFA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

ARALIK 2020

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
 - Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
 - Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
 - Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
 - Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,
- bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Jamal Jalal MUSTAFA

24/12/2020

SUÇUN MANEVİ UNSURLARI BAKIMINDAN TÜRK VE IRAK CEZA KANUNLARININ

FELSEFESİ

Yüksek Lisans Tezi

Jamal Jalal MUSTAFA

GAZİ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Aralık 2020

ÖZET

Fail ile fiili arasında psikik bağ olarak nitelendirilen manevi unsur suç teorisi içinde son derece önemli bir yere sahiptir. Zira, ceza sorumluluğunun sübjektifliği bir suçun oluşabilmesi için manevi unsurunun bulunmasını gerektirir. Söz konusu bu psikik bağın adlandırılması ve muhtevası ile ilgili hem teoride hem de uygulamada pek çok farklı fikirler ileri sürülmüştür. Ancak, suçun manevi unsuruna ilişkin gerek teoride gerekse tatbikatta pek çok tartışmalı husus bulunmaktadır. Ancak, bunların çözümüyle ilgili çok az araştırma yapılmıştır. Bu sorunların tarif edilmesi ve belirlenmesi yapılacak yeni araştırmalar bakımından son derece önemi haizdir; nitekim bu tez ile amaçlanan hususlardan biri de budur. Çalışmamız üç ana bölüm üzerine kurulmuştur. Birinci bölümde manevi unsurun mahiyeti ve benzeri kurumlarla bilhassa kusurla ilişkisi ve suçun manevi unsuru yapısında saik ve amaç, ele alınmıştır. İkinci bölümde de kast teorisi başlığı adı altında, kast kavramı, kastın suç sistemi içindeki pozisyonu, kastı açıklayan teoriler, kastın unsurları ve kapsamı ve kastın çeşitleri, incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise taksir teorisi adı altında, taksir kavramı ve tanımı, taksirin yapısı ve suç sistemi içindeki pozisyonu, taksirden doğan cezai sorumluluğun tarihsel gelişimi, taksirin hukuki esasını açıklayan teoriler taksirin unsurları ve taksirli suçta hukuka aykırılık unsuru meselesi, taksirle işlenen fiilden dolayı kusurluluk, taksirli hareketlerin birleşmesi ve sorumluluk, taksirin çeşitleri ve taksirli suç nedeniyle failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla mağdur olması, değerlendirilmiştir.

Bilim : 50301

Kodu

Anahtar : Manevi unsur, kusur, kast, taksir, Irak Ceza kanunu, Türk Ceza Kanunu

Kelimeler

Sayfa : 193

Adedi

Tez : Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ ve Prof. Dr. Majeed Khedher AHMED

Danışmanı

Öğrenci :

ORCID

THE PHILOSOPHY OF IRAQI AND TURKISH LEGISLATOR IN THE SCOPE OF
DETERMINING THE MENTAL ELEMENTS OF CRIME

(M.Sc. Thesis)

Jamal Jalal MUSTAFA

GAZİ UNIVERSITY
THE INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES

December 2020

ABSTRACT

The spiritual (mental, moral) element, which describes the psychic bond between the perpetrator and the criminal conduct (actus reus), has an extremely important place in crime theory. Because, the subjectivity of criminal responsibility requires having a moral element in order for a crime to occur. Many different ideas have been put forward regarding the naming and content of this psychic bond, both in theory and in practice. However, although there are many controversial issues regarding the moral element of the crime, both in practice and in theory, little research has been done on their solution. The definition and determination of these problems are extremely important in terms of new researches. As a matter of fact, this is one of the points aimed with this study. Our study consists of three main parts. In the first chapter, the nature of the spiritual (moral) element and its relationship with similar institutions, especially its relation with culpability (guilty mind) and the motive role in the spiritual (mental) element of the crime are discussed. In the second chapter, under the title of criminal intent (mens rea) theory, the concept of criminal intent, the position of criminal intent in criminal systematics, theories explaining criminal intent, elements of criminal intent, its scope and types of criminal intent are examined. In the third part, under the name of negligence theory, the concept and definition of negligence, the structure of negligence and its position within the criminal systematic, the historical development of criminal liability arising from negligence, the theories explaining the legal basis of negligence, the elements of negligence and the issue of illegality in negligent crime, culpability (imperfection) due to the act committed by negligence, The combination of negligent acts and responsibility, types of negligence, and the perpetrator's personal and familial victimization due to negligent crime are examined.

Science Code : 50301

Key Words : Moral elements, culpability, mens rea, criminal intent, negligence

Page Number : 193

Supervisor : Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ and Prof. Dr. Majeed Khedher AHMED

Student ORCID ID :

TEŞEKKÜR

Tez çalışmanın her aşamasında bilimsel bir patika örmemi sağlayan, kaynaklara erişim konusunda emek veren, hiçbir konuda desteğini esirgemeyen kıymetli bilim insanı ve tez danışmanım sayın Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'e teşekkürü borç bilirim. Bu süreçte tezin bütünlüklü bir şekilde ilerlemesi adına birçok konuda ufkumu aydınlatan ve desteklerini sunan değerli bilim insanı bir diğer tez danışmanım sayın Prof. Dr. Majeed Khedher hocama sonsuz teşekkür ederim.

Her bilimsel çalışmanın nesnel koşullarının arkasında duygusal bir motivasyon vardır. İşte bu çalışmamda hem bilimsel kimliği ile hem de insani duygularını seferber eden, büyüğüm kıymetli insan sayın Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz hocama teşekkür ederim. Manevi desteklerinin yanında süreci kolaylaştıran hocama hürmetlerimi bildirmeyi borç bilmekteyim. Bu süreçte ve daha önceki eğitim hayatımın tüm evrelerinde beni imkânlarla buluşturan, sevgilerimi her daim hissettiğim değerli aile mensuplarıma en derin duygularıyla sevgi ve saygılarımı sunarım. Bana duydukları güven, sundukları sevgi ve saygı için bir ömür minnettarım.

Tez sürecimde bana arkadaşlık eden her bunaldığımda yanımda gördüğüm kıymetli arkadaşlarım, Kamran GHORBANYAN, Sevtap İBİŞ (ablam), Hacı ÇELEĞEN ve Osman Gazi ÜNAL ayrı bir teşekkürü hak etmektedirler. Kendilerine sevgi ve saygılarımı en dostça edayla sunarım.

Bu bilimsel çalışmanın belki de ortaya çıkmasında bir mihenk taşı olan bütün kamu kurumlarına teşekkür eder ve bu süreçte bütün imkânları sağlayan Yurt Dışı Türkler ve Akraba Toplulukları Başkanlığı'na ayrıca teşekkür ederim. Kurumsal ölçekte ortaya koydukları hassasiyet ve destekler için minnettar olduğumu belirtmeliyim. Tezimin bilimsel bir katkı sunması umuduyla.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	xi
1. GİRİŞ.....	1
2. MANEVİ UNSURUN KAVRAMSAL, FELSEFİ VE YAPISAL ÇERÇEVESİ.....	3
2.1. Genel olarak Manevi Unsurun Mahiyet ve Yapısal Boyutları.....	3
2.2. Kusur ile Manevi Unsur ilişkisi	4
2.2.1. Kusur (Culpabilité) Kavramı	5
2.2.2. Kusurun Esasını Açıklayan Teoriler.....	6
2.2.2.1. Psikolojik kusur teorisi (théorie psychologique de la culpabilité).....	6
2.2.2.2. Normatif kusur teorisi (théorie normative de la culpabilité)	16
2.2.2.3. Bütüncül (kompleks) teorisi.....	24
2.2.3. Kusur ile Manevi Unsur İlişkisinin Felsefi Gelişimi	25
2.2.3.1. Klasik suç teorisi (v. Liszt, 1851-1919; Beling, 1866-1932).....	26
2.2.3.2. Teleolojik (neo klasik) suç teorisi (Mezegeer, 1883-1962).....	28
2.2.3.3. Final (gaî, amaççı, ereksel) suç teorisi.....	29
2.2.4. Kusur ile Manevi Unsur İlişkisi Bakımından Türk ve Irak Kanunlarının Felsefesi ve Görüşümüz.....	30
2.2.4.1. Türk ceza hukuku öğretisinde kusur ile manevi unsur ilişkisi.....	30
2.2.4.2. Irak ve Arap öğretisinde kusur ile manevi unsur ilişkisi	35
2.2.4.3. Türk Ceza Kanunun anlayışı.....	39
2.2.4.4. Irak Ceza Kanunun anlayışı	41
2.2.4.3. Değerlendirme ve görüşümüz	46

2.3. Suçun Manevi Unsuru Yapısında Saik ve Amaç	50
3. KAST TEORİSİ.....	55
3.2. Kast Kavramı	55
3.2. Kastın Suç Sistematığı İçindeki Pozisyonu (Yeri).....	56
3.2.1. Klasik Suç Teorisi.....	56
3.2.2. Teleolojik (Neo Klasik) Suç Teorisi	56
3.2.3. Amaççı (Gaî, final, ereksel) Suç Teorisi.....	57
3.2.4. Türkiye ve Irak Ceza Hukuku Literatüründeki Anlayış ve Görüşümüz	57
3.3. Kastı Açıklayan Teoriler.....	60
3.3.1. Tasavvur (öngörme, ilim) Teorisi	60
3.3.2. Takdir teorisi	63
3.3.3. İrade Teorisi	64
3.3.4. Bilinç ve İrade (karma) Teorisi.....	67
3.3.5. Mukayeseli Hukukta Kast Kuramı ve Görüşümüz	68
3.3.5.1. Kanunlarda kast kuramı	68
3.3.5.2. Görüşümüz.....	71
3.4. Kastın Unsurları ve Kapsamı	74
3.4.1. Kastın Temel Unsuru Bilme	75
3.4.1.1. Bilinmesi gereken hususlar	75
3.4.1.2. Bilinmesi gerekmeyen hususlar	85
3.4.1.3. Bilinmesinin gerekip gerekmediği tartışılan hususlar.....	88
3.4.2. Kastın İstisnai Unsuru İsteme	103
3.5. Kastın Aranacağı Zaman.....	105
3.6. Kastın Çeşitleri.....	107
3.6.1. Doğrudan Kast (Dolus Directus)	109
3.6.2. Olası Kast (Dolus Eventualis).....	111
3.6.3. Doğrudan Kast, Olası Kast Ayırımın Sonuçları.....	114

3.7. Kastın Aşılması ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suç Kavramları	116
4. TAKSİR TEORİSİ.....	121
4.1. Taksir (Culpa) Kavramı, Tanımı ve Taksirin Yapısı ve Suç Sistematiği İçindeki Pozisyonu (Yeri)	121
4.1.1 Taksir (Culpa) Kavramı ve Tanımı.....	121
4.1.2. Taksirin Yapısı ve Suç Sistematiği İçindeki Pozisyonu (Yeri)	124
4.2. Taksirden Doğan Cezai Sorumluluğun Tarihsel Gelişimi	127
4.2.1. Bağdat Ceza Kanunu'nda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk.....	129
4.2.2. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk	130
4.3. Taksirin Hukuki Esasını Açıklayan Teoriler	132
4.3.1. Etkin Sebep Teorisi.....	132
4.3.2. Öngörebilme Teorisi	133
4.3.3. Öngörebilme ve Önleyebilme Teorisi.....	136
4.3.4. Yanılma Teorisi	138
4.3.5. Taksirin Esası Hakkındaki Görüşümüz	139
4.4. Taksirin Unsurları	140
4.4.1. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması.....	142
4.4.2. Objektif Dikkat ve Özen Yükümlülüğün İhlali	142
4.4.2.1. Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiil.....	142
4.4.2.2. Dikkat ve özen yükümlülüğün kaynağı	144
4.4.2.3. Dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde uygulanacak ölçüt	145
4.4.2.4. Tehlikeli (riskli) niteliği haiz girişimlerde dikkat ve özen yükümlülüğü	146
4.4.2.5 Birden çok kişinin iştirak ettiği faaliyetlerde dikkat ve özen yükümlülüğü	147
4.4.3. Neticenin objektif olarak öngörülebilir nitelikte olması (neticeli suçlarda)	148
4.4.4. Neticenin Gerçekleşmesi ve Fiil ile Gerçekleşmiş Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması.....	149
4.5. Taksir ile Kaza ve Tesadüfün Ayrımı	151
4.6. Taksirli Suçta Hukuka Aykırılık Unsuru Meselesi	152

4.7. Taksirle İşlenen Fiilden Dolayı Kusurluluk.....	153
4.8. Taksirli Hareketlerin Birleşmesi ve Sorumluluk	154
4.9. Taksirin Çeşitleri.....	159
4.9.1. Ağır Taksir-Hafif-Pek Hafif/Müessir Taksir	159
4.9.2. Bilinçsiz (Öngörüsüz) Taksir- Bilinçli (Öngörülü) Taksir	162
4.9.2.1. Bilinçli (öngörülü) taksir kavramı	163
4.9.2.2. Bilinçli (öngörülü) taksirin niteliği	164
4.9.2.3 Bilinçli (öngörülü) taksirin olası kastla karşılaştırılması	169
4.10. Taksirli Suç Nedeniyle Failin Kişisel ve Ailevi Durumu İtibarıyla Mağdur Olması ...	172
5. Sonuç.....	177
Kaynaklar.....	183
ÖZGEÇMİŞ	193

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar

Açıklamalar

A.g.e.	Adı geçen eser
A.g.m.	Adı geçen makale
Akt.	Aktarma
AÜHFD	Akara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BCK	Bağdat Ceza Kanunu
Bkz.	Bakınız
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CHKD	Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
çev.	Çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn.	Dipnot
DT	Doktora Tezi
ed.	Editör
GÜHF	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAEH	Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi
ICK	Irak Ceza Kanunu
ITM	Irak Temyiz Mahkemesi
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Kn.	Karar numarası
MÜHF-HA	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar
S.	Sayfa
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TCMK	Türk Ceza Muhakemesi Kanunu
Vd.	ve devamı
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Yd	Yargıtay Dergisi
YLT	Yüksek Lisans Tezi
YÜHF	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1. GİRİŞ

“Suçun manevi unsurları bakımından Türk ve Irak ceza kanunlarının felsefesi” konulu yüksek lisans tez çalışmamızın temelini, Irak ve Türk Ceza Kanunlarının suçun psikolojik unsuruna ilişkin getirdikleri düzenlemeler ve bu unsurların mahiyet ve muhtevasının belirlenmesinde dayandıkları felsefi temeller ile her iki kanunun kast ve taksire bakışı, oluşturmaktadır.

Fail ile fiili arasında psişik bağ olarak nitelendirilen manevi unsur suç teorisi içinde son derece önemli bir yere sahiptir. Zira, ceza sorumluluğunun sübjektifliği bir suçun oluşabilmesi için manevi unsurunun bulunmasını gerektirir. Söz konusu bu psişik bağın adlandırılması ve muhtevası ile ilgili Irak ve Türk ceza kanunları birbirinden farklı fikirler ileri sürmektedir. Bunun nedeni ise her iki kanunun dayandığı felsefi yaklaşımın farklı olmasıdır. Nitekim 111 sayılı Irak Ceza Kanunu klasik suç teorisi etkisinde yazılmış iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu finalist suç teorisi etkisinde yazılmıştır. Buna ilaveten, Irak doktrini diğer Arap ülkelerinde olduğu gibi çoğunlukla Fransız ve İtalyan öğretisi etkisinde olup manevi unsurla kusuru farklı kavramlar olarak değil, “manevi unsur”, “hatîe (geniş anlamda hata)”, “issim” ve “zenb” gibi farklı adlar altında aynı kavram olarak incelemekte ve bunun bir sonucu olarak da kast ve taksiri birer kusur (geniş anlamda hata) şekli olarak mütalaa etmektedir. Türk Doktrini ise, 5237 sayılı kanunu çıkıncaya kadar İtalyan Öğretisinin etkisindeydi ve Irak doktrininde olduğu gibi kusur ile manevi unsuru aynı kavram olarak kabul etmekteydi, ancak, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra daha çok Alman öğretisinin Türk doktrini üzerinde etkili olduğu mülahaza edilmektedir. Bunun sonucu olarak da artık Türk ceza hukuku literatüründe de manevi unsur ile kusur birbirinden ayrılmıştır. Türk yazarların bir kısmı, kusur ve manevi unsuru birbirinden ayırmakla birlikte kast ile taksiri birer kusur şekli olarak değerlendirmemektedir. Ortaya çıkan haksızlığın gerçekleşme biçimi olarak mütalaa etmektedir.

Bilindiği gibi, her iki ülkenin pozitif hukuku ve öğretilerindeki farklılıklar sadece manevi unsur ile kusur ilişkisi hususuna müteallik değil, fail ile fiil arasındaki psikolojik ilişkinin gerçekleşme şekilleri (kast ve taksir) hakkında da farklı yaklaşımlar benimsemişlerdir. Dolayısıyla bu iki hukuksal konfigürasyonunun felsefeleri ve yarattığı ilkelerin anlaşılması ve karşılaştırılmasına dayalı bir tartışma yürütmek, buna ek olarak her iki dilde (Arapça ile

Türkçe) kullanılan terimlerin anlamlarını inceleyip karşılaştırmalı bir yaklaşım sergilemek tezin önemini belirlemektedir.

Nitekim, bu çalışmanın amacı; her iki ülkenin hukuk nosyonlarının dayandığı felsefi temelleri ortaya koymak, kullandıkları terimlerin ve pozitif hukuklarında manevi unsuru ilgilendiren maddelerin karşılaştırılmasını mukayese hukuku referans alınarak teorik bir tartışmaktır. Bunun yanı sıra, suçun manevi unsuruna (kast ve taksir) ilişkin hem teorik düzlemde hem de pratik görünümde pek çok tartışmalı husus bulunmaktadır. Ancak, bunların analiz edilmesi ile ilgili sınırlı araştırma yapılmıştır. Bu sorunların tanımlanması, görünür hale getirilmesi yapılacak yeni araştırmalar bakımından son derece önemlidir. Dolayısıyla bu çalışma ile amaçlanan bir başka kritik mesele de budur.

Tezde, konu itibarıyla, her iki kanunun maddeleri özellikle suçun manevi unsuru (ICK 33, 34, 35, 36, 37 ve 38. maddeleri ve TCK 21, 22 ve 23. maddeleri) üzerinden bir değerlendirme yapılmış ve iki kanunun oluşturduğu ilkeleri ve uygulamadaki görünümünü karşılaştırılması üzerinde durulmuştur. Ancak bazı hususları daha iyi izah edebilmek amacıyla önemli gördüğümüz diğer ülkelerinin ceza hukuku pozitif metinleri ve yargı kararlarına da yer verilmiştir.

Sonuç olarak çalışmamız üç ana bölüm üzerine kurulmuştur. Birinci bölümde manevi unsurun dayandığı felsefi doktrinler ve bu olguyla ilişkili kavramların özellikle kusur kavramıyla manevi unsurun ilişkisi tartışılmıştır. Suç olgusunun manevi unsurunda yer alan saikler ve bütünsel anlamda amaç, mütalaa edilmiştir.

İkinci bölümde de kast teorisi başlığı adı altında, kast kavramı, kastın suç sistematigi içindeki pozisyonu, kastı açıklayan teoriler, kastın unsurları, kapsamı ve kastın çeşitleri, incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise taksir teorisi adı altında, taksir kavramı ve tanımı, taksirin yapısı ve suç sistematigi içindeki pozisyonu, taksirden doğan cezai sorumluluğun tarihsel gelişimi, taksirin hukuki esasını açıklayan teoriler, taksirin unsurları ve taksirli suçta hukuka aykırılık meselesi, taksirle işlenen fiilden dolayı kusurluluk, taksirli hareketlerin birleşmesi ve sorumluluk, taksirin çeşitleri ve taksirli suç nedeniyle failin kişisel ve ailevi eksenlerde mağduriyeti tartışılmıştır.

2. MANEVİ UNSURUN KAVRAMSAL, FELSEFİ VE YAPISAL ÇERÇEVESİ

2.1. Genel olarak Manevi Unsurun Mahiyet ve Yapısal Boyutları

Bir kimsenin işlediği bir fiil nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için fiili ile kanunda belirtilen sonuç arasında bir nedensellik bağının oluşmasının yeterli olmadığı çeşitli gerekçelerle belirtilmiştir. Zira, cezai sorumluluktan bahsedilmesi, söz konusu maddi nedensellik bağının yanında, fiilin faile yüklenmesini mümkün hale getirecek, manevi bir bağ, başka bir anlatımla, eylemde iradîlik unsurunun bulunmasına bağlıdır.¹ Böylece, insan davranışının iradî olarak gerçekleşmesi, sorumluluğun temel şartı olarak addedilir. Dolayısıyla, kişi, iradî olarak gerçekleştirmediği davranış hukuka aykırı olsa dahi, bu fiil nedeniyle sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla, kişinin gerçekleştirdiği fiil ile kurmuş olduğu bağlantı haksızlığın manevi unsurunu oluşturur.² Söz konusu manevi unsurun yapısı *kast* ile *taksirden*³ oluşmaktadır. Sonuç itibarıyla, psikolojik (manevi) unsur olmaksızın suç olmaz, çünkü manevi unsur suçun ruhudur ve ondan doğacak sorumluluğu belirten düzlemdir. Başka deyişle, işlediği fiil ile kişinin psikolojisi arasında bir bağlantı olmazsa fail sorumlu tutulamayacaktır.⁴ Bu husus, cezai sorumluluğun sübjektifleştirilmesi felsefesinin bir neticesi olup insan düşüncesinin (uygarlığın) çok önemli bir zaferini oluşturduğu söylenmelidir.⁵

Kanımızca, bir kavramın mahiyetini belirtmek istiyorsak, ilk önce söz konusu kavramla bağlantılı olan terimleri inceleyip ilişkilerini açıklamamız gerekmektedir. Zira bir olgu veya kavram kendinden bir anlam taşımaktan ziyade birçok kavram ve olgunun dolayımı ile anlamlandırılır. Dolayısıyla bu bölümde ilk önce manevi unsurla ilişkisi olan kavramların anlam ve ilişkileri, Türk ve Irak ceza kanununun bu konuyla ilgili görüşleri ele alınacaktır.

¹ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, S. 149.

² İzzet Özgenç: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, S. 236.

³ Manevi unsurun yapısal boyutu, yani kast ile taksir, tezin ikinci ve üçüncü bölümlerinde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

⁴ Ali Hussein El-helef, Sultan Abdulkadir El-şawi, **El-mebadi El-amme Filkanun El-ukubat** (Ceza Kanununda Genel Prensipler), Bağdat yayınevi, 1982. S. 148.

⁵ Nevzat Toroslu, “*Cezai Sorumluluğun Gelişimi*”, **YD**, cilt 16, sayı 1-2, Ocak-Nisan 1990, S. 121.

2.2. Kusur ile Manevi Unsur ilişkisi

Fail ile fiili arasında psişik bağ olarak nitelendiren manevi unsur suç teorisi içinde son derece önemli bir yere sahiptir. Zira, ceza sorumluluğunun sübjektifliği bir suçun oluşabilmesi için manevi unsurunun bulunmasını gerektirir. Söz konusu bu psişik bağın adlandırılması ve muhtevası ile ilgili Irak ve Türk ceza kanunları birbirinden farklı fikirler ileri sürmektedir. Zira, Arap ceza hukuku literatüründe büyük oranda Fransız ve İtalyan doktrini etkisinde istisnasız bir şekilde kusur ile suçun manevi unsuru aynı kavram olarak telakki edilmektedir. Ancak kusur ibaresine karşılık “manevi unsur”, “hatîe (geniş anlamıyla hata)”, “issim”, “zenb” ve “psikolojik unsur” kavramları kullanılmaktadır. Türk Doktrini ise, 5237 sayılı kanunu çıkıncaya kadar İtalyan Öğretisinin etkisinde idi ve Irak doktrininde olduğu gibi kusur ile manevi unsurunu aynı kavram olarak kabul etmekteydi, ancak, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra daha çok Alman öğretisinin Türk doktrini üzerinde etkili olduğu mülahaza edilmektedir.⁶ Bunun bir sonucu olarak da artık Türk ceza hukuku literatüründe manevi unsur ile kusur birbirinden ayrılmış ve Türk yazarların bir kısmı, kusur ve manevi unsuru birbirinden ayırmakla birlikte kast ile taksiri birer kusur şekli olarak değerlendirmeyip, haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekli olarak mütalaa etmektedir.⁷

Görüldüğü gibi, söz konusu ayrışılmanın nedeni her iki kanunun dayandığı felsefi yaklaşımın farklı olmasıdır. Nitekim, suçun manevi unsuru ile kusur ilişkisinin çerçevesini tayin etmek için öncelikle kusurun ne olduğu ve kusuru açıklamak gayesiyle ortaya atılan yaklaşımları, manevi unsurla ilişkisinin felsefi gelişimi ve ondan sonra Arap ceza hukuklarının (bilhassa Irak ceza hukukunun) ve Türk ceza hukukunun bu konudaki yaklaşımları incelenecektir.

⁶ Hakan Karakehya, Asena Kamer Usluadam, “*Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler*”, **CHK Dergisi**, cilt 3, sayı 2, 2015, S. 1.

⁷ Apaydın’a göre; 5237 TCK’nın getirdiği yeni sistem kusura ilişkin Alman Öğretisinde bulunan tartışmaların Türk doktrinine taşınması sebebiyle tatbikatta belirsizlikleri yaratıp kafa karışıklığına neden olmuştur. Bkz. Cengiz Apaydın, **Ceza Hukukunda Kusurluluk**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2018, S. 1.

2.2.1. Kusur (Culpabilité)⁸ Kavramı

Kusur ibaresi (*Culpabilité*) ceza kanununa yeni giren bir kavramdır. 18. Yüzyıla kadar suçun psikolojik yönlerinin açıklanmasında kullanılan -yaygın olan- terimler; (*culpa*) taksir ile (dolus) kast terimleriydi. Ancak, kusur ibaresi (*Culpabilité*) bilinmeyen bir kavram olup kullanılmamaktaydı.⁹ Kusur, ceza hukukunda yeni bir terim olmasına rağmen ceza hukuku alanında büyük anlam taşımaktadır. Gerçekten, ceza hukukunun tarihsel gelişimini adeta bu kavram etrafında toplamak, çeşitli gelişmeleri bu suretle açıklamak bile mümkündür¹⁰. “Günümüzde de kusur, dokunulmaz bir ilke olarak, devletin cezalandırma yetkisinin meşruiyetini sağlayan zorunlu bir ön koşul niteliğinde kabul edilmektedir (*nulla poena sine culpa*) ve bu bağlamda anayasal düzeyde görülmektedir”¹¹.

Türk ceza hukuku literatüründe kusurluluk ile kusur kavramları kullanılmakta; fail cephesinden bakıldığında kusur, fakat suç genel teorisinin esasını oluşturan fiil cephesinden bakıldığında kusurluluk olarak isimlendirilmektedir.¹² O halde fail yönünde incelenirse, failin kusurundan, fakat fiil yönünde incelenirse, fiilin kusurluluğundan söz etmek gerekir. Bu ayırım sadece doktrinde değil, hukuki uygulamada da yani Yargıtay, tarafından da kabul edilmiştir.¹³

Arap ülkelerinin ceza hukuku öğretisine bakıldığında, Irak başta olmak üzere Arap ülkelerinin ceza hukukçuları arasında kusurluluk kavramı, bazı yazarlar tarafından, *Culpabilité* kelimesinin Arapçaya tercüme edilmesi dolayısıyla, hatîe (Geniş anlamıyla

⁸ Arap ceza hukuku öğretisinde kusurluluk kavram karşılığında (الائم) isim) kavramının kullanılmasına da rastlanmaktadır ancak kanımızca isim kavramı daha şeriata yakın bir kavramdır aynı anda *Culpabilite* kelimesinin Arapçaya tercümesi hatîe olacağı için bazı yazarlar tarafından hatîe ibaresi de kullanılmakta; *Culpabilite*’nin Arapça karşılığı hatîe olmasına dair, Bkz. Hamid El-seedi, **Şerh Kanun El-ukubat El-cedid** (Yeni Ceza Kanunu şerhi), c1, Maarif matbaası- Bağdat, 1970, S. 230; Mahmut Necip Husni, **El-Nezeriye El-ame Lil kast El-cinayi** (cinai kastın genel teorisi), Dar El-nehde El-erebiye, 1974, S. 1

⁹ Kusur kavramının eski öğreti tarafından bilinmemiş olmasının iki sebebi vardı; 1. Objektif sorumluluğa dayanan bir ceza hukuku sisteminde -eski toplumların benimsediği gibi- kusurun tasavvur edilmesi mümkün değildi. 2. Failin psikolojisine hiçbir şekilde bakmayan bir ispat sistemi – hakikate ulaşmak için faili çile tecrübelerine veya yemin etmeye zorlayan- içinde de kusuru tasavvur etmek söz konusu olamazdı. Ayrıntı bilgi için bkz. Ahmmmed Auz Bilal, **El-issim El-cinai**, 1. Baskı, El-kahire, 1988, S. 18

¹⁰ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, cilt 2, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, S. 444.

¹¹ Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, cilt 1, çev. Hakan Hakeri ve diğerleri, Ed. yener Ünver, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, S. 350.

¹² Kayhan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul 1967, S. 7.

¹³ (CGK. 12.10. 2014, 1-163/194) akt. Kayhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta yayıncılık, İstanbul, 2018, S. 411. Dönmezer/Erman’ın görüşüne göre; suçun genel unsurları nazariyesi de fiili mütalaa edip incelediği, adeta fiilin anatomisini yaptığı nedeniyle, fiilin bir unsuru sıfatıyla kusurluluktan bahsetmek daha isabetlidir. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 444.

hata)¹⁴ olarak adlandırıldığı mülâhaza edilmektedir, ayrıca hatîe (geniş anlamıyla hata) kavramı, Irak ceza hukuku literatüründe de kullanılan bir kavramdır. Diğer bazı yazarlar ise kusurluluğu, *isim*, *kötülük (suçlu veya günahkâr) iradesi*¹⁵ ve *günâhkar ruh (nefis)*¹⁶ kavramları ile adlandırmaktadır. Hemen belirtelim ki, manevi unsur ile kusur aynı kavram olarak kabul edildiğinde, taşıdığı anlam itibarıyla bu kavrama **kusur** ibaresi yerine **hatîe** ibaresinin kullanılması daha yerinde olur. Ancak, biz bu kavrama attettiğimiz anlam itibarıyla **kusur** ibaresinin kullanılmasını daha uygun görmekteyiz.

2.2.2. Kusurun Esasını Açıklayan Teoriler

Kusurun esasına ilişkin yapılan tartışmalar, bu kavramın ortaya çıkmasından günümüze kadar devam etmektedir. Genelde kusur olgusuna yaklaşım itibarı ile iki anlayıştan; psikolojik (tabiatçı) ve kusurun normatif (kuralcı) anlayıştan söz edildiği görülmektedir.¹⁷ Diğer bir deyişle, kusurun kavramsal niteliğini ve muhtevasını tayin etme yönünde yapılan araştırmalar başlıca iki yaklaşıma yol açmıştır: geleneksel ve özellikle Latin ülkelerinde baskın olan görüş *Psikolojik teori* adı ile adlandırılırken; Alman hukuksal doktrinin sonucu olup kendi içinde iki ayrı anlayışa yol açan görüş ise *Normatif teori* ismini alır.¹⁸

2.2.2.1. Psikolojik kusur teorisi (théorie psychologique de la culpabilité)

Psikolojik teori, Normatif teorisinden önce ortaya çıkmış ve geleneksel öğretisi tarafından benimsenen bu teori günümüzde de hâlâ birçok ceza hukukçusu tarafından kabul edilip savunulmaktadır.¹⁹ 19. Yüzyılın ikinci yarısında ceza hukukunda hâkim olan geleneksel

¹⁴ El-seedi, **a.g.e.**, cilt 1, S. 230; Husni, **Kast Teorisi**, S. 1; Hassanein İbrahim Salih Ubeid, **El-kast El-cinayi El-has** (Cinai Özel kast), 1. baskı, El-kahire, 1981, S. 10; Mursi, Muhammed Kamıl, El-Seyit Mustafa EL-Seyit, **Şerh Kanun Ukubat El-Mısri El-cedid** (Yeni Mısır Ceza Kanunu şerhi), 2. Baskı, 1943, S. 364; Mahmut Mustafa, **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu Şerhi- Genel kısım), 10. Baskı, 1983, S. 419; Ahmet Fethi Surur, **El-wesit Fi Kanun El-ukubat** (Ceza Kanununda Arabuluculuk), cilt1, genel kısım, 1981, S. 524.

¹⁵ (الائم) bu terimi kullanan yazarlar: El-helef/El-şawi, **a.g.e.**, S. 149.; Mahir Abdışweiş, “*El-nezeriye El-amme lil-hata Fi El-kanun El-cinai (Cinai Kanununda Hata Genel Teorisi)*”, Doktora tezi, Bağdat Üniversitesi, 1981, S. 24; Mamun Selame, **Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza kanunu Genel Kısım), Dar El-fikir El-erebi, 1979, S. 242.

¹⁶ Muhammed Muhib el-din, **El-nefis El-asime fi El-kanun El-cinai** (Ceza Kanununda Günahkâr nefis), 1. Baskı, El-riyad, 2006, S. 15

¹⁷ Zeki Hafizogulları, **Türk Ceza Hukuku Ders notları**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2008., S. 337.

¹⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 448.

¹⁹ Auz Muhammed, **El-weciz fi Kanun El-ukubat Kısım El-Am** (Ceza Kanunu Özeti Genel Kısım), cilt1 Cam'ı yayınevi, Eskenderiye 1978, S. 86.

anlayış (psikolojik teorisi) kusuru, fail ve failin kendi faaliyetiyle meydana getirdiği cezai vaka arasında sadece bir psikolojik bağ tasavvur etmektedir.²⁰ Bu teoriye göre, kusur, failin bilinç ve iradesinin sonuca sebebiyet verdiği andaki durumu ifade etmektedir. Yani, failin psişik faaliyetinin pozitif hukukta belirtilen neticeyle olan bağlantısı, kusuru oluşturur.²¹

Kusur kavramı ortaya çıktığından beri, kusurun *kast* ile *taksirden* ibaret iki çeşidi bulunduğu düşüncesi tekrar edilegelmiştir. İşte kusuru bir bütün, suçların hepsini kapsayan genel bir unsur olarak değerlendiren müellifler, bu iki değişik psikolojik (ruhsal) hali tek bir kavram altında mütalaa etmek zorunluluğunu hissetmişler. Böylece kast ile taksiri, ortak bazı esaslara dayandırma düşüncesi gündeme gelmiştir.²²

Kusurun Psikolojik bir içkinlik taşıdığı ve böyle kavranmasına dayanan yaklaşımdan yana olan yazarların farklı yaklaşımlar sergiledikleri mülâhaza edilmektedir. Bu yaklaşımların hepsine yer vermemiz mümkün olmadığı için, aşağıda önemli gördüğümüz bazı görüşlere yer verilmiştir.

2.2.2.1.1. v. Buri'nin yaklaşımı

Natüralist anlayışa dayalı klasik suç nazariyesi Alman Ceza Hukuku Doktrini'ne *Maximilian von Buri* tarafından dahil edilmiştir. *Buri*, ilk başta mesuliyeti, failin amaçladığı neticenin meydana gelmesi, şart teorisindeki “*neticeye yol açan sebepler*”den biri olması olarak ifade etmiştir. Fakat, daha sonra bu husustaki görüşünü geliştirerek mesuliyetin doğmasının şartları ile nedensellik bağlantısı arasında keskin bir ayrım oluşturmuştur. Bunun ardından ise illiyet bağlantısı ile iradenin netice ile olan bağlantısı ayrımını yapmıştır. Bu ayrıma göre, nedensellik bağlantısı bakımından mevzu bahis olan irade yalnızca bedensel gücü harekete geçirme bakımından bir etken iken, faili harekete geçiren bu irade onun mesuliyetinin doğması için kâfi değildir; kusur isnadiyeti için daha ziyade fiil ile meydana gelen netice arasında bir iradî bağlantının bulunması gerekmektedir.²³ v. *Buri*'ye göre, ceza hukuku sorumluluğun doğması için neticenin objektif olarak failin fiili ile meydana gelmiş olması

²⁰ Ömer Seyit Ramazan, “*Beyne El-nezeriyeteyn El-nefsiye ve El-mi'yariye Lilisim (Psikolojik ve Normatif teoriler arasında Hâtie)*”, **Kanun ve İktisat Derneği**, sayı 133, 1964, S. 607.

²¹ İçel, Genel Hükümler, S. 413.

²² Jamal Jalal Mustafa, “*Suçun Manevi Unsurları İle Kusur İlişkisi Bakımından Türk Ve Irak Ceza Kanunlarının Felsefesi*”, **5. Uluslararası Öğrencilik Sempozyumu Bildiri Kitabı**, 1. Kitap, Siyaset-Uluslararası İlişkiler-Hukuk, 1. Baskı, İstanbul, 2020, S. 248-249.

²³ Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, 2020, S. 110-111.

yeterli değildir; bununla birlikte onun suç işleme iradesi tarafından gerçekleşmiş olması da gereklidir.

v. *Buri*, ceza hukuku sorumluluğunun ve dolayısıyla kusur isnadiyetinin söz konusu olabilmesi için bulunması gereken fiil ile meydana gelen netice arasındaki iradî bağlantının kast ya da taksir şeklinde ortaya çıkabileceğini dile getirmiştir. Kastta iradenin neticeye bilinçli bir şekilde yöneltilmesi söz konusudur; fakat, bunun yanında esasen taksirde iradenin yapısı da kasttaki gibi olmakla birlikte taksirli irade cezalandırılabilir neticeye değil aksine başka bir hedefe yönelmektedir. Fakat, yazar yine de taksirli iradeye sahip olan failin nedensel süreci başka şekilde oluşturma imkânına sahip olduğunu; söz konusu olan taksirli iradesinin ceza hukukunu ilgilendiren bir neticeye sebebiyet verebileceğini düşünebileceğini ve ayrıntılı bir değerlendirmede bulunsaydı farklı bir nedensel süreç oluşturmaya mümkün kılacak bir bilince sahip olma ihtimalinin varlığı nedeniyle ceza hukukunu ilgilendiren neticeden kaçınabileceğini ifade etmiştir. Bu şekilde taksirli irade ile neticeye neden olan failin ceza hukuku sorumluluğunu temellendirmiştir.²⁴

v. *Buri*, isnadiyet kavramını ifade etmek suretiyle, fiil ile netice arasındaki ilişkiyi salt nedensellik bağlantısı olmaktan çıkarıp bunun haricinde ayrıca iradî bağlantıyı da arayarak bir yeniliğe imza atmıştır. Dolayısıyla, v. *Buri*'nin yaklaşımının özgün yanının daha ziyade fiil ve netice arasındaki nedensel bağlantıdan iradî bağlantıyı ayırması suretiyle nedensel bağlantı ve iradî bağlantı arasında teorik bir ayırım oluşturma çabası temelinde ortaya çıktığı söylenmelidir. Öte yandan v *Buri*'nin yaklaşımının en önemli tarafı onun psikolojik verilerle oluşturduğu bu teorinin natüralist klasik suç nazariyesine ait natüralist kusur öğretisinin ilk örneği olmasıdır. Fakat, buna rağmen v. *Buri*, kusur isnadiyetinden söz ediyor olsa da henüz kusurun suçun münhasır bir unsurunu teşkil ettiğine ilişkin bir temas noktası ortaya koymamaktadır. Kusur henüz daha çok failin neticeye yönelik iradesinin nedensellik bağlantısı haricinde kaldığı şeklinde anlaşılmakla sınırlı olmaktadır. v. *Buri*'nin görüşlerinden kusurun suçun münhasır bir unsuru olduğu düşüncesinin çıkarılması mümkün değildir; zira, örneğin v. *Buri* ceza ehliyetinden (kusur yeteneğinden) söz etmemiştir. O sadece yukarıda da izah edildiği gibi nedensellik bağlantısından failin iradesinin ayrılması gerektiğini

²⁴ Meraklı, a.g.e., S. 111.

savunmuştur. Bu yönüyle v. *Buri*'nin psikolojik kusur teorisine yönelik ilk adımı attığı söylenebilir.²⁵

2.2.2.1.2. v. Liszt'in yaklaşımı

v. *Liszt*'e göre, suç bir hareketten ibarettir ve suçun diğer bütün unsurları hareketin niteliği olmaktan ibarettir. Buna nazaran suç, hukuka aykırı, kusurlu ve ceza tehdidi altına alınan hareket olarak tanımlanabilir.²⁶ Böylece v. *Liszt*, kusur kavramını suçun münhasır bir unsuru olarak görmektedir.²⁷ Bunun yanı sıra v. *Liszt* tabiatçı klasik suç teorisini savunduğu için, hareketi iradî bedensel davranış olarak değerlendirmekte ve buna bağlı olarak kast ve taksirden ibaret gördüğü kusuru da hareketin ayırıcı bir özelliği olarak konumlandırmaktadır. v. *Liszt*'e göre, kusurun hareketin ayırıcı bir özelliği olmasının anlamı kusurun, failin hareket ile arasında sübjektif olarak kurduğu ilişkisinde yatmaktadır. Zira, v. *Liszt*, ceza hukuku anlamında hareketi, psikolojik bir sürece dayanan (iradeye dayanan) bir davranış olarak telakki etmektedir.^{28, 29}

Öte yandan v. *Liszt*, her ne kadar kusurun kast ve taksirden oluştuğunu ifade etse de hareketin faile kusur bakımından isnad edilmesinden bahsetmiştir. Dolayısıyla kusur v. *Liszt*'e göre özünde bir isnadiyettir. Ancak, bu isnadiyetin aşağıda izah edileceği gibi, normatif kusur teorisinin dile getirdiği faile fiilinin kınanabilirlik bağlamında isnat edilmesine oranla çok sınırlı bir anlam ihtiva ettiği belirtilmelidir. Zira, v. *Liszt*'e göre buradaki isnadiyette failin fiilini kasten veya taksirle gerçekleştirip gerçekleştirmediği araştırılmalıdır. Bu yönüyle kusur kavramının yanında ayrıca isnadiyet kavramına yer verilmesinin özel bir anlamı yoktur.³⁰

Yazarın kusur kavramı bakımından ileri sürdüğü bir diğer husus ise isnad yeteneği ile kusur kavramı arasında ortaya koyduğu statü farklılığıdır. Buna göre v. *Liszt*, failin hukuka aykırı bir hareketten mesul olması için öncelikle kusur yeteneğinin bulunması gerektiğini

²⁵ Meraklı, **a.g.e.**, S. 112.

²⁶ İçel, Genel Hükümler, S. 413.

²⁷ “cezalandırılabilir bir hareket olarak suçun unsurlarını tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur şeklinde üçlü ayırım esasına göre...” Selman Dursun, Ali Emrah Bozbayındır, “*Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Meselesi*”, **İÜHF**M, cilt LXXIII, sayı 1, 2015, S. 67.

²⁸ Meraklı, **a.g.e.**, S. 115.

²⁹ Kitabının ilk basısında (v. *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Auflage, Berlin/Leipzig 1881, S. 64-66.) kusurun psikolojik yaklaşımını kuvvetle savunan v. *Liszt*'in bu husustaki görüşlerinde normatif yaklaşıma doğru bir değişme olmuştur. (akt. İçel, Genel Hükümler, S. 413, dn. 9.)

³⁰ Meraklı, **a.g.e.**, S. 115.

belirtmiştir. Yine v. *Liszt*'e göre ceza hukukuna ait isnad yeteneği cezalandırılabilir bir hareket açısından cezalandırılmaya katlanma yeteneğidir. İşte isnad yeteneği (ceza ehliyeti) v. *Liszt*'in kusur kavramına atfettiği anlamda hareketin kusur bakımından isnadiyetinin bir önkoşulu niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla isnad yeteneği (kusur yeteneği) kusurun münhasır bir parçası olmayıp faile yapılacak kusur isnadiyetinden önce mevcudiyetinin belirlenmesi gereken bir ön aşamayı ifade etmektedir. Böylece kusur yeteneği, kusurun önkoşulunu tekvin etmektedir.³¹

Diğer taraftan v. *Liszt*'in psikolojik kusur teorisini savunan bazı yazarların aksine hukuka aykırılık bilincini kastın kapsamında mütalaa etmediği görülmektedir. Yazara göre, failin işlenen fiilin norma aykırılığının bilincinde olması gerekli değildir. Ancak, suçun kanuni tarifinde hukuka aykırılık unsuruna özellikle yer verilmiş olması halinde, failin kastının hukuka aykırılığı da ihtiva etmesi gerekli olacaktır.³²

v. *Liszt*'e göre, suçun sübjektif unsurlarını ihtiva eden kusur faile ceza uygulanmasına imkân vermesi bakımından *kast* ve *taksir* şeklinde³³ ortaya çıkar. Kast fiile ilişkin neticenin öngörülmesi veya emir ya da yasağın nedenselliğinin tasavvur edilmesi olup kasıtlı fiil, iradî beden hareketi ile (veya ihmali ile) öngörülen neticenin meydana gelmesidir.³⁴ Taksir ise, meydana getirilen hukuka aykırı bir neticenin oluşumuna yol açabileceğinin öngörülebilir olmasına rağmen, gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle bu neticenin ortaya çıkmasına neden olan sübjektif durumu ifade etmektedir.³⁵

2.2.2.1.3. Binding'in yaklaşımı

İlk olarak ifade edelim ki, *Binding* de kusurun kast ve taksir olmak üzere iki çeşidinin bulunduğu ileri sürmektedir. Öte yandan *Binding*, kast ve taksirin kusurun dereceleri olduğunu ve taksirin daha hafif kusur çeşidi olarak yer aldığını ifade etmektedir. *Binding*'in kusur ve suç teorisi düşüncesinde yapmış olduğu haksızlık- suç ayrımı nedeniyle kast ve taksir norma aykırılığın değil, sadece cezalandırılabilirliğin unsurlarını teşkil eder. Bununla birlikte, *Binding*'in kusur yaklaşımının iki yönlü olduğu ifade edilmelidir. Buna göre kusur

³¹ Meraklı, **a.g.e.**, S. 115-116. v. *Liszt*'in kusur yeteneğini kusurun bir önkoşulu olarak gördüğüne ilişkin ayrıca bkz. İçel, Genel Hükümler, S. 413; Mustafa, **a.g.m.**, S. 249.

³² İçel, Genel Hükümler, S. 413; Mustafa, **a.g.m.**, S. 249.

³³ Mustafa, **a.g.m.**, S. 249.

³⁴ Meraklı, **a.g.e.**, S. 116.

³⁵ İçel, Genel Hükümler, S. 413; Mustafa, **a.g.m.**, S. 249.

bir yönüyle tipikliğin sübjektif unsurunu teşkil ederken, diğer yönüyle failin kaçınması gerekmesine rağmen kaçınmadığı ve bu sebeple de somut hukukî yükümlülüğünü ihlal ettiği kusurlu hukuka aykırı davranış olarak hukuken muaheze edilen, kınanan, tasvip edilmeyen davranıştır. *Binding*, bu iki farklı kusur ayırımından birincisini oluşturan kusur kavramını dar anlamda kusur olarak, ikincisini ise hukukî anlamda kusur olarak mütalaa etmektedir.³⁶

Binding'e göre tipikliğin sübjektif unsuru olarak kusur iradî davranıştan ibarettir; hareket yeteneğine sahip bir kişinin hukuka aykırılığa sebebiyet vermesidir. Hareket yeteneğine sahip olma ise failin iradesinin olduğu sırada norma uygun davranma yükümlülüğünün kendisini harekete geçirebilir konumda olması anlamını ifade etmektedir. *Binding*'in hareket yeteneği kavramına yüklediği anlam normların fail tarafından biliniyor olması merkezli olup failin eylemini norm ile ilişkisi içerisinde bilmesi ve bu bilinç doğrultusunda işlemesidir. Ancak, bunun yanında *Binding*'in hareket yeteneği kavramı kapsamında kusur yeteneği kavramı ile incelediği ayrı bir alan bulunmaktadır. İsnad yeteneği altında *Binding*'in failin davranışını yönlendirme yeteneğini mütalaa ettiği görülmektedir. Gerçekten *Binding*, akıl hastalarının da kendi davranışlarını kendilerinin oluşturduğunu; fakat, sadece yanlış tasavvurlar doğrultusunda, kendi hasta hisleri doğrultusunda bunun gerçekleştiğini ifade etmiştir. *Binding*'e göre, akıl hastalarının davranışları da tıpkı sağlıklı insanlarda olduğu gibi davranışın işlendiği esnadaki kendi kişiliklerinin bir aynası, göstergesidir. Nitekim, iradenin oluşum tekniği akıl hastalarında da sağlıklı insanlarda da aynı olduğu için, failin akıl hastası olması, onun kendi hareket ve davranışlarını belirleme kabiliyetini etkilemez. Bu yönüyle *Binding* kusur yeteneği kavramını kusurun çeşitleri olarak kabul ettiği kast ve taksirden ayrı bir kategori altında tipikliğin sübjektif unsurları altında incelemektedir.³⁷

Binding'in ortaya attığı düşünceler döneminin kusur kavramı açısından pek çok yeni ve özgün noktalar ihtiva etmektedir. Nitekim, akıl hastaları bakımından ileri sürdüğü husus esasen onların da kasten hareket edebilecek durumda olduklarıdır. İsnad yeteneği ile haksızlığın işlenme biçimleri olan kast ve taksirin ayrı kategoriler altında mütalaa edilmesi düşüncesinin bugün genel olarak kabul gören düşünce olduğu söylenebilir.³⁸ Bu itibarla, *Binding*'in kusur

³⁶ Meraklı, **a.g.e.**, S. 113. Arap Doktrininde de dar anlamında kusur ve geniş anlamında kusur ayrımı söz konusu olup, dar anlamıyla-hata olarak adlandırılmaktadır. Ancak, genel anlamıyla hata kusuru tekabül ederken, dar anlamıyla hata taksiri ifade etmektedir.

³⁷ Meraklı, **a.g.e.**, S. 113-114.

³⁸ Günümüz ceza hukuku doktrininde de farklı kusur yaklaşımı benimsemekle birlikte, kast ve taksiri haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekli olarak mütalaa eden ve akıl hastalarının dahi kasten hareket edebileceğini savunan yazarlar vardır. Sözgelimi, Özgenç, Genel Hükümler 2018, S. 236; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza**

yeteneğini kusur türü olarak mütalaa ettiği kast ve taksir kavramlarından ayrı değerlendirme düşüncesinin yerinde olduğu ifade edilmelidir. Ancak, kusur yeteneği ve haksızlık bilincini tipikliğin sübjektif unsurları olarak benimsemesi isabetli olmamıştır. Çünkü, haksızlık bilinci ve kusur yeteneği tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilir ise bu durumda kusur kavramı da tipikliğin kapsamına sokulmuş olacaktır; ki bunun suç genel teorisinin karmaşık ve bağlantısız hususların birbiri içine girdiği bir sarmala dönüşmesi tehlikesini beraberinde getireceği işaret edilmelidir.³⁹

2.2.2.1.4. Vannini'nin yaklaşımı

Psikolojik teorisini savunan *Vannini*'ye göre, kanun tarafından suç olarak tarif edilmiş bir fiilin cezalandırılabilmesi için, sadece fiili gerçekleştiren failin kusur yeteneğine sahip olması yeterli olmayıp, söz konusu fiilin aynı zamanda kusurlu bir şekilde gerçekleşmiş olması gerekir. Başka bir deyişle, fail ile gerçekleştirdiği fiil arasında var olan maddi bağın yanı sıra, manevi yani psikolojik bir bağın da bulunması lazımdır. Bu itibarla kusur, her suç bakımından geçerli olan ve fail tarafından ceza kanununa aykırılık oluşturan fiilin isteyerek (iradi olarak) gerçekleştirilmesi anlamına gelir.⁴⁰

Kast ve taksiri birer kusur şekli olarak nitelendiren *Vannini*'e göre, kast ile taksirin ortak temeli failin iradesi ile suçu oluşturan eylemin uyuşmasıdır. Yani kusurun herhangi türü (kast veya taksir)in bulunduğu halde failin iradesinin (fiile) eyleme yönelmiş olması zorunludur. *Vannini*, basit taksiri kusur içinde kabul etmemekte ve yalnızca bilinçli taksirin kastla birer kusurun türü olabileceğini ileri sürmektedir. Bilinçli taksirin bulunduğu halde failin iradesi zararlı neticeye yönelmiş olmasa da neticenin meydana gelebileceğini öngörmüştür. Zira, fail neticeyi öngörmesine rağmen harekete geçerse, neticeyi istememişse de tehlikeyi kabul etmiştir. Dolayısıyla, fail neticeyi istememiş olsa da iradi olarak gerçekleştirdiği fiille (davranışla) taksirli bir suç işlemiştir. Böylece *Vannini* kast ve bilinçli taksiri aynı temele (iradeye) dayandırmaktadır.⁴¹ Fakat, *Vannini*'nin bilinçsiz taksir hususundaki yaklaşımı öğretide yaygın olan görüşlerin tam tersi istikametinde olup, kusurun bir türü olarak bilinçsiz

Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara 2018 S. 311; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, S. 324.

³⁹ Meraklı, **a.g.e.**, S. 113-114.

⁴⁰ Yasemin Filiz Saygılar, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Taksir*”, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, S. 16.

⁴¹ Mustafa, **a.g.m.**, S. 249; Ramazan, **issim**, S. 608-609; Muhib El-din, **a.g.e.** S. 73-74.

taksiri kabul etmemektedir. Zira, yazara göre taksir halinde fail ile netice arasında psikolojik bir bağ yoktur. Dolayısıyla taksirle işlenen suçlarda manevi unsur olmadığından dolayı taksirli eylem dar anlamda suç olarak kabul edilemez ve eylemi gerçekleştiren faile ceza değil, idari yaptırım (güvenlik tedbirleri) uygulanacaktır.⁴²

2.2.2.1.5. Kohlrausch'un yaklaşımı

Kohlrausch'un psikolojik kusur öğretisine belki de en büyük katkısı kusur kavramı açısından yanılma (hata) hallerini incelemesi olmuştur. Öyle ki, davranışın kusur bakımından isnad edilebilmesi için eylemin hangi unsurlarının failin bilinci tarafından kapsandığı sorunu, o döneme kadar tartışılmamış ve göz ardı edilmiş bir sorundu.⁴³

Bu hususta kusurun iki koşulunun ortaya çıktığını ileri sürülmüştür: İlk olarak failin eyleminin cezalandırılmaya tabi nitelikleri taşıdığını ve eyleminin pozitif hukuk düzenlemeleri karşısında cezalandırılacağını bilmesi zorunlu değildir. İkinci olarak ise failin yükümlülüğüne aykırı davrandığının bilincinde olması gerekli olduğudur. Burada *Kohlrausch*'un kusurun mevcudiyeti açısından aradığı ilk şart failin eyleminin cezalandırılmaya layık nitelikte olduğunu ve aslında eyleminin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi durumunu ifade etmeye çalıştığı ileri sürülebilir. Bu yönüyle *Kohlrausch* haksızlık bilinci adı verilebilecek bu unsuru kusur içerisinde mütalaa ederken bunu kusur şekli olan kastın kapsamında görmektedir.⁴⁴ Zira, *Kohlrausch*, yalnızca bilme unsurunun kusurun iki türü bakımından da geçerli olduğundan bahisle, bilinçsiz taksiri ceza hukuku alanının dışında incelenmeye temayül etmektedir.⁴⁵ *Kohlrausch*'un ileri sürdüğü kusurun ikinci unsuru olan failin yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini bilmesi unsuru da *Kohlrausch* tarafından kastın kapsamında incelenmiştir. Nitekim, *Kohlrausch*'e göre, kastla taksir arasında temelde bir fark bulunmamaktadır; fark bunları gerektiren kuralların değişik muhtevasından kaynaklanmaktadır ve taksir, kastın bir türünden başka bir şey değildir. Zira, kusurun tek esası daima kasttır; fakat bazı durumlarda bu kast, zararlı neticeyi de kapsadığı halde (ki buna

⁴² Selame, **a.g.e.**, S. 259.

⁴³ Meraklı, **a.g.e.**, S. 120.

⁴⁴ *Kohlrausch*, hukuka aykırılık (haksızlık) bilinci ile yükümlülüklere aykırılık arasında şöyle bir bağ kurmuştur: Failin hukuka aykırılık bilinci başka birinin hakkının bulunduğu fail tarafından bilinmesi iken; yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi failin bu hakların başkalarına ait olduğunun bilincinde olmasına rağmen bu haklara aykırı davranış sergilemiş olmasıdır. Daha sonra ise bu iki hususu da kusurun kapsamındaki kast içerisinde mütalaa etmiştir. Bkz. Meraklı, **a.g.e.**, S. 120.

⁴⁵ Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2007, S. 37.

zarar verme kastı adı verilirken); diğer bazı hallerde sadece tehlikeye yöneliktir. Tehlike kastı denilmesi daha yerinde olan bu tür kasta, genel olarak, taksir ismi verilmektedir.⁴⁶

2.2.2.1.6. Löffler'in yaklaşımı

Kusuru psikolojik bir kavram olarak değerlendiren diğer bir Alman Hukukçusu *Löffler*'e göre; kast, bilinçli taksir ve taksir olmak üzere üç şekli bulunan kusur, dış dünyada sosyal yönden zararlı bir netice ile failin içsel durumu arasındaki ilişkiler bütünüdür. Kusurun üç şekli olduğunu ifade eden yazar, bunların ilkinde, yani kastta, açıkça bir isteme olduğu için psikolojik ilişkinin belirgin nitelik taşıdığını öne sürmektedir. Buna karşılık, neticenin öngörülmüş olup da istenmemesinden ibaret olan ikinci kusur şeklinde (bilinçli taksir) ise, kusur *istemedi* değil fakat *bilmeden* oluşmuştur. Üçüncü kusur şeklinde, yani yazarın taksir ismi verdiği durumda, diğer kusur şekillerinden farklı olarak ne isteme ne de öngörme vardır; mevcut olan öngörebilme ve kaçınabilmedir. *Löffler*'e göre bu sonuncu durumda, yani taksirde psikolojik nitelikte addedilebilecek olan dikkat eksikliğidir. Taksir bir dikkat eksikliği olarak değerlendirilirse, tatbik edilecek yaptırım dikkate davet veya bir uyarma niteliğinde olacaktır. Benzer görüşler başka yazarlar tarafından da ileri sürülmüştür. Onlara göre; hiç kimse istemediği bir neticeden dolayı cezalandırılmayacağı için, taksir halinde sadece hukuki sorumluluk söz konusu olabilir.⁴⁷

2.2.2.1.7. Psikolojik kusur teorisinin eleştirisi

Psikolojik kusur teorisinin karakteristik özelliği kusuru sadece kast veya taksirden oluşan bir üst kavram olarak değerlendirerek kast ve taksiri birer kusur türü olarak benimsemiş olmasıdır. Bunun temeli ise, klasik suç teorisi tarafından benimsenmiş olan nedensel hareket teorisine dayanmaktadır. Keza, psikolojik kusur teorisi adı altında kusurun suçun münhasır bir unsuru olarak ilk kez incelenmesinin klasik suç teorisinin benimsemiş olduğu haksızlık-kusur ayrımının bir sonucu olduğu da belirtilmelidir. Ceza hukuku anlamında hareketin pozitivist bir yaklaşımla açıklanması karşısında suçun objektif ve sübjektif unsurları arasında sert bir ayrım yapılması lüzumu doğmuştur. Zira, klasik suç teorisinin hâkim olduğu dönemde fiilî bir gerçeklik olan eylem ile psikolojik bir varsayım olan iradenin bir arada mütalaa edilmesi düşünülemezdi. Buna bağlı olarak failin fiiline ilişkin iradesi fiilden ayrı bir

⁴⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 449.

⁴⁷ İçel, Genel Hükümler, S. 414-415; Saygılar, **a.g.e.**, S. 17-18.

kategori altında ele alınmakla kalmamış bunun yanında failin fiiline ilişkin iradesi onun hukuk düzenine karşı sahip olduğu genel tutumunun ve onun karakterinin bir göstergesi olarak telakki edilmiştir. Dolayısıyla failin fiilini gerçekleştirme iradesi anlamındaki kast ve taksire onların gerçekte ve hukuken sahip oldukları anlamı aşacak biçimde bir anlam yüklenmiştir. Bunun pozitivist klasik suç teorisinin doğal bir neticesi olduğu ifade edilmelidir. Günümüzde kast ve taksirin üstlendiği işlev ve sahip olduğu anlam karşısında psikolojik kusur teorisinin ileri sürdüğü kusur kavramının kusura çok farklı bir açıdan yaklaştığı mülahaza edilmektedir. Esasen bugünkü modern kusur kavramı ile psikolojik kusur kavramı arasında kesişim noktası ya da ortak bir nokta bulabilmek oldukça güçtür.⁴⁸

Bunun dışında, zorlama bir çaba ile kastla taksiri tek bir psikolojik esasa dayandırmak yolu tutulursa, hukuka uygun bir şekilde hareket eden kişinin de böyle bir psikolojik durumda olduğu, kabul edilmelidir. Örneğin saldırıda bulunan şahsı meşru savunma halinde öldüren kimsenin kastla davrandığı sonucuna varmak gerekecektir. Böyle bir düşünce ise hukuka uygun bir şekilde hareket eden kişinin kusurlu addedilmesine yol açacaktır.⁴⁹

Söz konusu teorisinin eleştiriye açık diğer bir yönü ise, kusur şeklinin ele alınış biçimidir. Kusur şekli kavramı kusurun belirli görünüm şekillerinin bulunduğu anlamını barındırır. Gerçekten, psikolojik kusur teorisini savunan müelliflerin baskın görüşü uyarınca kusurun kast ve taksir olmak üzere iki şekli mevcuttur. Kusura bu şekilde yaklaşılması durumunda kusur suçun manevî unsuru fonksiyonunu (işlevini) üstlenecektir. Fakat, kusurun suçun manevî unsuru işlevini üstlenmesi asıl yerine getirmesi gereken görevin hayata geçmemesi anlamına gelir. Çünkü, kusur esasen bir iradeyi değil bir değer yargısını ifade etmektedir. Bu değer yargısı failin gerçekleştirdiği fiil özelinde hukuka uygun motivasyon geliştirme olanağının bulunup bulunmadığı üzerinden gerçekleştirilir. Bir değer yargısının türü olmaz. Çünkü, kusur bir gerçekleştiriliş (işleniş şekli) değil, bir değer yargısıdır.⁵⁰ Her ne kadar kendisine sübjektif olarak (manevî unsur) isnad edilmiş olan eylemi işlemiş olsa da failin eylemini işlediği sırada hukuka uygun bir motivasyona sahip olma imkânı bulunmayabilir. Dolayısıyla failin sübjektif olarak kendisine isnad edilmiş eylemini işlerken hukuka uygun bir motivasyona sahip olma imkânı bulunmuyorsa cezalandırılmaz. Bunun araştırılması ise kusur kapsamında yapılacaktır. İşte psikolojik kusur kavramının benimsemiş olduğu kusur

⁴⁸ Meraklı, **a.g.e.**, S. 121-122. Benzer açıklamalar ve daha fazla eleştiri için bkz. Bilal, **issim**, S. 254 vd.

⁴⁹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 450; Bilal, **issim**, S. 254-255.

⁵⁰ Meraklı, **a.g.e.**, S. 123-124. Bu eleştiriye farklı yaklaşımla ileri süren Bilal, **issim**, 1988, S. 262-264.

kavramı bu tür bir değer yargısını bünyesinde barındırmamakta ve failin fiilini işlerken hukuka uygun bir motivasyona sahip olma imkânının varlığını göz önünde bulundurmamaktadır. Bu bakımdan psikolojik kusur kavramının kusuru ortadan kaldıran sebepleri ve mazeret sebeplerini açıklayamadığı; daha doğru bir anlatım ile bu sebepleri kusur kapsamında ve dolayısıyla suç genel teorisi sistematğinde tanımadığını ifade etmek gerekir. Zira, failin gerçekleştirdiği eylem bakımından hukuka uygun bir motivasyona sahip olma olanağının bulunup bulunmadığı bir yönüyle kusuru kaldıran sebeplere ve mazeret sebeplerine dayanır. Sözgelimi, karşı koyamayacağı bir cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında eylemini gerçekleştiren failin esasen fiili ile arasındaki psikolojik bağlantı mevcudiyetini koruyor olmasına rağmen burada failin eylemini gerçekleştirirken hukuka uygun bir motivasyona sahip olmasından söz etmek mümkün değildir. Ancak, psikolojik kusur teorisinin benimsediği kusur kavramı karşısında bu tür bir baskı altında fiilini gerçekleştiren failin kusurlu olarak sayılmasına yönelik bir engel yoktur. Çünkü, psikolojik kusur teorisi örneğin kasten hareket eden; fakat, bir mazeret sebebi altında bulunan failin neden cezalandırılmaması gerektiğine dair bir temellendirmede bulunmamıştır. Bu da aslında göstermektedir ki, failin kusurlu olup olmadığının belirlenmesi yalnızca fiili ile arasında bulunan psikolojik bağlantı üzerinden değil, değerlendirmeye bağlı (normatif) kimi unsurlar üzerinden yapılırsa sağlıklı bir sonuca varılacaktır.⁵¹

Keza psikolojik teorisinin bir kusur şekli olarak kabul ettiği taksirin, sadece psikolojik alanında kalacak bir araştırma ile açıklanamayacağı gerekçesiyle de eleştirilmiştir.⁵²

2.2.2.2. Normatif kusur teorisi (théorie normative de la culpabilité)

Doktrinde normatif kusur teorisini savunan yazarların hepsine yer vermemiz mümkün değildir. Dolayısıyla, burada, konuya ilişkin düşünceleri ilk ortaya atan ve teorinin temelini oluşturan yazarlara yer verilecektir.

⁵¹ Meraklı, **a.g.e.**, S. 125.

⁵² Bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 449; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt II, 1989, S. 288-289; İçel, Genel Hükümler, S. 415; Apaydın, **Kusurluluk**, S. 31.

2.2.2.2.1. Frank'ın yaklaşımı

Frank'ın 1907 yılında yayımlanan “*Kusur Kavramının Yapısı Üzerine*” adlı eseriyle birlikte artık kusur kavramının ele alınışı bakımından yeni bir yaklaşımın oluşmaya başladığı ifade edilebilir. Gerçekten *Frank*, anılan eseri ile kusurun yalnızca failin fiili ile arasında bulunan psikolojik bağdan ibaret olmadığını; bunun aksine kusurun, fiilinin faile isnad edilebilirlik olduğunu ve bu değerlendirmenin de salt kast veya taksirden meydana gelmediğini ileri sürmüştür. Bu eleştirisinin esasını somut olayda failin kast veya taksirinin bulunuyor olmasına rağmen kanun koyucunun faili mazur gördüğü hallerde failin cezasız kalmasının psikolojik kusur teorisi tarafından izah edilememesi teşkil etmektedir.⁵³ Bir başka anlatımla, *Frank*, kusurun esasını, fail ile fiili arasındaki bağın ötesinde, fail ile norm arasındaki bağda görmekte⁵⁴ ve kast ile taksirin haricinde başka faktörlerin de kusurun açıklanmasında etkili olduğunu ileri sürmektedir.⁵⁵

Frank, bu düşünceden hareketle kusurun sadece failin fiili ile arasındaki psikolojik bağlantı olamayacağını ve dolayısıyla kast ve taksirin sadece kusur türünden ibaret olmadıklarını, başka bir ifade ile, kast ve taksirin kusurun bizatihi kendisini değil; aksine kusurun çeşitli unsurlarından sadece bir tanesini oluşturduğunu ileri sürmüştür. Yazarı bu düşünceye iten ise, kusuru günlük yaşam dili açısından da incelemek suretiyle ona bir anlam kazandırma çabası olmuştur. Bu düşüncesini gerekçelendirmeye yönelik olarak *Frank*, lüks harcamaları için güveni kötüye kullanma suçunu işleyen bir kasiyer ile hasta eşinin sağlık harcamaları ve küçük yaştaki çocukları için güveni kötüye kullanma suçunu işleyen bir kuryeyi örnek olarak göstermiştir. *Frank* bu örnekten hareketle toplumdaki insanların büyük bir çoğunluğunun kurye görevlisinin kusurunun kasiyere göre daha az olduğunu söyleyeceklerini belirtmiştir. Buna bağlı olarak her iki failin de kendilerine emanet edilen parayı mal edinme iradesi ile hakimiyetlerine geçirdikleri için, her ikisinin de kasten hareket ettiklerini; fakat, bir tanesinin kendi lüks masraflarını karşılamaya yönelik bu fiili işlemesi dolayısıyla kusurunun arttığını; fakat, diğerinin hasta eşinin masraflarını karşılamak için fiili işlemesinden ötürü kusurunun azaldığını ifade etmiştir. Dolayısıyla yerinde olarak kusurun salt kast ve taksirden ibaret olamayacağı sonucuna varmıştır.⁵⁶ Buradan hareketle, *Frank*, kusur yargısının bir değer

⁵³ Meraklı, a.g.e., S. 128.

⁵⁴ Zeki Hafızoğlu, “*Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L'inesigibiltä)*”, *AÜHFD*, cilt 57, sayı 3, Ankara, 2008, S. 341.

⁵⁵ İçel, Genel Hükümler, S. 416; Abdişweiş, Hata (taksir) Teorisi, S. 31.

⁵⁶ Meraklı, a.g.e., S. 128-129.

yargısı olduğunu ve bu yargının sadece dış dünyaya yansımış olan olguları (kast veya taksir) tayin etmekten ibaret olmadığını, aksine kusur yargısının bir değer yargısı olmasından ötürü çeşitli normatif unsurları ihtiva ettiğini ileri sürmüştür. İşte Frank, kast ve taksir haricinde kusurun diğer bir unsurunu teşkil eden ve kusurun ölçüsünü de belirleyen bu tür unsurlara “*eyleme refakat eden unsurlar*” (=begleitende Umstände) ismini vermiştir. Frank’a göre eyleme refakat eden unsurlar kusurun ölçüsünü belirleyebileceği gibi kimi zaman failin cezasız kalmasına da neden olabilir. Failin cezasız kalmasına neden olan sebeplere *Frank, kusurluluğu kaldıran sebepler* ismini vermiştir.⁵⁷

Frank’ın kusurlulukla ilgili ortaya koyduğu düşünceye göre, kusurluluk, bir değer hükmü olduğundan dolayı, hukuk düzeninin istediği bir harekette bulunmaktan değil de farklı bir harekette bulunmaktan ibarettir. Hukuk düzenine isyan olan bu durum, en başta failde anlama ve isteme kabiliyetini gerekli kılmaktadır. Fakat, hukuk düzeninin istediğinden farklı bir şekilde hareket eden failin kınanabilmesi için, yalnızca anlama ve isteme yeteneğine sahip olmak kâfi olmayıp, ayrıca iradenin fiil için normal surette oluşması, yani biçimlenmiş olması gereklidir. O halde, kusurluluk, üç unsuru ihtiva etmektedir. Bunlar, sırasıyla- *isnat yeteneği- Fiil ve faili arasında psikik bağ (kast veya taksir)- Fiilin (veya davranışın) gerçekleştiği ortam (şartlar)* olmaktadır. Bu halde, kusurluluk, hukuka aykırı bir fiilin kınanılabilir olması için ayrıca nesnel olarak mevcut bulunan özel şartların dikkate alınmasından ibaret bulunan bir değer hükmüdür. Gerçekten, böyle bir değer hükmü için, sadece içinde hareket edilen şartların normallğine nispetle fiilin normallığı, nihaî bir öneme sahiptir. O sebeptendir ki, içinde hareket edilen şartların iradenin serbestçe, özerk oluşumunu insanî /beşerî olarak imkânsız kıldığı her durumda, şüphesiz kusur mevcut olmamalıdır. Bu durum ise, iradenin oluşması biçiminin, failin iradesini kusurlu olarak veya kusursuz olarak değerlendirmede nihaî bir unsur olduğunu savunmaktadır.⁵⁸ İşte, kusurun bu tür bir yapılandırılmasında, zaruret hali ve istenemezlik (beklenemezlik) halleri, kusuru ortadan kaldıran mazeret nedenleridir, çünkü bunlar, failin içinde hareket ettiği ortamın normallığının belirlenmesine iştirak eden kusurun bir unsuru üzerine etkili olmaktadır.⁵⁹ Nitekim, kasten hareket edilmiş olmasına rağmen kusur yeteneği bulunmayanlara kusur isnadı olanaklı değildir. Zira akıl hastalarından hukuka uygun karar verme süreci (*Willensbildung*) içerisinde olmaları

⁵⁷ Meraklı, **a.g.e.**, S. 129.

⁵⁸ Hafizoğulları, **İstenemezlik İlkesi**, S. 341; Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 31-32.

⁵⁹ Hafizoğulları, **İstenemezlik İlkesi**, S. 341. Frank’a göre zorda kalış (zorunluluk) halinde kişi tamamen kusursuz addedilebilir. Böylece, bu yazar zorda kalış durumunu kusuru ortadan kaldıran bir sebep olarak nitelendirmektedir. İçel, Genel Hükümler, S. 416.

beklenemez. Çünkü hukuk düzeni başka bir şekilde korunma olanağının olmadığı bir yaşam tehlikesine maruz kalan kişiden kahramanlık isteyemez. Taksirde ise kusur isnadının dayanağı "*neticenin tasavvur edilmemesi*" değil, failin özen yükümlülüğünü yerine getirmekte göstermiş olduğu dikkatsizliğidir.⁶⁰

2.2.2.2.2. Goldschmidt'in yaklaşımı

Goldschmidt, Frank'ı eleştirerek, sadece dar anlamda kast kavramının da taksir, isnat edilebilirlik gibi psikolojik bir unsur olduğundan, “motivasyonun” normalliğin kusur yargısını belirleyebilen normatif bir unsur olarak addedilemeyeceğini belirtmiştir. Gerçekten, eylemi kınanabilir kılan, kusurun esasını teşkil eden bu üç unsurun bileşiği değildir, ama normal motivasyondur, çünkü sadece bu, normun gerekliliğini veya arzulanmasını ileri sürmektedir. Kusurluluğun normatif karakteri, psikik durumun (motivasyonun) işaret ettiği, yani yöneldiği bir ödev (yükümlülük) normu ile birlikte bulunması ilişkisinden oluşmaktadır. Bundan dolayı, motivasyon ile norm arasındaki ilişkiden çıkarılan değerlendirme, bize kınanabilirlik yargısını (hükmünü) vermektedir. Sonuçta *Goldschmidt*, bu motivasyonun kınanabilirliğinin, ödev veya yükümlülük normunun ihlaline götürülmesi veya bağlanması zorunluluğunu belirtmektedir.⁶¹

Böylece, *Goldschmidt*, Frank tarafından ayrıntılı bir şekilde temellendirilmemiş olan “kınanabilirlik” kavramının, “*failin bir yükümlülük normunu ihlal etmiş olması*” düşüncesine evrilmesini sağlamaya yönelik çalışmalarını sürdürmüştür. Gerçekten *Goldschmidt*'in kusur kavramı açısından vurguladığı husus ödev veya yükümlülüklere aykırılık kavramı ve bu kavramın hukuka aykırılık kavramının yanındaki pozisyonu (konumu) olmuştur. *Goldschmidt*'e göre⁶², dış dünyaya yansıyan bir davranış muhatap alan ve ihlal edilmesi halinde hukuka aykırılığın söz konusu olduğu "*hukuk normu*"nın yanında her bir ferde içsel davranışlarını da buna uygun yönlendirme yükümlülüğü yükleyen "*yükümlülük normu*" mevcuttur; ancak, bu yükümlülük normları hukuk normlarının aksine kanunda açık bir şekilde belirtilmemiştir. Bir başka anlatımla, hukuk normları bireyin dış dünyaya yansıyacak olan davranışlarından nasıl bir beklenti içindeyse yükümlülük normları da onun içsel yönden buna uygun biçimde hareket etmesini beklemektedir. Örneğin, "*öldürmemelisin*" şeklindeki

⁶⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, S. 199-200.

⁶¹ Hafızogulları, **İstenemezlik İlkesi**, S. 341.

⁶² Meraklı, **a.g.e.**, S. 133.

norm, hukuk normunu oluşturmaktayken, öldürme suçu bakımından yükümlülük normu “*iradenin (davranışının) bir insanın ölümüne yol açtığını gözünün önüne getir ve bu tür bir neticenin ortaya çıkmasına engel ol*” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla normu ihlal eden failin dış dünyaya yansıttığı iradesi sebebiyle yükümlülük normunu da ihlal ettiği ileri sürülebilecektir; velev ki mazeret sebebi gibi bir neden bulunmasın. Gerçekte bu düşünce uyarınca hukuk normunu ihlal eden bir kişi mazeret sebebinin varlığına dayanarak yükümlülük normunu ihlal etmemiş olabilir.⁶³

Goldschmidt, mazeret sebeplerini hukuka uygunluk sebepleri ve şahsî cezasızlık sebepleri ile karşılaştırarak izah etmiştir. Buna göre, hukuka uygunluk sebepleri ve şahsî cezasızlık sebeplerinin temelinin, objektif açıdan ağır basan ve etkili olan menfaate dayalı olduğunu; ancak, mazeret sebeplerinin ise sübjektif açıdan ağır basan ve hukuk düzeni tarafından onaylanan bir motif ile hareketin gerçekleştirilmiş olmasına dayandığını savunmuştur. *Goldschmidt*'in mazeret sebepleri söz konusu olduğunda sübjektif açıdan ağır basan ve hukuk düzeni tarafından onaylanan motif ile ifade ettiği husus “*failden içinde bulunduğu şartlarda başka türlü davranmasının beklenmesinin mümkün olmaması (beklenemezlik) ilkesi*” (=Unzumutbarkeit) olmaktadır.⁶⁴ Bu şekilde, *Goldschmidt*, *Frank* tarafından kusurun normatif bir elementi olarak sunulan mazeret sebepleri kavramına hukukî yönden bir temel oluşturmuş ve buna yönelik amaçsal bir prensip belirtmiştir. Fakat, onun bu temellendirmesinin ilk olarak 1930 yılında yayımlanan çalışmasında görüldüğü ifade edilebilir; zira, 1913 yılında yayımlanan ilk çalışmasında *Goldschmidt* mazeret sebeplerini sadece yükümlülük normlarının ihlal edilmiş olması düşüncesi ile izah etmiştir. Bu açıdan, *Goldschmidt*'in de kendi kusur sistematığını geliştirdiği söylenmelidir.⁶⁵

Sonuç olarak, *beklenemezlik* (istenemezlik) ilkesi, ödev normunun sınırıdır. Bundan ötürü, varlığının haklılığını, anormal olmayan bir motivasyondan, yani süjeden hükme uygun davranışta bulunmasının istenemeyeceği (beklenemeyeceği) bir durumda, hukuki yükümlülüğün kaynağı olarak dikkate alınmayan etikten değil, ama hukuki yükümlülüğün bir

⁶³ Meraklı, **a.g.e.**, S. 134.

⁶⁴ Fakat, bu prensip Hafizoğulları tarafından “İstenemezlik İlkesi” olarak adlandırılmaktadır. “Günümüz ceza hukuku biliminde önemli bir yeri olduğu ileri sürülen İtalyanca “*LA NON ESIGIBILITA*” veya “*L'INESIGIBILITA*” sözü ile ifade edilen ceza hukuku kurumu, dilimize “istenemezlik” veya “içinde bulunduğu durumda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının kişiden istenememesi veya beklenememesi” ilkesi olarak çevrilebilir. Biz, söz konusu bu ilkeyi dilimizde ifade ederken, en iyisi olduğu için değil, ama kısalığından ötürü, ceza hukukunda “istenemezlik ilkesi” ifadesini kullanmayı... Hafizoğulları, **İstenemezlik İlkesi**, S. 338-339.

⁶⁵ Meraklı, **a.g.e.**, S. 134.

kaynağı olarak, *hakkaniyet kuralı*ndan almaktadır. Görüldüğü üzere, *Goldschmidt*'in düşüncesine *beklenemezlik (istenemezlik)* ilkesi, ödev normunun nihai sınırı olarak, açıkça öngörülmüş olsun veya olmasın, kusurluluğu ortadan kaldıran tüm sebepleri içermektedir. Bu nedenle, söz konusu sebepleri, sadece kanun metninde ifade edilen hallerle sınırlamamak, tersine daha da ileri gitmek ve ödev normu karşısında ortalama bir insanda normal motivasyonun aşıldığı tüm hallerin kusurluluk yargısını ortadan kaldırdığını kabul etmek lazımdır.⁶⁶

İsnad yeteneğine ilişkin olarak *Goldschmidt*, isnad yeteneği olmayan kişilerin tıpkı hayvanlar gibi en baştan itibaren normun muhatabı olmadıklarını belirtmiş ve bu sebeple, örneğin akıl hastalarının suç (haksızlık) işlemeleri durumunda mazeret sebebine dayalı olarak değil, normun muhatabı olmadıkları için kusurluluğu kaldıran sebebe dayalı olarak cezasız kalacaklarını ileri sürmüştür.⁶⁷ Başka bir deyişle, yazara göre, kusur hukukun yüklediği ödev aykırı bir irade ile hareket etmek ise, söz konusu irade hukuk tarafından muhatap alınmalıdır; zira, akıl hastalığı olan kişi veya ceza hukukunca irade sahibi olarak kabul edilmeyenin (ceza ehliyetini kaybeden) kusurlu sayılması mümkün değildir.⁶⁸

2.2.2.2.3. Freudenthal'ın yaklaşımı

Özellikle *Frank* ve *Goldschmidt*'in, yaklaşımlarından sonra belirginleşmeye başlayan normatif anlamdaki kusur kavramına önemli katkılardan bir tanesinin de bu süreçte *Freudenthal*'den geldiği mutlaka belirtilmelidir. *Freudenthal*, ilk kez *Frank* tarafından ortaya atılan ve kusuru ortadan kaldıran sebep niteliğinde olan “*refakat eden unsurlar*” kavramını *Frank*'in aksine kast ve taksirin yanında kusurun münhasır diğer bir unsuru olarak değil, kast ve taksirin bir parçası olarak mütalaa etmiştir. Buna göre, *Freudenthal*, her ne kadar kanunda ayrıca belirtilmemiş de olsa, doğası gereği kast ve taksirin muhtevasında failin başka türlü davranabilme imkânının mündemiç şekilde bulunduğundan bahsetmiştir. Buna bağlı olarak kusurun failin başka türlü davranabilmesi mümkün olmasına rağmen ya da başka bir ifadeyle failin neticeyi gözünün önüne getirip fiili işlemekten kaçınması mümkün olmasına rağmen

⁶⁶ Hafızoğulları, *İstenemezlik İlkesi*, S. 341.

⁶⁷ Meraklı, *a.g.e.*, S. 134.

⁶⁸ Ömer Seyit Ramazan, *Muhalefetlerde manevi unsur*, Dar El-kitap, Mısır 1959, S. 39.

fiili işlemeden dolayı bu davranışının kınanması (muaheze edilmesi) yargısını içerdiğini ileri sürmüştür.⁶⁹

İçinde hareket ettiği şartların normallığı kavramından hareket eden müellif, kusurluluğun, esasen farklı davranabilme imkânı veya ödevinin olmasına rağmen, süjenin öyle davranmayıp da böyle davrandığı için kınanabilir olmasını ifade ettiği kanaatindedir. Başka bir ifade ile, farklı bir şekilde davranabilme erkinin, yani norma uygun davranma imkânının ortadan kalktığı şartlarda, kınanabilirlik (muaheze edilebilirlik) ve dolayısıyla kusurluluk ortadan kalkar. Kısacası, erk (imkân) yoksa ödev yoktur, ödev yoksa kusurluluk yoktur. Demek oluyor ki, bu düşüncede, süjenin erki, kusurun sınırını oluşturmaktadır.⁷⁰

Böyle olunca, somut olarak erkin, dolayısıyla ödevin ve sonuçta kusurluluğun varlığını veya yokluğunu tayin etmek için, her zaman münferit her bir olayın cereyan ettiği şartları dikkate almak gerekmektedir. Gerçekten, davrandığı somut olayda, süjeden eğer yaptığı davranıştan farklı bir davranış yapmasını isteyemiyorsak (beklemiyorsak), erkin ortadan kalkması ile beraber kınama, kınamanın ortadan kalkması ile birlikte de kusurluluk ortadan kalkar. Bu demektir ki, ilkenin kapsamı ve sınırları yalnızca kanunun öngördüğü kusurluluğu kaldıran hallere münhasır kılınmamalı, hatta daha da ileri gidilerek, adaletin gereği olarak, hâkim tarafından uygun bir değerlendirmeyi hakkeyorsa, kanunda öngörülmemiş olan benzer diğer halleri de kapsmalıdır. Kanunun zaruret (zorunluluk) hali gibi açık bir şekilde kusurluluğu kaldıran hal olarak öngördüğü haller dışında, süjenin erkinin, yani farklı davranışın istenebilirliğinin (beklenebilirliğinin) ortadan kalktığı hallerde de kusurluluk ortadan kalkmalıdır. Fakat, süje kendini ödev uyduramasa bile, ödev her zaman mevcuttur.⁷¹

Bu düşüncede, kusurluluğun esasını kınanılabilirlik oluşturur ve kınanmak aslında farklı davranmak imkânı varken öyle değil de bu şekilde davranmış olmaktan ibarettir. Burada, tasvip etmeme, onaylamama yargısının esasını, süjenin hareket etmiş olduğu özel, kendine özgü ortamda, hukuk düzeniyle uyumlu bir davranışın kendisinden beklenememesi oluşturmaktadır. Bu nedenledir ki, süjeden, sadece norma uyan belli bir davranışta bulunması istenmemelidir, aynı zamanda, tasvip etmemek veya onaylamamak değer yargısının verilebilmesi için, norma uygun davranabilme şartının bulunup bulunmadığı hususunun da araştırılması gerekmektedir. Gerçekten, içinde bulunmuş olduğu özel, kendine özgü koşulda,

⁶⁹ Meraklı, **a.g.e.**, S. 136-237.

⁷⁰ Hafizoğulları, **İstenemezlik İlkesi**, S. 344.

⁷¹ Hafizoğulları, **İstenemezlik İlkesi**, S. 344.

davrandığı şekilden başka bir şekilde davranması imkân dahilinde olmayan faile, kınama yöneltilmesi adalet ilkesine aykırıdır.⁷²

Freudenthal'in bu yaklaşımının en özgün ve dikkat çeken, yanı failin başka biçimde davranabilirliğindeki, yani suç işlemekten kaçınabilirliğindeki bir eksikliğin kusuru kaldıracağını savunması olmuştur; fakat, kusurun bu şekilde ortadan kalkacak olması yazara göre, kast ve taksirin mevcudiyetini de etkiler nitelik taşımaktadır; zira, *Freudenthal*, kusuru kaldıran bu türden nedenlerin kast ve taksir için kurucu nitelikte olduğunu; kast ve taksire esas oluşturduğunu ifade etmiştir. Öte yandan, yazar *beklenemezlik (istenemezlik)* ilkesini kanunüstü bir kusuru kaldıran sebep olarak telakki etmiştir. Bunun dayanağı, olarak da bu tür nedenlerin (*beklenemezlik/istenemezlik ilkesine dayanan sebeplerin*) etik olarak kast ve taksirin yapısında bulunduğu düşüncesini göstermektedir.⁷³

Görüldüğü üzere, farklı davranabilme ihtimali ilkesi, kusurluluk ve *beklenemezlik (istenemezlik)* kavramlarının dayandığı bu düşüncenin temel taşıını teşkil etmektedir. Bundan dolayı, davranışın istenebilir (beklenebilir) olmaması kusurlu davranmanın sınırını ve temelini oluşturduğundan, elbette, kendisiyle davranışın istenebilirliği (beklenebilirliği) belirlenebilen bir kritere sahip olmayı gerektirmektedir. Bu hususta *Freudenthal*'ın ortaya koyduğu kriter, halkın vicdanında egemen olduğunu iddia ettiği etik-bireysel bir kriterdir. Diğer taraftan, bahse mevzu kriter, failin oluşumu üzerine özel olarak etkili, sadece yapısal hallerinden değil ama aynı zamanda toplumsal ortamdan, ailevi şartlardan kaynaklanabildiğinden, istenemezlik (*beklenemezlik*) öğretisinin sınırlarının genişletilmesi bir gerekliliktir.⁷⁴

Bu yönüyle *Freudenthal*'in kusur kavramını sınırları belirsiz bir kavram olarak değerlendirdiği belirtilmelidir; zira, bu tarifler ve yaklaşım karşısında yazarın kusur kavramını somutlaştırmak yerine soyutlaştırmış olduğu ileri sürülebilir. Çünkü, hem hiçbir somut koşul getirmeden kanunüstü sebeplerin varlığını benimseyerek kusur kavramını kanunî bir zeminden çok ahlakî bir zemine oturtmuş hem de kast ve taksir kavramları ile mazeret sebeplerini adeta iç içe geçirmek suretiyle karmaşık bir yapı oluşturmuş bulunmaktadır.⁷⁵

⁷² Hafizoğulları, *İstenemezlik İlkesi*, S. 344.

⁷³ Meraklı, *a.g.e.*, S. 137.

⁷⁴ Hafizoğulları, *İstenemezlik İlkesi*, S. 344.

⁷⁵ Meraklı, *a.g.e.*, S. 137-138.

2.2.2.3. Bütüncül (kompleks) teorisi

Bu teorinin bütüncül veya kompleks olarak ifade edilmesinin altında, bu teorinin benimsediği kusur kavramının hem psikolojik hem de normatif (değerlendirmeye dayalı) unsurları bir arada ihtiva ettiği düşüncesi yatmaktadır. Bundan ötürü, bütüncül (kompleks) kusur teorisinin öğretilde kimi yazarlar tarafından normatif- psikolojik kusur teorisi olarak ifade edildiği de mülahaza edilmektedir. Bütüncül (kompleks) kusur teorisinde normatif unsurların yanında ayrıca failin fiili ile arasındaki psikolojik ilişkiyi karakterize eden kast ve taksir de kusurun birer unsuru olarak mütalaa edilmektedir.⁷⁶

Bütüncül (kompleks) kusur teorisi, Türk Ceza Hukuku Öğretisi'nde özellikle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği döneme dek en yaygın görüş olup şu şekilde savunulmaktaydı, bu iki anlayış birbirini yok etmemekte olup aksine tamamlamaktadır.⁷⁷ Çünkü kusurun esasını açıklayan psikolojik ve normatif teorilerin her ikisinde de doğru olan hususlar mevcuttur.⁷⁸ Yani her ikisi de hakikatin bir kısmını yansıtmaktadır.⁷⁹

Psikolojik teori kusurlu iradeyi psikolojik bir fenomen, yani süjenin iradesinin bir davranışı kabul etmesi ve bu davranışın dış dünyada gerçekleştirilen fiilin sebebi olması gerektiğini ortaya koymakla, başka bir deyişle failin ruhunu ve iç dünyasını, dışarıya tezahür eden fiilinin sebebi olarak göz önüne almakla isabetlidir.⁸⁰

Bu görüşü savunanlara göre, kusur hakkında genel ve bütün durumları kapsayacak bir tanım vermek bakımından normatif görüşün kabulü söz konusu olamaz. Böyle bir görüş hukuka aykırılık unsurunu manevi unsurun içinde kabul eden öğretinin tekrarından ibaret kalır.⁸¹ Dolayısıyla, kusurun esas türünü oluşturan kast durumunda psikolojik bir araştırma (öngörme ve isteme araştırması) ile yetinmek gerektiğini belirtmektedir. Çünkü kastta sonuç gerek öngörüldüğü gerek istendiği için bu kusur türünün psikolojik niteliği tamamen ortaya çıkmıştır.⁸²

⁷⁶ Meraklı, **a.g.e.**, S. 138.

⁷⁷ Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, S. 202.

⁷⁸ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara 2018., S. 371.

⁷⁹ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin yayınevi, Ankara 2018, S. 429.

⁸⁰ Soyaslan, **a.g.e.**, S. 429; Toroslu, N. / Toroslu, H., **a.g.e.**, S. 202.

⁸¹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.** S. 452.

⁸² İçel, Genel Hükümler, S. 417.

Ancak aynı irade taksir şeklinde ortaya çıktığı takdirde yalnız psikolojik alanda kalmak bir anlam taşımayabilir ve failin iradesi yönünden yapılacak psikolojik araştırmaya ilaveten bir değer hükmüne varmak yani normatif görüşü ele alarak failin bir takım hukuki görevlere aykırı harekette bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. Görülüyor ki, *kusur psikolojik bir kavramdır* ve bu anlayış ile failin kusurlu bir irade ile harekette bulunup bulunmadığını belirtmek lazımdır. Ancak belirli bir olayda taksir söz konusu olduğunda aynı görüşü normatif görüşle kaynaştırmak ve onunla tamamlamak da gereklidir. Yalnız bu anlamda ve bu ölçüdedir ki kusur kavramı içerisinde normatif görüşe yer vermek gerekmektedir.⁸³

İfade etmek gerekir ki, kusurun esasını açıklamak üzere psikolojik veya bağdaştırıcı görüşü benimseyen yazarlar, klasik suç teorisinin taraftarı ve kusuru manevi unsurla aynı kavram olarak mütalaa edenlerdir. Biz ise aşağıda detaylı bir şekilde izah edileceği gibi, kusurun manevi unsurdan ayrı olarak nitelendirilmesi gerektiği düşüncesine katıldığımız için kusurun hukuki içeriğini esasa dayalı düzlemde açıklayan normatif görüşü benimsemekteyiz.

2.2.3. Kusur ile Manevi Unsur İlişkisinin Felsefi Gelişimi

Suçun manevi unsuru, kişi ile işlenen fiil arasındaki maddi olmayan psişik bir bağdan oluşmaktadır. Suç teşkil etmesi için sadece suçun maddi unsurları başlığı altında incelenen hususların (fiilin) gerçekleşmesi yeterli değildir. Haksızlığı oluşturan bu fiil ile fail arasında sübjektif (manevi) bir bağın da mevcut olması gerekir.⁸⁴ Söz konusu bağın bulunmadığı halde suçun oluştuğundan söz edilemez.⁸⁵

Bu manevi bağa öğretilerde “kusurluluk”, “hatîe”, “genel anlamda hata”, “issim”, “zenb” “manevi unsur”, “sübjektif unsur”, gibi adların verildiği görülmektedir.

Suçun manevi unsurlarının kusurluluk (hatîe) ya da kusur olarak vasıflandırılması, sadece bir kavram sorunu olmayıp bilakis suçun yapısıyla ve onu izah eden suç teorisinin yaklaşımı ile ilgili bir yaklaşımdan kaynaklanmaktadır. Nitekim, kusur ile manevi unsur ilişkisinin felsefi gelişimi ve ileride izah edilecek kurumlarının (kastın ve taksirin) suç sistematigi içindeki konumu, yani kast ve taksirin kusurluluk içinde mi yoksa haksızlığın içinde mütalaa edileceği

⁸³ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 453.

⁸⁴ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, S. 324.

⁸⁵ Mustafa, **a.g.m.**, S. 255.

konusu, ortaya çıkan suç teorilerinin incelenmesi yoluyla açıklığa kavuşturulabilir. Bu nedenle, aşağıda her teoriye ayrıca yer verilecektir.

2.2.3.1. Klasik suç teorisi (v. Liszt, 1851-1919; Beling, 1866-1932)

Pozitivizmden etkilenen klasik suç teorisi, basit, derli toplu ve öğretim bakımından da avantajlı olması nedeniyle 19. Yüzyılın sonlarında başlayıp 20. Yüzyılın başlarından itibaren doktrinde etkinliğini devam ettirmekteydi.⁸⁶ Almanya’da 20. Yüzyılın başından beri klasik suç teorisi baskın görüş olarak telakki edildiği⁸⁷ gibi, Arap Ceza Hukuku literatüründe de hâlâ bu teorinin hâkim olduğu mülahaza edilmektedir.⁸⁸

Klasik suç teorisinin esasını oluşturan *hareket* kavramıdır. Bu kavrama göre, kanunî tanıma uygun (tipik) netice, fiilin bir parçasını tekvin etmektedir. Geniş manada hareket, yani fiil; dar anlamda oluşması, hareket ve neticedendir. Yani netice, fiilin bir unsuru olarak kabul edilmektedir.⁸⁹ Bu iki unsur, birbiriyle illiyet bağıyla bağlantılı olmaktadır.⁹⁰ Başka bir anlatımla, hareket, fizik (bedenin davranışı) ve iradilik (psişik) unsurlarının birleşiminden oluşan, diğer doğa güçleri arasında bulunan ve bir sebebi yaratma veya böyle bir sebebi önleme gücü olarak ifade edilebilir. Yani hareket, dış dünyada bir değişikliğe sebebiyet veren ya da böyle bir değişikliği önleyen iradi insan davranışından ibarettir. Bu sebeple bu teori, hareketi iki ontolojik kategoriyle temellendirmektedir: nedensellik (illiyet) ve iradilik. Hukuka aykırılık ve kusur ise harekete dışsal olarak mütalaa edilmektedir. Nitekim, kusur süje ile fiili arasındaki psikolojik alakayı (kast ve taksir), hukuka aykırılık ise hareketin hukuki menfaatlerini ihlâlini, ifade eder.⁹¹

Pozitivizm düşüncesine dayanan, nedensellik bağı merkezli suç teorisi⁹², kast ile taksiri, bir kusur şekli olarak nitelendirmektedir. Bu teoriye göre haksızlık ve kusur arasında çok keskin

⁸⁶ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, S. 262.

⁸⁷ Özbek ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 196.

⁸⁸ Mustafa, **a.g.m.**, S. 255.

⁸⁹ Türk Ceza Hukukunda da fiilin, hareket ve neticeden oluşmasını (*hareket – netice – sebebiyet alâkası*) kabul edenler bulunmaktadır bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, 1975, S. 38; Nurullah Kunter, **Suçun maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1954, S. 8.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 159; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt II-III, 2. Baskı, 1992, S. 14-15.

⁹¹ Selahattin Keyman, “*Cürmi Fillin Yapısal Unsuru olarak Hareket*”, **AÜHFD**, cilt 40, sene 1-4, 1988, S. 144.

⁹² Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 159.

bir ayırım söz konusudur. Bu teori, suçun tüm maddi (objektif) unsurlarını haksızlık alanına, tüm manevi (sübjektif) unsurlarını ise kusur alanına dahil addetmektedir.⁹³

Görüldüğü gibi, bu yaklaşıma göre hareket, tabîî bir vakıa ve dış dünyada bir değişikliğe sebebiyet veren iradi insan davranışı olmaktadır. Burada önemli olan iradî hareketin dış dünyada meydana gelen değişikliğin nedenini oluşturmasıdır. Söz konusu değişikliğin (neticenin) iradenin içinde olup olmadığı, yani hareketin neye tevcih edildiği (yöneldiği) ise bir önem arz etmemektedir. Klasik suç teorisine göre, iradi insan davranışı, hareketin temelini tekvin eden, hareketin içinde bulunan bir unsur olarak değil; hareketin haricinde bulunan ve hareket yeteneğiyle ilgili olan⁹⁴, ontik, hukuk öncesi, herhangi bir değer yargısından aranmış bir olgu olarak mütalâa edilmektedir.⁹⁵ Bu teoriye göre, hareketin neye yöneldiği fail ile fiil arasındaki ilişkiyi ilgilendirdiğinden dolayı kusur içinde ele alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, kusurla ilgili tetkikte failin fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik, ruhî durum incelenecektir. Bu anlayışa göre, “isnat yeteneği” *kusurun bir önşartı* olarak öngörülmekte. Kast ve taksir, iki “*kusur şekli* olarak kabul edilmektedir. Zorunluluk (zaruret, ıztırar) hali ise, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak telâkki edilmektedir. İşlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğu, hukuka aykırı olduğu hususundaki bilincin kişide olması gerekip gerekmediği, bu teoriye mensup yazarlar arasında görüş ayrılığına neden olmuştur. Örneğin, *Beling*, bu bilinci kusur bakımından zorunlu görürken, v. *Liszt*, söz konusu bilincinin mevcudiyetini gerekli bulmamaktadır.⁹⁶

Hakikaten de 19. Yüzyıl ceza hukuku anlayışının bir neticesi olarak ortaya çıkan klasik suç öğretisinde, kast ve taksir haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak değil, kusur başlığı altında, kusurun türleri olarak mütalaa edilmektedir. Bu anlayışın zorunlu sonucu olarak, kusur ile manevi unsurları birbirinden farklı kavramlar olarak değil, aynı anlamda kullanılmaktadır.⁹⁷

⁹³ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 147-148.

⁹⁴ Ozansü, **a.g.e.**, S. 36-37; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 148.

⁹⁵ Bkz. Önder, Genel Hükümler, S. 14-15; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**; Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, S.184.

⁹⁶ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, 160-161; Özbek ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 196.

⁹⁷ Bkz. Önder, **Genel Hükümler**, S. 14-15, S. 324.

2.2.3.2. Teleolojik (neo klasik) suç teorisi (Mezeger, 1883-1962)

Suç genel teorisinin ikinci aşaması, klasik sisteme yapılan eleştiriler sonunda meydana gelen ve bu sistemi yenileyen (revize eden) “neo-klasik” kuram olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁸ Başka bir anlatımla, hukuki pozitivizme yönelik eleştirilerden beslenen ve 20. Yüzyılın başlarında meydana gelen neo-klasik suç teorisi ceza hukuku tarafından belirtilen amaçlara ve ona içkin değer yargılarına göre tekvin edilen bir suç teorisine ulaşmak gayesindedir.⁹⁹

Toplumsal değerlerin ön planda olduğu bir sistemi kurmayı hedefleyen ceza hukuku suç kavramını temel alan teori, teleolojik suç teorisi (*teleologische Verbrechenslehre*) olarak da isimlendirilmektedir. Bu dönemin düşünce tarzı yeni-Kantçılık (*neukantianismus*) akımının *değerler felsefesi* (*Wertphilosophie*) ile ayakta durmaktaydı. Bilgi kuramı ise gözlem ve tasvir biçimindeki tabiat bilimleri yöntemleri ile anlama ve değerlendirme şeklindeki ruh bilimleri yöntemlerinden faydalanmaktaydı. Böylece ceza hukukunun yapısı da *Amaç*, *Değer* ve *Tasavvura* matuf ve değer yargılarının bağlayıcı tespitlerini ve otoriter ideolojiyi reddetmiştir.¹⁰⁰ Söz konusu akımın bir neticesi olarak, klasik suç teorisinin suçun unsurlarıyla ilgili anlayışında bir değişiklik süreci oluşmuştur.¹⁰¹

Ancak, teleolojik suç sisteminde tipiklik muhtevasında manevi, sübjektif unsurların varlığının gözlemlenmesi, tipikliğin tipik haksızlık olarak anlaşılması ve kusurun ise normatif kusur olarak ortaya çıkması karşısında; kastın suç tanımındaki yeri tamamen belirsiz kalmıştır. Bu durum karşısında kast taksirle birlikte yine bir kusur şekli olarak mı yoksa suçun haksızlık unsuru olarak mı telâkki edileceği sorularına henüz net bir cevap verilmediği gibi, taksirle ilgili anlayışında da taksir sadece bir kusur şekli olarak mı yoksa kasti suçlarda olduğu gibi taksirli suçların da kendisine özgü bir içeriğe sahip olduğu şeklinde mi anlaşılacağı sorularına henüz net bir cevap verilmiş değildir.¹⁰²

⁹⁸ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 263.

⁹⁹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 148.

¹⁰⁰ Özbek ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 199-200.

¹⁰¹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 148.

¹⁰² Özgenç, **Gazi Şerhi**, S. 189-190.

2.2.3.3. Final (gaî, amaççı, ereksel) suç teorisi

1930’lu yılların başından itibaren *Hans Welzel*, Ontolojik Felsefeyi temel alarak, hareket kavramına yeni bir açıklama getirmektedir. Muayyen bir neticeyi amaçlayan gaî, ereksel, amaççı, (intentional, final) hareket, “*gaî hareket kavramı*”, gaî (finalist) suç teorisinin temelini teşkil etmekte ve suçun genel unsurlarıyla ilgili bütün açıklamalarda bu hareketin haiz olduğu özellikler dikkate alınmaktadır.¹⁰³

Final hareket teorisinin, hareket kavramına yüklediği anlam ve bu yönde suç nazariyesine getirdiği izahlar dolayısıyla yeni bir çıkış açmış ve suç teorisinin o güne kadar açıklanamayan sorunlarına çözüm getirmiştir. *Welzel*’in geliştirdiği *final hareket teorisi*, kast kavramını, klasik ve neo-klasik suç teorilerinden farklı bir biçimde tarif etmiş, onu geliştirdiği suç nazariyesi içerisinde farklı bir yere (konuma) oturtmuştur.¹⁰⁴

Amaççı hareket teorisi, kastı, gaî hareketin bir unsuru olarak mütalâa etmektedir. Yani, tipe uygun hareketin amacı ile kast aynıdır. Çünkü insanın işlediği her hareketin bir amacı vardır ve amaçsız bir hareketten söz edilemez.¹⁰⁵ Başka bir anlatımla, hareket, mücerret “kör” nedensel bir seri değil, failin muayyen bir amaca yönelik gerçekleştirdiği davranıştır. Bu nedenledir ki, hareketin gayesi ile kast aynı şeyi ifade etmektedir.¹⁰⁶

Kastın kusur kavramından bağımsız olarak ele alınması kastla haksızlık bilincinin birbirinden ayrılması ve haksızlık bilincinin kusurun müstakil bir unsuru durumuna gelmesine neden olmuştur.¹⁰⁷

Final teorisinde, kast, haksızlık alanına dâhil edilmiş ve kusur alanından çıkartılmıştır. Böylelikle kast, kusurun değil, haksızlığın bir unsuru olmaktadır. Hareketin gaî bünyesinin kabul edilmesiyle, kastın, diğer sübjektif haksızlık unsurları (*Subjektive Unrechtsmerkmale*) ile birlikte tipik haksızlığın içinde olması gerekli olduğu, yani iradenin muhtevasının hareketten ayrı olarak ele alınamayacağı¹⁰⁸ sonucuna ulaşılmıştır. Çünkü tipikliğin vazifesi,

¹⁰³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 168.

¹⁰⁴ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 149.

¹⁰⁵ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler**, S. 265.

¹⁰⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 149.

¹⁰⁷ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 265.

¹⁰⁸ “*Gaî hareket teorisinin en büyük kazancı, iradenin muhtevasının hareketten ayırık olarak mütalâa edilemeyeceği hususudur.*” Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, dn. 77.

hareketi cezalandırılabilirlik açısından esaslı haksızlık unsurlarıyla beraber ele almaktır. Bu şekilde hukuka aykırılık yalnız objektif olması açısından, yani kınanan (takbih edilen) netice açısından değil, fakat aynı zamanda sübjektif olması açısından da yani kınanan (takbih edilen) irade bakımından da ele alınması gerekmektedir. Zikredildiği gibi, klasik ve neo-klasik sistemde kusur şekli olarak kabul edilen ve bu kabulün mecburi bir sonucu olarak hukuka aykırılık bilincini de kapsayan kast, finalist sistemde, kusur alanından çıkartılmış ve kanunî tanıma uygun (tipik) fiilin bir unsuru olarak telâkki edilmektedir. Kısaca kast, taksirle beraber, bir kusur şekli değil, haksızlığın bir işleniş şekli olarak mütalâa edilmektedir. Bu teori kast ile kusuru birbirinden ayırmış, dolayısıyla her insanın, akıl hastaları ve küçükler dâhil olmak üzere, kasten hareket edebileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁹

2.2.4. Kusur ile Manevi Unsur İlişkisi Bakımından Türk ve Irak Kanunlarının Felsefesi ve Görüşümüz

Türk Ceza Kanunu finalist suç teorisi etkisinde ortaya çıkmış bir kanun iken, Irak Ceza Kanunu klasik suç teorisinin tesirinde yazılmış bir kanundur. Nitekim, dayandıkları felsefî yaklaşımlar farklı olduğundan, her iki kanun konuya ilişkin izahlarda bulunurken birbirinden farklı çözümler ileri sürmektedir. Dolayısıyla, burada ilk başta Türk ceza hukuku literatüründe ortaya atılan düşünceler ve TCK'daki düşünceler, ardından da Arap ile Irak ceza hukuku literatüründe ve ICK'da benimsenen yaklaşımlar izah edilecektir.

2.2.4.1. Türk ceza hukuku öğretisinde kusur ile manevi unsur ilişkisi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Türk ceza hukuku literatüründe de Alman öğretisinde olduğu gibi, kusur ile manevi unsur kavramlarının muhtevası ve suç genel teorisindeki pozisyonu hususunda birbirinden farklı fikirler ileri sürülmüştür. Bazı müellifler, kusur ile manevi unsuru birbirinden ayrı kavramlar olarak mütalaa ederken; diğerleri, bunları birbiriyle aynı anlama gelen kavramlar olarak kabul etmektedirler. Dolayısıyla, kusur ve manevi unsuru aynı kavram olarak nitelendiren anlayışlar ile kusur ve manevi unsuru ayrı kavram olarak nitelendiren anlayışlar iki ayrı başlık altında incelenecektir.

¹⁰⁹ Koca/Üzülmez, a.g.e., S. 150.

2.2.4.1.1. Kusur ile manevi unsur aynı kavram olarak nitelendiren anlayış

Türkiye’de pek çok ceza hukukçusu klasik suç teorisinin etkisi altında kaldığı için hâlâ kusur ile manevi unsur aynı kavram olarak kullanmaktadırlar.¹¹⁰ Ayrıca, bu yazarlar tarafından, kusurluluk kavramı ile kusur kavramı arasında da bir ayrım yapılmıştır. Bunlara göre, fail cephesinden incelenirken *kusur*, fakat fiil yönünden ele alınırken *kusurluluk* olarak ortaya çıkacağı, yani bir eylemin kusur niteliğinden söz edildiğinde bu eylemi gerçekleştirmiş failin kusurlu olduğu söylenir. Ancak suç teorisinde suçun yapısal unsurları, fiilin ele alınması suretiyle incelediği için fiilin bir niteliği olarak kusurluluktan bahsedilmesi daha isabetli olacaktır. Bu görüş, Türk doktrininde baskın görüş olduğu gibi, Yargıtay kararlarında da; sübjektif, psikolojik, manevi unsur ve kusur aynı kavram olarak kullanılmaktadır.¹¹¹

Zira, bu düşüncüyü savunan yazarlarca; ancak kusur yeteneği olan kişiler kasten hareket edebilirler. Nitekim, bir akıl hastasının bir insanı öldürmesi halinde kusur yeteneği olmadığından, suç teşkil eden bir haksızlık olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Keza kusuru ortadan kaldıran bir sebebin mevcudiyetinde de failin kasten hareket ettiği ve dolayısıyla bir haksızlığın varlığından¹¹², yani bir suçun varlığından bahsedilemez.^{113, 114} Sonuç itibarıyla, bu düşüncüyü savunan yazarlarca benimsenen ilke, *kusursuz suç olmaz*¹¹⁵ ilkesidir.

¹¹⁰ Sözelimi suçun manevi unsur ile kusur kavramı aynı kavram olarak mütalaa eden yazarlar; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 444; Ayhan ÖNDER, **Ceza Hukuku Dersleri**, 1992, S. 160; İçel, Genel Hükümler, S. 411; Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1949, S. 90; Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 117; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 347; Toroslu, N./Toroslu, H., **a.g.e.**, S. 197; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 429; Apaydın, Kusurluluk, S. 25; Murat Volkan Dülger, “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, sayı 5, Nisan 2005, S. 66; Cengiz Topel Çiftçioglu, “Türk Ceza Kanunu’nda Taksir”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 3, 2013, S. 319.

¹¹¹ Çağdaş Ceza Hukuku’nda cezalandırılan eylemler yalnız iradi olan eylemlerdir. Manevi unsur olarak isimlendirilen suçun iradiliği ise, suçun unsurlarından birini ifade etmektedir. Failin işlediği bir eylem nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, genel olarak isnat yeteneğine sahip olması gerekli ise, özel olarak da işlenen suçta, olayda fiilen kusurlu olması lazımdır. Suçun sübjektif, psikolojik veya manevi unsur olarak adlandırılan bu unsur, fail yönünden ele alınırken *kusur*, fakat eylem yönünden ele alınırken *kusur* olarak ortaya çıkmaktadır. CGK, 12.10.2014. 1-163/194 (akt. İçel, Genel Hükümler, S. 411);

¹¹² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 152.

¹¹³ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara, 1968, S. 50.

¹¹⁴ Ancak, kusuru manevi unsur olarak kabul eden Hafizoğulları’na göre de isnat yeteneği kusurluluğun ön şartı olarak nitelendirilemez. Çünkü on yaşındaki bir çocuğun, bilerek ve isteyerek, okul arkadaşını yaralayabileceği düşünülebilir. Ayrıca bu çocuk, eline geçirdiği babasının silahıyla oynadığı sırada, dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesinde bir kimseyi yaralayabileceği de kuşkusuzdur. Hafizoğulları, Genel Hükümler, S. 342.

¹¹⁵ Hafizoğulları, Genel Hükümler, S. 337; Dülger, **a.g.m.**, S. 65.

2.2.4.1.2. Kusur ile manevi unsuru ayrı kavramlar olarak nitelendiren anlayış

Türk Ceza Hukuku literatüründe, artık kusur ile manevi unsuru ayrı kavram olarak nitelendiren ikinci bir görüş hâkim yaklaşım olmuştur.¹¹⁶ Bu görüşü savunan yazarlara göre; manevi unsurla kusuru birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Çünkü, kusur, işlediği suç nedeniyle kişinin kınanması, muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargıdan ibarettir.¹¹⁷ Bu açıdan kusur, işlediği fiille irtibatlı olarak kişiye yönelik bir değerlendirme yargısı olduğundan suçun bir unsurunu oluşturmaz. Başka bir anlatımla, kişi işlediği fiil nedeniyle kusurlu bulunmasa da bu fiil suç olma özelliğini kaybetmez. Buna karşılık, kanunî tanımda aranan manevi unsur gerçekleşmediği halde, suç oluşturan bir haksızlığın mevcudiyetinden bahsedilemez.¹¹⁸

Bu itibarla, kusur, haksızlık ihtiva eden bir fiilin, cezalandırılıp cezalandırılmaması veya ne oranda cezalandırılması gerektiği hususundaki değer yargısıdır.¹¹⁹

Haksızlık teşkil eden bir fiilin işlenmesi durumunda, bu haksızlığı gerçekleştiren kişinin şahsî özelliklerini dikkate almadan, bu fiil hakkında bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna karşılık, kusur söz konusu olduğu zaman; gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle, bir insan olarak faili hangi şartlarda sorumlu tutabileceğimiz tetkik konusu edilip bu konuda bir yargıya varılabilmesi için, işlenen fiilin (haksızlığın) hangi şartlarda gerçekleştirildiğinin araştırılması lazımdır. Kısaca kusur, gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili olarak faildeki *iradenin oluşum şartlarının* tespiti ve bu tespite binaen gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle, failin şahsen muaheze edilmesi gerekip gerekmediği konusundaki yargıyı ifade etmektedir.¹²⁰

Kusur, suç teşkil eden fiilin bir vasfı değildir. Kusur, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın, bu fiili gerçekleştirmesi sebebiyle muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargıyı ifade etmektedir. Yani bir fiil, failinin kusuru olmaksızın işlense bile, suç (haksızlık) vasfını

¹¹⁶ Kusur ile manevi unsuru farklı olarak nitelendiren yazarlar, Özgenç, Genel Hükümler 2018, S. 237; Özgenç, Genel Hükümler 2019, S. 241; Koca/Üzülmez, a.g.e., S. 152; Hamide ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Ders kitabı, Beta Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul, Eylül 2016, S. 363; Artuk ve diğerleri, Genel Hükümler 2019, S. 324; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, Ankara, 2017; Adem Sözüer, “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, İÜHFM Dergisi, PROF. DR. FÜSUN SOKULLU-AKINCI'YA ARMAĞAN, cilt 71, sayı 1, 2013, S. 9.

¹¹⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, S. 241.

¹¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler 2018, S. 236.

¹¹⁹ Zafer, a.g.e., S. 363.

¹²⁰ Özgenç, Genel Hükümler 2018, S. 236; Zafer, a.g.e., S. 363.

muhafaza edecektir. Demek ki, işlediği fiil nedeniyle failin kusurlu sayılması veya sayılmaması, bu fiilin suç vasfına haiz bir haksızlık olması üzerinde etki doğurmayacaktır.¹²¹ Bu itibarla, dağda donma tehlikesi altında olan bir avcının, orada bulunan bir dağ evinin kapısını kırarak içeri girmesi veya bir banka veznedarının oğlunun öldürüleceği tehdidiyle bankanın parasını faillere vermesi örneklerinde olduğu gibi, failin işlediği fiil açısından kusurunun olmadığı (kınanamadığı) durumlarda kasten hareket ettiği konusunda kuşku yoktur. Nitekim, donmamak amacıyla dağ evinin kapısını kıran avcı, başkasına ait bir konutun kapısını kırdığını bilir, bu nedenle (istemese de) kasten hareket etmektedir. Fakat failin böyle bir fiili işlemeye yönelik *iradesinin oluşum şartlarının kınanması* mümkün olmadığı için onun kusurlu sayılması söz konusu değildir.¹²²

O halde zorunluluk halinde veya işlediği fiilin hukuki anlamda muhtevasını idrak edemeyecek derecede akli bozuklukla malul bir akıl hastasının bir insanı öldürmesi durumunda, gerçekleştirilen fiil bir suç teşkil etmektedir; fakat, failin kusur yeteneği olmadığından, kusurundan bahsedilemeyecektir.¹²³

İşlenen fiil nedeniyle failin kusurlu sayılmaması durumunda dahi; bu fiil belirli bir haksızlık ifade edebileceğine göre, ceza hukuku bakımından önem arz etmektedir. Fakat, bu halde tatbik edilecek müeyyide farklılık göstermektedir. Şöyle ki; suç teşkil eden malum bir haksızlığının gerçekleştirilmesi nedeniyle failin kusurlu bulunması durumunda, tatbik edilecek yaptırım, bir cezadır. Buna karşılık; failin kusur ehliyetinin bulunmaması ya da genel olarak kusursuz olması durumunda dahi, işlenen fiil, suç (haksızlık) niteliğini sürdürmektedir. Fakat, bu halde faile tatbik edilecek yaptırım, bir ceza olmayıp güvenlik tedbiri olacaktır.^{124, 125}

Kusur, suçun yapısında barındırdığı tüm unsurların oluştuğunun tespitinden sonraki üçüncü safhada incelenmekte ve kusurun konusu, işlemiş olduğu haksızlık nedeniyle failin kınanıp kınanamayacağı tarafından oluşturulmaktadır. Buna göre, cezai sorumluluk için failin

¹²¹ Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 236-237.

¹²² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 152.

¹²³ Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 236.

¹²⁴ Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 237-238.

¹²⁵ Ancak, Öztürk'e göre esas yaptırımı emniyet tedbiri olan fiillerin suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Detaylı bilgi için bkz. Bahri Öztürk, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşurma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, S. 3; Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, Dn. 257.

tipikliğin maddi ve manevi unsuru ile hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştirmesi yeterli olmayıp ayrıca gerçekleştirmiş olduğu bu fiil nedeniyle fail hakkında bir kınama yargısında bulunulması da gerekmektedir. Yani, kusur söz konusu olduğu zaman, gerçekleştirmiş olduğu haksızlığın faile hangi şartlarda bireysel olarak isnat edebileceğinin araştırılması yapılmaktadır.¹²⁶

Kusur yargısından önce, kanundaki belirli suç tanımlarına uygun bir haksızlık gerçekleştirilmelidir. Bu haksızlık ise ya kasten işlenebilir ya da taksirle gerçekleştirilebilir. Böylece, *kast ve taksir, birer kusur şekilleri değil; haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekilleri olarak, kısaca, birer haksızlık şekilleri olarak anlaşılmaktadırlar.*¹²⁷ Ancak, kusurun yalın bir değer yargısı olarak kabulü, yani kast ve taksirden tamamen soyutlanması da söz konusu değildir. Çünkü kusur *mutlaka bir haksızlıkla irtibatlandırılmalıdır*. Bir başka anlatımla, ancak bir haksızlığın gerçekleştirilmiş olması nedeniyle kişi kusurlu sayılabilir. Şöyle ki; kusur yargısının dayanağını teşkil eden haksızlıktır. Haksızlık teşkil eden vakıa ile haksızlık yargısı arasında nasıl zorunlu bir bağlantı bulunursa; sorumluluk ve öncelikle kusur yargısıyla, bu yargının dayanağını teşkil eden haksızlık arasında da zorunlu bir ilişki mevcuttur. Böylece, haksızlığın bütün unsurları dolaylı bir şekilde kusurun belirlenmesinde de tesirli olmaktadır. Kısacası, kusur yargısının dayanağını teşkil eden, zeminini oluşturan haksızlıktır.¹²⁸

Sonuç olarak bu yazarlara göre, kusurun yokluğu, fiilin hukuka aykırılığını etkilememekle beraber failin cezalandırılmasını engellemektedir.¹²⁹ Yani, ceza kusuru şart koşmakta. Bir kalıp şeklinde söylemek gerekli olursa “*kusursuz ceza olmaz*” bu ilkenin, kusur ilkesi, iki işlevi vardır; ilk olarak gerçekleştirilen bir haksızlık¹³⁰ dolayısıyla failin yalnız kusurlu olması durumunda cezalandırılabilmesini ifade eder. Bu anlamda, failin işlediği suçla bağlantılı olarak kusurlu olmaması durumunda faile ancak güvenlik tedbirleri uygulanabilir. İlkenin ikinci görevi ise, failin kusuruyla orantılı olarak cezalandırılabilme görevidir.¹³¹

¹²⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 311.

¹²⁷ Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 238.

¹²⁸ Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 239.

¹²⁹ Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 152.

¹³⁰ *Haksızlık kavramı, büyük-küçük haksızlık, az-çok haksızlık, hafif-ağır haksızlık şeklinde derecelendirilebilir bir kavramdır. Örneğin bir insan öldürme fiilindeki haksızlık, bir yaralama fiilindeki haksızlıktan çok daha ağırdır. Aynı fiilin değişik araçlarla işlenmesi ya da faille mağdur arasındaki ilişki dahi aynı fiilin kasıtlı hali ile taksirli hali arasında haksızlık içeriği bakımından farklılık vardır.* Bkz. Zafer, **a.g.e.**, S. 364, Dn. 10

¹³¹ Bkz. Zafer, **a.g.e.**, S. 363-364; Sözüer, **a.g.e.**, S. 9

2.2.4.2. Irak ve Arap öğretisinde kusur ile manevi unsur ilişkisi

Arap Ceza Hukuku literatüründe hâlâ klasik teorinin etkisi devam etmekte olup suçun manevi unsuruna, hatfe, issim¹³², *günâhkar ruh (nefis)*¹³³, *kötülük (suçlu veya günahkâr) iradesi*, cürmü hata veya cinaiyi hata¹³⁴, geniş anlamıyla hata¹³⁵, manevi, şahsi ve psikolojik unsuru adları da verilmektedir.¹³⁶

Kusur (Arapça ifadesi ile hata)¹³⁷, cezai sorumluluğun ilk unsurunu oluşturur. Cezai sorumluluğun oluşması için işlenen suç, failin kendi kusuru nedeniyle meydana gelmiş olmalı; aksi halde, failin iradesi dışında bir eylem sonucunda meydana gelen zararlı netice (suç) faile cezai sorumluluk yüklemes.¹³⁸

Suçlu irade, kusuru vücuda getirir. Söz konusu irade ise hukuka aykırı bir amaca (fiil ile neticeye) yönelmiş olduğu için suçlu irade vasfını alır. Başka bir anlatımla, irade, kanunun emrine aykırı yönlendirilirse kusurlu bir irade olur. Dolayısıyla, manevi unsur, suçun maddi unsurları (fiil) ile failin psikolojisi arasındaki bağı göstermektedir.¹³⁹ Bu psikolojik bağ iki suretle ortaya çıkabilir; neticeyi görür ve ister. İkinci sureti ise fail olayın gerçekleşebileceğini öngörür ancak neticeyi istememektedir. Fakat suçlar değişse de bu psikolojik bağın tözü değişmemektedir. Dolayısıyla, suçun işleyiş şekli ister kasıtlı ister taksirli olsun suçun tözsel bir boyutu vardır o da kusur (manevi unsur)dur.¹⁴⁰

Nitekim, Kusurun şekillerinin adlandırılması şöyledir; kusur oranı çok olan kusura *cürüm kastı* adı verilir ve bu suretle işlenen suç, kasıtlı suç olarak nitelendirilmektedir. Fakat kusur oranı daha az olan kusur ise *Taksir* adını alır ve bu şekilde gerçekleştirilen suç kasıtlı olmayan suç olarak nitelendirilmektedir. Ceza hukuku genelinde kural olarak cezalandırma kasten

¹³² (الائم) bu terimi kullanan yazarlar: El-helef/El-şawi, **a.g.e.**, S. 149.; Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 24; Selame, **a.g.e.**, 1979, S. 242.

¹³³ Muhib El-din, **a.g.e.**, S. 15

¹³⁴ Mustafa El-a'wci, **El-kanun El-cinai ikinci cilt El-mesuliye El-cinaiye** (Ceza Hukuku ikinci cilt Cezai Sorumluluk), Menşurat El-helebi Yayınevi, 2016, S. 39

¹³⁵ Bu terimi kullanan yazarlar için bkz. Fahri El-hedisi, **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu Şerhi- Genel kısım), Bağdat, 1992, S.274; Elseedi, **a.g.e.**, cilt 1, S. 230; Husni, **Kast Teorisi**, S. 1; Ubeid, **a.g.e.**, S. 10; Mursi/El-seyit, **a.g.e.**, S. 364; Letife Hemid Muhammed, “*El-kast El-cinayi El-has (Cinai Özel kast)*”, YLT, Bağdat Üniversitesi, 1994, S. 19; Surur, **a.g.e.**, S. 524.

¹³⁶ Arap ceza hukuku literatüründe kusura her ne kadar farklı isimler verilse de içerik itibarıyla aynı olup manevi unsur olarak anlaşılmaktadır.

¹³⁷ Cürümi hata (kusur) ve Cinaiyi hata (kusur) olarak da adlandırılmaktadır.

¹³⁸ El-a'wci, **a.g.e.**, cilt 2, S. 39

¹³⁹ El-hedisi, **a.g.e.**, S.274

¹⁴⁰ Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 28.

işlenmiş suçlara mahsustur. Dolayısıyla kanunun açıkça izah etmediği halde taksirle gerçekleştirilen bir netice (zararlı olsa da) suç olarak nitelendirilmeyip cezayı gerektirmez. Başka bir deyişle kural olarak kast olmadan suçun varlığından da bahsedilemez. Fakat istisnai hallerde, kanunda taksirle işlenebilir bir suç olmasına dair açıkça bir hükmün bulunması şartıyla ancak bir suç taksirle işlenebilir ve işlenmiş suçtan dolayı fail cezalandırılabilir. Bunun içindir ki bir suçun tanımında manevi unsurundan bahsedilmemiş ise söz konusu suçun oluşması için kastın varlığı zorunludur.¹⁴¹

İradenin yönlendirmesinden ibaret bulunan aynı esasa (ilim ve irade)¹⁴² dayanan kast ile taksirin esas itibarıyla bir farkı bulunmamaktadır. Fakat bilme ve istemenin kapsamı bakımından farklılık gösterirler, yani failin iradesinin (ne kapsadığı) neye yönlendirildiğine göre kast ve taksir belirtilir. Şöyle ki, kastta failin iradesi fiil ve neticeyi kapsar yani ikisini ister. Örneğin; fail birini öldürmek amacıyla bıçakla saldırır, burada fail, fiili (bıçaklama) de neticeyi (öldürme) de ister. Fakat taksir söz konusu olduğunda failin iradesi sadece fiili kapsar. Başka bir deyişle fail, fiili ister lakin kendi işlediği fiil neticesinden meydana gelebilecek neticeyi istememektedir. Ancak kendi ihmalden veya tedbirsizliğinden dolayı istemediği zararlı netice (kanunen cezalandırılması gereken netice) gerçekleşir, bu nedenle de fail sorumlu tutulur. Örneğin; fail, bir hayvana avlanmak amacıyla ateş ederken bir insanı vurup öldürdüğü takdirde failin neticeyi istememesinden dolayı bir taksir söz konusu olacaktır. Başka bir anlatımla, kastta, suçun tüm maddi unsurları (fiil ve netice) failin iradesi kontrolündedir. Fakat taksir durumunda suçun maddi unsurlarının bir kısmı (fiil) failin irade kontrolünde olmaktadır. Ancak suçun maddi unsurlarının diğer kısmı (netice) ile irade ilişkisi sadece kontrol imkânı ile sınırlıdır.¹⁴³

Yukarıda belirttiğimiz gibi klasik suç teorisinin etkisi altında kaldıkları için hâlâ kusur ile manevi unsuru aynı kavram olarak kullanılması hususunda Arap ceza hukukçuları arasında bir fikir birliği vardır. Başka bir deyişle, herhangi Arap ülkesinin ceza hukuku kitaplarını

¹⁴¹ Irak-Temyiz Ceza Genel Kurulu, bu ilkeyi kararlarında benimsemiştir, Örneğin; “söz konusu adam öldürme suçundan ilk araştırılması gereken şey faildeki kastın var olup olmamasıdır. Çünkü taksirli suçların varlığı, failin kasıtlı hareket etmemesine bağlıdır. Başka bir anlatımla, ancak kastın bulunmadığı halde ihmalden (taksirden) söz edilebilir.” Bkz. ITCGK, kn. 2750, 19.12.1971; aynı yönde başka bir karar: ITCGK, kn. 757, 21.04.1965. Ayrıntılı bilgi için bkz. El-hedisi, **a.g.e.**, S. 39., Dn. 1. Belirtmemiz gereken husus şu; bu kural (suçların prensipte kastla ve istisnaen taksirle işlenebilmesi), Arap ülkelerinin ceza kanunlarında zikredilmemiş olmasına rağmen tatbikatta uygulanan bir kuraldır. Bunun sebebi de Kur'anı Kerim'in koyduğu ilkedir. Surat An-nisa Ayet 92 “وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً” ayrıca bkz. El-hedisi, **a.g.e.**, S. 39., Dn. 1.

¹⁴² TCK'da bilme ve isteme kavramlar kullanılmaktadır.

¹⁴³ Husni, **Genel Kısım**, S. 557

incelediğimizde kusur kavramını -ayrı isimler altında ele alınsa da- gördüğümüzde hemen manevi unsur aklımıza gelmektedir. Çünkü kusuru manevi unsurdan ayrı bir kavram olarak ele alıp inceleyen bir yazar bulunmamaktadır.¹⁴⁴

Ancak, belirtmek gerekir ki, kusuru manevi unsur olarak nitelendirme konusunda bir fikir birliği mevcutsa da kusurun, ceza ehliyeti (kusur yeteneği-capacité pénale) de kapsayıp kapsamayacağı konusunda tartışmalar vardır. Söz konusu tartışmaları iki grupta sınıflandırabiliriz;

2.2.4.2.1. Ceza ehliyetini kusurun bir unsuru olarak kabul edenler

Yazarların bir grubu (kısmı) ve özellikle normatif teorisini savunanlara göre; kusur hukukun yüklediği ödevi aykırı bir irade ile hareket etmek ise, söz konusu irade hukuk tarafından muhatap alınmalı. Dolayısıyla akıl hastalığı olan kişi veya (ceza ehliyetini kaybeden) ceza hukukunca irade sahibi olarak kabul edilmeyenin kusurlu sayılması mümkün değildir.¹⁴⁵ Bir başka deyişle, irade tabii şartlar altında oluşmadığı halde, yani failin iradesi özgür ve bilinçli olmadığı takdirde kusurdan bahsetmek söz konusu olmayacaktır.¹⁴⁶ Bununla birlikte bazı yazarlar, failin kusurundan bahsedebilmesi için failde, temeyyüz ile idrak yeteneğine dayanan ceza ehliyetin (kusur yeteneği) bulunması, kusurun *ön şartı* ¹⁴⁷olarak mütalaa etmektedirler.¹⁴⁸

Bu fikirde olan yazarlara göre; kusur, kanunen muaheze edilebilir bir iradenin, ceza kanununun gerekli kıldığı bir ilkeye aykırı yönde yönlendirilmesinden oluşmaktadır.¹⁴⁹

Ceza ehliyeti (kusur yeteneği), kusurun bir unsuru olarak addeden yazarlar düşüncelerini şöyle izah etmektedir; manevi unsur veya cezai sorumluluğun şahsi (kişisel) yönü, faili hukuka aykırı fiile (suça) sevk eden ıssimli (günâhkar) iradenin araştırılmasından başka bir

¹⁴⁴ Ancak, Arap doktrininde kusurun isimlendirilmesiyle ilgili kavramsal bir farklılık bulunmaktadır. Örneğin; Mısır'da *issim* ile *hata*, Suudi Arabistan'da *issimli nefis* (النفيس الائمة) ve Ürdün'de ıssimli irade (الإرادة الائمة) kavramı kullanılmakta. Irak ve diğer Arap ülkelerinde ise genel anlamıyla hata veya sadece hata ibaresi kullanılmaktadır.

¹⁴⁵ Ramazan, Muhalefetler, S. 39.

¹⁴⁶ Ramazan, *İssim*, S. 615.

¹⁴⁷ Mülâhaza edilir ki, bazı yazarlar kusur yeteneği manevi unsurların yapısının dışında kabul edip ancak manevi unsurun varlığı için kusur yeteneği ön şart olarak mütalaa etmekte. Fakat sonuç itibarıyla aynı olup her iki durumda kusur yeteneği olmadan manevi unsurun varlığından da bahsedilemez.

¹⁴⁸ Ramazan, Muhalefetler, S. 39-40.

¹⁴⁹ Husni, Genel kısım, S. 522; Selame, *a.g.e.*, S.249.

şey değildir.¹⁵⁰ Hatta, cezanın ağırlığı da fiil ile faildeki (suçlunun) iradenin ağırlığına göre tayin edilir. Yani mesuliyetin men edilmesi, mesuliyetin azalması veya cezadan muafiyeti, işlenen suça değil, suçu işleyen failin özgün koşullarına dayandırılmaktadır. Dolayısıyla manevi unsurun esası incelenirken aslında faili ve failin iradesinin suç işlemeye yönelmesini incelemiş oluruz. Çünkü failin mesuliyeti söz konusu iradenin varlığına bağlı ve şiddetiyle orantılıdır. Bu nedenledir ki manevi unsurun oluşması için failde idrak ve temeyyüz yeteneğine dayanan bir iradenin (kusur yeteneği) bulunması şarttır.¹⁵¹

Görülüyor ki, bu düşüncüyü savunan yazarlara göre; kusur üç unsurdan oluşmaktadır. Onlar da; A- cezai vakıa (netice) ile fail arasındaki psikolojik bağ, b- iradi fiil, c- ceza ehliyeti (kusur yeteneği)dir.¹⁵² Zikredilen yazarlar, fikirlerini kanıtlamak için şöyle bir gerekçe sunmaktalar *“ceza ehliyeti (kusur yeteneği) olmayan kişi kanun hükümlerine muhatap değildir. Dolayısıyla kanunun bir emrine aykırı bir davranışta bulunduğu da sorumlu tutulamaz.”*¹⁵³

Bu görüşü ileri sürenlerin genelde Fransız ceza hukukunun etkisinde olan yazarlar olduğu mülahaza edilebilir. Sözgelimi; Fransız ceza kanununun 64. Maddesinde şöyle bir hükme yer verilmiştir; fail, fiili işlediği anda akıl sağlığı yerinde değilse (deli) veya fiili cebir altında işlemişse, işlenen fiil suç oluşturmaz. Böylece ceza ehliyetinin bulunmaması halinde işlenmiş bir suç söz konusu olmayacaktır. Fransa Yargıtay Mahkemesi de 13.12.1956 tarihli kararında, *“bir suçun oluşabilmesi için fiili gerçekleşen failde, idrak ve iradenin bulunması gereklidir; nitekim reşit (küçük yaşta) olmayan bir çocuğun idrak ve iradesi bulunmadığı için, gerçekleştirdiği fiil bir suç ifade etmez”* diyerek bu yaklaşımı benimsemiştir.¹⁵⁴

¹⁵⁰ ELLIOT/ WOODS, **Casebook on criminal Law**, op. cit., 1993 P. 16 act of will and responsibility; Muhammed Subhi Nejim, **Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu- Genel kısım), Dar El-thaqafa yayınevi, Amman 2005, S. 258.

¹⁵¹ Nejim, **a.g.e.**, S. 258; aynı fikirde olan EL-HELEBİ’ye göre de; manevi unsurdan bahsedilebilmesi için fiil mutlaka ceza ehliyeti (kusur yeteneği) olan bir kişi tarafından işlenmelidir. Muhammed Ali El-salm Ayyad El-helebi, **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu Şerhi- Genel kısım), 1. Baskı, Dar El-thaqafa yayınevi, Amman 1997, S. 187.

¹⁵² *“Manevi unsur (Suç iradesi) iki unsurdan oluşmaktadır onlar da; cezai ehliyet (kusur yeteneği) ile cinayet ismi (kusur)”* Surur, **a.g.e.**, S. 492.; Ramazan, **Muhalefetler**, S.40

¹⁵³ Abdulazim Mursi Wezir, **İftiraz El-hata ke esas Lilmesuliye El-cinaiye** (cezai sorumluluğun esasları olarak hata varsayımı), Dar El-nahda El-Arabiye, 1988, S. 9.; Ramazan, **İssim**, S. 615.

¹⁵⁴ CasS. Crim. 13 déc. 1956. D. 1957. 349. Note patin. Akt. El-a’wci, **a.g.e.**, S. 42.

2.2.4.2.2. Ceza ehliyetini kusurun unsuru olarak kabul etmeyenler

Ancak Irak başta olmak üzere diğer Arap ülkelerinde çoğunlukla kabul edilen görüş, ceza ehliyetini (kusur yeteneği) kusurun dışında mütalaa eden görüştür.¹⁵⁵

Bu yazarlara göre; ceza ehliyetinin (kusur yeteneği), kusuru oluşturan unsurlardan biri olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Çünkü ceza ehliyeti kusur içinde ele alındığı zaman kusurun, cezai sorumluluktan bir farkı olmayıp aynı anlamı teşkil edecektir. Bu anlayışın sonucunda da cezai sorumluluk suçun tipiklik unsuruna girecektir. Dolayısıyla kusur (*Culpabilité*) suçun tipiklik unsurlarından biriyken işlenen suçtan doğan cezai sorumlulukla karıştırılmaması gerekmektedir.¹⁵⁶

Nitekim, ceza ehliyeti (kusur yeteneği) olmasa da suç işlenebilir. Başka bir deyişle kusur yeteneği olan biri nasıl bir suç işleyebiliyorsa aynı şekilde ceza ehliyeti (kusur yeteneği) olmayan biri de suç işleyebilir. Yani akıl hastası olan biri suçu kastla ya da taksirle işleyebilir fakat ceza ehliyeti olmadığı için cezalandırılmaz.¹⁵⁷ Ceza ehliyeti (kusur yeteneği), failin şahsi özelliklerine ilişkin olup fiille bir bağlantısı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kusurun bir unsuru olarak değil, cezai sorumluluğun içinde ele alınmalıdır.¹⁵⁸

Söz konusu yazarlara göre; idrak ve temeyyüze dayanan ceza ehliyeti, suçun unsurları dışında olan bir değerdir, bu olgu suçun unsurları içinde bulunduğu fail sorumlu tutulabilir. Ancak suçtan doğan cezai sorumluluktan bahsedilebilmesi için ceza ehliyeti olan bir kişi tarafından suçun tüm unsurları işlenmiş olması gerekmektedir. Bir başka deyişle failin, ceza ehliyetini ortadan kaldıran bir sebepten dolayı cezai sorumluluk söz konusu olmazsa da failin işlediği fiil suç vasfını kaybetmemektedir.¹⁵⁹

2.2.4.3. Türk Ceza Kanunun anlayışı

5237 Türk Ceza Kanunu, Birinci Kitabın İkinci Kısımının birinci bölümünde “Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği, Kast ve Taksir” başlığı altında, 21/1. maddesinde “*Suçun*

¹⁵⁵ Abdulrauf Mehdi, *Şerh El-kawaid El-amme Lil-Kanun El-ukubat* (ceza kanununun genel ilkeler şerhi), 1983, S. 197.; Wezir, *a.g.e.*, S. 10.

¹⁵⁶ Abdulrauf MEHDİ, *El-mesuliye El-cinaie E’n El-ceraim El-iktisadiye* (ekonomik suçlardan doğan cezai sorumluluk) Manşaat El-maarif Yayınevi, El-Eskenderiye 1976, S. 142-143.; Auz Muhammed, *a.g.e.*, S. 210.

¹⁵⁷ Auz Muhammed, *a.g.e.*, S. 210, Wezir, *a.g.e.*, S.9

¹⁵⁸ Mehdi, *a.g.e.*, S. 197.; Wezir, *a.g.e.*, S.9-10.

¹⁵⁹ Wezir, *a.g.e.*, S. 11.

oluşması kastın varlığına bağlıdır.” Hükmüne yer verilerek suçun mevcudiyetini kastın bulunup bulunmamasına bağladıktan sonra, kastı, “*suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” biçiminde tanımlamıştır. O halde fail, kanunî tanımındaki suçun (haksızlık tipindeki) tüm unsurları bilmedikçe kasten işlediği bir suçtan söz edilemeyecektir. Görüldüğü gibi burada suçun mevcudiyeti için aranan unsur kusur değil, kasttır. Bu nedenledir ki, suçlar, kural olarak kasten işlenebilmekte ve kastın olmadığı halde işlenmiş bir suç söz konusu olmayacaktır. Fakat, 22/1. maddesine göre; istisnaen kanunun açıkça izah ettiği halde bir suç taksirle işlenebilmektedir.

Kanun, 40/1. maddesinde de iştirak bağlamında kasten işlenen suçun tanımı yapılmış “*kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı*” suçun tekvini açısından yeterli görülmüştür. İştiraktan söz edebilmek için suç oluşturan bir fiilin işlenmesi zorunlu olduğuna göre, bu fıkra yapılan tanımdan hareketle, TCK’nın da kastı, haksızlığın bir unsuru olarak kabul ettiği sonucu çıkartılmalıdır. Nitekim, yanılmaya ilişkin 30. maddede de haksızlık ve kusur ayrımı yapılmış ve haksızlığın unsurlarının bilinmesinin kasta dâhil olduğu, buna karşılık fiilin bizatihi haksızlık oluşturduğunun bilinmesinin ise kasta değil, kusur alanında olduğu kabul edilmiştir. Böylece TCK, final suç teorisinin ceza hukukuna kattığı iki önemli sonucu (kastın sübjektif haksızlığın, haksızlık bilincinin ise kusurun bir unsuru olduğu anlayışı) kabul etmiş bulunmaktadır.¹⁶⁰

Aynı doğrultuda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, 223. maddesinin 2. fıkrasının C bendinde beraat kararı gerektirecek hallerden biri yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, olarak ele alınmaktadır. Ancak, aynı Maddenin 3. fıkrasının D bendinde kusurluluğu ortadan kaldıran yanılgıya düşülmesi, hallerinden bahsederken kusurun bulunmaması beraati değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararını gerektirmektedir.

Gösterilen kanunî maddelere bakıldığında TCK suçun manevi unsuru ile kusuru ayrı kavram olarak nitelendirmektedir. Şöyle ki, suçun işlenebilmesini koşul kılan unsur kusur değil, manevi unsur (kast ve taksir) olmaktadır. Dolayısıyla manevi unsurun bulunmaması halinde gerçekleştirilmiş bir suç söz konusu olmayacaktır. Ancak, kusurun bulunmaması suçun oluşması üzerinde bir etki doğurmamakta ve failin cezalandırılmasını engellemektedir.^{161, 162}

¹⁶⁰ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 153.

¹⁶¹ Aynı doğrultuda bkz. “*yeni TCK’ya hâkim olan suç teorisinde, suçun manevi unsuru ile kusur, birbiriyle bağlantılı ancak içerik ve fonksiyonları açısından birbirinden farklı kavramlar olarak anlaşılmalıdır*”

2.2.4.4. Irak Ceza Kanununun anlayışı

2.2.4.4.1. Bağdat Ceza Kanunu sistemindeki anlayış

1918 Yılında çıkan Bağdat Ceza Kanunu, 44. maddesinde şöyle bir hükme yer vermişti; “*Ceza Kanununun hükümleri, Şeriat’ın öngördüğü bir hakka dayanan, iyi niyetle işlenen hiçbir eylem için geçerli değildir.*” Böylece, bir fiilin ceza hukuku bağlamında ele alınması için iki şartın gerçekleşmesi gerekliydi; ilk şart failin iyi niyetli olmaması, ikinci şart ise işlenen fiilin, şeriatın öngördüğü bir hakka dayanmaması. Başka bir deyişle, fiili değerlendirmeden failin niyetine bakılırdı. Yani, iyi niyetle işlenen fiil zararlı olsa dahi Bağdat Ceza Kanunun hükümleri içinde değerlendirilemezdi.

Bu madde, Irak başta olmak üzere tüm Arap Ceza Kanunlarının ilk ve ender bir hükmü olup başka hiçbir Arap Ceza Kanununun metinlerinde benzeri olmayan bir madde idi.¹⁶³ Kanımızca söz konusu madde; “*Ameller, ancak niyetlere göre geçerlilik kazanır. Herkes ancak (ameliyle) niyet ettiğinin karşılığını alır...*”¹⁶⁴ hadisi şerifin, yani İslam Ceza Kanununda geçerli olan *fiili niyete göre değerlendirme*, ilkesinin etkisi altında Bağdat Ceza Kanununa girmiştir.

Bu ilkenin benzeri, kral *Coke’nin* 1641 yılında söylediği ünlü sözüyle “*Actus non facit reum nisi mens sit rea*” yani “Kötü niyetle (kötülük isteyen bir beyinle)¹⁶⁵ işlenmemiş bir fiil (kötülük) haksızlık¹⁶⁶ teşkil etmez”¹⁶⁷. Anglo-Amerika hukuk sistemine de girmiş¹⁶⁸ ve hâlâ

ÖZGENÇ, 2018, S. 236 vd. ayrıca Koca ve Üzülmüş’e göre “TCK’nın 61. Maddesinin 1. Fıkrasının ‘f’ bendinde, hâkimin temel cezayı belirlerken göz önünde bulunduracağı hususlardan birisinin de “**failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı**” olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar bu ifade, kasta çifte fonksiyon yüklendiğini kabule elverişli ise de bu düzenleme ile kusurun kast veya taksirle işlenen bir haksızlığa bağlı olarak belirleneceğinin ifade edilmesi istenmiştir.” Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 154.

¹⁶² Ancak, belirtmemiz gerekir ki, hâlâ Türk Ceza Hukuku öğretisinde çoğunlukla kabul gören görüş kusur ile manevi unsur aynı kavram olarak nitelendiren görüştür. Sözelimi; Apaydın kusuru suçun bir unsuru olarak kabul ederken “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bunun aksine bir düzenleme yapılmamıştır” iddiasında bulunmaktadır. Apaydın, **Kusurluluk**, S. 28.

¹⁶³ Ancak, Söz konusu maddenin aynısı 1934 yılın 58 sayılı Mısır Ceza Kanunu’nda da benimsenmiştir ve hukuka uygunluk sebeplerden biri olarak sayılmıştır (m. 60).

¹⁶⁴ “إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى” bkz. Muhammed bin İsmail ebu Abdullah El-buhari, **Sehih El-buhari**, Dar teuk el-necat, 1. Baskı, Cilt 1, hadis numarası 1, S. 6; Müslim bin El-hecac ebu El-hasan El-keşiri El-nisaburi, **Sehis Müslim**, Dar İhyaa El-turas El-arabi, Beyrut, cilt 3, hadis numarası 1908, S. 1515.

¹⁶⁵ Evil (guilty) mind, Latince **mens rea**

¹⁶⁶ Evil (guilty) act, Latince **actus reus**

¹⁶⁷ Bu kuralın İngilizcesi şöyledir; an act is not made evil (criminal) unless the mind is evil (criminal).

¹⁶⁸ Bilal, İssim, S. 101.

geçerli olan bir kuraldır. BCK 1918 yılında çıkartılırken Irak, İngiltere'nin sömürgesiydi. Ancak kanımızca madde metninde şeriat ibaresi zikredildiği için Anglo-Amerika hukuk sisteminin etkisi altında değil, İslam Ceza Kanununun etkisinde konulan bir maddeydi.

Nitekim, *Bağdat Ceza Kanunu* 45. maddesinin 2. bendinde; kanunun emrini yerine getirme amacıyla veya kendisinin fiili yapmakla yetkili olduğunu düşünmesi halinde kamu görevlisinin *iyi niyetle* işlediği fiili suç olarak nitelendirmemektedir. Dolayısıyla bu maddede de suçun oluşması kamu görevlisinin niyetine bağlanmıştır. Şöyle ki; kamu görevlisi kanunun emrini yerine getirmek amacıyla bile işlediği fiilin zararlı olması halinde, iyi niyetle işlememiş ise suç oluşabilirdi. Ayrıca söz konusu kanunun 46. maddesine göre (44. ve 45/2.) maddelerde zikredilen *iyi niyeti* kanıtlamak yükü mahkemenin değil, failin yükümlülüğü olarak kabul edilmiştir.

Burada belirtmesi gereken husus şu; *Bağdat Ceza Kanununda*, sadece zikredilen maddelerde niyetten bahsedilip iyi olması halinde eylem suç vasfına haiz değildi. Fakat suçun manevi unsurunu oluşturan kastla taksirden söz edilmemişti. Bir başka deyişle söz konusu kanun, suçları tanımlarken kastla işlenebilen ve taksirle işlenebilen suçları ayırtmıştı. Ancak, manevi unsur başlığını taşıyan bir bölüm bulunmamaktaydı. Hatta kast ile taksirin tanımını da yapmayıp söz konusu kavramların tanımları öğretiyeye ve yargı mercilerine bırakılmıştı.

Sonuç olarak *Bağdat Ceza Kanununda* ne kusura ne de manevi unsura ilişkin bir hüküm mevcuttur. Failin iç dünyasıyla ilgili olan hüküm sadece niyettir. Ancak, kanımızca söz konusu kanunda izah edilen *niyet*, ne *kusur* ne de manevi unsurundaki *kast* anlamına kullanılmıştır. Çünkü *kusur*, iradenin oluşum şartları itibarıyla, işlediği fiilden dolayı failin kınanıp kınanamayacağı değerden ibarettir.¹⁶⁹ Kast ise failin kanunî tanımındaki bir suçun unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleşmesidir.¹⁷⁰ Dolayısıyla, kastın bulunmadığı halde kasıtlı suç söz konusu olamazsa dahi taksirli suç işlenebilmekte ve fiil ceza kanunun hükümlerine göre değerlendirilebilmektedir. Fakat, fail iyi niyetli olduğunda işlediği fiil ister kasıtlı ister taksirli olsun ceza kanunun hükümleri dışında ele alınıp incelenmekteydi (BCK m. 44).

¹⁶⁹ Bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 236-237.

¹⁷⁰ Kastın unsurlarıyla ilgili yani kastın bilme ve isteme unsurundan ibaret olup olmaması konusunda bir fikir birliği yoktur ve tartışmalar hâlâ devam etmektedir. Ancak biz bu tartışmaları Kast bölümünde ele alacağız.

Söz konusu kanun, manevi unsurun ne olduğunu belirtmemiş ve konuyu öğreti ve mahkemeye bırakmış ise de ceza ehliyeti (kusur yeteneği) manevi unsurların dışında kabul ettiğini görürüz. Sözelimi; 42. maddesinde şöyle bir hükme yer vermiş “delilik veya akıl hastalığı nedeniyle, eylem işlenme esnasında şuurunu kaybeden veya işlenen fiilden başka seçeneği olmayan kimse cezalandırılmaz.” Aynı maddenin ikinci kısmında da “bilmeden ya da irade dışı (zorla) alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, komaya giren¹⁷¹ kişiye ceza verilmez.” Cümlesine yer verilerek kusur yeteneği kaldıran sebepleri ve dolayısıyla ceza ehliyeti manevi unsurun ve dolayısıyla suçun unsurları dışında addettiğini ifade edebiliriz. Ayrıca, 43. maddesinde de “başka suretle korunmak imkânı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak amacıyla işlenen fiilden dolayı, tehlikenin oluşumu kendi fiilinden kaynaklanmamış olması şartıyla, faile ceza verilmez.” Bunun yanı sıra, 47. maddesinde de meşru müdafanın, işlenen fiilin söz konusu tehlikeyle orantılı olması şartıyla, bulduğu halinde faile ceza verilmeme hususunda bir hükme yer verilmişti. Bahsettiğimiz maddeleri incelediğimizde BCK’nın ceza ehliyeti (kusur yeteneği), suçun manevi unsurları dışında nitelendirdiğini düşünmekteyiz. Çünkü ortaya konulan husus, ceza ehliyetini ortadan kaldıran sebeplerin bulunması, suçun oluşmama nedeni olarak değil ceza verilmemesinin bir nedeni olarak kurgulanmaktaydı.

2.2.4.4.2. 111 Sayılı Irak Ceza Kanunu sistemindeki anlayış

1969 yılında 111 sayılı Irak Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle *Bağdat Ceza Kanunu* ilga edilmiştir. Fakat, BCK’da olduğu gibi ICK’da da kusura ilişkin bir hükmün bulunmamasına rastlamaktayız. Şöyle ki; söz konusu kanunun tüm maddelerini incelediğimizde hiçbir maddesinde kusur kavramı yahut kusur anlamına gelecek bir terim kullanılmamıştır. Başka bir anlatımla, 111 sayılı Irak Ceza Kanununda kusurla ilgili bir hüküm bulunmamakta olup birinci kitabın ikinci kısmının ikinci alt bölümünde, *manevi unsur* başlığı altında *cürmi kast* ile *taksiri*¹⁷² tanımıştır; 33. maddesinde *doğrudan cürmi kast* ve çeşitlerini tanımlarken 34. maddesinde *olası kastın* tanımı ve hükümlerine yer verilmiştir. Taksir ise 35. maddesinde tanımlanmıştır.

¹⁷¹ İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavramayan kişi.

¹⁷² ICK’da *taksir* değil, *hata* ibaresi kullanılmaktadır. Konuya ilişkin açıklamalara taksir bölümünde yer verilecektir.

ICK, kast ile taksiri manevi unsur başlıklı bölümünde ele almış ise de kusur ile ilgili açıkça bir hüküm bulunmadığı için hangi suç teorisini benimsemiş olduğu ifade edilememektedir. Dolayısıyla manevi unsur ile kusuru aynı kavramlar olarak mı yoksa farklı terimler olarak mı nitelendirdiğinin açıkça ifade edilmesi mümkün değildir. Ancak öğretilde kusur; manevi unsur, psikolojik ve şahsi unsur kavramları, içerik itibarıyla aynı anlamda kullanılmaktadır. Nitekim, pozitif hukuk metni olan ICK maddelerinde de bu görüşün aksini izah eden bir madde bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, kusurdan ayrı bir kavram olarak da söz etmediğini görmekteyiz. Bu nedendir ki, kanımızca, Irak Ceza Kanunu klasik suç teorisinin etkisi altındadır.

ICK, kusur ilkesini -cezalandırılabilme değeri veya ceza miktarını belirlenmesinde- riayet edilmesi gereken bir değer olarak tanımamıştır.

Ancak, maddelerinde, ceza ehliyetini oluşturan iki esasın “idrak ve irade” olarak tanımlandığı, dolayısıyla ceza sorumluluğunun varlığını idrak ve iradenin beraber mevcut olmasına bağlamıştır.

ICK cezai sorumluluğu ve manilerinden (kusurluluğu ortadan kaldıran) bahsederken nedenleri iki gruba sınıflandırmış. Bunlardan ilki; idrak ve iradeyi ortada kaldıran sebepleri 60. ve 61. maddelerinde zikretmektedir.

Şöyle ki; 60. maddesinde “eylem işlenme esnasında, *delilik veya akıl hastalığı, bilmeden ya da irade dışı (zorla) alınan alkol veya uyuşturucu* maddelerinin etkisi nedeniyle, *idrak ve iradesini* kaybeden kimse cezalandırılmaz.” Bunun yanı sıra, aynı maddenin içerisinde bilimsel olarak kanıtlanmış, idrak gücünü kaybettirecek bir sebebin varlığı halinde de faile ceza verilmeyeceği bir neden olarak sunulmuştur.

Fakat, 61. maddesinde, idrak ve iradenin isteyerek ve bilerek alınan alkol veya uyuşturucu maddelerinin etkisiyle kaybedilmesi halinde, failin, işlediği suçun işlenebilmesi için özel kast gerekliyse dahi, alkol ve uyuşturucu maddelerinin etkisinde olmamış gibi, işlenen suçtan dolayı cezalandırılmasına hatta, failin, gerçekleştiği suçu işleyebilmek için alkol ve

uyuşturucuyu kullanılmasının ağırlaştırıcı bir durum olarak nitelendirilmesine dair bir hükme yer verilmektedir.¹⁷³

Bir diğer hükümde ise sebepler sadece iradeyi ortadan kaldıran sebepleri, 62. ve 63. maddelerinde, şöyle izah etmektedir;

İkrah başlığı altında, 62. maddesinde, defedemeyeceği maddi veya manevi bir kuvvetin etkisi altında suçu işleyen kimse sorumlu tutulmaz. İradeyi ortada kaldıran başka bir sebep ise 63. maddesinde *zaruret* başlığıyla, kendi fiilinden doğmamış olması, başka vesileyle defetmesi mümkün olmaması ve kullanılan kuvvetin zaruret yaratan tehlikeyle münasip olması şartlarıyla, kendi canını veya malını veyahut başkasının canını ya da malını muhakkak bir tehlikeden korumak amacıyla işlenen bir suçtan dolayı kimsenin sorumlu tutulmayacağına dair bir hükme yer verilmektedir.

Fakat yaşla ilgili Irak'ta uygulanan ceza kanunlarında Merkez bölgesi ile Kürdistan bölgesi arasında bir farklılık söz konusudur; Irak merkez bölgesinde ICK'nın 64. maddesine uyarınca suç işlerken yedi yaşını doldurmamış kimse hakkında cezai dava açılamazdı. Fakat, 1983 Yılı 76 Sayılı Çocuk Riayet Kanunu'nun 47. maddesinde yedi yaş değil dokuz yaşın doldurulması şart koşulmaktadır. Dolayısıyla ICK'daki yedi yaş ilga edilip artık Merkez bölgesinde, hakkında bir davanın açılabilmesi için failin dokuz yaşını doldurması gerekmektedir.

Kürdistan bölgesinde ise onbir (11) yaşını doldurmamış kimsenin hakkında cezai dava açılamaz. Böylece Irak Merkez Bölgesinde dokuz yaşını dolduran kimse bir suç işlediğinde hakkında cezai dava açılabilir, fakat, Kürdistan Bölgesinin yargılama alanında olan bölgelerde dokuz yaşını dolduran ve fakat onbir yaşını doldurmamış kimse hakkında cezai dava açılamaz.¹⁷⁴

Yukarda da izah ettiğimiz gibi Irak Ceza Kanunlarında yaş tayin etme hususunda bir farklılık bulunuyorsa da ceza ehliyetinin, (kusur yeteneği) manevi unsurlarının alt unsuru veya ön şartı olarak nitelendirilmemesi konusunda bir fikir birliği mevcuttur.

¹⁷³ Devrim Liderlik Konseyi, 15.09.1980 yılında çıkarttığı 1447 sayılı kararıyla; bilerek ve isteyerek sarhoşluk hali merhamet gerektiren ve dolayısıyla cezadan bir indirim sebebi olarak addetmemektedir.

¹⁷⁴ Söz konusu farklılık, 2001 yılın 14 sayılı, Irak-Kürdistan Bölgesinde Cezai Sorumluluk Yaşı Tayin etme Kanunu'yla ortaya çıkmıştır.

Zira, ICK (60, 61, 62, 63, 64, 65 ve 66.) maddelerinde ceza ehliyetini (kusur yeteneğini) manevi unsurunun bir unsuru olarak saymayıp cezai sorumluluğun bir unsuru olarak addettiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, Irak Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 130. maddesinde soruşturma evresinin sonlandırmasında verilecek kararlardan söz ederken “..yaş küçüklüğünden dolayı kanunen sanık sorumlu tutulamıyorsa dava reddedilir ve dosya kapanır..” ibaresine yer verilmiştir.

Ancak, 182. maddesinde kovuşturma evresinin sonlandırmasında hâkim tarafından verilecek kararları sayarken, söz konusu maddenin D bendinde “mahkemede, sanığın eylemlerinden sorumlu olmadığı ortaya çıktığında, sanığın, mesul olmadığına ve kanunda belirtilen güvenlik tedbirlerinin tatbik edilmesine karar verileceğine dair bir hüküm” mevcuttur.

Görüldüğü gibi, Irak Ceza Kanunlarında kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin bulunmamasının suçun oluşması üzerinde bir etkisi yoktur ve ceza ehliyeti olmayan kimse suç işleyebilmektedir. Fakat, ceza ehliyeti olmadığından cezaya değil güvenlik tedbirlerine maruz kılınacaktır. Dolayısıyla, diyebiliriz ki, Irak Ceza Kanunları sisteminde, ceza ehliyeti (kusur yeteneği), ne manevi unsurların alt unsuru ne de ön şartı olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁵

2.2.4.3. Değerlendirme ve görüşümüz

Görüldüğü gibi, hem Türk ceza hukukçularının büyük kısmı hem de tüm Arap ceza hukukçuları, klasik suç teorisinin etkisi altında kaldıkları için hâlâ kusur ile manevi unsuru aynı kavram olarak nitelendirmektedirler. Bunun yanı sıra bu düşüncede olan yazarların bir kısmı ceza ehliyeti (kusur yeteneği) manevi unsurun bir alt unsuru veya ön şartı olarak mütalaa etmektedirler.¹⁷⁶ Bu nedenledir ki söz konusu yazarlarca kusur yeteneği olmayan bir kişinin işlediği fiilden dolayı gerçekleşen netice kanun tarafından suç olarak tanımlanmış ise de failin kusur yeteneği olmadığı için manevi unsurdan bahsedilemez. Dolayısıyla işlediği fiil

¹⁷⁵ Fakat, El-hayderiye göre kast ve taksir (الخطأ عمدي أو غير عمدي) cezai sorumluluğun unsurlarıdır ve Ceza ehliyeti, cezai sorumluluğun varlığı için şarttır. Bkz. Jamal İbrahim El-heyderi, **Ahkam El-mesuliye El-cezaiye** (Ceza sorumluluğu hükümleri), 1. Baskı, Mektebet el-sinhuri, Bağdat, 2010, S. 117. Ancak, Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Çünkü böyle bir görüşü kabul ettiğimiz halde manevi unsurla cezai sorumluluğu karıştırmış oluruz. Ayrıca kast ile taksir ceza sorumluluğun unsurlarını değil suçun manevi unsurunu tekvin eden unsurlardır.

¹⁷⁶ Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 122. “Yani anlama ve isteme yeteneğine sahip bulunmayan bir kimsenin kasdla veya taksirle hareket etmesi düşünülemez.”

bir suç oluşturmamaktadır.¹⁷⁷

Burada mülâhaza edilmesi gereken husus şudur; kusur ile manevi unsur aynı kavram olarak kabul eden anlayışın zorunlu bir sonucu olarak kusur suçun unsurları içinde sayılacaktır. Nitekim kusur suçun unsurlarına dahil edildiği için kusuru ortadan kaldıran bir sebebin varlığı halinde suçun kurucu unsurlarından biri (kusur olarak da adlandırılan manevi unsur) de ortadan kalkar. Bu durum ise, ortada gerçekleştirilmiş bir suç da söz konusu olamayacaktır. Başka bir deyişle, kusur yeteneği olmayan bir kişinin işlediği fiil zararlı ve hukuka aykırı olsa bile, bir suç (haksızlık) olarak nitelendirilemez ve dolayısıyla ceza ehliyeti (kusur yeteneği) olmayan kişi hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının da teorik ve mantıksal bir dayanağı olmayacaktır. Çünkü, kusur yeteneğinin bulunmaması veya kusuru ortada kaldıran bir sebebin bulunması, suçun bir unsurunu (kusuru) ortadan kaldırır dolayısıyla artık işlenmiş bir haksızlık (suç) da mevzu bahis olmayacaktır.

Bu nedenledir ki, kanaatimizce kusur, suçun manevi unsurundan farklı bir olgu olarak mütalaa edilmelidir. Nitekim, *suçun manevi unsurunun*, fail ile fiili arasında kast ve taksir şeklinde ortaya çıkan psikolojik bağ olarak tanımlanması gerekir iken, *kusur*, fiili işlerken failin, içinde bulunduğu şartlar (zorunluluk halinin araştırılması) ve iradenin oluşumu (yaşı, akıl sağlığı..vs. durumlar) itibarıyla, failin kınanıp kınanamayacağı yönünde bir değerlendirmeye tabi tutulması lazımdır. Kısacası kusurun bir değer yargısı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Böylece, tam akıl hastalığı olan veya küçük yaşta olan bir kişinin (iradenin oluşumu) ya da nispi cebir (içinde bulunduğu şartlar) altında kalan bir kişinin de işlediği fiil ile bir haksızlık gerçekleştirebileceği söz konusu olur. Başka bir anlatımla kusur yeteneği olmayan kişiler de kasten hareket edebilirler ve gerçekleştirdikleri fiil, haksızlık vasfına haiz olabilir. Fakat içinde bulundukları şartlar ve iradesinin oluşumu itibarıyla fail kusurlu sayılmayıp kınanmayacaktır. Bu itibarla, manevi unsurun bulunmadığında, suç oluşturan bir haksızlığın mevcudiyetinden söz edilemez. Fakat, kusurun yokluğu, fiilin suç vasfını haiz bir haksızlık olması üzerinde etki doğurmayacaktır. Yani bir fiil, failinin kusuru

¹⁷⁷ Manevi unsorda ceza ehliyeti, maddi unsurdaki illiyet bağının görevini işlemektedir. Şöyle ki, maddi unsorda illiyet bağı, eylem ile neticesini bağlamakta. Manevi unsorda ise ehliyet kusur ile maddi unsuru irtibatlandırmaktadır. Dolayısıyla, suçun oluşması için maddi isnadın (illiyet bağı) ve manevi isnadın (ceza ehliyeti) mevcudiyeti gerekmektedir. Böylece ceza ehliyetinin, suçun manevi unsurunun oluşması için, önemli bir unsur olduğu izah edilebilir. Bkz. Kerim Selman Kadim El-temimi, “*Mefhum El-ehliye fi Kanun El-ukubat El-ıraki (Irak Ceza Kanununda Ehliyet mefhumu)*”, **Kuliyet Medinet El-ilim El-camie derneği**, no 7.1, 2015, S. 136.

olmaksızın işlense bile, suç (haksızlık) vasfını muhafaza edecektir.¹⁷⁸ Ceza ehliyeti (kusur yeteneği) ise failin şahsi özelliklerine ilişkin olup fiille bir bağlantısı bulunmamaktadır. Dolayısıyla manevi unsurun bir unsuru olarak değil, cezai mesuliyetin içinde ele alınmalıdır. Zira, kusur yeteneği ile fiil yeteneği kavramları da birbirinden farklıdır. Ceza hukuku anlamında bir fiilin mevcudiyetinden bahsedebilmek için kişinin gerçekleştirdiği davranışların irade tarafından kontrol edilmesi ve muayyen bir amaca yönelik olması lazım. İrade tarafından yönetilmeyen, insan doğası tarafından kontrol edilemeyen ve muayyen bir amaca yönelik olmayan bir hareket ceza mesuliyeti için yeterli olmamaktadır. Burada aranan irade fiille ilgili olup değerden yoksundur.¹⁷⁹ Dolayısıyla bu iradenin, ceza ehliyetinin unsuru olan, işlediği fiilin hukuki ve neticelerini kavrama (algılama) ve buna göre hareketlerini yönlendirebilme yeteneği (kusurlu hareket edebilme yeteneği) ile ilgisi yoktur.^{180, 181} Bu bakımdan ceza ehliyetine (kusur yeteneğine) malik olup olmadığına bakılmaksızın, bütün gerçek kişiler ceza hukuku anlamında kasten veya taksirle hareket edebilme yeteneğine sahip olmaktadır. Bu kişinin reşit olup olmaması, çocuk veya akıl hastası olması önemli değildir. Bunların da bedeni bir aktiviteye girdiklerinde, muayyen bir amaca yönelik olarak hareket edebilme olanağı vardır. Bu gibi kişilerin ceza ehliyetinin olup olmadığı ve bu hallerin cezai mesuliyetine etkisi (kınanabilirlik), manevi unsur bölümünde değil, kusur bahsinde değerlendirilir.¹⁸²

Öyleyse, işlenen fiilin suç oluşturması ile kişinin bu suç nedeniyle kınanıp kınanamayacağı ayrı ayrı hususlardır. Örneğin; akıl hastası olan kişi, kasten başka birinin başına odunla vurarak yararlanmasına sebebiyet verirse, eylem suç (haksızlık) oluşturacaktır. Fakat burada akıl hastasının, işlediği fiilin hukuki anlam ve neticelerini algılama yeteneğinin olmaması nedeniyle kusurundan bahsedilemez. Bu ihtimalde fail hakkında ceza ehliyeti olmadığı için ceza tatbik edilemezse de emniyet tedbiri uygulanacaktır.^{183, 184} Ayrıca, akıl hastası

¹⁷⁸ Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 237.

¹⁷⁹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S.386-387.

¹⁸⁰ Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 237 vd., Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 153 vd.; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 388.

¹⁸¹ Ozansü'ye göre ise; kural olarak ceza ehliyetinin kasten hareket etme ihtimalini ortadan kaldırdığı veya aksi yönde ceza ehliyeti bulunmasa dahi her insanın kasten hareket edebileceği yönündeki genellemeler isabetli değildir. Ozansü, **a.g.e.**, S.56-67.

¹⁸² Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S.387; Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 237-238.

¹⁸³ Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 237-238. Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S.387

¹⁸⁴ Fakat, Öztürk, suç oluşturan fiiller ve “suça benzeyen ve fakat teknik anlamda suç olarak nitelenmeyen güvenlik tedbirlerini gerektiren fiiller” olmak bir ayırım yapmaktadır. O’na göre; “esas yaptırımı güvenlik tedbiri olan fiillerin, günümüz suç genel teorisi çerçevesinde suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.” Çünkü “Ceza normunu anlayamayan, anlayabildiği halde ona uygun hareket edemeyen bir kimsenin hareketi teknik anlamda suç olarak nitelenemez.” ÖZTÜRK, 1991, S. 3. Ancak, biz bu görüşü isabetli bulmuyoruz,

bakımından özel hukuk mesuliyeti doğar. Aynı şekilde, nispi cebir¹⁸⁵ ya da tehdit altında hırsızlık veya belgede sahtecilik fiillerini gerçekleştirmek zorunda kalan kişinin de fiil yeteneğinin olduğu ve kasten hareket ettiği kabul edilmelidir.¹⁸⁶ Ancak, burada kişi, içinde bulunduğu zorlayıcı koşullardan başka türlü kurtulamayacağı için davranışlarını özgürce yönlendirememekte, uğradığı cebir veya tehdit nedeniyle hukuka uygun olarak tercihte bulunmamakta, gerçekte tercihi bu yönde olmasa dahi suç oluşturan fiilleri bilerek ve isteyerek yani kasten işlemektedir. Fakat, içinde bulunduğu zorlayıcı koşullar, kişinin haksızlık oluşturan davranışlarından dolayı muaheze edilip edilemeyeceği hususunda belirleyici olmaktadır.¹⁸⁷ Gerçekten kusur, işlediği fiil (suç) nedeniyle kişinin muahaze edilmesini, kınanabilmesini ifade ettiği için, kusur, işlediği fiille bağlantılı olarak kişi açısından yapılan bir değerlendirmeden ibarettir.¹⁸⁸ kısaca kusur, haksızlık ihtiva eden bir fiilin, cezalandırılıp cezalandırılmaması veya ne oranda cezalandırılması gerektiği hususundaki değer yargısıdır.¹⁸⁹

Sonuç olarak kanımızca “*kusursuz suç olmaz*” değil, “*kusursuz suç olur, ancak, kusursuz ceza olmaz*” anlayışı daha isabetlidir.

çünkü, yukarıda belirttiğimiz gibi kusurun bulunmaması halinde bile işlenen fiil, suç teşkil edebilir ve dolayısıyla haksızlık vasfını taşımaktadır. Fakat, bu durumda faile uygulanacak yaptırım, ceza değil, tedbir olacaktır. Aynı doğrultuda ve daha ayrıntılı için bakınız. Özgenç, Genel Hükümler 2018, dn. 257 ve S. 338.

¹⁸⁵ Nispi cebir kavramı, mutlak cebirden farklılığı belirtmek için kullanılmıştır. Bilindiği gibi mutlak cebir bulunduğu durumlarda ortada bir fiil yoktur. İnsanın vücudu, dışarıdan gelen mutlak kuvvete maruz kaldığı, örneğin, kişinin elinden tutularak imza atıldığı halde, mutlak kuvvete maruz kalan kişinin, alet gibi kullanılmış olduğundan, sadece manevi unsurun bulunmaması değil, maddi unsurun da bulunmaması söz konusudur. Ramsis Behnam, **El-nezeriye El-amme lil-kanun El-cinai** (Ceza Kanunu Genel Teorisi), 1. Baskı, Maarif matbaası 2008, S.537.; Aynı doğrultuda bkz. Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, Dn. 478.; “*mutlak cebir (vis absoluta) altında gerçekleştirilen davranışlar esasen hareket sayılmazlar*” Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 154.

¹⁸⁶ Nevzat Toroslu, Haluk TOROSLU, **a.g.e.**, S. 205.; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S.387.; Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 237-238. Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 153-154. Aksi görüş için bkz. “*...kusur yeteneği yani isnat edilebilirlik, kusurun (burada kusurden maksadı manevi unsurdur) bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, anlama ve isteme yeteneği olmayan kimselerin kasıtlı veya taksirli davranışları söz konusu değildir.*” Demirbaş, **a.g.e.**, S. 348.

¹⁸⁷ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 387.

¹⁸⁸ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, “*Kasten Öldürme Suçu (TCK. M.81)*”, **MÜHF-HAD**, cilt 17, sayı 1-2, 2011, S.125

¹⁸⁹ Zafer, **a.g.e.**, S. 363.

2.3. Suçun Manevi Unsuru Yapısında Saik ve Amaç

Saik (motif), insanı muayyen bir fiil işlemeye iten fizyolojik ve psikolojik bir durumu ifade etmektedir.¹⁹⁰ Saikler, dış dünyada belirli bir amacı gerçekleştirmek için bireysel davranışı yönlendirir.¹⁹¹ Bu itibarla saik (motif) faili suç işlemeye iten içsel bir neden olarak, amaç (gaye) ise suç işlemek vesilesiyle bilahare elde edilmek istenilen menfaat olarak, izah edilebilmektedir.

Saik veya amaç, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşünce olup,¹⁹² faili suç işlemeye sürükleyen nedenden meydana gelmektedir. Sözgelimi, öldürme suçunda, aşırı eziyet (acı) içinde bulunan bir hastanın acıdan kurtulması saiki ile öldürülmesi veya şeref kurtarma saiki (utanç temizlenmesi, namus, töre), ya da hırsızlık suçunda, hırs ve tamah, bu itibarla, saikin veya amacın olaydan olaya (suçtan suça) değiştiği söylenebilir. Kast ise tüm suçlar bakımından aynı olup değişmemektedir. Örneğin, tüm öldürme suçlarında, kast aynı olup bir insanın hayatını bilerek ve isteyerek sonlandırmaktan ibaret olurken saik bir insan öldürmede kan gütmek olabileceği gibi, şeref kurtarma (örneğin namus meselesi) veya başka bir saik ya da amaç da söz konusu olabilir.¹⁹³

Arap Öğretisinin genelinde ve Irak Ceza Kanununda, *bahis* kavramı ile adlandırılan bu kurum *saik* ve *güt* olarak farklı isimler altında da incelenmektedir. *saik (bahis)* ve *amaç (gaye)* kavramları dil ve felsefi açısından da birbirinden farklı anlamlar taşımaktadırlar.¹⁹⁴

Bir saiki olmayan suç düşünülemez: Hırsız, (kleptomani hariç) çalmak için çalmaz, yararlanmak için çalar, yalnızca adam öldürmek için öldürülmez, bunun bir saiki, amacı (örneğin, intikam, nefret, menfaat, hatta fanatizm) mevcuttur.¹⁹⁵ Ancak, Somut olayda failin muayyen bir saik ve/veya amaçla hareket etmiş olması, bu unsurlara suç tarifinde zorunlu veya tamamlayıcı (suça etki eden) bir unsur olarak mütalaa edilmediği sürece, ceza hukuku açısından bir anlama haiz değildir. Zira, hukuk, failin zihinsel ve ruhsal durumuyla

¹⁹⁰ Muhammed Mustafa Zidan, **El-dewafi ve El-infiaalat**, Şeriket Mektebet U'kaz, Suudi Arabistan, 1. Baskı, 1984, S. 36.

¹⁹¹ Mouhssin Eddine Benchergui, “*Bahis ve Tesirihi fi El- mesuliye El-cinaiye (Saik ve Cezai Sorumluluğa Etkisi)*” Yüksek Lisans Tezi, Tlemcen Üniversitesi İnsani ve Sosyal Bilimler Fakültesi, 2003, S. 22.

¹⁹² Özgeç, **Genel Hükümler** 2019, S. 310.

¹⁹³ Seyit İbrahim El-a'zzami, **Meusu'et Mustelehat El-kanun El-cinai** (Ceza Kanunu Kavramları Ansiklopedisi), 1. Cilt, Dar El-şu'un El-thaqafe El-amme, Bağdat, 2002, S.60.

¹⁹⁴ Bu kavramların felsefi, sosyoloji ve dil açısından birbirinden farklı olduğunu, ileri süren ve bahis kavramını tercih eden, ayrıca bu kurumu detaylı bir şekilde ele alan bir eser için bkz. Benchergui, **a.g.e.**, S. 14 vd.

¹⁹⁵ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast*, **AÜHF Dergisi** 26, sayı 1-2, 1969, S. 3.

ilgilenmez. Failin saikinın ve amacının kötülüğü veya iyiliği onun ceza sorumluluğunun doğru doğmamasında ilke olarak bir önem taşımamaktadır.¹⁹⁶ Bu durum İCK’da şu şekilde ifade edilmiştir; “*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça suç işleminde bahis (saik) hesaba katlanmaz*” (m. 38). TCK’da ise böyle bir hüküm bulunmamakla birlikte, suçun oluşmasının kastın mevcudiyetine bağlayan (m. 21/1) hükmün mefhumu muhalifi ile saik ve amacın suçun oluşması bakımından önemli olmadıkları sonucuna varılabilir. Ayrıca, cezanın belirlenmesinde hâkimin göz önünde bulundurulması gereken hususlardan birinin, failin güttüğü amaç ve saik olmasına (m. 61/1/g.) dair hükmünün de bu anlayışımıza güç kazandırdığını düşünmekteyiz.

Fakat, ceza hukukunda bazı suç tariflerinde, suçun unsurlarına ilişkin kastın yanında, failin belli bir amaç doğrultusunda ya da belli bir saikle hareket etmiş olması, bir sübjektif unsur olarak aranmaktadır.¹⁹⁷ Kanunî tanımda gerek suçun temel şekli gerek nitelikli şekli bakımından bir unsur olarak kabul edilmiş olan amacın¹⁹⁸, özel kast olarak veya kastın yanında özel bir sübjektif unsur olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda ayrı düşünceler ileri sürülmüştür. Arap¹⁹⁹ ve Türk²⁰⁰ hukuk literatüründe bazı yazarlar tarafından Fransız hukukunun etkisiyle “özel kast” olarak ifade edilmiştir.

Diğer bazı yazarlar ise, amaç ve saiki kastın yanında suçun sübjektif unsurlarından biri olarak mütalaa ederler, ayrıca onlara göre, TCK’nın sisteminde, saik veya amaç kastla özdeş veya kastın bir türü olmadığı için artık “genel kast- özel kast” ayrımı terk edilmiştir.²⁰¹

Kanımızca da genel kast, “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” (TCK m. 21/1) veya “*failin, gerçekleşecek veya diğer herhangi cezai (zararlı) neticeyi hedefleyerek, iradesinin suçu oluşturan fiili işlenmeye yönlendirilmesi*” (ICK m. 33) şeklinde kabul edilirse genel-özel kast ayrımı yapmak mümkün değildir. Çünkü bilinen ve istenen her türlü netice genel kast kapsamına girecek ve dolayısıyla özel kasta

¹⁹⁶ Zafer, **a.g.e.**, S. 296.

¹⁹⁷ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, 310; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, 395.

¹⁹⁸ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, 310.

¹⁹⁹ Arap Doktrininde, özel kast tüm ceza hukuku kitaplarında yerini bulmaktadır ve ayrıca özel kast başlığıyla yazılan doktora ve yüksek lisans tezleri de mevcuttur. Sözelimi, özel kast başlığı altında yazılan Letife Muhammed’in yüksek lisans tezi, bkz. Letife Muhammed, **a.g.e.**

²⁰⁰ Türk doktrininde de bu kurumu özel kast olarak nitelendiren yazarlar mevcuttur. Örneğin bkz. Erem, **a.g.e.**, S. 3; Zafer, **a.g.e.**, S. 296.

²⁰¹ Bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, 310; Akbulut, **a.g.e.**, 395; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 469-470; Hakeri, **a.g.e.**, S. 242.

konu bulunamayacaktır. Buna ilaveten, saiki, özel kast olarak nitelendirilmenin tatmin edici bir mantık dayanağı yoktur. Çünkü, bu iki kavramın (kast ve saik) mahiyeti ve suçun oluşması bakımından birbirinden farklı olduğu açıktır. Zira, kastın, *şerif kast* ve *deni kast* olarak ikili bir ayrıma tabi tutulması imkânsız iken, saikin iki çeşidi bulunduğu *şerif saik* ve *deni saik* kabul edilmiştir.²⁰² Suçun oluşması bakımından da saik ile kast birbirinden farklıdır. Kastın yokluğu suçun oluşmasını engellerken, saikin yokluğu (kural olarak) suçun oluşması üzerinde bir etkisi yoktur. Bu nedenle, saik ve amaç istisnaen suçun kurucu unsurları içinde kabul edilirse de özel kast olarak değil, suçun manevi unsurunu oluşturan kastın yanında diğer (özel) sübjektif unsurlar olarak kabul edilmelidir.

Irak Ceza Kanununda bahis (saik), şerif bahis ile deni bahis (saik) olarak ikiye ayırmıştır. ***Şerif bahis (saik)*** cezada zorunlu indirim sebep olarak kabul edilerek 128. maddesinin 1. fıkrasında, “*suçun şerif bir bahisle (saik) işlenmesi*” halini zorunlu indirim sebebi olarak öngörülmüştür. Hemen belirtelim ki, Arap ceza hukuku literatüründe genelde şerif bahisin örneği olarak iki durum gösterilmektedir. Bunların ilki, meşru olmayan bir ilişki sonucunda hamile kalan bir annenin, yeni doğurduğu çocuğunun, *şerefini koruma (utanç temizlenmesi saiki) bahisiyle*, öldürmesidir. ICK da 407. maddesinde de bu durum şerif bahis (saik) olarak kabul edilmiştir. İkinci örnek ise, evine döndüğünde eşini veya kendisine mahrem olan bir kadını şerikiyle cinsel ilişkide gördüğü için, kadını ve/veya şerikini öldüren erkeğin şerif bir bahis (saik) ile suç işlemesi durumu, gösterilmektedir. Bu anlayış ICK 409. maddesinde de kabul edilerek, erkeğin zikredilen vaziyette bulunan eşini veya kendisine mahrem olan kadını ve/veya şerikini öldürmesi veya kadın ve/veya şerikinde müzmin bir hastalığa sebep olması durumunda, erkeğe üç yıldan fazla ceza verilmemesini gerektirmektedir. Bu hüküm günümüze kadar Irak’ın merkez bölgesinde hâlâ uygulanmaktadır. Fakat, Irak Kürdistan Bölgesinde 2002 yılında çıkarılan 14 sayılı kanunla kadına karşı işlenen suçlarda şerif bahisi (saiki) ortadan kaldırılmış ve eşini ve/veya şerikini bahsedilen vaziyette gören ve onları öldüren erkeğin suçu, ICK’nın 409. maddesi çerçevesinde değil, normal öldürme suçunu düzenleyen 405. maddesi çerçevesinde değerlendirilecektir.

Kanımızca kadının aynı vaziyeti gördüğünde iradesinin erkeğin iradesinden farklı etkilendiğini kabul etmenin gerek bilimsel gerek teorik bir dayanağı yoktur. Dolayısıyla

²⁰² Bahisi şerif ile bahisi deni olarak da adlandırılan, bu ayırım Arap ceza hukuku literatüründe ve pozitif hukukunda da benimsenmiştir. Bkz. El-hedisi, **a.g.e.**, S. 287 vd.; Elühelebi, **a.g.e.**, S. 202 vd.; El-a’zzami, **a.g.e.**, S. 60-70.

ICK'da öngörülen şerif bahisi (saik) anlayışından hareketle erkeğin cezasında indirim yapılması ve aynı şartlar altında aynı suçun bir kadın tarafından işlenmesi halinde kadının şerif bahisi (saik) kabul edilmeyerek ceza indirimi uygulanmaması adalet duygusuna aykırıdır. Çünkü kanunda öngörülen indirim sebebi erkeğin o anda iradesinin normal şartlarda oluşmadığı fikrine dayanır ki, kanımızca anormal oluşum şartları bir kadın için de aynı kabul edilmelidir.

Deni bahis (saik) ise, şerif bahisin (saik) aksine cezayı ağırlaştıran bir durum olarak nitelendirilmektedir. Bu anlayış tüm Arap ceza hukuklarında kabul edildiği gibi ICK'da da benimsenmiştir. Sözelimi, nitelikli olmayan insan öldürme suçu ICK'nın 405. maddesinde düzeltilmiştir. Suçun cezası olarak da müebbet veya süreli hapis cezası öngörülmektedir. Fakat, insan öldürme suçunun nitelikli hali 406. maddesi içerisinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, *deni bahis (saik)* ile birini öldüren kişinin cezası olarak müebbet hapis cezası değil, idam cezası öngörülmüştür (m. 406/1/c).

Görüldüğü gibi, saike veya amaca kanunda açıkça önem atfedilmediği halde hesaba katılamazlar. Fakat, istisnai bir şekilde kanunda önemli sayılan amaç veya saik, bazı suçlar bakımından, *suçun temel şekline ilişkin* bir unsur oluşturmaktadır. Sözelimi,²⁰³ “*Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt*” kurmak veya yönetmek (TCK m. 220/1; ayrıca bkz. m. 78/1; m. 314/1), keza insanlığa karşı suçlar açısından, belli fiillerin “*siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle*” (TCK m. 77/1) işlenmesi halinde, amaç veya saik, ilgili suçun temel şekline ilişkin bir manevi unsuru teşkil etmektedir.

Bazı suçlar açısından amaç veya saik, suçun kanuni tanımında *suçun nitelikli şekline ilişkin* bir unsur olarak ele alınmıştır. Meselâ, kasten öldürme suçunun, “*bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla*” veya “*kan gütmeye saikiyle*” ya da “*töre saikiyle*” (TCK m. 82/1-h, i, j) işlenmesi halinde, amaç veya saik, faile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren bir nitelikli unsur oluşturmaktadır.²⁰⁴

²⁰³ Bu konuya ilişkin zikredilen ve TCK'ya ilişkin daha fazla örnekler için bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, 310-311.

²⁰⁴ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 311; Akbulut, **a.g.e.**, S. 395;.

Bazı suçların kanunî tanımında unsur olarak zikredilen amaç, bir başka fiilin gerçekleştirilmesine matuf olabilir²⁰⁵. Örneğin, rüşvet, bir kamu görevlisinin “*görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için*” kişiyle vardığı anlaşma bağlamında bir menfaat elde etmesidir (TCK m. 252/1, 2, İCK m. 307/1, 2.). Bu suç, haksız menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış sayılacaktır. Fakat, haksız yararın temini ile güdülen amaç bilahare gerçekleştirilebilir. Amacı oluşturan fiilin işlenmesi, rüşvet suçunun oluşması için zorunlu değildir.

²⁰⁵ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 311; Akbulut, **a.g.e.**, S. 311.

3. KAST TEORİSİ

3.2. Kast Kavramı

Ceza hukukunun büyük ve karanlık sorunu olarak vasıflandırılan²⁰⁶ ve manevi unsurun temelini teşkil eden *kast* kavramı, Arap Ceza Kanunlarında, içerik itibariyle aynı olmakla birlikte, farklı isimler, sözgelimi; Irak CK (m. 33/1.) tarafından *suç işleme kastı*²⁰⁷ (القصد الجرمي *kasdi cürmi*), Arap Birleşik Emirlikleri CK (m. 38) ve Katar CK (m. 32) tarafından *amd* (العمد), Ürdün CK (m.63), Suriye CK (m. 187) ve Lübnan CK (m. 188) tarafından *niyet* (النية), Kuveyt CK (m. 41) tarafından *cinayet kastı* (القصد الجنائي *kasdi cina'i*) ve Yemen CK (m. 9) tarafından sadece *kast*, kavramları ile adlandırılmaktadır. Ancak, Arap Ceza Hukuku öğretisinde en çok tercih edilen “*kasdi cürmi*”²⁰⁸ kavramı ve Fransızca olan “*intention criminelle*” kelimesinin Arapça karşılığı “*kasdi cina'i*” olduğu için Mısır başta olmak üzere tüm Arap ceza hukukçuları tarafından en çok kullanılan kavram “*kasdi cina'i*”²⁰⁹ olmaktadır. Türk Ceza Kanunu ise 21. maddesinde “*kast*” kavramı kullanılmaktadır. Doktrininde de kast kavramının kullanılması konusunda bir fikir birliği vardır.

Kanımızca, *amd* şeriata ait bir terimdir, onu benimsediğimizde olası kast yerine “*amda müşabihi*”i de kabul etmeliyiz. Niyet ise kastın ötesine giden bir olgudur. Meselâ evlenmeye zorlamak amacıyla, bir kıza tecavüz eden birinin kastı (tipik unsurların bilmesi ve istemesi) ile niyeti (suçun işlenmesiyle elde etmek istenilen amaç) farklıdır. Ayrıca, ceza hukukunda kast denildiğinde, herkes suçun manevi unsuru olan *kasttan* bahsedildiğini bilir dolayısıyla (cürmi veya cina'i) ek kelimelerine de gerek yoktur. Dolayısıyla, biz tezimizde Kast kavramını tercih etmekteyiz.

²⁰⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 457.

²⁰⁷ Ancak, Irak Temyiz Mahkemesi kararlarında “*kasdi cürmi*” değil, “*niyet*” ibaresini kullanmıştır. Sözgelimi; (275 cinayat 1971 sayılı ve 14.12. 1971 tarihli; 370 genel heyeti 1971 sayılı ve 27.12.1971 tarihli ve 372 genel heyeti 1971 sayılı ve 27.12.1971 tarihli, kararlarında kasten öldürmeden bahsederken “*failin öldürme niyeti*” ifadesinin kullanmıştır. Söz konusu kararlar ve daha fazla kararları bulmak için bkz. Fuad Zeki Abdülkerim, **Mecmuat li-ehem El-mebadi we El- kararar li-mahkamet** Temyiz El- Irak (Irak Temyiz Mahkemesinin en Önemli Kararları ve Prensiplerinin Mecmuası), Ofist Sermed Yayınevi, Bağdat 1982, S. 169-170 vd.

²⁰⁸ Bu kavramı tercih edenler için bkz. Njım, **a.g.e.**, S. 296 vd.; El-hedisi, **a.g.e.**, 274 vd.; Muhammed Abid El-celil El-awabide, **Kanun El-ukubat El-am fi El-memleke El-arabiye El-suudiye** (Suudi Arabistan'da Ceza kanunu Genel Kısım), Mektebet El-mutenebi yayınevi, Riyadh, 2017, S. 68 vd.

²⁰⁹ Bu kavramı tercih edenler Arap hukukçularının en büyük kısmını oluşturmaktadırlar. Sözgelimi; ELSEEDİ, 1970, c1, S.234.; Husni, **Kast Teorisi**, S. 56.; El-helef/El-şawi, **a.g.e.**, S. 150.; Ahmet Auz Bilal, **Kanun El-ukubat El-missri Kısım El-Am** (Mısır Ceza Kanunu Genel Kısım), Dar El-nahda El-Arabiye, El-kahire, 2004-2005, S. 654.; 63.; Behnam, **a.g.e.**, S. 545.; El-helebi, **a.g.e.**, S. 188.

3.2. Kastın Suç Sistematiği İçindeki Pozisyonu (Yeri)

Kasta verilecek anlam, onun suç teorisi içindeki pozisyonuyla yakından ilgilidir. Dolayısıyla, ilk olarak bu hususun (kastın suç teorisi içindeki yeri) açıklanması lazımdır. Fakat, kastın suç teorisi içerisinde nerede yer alacağı konusu, benimsenen suç teorisi anlayışına göre farklılık arz etmektedir.²¹⁰ Yukarıda kusur ile manevi unsur ilişkisinin felsefi gelişimi ele alınırken suç teorileri açıklanmış ve dolaylı bir şekilde kastın suç sistematiği içindeki konumuna da değinmiştir. Dolayısıyla, burada her suç teorisine detaylı bir şekilde yer verilmeyip sadece teorilerin, kastın konumu ile ilgili ileri sürdüğü görüşler izah edilecektir.

3.2.1. Klasik Suç Teorisi

Klasik suç teorisine göre, kast ile taksir kusur şekli veya kusur türüdür. Bu teori, haksızlık ile kusur kavramlarını birbirinden ayırmıştır. Suçun objektif (nesnel) unsurlarını haksızlık kapsamında, sübjektif (öznel) unsurlarını kusur içinde mütalaa etmektedir. Klasik suç teorisi, hareketi doğal anlamda kabul ettiği için, failin netice açısından iradesine önem vermemekte, fiilin neye (hangi neticeye) yöneldiği fail ile fiil arasındaki ilişkiyi ilgilendirdiği için konu kusur içinde ele alınmalıdır.²¹¹ Dolayısıyla, kusurla ilgili tetkikte failin fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik, ruhî durum incelenecektir. Bu anlayışa göre, “isnat yeteneği” *kusurun* bir *önşartı* olarak öngörülmekte. Kast ve taksir, iki “*kusur şekli*” olarak kabul edilmektedir. Zorunluluk (zaruret, ıztırar) hali ise, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak telâkki edilmektedir.²¹² Bu teori, psikolojik kusur kuramını benimsemiştir.

3.2.2. Teleolojik (Neo Klasik) Suç Teorisi

Yukarıda kısmen izah edildiği gibi teleolojik suç teorisi, kusur anlayışında değişiklik oluşturmuştur. Bu anlayışa göre, kusur, fail ile fiil arasında manevi bir bağ değil, kişiye yüklenen yükümlülüklere kişinin iradi olarak uymaması sebebiyle muaheze edilebilir olmasıdır. Söz konusu teoriye göre, akıl hastası, yaş küçüklüğü durumlarında kişinin kasti bulunsa da kınanamadığı için cezai sorumluluğu yoktur.²¹³ Ancak, teleolojik suç sisteminde tipiklik muhtevasında manevi, sübjektif unsurlarının varlığının gözlemlenmesi, tipikliğin *tipik*

²¹⁰ Koca/Üzülmez, a.g.e., S. 147.

²¹¹ Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 2. Baskı, Ankara, 2017, S. 264.

²¹² Özgenç, *Genel Hükümler 2019*, 160-161.

²¹³ Özen, a.g.e., S. 264.

haksızlık olarak anlaşılması ve kusurun ise *normatif kusur* olarak ortaya çıkması karşısında; kastın suç tanımındaki mekânı tamamen belirsiz kalmıştır. Yukarıda kısmen zikredildiği gibi, bu teori kastın suç sistematığı içindeki konumuna ilişkin net bir çözüm önermemiştir. Yani, kastın kusur içinde mi yoksa haksızlık dahilinde mi mütalaa edileceği sorusuna net bir cevap ileri sürmemiştir.²¹⁴

3.2.3. Amaççı (Gaî, final, ereksel) Suç Teorisi

Yukarıda belirtildiği üzere bu teoriye göre, hareket, muayyen bir amaca yönelen insan davranışdır. Hareketin amacı ile kast aynı şeydir. Kast, kusurun bir şekli değil, haksızlığın bir işleniş şekli veya unsurudur. Haksızlığın bir unsuru olması sebebiyle kınanabilirliğin konusunu oluşturur. Hukuka aykırılık sadece objektif değil, aynı zamanda sübjektif bir nitelik taşımaktadır. Çünkü, kişi hareketini yaparken hukuka aykırılık bilinci de taşımaktadır. Yani, hareketin yöneldiği amaç içinde hukuka aykırılık bilinci de mevcuttur.²¹⁵ Böylece bu teori kastı, klasik ve neo-klasik suç teorilerinden farklı bir biçimde tarif etmiş, onu geliştirdiği suç nazariyesi içerisinde farklı bir yere (konuma) oturtmuştur.²¹⁶ Amaççı hareket teorisi, kastı, gaî hareketin bir unsuru olarak mütalâa etmektedir. Yani, tipe uygun hareketin amacı ile kast aynıdır. Çünkü insanın işlediği her hareketin bir amacı vardır ve amaçsız bir hareketten söz edilemez.²¹⁷

3.2.4. Türkiye ve Irak Ceza Hukuku Literatüründeki Anlayış ve Görüşümüz

Tüm bu üç suç teorilerini savunan yazarların, kastın suç nazariyesi içindeki yeri hususunda ortaya koyduğu görüşleri üçe ayırabiliriz; klasik suç teorisine mensup olan, Türk ve Arap öğretisinde de hâkim olan birinci görüşe göre kast ve taksir birlikte bir *kusur şekli* veya *kusur türü* olarak mütalaa edilmelidir.²¹⁸

²¹⁴ Özgenç, **Gazi Şerhi**, S. 189-190.

²¹⁵ ÖZEN, **a.g.e.**, S. 264-265.

²¹⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 149.

²¹⁷ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 265.

²¹⁸ Sözelimi suçun manevi unsuru ile kusur kavramı aynı kavram olarak mütalaa eden ve dolayısıyla kastı kusurun içinde ele alan yazarlar için bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 444; İçel, Genel Hükümler, S. 411; Kunter, Kanuni Unsurlar, S. 90; Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 117; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 347; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 429; Hafızoğulları, Genel Hükümler, S. 337; Apaydın, Kusurluluk, S. 25; Dügler, **a.g.e.**, S. 66; Çiftçioğlu, **a.g.e.**, S. 319. Yukarıda da söylendiği gibi Yargıtay da aynı düşüncededir. Bkz. CGK, 12.10.2014. 1-163/194 akt. (İçel, Genel Hükümler, S. 411). Ancak, Arap ceza hukukçuları arasında klasik suç teorisinin anlayışı yani kast, taksirle birlikte kusurun işleniş şekli olduğu hususunda bir fikir birliği vardır. Örneğin; El-hedisi, **a.g.e.**, S.274;

Türk Ceza Hukuku literatüründe, azınlıkta kalan ikinci bir görüş ise, kast ve taksiri, birer kusur şekilleri değil; haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekli veya haksızlığın unsuru olarak nitelendirmektedir.²¹⁹ Yargıtay’ın da bir kararında, kast ile taksiri bir “haksızlık biçimi” olarak kabul ettiği görülmektedir.²²⁰

Alman doktrinde oldukça taraftarı olan ve Türk doktrinde de azınlık olan üçüncü düşünceye göre, tipikliğin sübjektif nitelikteki unsurlarını oluşturan kast ve suçun özel bir görünüş şekli olarak taksir olmaktadır. Fakat bunun yanı sıra kast ve taksirin birer kusur şekli olarak da ortaya çıkabileceği ve işlevlerinin bu perspektifte kavranması gerekmektedir. Başka bir deyişle ceza hukukunda kast ve taksirin hem fiilin tipik addedilmesi hem de failin kusurlu sayılabilmesi açısından cifte fonksiyona sahip olduğu kabul edilmeli (*Doppelfunktion des Vorsatz und Fahrlässigkeit*) ve kast, esas olarak tipiklik dahilinde haksızlığın bir gerçekleştiriliş şeklidir. Şayet fail, fiiline uyan tipikliğin objektif unsurlarını biliyorsa kasıtlıdır. Bu yönüyle kast, tipikliğin sübjektif unsuru işlevini icra etmektedir. Fakat bunun yanı sıra kastın kusur dahilinde de ortaya çıkma durumu belirtilmelidir. Meselâ, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının varlığında yanlıya düşen kişiye kusur izafe edilemez. O halde fail haksızlık çeşidi olarak kasten harekette bulunmuş olmasına rağmen kusur çeşidi olarak kasıtlı sayılamaz.²²¹

Kanımızca da kast haksızlığın temel işleniş şeklidir ve kastın hem hareket biçimi hem de kusur şekli olduğu yönündeki görüş isabetli değildir. Çünkü, kasta böyle bir işlev (fonksiyon) verildiğinde, kast aynı anda hem haksızlığın sübjektif esasında hem de kusur içerisinde psikolojik bir nesnel konu olarak yerini muhafaza edecektir. Şayet kast, kusur alanında failin zihniyetinin ifade ettiği değersizliğin taşıyıcısı olarak nitelendirilirse, bunun yalın normatif kusur kavramıyla bağdaş olmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Böylece kusur, mecburi olarak, “değerden” ve “olaydan” oluşan, karmaşık bir üst kavram haline gelecektir. Bizde “*fiili, yönlendirici irade tarafından hâkim olunan ya da hâkim olunabilir,*

Elseedi, **a.g.e.**, cilt 1, S. 230; HUSNİ, **Kast Teorisi**, S. 1; Ubeid, **a.g.e.**, 10; Mahmut Mustafa, **a.g.e.**, S. 419; Letife Muhammed, **a.g.e.**, S. 19; Surur, **a.g.e.**, S. 524.

²¹⁹ Kusur ile manevi unsuru farklı olarak ve dolayısıyla kastı, haksızlığın işleniş şekli olarak nitelendiren yazarlar, Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 242 vd.; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 152; Zafer, **a.g.e.**, 2016, S. 363; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 324; Sözüer, **a.g.e.**, S. 9.

²²⁰ “*Aynen kast gibi, taksir de bir haksızlık biçimidir.*” Bkz. YCGK, 05.10.2010, 2010/1-132 E., 2010/183 K., zikreden Nil Melek Gültekin diken, “*Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2018, S. 29.

²²¹ Özbek ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 254 vd.

belli bir amaca yönelik insan hareketi olarak” tarif eden görüşe katıldığımız için kastın yalnızca fiilin arz ettiği haksızlığın bir unsurunu oluşturduğu fikrindeyiz.”²²²

Hakikaten “*Gaî hareket teorisinin en büyük kazancı, iradenin muhtevasının hareketten ayrık olarak mütalâa edilemeyeceği hususudur.*”^{223, 224} Yani, final suç nazariyesi tarafından haksızlığın sübjektif (manevi) unsurlarının mevcudiyetinin teorik olarak ortaya konulmasından sonra, kast (ve taksir) fiilin ifade ettiği kişisel haksızlığın bir unsuru olarak telâkki edilmiştir. Bir başka anlatımla kast, doğrudan ifade ettiği şahsî haksızlığın temeli, özü olmaktadır. Kast, klasik suç teorisine mensup olan yazarların izah ettiği gibi, kusurun bir unsuru ya da türü olmamaktadır. Suçun kanunî tarifesinde (tipik) belirtilen unsurları gerçekleştirme iradesini, fiilin ifade ettiği haksızlığın bir unsurunu oluşturmaktadır.²²⁵

Belirtelim ki, TCK'nın 21. Maddesinde bulunan “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” düzenleme belki de TCK'nın suç genel teorisine ilişkin temel felsefesini açıklayan en önemli düzenlemedir. Çünkü, bu hüküm ile kanun koyucu norma aykırılık anlamına gelen suç kavramının ana unsurunun kast olduğunu vurgulayarak kastın da norma aykırılığın bir unsuru olduğunu izah etmek istemiştir. Zira, kastın norma aykırılığın kapsamı dahilinde olması demek haksızlık alanında konumlandırılması anlamına haizdir.²²⁶ Gerçekten, TCK suçun oluşması için kusurun veya kusurlu davranışın varlığını değil, münhasıran kastın varlığını gerektirmektedir. Zira, TCMK 223. maddesinde öne sürdüğü temel felsefesi de bu çıkarımı desteklemektedir. Çünkü, TCMK m. 223'te haksızlık ile kusur arasında yaratılan statüsel farklılığın anlam taşıyabilmesi için de kastın kusurun haricinde konumlandırılması bir zorunluluk olarak ifade edilmektedir.²²⁷

²²² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 151.

²²³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 171, dn. 77

²²⁴ Ancak Husni'e göre “*final teorisi mahiyeti ve doğurduğu sonuçlar açısından yanlıştır; gaî teorisinin en önemli eksikliklerinden (ayıplarından) suç unsurların birbirine karıştırmak ve dolayısıyla suç genel teorisine belirsizlikleri yaratmaktır. Şayet, gai irade yönlendirilmesi, maddi unsurunun oluşum unsuru olan fiilin, bir unsuru olarak kabul edilirse kast, suçun maddi (objektif) unsurlarına dahil olduğu bir hale gelecektir.*” Daha fazla eleştirileri için bkz. Husni, **Kast Teorisi**, S. 6. Ayrıca, söz konusu teoriyi detaylı bir biçimde inceleyen ve sonuçta teorisinin kabul edilememesine varan bir çalışma için bkz. Filippo Grispini, “*Alman Doktrininde Yeni Bir Suç Nazariyesi*”, çev. Nurullah Kunter, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** 18, no. 1-2, 2011, S. 533-547.

²²⁵ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 151.

²²⁶ Meraklı, **a.g.e.**, S. 345.

²²⁷ Meraklı, **a.g.e.**, S. 345.

3.3. Kastı Açıklayan Teoriler

Ceza hukukunun büyük ve karanlık sorunu olarak vasıflandırılan²²⁸ ve manevi unsurun temelini teşkil eden kastın ne anlamına geldiği hususunda farklı teoriler ortaya konulmuştur. Aslında, kastı, onu izah etmek için benimsenecek kurama göre tarif etmek zorunluluğu vardır.²²⁹ Kastın anlamı ve unsurlarını izah etmek amacıyla kastı açıklayan teorileri aşağıda ele alacağız.

3.3.1. Tasavvur (öngörme, ilim) Teorisi

Bu kurama göre, kanunun suç saydığı neticenin tasavvur edilmiş olması, suçun kasten işlenmiş olması için kâfidir.²³⁰ Başka bir ifadeyle, kast, kanunî tanımına (tipe) uygun hareketin önceden öngörülmesi ve düşünülmesi demektir; kastın varlığı için sonucun istenmesi ve bunun gerçekleşmesi için hareket edilmiş olması şart (gerekli) değildir²³¹. Yani, fail, yaptığı bir hareketten belli bir neticenin doğabileceğini öngörmüş ise, o neticeyi istememiş olsa dahi kasti bir mesuliyet hali oluşacaktır.²³²

Tasavvur teorisine taraftar olan yazarlara göre, kast, failin suçu oluşturan nitelikleri bilmesi ve neticeyi öngörmesi ve bundan sonra iradesini fiile geçirmeye çalışması olarak ifade edilebilir. Netice ile suçu tekvin eden diğer unsurlar, kastın unsurlarına dahil değildir. Çünkü, neticenin istenmesini kasta dahil etmek mantıksal düşünce ve kanun açısından da yanlıştır.²³³ Mantıksal çerçevede bakıldığında, neticenin gerçekleşmesi iradenin kontrolünde değildir, iradenin kontrolü hareketle (fiille) münhasırdır. Neticenin gerçekleşmesi kaçınılmaz doğa kanunlarının sonucu(verisi)dur ve insan iradesinin, neticenin gerçekleşmesi üzerinde bir etkisi, yani fiili bir hâkimiyeti yoktur.²³⁴ Şayet irade, vücudun organlarını etkileyip fiilin oluşması için gerekli olan hareketleri sağladığı takdirde eylem iradenin sonucu olabilir. Zira, sonucun iradenin konusu olabilmesi için, iradenin kontrolünde (hâkimiyetinde) olmalıdır. Yani irade sahibi, istediğinde neticeyi gerçekleştirebilir veya aksi takdirde neticeyi gerçekleştirmeye engel olabilir bir etkiye, daha doğrusu fiili bir hâkimiyete malik olması

²²⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 457.

²²⁹ Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 153.

²³⁰ Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 153.

²³¹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 457.; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 374; Bilal, **Genel Hükümler**, S. 656.

²³² Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 153.

²³³ Husni, **Kast Teorisi**, S. 33.

²³⁴ Bilal, **Genel Hükümler**, S.656-657; Husni, **Kast Teorisi**, S. 33.

gerekir. Dolayısıyla, iradenin konusunu teşkil edemez. *İrade* ile *isteme(arzu)* eş anlamlı değildir. İrade, konusu üzerinde bir psikolojik egemenliği ifade eder. Bu nedenle “irade neticenin gerçekleşmesine yönlendirilmiş” söylem failin, neticenin gerçekleşmesinde rol oynayan doğa kanunları üzerinde de etkili olduğunun kanıtlanmasıdır. Böyle bir kanıtlama ise mantıksal düşünceye aykırıdır.²³⁵

Hukuk açısından ise, iradenin sonuca yönlendirilmesi gerektiğini söylemek, öğretinin ve yargının kabul ettiği, fail kendi eyleminin zorunlu neticesinden (kaçınılmaz neticeyi) dolayı istemezse bile gerçekleştiği halde- kasten sorumlu tutulur, ilkesiyle çelişmektedir²³⁶; meselâ, denizin ortasında, gemisini batıran kişi gemideki insanların öleceğini düşünmüş ve öngörmüş olduğu için, neticeyi istemezse bile, örneğin sigorta parasını almak amacıyla fiili işlemiş olması halinde de, kasıtlı adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.²³⁷ Aynı şekilde, kendisinde frengi olduğunu bilmesine rağmen, bir başkasıyla cinsel ilişkide bulunan kişi, karşısındaki insanın hasta olacağını aklından geçirmiş ve kavramış, dolayısıyla bunu (hastalanacağını) istemeyip de başka amaçla hareket etmiş olsa dahi diğer kişi hastalandığı takdirde, kasten yaralamadan dolayı cezalandırılması gerekmektedir.²³⁸ Böylece, iradenin sonuca yönlendirilmesi (neticenin istenmiş olması) gerektirmek, kastın istenmemiş olsa dahi eylemin zorunlu neticesini (kaçınılmaz neticeyi) de kapsadığı, kabulüyle çelişmektedir.²³⁹

Demek oluyor ki, kastın varlığından bahsetmek için sonucun öngörülmesi, *neticenin gerçekleşmesi bilinci ile hareketin istenerek yapılmasıdır*; sonucun düşünülmesi, gerçekleşebileceği hususunda bir bilincin olması gerekli ve yeterlidir, yoksa sonucun da istenmesine gerek yoktur. Aslında bir kimse muayyen (belirli) bir sonucun gerçekleşeceği bilinci ile hareket etmiş ise, o sonucu da dolaylı olarak istemiş olur, yoksa hareketi yapmaktan çekinir. Bir kimse, hareketinin belirli sonuçlarını gerçekten istemiş olmasa dahi, bu sonuçlarının da gerçekleşmesi yönünde zorunluluk bulunursa, kast bunları da kapsayacaktır. Örneğin; “bir kızla evlenmek isteyen kişi o kızın anasının damadı olmayı da istemiş olur.”²⁴⁰

²³⁵ Husni, **Kast Teorisi**, S. 33-34.

²³⁶ SCHRÖDER, H.: Aufbau und Grenzen des vorsatzbegriffs, Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 209. (Husni, **Kast Teorisi**, S. 34.)

²³⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Ynıdünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, S. 322; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 457-458; Husni, **Kast Teorisi**, S. 34.

²³⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 458; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 322.

²³⁹ Husni, **Kast Teorisi**, S. 35.

²⁴⁰ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 458; Dn. 2097.

Fakat, tasavvur teorisinin bu kadar geniş bir hal almasına karşı çıkan ancak yine aynı nazariye çerçevesi içinde hareket eden diğer bazı yazarlarca; failin öngördüğü sonucun onun harekete geçmesinde etkili olup olmadığını değerlendirmek gerekir: şayet failin harekete geçmesinin sebebi öngördüğü netice ise kast vardır, aksi takdirde yoktur. Bu açıdan failin öngördüğü son netice ile bu sonucun gerçekleştirilmesi açısından araç olan ara neticeler göz önünde bulundurmak, yalnız bu “*amaç – netice*” ile “*araç – neticeler*” istenmiş addedilecek, kast bunlara hasredilecek (özümlenecek), bunların dışında gerçekleşen diğer neticeler bakımından kastın varlığı söz konusu olmayacaktır. Tasavvur teorisinin en geniş anlamıyla kabul edilmesinin bir neticesi olarak, cebir veya tehdit altında, mecbur bırakılarak bir fiili işlemesi durumunda da neticeyi öngörmüş olması sebebiyle kasten hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiği ortaya atılmıştır.²⁴¹

İzah edilen *öngörme teorisine* yapılan eleştirileri şöyle özetleyebiliriz;

Kastın öngörme teorisi ile izah edilmesi, kastı ve taksir kavramları arasında karışıklığı doğurur ve sonuçta kastın kapsamı taksir aleyhine olarak, yani iradiliğin alanını kişi aleyhine son derece genişler.²⁴² Bilinçli taksirde (öngörülü- şuurlu taksir) de fail neticeyi öngörebilir ve aklından geçirebilir. Fakat failin, sonucun gerçekleşmeyeceğini düşünmesi ve içten bir kanıya sahip olması halinde, onu kastından dolayı sorumlu tutmak doğru değildir. Meselâ, otomobil kullanma hususundaki ustalığına veya aracın manevra kabiliyetine güvenerek şehir içinde süratle otomobilini süren, bir yolcuya çarparak ölümüne neden olması halinde, kasten adam öldürmeden sorumlu tutulması yanlıştır. Aksi halde çağdaş yaşamın karmaşıklığı sebebiyle hemen her hareketin kasıtlı olduğu sonucuna varmak lazımdır.²⁴³

Her halükarda nasıl izah edilirse edilsin²⁴⁴ öngörme teorisi, kastın varlığı için *istemenin*, *iradenin* mevcudiyetini daima kabul etmekte, fakat değişik psikolojik, ruhsal durumların bu

²⁴¹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 458-459. Fakat, tasavvur teorisini benimseyen “Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 243-244” ve benimsenmeyenler de nispi cebir ve tehdit altında işlenen suç kasıtlı işlenmiş suç olarak kabul etmektedirler. Bkz. Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S.387; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 153-154.

²⁴² Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 154; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 323; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 374; Bilal, **Genel Hükümler**, S.658.

²⁴³ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 459; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 392.

²⁴⁴ “*hakikaten, öngörme teorisi, kendi yapısı içinde, beş farklı görüşe yol açmış bulunmaktadır. 1) Dar anlamda öngörme teorisi: buna göre öngörülen şey, istenmiş sayılmaktadır; 2) İstenmemiş olmayan neticeler teorisi: bir kimse bir sonucu yalnız istememiş olmamakla (nicht nicht wollen) onu istemiş addedilir ve bir sonucu gören kimse onu istememiş olmasa da, herhalde istememiş de değildir; 3) Rıza veya kabul ya da icazet teorisi: neticeyi öngörmesine rağmen hareket eden kimse, söz konusu neticeye rıza göstermiş ya da onu kabul etmiştir, şu halde istemiştir; 4) Tehlikenin (riskin) kabulü teorisi: öngörülen neticeyi meydana getirmek tehlikesine,*

iradeyi etkilemediğini telâkki etmekte, söz edilen ruhsal durumları, irade ile birleşmiş ve kaynaşmış olarak mütalâa etmektedir. Ancak tüm problem, öngörme ile isteme arasında kurulan bu aynılığın doğru olup olmadığının belirlenmesinden oluşmaktadır.²⁴⁵

Öngörme teorisine yapılan başka bir eleştiri de her tasavvurun icra edildiğinin iddia edilmesinin mümkün olmayacağı ve her icranın bütün neticelerinin de istenmiş olmasının mümkün olmayacağıdır.²⁴⁶ Özellikle, öngörülen ve düşünülen neticenin meydana gelmeyeceği yolunda bir ümit beslendiği ya da bu neticenin meydana gelmesinden ciddi biçimde korkulduğu hallerde de failin neticeyi yine de istemiş olduğu kabulü, hakikate aykırıdır. Gerçi bazı durumlarda, muayyen bir sonucu isteyen kişi, onun kaçınılmaz neticelerini, o neticeden ayrılması mümkün olmayan yan etkilerini de iradesinin içine almış bulunmaktadır. Fakat, bu gibi durumlarda da düşünme ve öngörmenin iradeye eşit olduğunu söylemek yanlıştır.²⁴⁷ Kaldı ki kastın tasavvur teorisi ile izah edilmesi onu taksir kavramı ile karıştırır ve neticede kast, anlamını taksirin aleyhine genişletmiş olacaktır.²⁴⁸

3.3.2. Takdir teorisi

Franz Exner'in ortaya koyduğu anlayışa göre; kastın özünü oluşturan, fail tarafından kanunen korunan bir hakka verilen değer biçimidir. Yani fail, Kanunun hakka atfettiği toplumsal değeri, daha az bir kıymetle değerlendirmektedir. Fail, kendi fiilinden bir hakkın ihlaline sebep olabileceğini öngörür, ancak söz konusu hakkı kıymetinden daha az değerlendirdiği için, fiili işlemekten çekinmemektedir ve böylece kastın özünü oluşturan şey, kanunun hakka atfettiği değer ile failin hakka atfettiği değer arasındaki farktır. Bu fark ise failin kınanmasını gerektirmektedir. Exner bu anlayışa takdir teorisi (gefühlle einstellungstheorie) adını vermektedir.²⁴⁹ Ancak, Husni'e göre bu anlayış öngörme teorisinin bir şeklinden ibaret olup müstakil bir teori değildir.²⁵⁰ Kanımızca da müstakil bir teori değil, öngörme teorisinin içinde

riskine rağmen hareketi yapan kimse, o sonucu istemiştir; 5) Umut veya korku teorisi: öngörülen neticenin gerçekleşmemesi yolunda bir umut beslenmediği veya gerçekleşmesinden korkulmadığı halde, netice istenmiştir, aksi takdirde fail öngördüğü neticesinin gerçekleşmeyeceğini ummuş veya bunun gerçekleşmesinden korkmuş ise kast yoktur.'' Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 459; Dn. 2102.

²⁴⁵ Husni, **Kast Teorisi**, S. 33-34.

²⁴⁶ Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, S. 444; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 323.

²⁴⁷ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 459.

²⁴⁸ Erem ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 44; Özen, **a.g.e.**, S. 263.

²⁴⁹ Franz EXNER, Wesen der Fahrlassigkeit, 1910, S. 232. (Zikreden Husni, **Kast Teorisi**, S. 36)

²⁵⁰ Husni, **Kast Teorisi**, S. 36.

bulunan, *öngörülen neticeyi meydana getirmek tehlikesine rağmen hareketi yapan kimse, o neticeyi istemiş*, sayılan anlayışın, başka anlatım şeklidir.

3.3.3. İrade Teorisi

Bu teoriye göre, failin *neticeyi istemiş olması* kastı ayırt eden niteliktir. Gerçi, istemenin varlığı için neticenin öngörülmüş ve düşünülmüş olmasının gerekli olduğu şüphesizdir. Ancak muayyen bir amaca yönelmiş bir irade bulunmadıkça, failin kasten hareket ettiğinden söz edilemez. Hakikaten, bir neticenin yalnız öngörülmesi ve düşünülmüş olması, o sonucun istenmiş olduğu anlamına gelmez ve irade ile birleşmemiş bir düşünce ve öngörme kastı oluşturmaz.²⁵¹

Başka bir anlatımla, irade teorisine göre; kast, belirli bir neticeye yönelmiş iradedir, böylece irade bulunmadığı halde, failin kasten hareket ettiği söylenemez. Söz konusu teoriye göre, öngörülmüş olsalar bile istenmemiş, irade edilmemiş neticeler kastedilmiş sonuçlar olarak addedilemezler.²⁵²

Failin birden fazla neticeyi öngörmüş ve aklından geçirmiş olması halinde, öngörülen neticelerden sadece istenmiş netice kasten gerçekleştirilmiş, öbürleri ise, istenmemiş olduklarına rağmen gerçekleşmişlerse, bunlar taksirle işlenmiş olarak anlamlandırılır. Kastla taksiri ayıran sınır da isteme unsuru olup ondan başka bir şey değildir. Hatta, bazen fail öngördüğü ve düşündüğü sonuçların aralarında gözetmeksizin hepsini ister veya bu sonuçlardan bazılarının önce, bazılarının ise daha sonra meydana gelmelerini arzu eder. Bu halde *seçimlik kasttan veya birbirini izleyen kasttan* bahsedilirse de her iki halde de kastın varlığından şüphe edilmemelidir. Böylece, sonucun gerçekleşmesi bakımından irade ilave edilmediği, eklenmediği takdirde, kastın varlığından bahsetmek mümkün değildir.²⁵³

Fakat, irade teorisine taraftar olan yazarlar da istenmiş olması gereken sonuçların ne olduğunu, bu iradenin neleri kapsayacağını saptama hususunda farklı düşünceler ortaya

²⁵¹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 460; DEMİRBAŞ, 2018, S. 374; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 323; Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 154. Benzer açıklamalar için Arapça kaynaklarından bakınız: Husni, **Kast Teorisi**, S. 36-37; Abdişweiş, Hata (taksir) Teorisi, S. 43. Gazi Henun Helef El-dderaci, **İstizhar El-kest El-cinai fi Cerimet El-keft El-amd** (Adam Öldürme Suçunda Cinai Kastın Belirlenmesi), 1. Baskı, El-halabi Hukuki yayınevi, Beyrut, 2012, S. 16.

²⁵² Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 154; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 323.

²⁵³ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 460.

koymaktadırlar. Bazılarına göre failin istenmesi gereken ceza kanununu ihlâlidir, iradesi bu sonuca yönelmelidir, başka bir deyişle istenen netice, kanunun ihlâli olmaktadır.²⁵⁴ Fakat, bu görüş şöyle eleştirilmiştir: failin böyle bir irade (kanunu ihlal etmek amacı) ile davranması aranmaz: bir kere kanunun bilinmesi şart değildir; bundan başka hırsızlık suçunda fail, hukuku ihlâl etmek iradesiyle hareket etmeyip başkasının malını eline geçme amacıyla, iradesiyle hareket etmektedir.²⁵⁵

Kanunu ihlâl etme bilinciyle hareket etmeyi *kast* anlamında kullanan diğer bazı yazarlara göre, kanunun bilinmesi, kastın bir unsuru veya şartı olmaktadır. Ancak bu bilgi, suçu genel olarak yasaklayan kanunun bilinmesi olup özel cezalandırıcı hükümlerinin bilinmesi değildir.²⁵⁶ Bu nedenledir ki, kastı “*kanuna aykırı olduğu bilinen bir hareketi az veya çok mükemmel bir şekilde yapma iradesi*” şeklinde tanımlamak gerekmektedir. Fakat, bu görüş de psikolojik gerçeklere uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Denmiştir ki, hukukçuların ve hâkimlerin bile hukukun yorumu hususunda her zaman birleşmedikleri bir gerçektir, dolayısıyla aynı bilinci failde aramak ve bu bilinç olursa onu cezalandırmak mümkün değildir.²⁵⁷

Başka bir anlayışa göre, failin iradesi, fiilin hukuka aykırılığına ilişkin olması gerekir: *Carrara*’nın anlayışından ayrı olarak, fiil ile ceza kanunu arasında bir çelişki olduğu bilinci gerekmemekte, fiil ile bütün hukuk düzeni arasında bir çatışma olduğu bilinciyle hareket edilmesini koşul olarak saymaktadır. Buna göre, kast, hukuka aykırı bir neticeyi meydana getirme iradesinden ibarettir. Fail iyi niyetle, yani hukuka uygun bir biçimde davrandığı düşüncesiyle, zannıyla hareket ettiği, fiilin suç teşkil eden niteliğini bilmediği, işlediği fiilin hukuka uygunluğu hususunda kabul edilebilir bir yanılgıya düştüğü halde, kast yoktur.²⁵⁸

İrade teorisini savunan bazı yazarların ileri sürdüğü görüşe göre, kast kuramı, normal dilde ve psikologların belirttikleri gibi mücerret bilmeden değil, belli bir yöne yönlendirilmiş iradede oluşmaktadır. Meselâ, karanlıkta yıkık bir merdiveni kullanan bir kimsenin, yaralanabileceğini öngördüğünden dolayı yaralandığı takdirde, kasten hareket ettiğini, yani kasten kendini yaraladığını söylemek mantığa aykırıdır. Ayrıca, kast kuramı, kanun

²⁵⁴ Özen, **a.g.e.**, S. 263.

²⁵⁵ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 46.

²⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 323.

²⁵⁷ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 461.

²⁵⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 461; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 323.

koyucunun yarattığı bir kuram değil, insanların normal hayatında kullandığı ve bilimsel temelli psikolojik düzlemde bilim adamları tarafından belirtilmiş bir kuramdır. Dolayısıyla, kanun koyucu bu sabit anlayışı bozmamalıdır.²⁵⁹

Diğer bazı yazarlar ise, kast konusunda *neticeye* farklı bir anlam vermenin gerekli olduğundan bahsetmektedirler. Yazarlara göre, ceza kanununda neticeden anlaşılması gereken, *doğal netice* olup böyle bir sonucu olmayan suçlara *neticesiz suçlar* ismi verilir. Bu sebeple de kast sadece neticeli suçlarda, doğal bir sonucu olan, dış dünyada bir değişikliğin gerçekleşmesine sebep olan suçlarda aranacak²⁶⁰, neticesi harekete bitişik suçlarda, yani sırf hareket suçlarda kastın bulunup bulunmaması araştırılmayacaktır.²⁶¹ Böylece, TCK'nın 21. maddesinde ve İCK'nın 33. maddesinde yer alan kast kuralı, sadece neticesi hareketle bitişik olmayan suçlara mahsus, özgü bir şekilde anlaşılmalıdır.

Bu anlayış şekli, neticesi harekete bitişik suçların, sayı itibariyle, neticesi hareketten ayrı suçlardan hiç de aşağı kalmadığı belirtilerek eleştirilmiştir. Keza, “*ceza sisteminin kilit noktalarından biri olan kast kavramının, birçok suçta aranmaması olanaksız olacak derecede önemli*” bulunduğu öne sürülmüştür. Dolayısıyla kastın esasını teşkil eden iradenin sadece doğal neticesi değil, hukukî sonuca da yönelmesini aramak gerekir, yani ceza hukukunda neticeyi hukukî bir görüşle izah etmek lazımdır.²⁶²

İrade kuramı, iradenin kapsamının tayin edilmesinde, yani neyin istenip, neyin istenmediğinin belirlenmesi bakımından tek başına yeterli olmayacağını iradeyle birlikte tasarım, hatta öngörünün de dikkate alınması gerekli olduğu söylenerek eleştirilmektedir. Gerçekten, neticenin sadece tasavvur edilmiş olması kastın mevcudiyetine کافی değilse, yalnız, iradenin doğrudan doğruya yöneldiği neticeyi kastedilmiş saymak da yeterli değildir.²⁶³ Tasavvur edilmiş neticelerden hareket etmeksizin kast kavramına ulaşmak mümkün değildir.²⁶⁴ sonuç itibariyle, irade kuramı, öngörme kuramının aksine, kastın kapsamını çok fazla daralmaktadır.²⁶⁵

²⁵⁹ Husni, **Kast Teorisi**, S. 37-38. Benzer açıklamalar için bkz: Bilal, **Genel Hükümler**, S.657.

²⁶⁰ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 462.

²⁶¹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 392; Husni, **Kast Teorisi**, S. 49.

²⁶² Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 462-463.

²⁶³ Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 154; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 374.

²⁶⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 323-324.

²⁶⁵ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 463.

3.3.4. Bilinç ve İrade (karma) Teorisi

Karma nitelikte olan bilinç ve irade kuramı, söz konusu iki unsuru bilme (öngörme) ve iradeyi birlikte ele almaktadır. Bu anlayışa göre, neticenin tasavvur edilmiş olmasıyla birlikte iradenin de bu neticeye bir hareketle yönelmiş olması şarttır. Fakat, kast için basit bir öngörme, tasavvur yeterli değildir. Bilinçli bir tasavvur, muhayyile ile yetinmeyen bir tasavvuru gerektirir. Bilinçli bir tasavvur ve bunu gerçekleştirmeye matuf irade kastın unsurlarını oluşturmaktadırlar.²⁶⁶ Başka bir anlatımla, kastın mevcudiyeti için basit bir öngörme kâfi değildir. Şuurlu bir öngörme (fikri unsur) ve bunu tahakkuk ettirmeye yönelik bir irade (iradi unsur) kastın iki temel unsurudur.²⁶⁷

Aslında, öngörme ve irade teorileri iyice incelendiğinde her iki teori, suçun maddi unsurlarını oluşturan bütün unsurların bilinmesi gerektiği konusunda hemfikirdir. Ancak, bunlardan biri (öngörme teorisi), suçu oluşturan unsurların bilinmesini (öngörme ve düşünme) kastın varlığı için yeterli görürken, diğeri (irade teorisi), sadece unsurların bilinmesiyle yetinmeyip kastın mevcudiyeti için bilmenin yanında iradenin de bulunmasını gerekli görmektedir. Aynı şekilde, her iki teori, iradenin bulunmasının gerekli olduğu hususunda müttefiktir, fakat, öngörme teorisi, iradenin fiile, eyleme yönelmiş olmasını kastın oluşması için yeterli bulurken, irade teorisi, kastın varlığı için söz konusu iradenin fiille birlikte neticeye de yönelmiş olmasını gerekli kılar, bundan da şunu çıkartabiliriz ki, her iki teori kastın “bilme ve irade” unsurundan oluşması hususunda müttefiktirler.²⁶⁸

Birçok durumda, irade ile öngörmeyi bir arada değerlendirmek gerekmektedir. Meselâ, denizin ortasında, gemisini batıran kişi gemideki insanların ölebileceğini düşünmüş ve öngörmüş, belki neticeyi istememiştir, fakat bu öngörmeye rağmen hareketinden çekinmemiştir. Bu durum sırf irade teorisiyle açıklanırsa ölüm neticesi meydana geldiği halde, kastın bulunmadığı neticesine ulaşmak gerekir. Böylece, öngörme kuramın aksine, kastın kapsamını çok fazla daralmaktadır. Dolayısıyla, kasta ilişkin psikolojik bakımından gerçeklere uygun ve isabetli bir görüşe sahip olabilmek için hem öngörme, tasavvur hem de irade teorilere yer vermek, yani her iki nazariyeyi bağdaştırmak gerekir.²⁶⁹

²⁶⁶ Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 154; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 374.

²⁶⁷ Erem ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 44; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 324.

²⁶⁸ Husni, **Kast Teorisi**, S. 43.

²⁶⁹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 463.

3.3.5. Mukayeseli Hukukta Kast Kuramı ve Görüşümüz

3.3.5.1. Kanunlarda kast kuramı

Ceza kanunları; kastın tanımlanması hususunda iki gruba ayrılmıştır. Bunlardan birincisi: Yasalar, kastın tanımıyla ilgili her şeyi doktrine ve yargı mercilerine bırakmıştır. Bu nedenle, kanunda kastın tarifine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu görüşü benimseyen, yani ceza kanunu metninde, kastın tanımına yer vermeyen sözgelimi; Fransa²⁷⁰, Almanya, Mısır, Cezayir, Belçika, Fas, İspanya, 765 sayılı eski TCK ve Tunus ceza kanunlarıdır.

Kastın tanımına yer vermeyen kanunların kastı açıklayan teorilerden hangisini benimsemiş olduklarını söylemek mümkün değildir. Fakat, doktrinde genel olarak Fransız müelliflerince üzerinde birleşilen tarifi şöyledir: “*Failde bulunan ve kanunun koyduğu yasalara karşı geldiğine ilişkin olan bilinç, kastı teşkil eder*”.²⁷¹ Bu tarife bakıldığında da genel olarak öngörme teorisinin kabulü, yani kastın unsuru ve temeli belirtmesi hususunda, iradenin değil, bilmenin esas olarak mütalâa edildiğini görmekteyiz. Mısır doktrininde ise, genel olarak irade teorisi kabul görmüştür.²⁷²

Kanunların ikinci kısmı ise, kast tanımına, ceza kanunun metni içinde, yer vermektedirler. Sözgelimi, 1943 Lübnan CK 188. maddesi kastı “*niyet; kanununda tanımlandığı gibi bir suçun işleme iradesidir*” şeklinde tanımlar. Bu tanımın birebir aynısı, 1949 Suriye CK’nun 187. ve 1960 Ürdün CK’nun 63. maddelerinde de bulunmaktadır. Söz konusu kanunların, kasta “*niyet*” adı verme hususunda da hemfikir oldukları ve irade teorisinin benimsedikleri ortadadır.

Keza, Irak ceza kanunu da kastın tanımına yer veren kanunlardan biri olup 33. maddesinin 1. fıkrasında doğrudan kastı, “*failin, gerçekleşecek veya diğer herhangi cezai (zararlı) neticeyi*

²⁷⁰ Kasttan söz eden ilk kanunlardan biri olan 1810 yılında çıkartılan Fransa Ceza Kanunudur. Cinayet ve cünhaların işlenebilmesini kastın varlığına bağlamış, fakat kastın tanımını yapmamış ve neden oluştuğunu da belirtmemiştir. Bkz. Elseedi, **a.g.e.**, c1, S. 247.

²⁷¹ Bu tanımlı kabul eden Fransız yazarlar; (Ranieri, Garraud, Garçon, Ortolan, Vidal et Magnol ve Donnedieu de Vabres)tir. Bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 464, Dn. 2129. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Husni, **Kast Teorisi**, S. 52-53.

²⁷² Bilal, **Genel Hükümler**, S.657. Ayrıca Mısır cezacıların yaptığı tarifleri ve irade teorisinin benimsediklerinin tespiti için bkz. Husni, **Kast Teorisi**, S. 53-54. Hemen belirtelim ki, Mısır doktrininde de azınlıkla olan öngörme teorisinin taraftarları bulunmaktadır. Örneğin: Ali Raşid, **El-kanun El-cinai**, 2. Baskı, Dar El-nahda El-Arabiye, El-kahire, 1974, S. 398.

hedefleyerek, iradesinin suçu oluşturan fiili işlenmeye yönlendirilmesidir’²⁷³ şeklinde tanımlamaktadır. 34. maddesinin b bendinde de “*fail, işlediği fiil ile suç sayılan neticeleri meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen tehlikeyi kabullenerek fiilini icra etmiş*”²⁷⁴ ise” işlenmiş suç kasten işlenmiş kabul edilmiştir. Fakat, ICK bu maddede olası kastın tanımını yapmış ise de “olası kast” kavramı kullanmamaktadır. Ayrıca ICK, TCK (m. 21/2) gibi, olası kast halinde cezada indirim öngörmemiştir.

Görüldüğü gibi, ICK 33. maddenin birinci fıkrasında kastın tanımını yaparken, failin, suç işlemeye yönlendirilmiş iradesine odaklanmış olduğu, failin işlemiş olduğu suçun unsurlarının bilinmesi gerektiğine dair açık bir belirtinin olmadığı, yani kastın önemli unsurundan biri olan, bilme unsuruna yer vermediği için eksik ve doğru olmayan bir tanım olduğu, gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁷⁵ Ancak, Hedisi’ye göre, söz konusu tanımında Irak Ceza Kanunun kastı, irade unsuru üzerinde bina ettiği anlaşılabilirse de, iradenin bir gereği olarak bilmenin de olmasını gerektirmiş, yani ICK’da kast, suçun kanunî unsurlarının bilinmesi ve unsurların gerçekleştirilmesine yönlendirilmiş irade, olarak anlaşılmalıdır. Kanun koyucunun tanımda sadece irade kelimesiyle iktifa ettiğinin nedeni, iradenin varlığı zaten bilmenin varlığını da gerektirir. Başka anlatımla fail unsurları bilemeli ki iradesinin unsurlara yönlendirdiğinden bahsedilebilsin, anlayışıdır.²⁷⁶ Fakat kanımızca irade teorisine yapılan tüm eleştiriler, Irak ceza kanunun 33. maddesinde bulunan kast tanımına da yapılabilir. Ayrıca kastın asıl unsuru bilme unsurunun varlığını varsaymak doğru bir tespit değildir.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Irak Ceza Kanunu 33. maddesinde, kastı açıklayan irade teorisini benimsemiştir. Ancak, uygulamada Temyiz Mahkemesi, 2575 ceza 1971 sayılı ve 14.11.1971 tarihli kararında, bu anlayışın aksine bir açıklamada bulunup, “*kavga edenleri ayırmaya çabalarken maktulün kurşunla vurulmuş olmasından dolayı ölmesi*

²⁷³ Maddenin Arapçası şöyledir: “القصد الجرمي هو توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفا الى نتيجة الجرمية” “التي وقعت او أي نتيجة جرمية اخرى” belirtmek isteriz ki, Merdan YUNUS’un tezinde, ICK’da kastın tanımı olarak yer verdiği “*Irak Ceza Kanunu 33. maddesinde yer alan düzenlemeye şu şekilde ifade edilmiştir: “Fail, neticeyi kastetmek amacıyla suçun unsurlarını bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”* Tanım kendisi atfettiği gibi HUSNİ’den alınmıştır, bkz. Merdan Yunus, “*Genel Hükümler İtibarıyla Türk Ceza Kanunu İle Irak Ceza Kanunu’nun Karşılaştırılması*”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2011, S. 81. Verilen tanım doğru değildir, çünkü ICK’da böyle bir tanım yoktur.

²⁷⁴ “ب – إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً للمخاطرة بحدوثها”

²⁷⁵ Dia el-din Mehdi, “*Mefhum El-mesuliye El-cezaiye fi El-Kanun El-Iraki (Irak Kanununda Ceza sorumluluğunun Mefhumu)*”, *El-kadaa derneği*, sayı 1, 1986, S. 22.

²⁷⁶ El-hedisi, *a.g.e.*, S. 275.

halinde, fiil kasıtlı adam öldürme suçu oluşturmaktadır” şeklinde bir sonuca ulaşmıştır.²⁷⁷ Bu karardan anlaşılır ki, Mahkeme sadece neticenin öngörülmüş olmasını, kastın varlığı için yeterli görmüş ve neticenin istenmemiş olmasına önem vermemiştir. Başka bir anlatımla, kanunun gerektirdiği irade teorisinin içinde olayı değerlendirmemiştir, yoksa irade teorisine göre incelemiş olsaydı somut olayda, netice istenmediği için kastın bulunmadığını kabul etmesi gerekirdi.

Kastı tanımlayan diğer bazı kanunlar²⁷⁸ ve bilhassa İtalyan Ceza Kanunu da 43. maddesinde *“suçun oluşturması için kanunun şart kıldığı icrai veya ihmali hareketten doğan tehlikeli veya zararlı neticeyi, failin kendi eyleminin bir sonucu olarak öngördüğü ve istediği durumlarda suç kasten işlenmiştir”* hükmüne yer vererek, bağdaştırıcı bir görüşü benimsemiştir.²⁷⁹

Keza, Arap ülkelerinin yeni ceza kanunlarında da bu bağdaştırıcı görüşten yana oldukları görülmektedir. 1994 Yemen Ceza ve Suç Kanunu’nun 9. maddesi ve 1987 Birleşik Arap Emirlikleri Ceza kanunu 38. maddesi buna örnek oluşturur.

2004 yılında çıkartılan 5237 Türk Ceza Kanunu da 21. maddesinin 1. fıkrasında *“Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır”* şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, bir suçun işlenmesi kastın mevcudiyetine bağlı olup kural olarak kastla işlenmeyen bir fiil, suç oluşturmaz. Fakat, istisnai hallerde kanunun açıkça tayin etmesi şartıyla bir suç taksirle işlenebilir (TCK md 22/1). Ayrıca TCK 21. maddesinin 1. fıkrasında kast, *“suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi”* şeklinde tanımlanmıştır.

Böylece, Türk Ceza Kanunu kastı, bilme ile isteme unsurları üzerinde bina etmektedir. Bu görüş: kastın, kanunî tarifinde zikredilen suç unsurlarının somut olayda bilinmesi ve istenmesi ile oluşması, Türk öğretisinde de baskın bir görüştür.²⁸⁰ Nitekim, bu bağdaştırıcı görüş, Türk yargı mercileri tarafından da benimsenmiştir.²⁸¹ Ancak, Özgenç’e göre, istemek,

²⁷⁷ Abdülkerim, **a.g.e.**, S. 169.

²⁷⁸ Örneğin; 1935 Çin CK m. 13, 1996 Rus CK m. 25, 1950 Yunanistan CK m. 27, 1940 Brezilya CK m. 15, 1994 Meksika CK m. 9 ve 1937 İsviçre CK m. 18.

²⁷⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, 2011, S. 321; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 463.

²⁸⁰ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 463; Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 154; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 374; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 325; 30.İçel, **Genel Hükümler**, S. 438; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 434; Toroslu/Toroslu, **a.g.e.**, S. 214-2015; Hakeri, **a.g.e.**, S. 232; Zafer, **a.g.e.**, S. 248.

²⁸¹ “... kastın unsurları ise: 1. Öngörme Unsuru; ..kanunî tarifte yer alan tüm unsurları öngörmüş, yani onları bilmiş olması lazım. 2. İsteme (irade) Unsuru; ..öngördüğü bütün hususları aynı zamanda istemiş olması

kastın bir unsurunu teşkil etmemektedir. Yani, kişinin, fiilin neticelerini öngörmüş olması halinde, bu sonuçların meydana gelmesini istemezse bile, kasten harekette bulunmuştur. Meselâ, kişi mecbur edildiği bir fiili işlemesi halinde, bunun neden olacağı neticelerin bilincindedir. Bu durumda, her ne kadar bu fiili işlemeyi ve neden olduğu sonucun gerçekleşmesini istememiş olsa da, failin kasten hareket ettiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kast bakımından isteme unsurundan bahsedilmesinin doğru olmadığını, bu ayrım kastın bir kusur şekli olarak mütalâa edilmesinin bir sonucu olduğunu ve TCK'da kastın bilmenin yanında isteme unsuruna yer verilmesinin sebebi klasik görüşün etkili olduğunu, ileri sürmektedir.²⁸²

3.3.5.2. Görüşümüz

Kanımızca, kastın temel unsuru bilme unsurudur, yani fail harekete geçmeden suçu oluşturan maddi unsurları öngörmüş ise ve söz konusu, unsurların gerçekleşmelerine yönelik bir faaliyette bulunursa, bu unsurların gerçekleşmelerini istemiş veya en azından kabul etmiş sayılmalıdır. Aksi halde fail hareketinden çekinecektir. Örneğin, Azad, Dara'nın yüzmeye bilmediğini bilir ve denize attığında boğularak ölebileceğini de öngörür. Bu halde, Azad, Dara'yı denize atarsa, aslında suçun tipik unsurlarının (adam öldürme suçu) gerçekleşmesine yönelik bir faaliyette bulunmuştur. Dolayısıyla, Dara'nın ölmesi halinde, Azad kasten adam öldürme suçundan kasten sorumlu tutulmalıdır. Ancak, Dara orada geçen başka bir gemi misafirinden fark edilmiş ve kurtarılsa, yani herhangi sebeple olursa olsun ölüm neticesi gerçekleşmediği zaman, Azad kasten adam öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır. Yani günlük hayat tecrübeye göre bir fiilin işlenmesiyle kanunda tanımlanan bir suçun unsurlarının (bilhassa neticenin) gerçekleşmesi muhakkaksa ve fail unsurları gerçekleşmeye yönelik bir faaliyette bulunursa, isteme unsuru araştırılmadan kasten hareket ettiği kabul edilmelidir.

Kastın bilme unsurundan, isteme unsuru da ortaya çıkacağı, kural olarak kabul edilmiştir. Gerçekleştirilecek bir fiille, muayyen bir suç unsurunun meydana getireceğini bilen bir kişinin, buna rağmen söz konusu fiili icra etmesi takdirde, ilke olarak bu unsuru istemiş olduğu kabul edilir, aksi takdirde, söz konusu fiili ihmal edebilirdi. Bu noktadan hareketle

lazım.''10. Hukuk Dairesi, 17.12.2012, 14484/25884 aynı doğrultuda dairenin daha yeni kararları: 10. Hukuk Dairesi, 19.02.2014, 2855/3263; 10. Hukuk Dairesi, 03.11.2015, 18784/18441; 10. Hukuk Dairesi, 10.12.2015, 17287/21818 (zikreden, İçel, **Genel Hükümler**, S. 440).

²⁸² Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 252-253.

doktrinde bazı müellifler tarafından, belirli bir suç unsurunun gerçekleştirilmesine yönelik bilme unsurunun yanında, isteme unsuruna bağımsız bir vazife tanınmasının gerekli olmadığı ileri sürülmektedir.²⁸³

Ancak, düşüncemize göre, bahsedilen kuralın mutlak (sınırsız) bir şekilde kabul edilmesi isabetli değildir. Yani, bazen fail bir neticenin gerçekleşebileceğini düşünmüş ve öngörmüş, ancak istememiş olabilir. Özellikle, fail makul sebeplerden dolayı kendi fiilinin olumlu sonuçlanacağını düşündüğü ve kendine güvenerek neticenin gerçekleşmesini engelleyebileceği kanaatinde olduğu halde, failin neticeyi öngördüğü fakat istememiş olduğu ortaya çıkabilir. Örneğin, yüzmeyi çok iyi bilen Azad, oğlu Dara'ya yüzme öğretmek isterken onu nehre atar, Azad oğlunu nehre atarken onun yüzme bilmediğini ve boğularak ölebileceğini de öngörür, fakat, Azad, çok iyi yüzme bildiğini ve daha önce de birkaç kişiyi aynı nehirden kurtardığı için, bir şey olursa oğlunu da kurtarabileceğine dair kendine güvenerek ve fiilinin olumlu bir netice ile sonuçlanacağı kanaatiyle, Dara'yı attığında, Azad'ın ölebileceğini öngörmüş ve fakat gerçekleşmesini istememiş olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla, bu örnekte kastla değil, bilinçli taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olmaktadır. Sonuç olarak, biz Arap ve Türk doktrininde çoğunlukla kabul edilen görüşten ayrı olarak *bilmeyi* sadece *iradenin* yani *istemenin* gerektirdiği çerçevede mütalaa etmemekteyiz. Böyle bir kabulü (bilmenin, kastın temel unsuru olarak değil de iradenin bir gereği olarak kabulü) doğru bulmamaktayız. Kanımızca, kastın temel unsurunu bilme unsuru oluşturmaktadır.²⁸⁴ Fail, bilerek yaptığı şeyi istemiş veya kabul etmiş sayılmalıdır.

Yukarıda nehir örneğinde de belirttiğimiz gibi, bazen bu kuralın (bilme unsurundan, isteme unsuru da ortaya çıkacağı) aksi ispatlanabilir. Ayrıca bilme unsuru tek başına kabul edildiğinde kastın kapsamı ve dolayısıyla failin mesuliyeti çok genişletilmiş olacaktır. Bu nedenle, biz *istemeyi* söylediğimiz kuralın bir kaydı (sınırlandırıcı) olarak kabul etmekteyiz. Böylece yalnızca makul gerekçelerle öngörülmüş neticenin gerçekleşmesinin istenmemiş veya kabul edilmemiş olduğu ispatlandığı halde, işlenmiş suçun kasıtlı olmadığı kabul edilebilir. Kısaca, aksi ispat oluncaya kadar bilinen unsurlar istenmiş sayılmaktadır. Kanımızca, söz konusu istemenin bulunup bulunmaması tespitinde failin kayıtsız kalmasına bakılmalıdır. Bu itibarla, fail neticenin meydana gelmemesi için elinden geleni yapmış ise

²⁸³ Heinrich, **a.g.e.**, cilt 1, S. 170.

²⁸⁴ Aksi görüş, Ozansü'ye göre, ceza hukuku mesuliyetini yaratabilecek yegâne içsel mekanizma olan isteme unsuru kastın en temel parçasını oluşturmaktadır. Bkz. Ozansü, **a.g.e.**, S. 125.

yani kayıtsız kalmamış ise kasıtlı bir sorumluluk değil, taksirli bir sorumluluk söz konusu olacaktır. Aksine, öngörmesine rağmen kayıtsız kalarak gerçekleşmesini umursamıyorsa kast vardır.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında şunu diyebiliriz; Irak Ceza Kanununun 33. maddesinin 1. fıkrasında doğrudan kastı, “*failin, gerçekleşecek veya diğer herhangi cezai (zararlı) sonucu hedefleyerek, iradesinin suçu oluşturan fiili işlenmeye yönlendirilmesidir*” olarak tanımlarken, bilmeden söz etmeyip, iradeyi kastın esas kurucu unsuru olarak mütalâa etmesi doğru olmamıştır. Zira, 34. maddesinin B bendinde, olası kastın unsurları olarak öngörme ile kabul etmeyi, kabul ettiğini isabetli bulmakla beraber, tanımda yalnızca neticeden söz etmiş olması, kanımızca isabetli değildir.

Zira, TCK’nın da doğrudan kastın “*suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*”(m. 21/1), olası kastın da; “*kişinin suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi..*”(m. 21/2), bilinçli taksirin ise, “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali*” olarak tarif etmesi, kanımızca teorik bir tutarsızlığa neden olmuştur. Çünkü, doğrudan kastın unsurları olarak *bilme* ve *istemeyi* kabul ederken²⁸⁵ olası kastta sadece öngörme unsurundan bahsetmekte ve isteme unsuruna ilişkin olarak failin, “*kayıtsız kalması*”, “*kabullenmesi*”, “*gerçekleşme tehlikesinin üstlenmesi*” veya “*olursa olsun düşüncesi*” şeklinde bir ibareye yer vermemektedir. Böylece, olası kastın varlığı için, suçun kanunî tanımındaki unsurlarının gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmesini yeterli saymaktadır.²⁸⁶ Dolayısıyla, failin istemediği, ancak fiilinden meydana gelmesi muhtemel olan ve engel olabileceği inancıyla işlediği fiilin doğurduğu neticeler açısından da olası kastın varlığı kabul edilebileceği tehlikesini ihtiva etmektedir. Böylece, uygulamada olası kast ile bilinçli taksirin birbirine karıştırılması ihtimali de daima söz konusu olacaktır.²⁸⁷

Kanımızca, *doğrudan kastın*, *bilme* ile *isteme*, *olası kastın* ise *öngörme* ile *tehlikenin üstlenmesi (kabullenmesi)* ve bilinçli taksir *öngörme* ile *istememe* unsurlarından oluştuğunu kabul ettiği takdirde, tutarlı bir sistem olacaktır.

²⁸⁵ Karma teorisinin benimsenmesi

²⁸⁶ Öngörme teorisinin benimsenmesi

²⁸⁷ Aynı yönde, Tuğrul Katoğlu, “*Olası Kast ve Suça Teşebbüs*”, Ankara Üniversitesi Yayınları: **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, cilt 2, sayı 1, Ankara 2015, S. 614.

Hemen belirtelim ki, bizim kabul ettiğimiz istem, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleştirilmesine yönelik istem (iradenin gerçekleştirmeye yönlendirilmesi) olmaktadır. Düşüncemize göre, kast kapsamındaki istemin iradeyi değil iradenin yönlendirilmesini ifade etmektedir. Zira, istem manevi unsurun türleri (kast ile taksir) içinde incelendiğinde failin suç unsurlarının gerçekleşmesi yönünde bir istemi bulunup bulunmadığı araştırılır. Kusurda ise, failin, iradesinin oluşumu ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla hukuka uygun bir şekilde davranması mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Zira, failin hukuka uygun davranması mümkün olduğu halde hukuka aykırı bir şekilde davranmış olduğundan kınanması söz konusu olacaktır. Böylece, manevi unsorda *iradenin yönlendirilmesi* incelenirken, kusurlulukta *iradenin neden bu yöne (hukuka aykırılığa) yönlendirilmiş* olması ile birlikte içinde bulunduğu şartlar (iradenin oluşumu) mütalaa edilecektir. Bu itibarla, fail suçun unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirebilir fakat iradesinin oluşum şartları itibarıyla kınanmayabilir. Örneğin, dağda donma tehlikesinden, orada bulunan bir evin kapısını kıran aslında başka birinin evinin kapısını kıracağını (bir suç işleyeceğini) bilmekte ve iradi olarak istemektedir. Fakat, iradesinin oluşum süreci normal şartlar altında olmamıştır. Zira, ölmek için başka bir çaresi olmadığı için isteyerek olsa da iradesini kanuna karşı yönlendirmek zorunda kalmıştır. Dolayısıyla, failin iradesinin bu yöne yönlendirilmesinin nedeni ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla kusurlu sayılmayıp cezalandırılmamaktadır. Böylelikle, kusur bahsinde, iradenin neden hukuka aykırılığa yönlendirilmiş olduğu ve oluşum şartları incelenirken, manevi unsorda iradenin suç unsurlarının gerçekleştirilmesine yönelmiş olup olmadığı araştırılacaktır.

3.4. Kastın Unsurları ve Kapsamı

Yukarıda zikredildiği gibi kast, bilme ile isteme unsurlarından oluşmaktadır. Kastın, bu iki unsurdan oluştuğunu kabul ettiğimizde gündeme gelen soru, kastın kapsamına giren hususların neler olacağı sorusudur. TCK 21. Maddesi, “suçun kanunî tanımındaki unsurları” kastın kapsamına dahil ederek bu soruya cevap getirmektedir. Ancak, İCK’nın 33. ve 34. maddelerinde, söz konusu soruya cevap vermiş değildir. Dolayısıyla aşağıda kast unsurlarının ve özellikle bilmenin kapsamına nelerin dahil olduğu izah edilecektir.

3.4.1. Kastın Temel Unsuru Bilme²⁸⁸

Daha önce de söylediğimiz gibi, bilme kastın temel unsuru olup kastın oluşması bilmenin varlığına bağlıdır. Şüphesiz ki, bilmenin kapsamını belirtmek kastın bulunup bulunmaması için mühim bir meseledir. Ayrıca, kastla taksirin ayrıldığı en temel nokta da bilme unsurudur.²⁸⁹ Dolayısıyla, aşağıda, kastın oluşması için fail tarafından bilinmesi gereken hususlarla bilinmesi gerekmeyen hususlar ele alınacaktır.

3.4.1.1. Bilinmesi gereken hususlar

Kast kapsamına, suçun kanunî tanımında yer alan *tüm maddi unsurlar*, girmektedir. Fail, suçun haksızlık içerdiğini belirleyen unsurları bilmeli ki, kastının mevcudiyetinden söz edilebilsin²⁹⁰. Nitekim, bilinmesi gereken hususları şöyle sıralayabiliriz;

3.4.1.1.1. İhlal edilmiş hakkın konusunu bilmek

Cezai metnin varoluş sebebi, gerekçesi, kanun koyucu tarafından, korunması gerekli olan bir hak olarak nitelendirilmiş, bir hakkın korunmasıdır²⁹¹. Örneğin; adam öldürmeyi suç kılan metinlerin (kanun maddelerinin) gerekçesi, yaşam hakkının korunması, dövme ve yaralamayı suç kılmanın sebebi, vücut güvenliği hakkının, aynı şekilde, kaçırma ile haksız hapsedme (hürriyetinden yoksun bırakma) fiilleri suç tanıyan metinlerin, gerekçesi özgür yaşama hakkının ve hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık fiilleri suç olarak nitelendirmesinin nedeni, mülkiyet hakkının korunması, olmaktadır.²⁹²

Suç ise bu hakkın ihlaline yönelik iradi bir fiilde bulunmaktır. Dolayısıyla fail tarafından, fiil işlenmeden bilinmeli, hak ise hukuki bir fikir (kuram) olduğu için mutlaka bir konusu olmalıdır; genelde hakların konusunu maddi (objektif) nitelikte olan bir şey oluşturur ve işlenen fiilin etkisi bu konu üzerinden gerçekleşir. Dolayısıyla fail korunan hakkın konusunu

²⁸⁸ Arap literatüründe, ilim ibaresi kullanılmaktadır. Arapça bir kelime olan ilim: bilgi anlamına gelmekte, ilm kelimesinden şekiller de mevcuttur: alime, yalemu, âlim, malum.

²⁸⁹ Dönmezer/Erman, *a.g.e.*, S. 464; İçel, *Genel Hükümler*, S. 438.

²⁹⁰ İzzet Özgenç, “Kast-Taksir Kombinasyonları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, cilt 6, Sayı 1–2, 1998, S. 345. Ayrıca, Özgenç’e göre; İtalyan ceza hukuku nazariyesinin tesiriyle Türk hukukunda (Arap ceza hukuku literatüründe de kabul görmüş) makbul olan “Önşartlar” kavramı gerekli değildir. bkz. Özgenç, *Genel Hükümler* 2019, S. 246, Dn. 271.

²⁹¹ Von LİZST, zikreden; Husni, *Kast Teorisi*, S. 62-63.

²⁹² Husni, *Kast Teorisi*, S. 63.

oluşturan şeyi ve bu şeyin bahsedilen hakkının konusu olabilme şartlarına sahip olduğunu bilmelidir, aksi halde -failin korunan hakkın konusunu bilmemesi- kasttan bahsedilemez. Sözgelimi, yaşama hakkının konusu canlı bir vücuttur, bu nedenle, adam öldürme suçuna sanık olan biri kendi fiilinin canlı bir insana karşı işlediğini bilmeli, aksi takdirde gerçekleştirdiği faaliyetin ölmüş bir insanın vücuduna zannedenin kastı bulunmamakta²⁹³, meselâ: ölü bir insanın cesedini teşrih etme düşüncesiyle hareket eden bir doktor, daha sonra teşrih işlemleri yapılmadan bu insanın ölmemiş olduğu ve doktorun işlediği fiillerden dolayı öldüğü ortaya çıkarsa, söz konusu doktorda her ne kadar taksirin bulunabilmesi mümkünse de, canlı olduğunu bilmediği için kast yoktur. Aynı şekilde, hırsızlık suçunda mülkiyet hakkının konusu bir maldır. Dolayısıyla, fail hırsızlık fiili gerçekleştiğinde, aldığı malın başkasına ait taşınır bir mal olduğunu bilmelidir. Aksi takdirde meselâ, birbirine çok benzeyen iki şeyden -meselâ havalimanında kendi valizinin aynı markası, boyutu ve rengi olan ve başkasına ait olan valizi- kendisinin olduğunu zannedip alan failde hırsızlık kastı bulunmamaktadır.²⁹⁴

3.4.1.1.2. İşlediği fiilin ciddiyetini (tehlikesini) bilmek

Aslında bir suç, kanunun koruduğu bir hakka, pozitif (bir fiili yapmak) ya da negatif (yapması gerekeni yapmamak) bir fiille işlenmektedir. Failde kastın bulunması için, işlenen fiilin tehlikeli olduğu fail tarafından bilinmelidir. Şayet, fail, işlediği fiilin tehlikeli olduğunu bilmiyo ise kastından söz edilemez. Meselâ, failin sıvı bir maddeyi su sanarak arkadaşına atması, fakat attıktan sonra söz konusu sıvının su değil, yakıcı bir madde olduğunun ortaya çıkması halinde sıvıyı atan kişi kasten hareket etmiş olmayacaktır. Aynı şekilde, hakaret suçunda da fail karşısına söyleyecek sözlerin hakaret olacak dereceye varacağını, yani sözlerinin karşı insanı çevresindekilerin gözünde (tahkir) küçültebileceğini veyahut doğru oldukları ispatlandığında cezalandırılacağını bilmelidir ki kasten hakaret ettiğinden bahsedilebilir.²⁹⁵ Yine, TCK 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun gerçekleşmesi için hileli bir fiille bir kimsenin aldatması lazımdır. Fail, fiilinin hileli olduğunu (meselâ gösterdiği belgenin sahte bir belge olduğunu) bilmeli, aksi halde kastından

²⁹³ Bilal, **Genel Hükümler**, S. 663.

²⁹⁴ Husni, **Kast Teorisi**, S. 63-64. Belirtelim ki, bu gibi durumlarda kast bulunmazsa da duruma göre taksir hükümleri göz önünde bulundurulur. Söz konusu örnekte taksirli bir durum mevcutsa da hırsızlık suçunun taksirle işlenemeyeceği için fail cezaen sorumlu tutulamaz.

²⁹⁵ El-hedisi, **a.g.e.**, S. 277.

söz edilemez.²⁹⁶ Bir evin aşçısı patronuna yemek hazırlarken, yemeğe tuz yerine bilmeyerek zehir attığı ve patronun zehirli yemeğin yemesi sonucunda ölmesi halinde, aşçı işlediği fiilin tehlikesini bilmediği için kasten hareket etmiş olmayacaktır. Ancak, fail ihmal ve özensizliğinden dolayı taksirle adam öldürme suçundan sorumlu tutulabilecektir.²⁹⁷

3.4.1.1.3. Fiilin işlendiği yeri bilmek

Kural olarak kanun koyucu bir fiili suç olarak nitelendirirken nerede işlendiğine bakmadan failini cezalandırır. Başka bir deyişle, suç olarak vasıflandıran fiil, işlendiği yerlere göre suç olma niteliğini kaybetmez. Örneğin, adam öldürme suçu, ister konut olarak nitelendirilen bir yerde ister halka açık bir yerde işlensin suç olarak kabul edilip faili cezalandırılır. Aynı şekilde, dolandırıcılık, çocuk düşürtme ve *emanette ihanet*²⁹⁸ suçlarında da fiilin işlendiği yere bakılmadan suç olarak tasnif edilmişler. Bu kuralın temeli ise, işlenen fiilin, korunan hakkın üzerinde olan tehlikesinin, içinde işlendiği yerlere göre değişmemesidir. Dolayısıyla failde kastın oluşması için hareket ettiğinde içinde bulunduğu yani fiilin işlendiği yerin bilinmesi kural olarak önemli değildir.²⁹⁹

Ancak, bazen kanun koyucu, bir fiilin suç olarak sayılabilmesi için söz konusu fiilin belli bir yerde işlenmesini gerektirmektedir. Yani, fiilin kanunda belirtilmiş muayyen bir yerde işlenmemesi halinde, işlenmiş fiil bir suç ifade etmemektedir. Dolayısıyla, fail, fiilin işlendiği yeri bilmemişse, kast yoktur. Örneğin, sarhoşluğu suç haline getiren iki şart vardır; failin, genel yol veya halka açık bir yerde bulunması ile halkı rahatsız etmesi, aksi durumda, halka açık olmayan bir yerde sarhoşluk suç sayılmamaktadır. Bu nedenle, failde kastın bulunması için, fail içinde bulunduğu mekanın halka açık olduğunu bilmelidir (ICK m. 386). Keza, avcılık, bazı belli yerlerde yasaklanmış olduğu halde, fail avcılık yapmadan avcılığın yasak olduğu bir yerde yaptığını bilmemiş ise kastından bahsedilemeyecektir.³⁰⁰

²⁹⁶ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 395.

²⁹⁷ Nejim, **a.g.e.**, S. 298.

²⁹⁸ Kendisine emanet hükmünde olan bir mal verildikten sonra, malı belirlenmiş amaçlar dışında herhangi amaca kullanan kimse, Irak Ceza Kanununda 453 maddesinde düzenlenmiş “emanette ihanet” suçu işlemektedir.

²⁹⁹ Husni, **Kast Teorisi**, S. 66-67.

³⁰⁰ El-hedisi, **a.g.e.**, S. 277; aynı doğrultuda, Bilal, **Genel Hükümler**, S. 664.

Keza, imar kirliliğine neden olma suçun işlenebilmesi için, yapılan binanın belediye hudutları içinde ya da özel imar rejimine tabi yerlerde bulunması lazımdır (TCK m. 184). Dolayısıyla, kastın bulunması için fail yaptığı binanın belirlenmiş yerlerde bulunduğunu bilmelidir.³⁰¹

3.4.1.1.4. Fiilin işlendiği zamanı bilmek

Kural olarak kanun koyucu bir fiili suç sayarken işlendiği zamana bakmaz. Yani, suç olarak nitelendirilen fiil belli bir zamanda yahut başka herhangi zamanda gerçekleşsin suç olma niteliğini muhafaza edecektir. Örneğin, kanun, adam öldürme, yaralama ve dövme fiillerini suç olarak nitelendirir ve gündüz veya gece vaktinde işlenmesi cezalandırma hususunda bir farklılık yaratmamaktadır. Aynı şekilde dolandırıcılık ve emanette ihanet suçlarında da hangi vakitte (gündüz, gece, yazın, kışın veya belli günler..vs) işlenmiş olması cezalandırma bakımından bir önem arız etmemektedir. Söz konusu kural şu anlamına gelmektedir; suçta önemli olan şey, korunan hakkının tehlikeye sokulması veya ihlal edilmesidir. Suçu oluşturan fiilin zamanı ise suç olarak nitelendirilmesi ve cezalandırılması bakımından önemsizdir. Dolayısıyla, kural olarak, fiilin işlendiği zamanın bilinmesi kastın oluşması için gerekli değildir.³⁰²

Fakat, bazen kanun koyucu, bir fiilin suç olarak sayılabilmesi için söz konusu fiilin belli bir zamanda işlenmesini gerektirmektedir. Yani, fiilin kanunda belirtilmiş muayyen bir zamanda işlenmemesi halinde, gerçekleştirilmiş fiil bir suç oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, fail, fiilin işlendiği zamanı bilmemişse, kast yoktur. Bunun sebebi de şudur; kanun koyucu, suç olarak nitelendirdiği fiilin, korunması gereken hakkın üzerinde tehlike doğuracağını ancak belli bir zaman içerisinde işlendiğinde olacağını öngörür. Yani, fiil belli zamanda işlenmemişse suç addedilmemektedir.³⁰³ Örneğin; Irak Ceza Kanunu 174. maddesinin 1. fıkrasında zikredilen suçlar ancak savaş zamanında veya bir askeri hareket zamanında fiil işlenmişse o zamanda suç olarak nitelendirilmektedir. Aynı şekilde, avcılık yapmak yılda sadece belli bir zamanda yasaktır. Bahsedilen suçlar bakımından failde kastın bulunması için fail tarafından işlediği fiilin zamanı (savaş zamanı veya askeri hareket zamanı ya da avcılığın yasak olduğu zamanı) da bilmelidir.

³⁰¹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 395.

³⁰² Husni, **Kast Teorisi**, S. 67-68.

³⁰³ El-hedisi, **a.g.e.**, S. 278.

3.4.1.1.5. Kendi ve mağdurun özelliğini bilmek

Ceza kanunu hükümleri, ceza ehliyeti olan herkesin hakkında uygulanır. Kanun, suçu oluşturan hareketi yapanı, fail olarak nitelendirmek için, failin belli bir topluma mensup olmasını, belirli bir özellik taşımasını veya kanunî bir konuma sahip olmasını gerektirmemektedir. Ancak, kanun koyucu bazı suçlarda, bu düzlemden çıkıp istisnai bir şekilde, suçun ancak muayyen bir özelliği taşıyan kimse tarafından işlenebileceğini tasavvur etmektedir. Bu gibi durumlarda, failin kasten hareket etmiş olup olmaması söz konusu özelliği bilmesine bağlıdır. Örneğin, bir kadın, çocuk düşürme suçunu işlemekle isnat edilecekse kadının fiili işlediği zaman kendisinin hamile olduğunu bilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, kendisinin hamile olduğunu bilmeden, düşürmeye sebep olan bir maddeyi yemesi veya içmesi halinde, kasten hareket etmiş olmamaktadır.³⁰⁴

Kanun koyucu mağdurda bir sıfat aramadan herkesi korur. Böylece, herkes tüm suçların mağduru olabilmektedir. Fakat, bazen kanun koyucu bu orijinden çıkarak, bir suçun mağduru olabilmesi için, suça maruz kalan kişide belli özellikler aramakta olup söz konusu özellikleri taşımayan kimsenin suçun mağduru olamayacağını belirtmektedir.³⁰⁵ Böyle suçlarda, kasttan bahsedilebilmek için, kişi ister fail olarak kendisine ilişkin ister mağdurun objektif vasfına ilişkin olarak suçun kanunî tanımında belirtilen hususları bilmelidir.³⁰⁶ Aksi halde, yani fail mağdurun özelliğini bilmeden fiili işlemiş ise kastından bahsedilemez. Örneğin, bir kadının hamile olduğunu bilmeden, çocuğunu düşürmeye sebep olan bir fiili işleyen kişide kast bulunmamaktadır.³⁰⁷ Aynı şekilde, mağdur veya failin kamu görevlisi, devlet memuru olması, mağdurun usul (üst soydan) veya fürudan (alt soydan) biri olması ya da belli akrabadan olması, mağdurun “15 yaşını bitirmemiş” (TCK m. 103) ya da “15 yaşını tamamlamış” bir çocuk olması (TCK m. 104), suçun “*beden veya ruh bakımından veya kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” işlenmesi (TCK m. 82, f. 1, bent (e); m. 86, f. 2, bent (b); m. 95, f. 2, bent (a), hususlarının failce bilinmesi lazımdır.³⁰⁸

³⁰⁴ Husni, **Kast Teorisi**, S. 68-69.

³⁰⁵ Mahmut İbrahim İsmail, **Şerh Kanun El-ukubat El-missri El-Kısım El-Am** (Mısır Ceza Kanunu Genel Kısım şerhi), Genel Kısım, Anclo-Mısriye Yayınevi, 2. Baskı, El-kahire,1960, S. 71.

³⁰⁶ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 247.

³⁰⁷ El-hedisi, **a.g.e.**, S. 279.; Husni, **Kast Teorisi**, S. 69.

³⁰⁸ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 247.; Kayhan İçel, “*Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6 Sayı:12 Güz 2007/22007, S. 63.

3.4.1.1.6. Kanunî tarifte yer alan neticeyi öngörmek

Netice, gelecekte vuku bulacak, yani fiilin işlenmesinden sonra meydana gelecek, gerçekleşmiş fiilin eseri olan bir vakadır. Dolayısıyla, fiil işlendiğinde netice öngörülmalıdır. Öngörmek ise, failin ileride gerçekleşecek olay serilerini düşünmesi ve zihninde tasavvur etmesini gerektirir. Fail de fiilini söz konusu olay serisinin gerçekleşmesinde hareket noktası olarak gerçekleştirmektedir. Neticenin öngörülmesi, iradenin psikolojik esasını oluşturur ve öngörme olmaksızın iradenin (istemenin) bulunması tasavvur edilemez.³⁰⁹ Böylece failin, işlediği fiilin sebebiyet verebileceği neticeyi öngörmesi, kastın varlığı için gereklidir. Başka bir anlatımla, fail işlediği fiilin bir sonucu olarak meydana gelebilecek neticeyi öngörmelidir. Zira, kastın varlığı bakımından, fiilin işlenmesinden dolayı gerçekleşecek neticenin öngörülmesi vazgeçilmez bir husustur.³¹⁰ Belirtmek gerekir ki, ceza hukuku açısından önem taşıyan sonuç, suçun kanunî tanımında yer alan neticedir, kanunî tanımda yer almayan netice, hukuken veya en azından ceza hukuku açısından önem arz etmemektedir. Bu itibarla netice, işlenen fiilin bir unsuru değil, belli bir suçun kanunî tanımındaki bir unsuru oluşturmaktadır. Bir başka anlatımla, “fiil=hareket+ netice” şeklindeki formül, doğru değildir. Kanunî tanımda zikredilen neticenin, fiil ile birlikte, fiilin neden olduğu, suçun yine kanunî tanımında yer alan bir maddi unsuru olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu yaklaşım, bilhassa teşebbüs ve içtima bahsine müteallik sorunların çözümünde farklı bir izah metodolojisinin izlenmesini gerektirmektedir.³¹¹

İcra suçlarında ve ihmal suretiyle icra suçlarında, düşünülmüş ve öngörülmüş olması gereken netice, kanunen yasaklanmış neticedir. İhmal suçlarında ise failin gerçekleştirmek istemediği ancak kanunun gerçekleştirilmesini emrettiği neticedir. Fakat, her iki durumda da, sonuçtan çıkarılması gereken anlam, her suçta bulunan hukukî netice olmaktadır; kanun, yalnız, bu hukukî neticenin meydana gelmesi ile yetinmişse, öngörme ve düşünmenin buna has olması, kastın bilme unsurunun varlığı için kafidir. Ancak, kanun hukukî netice ile birlikte tabii bir neticenin de gerçekleşmesini aramışsa, söz konusu doğal netice de failce öngörülmalıdır zira bu da kastın kapsamına dahildir.³¹²

Failce öngörülmesi gereken sonuç, kanunda unsurları ve çerçevesi belirtilmiş neticedir. Ve kastın bulunması için kanunî tarifte neticeye çizilmiş çerçeve dışında kalan unsurlar, yani

³⁰⁹ Husni, **Kast Teorisi**, S. 75.

³¹⁰ El-helebi, **a.g.e.**, S. 190.

³¹¹ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 247. Dn. 274.

³¹² Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 465.

kanun koyucunun netice kapsamına dahil ettirmedeği hususlar, neticeyi daha iyi belirtilmiş bir hale getirseler bile, failce öngörülmesi gerekmez. Sözelimi, insan öldürme suçunda failin öngörmesi gereken netice, belli bir kişinin ölebileceği değil, bir insanın ölebileceğidir. Dolayısıyla, fail belli bir kişinin ölebileceğini öngörerek fiili işlediğinde, öleceğini öngörmüş kişi değil de başka bir kişinin ölmesi halinde, yani fail, ateş ettiğinde fiilinden ötürü Azad'ın ölebileceğini öngörmüş ise fakat başka bir nedenle Azad değil de yanında yürüyene Dara'nın ölmesi halinde bile kast vardır. Bu kuralın gerekçesi de şudur; insan öldürme suçunda belirtilen ve yasaklanan netice canlı bir insanın öldürülmesidir. Zira, kanun koyucu öldürülen kişinin belirli bir kişi (Azad, Dara, Sarkar....vs) olması, adam öldürme suçunun kanunî tanımında yer alan neticenin unsur ve çerçevesi dışında bırakıp söz konusu hususu neticenin kapsamına dahil ettirmemiştir. Ayrıca, kanun önünde tüm insanlar eşittir, kimsenin canı diğer insanın canından daha (üstün) değerli sayılamaz ve herkesin eşit bir şekilde yaşam hakkı vardır.³¹³

3.4.1.1.7. Nedensellik (illiyet) bağı öngörmek

Nedensellik bağı, kastın birinci unsuru olan öngörmenin kapsamına dâhil midir? Yani failin, öngördüğü fiilden, zihninde canlandırdığı neticenin ne suretle meydana gelebileceğini de önceden düşünmesi gerekli midir? Bu soruya ilişkin iki farklı düşünce ileri sürülmüştür. Bazı müellifler, düşünülen neticenin işlenen fiilden doğmasını kafi görerek, nedensellik bağının da önceden öngörülmüş olmasını, yani neticenin o suretle gerçekleşeceğine dair bir öngörmenin olmasını gerekli görmeyerek³¹⁴ nedensellik bağının bilme unsurunun kapsamına dâhil olmadığını ileri sürmektedirler.³¹⁵ Örneğin, failin vurması dolayısıyla mağdur kayarak yere düşer, söz konusu düşme nedeniyle kafası kırılır ve mağdurun ölümüne sebep olur. Bu halde, failin vurma fiili ile mağdurun kayması arasında nedensellik bağının varlığı tespit edildiği için, fail kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulur.³¹⁶

³¹³ Husni, **Kast Teorisi**, S. 75-76.

³¹⁴ Pannain, S. 310 zikreden; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 466.

³¹⁵ Fatih Birtek, “*Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt edilmesi*”, **AÜHF Dergisi** 58, no. 2, 2009, S. 237. Ayrıca, yazar makalesinde nedensellik bağının bilme unsuru kapsamında mütalaa edilmesini kastın aranacağı zamanına bağlamaktadır. Yazara göre; bilme unsurunun icra hareketleri aşamasında mevcudiyeti kafi görünürse nedensellik bağı bilme unsurunun kapsamına dahil olmayacaktır. Bkz. BİRTEK, 2009, S. 236-237. Ancak kanımızca, yazarın, nedensellik bağının bilme unsuru kapsamı dışında sayılması için sunduğu gerekçe kanaat getirici değildir.

³¹⁶ Irak Temyiz Mahkemesi, 671/19.3.1964, Qazaa Mahkeme Temyiz El-Irak, cilt 2, 1968, S. 470. Belirtelim ki bu karar Bağdat ceza kanunu döneminde verilmiş bir karar olup 111 sayılı ve 1969 yılında çıkarılan Irak Ceza Kanunu dönemine ait bir karar değildir.

Diğer bir yaklaşımı sergileyen yazarlar ise, nedensellik bağının bilme unsurunun kapsamına dahil olduğunu söylemekte³¹⁷, meselâ, öldürme amacıyla birine ateş edip onu hafifçe yaralayan kişinin, yaralı hastaneye nakledilirken bir yıldırımın isabeti ya da başka bir kaza nedeniyle ölmesi durumunda, kastın nedensellik bağını kapsamadığından, yani fail tarafından düşünülen bağ ile gerçekte ortaya çıkan bağ arasında esaslı fark bulunduğundan dolayı, failin kasten öldürme suçunun tamamlanmış halinden değil, teşebbüs halinde kalmış kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekeceği fikrini savunmaktadırlar.³¹⁸ Fakat, doktrinde “Weber kastı” denilen ve 1825 yılında Weber tarafından ileri sürülen düşünceyi benimseyen yazarlar, nedensellik bağındaki önemsiz sapmaların, kastın mevcudiyetini etkilemeyeceğini, kabul etmektedirler. Weber, failin bir neticeyi gerçekleştirmek amacıyla harekette bulunmuş olması durumunda istediği neticenin meydana geldiği düşüncesiyle ikinci hareketi yaparak istenen neticeyi, birinciyle değil ikinci hareketle gerçekleştirdiği durumda, tek suçun işlenmiş olduğunu ve kasta dayanan bir mesuliyetin bulunduğunu ifade etmektedir.³¹⁹ Sözgelimi, fail öldürmek amacıyla birine ateş eder, bundan dolayı yere düşen mağdurun öldüğünü zannederek, suç delillerini yok etmek için cesedi denize atar; fakat gerçekte mağdur ateşten dolayı değil, suda boğularak ölür. Buradaki genel kasttan (öldürme kastından) hareket ederek söz konusu neticenin meydana gelmesinde gelişen nedensellik bağının bir önem taşımadığı kabul edilmektedir. Buna binaen failin düşündüğü suretle gerçekleşmemiş olması önemli değildir, sonuçta failin genel olarak kastettiği netice (ölüm) gerçekleşmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, neticenin kast mesuliyeti içinde olduğu, yani failin kasten hareket etmiş olduğu söylenebilir.^{320 321}

Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 324/4006 sayılı ve 17.11.1987 tarihli kararında konu olayda; sanıklar mağdurun başına soba küreği ile vurmuşlar, vurulan mağdurun bayılması üzerine, öldüğü endişesiyle onu dışarı çıkarıp otoyol üst geçidinden aşağı atmışlardır. Mağdur vurulduğundan değil, otoyol zeminine çarptığından dolayı ölmüştür. Bu olayda Yargıtay 1. Ceza Dairesi, sanığı kastın aşılması suretiyle yaralama neticesinden ölüme sebebiyet suçundan sorumlu tutmuştur.³²²

³¹⁷ İçel, **Kast**, S. 63.

³¹⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 465.

³¹⁹ Önder, 1992, S. 301 vd.; Apaydın, **Kusurluluk**, S. 155.

³²⁰ Hakeri, **a.g.e.**, S. 233-234; İçel, Genel Hükümler, S. 439; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 161-162.

³²¹ Ancak, öğretide söz konusu örnekte ortada kusurlu fiil iki olduğu, birisi öldürmek istemek, öbürü taksirle adam öldürmek olduğu için, birinci fiille ölüm neticesi gerçekleşmediğinden adam öldürme suçuna tam teşebbüs, ayrıca ikinci fiilde, öldüğü zannıyla suya atması fiilden meydana gelen netice taksirli olup taksirle adam öldürme suçun olduğu da ileri sürülmektedir. Soyaslan, **a.g.e.**, S. 481.

³²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 327.

Kanımızca kastın oluşması fiilin bir eseri olarak neticenin öngörülmesini gerektiriyorsa, bunun bir gereği olarak, fiille netice arasındaki bağlantının da düşünülmüş ve öngörülmüş olması gerekmektedir. Nedensellik bağının öngörülmesi, neticenin öngörülmesi ile mütealliktir, çünkü fail neticeyi öngördüğünde nasıl ve ne suretle gerçekleşeceğini de öngörür. Dolayısıyla, kural olarak harekete geçtiğinde nedensellik bağı da failce öngörülmelidir. Zira, failin öngördüğü bağ ile gerçekte gerçekleşen bağ arasında bir fark bulunmuyorsa hukuki bir sorun yaşanmayacaktır. Fakat, failce düşünülen bağ ile gerçekte ortaya çıkan bağ arasında bir farklılık bulunursa, kastın varlığıyla ilgili hukuki soruna bir çözüm getirilebilmek için, kanımızca söz konusu farkın ciddiyetine (önemine) bakılmalıdır. Şayet, aralarında esaslı (cevheri) bir fark mevcutsa kast ortadan kalkar, aksine, aralarında esaslı (cevheri) bir fark bulunmuyorsa ve netice failin işlediği fiilden doğmuşsa kastın varlığı kabul edilmelidir.³²³ Örneğin, fail öldürmek istediği kişiye zehirli bir hançerle saldırır, fakat sonradan mağdurun yaradan değil, zehirden dolayı öldüğü ortaya çıkarsa, failin ICK 406. maddesinde düzenlenmiş zehirle öldürme suçundan sorumlu tutulabilmesi için, hançerin zehirli olduğu ve mağdurun zehirlenerek öleceğini öngörmesi lazımdır. Aksi halde, hançerin zehirli olduğunu bilmemiş ise, zehirle öldürme (ICK m. 406) suçundan değil, kasten öldürme (ICK m. 405) suçunun temel biçiminden sorumlu tutulmalıdır.³²⁴

3.4.1.1.8. Suçun vasfını (niteliğini) değiştiren ağırlaştırıcı sebepleri bilmek

Ağırlaştırıcı sebep, bir suçun niteliğini değiştiriyorsa, söz konusu ağırlaştırıcı sebep yeni suçun bir unsuru hükmündedir, yani bir ağırlaştırıcı sebepten ziyade, yeni suçun bir unsurundan söz edilecek ve bilme unsuru da bilhassa aranacaktır.³²⁵ Bu nedenle, failin sorumlu tutulabilmesi için, bu tür ağırlaştırıcı sebeplerin failce bilinmesi gerekmektedir. Yani, suçun niteliğini değiştiren nedenlerin failce bilinmemesi halinde, kastından bahsedilemez ve yeni suçtan dolayı sorumlu tutulamaz.³²⁶ Bu itibarla, hırsızlıkta hizmetçinin çaldığı malın hizmet ettiği kişiye değil, hizmet ettiği kişinin iş arkadaşı veya misafiri olana ait olduğunu düşünmesi, yani çalınan malın hizmet ettiği kişiye ait olduğunu bilmemesi

³²³ Aynı görüş için bkz. Husni, **Kast Teorisi**, S. 75-76.

³²⁴ Aynı mealde, Mahir Abdişweiş, **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-has** (Ceza Kanunu Şerhi- Özel kısım), El-atık Yayınevi, Bağdat, 2007, S. 133.

³²⁵ Husni, **Kast Teorisi**, S. 78; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 466.

³²⁶ El-helebi, **a.g.e.**, S. 191.

durumunda³²⁷, fail (hizmetçi), ICK 444/6. maddesindeki ağırlaştırılmış hırsızlık suçundan sorumlu tutulamaz.

Bu kural Irak kanun koyucu metni tarafından şöyle ifade edilmiştir; “fail, suçun vasfını değiştiren ağırlaştırıcı sebepleri bilmezse, ondan sorumlu tutulmaz.” ICK m. 36. Ayrıca, bu kuralı benimseyen bazı kanunlardan birkaç örnek verilebilir. Meselâ, Ürdün CK, ağırlaştırıcı nedenlerde bir yanılma söz konusu olduğunda faili o sebepten sorumlu tutmamaktadır. 86/2, Suriye CK m. 223, Yemen CK m. 37, Lübnan CK m. 224 ve Alman CK m. 59/7. Kanunları da aynı yaklaşımı sergilemektedirler.

Ağırlaştırıcı neden, suçun konusunu oluşturuyorsa, bilme unsurunun bu konuya ilişkin olması gerekeceği için, ağırlaştırıcı nedeni de bu kapsama alması gerekmektedir. Meselâ, hırsızlıkta çaldığı şeyin küçük ya da büyük baş hayvan olması, söz konusu suçun konusuna (çalınan şeye) müteallik bir husus olduğu için failin, taşınan hayvanlardan haberi olmaksızın, içinde büyükbaş hayvan taşınan bir kamyonu çalması durumunda, TCK 142/2. maddesinin (g) bendinde zikredilmiş ağırlaştırıcı nedenin tatbik edilmemesi gerekmektedir.³²⁸

Keza, cinsel istismar suçunun (TCK m. 103 ve ICK m. 394) manevi unsurunu teşkil eden kast bağlamında, failin, istismar ettiği (cinsel arzularını tatmin için) kişinin çocuk olduğunu, duruma göre henüz 15 veya 18 yaşını tamamlamamış bir kişi olduğunu bilmesi aranacaktır. Farz edelim ki söz konusu bilme nüfus cüzdanında olduğu gibi, yani doğum tarihlerinin gün, ay ve yıl itibarıyla bilinmesini gerektirmemektedir. Failin, fiili işlediğinde mağdurun 15 veya 18 yaşını doldurmamış bir kişi olduğu algısıyla harekette bulunmuş olması, söz konusu suç bakımından kastın varlığı için kafidir.³²⁹

Ürdün CK 86/2 maddesinde kastın varlığı için, failin ağırlaştırıcı nedenleri bilmesini gerektiren bir hüküm bulunmasına rağmen, Ürdün Temyiz Mahkemesi, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, failin, mağdurun yaşını bildiğini varsayarak, fail mağdurun yaşını bilmiyorsa dahi kastın varlığını kabul etmektedir. Başka bir anlatımla, kural olarak fail

³²⁷ Nejım, **a.g.e.**, S. 301.

³²⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 466.

³²⁹ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 248. Aynı, doğrultuda, Fransız Casal Monferrato Mahkemesi 09.02.1956 tarihinde verdiği bir karar mevcuttur. Kararda şöyle bir ifadeye yer verilmiştir; “mağdur, faile kanunî yaşı tamamlamış olduğunu söylediğinde ve faili kandırılabilir şekilde fiziksel olarak büyük görüldüğünde, bunun sonucunda fail mağdurla cinsel ilişkide bulunursa da gerçek yaşını bilmediği için kastın varlığından bahsedilemez. (Giur. İt. 1956, II, 140. Akt. Behnam, **a.g.e.**, S. 458. Dn. 1).

normal şartlarda suçu işlediğinde mağdurun yaşını biliyor kabul edilir çünkü mağdurun yaşını bilmemek mazeret sayılmaz, failin, mağdurun yaşını bilmemesi, olağanüstü bir nedenden (durumdan) kaynaklanmış ise, ancak o halde (yani istisnai bir durum olarak) bilmemeyi kastı kaldıran bir neden olarak kabul etmektedir.³³⁰

Son olarak ifade etmek gerekirse, nitelikli hal, neticeye ilişkin olup suç netice nedeniyle ağırlaşmış olursa, kastın söz konusu neticeyi de kapsamına alması gerekli değildir.³³¹ Bu durum TCK 23. maddesinde açıkça izah edilmiştir. Maddeye göre, failin sorumlu tutulabilmesi için, neticesi nedeniyle ağırlaşan suçlarda ağırlaşmış netice açısından failin taksirle hareket etmiş olması yeterlidir. Irak Temyiz Mahkemesi de kararlarında aynı yaklaşımı benimsemiştir.³³²

3.4.1.2. Bilinmesi gerekmeyen hususlar

Kastın varlığı için bilinmesi gerekli olan nitelikler ve koşullar karşısında, bu niteliklerin veya koşulların bilinip bilinmemesi kastın varlığı bakımından önem taşımayan durumlar mevcuttur. Aslında bilinmesi gerekmeyen durumlar cezanın belirlenmesinde etkili olsalar da teknik anlamda suçun kanunî yapısına (suçun unsurlarına) girmeyen hususlardır.³³³ Suçun kanunî tanımında yer almakla beraber, failin haksızlık teşkil eden muhtevasında tesirli olmayan hususların kast kapsamına dahil edilmeleri mümkün değildir.³³⁴

3.4.1.2.1. Ceza ehliyetinin unsurları

Ceza ehliyeti, failin, iradesi, idrak yeteneği, yaşı ve akıl durumunu ilgilendiren bir husustur. Bu itibarla, hukukun cezai sorumluluğa ehil olabilmesi için gerekli kıldığı yaşı tamamlamış ve bir akıl hastalığından dolayı irade ve idrak gücünü kaybetmemiş kimse, işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır.³³⁵ Bu hususu -failde kusur yeteneğinin bulunup bulunmaması, yani cezaya ehil olup olmaması- durumunu belirtmek mahkemenin takdir yetkisindedir.

³³⁰ Temyiz Ceza, 92/75, Avukatlar Barosu Derneği, Ürdün, yıl 24, S. 648. Ayrıca, Mısır Yargıtay da aynı yönde bir içtihatla bulunmuştur. Bkz. 11.11.1940 kurallar mecmuası, c3, sayı 292, S. 1191. Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Nejim, **a.g.e.**, S. 301.

³³¹ Husni, **Kast Teorisi**, S. 79; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 466.

³³² 1927 cinayet 1973 sayılı ve 05.12. 1973 tarihli; 851 temyizi 1979 sayılı ve 09.05.1979 tarihli kararlara bakınız.

³³³ Bilal, **Genel Hükümler**, S. 666.

³³⁴ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 250; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 398.

³³⁵ Bilal, **Genel Hükümler**, S. 666.

Dolayısıyla, failin bu konuları bilip bilmemesinin kastın varlığı üzerinde bir etkisi yoktur. Örneğin, failin, küçük yaşta olduğunu ve dolayısıyla cezaya ehil olmadığını (kusur yeteneğinin olmadığı) düşündüğü bir zaman diliminde işlediği bir suçtan dolayı, daha sonra, fiili işlediği sırada kusur yeteneğinin bulunduğu, mahkeme tarafından tespit edilirse, bu durumda fail işlediği suçtan dolayı kasten sorumlu tutulur.³³⁶

3.4.1.2.2. Objektif cezalandırılabilme şartları

Bazen kanun koyucu belli suçlarda failin cezalandırılabilmesi için, suçun kanunî çerçevesindeki unsurların gerçekleşmesini yeterli görmemekte ayrıca failin cezalandırılabilmesi için bir suçun işlenmiş olmasıyla birlikte, bazı objektif şartların gerçekleşmesini de zorunlu kılmaktadır. Bir başka ifade ile failin cezalandırılabilmesi, bir suçu işlemiş olmasıyla suçun unsurları dışında kalan bazı belli şartların bulunmasına bağlıdır.³³⁷ Yani kanun koyucu suç siyaseti, usul ekonomisi ve fiilin gerçekleştirdiği sosyal zararı göz önünde bulundurarak, failin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için objektif nitelikte bazı şartların mevcudiyetini aramakta ve bu şartlar bulunmadığı durumda faili cezalandırmamaktadır.³³⁸

Zira, objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlarda, söz konusu şartın gerçekleştiğinin fail tarafından biliniyor olup olmamasının, kastın varlığı bakımından önemi yoktur.³³⁹ Çünkü, bu şartın gerçekleşip gerçekleşmemesi işlenen fiilin haksızlık muhtevası üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Meselâ, TCK 161,162. maddesinde düzenlenmiş hileli iflâs ya da taksirli iflâs suçlardan dolayı faili cezalandırılabilmek için “*iflâsa karar verilmiş olması*” gereklidir. Ayrıca, bu suçlara müteallik madde gerekçesinde, “*iflâs olgusunun gerçekleşmesi(nin), bir objektif cezalandırılabilme şartı*” teşkil ettiğini açıkça vurgulanmıştır.³⁴⁰

Keza, İCK 10. maddesine göre, bir Irak vatandaşının yurtdışında işlediği bir suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için, işlediği fiilin içinde bulunduğu ülkenin kanunlarına göre de bir suç olarak nitelendirilmiş olması ve suç işledikten sonra failin Irak’ta bulunması, aranmaktadır.

³³⁶ El-helebi, **a.g.e.**, S. 191.

³³⁷ Husni, **Kast Teorisi**, S. 82-83.

³³⁸ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 11. Baskı, Ankara 2011, S.154.

³³⁹ İçel, **Genel Hükümler**, S. 439-440; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 250; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 467; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 375; Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 164.

³⁴⁰ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 250.

Yukarıda vermiş olduğumuz örneklerde, söz konusu şartların gerçekleştiğinin failce bilinmemesi kastın varlığını etkilememekte ve fail kasten sorumlu tutulmaktadır. Böylece, söz konusu şartlar suç ve dolayısıyla suçun unsurlarına ilişkin değil, cezaya ilişkin bir husus olduğundan dolayı kastın kapsamına dahil edilemezler.

3.4.1.2.3. Suçun vasfını (niteliğini) değiştirmeyen ağırlaştırıcı sebepler

Bu tür ağırlaştırıcı nedenler, suçun niteliğini değiştiren, yani suçun unsurlarında değişikliği doğuran bir niteliğe sahip olduğu için değil, sırf failde kendisine özgü bazı şahsi özellikler bulunduğu için, öngörülmüş nedenlerdir. Başka bir deyişle, bu nedenin bulunup bulunmaması işlenen suçun unsurları ve niteliği bakımından bir önem taşımamaktadır. Ancak, söz konusu nedenin bulunması failin topluma ne kadar tehlikeli olduğunu göstermektedir. Bunun içindir ki, normal şartlarda verilecek müeyyidenin failin önlenmesine کافی olmayacağı düşünülüp cezasında arttırma yapılmaktadır.³⁴¹ Bu sebeplerin en belirgin örneği olarak, suçta tekerrür halleri gösterilebilir. Meselâ, failin önceden işlediği bir suçtan dolayı mahkûm olması, tekerrürün oluşması için bir şarttır. Ancak, bu şart suçun unsurlarının dışındadır. Dolayısıyla, mükerrir, fiili işlediği sırada daha önce mahkûm edildiğini unutmuş olsa bile, şartları gerçekleştiğinde, suçta tekerrür hükümlerinden sorumlu tutulacaktır.³⁴²

3.4.1.2.4. Şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı kaldıran şahsi sebepler

Şahsi cezasızlık nedenleri, failin iter criminise girdiği andan itibaren var olan nedenlerdir. Örneğin, izlenen suç siyaseti mülahazasıyla, aralarında belli akrabalık ilişkisi olan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş oldukları hırsızlık suçu nedeniyle cezalandırılmalarına hükmolunmaz (TCK m. 167/1). Fakat, kanun koyucu, bazı hallerde failin işlemiş olduğu suçtan dolayı büsbütün cezalandırılmamasını uygun görmemektedir. Ancak, cezasında indirim yapılmasını uygun bulmaktadır (TCK m. 167/2). Bu gibi hallerde cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenler söz konusu olmaktadır.³⁴³

Cezayı kaldıran şahsi sebepler de suç tamamlandığında ortaya çıkan nedenlerdir. Bir başka anlatımla, suç oluşturan fiil işlenirken, kişinin cezalandırılmasına mani olan herhangi bir

³⁴¹ Husni, **Kast Teorisi**, S. 85.

³⁴² Bilal, **Genel Hükümler**, S. 667; Husni, **Kast Teorisi**, S. 86.

³⁴³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 251; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 164.

durum bulunmamaktadır. Fakat, suç işlendikten sonra meydana gelen bazı şartların mevcudiyeti halinde, kişiye hiç ceza verilmeyecek veya cezasında indirim yapılacaktır. Bu gibi hallerde *Cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerden* söz edilmektedir (TCK m. 93, 110, 168, 184/5, 192, 201, 248, 254, 269, 274, 293).³⁴⁴

Failin yararına olan, şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı kaldıran, cezadan indirim sebeplerinin failce bilinmesi suçun oluşması bakımından gerekli değildir.³⁴⁵ Zira, hafifletici nedenler gerek şahsi gerek fiili olsunlar, her zaman failin lehine uygulanır ve failin bunları bilmesi aranmaz. Bu gibi sebeplerin mevcut olduğu hallerde, bunların bulunduğu failce bilinmezse de cezasında indirim yapılmalıdır.³⁴⁶ (ICK m. 36)

Şahsi cezasızlık nedeni ile cezayı kaldıran şahsi nedenlerin ortak özelliği, bu nedenlerin mevcudiyeti halinde işlenen fiilin suç niteliğinde ve haksızlık muhtevası üzerinde herhangi etkisi olmaması³⁴⁷, bununla bağlantılı diğer özellik, iştirak halinde işlenmiş suçlarda, bu nedenlerin bulunduğu durumda bunun şeriklerine sirayet etmemesi olmaktadır.³⁴⁸

Ayrıca, TCK 21. maddesi gerekçesinde bu durumu açık bir şekilde izah etmektedir; “Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsî cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez.” Aynı şekilde ICK 36. maddesinde hafifletici veya cezayı kaldıran sebeplerinin fail tarafından bilinmesinin gerekli olmadığını vurgulamıştır.

3.4.1.3. Bilinmesinin gerekip gerekmediği tartışılan hususlar

Yukarıda kastın bilme unsurunun kapsamına giren ve kapsamı dışında kalan hususların neler olduğu sorusuna doktrinde genel olarak kabul görmüş hususlar izah edildi. Ancak, kastın bilme unsurunun kapsamına dahil olup olmadıkları tartışılan bazı hususlar mevcuttur. Zira, bazı yazarlar kastın bilme unsurunun kapsamında bu hususları da mütalaa ederken, diğer bazı

³⁴⁴ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 251; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 164.

³⁴⁵ İçel, **Genel Hükümler**, S. 440; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 251; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 398.

³⁴⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 467; Hakeri, **a.g.e.**, S. 234; Demirbaş, **a.g.e.**, S.375.

³⁴⁷ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 251; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 165; Zafer, **a.g.e.**, S. 252.

³⁴⁸ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 251.

yazarlar söz konusu hususların bilme unsurunun dışında ele alınmasını gerekli görmektedir. Aşağıda, bu hususlara ayrıca yer verilecektir.

3.4.1.3.1. Somut tehlike

Somut tehlike suçlarında, fiilin gerçekleştirdiği somut tehlikenin failce bilinmesinin gerekli olup olmadığı, yani suçun kanunî tanımında aranan somut tehlike, kastın bilme unsurunun kapsamına dâhil edilmeli midir?

Aslında bu soruya verilecek cevap, söz konusu suçlarda somut tehlikenin, suçun bir unsuru olarak mı yoksa objektif cezalandırılabilme şartı olarak mı nitelendirildiğine göre farklılık arz edecektir. Zira, somut tehlike suçun bir unsuru olarak nitelendirilirse kastın bu tehlikeyi de kapsaması ve dolayısıyla bilinmesi gerekecektir. Aksine, somut tehlike suçun bir unsuru olarak değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak mütalaa edilirse, kastın kapsamına girmeyecektir ve dolayısıyla bilinmesi gerekli olmayacaktır.³⁴⁹

Öğretide hâkim görüş, somut tehlikeyi suçun unsurları içinde inceleyip onu netice olarak telakki etmektedir. Dolayısıyla, somut tehlikenin fail tarafından bilinmesi gerektiğini ileri sürmektedir.³⁵⁰

Bizim de katıldığımız azınlıktaki görüşe göre ise, somut tehlike suçun bir unsuru olarak değil, bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak anlaşılmalıdır.³⁵¹ Objektif cezalandırılabilme şartı, söz konusu suçun, işlenmesinden önce veya işlenmesi esnasında ya da suç tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra meydana gelebilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç oluşturan fiilinden cezalandırılmasını engelleyen koşullardır.³⁵² Bu itibarla, kanunî tanıma uygun fiil, başlı başına bir haksızlık oluşturmaktadır. Söz konusu haksızlığın oluşması için işlenen fiilin suçun konusu bakımından somut bir tehlikeye neden olması gerekmez. Fakat, bu tür fiillerden dolayı ceza hukukunun müdahalesi, somut bir tehlikenin gerçekleşmesi durumunda mümkün olmaktadır. Bu açıdan, somut tehlikenin meydana

³⁴⁹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 163.

³⁵⁰ Heinrich, **a.g.e.**, cilt 1, S. 93; İçel, Genel Hükümler, S. 439; Zafer, **a.g.e.**, S. 249. Ayrıca, bu görüş kabul edilirse, somut tehlikenin meydana gelmediği durumlarda fail suça teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir.

³⁵¹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 381; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 222; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 163. Nitekim bu görüşün bir sonucu, failin tehlike suça teşebbüsten cezalandırılmamasıdır.

³⁵² Mehmet Emin Artuk, Emin, “*Objektif cezalandırılabilme şartı ve zamanaşımı*”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, cilt 19, sayı 2, 2013, S. 18.

gelmesi, sözü edilen suçlar bakımından bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak mütalaa edilmelidir.³⁵³ Dolayısıyla, somut tehlike suçlarında, kastın somut tehlikeyi kapsamaması gerekmediğini düşünmekteyiz.

3.4.1.3.2. Hukuka aykırılık

Kastın bilme unsurunun ontik düzleminde hukuka aykırılık bilinci üzerinde de durmak gerekmektedir. Çünkü, işlenen fiilin haksızlık yarattığına ilişkin niteliksel kavrayışı tayin eden unsurların, yani suçun kanunî yanında tanımda yer alan maddi unsurların bilinmesi ile eylemin bizatihi haksızlık oluşturduğunun yani meşru olmayıp suç teşkil ettiğinin bilinmesi, mahiyet itibarıyla birbirinden farklıdır.³⁵⁴ Kişi, işlediği fiilin tüm unsurlarını bilmekle birlikte, söz konusu eylemin bir haksızlık ve dolayısıyla suç oluşturduğunu bilmemiş olabilir. Örneğin, 1475 sayılı İş Kanunu m. 85/1’de kazanç amacıyla olup olmamasına bakılmaksızın, işçilere iş ve işlere işçi bulmak için, faaliyet gösterilmesi, çalışılması ya da büro açılması yasaklanmış bulunmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken şudur; “bu fiillerin içten ve iyi niyetle işlenmiş olması halinde bile suç gerçekleşecektir”, bir başka anlatımla; kişi bu fiilleri yaparken insani mülahazalarla, başkasının iş bulmasına yardımcı olmak maksadıyla hareket etmiş ise bile, kanunda tanımlanan suç gerçekleşmiş olacaktır.³⁵⁵ Söz konusu örnekte, kişi işlediği fiilin bizatihi hukuka aykırı olduğunu bilmezse de kasten hareket etmiş olur, fakat, gerçekleştirdiği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmadığından dolayı kişiyi bu fiili işlemesi nedeniyle kusurlu addetmemekteyiz.³⁵⁶

Bu itibarla, hukuka aykırılık bilinci kastın kapsamında olan bir husus değil, kusurun içinde bağımsız bir unsur olmaktadır. Zira, kast suçun maddi unsurlarını gerçekleştirmeye yönelik bilgi ve istemi ihtiva etmektedir. Böyle bir fiilin hukuk normlarına aykırı olduğu hususundaki

³⁵³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 222

³⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 327; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 250.

³⁵⁵ SELÇUK S.; *Yargıtay CGK.’nın 30.3.1987, 6-441/154 sayılı kararına muhalefet şerhi*, zikreden; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S 250; dn. 283.

³⁵⁶ Fakat, Yargıtay, gerçekleştirilen fiilin bizatihi haksızlık ifade ettiği bilginin kasta dahil olduğunu kabul etmektedir. Başka bir anlatımla; fail gerçekleştirdiği fiilin haksızlık ifade ettiğini bilmiyor ise, işlediği fiil bakımından kastının mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Bkz. Yargıtay 3. CD., 18.1.1951, 10370/234 aynı yönde, CGK., 10.10.1952, 941/942 zikreden; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S 250 dn. 284.

bilgisi se, kasttan ayrı olarak kusurun diğer bir unsurunu teşkil etmektedir. Bu nedenledir ki, kural olarak kastın oluşması için, hukuka aykırılığın failce bilinmesi gerekmemektedir.³⁵⁷

Ancak, kanun koyucu bazen suçun kanunî tanımında fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret etmektedir. Meselâ, “*hukuka aykırı olarak*” TCK m. 91/2, 109, 132/2. ve “*hukuka aykırı başka bir davranışla*” TCK 112, 113,114/2 ve 115/2. maddelerinde tanımlandığı gibi, hukuka aykırılık unsuruna işaret eden ibarelerin bulunduğu hallerde, hukuka aykırılığın kastın kapsamına dâhil olup olmadığı tartışılmalıdır.³⁵⁸ Alman doktrininde, bu hususa ilişkin böyle bir ayırım bulunmaktadır. Hukuka aykırılık tipe ait bir unsuru yakından nitelendirdiği durumda kastın konusunu teşkil etmektedir. Meselâ³⁵⁹, Alman Ceza Kanunun 242. Paragrafında düzenlenmiş hırsızlık suçunda hukuka aykırılık mal edinme amacıyla ilişkilendirilmiştir, nitekim her “(ç)alma” mal edinme maksadına haiz değildir. Bu örnekte hukuka aykırılık unsuru sadece mal edinme maksadına (tipe ait bir unsuru) matuftur. Dolayısıyla, kastın kapsamına dâhildir. Fail taksirinden sorumlu tutulacaktır.³⁶⁰

Irak Ceza kanununda, TCK’da olduğu gibi, hata başlığı altında bir madde çerçevesinde yanılma hükümleri düzenlenmemiştir. Zira, kastı kaldıran nedenlerden sadece, 36. maddenin birinci cümlesinin sonu ile ikinci cümlesinde, “..fail mazeret nedenlerinin varlığını bilmezse de ondan faydalanır” ifadesi bulunur ve 37. maddesinde ise kanunu bilmemekten, yani haksızlık yanılmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Fakat, doktrinde ve Temyiz Mahkemesi kararlarında yanılma, esaslı (cevheri) yanılma ile esaslı olmayan yanılma olarak ikiye ayrılmıştır; hukuki bilgisizlik esaslı olmayan yanılma, suçun maddi unsurlarına ilişkin yanılma ise esaslı (cevheri) yanılma olarak mütalaa edilir ve ancak esaslı yanılmanın kastı kaldıracağı kabul edilmektedir^{361, 362}

³⁵⁷ Adem Sözüer, “*Hukuki Hata*”, **YD**, cilt 21, sayı 4, Ekim 1995, S. 478; Hakeri, **a.g.e.**, S. 234; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 327; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 163; Bilal, **a.g.e.**, S. 667-668; El-hedisi, **a.g.e.**, S. 284-286.

³⁵⁸ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 165.

³⁵⁹ Konuyla ilgili, Alman Ceza Kanunu bağlamında daha fazla örnekler için bkz. Heinrich, **a.g.e.**, cilt 1, S. 82,83 ve 205-206.

³⁶⁰ Aynı yönde görüş için bkz; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 475; dp. 781; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 553, ancak, Dönmezer/Erman, bu tür yanılmaya *kusursuz yanılma* adı vermektedirler. Arap öğretisinde de makul sebeplerden kaynaklanmış yanılma olarak mütalaa edilmektedir.

³⁶¹ Husni, **Kast Teorisi**, S. 87 vd.; El-helebi, **a.g.e.**, S. 281 vd.

³⁶² Ayrıca, Alman İmparatorluk Mahkemesinin kararlarında ortaya konduğu gibi fiili yanılma (error facti) ve hukuki yanılma (error iuris) ayırımı, bazı Türk yazarlarca da benimsenmiştir. Bunlara göre, dış dünyada algılanabilir olgular hakkındaki yanılma fiili bir yanılmadır ve varlığı takdirde kast bulunmayacaktır. Bunun haricinde kalan yanılma ise, hukuki yanılma olarak nitelendirilmektedir. Hukuki kavramlar, ilişkiler, durumlar hukuki yanılmanın konusunu teşkil eder ve bir önem taşımamaktadır. Ancak, ERDEM’e göre “*Haksızlık bilincinin kasttan tamamen bağımsız olarak kusurluluğun bir unsuru olduğunun keşfedilmesiyle birlikte, bu*

Haksızlık ve kusur kavramını esas alan, kastı ve taksiri kusurun değil, haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak mütalaa eden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sistematığına uygun olarak³⁶³ fiili yanılma (error facti) - hukuki yanılma (error iuris) ayrımının reddedilmesinden sonra, ceza hukukunda yanılmanın genel olarak iki suretle oluşacağı kabul edilmektedir. Fail; ya işlediği fiili cezalandıran bir kuralın bulunduğu konusunda bilgisizdir, bu durumda yasak (haksızlık) yanılığsından söz edilir ya da suçu teşkil eden maddi unsurlarda bir yanılığa düşer, bu halde ise, tipte yanılığdan bahsedilir. TCK m. 30 sistematığı bağlamında bu ayrıma önemli neticeler de bağlanmaktadır: Yasak (haksızlık) yanılığı kusura tesir etmekte, tipiklikte yanılığa ise kastı ortadan kaldırmaktadır. Gerçekten de suçun maddi unsurlarında yanılma (TCK m. 30/1), suçun nitelikli unsurlarında yanılma (TCK m. 30/2) ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında yanılma (TCK m. 30/3, TCK m. 30/1), kastı kaldıran yanılma değildir. Buna karşın kusuru ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında yanılma (TCK m. 30/3) ile yasak (haksızlık) yanılığı (TCK m. 30/4), kusuru etkileyen yanılma şekilleri olarak kabul edilmiştir.³⁶⁴ Bu nedenle, kastı ortadan kaldıran yanılma halleri; suçun maddi unsurlarında yanılma (unsur yanılığı), suçun nitelikli unsurlarında yanılma ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmayı, sıralı bir şekilde ele alacağız.

a. Suçun maddi unsurlarında yanılma (unsur yanılığı)

Suçun maddi unsurlarında yanılma (unsur yanılığı), TCK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiştir: *“fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu taksir dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır”*.³⁶⁵ Bu hükme göre, suçun maddi unsurlarında yanılma, kastın varlığını engellemektedir. Bunun için yanılmanın bilgisizlikten mi, yoksa yanlış bilgiden mi kaynaklandığının bir önemi yoktur³⁶⁶. Suçun maddi unsurları, suç tipinde yer alan ve fiilin tipe uygun sayılması için bulunması gereken olay veya olgular şeklinde ifade edilmesi

ayırım dayanaksız kalmıştır.” Erdem, **a.g.m.**, S. 44-45. bu ayrımı benimseyenler; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 551 vd.; Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 170 vd.; Hakkı Demirel, **Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata**, 1955, S. 100 vd.

³⁶³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 242 vd.; Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 155 vd.

³⁶⁴ Reşit Karaaslan, “*Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı 2, 2019, S. 219-220; Erdem, **a.g.m.**, S. 44-45; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 242 vd.; Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 253 vd.

³⁶⁵ Alman Ceza Kanunu'nun 16. Maddesinin 1. Fıkrası şöyledir: “*Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipindeki bir durumu (maddi unsuru) bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır*” Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 640; dp. 5.

³⁶⁶ Erdem, **a.g.m.**, 2019, S. 45. Ancak yazar bu tür yanılmaya “*tipiklikte yanılma*” ibaresini kullanmaktadır.

mümkündür³⁶⁷. Esas itibarıyla, objektif nitelikte olan (sübjektif nitelik taşımayan) suçun daha ağır veya az cezayı gerektiren nitelikli halleri de suçun maddi unsurlarının kapsamındadır. Fakat, bahse konu nitelikli unsurlara müteallik yanılma halleri, TCK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında ayrıca düzenlenmiş olduğundan dolayı TCK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş olan, suçun maddi unsurlarında yanılma, suçun nitelikli halleri dışında kalan maddi unsurlarındaki yanılmayı içermektedir.³⁶⁸

Suçun maddi unsurlarında yanılma (unsur yanılışı), somut bir olayda suçun maddi unsurlarına ilişkin hususlardaki bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgiyi, başka bir deyişle, faildeki somut olaya müteallik tasavvurun hakikatle bağdaşmamasını, ifade etmektedir.³⁶⁹ Meselâ, kişi vestiyerden kendisine ait olduğunu sanarak başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında hareket eden bir cismi vahşi bir hayvan zannederek ona ateş eder. Fakat, gerçekte bu hareketli cisim vahşi bir hayvan değil, bir insandır ve ateş sonucunda; bu insan ölür ya da yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; gerçekleştirdiği fiil haksızlık oluşturmayacaktı. Dolayısıyla yanılma hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan bahsedilemez.^{370, 371} Buna karşılık, suçun kanunî tarifindeki objektif unsurlarından birisinin mevcudiyeti hususunda düşülen şüphe emin olmama hâli yanılma değildir. Şüphe, bir şeyin gerçekliği hususunda bir yargıya ulaşmayı engelleyen, düşünce karışıklığı ifade etmektedir. Bu çatışma giderilip belli bir kanaate varıncaya kadar kişinin bir şeyi doğru veya hatalı olarak idrak ettiği (algıladığı) konusunda bir şey söylemek mümkün değildir. İşte bu fark nedeniyle, şüphe ceza sorumluluğunu kaldıran bir durum olarak sayılmamaktadır. Fail şüpheye konu olan şey hakkındaki düşünce çatışmasını giderene kadar fiili işlemekten sakınabilir, fakat bunu yapmayıp riski göze alarak hareket etmiştir. Bu durumda, ilgili ceza normu gerçeğin tam olarak bilinmesini bilhassa gerektirmediği sürece, failin olası kast veya taksirle hareket ettiği kabul edilebilir.³⁷²

³⁶⁷ Değirmenci, **a.g.m.**, S. 148-149.

³⁶⁸ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 641; Değirmenci, **a.g.m.**, S. 149.

³⁶⁹ Özgenç, **Kombinasyon**, S. 350; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 474-475.

³⁷⁰ Örnekler TCK 30. maddesinin gerekçesinden alınmıştır.

³⁷¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1995 yılında vermiş olduğu, 19.6.1995, K.217 kararında, suçun maddi unsurlarında yanılma hâlini, doğrudan kastın bulunmadığına atfetmek suretiyle çözmüştür. “Olay gecesı saat 22.00 sıralarında sanığın duyduğu sesin atını ürkütmesi ve bu sesi ayı sesine benzetmesi sebebiyle panığe kapılarak sesin geldiğı tarafa doğru av tüfeğı ile bir el ateş ettiğı, fişegin maktule isabet neticesi ölümün gerçekleştigi anlaşıldığından, öldürme kastı olmayan sanığın eylemi tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölümüne sebebiyet vermek suçunu teşkil eder.” (Hakeri, **a.g.e.**, S. 467).

³⁷² Devrim diğer Güngör, “*Ceza hukukunda fiil üzerinde hata*”, DT, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2007, S. 6-7; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 642; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 255. Aynı yönde bkz. “Sanık mağdureyi 15 yaşından büyük olarak bildiğini ifade etmiş ise de, sanık ile mağdurenin aşağı yukarı 1 yıldır devam eden duygusal arkadaşlıklarının olduğu, sanığın

Gerçekleşen neticeye müteallik olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice meydana gelmeyecekti şeklinde bir yargıya ulaşılabiliriyorsa, taksirle işlenmiş bir haksızlık ortaya çıkacaktır. Şayet, söz konusu değerin taksirle ihlalinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması halinde fail taksirinden sorumlu tutulacaktır (TCK m. 30/1 ikinci cümle).³⁷³ Arap öğretisinde de makul *sebeplerden kaynaklanmamış* bir yanılmanın kasti ortadan kaldırmayacağına dair bir fikir birliği mevcuttur.³⁷⁴ Bu itibarla, yukarıda örnek olarak verilen “paltonun alınması olayında” taksirin mevcudiyeti kabul edilebilirse dahi; kanunda hırsızlık suçunun ancak *yaralanma kasti*yle işlenebileceği hükmedildiğinden; failin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulması mümkün değildir.³⁷⁵

Suçun maddi unsurlarında yanılma, gerek bilmeme gerekse yanlış bilme şeklinde ortaya çıkmış olsun, kastın bilme unsurunun negatif yönünü teşkil eder. Bu itibarla kast, tipikliğin tanımlanabilir (deskriptif) unsurları ile normatif unsurları bakımından farklı değerlendirilmeyi gerektirir. Normatif unsurlar, deskriptif unsurlardan farklı olarak yoruma bağlı ve çok anlamlı olan, bu nedenle de tamamlayıcı bir değer yargısını gerektiren, yani ancak normatif bir değerlendirmenin varlığıyla tasavvur edilebilen unsurlardır. Meselâ, hırsızlık suçunun konusunu teşkil eden şeyin “başkasına aidiyeti”, özel hukuka müteallik bir norma dayanarak ifade edilebilir. Öbür yandan insan eliyle gerçekleştirilen (meselâ TCK m. 204 belge veya sadece manevi bakımdan kavranabilen (örneğin anayasal düzen) veya değer yargısını gerektiren şeyler (TCK m. 94 “insan onuru ile bağdaşmayan”); (TCK m. 226 “müstehcen”) suç tipinin normatif unsurlarını ifade etmektedir. Buna karşılık deskriptif (tanımlayıcı) unsurlar, duyu organları yoluyla doğrudan algılanabilen ve ayrıca bir

mağdurenin evinin yakınındaki bir inşatta çalışması dolayısıyla ara sıra mağdurenin evine gittiği ve ailesiyle tanıştığı dikkate alındığında, mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına olmadığı için müşahhas olayda 5237 sayılı TCK 30. maddesinde düzenlenmiş olan yanılma hâlinin tatbik edilme şartları yoktur.” YCGK, 14.01.2014, 743-8 (Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 255; dn. 677).

³⁷³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 475; dp. 781; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 553, ancak, Dönmezer/Erman, bu tür yanılmaya *taksirli yanılma* adı vermektedirler.

³⁷⁴ Bkz. Husni, **Kast Teorisi**, S. 87 vd.; El-hedisi, **a.g.e.**, S. 281 vd.

³⁷⁵ “Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin on beş yaşını doldurmadığı takdirde, on beş yaşını doldurduğu düşüncesiyle hareket eder ve mağdure ile kendi rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı hakkındaki yanılması *esaslı*, başka bir deyişle, *kabul edilebilir* bir yanılma olması takdirde TCK’nın m 30/1. Fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan *mağdurun yaşına ilişkin bu yanılmasından faydalanacak*”tır. Lakin, S ile M, aynı okulda öğrencidirler ve 1 yıl civarında arkadaşlık yaparlar. Lise 3. sınıf öğrencisi olan S, kendisiyle beraber aynı okulda 1. sınıf öğrencisi olan M’nin 15 yaşını doldurmadığını bilmektedir. “Bu sebeple, 15 yaşını tamamlamamış ola M ile zincirleme şekilde kendi rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ve M’yi alıkoyan S’nin çocukların cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmasına dair yerel mahkeme kararı yerindedir.” YCGK, 5.11.2013 tarihli ve E. 2013/14-573, K. 2013/432 ayrıca bkz. YCGK, 26.11.2013, tarihli ve K. 2013/514, 2013/515, 2013/516, 2013/517, 2013/518 sayılı; YCGK, 12.11.2013, K. 2013/445 daha fazla yargı kararları için bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 475; dn. 781.

değerlendirmeyi gerekli kılmayan, yani normda da günlük dildeki anlamında kullanılan nitelikte olan unsurlardır.³⁷⁶ Örneğin hırsızlık suçuna konu olan “mal” normda da günlük dildeki anlamında kullanılmıştır.

Kastın bulunması için failin bu unsurları bilerek hareket etmiş olması zorunludur. Fakat, bilme konusunda, tipikliğin deskriptif unsurları ile normatif unsurları arasında mahiyet itibarıyla bir farklılık vardır.³⁷⁷ Tipikliğin deskriptif unsurları açısından kastın kabulü için belirleyici olan, bu unsurların tabii anlamlarının bilinmesidir. Bu, fiili durum olarak tek başına objenin algılanması aracılığıyla gerçekleştiğinden, burada her türlü yanlış, kastı ortadan kaldıran tipiklikte yanlışmayı teşkil eder. Gerçekten de öldürmek, almak gibi dış dünyada algılanabilir olay ve konular açısından kast, bu olay veya konuları niteleyen olgulara ilişkin failin bilgisini gerekli görmektedir. Bu hususta failin bilgisizliği, tipiklikte yanlışmayı oluşturur. Bu unsurların aynı zamanda normatif yönü olsa dahi, salt olgular hakkındaki bilgi kastın bulunması için yeterlidir. Bunun sonucu olarak salt deskriptif nitelikteki bu unsurun hukuki tarife uygun olup olmadığı konusunda yanlış (Subsumtionsirrtum) önemli değildir. Meselâ, failin, hayvanın İCK m. 439 ve TCK m. 141’de belirtilen hırsızlık suçu anlamında “mal” addedilmediğini düşünmesi, tipiklikte yanlış olarak kabul edilmez.³⁷⁸ Bu itibarla, tipikliğin deskriptif unsurları açısından, bunların tabii anlamlarında algılamaları kâfi iken, normatif unsurların ayrıca zihinsel olarak da anlaşılması gerekmektedir. Sözelimi, adam öldürme suçunun konusunu “yaşayan bir insan” teşkil etmektedir. Deskriptif nitelikte olan bu unsurun failin fiili gerçekleştirdiği sırada algılanmış olması kastın mevcudiyeti için kâfidir. Ancak, fail ölüm neticesini meydana getiren fiilin bir insana yöneldiğini bilmemiş ise kastı hareket etmiş sayılamaz. Buna karşılık, belgede sahtecilik suçları arasında değerlendirilen belgenin yok edilmesinde suçun konusunu teşkil eden belge deskriptif (tanımlanabilir) olmayıp, belgenin varlığı için ayrıca bir hukuki değerlendirmenin de yapılması lazımdır. Zira, failin yok ettiği şeyin üzerinde bir kısım yazıların bulunduğu bir kağıt parçası olduğunu bilmesi kâfi değildir. Ayrıca kastın yazının, belirli bir kişinin hukuken önem taşıyan düşünce açıklamasını ihtiva ettiğine de müteallik olması gerekmektedir.³⁷⁹ Fakat belirtelim ki, kastın bulunması için fail tarafından, suçun unsurlarının normatif anlamının bilinmesi, bir hâkim veya hukukçu gibi değerlendirmesi, kuralının doğru

³⁷⁶ Erdem, **a.g.m.**, S. 46; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 642.

³⁷⁷ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 642.

³⁷⁸ Erdem, **a.g.m.**, S. 46-47.

³⁷⁹ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 643; Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 257; Erdem, **a.g.m.**, S. 47.

yorumlanması gerekli değildir.³⁸⁰

Suçun konusu açısından yanılma, *kişide yanılma (error in persona)* veya *eşya üzerinde yanılma (error in objecto)* olarak ortaya çıkabilir. Bu tür yanılmanın varlığı durumunda, failin tasavvuru gerçekleşmiş olsaydı ceza hukuku açısından yapılacak değerlendirmenin değişip değişmeyeceğini göz önünde bulundurarak bir neticeye ulaşılmalıdır. Şayet, tasavvur edilmiş ile tipik olarak meydana gelen fiillerin konuları aynı değere sahip ise ya da fail hatalı olarak eşdeğer olduklarını kabul etmiş olursa, ortada sırf motivasyon (saik) yanılığı mevcuttur. Dolayısıyla, söz konusu yanılma hukuken önem taşımamakta olup kastı ortadan kaldırmayacaktır.³⁸¹ Meselâ, ‘A’ sanarak ‘B’yi öldüren veya ‘A’nın malı sanarak ‘B’nin malını çalan kimse kasten sorumlu tutulur.³⁸²

Bu yanılma ters yönde de olabilir. Örneğin kişi, valiz odasında A’ya ait valizi çalmak isterken, yanlışlıkla kendi valizini alır. Burada kişi, hırsızlık suçunu işlemek için hareket etmiş ise de, hırsızlık suçunun çalınan şeyin başkasına ait olması gerektiği konusundaki kural somut olayda gerçekleşmez. O halde *tersine unsur yanılığı* mevcuttur. Her ne kadar fail işlediği fiille bir ahlâkî redaet içinde olduğunu göstermiş ise de; somut olayda bir başkasının hukukuna tecavüz edilmediğinden, bir haksızlık gerçekleşmemiş olduğundan, bu fiilden dolayı kişi cezalandırılmayacaktır; *elverişsiz teşebbüs*, işlenemez suç.³⁸³

b. Suçun nitelikli unsurlarında yanılma

Suçun nitelikli unsurlarında yanılma, iki suretle meydana gelebilir; ya *fail suçun nitelikli şekli işlemek kastıyla hareket eder*, ancak yanılarak suçun basit halini (temel şekli) işlemiş olur veya *tersine suçun temel şeklini işlemek isterken* yanılarak nitelikli şeklini gerçekleştirmiş olacaktır. Meselâ, kişi, babasını öldürmek isterken (insan öldürmenin nitelikli hali İCK m. 406/1 bent d ve TCK m. 82/1 bent d) yanılarak başka birini öldürür (insan öldürmenin temel

³⁸⁰ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 643.

³⁸¹ İşte doktrinde sıklıkla başvurulanan “gerçekleştirilmek istenen netice ile gerçekleşen neticenin eşdeğerliliği” kavramı ile izah etmek istenen husus budur. Karaaslan, **a.g.m.**, S. 220; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 258; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 644; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 557 vd.

³⁸² Irak Temyiz Mahkemesi, 19.04.1978 tarihli ve 362 sayılı, 04.05.1974 tarihli ve 208 sayılı ve 04.05.1974 tarihli ve 1236 sayılı kararlarında (El-hedisi, **a.g.e.**, S. 281) ayrıca Türkiye Yargıtay da Ceza Genel Kurulu 17.04.2007 tarihli ve 2007/1-32-97 ile 1. Ceza Dairesi 10.12.2010, 2009/8207, 2010/7923 kararlarında aynı görüşü benimsemiştir. (Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 644 dn. 15.)

³⁸³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 476; benzer açıklamalar bkz. Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 647. Ancak bu yazarlar sadece *elverişsiz teşebbüs* kavramı kullanmaktadırlar.

şekli İCK m. 405 ve TCK m. 81) veya tersine, kavga ettiği birini öldürmek isterken yanılarak babasını öldürür. Keza, bir evde hizmetçilik yapan kimse, hizmet ettiğinin malını çalmak isterken (hırsızlık suçunun nitelikli hali İCK m. 444/6) yanılarak ona değil bir başkasına ait olan bir malı çalmış olması (hırsızlık suçunun temel şekli İCK m. 446) veya aksine herhangi birine ait bir malı çalmak isterken hizmet ettiğinin malını çalmış olması, halinde, suçun nitelikli unsurlarında yanılma söz konusu olacaktır. Suçun nitelikli unsurlarında yanılmaya ilişkin Arap doktrininde farklı görüşler öne sürülmüştür.

Birinci faraziyeyle ilişkin³⁸⁴, yani suçun temel şeklini işlemek kastıyla hareket etmiş ancak suçun nitelikli şeklini gerçekleştirmiş olması haline ilişkin, Türk doktrininde olduğu gibi, fail hakkında yanılmanın nitelikli halinden sorumlu tutulamaz. Yani fail hasmını veya herhangi birini öldürmek isterken yanılarak babasını öldürmüş ise; kasten öldürmenin bu nitelikli haline ilişkin unsur (maktulün babası olması) bakımından kastı bulunmadığından, failin kasten adam öldürme suçunun nitelikli şeklinden sorumlu tutulması söz konusu olamayacağına dair bir fikir birliği vardır.

İkinci varsayıma ilişkin ise, yani suçun nitelikli şeklini işlemek kastıyla hareket edip yanılarak suçun temel şeklini gerçekleştiren failin mesuliyetine ilişkin Arap ve Türk ceza hukuku öğretisinde ileri sürülen çözümler ciddi manada farklıdırlar. Zira, Türk doktrininde, failin, babasını öldürmek isterken, yanılarak herhangi bir kişiyi öldürmüş olması halinde, kastı babasını öldürmek ise de; failin, gerçekleşen duruma göre, yani herhangi bir kişiyi öldürmekten dolayı cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır.³⁸⁵

Fakat, Arap öğretisinde bundan farklı iki görüş ortaya atılmıştır. Bir kısım (özellikle Mısırlı) yazarlara³⁸⁶ göre; kişi, gerçekleşmemiş nitelikli suç bakımından teşebbüs ve gerçekleştirdiği suçun temel şekli açısından da kasten sorumlu tutulmalıdır. Çünkü fail, nitelikli suçu işlemek kastıyla icraya (harekete) başlamış ancak elinde olmayan sebeplerden gerçekleşmemiştir, ayrıca, suçun temel şekli, tüm unsurlarıyla (maddi ve oluşması için gereken kast) gerçekleşmiştir.

³⁸⁴ Arap kaynaklar için bkz. Emel Abdulrahim Osman, **Şerh El-kanun El-ukubat, El-kısım El-has** (Ceza Kanununun Özel Kısım Şerhi), Dar El-nahda El-Arabiye, El-Kahire, 1974, S. 62; El-hedisi, **a.g.e.**, S. 281; Husni, **Kast Teorisi**, S. 79. Türk öğretisinde bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 476; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 466; Koca/Üzülmmez, **a.g.e.**, S. 257; İçel, **Genel Hükümler**, S. 439; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 396.

³⁸⁵ Bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 476; Koca/Üzülmmez, **a.g.e.**, S. 257.

³⁸⁶ El-hedisi, **a.g.e.**, S. 282-283.

Irak Temyiz Mahkemesinin de katıldığı ikinci görüşe göre ise, ortada tek bir suç vardır. Ancak, failde, suçun nitelikli haline yönelik olan kast, fiilen gerçekleşmiş (suçun temel şekline) suça da sirayet eder, başka bir anlatımla fail bu yanılmasından yararlanmayıp suçun nitelikli şekline istinaden cezalandırılmalıdır. Çünkü bu tür yanılığ failin lehine değil aleyhine hesaba katlanır.³⁸⁷

Kanımızca, Türk doktrininde ileri sürülen görüş daha isabetli ve adalete yakındır. Şayet, kişinin, suçun nitelikli şeklini işlemek istediği her durumda suçun temel şeklini de işlemek istediği anlamına gelmez, meselâ babasını öldürmek isteyen kişi, herhangi şahsı değil, bizzat babasını öldürmek istemiştir. Yani ateş ettiği kişinin gerçek kimliğini bilseydi onu öldürmeyebilirdi. Ancak, mağdurun kimliğinde yanılma kastı ortadan kaldırmayacağı kabul edilse de, kişinin, suçun temel şeklinden değil, nitelikli şeklinden sorumlu tutulması doğru değildir. Çünkü, nitelikli haller suçun bir unsuruna (örneğin, mağdurun baba olması, malın hizmet ettiğine aidiyeti..vs.) ilişkin hususlardır. Ayrıca, cezanın arttırılması, failin düşüncesinden değil, bu nitelikli hallerin bulunmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu nitelikler bulunmadıkları takdirde, faile suçun temel şekline öngörülenden daha ağır ceza verilmemelidir.

c. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma

Bu konuya ilişkin bilme unsurunun kapsamı belirlenirken, hukuka uygunluk sebebi başlığı altında açıklamalar yapılmıştır, dolayısıyla burada sadece, birbiriyle karıştırılan hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılma ile işlenen fiilin hukuka aykırılık (haksızlık) teşkil ettiği noktadaki yanılığın farkları izah edilecektir.

Hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılma ile işlenen fiilin hukuka aykırı olduğu (haksızlık oluşturduğu) hususundaki yanılma birbirinden farklıdır. Haksızlık yanılığının varlığı durumunda işlenen fiilin maddi oluşumuna müteallik tüm hususlar bilinmektedir. Ancak bu fiilin toplumda geçerli değerler sistemi bakımından bir haksızlık teşkil ettiği hakkında yanılığa düşülmektedir. Kısaca haksızlık yanılığsı bir *değerlendirme yanılığsını*

³⁸⁷ Irak Temyiz Mahkemesi de, verilen babasını öldürmek isterken başka birini öldürmüş sanık hakkında bu görüşü benimsenmiştir; 04.05.1978 tarihli ve 583 sayılı; 16.10.1985 tarihli ve 35 sayılı kararları; aynı görüşte olan ve kararları da zikreden; El-hedisi, **a.g.e.**, S. 282-283.

ifade etmektedir.³⁸⁸ Bu itibarla, haksızlık yanılığı işlenen fiile ilişkin kastın varlığını etkileyemez. Buna karşılık; bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılığa düşülmesi durumunda; işlenen fiilin esasta bir haksızlık oluşturduğu bilinmektedir. Lakin, işlenen fiili somut olayda hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir maddi nedenin varlığı konusunda yanılığa düşülmektedir. Bu nedenle, burada söz konu olan yanılığ, bir maddi vakıayla alakalıdır. Bu anlamda; işlenen fiille ilişkin olarak hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları hakkında yanılığa düşülmesi durumunda; failin bu fiile ilişkin *kastının bulunmadığı* ve dolayısıyla; meselenin, kusur kapsamında değil, suçun manevi unsuru yani haksızlık kapsamında incelenmesi gerekmektedir.³⁸⁹

3.4.1.4.2. Hedefte sapma (abberatio ictus)

Türk doktrininde *Hedefte sapma*, Arap doktrininde ise *fiili tevcih etmede (yönlendirme) yanılma* ‘‘hata’’ olarak adlandırılan bu durum öğretilde bazı yazarlar tarafından yanılmanın bir türü (sureti) olarak kabul edilmektedir.³⁹⁰ Fakat kanımızca, hedefte sapma ve suçun maddi konusunda yanılma (error in persona vel in objecto) birbirinden farklı hususlardır. Bu iki kavram şu sebepten dolayı aynı düzlemde ve anlamda mütalaa edilemez: Bir olayda yanılmanın varlığının kabul edilebilmesi için objektif gerçeklik ile failin tasavvuru arasında bir farklılığın varlığı gereklidir. Oysaki hedefte sapmada, gerçeklik ile tasavvur arasında bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Her ikisi birbiriyle uyumlu olmasına rağmen, bir sebepten dolayı, fail arzu ettiği (maksadını oluşturduğu) sonuca ulaşamamaktadır.³⁹¹ Dolayısıyla, hedefte sapma şöyle izah edilebilir; Failin kullandığı araçların yetersiz olması, veya bu araçları hatalı kullanması veya failin seçtiği araçlar yeterli olsa bile failin bunları becerikli bir şekilde kullanamaması ya da başka bir nedenle, failin hedeflediği konu üzerinde değil, başka

³⁸⁸ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 479.

³⁸⁹ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 479; aynı yönde kastı ortadan kaldıracağına dair ve çok benzer açıklama için Arapça kaynak olarak bkz. HUSNİ, 1974, S. 106-107; hukuka uygun nedeninin maddi şartlarında yanılmayı kastı yok eden bir sebep olarak kabul eden ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmaya ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Firas Abd El-muna'im Abdullah, Heyder Letif Kazım, ‘‘Eser El-gelet alâ El-issim El-cinai (yanılmanın kusurluluk üzerinde etkisi)’’, **Bağdat Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Bilimleri Derneği**, özel sayı, 2018, S. 294-319.

³⁹⁰ Bunlara göre, yanılma iradenin oluşumunu etkilediği gibi, iradenin gerçekleştirilmesi sürecini de etkiler. Bu tür yanılma, hareketten kaynaklanan nedensel sürecin, failce öngörülenden farklı bir biçimde gerçekleşmesi durumunda söz konusu olacaktır. bkz. Toroslu/Toroslu, **a.g.e.**, S. 272-273; Güngör, **a.g.m.**, S. 107; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 477; Arap yazarlarında, El-hedisi, **a.g.e.**, S. 282-283.

³⁹¹ Karaaslan, **a.g.m.**, S. 229.

bir konu üzerinde veya istediği şekliyle olmasa da hedeflediği konuyla birlikte başka bir konu üzerinde gerçekleşmesi hallerinde, hedefte sapma (aberratio ictus) söz konusu olacaktır.³⁹²

Hedefte sapma iki şekilde ortaya çıkabilir, birincisi *tek neticeli sapma* örneğin, fail, Azad'ı öldürmek için şahsına ateş eder, ancak herhangi bir sebepten dolayı attığı kurşunla Azad'ı değil, yanında yürüyen Dara'nın ölümüne sebebiyet verir. İkinci şekli ise, *çok neticeli sapma*dır, burada failin kastettiği neticenin gerçekleşmesinin yanı sıra başka bir netice daha meydana gelecektir. Örneğin, Azad'ı öldürmek için ateşlenen kurşun Azad'a isabet etmekle birlikte yanındaki Dara'ya da isabet eder.³⁹³

Belirtmemiz gereken husus şudur; hedefte sapmanın her iki şeklinin de kast üzerinde bir etkisi olmadığı ortadadır. Başka bir anlatımla, hedefte sapmanın varlığı halinde de kast varlığını korumaktadır.

3.4.1.4.3. İsteyerek bilmemek

Bilme unsuruna ilişkin bir sorun olarak meydana gelen isteyerek bilmeme hususundaki tartışma, kişinin bir suçun unsurunu doğrudan bilmemekle birlikte, bilinçli olarak bilmek istememesinin nasıl değerlendirileceği meselesidir. Örneğin, 18 yaşını tamamlamayan biriyle isteğiyle cinsel ilişkiye giren kişi, küçüğün 18 yaşını doldurmadığını kesin olarak bilmemekle birlikte, bilhassa bu konuda bilgisiz kalmak isterse, bu suçun oluşması bakımından kasttan bahsedilebilir mi? Diğer bir ifadeyle, failin suçun objektif nitelikli unsurlarını doğrudan bilmediği halde bile bilmeye ilişkin öngörüye sahip olmasına rağmen fiili işlemesi mümkündür. Bu tip hallerde de kastın varlığından bahsedilebilir mi?³⁹⁴

Bu konuyu şu örnekle açıklayabiliriz; ABD'de gerçekleşen bir olayda, bir gece kulübü işleten Sandra Nations, gece kulübünde 17 yaşından küçük bir kızı striptizci olarak çalıştırırken yakalanır ve bundan dolayı cezalandırılır. Sanık Nations hükmü, kendisinin “kızın 17 yaşını doldurduğunu bildiğinin ispatlanması gerektiğini”, bu husus ispatlanmadığı için hükmün hatalı olduğunu iddia ederek, temyiz etmiştir. Gerçekten de ilgili ceza normu, *bilerek* 17 yaşından küçük bir kimsenin çalıştırılmasını suç saymaktadır. Yargılama nihayetinde, sanığın

³⁹² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 258; Karaaslan, **a.g.m.**, S. 230; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 396; Fulya Eroğlu, “*Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler*”, **YÜHFD**, cilt IX/2, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan Özel Sayısı 2, 2012, S. 634; Özgenç, **kombinasyon**, S. 353; Erdem, **a.g.m.**, S. 52; Arapça kaynak olarak bkz. Husni, **Kast Teorisi**, S. 96-97.

³⁹³ Özgenç, **Kombinasyon**, S. 353; Eroğlu, **a.g.m.**, S. 635.

³⁹⁴ Hakari, **a.g.e.**, S. 235, 246.

çalıştırdığı kızın 17 yaşından küçük olduğunu *doğrudan* bilmediği fakat *bilmek istemediği* anlaşılmıştır. Mahkeme, failin, *bilmemek için gözlerini kapatmasaydı, suçun maddi unsurunu bilecek olduğu* (iradi körlük, devede kuşu duruşu) durumda olduğunu ve bilmeme unsurundan söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Başka bir deyişle, fail, bilmemek için, kızın yaşıyla ilgili bir araştırma yapmamıştır. Dolayısıyla mahkeme, kanunda *bilme* şartının arandığı zaman doğrudan bir bilmeyi gerektirdiğine hükmetmiştir.³⁹⁵

Ancak, doktrinde, bir kişi suçun maddi unsurlara giren bir hususu bilmek konusunda “iradi, bilinçli körlük” yaptığı takdirde, o unsuru bildiğinin kabul edileceği ileri sürülmüştür. Bu durumun “devede kuşu tutumu” olarak adlandırılması mümkündür. Avustralya Hukukunda da aynı sonuç kabul edilmektedir. Sanığa Türkiye’de havalimanında verilmiş ve Avustralya’ya ulaştığında havalimanında kendisinden alınacağı söylenen bir semaverde 200 gram uyuşturucu madde (eroin) yakalanmıştır. Sanık Bahri Kural, semaverin içinde ne olduğunu bilmediğini iddia etmiştir. Ancak, mahkeme, sanığın doğrudan semaverin içinde ne olduğunu bilmemiş ise bile, içinde muhtemelen narkotik (uyuşturucu) madde olduğunu tahmin etmesinin kafi olduğuna karar vererek, sanığı cezalandırmıştır. Mahkemece, sanık ya semaverin içinde bir şey olduğunu ve bunun uyuşturucu olduğunu bilmiş veya ne olduğunu bilmemiş, fakat bilmeyi de istememiştir.³⁹⁶

Hakeri’ye göre ise; devede kuşu tutumu (iradi, bilinçli körlük) örneğinde de olası kasttan söz etmek mümkündür. Failin, suçun maddi unsurlarına dahil bir hususu doğrudan bilmemesi, fakat, *ihtimal dahilinde olduğunu* görmesi ve buna rağmen *esaslı ve haksız bir riski üstlenerek* fiili işlemesi durumlarında da kastı olduğunu kabul etmek lazımdır. Meselâ; Bar sahibi, striptizci olarak çalıştırması için bir kız aramaktayken müracaat eden dört kişi arasında bir kişiyi işe alır. Bar sahibi yaşı küçük kızları çalıştırılmasının suç oluşturduğunu bilmesine rağmen bunu (yaşlarını) araştırmamaktadır, mühim olan kazanacağı paradır. Bu halde de yine doğrudan bir bilme mevcut değildir. Bunun için kızın kimlik belgesinden

³⁹⁵ State v. Nations, 676 SW 2d 282 - Mo: Court of Appeals, Eastern Dist., 1st Div. 1984, bu kararın Türkçe özeti Hakeri, **a.g.e.**, 235. Sayfasından alınmıştır. ayrıca İngilizce olarak tam karar için bkz. (https://scholar.google.com.tr/scholar_case?case=16924681473238028331&q=state+v.+nations&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1) Erişim tarihi: 29.05.2020 saat; 02.03

³⁹⁶ Avustralya Yüksek Mahkemesi BAHRI KURAL v. THE QUEEN [1987] HCA 16; (1987) 162 CLR 502, bu kararın Türkçe kısmını Hakeri, **a.g.e.**, 246 sayfasından almışız kararın İngilizcesi ve kaynağı (<http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1987/16.html>) Erişim tarihi: 29.05.2020 saat; 01.23 Ayrıca, aynı yönde başka bir karar; HE KAW TEH v. THE QUEEN [1985] HCA 43; (1985) 157 CLR 523 (<http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1985/43.html>) Erişim tarihi: 29.05.2020 saat; 01.45.

yaşının küçük olduğunu görmesi ve buna rağmen çalıştırması gerekmektedir Buna karşılık, kızın yaşını küçük olabileceğini düşünmesine rağmen, bu riski üstlenerek çalıştırması durumunda olası kast söz konusu olur.³⁹⁷

Kanaatimizce, isteyerek bilmemenin (iradi körlük) durumu, olası kast kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi isabetli değildir. Çünkü, olası kast gelecekte vukuu bulacak bir hususa yöneliktir. Başka bir ifadeyle, olası kastta fail suçun maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmekte ve buna rağmen kayıtsız kalarak fiilini devam ettirmektedir. Bu itibarla olası kastta fail isterse bile gerçekleşeceğini tam bilemez dolayısıyla sonuç meydana gelinceye kadar fail sadece bir öngörüye sahip olabilir, fakat iradi körlükte fail gelecekte vukuu bulacak bir hususu öngörmemekte aksine fiilini işlemeyen önce veya fiiliyle eşzamanlı, ani bir hususu bilebilirken herhangi sebeple bilmemeyi tercih etmektedir. Yani, olası kasttan farklı olarak *fail isteseydi bilecekti* gibi bir yargıya varabileceğimiz için kanımızca failin bilmek istemediği hususu biliyor sayılmalıdır. Bu itibarla, yukarıda verilen gece kulübü örneğinde bar sahibi olası kastla değil doğrudan kastla hareket etmiş sayılmalıdır.

³⁹⁷ Yazar burada öngörmek ile riski üstlenmek bulunduğu olası kastın varlığını kabul etmektedir. Ayrıca, fail, kızın yaşça çok büyük göstermesi dolayısıyla, sormaya gereği hissetmemişse yanlış kuralları uygulanacağını ileri sürmektedir, bkz. Hakeri, **a.g.e.**, S. 246-247.

3.4.2. Kastın İstisnai Unsuru İsteme

Kastın bilme unsurundan, isteme unsurunun da ortaya çıkacağı, kural olarak kabul edilmiştir. Gerçekleştirilecek bir fiille, muayyen bir suç unsurunun meydana getireceğini bilen bir kişinin, buna rağmen söz konusu fiili icra ettiği takdirde, ilke olarak bu unsuru istemiş olduğu kabul edilir. Aksi takdirde, söz konusu fiili işlemekten vazgeçebilirdi. Bu noktadan hareketle doktrinde bazı müellifler tarafından, belirli bir suç unsurunun gerçekleştirilmesine yönelik bilme unsurunun yanında, isteme unsuruna bağımsız bir vazife tanınmasının gerekli olmadığı ileri sürülmektedir.³⁹⁸

Kanımızca da kastın temel unsurunu bilme unsuru oluşturmaktadır.³⁹⁹ Kural olarak, fail, bilerek yaptığı şeyi istemiş veya kabul etmiş sayılmalıdır. Ancak, bu kuralın mutlak (sınırsız) bir şekilde kabul edilmesi de isabetli değildir. Yani, fail bazen belli bir suçun unsurlarını düşünmüş ve öngörmüş olup ama gerçekleştirmelerini istememiş olabilir. Özellikle, fail makul sebeplerden dolayı kendi fiilinin olumlu sonuçlanacağını düşündüğü veya kendine güvenerek neticenin gerçekleşmesini engelleyebileceği kanaatinde olduğu takdirde, failin belli bir suçun unsurlarını öngördüğü fakat istememiş olduğu ortaya çıkabilir. Ayrıca bilmeyi tek başına kabul ettiğinde kastın kapsamını ve dolayısıyla failin mesuliyetini de genişletebilir bir neticeyi doğurabileceği için, biz istemeyi söylediğimiz kuralın bir kaydı (sınırlandırıcı) olarak kabul etmekteyiz. Böylece sadece makul gerekçelerle, bilerek veya öngörerek işlenmiş tipik unsurlarının gerçekleşmeleri istenmemiş veya kabul edilmemiş oldukları ispatlandığı halde, işlenmiş suçun kasıtlı olmadığı kabul edilebilir. Örneğin, yüzmeyi çok iyi bilen Azad, oğlu Dara'ya yüzmeye öğretmek isterken onu nehre atar, Azad oğlunu nehre atarken onun yüzmeye bilmediğini ve boğularak ölebileceğini de öngörür, fakat, Azad, çok iyi yüzmeye bildiğini ve daha önce de birkaç kişiyi aynı nehirden kurtardığı için, bir şey olursa oğlunu da kurtarabileceğine dair kendine güvenerek ve fiilinin olumlu bir netice ile sonuçlanacağı kanaatiyle, Dara'yı attığında, Azad'ın ölebileceğini öngörmüş ve fakat bu sonucunun gerçekleşmesini istememiş olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla, bu örnekte kastla değil, bilinçli taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olmaktadır.

³⁹⁸ Heinrich, **a.g.e.**, cilt 1, S. 170, Türk öğretisinde de Özgenç kastın varlığı için bilmeyi (öngörme) yeterli görmektedir. Bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 242 vd.

³⁹⁹ Aksi görüş için bkz. Ozansü, **a.g.e.**, S. 125.

Keza, her bilinen şeyin istenmiş olmamasına örnek olarak William Tell olayı gösterilebilir; Tell ağaca bağlanmış oğlunun başına konulan elmayı okla vurmak zorunda kaldığında, Tell, okun oğlunun başı veya başka bir yerine gelebileceği ve dolayısıyla ölebileceğini veya yaralanabileceğini ihtimal dâhilinde bilmekte (öngörmekte) ancak gerçekleşmesini kesinlikle istememektedir.⁴⁰⁰ Aynı şekilde, sirkte karşısındaki canlı hedefin etrafına bıçaklardan silüet yapmak maksadıyla bıçak fırlatan cambaz, partnerini vurabileceğini öngörmekte, fakat bu neticeyi kesinlikle istememektedir.⁴⁰¹

Nitekim, her bilinen şeyin istenmiş olduğu kabul edilemeyeceğine göre, kastın ikinci unsuru olarak ortaya çıkan isteme unsurudur.⁴⁰² Hemen belirtelim ki, isteme unsurunun bilme unsurundan farklı olarak ortaya çıkabilmesi sadece suçun maddi unsurlarının alt unsuru neticeye ilişkin düşünülebilir. Başka bir anlatımla, netice dışında kalan suçun diğer maddi unsurları bakımından bilme unsuru yeterlidir ve istemeden bahsetmek imkânsızdır. Bu itibarla, yukarıda da izah ettiğimiz gibi, isteme kastın istisnai bir unsurudur ve sadece netice açısından hesaba katlanabilir. Ayrıca, kanımızca netice bakımından da her zaman dikkate alınması gerekli olmayıp bir fiilin işlenmesiyle hayat tecrübelerine göre muayyen bir neticenin meydana geleceği muhakkaksa (bilinirse) ve fail bu neticenin gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen fiili işlediğinde neticeyi istemiş olur.⁴⁰³ Çünkü, kesin öngörölmüş bir şeyin istenmemiş olduğu iddia edilemez, dolayısıyla kasten hareket edildiği kabul edilmelidir. Buna karşılık, fail işlediği fiiliyle bir neticeyi gerçekleştirebileceğini ihtimal dâhilinde öngörmüş ise yani gerçekleşmesi muhakkak öngörölmeyen neticeyi (yukarıdaki verilen örneklerde izah edildiği gibi) bazen istemeyebilir. Ancak bu durumda kastın varlığı istemin varlığı tarafından belirlenebilir. Söz konusu istemenin bulunup bulunmaması tespitinde de failin kayıtsız kalmasına bakılmalıdır. Bu itibarla, fail neticenin gerçekleşmemesi için elinden geleni yapmış ise yani kayıtsız kalmamış ise kasıtlı bir sorumluluk değil, taksirli bir

⁴⁰⁰ William Tell (Almanca: Wilhelm Tell, Fransızca: Guillaume [Giyom] Tell), 13. yüzyılda ve 14. yüzyılın başlarında yaşadığı ve üstün okçuluk yeteneğiyle nam saldıgı iddia edilen efsanevi İsviçreli kahramanıdır. İmparator I. Albert adına yöneten Vali Gessler, düklük şapkasını Altdrof meydanında bir direğe astırır ve gelen geçenin buna selâm vermesini emreder. Tell, Gessler'in şapkasını selâmlamadığından tutuklanır. Tell'in okçuluktaki ününü duymuş olan Gessler, Tell'in oğlunun başına konulacak bir elmayı okla vuramaması halinde oğluyla beraber idama çarptıracağını söyler. Tell bu güç işi başarır ve oğlunu yaralamadan elmayı ikiye böler. Fakat atışı yapmadan önce eline iki ok aldığını gören Gessler, bunun nedenini sorunca, Tell, ikinci oku oğlunun ölmesi durumunda Gessler'i öldürmek için kullanacağını söyler. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/William_Tell Erişim tarihi: 30.05.2020, 16.04.

⁴⁰¹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 471; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 380.

⁴⁰² Aynı yönde; İçel, Genel Hükümler, S. 440; Zafer, **a.g.e.**, S. 248.

⁴⁰³ Günlük hayat tecrübelerine göre fiilin muhakkak surette neticeyi meydana getireceği öngörölmüş ise kastın varlığını kabul eden yazarlar için bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 253; Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 169-170.

sorumluluk söz konusu olacaktır. Aksine, öngörmesine rağmen kayıtsız kalarak gerçekleşmesini umursamıyorsa kast vardır.

3.5. Kastın Aranacağı Zaman

Failin kasta hangi anda sahip olması hususunda ne İCK 33. maddesinde TCK 21. maddesinde bir açıklık mevcuttur. Fakat kastın, TCK 21. maddesinde, “suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” ve İCK 33/1. maddesinde “failin, gerçekleşecek veya diğer herhangi cezai (zararlı) neticeyi hedefleyerek, iradesinin suç oluşturana fiili işlenmeye yönlendirilmesidir” şeklindeki tanımından, kast ve fiilin aynı zamanda bulunması gerektiği sonucu çıkarılabilir.⁴⁰⁴ Bu itibarla, kastın aranacağı zaman hususunda esas alınan, fiilin icra edildiği an olup, kastın bulunması gereken zaman fiilin işlendiği zamandır (eşzamanlılık ilkesi).⁴⁰⁵ Böylece, kast, icrai davranışla işlenen suçlarda icra hareketin işlendiği zaman bulunması gerekirken, ihmali davranışla işlenen suçlarda failin yapmakla yükümlü olduğu muayyen bir icrai davranışı yerine getirmesi gerektiği anda mevcut olmalıdır.⁴⁰⁶

Bundan çıkaracağımız ilk sonuç, sadece tipikliği icra eden hareketten önce (*dolus antecedens*) veya daha sonra (*dolus subsequens*) bulunan bir kastın ceza sorumluluğu bakımından önemsiz olduğudur.⁴⁰⁷ Dolayısıyla, suçun hazırlık hareketleri esnasında mevcut olan kast (*dolus antecedens*), suçun icra hareketlerine doğrudan doğruya başlanmadığı sürece tek başına failin cezalandırılması için kâfi değildir.⁴⁰⁸ Keza, “eklenen kast”⁴⁰⁹ olarak adlandırılan kast da ceza hukuku anlamında bir kast ifade etmez. Nitekim, doktrinde eklenen kasta örnek olarak; *başlangıçta hukuka uygun bir davranış içinde bulunan failin sonradan hukuka aykırı ve suç oluşturan bir harekette bulunması* (eve malikinin rızasıyla girildikten sonra, rızaya aykırı olarak kalma, çıkmama), *önce taksirli bir fiil işledikten sonra bunun gerçekleştirdiği sonucun kasten sürdürülmesi* (arabasıyla taksirle çarptığı bir kişiyi yaralı bir vaziyette yolun ortasında bırakıp yoluna devam etmek) veya *işlemeyi kastettiği bir suçun*

⁴⁰⁴ TCK ile ilgili aynı mealde bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 167.

⁴⁰⁵ Hakeri, **a.g.e.**, S. 240; Heinrich, **a.g.e.**, cilt 1, S. 181.

⁴⁰⁶ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 410.

⁴⁰⁷ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 167; DEMİRBAŞ, 2018, S. 386; Heinrich, **a.g.e.**, cilt 1, S. 181 vd.; Hakeri, **a.g.e.**, S. 240 vd.

⁴⁰⁸ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 410; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 167.

⁴⁰⁹ “sonradan oluşan kast”, “sonradan meydana gelen kast” ve “sonradan ortaya çıkan kast” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. İçel, Genel Hükümler, S. 447; Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 157; Zafer, **a.g.e.**, S. 259.

icrasına başladıktan sonra başka bir suçu işlemeyi kararlaştırması (hırsızlık maksadıyla bir binaya giren failin karşılaştığı mukavemet sebebiyle tehdit veya cebir ve şiddet kullanarak fiilini yağmaya dönüştürülmesi)⁴¹⁰ durumları gösterilmektedir. Bu hallerde kast sonradan eklenerek, başlangıçtan itibaren hukuka uygun taksirli veya kasıtlı başka bir fiili sonradan kasten gerçekleştirilmiş hale getirmeyip, tüm bu hallerde esasen fiilin icrası devam ederken failin kastı başlar ve o andan itibaren işlenen fiilin kasten işlenmiş olduğu kabul edilir. Fakat, kastın hafif suçtan ağır suça dönüşmesi, örneğin hırsızlığın yağmaya veya yaralamanın öldürmeye dönüşmesi gibi durumlarda fail *iter criminise* girdiği (başlangıçtan) andan itibaren kasıtlı bir harekette bulunmakta ve fakat kast daha hafif suçtan ağırına dönüşmektedir. Ayrıca, hafif suçlar esasen ağır suçun unsurunu tekvin ettiği için burada da eklenen bir kast durumu söz konusu değildir.⁴¹¹ Buna karşılık, bir suçu işlemeyi kararlaştıran failin maruz kaldığı güçlük sebebiyle konusu başka bir suçu işlemesi durumunda esasen iki farklı suç ve kast olduğundan dolayı yine eklenen kast yoktur. Meselâ, soymak istediği depoda nöbet tutan güvenlik görevlisini öldüren ya da ırzına geçmek isteyip başaramadığı için mağduru öldüren kişi tek suçtan değil, iki suçtan sorumlu tutulmalıdır.⁴¹²

Kast fail tarafından netice için gerekli olarak görülen fiili bitirinceye kadar bulunmalıdır. Çok hareketli suçlarda ise kastın, ilk hareketin gerçekleştirilmesi esnasında ikinci hareketin gerçekleşmesine de yönelik olmalıdır. Meselâ, yağma suçunda cebir veya tehdit kullanıldığı anda, failin kastı aynı zamanda malın alınmasına (ikinci hareket) da yönelik olmalıdır.⁴¹³

Failin fiili ile kastın birlikte, eşzamanlı olarak mevcut olması lazım. Başka bir deyişle, kanunî tarife uygun bir fiilin icrasına başlamadan önce var olan kast ve tarife uygun bir fiilin gerçekleşmesinden sonra bulunan kastın ceza hukuku açısından bir önemi yoktur.⁴¹⁴ Meselâ, Azad arkadaşı Dara'yı öldürmek maksadıyla bir silah taşıyarak evden çıkar, ancak Dara'yla yüz yüze geldiğinde konuşarak aralarındaki problemi çözerler. Birbirlerine sarılırken Azad'ın taşıdığı silah ateş alır ve Dara'nın ölümüne sebebiyet verir. Bu örnekte Azad'ın fiilinden önceki kastı dikkate alınmaz ve öldürme kastından değil, taksirle öldürmeden sorumlu

⁴¹⁰ Eklenen kastla ilgili daha detaylı bilgi ve daha fazla örnek için bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, S. 386.

⁴¹¹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 168. Aynı mealde, “*tüm bu hallerde, kastın eklenmesinden ziyade, bilerek ve isteyerek bir haksızlığın icra hareketlerinin başlaması söz konusudur. Dolayısıyla nasıl adlandırılırsa adlandırılırsın, kast, icra hareketlerinin başlamasından sonra sona ermesine kadar bulunmalıdır.*” Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 411, dn. 577.

⁴¹² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 168.

⁴¹³ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 410; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 168.

⁴¹⁴ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 168; Hakeri, **a.g.e.**, S. 240

tutulur.⁴¹⁵ Keza, taksirle öldürdüğü kişinin ölümünden sonra memnun kalan fail de kasten öldürmeden sorumlu tutulamaz.⁴¹⁶

3.6. Kastın Çeşitleri

Irak Ceza Kanunu *doğrudan kastın* (m. 33/1) ve muhtemel kastın (m. 34/b) tanımını yapmış ve bununla birlikte kastın şekilleri olarak, basit (ani) ve önceki ısrarla oluşan (la premeditation, tasarlama) kasta da yer vermiş (m. 33/2) önceki ısrar (soğukkanlılık) ve tasarlamanın hükümlerini de (m. 33 f. 3 ve 4) düzeltmiştir. TCK ise sadece *doğrudan kast* (m. 21/1) ve *olası kast* (m. 21/2) ayrımını yapmış ve her ikisini de tarif etmiştir.

Irak Ceza Kanunu 33. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yer verdiği ayrımına göre; *basit kast* (dolus simple), aniden oluşan bir kast türüdür, başka bir anlatımla, fail suç teşkil eden bir fiilin işlemesine daha önce karar vermemiş, fakat içinde bulunduğu şartlardan dolayı aniden suç işlemeye karar verir ve hemen fiilini gerçekleştirir. Örneğin, Azad arkadaşıyla piknik amacıyla parka gider, piknik yaptıkları sırada aralarında kavga çıkar ve Azad arkadaşını Dara'yı öldürür. Bu durumda basit kasttan (ani kast) söz edilir.⁴¹⁷

Önceki ısrarla oluşan kast ise, ani bir öfke veya heyecandan kaynaklanmayan (soğukkanlı) ve suçun icrasından önce (karar aldığı an ile suç işlemeye başladığı an arasında bir zaman fasılasının bulunması) alınmış ve ısrarla gerçekleştirilmesi istenilen bir karardır. Başka bir anlatımla, tasarlama kastının bulunması için, fail suç işleme kararı verdikten fiili icra etmesine kadar belirli bir zaman fasılasının bulunması ve bu süre içerisinde suç işleme kararından vazgeçmemesi, ısrar etmesi, ayrıca, suç işleme kararın sakın bir zihinle (ani öfkenin bulunmaması) verilmiş olması, gerekir.⁴¹⁸ Hemen belirtelim ki, İCK'da benimsenen bu ayrım (ani kast – önceki ısrarla kast) söz konusu kanunun klasik suç teorisi etkisinde olduğu ve kast ile taksiri birer kusur şekli olarak kabul ettiğinin bir sonucudur. Ayrıca, suç işlemeye önceden karar vermek veya soğukkanlı olmak kastı değil failin iradesinin oluşum

⁴¹⁵ Heinrich, **a.g.e.**, cilt 1, S. 183.

⁴¹⁶ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 413.

⁴¹⁷ Aynı yönde bkz. Irak Temyiz Mahkemesi 2. Genel Kurulu, 18.06.1977 tarihli ve 100/1977 sayılı kararı (Abdulkarim, **a.g.e.**, S. 174).

⁴¹⁸ Irak Temyiz Mahkemesi kararlarında tasarlama kastın iki unsurdan oluştuğunu, birincisi, soğukkanlılık (sakın kafa) 19.12.1978 tarihli ve 695 Cınaiyat 1978 sayılı, ikincisi ise, suç işleme kararının alınmasından suçun icrasına kadar belirli bir zaman fasılasının bulunması ve bu süre içinde işlemesinden vazgeçmemesi, ısrar etmesi, (2. Daire 18.06.1977 tarihli ve 276/1973 sayılı kararı, olarak izah etmiştir. Zikrettiğimiz ve konuya ilişkin daha fazla kararlar için bkz. Abdulkarim, **a.g.e.**, S. 174 vd.

şartlarını ilgilendirmekte ve ne kadar kötülük isteyen bir beyine sahip olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, failin aniden suç işlemeye karar vermesi halinde iradesinin oluşumu itibarıyla, fiili icra etmeden önce suça kararlı olmasından daha hafif bir kusuru olduğundan bahsedilir. Yani, bu ayrım kusurun yoğunluğuyla ilgili olup kastın çeşitlerini göstermemektedir.

Keza, öğretide kastın, *genel kast – özel kast* ⁴¹⁹şeklindeki ayrıma da tabi tutulduğu görülmektedir. Bu ayrım, failin muayyen bir amaç veya saikle hareket etmesi gerektiğinin kanun tarafından arandığı durumlarda, özel kastın mevzubahis olacağı; buna karşılık, kanun koyucunun failin amacı veya saikine önem vermediği durumlarda, suçun genel kastla işlenmesinden söz edileceği temeline dayanmaktadır.⁴²⁰ Ancak, modern ceza hukuku anlayışında bu ayrım terk edilmiş ve kanunî tipte suçun temel veya nitelikli halleri açısından failin muayyen bir amaç veya saikle hareket etmesinin arandığı hallerde amaç veya saik, kast unsuruyla birlikte ilave bir sübjektif unsur olarak mütalaa edilmektedir.⁴²¹ Manevi unsurun yapısında amaç ve saik başlığı altında detaylı bir şekilde izah edildiği gibi, düşüncemize göre, amaç ve saik kastla özdeş kavramlar değildir. Bunlar kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan duygu, düşünce⁴²² olup kanunî tanımında belirli bir amaç veya saik aranıyorsa, söz konusu saik ve amaç kastın yanında tipikliğin diğer sübjektif unsurunu oluştururlar. Bu nedenle de bu ayrımın yapılmasını gerekli görmemekteyiz.⁴²³

Kastın bilme unsuru derecelendirilebilir ve yalnız mutlak bilmeyi değil, bunun yanı sıra tipikliğin gerçekleştirilmesi açısından sırf olabilirlik tasavvuruna kadar ki ihtimal yargısını da içerir.⁴²⁴ Bu bakımdan failin gerçekleştirdiği suçun objektif unsurları hakkındaki bilgisinin derecesine nazaran kast, doğrudan kast (dolus directus) ve muhtemel (olası, gayrimuayyen) kast (dolus eventualis) şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir.⁴²⁵

⁴¹⁹ Arap doktrininde hâlâ kastın çeşitlerinden bahseden ceza hukuku eserler bu ayrım yapmaktadır ve *özel kast* başlıklı çok sayıda kitap ve akademik çalışmalar bulunmaktadır. Sözelimi, Ubeid, **a.g.e.**, S. 18 vd. kitabın adı da özel kasttır; Letife Muhammed, **a.g.e.**, özel cinai kast adlı bir yüksek lisans tezidir; El-hedisi, **a.g.e.**, S. 302 vd. Türk öğretisinde de bu ayrım yapılmakta bkz. Soyaslan, **a.g.e.**, S. 441-442; İçel, Genel Hükümler, S. 446-447, ayrıca eserinde bu ayrıma yer veren Zafer, kastı zarar kastı – tehlike kastı şeklinde de bir ayrım yapmaktadır. Bkz. Zafer, **a.g.e.**, S.261 vd.

⁴²⁰ Hakeri, **a.g.e.**, S. 242.

⁴²¹ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 413-414.

⁴²² Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 310; İsmail Ercan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, On iki levha yayıncılık, İstanbul, 2013, S. 107.

⁴²³ Aynı mealde bkz. Hakeri, **a.g.e.**, S. 242; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 310.

⁴²⁴ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 169.

⁴²⁵ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 253; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 169.

3.6.1. Doğrudan Kast (Dolus Directus)

Doğrudan kastta, bilme unsuru barizdir. Burada failin, suçun bütün objektif unsurları hususundaki bilgisi tam, kesin olmaktadır.⁴²⁶ Başka bir deyişle, failin işlediği suçun maddi unsurlarının bütününe düşünmüş, öngörmüş olması ve dolayısıyla, tüm bunlar hakkında bilgiye sahip olması durumunda, *doğrudan kast* (dolus directus) söz konusu olacaktır.⁴²⁷ Bir suçun işlenmesi kararlaştırılmış, bu suçun objektif unsurları ve bilhassa işlenen fiilin günlük hayat tecrübemize göre *muhtakkak suretle* neden olacağı neticelerinin öngörülmüş olması durumunda, fail doğrudan kastla hareket etmiştir.⁴²⁸ Bu itibarla, doğrudan kast, failin suçun gerçekleşeceğini açıkça öngörmesi ve neticeyi muhtakkak istemesi gerekmektedir.⁴²⁹ Zira, muhtakkak öngörülmüş bir şeyin istenmemiş olduğu, yani kesin öngörmenin bulunduğu durumda iradenin olmadığı, iddia edilemez. Meselâ, hasmını öldürmek için silahını o şahsı hedef alarak ateşleyen fail, kesin öngördüğü neticeyi gerçekleştirdiğinden, doğrudan kastla işlenen bir adam öldürme suçu mevcuttur.

Keza, bir siyasi şahsiyeti öldürmek için bu şahsın bindiği uçağa bomba yerleştiren fail, bu bombanın patlaması nedeniyle uçakta olan diğer kişilerin de günlük hayat tecrübelerimize göre muhtakkak surette ölebileceğini tasavvur etmiştir. Bu itibarla, işlenen fiil muhtakkak suretle sebebiyet vereceği sonuçlar bakımından doğrudan kastla ilişkilidir.⁴³⁰

Fail belirli bir neticeyi gerçekleştirmek için bir eylemde bulunmuş ve bu neticeye zorunlu olarak bağlı, kesin başka neticeler de gerçekleşmiş ise bu neticeler açısından da doğrudan kast mevcuttur.^{431, 432} meselâ, pencere camının arkasında duran şahsı yaralamak amacıyla atılan taş ile pencere camının kırılacağı kesinlikle öngörülmüştür.

⁴²⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 169.

⁴²⁷ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 253.

⁴²⁸ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK'da Temel İlkeler Tanımlar-Uygulama Alanı Kast ve Taksir**, 2. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara 2010, S. 287.

⁴²⁹ Birtek, **a.g.m.**, S. 241; Halil Güneş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Sayfa yayım dağıtım, İstanbul 2011, S. 168.

⁴³⁰ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 253.

⁴³¹ Halil Güneş, **a.g.e.**, S. 168; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 254; Işıl Kacar Ercan, *Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçu Bağlamında Kastın Tespiti*, YLT, İstanbul Üniversitesi 2019, S. 19.

⁴³² Doktrinde istemeyi kastın esas unsuru olarak nitelendiren yazarlar tarafından, failin fiiliyle amaçladığı doğrudan neticeler (doğrudan istenen neticeler) açısından birinci dereceden doğrudan kast, buna bağlı olan ve kaçınılmaz yan neticeler/ ikincil neticeler (istenen neticeye bağlı fakat istenmeyen neticeler) açısından ise ikinci dereceden doğrudan kast olarak mütalaa edilmekte olup *birinci dereceden doğrudan kast-ikinci dereceden doğrudan kast-olası kast* şeklinde üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Bkz. Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 399; İÇEL, 2018, S. 441.

Belirtmek gerekir ki, icra edilen fiilin günlük hayat tecrübelerimize göre sebebiyet vereceği asıl ve/veya yan neticeler, muhakkak surette öngörülmüş olmasına rağmen herhangi bir nedenle gerçekleşmemiş olabilir. Meselâ, sigorta parası alabilmek için geminin açık denizde batırılması fiilinin gemide bulunan insanların boğularak ölmesine neden olacağı günlük hayat tecrübelerimize göre, kesindir. Fakat, dalgalarda boğuşan kişilerin o bölgeden geçen başka bir yük gemisinde bulunanlar tarafından fark edilmesi ve kurtarılmaları veya herhangi sebepten dolayı kurtulmuş olmaları da mümkündür. Kanımızca bu durumda, gemiyi batırma fiilini işleyen kişilerin bu yan neticeler açısından, yani ayrıca kasten adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmaları gerekmektedir.⁴³³ Ancak, asıl netice ile beraber meydana gelen neticeler muhakkak ve zorunlu değil ise failin bu neticeleri öngörüp öngörmemesi ve kabullenip kabullenmemesine göre bir tespit yapılır ve bu tespite binaen olası kastla mı yoksa bilinçli taksirle mi hareket ettiği belirlenir. Keza, suçun işlenmesinde kullanılan silahın yapısı gereği birden çok insanın ölümüne neden olacak özelliğinin olması (örneğin, Bomba, nükleer biyolojik kimyasal silahlar, zehirli gazlar vs.) halinde bu silahın kullanılmasıyla beraber failin gerçekleştirmek istediği netice ile birlikte gerçekleşen neticeler açısından da doğrudan kasttan sorumlu tutulmalıdır. Nitekim, bu durumlarda gerçekleşmesi zorunlu, muhakkak neticeler mevcuttur.⁴³⁴

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, ICK 33. maddesinde doğrudan kastı tanımlarken, kastın esas unsuru olan *bilme unsurundan* bahsetmemesi isabetli olmamıştır. Dolayısıyla, ICK klasik suç teorisinin etkisinde çıkarıldığı için sistem bütünlüğünü bozmamak adına, TCK 21/1. maddesinde bulunan, “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” düzenlemenin Irak Ceza kanununda da bulunmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

Suçun yapısı itibarıyla⁴³⁵ olası kastla işlenmesi mümkün ise, söz konusu suç doğrudan kastla da işlenebilir. Bu itibarla, kural olarak bir suçun, doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası

⁴³³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 254; İçel, Genel Hükümler, S. 441; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 169; Birtek, **a.g.m.**, S. 241; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 399; Kacer Ercan, **a.g.m.**, S. 19. Aksi görüş, Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 469. Dönmezer/Erman’a göre, zorunlu neticeler açısından, olası (belirsiz) kast kuralların tatbik edilmesi, özellikle ne gibi zorunlu neticeler gerçekleşmiş ise sadece onların faile yüklenmesi uygun olup gerçekleşmemiş zorunlu neticeler bakımından, “belirli olmayan kast netice ile belirlenir” kuralı uyarınca fail teşebbüsten sorumlu tutulamaz.

⁴³⁴ Birtek, **a.g.m.**, S. 242.

⁴³⁵ Suçun neticeli bir suç olması

kastla da işlenebilmesi mümkündür.⁴³⁶ Ancak, suçun kanunî tanımında “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ifadelerin varlığı halinde, bu suçun yalnızca doğrudan kastla işlenmesi mümkün olup olası kastla işlenmesi söz konusu olmayacaktır.⁴³⁷ Meselâ,⁴³⁸ iftira suçu, (TCK m. 267, İCK m. 433) failin suçsuz olduğunu *bilerek* kişiye suç isnad etmesi gerektiği için, yalnızca doğrudan kastla işlenmesi mümkündür.

3.6.2. Olası Kast⁴³⁹ (Dolus Eventualis)

Olası (muhtemel, gayrimuayyen, dolayısıyla, belirsiz) kast (Dolus Eventualis) halinde, bir suçun kanunî tarifindeki unsurlarının gerçekleşebileceği, failce öngörülmektedir. Zira, olası kastı *bilinçsiz taksirden* ayırt eden unsur da bu öngörme olgusudur. Gerek doğrudan kast gerekse olası kast halinde bir öngörme mevcuttur. Fakat, her iki kast türü arasında bilme unsurunun niteliği bakımından bir fark vardır, doğrudan kastta suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesi, failce muhakkak öngörülürken, olası kastta *muhtemel* kas olarak addedilmektedir.⁴⁴⁰

Doğrudan kastta suçun maddi unsurlarının (özellikle neticenin) gerçekleşmesi *muhakkak* öngörüldüğünden istenmemiş olduğu iddia edilemez iken, olası kastta kesinlik öngörme değil, olasılık niteliğinde olan bir öngörme bulunduğu için, fail tarafından icra edilen hareketten meydana gelecek neticenin istenmemiş olduğu da düşünülebilir. Bu nedenledir ki, olası kastta, öngörmenin yanında, kabullenmenin de bulunması lazımdır. Hemen belirtelim ki, isteme unsurunun bilme unsurundan farklı olarak ortaya çıkabilmesi sadece suçun maddi unsurlarının alt unsuru *neticeye* ilişkin düşünülebilir. Şayet, netice dışında kalan suçun diğer maddi unsurları öngörülmüş ise kabullenilmiş demektir. Bu itibarla, olası kast suçun diğer maddi unsurlar bakımından da bahse mevzu olabilir. Ancak, öngörülmesine rağmen fiilin icra

⁴³⁶ Aksi düşünce, İçel’e göre, “*olası kast istisnai bir durumdur ve bu tür istisnai durumların kural haline getirilmesi, özgürlükler açısından önemli sakıncalar doğurur.*”. İçel, Genel Hükümler, S. 446.

⁴³⁷ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 261; Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 171; Birtok, **a.g.m.**, 2009, S. 242; Kacar Ercan, **a.g.e.**, S. 19; Malkoç, **a.g.e.**, S. 212.

⁴³⁸ Cumhuriyet Şahin, İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, S. 110.

⁴³⁹ Behnam’a göre, muhtemel kast kavramı, kastın muhtemel suretiyle oluşabilmesi olarak anlaşılabileceği için, doğru bir kavram olmayıp yerinde, dolaylı kast veya teyit eden irade olarak adlandırılması gerekmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Behnam, **a.g.e.**, S.560. Keza, amaçlanan netice dışında kalan olanaklı veya muhtemel netice, gerçekleştiği takdirde istenmiş olacağından, bu tür kastın, *şarta bağlı kast (bedingter vorsatz)* olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 484. Ancak, burada, kastın oluşması değil, bu kasttan doğan sorumluluk neticenin gerçekleşmesine bağlıdır. Bu kavram (koşullu kast) doğru değildir.

⁴⁴⁰ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 254; Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 172-173; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 403; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 378.

edilmesi suretiyle kabullenilen tipiklik unsuru genellikle netice olarak karşımıza çıkabilir.⁴⁴¹ Failin hedeflediği asıl netice haricinde oluşan ikinci derecede neticeler yönünden karşılaşılabilecek başka bir durum, bu neticelerin gerçekleşmesinde bir zorunluluğun olmaması, yalnızca bir ihtimalin, olasılığın söz konusu olmasıdır. İşte bu muhtemel neticelerin gerçekleşebileceğini öngören fail, bunların gerçekleşmemesi için bir çaba göstermemiş, bunlara önem vermeyerek adeta kayıtsız kalmışsa, fail bunları da kabul ettiği için, bu neticeler açısından da muhtemel kast söz konusudur.⁴⁴²

İcra edilmesi kararlaştırılan fiilin, kanunen tanımlanan belirli bir sonucun gerçekleşmesine sebebiyet vereceği telâkki edilmiş olmasına rağmen; söz konusu neticenin gerçekleşmesi kabullenmiştir. Muhtemel kast halinde, yasal tanıma uygun neticenin gerçekleşmesi muhtemelen öngörülmesine rağmen fail, *kayıtsız kalarak* neticenin gerçekleşmesini *olayın seyrine bırakmıştır* ve muhtemel öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için, *özel bir çaba göstermemiştir*.⁴⁴³ Tipiklikte yer alan neticenin gerçekleşeceği olası olarak görülmesine rağmen, fail eylemini gerçekleştirmekten geri kalmamış, çekinmemiştir.⁴⁴⁴ Bu itibarla, olası kastta fail neticeyi istemiş olmasa da istememiş de değildir.⁴⁴⁵

İşaret etmek gerekir ki, olası kastın kabulü için, neticenin meydana gelebileceği yönündeki ihtimalin, tek başına bir ölçüt olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp bunun yanında *kabullenme* (kayıtsız kalma) unsurunun da bulunması gereklidir.⁴⁴⁶ Bu ikinci unsur failin kayıtsızlığı olası kastın önemli özelliğini oluşturmaktadır ve bu açıdan aşağıda taksir bölümünde ele alacağımız bilinçli taksirden farklı olmaktadır. Gerçekten, bilinçli taksirde de fail neticeleri öngörmekte, ancak bunları istemediği gibi, bu neticelerin gerçekleşmemesi için kayıtsız kalmayarak, elinden gelen bütün çabayı göstermektedir. Olası kastta ise kayıtsızlık durumu mevcuttur ve fail neticelerin gerçekleşmemesi için bir çaba göstermemektedir.⁴⁴⁷

⁴⁴¹ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 256; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 173; Birtek, **a.g.m.**, S.245. Bazı yazarlara göre olası kast yalnızca neticeye ilişkin ortaya çıkabilir. Irak Ceza Kanunu da 34. maddesinde aynı görüşü benimsemiştir.

⁴⁴² İçel, **Kast**, S.65; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 254; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 404-405.

⁴⁴³ İçel, **Kast**, S.65; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 255.

⁴⁴⁴ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 255.

⁴⁴⁵ Hakeri, **a.g.e.**7, 243.

⁴⁴⁶ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 255.

⁴⁴⁷ İçel, **Kast**, S.65.

Yukarıda izah edildiği gibi, olası kastın oluşması, iki unsurun varlığına bağlıdır; bunlardan birincisi, fiilden meydana gelecek *neticenin öngörülmesidir*. Söz konusu neticenin gerçekleşebilme ihtimali ile birlikte gerçekleşmeme ihtimali de vardır. İkincisi ise, işlediği fiilin sonucunda gerçekleşmesi öngörülen neticenin (her ne olursa olsun) fail tarafından *kabullenilmesi*, olmaktadır.⁴⁴⁸ Bu itibarla, kalabalık içinde bulunan bir siyasi kişi hedef alınarak ateşlenen silahtan çıkan mermi hedeflenen kişiye değil, hemen yanındaki kişi veya kişilere isabet ettiği takdirde, gerçekleşen netice bakımından failin olası kastla *hareket ettiği* kabul edilmelidir. Fakat, failin hedeflediği kişi açısından amaçladığı neticeyi riske sokmamak maksadıyla, silahını *tarama* şeklinde müteaddit defa ateşlemiş olması söz konusu olabilir. Bu halde, fail, hedef alınan kişi dışında ölümüne sebebiyet verilen diğer kişilerin de isabet alacağını, günlük hayat tecrübelerimize göre muhtemel değil, muhakkak surette öngördüğü için, hem hedef alınan kişi bakımından, hem de isabet alan diğer kişiler açısından olası kastla değil, doğrudan kastla hareket etmiştir.⁴⁴⁹

TCK'nın doğrudan kastın “*suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*”(m. 21/1), olası kastın da; “*kişinin suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi..*”(m. 21/2), bilinçli taksirin ise, “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali*” olarak tarif etmesi, kanımızca teorik bir tutarsızlığa neden olmuştur. Çünkü, doğrudan kastın unsurları olarak *bilme* ve *istemeyi* kabul ederken olası kastta sadece öngörme unsurundan bahsetmekte ve isteme unsuruna ilişkin olarak failin, “*kayıtsız kalması*”, “*kabullenmesi*”, “*gerçekleşme tehlikesinin üstlenmesi*” veya “*olursa olsun düşüncesi*” şeklinde bir ibareye yer vermemektedir. Böylece, olası kastın varlığı için, suçun kanunî tanımındaki unsurlarının gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmesini yeterli saymaktadır. Dolayısıyla, failin istemediği, ancak fiilinden meydana gelmesi muhtemel olan ve engel olabileceği inancıyla işlediği fiilin doğurduğu neticeler açısından da olası kastın varlığı kabul edilebileceği tehlikesini ihtiva etmektedir. Böylece, uygulamada olası kast ile bilinçli taksirin birbirine

⁴⁴⁸ Bouloc Bernard, **Droit Pénal Général, 19 édition, Dalloz**, Paris, 2005, S. 242. Ancak, Koca/Üzülmez'e göre, olası kast üç unsurdan; tehlikenin varlığını bilmek (tipikliğin gerçekleşmesi tehlikesini mümkün görmek), tehlikenin gerçekleşebileceğini ciddiye almak ve tehlikenin gerçekleşmesini kabullenmek, oluşmaktadır. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 176.

⁴⁴⁹ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 257-258. Aynı mealde; YCGK, 05.03.1979, 1-483/95 (Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 258 dn. 305) Ayıca konuyla ilgili daha fazla ve yeni Yargıtay kararları için bkz. Malkoç, **a.g.e.**, S. 220 vd.

karıştırılması ihtimali de daima söz konu olacaktır.⁴⁵⁰ Kanımızca hem tutarlı bir sistemin kurulması hem de olası kastın bilinçli taksirle karıştırılmaması için, 21. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *olası kast* tanımına, “*kayıtsız kalma*”, “*kabullenme*” veya “*tehlikeyi üstlenme*” gibi bir ifadenin eklenmesi gereklidir.⁴⁵¹

Irak CK ise 34. maddesinin b bendinde olası kastı “*fail, işlediği fiil ile suç sayılan neticeleri meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen tehlikeyi kabullenerek fiilini icra etmiş*⁴⁵² ise” şeklinde tarif etmiştir. Ancak ICK bu maddede olası kastın tanımını yapmış ise de “*olası kast*” kavramını kullanmamıştır. Kanımızca bu tanım olası kastın her iki unsurunu ihtiva etmesi açısından isabetli olsa da muhtemel kastı yalnızca netice açısından ele aldığından yetersiz bir tanımdır.

3.6.3. Doğrudan Kast, Olası Kast Ayrımın Sonuçları

Gerek doğrudan kast gerekse olası kast halinde bir öngörme mevcuttur. Fakat, her iki kast türü arasında bilme unsurunun niteliği bakımından bir farklılık mevcuttur, doğrudan kastta suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesi, failce muhakkak öngörülürken, olası kastta *muhtemel* addedilmektedir.⁴⁵³ Başka deyişle, doğrudan kast, suçun kanunî tarifindeki unsurların müşahhas olayda gerçekleşeceğine dair failin bilincindeki kesinliği ifade ederken⁴⁵⁴, muhtemel kast, suçun maddi unsurların gerçekleşebileceğine ilişkin failin bilincindeki kesinliği değil, ihtimali, olasılığı ifade etmektedir. Zira, tüm bu ayrımlar ve değerlendirmeler hâkim tarafından yapılacak olup nihayetinde bir olayda olası kastın mevcut olup olmadığı hakkında şüpheye düşülmesi durumunda; şüpheden sanık yararlanır ilkesi tatbik edilecektir.⁴⁵⁵

Muhtemel kastın içeriği doğrudan kasta nazaran daha azdır. TCK da olası kastın haksızlık muhtevasının doğrudan kasta göre daha az olduğunu kabul etmiş olup muhtemel kast halinde

⁴⁵⁰ “*isteme unsuruna ilişkin bir ibareye yer verilmemiş olması mevcut düzenleme mantığı içerisinde bir eksiklik teşkil etmektedir*” Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 172; Aynı mealde, Katoğlu, **a.g.m.**, S. 614; İçel, Genel Hükümler, S. 444-445; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 405;

⁴⁵¹ Nitekim, maddenin gerekçesinde olası kastın bulunması için öngörülen neticenin *kabullenmesinden* söz edilerek bu eksiklik giderilmeye çalışılmıştır.

⁴⁵² “ب – إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً للمخاطرة بحدوثها”

⁴⁵³ Özgenc, **Genel Hükümler 2019**, S. 254; Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 172-173; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 403; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 378.

⁴⁵⁴ Cengiz Apaydın, “*Olası Kastla İnsan Öldürme*”, **Suç ve Ceza Dergisi**, sayı 2, 2011, S. 16.

⁴⁵⁵ Yargıtay 1.CD. 25.09.2018 T. 2018/ 1995 E. 2018/3666 K. (zikreden, Kacar Ercan, **a.g.e.**, S. 21).

cezada indirim gerektirmiştir. Dolayısıyla, müşahhas olayda failin kastının doğrudan kast mı, yoksa olası kast mı olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.⁴⁵⁶ TCK 21. maddesinin 2. fıkrasında olası kast halinde cezada yapılacak indirim şöyle belirtilmiştir; “*ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.*”

Keza, olası kasta ilişkin olarak tartışılan başka bir konu da olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmamasıdır. Doktrinde bir görüşe göre; olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Teşebbüs halinde kalan suç ile tanımlanmış suç arasında manevi unsur bakımından herhangi bir ayrım söz konusu değildir. Nitekim, kanun teşebbüs bakımından failin kasten davranmasını aramakta, ancak söz konusu kastın doğrudan kast veya olası kast olması arasında bir ayrım yapmamaktadır. Dolayısıyla, icrasına olası kastla başlanan suçların tamamlanmaması durumunda, fiil ile fail arasındaki psikolojik bağının kesildiğini kabul etmek için haklı bir sebep bulunmamaktadır.⁴⁵⁷

Fakat, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs söz konusu olamaz. “*olası kast netice ile belirlenir*”⁴⁵⁸ kuralı gereğince, hangi netice meydana gelmiş ise fail bunlardan sorumlu tutulmalıdır. Aksi halde, yani failin, fiilinin muhtemelen sebebiyet vereceği bir neticeden teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulması durumunda, sorumluluk alanı insan için tehlike sayılabilecek bir şekilde genişletilmiş olacaktır.⁴⁵⁹ Başka bir deyişle, muhtemel kast, muayyen bir neticeye yönelmiş olmadığından ve mesuliyet yalnızca somut olayda gerçekleşen netice ile belirlenebildiği için teşebbüse müsait olmamaktadır.⁴⁶⁰

Yargıtay’ın konuya ilişkin kararları istikrar kazanmış değilse de içtihatlarının çoğunluğunda olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün kabul edilemeyeceği yönündedir.⁴⁶¹

⁴⁵⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 181.

⁴⁵⁷ Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, S. 165 (zikreden, Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 182, dn. 398).

⁴⁵⁸ “*Dolus indeterminatus determinatur ab eventu*”

⁴⁵⁹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 182; İçel, Genel Hükümler, S. 444; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 407; Hakeri, **a.g.e.**, S. 248-249.

⁴⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 334.

⁴⁶¹ “olası kast halinde sanığın meydana gelen neticeden sorumlu tutulması gerektiğinden, olayda mağdurun hayati tehlike geçirecek surette yaralanmasına sebebiyet veren sanık hakkında, TCK’nın 86/1-3; 87/1-d; 21/2, 62. maddeleri uyarınca karar verilmesi yerine yazılı biçimde öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması, hukuka

3.7. Kastın Aşılması ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suç Kavramları

Bazen fail belli bir neticenin gerçekleşmesine yönelik kasten hareket ederken kastedilen neticenin yanı sıra başka bir netice de meydana gelir. Yani bu durumlarda iki netice söz konusudur. Bunların birincisi gerçekleştirilmesi kastedilen ve müessir netice, ikincisi ise gerçekleştirilmesi kastedilmeyen ve fakat meydana gelen ağır neticedir. Ceza hukukunda bu istisnai durum, “*kastın aşılması*”⁴⁶², “*kastı aşan suçlar*”⁴⁶³, “*kastı aşan neticeler*”⁴⁶⁴ veya “*neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç*”⁴⁶⁵ şeklinde farklı isimler altında incelenmektedir.

İzah edilmesi gereken husus şudur; basit müessir fiil gerçekleştirilmek istenirken, kişide uzuv zaafına/tatiline sebebiyet verilmiş olabilir; kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir vs. Müessir fiil ika edilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin gerçekleşebileceği ihtimali göz önünde bulundurulur. Örneğin gözün, kulağın üzerine sert bir yumruk havale eden kişi, bu yumruk sonucunda mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceğini ihtimal dahilinde öngörmektedir. Yine, çeneye sert bir yumruk havale edilmesi durumunda, çenenin veya birkaç dişin kırılabileceği tasavvur edilmektedir. Zira, bu gibi durumlarda gerçekleşen ağır netice bakımından failin olası kastla hareket ettiği ileri sürülebilir.⁴⁶⁶

Bu ihtimal, bilhassa iştirak ilişkisinde sınırın aşılması bakımından önemlidir. Bütün suç şeriklerinin (müşterek fail, azmettiren, yardımda bulunan) gerçekleşen ağır neticenin meydana gelmesini muhtemel olarak telâkki etmeleri durumunda; olası kastın mevcudiyetiyle, ortada kasten işlenen bir suç mevzubahis olacaktır ve dolayısıyla, meydana gelen ağır netice bakımından da bu suç ortaklarının mesuliyet şeklini iştirak kurallarına göre tayin etmek gerekecektir.⁴⁶⁷

aykırıdır.” Yargıtay 1. CD, 31.07.2008, 7090/635 aynı mealde başka bir karar, 1. CD, 05.07.2006, 902/2966 (zikreden, Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 182, dn. 401.)

⁴⁶² Arap ceza hukuku literatüründe kastın çeşitleri incelenirken, basit kast ve aşılmış kast olarak bir ayrıma gidilmektedir. Bkz. BİLAL, 2004-2005, S. 682 vd. Kastın aşılması kavramının Türk ceza hukuku literatüründe de kullanıldığı mülahaza edilmektedir. Bkz. Erem ve diğerleri, **a.g.e.**, S.454; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 497.

⁴⁶³ Celal Servet, **Nazariyet El-cerime El-muteadiyet El-kast fi El-kanun El-mısırı ve El-mukarın** (Mısır ve Mukayeseli Hukukunda Kastı Aşan Suçun Teorisi), El-eskenderiye, 1965, S. 400; El-hedisi, **a.g.e.**, S. 294.

⁴⁶⁴ Bu kavram daha çok Ürdün ceza hukuku doktrininde kullanılmaktadır. Bkz. El-helebi, **a.g.e.**, S. 208.

⁴⁶⁵ Bu kavram günümüz Türk ceza hukuku literatüründe genel olarak kabul edilmiştir. bkz. Hakeri, **a.g.e.**, S. 286 vd; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 471; Zafer, **a.g.e.**, S. 303.

⁴⁶⁶ Özgenç, **Kombinasyon**, S. 360.

⁴⁶⁷ İzzet Özgenç, “*Kavga Suçu (TCK. m. 464) Üzerine Düşünceler*”, **Yargıtay Dergisi**, cilt 19, sayı 4, 1993, S. 492.

Müessir fiil ikâ neticesinde failin tasavvur etmediği ağır bir sonuç gerçekleşmiş olabilir. Sözgelimi, canının biraz yanması maksadıyla mağdurun karın boşluğuna bir yumruk atılması durumunda mağdur inhibisyon sonucu ölmüş olabilir. Bu ihtimalde fail, basit fiili icra ederken, sonuçta mağdurun ölebileceğini öngörmemiştir. “*Netice sebebiyle ağırlaşmış*” veya “*kastın aşılması suretiyle işlenmiş suçlar*” olarak vasıflandırılan bu hale müteallik düzenlemeler, ceza kanunlarına bir kusursuz sorumluluk şekli olarak dâhil olmuştur. Kusursuz sorumluluk şekli olarak, ortaya çıkan ağır neticeden sorumluluk hali, Kilise Hukukuna dayanır. Kilise Hukukundaki “*versari in re illicita*” kuralına göre, Hukuka aykırı bir fiili işleyen, bunun bütün sonuçlarına katlanmış olacaktır. Söz konusu durumun ceza kanunlarındaki tipik örneğini, müessir fiil sonucu mağdurun ölmesi durumu (ICK m. 410, TCK m. 87/4) oluşturmaktadır. Buna göre, bir kasten müessir fiilin işlenmesiyle kastedilenden daha ağır bir sonuç olarak mağdurun ölmesi durumunda, kanunlar müessir fiilin cezasından daha ağır bir cezanın uygulanmasını kabul etmektedirler. Fakat, Kilise Hukukundaki “*versari*” kuralı uyarınca, kanunlar, gerçekleşen ağır netice bakımından failin kusurlu olup olmadığının araştırılmasına gerek duymamışlardır. Mesuliyet alanında bu suretle ortaya çıkan aşırı genişliğin, “*uygun illiyet teorisi*”yle sınırlandırılması cihetine gidilmiştir.⁴⁶⁸

Ancak bu düzenlemeler, hukukun üniversal prensiplerinden kusursuz ceza olmaz (*nulla poena sine culpa*) kuralı gereğince, eleştirilmiştir. Zira Irak Ceza Kanunun, bu hususa ilişkin düzenlemeleri kusursuz sorumluluğa elverişlidir.⁴⁶⁹ Ancak kanımızca, mevzubahis prensipten hareketle, kastla işlenen müessir fiil neticesinde gerçekleşen ölüm neticesinin en azından taksirden dolayı kusura dayanması halinde cezaî sorumluluk cihetine gidilebilir. Dolayısıyla, gerçekleşen ağır netice bakımından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, mevzubahis neticeye müteallik olarak en azından taksirle hareket edilmesi gerekmektedir.⁴⁷⁰

Kast-taksir kombinasyonunun söz konusu olduğu bu durumlarda, iki kademe bulunmaktadır. Birinci kademeyi, kasten işlenen temel suç; ikinci kademeyi ise, taksirle neden olunan ağır netice teşkil etmektedir. Bu durumlarda, kastı temel suçun işlenişi, kural olarak, meydana gelen ağır netice bakımından objektif özen yükümlülüğünün ihlâli mahiyeti arz etmektedir.

⁴⁶⁸ Özgenç, **Kombinasyon**, S. 361. Ayrıca bkz. Özbek ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 500.

⁴⁶⁹ ICK’da, ölüme varılmış dövme m. 410, kasten taşıma araçları tehlikeye sokma sonucunda bir insanın ölmesi m. 354/1, ölümlü sonuçlanan kasten yakma (yangın çıkartma) m. 343, ölümlü veya uzuv tatiline neden olan iza (acı) m. 412 ve kasten bir kadının çocuk düşürmesinin ölümlü sonuçlanması, durumlar bu anlayışın örneği olarak gösterilebilir.

⁴⁷⁰ Aynı mealde bkz. Özgenç, **Kavga Suçu**, S. 492; Elhedisi, **a.g.e.**, S. 294. aksi görüş; Bilal, **a.g.e.**, S. 683.

Fakat, yine de gerçekleşen ağır neticenin öngörülmesinin mümkün olup olmaması araştırılacaktır. Kasten işlenen temel suçun kendisi ortaya çıkan ağır netice bakımından mücerret bir tehlike suçu mahiyeti arz ettiği için, bu ağır netice bakımından yalnızca istisna hallerde objektif özen yükümlülüğünün ihlâl edilmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu açıdan, şayet somut olayın koşulları itibarıyla söz konusu ağır neticenin meydana gelmesi mümkün görünmemekteyse, bu durumda objektif özen yükümlülüğünün ihlâlinden söz edilemeyecektir. Demek ki; söz konusu suçlarda taksir, kural olarak, ortaya çıkan ağır neticenin öngörülmesinin mümkün olup olmadığı noktasına münhasır kılınmaktadır. Zira, taksirli suçun diğer unsurları, kasten işlenen temel suçun içinde mündemiçtir.⁴⁷¹

Türk Ceza Kanunu da 23. maddesinde yer verdiği “*bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir*” düzenleme ile bu görüşü kabul etmiştir. Böylece TCK’da artık ağır netice bakımından objektif sorumluluk şekli terk edilmiş ve sübjektif sorumluluk şekli benimsenmiştir.

Irak Ceza Kanununda ise genel hükümleri çerçevesinde böyle bir düzenlemeye yer verilmediği için objektif sorumluluğa elverişli durumlar mevcuttur. Dolayısıyla kanımızca İCK’da da TCK’ya benzer bir hükme yer verilmesi gereklidir.

İzah edilmesi gereken husus şudur; TCK’da yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, temel suç tipine metallik olarak vuku bulacak suçlardır. Yani, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşması için temel suç tipinin mevcudiyeti gereklidir. Bu itibarla, doğrudan doğruya neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin tatbik edilmesine imkân yoktur.⁴⁷²

TCK’nın 23. maddesinde “kastedilenden” ibaresinin zikredilmesi, temel suç tipinin taksirle de işlenip işlenemeyeceği konusunda Türk ceza hukuku literatüründe tartışmaya neden olmuştur. Bir görüşe⁴⁷³ göre, 23. maddesinde yer alan hüküm her ne kadar, temel suç tipinin mutlaka kastla işlenen bir suç olması gerektiği şeklinde anlaşılmaya uygun ise de bu ibarenin kastın aşılması durumunu ifade etmek için kullanıldığı, hükmün bir fiilin başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi şeklinde anlaşılması daha isabetlidir. Nitekim 23. maddede

⁴⁷¹ Özgenç, **Kavga Suçu**, S. 492.

⁴⁷² Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 475.

⁴⁷³ Bu görüşe göre **taksir-taksir kombinasyonu** mümkündür. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 245 vd.

bulunan düzenlemenin, temel suçun kasıtlı bir suç olmasını gerektirdiği kabul edilse dahi temel suç tipinin taksirli olarak düzenlendiği suçlarda *nulla poena sine culpa* kuralı gereğince, yine meydana gelen ağır veya başka netice açısından en azından taksirle hareket edilmiş olma şartı aranacaktır.

Bizim de isabetli gördüğümüz diğer görüşe göre ise, temel suç tipi mutlaka doğrudan kast veya olası kastla işlenmiş olmalıdır. Örneğin, TCK m.171'e göre taksirle sel veya taşkına sebebiyet veren kişi “*fiilin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması*” durumunda cezalandırılmaktadır. Bu itibarla böyle bir tehlike oluşmamışsa fail cezalandırılmayacağı için ağırlaşmış bir netice de söz konusu olamaz. Bu halde netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda temel suç tipi yalnızca kasten işlenebilen bir suç olabilir. Nitekim, TCK 23. maddesinde de “*bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticesinin oluşumuna sebebiyet*” verilmesinden bahsedilmektedir. Bu itibarla TCK 23. maddesi yalnızca *kast-taksir* veya *kast-kast* kombinasyonuna olanak vermektedir. Taksir-taksir kombinasyonu ise 23. maddesi açısından mümkün değildir.⁴⁷⁴

Dikkat edilmesi gereken husus, bu maddede öngörülen düzenleme genel hüküm niteliğindedir. Kanunun özel hükümleri kısmında muayyen suç tipleri açısından istisnai düzenlemelere yer verilmesi olanaklıdır. Bu bakımdan TCK'nın 89. maddesindeki hüküm, 23. madde anlamında olmamakla beraber, istisnai düzenleme sebebiyle yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak mütalaa edilecektir.⁴⁷⁵ Bu bakımdan, taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri açısından da failin taksirle hareket etmiş olması gerekecektir.⁴⁷⁶

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşabilmesi için temel suç tipi ile ağır veya başka netice aynı mağdur üzerinde gerçekleşmiş olmalıdır. Ağır neticenin başka bir kişi üzerinde vuku bulması durumunda sapmaya müteallik kurallar tatbik edilecektir.⁴⁷⁷ Fakat, mağdurun muayyen kişi veya kişiler olmadığı suçlarda, başka bir deyişle topluma karşı işlenen suçlarda

⁴⁷⁴ Özbek ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 500; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 409; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 475-476.

⁴⁷⁵ Akbulut, **a.g.e.**, S. 446.

⁴⁷⁶ Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 476.

⁴⁷⁷ Veli Özer Özbek, “*Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*”, **CHD**, sayı 4, Ankara, 2007, S. 228.

bu belirleme önemli değildir. Nitekim bu suçlarda toplumu oluşturan herkes mağdur niteliğindedir.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ Akbulut, **a.g.e.**, S. 446; Aartuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 476; Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Koray DOĞAN, “*Neticesi Sebebiyle Ağırlandırılmış Suç*”, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010.

4. TAKSİR TEORİSİ

4.1. Taksir (Culpa) Kavramı, Tanımı ve Taksirin Yapısı ve Suç Sistematiği İçindeki Pozisyonu (Yeri)

4.1.1 Taksir (Culpa) Kavramı ve Tanımı

Arap ceza hukuku literatüründe *taksir* değil, *hata* ibaresi kullanılmaktadır. Arapçada *hata*, doğrunun aksi, yani bir şeyi isterken başka bir şeyi yapmak veya doğru olmayanı yapmak, kasıtsız bir şekilde (bigayrı amd) suç, günah işlemek (Unintentional guilt), anlamlarına gelmektedir. Keza, *hata*, kasıtlı (amdi) olmayanı ifade edip kasıtlının (amd'ın) aksidir. Yani, kasıtsız bir şekilde bir günah (suç) işleyene *hata* yaptı denir.⁴⁷⁹ Böylece, bir insanın gerçekleştirmeyi kastetmediği, istemediği halde meydana gelmiş bir şeye hatayla gerçekleştirilmiş denir.⁴⁸⁰ Meselâ, failin kast olmaksızın (bigayrı amd) bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermesi (katletmesi) halinde, katıl el-*hata* (*hataen öldürme*) olarak vasıflandırılır.⁴⁸¹ Hemen belirtelim ki, Türk ceza kanununda kullanılan “*taksir*” kavramına denk gelen *hata* ibaresi, aşağıda taksirin tarihi gelişimi bahsinde açıklayacağımız gibi, İslam Ceza Kanununda da kullanılmaktadır. Zira, Türk doktrininde kullanılan *taksir* kavramı, Arapça asıllı “*kessere*”⁴⁸² kelimesinden türetilmiş olup, “*taksir*”⁴⁸³ bir işi düzenli yapmaya çalışmamak, ihtimam vermemek, anlamına gelmektedir.

Belirtmek isteriz ki, hem Arapça dilinde hem de Arap ceza hukuku doktrininde *taksir*, tam olarak *hata* (culpa) kavramını karşılamamakta olup *hatanın* bir şekli (sureti) olarak kabul edilmektedir. Keza İslam ceza hukukunda da *taksir* değil *hata* ibaresi kullanılmaktadır. Kanımızca da TCK’da *taksir* ile adlandırılan kuruma, *taksir* kavramı yerine *hata* ibaresinin kullanılması daha yerindedir. Ancak, TCK metninde ve günümüz Türk doktrininde artık *hata* ibaresi yanlış anlamına kullanılmaktadır. Buna ilaveten, İslam ve Arap ceza hukuklarında

⁴⁷⁹ Muhammed bin Celal El-din Bin Manzur, **Lisan El-Arap**, 3. Baskı, cilt 2, Dar Sadir, Beyrut, 1993, S. 1193.

⁴⁸⁰ El-imam Ali bin Muhammed bin Ali El-cercani, **El-tarifât** (Tanımlar), Dar El-reyan Lilturath, S. 72; Reham Mohammed Saeed Nasr, “*El-rukn El-ma’navi fi El-carayim Gayr El-amdiye ‘El-hata Gayr El-amdi’*” (*kasıtlı olmayan suçlarda manevi unsuru ‘kasıtlı olmayan kusur’*), YLT, Al Neelain Üniversitesi, Sudan, 2017, S. 45.

⁴⁸¹ <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AE%D8%B7%D8%A3/>, Erişim tarihi: 18.06.2020, ayrıca, hataya düşmek, yanlış anlamına da gelmektedir.

⁴⁸² Türk eserlerinde *taksir* “*kusur*” kelimesine dayandırılmaktadır. Halbuki kusur da *taksir* gibi “*kessere*” kelimesinden türetilmiş olup *taksir*in aslı kusur değil *kessere* olmaktadır.

⁴⁸³ “*التَّكْسِيرُ فِي الْأَمْرِ: التَّوَانِي فِيهِ*” Bin Manzur, cilt 5, S. 98; **Mecme’ El-lügat El-Arabiye, Mue’cem El-wesit**, Dar El-de’we, cilt 2, S. 738; <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A3/> Erişim tarihi: 18.06.2020.

hata ile ifade edilen kuruma taksir ibaresinin kullanılması artık bir gelenek haline gelmiştir. Bu nedenle, tezimizde *hata* yerine *taksir* kavramı kullanılacaktır.

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğüne göre taksir “kısaltma, kısma, kusurda bulunma” anlamları içermektedir.⁴⁸⁴ Keza, *taksir* kavramı, Türk doktrininde ve tatbikatta kabul görmüş ve TCK'nın 22. maddesinde; bilinçsiz (öngörüsüz, basit, adi, şuarsuz,) taksir “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi*” (m 22/2.) olarak, bilinçli (öngörülü, şuurlu) taksir ise “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır*” (m 22/3.) şeklinde izah edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki; hem Türk doktrininde⁴⁸⁵ hem de TCK 22. maddesinde taksir kavramına ilişkin izahlarda yalnızca netice dikkate alınmaktadır. Keza, Arap doktrininde olduğu gibi⁴⁸⁶, ICK 35. maddesinde de taksirin tanımı yapılmamakla birlikte, taksir türlerinden bahsedilirken yalnızca, netice göz önünde bulundurulmaktadır. Ancak, bu anlayış, taksir bakımından kâfi değildir. Suçun kanunî tanımında yer alan bütün maddi unsurların taksir kavramı kapsamında mütalâa edilmesi mümkündür. Meselâ, taksirle öldürme suçunda, failin, gerçekleşen ölüm neticesi bakımından taksirle hareket etmesi mümkün olduğu gibi, öldürülen canlının insan olması hakkında da taksirle hareket etmesi mümkündür.⁴⁸⁷

Taksir, bir iradi hareketin varlığı ve kanunî tarifte yer alan unsurlardan birinin *öngörülmemiş olması* şeklinde ortaya çıkacağı⁴⁸⁸ için, neticenin yanında suçun kanunî tanımında yer alan diğer maddi unsurları da taksirle irtibatlandırmak (ilişkilendirmek) lazımdır. Bu bağlamda kanunî tanımda yer alan bütün maddi unsurları zikretmek yerinde, modern anlayışa uygun

⁴⁸⁴ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=TAKS%C4%B0R> Erişim tarihi: 18.06.2020

⁴⁸⁵ Bahar Demirci, “*Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk*”, YLT, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011; Çağrı Kan Aydın, “*Taksirle Yaralama Suçu*”, YLT, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, S. 84 vd.; Ceng.z Apaydın, “*Taksirle Yaralama Suçu*”, **ABD**, Sayı 1, 2011, S. 72 vd.

⁴⁸⁶ Abdişweiş, **Hata(taksir) Teorisi**, S. 59 vd.; Nasır, **a.g.e.**, S. 45 vd.; Adel Yousif El-şukri, Maytham Hussein El-şafi’i, “*El-iticahat El-hadise fi Tarîf El-hata gayr El-amdi (Taksirin Tanımında Yeni Yaklaşımlar)*”, **El-kufe Kanun ve Siyaset Bilimleri Derneği**, sayı 2, 2009, S. 92 vd.

⁴⁸⁷ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 268; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 189; Aynı görüşte, Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 23.

⁴⁸⁸ Adem Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, S. 23, <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf> Erişim tarihi: 18.06.2020.

olarak “*kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşmesini*” veya “*kanunda tarif edilen fiil modeline uygun bir hadisenin gerçekleşmesini*” taksirin bağlantı noktası olarak tayin edilmesi isabetli olurdu.⁴⁸⁹

Kanımızca, taksirin temel şeklini oluşturan *öngörüsüz (bilinçsiz) taksir*, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı iradi bir davranış nedeniyle, taksirli suçun kanunî tarifinde yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olması, taksirin istisnai şeklini teşkil eden *öngörülü (bilinçli) taksir* ise, failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlediği fiil sonucunda gerçekleşebilecek neticeyi öngörmesi ve neticenin gerçekleşmesini önlemek (engellemek) için çaba harcamasına rağmen neticenin meydana gelmesi halinde söz konusu olacaktır. Belirtmek istediğimiz nokta şudur; taksirin temel şekli olan *öngörüsüz (bilinçsiz) taksir*, suçun bütün unsurları açısından düşünülebilir ise de, mahiyeti gereğinden, taksirin istisnai şeklini ifade eden *öngörülü (bilinçli) taksir*, ancak neticeye ilişkin düşünülebilir. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi, istemenin öngörmeden (bilme) farklı olarak ortaya çıkabilmesi sadece suçun maddi unsurlarının alt unsuru neticeye ilişkin düşünülebilir. Başka bir anlatımla, netice dışında kalan suçun diğer maddi unsurları bakımından bir *öngörme* bulunursa ve fail buna rağmen fiilini işlemişse, taksirin değil, *öngörmenin* niteliğine göre kast kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira, netice dışında kalan diğer unsurların failce öngörülmüş olduğu fakat istenmemiş olduğu iddia edilemez. Meselâ, taksirle öldürme suçunda, failin, meydana gelen ölüm neticesi bakımından *öngörülü (bilinçli) taksirle* hareket etmesi mümkündür. Fakat öldürülen canlının insan olması hakkında *bilinçli taksirle* hareket etmesi mümkün değildir.

Dolayısıyla hem Irak hem de Türk Ceza Kanunu metnindeki tanımda “*bilinçsiz taksir*” veya “*öngörüsüz taksir*” ibareleri zikredilmemiş olup; kanun koyucular *bilinçsiz/öngörüsüz taksiri* yalnızca “*hata/taksir*” ifadesiyle düzenlemiştir. Fakat doktrinde, özellikle *bilinçli (öngörülü) taksirle* işlenen suçlarla karışmaması açısından, taksirin bu türüne (*bilinçsiz, öngörüsüz, basit, adi, şuursuz*) taksir adı verildiği telaki edilmektedir. Bu bağlamda *bilinçli taksir* Türk Ceza Kanunu metninde (ICK’nda *bilinçli taksirle* ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır) bilhassa ifade edildiğinden, doktrindeki bazı müellifler *bilinçsiz taksiri* yalnızca “*taksir*” başlığı altında incelemektedirler. Biz de çalışmamız kapsamında taksir şekillerini izah ederken, Arap ve Türk doktrininde “*bilinçsiz, öngörüsüz, basit, şuursuz taksir*” olarak da adlandırılan

⁴⁸⁹ Koca/Üzülmez, a.g.e., S. 189; Özgenç, Gazi Şerhi, S. 317.

kavramı sadece taksir olarak isimlendirmeyi uygun görmekle birlikte; tezimizin bazı yerlerinde sınırlı olarak bilinçli/öngörülü taksirle beraber incelenen kısımlarda bilinçsiz taksir ibaresini kullanmış bulunmaktayız.

4.1.2. Taksirin Yapısı ve Suç Sistematiği İçindeki Pozisyonu (Yeri)

Daha önce de izah edildiği gibi, kanımızca taksir de kast gibi, haksızlığın bir gerçekleştiriliş şeklini oluşturmaktadır ve haksızlığın iki işleniş şekli mevcuttur. Bu işleniş şekilleri de kast ve taksirden ibarettir. Kasten ve taksirle gerçekleştirilen suçlar, farklı yapıda olmalarına rağmen, aynı davranış normunu ihlal etmeleri bakımından benzerlik taşıdıkları ifade edilebilir. Bu normlar, hukuk toplumunun varlığı ve devamı açısından vazgeçilmez nitelikteki hukuki değerlerin muhafaza edilmesi amacını güderler. Kasten ve taksirle gerçekleştirilen fiiller aynı normun insan davranışı tarafından ihlalini teşkil ettiği için davranış kavramı, kasten ve taksirle gerçekleştirilen suçlarda aynı anlama gelmektedir.⁴⁹⁰ Taksirle gerçekleştirilen fiillerde dış dünyada tezahür eden iradi insan davranışı olmaktadır. Fakat, insandan kaynaklanan her davranış, fiil özelliğine haiz değildir. İnsan davranışına fiil özelliğini kazandıran, bunun bir irade ürünü olması ve muayyen bir amaca yönelik olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır. Yani, insan davranışın muayyen bir amaca matuf olarak gerçekleşmesi, ona fiil niteliğini kazandırır.⁴⁹¹ Taksirli suçlarda da tipiklik değerlendirmesine konu olabilecek davranışın da bu vasfı taşıması lazımdır.⁴⁹²

Fakat, kasten işlenen fiiller, taksirle gerçekleştirilen fiillerden mahiyeti itibariyle farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, kasten işlenen (icrai) fiiller belli bir amaca yönelik olmaları (gaî, final hareket) sebebiyle tamamen ontik bir mahiyet arz ederken, taksirle işlenen (icrai) fiillerin sırf ontik mahiyeti itibariyle ceza hukukunun konusunu oluşturmayıp, bunun yanında taksirli davranışın objektif özen yükümlülüğüne aykırı olması da gerekli, yani, taksirli haksızlıklarda, ontik vakıanın yanında, mutlaka bir değerlendirme unsuruna (objektif özen yükümlülüğüne, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık) ihtiyaç vardır.⁴⁹³

⁴⁹⁰ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 192.

⁴⁹¹ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 180; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 192.

⁴⁹² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 192.

⁴⁹³ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 183; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 192; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 361.

Taksirle işlenen davranışın haksızlık unsuru, *objektif özen yükümlülüğünün* (dikkat ve özen yükümlülüğünün) ihlâli, olarak ifade edilmektedir. Taksirle gerçekleştirilen fiilin *haksızlık* özelliği, muhafaza edilen hukuki değere müteallik objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olmasında tezahür etmektedir. Bu sebeptendir ki; burada ihlâl edilen objektif özen yükümlülüğünün mutlaka muayyen bir hukuki değere ilişkin olması lazım. Belli bir hukuki değerden mücerret, soyut bir özen yükümlülüğünün mevcudiyetinden söz edilemez. Taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu teşkil eden dikkat ve özen yükümlülüğünün tayininde, failin şahsi kabiliyetleri, yetenekleri dikkate alınmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Dikkat ve özen yükümlülüğü, belli kişiden soyut, *gereklilik yargısını* arz etmektedir.⁴⁹⁴ Belli hukuki değerleri himaye etmeye yönelik davranış normları, aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını da teşkil etmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne müteallik kurallar, pozitif hukuk metinlerine yansımış yükümlülükler olarak tezahür etmektedirler. Mevzuyu ceza hukuku sorumluluğu ile sınırlı olarak incelemek gereğinden hareketle, insan hayatını ve vücut bütünlüğünü korumaya matuf davranış normları, aynı anda kişiler açısından bu hukuki değerlere yönelik dikkat ve özen yükümlülüğünü ifade ettiği söylenebilir. Meselâ, taksirle ölüme neden olma suçunda (TCK m. 85, İCK m. 411) insanın hayatına matuf dikkat ve özen yükümlülüğünün pozitif hukuk metinlerdeki dayanağını oluşturmaktadır.⁴⁹⁵

Taksirli haksızlıklarda, dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığına rağmen, gereken dikkat ve özeni göstermeyerek, lüzumlu tedbirleri almayarak zararlı neticeye sebebiyet veren kişi, neticeyi istemediği halde sorumlu sayılmaktadır. Fail, hukuk düzeninin kişiye tahmil ettiği özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için, hukukun önemseydiği bir netice de gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, taksirli fiiller hem ontik bir niteliğe haizdirler hem de bir değerlendirme unsurunu içermektedirler. Biz de, taksirli hareket her ne kadar normatif bir değerlendirmeyi gerektirmekte ise de taksirli hareketin aynı zamanda ontik niteliği, onun yalnızca bir haksızlığın unsuru olarak kabulünü gerektirdiği kanaatindeyiz.⁴⁹⁶ Düşüncemize göre, taksir haksızlık oluşturan fiilin bir işleniş şeklidir. Yani, suç oluşturan haksızlığın kasıtlı ve taksirli olmak üzere iki gerçekleştiriliş şekli mevcuttur.

⁴⁹⁴ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 269-270; aynı yönde, Sözüer, **a.g.e.**, S. 23; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 192.

⁴⁹⁵ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 270.

⁴⁹⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 193. Aynı yönde, yani taksiri bir haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak kabul edenler için bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 266-267; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 435.

Doktrinde taksirin ceza hukukundaki pozisyonu hakkında farklı görüşler ileri sürülmektedir. Taksir farklı müellifler tarafından; kusurluluk, kusur, manevi unsur veya suçun özel görünüş şekli⁴⁹⁷ başlıkları altında mütalaa edilmektedir. Taksirin suç sistematığı içindeki pozisyonu, yeri hususunda ortaya atılan görüşleri şöyle özetleyebiliriz;

Klasik suç teorisine mensup olan, Türk ve Arap öğretisinde de hâkim olan birinci görüşe göre taksir, kastla birlikte bir *kusur şekli* veya *kusur türü* olarak mütalaa edilmelidir.⁴⁹⁸ Yargıtay'ın da genel olarak, kast ile taksirin de kusurun bir türü olarak nitelendirilmesi gerektiğine dair kararları vardır.⁴⁹⁹

Arap doktrinde taraftar bulunmamakla birlikte, bizim de katıldığımız, modern ceza hukukunda olduğu gibi, Türk Ceza Hukuku literatüründe de savunulan ikinci bir görüş ise, taksir ve kastı birer kusur şekilleri değil; haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekli veya haksızlığın unsuru olarak telakki etmektedir. Kusurun ise işlediği haksızlık dolayısıyla fail hakkında yapılan bir kınama yargısı olarak tanımlamak suretiyle kast ve taksirin (haksızlığın) aynı zamanda kusur yargısının zeminini oluşturduğunu ileri sürmektedirler.⁵⁰⁰ Yargıtay'ın da bir kararında, taksiri bir “haksızlık biçimi” olarak kabul ettiği mülahaza edilmektedir.⁵⁰¹

Alman doktrinde oldukça yaygın olan ve Türk doktrinde de yeni taraftar bulunan üçüncü bir düşünce ise, kast gibi taksirin de haksızlık ve kusur alanında çifte fonksiyona sahip olduğunu savunmaktadır. Bu düşünceye göre, taksirli suçlar açısından, taksirin haksızlığın

⁴⁹⁷ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 28-29.

⁴⁹⁸ Sözelimi suçun manevi unsuru ile kusur kavramı aynı kavram olarak mütalaa eden ve dolayısıyla kastla birlikte hatayı kusurun içinde ele alan yazarlar; Demirci, **a.g.e.**, S. 45; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 444; İçel, Genel Hükümler, S. 411; Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 117; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 347; Toruslu/Toruslu, **a.g.e.**, S. 197; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 429; Apaydın, **a.g.e.**, S. 25; Dülger, **a.g.e.**, S. 66; Çiftcioğlu, **a.g.e.**, S. 319. Arap doktrinde de, taksirin, kastla birlikte bir kusur şekli veya türü olarak mütalaa edilmesine dair bir fikir birliği vardır. Örneğin; El-hedisi, **a.g.e.**, S.274; Elseedi, **a.g.e.**, cilt 1, S. 230; Husni, **Kast Teorisi**, S. 1; Ubeid, **a.g.e.**, S. 10; Mursi/ El-seyyit, **a.g.e.**, S. 364; Surur, **a.g.e.**, S. 524.

⁴⁹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.10.2004 tarih, 2004/1-163 Esas ve 2004/194 Karar sayılı kararında kusur (kusurluluk), kast ve taksir kavramları hususundaki görüşünü; “Çağdaş Ceza Hukuku'nda cezalandırılan eylemler yalnızca iradi eylemler olduğu, *Manevi unsur* olarak isimlendirilen suçun iradiliği ise, suçun unsurlarından birini oluşturduğu.... Kusurun (Kusurluluğun) temel şekli *sübjektif sorumluluk* olduğu, Sübjektif sorumluluk ise, kasttan doğan sübjektif sorumluluk ile taksirden doğan sübjektif sorumluluk olmak üzere başlıca iki kategoriye ayrıldığı; bu ikisine "kabahatlerde kusurluluk" denilen bir üçüncüsünün eklenmesi de mümkün olduğu”, şeklinde izah etmiştir. (Zikreden Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 30-31.) ayrıca taksirin kusur şekli olduğuna dair kararlar için ayrıca bkz. CGK, 12.10.2014. 1-163/194 (zikreden, İçel, Genel Hükümler, S. 411); CGK, 23.12.1985, 173/660 (zikreden, Özgenç, **Genel Hükümler 2018**, S. 237, dn. 255).

⁵⁰⁰ Kusur ile manevi unsuru farklı olarak ve dolayısıyla kastla taksiri, haksızlığın işleniş şekli olarak nitelendiren yazarlar, Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 242 vd, 266-267; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 152 ve 190 vd; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 324, 435; Sözüer, **a.g.e.**, S. 9.

⁵⁰¹ “*Aynen kast gibi, taksir de bir haksızlık biçimidir.*” Bkz. YCGK, 05.10.2010, 2010/1-132 E., 2010/183 K. (zikreden Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 29.)

sübjektif unsurları kapsamında mütalaa edilmesi onun kusur alanındaki tüm fonksiyonunun ortadan kalkmış olduğu anlamına gelmemektedir. Bu anlayışa göre taksir cezalandırılabilir eylemin hem haksızlık hem de kusur alanında bağımsız bir yapı ifade eden özel bir şekilden ibarettir.⁵⁰² Özellikle son dönemde önem kazanan, taksirin çifte fonksiyonu öğretisine göre, taksirin sübjektif (psikolojik, manevi) unsur başlığı altında mütalaa edilmekten ziyade, arz ettiği kompleks yapı nedeniyle suçun özel bir görünüş şekli olarak telakki edilmesi gerekmektedir.⁵⁰³ Çifte fonksiyona dayalı kusur teorisini benimseyen müelliflere göre, taksir çifte bir ölçütü belirlenecektir. İlk olarak muayyen bir tehlike halinde gerçekleşmesi istenmeyen hukukî değer ihlalinin kaçınmak açısından hangi davranışın gerekli olduğu (objektif özen yükümlülüğü) belirlenmelidir. Bu, taksirli hareketin ne olduğunun somutlaştırılmasına hizmet ettiği için haksızlık alanına girecektir. İkinci aşamada ise tespit edilerek somutlaştırılmış olunan hareketin meydana getirilmesinin failden, kendi şahsi özellikleri ve yetenekleri (kabiliyetleri) ölçüsünde istenip istenemeyeceği tespit edilecektir. Belirtelim ki, kast kavramının aksine taksir kavramının çifte fonksiyonunun olduğu günümüzde hâkim olarak kabul edilen bir yaklaşımdır. Öyle ki, kastın çifte fonksiyonuna karşı çıkan bazı yazarlar dahi taksirin çifte fonksiyona sahip olduğu fikrini benimsemektedirler.⁵⁰⁴

4.2. Taksirden Doğan Cezai Sorumluluğun Tarihsel Gelişimi

Taksirli davranışla gerçekleştirilen fiillerin suç addedip addedilemeyeceği ve bu fiiller nedeniyle fertlerin ceza sorumluluklarının tayin edilmesi meselesi, çok eski devirlerden beri tartışılan bir husus olup yeni tezahür eden bir fikir değildir.⁵⁰⁵ Ancak, kaza veya kasıtsız, gayri iradi ve hata neticesi olan eylemler olarak nitelendirilen bu gibi suçlara uzun zaman boyunca, muayyen bir ceza öngörülmemiş ve bugünkü gibi oldukça kesin tarifler getiren ve belirli cezaları ihtiva eden kapsamlı kurallar ortaya konulamamıştır.⁵⁰⁶

Taksirin tarihi gelişimi incelediğinde, suçların ve onları düzenleyen kanunların ilk tezahür ettikleri dönemlerde, taksire fazla önem atfedilmediği ve genel olarak kasıtlı suçların düzenlendiği mülahaza edilmektedir. Zira taksirle gerçekleştirilen suçlar, kastla işlenen

⁵⁰² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 191.

⁵⁰³ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 31.

⁵⁰⁴ Meraklı, **a.g.e.**, S. 193-194.

⁵⁰⁵ Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 14.

⁵⁰⁶ Demirci, **a.g.e.**, S. 56.

suçlara göre daha az miktarda olup, failin bu suçlarda gösterdiği ahlaki redaet kasti suçla mukayese edildiğinde daha düşük seviyede telakki edilmekteydi. Aradan geçen zamanla birlikte, sanayinin ve teknolojinin gelişmeye başlaması, buharlı araçların ve sonrasında arabaların icat edilmesiyle bunlara bağlı trafik kazalarında ölen ve yaralananların ciddi boyutlara ulaşması, yeni yapıların yapılmaya başlanması gibi etkenlerle, kişilerin taksirli davranışlarının yoğunluk kazanması ve bu davranışlar nedeniyle mağdur olan kişi sayısının artması sonucunda bu eylemlerin cezalandırılmasına ihtiyaç duyulması, taksirli suçların öne çıkmasına ve gelişmesine neden olmuştur. Fakat, günümüzde de taksir henüz tam anlamıyla gelişmiş bir kurum sayılmaktan uzak olup, teknolojinin ve tıbbın gelişmeye devam etmesiyle beraber taksire ilişkin yeni sorunlar ortaya çıkabilmektedir. İşte bu yeni problemlerin karmaşık, ancak zengin yapısı, kanun koyucuyu toplumu ve fertleri bu tür davranışlardan korumak adına, taksirli suçlara önem atfetmeye ve bunları tarif etmeye sevk etmiştir.⁵⁰⁷ Ceza hukukunun zuhur ettiği ilk devirlerde, taksir kavramı hiç oluşmamış ve gerçekleştirilen suçlar kast-taksir-tesadüf ayırımına tabi tutulmamıştır. Sonraki dönemlerde ise, taksirle gerçekleştirilen suçlara karşı, kasten işlenen suçlara nazaran hoşgörüyle yaklaşılmış olup, ceza miktarları genelde özel cezalar olarak önemli derecede az olarak tayin edildiği mülahaza edilmektedir.⁵⁰⁸ Fakat, taksirli suç karşısındaki bu hoşgörülü ceza politikasında ilk yön değişiklikleri sanayi döneminin ortaya çıkışıyla beraber başlamıştır. Artık modern insan, her gün ve neredeyse her an tehlikelere maruzdur; kötü inşa edilmiş bir gökdelende oturması, araba kullanırken kendini karmakarışık bir trafiğin içinde bulması veya bir hastaneye girmesi ve bunun gibi haller, bu tehlikeye örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla, artık taksirli suçların daha ciddi bir şekilde düzenlenmesi toplumsal bir gereklilik haline gelmiştir.⁵⁰⁹ Yukarıda da ifade edildiği gibi, taksir mefhumu, bugün ceza hukukunun ürünü değildir. Modern ceza hukukundan farklı nitelendirilmiş ise de taksir çok eski devirlerden beri var olan bir sorumluluk şekli idi. Ancak ilk dönemlerde taksirli suçlara sadece mali (yaralıya muayene parası ödemek gibi) cezalar verilirken, günümüz ceza hukukunda taksirli suçlara hemen hemen kasti suçlar kadar önem verilmiş ve farklı cezalara bağlanmıştır.

⁵⁰⁷ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 61.

⁵⁰⁸ Tello Delogu, “*Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*”, çev. Yüksel ERSOY, **AÜF Dergisi**, cilt 39, Sayı 1-4, 1982–1987, S. 116, (<http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?recid=2224&pdf=0002223>); Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 61.

⁵⁰⁹ Delogu, **a.g.m.**, S. 116.

Bilindiği gibi, taksirden doğan cezai sorumluluğu düzenlenmiş çok eski kanunlar mevcuttur. Bunlara örnek olarak, Eşnunna⁵¹⁰, Hammurabi⁵¹¹ ve Roma Hukuku⁵¹² gösterilebilir. Ancak tezin mahiyetine uygun bir şekilde davranmak amacıyla, her kanuna ayrıca yer vermek mümkün değildir. Tezin kapsamı dolayısıyla sadece Bağdat Ceza Kanunu ile eski Türk Ceza Kanunu'na yer verilmesi uygun görülmüştür.

4.2.1. Bağdat Ceza Kanunu'nda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk

1918 yılında yürürlüğe giren ve 1969 yılında 111 sayılı Irak Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar tatbik edilen Bağdat Ceza Kanunu'nda, taksirin tanımını açıkça yapan bir madde bulunmamakla birlikte, özel hükümler kısmında bazı maddelerde failin taksirli fiili cezalandırılmaktaydı. Bu kanunda da kast cezai sorumluluğun temel şekli olarak mütalaa edilmiş, taksir ise tanımlanmamak suretiyle yalnızca bazı suçlar açısından istisnai bir sorumluluk şekli olarak kabul edilmişti. BCK'da taksir tanımlanmış ve ayrı bir maddede düzenlenmiş değildi. Kanun'un maddelerinde doğrudan doğruya taksir kavramına yer verilmemişti ve taksirli suçları düzenleyen (132, 140, 184, 217, 218 ve 228) maddeleri değerlendirildiğinde; taksir “ihmal, dikkatsizlik, nizam, emir ve talimata veya kanunlara riayetsizlik” hallerinden biri şeklinde ortaya çıkmaktaydı. Örneğin, bekçinin/güvenlik memurun ihmali nedeniyle tutuklunun (mahbusun) kaçması (m. 132), devletin resmi evrak veya senetleri, sicilleri, mahkeme evrakları veya hükümete müteallik defterlerin muhafaza

⁵¹⁰ Taksirli suçları düzenleyen ilk kanun, Eşnunna Kanunudur. Kanunda bazı taksirli suçlar tanımlanmıştı sözelimi, vahşi (saldırgan) bir hayvan sahibi, uyarıldığına rağmen hayvanına mukayyet olmadığından (tedbir almadığından) dolayı hayvan başka bir kişiyi yaraladığı takdirde, hayvan sahibine para cezası verilirdi (m. 54 ve 57). Keza, bu kanun, yıkılabilir bir duvarının restorasyonunda ihmalde bulunan duvar sahibini, duvarın yıkılması nedeniyle yanında geçen bir yayanın yaralanması halinde, ihmalden sorumlu tutmaktaydı (m. 59). Aynı şekilde, bekçilikte (güvenlik) ihmal suçu (m. 61) da tanımlanmıştı. Bu kanunla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Fevzi Reşit, *El-şerayi El-İrak'ıye El-kadime* (Eski Irak Kanunları), Dar El-reşit Lil-neşir, Bağdat, 1979., S. 95-96; Ernst Weînder, “*Dünyanın en Eski Kanunnameleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)*”, çev. Hasan SEVİMCAN, *AÜHFD*, sayı 1, cilt 7, 1950, S. 379.

⁵¹¹ Bu kanun, taksirli suçları açık bir şekilde mütalaa edip kasti ve taksirli suçları birbirinden ayırmıştı. Ancak, taksirli suçları içeren ilk kanun, Hammurabi Kanunu değil, Eşnunna Kanunudur. Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Abdişweiş, *Hata (taksir) Teorisi*, S. 14-15; Weînder, *a.g.m.*, S. 383; Tahsin Saygılı, “*Babil Hukuku ve Hamurabi Kanunları*”, *Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi*, Sayı 2, 2015, S. 1-22.

⁵¹² Roma hukukunda taksirden doğan cezai sorumluluk üç şekilde ortaya çıkabilmekteydi: ağır taksir (culpa lata), hafif taksir (culpa levis) ve pek hafif taksir (culpa levissima). *Culpa lata*; failin herkes tarafından öngörülebilecek bir neticeyi öngörmemesi, *culpa levis*, failin ancak dikkatli ve özenli kimseler tarafından öngörülebilecek olan bir neticeyi öngörememesi, *culpa levissima* ise, failin istisnai bir dikkatle öngörülebilecek bir neticeyi öngörememesi halinde söz konusu olurdu. Nitekim bu ayırım Fransız ceza hukukunda olduğu gibi, Arap ceza hukukunda da halen bu ayırım yapılmakta ve taksirin, ağır, hafif ve pek hafif taksir olmak üzere derecelendirilmesine gidilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Hasan Tahsin Keçelgil, “*Türk Hukukunda Taksirin Esasları*”, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, S. 35; Ertuğrul Ünal, “*Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu (TCK m. 85)*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, S. 13 vd.

etmesiyle yükümlü olan görevlinin, yükümlülüğünü yerine getirmesinde ihmalde bulunması ve ihmalden dolayı evrakların çalınması veya itlaf edilmesi (m. 140), bir kişinin, kanunlara veya yükümlülüklerine aykırı, dikkatsizce veya ihmali bir davranışta bulunarak bir trenin kaza yapmasına sebebiyet vermesi (m 184), hallerinde fail taksirinden sorumlu tutulurdu. Burada belirtmemiz gereken husus şudur; ilgili maddelerde hata/taksir kavramı kullanılmamış ve hata/taksir ibaresi yalnızca kasıtlı olmayan adam öldürme suçunun ikinci türünü düzenleyen 218. maddesinde kullanılmıştı.⁵¹³

4.2.2. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk

İslam Şeriatında hata başlığıyla ele alınan taksirin günümüzdeki şekliyle Türk mevzuatına girmesi, 1858 (1274) tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu” ile gerçekleşmiştir.⁵¹⁴

9 Ağustos 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun 182. maddesinde taksirle ölüme sebebiyet verme suçu şu şekilde düzenlenmiştir; “*Bir kimse, bir şahsı hataen itilaf eder yahut bigayrı kastın telef-i nefsinde sebep olur ise verese-i maktulün hukuk-u şer’iyyesi bilmuhakeme istifa olunduktan sonra eğer bu katil keyfiyeti dikkatsizlikten ve nizamata riayetsizlikten neşet etmiş ise altı aydan iki seneye kadar haps ile mücazat olunur*”. Burada “hata” olarak ifade edilen, taksirden başka bir şey değildir. Görüldüğü gibi taksirden doğan cezai sorumluluğun, dikkat yükümlülüğüne aykırılık veya kanuna riayetsizlikten doğabileceği açıkça vurgulanmıştır. Bu hükmün, modern ceza kanunlarında yer alan taksirle ölüme sebebiyet verme suçuna ilişkin düzenlemelerle yakın olduğu söylenebilir.⁵¹⁵

Türkiye Cumhuriyeti’nin ilanından sonra, o tarihe kadar tatbik edilmiş olan 1858 (1274) tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu”nun yerine yeni bir ceza kanunu yapma ihtiyacı duyulmuştur. Ancak, tamamen yeni bir ceza kanununun oluşturulması uzun zaman gerektireceğinden dolayı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu hükümleri Türkçeye tercüme edilmiş ve bu düzenlemeler esas alınarak, "Tadili Kavanin Komisyonları" adı altında kurulan altı tane komisyon ve 1925 tarihinde çalışmaya başlayan "Eskişehir Komisyonu" tarafından

⁵¹³ Bağdat Ceza Kanunu’nda kasıtlı olmayan adam öldürme suçu ikiye ayrılmıştı, 1. Kasıtlı başka bir suçu işlemek suretiyle bir insanın ölümüne sebebiyet vermek (m. 217), bu durum adam öldürmeye bi-gayri kast neden olmak olarak nitelendirilmekteydi. 2. Failin, dikkatsizlik, nizam, emir ve talimata veya kanunlara aykırı bir davranışta bulunması suretiyle bir insanın ölümüne sebebiyet vermesi (m. 218), bu durum hataen/taksirle adam öldürme suçu olarak değerlendirilmekteydi.

⁵¹⁴ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 427.

⁵¹⁵ Ünal, **a.g.e.**, S. 31; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 428.

yürütülen çalışmalarla bir ceza kanunu tasarısı hazırlanmıştır. Adalet Komisyonu'nda geçirdiği esaslı değişiklikler sonucu, 1926 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen metin 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girerek tatbik edilmeye başlanmış ve 2005 yılında 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar uygulanmıştır.⁵¹⁶

1858 tarihli Ceza Kanunu'ndan sonra gelen ve 1.6.2005 tarihine kadar tatbik edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, taksirin tanımına yer verilmemiştir. Fakat, özel hükümler kısmında bazı maddelerde taksirli suçlar düzenlenmişti.

765 Sayılı TCK'nın 45. Maddesinde, “*Cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır. Kabahatlerde kasıt sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalden mesuldür. Failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde ceza üçte bir oranında artırılır.*” Şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, kast temel sorumluluk şekli olarak belirtilmiş, taksir ise yalnızca bazı suçlar bakımından istisnai bir sorumluluk şekli olarak kabul edilmiştir.

Kanun ayrıca, taksir kavramı yerinde farklı ifadeleri kullanarak taksirli sorumluluk hallerini de belirtilmiştir. Meselâ, 455. maddesinde taksirle ölüme sebebiyet verme suçu düzenlenmiş ve hüküm; “*Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur....*” Şeklindedir. Bu maddeyi değerlendirildiğinde; taksir, “tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte ve sanatta acemilik veya nizamata, emir ve talimata riayetsizlik” hallerinden biri şeklinde karşımıza çıkmaktadır.⁵¹⁷

⁵¹⁶ Saygılar, **a.g.e.**, S. 108.

⁵¹⁷ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 428; Saygılar, **a.g.e.**, S. 109.

4.3. Taksirin Hukuki Esasını Açıklayan Teoriler

Haksızlığın bir gerçekleştiriliş şekli olarak taksir, kasten işlenen suçlara göre istisnai bir niteliğe sahiptir. Bu sebeple yalnızca kanunda açıkça gösterilen hâllerde taksirli davranışlar cezalandırılabilir. Bununla birlikte taksirin objektif ceza sorumluluğuyla karıştırılmaması lazımdır. Bu nedenle hareket ile neticenin aynı iradeye bağlanabildiği haksızlık şekli olan kasttan başka sorumluluk türünün olamayacağı yönündeki görüş isabetli değildir.⁵¹⁸

Bu istisnai niteliği nedeniyle taksirin suç sayılması ve cezalandırılmasına ilişkin olarak muhtelif düşünürler tarafından çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.⁵¹⁹ Muhtelif düşünürler tarafından ileri sürülen düşüncelerin hepsi, temelde, taksirden doğan cezai sorumluluğu hukuki açıdan bir temele oturtma çabasının sonucudur.⁵²⁰ Aşağıda teorilerden önemli olanların bazıları kısaca incelenecektir.

4.3.1. Etkin Sebep Teorisi

Bu teoriye doktrinde, taksirde iradi etkin neden veya hukuka aykırı araçlar kullanma teorisi denildiği de görülmektedir.⁵²¹

Stoppato, Del Giudice ve Manzini tarafından savunulan bu nazariyeye göre, hukuka aykırı bir aracın kullanılması suretiyle ortaya çıkan iradi fiil ile zararlı netice arasında nedensellik bağının kurulması, taksirli fiil nedeniyle ceza sorumluluğu bakımından kafidir. Etkin sebep teorisi, “iradi etkin sebep” ve “hukuka aykırı araçlar kullanma” olmak üzere iki kavrama dayandırılarak izah edilmiştir.⁵²²

İradi etkin sebep kavramı, buna göre, insanın, hukuku ihlâl eden her iradî hareketinden sorumlu tutulması gerekir. Şu hâlde hukuka aykırı neticeyi doğrudan isteyen fail kasıtlı, neticeyi istemeyen fakat iradi davranışıyla sonuca yine de sebebiyet vermiş olan fail taksirli davranmıştır. Taksirde failin cezalandırılmasının sebebi zararlı neticeye iradi davranışıyla

⁵¹⁸ Ünal, **a.g.e.**, S. 35; Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 158. Ancak, Alacakaptan taksiri bir kusurluluk türü olarak mütalaa etmektedir.

⁵¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 354.

⁵²⁰ Demirci, **a.g.e.**, S. 73; Keçeligil, **a.g.e.**, S. 44-45.

⁵²¹ Örneğin, Dönmezer/Erman, Soyaslan ve Demirbaş'ın kitabında “Etkin sebep” teorisi “Hukuka Aykırı Araçlar Kullanma Teorisi” olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.** S. 504; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 446; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 392.

⁵²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 354; Keçeligil, **a.g.e.**, S. 46; Ünal, **a.g.e.**, S. 35.

sebebiyet vermiş olmasıdır. Ayrıca, failin zararlı neticeyi öngörebilir veya önleyebilir durumda olup olmamasının bir önemi olmadığı ileri sürülmüştür.⁵²³ Bu düşüncenin, cezai sorumluluğu nedensellik bağıyla çözmeye çalıştığı ve objektif ceza sorumluluğuna yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵²⁴

Hukuka aykırı araçlar kullanma, gayri meşru bir hareketi gerçekleştirme amacı olmayan kimsenin kullandığı araçların hukuka aykırı olmasını ifade eder. *Hukuka aykırı araç*, hukuk fikrine göre, normal olarak kabul edilemeyen araçtır. Taksirli suçlarda failin gayesinin gayri meşru olmamasına rağmen, amaca ulaşmak için kullandığı vasıtalar meşru sayılmaz. Sübjektif açıdan bir araştırmaya gerek kalmaksızın, hukuka aykırı araçlar kullanmakla iyi bir vatandaş olmadığını gösteren kişinin, söz konusu araçlarla gerçekleştirdiği zararlardan sorumlu tutulması gerekir.⁵²⁵

Bu teori, hukuka aykırı amaç ile hukuka aykırı araç kavramlarının soyut olması ve kullanılan aracın hukuka aykırılık niteliğinin tespitinde ortaya çıkacak zorluk nedeniyle eleştirilere maruz kalmıştır. Keza, etkin sebep teorisi taksiri kasttan, tesadüften ayırabilecek bir kriter getirmiş değildir. Böylece *hukuka aykırı araçlar kullanma* kavramı amaca hizmet etmeyip tatbikatta şüphe ve tereddütlere yol açmaktadır. Birçok taksirli durumlarla ve bilhassa ihmali suçlarla uyuşmamaktadır. Bu teori kabul edildiği takdirde uyanık durmak zorunda olan bir şahıs uyuya kalsa, hukuka aykırı bir araç kullanmış addedilecektir.⁵²⁶

4.3.2. Öngörebilme Teorisi

Taksirin esasını izah eden teorilerden öngörebilme teorisi, doktrinde basitliği nedeniyle en çok benimsenen (Carrara, v. Hippel, Litszt-Schmidt, Feldmann, Schönke-Schröder, Welzel, Maurach, Wegner), kendine en çok taraftar bulan, Aristo'ya kadar dayandığı ileri sürülen⁵²⁷ ve Türkiye Yargıtay'ın kararlarında sıklıkla esas aldığı yaklaşımdır⁵²⁸. Teoriye göre, zararlı

⁵²³ Toptaç, **a.g.e.**, S. 35; Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 46.

⁵²⁴ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 428.

⁵²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 354-355; Demirci, **a.g.e.**, S. 77; Saygılar, **a.g.e.**, S. 37.

⁵²⁶ Soyaslan, **a.g.e.**, S. 446-447; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 392; Toptaç, **a.g.e.**, S. 35.

⁵²⁷ Demirbaş, **a.g.e.**, 392; Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 48.

⁵²⁸ “Belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için birtakım önlemler alması ve bazı hareket kurallarına uymaları zorunludur. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, devlet müdahalesiyle de varlık kazanmış olabilirler. Ayırksı bir kusurluluk biçimi olan taksirli suç bu kuralların ihlâl edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmadığı için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradî bir hareketle neden

neticeyi istemeyen fail, gerekli dikkat ve ihtimamı göstermiş olsaydı, bu neticeyi öngörebilirdi; dolayısıyla cezalandırılmasının esasını teşkil eden neticeyi öngörmemiş olmasıdır.⁵²⁹

Bu teoriye taraftar olanlara göre, neticenin öngörülebilir olması taksiri kaza ve tesadüften ayıran ölçü ve unsurdur. Hukuk, gerek gündelik hayatta, gerek teknik etkinliklerin yapılması sırasında, hareketlerinin bütün olası neticelerini inceden inceye hesaplamasını kimseden isteyemez; aksi takdirde insan hareketsizliğe mahkûm olur: bu sebeptendir ki, ancak öngörebilme imkânının bulunduğu takdirde fail cezalandırılmalıdır.⁵³⁰ Fakat bu teori açısından öngörebilmenin konusu da tartışılmış ve tam olarak neyin öngörülmesi gerektiğine ilişkin olarak öğretide farklı fikirler ileri sürülmüştür.⁵³¹

Bazı müelliflere göre (Alimena, Lorenza, Antolisei), öngörülmesi gereken ya netice ve nedensellik veya hareket, ön şartlar, hukuka uygunluk sebepleri ve bunların hudutlarıdır.⁵³² Bunlara göre, öngörebilme, gelecekteki bir olguya ilişkin olduğundan, ancak netice ve illiyet bağı açısından söz konusu olabilir. Netice ve illiyet bağı dışında kalan hususlar, geçmişe veya şimdiki zamana ait oldukları için bunlar açısından “öngörebilmek” değil, “bilebilmek” söz konusu olabilir.⁵³³

Başka bir yazara (Santoro) göre ise öngörebilme teriminin; netice ve illiyet bağı bakımından dahi kullanılması lazımdır. Çünkü netice ve illiyet bağının öngörülebilmesi için failin, neticeyi meydana getiren etkenleri bilmesi ve tanınması gerekmektedir; dolayısıyla neticenin öngörülmesinden ziyade bilinmesi imkânından bahsetmek gerekmektedir.⁵³⁴

Bir diğer yazarlara göre ise (v. Hippel, Rittler, Mezger), öngörülebilmenin sınırını vazifeye ve hukuka aykırılık çizer. Bu yaklaşıma göre, taksirin varlığını tespit edebilmenin yolu vazifeye aykırılık hususunun sübjektif olarak değerlendirilmesi ve yapılan faaliyetin niteliğinin ehemmiyetidir. Bu bağlamda bazı meslekler (madencilik gibi) nitelikleri itibarıyla

olmaktır.” (YCGK, 11.03.2008, E. 2007/9-275, K.2008/49.) Yargıtay’ın öngörme teorisi benimsediğini gösteren çok sayıda kararları mevcuttur; sözgelimi (YCGK 14.04.2009 tarihli ve E. 2008/1–197, K. 2009/ 93 ve (YCGK, 13.12.1993 Tarihli ve E. 1992/221, K. 1993/317 sayılı karar), kararlar için bkz. Demirci, **a.g.e.**, S. 82-83.

⁵²⁹ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 48; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 445.

⁵³⁰ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 501.

⁵³¹ İçel, Genel Hükümler, S. 453.

⁵³² Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 48.

⁵³³ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 428; Ünal, **a.g.e.**, S. 37-38.

⁵³⁴ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 428; Ünal, **a.g.e.**, S. 38.

muayyen bir tehlike taşırlar ve bu işleri icra eden kişilere tahmil edilen vazife gerekli olan dikkat ve ihtimamı göstermektir; böylece bu faaliyetler sonucunda zararlı bir neticenin meydana gelmiş olması halinde taksirli sorumluluktan bahsedebilmek için vazifeye aykırılığın öngörülebilir olması gerekmektedir. Belirtelim ki, bu müellifler vazifeye aykırılığın tespitinde tatbik edilecek kriterin objektif mi sübjektif mi olması gerektiği konusunda görüş ayrılığına düşmüş olsalar da, öngörebilmenin konusu olarak vazifeye aykırılığının kabulünde müttefiklerdir.⁵³⁵

Teorinin savunucularından Carrara'ya göre taksir; bir kimsenin kendi fiilinin mümkün ve öngörülebilir neticeleri hesaplamakta iradî olarak özen göstermemesini ifade eder. Buna göre, taksirin esası şu üç unsurdan oluşur: “hareketin iradîliği, zararlı neticenin öngörülmemiş olması ve neticenin öngörülebilmesinin mümkün olması” Bu üç unsur içinde taksirin asıl temelini teşkil eden, öngörebilme imkânının mevcudiyeti olup bu imkânın, çok, orta derecede ve az olmasına göre, taksir ağır, hafif ve pek hafif olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁵³⁶

Öngörebilme teorisi, failin suçun maddi unsurlarına ilişkin öngörebilme imkânına sahip olduğunun tespitinde esas alacağı bir kıstas bulunmadığı yönünde tenkitlere maruz kalmıştır.⁵³⁷ Bu kıstasın tayin edilmesinde farklı düşünceler ortaya atılmıştır.

Kimi yazarlar (örneğin, Florian, Battaglini, Maggiore), orta zekada bir insanı⁵³⁸ kriter olarak kabul emişlerdir (objektif teori). Ancak bu durumda, failin şahsi özellikleri göz önünde bulundurulduğunda öngörmesi mümkün olmayan neticelerden, üçüncü şahısların bilgi ve tecrübesi nedeniyle sorumlu tutulması söz konusu olacaktır. Diğerleri ise (örneğin, grispini) bunu bertaraf etmek için, failin öngörmesi gereken neticelerden sorumlu olması gerektiği ileri sürülmüştür (sübjektif teori). Üçüncü bir görüş ise, adeta iki görüşü birleştirerek, failin

⁵³⁵ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 48.

⁵³⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 500; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 445; Keçeligil, **a.g.e.**, S. 48.

⁵³⁷ Demirbaş, **a.g.e.**, 393; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 445.

⁵³⁸ Bu düşünceye göre, sanığın yerinde orta düzeyde özenli davranan başka biri olsaydı, zararlı neticeyi görebilirdi denilebilirse, taksir vardır. Aksi halde, yani orta zekaya sahip bir insan da neticeyi göremezdi, diyebiliyorsak, neticenin öngörebilirliği söz konusu olamaz ve dolayısıyla taksirin varlığı da ileri sürülemez. Elseedi, **a.g.e.**, S. 267.

mensup olduğu sosyal sınıfa dâhil orta zekada bir insanın esas alınması gerektiğini savunmuştur.⁵³⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun konuya ilişkin bir kararında; “*öğretide taksirin hukuki esasına ilişkin birçok görüş bulunmasına rağmen baskın görüşün öngörebilme teorisini savunduğunu*” izah etmiş ve suçun maddi unsurlarının öngörülebilirliğinin sübjektif teorisinin taraftarlarının ileri sürdüğü şekilde, failin sosyal çevresi, mesleği, eğitim durumu, ortak tecrübe ve faile ait kişisel özellikler dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁴⁰ Öngörebilme teorisinin, taksirin esasını açıklamakta büyük bir öneme haiz olmasına karşın bilinçli taksir hallerine ve yazılı davranış kurallarına uymamadan doğan taksiri izah etmekte yetersiz kaldığı da söylenmiştir. Bu eleştirilere göre, bilinçli taksirde fail, suçun kanuni tarifinde zikredilen neticeyi istememekte fakat öngörmektedir. Yazılı kurallara aykırılık durumunda ise, failin neticeyi öngörme imkânı bir önem arz etmemektedir. Fail, yazılı kurallara riayet ederek gereken önlemi almışsa taksirli sorumluluktan söz edilmez.⁵⁴¹

4.3.3. Öngörebilme ve Önleyebilme Teorisi

Brusa, Roux, Von Liszt tarafından ileri sürülen bu teori, öngörülebilirlik ölçütünü *önlenebilirlik* ölçütü ile tamamlamaya çalışmıştır.⁵⁴² Bu anlayışa göre, taksir, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün, ceza hukukuna aykırı olan bir neticeyi, öngörmek ve önlemek için gereken özeni iradi olarak (isteyerek) göstermemektir.⁵⁴³ Bir kimse öngörülebilir zararlı neticeyi, gerçekten öngörmüş olabilir, ancak bu öngörme ânında neticeyi önleyecek kudrete

⁵³⁹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 430; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 501; Saygılar, **a.g.e.**, S. 41.

⁵⁴⁰ “Öğretide taksirin hukuki esasının izahı için, hukuka aykırı araçlar kullanma teorisi, öngörebilme teorisi, önleyebilme teorisi, yanılma teorisi şeklinde nazariyeler mevcut ise de, baskın görüş tüm eleştirilere rağmen öngörebilme teorisi yönündedir. Bilinçli taksiri izahta yetersiz olduğu ileri sürülen bu teoriye göre, taksir; bir kimsenin kendi fiilinin mümkün ve öngörülebilir sonuçlarını hesaplamakta iradi olarak özen göstermemesidir. Buradaki sorun veya zorluk öngörebilmenin kapsamı ve öngörebilmeyi tayinde benimsenmesi gereken ölçüdür. Sonucun öngörülebilirliği, failin içinde bulunduğu, sosyal çevre, mensup olduğu meslek, eğitim durumu, ortak tecrübe, failin kişisel özellikleri dikkate alınarak saptanmalıdır. Yine aynı şekilde burada öngörülebilir sonuç, fiilen meydana gelen sonuç olmayıp, failin yaptığı iradi hareketin neden olabileceği benzer sonuçlardır. Fiilen oluşan sonucun sadece genel olarak öngörülebilir olması taksirin varlığı için yeterli olup, sonucun bütün inceliklerinin öngörülmesine gerek bulunmamaktadır.” (YCGK, 2010/9-82 E., 2010/221 K., 09.11.2010 T. Karar için Ünal, **a.g.e.**, S. 39.)

⁵⁴¹ Öngörebilme teorisine yapılan eleştirileri ve teori taraftarları tarafından verilen cevapları detaylı incelemek için bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 501-503; Demirci, **a.g.e.**, S. 85-86; Toptaç, **a.g.e.**, S. 42-43.

⁵⁴² Toroslu/ Toroslu, **a.g.e.**, S. 230.

⁵⁴³ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 503. Carrara, öngörebilme mevcut iken önleme imkânı yok ise bu öngörememeye eşittir diyerek, öngörme ve önleme imkanlarının ayrılamaz bir bütün olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Çiftçioglu, **a.g.m.**, S. 323.

sahip olmayabilir, şayet fail önleyecek kudrete haiz olmazsa taksirli bir fiil yoktur.⁵⁴⁴ Örneğin,⁵⁴⁵ kimsenin karşısına çıkmayacağına güvenerek تنها bir sokakta arabasını hızla sürerken kişi, birdenbire sokağın ortasına bir çocuk çıktığında arabanın ona çarpacağını öngörse de artık bunu önleyemez, bu sebeptendir ki, taksirin esasını, öngörme yeteneğinde değil, önleme imkânında aramak lazımdır; aksi halde, söz ettiğimiz bu örnekte, sürücüyü taksirle öldürmeden sorumlu tutmak gerekecekti.

Öngörebilme ve önleyebilme teorisi,⁵⁴⁶ bir davranışın neticesini önleyebilmek için, o neticenin gerçekleşebileceğinin öngörülmesi gerektiğini ve failin hareketinin başlangıcında neticeyi öngörebilecek durumda iken, sonradan bu neticeyi önleyebilecek durumda olmaması halinde sorumluluğunun hareketin başındaki öngörmemeye dayanması nedeni ile tenkit edilmiştir. Yine bu görüş bilinçli taksir ile kurallara riayetsizlikle işlenen bilinçsiz taksirli suçları izah edememesi sebebiyle de eleştiriye maruz kalmıştır.⁵⁴⁷

Bu eleştirilere rağmen, İtalya'daki, hatta Türkiye'deki bazı Yargıtay kararlarında⁵⁴⁸, taksirli suçlara müteallik davalarda önleyebilme kriterinin de öngörebilme ile beraber kullanıldığı mülâhaza edilmektedir. Alman doktrinindeki müelliflerin, taksirin hukuki esasını izah ederken daha ziyade öngörülebilirlik (Vorhersehbarkeit) ve kaçınılabilirlikten (Vermeidbarkeit) söz ettikleri görülmektedir. Buna göre, taksirin hukuki esasını, suç

⁵⁴⁴ Soyaslan, **a.g.e.**, S. 445-446.

⁵⁴⁵ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 503-504.

⁵⁴⁶ Türk doktrininde, Haluk TOROSLU tarafından savunulmaktadır, bkz. Haluk Toroslu, “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme”, **TBBĐ**, Sayı 126, 2016, S. 100. “Taksirin temelini oluşturan öngörülebilirlik ve önlenebilirliğin öncelikle objektif açıdan ortaya konulması gerekir.”

⁵⁴⁷ Çiftçioğlu, **a.g.e.**, S. 323; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 393; Keçeligil, **a.g.e.**, S. 52-53.

⁵⁴⁸ “Sanığın 2006 model olup garanti kapsamında bulunan ve düzenli olarak bakımı yaptırılan kamyonla, tali yoldan ana yola çıkarken yağ lambasının yanıp yağ oranının azalması nedeniyle motorun stop etmesi sonucu aracın aniden durması üzerine aradan 2-3 dakika geçtikten sonra gerekli tedbirleri almaya fırsat kalmadan kazanın meydana geldiği olayda bilinçli taksirin koşullarının oluşmadığı gözetilmeden 5237 sayılı TCK’nın 22/3. maddesi uyarınca temel cezada artırım yapılması...” 9. CD. 6.4.2009 tarih ve E. 2008/20702, K. 2009/4042 sayılı kararı (akt. DEMİRCİ, 2011, S. 89) “Eski ve bakımsız olan balya makinesinin aktarma organlarındaki bakım ve yağlamanın zamanında yapılmaması halinde metal aksamların birbirine sürtüneceği ve kıvılcım çıkmasına neden olacağı, gerek sanıklar gerekirse üçüncü kişiler tarafından öngörülebilecek bir neticedir. Somut olayın özellikleri, ortak deneyimler, biçerdöver sahibi de olan sanıkların sosyal durumları dikkate alındığında, bu şekilde bir yangının çıkabileceğini tahmin ve tasavvur edebilecek halde oldukları anlaşılmaktadır. Bu itibarla, **balya makinesinin bakım ve yağlamasını düzenli olarak yaptırmayan**, olay günü de sürekli olarak çalıştırıp ısınmasına ve yangın çıkmasına kusurlu hareketleri ile neden olan sanıkların cezalandırılmalarına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK 20.04.1999 tarih ve E. 1999/79, K. 1999/77 sayılı karar (akt. Demirci, **a.g.e.**, S. 89).

oluşturan neticenin öngörülebilir olması ve aynı zamanda kaçınılabılır olması teşkil etmektedir.⁵⁴⁹

Irak ceza hukuku doktrinde taksire yapılan tanımlara bakıldığında genel olarak bu teorinin temel alındığı görülmektedir. Dolayısıyla taksirin hukuki esası, failin önlemek için gereken özeni iradi olarak (isteyerek) göstermemesine dayandırılmaktadır.⁵⁵⁰

4.3.4. Yanılma Teorisi

Taksirin hukuki esasını izah etmek üzere, (Alimena, Levi, Frosali) tarafından ileri sürülen bir diğer teori de yanılma (hata) teorisidir. Bu görüşe göre⁵⁵¹, taksirin sebebi kaçınılabılır yanılma (hata) olup, böyle bir hata yoksa taksirden söz etmek mümkün değildir. Başka bir deyişle, taksir, iradi davranışın anlamını ilgilendiren veya bunun ayırıcı nitelikleri hakkında düşülen bir hatadan meydana gelmektedir. Failin kusuru, kaçınılabılır bu hataya dikkatsizliği nedeniyle düşmüş olmasıdır.

Bu anlayış, ceza hukukundaki değişik taksir kavramlarını, hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyetinde veya aşırı savunma durumlarındaki taksirden doğan hatayı tek bir esasa bağlama çabasının sonucudur.⁵⁵²

Bu teoriye yapılan eleştiriler şöyle özetlenebilir; yanılmanın taksirin sebebi olmadığı bilakis gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasının yanılmanın sebebini oluşturduğu, ayrıca taksirin sebebini yanılma görmeyen bir mantık hatası olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁵³ Nitekim, kanunun ruhu failin hataya düşmekte taksiri olup olmadığı aramaktadır.⁵⁵⁴ Bundan başka, bir kimsenin taksirli davranmış olması için herhangi bir hataya düşmesi şart değildir. Örneğin, direksiyon başında uyuduğu için bir yolcuya çarpmış, şoförün hataya düştüğü veya herhangi

⁵⁴⁹ BAUMANN, WEBER, MITSCH, öngörülebilirliğin çoklukla kaçınılabılırliği de ihtiva ettiği eleştirisine karşın, bir neticenin öngörülebilir olmakla beraber, failin neticeyi meydana getirmekten kaçınmasının mümkün olmadığı hallerin de mevcut olabileceğini söylemişler. BAUMANN/WEBER/MITSCH, §22, kn. 40, S. 536 (akt. Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 54.)

⁵⁵⁰ Irak doktrinde, taksire yapılan tüm tanımlar için bkz. El-şukri/El-şafi'i, **a.g.m.**, S. 98-99.

⁵⁵¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 360.

⁵⁵² Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 507.

⁵⁵³ Çiftçioğlu, **a.g.e.**, S. 324; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 393.

⁵⁵⁴ Soyaslan, **a.g.e.**, S. 447.

bir husus hakkında yanlışlığı iddia edilemez. Ama, taksirin mevcudiyetinden de şüphe edilemez.⁵⁵⁵

4.3.5. Taksirin Esası Hakkındaki Görüşümüz

Yukarıda da izah edildiği gibi, kanımızca taksir de kast gibi, haksızlığın bir gerçekleştiriliş şekli olup suç oluşturan haksızlığın kasti ve taksirli olmak üzere iki işleniş şekli mevcuttur.

Fakat, kasten işlenen fiillerle, taksirle gerçekleştirilen fiiller arasında bir nitelik (mahiyet) farkı vardır. Şöyle ki, kasten işlenen (icrai) fiiller belli bir amaca yönelik olmaları (gaî, final hareket) sebebiyle tamamen ontik bir mahiyet arz ederken, taksirle işlenen (icrai) fiillerin sırf ontik mahiyeti itibariyle ceza hukukunun konusunu oluşturmayıp, bunun yanında taksirli davranışın objektif özen yükümlülüğüne aykırı olması da gerekli, yani, taksirli haksızlıklarda, ontik vakıanın yanında, mutlaka bir değerlendirme unsuruna (objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık) ihtiyaç vardır.⁵⁵⁶

Taksirli sorumluluğun esası, *objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün* ihlâli ile suçun kanunî tarifinde yer alan unsurlardan birinin öngörülmemesi veya neticenin öngörülmesine rağmen gerçekleşmemesi için çaba gösterilmemiş (önlenmemiş) olmasıdır. Bir başka anlatımla, yeterli dikkat ve özen gösterilseydi kanuni tanımında belirtilen bir unsurun meydana geleceği tahmin edilebilirdi diyebileceğimiz halde, taksir vardır. Bu itibarla taksirden söz edebilmek için, öngörülme imkânının bulunması şarttır.⁵⁵⁷

Taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu teşkil eden dikkat ve özen yükümlülüğünün tayininde, failin şahsi kabiliyetleri, yetenekleri dikkate alınmaksızın, objektif esastan hareket edilmelidir. Çünkü, dikkat ve özen yükümlülüğü, belli kişiden soyut, *gerekliklik yargısından* ibaret bulunmaktadır.⁵⁵⁸

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise, ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir ve bu değerlendirme objektif değil, sübjektif bir nitelikte olup, failin kişisel özellikleri göz önünde bulundurularak (zekâsı, eğitimi, yaşam koşulları,

⁵⁵⁵ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 507; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 447; Ünal, **a.g.e.**, S. 43.

⁵⁵⁶ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 183; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 192.

⁵⁵⁷ Taksirin varlığına öngörülme imkanını şart kılan yazarlar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 361; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 269; Demirbai, **a.g.e.**, S. 393; İçel, **Genel Hükümler**, S. 453.

⁵⁵⁸ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 269-270; aynı yönde, Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 192.

kabiliyeti, maharetleri, tecrübesi, sosyal konumu) somut olayda bu yükümlülüğü yerine getirebilip getiremeyeceği dikkate alınmalıdır. Ancak belirtelim ki, bu yükümlülüğün (dikkat ve özen yükümlülüğü) failden beklenip beklenemeyeceği hususundaki değerlendirme, tipiklik içinde değil, kusur bahsinde mütalaa edilmelidir.⁵⁵⁹

4.4. Taksirin Unsurları

Arap ve Türk öğretisinde yazarlar, benimsedikleri suç teorisi ve taksirin hukuksal esası hakkındaki görüşleri doğrultusunda, taksirin unsurlarına ilişkin birbirinden farklı görüşler ileri sürmektedirler. Nitekim, Arap öğretisinde taksirin unsurları hakkında bir görüş birliği mevcut iken, Türk doktrininde kendi içinde birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir. Şöyle ki, Türk doktrininde;

Bazı yazarlar, taksirin unsurlarını **altı**ya ayırmış ve bunlara göre taksirin unsurları, “a) taksirin cezalandırılacağı konusunda kanunda hüküm bulunması, b) dikkat ve özen yükümünün yerine getirilmemesi, c) sonucun öngörülebilir nitelikte olması, d) hareketin bilinmesi ve istenmesi, e) ortaya çıkan sonucun istenmemiş olması, f) hareket ile sonuç arasında nedensellik bağlantısının bulunması”dır.⁵⁶⁰

Diğer bazı yazarlar ise, taksirin unsurlarını **beşe** ayırmış ve bunlara göre, taksirin unsurlarını, “a) fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, b) hareketin iradîliliği (isteyerek yapılması), c) sonucun iradi olmaması, d) hareketle sonuç arasında nedensellik bağının bulunması, e) sonucun öngörülebilir olması” şeklinde kabul etmektedirler.⁵⁶¹

Alacakaptan da taksirin unsurlarını, “a) harekette irade, b) iradi olmayan sonuç, c) hareket ile sonuç arasında nedensellik bağı, d) taksirin yasada cezalandırılmış olması” şeklinde tasnif ederek taksirli suçun **dört** unsurdan oluştuğunu ileri sürmektedir.⁵⁶²

⁵⁵⁹ Bu özelliğe doktrinde taksirin çifte fonksiyonu denmektedir. Bkz. Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 37.

⁵⁶⁰ Bu görüş için bkz. İçel, Genel Hükümler, S. 456; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 362 vd.; Hakeri, **a.g.e.**, S. 261; Keçelgil, **a.g.e.**, S. 65 vd.; Toptaç, **a.g.e.**, S. 57 vd.; Onur Yiğit, **Taksirli Suçlar**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, S. 26.

⁵⁶¹ Bu görüş (Dönmezer, Erman, Demirbaş ve Çiftcioğlu) tarafından ileri sürülmekte; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 510; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 394; Çiftcioğlu, **a.g.m.**, S. 324 vd.

⁵⁶² Alacakaptan, **a.g.e.**, S. 158 vd.

Toroslu, N./ Toroslu, H. ise, taksirin unsurlarını **üç**e ayırmış ve onları da, “a) *tipik fiilin istenmemiş olması*, b) *hukuken korunan varlıklara zarar verilmesini önlemeye yönelik davranış kurallarına uyulmaması*, c) *davranış kurallarına uymamanın faile isnat edilebilir olması*” olarak belirtmiştir.⁵⁶³

Türk öğretisinde taksiri, bahsedilen görüşlerden farklı bir şekilde izah eden ve yavaş yavaş taraftar bulan, yeni bir görüşe göre ise, taksirli suçların haksızlık muhtevası, hareket ve neticenin ifade ettiği değersizliklerle tayin edilir. Taksirli suçların haksızlık muhtevasını, birbiriyle bağlantı içinde bulunan üç unsur oluşturur. Bu unsurlar; “a) *objektif olarak emredilen özen yükümlülüğünün (icrai veya ihmali) bir davranışla ihlal edilmesi*, b) *özene aykırı davranışın neticeye sebebiyet vermesi (neticeli suçlarında)* ve d) *neticenin faile objektif isnat edilebilirliği (ve bu çerçevede objektif öngörülebilirliği)*” olarak sayılabilir. Bunlara göre taksirle işlenen suçlarda tipikliğin sübjektif unsurları olmayıp bu tür suçlarda tipiklik yalnızca objektif unsurlardan oluşmaktadır. Bu halde, bir taksirli suçun tipiklik unsurunun ve dolayısıyla hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği tayin edildikten sonra, failin davranışının hukuka aykırılığını (objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini) müşahade edip etmediği veya müşahade edebilecek durumda olup olmadığı, kusur çerçevesinde değerlendirilecektir.⁵⁶⁴

Arap doktrininde ise, genel olarak taksirin oluşması iki unsura bağlanmakta ve taksirin kurucu unsuru, “a) *dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile b) failin fiili ile netice arasında nedensellik bağının bulunması*” olarak kabul edilmektedir. *Fiilin iradililiği* ise, taksir unsurları içinde değil, tüm suçlar bakımından, sorumluluğun gerekli bir şartı olarak mütalaa edilmektedir. Fiil iradi olmadığı takdirde, gerçekleşmiş suç ister kasıtlı ister taksirli olsun faile bir sorumluluk doğurmadığı için taksirin unsurları içinde ayrıca mütalaa edilmesi gerekli görülmemektedir.⁵⁶⁵

Biz ise taksirli suçlarda tipiklik unsurunu; *fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiil, neticeli suçlarda neticenin objektif olarak öngörülebilir nitelikte olması, neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesi ve fiil ile gerçekleşmiş netice*

⁵⁶³ Toroslu/ Toroslu, **a.g.e.**, S. 232-234.

⁵⁶⁴ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 199-200; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 436.

⁵⁶⁵ Bilal, **Genel Hükümler**, S. 695-696; El-hedisi, **a.g.e.**, S. 307-309; Ali Abdullah Esuet, **El-rukun El-manevi Lil-cerayim gayr el-amdiye** (kasıtlı olmayan suçların manevi unsuru), Center of Comparative Law Studies, Erbil, 2010, S. 14; Hassanein İbrahim Salih Ubeid, **Ceraim El-i'tida ala El-eşhas** (şahıslara karşı işlenen suçlar), 2. Baskı, Dar El-nahda El-Arabiye, El-kahire, 1973, S. 93; Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 83.

arasında nedensellik bağının bulunması, olmak üzere dört başlık halinde incelemeyi uygun bulmaktayız.

4.4.1. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması

Suçlar prensipte kasten ve istisnaen taksirle işlenir. Bu itibarla, ceza kanunlarında tanımlanan bütün suçların temel işleniş şekli kasttır. Dolayısıyla, suçun kanuni tanımında kastın aranacağı belirtilmemişse de, kastın varlığı gereklidir. Ancak, taksirle işlenmiş bir fiilin cezalandırılabilmesi için, suçun kanuni tanımında bu konuda açık bir hükmün bulunması gereklidir. Baka bir deyişle, kanunda bu husus açıkça belirtilmiş değilse, taksirle işlenen fiilin cezalandırılması mümkün değildir.⁵⁶⁶ Nitekim TCK, “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır*” demek suretiyle bu hususu belirtmiştir (m. 22/1.). Irak Ceza Kanununda ise böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca böyle bir hükmün İCK’da da bulunması gerekip, konu doktrine bırakılmamalıdır.

4.4.2. Objektif Dikkat ve Özen Yükümlülüğün İhlali

4.4.2.1. Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiil

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, günümüzde neredeyse evrensel olarak taksirin temel koşullarından biri olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁷ Taksirle işlenen fiilin haksızlık unsurunu, objektif dikkat ve özen yükümlülüğün ihlali, oluşturmaktadır.⁵⁶⁸ Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın bulunmadığı halde, taksirden söz etmek mümkün değildir.⁵⁶⁹

Taksirle gerçekleştirilen fiilin *haksızlık* özelliği, muhafaza edilen hukuki değere müteallik objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olmasında tezahür etmektedir. Bu sebepledir

⁵⁶⁶ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 267; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 510; Hakeri, **a.g.e.**, S. 265-266.

⁵⁶⁷ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 84.

⁵⁶⁸ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 269. “Öngörülemeyen bu neticenin meydana gelmesine failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebep olur. Yani, taksirli suçun haksızlık unsurunu, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır.” (YCGK., 15.07.2008, 2008/1-150 E. ve 2008/192 K.). Keza, “Ancak, fail hukuken önem taşımayan bir neticeyi öngörürken, hukuken önem taşıyan bir netice meydana gelmekte, buna da failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebep olmaktadır. Buna göre, taksirli suçun haksızlık unsurunu, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır. Bu çoğu kez mevzuattan kaynaklanan bir yükümlülüktür.” (YCGK., 05.10.2010, 2010/1-132 E., 2010/183 K.), karar için bkz. (Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 85.)

⁵⁶⁹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 437.

ki; burada ihlâl edilen objektif özen yükümlülüğünün mutlaka muayyen bir hukuki değere ilişkin olması lazımdır. Belli bir hukuki değerden mücerret, soyut bir özen yükümlülüğünün mevcudiyetinden söz edilemez. Taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu teşkil eden dikkat ve özen yükümlülüğünün tayininde, failin şahsi kabiliyetleri, yetenekleri dikkate alınmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Dikkat ve özen yükümlülüğü, belli kişiden soyut, *gereklilik yargısını* arz etmektedir.⁵⁷⁰

Dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun bir davranış, aşağıda spesifik bir şekilde izah edileceği üzere, dikkatli ve akıllı başında bir kişinin, gerçekleştirmeyi düşündüğü hareketin neticelerini dikkatli bir şekilde dikkate alarak gerçekleştirdiği davranıştan ibaret olup; ilk aşamada normatif ve objektif biçimde değerlendirilir.⁵⁷¹

Öğretide bir düşünceye göre, bir hususta ihtimam gösterilebilmesi ve yeterli güvenlik önlemlerinin alınabilmesi, yalnızca hukuki bir değer açısından tehlikenin varlığının öngörülebilmesiyle mümkündür. Dolayısıyla, ilk olarak bir neticenin gerçekleşebileceğinin öngörülebilir olup olmadığının araştırılması ve bundan sonra bu neticenin gerçekleşmemesi için ne tür önlemler alınması gerektiği tespit edilmelidir. Böylece, dikkat ve özen yükümlülüğünden söz edildiğinde, öncelikli olarak neticeye sebebiyet verilebileceğinin öngörülmesi, sonra da bu neticenin gerçekleşmemesi için ne tür dikkat ve özenin gösterilmesi gerektiği değerlendirilmelidir. Zira sonucun öngörülebilir olmadığı durumlarda, failden dikkat ve özen yükümlülüğüne uyması beklemek mümkün değildir.⁵⁷²

Bizim de kaldığımız, bir başka görüşe göre ise, özen yükümlülüğü objektif bir niteliği haizdir ve bu yükümlülüğün tayininde failin şahsi yeteneklerinin dikkate alınmayacaktır. Öngörülebilirlik ise sübjektif bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla, ilk olarak özen yükümlülüğünün ihlali objektif olarak tespit edilmeli ve ondan sonra neticenin öngörülebilirliği somut olay ve fail bakımından mütalaa edilmelidir.⁵⁷³

Diğer bir düşünceye göre ise, bu iki unsur bir bütün olup neticenin öngörülebilir nitelikte olması, esasen dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi olanağıdır.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 269-270; Sözüer, **Pratik**, S. 23; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 192.

⁵⁷¹ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 85.

⁵⁷² Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 85-86.

⁵⁷³ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 200; Sözüer, **Pratik**, S. 23-24; Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 86; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 436.

⁵⁷⁴ İçel, **Taksir**, S. 143.

4.4.2.2. Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı

Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı, *kanun ile insani (yaşam) tecrübeleridir*.⁵⁷⁵ Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını, toplumsal yaşamın düzen içinde ve güvenli bir şekilde devam ettirilmesine ilişkin olarak kanunla veya diğer pozitif düzenlemelerle getirilen kurallar oluşturabileceği gibi, bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığına ilişkin olarak toplumsal hayatın gerektirdiği genel tecrübe kuralları da oluşturabilir.⁵⁷⁶ Başka bir anlatımla, dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı, hukuk normları ve müşterek tecrübe (ortak deneyim) olarak ikiye ayrılabilir.⁵⁷⁷

Muayyen hukuki değerleri korumaya yönelik davranış normları, aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını da teşkil etmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne müteallik kurallar, pozitif hukuk metinlerine yansımış yükümlülükler olarak tezahür etmektedirler. Meselâ, insan hayatını ve vücut bütünlüğünü korumaya matuf davranış normları, aynı zamanda kişiler açısından bu hukuki değerlere yönelik dikkat ve özen yükümlülüğünü ifade ettiği söylenebilir. Örneğin, taksirle ölüme neden olma suçunda (TCK m. 85, İCK m. 411) insanın hayatına matuf dikkat ve özen yükümlülüğünün pozitif hukuk metinlerdeki dayanağını oluşturmaktadır.⁵⁷⁸

Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı olabilecek hukuk normlarını koyan organ bakımından bir fark gözetilmemektedir. Dolayısıyla, ceza hukuku dışında kalan normlarla, hatta özel kişilerin koyduğu kurallarla dahi dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenmiş olabilir. İnsan davranışlarını belirleyen bütün kurallar belirli mercilerin emirlerinden veya hukuk

⁵⁷⁵ Abd El-muheyem Bekir, *El-kısım El-has fi Kanun El-ukubat*, 7. Baskı, Dar El-nahda El-Arabiye, El-kahire, 1977, S. 635-636; Abdişweiş, *Hata (taksir) Teorisi*, S. 84.

⁵⁷⁶ “*Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlâl edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkan ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır. Taksirle gerçekleştirilen bazı eylemlerin suç olarak tanımlanıp cezai yaptırıma bağlanmasıyla, insanların gittikçe yoğunlaşan ve karmaşık hale gelen toplum hayatı içinde daha dikkatli davranmalarının temin edilmesi amaçlanmaktadır. Kanun ve ortak hayat tecrübesinin sonucu olarak kendisine toplum tarafından yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlâl eden ve bu hareketiyle öngörülebilen zararlı neticeye sebep olan kişinin taksirle işlenen suçlara ilişkin cezai sorumluluğu benimsenmiştir*” (YCGK., 18.11.2014, E. 2013/12-38, K. 2014/493. Karar için bkz. Artuk ve diğerleri, *Genel Hükümler 2019*, S. 436).

⁵⁷⁷ İçel, *Genel Hükümler*, S. 457; Koca/Üzülmez, *a.g.e.*, S. 203-204.

⁵⁷⁸ Özgenç, *Genel Hükümler 2019*, S. 270.

normlarından ibaret olmadığı için, müşterek tecrübelerin gerekli kıldığı dikkat ve özen yükümüne aykırılık da taksiri doğurabilir.⁵⁷⁹

4.4.2.3. Dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde uygulanacak ölçüt

Hukuk düzeni tarafından emredilen dikkat ve özen yükümlülüğünün ölçüsünün nasıl belirlenmesi gerektiği hususunda üç teori ileri sürülmektedir. Özen yükümlülüğünün belirlenmesinde kriter olarak ileri sürülen subjektif, objektif ve karma (çifte ölçüt) teorileri şöyle özetleyebiliriz;

Sübjektif teoriye (faili ölçüt alan teori) göre, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali her failin dikkat ve özen gösterme yeteneğine göre tespit edilmelidir. Bu nedenle, taksirin temel unsuru olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin, hem objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü hem de sübjektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ifade ettiği kabul edilmelidir.⁵⁸⁰ Bu görüş taraftarlarına göre, failden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü objektif ve failden bağımsız olarak değil, aksine somut olay göz önünde tutularak, failin kişiliği, bilgisi ve tecrübesi gibi şahsi özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira beklenen dikkat ve özen, kişiden kişiye değişiklik gösterebileceği için, ölçü somut olaydaki faildir. Çünkü fail, her halükarda, sadece yeteneğine göre çaba sarf edeceği özen açısından mesuldür.⁵⁸¹

Objektif teorisi (ortalama bir insanı esas alan teori), bizim de katıldığımız bu teoriye göre, özen yükümlülüğünün tayininde objektif esastan hareket edilmelidir. Objektif özen kavramıyla, failin şahsi özellikleri göz önünde bulundurulmaksızın ve failin somut olayda hangi özeni gösterdiğine bakılmaksızın genel olarak gerekli olan özen ifade edilmektedir. Uygulanan özenin tür ve ölçüsü, ex-ante, tedbirli, bilinçli bir insanın, yani failin sosyal çevresine mensup olan kişinin gözleminden ortaya çıkartılması lazımdır. Burada failin sosyal çevresindeki makul ve tedbirli ortalama bir insan esas alınmakta ve onun tercih edeceği davranış özenli davranış sayılmaktadır.⁵⁸² Başka bir deyişle, olayda fail yerinde tedbirli (ne aşırı tedbirli, ne de tedbirli olmayan kişi) ortalama bir insan olsaydı, failin yaptığını yapmazdı

⁵⁷⁹ İçel, Genel Hükümler, S. 257-258; Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 84-85.

⁵⁸⁰ Hye-Jeong Kim, “Kore Ceza Hukuku’nda Taksirli ve Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlara Giriş”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt 2, Sayı 1-2, 2014, S. 65.

⁵⁸¹ Bu görüş Türk doktrininde de savunulmaktadır. Bkz. Hakeri, **a.g.e.**, S. 266; İçel, Genel Hükümler, S. 458.

⁵⁸² Doktrinde hâkim görüş budur. Bkz. Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 208; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 269-270; Kim, **a.g.m.**, S. 65; Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 85-86; El-hedisi, **a.g.e.**, S. 307; El-helebi, **a.g.e.**, S. 2015.

denilebiliyorsa, özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu olur ve dolayısıyla fail taksirli sayılacaktır.⁵⁸³

Karma teoriye (çifte ölçüt teorisi) göre ise, dikkat ve özen yükümlülüğü, esas olarak ortalama düzeydeki bir insana göre tespit edilir. Ancak failin daha yüksek dikkat ve özen yeteneğini haiz olduğu kanıtlandığında, dikkat ve özen yükümlülüğü bireysel olarak faile göre belirlenmelidir.⁵⁸⁴

4.4.2.4. Tehlikeli (riskli) niteliği haiz girişimlerde dikkat ve özen yükümlülüğü

Genellikle, zararlı bir netice meydana getirebilecek tehlikeli bir davranışta bulunmak, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalini oluşturacağı için, taksir sorumluluğuna sebebiyet verecektir. Fakat, bilim ve tekniğin ilerleyebilmesi için belirli bir riskin göze alınmasına izin vermek lazımdır. Aksi halde, zarar verme ihtimali olan bulunan her girişim ve etkinlikten uzak durma mecburiyeti insanı ve toplumu mutlak bir durağanlığa iter.⁵⁸⁵ Zira, kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünü yeterli ve normal bir biçimde yerine getirmesine rağmen; bir tehlikenin söz konusu olması halinde, böyle bir tehlikenin (riskin) hayatta kaçınılmaz olarak izin verilmesi gereklidir. İşte bu noktadan hareketle dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamını sınırlandıran “*izin verilen risk*” (*erlaubtes Risiko*) teorisi geliştirildi.⁵⁸⁶ Bu kavram bağlamında verilen örnekler arasında öncelikle, her türlü trafik (özellikle hava trafiği), elektrik sanayi, fabrikalar, patlayıcı madde üretimi, maden ocağı işletmeleri, inşaat faaliyeti, av, sağlık mesleği kapsamında yapılan tıbbî müdahaleler, bazı modern spor etkinlikleri olarak addedilmektedir.⁵⁸⁷ İşte bütün bu durumlarda, söz konusu tehlikelerden kaçınma zorunluluğu

⁵⁸³ Mayaud Yves, **Droit Pénal G  n  ra**, 2.   dition, presses universitaires de France, Paris, 2004, S. 272.

⁵⁸⁴ Kim, **a.g.m.**, 2014, S. 65; Suat, Ssuriye, “**El-ruk  n El-manevi fi El-cerime** (Suçta Manevi Unsur)”, YLT, Bgayet Üniversitesi, Hukuk ve Siyaset Bilimleri Fakültesi, 2017, S. 25.

⁵⁸⁵    el, Genel Hükümler, S. 459.

⁵⁸⁶ Kim, **a.g.m.**, S. 66.

⁵⁸⁷ Yargıtay da tıbbi müdahaleler başta olmak üzere birçok riskli davranı  n “izin verilen risk” kavramının kapsamında oldu  ğunu vurgulayarak, bu terimi öğreti paralelinde izah etmektedir; “*Tıbbi müdahaleler genel olarak “izin verilen risk” kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerdir. İzin verilen risk, hukuken müsaade edilen tehlike oluşturma alanı olarak tarif edilmektedir. Kişiler zarar ya da tehlike doğuracak bütün davranışlarında cezalandırılma tehdidi altında bulunmamalıdır. Toplumsal gelişmeyi sağlamak veya daha kıymetli hukuki değerlere ulaşabilmek için bazı durumlarda kişilere yaptıkları i  in niteliği gereği belirli oran ve   l  de risk oluşturması için izin verilmelidir.   nemli olan belirlenen kurallara uygun şekilde gerçekleştirilen davranışların izin verilen risk alanı içinde yapılması ve neticenin de bu alan içinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu takdirde sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Tıbbi müdahale çeşidi olarak ameliyat yapılması, maden ocağı işletilmesi, spor faaliyeti, patlayıcı madde üretimi, trafikte araç kullanılması, kurallara uygun olarak av yapılması ve endüstriyel tesis işletilmesi izin verilen risk alanlarına örnek olarak gösterilmektedir. Ancak konunun uzmanı olmayan doktorun teşhis veya tedaviyi üstlenmesi anlamında üstlenme kusuru ve gerek doktorun bireysel olarak gerekse çalıştığı kurum yönünden kurumsal olarak organizasyon kusurunun, izin*

bulunmadığından, sırf böyle bir etkinliğe girişmek, taksire dayalı ceza sorumluluğunu gerektirmez. Ancak, bu tür etkinliklere girişmek bazı şartlara bağlı tutulmuşsa, bunların yerine getirilmemesi kişinin taksirine sebep olabilir. Meselâ, motorlu araç kullanan kimsenin, gereken sürücü belgesi (ehliyet) ve ruhsata sahip olması lazımdır. Aksi halde, zararlı bir neticenin meydana gelmesinden, nedensellik bağının da bulunması şartıyla, taksirinden sorumlu tutulabilecektir.⁵⁸⁸

İzin verilen risk hükümleri çerçevesinde dikkat ve özen yükümlülüğünden doğan sorumluluk sınırlandırılmış bulunmaktadır.⁵⁸⁹

Gerekli ön şartların yerine getirilmemesi dışında, tehlikeli etkinliklerin yürütülmesi sırasında da dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali gerçekleşebilir. Bu faaliyetlerde bulunulurken, hukuk normlarının ve ortak deneyimlerin gerektirdiği dikkat ve özen gösterme yükümlülüğüne uyulmazsa, bundan kaynaklanan zararlı neticelerden failer taksirleri sebebiyle sorumlu tutulurlar.⁵⁹⁰

4.4.2.5 Birden çok kişinin iştirak ettiği faaliyetlerde dikkat ve özen yükümlülüğü

Tatbikatta sıkça karşılaşılan problemlerden biri, çok sayıdaki şahısların katılımıyla gerçekleştirilen faaliyetlerde, riayet edilmesi gereken objektif dikkat ve özen yükümlülüğü ile bu yükümlülüğün kime terettüp ettiğinin tespit edilmesi hususunda yaşanmaktadır. Özellikle işverenlerin, şirket yöneticilerinin kooperatif başkanlarının ve benzeri denetim yükümlülüğüne sahip şahısların gerçekleşen neticelerden, yalnızca bu sıfatlarından dolayı sorumlu tutulup tutulmayacakları hususu uygulamada büyük önem arz etmektedir. Bu husus, özellikle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi⁵⁹¹ bakımından önem taşımaktadır. İlkeye göre, hiç kimse, irade dışı hareketlerden, üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği neticelerden veya doğa olaylarının sebebiyet verdiği neticelerden dolayı sorumlu tutulamaz.⁵⁹² Şu hâlde, meydana

verilen risk dışında kaldığını söylemek mümkündür.” (CGK.09.12.2014, 12-1037552. Karar için bkz. İçel, Genel Hükümler, S. 459).

⁵⁸⁸ İçel, Genel Hükümler, S. 459-460.

⁵⁸⁹ Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 208.

⁵⁹⁰ İçel, Genel Hükümler, S. 260. Yargıtay da aynı düşüncededir; (CGK.12.5.2015, 12-771/150, karar için bkz. İçel, Genel Hükümler, S. 460, dn. 112).

⁵⁹¹ Bu ilke TCK m. 20’de yer almaktadır.

⁵⁹² Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 439-440.

gelen kazalarda kimlerin hangi dikkat ve özen yükümlülüklerinin bulunduğu titizlikle tespit edilmeli ve taksire ilişkin mesuliyet de her bir kişi açısından bu tespiti binaen belirlenmelidir. Belirtelim ki kişilerin taksirli fiilleri nedeniyle sorumlu tutulabilmeleri için, öncelikle icra edilen faaliyete katılan her bir kişi bakımından uyulması gereken dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamı ayrı ayrı tayin edilmelidir. Bu yöndeki tespitten sonra, katılanların yükümlülüklerini ihlal edip etmedikleri ve gerçekleşen neticenin kimin yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle meydana geldiği tespit edilebilir. İşin görülmesine katılan kişilerin her birinin aynı yükümlülük altında bulunduğu söylenemez veya bir şahsa terettüp eden yükümlülüğün ihlali nedeniyle başka bir kişinin sorumluluğu da kabul edilemez. Aksi takdirde, icra edilen faaliyete katılan şahıslar açısından kolektif mesuliyet benimsenmiş olur. Bu ise kusur esasına dayalı şahsi sorumluluk prensibiyle bağdaşmamaktadır.⁵⁹³ Nitekim TCK'nın 22. maddesinin 5 inci fıkrasında, “*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*” diyerek, her failin cezasının kusuruna göre ayrı ayrı belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Irak Ceza Kanunu’nda ise bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmayıp mevzu doktrine bırakılmıştır.

4.4.3. Neticenin objektif olarak öngörülebilir nitelikte olması (neticeli suçlarda)

Öncelikle şu hususu belirtelim ki, neticenin “*öngörülebilir olması*” kavramının, “*neticenin öngörülmesi*” ile karıştırılmaması lazımdır. Öngörme, müşahhas olayda failin bilincinin durumuna ilişkin olduğu halde, öngörülebilme muayyen bir kritere göre belirlenebilen bağımsız bir olanaktır. Dolayısıyla, öngörülebilir bir neticenin öngörülmemesinden veya öngörülmesi zor bir neticenin öngörülmesinden bahsedilebilir.⁵⁹⁴

Neticenin öngörülebilir nitelikte olması, taksirin başlıca şartını hatta sınırını oluşturur. Şayet neticenin öngörülmesi mümkün değilse, bu gibi neticeleri meydana getirebilecek hareketlerde bulunmaktan çekinmesi hiç kimseden makul olarak istenemeyeceği için, artık taksirden değil, bir kaza veya tesadüfün bulunduğu bahsedilir.⁵⁹⁵

⁵⁹³ Özgenc, **Genel Hükümler 2019**, S. 274-275; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 440.

⁵⁹⁴ İçel, **Genel Hükümler**, S. 461; Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 120; Demirci, **a.g.e.**, S. 110.

⁵⁹⁵ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 517.

Taksirde icra edilen hareketten veya ihmalden meydana gelecek neticeler objektif olarak öngörülebilir nitelikte iken, kazada gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olmasına rağmen bu neticeler öngörülebilir bir nitelikte değildir. Böylece, neticenin öngörülebilirliği, taksirin bir unsuru olmanın yanında, taksiri, kaza ve tesadüften ayırt eden bir kriter (ölçüt) olduğu da söylenebilir.

Objektif öngörülebilirlik, aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirebilmesi olanağını da göstermektedir. Hiçbir şekilde öngörülmesi mümkün olmayan neticeler bakımından objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin de bahsedilemez.⁵⁹⁶

Kanaatimize göre, neticenin öngörülebilirliğinin belirlenmesinde kullanılacak kriter, failin içinde bulunduğu toplum çevresine mensup ortalama kabiliyette bir insanın gerçekleşen neticeyi öngörüp öngöremeyeceği olmalıdır. Esas alınan ortalama kabiliyetteki şahıs bakımından objektif olarak öngörülmesi mümkün olmayan neticeler söz konusu olduğunda, taksirli suçun tipikliğinin gerçekleşmediği de kabul edilmelidir.⁵⁹⁷ Meselâ, bir olayda objektif olarak yalnızca yaralama öngörülebiliyor, ancak öldürme öngörülemiyorsa, bu durumda sadece taksirle yaralamanın (TCK m. 89, ICK m. 416) tipikliği gerçekleşmiş sayılacaktır.

4.4.4. Neticenin Gerçekleşmesi ve Fiil ile Gerçekleşmiş Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Neticenin arandığı taksirli suçlarda, örneğin taksirle öldürmede (TCK m. 85, ICK m. 411) veya taksirle yaralamada (TCK m. 89, ICK m. 426), suçun oluşması için, yalnızca dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiilin işlenmesi, yeterli değil, failin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda suç tipinde yasaklanan neticenin de gerçekleşmesi zorunludur. Böylece, neticenin gerçekleşmesi ve gerçekleşmiş netice ile dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı işlenen fiil arasında illiyet bağının bulunması, taksirli suçun önemli unsurunu oluşturmaktadır. Kanımızca neticenin gerçekleşmesi nedensellik bağının müstelzimidir. Çünkü, gerçekleşmiş bir neticenin bulunmadığı halde, nedensellik bağı da tartışma konusu olamaz. Bu nedenle, neticenin arandığı taksirli suçlarda, neticeyi taksirli

⁵⁹⁶ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 447; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 213-214.

⁵⁹⁷ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 214; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 270; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 447; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 517.

suçun bir tipik unsuru olarak değil, bir *objektif cezalandırılabilme şartı* olarak nitelendiren⁵⁹⁸ görüşü isabetli görmeyip, doktrininde de genellikle kabul edildiği⁵⁹⁹ gibi, neticenin arandığı taksirli suçlarda neticenin gerçekleşmesi, taksirli suçun maddi unsurlarından biri olduğu kanısındayız.

Belirtmek gerekir ki, gerçekleşmiş netice, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı işlenen fiilden meydana gelmeli ve müşahhas olayda gerçekleşen netice ile failin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali niteliğindeki davranış arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Bu nedensellik bağı bulunmazsa veya netice dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucu olarak meydana gelmemiş ise, artık taksirden söz etmek olanaksızdır.⁶⁰⁰ Zira, davranış olmasaydı, netice de gerçekleşmezdi denilebiliyorsa, nedensellik bağlantısının var olduğu düşünülmelidir.⁶⁰¹ Ancak, salt sebep-netice ilişkisinin mevcudiyeti nedensellik bağı için yeterli değildir. Ayrıca, fiziksel olarak var olan sebep-sonuç ilişkisinden doğan neticenin objektif olarak faile isnad edilebilir olması da zorunludur. Başka bir anlatımla netice, failin fiilinin eseri olmalı, üçüncü bir kişinin, bir rastlantının veya mücbir sebebin ürünü olmaması gerekmektedir.⁶⁰² Bu itibarla, illiyet bağının saptanmasından sonra gerçekleşen tipik neticeden failin sorumlu olması için ikinci aşamada neticenin kişiye objektif olarak isnad edilebilirliği değerlendirilmelidir. İlliyet bağının mevcudiyetine rağmen neticenin faile objektif olarak isnad edilememesi halinde, failin söz konusu tipik neticeden sorumlu tutulmayacağı sonucuna varılacaktır. Bir davranışın suçun konusu açısından izin verilen riski aşan bir tehlike doğurması ve bu tehlikenin tipe uygun netice olarak gerçekleşmesi halinde neticenin, faile objektif olarak isnad edilmesi mümkündür.⁶⁰³ Çeşitli haller objektif isnadiyetin⁶⁰⁴ kalkmasına neden olur. Bunlar; riski azaltıcı haller, tehlikenin hukuken önem taşımayacak ölçüde artırıldığı haller, tehlikenin netice olarak gerçekleşmediği haller, izin

⁵⁹⁸ Koca/Üzülmüş, **a.g.e.**, S. 210-211, yazarlara göre, taksirli suçlarda netice, bir *objektif cezalandırılabilme şartıdır*.

⁵⁹⁹ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 281; Onur Yiğit, “*Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 2, 2013, S. 120; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 445; İçel, Genel Hükümler, S. 462; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 510; Demirbaş, **a.g.e.** S. 394; Hakeri, **a.g.e.**, S. 271.

⁶⁰⁰ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 281.

⁶⁰¹ “*Nedensellik ilkesi, eğer 'A olursa B olur veya olacaktır'ı, ifade eder. Nedensellik ilkesi, 'A olursa B olmalıdır', veya 'B olması gerekir'i, ifade etmektedir.*” Hans Kelsen, *Nedensellik ve Isnadiyet*, çev. Zeki HAFIZOĞULLARI, **AÜHFD**, cilt 35, sayı 1, 1978, S. 226.

⁶⁰² Yiğit, **a.g.e.**, S. 121.

⁶⁰³ Sözüer, **Pratik**, S. 20.

⁶⁰⁴ Sözüer, **Pratik**, S. 20. Ayrıca, objektif isnadiyet kavramıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Abdullah Enes Özel, “*Objektif Isnadiyet Teorisi ve Mağdurun Kendisi İçin Yarattığı Durumlar*”, YLT, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, S. 63 vd.

verilen risk halleri, normun koruma alanına girmeyen haller, hukuka uygun alternatif davranışlardır. Buna örnek olarak bazı modern spor faaliyetleri gösterilmektedir.

4.5. Taksir ile Kaza ve Tesadüfün Ayrımı

Kaza, sözlükte “İstem dışı veya umulmayan bir olay dolayısıyla bir kimsenin, bir nesnenin veya bir aracın zarara uğraması” olarak tarif edilmiştir.⁶⁰⁵ Ancak, Ceza hukuku manasında, başka deyişle teknik anlamda kaza ve tesadüf (beklenmeyen durum), kimse (fail veya üçüncü kişiler) tarafından öngörülmesi imkân dahilinde olmayan neticedir. Zira, üçüncü kişi tarafından dahi öngörülemez bir neticeden faili kusurlu görerek sorumlu tutmak söz konusu olamaz.⁶⁰⁶

Taksirde öngörülmesi mümkün olan bir neticenin fail tarafından öngörülmemiş olması bir durum söz konusu iken, kazada neticenin fail tarafından öngörülmesi mümkün olmadığı gibi, kimse tarafından da öngörülemez, başka bir deyişle, taksirde netice öngörülebilir niteliği haizdir. Kazada netice öngörülebilir ve dolayısıyla önlenemez nitelikte değildir. Bu nedenle de taksirden cezai sorumluluk doğabilir iken kazada fail cezaen sorumlu tutulamayacaktır.

Doktrinde de genel olarak kabul gören görüşe göre, bu iki kavram (kaza ve taksir) birlikte değerlendirildiğinde, ikisini birbirinden ayıran en önemli husus “öngörme” unsurunun varlığı veya yokluğudur. Zira taksirde, fiil taksirle işlenmiş olsa dahi, failin cezai sorumluluğundan söz edebilmek için neticenin en azından “öngörülebilir” nitelikte olması lazımdır; aksi halde, hiç öngörülemez olan bir netice söz konusuysa bu halde kazadan bahsedilir.⁶⁰⁷ Dolayısıyla, failin sorumlu tutulması mümkün değildir.

Kaza ve tesadüf *öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan bir netice olarak tarif etmek konusunda* yazarların çoğu arasında görüş birliği mevcuttur. Bu öngörülmesi ve önlenmesi

⁶⁰⁵ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 71.

⁶⁰⁶ Hakeri, **a.g.e.**, S. 226. Belirtelim ki, kaza ve tesadüf, insan hareketlerinin hukukî yönden değerlendirilmesini olduğu kadar, felsefî ve teorik değerlendirmeyi de ilgilendirir. Fakat felsefe bakımından bir kaza ve tesadüfün bulunamayacağı da ileri sürülebilir: sebep ve sonucun önceden belirlendiğine inanan bir görüşten yana olanlar, her olayın, ne kadar önemsiz olursa olsun, bir nedeni olduğunu ve doğal kanunları derinliğine kavrayabildiği kimselerin hattâ yüzyıllar öncesinden o olayı öngörebileceklerini açıklamışlardır. Buna karşılık irade özgürlüğü ilkesinden hareket eden bazı yazarlar arasında da, felsefe alanında kaza ve tesadüften bahsedilmeyeceği kanaatinde bulunanlar mevcuttur: özgürlük belirli bir kanun gereğince görev yapmak zorunluğunu belirtir: fakat bizim sebebini bilmediğimiz veya rastlantı saydığımız bir olay, külli (genel, bütün olayları yaratan ve düzenleyen) irade çerçevesi ve Tanrının kurduğu evrensel düzen içerisinde hiç bir zaman rastlantısal değildir: cahilliğimiz, zekâ ve idrakimizin kısıtlılığı, bunların nedenlerini anlamaktan bizi alıkoyar” Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 541.

⁶⁰⁷ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 71; Hakeri, **a.g.e.**, S. 226.

mümkün olmayan durumun gerçekleşmesi açısından, bir insan davranışının varlığı daima aranır; deprem, güneş çarpması, bir yılanın sokması, bir atın tepmesi gibi tabîî olaylar, kaza ve tesadüf olarak değerlendirilemez; bu olaylara sözü geçen niteliği vermek için, doğal olayların bir zarara sebebiyet vermeleri bakımından, insanın bu olaylarla ilgili bir davranışta bulunması gereklidir. Böyle bir olay meydana geldiğinde, neticenin öngörülebilir nitelikte olup olmadığına bakılır: netice öngörülebilir nitelikte olmadığı takdirde, ne kast ne de taksir bulunacağı için, kaza ve tesadüf mevcuttur, denilir; netice öngörülebilir nitelikte olduğu zaman ise, bu sonuca engel olma imkânının bulunup bulunmadığı değerlendirilir ve failin durumuna ve sahip olduğu araçlara göre gerçekte öngörülmüş olsa dahi belirli bir neticenin meydana gelmesine engel olma imkânının bulunmaması hallerinde, yine kaza ve tesadüfün varlığı sonucuna varılır.⁶⁰⁸ Belirtmek gerekir ki, ne Irak Ceza Kanunu ne de Türk Ceza Kanunu kaza ve tesadüften söz etmiştir.

4.6. Taksirli Suçta Hukuka Aykırılık Unsuru Meselesi

Doktrinde bir görüşe göre, kasten işlenen suçlarda tipiklik unsurlarının gerçekleşmesi, işlenen fiilin hukuka aykırılığına karine oluşturur. Dolayısıyla, fiilin tipe uygunluğunun tespit edilmesi halinde, fiil kural olarak kendiliğinden hukuka aykırı telakki edilmektedir. Fakat, bu karine çürütebilir bir niteliğe sahiptir. Hadisede bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda, fiil tipikliğe uygun olsa da, artık hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Kasıtlı suçlar açısından geçerli olan bu husus, taksirli suçlar açısından da geçerli ve taksirli suçun hukuka aykırılık unsurunda, kasıtlı suçlar bakımından geçerli genel kurallarından ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur.⁶⁰⁹

Başka bir görüşe (Alman doktrininde) göre⁶¹⁰ ise, tipe uygunluk alanındaki özen yükümlülüğünün ihlalinin hukuka uygunluk sebebi ile bağdaştırılması sorunludur. Çünkü bir taraftan (hukuka aykırılık alanı) sanığın hukuka uygun hareket etmesi gerektiği, öbür taraftan (tipiklik alanında) da özen yükümlülüğüne aykırı davranması gerektiği belirtmektedir. Bu çelişkinin giderilmesinin iki ihtimali vardır; ya tipe uygunluk içinde özen yükümlülüğüne aykırılık reddedilmelidir. Bu halde, taksirle işlenen suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği tipe uygunluk içinde mütalaa edilmelidir. İkinci ihtimal olarak

⁶⁰⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 543; Hakeri, **a.g.e.**, S. 226.

⁶⁰⁹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 455-456; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 228.

⁶¹⁰ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 228-229.

ilk önce özen yükümlülüğünün ihlali kabul edilmeli ve hukuka aykırılık içinde tekrar reddedilmelidir. Böylece hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu söylenmelidir. Çünkü hukuken bir yükümlülük ya vardır ya yoktur.

Kanımızca da, taksirli suçlarda hukuka aykırılık unsuruna ayrıca yer verilmek, ve kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin kuralların uygulanabilmesi yönündeki görüş isabetli değildir. Çünkü, taksirin haksızlık esasını oluşturan objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin gerçekleşebilmesi için, failin hukuk veya ortak tecrübelerin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde davranmalıdır. Başka bir anlatımla, hukuk veya davranış kurallarına aykırı olan bir davranış olmazsa zaten taksirin tipiklik unsuru da söz konusu olamaz. Bu nedenle kanaatimize göre, taksirin objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, hukuka aykırılık unsurunu da ihtiva etmektedir.

4.7. Taksirle İşlenen Fiilden Dolayı Kusurluluk

Taksirle işlenen suçun haksızlık muhtevasını, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiilin işlenmesi ve bunun neticesinde objektif olarak faile isnat edilebilir neticenin gerçekleşmesi oluşturmaktadır. Objektif nitelikteki bu iki hususun mevcudiyeti durumunda taksirli suçun haksızlığı oluşmaktadır. Bu aşamada faile ilişkin bir değer yargısı söz konusu değildir. Aksine fail tarafından işlenen fiil üzerinde bir değer yargısında bulunmaktadır. Fiilin haksızlık oluşturduğunun tespit edilmesinden sonra, sorumluluk alanında gerçekleştirilecek ikinci değerlendirme, failin bu haksızlık nedeniyle muaheze edilip edilemeyeceğidir. Bu aşamada, taksirle işlenmiş haksızlığın faili hakkında bir değer yargısında bulunmaktadır.⁶¹¹

Taksirli fiille meydana getirilen haksızlıklarda fail, kendi şahsi kabiliyetleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla, objektif olarak var olan özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu kabiliyetlere şahsen sahip olan kişi, buna rağmen bu yükümlülüğü aykırı davranması neticesinde bir hukuki değeri zarara maruz bırakması veya somut bir tehlikeye uğratması halinde, taksirli haksızlıktan dolayı kusurlu addedilecektir. Bu itibarla, kişinin, dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığını ve muhtevasını idrak edebilecek ve aynı zamanda bu doğrultuda

⁶¹¹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 456.

hareket edebilecek durumda olması gerekir.⁶¹² Başka bir deyişle, failin *özen yükümlülüğüne uygun davranmasının ondan beklenebilir olması*, taksirli suçlarda kusurluluğun varlığı için gereklidir.⁶¹³ Dikkat ve özen yükümlülüğünün kişi tarafından idrak edilebilir olması, aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla gerçekleşen neticenin öngörülebilir olmasını da ifade etmektedir.⁶¹⁴ Taksirli suçlarda kusurluluk meselesi ile ilgili ICK'da bir hüküm bulunmamaktadır. TCK ise bu hususu şu şekilde düzeltmiştir; “*Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir* (m. 22/4). Kanımızca Irak Ceza Kanunu'nda da benzer bir hükme yer verilmesinde isabet vardır.

4.8. Taksirli Hareketlerin Birleşmesi ve Sorumluluk

Öncelikle belirtelim ki, doktrinde genellikle kabul gören görüşe göre, taksirle işlenen suçlarda ne teşebbüs ne de iştirak hükümlerinin uygulanması mümkündür.⁶¹⁵ Nitekim, Irak ve Türkiye ceza kanunlarının teşebbüs (ICK m. 30, TCK m. 35/1) ve iştirake (ICK m. 47, TCK m. 40/1) müteallik hükümleri dikkate alındığında, her iki hukuk sisteminde de doktrine paralel olarak, taksirli suçlar bakımından teşebbüse ve iştirake ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi hukuken kabul edilmemiştir. Nitekim, TCK'da “*birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*” (m. 22/5) denilmek suretiyle, birden fazla kişinin tipe uygun neticeye birlikte sebebiyet vermeleri durumunda mesuliyetin ne şekilde tespit edileceği açıkça gösterilmiştir. Bu itibarla, birden fazla kişinin karşılıklı olarak suçun kanunda tarif edilen neticesine taksirle sebebiyet vermeleri durumunda, her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru dikkate alınmak suretiyle fiilin tamamı bakımından belirlenecek ve bu belirleme yapılırken diğer kişilerin

⁶¹² Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 285.

⁶¹³ İfade edelim ki, neticenin kaçınılmaz olduğu hallerde yani failin, dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı dahi neticenin yine de gerçekleşecek olduğu durumlarda, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından söz edilip edilemeyeceği husus tartışmalıdır. Öğretide bu durumda, sonucun objektif olarak faile yüklenemeyeceği; failin neticeden sorumlu tutulmasının adil olmayacağı ileri sürülmüştür, Zafer'e göre bu durumda, nedensellik bağının başka bir müstakil seri tarafından kesilmiştir (Zafer, **a.g.e.**, S. 292-293). Ancak, Özgenç'e göre, objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının mevcudiyeti halinde, faraziyelerden hareketle mesuliyetten sarfınazar edilmesi doğru bir düşünce değildir. Bu itibarla, Türkiye'de vukuu bulan depremlerde yıkılan binalara ilişkin olarak ceza hukuku mesuliyetinin belirlenmesi bakımından düzenlenmiş olan bazı “bilirkişi” raporlarında ileri sürülen aksi yöndeki düşünce isabetli değildir (Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 281). Biz de, verilen örnekten hareketle, ikinci görüşü daha yerinde olduğunu düşünürüz ve kanımızca fail kusurluluk derecesine göre cezalandırılmalıdır.

⁶¹⁴ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 285.

⁶¹⁵ Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, cilt 2, çev. Hakeri ve diğerleri ve diğerleri, Ed. ÜNVER, Y.; 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, S. 78-79; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 285; Koca/Üzülmöz, **a.g.e.**, S. 222; Zafer, **a.g.e.**, S. 290 ve 295. Ancak doktrinde, taksirli suçlarda da iştirak hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 183 vd.

kusurlu olup olmadığı hususu göz önünde bulundurulmayacaktır. Her failin cezası kendi kusuruna göre ayrı ayrı tayin edilecektir.⁶¹⁶ İCK'da ise bu konuyla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca ise böyle bir hükmün İCK'da da bulunması zaruridir.

Bununla beraber birden fazla kişinin taksirli davranışının suçun kanuni tarifine uygun neticeyi meydana getirmiş olması, başka bir deyişle, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan failin fiiline mağdurun veya üçüncü şahısların fiillerinin eklenmesi ve bunun sonucunda neticenin meydana gelmesi olanaklıdır. Böyle bir durumda taksirle hareket eden kişinin gerçekleşen neticeden sorumlu tutulup tutulamayacağı çeşitli ihtimaller dahilinde incelenebilir.

İlk olarak bir kimsenin gerçekleştirdiği taksirli fiil bir başkasının kasten işlediği suça katkı oluşturabilir. Meselâ bir katilin, suç işlemede kullanacağı zehri, eczacının bunu muhafaza etmekteki özensizliğinden faydalanarak ele geçirip düşmanını öldürmesi durumunda, eczacının gerçekleşen ölüm neticesinden sorumlu tutulup tutulamayacağı araştırılmalıdır. Yine örneğin, silahını masanın üzerinde unutan kişinin, akşam evine gelen ve araları açık olan misafirlerden birisinin bu silahı alıp başkasını yaralaması veya öldürmesi durumunda, ölüm neticesinin silahın sahibine isnat edilip edilemeyeceği incelenmelidir. Keza av tüfeği ile köy kahvesine giren A'nın, kahvede bulunan diğer kişiler arasındaki tartışmaya şahit olmasına rağmen, tüfeği bir kenara koyup olayları izlemeye başlaması ve tartışma sonucu çıkan kavgada B'nin A'nın tüfeği ile C'yi öldürmesi durumunda, C'nin ölümünün A'ya isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır.⁶¹⁷

Bu örnek olaylarda eczacının zehri muhafaza etmekte yeterli tedbirleri almaması, ev sahibi ve kahvehaneye giren vatandaşın ise dolu bir silahı birden fazla kişinin mevcut bulunduğu yere bırakması, özen yükümlülüğünün ihlalini teşkil etmektedir. Bu suretle özene aykırı fiillerin ölüm neticeleri açısından nedensel olduğunda ve kasten işlenen fiillerin bu bağı kesemeyeceğinde de tereddüt yoktur. Burada problem ölüm neticelerinin taksirli harekette bulunan kişilere isnat edilip edilemeyeceği ve bununla bağlantılı olarak bu kişilerin taksirle öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulup tutulamayacaklarıdır. Bu probleme cevap vermek

⁶¹⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 223.

⁶¹⁷ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 223; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 453, Konuya ilişkin daha fazla örnekler için bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 512-517.

üzere, öğretide üç teori⁶¹⁸ ileri sürülmüştür. Bunlardan; Almanya Federal Mahkeme içtihatlarında benimsenen **uygun nedensellik bağı teorisi**ne göre, tam sorumlu olarak davranan üçüncü bir kişinin kasten ve kusurlu olarak olaya katılması, ön şartı oluşturan ilk hareket edenin taksir mesuliyetini ortadan kaldırması söz konusu değildir. Şayet üçüncü kişinin müdahalesi normal olarak hesaba katılamayacak kadar her türlü hayat tecrübesinin haricinde ise ancak o zaman neticenin isnat edilmesi mümkün olamaz. Bu bağlamda ortaya atılan diğer bir görüş, **bir başkasının suçunu taksirle mümkün kılma veya kolaylaştırmanın da taksirli sorumluluğu oluşturması gerektiğine** isnat etmektedir. Buna göre kasti bir suçta taksirle iştirak etmenin taksirli faillik olarak cezalandırılması mümkündür. Bu sebeple, yukarıdaki hadiselerde taksirle davrananlar taksirle öldürme suçundan cezalandırılacaktır. Ancak bu düşünce Ceza Kanunundaki iştirake ilişkin düzenlemelerden hareketle itiraza maruz kalmıştır. Ceza Kanununda yalnızca kasten iştirak etmenin cezalandırılabilceği, taksirle iştirakin ise cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Buna ilaveten bu görüş, cezalandırılabilirliği aşırı derecede genişletmekle ve her kasti suçta taksirli ön şartın yapıp yapılmadığını araştırmaya götürmekle tenkit edilmiştir.

Bu hususta savunulan **nedensellik bağının kesilmesi teorisi**ne göre ise tam sorumlu olarak davranan üçüncü şahsının kasti ve kusurlu müdahalesi daima ön şartı oluşturan ilk fiili yapanın taksir mesuliyetini ortadan kaldırır ve neticenin ona isnat edilmesi mümkün değildir. Ceza hukuku normları hükmedilebilir neticeden kaçınmayı emreden normlardan tekevvün etmektedirler. Ancak hükmedebilirlik, tam sorumlu olarak davranan üçüncü şahsının müdahalesiyle sona erer. Bu itibarla, taksirli davranan arkadaki kişinin cezalandırılması gerekli olmamaktadır. Bu çözümün neticesi olarak, kasten işlenen bir suçta taksirle iştirak her zaman cezasız kalacaktır. Dolayısıyla, yukarıdaki hadiselerde yalnız kasten hareket eden kişiler cezalandırılabilir, diğerleri cezalandırılmaz.⁶¹⁹

Doktrinde bazı müellifler bu tür olaylar açısından bir “rücu yasağı”nın (Regressverbot) bulunduğunu kabul etmektedirler. Buna göre, bir kişi taksirli hareketi yaptıktan sonra, bu hareket üçüncü kişi tarafından işlenen taksirli veya kasıtlı diğer bir hareketin ön aşamasını oluşturuyorsa, ilk taksirli hareketi yapan failin davranışı ile netice arasında illiyet bağlantısı kurulamaz. Aksi halde cezalandırılabilirliği oldukça genişleteceği söylenmiştir. Hiç kimsenin

⁶¹⁸ Bu soruna cevap vermek gayesiyle ileri sürülen ve bizim de bahsedeceğimiz teoriler Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, 224-225 sayfalarından alınmıştır.

⁶¹⁹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 224.

bir davranışta bulunurken, bu davranışının bir başkasının sorumluluk bilinciyle ve serbest iradesiyle işleyeceği suça zemin oluşturabileceği olasılığını hesaba katma yükümlülüğünün olmadığı belirtilmiştir. Hukuk toplumunda hâkim olan güven ilkesine göre, bir kimse bir harekette bulunurken, bu hareketinin bir hukuki değeri ihlal etmemesi gerektiği hususuna dikkat edecekse de bu esnada bir başkasının hukuka aykırı davranabileceği ihtimalini hesaba katmak mecburiyeti bulunmamaktadır. Bu düşünceye karşın, bir başkasının kasti suçuna hükmetmenin ve bir haksız neticeyi hem faile hem de ilk hareket edene objektif olarak isnat etmenin kural olarak olanaklı olduğu söylenmiştir. Bir başkasının hukuken doğru hareket edeceğine güvenileceğine yönelik genel ilkenin sınırsız olmadığı ileri sürülmektedir.⁶²⁰

Yukarıda zikredilen teorilerin mahzurlarından, tatbikatta da kısmen rağbet gören, **sınırlı sorumluluk alanı teorisi** (die Theorie der begrenzten Verantwortungsbereiche) ile kaçınılabileceği ileri sürülmektedir. Buna göre isnadiyet, katılanın sorumluluk alanının sınırlandırılması suretiyle tayin edilmelidir. Prensipte, herkes, başkasının hukuka uygun hareket edeceğine güvenmelidir. Tam sorumlu olarak davranan üçüncü şahsının kasti ve kusurlu bir müdahalesi, ön şartı gerçekleştiren ilk hareketi yapan kişiye ancak ve sadece şu durumda isnat edilebilir; olayda ya üçüncü kişinin fiili bakımından müşahade edilebilir işaretler, emareler mevcut olmalıdır ya da ilk hareket edenin zarardan kaçınmak açısından garantör olarak yükümlü olduğu haller bulunmalıdır. Herkes fiilini, evvel emirde, sadece başkasının hukuki değerlerini tehlikeye düşürmemeye yönlendirmekle yükümlüdür. Kişi, aynı zamanda, başka tehlikeli hareketlerin de yapılmamasını sağlamak mecburiyetinde değildir. Bununla birlikte eğer ilk hareket edenin davranışının suçun gerçekleştirilmesine götüreceği veya onun özel bir koruma yükümlülüğünü haiz olduğu kabul edilmek gerekiyorsa, bu halde artık üçüncü kişiye yönelik güvenin yaptırımsız kalması imkansızdır. Bu çözümle beraber, kasten işlenen bir suça taksirle iştirak yalnızca istisnai hadiselerde cezalandırılabilir. Yukarıdaki örneklerin üçünde de böyle bir istisnai vakıa mevcuttur. Bu hadiselerde muhtemel ve müşahade edilebilir fiil eğiliminin varlığı tartışmasına girmeksizin, zaten silah mevzuatı silah taşıma hakkı verdiği kişiye silahını ihtimamlı bir biçimde muhafaza etme yükümlülüğü yüklemektedir. Keza ilaç mevzuatı da zehir gibi maddelerin muhafazasında özel düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bu hükümlerden özel bir garantörlük durumu (bir tehlike kaynağını gözetleme) mevcuttur. Dolayısıyla, olaylarda özene aykırı

⁶²⁰ Koca/Üzülmez, a.g.e., S. 224; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 453.

hareket eden kişilerin taksirle öldürmeden dolayı cezalandırılmaları lazımdır.⁶²¹ Kanaatimize göre de temas edilen görüşlerden sonuncusu ele alınan sorunu isabetli bir şekilde çözmüştür. *İkinci ihtimal, failin gerçekleştirdiği taksirli fiile bir başkasının taksirli fiilinin eklenmesidir.* Meselâ, trafiğe açık işlek anayol üzerinde bulunan bir binanın yıktırılması işini üzerine alan müteahhit, yıkma işine başlarken, yoldan geçenlerin zarara maruz kalmaları olasılığına karşı binanın yol üzerindeki cephesine tahta perde kurması gerekirken bunu yapmama, ayrıca yıkım işinde çalışan iki işçi de yolda kimsenin olup olmadığına dikkat etmeksizin binadan sökülen büyük bir kalası sokağa atmaları sonucunda yoldan geçen bir kişinin yaralanması veya ölmesi halinde, keza, bir müteahhit inşaat sırasında balkon demirini sabitlendiği yerde sağlam malzeme kullanmadığından dolayı, balkon demirinin sağlam olmaması, ayrıca annenin küçük çocuğunu balkona bırakması ve çocuğun demirlerin üzerine çıktığı esnada demirle birlikte aşağıya düşerek ölmesi,⁶²² bu durumlarda, yani failin taksirli fiilinin bir başkasının taksirli fiiliyle birleşmesi halinde, ***herkes kendi taksirli fiilinden dolayı, kusuruna göre sorumlu tutulacaktır.***⁶²³ Ayrıca bu gibi hallerde önceki taksirli fiille netice arasındaki nedensellik bağının bulunmamasından veya kesilmiş olmasından bahsedilmesi yanlıştır.⁶²⁴

Son bir ihtimal olarak, failin gerçekleştirdiği taksirli fiile mağdurun taksirli fiilinin eklenmiş olmasıdır. İfade etmek gerekir ki, taksirli fiil yalnızca mağdur tarafından işlenmişse ve failin neticenin gerçekleşmesinde özensizliği bulunmuyorsa, tipe uygun neticeden dolayı fail sorumlu tutulamaz. Örneğin, otobanda hız kurallarına uygun bir şekilde seyretmekte olan bir aracın yola aniden atlayan bir yayaya çarpması durumunda sürücünün taksirinden söz edilemez. Burada asıl ihtimal hem failin, hem de mağdurun taksirli fiillerinin neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermiş olmasıdır. Bu halde, kusurların takasından bahsetmektedirler. Başka bir deyişle, birinin kusurunun diğerinin kusurunu ortadan kaldıracığını ve dolayısıyla failin taksirden dolayı sorumluluğu ortadan kaldıracığını ileri sürmektedir.⁶²⁵ Buna karşılık, doktrininde haklı olarak ileri sürülen görüşe göre, failin taksirden dolayı mesuliyeti ortadan kalkmaz, yani taksirler arasında takas cereyan etmez.⁶²⁶

⁶²¹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 226; Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 453.

⁶²² Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 288-289; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 399.

⁶²³ Irak Ceza Kanununda bu konuyla ilgili bir hüküm bulunmamakla birlikte, Irak Temyiz Mahkemesinin bu yönde kararları mevcuttur; 1345 sayılı ve 11.04.1973 tarihli; 504 sayılı ve 08.07.1973 tarihli kararları.

⁶²⁴ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 288-289; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 227; Demirbaş, **a.g.e.**, S. 399.

⁶²⁵ Soyaslan, **a.g.e.**, S. 452.

⁶²⁶ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 290; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 516; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 227; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 452.

Örneğin, şehir içinde azami hız sınırlarını aşarak seyreden sürücü, aniden bisikletiyle yola çıkan çocuğa çarpar. Bu halde gerek failin gerek mağdurun taksirle hareket ettiklerini kabul etmek gerekir; çünkü her ikisi de trafikle ilgili kurallara uygun hareket etmemişler. Mağdur taksirle davranmış olsa dahi fail, kendi taksirli fiili dolayısıyla kusuruna göre sorumlu tutulacaktır.

4.9. Taksirin Çeşitleri

4.9.1. Ağır Taksir-Hafif-Pek Hafif/Müessir Taksir

Roma özel hukukundan gelen bir ayrımı esas almış orta zaman müellifleri taksiri derecesine göre ağır, basit (hafif) ve pek hafif/müessir olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutmuşlar ve bu derecelendirme günümüz doktrininde de yapılmaktadır.⁶²⁷

Roma hukukuna dayanan ve hâlâ ileri sürülen bu görüşe göre, işlenen fiilden dolayı meydana gelecek yasaklanan netice herkes tarafından öngörülebilir nitelikte ise **ağır taksir (culpa lata)**, örneğin, insanların yaşadığı bir ev bahçesine bir hayvan avlamak için girip attığı atış sonucunda bir insanın ölümüne sebebiyet veren kişi, ağır taksirle hareket etmiştir.

Basit/hafif (culpa levis) taksir ise, işlenen fiilden doğacak zararlı neticenin yalnızca orta özenli/dikkatli olan şahıslar tarafından öngörülebilir nitelikte olması şeklinde ortaya çıkacaktır. Örnek olarak, mermi ile dolu bir silahı dikkatsizce taşıyarak, bir insanın ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet verilmesi gösterilebilir.

Pek hafif/müessir taksir (culpa levissima), fiilden meydana gelen neticenin orta zekada/dikkatli olan şahıslar tarafından öngörülmesi mümkün olmayan, ancak istisnai ve olağanüstü bir dikkat ve basiretle öngörülebilmesi hallerde söz konusu olur. Örneğin, fail odasında otururken, **asla** kimsenin geçmediği bir yola bakan penceresinden bir şey atar ve attığı şey o sırada yoldan geçen birinin üzerine düşerek ölümüne neden olur. Bu durumda, pencerenin baktığı yoldan hiçbir zaman kimse geçmediğinden, birinin oradan geçmesi orta özenli/dikkatli olan bir şahıs tarafından öngörülmesi mümkün olmayan ve dolayısıyla

⁶²⁷ Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 215; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 387.

neticenin ancak çok özenli/dikkatli bir şahıs tarafından öngörülmesi mümkün olan bir netice olduğu için, burada pek hafif (müessir) taksir mevcuttur.⁶²⁸

Bu ayrımı benimsemiş yazarlara göre,⁶²⁹ ağır taksir (culpa lata) kasta, pek hafif/müessir (culpa levissima) taksir ise kaza ve tesadüfe yaklaşan bir durumdur ve hâkim cezayı belirlerken taksirin derecesine göre belirlenmelidir. Zira, pek hafif/müessir taksirle işlenen fiillerden cezai sorumluluk değil, ancak medeni (özel) hukuk anlamında (tazminat) bir sorumluluk doğabilir.

Belirtelim ki, günümüz doktrinde bu ayrım genellikle kabul edilmemektedir. Bu görüşe haklı olarak yapılan eleştiriler şöyle özetlenebilir; en önemlisi bu yaklaşımın taksirin belirlenmesinde kullanabilecek bir kriteri olmamasıdır. Ayrıca çok dikkatli/özenli bir şahsı kıstas olarak kullanarak taksirin ağır veya hafif olduğunu tespit ederken, aynı taksirin pek hafif mi hafif mi olduğunu belirlerken başka bir kriter başvurulması bu defa orta dikkatli/özenli bir şahsı dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla bu görüş taksirin dayandığı esas noktayla bağdaşmamaktadır. Çünkü, taksirde sadece bir kriter mevcuttur o da orta dikkatli/özenli bir insandır.⁶³⁰

Bu ayrımın ceza hukukunda bir değeri ve yeri olmadığı ileri sürülmüştür. Taksir ya vardır veya yoktur, bunun derecesi, ağırlığı veya hafifliği diğer unsurlar gibi, cezanın somut olarak tayininde dikkate alınırsa da, bilimsel yönden böyle bir ayrım yapmak isabetli değildir.⁶³¹ ifade edelim ki, TCK da bu ayrıma önem atfetmemiştir.

Mukayeseli hukukta da taksirin bir derecelendirmeye tabi tutulduğu mülahaza edilmektedir. Sözgelimi, Fransız Ceza Kanun'un genel hükümler kısmında yer alan 121/3. maddesindeki düzenlemede esasta iki tür taksir kabul edilmiştir. Bunlardan ilki yukarıda bilinçsiz/öngörüsüz taksiri de karşılayan basit (hafif) taksir (culpa levissima); “faute/délit d'imprudence simple/ordinaire”, ikincisi ise ağır taksir (culpa lata) kavramına denk gelen “faute d'imprudence qualifiée/aggravée” olmaktadır. Ağır taksir ise ikiye ayrılmakta, bu taksir türlerinden biri; basit taksirden daha ağır ancak bilinçli taksirden daha hafif olup faute

⁶²⁸ Abdülletif Ahmet, **El-hata Gayr El-amdi fi El-kanun El-vasfı ve El-şeria El-İslamiye** (İslam Şeriatı ve Vasfı Kanunlarda Taksir), Dar El-nahda El-Arabiye, S. 382-383; Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 215.

⁶²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 387-388; Nasr, **a.g.e.**, S. 105; Soyaslan, **a.g.e.**, S. 522; El-seyit, **a.g.e.**, S. 390.

⁶³⁰ Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 216.

⁶³¹ DÖNMEZER/ERMAN, 2019, S. 522; İÇEL, 2018, S. 471; Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 216.

caractérisée olarak adlandırılan, basit taksirde olduğu gibi yalnızca bir netice gerçekleştiğinde mevzu bahis olan ve failin fiili işlerken meydana gelebilecek neticeyi öngörmemesinin sahip olduğu görev ve yetkiler itibarıyla mümkün olmadığı ve bu nedenle neticeden sorumlu olduğu esasına dayanan bir taksir türünü ifade etmektedir.⁶³² Aynı şekilde, Brezilya Ceza Hukuku'nda taksirin derecesine önem atfedildiği, failin yalnızca ağır ve hafif taksirden sorumlu tutulduğu, pek hafif taksirden ise, cezayı sorumluluğunun bulunmadığı görülmektedir.⁶³³

Irak Ceza Kanunu, ilke olarak taksirin derecelerini dikkate almamış ve esas itibarıyla taksirin ya var veya yok kuralını benimsemiştir. Ancak, bu kurala bir istisna getirerek, 341. maddesinde kamu görevlisi veya kamuya hizmet vermekle mükellef olan kişinin, işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, kişinin *ağır taksirle hareket etmiş olması* ve çalıştığı yerin malını veya menfaatini (çıkarlarını) *ağır bir zarara maruz bırakmış* olması aranmaktadır. Şayet bu iki şartlardan biri gerçekleşmezse, fail işlediği taksirli fiilden sorumlu tutulamaz. Maddede açıkça, görevli veya kamuya hizmet vermekle mükellef kişinin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulabilmesini iki şarta bağlamıştır. Bunların birincisi, ağır taksirin bulunması, ikincisi ise, ağır zararın meydana gelmesidir. Bu maddenin mefhumu muhalifi, hafif (müessir) taksirden cezai mesuliyetinin doğamayacağıdır. Hükümde, görevin yerine getirilmesinin ciddi bir şekilde ihmal edilmesi (büyük özensizlik), yetkinin kötüye kullanılması ve vazife vaciplerinin ciddi/ağır bir şekilde ihlal edilmesi, bu suç bakımından ağır taksirin gerçekleştiriliş şekilleri olarak münhasıran belirtilmiştir. Nitekim, Irak Temyiz Mahkemesinin de bu yönde kararları mevcuttur.⁶³⁴

Bilindiği gibi, ICK 341. maddesinde düzenlenen ve doktrinde *görevlinin taksiri* suçu olarak isimlendirilen bu suça münhasır (özü) olarak, taksirden cezai sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, failin ağır taksirle hareket etmesi şarttır. Ancak, kanun koyucu taksirli öldürme (ICK m. 411/2.) ve taksirle yaralama (ICK m. 416/2.) suçları açısından, failin ağır taksirle hareket etmiş olması, bir ceza ağırlaştırıcı nedeni (durum) olarak kabul edilmiştir. Fakat bu iki suçun taksirle işlenmiş olduklarında, söz konusu taksirin ağır mı yoksa hafif şekli mi bulunduğu mahkeme tarafından belirlenecek olup, hâkim takdirine bırakılmıştır. Böylece, hâkim somut olaya göre taksirin ağırlığını tespit edecektir. Nitekim, hâkim

⁶³² Claire Sourzat, **Droit Pénal Général Et Procédure Pénale**, Brüksel, 2014, S. 105. Ayrıca bkz. Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 216.

⁶³³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 388.

⁶³⁴ Irak Temyiz Mahkemesi, 733 sayılı ve 18.02.1969 tarihli, karar için bkz. El-hedisi, **a.g.e.**, S. 316.

bilinçli/öngörülü taksiri, bilinçsiz/öngörüsüz taksirden daha ağır sayabileceği gibi, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal şeklini de göz önünde bulundurarak, taksirin derecesini belirtebilir.⁶³⁵

4.9.2. Bilinçsiz (Öngörüsüz) Taksir- Bilinçli (Öngörülü) Taksir

Bazı yazarlara göre, failin iradesi ile meydana gelen zararlı netice arasında bir psişik bağ mevcuttur ve bu ilişki iki surette ortaya çıkacaktır.

Bunlardan birincisinde, fail, neticenin gerçekleşebileceğini öngörebilir ve hatta öngörmesi vacip iken, neticeyi öngörmemekte ve dolayısıyla gerçekleşmemesi için bir harekette bulunmamaktadır.⁶³⁶ Bu tür taksire bilinçsiz/öngörüsüz taksir adı verilmektedir. Bizim de yukarıda taksirle ilgili yaptığımız izahlar taksirin bu türüne tekabül etmektedir. TCK'da da bilinçsiz taksir, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 22/2). Görüldüğü gibi, bu maddede de doktrinin büyük kısmına paralel olarak netice esas alınmıştır. Dolayısıyla, tanımın eksik olduğu, suçun diğer unsurlarından da söz etmesi gerektiği, yukarıda belirtilmiştir.

İkincisi ise, fail davranışından dolayı yasaklanmış bir neticenin meydana gelebileceğini öngörür, ancak, iradesini neticenin gerçekleştirmesine tevcih etmemekte ve hatta meydana gelmemesini ümit etmektedir.⁶³⁷ kısaca, failin neticeyi öngörmüş fakat gerçekleşmesini istememiş olduğunu ifade etmektedir. Taksirin bu türüne de bilinçli/öngörülü taksir verilmektedir.

Belirtelim ki, bilinçsiz/öngörüsüz taksirin aksine, bu tür taksir (bilinçli/öngörülü) doktrinde çok tartışılan bir husus olup, neticenin öngörülmüş olması noktasında aynı nitelikte olduğundan, bazı yazarlar tarafından taksirin bir çeşidi olarak değil, olası kast içinde mütalaa edilmektedir. Bilinçli taksirin niteliği tartışılan bir husus olduğu ve olası kastla çok benzerliği bulunduğu için, mevzuyu iyi izah etmek amacıyla aşağıda ilk olarak bilinçli/öngörülü taksirin kavram ve niteliği, ondan sonra da olası kastla ayrımı incelenecektir.

⁶³⁵ El-hedisi, a.g.e., S. 317; Abdişweiş, **Hata (taksir) Teorisi**, S. 219-220.

⁶³⁶ El-hedisi, a.g.e., S. 268.

⁶³⁷ El-hedisi, a.g.e., S. 268.

4.9.2.1. Bilinçli (öngörülü) taksir kavramı

Taksirin istisnai şeklini teşkil eden bilinçli (öngörülü) taksir, failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlediği fiil sonucunda gerçekleşebilecek neticeyi öngörmesi ve neticenin gerçekleşmesini önlemek (engellemek) için çaba harcamasına rağmen neticenin meydana gelmesi halinde söz konusu olacaktır.

Belirtmek istediğimiz nokta şudur; taksirin temel şekli olan öngörüsüz (bilinçsiz) taksir, suçun bütün unsurları açısından düşünülebilir ise de, mahiyeti gereğinden, taksirin istisnai şeklini ifade eden öngörülü (bilinçli) taksir, ancak neticeye ilişkin düşünülebilir. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi, istemenin öngörmeden (bilme) farklı olarak ortaya çıkabilmesi sadece suçun maddi unsurlarının alt unsuru neticeye ilişkin düşünülebilir. Başka bir anlatımla, netice dışında kalan suçun diğer maddi unsurları bakımından bir öngörme bulunursa ve fail buna rağmen fiilini işlemişse taksirin değil, öngörmenin niteliğine göre kast kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira, netice dışında kalan diğer unsurların failce öngörülmüş olduğu fakat istenmemiş olduğu iddia edilemez. Meselâ, taksirle öldürme suçunda, failin, meydana gelen **ölüm neticesi** bakımından öngörülü (bilinçli) taksirle hareket etmiş olması mümkün ve fakat **öldürülen canlının insan olması** hakkında bilinçli taksirle hareket etmiş olması mümkün değildir.

Yukarıda izah edildiği gibi, 111 sayılı Irak Ceza Kanunu'nda ne bilinçsiz ne de bilinçli taksirle ilgili bir tanım bulunmaktadır, mevzu doktrine bırakılmıştır. 5237 Türk Ceza Kanunu'nda ise, 22. maddesinin 3. bendinde, “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde*” bilinçli taksirin varlığını kabul edilmiştir.

Mevzuya ilişkin madde gerekçesinde; “*maddenin üçüncü fıkrasında, bilinçli taksirin tanımı verilmiştir. Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır. Bilinçli taksir hâlinde hükmedilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Böylece bilinçli taksir, iş kazalarını, trafikte meydana gelen taksirli suçları önlemek bakımından caydırıcı etki yapacak ve suçların önlenmesinde yarar sağlayacaktır*” denilerek bilinçli taksirle işlenen suçun bilinçsiz (basit, öngörüsüz) taksirle gerçekleştirilen şekline göre ceza üçte birinden yarısına kadar artırılmasını gerektirmiştir. İfade edelim ki, düşüncemize göre bilinçli taksirde cezanın artırılmasına dair

bir hükmün bulunması doğru olmamıştır, bunun yerinde hâkime takdir yetkisi verilmek daha isabetli olurdu.

Görüldüğü gibi, olası kastla bilinçli taksir hem niteliği bakımından hem de TCK'da ikisine yapılan tanımlar bakımından birbiriyle çok noktada örtüşmektedir. TCK'da bilinçli taksir-olası kast ayırımının yapılmasında isteme unsuru ölçüt olarak benimsenmiştir. Şayet netice öngörülmüş ve fakat istenmemiş ise bilinçli taksir söz konusu olacaktır. Fakat, doktrinde bilinçli taksir incelenirken, genelde failin kendisine veya şansına duyduğu güvenden veya yeteneğini abartmasından dolayı neticenin meydana gelmeyeceği inancıyla hareket etmesinden bahsedilir⁶³⁸. Zira, bilinçli taksirde fail, neticenin gerçekleşebileceğini öngörmüş ve buna rağmen, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiilini işlemekten kaçınmamaktadır. Ancak kişi, fiiline devam ederken olası kastta olduğu gibi "olursa olsun" şeklinde bir katlanma veya kabullenme ile değil, neticenin meydana gelmeyeceğine ilişkin bir güvenle davranmakta, fakat nihayet korkulan olmaktadır⁶³⁹. Başka bir deyişle, bilinçli taksirde öngörme, failde neticenin meydana gelmeyeceğine ilişkin bir kanıyla (güvenle) birlikte bulunmaktadır. Ayrıca, doktrinde, faildeki güvenin bir dayanağı olması gerektiği, bu dayanağın, failin bilgisi, tecrübesi, kişisel yetenekleri veya kullanılan vasıtanın niteliği olabileceği belirtilmiştir. Bu itibarla bilinçli taksirden söz edilebilmesi için somut olayın özelliğine göre failin neticenin gerçekleşmeyeceği yönündeki kanaatine ilişkin şartların oluşup oluşmadığı ayrıca araştırılmalıdır.⁶⁴⁰

4.9.2.2. Bilinçli (öngörülü) taksirin niteliği

Doktrinde bilinçli/öngörülü taksirin hukuki niteliği en fazla tartışılan hususlardan biridir. Bazı müellifler bilinçli taksir adı altında bir kurumun kanunda ayrıca bulunmaması gerektiğini, bazıları bilinçli taksirin kastın içinde mütalaa edilmesi gerektiğini, bazıları taksirin üçüncü bir sorumluluk (kusurluluk) şekli olduğunu, kimileri ise bilinçli taksirin taksir içerisinde incelenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Böylece, öngörülü taksirin niteliğine ilişkin görüşler üçe ayrılmakta, aşağıda bu görüşler kısaca değinilecektir.

⁶³⁸ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 134.

⁶³⁹ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 459; Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 303; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 179.

⁶⁴⁰ Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 459-460.

Bu hususta ileri sürülen birinci görüş ***bilinçli taksiri kastın içinde mütalaa etmektedir***; bir kısım müellifler (Carrara, Di Lorenzo, Caiazzo), failin neticeyi gerçekte öngörmüş olması halinde, taksirin bahse mevzu olamayacağını ileri sürmektedirler. Bu görüşte olanlara göre, bilinçli taksir şeklinde bir kavram anlamsız bir kelime oyunundan başka bir şey olmayıp, bilinçli taksir, kast dahilinde mütalaa edilmelidir. Bir kimsenin, işlediği bir fiil sonucunda neticenin meydana geleceğini öngörmüş olması, o neticeyi istemiş olmasını ifade eder; netice öngörülmüşse, artık istenmediğinden söz etmek mümkün olmayacağı -zira fail öngördüğü neticeyi gerçekten istememişse, bu neticeye sebebiyet veren fiili işlemeyeceği- için, bilinçli taksir mevzu bahis olamaz ve bu durum belirli olmayan (gayrı muayyen) kastın bir şeklini ifade etmektedir.⁶⁴¹ “*Culpa lata dolo aequiparatur = ağır taksir kasta eşit sayılır*”.

Bu düşünce öğretide eleştirilmiş, öngörme ve isteme kavramlarının birbirine karıştırıldığı ve neticenin öngörülmüş olması bunun aynı zamanda istendiği anlamına gelmediği söylenmiştir. Zira, kasttan bahsedebilmek için, yalnızca öngörmenin yeterli olmadığı, failin iradesinin ayrıca neticeyi de kapsamaması, yani neticenin de istenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Hâlbuki bilinçli taksirde öngörme, kasttan farklı olarak, neticenin iradiliği ile değil, fakat o neticenin gerçekleşmeyeceği kanaati ile birlikte bulunmaktadır.⁶⁴²

Bu görüşün yanı sıra, taksiri basit taksir ve bilinçli taksir şeklinde ikiye ayırmanın isabetli olmadığını ve ***bilinçli taksir adı altında ayrıca bir taksir türü bulunmaması gerektiğini iddia eden başka bir görüş*** de vardır. Bu görüş, failin fiilen neticeyi öngörmemiş olması halinde artık taksirden dahi bahsedilemeyeceğini ve bunun cezalandırılmaya kabil bir eylem olmadığını, bu itibarla zaten taksir denildiğinde anlaşılması gerekenin bugünkü adıyla bilinçli taksir olduğunu ifade etmiştir. Bu düşünceye göre kastla taksiri ayırt eden kriter, neticenin öngörülmüş olup olmaması değil, istenip istenilmemesidir.⁶⁴³

⁶⁴¹ DÖNMEZER/ERMAN, 2019, S. 518; Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 142-143. Hemen belirtelim ki, Türk doktrininde de, bu görüş İzzet ÖZGENÇ tarafından farklı bir yaklaşımla savunulmaktadır. Özgenç'e göre, “bilinçli taksir”, kast kapsamına isteme unsuruna yer verilmiş olmasından kaynaklanan izah güçlüğüne aşmak amacıyla ileri sürülen bir kavramdır. Kast, kanuni tanımındaki maddi unsurlarının somut olayda gerçekleştiğini bilmekten ibarettir. Buna karşılık, istemek kastın bir unsurunu oluşturmamaktadır. İstemek, yani irade, gerçekleştirilen suça ilişkin olarak failin kusurunun tespiti bağlamında dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, netice öngörülmüş ise bilinçli taksir değil, olası kast söz konusu olur. Bu görüşü daha detaylı incelemek için bkz. Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 297-305.

⁶⁴² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 233; Toptaç, **a.g.e.**, S. 86-87.

⁶⁴³ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 143; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, S. 518.

İkinci görüş, ***bilinçli taksiri, kast ve taksirin yanında üçüncü bir kusurluluk şekli olarak mütalaa etmektedir.*** Bu yaklaşıma (Löffler, benzer olarak Miricka) göre, kusurluluğun üç şekli mevcuttur. Bunlardan ilkinde, yani kastta açıkça bir *isteme* mevcuttur. Buna karşılık neticenin öngörülmüş olup da istenmemesinden ibaret bulunan ikinci kusurluluk şekli ise *istemedi* değil fakat *bilmeden* ortaya çıkmaktadır; *Löffler* kusurluluğun bu şekline “Wissentlichkeit” (bilinçli taksir) adını vermektedir. Üçüncüsünde yani yazarın taksir adını verdiği durumda, diğerlerinden farklı olarak ne *isteme* ne de *öngörme* bulunmayıp *öngörebilme* ve *kaçınabilme* mevcuttur. Görüldüğü gibi yazara göre, bilinçli taksir sadece “bilme”den oluşan üçüncü bir kusurluluk şeklidir.⁶⁴⁴ Doktrinde böyle bir görüşün tezahür etmesinin nedeni olarak, neticenin öngörülmüş olup istenmemiş olması halinin taksir veya kast kavramlarına dahil edilmesinin güçlüğünden kaynaklandığı söylenmiş, ancak üçüncü bir kusurluluk şekli olarak gösterilen bu kavramın hem olası kastı hem de bilinçli taksiri kapsayacak nitelikte olduğu ve olası kastla bilinçli taksiri birbirinden ayıracak ölçüyü koyamadığı, bu nedenle sorunu çözemediği belirtilmiştir.⁶⁴⁵

Üçüncü ve son görüş, ***bilinçli taksiri taksirin bir çeşidi olarak kabul etmektedir.*** Fakat bu görüşü savunan yazarlar bilinçli taksiri taksir içinde değerlendirmekle beraber, bilinçli taksirin anlamı hakkında farklı düşünceleri ortaya atmışlar. Bu hususa ilişkin olarak ileri sürülen görüşler üç ana görüş altında incelenebilmektedir.

İlk görüş;

Bazı müellifler, failin neticeyi öngörmesine rağmen, şansına, maharetine veya başka etkenlere güvenerek o neticenin meydana gelmeyeceğini ümit etmesi halinde bilinçli taksirin mevcudiyetini kabul ederler. Bunlara göre bilinçli taksir bakımından neticenin meydana gelmeyeceği ümidi kafidir. Örneğin HIV virüsü taşıyan kişinin, hastalığı cinsel ilişkiye girdiği kişiye bulaştırma olasılığını tahmin eden (öngören) kişinin gerekli tedbirleri almadan bulaşmaz ümidiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde bilinçli taksirin varlığından bahsedilebilir. Bu görüş, bilinçli taksirin kabulü için tesadüfe dayanan bir ümidin mevcudiyetinin yeterli olmadığı, failde kuvvetli bir kanaatin bulunması gerektiği belirtilerek tenkit edilmiştir. Şayet, bu düşünce benimsenecek olursa olası kasta dahil olabilecek pek çok hususun bilinçli taksir dahilinde değerlendirilerek taksirin kapsamının keyfi bir biçimde genişletilmesine yol

⁶⁴⁴ İçel, Genel Hükümler, S. 414-415; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 233

⁶⁴⁵ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 143.

açacaktır. Meselâ, sirkte bıçak atışları yapan kişinin fırlattığı bıçaklardan birinin karşısında hedef olarak duran kadının ölümüne sebebiyet vermesi ihtimalinde, bu kişinin şahsi kabiliyetleri itibarıyla neticenin meydana gelmeyeceğine dair kuvvetli bir kanaatinin bulunması doğal olduğu için, bilinçli taksirin mevcudiyetinden söz edilebilir, yoksa örneğin, daha önce bıçak atma gibi bir eylemde bulunmayan birinin, zararlı neticenin meydana gelmeyeceği hususunda bir umut besleyerek, eğlence olsun diye ağaca bağladığı kişiye doğru bıçak atışları yapması ve onu öldürmesi halinde, bıçak atan kişinin bilinçli taksirden sorumlu tutulması doğru olmayacaktır. Bu halde, fail olası kastan sorumlu tutulmalıdır.⁶⁴⁶

İkinci görüş;

Diğer bir düşünce (Delitala), kişilerin muayyen bir amaca ulaşmak doğrultusunda genellikle başka yan neticeleri de gerçekleştirdikleri ve sadece doğrudan istenilenlerin değil, gerçekleşmesine imkân verilen diğer neticelerin de iradi olması nedeniyle fail tarafından istenildiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade edilmiştir. Fakat, ileri sürülen bu prensibin istisnaları mevcut olup, buna göre şayet meydana gelebileceği öngörülebilir netice ile esas ulaşılmak istenilen netice birbirine aykırıysa, diğer yan neticenin iradi olduğu düşünülemez ve böylece birinin iradiliği diğerinin iradiliğini bertaraf eder. İşte neticeler arasında böyle bir aykırılığın bulunması halinde bilinçli taksir, neticelerin birbirine aykırı olmaması halinde ise olası kast söz konusu olacaktır. Bu düşünce de istenilen ile ortaya çıkması muhtemel olan neticeler arasında her zaman bir aykırılığın bulunması mümkün olamayacağı, bulunsa bile her zaman ikinci neticenin istenmemiş olduğu sonucuna ulaşamayacağı belirtilerek tenkit edilmiştir.⁶⁴⁷

Bu düşüncenin, neticeler arasında her zaman bir çelişki bulunmaması nedeniyle kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin anne sinemaya yetişmek için evden çıkar ve çıktıktan sonra, evde masanın üzerinde zehri unuttuğunu fark eder. Anne, evde bulunan çocuklarının unuttuğu zehri içebileceklerini öngörür. Ancak, masaya uzanamayacaklarını düşünerek yola devam eder. Burada annenin istediği netice sinemaya yetişmek, öngörülen netice ise çocukların zehri içmesidir ve bu halde neticeler arasında bir çelişki söz konusu değildir ayrıca bu çelişkinin mevcut olduğu kabul edilse dahi ikinci neticenin istenmemiş olduğunun kabul

⁶⁴⁶ Toptaç, **a.g.e.**, S. 88; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 380.

⁶⁴⁷ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 145; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 234.

edilmesi mümkün değildir çünkü bu düşünceye göre gerçekleşmesine izin verilen neticeler de iradidir.⁶⁴⁸

Üçüncü görüş

Bilinçli taksirin niteliğine ilişkin ileri sürülen bir başka görüş (*Alimena*); bilinçli taksirde failin neticenin meydana gelebileceğini genel olarak öngördüğünü, ancak müşahhas olayda bu neticenin gerçekleşmeyeceği kanaatiyle fiiline devam ettiğini, bu kanaatin nedeninin de failin düştüğü hata (yanılgı) olduğunu ve bu yanılmanın iradeyi ortadan kaldırdığını savunmaktadır. Hata teorisine yönlendirilen eleştiriler bu görüş bakımından da geçerlidir.⁶⁴⁹

Düşüncemize göre de, kural olarak, fail davranışının sonucunda yasaklanan neticenin meydana gelmesini öngörmüş ise ve buna rağmen, fiilinden çekinmemişse, kast vardır. Ancak bu kuralın bir istisnası olarak, yalnızca makul sebeplerden dolayı kendi fiilinin olumlu sonuçlanacağını düşünüp kendine güvenerek neticenin gerçekleşmesini engelleyebileceği kanaatinde olduğu takdirde, failin, neticeyi öngörmüş fakat istememiş olduğu söylenebilir. Örneğin, yüzmeyi çok iyi bilen Azad, oğlu Dara'ya yüzme öğretmek isterken onu nehre atar, Azad oğlunu nehre atarken onun yüzme bilmediğini ve boğularak ölebileceğini de öngörür, fakat, Azad, çok iyi yüzme bildiğini ve daha önce de birkaç kişiyi aynı nehirden kurtardığı için, bir şey olursa oğlunu da kurtarabileceğine dair kendine güvenerek ve fiilinin olumlu bir netice ile sonuçlanacağı düşüncesiyle, Dara'yı attığında, Azad'ın ölebileceğini öngörmüş ve fakat gerçekleşmesini istememiş olduğu şüphesizdir. Bu itibarla, söz konusu istemenin bulunup bulunmaması tespitinde failin kayıtsız kalmasına bakılmalıdır. yani, fail suçun gerçekleşmemesi için elinden geleni yapmış ise yani kayıtsız kalmamış ise bilinçli taksir, aksine, öngörmesine rağmen kayıtsız kalarak gerçekleşmesini umursamıyorsa olası kast söz konusu olacaktır.

Sonuç olarak, daha önce kastın isteme unsuru bağlamında da izah ettiğimiz gibi, öngörmenin istemeden farklı olarak ortaya çıkabilmesi, yalnızca netice bakımından düşünülebileceği için, bilinçli taksir, bilinçsiz taksirden farklı olarak yalnızca neticeli suçlar açısından ve bilhassa neticeye ilişkin söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, failin, netice baştan olmak üzere suç tarifinde yer alan bütün unsurları bakımından bilinçsiz taksirle hareket edebilmesi mümkün iken, bilinçli taksir, netice dışında kalan diğer unsurlar bakımından söz konusu olamaz.

⁶⁴⁸ Toptaç, a.g.e., S. 89.

⁶⁴⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., S. 380; Toptaç, a.g.e., S. 89.

4.9.2.3 Bilinçli (öngörülü) taksirin olası kastla karşılaştırılması

Bilimsel olarak ve tatbikatta, olası kastın sınırlarının çizilmesi ve özellikle bilinçli taksirden ayrıldığı noktaların tayin edilebilmesi amacıyla yoğun bir çaba gösterilmiştir. Bilinçli taksir ve olası kast kavramları arasında bir hududun çizilmesi öğretide sıkça münakaşa edilen, hatta bu sınırın çizilmesinde oldukça zorlanılmasına bağlı olarak, yukarıda zikrettiğimiz gibi, bazı müelliflerin bilinçli (öngörülü) taksiri olası kasttan sağlıklı bir şekilde ayırabilmenin olanaklı olmadığını, bu nedenle bilinçli taksirin olası kast içerisinde mütalaa edilmesi gerektiğini savunmalarıyla sonuçlanan bir husustur.⁶⁵⁰

Günümüz ceza hukuku literatüründe en çok tartışılan hususlardan birisi olası kastla bilinçli taksir ayrımıdır. Çünkü, her ikisinde de neticenin öngörülmüş olması söz konusu olduğundan her ikisi arasında çok ince bir çizgi mevcuttur ve bu çizgi iyi tayin edilmediği takdirde kolaylıkla yanlış kararlara varılabilir.⁶⁵¹

Suç failinin, kastın bilme alanında, davranışıyla ilgili suçu gerçekleştireceğini bir ihtimal (olasılık) olarak hesaba kattığı; buna karşın kastın isteme alanında suçun meydana gelmesini önemsemediği hallerde, ortada hem olası kast hem de bilinçli (öngörülü) taksir söz konusu olabilir.⁶⁵²

Irak Ceza Kanunu'nda ne bilinçsiz ne de bilinçli taksirin tanımı yapılmıştır. Yalnızca 34. maddesinin b bendinde, olası kast tarif edilmiş ve olası kastın unsurları, *neticenin öngörülmesi* ve *gerçekleşme tehlikesinin fail tarafından kabullenmesi* olarak belirtilmiştir. Böylece, olası kast ile bilinçli taksirin ayrımında kullanılabilecek ölçüt neticenin fail tarafından kabullenip kabullenmemesidir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Irak doktrininde de diğer Arap ülkeleri gibi, Fransız doktrinin etkisiyle bilinçsiz (öngürsüz)-bilinçli (öngörülü) taksirden ziyade ağır-hafif taksir ayrımına odaklanmaktadır.

Türk Ceza Kanunu ise, hem olası kast hem de bilinçli taksirin tanımını yapmıştır, ancak bu iki kavramı birbirinden ayırmak açısından, bu kavramların TCK'da yer alan tariflerinin pek

⁶⁵⁰ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 155.

⁶⁵¹ Hakeri, **a.g.e.**, S. 277.

⁶⁵² Heinrich, **a.g.e.**, S. 186.

kolaylık sağlamadığını⁶⁵³ belirtmeliyiz. Kanunda bilinçli taksir “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi*”(m. 22/3); olası kast ise “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi*” (m. 21/2) şeklinde tarif edilmiştir.

Kanun metninde görüldüğü gibi, olası kast bakımından yapılan düzenlemenin, bilinçli taksir için getirilen düzenlemeden pek de bir farkı yoktur. Ne yazık ki kanun metninde bilinçli taksir ve olası kastın bu şekilde birbirine oldukça benzer metinler şeklinde düzenlenmesi, tatbikat açısından son derece sakıncalı olmuştur. Olası kast ve bilinçli taksire ilişkin madde gerekçelerinde birtakım izahlar mevcutsa da, madde gerekçesi yardımcı normdan ibaret olduğundan, kanun koyucunun amacını ortaya koyması ve maddenin yorumlanması bakımından önemli olması dışında doğrudan bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle, mevcut düzenlemeye, “kanun metni çerçevesinde” bakıldığında, bilinçli (öngörülü) taksir ve olası kastın birbirinden ne yönden farklı oldukları açık ve net bir şekilde anlaşılması mümkün değildir.⁶⁵⁴

Gerek olası kastta gerekse bilinçli (öngörülü) taksirde neticenin fail tarafından öngörülmesi aranır. Fakat, bilinçli taksirde fail tarafından öngörülen ve meydana gelen netice istenen bir netice olmadığı halde, olası kastta öngörülen neticenin istenip istenmemesinden söz edilmemektedir. Ancak “öngörülmesine rağmen, fiilin işlenmesi” şeklindeki ifadeden, olası kastta failin neticenin meydana gelip gelmemesini umursamadığı sonucuna varılabilecektir. Bu nedenle, somut olayda neticenin fail tarafından istenmediği her halde bilinçli (öngörülü) taksirin mevcudiyetini kabul etmek mümkün değildir. Bu ayrım konusunda Frank tarafından ifade edilen formüle göre, fail “*öyle ya da böyle herhalde hareketi gerçekleştirdim*” diyorsa olası (muhtemel) kast; buna karşılık, “*neticenin gerçekleşeceğini bilseydim hareketi gerçekleştirmezdim*” diyorsa bilinçli (öngörülü) taksir vardır.⁶⁵⁵

Doktrinde kastın tanımında isteme unsuruna yer verilmemesi gerektiğini ileri süren yazarlar dahi bilinçli (öngörülü) taksiri izah edebilmek için bu unsurdan hareket etmektedirler. Buna göre gerek olası kast halinde gerekse bilinçli (öngörülü) taksirde fail fiilinin meydana getireceği mümkün ve muhtemel neticeleri düşünür, öngörür, tasavvur eder. O halde hem

⁶⁵³ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 178.

⁶⁵⁴ Gültekin Diken, **a.g.e.**, S. 157.

⁶⁵⁵ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 178.

bilinçli (öngörülü) taksirde hem de olası kastta, "failin tipikliğin gerçekleşmesini ciddi olarak mümkün görmesi" unsuru müsterektir. Fiilin her iki işleniş şekli arasındaki fark, olası kast halinde fail tipikliğin gerçekleşmesini kabullenir, göze alırken; bilinçli (öngörülü) taksir halinde tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmez. Aksine özen yükümüne aykırı olarak onun meydana gelmeyeceğine güven duyar. Başka bir deyişle, fail olası kastta muhtemel olarak öngördüğü bu neticelerin gerçekleşmesini kabullenirken, onun gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba sarf etmezken; bilinçli (öngörülü) taksirde fail gerçi tehlikeyi bilir, fakat ya bunu ciddiye almaz veya ciddiye almakla birlikte özen yükümlülüğüne aykırı olarak neticenin meydana gelmeyeceğine güvenir. Ancak, öngördüğü neticenin meydana gelmesini istememesine rağmen, korkulan olur ve netice meydana gelir.⁶⁵⁶ Başka bir deyişle, bilinçli taksirde öngörme, failde neticenin meydana gelmeyeceğine ilişkin bir kanıyla (güvenle) birlikte bulunmaktadır.⁶⁵⁷ kısaca bir deyişle olası kast halinde fail "*olursa olsun*" derken, bilinçli taksirde "*inşallah olmaz*" demektir.⁶⁵⁸

Kanımızca da, bilinçli (öngörülü) taksir, failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlediği fiil sonucunda gerçekleştirebilecek neticeyi öngörmesi ve neticenin gerçekleşmesini önlemek (engellemek) için çaba harcamasına rağmen neticenin meydana gelmesi halinde söz konusu olacaktır. Buna karşılık, olası kastta neticenin gerçekleşmesi, olayın seyrine bırakılmakta ve fail, neticenin meydana gelmesini muhtemel addetmekle birlikte, bunun meydana gelmemesi için özel bir çaba göstermemektedir.⁶⁵⁹ Bu nedenle kanımızca olası kastı bilinçli (öngörülü) taksirle ayıran ölçüt failin çaba harcaması, kayıtsız kalmamasıdır. Bu itibarla, makul sebeplerden dolayı neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenerek, onun meydana gelmemesi için çaba gösteren fail, bilinçli taksirle hareket etmiştir. Ancak, neticeyi öngörmesine rağmen, onun gerçekleşmemesi için bir çabada bulunmayan fail, olası kastan sorumlu tutulmalıdır.

⁶⁵⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 178.

⁶⁵⁷ İçel, Genel Hükümler, S. 467. Doktrinde, faildeki güvenin bir dayanağı olması gerektiği, bu dayanağın, failin bilgisi, tecrübesi, kişisel yetenekleri veya kullanılan vasıtanın niteliği olabileceği belirtilmiştir. Bu itibarla bilinçli taksirden söz edilebilmesi için somut olayın özelliğine göre failin neticenin gerçekleşmeyeceği yönündeki kanaatine ilişkin şartların oluşup oluşmadığı ayrıca araştırılmalıdır. Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler 2019**, S. 460.

⁶⁵⁸ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 178.

⁶⁵⁹ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 255; İçel, Genel Hükümler, S. 442.

4.10. Taksirli Suç Nedeniyle Failin Kişisel ve Ailevi Durumu İtibarıyla Mağdur Olması

TCK 22. Maddesinin 6. fıkrasında “*taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir*” şeklinde bir hükme yer verilerek, taksirli suçlarda bir şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep ihdas edilmiştir.⁶⁶⁰

Maddenin gerekçesinde, tatbikatta iki durumun böyle bir hükme yer verilmesinde etken olduğu izah edilmiştir; “*örneğin ülkemizde özellikle kırsal bölgelerde rastlandığı üzere, taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibarıyla bizzat kendisinin ve aile bireylerinin ağır derecede mağduriyete uğradıkları görülmektedir. Söz gelimi, köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla, sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan küçük çocuklarına gerekli dikkati ve itinaı gösterememeleri sonucu, çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Aynı şekilde meydana gelen trafik kazalarında da benzer olaylara rastlanmaktadır. Bu gibi hâllerde ananın taksirli suçtan dolayı kovuşturmaya uğraması ve cezaya mahkûm edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu uğradığı ızdırabı şiddetlendirmekle kalmamakta, ayrıca, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır*”.

Maddede “*taksirli hareket sonucu neden olunan netice..*” ibaresi kullanılarak, söz konusu hükmün yalnızca taksirli suçlar bakımından tatbik edilebileceği belirtilmektedir. Fıkra da metninde bilinçli (öngörülü) taksire ilişkin bir açıklama da mevcuttur. Buna göre, taksir bilinçli (öngörülü) ise, failin cezasızlıktan faydalanabilmesi mümkün olmayıp, sadece verilecek cezanın yarıdan altıda bire kadar indirilebilmesi mümkündür. Tatbikatta “*vicdan rahatlatan hüküm*”⁶⁶¹ olarak isimlendirilen bu hüküm, doktrinde kanunda böyle bir hükme yer verilmesinin isabetli olup olmadığı tartışılmaktadır.

⁶⁶⁰ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 294; Hakeri, **a.g.e.**, S. 283; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 239. Ancak, Zafer’e göre, bu durum kusurluluğu yani failin kınanmasına ilişkin değer yargısını etkileyen bir sebep olarak nitelendirilmelidir. Zafer, **a.g.e.**, S. 295. Meraklı’ya göre ise, bu hal bir şahsi cezasızlık sebebi olarak mütalaa edilemez. Keza, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak da kabul edilemez. Yazara göre, bu düzenlemenin hukukî niteliği aynı etkin pişmanlık açısından yapılan nitelendirme gibi cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepten ibaret bulunmaktadır. Meraklı, **a.g.e.**, S. 356-357.

⁶⁶¹ Hakeri, **a.g.e.**, S. 283-284.

Bir görüşe göre bir yandan, 22. maddenin 6. Fıkrasında yer alan hüküm, **üçüncü bir taksirli suç türü** icad etmiştir. Esasen ceza ferdileştirilirken (m. 61/1) temel cezanın belirlenmesinde hâkimin zaten göz önüne almak zorunda olduğu bir durumun, kuramsal temelden yoksun bu tür bir düzenlemenin konusu yapılması, doğru değildir. Buna ilaveten, burada, taksirli suçta, “ceza verilmezlik”, şüphesiz *isnat yeteneğini kaldıran* veya *azaltan bir sebep* addedilemeyeceğine göre, bir *hukuka uygunluk sebebi* mi, *kusurluluğu kaldıran bir sebep* mi, yoksa bir cezalandırılabilme şartı mıdır, belli olmamaktadır. Söz edilen “ceza verilmezlik” sebebinin, ne hukuka uygunluk nedenleri, ne de kusurluluğu kaldıran nedenler arasında yeri mevcuttur. Failin özel, bilinen, önceden var olan bir durumuna ilişkin olarak Kanunun göz önüne aldığı bu ceza verilmezlik sebebi, olsa olsa bilinçsiz taksirde kendine has bir cezalandırılabilme şartı ve bilinçli taksirde cezayı azaltan bir sebep olabilir. Böyle olunca da suç, bu sebebe dayalı olarak faile ceza verilmediği için, ortadan kalkmamaktadır; ceza haricinde gerek ceza hukukunda gerekse özel hukukta bütün hüküm ve neticelerini sürdürmektedir. Öte yandan, söz edilen cezasızlık sebebinin mevcudiyeti için aranan şartları da kafa karıştırır ve hükümde yer alan “kişisel ve ailevi durum” kavramı, bilinen, kapsamı ve sınırları belli, belirgin bir söz değildir. Bu nedenle, kanunda böyle bir hükme yer verilmek doğru olmamıştır.⁶⁶²

Öğretideki diğer görüşe göre ise, tatbikatta failin aynı zamanda mağdur olduğu bu gibi durumlar çok görüldüğünden, bu durumlarda hâkimler ya hukuki olmayan gerekçelerle ceza vermeme ya da verilen hapis cezasını adli para cezasına çevirme yolunu benimsediklerinden, kanunda böyle bir hükme yer verilmek isabetli olmuştur.⁶⁶³

Kanaatimize göre, gerekçede zikredilen sebeplerden hareketle böyle bir hükmün bulunması olumludur. Ancak, birinci görüşün zikrettiği gibi, fıkrada kullanılan bazı terimlerin belli olmaması tatbikatta kafa karışıklığı yaratabilir. Nitekim, doktrinde kişisel ve ailevi durum kavramından ne anlaşılacağı hususunda görüş farklılığı mevcuttur. Keza, örneğin çocuğu ile onun arkadaşını taşıyan babanın kaza yaparak oğlu ile çocuğunun ölmesine sebebiyet vermesi durumunda, cezanın verilmesini gereksiz kalacak derecede mağduriyetin tespiti somut olayda kendi çocuğu için kabul edilirse, diğer çocuğun ölmesi nedeniyle ceza belirlenirken, taksirle bir insanın ölümüne neden olmuş kişi (TCK m. 85/1) olarak mı, yoksa birden fazla insanın

⁶⁶² Hafizoğulları, **Genel Hükümler**, S. 373.

⁶⁶³ Yeşim Dağoğlu, “Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi/Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 2, Mayıs 2015, S. 143. İçel’e göre de, yabancı kanunların da dikkate aldıkları bu durumunun yeni kanunda düzenlenmesi uygundur. İçel, **Genel Hükümler**, S. 474.

ölümüne neden olmuş kişi (m. 85/2) olarak, muamele göreceği sorunu da ortaya çıkabilir. Dolayısıyla, bu hükmün mevcudiyetini isabetli görmekle birlikte, daha açık düzenlenmesi gerektiğini de düşünmekteyiz.

Taksirli suçlar bakımından öngörülen bu şahsi cezasızlık sebebinin tatbik edilebilmesi için aranan en önemli koşul, taksirli fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı bir sonucun gerçekleşmiş olmasıdır. Böylece kanun koyucu düzenlemede izah edilen şahsi cezasızlık sebebinin veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebin tatbik edilebilmesini iki açıdan sınırlandırmıştır. Birincisi failin taksirli hareketiyle sebebiyet verdiği netice, hem bizatihi kendisi bakımından acı ve ızdırap doğurmalı, hem de failin cezalandırılması ailesi açısından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete sebebiyet vermelidir.⁶⁶⁴ Örneğin, çok sevdiği bir arkadaşıyla yolculuk ederken dikkatsizliği sebebiyle kaza yaparak onun ölümüne neden olan şahıs hakkında bu hüküm uygulanamaz.

İkinci sınırlama ise etkinin derecesine mütealliktir. Taksirli bir fiilin meydana getirdiği her türlü netice bu sebebin tatbik edilmesi bakımından yeterli olmayacaktır. Neticenin, failin kişisel ve ailevi durumu açısından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına neden olması gerekmektedir.⁶⁶⁵ Hükümde geçen “cezanın verilmesini gereksiz kalacak derecede mağduriyetin” tespiti somut olayda hâkim tarafından yapılacaktır. Buradaki mağduriyet kavramı taksirli fiilin sonuçlarından doğrudan doğruya etkilenmeyi ifade etmektedir. Doğrudan etki doğuran maddi ve manevi zararlar mağduriyetin tayininde göz önünde bulundurulmalıdır.⁶⁶⁶

Bahse mevzu fıkra hükmünün formülasyonunda bir başka problem de vardır; şahsi cezasızlık sebebinden faydalanabilmesi için, taksirle gerçekleştirdiği suçun “*münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmış*” olması gerekmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı

⁶⁶⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, S. 384; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 240; Demirci, **a.g.e.**, S. 207-208 Dağoğlu, **a.g.e.**, S. 155.

⁶⁶⁵ Yargıtay 9.CD.,14.10.2008,7997/10930 sayılı kararında “Oluşa ve dosya kapsamına göre olayda bilinçli taksirin koşullarının bulunmadığı, annesinin ölmesi nedeniyle münhasıran kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olan sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 22/6 maddesinin birinci cümlesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...” bu konuyla ilgili daha fazla kararlar için ayrıca bkz. Toptaç, **a.g.e.**, S. 127-130.

⁶⁶⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, S. 240; Demirci, **a.g.e.**, S. 208.

olarak araç kullanmak suretiyle başkasının ölümüne neden olan kişi, bu trafik kazasında kendisi de hafif bir biçimde yaralanmış olabilir. Bu halde, failin söz konusu şahsi cezasızlık sebebinden faydalanamayacağı açıktır. Fakat, zikredilen fıkra hükmü karşısında, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak araç kullanarak bir başkasının hafif ve kendisinin ise ağır bir şekilde yaralanmasına neden olan kişinin bu şahsi cezasızlık sebebinden faydalanıp faydalanamayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁶⁷

Düşüncemize göre, bu hususta hâkime takdir yetkisi verilmesini sağlayan “ceza verilmeyebilir” şeklindeki bir ibare daha isabetli olurdu. Ancak mevcut düzenleme böyle bir yetki vermemiş, “ceza verilmez” ibaresini kullanarak bir mecburiyet öngörmüştür.⁶⁶⁸

Bununla birlikte, suç bilinçli (öngörülü) taksirle gerçekleştirilmiş ise bu tür mağduriyete neden olsa dahi artık yalnızca cezada indirim yapılacaktır.

Irak Ceza Kanunu’nda ise bu durumla ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, tüm suçlar bakımından, yani hem taksirli hem de kasıtlı suçlar bakımından uygulanabilir, bir düzenleme mevcuttur. Düzenlemeye göre, failin durumu merhamete elverişli ise hâkim kanunda belirtilen cezanın alt sınırdan daha az veya hafif hapis cezasının paraya çevrilmesiyle yetkilidir (ICK m. 131, 132 ve 133).

⁶⁶⁷ Özgenç, **Genel Hükümler 2019**, S. 296.

⁶⁶⁸ Özbek ve diğerleri, **a.g.e.**, S. 491.



5. Sonuç

Çalışmamızın sonunda yapılması gereken değerlendirmeler üç başlık altında mütalaa edilebilir. İlk olarak 5237 sayılı TCK ile 111 sayılı ICK ışığında, manevi unsurun mahiyeti ve kusurla ilişkisinin ortaya konulması, yani suçun manevi unsuru ile kusurun aynı kavram olarak mı yoksa farklı kavramlar olarak mı ele alınması gerektiğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Daha sonra her iki ülkenin kanunları ve doktrinleri bağlamında kast kavramı ve suç sistematigi içindeki yeri, yani kastın bir kusur şekli mi yoksa haksızlığın bir gerçekleştiriliş şekli olduğu, kastın unsurları ile ICK'da hala geçerliliğini koruyan ve fakat TCK'da artık bırakılmış olan kastın aşılması kavramının gerekliliği açıklığa kavuşturulmalıdır. Son olarak mukayeseli hukuk bağlamında, özellikle Türk ceza hukuku doktrini ile Irak ceza hukuku doktrini arasında yer alan taksirle ilgili düzenlemeleri ortaya koymak amacıyla, ilk olarak taksir kavramının suç sistematigi içindeki yeri ile unsurları, taksirin çeşitleri ve özellikle bilinçli taksirin hukuki niteliği ve her iki hukuk sistemi çerçevesinde olası kastla ayrımı bakımından kabul edilen ölçütlerin (kıstasın) tartışması yapılmıştır. Bunun yanı sıra, TCK'da yer alan ve fakat ICK'da bulunmayan failin gerçekleştirdiği taksirli suç nedeniyle kişisel veya ailevi durumu çerçevesinde mağdur olması hususunun düzenlenmesi gerektiği tartışılacaktır.

1. Fransız doktrininde olduğu gibi Irak başta olmak üzere Arap doktrininde istisnasız bir şekilde manevi unsur ile kusur aynı kavram olarak mütalaa edilmektedir. Oysa ki bu kavram kusur değil, *issim al-cinai* ve *hatîe* (genel anlamında hata) olarak zikredilmektedir. Türk hukuk doktrininde de klasik suç teorisinin etkisinde kalan bazı yazarlara göre, *hâlâ* suçun manevi unsuru ile kusur arasında bir fark bulunmayıp fail ile fiili arasındaki psikik bağa kusur veya kusurluluk adı verilmektedir. Tezin kapsamı içinde yürüttüğümüz tartışmalarda işaret ettiğimiz gibi, manevi unsur ile kusur aynı kavram olarak kabul edildiğinde, *haiz* olduğu anlam itibarıyla bu kavrama kusur ibaresi yerine *hatîe* ibaresinin kullanılması daha isabetli olacaktır. Ancak, Türk hukuk doktrininde özellikle 5237 sayılı TCK'nın çıkmasından sonra Alman doktrinin etkisinde, yazarların bir kısmı artık manevi unsur ile kusuru birbirinden ayırmaktadır. Bizim de katıldığımız yaklaşıma göre, suçun manevi unsuru fail ile fiili arasındaki psikik bağ ifade ederken, kusur, failin iradesinin oluşum şartları itibarıyla gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle kınanıp kınanamayacağına ilişkindir, kısacası kusur bir değer yargısıdır. Şayet kusura böyle bir anlam atfettiğimiz zaman kusur ibaresinin

kullanılması daha isabetli olmaktadır. Bu açıdan, manevi unsur bulunmadığında, suç oluşturan bir haksızlığın mevcudiyetinden söz edilemez. Fakat, kusurun yokluğu, fiilin suç vasfına haiz bir haksızlık olması üzerinde etki doğurmayacaktır. Bir başka anlatımla, bir fiil, failinin kusuru olmaksızın gerçekleşse bile, suç (haksızlık) niteliğini muhafaza edecektir.

Bunun yanı sıra, kusur ve manevi unsuru aynı kavram olarak nitelendiren yazarların bir kısmı bunun ötesine geçerek, ceza ehliyetini (kusur yeteneği) manevi unsurun bir alt unsuru veya ön şartı olarak mütalaa etmektedirler. Bu nedenledir ki söz konusu yazarlarca kusur yeteneği olmayan bir kişinin işlediği fiilden dolayı gerçekleşen netice kanun tarafından suç olarak tanımlanmış ise de failin kusur yeteneği olmadığı için manevi unsurdan bahsedilemez, dolayısıyla işlediği fiil bir suç oluşturmamaktadır. Kanımızca bu görüşün kabulü söz konusu olamaz, çünkü ceza ehliyeti (kusur yeteneği) failin şahsi özelliklerine ilişkin olup fiille bir bağlantısı bulunmamaktadır. Dolayısıyla manevi unsurun bir unsuru veya ön şartı olarak değil, cezai sorumluluğun içinde mütalaa edilmelidir.

2. Tezimizin ikinci bölümünde haksızlığın temel gerçekleştiriliş şeklini oluşturan kastı, ele almaktayız. Kast teorisi başlığı altında izah ettiğimiz gibi kast kavramı, Arap Ceza Kanunlarında, içerik itibarıyla aynı olmakla birlikte, farklı isimler, sözgelimi; suç işleme kastı (القصد الجرمي kasdi cürmi), amd (العمد), niyet (النية), cinayet kastı (القصد الجنائي kadi cina'i) ve sadece kast, ile adlandırılmaktadır. Ancak, Arap Ceza Hukuku öğretisinde Fransızca olan “intention criminelle” kelimesinin Arapça karşılığı “kasdi cina'i” olduğu için en çok tercih edilen kavram “kasdi cina'i” olmaktadır.

Türk Ceza Kanunu ise 21. maddesinde “kast” kavramı kullanılmaktadır. Doktrinde de kast kavramının kullanılması konusunda bir fikir birliği vardır. Biz de metnin içinde nedenini açıkladığımız üzere sadece kast kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğu fikrindeyiz. Burada belirtilmesi gereken husus şudur; Irak ve Türk doktrinlerinde kastla ilgili bulunan farklılıklar sadece kavramın adlandırılmasına ilişkin değil, farklı felsefi yaklaşımları benimsediklerinden dolayı kastın suç sistemi içindeki pozisyonu ile ilgili de birbirinden farklı düşünceler ileri sürülmüştür; zira klasik suç teorisi etkisinde olan Irak doktrininde istisnasız bir şekilde kast kusurun bir türü olarak nitelendirilir iken, Türk doktrininde bu hususta birbirinden farklı üç görüş ortaya atılmıştır. Klasik suç teorisi etkisinde kalan bazı Türk yazarları Irak doktrininde olduğu gibi kastı bir kusur şekli olarak kabul etmekte, ikinci grup yazarlar ise, Alman doktrininde etkisiyle kastı kusurdan ayırarak haksızlığın içine dâhil

etmektedirler. Müelliflerin üçüncü kısmı ise, kastın çifte fonksiyona sahip olduğunu savunmaktadır. Kanaatimize göre de kast haksızlığın bir gerçekleştiriliş biçimi olup kusur içinde ele alınmamalıdır.

İkinci bölümünde de belirtildiği gibi, TCK 21. Maddesinde bir suçun oluşmasını kastın varlığına bağlamaktadır. Fakat, İCK’da böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Biz de Irak Ceza Kanununda böyle bir hükmün bulunmasının faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Irak ceza kanunu 33. Maddesinin 1. Fıkrasında doğrudan kast, *“failin, gerçekleştirecek veya diğer herhangi cezai (zararlı) neticeyi hedefleyerek, iradesinin suçu oluşturan fiili işlenmeye yönlendirilmesidir”* şeklinde tanımlanmaktadır. TCK ise doğrudan kastı, *“suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi”*(m. 21/1) şeklinde tarif etmiştir. Düşüncemize göre, Irak Ceza Kanununun bilme unsurundan söz etmeyip, iradeyi kastın esas kurucu unsuru olarak mütalâa etmesi eksik bir yaklaşımdır. Bu hususta TCK’ya benzer bir düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır.

TCK’nın olası kasta ilişkin getirdiği düzenleme şöyledir; olası kast *“kişinin suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi”*dir. İCK ise 34. maddesinin b bendinde olası kast ibaresini kullanmadan *“fail, işlediği fiil ile suç sayılan neticeleri meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen tehlikeyi kabullenerek fiilini icra etmiş ise”* işlenmiş suç kasten işlenmiş sayılır ifadesine yer verilerek olası kastı tarif etmiştir. Görüldüğü gibi, TCK’nın yaptığı tanımda yalnızca öngörmeye (bilme unsuruna) yer verilmiştir ki, bu durum uygulamada olası kastı bilinçli (öngörülü) taksirden ayırmayı oldukça zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla İCK’da olduğu gibi öngörme ile birlikte kabul etmeme unsuruna da yer verilmesi gerekmektedir. Ancak belirtelim ki, İCK’nın 34. maddesinin B bendinde, olası kastın unsurları olarak öngörme ile kabul etmenin yer almasını isabetli bulmakla birlikte, tanımda yalnızca neticeden söz edilmiş olmasının eksik olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü olası kast neticeye ilişkin olduğu gibi suçun diğer unsurlarıyla da ilişkilidir.

TCK’nın da doğrudan kastı *“suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi”*(m. 21/1), olası kastı da; *“kişinin suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi..”*(m. 21/2), bilinçli taksiri ise, *“kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali”* olarak

tarif etmesi, kanımızca teorik bir tutarsızlığa neden olmuştur. Çünkü, burada doğrudan kastın unsurları olarak bilme ve istemeyi kabul ederken olası kastta sadece öngörme unsurundan bahsetmektedir. İsteme unsuruna ilişkin olarak failin, “kayıtsız kalması”, “kabullenmesi”, “gerçekleşme tehlikesinin üstlenmesi” veya “olursa olsun düşüncesi” şeklinde bir ibareye yer vermemektedir. Böylece, olası kastın mevcudiyeti için, suçun kanunî tarifindeki unsurların gerçekleşebileceği öngörüsü yeterli görülmektedir. Dolayısıyla, failin istemediği, ancak fiilinden dolayı meydana gelmesi muhtemel olan sonuçların veya makul sebeplerden kaynaklanan ve failin engel olabileceği inancıyla işlediği fiilin doğurduğu neticeler açısından da olası kastın varlığının kabul edilebileceği tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Böylece, pratikte olası kast ile bilinçli (öngörülü) taksirin birbirine karıştırılması ihtimali de doğacaktır. Dolayısıyla, TCK doğrudan kastın, bilme ile isteme, olası kastın ise öngörme ile tehlikenin üstlenilmesi (kabullenmesi) ve bilinçli taksirin öngörme ile istememe unsurlarından oluştuğu kabul edildiği takdirde, tutarlı bir sistem olacaktır.

3. Çalışmamızın üçüncü bölümünde haksızlığın istisnai gerçekleştiriliş şeklini oluşturan taksir incelenmiştir. Irak ve Türk ceza kanunlarının hem pozitif hukuk metninde hem de doktrinde taksir teorisine yaklaşımları büyük ölçüde birbirinden farklıdır. Zira, Türk doktrinde taksir kavramı kullanılır iken, Irak doktrinde hata ibaresi kullanılmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, taksirin mahiyeti ve muhtevası göz önünde tutulursa bu kavramın yerine hata kavramının kullanılması daha isabetlidir. Fakat, TCK metninde ve günümüz Türk doktrinde artık hata ibaresi yanılma anlamında kullanılmaktadır. İslam ve Arap ceza hukuklarında hata kavramı yerine taksir kavramının kullanılması artık genel kabul görmüş olduğu için, biz de tezimizde hata yerine taksir kavramını kullandık. Her iki ülkenin taksire ilişkin benimsediği farklı yaklaşımlardan biri de kanun metninde taksir tanımına yer verilmesidir; 5237 sayılı TCK 22. Maddesinde hem bilinçsiz (öngörüsüz, basit, adi, şuarsuz) taksir hem de bilinçli (öngörülü, şuurlu) taksir tanımına yer vermiştir. Ancak, 111 sayılı İCK taksirin tanımına yer vermemiştir. Ancak, günümüzde taksirli suçların sayısı neredeyse kasıtlı suçlar kadar arttığı için kanımızca kanun metninde taksir tanımına yer verilmesi daha uygun olacaktır.

Bilinçsiz (öngörüsüz) taksir, TCK’da “*taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi*” (m 22/2.) şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi bu tanımda sadece netice göz önünde bulundurulmuştur. Ancak, bu anlayış, bilinçsiz (öngörüsüz) taksir

bakımından yeterli değildir. Suçun kanunî tanımında yer alan bütün maddi unsurların taksir kavramı kapsamında mütalâa edilmesi mümkündür. Meselâ, taksirle öldürme suçunda, failin, gerçekleşen ölüm neticesi bakımından bilinçsiz taksirle hareket etmesi mümkün olduğu gibi, öldürülen canlının insan olması hakkında da bilinçsiz taksirle hareket etmesi de mümkündür. Kanımızca, taksirin temel şeklini oluşturan öngörüsüz (bilinçsiz) taksir, *gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı iradi bir davranış nedeniyle, taksirli suçun kanunî tarifinde yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olması*, şeklinde ortaya çıkabilir. Taksirin istisnai şeklini teşkil eden öngörülü (bilinçli) taksir ise, *failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlediği fiil sonucunda gerçekleşebilecek neticeyi öngörmesi ve neticenin gerçekleşmesini önlemek (engellemek) için çaba harcamasına rağmen neticenin meydana gelmesi halinde değerlendirilmektedir*.

Belirtmek istediğimiz nokta şudur; taksirin temel şekli olan öngörüsüz (bilinçsiz) taksir, suçun bütün unsurları açısından düşünülebilir ise de, mahiyeti itibari ile taksirin istisnai şeklini ifade eden öngörülü (bilinçli) taksir, ancak neticeye ilişkin olarak düşünülebilir. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi, istemenin öngörmeden (bilme) farklı olarak ortaya çıkabilmesi sadece suçun maddi unsurlarının alt unsuru neticeye ilişkin düşünülebilir. Başka bir anlatımla, netice dışında kalan suçun diğer maddi unsurları bakımından bir öngörme bulunursa ve fail buna rağmen fiilini işlemişse, taksirin değil, öngörmenin niteliğine göre kast kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira, netice dışında kalan diğer unsurların failce öngörülmüş olduğu fakat istenmemiş olduğu iddia edilemez. Meselâ, taksirle öldürme suçunda, failin, meydana gelen ölüm neticesi bakımından öngörülü (bilinçli) taksirle hareket etmesi mümkün ve fakat öldürülen canlının insan olması hakkında bilinçli taksirle hareket etmesi mümkün değildir. Bu itibarla, TCK'nın 22/3. maddesinde bilinçli taksir tanımında “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*” neticeyi esas alması isabetli olmuştur. Fakat, kanımızca bilinçli taksir tanımını; failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlediği fiil sonucunda gerçekleşebilecek neticeyi öngörmesi ve neticenin gerçekleşmesini önlemek (engellemek) için çaba harcamasına rağmen neticenin meydana gelmesi şeklinde yapılması hem bilinçli (öngörülü) taksirin unsurlarını ihtiva etmek bakımından hem de olası kastla ayırması açısından daha doğru olacaktır.

Taksirin suç sistematigi içindeki yeri hakkında da Irak ve Türk doktrini birbirinden farklı yaklaşımlar ortaya koymuştur. Nitekim, kastta olduğu gibi Irak doktrininde istisnasız bir

şekilde taksirin bir kusur şekli olduğu kabul edilmiştir. Türk doktrininde ise farklı yaklaşımlar öne sürülerek, müelliflerin bir kısmı taksiri bir kusur şekli olarak kabul ederken, yazarların bir grubu taksiri kusurun içinden çıkartarak haksızlık içine dahil etmektedir. Ancak, Türk doktrininde yeni taraftar bulmaya başlayan üçüncü yaklaşma göre ise, taksir hem haksızlık hem de kusur içinde alınmalı böylece taksirin çifte fonksiyonu öğretisini benimsemişler. Kanımızca ise taksir haksızlığın bir gerçekleştiriliş şeklini oluşturmaktadır. Üçüncü bölüm çerçevesinde tartışılan bir başka husus ise, taksirli suçun hukuki niteliğidir. Bilindiği gibi, bilinçli/öngörülü taksirin hukuki niteliği en fazla tartışılan hususlardan biridir. Bazı müellifler bilinçli taksir adı altında bir kurumun kanunda ayrıca bulunmaması gerektiğini, bazıları bilinçli taksirin kastın içinde mütalaa edilmesi gerektiğini, bazıları taksirin üçüncü bir sorumluluk (kusurluluk) şekli olduğunu, kimileri ise bilinçli taksirin taksir içerisinde incelenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. biz ise bilinçli (öngörülü) taksiri taksirin bir istisnai türü olarak kabul etmekteyiz.

Son olarak, taksirli suç nedeniyle failin kişisel ve ailevi mağduriyet yaşamış olması durumuna ilişkin TCK 22. maddesinin 6. fıkrasında “*taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir*” şeklinde bir hükme yer verilerek, taksirli suçlarda bir şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep ihdas edilmesi hükmü incelenmiştir. Metinde izah ettiğimiz gibi böyle bir hükmün bulunmasını isabetli bulmakla beraber, bu hükmün daha iyi ve açık düzenlenmesi düşüncesindeyiz. Zira Irak Ceza Kanununda da bu durumla ilgili bir düzenlemenin bulunmasının adaletin gerçekleşmesi bakımından faydalı görmekteyiz.

Kaynaklar

- ABDİŞWEİŞ, Mahir: **El-nezeriye El-amme lil-hata Fi El-kanun El-cinai** (Cinai Kanununda Hata Genel Teorisi), Doktora tezi, Bağdat Üniversitesi, 1981.
- ABDİŞWEİŞ, Mahir: **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-has** (Ceza Kanunu Şerhi- Özel kısım), El-atik Yayınevi, Bağdat, 2007.
- ABDULLAH, Firas Abd El-muna'im/ KAZİM, Heyder Letif: **Eser El-gelet alâ El-issim El-cinai** (yanılmanın kusurluluk üzerinde etkisi), Bağdat Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Bilimleri Derneği, özel sayı, 2018.
- ABDÜLKERİM, Fuad Zeki: **Mecmuat li-ehem El-mebadi we El- kararar li-mahkamet Temyiz El- Irak** (Irak Temyiz Mahkemesinin en Önemli Kararları ve Prensiplerinin Mecmuası), Ofist Sermed Yayınevi, Bağdat 1982.
- ABDÜLLETİF, Ahmet; **El-hata Gayr El-amdi fi El-kanun El-vasfi ve El-şeria El-İslamiye** (İslam şeriatı ve vasfi kanunlarda taksir), Dar El-nahda El-Arabiye.
- AKBULUT, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ALACAKAPTAN, Uğur: **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- APAYDIN, Cengiz: “*Olası Kastla İnsan Öldürme*”, **Suç ve Ceza Dergisi**, sayı 2, 2011.
- APAYDIN, Cengiz: “Taksirle Yaralama Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1, 2011.
- APAYDIN, Cengiz: **Ceza Hukukunda Kusurluluk**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin, ALŞAHİN, Emin: “*Objektif cezalandırılabilme şartı ve zamanasımı*”, **prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, cilt 19, sayı 2, 2013.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, ALŞAHİN, Emin, ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, ALŞAHİN, Emin, ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- AYDIN, Çağrı Kan: “*Taksirle Yaralama Suçu*”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- BEHNAM, Remsis: **El-nezeriye El-amme lil-kanun El-cinai** (Ceza Kanunu Genel Teorisi), 1. Baskı, Maarif matbaası 2008.
- BEKİR, Abd El-muheyem: **El-kısım El-has fi Kanun El-ukubat**, 7. Baskı, Dar El-nahda El-Arabiye, El-kahire, 1977.
- BELLAVİSTA: **Il problema della colpevolezza**, Palermo 1942.

- BENCHERGUİ, Mouhssin Eddine: “*Bahis ve Tesirihi fi El- mesuliye El-cinaiye*” (Saik ve Cezai Sorumluluğa Etkisi) Yüksek Lisans Tezi, Tlemcen Üniversitesi İnsani ve Sosyal Bilimler Fakültesi, 2003.
- BERNARD, Bouloc: **Droit Pénal Général**, 19 édition, Dalloz, Paris, 2005.
- BİLAL Ahmmed Auz: **El-issim El-cinai**, 1. Baskı, El-kahire, 1988.
- BİLAL, Ahmmed Auz: **Kanun El-ukubat El-missri Kısım El-Am** (Mısır Ceza Kanunu Genel Kısım), Dar El-nahda El-Arabiye, El-kahire, 2004-2005.
- BİN MANZUR, Muhammed bin Celal El-din: **Lisan El-Arap**, 3. Baskı, cilt 2, Dar Sadir, Beyrut, 1993.
- BİRTEK, Fatih: “*Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt edilmesi*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 58, sayı 2, 2009.
- ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: “*Türk Ceza Kanunu’nda Taksir*”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 3, 2013.
- DAĞOĞLU, Yeşim: “*Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi/Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep*”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 2, Mayıs 2015.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: “*Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı 110, 2014.
- DELOGU, Tullio: “*Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*”, çev. Yüksel Ersoy, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 39, Sayı 1-4, 1982–1987.
- DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara 2018.
- DEMİRCİ, Bahar: “*Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk*”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- DEMİREL, Hakkı: **Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata**, 1955.
- DOĞAN, Koray: “*Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç*”, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, cilt 2, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- DURSUN, Selman, BOZBAYINDIR, Ali Emrah: “*Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Meselesi*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt LXXIII, sayı 1, 2015.
- DÜLGER, Murat Volkan: “*5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi*”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, sayı 5, Nisan 2005.
- EL-A’WACİ, Mustafa: **El-kanun El-cinai ikinci cilt El-mesuliye El-cinaiye** (Ceza Hukuku ikinci cilt Cezai Sorumluluk), Menşurat El-helebi Yayınevi, 2016.

- EL-A'ZZAMÎ, Seyit İbrahim: **Meusu'et Mustelehat El-kanun El-cinai** (Ceza Kanunu Kavramları Ansiklopedisi), 1. Cilt, Dar El-şu'un El-thaqafe El-amme, Bağdat, 2002.
- EL-AWABİDE, Muhammed Abid El-Celil: **Kanun El-ukubat El-am fi El-memleke El-arabiye El-suudiye** (Suudi Arabistan'da Ceza kanunu Genel Kısım), Mektebet El-mutenebi yayınevi, Riyadh, 2017.
- EL-BUHARÎ, Muhammed bin İsmail ebu Abullah: **Sehih El-buhari**, Dar teuk el-necat, 1. Baskı, Cilt 1, hadis numarası 1.
- EL-BUHARÎ, Muhammed bin İsmail ebu Abullah: **Sehih El-buhari**, Dar teuk el-necat, 1. Baskı, Cilt 1EL-CERCANÎ, El-imam Ali bin Muhammed bin Ali: **El-tarifât** (Tanımlar), Dar El-reyan Lilturath.
- EL-CERCANÎ, El-imam Ali bin Muhammed bin Ali: **El-tarifât** (Tanımlar), Dar El-reyan Lilturath.
- EL-DDERACÎ, Gazi Henun Helef: **İstizhar El-kest El-cinai fi Cerimet El-ketl El-amd** (Adam Öldürme Suçunda Cinai Kastın Belirlenmesi), 1. Baskı, El-halabi Hukuki yayınevi, Beyrut, 2012.
- EL-HAFACÎ, Mustafa Fazıl Kerim: “*Tarih El-kanun fi El-muctem'at El-kadime (Eski Toplumlarda Kanunun Tarihi (örnek olarak Hammurabi Kanunu)*”, Babil İnsani Araştırmalar Merkezi Dergisi, sayı 2, cilt 3, 2013.
- EL-HEDİSÎ, Fahri: **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu Şerhi- Genel kısım), Bağdat, 1992.
- EL-HELEBÎ, Muhammed Ali El-salm Ayyad: **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu Şerhi- Genel kısım), 1. Baskı, Dar El-thaqafa yayınevi, Amman 1997.
- EL-HELEF, Ali Hussein/ El-şawi, Sultan Abdulkadir: **El-mebadi El-amme Filkanun El-ukubat** (Ceza Kanununda Genel Prensipler), Bağdat yayınevi, 1982.
- EL-HEYDERÎ, Jamal İbrahim: **Ahkam El-mesuliye El-cezaiye** (Ceza sorumluluğu hükümleri), 1. Baskı, Mektebet el-sinhuri, Bağdat, 2010.
- ELLOÏT, WOODS: **Casebook on criminal Law**, op. cit., 1993 P. 16 act of will and responsibility.
- EL-NİSABURÎ, Müslim bin El-hecac ebu El-hasan El-keşiri: **Sehis Müslim**, Dar İhyaa El-turas El-arabi, Beyrut, cilt 3.
- EL-SALIHÎ, Diaa Eldin Mehdi: “*Mefhum El-mesuliye El-cezaiye fi El-Kanun El-Iraki (Irak Kanununda Ceza sorumluluğunun Mefhumu)* ”, **El-kadaa derneği**, sayı 1, 1986.
- EL-SEEDÎ, Hamid: **Şerh Kanun El-ukubat El-cedid** (Yeni Ceza Kanunu şerhi), c1, Maarif matbaası- Bağdat, 1970.
- EL-SEYÎT, El-Seyit Mustafa; **Şerh Kanun Ukubat El-Mısri El-cedid** (Yeni Mısır Ceza Kanunu şerhi), 2. Baskı, 1943.

- EL-ŞUKRÎ, Adel Yousif/ EL-SHAFÎ'Î, Maytham Hussein: “*El-iticahat El-hadise fi Tarîf El-hata gayr El-amdi (Taksirin Tanımında Yeni Yaklaşımlar)*”, **El-kufe Kanun ve Siyaset Bilimleri Derneği**, sayı 2, 2009.
- EL-TEMİMÎ, Kerim Selman Kadim: “*Mefhum El-ehliye fi Kanun El-ukubat El-ıraki (Irak Ceza Kanununda Ehliyet mefhumu)*”, **Kuliyet Medinet El-ilim El-camie derneği**, no 7.1, 2015.
- ERCAN, İsmail: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, On iki levha yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ERDEM, Mustafa Ruhan: “*Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derneği**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, cilt 21, özel sayı, 2019.
- EREM, Faruk, DANIŞMAN, Ahmet, ARTUK, Mehmet Emin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- EREM, Faruk: “*Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 26, sayı 1-2, 1969.
- EROĞLU, Fulya: “*Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler*”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt IX/2, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan Özel Sayısı 2, 2012.
- ESUET, Ali Abdullah: **El-rukñ El-manevi Lil-cerayim gayr el-amdiye** (kasıtlı olmayan suçların manevi unsuru), Center of Comparative Law Studies, Erbil, 2010.
- GÖKÇEN, Ahmet, BALCI, Murat: “*Kasten Öldürme Suçu (TCK. M.81)*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi**, cilt 17, sayı 1-2, 2011.
- GÖKTÜRK, Neslihan: “*Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?*”, **Ceza Hukuku Dergisi**, sayı 27, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Nisan 2015.
- GRİSPİNİ, Filippo: “*Alman Doktrininde Yeni Bir Suç Nazariyesi*”, çev. Nurullah KUNTER, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** 18, no. 1-2, 2011.
- GÜLTEKİN DİKEN, Nil Melek: “*Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2018.
- GÜNEŞ, Halil: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Sayfa yayım dağıtım, İstanbul 2011.
- GÜNGÖR, Devrim Diğer: “*Ceza hukukunda fiil üzerinde hata*”, doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2007.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: “*Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L'inesigibilité)*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 57, sayı 3, Ankara, 2008.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: **Türk Ceza Hukuku Ders notları**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2008.
- HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, Ankara, 2017.

- HEINRICH, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, cilt 1, çev. Hakeri, Hakan/ Ünver, Yener/ Özbek, Veli Özer/ Çakmut, Özlem Yenerer/ Erman, Barış/ Doğan, Koray/ Atladı, Ramazan Barış/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Ed. Ünver, Yener: 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- HEINRICH, Bernd; **Ceza Hukuku Genel Kısım**, cilt 2, çev. Hakeri, Hakan/ Ünver, Yener/ Özbek, Veli Özer/ Çakmut, Özlem Yenerer/ Erman, Barış/ Doğan, Koray/ Atladı, Ramazan Barış/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker/ Meraklı, Serkan/ Bozyel, Atacan/ Kabak Yüce, Emine/ Şohoğlu, Merve Selin/ Bulut, İlhan, Ed. ÜNVER, Yener; 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- HUSNİ, Mahmut Necip: **El-Nezeriye El-ame Lil kast El-cinayi** (cinai kastın genel teorisi), Dar El-nehde El-erebiye, 1974.
- HUSNİ, Mahmut Necip: **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu Şerhi-Genel kısım), 4. Baskı, Dar El-nahda El-Arabiye 1977.
- İÇEL, Kayhan: “*Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6 Sayı:12 Güz 2007/2.
- İÇEL, Kayhan: “*Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi** 7, 2016.
- İÇEL, Kayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta yayıncılık, İstanbul, 2018.
- İÇEL, Kayhan: **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul 1967.
- İNTERNET, HE KAW TEH/ THE QUEEN: (1985) 157 CLR 523; (<http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1985/43.html>) Erişim tarihi: 29.05.2020 saat; 01.45
- İNTERNET, KURAL Bahri/ THE QUEEN: (1987) 162 CLR 502; (<http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1987/16.html>) Erişim tarihi: 29.05.2020 saat; 01.23
- İNTERNET, State v. Nations, 676 SW 2d 282 - Mo: Court of Appeals, Eastern Dist., 1st Div. 1984; (https://scholar.google.com.tr/scholar_case?case=16924681473238028331&q=state+v.+nations&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1) Erişim tarihi: 29.05.2020 saat; 02.03
- İNTERNET, William Tell: (https://tr.wikipedia.org/wiki/William_Tell) Erişim tarihi: 30.05.2020, 16.04.
- İSMAIL, Mahmut İbrahim: **Şerh Kanun El-ukubat El-missri El-Kısım El-Am** (Mısır Ceza Kanunu Genel Kısım şerhi), Genel Kısım, Anclo-Mısıriye Yayınevi, 2. Baskı, El-kahire, 1960.
- KACAR ERCAN, Işıl: “*Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçu Bağlamında Kastın Tespiti*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019.
- KARAASLAN, Reşit: “*Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı 2, 2019.

- KARAKEHYA, Hakan/ Usluadam, Asena Kamer: “*Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler*”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, cilt 3, sayı 2, 2015.
- KATOĞLU, Tuğrul: “*Olası Kast ve Suça Teşebbüs*”, Ankara Üniversitesi Yayınları: Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, cilt 2, sayı 1, Ankara 2015.
- KEÇELİGİL, Hasan Tahsin: “*Türk Hukukunda Taksirin Esasları*”, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- KELSEN, Hans: “*Nedensellik ve İsnadiyet*”, çev. Zeki HAFIZOĞULLARI, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 35, sayı 1, 1978, S. 226.
- KEYMAN, Selahattin: “*Cürmi Fillin Yapısal Unsuru olarak Hareket*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 40, sene 1-4, 1988.
- KİM, Hye-Jeong: “*Kore Ceza Hukuku'nda Taksirli ve Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlara Giriş*”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt 2, Sayı 1-2, 2014.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara 2018.
- KUNTER, Nurullah: **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1949.
- KUNTER, Nurullah: **Suçun maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1954.
- MALKOÇ, İsmail: **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2005.
- Mecme' El-lügat El-Arabiye, Mue'cem El-wesit**, Dar El-de'we, cilt 2.
- MEHDİ, Abdulrauf: **El-mesuliye El-cinaiye E'n El-ceraim El-iktisadiye** (ekonomik suçlardan doğan cezai sorumluluk) Manşaat El-maarif Yayınevi, El-Eskenderiye 1976.
- MEHDİ, Abdulrauf: **Şerh El-kawaid El-amme Lil-Kanun El-ukubat** (ceza kanununun genel ilkeler şerhi), 1983.
- MERAKLI, Serkan: **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, 2019.
- MUHAMMED, Auz: **El-weciz fi Kanun El-ukubat Kısım El-Am** (Ceza Kanunu Özeti Genel Kısım), cilt1 Cam'ıye yayınevi, Eskenderiye 1978.
- MUHAMMED, Letife Hemid: “*El-kast El-cinayi El-has (Cinai Özel kast)*”, Yüksek lisans Tezi, Bağdat Üniversitesi, 1994.
- MUHİB EL-DİN, Muhammed: **El-nefis El-asime fi El-kanun El-cinai** (Ceza Kanununda Günahkâr nefis), 1. Baskı, El-riyad, 2006.
- MURŞİ, Muhammed Kamıl, EL-SEYİT, El-Seyit Mustafa: **Şerh Kanun Ukubat El-Mısri El-cedid** (Yeni Mısır Ceza Kanunu şerhi), 2. Baskı, 1943.
- MUSTAFA, Jamal Jalal: “*Suçun Manevi Unsurları İle Kusur İlişkisi Bakımından Türk Ve Irak Ceza Kanunlarının Felsefesi*”, **5. Uluslararası Öğrencilik Sempozyumu Bildiri Kitabı**, 1. Kitap, Siyaset-Uluslararası İlişkiler-Hukuk, 1. Baskı, İstanbul, 2020.

- MUSTAFA, Mahmut: **Şerh Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu Şerhi- Genel kısım), 10. Baskı, 1983.
- MÜSLİM, bin El-hecac ebu El-hasan El-keşiri El-nisaburi: *Sehis Müslim*, Dar İhyaa El-turas El-arabi, Beyrut, cilt 3, hadis numarası 1908.
- NASR, Reham Mohammed Saeed: “*El-rukñ El-ma’nawi fî El-carayım Gayr El-amdiye ‘El-hata Gayr El-amdi (kasıtlı olmayan suçlarda manevi unsuru ‘kasıtlı olmayan kusur’)*”, Yüksek Lisans Tezi, Al Neelain Üniversitesi, Sudan, 2017.
- NEJİM, Muhammed Subhi: **Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza Kanunu- Genel kısım), Dar El-thaqafa yayınevi, Amman 2005.
- OSMAN, Emel Abdulrahim: **Şerh El-kanun El-ukubat, El-kısım El-has** (Ceza Kanununun Özel Kısım Şerhi), Dar El-nahda El-Arabiye, El-Kahire, 1974.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2007.
- ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Dersleri**, 1992.
- ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt II, 1989.
- ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt II-III, 2. Baskı, 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- ÖZBEK, Veli Özer: “*Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*”, **Ceza Hukuku Derneği**, sayı 4, Ankara, 2007.
- ÖZEL, Abdullah Enes: “*Objektif İsnadiyet Teorisi ve Mağdurun Kendisi İçin Yarattığı Durumlar*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- ÖZEN, Mustafa: **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, 2. Baskı, Ankara, 2017
- ÖZGENÇ, İzzet: “*Kast-Taksir Kombinasyonları*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, cilt 6, Sayı 1–2, 1998.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet; “*Kavga Suçu (TCK. m. 464) Üzerine Düşünceler*”, **Yargıtay Dergisi**, cilt 19, sayı 4, 1993.
- ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 11. Baskı, Ankara 2011.

- ÖZTÜRK, Bahri: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.
- PARLAR, Ali/ HATİPOĞLU, Muzaffer: **5237 Sayılı TCK'da Temel İlkeler Tanımlar-Uygulama Alanı Kast ve Taksir**, 2. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara 2010.
- RAMAZAN, Ömer Seyit: “*Beyne El-nezeriyeteyn El-nefsiye ve El-mi'yariye Lilisim (Psikolojik ve Normatif teoriler arasında kusurluluk)*”, **Kanun ve İktisat Derneği**, sayı 133, 1964.
- RAMAZAN, Ömer Seyit: **Muhalefetlerde manevi unsur**, Dar El-kitap, Mısır 1959.
- RAŞID, Ali: **El-kanun El-cinai**, 2. Baskı, Dar El-nahda El-Arabiye, El-kahire, 1974.
- REŞİT, Fevzi: **El-şerayi El-Irak'ıye El-kadime** (Eski Irak Kanunları), Dar El-reşit Lil-neşir, Bağdat, 1979.
- SAYGILAR, Yasemin Filiz: “*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Taksir*”, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- SAYGILI, Tahsin: “*Babil Hukuku ve Hamurabi Kanunları*”, **Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi**, Sayı 2, 2015.
- SELAME, Mamun: **Kanun El-ukubat El-kısım El-am** (Ceza kanunu Genel Kısım), Dar El-fikir El-erebi, 1979.
- SERVET, Celal: **Nazariyet El-cerime El-muteadiyet El-kast fi El-kanun El-mısıri we El-mukarın** (Mısır ve Mukayeseli Hukukunda Kastı Aşan Suçun Teorisi), El-eskenderiye, 1965.
- SOURZAT, Claire: **Droit Pénal Général Et Procédure Pénale**, Brüksel, 2014.
- SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin yayınevi, Ankara 2018.
- SÖZÜER, Adem: “*Hukuki Hata*”, **Yargıtay Dergisi**, cilt 21, sayı 4, Ekim 1995.
- SÖZÜER, Adem: “*Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Dergisi**, PROF. DR. FÜSUN SOKULLU-AKINCI'YA ARMAĞAN, cilt 71, sayı 1, 2013.
- SÖZÜER, Adem: **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015.
- SUAT, Ankuş/ SSURİYE, İş'al: “*El-rukn El-manevi fi El-cerime (Suçta Manevi Unsur)*”, Yüksek Lisans Tezi, Bgayet Üniversitesi, Hukuk ve Siyaset Bilimleri Fakültesi, 2017.
- SURUR, Ahmet Fethi: **El-wesit Fi Kanun El-ukubat** (Ceza Kanununda Arabuluculuk), cilt1, genel kısım, 1981.
- ŞAHİN, Cumhur, ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

- TOPTAÇ, Tahir Hami: “*Türk Hukukunda Taksir*”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- TOROSLU, Haluk: “*Bilinçli Taksir Üzerine bir değerlendirme*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 126, 2016.
- TOROSLU, Nevzat, TOROSLU, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- TOROSLU, Nevzat: “*Cezai Sorumluluğun Gelişimi*”, **Yargıtay Dergisi**, cilt 16, sayı 1-2, Ocak-Nisan 1990.
- TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara, 1968.
- UBEİD, Hassanein İbrahim Salih: **Ceraim El-i'tida ala El-eşhas** (şahıslara karşı işlenen suçlar), 2. Baskı, Dar El-nahda El-Arabiye, El-kahire, 1973.
- UBEİD, Hassanein İbrahim Salih: **El-kast El-cinayi El-has** (Cinai Özel kast), 1. baskı, El-kahire, 1981.
- ÜNAL, Ertuğrul: “*Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu (TCK m. 85)*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- WEİNDER, Ernst: “*Dünyanın en Eski Kanunnameleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)*”, çev. Hasan Sevimcan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı 1, cilt 7, 1950.
- WEZİR, Abdulazim Mursi: **İftiraz El-hata ke esas Lilmesuliye El-cinaiye** (cezai sorumluluğun esası olarak hata varsayımı), Dar El-nahda El-Arabiye, 1988.
- YAŞAR, Osman: **Uygulamada Türk Ceza Yasası**, Ankara, 2000.
- YİĞİT, Onur: “*Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 2, 2013.
- YİĞİT, Onur: **Taksirli Suçlar**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- YUNUS, Merdan: “*Genel Hükümler İtibarıyla Türk Ceza Kanunu İle Irak Ceza Kanunu'nun Karşılaştırılması*”, Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2011.
- YVES, Mayaud: **Droit Pénal Générale**, 2. Édition, presses universitaires de France, Paris, 2004.
- ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, Ders kitabı, Beta Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul, Eylül 2016.
- ZİDAN, Muhammed Mustafa: **El-dewafi ve El-infiaalat**, Şeriket Mektebet U'kaz, Suudi Arabistan, 1. Baskı, 1984.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : MUSTAFA, Jamal Jalal
 Uyruğu : Irak
 Doğum tarihi ve yeri : _____
 Medeni hali : Bekar
 Telefon : _____
 e-mail : _____

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet Tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi / Kamu Hukuku	Devam ediyor
Lisans	Erbil - Soran Üniversitesi / Hukuk	2014
Lise	Erbil - Rashdoor Lisesi	2010

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2015- Devam	Soran Üniversitesi, Erbil, Irak	Avukatlık ve Kanuni Temsilciliği
2014-2017	Razga Devlet Okulu-Özel, Erbil, Irak	Arapça Öğretmenliği
2014-2015	Soran, Khalifan, Choman, Erbil ve Rawanduz Mahkemelerinde, Irak	Avukatlık
2010-2014	Soran Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ve Hastanelerde, Irak	Hukuki Alan Arapça Tercümanlığı

Yabancı Dil

İngilizce, Türkçe, Kürtçe, Arapça

Yayınlar

MUSTAFA, Jamal Jalal: *Suçun Manevi Unsurları İle Kusur İlişkisi Bakımından Türk Ve Irak Ceza Kanunlarının Felsefesi*, 5. Uluslararası Öğrencilik Sempozyumu Bildiri Kitabı, 1. Kitap, Siyaset-Uluslararası İlişkiler-Hukuk, 1. Baskı, İstanbul, 2020



GAZİ GELECEKTİR..