

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

Doktora Tezi

**CEZA HUKUKUNDA
KUSUR İLKESİ BAĞLAMINDA
NEDENİNDE SERBEST HAREKET
(*actio libera in causa*)
KAVRAMI ve GEÇİCİ NEDENLERİN CEZA
SORUMLULUĞUNA ETKİSİ**

Hazırlayan
Serdar TALAS
2502040060

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul 2011



TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU HUKUKU Anabilim** Dalında **2502040060** numaralı **SERDAR TALAS'ın** hazırladığı “**CEZA HUKUKUNDA KUSUR İLKESİ BAĞLAMINDA NEDENİNDE SERBEST HAREKET(ACTİO LİBERA İN CAUSA)KAVRAMI VE GEÇİCİ NEDENLERİN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ**” konulu ~~YÜKSEK LİSANS~~ / **DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 28.Maddesi **22.11.2011 SALI** günü saat: **15.00'de** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin ~~KABULU~~.....'ne* **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR.FÜSUN SOKULLU AKINCI	Kabul	
PROF.DR.BAHRİ ÖZTÜRK	Kabul	
PROF.DR.ADEM SÖZÜER	Kabul	
PROF.DR.FATİH SELAMİ MAHMUTOĞLU	Kabul	
PROF.DR.MAHMUT KOCA	Kabul	

ÖZ

Nedeninde serbest hareket “*actio libera in causa*” kavramı modern ceza hukukunun çekirdek sorunlarından birini oluşturmaktadır. Bireyin özgür iradesine dayanan tercihlerini sorumluluğun esası olarak kabul eden modern ceza hukuku, kusur yeteneğinin geçici kaybı durumunda ne şekilde bireyleri cezalandıracağı sorunu nedeninde serbest hareket kavramı ile çözümlenmektedir. Antik çağdan beri özellikle etik ve dini sorumluluğun isnadı için geliştirilen kavram, ceza hukuku alanında da tartışılmakta ve kullanılmaktadır. Ancak kavramın gerek tanımlanması, gerek temellendirmesi ve gerekse uygulanması önemli sorunlar yaratmaktadır. Fiilin icrası sırasında kusur yeteneğine sahip bulunmayan failin ne şekilde ve hangi sebeple sorumlu tutulabileceği bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır. Bunun yanında TCK’nın 34. maddesi bağlamında geçici nedenlerin ceza sorumluluğuna etkisi incelenecektir.

ABSTRACT

“*Actio libera in causa*” is one of the essential issues of modern criminal law. Criminal law, which accepts people’s choices as basis of criminal liability, uses “*actio libera in causa*” to establish how to punish an individual when he or she loses capability of such liability. The term “*actio libera in causa*” has been used since ancient times to asses ethical and religious liability. Nowadays this term is being used and discussed in criminal law as well. Defining this term and its application has caused several problems. This study focuses on how to punish an accused that does not have mental state of disregarding or known or obvious risks to human life. In addition, in this study impacts of temporary loss in capability of liability on criminal law are discussed in the context of article 34 of the Criminal Law Code.

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın ana konusunu ceza hukukunda kusur yeteneğinin geçici kaybının açıklanmasında kullanılan nedeninde serbest hareket kavramı oluşturmaktadır. Çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsüne devam eden doktora eğitiminin sonunda doktora tezi olarak hazırlanmış ve sunulmuştur.

Kavramsallaştırma çerçevesinde özellikle Alman literatüründen geniş ölçüde yararlanılmış, henüz Türk hukukunda yeterince incelenmemiş olan kavrama ilişkin ortaya çıkış, tarihsel gelişim açıklandıktan sonra kavramın temellendirilmesine ilişkin modeller ele alınmıştır.

Nedeninde serbest hareket kavramı bir yanıyla kusur ve kusur yeteneği gibi ceza hukukunun en temel sorunları ile ilişkili olması, diğer yanı ile ise suçun yapısını açıklayan görüşler ve suçun ve suçun yapısına ilişkin genel kurallarla bağlantılı olması nedeniyle ciddi yapısal sorunlara neden olmaktadır.

Çalışmanın hazırlanması sırasında gerek akademik destek, eleştiri ve görüşleri ile beni yönlendiren, gerekse tezle ilgili gerekse tez dışında hemen her sorunumla bizzat ilgilenen tez danışmanım Prof. Dr. Adem Sözüer'e; tezin yazım sürecinde teşvik ve desteğini esirgemeyen, tez izleme komitesi üyesi olarak çalışma sırasında her zaman hoşgörüsü ile pek çok engeli aşmamı sağlayan hocam Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya; tez konusu belirlendikten sonra fırsat buldukça konuya ilişkin görüşlerinden istifade ettiğim, soruları ile sorunların tespitinde yol gösterici olan hocam Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoglu'na; tez sırasında sadece konuya ilişkin görüşleri ile değil, aynı zamanda yaşadığım her sorunda bizzat ilgilenip kaygılarımı gideren ve desteğini her daim hissettiğim Yard. Doç. Dr. Selman Dursun'a sonsuz teşekkürlerimi bu vesile ile ifade etmek isterim.

Ayrıca tezin hazırlanması sırasında enstitüsünde çalışmam için imkan sağlayan Bonn Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Urs Kindhäuser'e; Alexander von Humboldt vakfının desteği ile sürdürülen Türk Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Projesi kapsamında iki kez bulunma fırsatı bulduğum Giessen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Walter Gropp'a ve Dr. Liane Wörner'e teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

Öz / Abstract.....	iii
Önsöz	iv
İçindekiler	v
Kısaltmalar	ix
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA HAREKET TEORİLERİ BAĞLAMINDA KUSURUN İŞLEVİ VE YAPISI

I. HAREKET TEORİLERİ BAĞLAMINDA HAKSIZLIK KUSUR İLİŞKİSİ	4
A. GENEL OLARAK	4
B. KUSUR – HAKSIZLIK AYRIMI.....	7
1. İki Aşamalı İsnadiyet	7
2. Suçun Yapısını Açıklayan Teoriler ve Hareket Teorileri Bağlamında Kusurun İşlevi: Haksızlık-Kusur Ayrımı	12
a. Giriş	12
b. Suçun Yapısını Açıklayan Teoriler	13
(1) Klasik Teori	13
(2) Neoklasik Teori	14
(3) Finalist Teori.....	15
(4) Finalizm Etkisinde Gelişim ve Sentezci Yaklaşım.....	16
c. Hareket Teorileri	19
(1) Nedensel (Doğal) Hareket	19
(2) Finalist Hareket.....	21
(3) Sosyal Hareket.....	22
(4) Kişisel Hareket	24
(5) Negatif Hareket.....	29
d. Haksızlık Kusur Ayrımı	29
II. KUSURUN İŞLEVİ ve YAPISI.....	32
A. MADDİ KUSUR – ŞEKLİ KUSUR AYRIMI	32
B. KUSUR KAVRAMININ GELİŞİMİ.....	35
1. Kusur Kavramının Felsefî Gelişimi: İrade Özgürlüğü ve Kusur	35
a. Determinizm (Belirlenimcilik)	36
b. İndeterminizm (Belirlenemezlik)	37

c. Ceza Hukukuna İrade Özgürlüğü	39
2. Ceza Hukuku Dogmatğinde Kusur Kavramının Gelişimi	40
a. Binding ve Normlar Teorisi:	
İrادی Kusur ve Hareket Yeteneğı Olarak Kusur	40
b. Psikolojik Kusur Teorisi.....	41
c. Normatif Kusur Teorisi	42
(1) Genel Olarak	42
(2) Kavramsal Olarak Normativizm.....	47
(3) Ön Kusurluluk Bakımından Normatif Kusur	49
(i) Bauman – Schröder	49
ii. Welzel	51
iii. Maurach	54
C. KUSURUN İÇERİĞİ: MADDİ KUSUR KAVRAMI.....	57
1. Başka Şekilde Davranabilmek	57
2. Hukuken Tasvip Edilemeyen Tutum.....	58
3. Karakter Kusuru	58
4. Genel Önleme Gerekliliğinden Kaynaklanan İsnadiyet:	
Fonksiyonel Kusur (Jakobs).....	60
5. Normatif Muhatabiyete Rağmen Haksız Hareket	62

İKİNCİ BÖLÜM

NEDENİNDE SERBEST HAREKET KAVRAMI

I. KAVRAMIN ORTAYA KONMASI	65
A.LATİNCE TERMİNOLOJİ VE KAVRAM.....	65
B. KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE FELSEFİ ARKA PLANI..	69
1. Ortaya Çıkış.....	69
a. Aristoteles.....	69
b. Akinolu Thomas	72
c. Samuel v. Pufendorf	74
d. Kanonik Hukukta ve Postglassatörlerde Kusur	
Kavramı ve Kusuru Ortadan Kaldıran Nedenler	77
2. Kavramın Alman Hukukunda Kodifiye Edilmesi Çalışmaları	
ve 19. Yüzyılda Öğretide Durum	80
3. 1871 Sonrası Dönem Kodifikasyon	87
4. Öğretideki Gelişim	88
5. Federal Yüksek Mahkemenin Görüşü.....	91
6. StGB § 323 a ve Değerlendirmesi.....	92
C. SORUNUN TEMEL NEDENİ: ÇAKIŞMA (Koinzidinsprinzip)	
VEYA HEM ZAMANLILIK (Simultaneitätprinzip) PRENSİBİ.....	93

D. BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	96
1. actio illicita in causa (nedeninde hukuka aykırı hareket)	96
2. omissio libera in causa	99
II. KAVRAMIN TEMELLENDİRİLMESİ	100
A. TEMELLENDİRME MODELLERİNİN SINIFLANDIRMASI VE BENİMSENEN TASNİF	100
B. TEMELLENDİRMEYİ SUÇUN OBJEKTİF UNSURLARI ÜZERİNDEN YAPAN MODELLER	103
1. Genel Açıklamalar	103
2. Tipiklik Modeli İçinde Farklı Yaklaşımlar	103
a. Hareketin Öne Alınması/Takaddüm Teorisi (Vorvelegungstheorie)	103
(1). Genel Açıklamalar	103
(2). Temel Argümanları	105
(3). Modelin Değerlendirmesi ve Eleştirisi	105
b. Dolaylı Faillik Görüşü	107
(1). Genel Açıklamalar ve Temel Argümanları	107
(2). Teoriye Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme	110
c. Maddi Haksızlık Modeli: Schmidhäuser	112
(1). Genel Açıklamalar ve Temel Argümanları	112
(2). Modelin Değerlendirmesi ve Eleştirisi	117
d. Yayılma Modeli	119
(1). Genel Açıklamalar	119
(2). Eleştirisi	123
D. İSTİSNA MODELİ: SORUMLULUĞUN İSNADINDA İKAMECİ YAKLAŞIM	126
1. Temellendirmede Temel Yaklaşım ve İkameci Anlayış	126
2. Modele Yönelik Eleştiriler	137
E. BAĞDAŞMAZLIK GÖRÜŞÜ	137

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM NEDENİNDE SERBEST HAREKETİN TÜRLERİ UYGULANMASI VE SONUÇLAR

I. ALIC'İN TÜRLERİ	139
A. SINIFLANDIRMA VE KONUNUN SINIRLANDIRMASI	139
B. KASTLI ALİC	142
1. Genel Açıklama	142
2. Farklı Temellendirme Modelleri Bakımından Değerlendirme	144
a) Tipiklik Modeli	144

b. İstisna Modeli	150
C. TAKSİRLİ ALİC	151
II. TÜRK HUKUKUNDA <i>alic</i>	157
A. GENEL AÇIKLAMALAR.....	157
B. TÜRK HUKUKUNDA HEM ZAMANLILIK İLKESİ	159
C. TÜRK HUKUKUNDA ALİC'İN UYGULAMA ALANI.....	160
D. ÖĞRETİDE <i>ALİC'E</i> İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	162
E. YARGITAY UYGULAMASI.....	167
F. TCK 34. MADDE VE UYGULAMA KOŞULLARI.....	171
1. 765 sayılı TCK'da <i>alic</i> düzenlemesi	171
2. TCK 34. Maddenin Uygulanma Koşulları	173
a. Maddenin Yapısı ve Kural-İstisna İlişkisi	173
b. Kural: Sorumsuzluk Hali	174
(1) <i>Geçici Neden</i>	174
(2) <i>İrade Dışı Alınan Alkol veya Uyuşturucu Madde</i>	175
(3) <i>Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılayamama</i>	177
(4) <i>Davranışları Yönlendirme Yeteneğinin</i> <i>Önemli Ölçüde Azalması</i>	179
c. İstisna: İrادی Alınan Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde İşlenen Suç	179
(1). <i>Genel Olarak</i>	179
(2). <i>İrادی Sarhoşluk Durumunda Kusur Yeteneği</i>	182
3. TCK 34. Maddenin Değerlendirmesi	186
SONUÇ.....	196
KAYNAKÇA	200
Özgeçmiş	218

KISALTMALAR

Al.CK	:	Alman Ceza Kanunu
AT	:	Allgemeiner Teil
Aufl.	:	Auflage
BGH	:	Bundesgerichtshof
BGHSt	:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Bkz. (bkz.)	:	Bakınız
BVerfGE	:	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.	:	cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	:	Daire
Diss.	:	Dissertation
Dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör / Editörler
f.	:	fikra
FG	:	Festgabe
FS	:	Festschrift
GA	:	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	:	Gedächtnisschrift
İÜHF	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	:	Juristische Arbeitsblätter
JR	:	Juristische Rundschau
Jura	:	Juristische Ausbildung
JuS	:	Juristische Schulung
JZ	:	Juristen Zeitung
K.	:	Karar
Kn.	:	Kenar numarası
LK	:	Leipziger Kommentar
LPK-StGB	:	Lehr- und Praxiskommentar zum StGB
m.	:	Madde
MDR	:	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	:	Münchener Kommentar zum StGB
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
NK	:	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch

NStZ	:	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	:	Oberlandesgericht
RG	:	Reichsgericht
RGSt	:	Entscheidungen des Reichsgerichts
S/S	:	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch – Kommentar
StGB	:	Strafgesetzbuch
StV	:	Strafverteidiger
sy.	:	sayı
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
vd.	:	ve devamı
v.d.	:	ve diğerleri
yay.	:	Yayınlayan
YD	:	Yargıtay Dergisi
ZStW	:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Ceza hukukunda “nedeninde serbest hareket”, *actio libera in causa* (alic) kavramı bireyin kusur yeteneğini yine kendi kusurlu eylemi ile ortadan kaldırması ve bu durumda iken bir suç işlemesi durumunda sorumluluğun faile yüklenebilmesi sorununun çözümü bakımından kullanılmaktadır. Ancak kavrama ilişkin sorunsal, kısa tanımlamada ifade edilenden çok daha geniş bir kapsama yayılmaktadır.

Kaide olarak modern ceza hukuku anlayışı kusur ilkesinin üzerine inşa edilmekte ve kusur ilkesi aynı zamanda dolaylı veya açık ifadelerle pek çok ülkede anayasal bir kural olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede kişinin cezalandırılabilmesi yani fiilin sorumluluğunun bireye yüklenebilmesi ancak maddi ve manevi unsurları havi hukuka aykırı fiilin icrası sırasında kusurlu olmasına bağlıdır. Bu bağlamda kusur cezanın hem bir koşulu aynı zaman da cezayı sınırlayan bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir. Bu genel kaideden ortaya çıkan sonuç kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması durumunda cezalandırılmayacağıdır.

Nedeninde serbest hareket olarak adlandırılan durumlarda fail, kusur yeteneğini, bazı görüşlere göre sorumluluğu temin eden diğer unsurları, kendi iradi (taksirli veya kastlı) davranışı ile ortadan kaldırmakta, daha sonra bu durumdayken bir haksızlık gerçekleştirmektedir. Somut olay anı üzerinden yapılan bir değerlendirmede fiilin icra edildiği anda failin kusur yeteneğinden söz edilemeyecektir. Buna karşın failin cezalandırılması gerektiği şeklindeki farklı mülahazalara dayanan taleplerin karşılanması da bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu sorunun ne şekilde çözümleneceği son derece girift bir tartışma alanı olarak karşımızda durmaktadır.

Antik Yunandan beri normu ihlal eden süjenin, yani insanın, norm karşısında belirli yeteneklere sahip olması gerekliliği ifade edilmektedir. Bu çerçevede bir fiilin suç olduğunu bilmeyen kişinin durumundan, alic’in klasik örneği olan sarhoşluk hallerine ilişkin konular özellikle etik alanında yazılmış çalışmalarda ele alınmıştır. Çalışmamızın konusunu oluşturan kavramsallaştırmanın da kökeni Aristoteles’e kadar uzanmaktadır. Ancak tarihsel gelişim incelendiğinde, Aristotelyen anlayışın devam ettiricisi olarak görülen düşünürlerde etkisi görülen anlayış, önceleri nedensel

seri üzerinden tanrının ve tanrının iradesinin ispatında kullanılmış, diğer yandan tanrısal iradeye karşı çıkan insanların iradelerinin, tanrısal iradeden bağımsızlıkları ve günahları için sorumluluklarının temellendirilmesinde rol oynamıştır. 18. Yüzyıldan itibaren somutlaşan kavram, ceza hukuku alanına Pufendorf'un olağanüstü isnadiyet öğretisi ve ardından Kleinschrod'un çalışmaları ile girmiştir.

Ceza sorumluluğunun esasını bireyin iradi fiilleri oluşturmaktadır. Bu çerçevede ceza hukuku bakımından değer taşıyan fiil, iradi olarak gerçekleştirilen fiildir. Diğer yandan iradi eylemin yanında kişinin bu eyleminde kusurlu olması da sorumluluğun ön koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. 5237 sayılı TCK'nun gerekçesinde konu eyleminden ötürü kişinin kınanması şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak kınama yargısı kavramının içeriği tam olarak doldurulabilmiş, kriterleri belirlenebilmiş değildir.

Diğer yandan kusur kavramının içeriği yanında, kusurun ne zaman aranacağı ve ne zamanki koşul ve şartlara göre belirleneceği hususunda da önemli tartışmalar yaşanmaktadır. Bu çerçevede irade özgürlüğünün geçici nedenlerle bilerek veya bilmeyerek ortadan kaldırılmış olabilir. Kişi, gerçekleştirdiği davranışın hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyen bir nedenin etkisine bilinci olmaksızın veya iradesi dışında girmiş olabilir. Yine kişi, alkol veya uyuşturucu madde almak kastıyla hareket etmemesine rağmen, yanılarak bu maddeleri almış olabileceği gibi, alkol veya uyuşturucu madde almaya zorlanmış da olabilir. Gerek bilmeyerek gerek zorla alınan alkol veya uyuşturucu maddenin etkisindeyken işlenen suç açısından kişinin kusur yeteneği tartışılması gereken hususlardır.

Diğer taraftan kişinin algılama yeteneğini etkileyen sistemik hastalıkları da geçici neden olarak kabul edilmektedir. Örneğin diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar ve üremi gibi hastalıklar, kişinin algılama yeteneğini ortadan kaldırabilmektedir. Tüm bunların yanında kişi, önceden kararlaştırdığı suçu işlemeye başlamadan önce, isteyerek alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde alabilir. Keza, kişi herhangi bir suç işlemeyi kastetmediği hâlde, isteyerek alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde almış ve bu maddelerin etkisinde iken bir suç işlemiş

olabilir. Tüm bu durumların kusur ve kusur yeteneği bağlamında değerdendirilmesi gerekmektedir.

Tüm bu ihtimaller ceza hukukunda nedeninde serbest hareket (*actio libera in causa*) kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır. Tezin amacı anılan geçici nedenlerin ve nedeninde serbest hareket kavramının değerdendirilmesi oluşturmaktadır.

Bu çerçevede birinci bölümde öncelikle kusur kavramı, suçun yapısında kusur ve kusurun yapısı incelenmiştir. Bu bağlamda birinci bölümde, kusur yeteneği ya da başka bir sorumluluğu temellendiren unsurun bulunmadığı durumlarda cezalandırma gerekli midir soruna cevap aranmıştır.

İkinci bölümde ise tezin ana konusu olan nedeninde serbest hareket kavramının anlamı ve tarihsel gelişimi ele alınmıştır. Cezalandırmanın son derece açık ve tereddütsüz biçimde ifade edilmesine karşın, bu isnadiyet şeklinin nasıl temellendirileceği ciddi bir tartışma alanıdır. Birinci bölümde ortaya konan sorunun yanıtlanmasının ardından, failin neden ve ne şekilde cezalandırılacağı sorununun da yanıtlanması gerekmektedir. Temellendirme modelleri olarak adlandırılan teoriler, bu çerçevede alic olaylarının nasıl, hangi kriterler kullanılarak ceza hukuku dogmatığı ile bağdaştırılabileceğini ortaya koymaktadır.

Son bölümde ise nedeninde serbest hareket kavramının uygulanması ve Türk hukukundaki yaklaşım ortaya konmuştur. Bu çerçevede alic olaylarında kastlı ve taksirli alic halleri ve koşulları, TCK'nun 34. Maddesi ele alınmış, failin cezalandırılmasını temellendiren teorilerin gerek kastlı gerekse taksirli alic olaylarında nasıl uygulanacağı ele alınmış ve açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA HAREKET TEORİLERİ

BAĞLAMINDA KUSURUN İŞLEVİ VE YAPISI

I. HAREKET TEORİLERİ BAĞLAMINDA HAKSIZLIK KUSUR İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

İnsanın tek başına yaşayamayacağı, ancak belirli bir toplum içerisinde diğer insanlarla birlikte var olabileceği kabulü, bu bir arada yaşama düzeninin bir takım kurallara bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Sosyal düzen olarak adlandırılan bu kurallar, esasında zorlayıcı bir yaptırıma sahip olmayan kurallardır, sosyal düzene ilişkin kuralların yaratıcı ve uygulayıcısı toplumdur. Bu nedenle sosyal düzene ilişkin kuralların, işlevlerini tam olarak yerine getirilebilmeleri, zor kullanma yetkisini de kapsayan hukuk düzenine ilişkin kurallarla tamamlanmasına bağlıdır ¹.

Hukuk normlarını toplumsal düzeni sağlayan diğer normlardan ayıran temel özellikse devlet tarafından sağlanan zor kullanma yetkisini de bünyesinde barındırmasıdır. Ceza hukuku, hukukun diğer alanları ile birlikte, toplumsal barış ve bir arada yaşamın korunmasının temel araçlarından birisidir. Ceza hukukunu diğer hukuk alanlarından ayıran temel özelliği ise uygulamak imkanına sahip olduğu kamusal yaptırımların, diğer hukuk alanlarının sahip olduğu yaptırım gücüne nazaran

¹ Franz v. Liszt/ Eberhard Schmidt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts [Lehrbuch (23)]**, 23. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1921, s. 6. “*Hukuki normlar cebri normlardır. Hukuk düzeni de sadece barış düzeni değil, aynı zamanda bir kavga/mücadele düzenidir*”; Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend; **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil [AT]**, 5. Aufl., Duncker&Humblot, Berlin 1996, s. 2.

çok daha etkili olmasıdır². “*Son tahlilde ceza hukuku, kamusal zor aracılığıyla hukuk düzeninin sarsılmazlığını güvence altına alır*”³.

Ceza yaptırımını aracılığıyla devlete sağlanan bireyler üzerinde zor kullanma yetkisi, ceza hukukunun devletin elinde bireylere karşı kullanılan sınırsız bir güç olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine devletin, ceza vermek yetkisinin kullanımı yine bir takım anayasal ilke ve sınırlamalara tabi tutulmalıdır. Aksi durumda da ceza hukuku, yukarıda ifade edilen toplumsal yaşama koruma işlevini yerine getiremez hale gelecektir. Bu noktada anayasalar, bireylerin hareket özgürlüklerini garanti altına aldığından, ceza ancak insanların bir arada yaşamalarını temin etmek bakımından olmazsa olmaz durumlarda uygulanabilecektir⁴. Hukuk devleti ilkesinin, ölçülülük ve özgürlükçü demokratik bir düzende insanların hareket özgürlüklerinin

² Kamu hukuku, özel hukuk ve ceza hukuku yaptırımlarının karşılaştırması için Bkz. Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 3. Aufl., Nomos, Baden Baden 2008, § 1- Kn. 5.

³ Jescheck/Weigend, **AT**, s. 2; Bu bağlamda özellikle fonksiyonel kusur anlayışını benimseyen yazarlar, ileride açıklanacağı üzere cezanın amacını norma itaatın güvence altına alınması olarak tanımladıkları pozitif genel önlemede görürler. Failin kusurluluğu, cezalandırılmasının pozitif genel önlemenin amaçlarının tesisi bakımından gerekliliğine göre belirlenir. Bu çerçevede maddi kusur meşru norma karşı sahip olunması gereken sadakatte bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York, 1993, § 17 – Kn. 18; Kindhäuser, **AT**, § 21 – Kn: 8; Johannes Wessels/ Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 37. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2007, Kn. 408; Fonksiyonel kusur anlayışına ilişkin farklı bir bakış açısı ortaya koyan Frister, kusursuz ceza olmaz ilkesinin önleme amaçlı teoriler bağlamında ele alınması durumunda, kusurun cezayı değil, belirli bir amaca uygun cezalandırmanın kusuru temellendirdiği düşüncesindedir. Yazara göre ceza ancak amaca uygunluk durumunda uygulanabilir. Helmut Frister, **Schuld, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin 1988, s. 17. Gerçekten de Jakobs tarafından savunulan önleme amaçlı kusur anlayışı, tanımı gereği cezayı bir sonuç olarak değil kusuru bir sonuç olarak ortaya koymaktadır. Yazara göre ceza ancak pozitif genel önleme amacına hizmet etmesi durumunda uygulanabilir. Cezanın pozitif genel önleme amacına hizmet etmesi ise kusuru oluşturmaktadır. Kusura verilen bu anlam, kusuru cezanın koşulu değil adeta sonucu haline getirmektedir. Günther Jakobs, **Schuld und Prävention**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1976, s. 9, s. 31 vd.

⁴ Jescheck ultima ratio ilkesi ile bir yandan ceza hukukunun, hukukun ve düzenin korunması bakımından en son araç olarak kullanılmasının diğer yandan da özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazından mümkün mertebe kaçınılmasının ifade edilmek istendiğini belirtmektedir. Hans Heinrich Jescheck, “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, (Çev.: Adem Sözüer), **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya 1998, s. 33vd.; İçel/ Donay, yardımcılık niteliği olarak nitelendirmektedirler. Kayıhan İçel/ Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, 4. Bası, Beta, İstanbul 2005, s. 17; Ultima ratio ilkesinin hukuksal değer öğretisi ile ilişkisi bakımından; Bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin, Ankara 2003, ss. 692-697.

bir yansıması olarak görülen ceza hukukunun son araç olmak vasfı⁵, kanun koyucuya yönelik ve kanun koyucunun suç ve ceza yaratma yetkisinin bir sınırı olmakla birlikte, tek başına ceza hukukunun işaret edilen kötüye kullanılma endişesini ortadan kaldırmak için yeterli değildir.

Bu tehlike kanun koyucunun sınırlanmasının yanı sıra, hukuk devletinde bireyin sahip olduğu konum da dikkate alınarak belirlenecek sorumluluk rejimi ile de izale edilmelidir. Bu bağlamda hukuk devletinde norma muhatap süje olarak insan, ceza normunun konusu olmadığı gibi salt muhatabı da değildir. Otonom ve özgür iradeye sahip bir birey aynı zamanda o normu ihdas eden iradenin bir parçasıdır⁶. Bu durumun iki farklı sonucu tespit edilebilir. Bunlardan ilki, yani normun ortaya çıkış sürecinin her parçasının aynı zamanda normun muhatabı olması, sürece katılan herkesin birbiri ile iletişimsel bir süreç yaşamalarını ve toplumsal uyumunu gerektirir. İkincisi ise hukuk, norm ihlali durumunda, normu ihlal eden süjeye karşı nötr olmak durumundadır. Bir başka ifadeyle, ihlalden ötürü kınama değerlendirmesi yapılırken, ihlali gerçekleştiren süjenin aynı zamanda hukuku yaratan süjenin bir

⁵ Ceza vermek yetkisinin sınırları bakımından ensestti suç olarak düzenleyen Aİ.CK. § 173'e ilişkin Federal Anayasa Mahkemesinin kararı için Bkz. BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26.2.2008, Kn: 35; http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html (30.09.2010); Koca/ Üzülmöz, ceza hukuku kurallarının insan haklarını koruma odaklı tanzim edilmeleri gerektiğini, ceza hukukunun insanın varlığını devam ettirmesi, kişiliğini geliştirmesi bakımından zorunlu maddi, manevi ve ekonomik değerleri korumayı hedeflemesi gerektiğini ifade etmektedirler. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Seçkin Ankara 2009, s. 41. Anayasa Mahkemesi de son araç olmak vasfından söz etmemekle birlikte hangi fiillerin suç olarak düzenleneceği, ceza miktarının ne olacağı hususlarında takdirin kanun koyucuya ait olduğunu belirtmekle birlikte, hukuk devletine vurgu yaparak bu yetkinin ceza hukukunun temel ilkeleri ve anayasal ilkelerle sınırlı olduğunu ifade etmektedir. *"Hukuk devletinde, Anayasa'nın açık kurallarıyla birlikte, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine de uygun davranılması gerekir. Kamu düzeninin korunması, güven ve huzuru bozan eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesi için yasama organı, anayasal sınırlar içinde, değişik cezalar öngörebilir. Ceza alanında düzenleme yaparken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmamaları, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde yaptırımlarla karşılaşmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği hususları da Yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamı içindedir."*, AYM, E. 1995/20, K. 1996/4, T. 1.2.1996, RG.: T.: 31.07.1996, S. 22713.

⁶ Urs Kindhäuser, *"Rechtstreue als Schuld-kategorie"*, **ZStW 107 (1985)**, s. 720; Aynı yönde Klaus Günther, **Schuld und Kommunikative Freiheit – Studien zur personalen Zurechnung Strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat**, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2005, s. 245-246.

parçası olduğu gözden uzak tutulmamalıdır⁷. Bu çerçevede bireyin toplumda sahip bulunduğu rol ve konum, salt gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle cezalandırmasını önlemekte, haksızlık yanında bireyle bu hukuk düzeni arasındaki ilişkinin gerçekleştirdiği fiil bağlamında ele alındığı bir değerlendirmeyi, bir değer yargısını da zorunlu kılmaktadır. Failin fiilinden ötürü kınanabilmesi olarak ifade edilen kusur kavramı, bir taraftan faile uygulanacak cezayı temellendirmekte, diğer yandan da uygulanacak cezanın failin kusuru ile orantılı olması gerekliliğinden hareketle verilecek cezayı sınırlamaktadır. Kusur kavramı çerçevesinde ortaya konan bu resim, ceza hukukunda kusur ilkesinin esasını oluşturmaktadır.

Kusur ilkesi, bilimsel incelemelerde farklı yönleri ile ele alınmaktadır. Bu bağlamda kusur her şeyden önce kavramsal bir içeriğe sahiptir. Bu kavramsal içerik kusurun iki yönlü ele alınmasını sonuçlamaktadır. Bunlar şekli anlamda kusur ve maddi anlamda kusurdan oluşmaktadır. Şekli anlamda kusur, kusurun cezayı sınırlayan ve temellendiren fonksiyonlarını, maddi anlamda kusur ise kusur tanımlamasında kullanılan kınama yargısının tanım ve işlevini ortaya koymaktadır. Tüm bu genel çerçeve ise anayasal bir ilke olarak kusur ilkesini oluşturmaktadır. Ancak kusura ilişkin öncelikle suçun yapısında kusurun işlev ve yerine ilişkin bilgi verilmesinde yarar görmekteyiz.

B. KUSUR – HAKSIZLIK AYRIMI

1. İki Aşamalı İsnadiyet

Ceza sorumluluğunun bireye yüklenebilmesinde uyulması gereken mantıksal dizin ve kurallar bütünü izah eden isnadiyet kavramı, günümüzde kullanıldığı anlamı ile kusur yeteneği ya da kusur yeteneksizliği ile objektif isnadiyet teorisindeki anlamına nazaran daha üst bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir yandan fiilin faile yüklenmesi, diğer yandan da fiilin failin iradesine yüklenmesi olarak tasnif edilen isnadiyet (*imputatio*) kavramını, bugünkü anlamıyla ilk kullanımı Pufendorf'ta rastlanmaktadır. Bu yaklaşım sonraları Christian Thomasius, Christian Wolff ve

⁷ Kindhäuser bu durumu toplumu oluşturan her bireyin, her katılımcının “çifte rolü” olarak nitelendirmektedir. Süje bir yandan normun yaratıcısı, diğer taraftan da normun muhatabıdır. Kindhäuser, **ZStW 107 (1985)**, s. 720.

Kant'ın doğal hukuk öğretisinde önemli bir rol oynamıştır⁸. Bu bağlamda isnadiyet çok genel olarak, belirli bir hareket ya da vakıa için yaptırım uygulanmasını gerektiren sorumluluğun tanınması şeklinde tanımlanabilir⁹. Ceza hukukunda isnadiyet yapılanması ise belirli bir olay ya da olay grubu bakımından geçerli olan, fiili cezalandırılabilirliğini sağlayan kuralların bütünü olarak tanımlanmaktadır¹⁰.

İsnadiyetin bu şekilde geniş bir tanımlamaya tabi tutulması, her şeyden önce pratik uygulanabilirliğini ciddi şekilde engellemektedir. Yine böyle bir tanımlama, kendi içinde hiçbir mantıksal bütünlük barındırmayan ve genel geçer ifadeler şeklinde algılanmaya elverişlidir. Ancak doğal hukuk temelli bu tanımlama, salt tanımdan değil isnadiyet yapılanması olarak adlandırılan sistemin bir arada görülmesi ve uygulanmasını da gerektirmektedir. Söz konusu bu yapılanma, hali hazırda modern ceza hukukunda kabul edilen haksızlık-kusur ayrımının da kökenini oluşturmaktadır.

Her şeyden önce isnadiyetin suçun yapısı ve modern ceza hukuku düşüncesi bakımından işlevinin ortaya konması gerekmektedir. Belirli suç tiplerini düzenleyen ceza normları, ceza kanunlarının özel hükümleri, bireylere yönelik davranış normlarının formüle edildiği hukuki cümleler şeklinde yorumlanırlar. Norm,

⁸ Joachim Hruschka, **Strukturen der Zurechnung**, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1976, s. 2, 3; Objektif ve sübjektif isnadiyet ayrımına ilk kez Harschner von Almendingen'de rastlanmaktadır. Harschner von Almendingen, *Darstellung der rechtlichen Imputation*, 1803, s. 90'dan nakleden Hruschka, **Strukturen der Zurechnung**, s. 2, Dn. 3.

⁹ Objektif ve sübjektif isnadiyet ayrımının incelememiz bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Bu ayrımın önemini inkar etmemekle birlikte, inceleme konumuzun fiilin kusura isnadı şeklinde tanımlanabilecek sübjektif isnadiyet sahasında kaldığını ifade etmemiz gerekmektedir. Objektif isnadiyet konusunda halen öğretilde devam eden tartışmanın başlatıcısı ise sanılanın aksine Honig değil Lorenz'dir. Karl Lorenz, **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung - Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"**, Druck von Rheinhold Berger, Lucka 1927, s. 61. Tespit için Bkz. Hruschka, **Strukturen der Zurechnung**, s. 2, Dn. 3. Hruschka haklı olarak Lorenz'de yer alan objektif isnadiyet düşüncesi ve tartışmasıyla, daha sonra devam eden tartışmanın birbirinden farklı olduğunu ifade etmektedir. Gerçekten de Lorenz, neden olan (müsebbip) ve neden (sebeb) arasında bir ayrım yaparak fiilin bizatihi faile isnadıyla neticenin fiile isnadı arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Ancak daha sonraki tartışmada objektif isnadiyet, neticenin fiile isnadının incelenmesi olarak ele alınmıştır. Bkz.; Richard Honig, *"Kausalität und Objektive Zurechnung"*, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930 Band I**, (Ed.: August Hegler) Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1930, s. 133 vd.

¹⁰ Ulfrid Neumann, **Zurechnung und „Vorverschulden“ – Vorstudien zu einem dialogischen Model strafrechtlichen Zurechnung, [Zurechnung und „Vorverschulden]**, Duncker Humblot, Berlin 1985, s. 13; Bu çerçevede alic çerçevesinde değerlendirilen durumlar, esasında bu tanımlamaya göre bir isnadiyet yapılanması olarak karşımıza çıkmaktadır.

muhabatına hangi ölçüde kendisi ile bağlı olduğunu ya da hangi koşullar altında kendisine olan bağlılığındaki eksikliğin ceza sorumluluğunu doğuracağını dile getirmez. Bu bağlamda buyurucu ceza normu, isnadiyetin bir kriteri olamaz, zira isnadiyetin konusu normun bizatihi kendisine karşı duyulması gereken sadakatteki eksiklik neticesinde ortaya çıkan sorumluluğun tespiti¹¹. Davranış normları ile isnadiyet normları (kriterleri) arasındaki bu ayrımın diğer bir yansıması ise iki norm grubu arasındaki meşruluk kaynağı ve konuda kendini gösterir. Belirli bir davranışı suç olarak düzenleyen davranışlar şekli anlamda meşruluğunu kanun koyucu tarafından izlenen kanunlaşma bulurken, maddi meşruluğunu sosyal faydada ve müşterek çıkarlarda bulur. Buna karşılık cezanın tatbikini sonuçlayan isnadiyet kurallarının meşruluğu cezanın amacında tespit edilmelidir ve temel gaye normun güvenilirliğinin korunmasıdır. Norma itaatin sağlanmaması, norma uyma vaadinde bulunan ve normun oluşumuna katkıda bulunan toplumu oluşturan diğer sükelerin beklentilerinin karşılanmaması ve normun *değerinin* ortadan kalkmasıdır¹². Ceza normu ile isnadiyet kriteri arasında kısaca ortaya konan bu ayrım, normun ihlali neticesinde izlenmesi gereken analitik yöntem bakımından da yol göstericidir. Normun ihlali karşısında kişinin bu ihlalden sorumlu tutulabilmesi, cezanın amacına göre belirlenebilecektir. Bu çerçevede karşımıza iki aşamalı bir yapı çıkmaktadır.

¹¹ Urs Kindhäuser, **Gefährdung als Straftat, rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte [Gefährdung als Straftat]**, Klostermann, Frankfurt am Main 1989, s. 29; Urs Kindhäuser, “Zur Logik des Verbrechenaufbaus”, **Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?**, (Ed. Harald Koch), Berliner Verlag, Berlin 1997, s. 79-82. Isnadiyet kurallarını diğer normlardan ayıran bu gerekçe kaynağını dil felsefesinde bulmaktadır. Bu bağlamda ceza hukuku dili kendi bünyesinde tanımlayıcı, buyurucu ve isnad edici dil olmak üzere üç ayrı dil kullanmaktadır. Tanımlayıcı ve buyurucu dil öğretide sıklıkla kullanılmakla birlikte isnad edici dil bu bağlamda pek az bilinmekte ve değerlendirmektedir. Tanımlayıcı (tasviri, deskriptif) normlar belirli bir durumu tespit ederken, buyurucu (preskriptif) kurallar emir, yasak, tavsiye gibi buyrukları içerir. Bunların yanında yer alan isnad edici (askriptif) dil ise, nedenin ve ilişkinin ortaya konduğu dildir. Joachim Hruschka, **Strafrecht nach logisch-analytischer Methode [AT]**, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York 1988, s. 424-426. Benzer yaklaşım kast ve hata öğretisinde norm analizinde ortaya konmaktadır. Bu bağlamda tanımlayıcı ve normatif, değerlendirilebilir unsurlar ayrımı yapılmaktadır. Bkz. Kayıhan İçel / Füsün Sokullu-Akinci / İzzet Özgenç / Adem Sözüer / Fatih S. Mahmutoglu / Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, 3. Bası, Beta İstanbul, 2004, s. 232; Barış Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 30 vd. ; İzzet Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul 1996, s. 137 – 138; Koca/Üzölmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 123, 147.

¹² Jakobs, **AT**, § 1 – Kn. 27. ; Burada korunmak istenen sistemin tamamının güvence altına alınması ya da tek bir normun geçerliliğinin korunması değil, norm geçerliliğinin korunmasıdır. Bu bağlamda kınama konusunu oluşturan hukuka itaatsizlik faille hukuk düzeninin bütünü arasındaki ilişkidir. Bkz. Kindhäuser, **Gefährdung als Straftat**, s. 30, Dn. 7.

Bunlardan ilki failin yükümlölüklerine aykırı davranışının bu niteliğinin tespiti ve bu davranışın faile isnadı; ikincisi ise failden içinde bulunduğ u koşullar ve yetenekleri çerçevesinde normu davranışlarına etki eder biçimde tanınmasının beklenmesidir ve bu tanımama halinin isnadı. İki aşamalı isnadiyetin ilk aşamasında yanıtlanan soru, fiilin hukuka aykırı ve norma aykırı bir davranış olarak faile yüklenmesi iken (*imputatio facti*); ikinci aşama isnadiyette fiilin kusura isnadı (*imputatio juris*) gündeme gelecektir. Bu bağlamda birinci aşama isnadiyet fiilin ceza hukuku bakımından önem arz eden bir hareket olarak nitelendirilmesini sonuçlarken; ikinci aşama isnadiyet bu hareketin bir sistem karşısında durumunun değ erlendirilmesini ve sonuç olarak olumlu ya da olumsuz bir değ er hükmüne ulaşılmasını sonuçlamaktadır¹³. İkinci aşama isnadiyette yani kusurun isnadında, yanıtlanması gereken soru failin, norma uygun irade oluşumunu fiilinde hayata geçirmemesi nedeniyle kınanması gerekip gerekmediğ idir.

Kusur isnadının konusu, norma uygun irade oluşturmamak şeklinde belirlendiğ inde, bu şekilde yapılacak bir isnadın ya da kınamanın koşullarının da belirlenmesi gerekmektedir. Fail, hareketine etki eder biçimde norma uygun davranma iradesini oluşturmadığ ı için kınanabilmesi için her şeyden önce gerek vasıfları itibariyle bu iradeyi oluşturabilmek yeteneğ ine sahip olmasına ve içinde bulunduğ u durum dikkate alınarak bu şekilde bir irade oluşturmaması kendisinden beklenebilir olmasına bağı ldır. Kişinin norma uygun davranma yeteneğ inin bulunmaması durumunda, kişinin norma uygun davranmaması da kınama konusu olamayacaktır. Bu çerçevede norma muhatap süje, ancak hareket yeteneğ i ölçüsünde normla bağı ldır. Bu bağlamda, süjenin norma uygun davranma konusundaki yeteneğ inin kınamanın sınırını oluşturmaması, diğ er süjelerin yani norma uygun

¹³ Hruschka, **Struktur der Zurechnung**, s. 35. Kant isnadiyeti bir hüküm olarak nitelendirmektedir ve bu tanımlama halen Alman ceza hukukunu etkileyen idealist felsefenin isnadiyet anlayış ını ortaya koyması bakımından önemlidir. Tanıma göre isnadiyet (*imputatio*) bir hükümdür. Bu hükümle bir kiş i bir hareketin müsebbibi (*causa libera*) olarak tespit edilebilir ve ancak ondan sonra bu hareket bir fiil (*factum*) olarak görölerek kanunlar çerçevesinde değ erlendirmeye tabi tutulur. Hruschka, **AT**, s. 366.

Latince köken itibariyle causa neden ya da müsebbiple, accusatio yani ithamın aynı kökten gelmesi bu noktada dikkat çekicidir. Muhakeme hukuku bakımından değ erlendirildiğ inde kişinin bir fiilin (*factum*), müsebbibi (*causa*) olarak ilan edilmesi (*accusatio*) onun şüpheli olarak adlandırılmasını sonuçlar. Benzer şekilde mazur görölmesi durumunda ise (*excusatio*) hukuka aykırı fiilden ötürü kusurunun bulunmadığ ı sonucuna ulaşılır. Özetle itham ancak bireyin kusurlu olarak nitelendirilmesi durumunda söz konusu olabilecektir. Hruschka, **Struktur der Zurechnung**, s. 37.

davranmayı bekleyen ve ihlal edilen normu oluşturan diğer iradelerin beklentilerinin bu nokta ile sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda kusur yeteneği bulunmayan kişiye ceza uygulanmamasının nedeni, ondan norma uygun bir irade oluşturmamasının beklenmemesi; mazeret nedenleri durumunda failin norma uygun irade oluşturulmasına rağmen bu iradenin realize edilememesidir. Bir mazeret nedeninin koşullarının oluşması durumunda, norma uygun olmayan davranışın cezalandırılması için aradığımız hukuka sadakatte bir eksiklikten söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de mazeret nedenleri bir bağışlama değil, adalet ve yararcılık esaslarına dayanan bir emir formudur¹⁴.

Toplumu oluşturan bireyler bakımından geçerli olan bu norma uygun davranma gerekliliği, fiil sırasında norma uygun iradeyi oluşturmak ve bu iradeye uygun davranabilmek yeteneklerinin bulunması durumunda geçerlidir. Failden yeteneklerdeki eksiklikler nedeniyle norma uygun davranması beklenmiyorsa, kusurun esasını oluşturan diğer süjelerdeki beklentiye ve dolayısıyla da normun geçerliliğine zarar verilmesi söz konusu değildir. Cezayı meşrulaştıran amaç norm geçerliliğini sağlamak olduğuna göre, bu koşullar altında bulunan kişiye ceza uygulanması da mümkün olamayacaktır. Faile kusur isnadını engelleyen hareket yeteneksizliği ya da irade oluşturma yeteneksizliği, ancak fail bu konuda da görevli ve sorumlu değilse mümkündür. Bu beklenti, yani norma uygun yetenekleri muhafaza etme beklentisi, doğrudan emir veya yasak içeren normdan değil kişinin normla kurduğu bağıllık ilişkisinden kaynaklanmaktadır¹⁵.

Yukarıda ortaya konmaya çalışılan iki aşamalı isnadiyet yapısı hali hazırda gerek hukukumuzda¹⁶ gerekse Alman hukukunda¹⁷ kabul edilen haksızlık-kusur ayrımının esasını teşkil etmektedir¹⁸. Birinci aşama isnadiyette, failin hareketi norm

¹⁴ Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, s. 35 vd.

¹⁵ Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, s. 39.

¹⁶ Koca/ Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 295.

¹⁷ Jescheck/ Weigend, *AT*, s. 404; Wessels/ Beulke, *AT*, § 10 – 394.

¹⁸ Hruschka, *AT*, XI; Jan C. Joerden, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettung*, Duncker & Humblot, Berlin 1987, s. 30; Fritjof Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]*, 9. Aufl., C.H. Beck, München 2004, s. 16; Aksi yönde Heinz Koriath, *Grundlagen der strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin 1994, s. 259, Dn. 15. Sinn, haksızlık ve kusur ayrımının iki aşamalı isnadiyetin zorunlu bir sonucu olmadığını ifade

karşısında değerlendirilmekte ve norma aykırı olduğu tespit edildiğinde ikinci aşama isnadiyete geçilmektedir. Birinci aşama isnadiyette norm karşısında norma, hukuka, ya da yükümlülüklerle aykırı olarak tespit edilen davranışın failin kusuruna isnadı ikinci aşamada değerlendirilmektedir¹⁹. Ancak söz konusu ayırım ve inceleme doğrudan suçun yapısına ilişkin kabul edilen anlayışa göre ortaya konmalıdır. Haksızlık kusur şeklinde ikili ayırım ve iki aşamalı isnadiyet gerek yukarıda açıklandığı gibi mantıksal gerekliliklerden, gerekse her iki inceleme alanın konu, nitelik, kriter ve içerikleri bakımından gösterdikleri farklılıklardan kaynaklanan bir gerekliliktir²⁰.

2. Suçun Yapısını Açıklayan Teoriler ve Hareket Teorileri Bağlamında Kusurun İşlevi: Haksızlık – Kusur Ayırımı

a. Giriş

Dış dünyada meydana getirdiği değişiklikten ötürü insanın ceza yaptırımını ile karşılanması, bünyesinde pek çok sorunu ve tartışmayı da barındırmaktadır. Bir yandan cezaya layık görülen ihlalin, diğer yaptırımlarla karşılanmasının mümkün olmaması, diğer yandan ceza hukukunun *ultima ratio* olmak vasfı hangi fiilin ceza yaptırımına bağlanması gerektiği tartışmasına neden olurken; ceza yaptırımının hangi koşullar altında ve nasıl bir analizden sonra tatbik edileceği bir başka tartışma alanı yaratmaktadır.

Cezalandıran fiile verilecek anlam, fiili gerçekleştiren kişide aranacak özellikler, suçun yapısında yer alan her bir unsur bakımından uzatılabilecek bu liste, esasında birbiri ile ilişki yapısal unsurların ve bu yapıyı açıklayan teorilerin bir arada değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Klasik suç teorisinin nedensel hareket öğretisinden bağımsız olarak ele alınması çok da mümkün değildir. Benzer şekilde finalist harekete ilişkin normatif kusur esaslarına dayanmaksızın yapılacak

etmektedir. Ancak iki aşamalı isnadiyetten etkilenen objektif isnadiyetin temellendirilmesinde sübjektif isnadiyete de ihtiyaç duyulması, bunun karşılığının da kusurun isnadı olarak belirlenmesi karşısında, haksızlık kusur ayırımı objektif isnadiyetin konumunun ve haksızlığın işlevinin belirlenmesi bakımından bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Arndt Sinn, **Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten Zurechnung und Freistellung durch Macht**, Mohr Siebeck, 2007 Tübingen, s. 244.

¹⁹ Hruschka, **AT**, s. 313.

²⁰ Kindhäuser, **AT**, § 6 – Kn. 1- 5.

açıklamalar da eksik kalacaktır. Ancak bu tür bir yöntemin izlenmesi pek kolay değildir, zira hareket teorileri bakımından ifade ettiğimiz paralellik her zaman bu şekilde billur biçimde ortaya çıkamayabilir. Bu nedenle biz de daha önce izlenen yöntemi kullanarak öncelikle suçun yapısını açıklayan teorilere, harekete ve kusura verdikleri anlamı ifade ederek kısaca değinecek, ardından hareket teorilerini kusura verdikleri anlam çerçevesinde değerlendirecek, daha sonra kusura ilişkin açıklamalarımızı yapacağız.

b. Suçun Yapısını Açıklayan Teoriler

(1) Klasik Teori

Pozitivizm, hukuk devleti düşüncesi ve modern ceza hukukunda cezanın amacına ilişkin düşüncelerden etkilenen²¹ klasik suç teorisi, v. *Liszt* ve *Beling* tarafından geliştirilmiştir. Klasik suç teorisi, dış dünyada meydana gelen bütün değişikliklerin doğa kanunları ile açıklanabileceğini kabul eder. Bu anlayışa göre dış dünyada değişiklik meydana getiren bedensel hareket ceza hukuku bakımından hareket olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda hareket kavramı, bedensel hareketi, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliği yani neticeyi, son olarak hareket ve netice arasındaki nedensellik bağına kapsamaktadır. Suç tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu hareket şeklinde tanımlanmaktadır. Hareketin tipe uygun ve hukuka aykırı olduğu saptandıktan sonra, ikinci aşamada kusur incelemesi yapılmalıdır. Bu iki aşamalı incelemeyle suçun objektif (dışsal) ve sübjektif (dışsal) yanları birbirinden katı biçimde ayrılmıştır. Klasik teori bakımından kusur, failde fiile ilişkili olarak rol oynayan tüm akli ve ruhi faktörlerin bütünü olarak algılanmakta, kusur yeteneğin kusurlu hareketin ön koşulu, kast veya taksir ise kusur türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Kusurun maddi içeriğine ilişkin herhangi bir tartışma ve belirleme söz konusu değildir²².

von Liszt'in sistematik incelemesine göre suç her şeyden önce bir harekettir. Hareket ise, dış dünyada bir değişiklik olmasına neden olmak ya da bir değişiklik

²¹ Jescheck/ Weigend, *AT*, s. 203; Haft, *AT*, s. 17; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 5. Bası, Seçkin, Ankara 2010, s.135 vd.

²² Jescheck/ Weigend, *AT*, s. 202; Roxin, *AT I*, § 7 – 15; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]*, 3. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2005, s. 109-110.

olmasına engel olmamak şeklinde ortaya çıkar. Suç hukuka aykırı bir harekettir, yani suç, hukuk düzeninin emir veya yasakları ile çelişki içindedir. Suç kusurlu bir harekettir, yani kusur yeteneğine sahip olan bir kişinin kastlı ya da taksirli hareketi ancak suç olarak nitelendirilebilir. Son olarak, suç ceza yaptırımına bağlanmış haksızlıktır. Bu özellik ceza hukuku haksızlığını, özel hukuk haksızlığından ayırır²³.

(2) Neoklasik Teori

Neoklasik ya da amaçsal teori²⁴, esasında klasik teoriden önemli bir sapmayı değil, klasik teorinin yeniden ve ek bazı ölçütlerle yeniden inşası şeklinde anlaşılabilir. Bu çerçevede, doğa bilimlerinde geçerli olan yöntem ve kabullerin yanı sıra yeni kantçılığın etkisinin görüldüğü ifade edilmektedir²⁵. Bu çerçevede hareket kavramı yeniden ele alınmış, hareketin değerden yoksun doğal bir olay olduğuna ilişkin yaklaşımın yanı sıra değerle ilişkilendirilmesi gayretine girilmiştir. Bu bağlamda hareketin irade ile ilişkilendirilmeye çalışıldığı, irade ile ilişkili dış dünyada değişiklik meydana getiren davranış şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Bu yaklaşımın yanı sıra bazı yazarlarca hareket kavramından tamamen vazgeçilip, yerine tipe uygunluğun önerildiği de görülmektedir²⁶.

Tipe uygunluğa ilişkin değerden yoksun ve yalın tanımlamacı yaklaşıma karşın, tipin normatif ve sübjektif unsurlarının fark edilmesi ile tipin değerle ilişkili yanları fark edilmiş, ayrıca suçun objektif ve sübjektif unsurları şeklindeki katı ikili ayrımın hatalı olduğu sonucuna ulaşılmıştır²⁷. Haksızlığın yalın objektif unsurlardan oluşmadığı, benzer şekilde de kusurun her zaman sübjektif durumla açıklanamayacağının anlaşılması neoklasik teorinin ortaya çıkmasında temel etkidir. Örneğin hırsızlık suçunda salt bir başkasına ait taşınır malın alınması, bunun kasten gerçekleştirilmesi suçun oluşumu bakımından yeterli değildir. Söz

²³ Franz von Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**[**Lehrbuch (10)**], 10. Aufl., J. Guttentag, Berlin 1900, s. 96, 97.

²⁴ Schmidhäuser, kendi suç teorisini de amaçsal suç teorisi olarak nitelendirmektedir. Bkz. Erberhard Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch** [**Studienbuch**], 2. Aufl., C.B.Mohr Verlag, Tübingen, 1984, s. 57 vd.

²⁵ Jescheck/ Weigend, **AT**, s. 204-205; Haft, **AT**, s. 19;

²⁶ Jescheck/ Weigend, **AT**, s. 205.

²⁷ Jescheck/ Weigend, **AT**, s. 206.

konusu alma fiilinin mal edinme niyetiyle gerçekleştirilme zorunluluğunun da bulunması, haksızlık sahasında da sübjektif unsurların da bulunduğunu ortaya koymuştur. Benzer şekilde kusur sahasında görülen zorda kalış bakımından da tespitler tamamen objektif unsurlara göre yapılıyor olması, kusur formu olarak görülen bilinçsiz taksirde iradi bir unsurun bulunup bulunmadığı ciddi şekilde soru işaretlerine neden olmuştur. Temel yaklaşım aynı olmakla birlikte, bu yaklaşıma çeşitli istisnalar getirilmiştir. Bu çerçevede haksızlığın tespiti, fiilin sosyal anlamda zararlı olduğunun ortaya konmasını²⁸; kusurun tespiti ise bu fiilden ötürü kınamanın yönlendirilebileceğini ifade etmekteydi²⁹. Neoklasik anlayış döneminde suçun yapısı ve kusura ilişkin en önemli gelişme, hiç şüphe yok ki, kusurun normatif bir değer yargısı olduğunun kabul edilmesi ve normatif kusur anlayışının ortaya çıkmasıdır³⁰.

(3) Finalist Teori

Welzel'in hareket kavramına verdiği ontolojik anlam ve bu ontolojik bakış açısını suçun yapısal unsurlarının incelenmesinde kullanması ile başlayan dönem ve teori, suçu açıklayan teoriler arasında finalist dönem olarak adlandırılmaktadır. *Welzel*, insan hareketinin gerçek var oluşunu ve bünyesini³¹ suçun merkez kavramı olarak benimsemiştir. *Welzel*'in yaklaşımına göre insan hareketinin var oluşu, doğadaki tüm diğer nedensel var oluşlara göre farklı bir içeriğe sahiptir. Bu farklılık amaçsal eylemliğin icrasında ortaya çıkar. Nedenselliğe dair bilgisi ile insan vakıanın oluşu üzerinde hakimiyet kurar ve davranışının amaca ulaşmasını temin eder. Hareketin amaçsal icrası tinsel anlamda amacın temin edilmesine yöneliktir. Tıpe uygun hareketin amaçsallığı kastla birlikte icrasını gerektirmektedir³². Bu bağlamda suç teorisinin merkez unsuru olarak finalist hareket, kast ve cezalandırmayı temin eden haksızlık unsurlarını ve diğer sübjektif unsurları bünyesinde barındırmak durumundadır³³.

²⁸ Haft, AT, s. 20

²⁹ Roxin, AT I, § 7 – Kn. 16 – 17; Jescheck/ Weigend, AT, s. 206-207.

³⁰ Haft, AT, s. 22; Gropp, AT, s. 110.

³¹ Roxin, AT, § 7 – Kn. 18.

³² Haft, AT, s. 24; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 146.

³³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 144 vd.

Finalizmin bu yaklaşımı ile ortaya çıkan bir başka önemli değişiklik, haksızlık bilincinin kast çerçevesinde değil, kusur sahasında değerlendirilmesidir. Bu değişiklik hata öğretisinde de sonuçlarını doğurmuş, fiili hata-hukuki hata ayrımı yerine kastı kaldıran hata, kusuru ortadan kaldıran hata ayrımı benimsenmiştir³⁴.

Haksızlık öğretisi bakımından ise kast tipin sübjektif unsuru olarak kabul edilmiş, bu sübjektif unsur kişisel haksızlık öğretisi alt başlığı altında toplanmıştır. Yine taksirin konumlanması da paralel biçimde değişmiş, kusur türü olarak değil, haksızlığın sübjektif unsuru olarak görülmeye başlanmıştır³⁵.

(4) Finalizm Etkisinde Gelişim ve Sentezci Yaklaşım

Halen Alman öğretisinde yazarlar kısmen neoklasik suç teorisini kısmense finalist suç teorisini benimsemektedirler. Ancak bunların yanı sıra yeni bir suç teorisi yaratma konusundaki çabalar da halen devam etmektedir³⁶. Söz konusu çabanın ortak noktaları incelendiğinde finalizmin katkısı olan kast ve taksirin tipin sübjektif unsuru olarak kabul edildiği ancak buna karşın finalist hareketin çeşitli gerekçelerle tam anlamıyla kabul görmediği görülmektedir³⁷. Bu bağlamda finalist hareketin özellikle taksirli suçlarda³⁸ ve ihmali suçlarda tam anlamıyla çözüm üretmemesi, bunun yanı sıra ontolojik bir hareket anlayışının, amaç ve değer esaslı bir ceza hukuku sistemi ile örtüşmemesi temel argümanlar olarak ortaya çıkmaktadır³⁹.

Finalizmin ifade edilen bazı açmazları, finalist yazarlar içinde de farklı eğilimlerin doğmasına neden olmuştur. Bu bağlamda finalist yazarlar arasında sayılan *Armin Kaufmann*⁴⁰ ve *Zielinski*⁴¹, kişisel haksızlığı hareketin olumsuz

³⁴ Jescheck/ Weigend, AT, s. 212; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 146; Gropp, AT, s. 111.

³⁵ Jescheck/ Weigend, AT, s. 212;

³⁶ Genel tasnif ve öğretideki durum için Bkz. Roxin, AT I, § 7 – Kn. 23.

³⁷ Roxin, AT I, § 7 – Kn. 24; Gropp, AT, s. 112.

³⁸ Finalist hareket teorisinin taksirli suçlara ilişkin çelişkileri için Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 146.

³⁹ Roxin, AT I, § 7 – Kn. 24.

⁴⁰ Armin Kaufmann, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht“, **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25 März 1974**, (Ed.: Günther Stratenwerth v.d.), Walter de Gruyter, Berlin New York 1974, s. 410 vd.

değerliği ile sınırlamış, neticeyi ise sadece objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak kabul etmişlerdir. Yine Welzel'in öğrencilerinden *Stratenwerth*⁴² ve *Jakobs*⁴³, taksirli suçlarda failin dikkat ve özen yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğe uygun davranabilme yeteneğini hareketin tipe uygunluğu kapsamında ele almaktadırlar.

Amaçsal (neoklasik) suç öğretisinin kabullerinden hareket eden *Schmidhäuser*, haksızlık ve kusur kavramlarını kendi öğretisini ana kavramları olarak kabul etmekte ve hareket kavramına, diğer yazarlara nazaran, daha az iltifat etmektedir. Suç tipleri üzerinden yaptığı açıklamalarında, yazar haksızlığı insanın müsaade edilmeyen bir şekilde davranışı şeklinde tanımlamakta, ancak ceza uygulanması için haksızlığın yeterli olmadığını, ayrıca suçun oluşumu için kusurun varlığını da aramaktadır⁴⁴. Haksızlık değerlendirmesi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. İlk aşamada haksızlık tipinde, haksızlığın temellendirilmesi, daha açık ifadeyle failin davranışının tipte tanımlanan hukuksal değer ihlali ile örtüşüp örtüşmediği tespit edilmelidir. Hukuk düzeni tarafından tanınan bir değer, failin davranışı ile ihlal edilmiş olmalıdır. Bu noktada davranış insani irade ile ilişkili olmalıdır. Hukuki değeri ihlal eden tipe uygun insani davranışın tespitinden sonra haksızlık bakımından incelenmesi gereken ikinci aşama, söz konusu davranışın bir şekilde izin verilen bir davranış olup olmadığının tespitidir. Haksızlık tipi ile temellendirilen haksızlık, bir hukuka uygunluk nedeni ile ortadan kalkabilir. Hukuka uygunluk nedenleri bu, belirli koşullar altında bir başka hukuki değer adına bir hukuki değer ihlaline izin verilmesi anlamına gelmektedir⁴⁵.

Bu sistematik içerisinde kusur da belirli bir tipe ilişkili, yine kanunda tanımlanmış ve tipe uygun vakıdır. Kusur tipi ya da kalıbından anlaşılan failin akli sürecidir. Bu akli süreç failin hukuk toplumunun gerekliliklerine uygun

⁴¹ Diethart Zielinski, **Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff [Handlungs- und Erfolgsunwert]**, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, s. 208.

⁴² Günther Stratenwerth, **Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat [Schweizerisches Strafrecht]**, 3. Aufl., Verlag Stämpfli, Bern 2005, s. 453; Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil I [AT/I]**, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln Berlin München. 2004, s. 370.

⁴³ Jakobs, **AT**, § 9 – Kn. 8 – 10.

⁴⁴ Schmidhäuser, **Studienbuch**, s. 58, 59.

⁴⁵ Schmidhäuser, **Studienbuch**, s. 60.

davranmaması ile ilişkilidir ve bu gerekliliklere uygun davranmamak kusur olarak karşımıza çıkar. Fail, toplumsal yaşam bakımından önemli görülen bir değeri, kendi ahlaki ve ruhi değerlendirmesi içinde ihlal etmektedir, ihlal ettiği değerin bu niteliklerinin de farkındadır. Sonuç olarak kusurla ifade edilmek istenen bir zihni davranış olarak fiile ilişki içindeki düşünce biçimidir. Bu çerçevede kast ve taksir kusur tarafından kapsanmaktadır⁴⁶. Yazar, kast ve taksiri sübjektif isnadiyet başlığı altında kusur unsurları olarak görmektedir⁴⁷

Kendi suç öğretisini geliştiren Roxin, öğretisinin iki önemli noktada neoklasik ve finalist yaklaşımdan farklılaştığını ifade etmektedir. Bunlardan ilki kusurun suçun yapısındaki konumudur. Roxin, kusuru sorumluluk alanında değerlendirmekte ve sorumluluktan ayrı bir kusur değerlendirmesini mümkün görmemektedir. Yazara göre sorumluluğun bir kategorisi olarak kusur, suç politikasının cezanın uygulanması için aradığı önleme amaçlarına göre temellendirilmelidir. Bu bağlamda kusur ve önleme gereklilikleri cezanın sınırlanması ve duruma göre ortadan kalkmasını sağlamaya yöneliklik karşılıklı değerlendirilmesi gereken hususlardır. Bu bağlamda kusur ve önleme gerekliliği cezalandırma için gerekli ancak yeterli olmayan koşullar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Sorumluluk kategorisi olarak ortaya çıkan bu ikinci aşama değerlendirme, haksızlık üzerine değil, suç politikası bakımından sonuç yani cezalandırma bakımından yapılmalıdır⁴⁸.

Belirtmek isteriz ki Roxin tarafından ortaya konan ve kusuru suç politikasının önleme gereklilikleri bakımından sorumluluğun ön koşulu olarak gören pragmatist anlayış, işlevsel ve amaca göre öğreti ve uygulamaya geniş bir hareket sahası sağlamakla birlikte, dogmatik temellendirmesi oldukça güçtür. Suç politikasından kaynaklanan önleme gereklilikleri, en az toplumsal kınama yargısı kadar içeriği belirsiz ve duruma göre konum almayı sağlayacak bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. İçeriği bu biçimde belirsiz bir kavramı, yine içeriği aynı ölçüde belirsiz bir kavramın yani kusurun izahında kullanmak, ceza sorumluluğun daraltılması

⁴⁶ Schmidhäuser, **Studienbuch**, s. 61.

⁴⁷ Schmidhäuser, **Studienbuch**, s. 200, 224.

⁴⁸ Roxin, **AT I**, § 7 – Kn. 29.

bağlamında herhangi bir sakınca doğurmamakla birlikte, benzer biçimde genişletmeyi doğuracak yorumların da önünü açmaktadır.

Suç öğretisinin amaca uygunluğu bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer önemli yazar ise *Jakobs*'tur. Hareket, kusur ve cezanın meşruluğuna ilişkin görüşlerini amaca uygunluk üzerine inşa eden yazar, geliştirdiği teoriyi fonksiyonalizm olarak adlandırmaktadır. Jakobs, ceza hukukunu sosyal sistemin düzenlenmesinde kullanılan araçlar arasında saymakta ve ceza hukukunu sosyal sistem teorisi içinde formüle etmektedir⁴⁹.

c. Hareket Teorileri

(1) Nedensel (Doğal) Hareket

Hegel ve *Hegelyen* anlayışının hakim olduğu hareket anlayışı, 19. Yüzyılın sonlarından itibaren nedensel hareket teorisi tarafından ortadan kaldırılmıştır. Özellikle August Comte'un sosyal bilimlerde pozitivist yöntemlerin kullanılabilmesi, deney ve gözleme dair çözüm ve uygulamaların geçerli olması gerektiği şeklindeki anlayışı, hukuk alanını da etkilemiş ve hareket kavramının da doğa bilimlerindeki benzer yöntem ve araçlarla açıklanması gayretine girişilmiştir⁵⁰.

Nedensel hareketin en önemli temsilcilerinden olan von Liszt, hareketi iradi bir davranış, bu iradi davranışın dış dünyada meydana getirdiği bir netice, nedensellik bağlantısı şeklinde tanımlamaktadır⁵¹. Bu tanımlamayla ihmalî suçların açıklanamayacak olması karşısında, tanımda hareket değil netice ön plana çıkmış, her suçun mutlaka dış dünyada değişiklik olarak nitelendirilebilecek bir neticesinin bulunması gerektiği, tehlike suçlarında ise tehlikelilik halinin hali hazırda bir sonuç

⁴⁹ Jakobs, *AT*, § 2 – Kn. 1; § 1 – 4. Jakobs, hareket, isnadiyet ve kusur konusundaki görüşlerini Luhmann'ın hukuk sosyolojisi ve sistem anlayışına dayandırmaktadır. Luhmann'ın sosyal sistem teorisine ilişkin Türkçe değerlendirmeler için Bkz. Gökçe Çataloluk, **Hukuka Sistemik Yaklaşım**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, özellikle s. 74 vd.

⁵⁰ Tarihsel gelişim için Bkz. Eckhart von Bubnoff, **Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule**, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1966, s. 146 vd.

⁵¹ von Liszt, **Lehrbuch (10)** s. 102.

olduğu ifade edilmiştir⁵². İhmali suçlara ilişkin yapılan açıklama ise, ihmali suçların da bir hareket olduğu, hareket tanımının dış dünyada bir değişiklik olmayı kapsadığı gibi, bir değişikliğe engel olmamayı da kapsadığı ifade edilmiştir⁵³. Von Liszt’le birlikte nedensel hareketin temsilcisi olarak kabul edilen Beling ise hareketi irade edilen bedensel hareket veya irade edilen kurala kayıtsızlık şeklinde tanımlayarak kapsama almaya çalışmıştır⁵⁴. Beling’e göre hareket, iradeyi taşıyan her türlü hareketi ifade etmektedir⁵⁵.

Nedensel hareketin doğa bilimlerin etkilenmesi gerçeğini değiştirmek gerekliliğinden hareket eden *Mezger*, hareketi ruhi varoluşun gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlamaktadır. Bu bağlamda hareket ve ihmal yalın dış dünyada gerçekleşen bir olay akışı değil, aynı zamanda değerle ilişkili kavramlardır. Bu bağlamda hareket, insani davranış olarak ortaya çıkışında irade edilen icra ya da ihmaldir⁵⁶.

Nedensel harekete yönelik temel eleştiri sınırlarının ve çerçevesinin belirsiz oluşudur⁵⁷. Diğer yandan ihmali suçlara ilişkin açıklamalarda teorinin dayandığı temellerden uzaklaşmayı beraberinde getirmiştir, zira doğa bilimlerindeki kurallara istinaden oluşturan teorinin, esasında aynı kabule göre hareket olarak nitelendirilemeyen ihmali davranışları da kapsamına alması, teorinin kendi içinde çelişkilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁵⁸.

⁵² von Liszt, **Lehrbuch (10)** s. 103.

⁵³ von Liszt, **Lehrbuch (10)** s. 111.

⁵⁴ Ernst Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen 1906, s. 9.

⁵⁵ Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, s. 17.

⁵⁶ Edmund Mezger, **Strafrecht**, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin München 1949, s. 103; Edmund Mezger, **Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik**, Duncker & Humblot, Berlin-München, 1950, s. 11 vd.

⁵⁷ Eleştirisi için Roxin, **AT I**, § 8 – 12, 13, 16.

⁵⁸ Esasında nedensel hareket teorisinin savunucuları arasında kabul edilen Radbruch, ihmalle icranın nedensel hareket teorisi içinde hareket üst başlığı altında toplanmasını mümkün görmemektedir. Bu duruma yazarın önerdiği çözüm ihmalin ve icranın birbirinden ayrı değerlendirilmesi şeklindedir. Gustav Radbruch, **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, Darmstadt 1967, s. 141, 143.

(2) Finalist Hareket

Welzel'e göre İnsan hareketleri amaçsal eylemliklerin icrasidir. Bu nedenle de hareket, nedensel değil, finalist yani amaçsal bir süreçtir. İnsanın nedenselliğe ilişkin bilgisi karşısında, fiilin sonuçlarını öngörür, bu öngörüye göre bir plan dahilinde fiilin icrasını gerçekleştirebilir. Bu nedenle de finalist yaklaşım görür, nedensel yaklaşım ise kördür⁵⁹.

Welzel'in finalist hareket öğretisi ile yaptığı, *Hegelyen* hareket anlayışının yeniden ceza hukukuna dahil edilmesidir. Bu anlamda Hegel'de hareketin bünyesinde olan kusur ve haksızlık ikilisi⁶⁰, Welzel tarafından yeniden yapılandırılarak ceza hukuku bakımından kullanılır hale getirilmiştir⁶¹. Hegel, hareketi "*sübjektif ya da objektif olarak iradenin dışı vurumu*", "*ahlaki iradenin dışsallaştırılması*" şeklinde tanımlamaktadır⁶².

Welzel'in anlayışında finalist hareket iki aşamada gerçekleşmektedir. İlk aşama düşünsel aşamadır. Fail bu aşamada amacını, ne yapmak istediğini belirler. Yine bu aşama içerisinde amaca ulaşmak için gerekli olan gereklilikleri tespit eder, olası yan sonuçları ve etkileri hesap eder⁶³. Finalist hareketin ikinci aşaması ise gerçek dünyada vuku bulur. Fail gerçek alemde nedensel seriyi başlatır.

Finalizmin açmazları ise özellikle taksirli suçlarda ve ihmali suçlarda ortaya çıkmaktadır. İhmali davranış, finalist anlamda bir icra değildir ve bu anlamda da failin nedenselliğe ilişkin bilgisi ile bu nedensel sürece hâkimiyet kurabilmesi mümkün değildir⁶⁴. İkinci önemli nokta ise taksirli suçlardır. Taksirli suçlarda

⁵⁹ Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht [Strafrecht]**, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin 1969, s. 33.

⁶⁰ Hegel, ceza hukuku öğretisinde hareket kavramının kurucusu olarak kabul edilmektedir. Welzel, **Strafrecht**, s. 38; Jakobs, **AT**, § 6 – Kn. 3; Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 7; Sinn, **Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten Zurechnung und Freistellung durch Macht**, s. 244.

⁶¹ Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 18.

⁶² Georg Wilhelm Friedrich Hegel, **Grundlinien der Philosophie des Rechts [GPR]**, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986, § 115-120.

⁶³ Welzel, **Strafrecht**, s. 34.

⁶⁴ Claus Roxin, "Zur Kritik der Finalen Handlungslehre", in **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**, Walter de Gruyter, Berlin New York 1973, s. 72 vd.; Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 19; Jescheck/Weigend, **AT**, s. 221; Welzel ihmali suçları, insan davranışları üst başlığı altında hareket ve ihmali şeklinde ikiye

amaçsal bir eylemlikten söz edilmesi mümkün değildir⁶⁵. Welzel bu durumu, kitabının dahaki basımında kabul etmiş, finalist hareketin taksirli suçları başlangıçta doğru biçimde açıklayamadığını, taksirli suçlarda finalist bir nedenselliğin değil, kör nedenselliğin söz konusu olduğunu, sorunu ise hareket kavramına verilen anlamın genişletilerek bulunabileceğini, aktif amaçsallığın yanı sıra potansiyel amaçsallığın buna bağlı olarak amaca uygun (finalist) kaçınılmazlığının taksirli suçlar bakımından sorunu çözdüğünü ifade etmiştir⁶⁶.

(3) Sosyal Hareket

Hareketin sosyal önemi üzerinden yapılan hareket tanımlaması olarak ifade edebileceğimiz sosyal hareket teorisi, esasında finalizmden önce, ilk kez ifadesini Eberhard Schmidt'te bulmaktadır. *Schmidt* hareketi, sosyal dış dünyaya yönelik iradi davranış şeklinde tanımlamaktadır. Bu sosyal dış dünyada iradi davranışla meydana getirilen değişiklik şeklinde anlaşılmalıdır. Bu değişiklik bir sosyal değişikliği doğuran yapma yani icrai şekilde ortaya çıkarılabileceği, bir yapmamanın neden olduğu yani ihmali neden olduğu değişiklik şeklinde de oluşabilir⁶⁷.

Sosyal hareket teorisinin en önemli temsilcilerinden sayılabilecek Jescheck, sosyal hareket kuramına ilişkin açıklamalarına finalizmin özellikle ihmali suçlardaki açmazını dile getirerek başlamaktadır. Hareketin ontolojik yapısından hareket eden bir kuramın, yani finalizmin, ihmali ve icrai davranışı bir arada bir üst başlığın altında toplayabilmesi ve hareket kavramını temellendirebilmesi mümkün değildir, bu iki davranış şeklinin ontolojik yapısı birbirinden tamamen farklıdır. O halde hareket kavramının icra ve ihmali bir arada tutabilecek bir anlama kavuşabilmesi, ancak bu kavramın insan davranışının çevresi ile olan ilişkisi üzerinden yapılacak bir anlamlandırma ile mümkündür. Bu tür bir üst kavram ancak değerlendirebilme

ayırarak inlemektedir. Bu bağlamda hareket bedensel aktivite, ihmali ise bedensel pasiflik şeklinde ortaya çıkmaktadır. Welzel, **Strafrecht**, s. 30, 31.

⁶⁵ Arthur Kaufmann, “Die ontologische Struktur des Handlung – Skizze einer personalen Handlungslehre”, **Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft Festschrift für Helmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965**, (Ed. Friedrich Geerds, Wolfgang Naucke), Duncker Humbolt Verlag, Berlin 1966, s. 94; Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 20.

⁶⁶ Welzel, **Strafrecht**, s. 129.

⁶⁷ Franz v. Liszt/ Eberhard Schmidt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts [Lehrbuch (26)]**, 26. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1932, s. 154.

yeteneğine sahip bir bakış açısı ortaya konduğunda mümkündür. Bu değer ifadesi de ancak hareketin, sosyal öneminin ortaya konması ile mümkündür. Hareket sosyal anlamda önemi olan insan davranışdır⁶⁸. Jescheck, böylece ihmali icrai, kastlı ya da taksirli tüm davranış biçimlerinin hareket kavramının kapsamına alındığı sonucuna ulaşmaktadır. Diğer yandan ceza hukuku alanına girmemesi gerektiğini düşündüğü refleks hareketlerin, bilinçsizlik durumundaki bedensel hareketlerin de hareket kavramının dışına çıkarıldığı sonucuna ulaşmaktadır⁶⁹.

Sosyal hareket kuramının bireyselliği göz ardı ettiğini ifade etmekle birlikte sosyal hareket kuramı içinde değerlendirilebilecek bir diğer yazar da Wolff'tür. Wolff, bireysel hareketle sosyal hareketin suç üst kavramı altında bir arada değerlendirilmesi gerektiğini, sosyal hareketin bu değerlendirmeyi suçun toplumsal yanı dikkate alındığında objektif olarak yapabileceğini, ancak bireysel değerlendirmede sübjektivitenin yani fail vasıflarının devreye girmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda Wolff, hukuka aykırılık bakımından sosyal, ancak kusur bakımından bireysel hareket teorisinin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁰.

Sosyal hareket teorisinin, hareketi değerlendirme ölçütü olarak ortaya koyduğu sosyal önemlilik kriterinin belirsizliği bir taraftan, bu tür bir değerlendirmenin hukuk alanın değil esasında tipin tamamı ya da haksızlık çerçevesinde de yapılabileceği gerekçeleri diğer taraftan sosyal hareket teorisine yöneltilen en önemli eleştiriler olarak karşımıza çıkmaktadır⁷¹

⁶⁸ Hareketin sosyal amacının neye göre belirleneceği noktasında eleştiriler için Bkz. Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 31; Hangi hareketlerin sosyal önemi olduğunun belirlenme yerinin suç tipi olduğu şeklinde eleştiriler için Baumann/ Weber/ Mitsch, **AT**, § 13 – Kn. 88.

⁶⁹ Hans-Heinrich Jescheck, “*Der strafrechtliche Handlungsbegriff und in dogmengeschichtlicher Entwicklung*“, **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**, (Ed.: Paul Bockelmann, Wilhelm Gallas) Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1961, s.150, 151; Jescheck/ Weigend, **AT**, s. 224.

⁷⁰ Ernst Amadeus Wolff, **Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen**, Carl Winter Universitätverlag, Heidelberg 1964, s. 33 vd.; Sosyal hareket teorisinin bu şekilde bireysel evsafi göz ardı eden genellemeci yaklaşımı nedeniyle eleştirisi için ayrıca Jakobs, **AT**, § 6 – 23.

⁷¹ Roxin, **AT**, § 8 – 31. Roxin, sosyal hareket kuramı da dahil olmak üzere tüm hareket kuramlarına benzer bir eleştiri getirmektedir. Yazara göre o veya bu şekilde ifade edilsin, bu açıklamaların pratik hiçbir sonucu yoktur. Roxin, “*Zur Kritik der Finalen Handlungslehre*”, s. 74.

(4) Kişisel Hareket

Hareketi insanın yetenekleri üzerinden temellendirmeye çalışan kişisel hareket kuramı, hareketi, hareketle ifade edilen kişilik üzerinden açıklamaktadır. *Roxin*, bu çerçevede örneğin hayvanların iradi olarak davranıp davranmadıklarının tartışılabileceğini ancak hiçbir şekilde hareketlerinin kişiliklerinin dışı vurumu olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir⁷².

Kaufmann, hareketi kişinin somutlaştırılmaları, nesneleştirilmeleri olarak tanımlamaktadır⁷³. Yalnızca isnad edilebilir davranış biçimleri hareket olarak nitelendirilebilir. Bir davranışın isnad edilebilmesi için özgürlük ve sorumluluk, yani kişisel unsurlara yaklaşması gerekmektedir⁷⁴. İcrai davranışta insan kendi işlettiği bir nedensel sürece iştirak eder veya başlatır, ihmali davranışta ise kendi dışında yürüyen bir nedensel seri bakımından kendisini kullanılabilir duruma getirir. Bu çerçevede her iki davranış şekli de hareket olarak nitelendirilebilir, zira her ikisi de insanın bir nedensel seride görev alması sonucunu doğurmaktadır⁷⁵. Bu açıklamalarıyla *Kaufmann*, hareketi bir yandan kişiliğin dışı vurumu şeklinde tanımlamakta, ancak diğer yandan bu dışı vurunun ifadesini bir nedensel seri ile somutlaştırmaya çalışmaktadır⁷⁶. Hareket, kişisel unsurların yani özgürlük ve sorumluluğun dışı vurumu, somutlaştırması olduğuna göre, bu unsurların

⁷² *Roxin*, **AT I**, § 8 – Kn. 58; Aynı yönde *Trönlé/ Fischer*, **StGB**, Vor § 13 – Kn. 3. İnsan kavramı ve irade özgürlüğüne ilişkin görüşlerinde *Frankfurt* da benzer bir yaklaşım sergilemektedir. *Frankfurt*’un iki aşamalı karar verme süreci insanla, karar verme ve hareket etme yeteneğine sahip diğer varlıklar arasındaki farkı ortaya koyar. Yazara göre hayvanlar da acıktıklarında yemek yemek için, susadıklarında su bulmak için hareket ederler. Dolayısıyla hayvanlarında, insanlar gibi bir karar verme süreci içinde oldukları söylenebilir. Ancak insanları bu karar verme sürecinde diğer varlıklardan ayıran karar verme sürecinin ikinci basamağıdır. İkinci basamakta insan, neyi istediğine değil birinci basamak irade alanında nelerin bulunabileceğine karar verir. Başka bir ifadeyle birinci aşama istekleri eleme yeteneği sadece insana mahsustur ve ikinci aşama karar verme süreci insanı diğer varlıklardan ayırır. Uyuşturucu madde kullanmak isteyen kişi, bu uyuşturucuyu bulup kullandığında gerek birinci, gerekse ikinci aşama karar verme sürecinden geçerek bir sonuca ulaşmış ve icra etmiştir. Ancak uyuşturucu bağımlısı bir kişi yoksunluk sendromuna girdiğinde, artık o kişi bakımından ikinci aşama karar verme sürecinden söz edilmesi mümkün değildir. *Harry G. Frankfurt*, “*Willensfreiheit und der Begriff der Person*” in **Analytische Philosophie des Geistes**, Ed. Peter Bierri, Hain, Königstein 1981, s. 288 vd.

⁷³ *Kaufmann*, **FS Mayer**, s. 90, 101.

⁷⁴ *Kaufmann*, **FS Mayer**, s. 101.

⁷⁵ *Kaufmann*, **FS Mayer**, s. 105.

⁷⁶ *Kaufmann*, **FS Mayer**, s. 116; *Kaufmann*’la *Roxin*’in ayrıştıkları nokta, *Kaufmann*’ın bu izahı nedensellik üzerinden yapmasıdır. *Roxin*, **AT I**, § 8 – Kn. 47.

bulunmadığı davranışların hareket olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu çerçevede mutlak cebir (*vis absoluta*) altına gerçekleştirilen davranışlar, uykuda gerçekleştirilen davranışlar, hipnotik telkin altında gerçekleştirilen davranışlar, kişisel elementi bünyelerinde bulundurmadıklarından hareket sayılmazlar⁷⁷. Sonuç olarak *Arthur Kaufmann* için hareket bir bilinçli irade ile oluşturulmuş bir karara dayanmalıdır. Ancak bilinçsiz olarak gerçekleştirilen hareket ne şekilde vuku bulur ve insan bu durumda gerçekleştirdiği hareket üzerindeki hâkimiyeti (nedensel süreçte katılma anlamında) nasıl tespit edilebilir sorusuna yazar, kişisel tecrübelerimiz dışında bir aracımız yok cevabını vererek⁷⁸, hareketin niteliğini yine subjektif kriterlerin uygulandığı bir alana bırakmak durumunda kalmaktadır.

Roxin hareketi, kişiliğin dışı vurumu, ifadesi şeklinde tanımlamaktadır. Buna göre hareket, insanın akli ve ruhi anlamda yönetebildiği her şeydir. Bu durumda insanın hakimiyet kuramadığı ya da kuramayacağı, irade ve bilinçle hakim olunmamış ya da olunması mümkün olmayan refleks davranışlar, uyku sırasında icra edilen davranışlar bir kişilik ihzarı değildir ve hareket sayılmazlar⁷⁹.

Roxin, kişisel hareketi suç olarak nitelendirilen davranış biçimleri bakımından kapsayıcı bir temel unsur olarak nitelendirmenin yanı sıra hukuk öncesi sahada hareket olarak nitelendirilebilen halleri de kapsadığını ifade etmektedir⁸⁰. Kastlı hareketler ve taksirli hareketler aynı zamanda ihmali davranışlar kişiliğin dışı vurumudur. Bu çerçevede, kişiliğin dışı vurulmasında rol oynayan tüm etmenler, *Roxin*'in hareket anlayışında, hareket kavramının değerlendirmesinde rol oynarlar. Ancak bu değerlendirme sadece, inceleme konusu vakıanın hareket olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin tespiti ile sınırlıdır. Aksi durumunda harekete

⁷⁷ Kaufmann, **FS Mayer**, s. 101.

⁷⁸ Kaufmann, **FS Mayer**, s. 113.

⁷⁹ Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 44.

⁸⁰ Gropp, *Roxin*'in yaklaşımını bu nedenle yani ceza hukukuna özgü bir hareket tanımı olmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Gropp, **AT**, s. 136. Bu eleştiriye cevap olarak *Roxin*, kabul ettiği görüşün hukuk ötesi bir hareket tanımını gerektirdiğini ve bu hareket tanımının tipten ayrılabilir olması gerektiğini belirtir. Gropp tarafından yapılan, hareketin hukuken korunan bir değer geçeriğine riayet etmemenin dışı vurumu şeklindeki tanımı ise tipe uygun hareketin tanımı olarak nitelendirmektedir. Bkz. Gropp, **AT**, s. 137; *Roxin*, **AT I**, § 8 – Kn. 48.

ilişkin değerlendirme, haksızlık ve kusur değerlendirmesine kadar yayılabilir, ki bu istenen bir netice değildir⁸¹.

Roxin'in hareket kuramına atfettiği en önemli özellik, kanaatimizce hareket kavramının sınırlayıcı fonksiyonudur. Yani harekete verilecek anlam hareket olanla hareket olmayan arasındaki farkı ortaya koymalı, böylece cezalandırmanın alanı, belirli vakıalar bakımından hareket noktasında sınırlanmalıdır. Bu durumun klasik örneği tüzel kişiler noktasında ortaya çıkmaktadır. Tüzel kişilerin psikolojik ve ruhi bir özleri bulunmadığından, tanımın ana ölçütü olan kişiliğin dışı vurumu tüzel kişiler bakımından söz konusu değildir⁸².

Hareket kavramının sınırlayıcı fonksiyonu nedeniyle düşünceler, inançlar, tasavvurlar ve insanın iç dünyasında kalan hisler hareket değildirler. Bu noktada önemli olan husus söz konusu düşünce ya da inancın dışsallaşmamış olmasıdır. Düşünce, inanç ya da duygu dışsallaştığında artık kişiliğin dışı vurumu niteliğindedir ve hareket olarak nitelendirilebilirler⁸³. Yine insan bedeninin sadece bir mekanik araç olarak kullanıldığı durumlarda da hareketin varlığından söz edilemez, zira bu durumlarda psişik veya ruhi bir katılım ya da kişiliğin dışı vurulmasını temin edecek unsurların müdahale edebilme imkanı bulunmamaktadır. Narkoz etkisindeki hareketler, yüksek derecede hezeyan halleri (delirium), esaslı bayılma halleri, sara nöbetlerindeki davranışlar, hâkim olunamayan kusma halleri, bilinçsiz ölçüde sarhoşluk durumunda bulunan kişinin yalpalamaları hareket olarak nitelendirilemez. Bu durumlar sadece icrai hareketler bakımından değil, ihmali hareketler bakımından da geçerlidir. Bedenen acz içinde bulunan kişi sadece bir hareketi icra edemez, bu kişinin bir hareketi ihmal etmesi de söz konusu değildir⁸⁴.

Roxin'in hareket olarak nitelendirmediği bazı örnekleri konumuz bakımından önemli olması nedeniyle burada zikretmek isteriz;

⁸¹ Roxin, AT I, § 8 – Kn. 52.

⁸² Roxin, AT I, § 8 – Kn. 59.

⁸³ Roxin, AT I, §8 – Kn. 64.

⁸⁴ Roxin, AT I, §8 – Kn. 64, 65.

*Bir şoför, virajda seyahat etmekteyken içeriye giren bir böcek gözüne yaklaşır. Şoför yerinden zıplayarak ani bir savunma hareketi gerçekleştirir. Ancak bu esnada aracının kontrolünü yitirir ve bir çarpışmaya neden olur*⁸⁵.

Karara konu olay bakımından Roxin, bu tür spontane hareketler bakımından kendinde düşünen bir iradenin ispatlanabilirliğini mümkün görmemektedir. Doğal hareket anlamında irade ile icra edilen bir kas hareketinden ya da finalist anlamda planlı bir biçimde hareketin yönlendirilmesinden söz edilmesi mümkün değildir ve bu gerekliliklerden hareket edildiğinde, hareketin bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Ancak, mahkemenin de yaptığı gibi, bu durumda psişik sürecin dahil olduğu ve amaca yönelik bir savunma hareketinin var olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu hareket kişiliğin dışı vurumu olarak nitelendirilmelidir. Refleks hareketler ancak, motor sınırların akli sürecin etkisi altında olmadığı, salt bedensel uyaranların algı ve hareket merkezini kontrol altına tuttuğu durumlarda hareket kavramının dışında tutulabilir⁸⁶.

*Saatte 90 km hızla otobanda gitmekte olan bir şoför, 10-15 metre ileride aniden tavşan büyüklüğünde bir hayvan görür. Bunun üzerine aracını sola doğru yönlendirir, kenar bariyerlerine çarpar ve yanında seyahat eden yolcu ölür*⁸⁷.

Otomatik hareket olarak adlandırılan bu durumlar, genellikle failin önceki yaşam tecrübesinden hareketle kendiliğinden gerçekleştirilir. Gerek yürürken insan davranışları, gerekse otomobil kullanımı sırasındaki hareketler bilinçli tercihler değildir. Normal şartlarda bu hareket amaca yöneliktir. Ancak düşünmek için zamanın fazla olmadığı durumlarda reaksiyon hızlanır. Olayda sanığın davranışı hatalıdır. Ancak bilinç bakımından da başarı bir manevra ile aynı ölçüde eksiklik söz konusudur. Ancak öğrenilen hareket eğilimleri kişiliğin kapsamında değerlendirilmelidir.

⁸⁵ OLG Hamm, NJW 1975, s. 657'den nakleden Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 67.

⁸⁶ Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 67.

⁸⁷ OLG Frankfurt, VRS 28 (1965), s. 364'den nakleden Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 68.

Tamamen sarhoş sanık bir kadın tarafından araçla evine doğru götürülmektedir. Kadın indikten sonra sarhoş ve uyuklamakta olan sanığı direksiyona yerleştirir ve araç yeniden hareket eder. Sanık 1,5 km daha gittikten sonra bir kazaya neden olur⁸⁸.

Mahkeme alışılmış sarhoşlukla şüursuz ölçüde sarhoşluk halini birbirinden ayırmaya çalışmıştır. Alışılmış sarhoşluk halinde kusur yeteneği ortadan kalksa bile hareket vasfının korunduğu, böylece Al. CK. § 323a çerçevesinde cezalandırmanın mümkün olduğu sonucuna ulaşmakla birlikte, şüursuz ölçüde sarhoş halinde hareket niteliğinin de ortadan kalktığı sonucuna ulaşılmaktadır. Mahkeme sanığın, hareketi bulunmadığı gerekçesiyle beraatına karar vermiştir, zira mahkemeye göre bu durumda sanık, beraber seyahat ettiği kadının elinde bir kukla durumundadır. Ancak gerçekte hareket bulunmaktadır. Sanığın kendi başına 1,5 km daha seyahat edebilmesi bu durumun kanıtıdır. Hareketinin ne ölçüde bilinçli olduğu, olaydan sonra ne kadarını hatırladığı hareket vasfının belirlenmesi bakımından eşit öneme sahiptir. Hareket olmama haline verilen klasik örnek olan sarhoşluk durumundaki kişinin sendelemesi de yazara göre hareket durumundadır, zira sendeleme hali yürüme çabasını ortaya koymaktadır. Sarhoş kişinin gerçekleştirdikleri, ancak çevre ile hiçbir iletişiminin bulunmadığı ve çevresini artık tanımlayamadığı durumda hareket sayılabılır⁸⁹.

Bu noktada incelenen örnekler bakımından hareketle hareket olmayanı ayırmaya yarayacak kriter, içsel amaca yönelik olma hali ve bilinçsiz bir amaçsallıktır. Dış dünyadaki durum ve olaylar üzerinde zihni melekelerin uyum görevi devam ettiği sürece, kişilik ihzarı ve dolayısıyla hareketin var olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Kişilik çok açık ve net bir bilinç haline indirgenemez⁹⁰.

Kişisel hareketin yapısı bakımından ise Roxin, hareketin doğal değil normatif bir belirleme olduğunu ifade etmektedir⁹¹.

⁸⁸ AG Kappeln, BA 3, 1965, s. 31'den nakleden Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 70.

⁸⁹ Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 70.

⁹⁰ Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 71.

⁹¹ Roxin, **AT I**, § 8 – Kn. 74.

(5) Negatif Hareket

Hareketi kaçınılabilirlik üzerinden açıklayan bir diğer görüş ise negatif hareket teorisidir. Negatif hareket kuramına göre hareket, garantörlük durumunda kaçınılabilir olandan kaçınılmamasıdır. Kaçınılabilirlik konusunda ilk tanımlama *Kahr*'da görülmektedir. Ancak *Kahr*, kaçınılabilirliği bir isnadiyet kriteri olarak ortaya atmıştır. Hareket teorisinde ilk kez kullanan ise *Herzberg*'dir⁹². Negatif hareket teorisinin temel amacının ihmali suçların hareket teorisindeki yerinin ortaya konamamasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır⁹³, zira bu teoriye göre icrai ya da ihmali her hareket, bir kaçınmama halidir. *Herzberg*'e göre ihmali suçlarda aranan kaçınma hali, icrai suçlar bakımından da geçerlidir, zira toplumu oluşturan bireylerin tamamı belirli bir riskleri oluşturmaktan kaçınmak durumundadır. Fail, icrai davranışlarda da kaçınması gereken bir durumdan kaçınmamaktadır aslında. Sonuç olarak her birey toplum geneli bakımından geçerli bir garantör durumundadır. Dolayısıyla kaçınabilir bir halden kaçınmama, ihmali davranışlarda olduğu gibi icrai davranışlar bakımından da geçerlidir⁹⁴.

Roxin, iki negatifin bir pozitifini sonuçlayacağından hareketle ortaya konan negatif hareket kuramının hareket kavramından beklenen işlevlerden hiçbirini yerine getiremediğini, ancak isnadiyet kriteri olarak kaçınılabilirliğin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁵.

d. Haksızlık Kusur Ayrımı

Halen hakim görüş olarak karşımıza çıkan kişisel haksızlık öğretisi, haksızlığı hukuken tasvip görmeyen bir neticeye neden olmak şeklinde değil, bir normun ihlali şeklinde tanımlamaktadır. Bu nedenle de klasik suç teorisinde bir kusur türü olarak nitelenen kast, finalist hareket teorisinin de etkisi ile hareketin değersizliğini taşıyan

⁹² Roxin, AT I, § 8 – Kn. 33.

⁹³ Rolf Dietrich Herzberg, “Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur vortatbestandlichen Deliktsverneinung”, GA 1996, s. 10, 11, 17, 18.

⁹⁴ Roxin, AT I, § 8 – Kn. 33; Weber, negatif hareket kuramının gerçek olmayan ihmali suçları ana haksızlık şekli haline getirdiğini ifade etmektedir. Baumann/ Weber/ Mitsch, AT, § 13 – 93.

⁹⁵ Negatif hareket kuramının eleştirisi için Bkz. Roxin, AT I, § 8 – Kn. 35 – 40; Jakobs, AT, § 6 – Kn. 33.

bir haksızlık unsuru haline gelmiştir. Bu durumda kusur sahasına norma uygun iradenin oluşturulması kalmaktadır.

Haksızlık kusur şeklinde yapılan bu ayırım, ceza hukuku dogmatğinde yapılan objektif, sübjektif; dışsal, içsel; fiil, fail ayırımının bir sonucudur. Diğer yandan yukarıda da işaret edilen iki aşamalı isnadiyet düşüncesinin de bu ayırma temel teşkil ettiği kabul edilmek durumundadır⁹⁶. Ancak tartışmanın başlangıcında yer alan sorun objektif bir haksızlığın var olup olamayacağı sorunudur. Merkel, v. Jhering und Hälschner arasında yaşanan ve haksızlığın niteliğine ilişkin bu tartışma objektif haksızlık ve kusursuz haksızlık gibi sorunların ortaya atışmasına neden olmuştur⁹⁷.

Ceza hukuku haksızlığı ile özel hukuk haksızlığı arasında *Hegelyen* anlayışa dayandırılan ayırımı reddeden *Merkel*'in evrensel, özel hukuk ve ceza hukuku bakımından genel geçer bir haksızlık tanımı ortaya koymaya çalışması hali hazırda kabul edilen haksızlık kusur ayırımının öğretilde net biçimde kabulünü sonuçlamıştır⁹⁸. *Merkel*'e göre haksızlığın ana unsuru isnad edilebilirliktir. Hukuk düzeni norma muhatap sùjelerin iradesine yöneltilmiş emir ve yasakların bütünüdür⁹⁹. Bu tanımlamaya göre haksızlık hukuki objenin ihlali değil, emrin ihlalidir. Emrin sonuçladığı görev ile emre göre karar oluşturması gereken insan arasında yapılan ayırımla, doğal olayları hukukun ihlal olarak nitelendirmemenin yolunu bulmaktadır¹⁰⁰. *Merkel* tarafından yapılan tanımlamaya göre haksızlık hukukta objektif hale getirilmiş müşterek iradenin ihlalidir. Bu tanımlamaya göre haksızlıktan söz edilebilmesi için isnad edilebilir olması gerekir. Sonuç olarak

⁹⁶ Sinn, **Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten Zurechnung und Freistellung durch Macht**, s. 244-245.

⁹⁷ Bkz. Hans Achenbach, **Historische und Dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre [Schuldlehre]**, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974, s. 24.

⁹⁸ Zielinski, **Handlungs- und Erfolgsunwert**, s. 17.

⁹⁹ Adolf Merkel, **Kriminalischen Abhandlungen I, Zur Lehre von den Grundeinthelungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen**, Leipzig 1867, s. 43.

¹⁰⁰ Adolf Merkel, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Verlag Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889. [Yeniden Tıpkı Basım: Keip Verlag, Goldbach 1995], s. 18.

kusurun söz konusu olmadığı durumlarda bir haksızlığın söz edilmesi de mümkün değildir¹⁰¹.

Merkel tarafından ortaya atılan bu müşterek haksızlık anlayışı ve kusursuz haksızlığın olmayacağına ilişkin görüş gerek *Jhering* gerekse *Hälschner* tarafından reddedilmiştir. Özel hukuk cephesinden yaptığı tahlilde *Jhering*, bir başkasına ait eşyanın iyi niyetli zilyedi durumundan hareketle kusursuz ancak hukuka aykırı bir davranışın vukuu bulabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre bu durumda olan kişinin durumunun hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰². Bu tariften hareketle insan iradesi ile bir değer ihlali objektif haksızlığı oluşturur. Hukuk bizatihi ihlalin konusunu oluşturamaz. Ancak sübjektif bir hak sahibinin tinsel durumu, hakimiyeti, riayet talebi veya hukukun genel olarak geçerlilik iddiası bu bağlamda ihlalin konusunu oluşturabilir¹⁰³. Bu tasnife göre objektif haksızlık kusursuz ihlali, sübjektif haksızlık ise kusurlu ihlali oluşturmaktadır. *Merkel* tarafından ortaya atılan ve kusuru haksızlığın bir parçası olarak gören anlayışa karşı görüşlerini ileri süren ikinci önemli isim Hälschner de, v. *Jhering*'le benzer biçimde objektif ve sübjektif haksızlık ayrımını yapmakta ve her iki şeklini hukuku ihlal eden irade şeklinde tanımlamaktadır. Her iki form arasındaki ayrım ise ahlakilik alanında yatmaktadır. Zira *Hälschner*'e göre kusursuz haksızlıkta hukuka karşı çıkış iradenin kendisinde dışarıya yansırken, kusurlu haksızlıkta iradenin içkin olarak hukuka ve ahlaki görevlere karşı oluşturulması söz konusudur¹⁰⁴. Böylece yazar, kusuru ahlaki ve maddi bir kavram olarak kabul etmektedir¹⁰⁵.

Kusur-haksızlık ayrımının temel tartışma noktası, kusursuz haksızlığın bulunup bulunamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Hukukun tüm alanları için

¹⁰¹ Merkel, **Kriminalischen Abhandlungen I**, 42 vd.

¹⁰² Rudolf v. Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Gissen 1867, s. 4-6'dan nakleden Achenbach, **Schuldlehre**, s. 25; Jhering, hukuku insanlar üzerinde tinsel hakimiyet şeklinde tanımladığından, doğal veya fiziki olaylar hukuk alanının dışında kalmaktadır.

¹⁰³ Zielinski, **Handlungs- und Erfolgsunwert**, s. 18, Dn. 8.

¹⁰⁴ Hugo Hälschner, "*Die Lehre vom Unrecht und seinen verschidenen Formen*", **GS 21 (1879)**, s. 31 – 35 (Makalenin tam metni için http://dlib-zs.mpiar.mpg.de/mj/kleioc/0010/exec/bigpage/%222173686_2100%2b1869_0003%22 (12.11.2010)).

¹⁰⁵ Achenbach, **Schuldlehre**, s. 25. Achenbach, söz konusu tartışmanın ceza hukukunda sistem oluşturma bakımından değil, ancak genel hukuk öğretisi bakımından önemli olduğunu ifade etmektedir.

geçerli bir üst kavram olarak haksızlığın kabul edilmesi gerekliliği, ceza hukuku bakımından da haksızlık kusur ayrımını bir zorunluluk haline getirmektedir. Hiç şüphe yok ki, haksızlık özel hukuk haksızlığında veya ceza hukuku haksızlığında farklı özellikler göstermektedir. Ancak bir fiilin suç olarak nitelendirilip bundan ötürü failinin sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce haksızlığın tespit edilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak sorumluluğun isnadına ilişkin bir değerlendirmeden söz edilebilmesi için öncelikle fiil tespit edilmeli, bu fiilin faili ortaya konmalı, bu fiilin faile isnadı sonucunda haksızlığın tespit edilmesinden sonra ceza yaptırımının tatbik edilebilmesi için son aşamada kusur değerlendirmesi ortaya çıkmalıdır. Gerek suça ilişkin mantıksal izah ve temellendirme, gerekse isnadiyetle izlenmesi gereken yöntem haksızlık ve kusurun birbirinden ayrı olarak ele alınmasını gerektirmektedir¹⁰⁶.

II. KUSURUN İŞLEVİ ve YAPISI

A. MADDİ KUSUR – ŞEKLİ KUSUR AYRIMI

Maddi ceza hukukunda kusur kavramı çok farklı işlevlerle kullanılmakla beraber, temel ayrım kusur kavramının temel işlevleri üzerinden yapılmaktadır¹⁰⁷. Ancak bu tasnifler içerisinde en sık rastlanana kusur kavramının maddi ve şekli fonksiyonlarına ilişkindir. Esasında şekli ve maddi kusur ayrımı, kusurun şeklen yani pozitif hukukta uygulanmasına ve madden, yani içeriğinin belirlenmesine ilişkin düşüncelerden kaynaklanmaktadır.

Kusurun ilk fonksiyonel tanımlaması, cezanın bir koşulu olarak belirlenen kusur ilkesidir. Gerek Alman hukukunda gerekse Türk hukukunda, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve hukuk devleti ilkelerinden hareketle, anayasal bir ilke olduğu kabul edilen kusur ilkesi, kamusal yaptırımın uygulanmasında, pozitif hukuk üstü bir ilke olarak kabul edilmekte ve bu anlamda yasa koyma faaliyetinin de bir sınırını oluşturmaktadır. Diğer yandan kusur ilkesi, cezanın ve ceza hukuku

¹⁰⁶ Adem Sözüer, “Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular ve Cevaplar”, **HPD 6 (Mayıs 2006)**, s. 231,232; Koca/ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 123 – 126.

¹⁰⁷ Farklı kullanımlar için Bkz.: Achenbach, **Schuldlehre**, s. 2.

alanındaki diğer tüm özgürlük kısıtlayıcı müdahalelerin meşruluk temelini oluşturmaktadır¹⁰⁸. Maddi kusur kavramı, ya da kusur düşüncesi, pozitif hukuka ilişkin bir belirleme değildir. İrade özgürlüğünün kusurun yapısındaki yeri, fiil kusuru karakter kusuru ayrımları gibi sorunlar maddi kusur kavramının kapsamında değerlendirilmektedir.

Achenbach'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi maddi kusura ilişkin tartışmaların yalın ceza hukuku dogmatikinden alınan kaynaklarla çözümlenmesi mümkün değildir. Ceza hukuku dogmatikliği yanında felsefenin çeşitli alt alanlarına, hukuk felsefesi ya da dil felsefesi gibi, sosyoloji, antropoloji, psikoloji, hatta son dönemde irade özgürlüğü ile bağlantılı olarak nöroloji gibi başkaca bilim ve düşünce alanlarına başvurulması gerekmektedir¹⁰⁹.

Kusur kavramının ikinci fonksiyonu, cezayı sınırlama fonksiyonudur. Ceza, failin kusuru oranında olmalıdır. Bu noktada esasında ilk aşama kusurdan farklı olarak doğrudan uygulanabilen ve pozitif hukukta karşılığı bulunan bir kusur kavramı söz konusudur¹¹⁰.

Kusur kavramı cezanın uygulanması aşamasında sadece sınırlayıcı bir işleve değil, aynı zamanda temellendirici bir işleve sahiptir. Ceza ancak kusur oranında tatbik edilebilir ve ancak kusurun bulunması durumunda tatbik edilebilir. Bu işleviyle kusur cezanın uygulanmasını meşrulaştırmak, bulunmaması durumunda ise doğrudan engellemek gibi bir işleve sahiptir. Cezanın temellendirilmesi işlevi bakımından kusurun her bir unsuru esasında ceza hukuku dogmatikliği ile doğrudan ilgilidir ve bu unsurlar suç olarak adlandırılan genel sistemin bir parçası konumundadırlar. Cezayı temellendirme fonksiyonu bakımından temel sorunlara örnekler vermek gerekirse; kastın ve taksirin kusur karşısında ya da bünyesindeki konumları, isnad kabiliyetinin suçun yapısındaki yeri ve kusurla ilişkisi, haksızlık bilincinin kusurun yapısında yeri gibi hususlar ele alınabilir¹¹¹.

¹⁰⁸ Achenbach, **Schuldlehre**, s. 3.

¹⁰⁹ Achenbach, **Schuldlehre**, s. 3.

¹¹⁰ Jakobs, amacın ortaya konmadığı bir kusur anlayışında, kusurun cezayı sınırlama fonksiyonunun tartışmaya açık olduğunu ifade etmektedir. Jakobs, **AT**, § 17 – Kn. 30; Achenbach, **Schuldlehre**, s. 4.

¹¹¹ Achenbach, **Schuldlehre**, s. 4, 5.

Yukarıda sayılan her üç fonksiyon bakımından tespit edilebilecek ilk müşterek nokta her üçünün cezanın koşulu olarak ortaya çıkmalıdır. Kusur ilkesinin temel sorunun neden ve ne şekilde cezanın uygulanacağı oluştururken, temellendirme fonksiyonunun sorunu cezanın uygulanıp uygulanamayacağı, sınırlandırma fonksiyonu ise ne ölçüde ceza uygulanacağı ile meşguldür.

Achenbach, bu ayrımın yeni olmadığını belirterek, söz konusu ayrımın aslında birbiri ile aynı anlama gelmeyen kusur kavramları bulunduğunu gösterdiğini, kusurun bu üç aşamalı değerlendirmesinde aslında farklı perspektiflerin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre esasında tarifi yapılan üç kusur işlevi aslında yapıları ve unsurları farklı üç ayrı kavramdır. Kavramlar arasındaki bu farklılık yayılan ilişki sayesinde kusur kavramı altında gizlenmektedir¹¹². *Achenbach*, tespitinin bu kavramların bir müştereklikten yoksun olduğu anlamına gelmediğini, kusur ilkesinin en üst noktada bu kavramlar arasında birliği tesis ettiğini de kabul etmektedir.

Achenbach, maddi kusur- şekli kusur ayrımını savunurken maddi kusur kavramını hukuk uygulamasının şekli bir kavramı olan kusur bünyesinde değerlendiren görüşlere üç gerekçe ile karşı çıkar. Dogmatik gelişimin gösterdiği üzere kusur kavramının unsurlarının belirlenmesi, kusurun temelinde yatan düşünce farklılıklarından bağımsızdır. Bu konudaki görüşlerin tasnifinden anlaşılacağı üzere bu konuda kapsamlı bir uyuşma bulunmamaktadır. Kusurun niteliğine ilişkin belirlenimlerle, yani maddi kusura ilişkin görüşlerle, uygulamada kullanılan kusur kavramına ilişkin tespitler arasında bir paralellik yoktur. Aynı tespit irade özgürlüğü kusur ilişkisi, deterministler indeterministler ve finalistler nedensellikçiler arasında da söz konusudur. Bunlar arasındaki temel farklılık kusurdan ziyade hareket kavramına ilişkin tespitlerde ortaya çıkmıştır¹¹³.

¹¹² Achenbach, *Schuldlehre*, s. 5.

¹¹³ Achenbach, *Schuldlehre*, s. 7,8.

B. KUSUR KAVRAMININ GELİŞİMİ

1. Kusur Kavramının Felsefi Gelişimi: İrade Özgürlüğü ve Kusur

Bireyin dış dünyada gerçekleştirmiş olduğu değişiklikten ötürü kamusal ceza ile cezalandırılması, ya da başka bir yaptırma tabi tutulması, her şeyden önce bireyle kamu arasındaki, ya da yaptırım uygulayacak otorite ile birey arasındaki, ilişkinin ortaya konulmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle bireyin kamu tarafından ortaya konan bir norma muhatap kabul edilmesi ve norma aykırı davranması durumunda ceza yaptırımıyla karşılanmasının mantıklı bir izahı ancak hukuk toplumunda bireyin konumunun ve vasıflarının net olarak belirlenmesine bağlıdır.

Tarihsel gelişim süreci aşağıda açıklanmakla beraber, günümüzde ulaşılan noktada modern ceza hukuku kusur esasına dayanmaktadır. Konuya ilişkin pek çok kaynakta ifade edilen formülle “*ceza kusuru gerektirir*”. Modern kusur ceza hukukunun dayandığı temel ilke ise iradi kusurdur. Başka bir ifade ile kusur, failin iradesini, meri hukuk karşısında hatalı olarak oluşturduğunun tespiti¹¹⁴. Ancak söz konusu bu irade oluşumunun dış dünyada meydana getirdiği bir değişiklik olarak fiilinden ötürü faile yaptırım uygulanması için irade oluşumunun bireyden kaynaklanması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle söz konusu irade, bireyin hatadan ve zordan masun, özgür tercihlerine dayanmalıdır.

Bu noktadan itibaren özgürlük sorunu ceza hukukunda kusurun temellendirilmesi bakımından hayati önem kazanmaktadır. Harekete verilecek anlamdan ceza hukukunda kusurun işlevine kadar, özgürlük sorunu ceza hukukunda merkezi bir rol oynamaktadır. Özellikle son yıllarda, beyin üzerinde yapılan araştırmalardan hareketle insan davranışları bakımından determinizmin geçerli olduğu şeklindeki görüşler, ceza hukuku alanında tartışmaları yeniden başlatmıştır.

Determinizm ve indeterminizm çatışmasının, ceza hukuku bağlamında temelinde yatan neden, failin bir suçu işlemek durumunda kalması ile işleyip işlememek arasında tercih yapmasının mümkün olduğunun kabulü noktasında yaşanmaktadır. Determinizm, dış dünyadaki neden ve etkilerin sonucu olarak failin

¹¹⁴ Hans-Joachim Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen 1969, s. 5.

suç işlemek durumunda kaldığı kabulü, buna karşılık indeterminizm irade özgürlüğünü esas alan açıklamaları ile suçu işleyip işlemek arasında tercih yapmak imkânına sahip olduğunun kabulü gerektiği düşüncesini ifade etmektedir ¹¹⁵.

a. Determinizm (Belirlenimcilik)

Determinizm dünyada gerçekleşen tüm olayların ortaya çıkış süreçlerini, ancak gerçekleştiği biçimde gerçekleşebilecekleri ve başka türlü gerçekleşemeyecekleri esasına dayanarak açıklar. Bu tespitin sonucu olarak her vakıa kendinden önceki durumun bir sonucu ve kendinden sonra gerçekleşenlerin ise nedenini teşkil eder. Vakıaların bu şekilde bir neden sonuç ilişkisi içinde değerlendirilmesi ise determinizm ya da önceden belirlenimcilik olarak adlandırılır¹¹⁶.

Vakıaların bu şekilde bir nedensel seri olarak yorumlanması determinizm bakımından neden – sonuç – nedensellik bağlantısını temel kavramlar haline getirmiştir. Neden, bir nedensel serinin başlangıç noktası ve kendisinden sonra gerçekleşen vakıaların neden olucusudur. Nedenin konusu ise her şey olabilir ve sonuç olarak karşımıza çıkar. Nedensel serinin başlangıç noktası ve bireyin hangi nedenle bu tercihi yaptığı, yani nedensel seriyi başlattığı ise, nedenler arasında bir uyuşmanın sonucudur. Hemen ifade edelim ki determinizm yalın bir nedenin sonuçları doğurduğu bir kabule dayanmaz. Her zaman için ana neden yanında başkaca nedenler ya da nedeni etkileyen yan nedenler bulunabilir. Tek tek bu nedenlerin ya da ana nedenlerle yan nedenlerin birliğine ise nedenler ya da koşullar kompleksi adı verilir. Nedenle sonuçtan bu biçimde bahsedilebilmesi için ise söz konusu nedenle sonucu birbirine bağlayan bir bağlantının yani nedensel ortaklığın ya da nedensellik bağlantısının varlığı gereklidir¹¹⁷. Ancak bu noktada nedenler mutlak ve zorunlu olarak bir sonucu ortaya koymazlar. Nedenin neden, sonucun ise sonuç olarak adlandırılmasının nedeni esasında birbirleri ile olan bu zorunlu ilişkidir. Daha

¹¹⁵ Gunnar Spilgies, **Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2004, s. 14, 15.

¹¹⁶ Spilgies, **Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht**, s. 18.

¹¹⁷ Spilgies, **Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht**, s. 19.

açık ifadeyle neden, doğrudan sonuçları gerçekleştğinde nedendir ve sonuçları üzerinden tanımlanır. Aynı şekilde sonuç da belirli nedenler bağlamında sonuç olarak tanımlanır. Bir durumun ya da vakıanın neden olarak nitelendirilmesi ancak bir başka durumu ya da vakıayı ortaya çıkarması durumunda söz konusu olabilir¹¹⁸.

Determinizmin vakıaları bu şekilde nedenlere dayandıran açıklamasının doğal sonucu, irade özgürlüğünün reddidir. Determinist teoride insanlar başka türlü karar verecek durumda olmadıkları için, vukuu bulduğu gibi hareket etmişlerdir. İnsani kararlar, ortaya çıkmak zorunda oldukları için ortaya çıkmışlardır ve başka türlü ortaya çıkamayacakları için o şekilde ortaya çıkmışlardır. İnsanın karar verme sürecinde de yine determinist bir yaklaşım ve motivasyon¹¹⁹ yasaları geçerlidir. Motivasyon yasaları insanın karar verme sürecini motiflere dayandırır ve kararları motiflerin bir sonucu olarak görür. Motifler iradeyi hareket geçirirler ve karar verme sürecinin hareket ettirici gücü olarak belirirler. Tabiatıyla da söz konusu motifler determinist anlamda neden olarak ortaya çıkar. İnsani karar verme sürecini belirleyen motifler bu noktada bireyin değerleridir ve bu değer ya da çıkarlar insandan insana değişir. Birey birden fazla değer arasında kaldığında karar verme süreci motiflerin çatışması ile gerçekleşir. Söz konusu çatışma sürecinde birey çatışan motiflerin çıkar veya değerlerini değerlendirir; ancak iradeyi belirleyen değerlerin nedenselliğinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmaz¹²⁰.

b. İndeterminizm (Belirlenemezcilik)

Belirli sonuçların gerçeklemek zorunda oldukları değil, başka şekilde gerçekleşebilme imkânının da bulunduğunu ifade edildiğinde indeterminizm ya da belirlenemezcilik söz konusudur. İndeterminist bir oluş ya da sonuç nedenlerden ya

¹¹⁸ Spilgies, *Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht*, s. 20

¹¹⁹ Motivasyon kavramı dilimizde farklı anlamlarda kullanılmakla beraber burada kast edilen, insani karar verme sürecidir. Ayrıca bu çalışmada farklı noktalarda aynı kavram yine insanın karar verme sürecinde etkili olan faktörlerin tümünü ifade etmek için kullanılmıştır.

¹²⁰ Spilgies, *Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht*, s. 24.

da nedensel zorunluluklardan bağımsızdır ve belirlenemez, mutlak bir tesadüflük söz konusudur¹²¹.

Mutlak biçimde tesadüfî ve belirlenemez bir sonuç bakımından nedenlere dayalı açıklamalar da mümkün olmamaktadır. Bu çerçevede her durum ya da vakıanın kendinden öncekilerin bir sonucu ve kendinden sonrakiler bakımından bir neden teşkil ettiği görüşü de kabul edilemez. Bu çerçevede indeterminist, mutlak tesadüfî bir sonuç bakımından öngörülebilirlikten de söz edilemez. Zira bu neviden bir sonuç bakımından bir kural ya da bir kanuna uygunluktan söz edilemez. Yine indeterminist bakış açısı ile hiçbir şeyin mutlak surette gerçekleşeceğinden söz edilemez, gerçekleşebilir ya da gerçekleşemez¹²².

İrade özgürlüğü bireyin geçmiş ya da halen devam eden ya da kişiliğine ilişkin aynı koşullar altında farklı kararlar verebilme yeteneğinin varlığına dayanır. İrade özgürlüğü düşüncesi kendisine çıkış noktası olarak vakıaların “başka şekilde olabilir”liğini alır ve bu noktadan hareketle vakıaların oldukları şekilde olmak zorunda olduklarını değil, başka şekillerde de olabileceğini kabul eder. İnsan kararlarını belirli koşulların ve nedenlerin zorunlu sonucu olarak vermez ve bu kararlar farklı şekillerde de olabilir. Bu şekilde insan kararlarında zorunlu oluşların reddedilmesi irade özgürlüğü düşüncesinin koşullarından sadece birisidir. Bireyin kararlarından sorumlu tutulabilmesi için determine edilemeyen davranışını bizzat belirlemesi gerekmektedir. Bireyler, karar verme konusunda alternatiflere sahip olduklarında ya da kararları bazı nedenlerin ve motiflerin zorunlu sonucu olmadığında, ikinci olarak ise kararlarının motiflerine kendileri karar verebildiklerinde özgür iradeye sahip kabul edilebilirler. Bu halde irade özgürlüğünün bir pozitif diğeri negatif iki koşulu ortaya çıkmaktadır. Bunlar kararların nedensel olmaması ve kararlar üzerinde hâkimiyettir¹²³. Bu durumda irade özgürlüğü, nedensellik dışı ya da nedenselliğe karşı bireyin kendini belirleyebilme

¹²¹ Spilgies, *Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht*, s. 25.

¹²² Spilgies, *Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht*, s. 25, 26.

¹²³ Spilgies, *Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht*, s. 28, 29.

yeteneği olarak anlaşılabilir¹²⁴. Determinist anlayışta bireylerin kararlarını değerlerine ve bu değerlerden kaynaklanan motiflere göre vermesi düşüncesi, indeterminizm de bireylerin değerlerini ve motiflerini kendilerinin belirlemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Değerler arasında karar verme düşüncesi ise indeterminizmde değerler farklılığı olarak ifade edilen karar verme mekanizmasının temelini oluşturur.

c. Ceza Hukukuna İrade Özgürlüğü

Determinizm indeterminizm arasında halen devam eden bu çatışmaya rağmen ceza hukukunun ve kamusal cezanın temellendirilmesinde halen indeterminist bakış açısı ağırlığını önemli ölçüde korumaya devam etmektedir¹²⁵. Esasında indeterminist bakış açısı yeni bir gelişme değildir. 18. yüzyıl ceza hukuku anlayışında ceza hukukunun indeterminizme dayandığı irade özgürlüğü tartışmasına girmeksizin kabul edilmekteydi. Ceza hukukunun indeterminist yorumunun temelinde ise isnadiyet öğretisini insanın özgür ve değerle ilişkili davranışına dayandıran *Samuel von Pufendorf* bulunmaktadır¹²⁶. *Pufendorf* isnadiyet düşüncesini açıkça iradenin özgürlüğü temeline oturtmaktadır¹²⁷.

Ceza hukukunda özellikle kusurun temellendirilmesi bağlamında özgürlük argümanı oldukça sık kullanılmasına karşın, özellikle ispat edilemezliği karşısında ceza hukuku öğretisinde genellikle önemsiz görülmekte¹²⁸ ya da bir postulat olarak kabul edilmektedir. Örneğin Roxin, gerek determinizmin gerekse indeterminizmin aynı ölçüde ispat edilemez olduğunu ifade etmekte, ancak kusurun temellendirilmesi

¹²⁴ Ulrich Pothast, “Probleme bei der Rechtfertigung staatlicher Strafe“, **JA 1993**, s. 106.

¹²⁵ Eduard Dreher, “Unser indeterministisches Strafrecht“, **Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992**, (Ed. Manfred Seebode), Walter de Gruyter Berlin New York 1992, s. 13 vd.

¹²⁶ Heinz Holzhauser, **Willensfreiheit und Strafe, Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit**, Erich Schmidt Verlag, Berlin 1970, s. 23.

¹²⁷ Samuel von Pufendorf, “De Jura Naturea Et Gentium 1672, VIII. Kitap, 3. Bölüm”, in: **Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit, Band I, 17. und 18. Jahrhundert**, (Ed. Thomas Vormbaum), Nomos, Baden Baden 1993, s. 51, 57.

¹²⁸ Jakobs, **AT**, § 17 – Kn. 23-25.

bakımından indeterminist bakış açısının belirli ölçülerde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹²⁹.

2. Ceza Hukuku Dogmatğinde Kusur Kavramının Gelişimi

a. Binding ve Normlar Teorisi: İradi Kusur ve Hareket Yeteneği Olarak Kusur

Psikolojik kusur kavramının en önemli temsilcilerinden olan *Binding*, kast ve taksiri kusur ilişkisi olarak görür, zira bu iki kavram dolus ve culpa'nın çevrilmesi suretiyle elde edilmişlerdir¹³⁰. *Binding*'in öğretisinde sadece kusurlu haksızlık söz konusudur, kusursuz haksızlıktan söz edilmesi mümkün değildir¹³¹. Norma aykırı olan hareket ya kasten ya da taksirle gerçekleştirilmiş olabilir. *Binding*, dar anlamda kusuru “*hareket yeteneğine sahip olanın hukuka aykırılığa neden olan iradesi*”¹³² şeklinde tanımlamaktadır. Hukuki anlamda ise somut bir hukuki yükümlülüğü olan kişinin somut olarak kaçınabileceği ve hukuki irade gereği kaçınması gereken hukuken tasvip görmeyen davranışı ile bu yükümlülüğü ihlalidir¹³³. Bu tanımlamadan hareketle *Armin Kaufmann*, *Binding*'te kusurlu hareketi yükümlülüğe uygun davranma yeteneğine sahip olanın tasvip görmeyen hukuka aykırı hareketi şeklinde tanımlamaktadır. *Binding*'in öğretisinde hareket yeteneğine sahip olmak, yükümlülüğe uymak yeteneğine de sahip olmak anlamına gelmektedir. Yükümlülüğe uymak yeteneği ise yükümlülükler göre kişinin kendini yönlendirebilmesi şeklinde anlaşılmaktadır. *Binding*'in tasvip görmemek şeklindeki ifadesi ise daha sonra kınanabilirlik şeklinde öğretide kabul görmüştür¹³⁴.

¹²⁹ Roxin, **AT I**, § 19 – Kn. 44.

¹³⁰ Karl Binding, **Die Normen und ihre Übertretung, Band 2: Schuld und Vorsatz, Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld**, [Normen II], 2. Aufl., Leipzig 1914 [Yeniden tıpkı basım: Scientia Verlag, Aalen 1965], s. 335.

¹³¹ Binding, **Normen I**, 244

¹³² Binding, **Normen II**, 293.

¹³³ Binding, **Normen II**, s. 286.

¹³⁴ Armin Kaufmann, **Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie**, Göttingen 1954, s. 160, 180 vd.

b. Psikolojik Kusur Teorisi

Natürallizm ve pozitivizmin etkisindeki psikolojik kusur anlayışı¹³⁵, kusuru tıpkı pozitif bilimlerde olduğu gibi bir doğa olayı olarak kabul eder ve bu çerçevede bir açıklama gayreti içerisinde. Psikolojik kusur kavramının günümüz penceresinden bakıldığında en belirgin özelliği kast ve taksiri kusurun alt türleri olarak görmesidir. Kast ve taksir objektif konu ve durumların psikolojik karşılıkları ve sosyal tutumlardaki hataların psikolojik nedenleri olarak anlaşılmışlardır¹³⁶. Bu çerçevede değerlendirildiğinde kusurun yapısı failin fiili ile kurduğu psikolojik bağlantı ya da irade ile sonuç arasındaki psikolojik bağlantıdır. Kast ve taksiri kusur türü olan psikolojik kusur teorisinin doğal bir sonucu da kusur yeteneğinin, kasten veya taksirle hareket edebilmenin ön koşulu haline gelmesidir¹³⁷.

Psikolojik kusur teorisinin en önemli açmazının taksir sahasında ortaya çıktığı ve taksirli suçları açıklamaktan uzak olduğu, zira taksirin belirgin özelliğinin failin netice ile bir psikolojik bağlantı kurmaması olduğu öğretilde haklı olarak ifade edilmektedir¹³⁸. Esasında taksirli suçlarda, kastlı suçlardan daha önce ve daha belirgin bir biçimde bir değerlendirme yapıldığını ifade etmemiz gerekir. Taksirli bir fiilin faili esasta kendisinden beklenmeyen bir davranışı gerçekleştiren kişi durumundadır ve failin davranışı, normal bir davranış esas alınarak değerlendirmeye tabi tutulur¹³⁹.

Psikolojik kusur teorisinin bir diğer önemli savunucusu Radbruch, kast ve taksirin bu şekilde bir biri ile bağdaşmamasına rağmen her iki kavramı tek bir başlık

¹³⁵ Roxin, **AT I**, § 19/10; Köhler, **AT**, s. 369; Köhler, “*Der Begriff der Zurechnung*”, **FS Hirsch**, s. 69; *Jakobs* psikolojik kusur kavramının doğa bilimlerindeki düşünce tarzının bir sonucu olduğunu kabul etmekle beraber, aynı zamanda kusur kavramından kaynaklanan belirsizlikleri önlemek ve kusuru daha net tespit edilebilir bir noktaya ilişkilendirmek bağlamında hukuk devletini esas alan çabalardan kaynaklandığını ifade etmektedir. *Jakobs*, **AT**, §17/5;

¹³⁶ Köhler, psikolojik kusur anlayışının aşırılışmasının bir sonucu olan biyolojik bakışın özellikle Nasyonal Sosyalist dönemde fail tipi adı altında toplumun tehlikeli itiyadi suçlulardan, ahlaken suçlu kabul edilenlerden, halk düşmanlarından korunması adı altında kullanıldığını ve bir çeşit ayıklama kuralı haline dönüştüğünü ve fiil kusurundan uzaklaştırıldığını ifade etmektedir. Köhler, **AT**, s. 370.

¹³⁷ Roxin, **AT I**, § 19/10

¹³⁸ Köhler, **AT**, s. 370; Heinz Peter Weber, **Die Entwicklung der normativen Schuldlehre**, **Diss.**, Bonn 1967, s. 7.

¹³⁹ Weber, **Die Entwicklung der normativen Schuldlehre**, s. 9.

altında toplayabilmek için iki yol ortaya koyar: Öncelikle kasta bir değer momenti eklenir. Öncelikle hukuka aykırılık incelemesi yapılır ve hukuka aykırılık hükmü bir değer hükmü olarak ortaya çıkar. Böylelikle de kast hukuka aykırı kast (dolus malus) haline gelir. İkinci olarak ise taksirden bir değer momenti elde edilir. Radbruch, taksir üzerinden bir değerlendirme yapmayı tercih etmiştir. Bu değerlendirmesinde Radbruch, taksirli fiilin failin normalüstü öngörüsüzlüğünü taksirli hareketin hukuka aykırılığına tahsis eder ve taksirde sadece öngörülebilir neticenin öngörülmemesi ile yetinir. Radbruch kusuru failin karakterini ortaya koyan hareketi ortaya çıkaran bir haleti ruhiye olarak tanımlar¹⁴⁰.

Belirtmek isteriz ki kast ve taksiri kusur türü olarak kabul ettikten sonra kusura ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek imkanı bulunmamaktadır. Şöyle ki, psikolojik kusur teorisi kusuru failin fiili ile kurduğu psikolojik bağ olarak tanımlamakta ve bunun da iki türü olduğunu ifade etmektedir. Bu tespit veya tanımlamaya göre fail fiili ile veya ortaya çıkan netice ile psikolojik bir bağ kurmaktadır ve bu bağ iki şekilde olabilir; kast veya taksir. Bu kusur anlayışı adi taksiri açıklamaktan uzaktır, zira adi taksirde failin fiille veya sonuçla kurduğu herhangi bir psikolojik bağ bulunmamaktadır. Eğer bu tür bir bağın öngörme şeklinde dahi olsa kurulması durumunda adi taksirden değil, en azından bilinçli taksirden söz edilmesi gerekmektedir. Kast veya taksirin bir üst kavramın türleri olduğunun kabul edilebilmesi için her ikisinin de kusur bakımından kurucu olduğu ifade edilen aynı unsurlara sahip olması gerekmektedir¹⁴¹.

c. Normatif Kusur Teorisi

(1) Genel Olarak

İsnadiyet ve isnat yeteneği kavramlarının normatif hale getirilmesi 20. yüzyılın başında, hukuk için sadece dünyadaki nedensel akışları ilgili düzen olarak

¹⁴⁰ Gustav Radbruch, “Über den Schuldbegriff”, *ZStW* 24 (1904), s. 348; Radbruch daha sonra kusurun sadece psikolojik bir hüküm değil aynı zamanda da değer içeren bir hüküm olduğunu kabul etmiştir. Gustav Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930 Band I**, Ed.: August Hegler, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1930, s. 168.

¹⁴¹ Weber, *Die Entwicklung der normativen Schuldlehre*, s. 10.

gören natüralist ceza hukuku dogmatığının son bulması ile başladı¹⁴². Ancak bu normatif hale getirme süreci tam anlamıyla başarıya ulaşamadı ve kusur suça bağımlı olmaya devam etti. Kusur kavramının savaş sonrası dönemde ele alınmasında etkili olan Frank ve onu takiben Hegler, Mezger ve bunlardan bağımsız olarak Goldschmidt'in yaklaşımları kusurun normatif karakterinin oluşumunda etkili oldular. Anılan yazarlar tarafından oluşturulan kusurun temellendirilmesi ve mazeret kavramının ortaya konması daha sonra bu alanda yapılan tüm çalışmalarda etkili olmuştur¹⁴³.

Psikolojik kusur teorisinin yukarıda özetlenmeye çalışan açmazları ve süreçte bu çelişkileri aşmak için üretilen çözümlerin de başarısız olması 19. Yüzyılın başında normatif kusur teorisinin ortaya çıkmasında temel etkindir. Normatif kusur teorisinin kurucu olarak kabul edilen Frank, 1907 yılında yayınlanan “Kusur Kavramının Yapısı Üzerine” (“*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”)¹⁴⁴ adlı eserinde, temel itirazını mazeret nedeni olarak kabul edilen zorda kalış halinin psikolojik kusur teorisi ile açıklanamayacağı üzerine kurar¹⁴⁵. Diğer itiraz noktası ise isnad kabiliyetinin kusurun ve psikolojik kusur çerçevesinde kast veya taksirli hareket edebilmenin ön koşulu olarak kabul edilmesidir. Frank’a göre isnad kabiliyetinin kusur yeteneğinin ön koşulu değil kusurun bir parçasıdır ve pek tabi bir akıl hastası kasten hareket edebilir¹⁴⁶.

Frank’a göre kusur sadece failin fiili ile kurduğu psikolojik ilişki değildir. Kusur aynı ölçüde eşit değer ve etkiye sahip üç elementten oluşur kusur: Bunlar failin normal ruhi özellikleri; failin fiili ile kurduğu psikolojik ilişki ya da bu tür bir

¹⁴² Roxin, **AT I**, § 19 – 10.

¹⁴³ Pilar Gonzales-Rivero, **Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen**, Duncker & Humblot, Berlin 2001, s. 20.

¹⁴⁴ Reinhard von Frank, “*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”, Alfred Töpelmann, Giessen 1907. [*Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*’dan ayrı bası], s. 6; Her ne kadar ortaya atılan bu teoriye normatif kusur teorisi denmekte ve kurucu da Frank kabul edilmekteyse de Frank, normatif kavramını bu makalesinde kullanmamıştır. İlk kez kullanımı ise şerhinin 18. Basisındadır. Tespit için Bkz.: Weber, **Die Entwicklung der normativen Schuldlehre**, s. 17, Dn. 1a.

¹⁴⁵ Frank, “*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”, s. 8

¹⁴⁶ Frank, “*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”, s. 9

ilişki imkanı ve failin içinde bulunduğu koşulların normallığıdır¹⁴⁷. Tüm bu unsur ve itirazlardan hareketle Frank, kusuru kınanabilirlik olarak tanımlamaktadır¹⁴⁸.

Öğretide Frank tarafından ortaya atılan normatif kusur kavramının bu halinin aslında Radbruch tarafından ortaya konan vakıa ile hukuken tasvip edilmezlik ilişkisinin geliştirilmiş hali olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁹. Gerçekten de Radbruch'un anti sosyal tutum (*antisoziale Gesinnung*)¹⁵⁰ olarak ifade ettiği durumun Frank'taki karşılığı kınanabilirliktir. Kınanabilirlik ise esasında fonksiyonu belli olmayan bir toplayıcı üst kavramdır¹⁵¹. Bu yalın hale ilk katkı kusuru cezalandırmanın meşruluğunu açıklamakta kullanan Hegler tarafından yapılmıştır. Ceza yaptırımı bir sosyal etik yaptırım olarak ancak fiilinden ötürü kınanabilen kişiye uygulandığında adildir ve bu kişi ise ancak toplumsal anlamda zarar yaratan fiilin tam anlamıyla hakimidir¹⁵².

Frank'ın bu noktada kusur öğretisine ilk katkısı kusuru bir değer olarak ele almasıdır. Kusur normatif karakterini bir değerde bulur ancak bu değer yargısı suçun manevi unsurundan kaynaklanmaz, aksine suçun tamamının değerle ilişkili birliğinden alır. Kusur Frank için *kınanabilirliktir*. Kınanabilirlik kavramını ise, tüm kusur türlerini¹⁵³ eşit derecede kusuru temellendiren unsurlar olarak ele alarak girer. Bu unsurlar failde bulunan ve tespit edilebilen psikolojik unsurlardan oluşur. Dolayısıyla fiilin icrası sırasında eşlik eden diğer durumların normal oluşu ya da sübjektif normal motivasyon kast ve taksirin yanında kusur kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Bir hareketin kusura isnad edilebilmesi ise failin özgürlüğüne bağlıdır. İsnad kabiliyeti failin içsel özgürlük alanına ilişkindir. İsnad kabiliyeti de bu durumda bir kusur koşulu değil, kusur kapsamında değerlendirilmesi gereken bir unsurdur. Mazeret nedeni olan zorda kalış kusur kapsamında normal motivasyonla

¹⁴⁷ Frank, “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”, s. 12.

¹⁴⁸ Frank, “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”, s. 14.

¹⁴⁹ Jakobs, **AT**, § 17 – Kn. 8.

¹⁵⁰ Radbruch, **FG Frank**, s. 168.

¹⁵¹ Jakobs, **AT**, § 17 - Kn. 8.

¹⁵² Jakobs, **AT**, § 17 - Kn. 8.

¹⁵³ Frank için Kusur müşterek bir kavramdır ve bu kavramın ayrılmaz parçaları içerisine diğerleri ile birlikte kast ve taksir de dâhildir.

ilgili olarak ele alınmalıdır. Böylelikle Frank normal motivasyonu kusurun pozitif bir unsuru olarak ele almakta ve kusur sorumluluğunun içkin bir sınırı olarak ortaya koymaktadır¹⁵⁴.

Benzer biçimde Hegler de kusuru şekli kınanabilirlik ve maddi fiil hakimiyeti olarak ele almakta ve kusur yargısını maddi konu arasında ilişki olarak fiili hakimiyet olarak tespit etmektedir. Bu noktada bir değer momenti, fiili hakimiyetinin toplumsal anlamda zararlı bir fiilin ortadan kaldırılması bakımından, negatif karakteri onu etkiler. Bu nedenle de bu gerçek ilişki kınanabilirlik veya kınama imkanı olarak tanımlanabilir. Hegler fiil hakimiyeti beş momente dayandırmaktadır: Hareket özgürlüğü, isnad özgürlüğü, kast ve taksir ile kusuru ortadan kaldıran nedenlerin bulunmamasıdır. Bunlar tamamı fiil hakimiyetini temellendiren momentlerdir. Hegler tarafından ortaya konulan ve alışıldık olmayan motivasyon durumu kusuru ortadan kaldıran nedendir¹⁵⁵.

Frank ve Hegler tarafından ortaya konan kusur anlayışı Mezger'in kusur öğretisi ile somutlaşmaya başlar. Mezger için kusur, bir kusur olgusudur ve kusur maddi vakıasıdır ve bu maddi vakıa cezanın fiili işleyen bireyde bulunan maddi koşulların simgesidir. Ancak kusur aynı zamanda söz konusu kusur olgusu hakkında bir değer yargısıdır. Kural olarak Mezger tarafından ortaya konan kusur kavramı iki müşterek ve bir arada bulunan aşamadan oluşur. Tipte yalın tanımlayıcı unsur yalın bir değer yargısına bağlanır. Kusurun unsurları ise, isnad kabiliyeti, kast veya taksir ve son olarak kusuru ortadan kaldıran nedenlerden birinin bulunmamasıdır. Kusuru kaldıran nedenlerden birisinin bulunması durumunda fail kusursuz hareket etmiş kabul edilir ve tıpkı bir akıl hastası gibi ya da kast veya taksiri bulunmayan birey gibi sorumsuz olur. Görüldüğü gibi, her üç yazar bakımından kusur, bir takım kavramların üst kavramı değil, unsur ve parçalardan oluşan ve içerik sahibi bir kavramdır. Bu noktada kusur sadece fonksiyonu üzerinden tespit edilebilir ve spesifik fonksiyon faile karşı kişisel kınamanın ikame edilmesidir. Kusurun normatif hale getirilmesi noktasında bu yazarların açık yönlendirmeleri söz konusu değildir, ki

¹⁵⁴ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 20,21.

¹⁵⁵ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 21,22.

onlar zaten kusur unsuruna bizatihi bir normatif unsur eklemişlerdir. Bu yazarlar daha ziyade kusurun tümünün normatif anlamda niteliği ile meşguldürler¹⁵⁶.

Frank tarafından ortaya atılan ve kınanabilirlik olarak tanımlanan normatif kusur kavramının gelişiminde ikinci önemli aşama ise *Goldschmidt*'in mazeret nedenlerinin temellendirilmesidir. *Goldschmidt* söz konusu temellendirme ile *Frank*'ın içeriğini dolduramadığı kınanabilirlik kavramını daha net anlaşılabilir hale getirmiştir. *Goldschmidt*'e göre insan davranışlarının hukuka aykırı olarak nitelendirilmesini temin eden hukuk normları yanında üzerinde konuşulmayan yükümlülük/görev normları bulunmaktadır¹⁵⁷. Bu normlar bireylere içsel davranışlarını hukuk düzeninin kendilerinden beklediği davranış biçimlerini uygun davranmak için gerekli biçimde yönlendirmeleri yükümlülüğünü yükler. İnsanlar bu yükümlülük kurallarına aykırı davranabilirler ve bu durumda bir mazeret nedenine dayanarak yükümlülüklerinin bulunmadığını ileri sürebilirler¹⁵⁸. Bu gibi durumlarda kişilerin kusurlu hareket ettiklerinden söz edilemez. *Goldschmidt*'in mazeret nedenleri bakımından ortaya attığı temel düşüncenin cezayı ortadan kaldıran nedenlerden ve hukuka uygunluk nedenlerinden farkı, mazeret nedenlerinin beklenilemezlik üzerine kurulu olmasıdır. Beklenebilirlik konusunda normatif kusur kavramına son katkı ise Freudental tarafından yapılmıştır. Yazar, beklenemezliği kanun üstü kusuru kaldıran bir neden olarak tanımlamaktadır¹⁵⁹. Bu tespitin sonraki süreçte taksirli suçlarda ve ihmali suçlarda kabul gördüğü tespiti öğretide yapılmaktadır¹⁶⁰.

Frank'ın normatif kusur öğretisinin yanı sıra, *Goldschmidt* tarafından ortaya atılan ve psikolojik unsurlarla normatif unsurları iç içe ekleyen kusur kavramı bulunmaktadır. *Goldschmidt*, failin olması gerekene uymak bakımından gerekli olan

¹⁵⁶ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 22, 23.

¹⁵⁷ James Goldschmidt, "Normativer Schuldbegriff", *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930 Band I*, Ed.: August Hegler, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1930, s. 428.

¹⁵⁸ James Goldschmidt, "Der Notstand, ein Schuldproblem", *ÖstZStr* 4 (1913), s. 162

¹⁵⁹ Berthold Freudenthal, *Schuld und Vorwurf*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1922, s. 7.

¹⁶⁰ Roxin, *AT I*, § 19/13.

yetenekleri, yeterliliklerini yükümlülüğe uygun davranmak bakımından failin motivasyonda dikkate alınması gereken durumları birbirinden ayırmıştır.

Kast, taksir ve mazeret nedeni olan zorda kalış, yazara göre norma uygun davranışın beklenebilirliği düşüncelerini içermektedir¹⁶¹. Goldschmidt'in bu noktada en dikkat çekici görüşü, isnad yeteneği olmayan, mazeret nedeni bulunan durumlardan farklı olarak, yükümlülük normunun muhatabı olarak görememesidir. Golschmidt için isnad kabiliyeti olmayan insanlar, bu bakımdan hayvan arasında bir fark bulunmamaktadır¹⁶². Mazeret nedeni, esasen normun olağan vasıfları haiz muhatabında kendi varlığını koruma iradesinden ötürü yükümlülük normuna uymasının beklenmemesini gerektirir¹⁶³. Bu açıklamalardan sonra mazeret nedeni olan zorda kalışın kusurun pozitif içeriğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun yerine mazeret nedeni olan zorda kalış, kusurun negatif formuna eklenmiş, bir mazeret nedeni olarak kabul edilmiştir.

Finalizm'in normatif kusur kavramına katkısı ise kastı ve taksirli suçlarda objektif özen yükümlülüğünü suç kalıbının içerisinde düzenlemesi ve böylece kusuru psikolojik unsurlardan tamamen arındırmasıdır. Buna göre kınanabilirliğin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar isnad yeteneği, haksızlık bilinci (en azından potansiyel) ve norma uygun davranışın beklenebilirliğidir. Bu şekilde sübjektif unsurlar kusurdan ayrılmış (değerlendirmenin objesi), sadece kınanabilirlik kriterleri (objenin değerlendirmesi) kalmıştır. *Maurach/Zipf*, *Frank* ve *Golschmidt* tarafından geliştirilen bu anlayışı kompleks kusur kavramı olarak nitelendirmektedirler. Zira yazarlara göre psikolojik ve değer yargısına ilişkin unsurlar bu yapıda bir arada bulunmaktadır.

(2) Kavramsal Olarak Normativizm

Normatif kusur kavramına ilişkin değerlendirmelere ve günümüz bakımından taşıdığı anlama geçmeden önce normativizmin ne anlama geldiği üzerinde durmak

¹⁶¹ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 23, 24.

¹⁶² Goldschmidt, "Normativer Schuldbegriff", *Frank FG*, s. 447.

¹⁶³ Goldschmidt, "Normativer Schuldbegriff", *Frank FG*, s. 452; Goldschmidt, "Notstand als Schuldproblem", s. 162.

gerekmektedir. Neumann, kusur kavramı ile bağlantılı olarak normatif kavramını hukuki temellendirme öğretisinde bir temellendirme kuralı olarak değil temellendirme yöntemi olarak ele almaktadır. Şöyle ki, ceza hukuku alanında bir düşüncenin temellendirilmesi (*argümantasyon*) temellendirme standartlarına göre yapılır. Temellendirme standartları ceza hukuku ilke veya kuralları ile eş anlamlı değildir ancak pek çok noktada örtüşür. Temellendirme standartlarını oluşturan ise temellendirme kuralları ile temellendirme örnekleri/yöntemleridir. Temellendirme kurallarında bir değişiklik ceza hukuku öğreti ve kurallarında değişikliği gerektirir, aynı şekilde ceza hukuku kurallarında veya dogmatikliğinde ortaya çıkan bir değişiklik de temellendirme kurallarını değiştirir. Bu tespitler temellendirme örnekleri/yöntemleri bakımından bazı eklerle birlikte geçerlidir. Temellendirme örnekleri temellendirmede izlenmesi gereken yolu ortaya koyan şemalardır ve temellendirmenin içeriği ile değil yapısı ile ilgilidirler. Bu nedenle şemalarda ortaya çıkan bir değişiklik pozitif kurallarda ya da dogmatik yapıda değişikliğe neden olmazlar. Daha da önemlisi düşünce sisteminde bir değişikliği meydana getirirler. Bu tür temellendirme kalıbında ortaya çıkan değişiklikler bazı durumlarda paradigmanın değişmesine neden olur ki, bu durumlar hukuk düşüncesinde bir yöntem değişikliği anlamına gelir¹⁶⁴.

Son yüz yıllık geçmişte ceza hukuku alanında yaşanan temellendirme kalıbındaki iki önemli değişiklik yaşanmıştır. Bunlardan birisi kavramların normatif hale getirilmesi ikincisi ise kavramların suç politikasının gereklerine göre yorumlanmasıdır¹⁶⁵. Normatif nitelendirmesi kavramın ödev veya işlevine göre bir kategoriye tabi tutulmasını değil metodik bir kategori kapsamında ele alındığını ifade etmektedir. Bu çerçevede ceza hukuku kavramlarının normatif hale getirilmesi, kavramların sadece ceza hukuku kurallarının bütünlüğü içerisindeki fonksiyonlarına göre anlaşılması sonucunu veren yönetime verilen addır¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Ulfrid Neumann, “*Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit*”, **ZStW 99 (1987)**, s. 567 – 568.

¹⁶⁵ Neumann, **ZStW 99 (1987)**, s. 568, 569.

¹⁶⁶ Neumann, **ZStW 99 (1987)**, s. 568.

(3) Ön Kusurluluk Bakımından Normatif Kusur

(i) Bauman - Schröder

Mazeret nedeni olan zorda kalış halinde veya kusur yeteneğine ilişkin meselelerde müşterek bir çözüm yolu kusuru oluşturan tüm unsurların eşit ölçüde ele alınmasının zorunlu sonucudur. Bu tür bir değerlendirmenin sonucu olarak psikolojik sistemdeki tüm motivasyon anormalliklerinin eşit ve aynı biçimde ele alınmasını gerektirir. Bu görüş *Baumann* ve *Horst Schröder* tarafından temsil edilmektedir. Frank tarafından oluşturulan normatif kusur anlayışının katı savunucuları olan her iki yazar, kusuru farklı unsurlardan oluşan bir bütün olarak ele alırlar. Bu unsurlar failin fiili ile kurduğu iradi ilişki olarak kast veya taksir, isnad yeteneği ve kusuru ortadan kaldıran nedenlerdir. *Baumann*¹⁶⁷ kusurun maddi bir vakıa, oluya dayandığını ve yalın bir ilişki olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Isnad kabiliyetini kusurun ön şartı olarak ortaya koyan iki yazarda, bu tespitlerinin kusurun diğer faktörlerin kusuru temellendirme karakterine sahip olmadıkları anlamına gelmediğini de ifade etmektedirler. Normal olmayan, hareketlerine ilişkin karar verme süreci tahrip edilmiş durumda bulunulması, kusurun ortadan kaldıran bir neden olarak ele alınmasını sonuçlar. Bu sistem içerisinde kusuru ortadan kaldıran nedenler pozitif tanımlanmaktadır. Hukuka uygun davranışın beklenebilirliği – özelliği kusuru temellendiren bir unsur olarak ele alınmasıdır ve bu haliyle haksızlık alanında hukuka uygunluk nedenleri ile karşılaştırmaya elverişlidir¹⁶⁸.

Kusur bu biçimde anlaşıldığı durumda, kusur kapsamında değerlendirilen tüm unsurlar kusuru temellendiren unsurlar olarak anlaşılabacaktır. Ceza hukukunda isnadiyetin süjesi özgürlüğün sadece iç değil, ayrıca bunun yanında dış koşulları olarak anlaşıldığında, bu unsurlardan birinin yokluğu aynı anlama gelecektir, o da isnad edilebilir bir süjenin bulunmadığı sonucudur. Kusur yeteneğinin kusurlu olarak ortadan kaldırılması, her iki yazar bakımından, bu temelde ele alınabilir. Failin fiili işlediği zaman diliminde kusur yeteneğine sahip olup olmadığı alic vasıtasıyla sadece görünürde bir istisnayı oluşturur. *Schröder*, bu konuda görüşünü şu şekilde dile

¹⁶⁷ Jürgen Baumann, *Strafrecht Allgemeiner Teil [AT (8)], 8. Aufl*, Bielefeld 1977, s. 370 vd.

¹⁶⁸ Ayrıntılı değerlendirme için Bkz. Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 26, 27.

getirir: *“Bu olaylarda faile sorumluluğu ortadan kaldıran duruma kusurlu olarak neden olma hali yükümlülük olarak yüklenebilir ve böylece fiilin icrası da sorumluluğun halen bulunduğu bir zaman dilimine uzatılabilir”*¹⁶⁹. Baumann’a göre, kusuru kaldıran nedenler alanında ceza hukuku insani zaatlardan yana geri çekilmekte ve insan üstü bir beklenti içine girmemektedir. Ön kusurluluk hallerinde de değerlendirme konusu olan husus fiil değil, Al. CK. § 35’te düzenlenen zorda kalış haline neden olmaktır. Bunlardan hareketle alic, sadece kusur yeteneğinin bulunmadığı durumlarda değil, bunun yanında ceza koşullarının bulunmaması durumunda ve mazeret nedeni olan zorda kalış halinde uygulama alanı bulabilecektir. Benzer biçimde Schröder de alic’in sadece sonra gerçekleştirilen fiilin sorumluluğu ile sınırlanmasını doğru bulmamakta ve failin kendi kendine neden olduğu zorda kalış durumlarında uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

Baumann ve Schröder tarafından ortaya konan kusur anlayışı, psikolojik gerçeklikler bakımından eleştirilebilir. Öncelikle normal bireyin normal durumu ifadesi bir anlama gelmemektedir. İletişimin ve ceza hukuku isnadiyetinin dünyası anlam yüklü bir dünyadır. Gerçek içsel ve dışsal çatışmalar, ilk olarak hukuk tarafından önemli olarak nitelendirilirler. İsnad edilebilirlik ve beklenebilirlikte ayrıca yalın normatif kategoriler söz konusudur ve bu kategoriler ancak bir ceza hukuku çatışmasının bulunmadığı durumlarda ortadan kalkarlar.

Ayrıca eleştirilebilecek bir noktada isnadiyet olarak kınamanın bireyin psikolojik motivasyonunun maddi konusu ile bağdaşmamasıdır. Kınama ve psikolojik motivasyon farklı alanlara ait kavramlardır. Kınama, iletişim alanına aittir ve şekli hukuki kişilerin dünyasında geçerlidir. Bu iki kavramın birbirinden bağımsız olarak yan yana bulundukları ifade edilecekse, neden bir karar verme sürecinden kötü bir durum isnadiyet olarak ortaya çıkmaktadır meselesi sorun olarak kalmaktadır. Zira iki kavram birbiri ile uyuşabilir değildir.

Baumann ve Schröder’in söylediklerinin aksine kusurun bir olgusu olmadığı ortaya çıkmaktadır. Söz konusu olan bir vakıanın değerlendirmesi değil, değerlendirmenin bizatihi kendisidir. Kusur ceza hukuku sisteminin özel bir

¹⁶⁹ Schröder, S/S (17), § 51 – Kn. 36.

yorumunun sonucudur. Kusur bir kınama yargısını tartışma imkânının sunulmasıdır. Bu nedenle kınamayı temellendiren unsurlar, kınama tarafından oluşturulmalıdır. Zira kınama her zaman değerlendirme anlamına gelir¹⁷⁰.

ii. Welzel

Finalizm çerçevesinde kusur yeteneğinin bulunmaması halini ve mazeret nedenlerini Welzel, Goldschmidt tarafından ortaya konan normatif kusur unsurları öğretisi üzerine inşa etmiştir. Welzel, *Graf zu Dohna*'da¹⁷¹ da bulunan objenin değerlendirilmesi ve değerlendirmenin objesi ayrımlarını yapmaktadır.

Welzel'in öğretisinde kusur faile yönelik kişisel kınamadır. Kınamanın nedenini ise, failin, hukukun olması gerekene ilişkin taleplerine uyabilecek, norma uygun davranmaya motive olabilecek durumda olmasına rağmen, hukukun kendisinden talep ettiği biçimde davranmamasıdır. Kusur failin irade oluşumunun kınanabilirliğidir. Bu irade oluşumu değere hakkında verilen anlamlı karardan ortaya çıkan harekette ortaya çıkmaktadır. Bilinçli insani yaşamın anlamlı bir düzen dahilinde olması ve insanın hareketlerini anlamlı biçimde yönlendirebilmek kudretine sahip olması Welzel'in kusur öğretisinin arka planını teşkil etmektedir. Buradan ulaşılan ilk uğrak hukuki etkinliğin yaşam alanıdır ve bu alanda tüm nedenselliğe ilişkin tartışmalar en iyi durumda doğadan emsal alınarak yapılmaktadır. O halde hukuk dünyasını oluşturan sosyal varoluş, anlamlı ve önemi haiz bir dünyadır. Başka şekilde davranabilmek genel bir ölçü esas alındığında değil, ancak bireysel ve failin özelliklerine göre bir ölçü olabilir. Welzel'de kusur kavramı bir değer kavramıdır ve kusur yargısı yalın bir değer yargısıdır¹⁷². Bu çerçevede kusur, insanın kendi kafasında değil, başkalarının kafasındadır. Hukuka aykırılık değerlendirmesinin konusu tıpkı kusur değerlendirmesinde olduğu gibidir. Ancak ilkinde tipik hareket olmaması gereken, ikincisinde ise kınanabilir olarak değerlendirilen olarak karşımıza çıkar. Kusur bir değer yargısı olarak değerlendirildiğinde, haksızlık kalıbının yanında bir de kusur kalıbı söz konusu olacaktır. Bu bağlamda Welzel'de kusur yargısı öncelikle failin norma uygun şekilde

¹⁷⁰ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 28.

¹⁷¹ Graf zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, s. 2,19.

¹⁷² Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 29.

davranışlarını yönlendirmek için gerekli akli yeteneğe sahip olmasına; ikici olarak ise kendisinin olası ön görüşü ve somut vasıfları dikkate alındığında norma uygun karar verebilecek durumda olmasına dayanır. Bu her iki unsur kusurun gerçek koşulları olarak nitelendirilebilir ve kusurun unsurları değildir. Mazeret nedeni olan zorda kalışı Welzel, kusur kapsamında değil, kusurda tanımlanan hareket içerisinde ele almakta ve yasaklanmamış olan olarak değerlendirmektedir. Kendi sistematigi içerisinde kusuru temellendiren ve mazereti temellendiren nedenler arasında Welzel mazeret nedenlerini haksızlık içerisinde değerlendirmektedir ve kusurun haksızlığın karşısında bulunan maddi vakıa olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre kusur, daha ziyade değerlendirmenin bizzat kendisini oluşturmaktadır. Bu değerlendirmenin koşulları ise isnad kabiliyeti ve haksızlık öngörüsüdür, bunlar kusurun unsurları değildir¹⁷³.

Mazeret nedeni olan zorda kalışı kusurun içinde değerlendiren bakış açısıyla Welzel, kusuru temellendiren nedenlerle kınamayı ortadan kaldıran nedenleri (mazeret nedenleri) birbirinden ayırmıştır. Hukuka uygun davranışın beklenememesi, sadece kınamayı ortadan kaldıran bir sebep olabileceği, hukuka uygun davranışın beklenememesi durumunda söz konusu olan, olağan dışı motivasyon durumlarından ötürü norma uygun davranma motivasyonu ya da imkanı önemli ölçüde ortadan kalkmış kişinin kusurunun da azaldığı veya tamamen ortadan katılığı sonucuna ulaşmıştır. Yazara göre hukuk insani zaaflardan ötürü, beklenemezlik durumunda kınamanın ortadan kalkmasına müsamaha göstermek durundadır. Beklenebilirlik kusurdan ve anlamlı bir irade oluşumuna ilişkin genel yeteneklerden bağımsızdır. Failin içinde bulunduğu davranış imkanlarından da bağımsızdır ve daha ziyade kusurlu failin, haksızlık bilinci dolayısıyla oluşturduğu iradi karara ilişkin somut imkânlarla ilgilidir. Frank ve Hegler'de harici özgürlük olarak adlandırılan ve böylece şekli anlamda ceza hukukunu bakımından bireyin koşullarını oluşturan hususları, Welzel'de kusur kapsamı dışında tutmaktadır. Welzel, şekli anlamda ceza hukuku bakımından birey, sadece içsel hukuki motivasyonu sağlayabilecek entelektüel durumda olan şekilde tanımlanabilir. Kusurun ve mazeretin temellendirmesinin birbirinden ayırımının sonucu ve norma uygun davranma

¹⁷³ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 30.

durumunda olan muhatap görüşü mazeret nedeni olan zorda kalış ve kusur yeteneğinin kaybedilmesi durumlarındaki ön kusurluluk hallerindeki farklı isnadiyet yapılanmalarının sonucudur. Kusur yeteneği kusuru temellendiren unsurlarla ilgili olduğundan kusurlu biçimde kusur yeteneğinin kaybedilmesinde birey bazı yeteneklerin yokluğunun sonucu olarak cezasız kalmayacaktır. Fail fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olmamasına rağmen cezalandırılacaktır. “*Fail kendi kendisini fiil için bir araç olarak kullanır*”¹⁷⁴. Bu durumda faile isnadiyet, ancak kusurun temellendirildiği failin kusur yeteneğinin bulunduğu bir başka anda mümkün olabilir. Buna karşılık, mazeret nedeni olan zorda kalış durumunda ise ön kusurluğun isnadı fiil anında yapılır. Zira bu durumda kusur temellendirilmiştir ve ceza hukuku bakımından birey söz konusudur.

Bu sistematik bakımından tartışmalı olan ilk husus tutarlılığıdır. Kusurun faile kınamanın yöneltildiği bir değer olarak algılanması durumunda, kusurun bulunduğu ancak kınamanın, kusurun azalması nedeniyle ikame edilemeyeceğini söylemek yeterince tatmin edici bir açıklama değildir. Kusur kınama anlamına geliyorsa, kusurun bulunması durumunun zorunlu sonucu kınamanın ikame edilmesidir. Her iki kategorinin – kusur ve mazeret – birbirinden ayrılması Welzel’in öğretisi bakımından kusur momentlerinin heterojenliğinin kanıtıdır. Bunlardan ilki genel, diğer özel olarak failin norma uygun hareket etmek hususundaki yeteneklerinden oluşur¹⁷⁵.

Welzel’e göre mazeret nedeni olan zorda kalış, kusuru kaldıran bir neden olarak değil, daha önce de yapıldığı gibi, cezayı kaldıran bir neden olarak yorumlanmalıdır. Eski kanuni düzenleme bakımından zaten başka türlü düşünülmesi de mümkün değildir. Zira Al. CK’nun eski halinde kusurun ortadan kalkmış olmasından değil, cezalandırılabilir hareketin bulunmamasından söz edilmemekteydi. Norma uygun davranma konusundaki bu aşırı vurgulama ve buna bağlı olarak harici durumların maddi azalması beklenebilirliğin özel bir kategorisi olarak istisna kural

¹⁷⁴ Welzel, **AT**, s. 156.

¹⁷⁵ Gonzales-Rivero, **Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen**, s. 32.

olarak Welzel'in *Personlichkeit und Schuld* adlı eserinde ortaya koyduğu genel konseptteki insani var oluşla çelişmektedir¹⁷⁶.

iii. Maurach

Maurach'da, Welzel gibi, normatif değerlendirme vasfını haiz bir kusur kavramından yola çıkar. Ancak Maurach, Welzel'in kusur öğretisinde yer alan kimi çelişkileri, kısmen özel, kısmen genel momentler bakımından aşmak amacını taşır.

Welzel'in kusur kavramı sadece isnad yeteneğini değil hukuka aykırılık bilgisini ve bunların yanında norma uygun davranmak beklentisini de bünyesinden barındırır ve gerçek anlamda kişisel kınama anlamına gelmez. Maurach bu öğretide beklenebilirliği reddeder. Beklenebilirlik bu noktada kusur alanında değil sorumluluğun sınırlanması alanında akla gelebilir¹⁷⁷.

Maurach'ın düşünceleri isnad edilebilirlik noktasında yeni tespitleri havidir. Hareketin isnad edilebilirliği ile anlaşılması gereken failin gerçekleştirdiği tipe uygun ve hukuka aykırı fiil ile hukukun kendisinden beklediği biçimde davranmadığının belirlenmesidir. İsnad edilebilirlik bir değersizlik yargısıdır. Ancak bu yargı bir kınamanın gerekip gerekmediği hususunda karar verici değildir. Söylediği sadece söz konusu hareketin faile kendi hareketi olarak isnad edilebilir olduğudur. Bu isnad edilebilirlik ilk olarak kusurun sınanması aşamasında tespit edilir. Kusur bulunması durumunda ceza tatbik edilir, bulunmaması durumunda güvenlik önlemi. İsnad edilebilirlik failin tipe uygun ve hukuka aykırı fiili ile hukuken kötüye kullandığı ilişkidir ve bu fiil farklı ceza hukuku tepkilerinin temelini oluşturur.

Fiil sorumluluğu faile yönelik suçlayıcı bir değersizlik yargısı ile iktifa eder. Fiil sorumluluğunda failin kötüye kullanmasının hareket noktası, failin aynı durumda başka türlü hareket edebilecekken, onlardan daha kötü davranmış olmasıdır. Fiil sorumluluğu failin ortalama bireyin hukuken varsayılan yapabilir olduklarındaki eksiklik üzerinde temellendirilir. Kusurun ikinci kategorisi fiil sorumluluğunun esasları üzerine inşa edilir. Kusur yargısı burada faile yönelik bir kınamanın ikame

¹⁷⁶ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 33.

¹⁷⁷ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 34.

edilebilirliğini gerektirir. Kusur, failin kendi isnad kabiliyetini kötüye kullanması nedeniyle, belirli bir suç bakımından yapılan bir kınamadır¹⁷⁸.

İsnad kabiliyeti çerçevesinde yeni bir aşamanın ortaya konmasının sonucu fiil sorumluluğu ile kusurun temellendirilmesinin birbirinden ayrılmasıdır. Maurach kendi sistemi içinde kusur yeteneğinin kusurlu olarak ortadan kaldırılmasını başka şekilde davranabilmek şeklinde ele almaktadır. Fiil sorumluluğu kapsamında norma uygun davranışın beklenebilirliği kurucu bir unsur oluşturduğundan kusurlu olarak mazeret nedeni olan zorda kalışa neden olmak da yine alic kapsamında değerlendirilebilir. Alic olayları bakımından her şeyden önce düşünülmesi gereken çıkış noktası, kusur yeteneği bulunan fail, bir duruma neden olur ve bu durumda ortaya çıkan her şeyden kendisi sorumlu tutulabilir.

Maurach’a göre; alic kuralları tipe uygun neticeye neden olan son davranışın bozuk – tipe uygun olmamak, hukuka aykırı olmamak ya da isnad edilebilirliğin bulunmaması gibi bir nedenle ceza hukuku değerlendirmesinde herhangi bir reaksiyona tabi tutulamaması durumu - olarak değerlendirilebildiği durumlarda uygulama alanı bulabilmelidir. Özgür hareket, failin kendi isnad kabiliyeti olmaması durumuna kendisinin neden olduğu, kendi hareketi ile tehlikeye neden olduğu durumlarda söz konusu olabilir.

Maurach tarafından önerilen bu ayrım kendi konsepti içinde tutarlı görünmekle birlikte, kusur anlayışı bakımından her ikisi bir arada değerlendirilmektedir. Bu durumda da kusuru temellendiren nedenlerle mazeret arasında bir farklılık kalmamaktadır¹⁷⁹.

İkinci önemli eleştiri ortalama adam kriteridir. Gerek yasanın lafzında gerekse genel konsepte ortalama adam bir ölçüt oluşturmamakta, aksine failin özel durumlarının dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Buna karşılık Maurach’da, Welzel’in öğretilerinden kalan kusur ve kınamanın eşitlenmesi çelişkisinin ortadan kalktığı ilk bakışta görülmektedir. Ancak Maurach bu eşitlemeden ayrılmaya sadece fiil sorumluluğu kategorileri içerisinde mazeret

¹⁷⁸ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 35.

¹⁷⁹ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 36.

nedenleri sorunsalını ertelemekte bulmaktadır. Maurach esasında sadece isnad edilebilirlik kavramını tanımlamış ve kusuru kendi görüşü bakımından sadece kınamaya hasretmiştir. Böylelikle Welzel'in heterojen kusur kavramına isnad edilebilirlikle yeni bir heterojen unsur eklemiştir.

Failin değerlendirilmesinde isnad edilebilirlik kavramı kavrayıcı bir temel oluşturmaktadır. Anılan bu fail değerlendirmesinde fiil sorumluluğu ve kusur sorunlarında da çözülmesi gerekmektedir. Ancak isnad edilebilirliğin belirlenmesi ile ifade edilen şey, sadece fiil faile ait bir husus olarak karakterize edilebilmesinden başka bir şey değildir. Soruya verilen yanıt bunun mümkün olup olmadığı yönündedir, ancak nasıl olacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu karakterize ediş failin davranışının nedensel oluşunun tespitinden ibarettir ve ceza hukukunda normun geçerliliğini es geçmektedir. Ceza hukukunun sadece cezayı esas almadığı ve cezanın yanında güvenlik tedbirlerinin bulunduğu tespiti doğrudur ancak güvenlik tedbirleri daha ziyade polis ya da idare hukukunun alanına girmektedir¹⁸⁰.

Kusurun isnadı ile tespiti yapılan husus, failin davranışın yanlış hatalı anlam ifadesine sahip olup olmadığının belirlenmesidir. Haksızlık yargısı ile bir kınama yargısı da ortaya çıkar. Davranışın herhangi bir kusurlu, hatalı anlamı havi olamaması durumunda haksızlık yargısında kalınması gerekmektedir. Güvenlik tedbirlerinin türü yalın bilişseldir. Failin kusursuz davranışından ötürü cezanın yerine ikame edilen güvenlik önleminin fonksiyonu, hukuki değerler üzerindeki tehlikenin ortadan kaldırılmasıdır. Ceza hukuku bakımından isnad edilebilir olarak anlaşılabilecek davranış sadece fail tarafından kusurlu olarak icrasına başlanan davranıştır. Bunun dışında failin davranışının nedenselliği gibi başkaca isnad edilebilirlik sorunları bu noktada ceza hukukunu ilgilendirmez. Sorumluluğun ortadan kalkmasına sadece ceza hukukunun fonksiyonları bakımından bir karar verilebilir. Yani normun geçerliliğinin korunmasına göre ve hukuki değerlerin güvenliği dikkate alınmaksızın. Maurach'ın isnad edilebilirlik görüşü bu nedenlerle bu noktada kullanılabilir

¹⁸⁰ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 37.

değildir. Burada ele alınana sorun ceza hukukunda isnadiyet sorunu kapsamında değildir¹⁸¹.

C. KUSURUN İÇERİĞİ: MADDİ KUSUR KAVRAMI

1. Başka Şekilde Davranabilmek

Finalist hareket teorisi ile birlikte *Welzel* tarafından geliştiren kusur anlayışında kusur failin hukuka aykırı olan fiilini gerçekleştirmemek imkanı varken, söz konusu gerçekleştirmesi nedeniyle kendisine yöneltilen kişisel kınamadır¹⁸².

Başka şekilde davranabilmek şekilde özetlenebilecek kusur anlayışına yöneltilen en önemli eleştiri, bu anlayışın irade özgürlüğüne dayandığı, irade özgürlüğünün ise ispatlanmasının mümkün olmadığıdır. Buna karşın teorinin savunucuları benzer biçimde determinist dünya görüşünün, kendi içinde de çelişerek kanımca, ampirik olarak doğrulanamaz ve uygulanmaz olduğunu ifade etmektedirler.

İrade özgürlüğü ile kusur arasında ikisinin de ispatlanıp ispatlanamayacağına ve bilimsel anlamda tespit edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışma da bir diğer görüş ise başka şekilde davranabilirliğin her bir failin şahsi özellikleri bakımından değil tecrübe edildiği kadarıyla ortalama insanın bilgi ve davranışlarına göre değerlendirileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Her şeyden önce bu durumun kabul edilmesi durumunda yapılan yorum insanın irade özgürlüğünün olduğu ve özgür iradesine göre hareket ettiğinin kabul edilmesinin bir anlamı kalmamaktadır¹⁸³. Diğer yandan faile isnad edilecek kusurun, kendisinin bizzat sahip olup olmadığı değil, ortalama insan olarak belirlenen ve sahip olduğu varsayılan yeteneklere göre değerlendirilmesi objektif sorumluluğu doğuracaktır¹⁸⁴.

v. Lizst başka şekilde davranabilmek öğretisini benimsememektedir. Yazara göre kusur, sorumlulukla aynı anlama gelmektedir ve failin isnat kabiliyeti ile temellendirilmektedir. Her kim, dürtülerine normal biçimde yönlendirebiliyorsa o,

¹⁸¹ Gonzales-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, s. 38.

¹⁸² Welzel, *Strafrecht*, s. 140.

¹⁸³ Roxin, *AT I*, § 19/ 22.

¹⁸⁴ Benzer sorun taksirli suçlarda objektif özen yükümlülüğü bakımından da ifade edilebilir.

isnat kabiliyetine sahip demektir. v. Lizst'e göre isnat kabiliyeti, aynı zamanda ceza ile amaçlanan dürtü oluşturma sürecine duyarlılık anlamına gelmektedir¹⁸⁵.

Fiilin failinin davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme yeteneğine sahip böylece başka şekilde davranabilir bir doğal süje olduğu şeklindeki kabul, bu kusur öğretisinin arka planını oluşturur. Bu öğretilde başka şekilde davranabilme yeteneği, olağan fonksiyonu kusurlu hareketi oluşturmak olan bir motivasyon aracında içermek olarak anlaşılır. Anılan fonksiyon değerlendirmeleri, bu motivasyon aracının kendisinin özelliklerinden ya da harici kaynaklardan yürütülebilir¹⁸⁶.

2. Hukuken Tasvip Edilemeyen Tutum

Gallas tarafından ortaya atılan bu görüşe göre kusur, failin fiille ortaya çıkan hukuken tasvip edilmeyen iç ahlakın, zihniyetin göz önünde bulundurularak kınanabilirliğidir. Yazara göre kusur ve haksızlık arasındaki fark hareketin değersizliği ile söz konusu fiildeki iç ahlakın değersizliğidir. Kusur alanında söz konusu olan bir değer yargısıdır. Bu değer yargısı genel, sosyal etik değerleri esas alan bir değer yargısıdır ve konusu failin fiilindeki bütünsel yaklaşımdır¹⁸⁷.

Gallas'a yöneltilen temel eleştiri ortaya koyduğu görüşün kusur bakımından herhangi bir kriter içermemesi ve kusurun şekli karakterine uygun olmadığıdır. Failin sahip olduğu iç ahlak neden hukuk tarafından tasvip görmemektedir sorusuna yanıt vermemesidir.

3. Karakter Kusuru

Determinist esaslara dayanan ve *Schopenhauer*'in negatif özgürlük tanımlaması üzerinden geliştirilen karakter kusuru¹⁸⁸, ya da failin kendi karakterinin

¹⁸⁵ Franz von Liszt, "Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe", **Strafrechtliche Aufsätze und Aufträge Band II (1892-1904)**, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin 1905, [Yeniden tıpkı basım Walter de Gruyter, Berlin 1970.], s. 47.

¹⁸⁶ Gonzales-Rivero, **Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen**, s. 25.

¹⁸⁷ Wilhelm Gallas, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", **ZStW 67 (1955)**, s. 45; Bkz. Roxin, **AT I**, § 19/23.

¹⁸⁸ *Schopenhauer*'in negatif özgürlük anlayışı için Bkz. Grisch Detlefsen, **Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin 2006, s. 28 vd.

bir gereği olarak kusur anlayışı herkesin kendi karakterinin kendi özelliklerinin bir gereği olarak gerçekleştirdiği fiiller için, kendisinin öyle olduğu ve başka türlü olması da mümkün olmadığı için sorumlu tutulması esasında dayanır. Bu anlayışta fail ancak değerlendirme konusu fiili gerçekleştirebildiği için sorumludur ve başka şekilde hareket edebilmesi ancak başka birisi olması durumunda mümkün olabilir¹⁸⁹.

Görüşü benimseyen yazarlardan *zu Dohna* sosyal varoluşun temel kanunu gereği insanın yaptığı şeylerden sorumlu olmak durumunda olduğunu, bu bakımdan insanın yaptığı iyi veya kötü ne varsa aldığı karşılık karakterinin bir neticesi olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁰.

İrade özgürlüğüne ilişkin çalışmalarında determinizmi benimsediğini ifade eden *Engisch* de karakterinden ötürü insanın sorumlu olduğunu ifade ederek, cezaya katlanmayı bir yükümlülük olarak görmekte, bu şekilde uygulanacak cezanın karakter üzerinde etkili olacağı sonucuna ulaşmaktadır¹⁹¹.

Karakter kusuru anlayışına yönelik temel eleştiri kişinin bir özelliğinden ötürü kusurlu kabul edilmesinin paradoksal bir tanımlama olduğu, karakterinde kusurlu olmayanların hiçbir biçimde ceza hukuku alanında bir şey yapamayacaklarıdır. Bu eleştiriye Schopenhauer'in karakter konusundaki açıklamalarından hareketle çözümlenmeye çalışılmıştır, buna göre birey tamamen determinist nitelikte ampirik bir karakterinin arka planında kendisinin tercihlerine dayanan bir içsel karaktere sahiptir¹⁹². *Roxin*, karakter kusuruna yönelik eleştirisinde haklı olarak bu tür bir kusur anlayışının kabul edilmesinin ancak kefarete ve ahlaki kınamadan vazgeçilmesi ve genel önleme amacının sınırlanması ve kusurun daha ziyade bir sosyal sorumluluk olarak anlaşılması durumunda savunulabileceğini ifade etmektedir¹⁹³. Diğer yandan *Roxin*'in ortaya koyduğu bir diğer eleştiri ise çocuklar

¹⁸⁹ Roxin, **AT I**, § 19 – Kn. 27.

¹⁹⁰ Alexander Graf zu Dohna, **Willensfreiheit und Verantwortlichkeit**, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1907.

¹⁹¹ Karl Engisch, **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart**, Walter de Gruyter, Berlin 1963, s. 65; "Um die Charakterschuld", **MschKrim** 50. Jahrgang, Heft 3/4 1967, s. 111 vd.

¹⁹² Roxin, **AT I**, § 19/29.

¹⁹³ Roxin, **AT I**, § 19/30.

ve akıl hastalarının bu teoriye göre neden kusurlu hareket etmediklerinin açıklanmasının mümkün olmadığıdır. Zira bu durumda olan bireyler esasında sadece kendiliğinden sahip oldukları ve değiştirme imkanına sahip olmadıkları özelliklerinin bir ifadesi olarak hareketlerini ortaya koyarlar¹⁹⁴. *Engisch*, akıl hastaları, çocuklar veya sarhoşların fiillerinin kişiliklerinin bir ifadesi olmadığını ya da ifade ettikleri kişiliğin cezalandırmak suretiyle etki edilebilir bir kişilik olmadığını belirtmekte, özellikle akıl hastaları bakımından cezanın varlığı kusura değil yalın önleme düşüncesine dayandığını belirtmektedir. Yazar buradan hareketle amaca uygun olması durumunda suçlu davranışlarının karakterlinin bir yansıması olan psikopatların cezalandırılmamasını kabul etmekle beraber, eğer iyileşme olanakları varsa bu tür faillere karşı fiillerinin tam cezalarının uygulanması düşüncesine karşı da herhangi bir husus ileri sürmemektedir¹⁹⁵. Bu haliyle karakter kusuru anlayışı, kusurun ceza üzerindeki sınırlama fonksiyonunu ortadan kaldırarak genel önleme düşüncesiyle kusur ilkesinin içeriğinin boşaltılması anlamına gelmektedir. Kusur yeteneği bulunmayanlar bakımından karakter kusurunu açıklamayan bir başka görüşe göre ise kusur yeteneği bulunmayan kimseler bakımından sorun kusurun bulunmaması değil, tespit edilememesidir. Kusurun tespit edilebilmesi için hakim ile sanık arasında sağlıklı bir iletişimin bulunması gerekmektedir. Ancak kusur yeteneği bulunmayanlar bakımından bu iletişimin varlığından söz edilemez.

4. Genel Önleme Gerekliliğinden Kaynaklanan İsnadiyet: Fonksiyonel Kusur (Jakobs)

Kusurun anlam ve görevi failin hukuka uygun olmayan biçimde hareketini yönlendirmesinde aranmalıdır. Hukuka uygun olarak hareketlerini yönlendirmedeki eksiklik cezalandırmayı sonuçlar, meğerki haksızlıkta veya kusurda fiil sırasında veya fiilden sonra bir azalma olmasın. Cezalandırma normun güvenilirliğini sağlamak ve norma uygun hareket etmeyi öğretmek için yapılır. Cezanın bu amacı dikkate alındığında kusur kavramı hem hali hazırda söz konusu olan hem de

¹⁹⁴ Roxin, AT I, § 19/31.

¹⁹⁵ Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, s. 57.

gelecekte söz konusu olabilecek durumlarda başarılı olabilir ki bu da düzenin istikrarının teminidir¹⁹⁶.

Hukuka aykırı harekette indi bir hukuki hareketlerini yönlendirme iradesi söz konusu değildir. Ancak bu yokluk hukuka sadakatte eksiklik olduğunu ortaya koymaz. Bir şey faile ihlal edilen norma uymayı gereksiz ya da beklenmez kılar. Normun içeriği ile normun kabul görmesi arasındaki bu ayrım normun içeriğinin, normun tanınmasının konusu olarak bu tanımaya ilişkin bir yargıyı kapsayamamasıdır. Bu nedenle norm kendisinin kabul görmesi koşulunu ortaya koyar. Tanımanın bulunmaması haksızlığın varlığını ortaya koyar. Bu haksızlık failin haksızlığını ortaya koyduğunda onun hukuka sadakatine karar verimiz ki bu kusur sorununu oluşturur¹⁹⁷.

Hareketin kusurluluğu sorununda söz konusu olan hukuka aykırı hareketin hukuka sadakatte bir eksikliğin ifadesi olup olmadığı ya da fail hareketinin hukuka aykırılığından uzaklaştırılıp uzaklaştırılamayacağıdır. Bu soruya yanıt bulunabilmesi için psiko-fizik sistemin hareket kavramından daha farklı oluşturulması gerekmektedir. Failin kaçınma konusunda nasıl kendi hareketlerini yönlendirebileceği, hareket kavramında faile ait bir husus olarak ele alındığında kusurda hangi irade oluşumunda önemli faktörlerin failin görev alanına dahil olduğu ve fail hangi faktörlerin kendisi için mevcut olmadığını belirlenmesi söz konusu olacaktır¹⁹⁸.

Kusurun ne olduğu toplumun anayasasıyla ilgili bir orana bağlıdır ve haksızlığın varlığı da bu orana bağlı olarak belirlenir. Bu nedenle kusurun ne olduğu genel çerçeve dikkate alınarak belirlenmelidir. Somutlaştırılması ancak belirli ölçüde toplumsal sistem çerçevesi dikkate alınarak yapılabilir. Ancak bu genel toplumsal yapı içerisinde kusurun içeriği cezanın amacı nasıl belirleniyorsa o şekilde belirlenir.

Kusur kavramı fonksiyonel olarak belirlenmelidir yani kusur kavramı, kavram olarak belirli ilkelere göre ki bu ilkeler cezanın amacı dikkate alınarak

¹⁹⁶ Jakobs, AT, § 17/ 18.

¹⁹⁷ Jakobs, AT, § 17/ 19.

¹⁹⁸ Jakobs, AT, § 17/ 20.

belirlenir ve toplum için belirli bir yapı oluşturmak amacıyla düzenleyici bir işlev görmelidir. Jakobs'un kabul ettiği amaç pozitif genel önleyici türdendir ve normun genel kabul görürlüğünü muhafaza etmek söz konusudur, yoksa korkutma değil¹⁹⁹.

Kusurun tespit edilebilmesi için hukuka aykırı harekete yönlendiren nedenlerin belirlenmesi gerekir. Eğer normun genel olarak bağlayıcılığının normun ihlali nedeniyle zarar görmemesi gerekiyorsa, failin hukuka aykırı hareketini yönlendiren nedenlerden failin sorumluluğu kabul edilmelidir. Böylelikle suçlama alanına sosyal psikolojik bir faktör dahil olmaktadır. Bu sosyal psikolojik faktör bir eğilim halidir ve failin içinde bulunduğu sorumluluğu kabul etmek durumunu ifade eder.

Bu temayül sorumluluğun kapsamının katlanılabilir olmasına dayanır ve failin fiilini özgür bir irade ile işlemiş olup olmadığından bağımsızdır. Bir determinist dahi şunu kabul edecektir ki düzen korunmak isteniyorsa sorumluluğun paylaşılmasının bir alternatifi bulunmamaktadır. İrade özgürlüğünün kusurun bir koşulu olarak kabul edilmesi durumunda, irade özgürlüğünün tekil olaylarda tespit edilmesi söz konusu olmayacağından sosyal bir içeriği olmayan bu kavram kusur yargısıyla sosyal etkinin değerlendirilmesinin yanında ayrıca bireyin değerlendirmesinin yani kınanabilirliğin bir parçası olacaktır. Sosyal düzenin güvence altına alınmasında bir sınırlamada kusurda söz konusu olan failin gerçekten ya da normatif tespitte icra edilebilir bireysel bir hareket alternatifi olup olmadığı değildir. Burada söz konusu olan husus faile isnadiyet konusunda bir genel olarak uygun bir organizasyon alternatifinin bulunup bulunmadığıdır. Organizasyon alternatifinin bulunmaması durumunda faile hareket alternatifi isnad edilir ve bunu kullanmaması dayanılabilir²⁰⁰.

5. Normatif Muhatabiyete Rağmen Haksız Hareket

Roxin tarafından temsil edilen görüşe göre kusur, normatif anlamda norma muhatap olmaya rağmen haksız hareketin gerçekleştirilmesidir. Yazar, bu tespiti ispat edilmez bir varsayım değil, deneysel olarak elde edilmiş bir sonuç olarak

¹⁹⁹ Jakobs, AT, § 17/ 22.

²⁰⁰ Jakobs, AT, § 17/ 23.

takdim etmektedir. Roxin, maddi kusurun içeriğini kusuru temellendiren tüm unsurları bir arada arayarak temellendirmektedir. Yazara göre kusur, fail akli ve ruhi yapısını normun beklentilerine göre düzenleyebilecekse, norma uygun davranışa karar vermek imkanına psikolojik olarak sahipse, yetişkinlerde genel olarak var olan psikolojik davranışlarını yönlendirme yeteneğine somut olayda sahipse, vardır. Bu hususların tamamı bir arada varsa, irade özgürlüğü hususunda bir tartışmaya girilmeksizin kusurun var olduğu sonucuna ulaşılabacaktır²⁰¹.

Ceza hukukunda isnadiyetin koşulu olarak maddi kusur, kusuru temellendiren unsurlar ve beklenebilirlik dikkate alınarak belirlenmelidir²⁰². Yazara göre insanlar normları ve değerleri davranışları ile belirlerler. Norm ihlali genel hukuk bilinci bakımından bir olumsuz etkiler. İhlalin cezalandırılması ile norm geçerliliğini tekrar ortaya koyar. Bu durumda norma göre davranışlarını yönlendiremeyen ya da buna uygun karar oluşturma yeteneğine sahip olmayan kişinin cezalandırılması hem gereksizdir hem de ölçüsüzdür²⁰³. Kusurla önleme arasındaki ilişkiyi ortaya koymak için Roxin, sorumluluk kavramını kullanmaktadır²⁰⁴. Bu çerçevede sorumluluğun iki koşulu bulunmaktadır. Bunlar failin kusuru ve ceza yaptırımının önleme esaslı gerekliliğidir²⁰⁵.

Roxin tarafından temsil edilen kusur anlayışına göre kusur, kısmi ampirik kısmen normatiftir. Ampirik anlamda tespit edilebilen kısım failin kendini yönlendirebilme yeteneği ve buna bağlı normatif muhatabiyettir. Normatif kısımda

²⁰¹ Roxin, AT I, § 19 – 36.

²⁰² Claus Roxin, “ „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien“, **Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973**, Ed.: Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin New York 1974, s. 183.

²⁰³ Claus Roxin, “Zur Problematik des Schuldstrafrechts“, **ZStW (96) 1984**, 652.

²⁰⁴ Roxin, **ZStW (96) 1984**, 652.

²⁰⁵ Claus Roxin, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht“, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978**, Ed.: Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1979. S. 284; Claus Roxin, “ „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien“, **Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973**, Ed.: Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin New York 1974, s. 182.

ise hukuka uygun davranabilme imkanı kalmaktadır²⁰⁶. Yazar, kendi kusur öğretisinin Jakobs tarafından ifade edilen önleme amaçlı görüşle benzeştiğini kabul etmekte, ancak Jakobs'un öğretisine nazaran daha belirli olduğunu, genel önleme gibi dışsal ve fail dışı faktörlere göre değil, failin norma uygun davranma yeteneği üzerinden belirlenebilir ve sınanabilir ölçütlere bağlandığını, böylece kusurun sınırlama fonksiyonunu garanti altına aldığını belirtmektedir²⁰⁷.

²⁰⁶ Roxin, **AT I**, § 19 – Kn. 46.

²⁰⁷ Roxin, **AT I**, § 19 – Kn. 48.

İKİNCİ BÖLÜM

NEDENİNDE SERBEST HAREKET KAVRAMI

I. KAVRAMIN ORTAYA KONMASI

A. Latince Terminoloji ve Kavram

actio libera in causa ya da nedeninde serbest hareket kavramı, kusur yeteneğinin ya da suçun herhangi bir başka yapısal unsurunun¹ fiilin icrası sırasında mevcut bulunmaması durumunda, sorumluluğun isnadına yarayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nedeninde serbest hareket ya da daha sık kullanılan Latince aslı olan *actio libera in causa* (alic) kavramı hakkında yapılacak açıklamalara her şeyden önce söz konusu kavramın veya bu kavramın farklı Türkçe çevirilerinin anlamı üzerinde durularak başlanmalıdır. Ancak bu tespitin yapılabilmesi için kavramın asıl formunun tespit edilmesi gerekmektedir. *actio libera in causa* kavramının bir kısaltma olduğu öğretilde genel olarak kabul edilmektedir². Ancak bu kısaltmanın uzun formunun ne olduğu konusunda bir birlik bulunmamaktadır. Bu bağlamda aynı

¹ *actio libera in causa*'nın kusur yeteneği dışındaki unsurların yokluğunda da uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışmalıdır. Öğretilde bazı yazarlar alic'in sadece kusur yeteneğinin yokluğundan kaynaklanan isnadiyet sorununu çözeceğini ileri sürerken, sadece kusur yeteneğinin değil hareket yeteneğinin ortadan kalkmasından kaynaklanan ve cezalandırmaya engelleyen durumlar ya da mazeret nedenlerinin yapısal unsurlarında ortaya çıkan eksikliklerde benzer isnadiyet ilkeleri çerçevesinde çözüldüğü ileri sürülmektedir. Bzk. Reinhart "Fragen der *actio libera in causa*", **JuS** 1961, s. 373; "Der Begriff der *actio libera in causa* und die Begründung ihrer Strafbarkeit – BGSt 21, 381*", **JuS** 1968, s. 554

² Joachim Hruschka, "Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf", **ZStW** 96/3 (1984), s. 667; Aynı yönde Eberhard Schmidhäuser, **Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft [Die actio libera in causa]**, Joachim Jungius – Gesellschaft der Wissenschaften, Hamburg 1992, s. 67; Hruschka kısaltmanın da tam olarak *actio libera in causa* şeklinde değil, *actio libera sua causa* şeklinde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Hruschka, **ZStW**, 96 (1984), s. 668; Hruschka, "Probleme der *actio libera in causa*", **JZ** 1989, s. 313; Aynı yönde Joerden, **Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettung**, s. 45, Dn. 100.

durumu ifade etmek için farklı Latince ifadeler kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin *Hruschka* kavramın asıl halinin “*actiones vel ommisiones liberae in causa ad libertatem relata*” olduğunu ifade etmektedir³. *Hruschka*’nın bu kullanımı yanı sıra *Schild* “*actio illibera in actu seu libera in causa*”⁴, *Frank* “*actiones liberae in causa seu ad libertatem relatae*”⁵, *Kleinschord* ve *Tittmann* “*actione ad libertatem relata, libera in causa*”⁶ ifadelerini tercih etmektedir. Ancak söz konusu kavramsal ayrışma ya da farklı ifade ediliş biçimleri kavrama yüklenen anlam ve işlev bakımından herhangi bir farklılık yaratmamaktadır⁷.

Kavramın kullanımı ve Latince ifadenin kısa tercümesi bakımından bu aşamada yapılabilecek kısa tespit ise 18 ve 19. yüzyılda hareketin özgür (*actio libera*) ve özgür olmayan (*actio non libera*) şeklindeki ikili ayrımına dayandığıdır⁸. Bu anlayışa göre özgür hareket failin isnat yeteneğine sahip durumdayken icrasına

³ Joachim Hruschka, “*Methodenprobleme bei Der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters – Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwStGB*”, **SchZStR** 90 (1974), s. 56; *Hruschka*, Christian Wolff’a atıfla hareket kavramının 18. Yüzyıldaki temellendirme ve algısını ortaya koyar. Wolff hareket başlığı altında icrai ve bir hareketin ihmaliyi ayrı ayrı ele almaktadır. Bu tasnifte *actio libera*’nın karşılığı *omissio libera* şeklinde belirlenmektedir. Bkz. *Hruschka*, **AT**, s. 343; Wolff’te hareket kavramı için Bkz. Heinz Schärfl, **Die Zurechnungslehre Christian Wolffs**, Diss., München 1970, s. 4, 16; Sydow, *Hruschka*’nın kullanımının sadece icrai hareketi ifade eden *actio*’nun yanında ihmali hareketi ifade eden *omissio*’yu da kapsamına alması bakımından dikkate değer bulunmaktadır. Dorothee Sydow, **Die actio libera in causa nach dem Rechtsprechungswechsel des Bundesgerichtshofs**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2002, s. 29, Dn. 82.

⁴ Wolfgang Schild, “*Die Straftat als „actio libera in causa” – Bemerkungen zum grundsätzlichen Problem der Zurechnung von Unfreiheit im Strafrecht*”, **Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag**, Hrsg.: Kurt Schmoller, Springer Verlag, Wien New York, 1996, s. 203 vd.; Schild, **AK**, § 20 – Kn. 82; Schild, **NK**, § 20 – Kn. 171;

⁵ Reinhard Frank, **Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich**, 18. Aufl., Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, § 51/5

⁶ Gallus Aloys Kleinschrod, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, Erlangen 1805, § 17, s. 26; Carl August Tittmann, **Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafrechtswissenschaft**, 2. Aufl, Halle 1822, § 31 – s. 59; Önder kavramı ilk kullananın Kleinschord olduğunu ifade etmektedir. Kavramsal temel çok daha önceye gitmekle birlikte bugünkü anlamda ilk örtüşen tanım Kleinschord tarafından yapılmıştır. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II, III**, s. 235; Aynı yönde Roxin, **AT I**, § 20 – Kn. 57; Friedrich W. Krause, “*Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung*”, **Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft Festschrift für Helmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965**, Ed. Friedrich Geerds, Wolfgang Naucke, Duncker Humboldt Verlag, Berlin 1966, s

⁷ Sydow, **actio libera in causa**, s. 29

⁸ *Hruschka*, **AT**, s. 343; *Actio libera* ve *actio non libera* dışında kalan davranışlar ise *actiones naturales vel necessariae* (tabi ve zaruri hareketler) olarak nitelendirilir.; Thomas Rönau, “*Grundstruktur und Entscheidungsformen der actio libera in causa*”, **JA** 1997/7, s. 599.

başladığı hareketi, özgür olmayan hareket ise isnat yeteneğinin akli ya da ruhi çeşitli nedenlerle ortadan kalktığı durumlarda icrasına başladığı hareketi ifade etmektedir.

actio libera in causa kavramının tarihsel ve kavramsal kökenleri konusunda Hruschka tarafından farklı çalışmalarda ortaya konan resim⁹, *actio libera in causa*'nın, *actio libera*'nın bir *per genus proximum et differentia specifica*¹⁰'sı olduğu sonucunu ortaya koymaktadır. Alic'in karşıt kavramı ise bu bağlamda *actio in se*, yani kendinde özgür harekettir¹¹. İdealist felsefenin isnadiyet sisteminde *actio libera in causa*, *actio libera*'nın belirli özellikleri ile ayrılan bir başka kavram olarak ortaya çıkmakta, alic'in karşısında ise *actio libera in se* yer almaktadır. Ceza hukuku bağlamında değerlendirildiğinde ise; *actio libera* olan ve bir suçu doğuran süreç ve de onun isnadiyet kriterleri, eğer kendisi öyle değerlendirilemeyecek durumda olsa bile nedeni özgürce oluşturulduğu için *actio libera* olarak ele alınır¹². Daha açık ifadeyle, fail hareket her ne kadar *actio non libera* olarak nitelendirse dahi, kendisi bizzat hareketin gerçekleştirildiği durumdaki özgür olmama halinden sorumlu olduğundan *actio libera sua causa*, yani nedenden ötürü isnat edilebilecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde ifade edilmesi gereken ilk husus, birinci bölümde ortaya konduğu üzere, cezalandırılabilir ya da isnad edilebilir hareketin kendinde yani başkaca açıklayıcı ya da kurucu unsura ihtiyaç duymaksızın failin özgür iradesine dayanan hareket olması gerektiğidir. Kendinde özgür olmayan ya da yalın haliyle özgür olmayan hareket bakımından ise iki ihtimal söz konusu olabilir.

⁹ Bkz. Joachim Hruschka, **JuS 1968/12**, ss. 554-559; Joachim Hruschka, **SchwZStr 90**, 1974, ss. 48-77; Joachim Hruschka, **Strukturen der Zurechnung**; Joachim Hruschka, **ZStW 96/3 (1984)**, ss. 661-702. Joachim Hruschka, **JZ 1989/7**, ss. 310-316; Joachim Hruschka, **JZ 1996/2**, ss. 64 – 72; Joachim Hruschka, **JZ 1997/1**, ss. 22 – 27; Joachim Hruschka, „*Actio libera in causa*” und mittelbare Täterschaft”, **Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. October 2002**, Hrsg.: Dietter Dölling, Volker Erb, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2002, ss. 145-155; Joachim Hruschka, „*Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der 'actio libera in causa'*”, **Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag**, Ed. Heinrich de Wall, Michael Germann, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003, ss. 687-704.

¹⁰ Bir türün ya da kavramın, kendisine en yakın bir başka tür ya da kavramla, ondan farklı diğer özelliklerin belirtilerek tanımlanması. “Haksızlık, tipe uygun, hukuka aykırı harekettir” tanımlamasında haksızlık, hareket kavramının bir *per genus proximum et differentia specifica*'nı oluşturur. *Genus Proximum*, yani yakın kavram hareket, *differentia specifica* ise tipe uygun ve hukuka aykırı oluşurudur. Kavramsal analiz için Bkz. Kindhäuser, **Gefährdung als Straftat**, s. 120.

¹¹ Hruschka, **AT**, s. 344.

¹² Kindhäuser, **Gefährdung als Straftat**, s. 120

Bunlardan ilki hareketin özgür olmadığı durumdur ki bu halde *actio non libera*'dan söz edilir. *Actio non libera* ise *actiones naturales vel necessariae* yani tabi hareketlerle zorunluluktan kaynaklanan hareketlerdir¹³. İkinci ihtimal ise hareketin nedeni sebebiyle özgür kabul edildiği ve sorumluluğun isnad edilebildiği durumdur ki bu halde *actio libera in causa*'dan söz edilir.

Actio libera in causa'nın kavramsal niteliğinin veya adlandırmasının ne şekilde yapılacağı konusunda ise öğretilerde bir birlik bulunmamakla beraber, bu durum ciddi bir tartışma nedeni de teşkil etmemektedir. Türk öğretisindeki yaklaşım ele alındığında öğretilerde alic için teori ya da kuram nitelendirmesinin sıklıkla yapıldığı görülmektedir¹⁴.

Kanaatimizce alic için kuram ya da teori gibi iddialı nitelendirmeler yapmak yerinde değildir. Kaldı ki teori ya da kuramın sözlük anlamı da alic için uygun düşmemektedir, zira konuya ilişkin tanımlamaya bakıldığında alic'in bir bilim alanına ilişkin genel ve kapsayıcı kurallar koyan bir nazariye ya da düşünme biçimi olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁵.

Alman öğretisinde ise alic'in terminolojik vasfı konusunda kullanılan ifadeler ise son derece çeşitlilik göstermektedir. Alic'i *kavram* olarak nitelendirenler olduğu gibi¹⁶, figür¹⁷, metot¹⁸, özel figür¹⁹ gibi nitelendirmeler de yapılmaktadır. Yine

¹³ Hruschka, **AT**, s. 344; Kindhäuser, **Gefährdung als Straftat**, s. 121

¹⁴ Yener Ünver, "*Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı*", **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yay., İstanbul 1998, s. 801 vd.

¹⁵ Kuram veya teori şu şekilde tanımlanmaktadır. "1. Yarar sağlamayı ya da uygulamayı amaçlamayan salt bilgi. 2. Belli gerçekleri açıklama, yorumlama ya da belirleme biçiminde ortaya çıkan; olayları denenmemiş, yalnızca düşünce ile kurulmuş temeller üzerine oturtan, ama olaylara egemen olarak yeni olguları bulma yolunu gösteren bilimsel öğreti. 3. (Yeni bilim ve felsefede) Deneyle karşılıklı içinde, düşünce ile kazanılmış bilgi, belli olayların ilkelerden kalkarak bilimsel olarak açıklanması ve tek tek bilgilerin genel yasalar altında toplanması, kendilerinden her türlü yasalılığın ve tek tek olayların çıkarılabileceği ilkelere göre düzenlenmesi." Bkz. Bedia Akarsu, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1975.

¹⁶ Otmar Koch, **Die Actio Libera in Causa im ausländischen Strafrecht**, Diss., Freiburg 1956, s. 1; Harald Kolz, **Die Problematik der actio libera in causa**, Frankfurt am Main 1970, s. 13; Neumann, **Zurechnung und Vorverschulden**, s. 19.

¹⁷ Hruschka, **SchwZStr**, s. 75; Hans-Joachim Behrendt, **Affekt und Vorverschulden**, Nomos Verlag, Baden Baden 1983, s. 63; Lenckner/Perron, **S/S**, § 20-33; Neumann, **Zurechnung und Vorverschulden**, s. 19.

öğretide alic'e konu vakıadan hareketle maddi vakıa tipi²⁰, maddi vakıaya ilişkin bir fenomen²¹, iki aşamalı hareket²², vakıa oluşunda sorumluluğun yerleştirilmesi²³; kavramın amacından hareketle dogmatik kavram²⁴, yapı²⁵, yardımcı veya amaç yapılanması, ilke, temel prensip, hukuki figür veya hukuki kurum şeklinde nitelendirmeler yapılmaktadır²⁶.

B. Kavramın Tarihsel Gelişimi ve Felsefi Arka Planı

1. Ortaya Çıkış

a. Aristoteles

Günümüz modern ceza hukukunda alic kapsamında değerlendirilen durumların ilk kez Aristoteles tarafından ele alındığı görülmektedir²⁷. Hiç şüphe yok ki Aristoteles'in ileri sürdüğü görüşler, hukuki sorumluluktan ziyade, etik sorumluluğa ilişkindir²⁸. Ancak etik ve hukuk arasında en azından amaçsal birlik²⁹ söz konusu kaynakların günümüze kadar süren etkisini ortaya koymaktadır.

¹⁸ Hruschka, **SchwZStr**, s. 60.

¹⁹ Gerd Geilen, "Zur Problematik des Schuldausschliessenden Affekts", **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Ed.: Friedrich Christian Schröder, Heinz Zipf, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1972, s. 190.

²⁰ Binding, **Normen II**, s. 613; Behrendt, **Affekt und Vorverschulden**, s. 64, 72.

²¹ Horn, "Actio libera in causa – eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?", **GA 1969**, s. 306.

²² Spengel, **LK (11)**, § 323a - 24

²³ Krause, **Jura 1980**, s. 169.

²⁴ Küper, "Aspekte der „actio libera in causa“ - Ein Dialog", **Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht, Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Hans-Jürgen Kerner, Hans Göppinger, Franz Streng), C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983, s. 571.

²⁵ Baumann, **AT (1960)**, s. 277; Maurach, **JuS 1961**, s. 379; Behrendt, **Affekt und Vorverschulden**, s. 61; Otto, **Grundkurs I**, s. 170; Harro Otto, "Actio libera in causa", **Jura 1986**, s. 430; Otto Triffterer, **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl.**, Springer, Wien New York 1994, s. 265; Spengel, **LK**, § 323a – 9.

²⁶ Alman öğreti ve uygulamasındaki nitelendirmeler hususunda ayrıntılı bilgi için Bkz. Michael Hettinger, **Die „actio libera in causa“: Starfbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?**, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1988, s. 25,26.

²⁷ Bkz. Hruschka, **FS Ling**, s. 690 vd.

²⁸ Loening, **Die Zurechnungslehre des Aristoteles**, s. XIII; Werner Hardwig, **Die Zurechnung – Ein Zentralproblem des Strafrechts**, Cram, de Gruyter, Hamburg 1957, s. 11, 18; Karlheinz Andreas Lipp, **Die Zurechnungslehre bei Aristoteles und Thomas von Aquin, Diss.**, Göttingen 1950, s. 4.

²⁹ Michael Köhler, "Der Begriff der Zurechnung", **FS Hirsch**, s. 66; Lipp, **Die Zurechnungslehre bei Aristoteles und Thomas von Aquin**, s. 4.

Sorumluluğun, ister hukuk ister diğer alanlarda olsun, isnad edilmesinin akli koşulları esasında müşterektir. Bu noktada Aristoteles'in isnadiyet öğretisi incelendiğinde, modern hukukun esasını oluşturan pek çok ilkenin zikredildiği görülecektir³⁰.

Aristoteles'in isnadiyet anlayışında, hareket kabiliyetine sahip ve normu idrak edebilen özne normatif anlamda vakıanın özgür belirleyicisi olarak kabul edilmiştir. Ceza ve ödül için isnadiyetin koşulu özgür iradeye dayanmaktır. Sadece özgür iradeye dayanan hareket övgü, yergi ve cezayı hak eder, yapılanın somut normatif bilgisi olmaksızın ya da iradi olarak yapılmayanlardan dolayı sorumluluk isnadı ise mümkün değildir³¹. Bu haliyle isnadiyet, norma muhatap süjenin özgür kararına dayanan iradi fiili bakımından söz konusu olabilir. İradi olmayanın zıddı ise cebre dayalı olan, bir harici süje tarafından belirlenmiş veya bilgisizlikten kaynaklanan hareket şeklinde ortaya çıkmaktadır. Özgür iradeye dayanan hareketin koşulları ise hareketin bizzat kendisinin ya da nedeninin failin kudretinde olmasıdır. Failin kudreti ise, fiilin maddi unsurlarının bilgisine sahip olmak ve icrayı kendisinin belirlemesi anlamına gelmektedir. Özgür iradeye dayanmayan hareket ise, kendisi ya da nedeni failin kudretine dayanmayan harekettir. Failin kudreti, bir harici etki ya da fiilin maddi konusunda bilgisizlik nedeniyle icranın kaçınılmaz biçimde etkilendiği durumlarda yoktur³². Aristoteles'in anlayışında birey kendi hareketinin kaynağı veya ortaya koyucusudur. Nitekim Nikamano's'a Etik'in 3. kitabının 7. bölümünde şu ifadeler yer vermektedir. *“Hiç kimse istemeden kutlu olmaz, ama kötülük isteyerek oluyor. Yoksa biraz önce söylediklerimizden şüphe etmek ve insanın, çocuklarının olduğu gibi eylemlerinin de başlangıcı ve doğurunu söylemek gerekirdi. Bunlar böyle görünüyorsa ve biz eylemleri bizde olanlardan başka başlangıçlara götüremiyorsak, başlangıçları bizde olanlar kendileri de elimizde olanlardır ve*

³⁰ Öğretide Aristoteles'in hareket anlayışının finalist hareket teorisi ile önemli paralellikler arz ettiği ifade edilmektedir Lipp, **Die Zurechungslehre bei Aristoteles und Thomas von Aquin**, s. 17, Dn. 56.

³¹ Köhler, *“Der Begriff der Zurechnung”*, s. 67.; Lipp, **Die Zurechungslehre bei Aristoteles und Thomas von Aquin**, s. 4; Etik sorumluluk ilkelerinin ceza hukukunda uygulanabilirliği konusunda Bkz. Neumann, **Zurechnung und Vorverschulden**, s. 272 vd.

³² Lipp, **Die Zurechungslehre bei Aristoteles und Thomas von Aquin**, s. 5, 8, 27.

isteyerek yapılır ³³” Bu noktadan Aristoteles’in ortaya attığı soru, bireyin bilgisizken haksız fiili gerçekleştirmesi durumunda nasıl yargılanabileceğidir ³⁴.

Aristo, alic kavramını açıklarken başlangıç noktası olarak taksire dayanmaktadır. Aristoteles taksiri, insanın tecrübesini dikkate almadan hareket etmesi şeklinde tanımlamaktadır³⁵. Kendini özen yükümlülüklerine aykırı biçimde bilinçsiz duruma sokan ve bu durumdayken bir suç işleyen kimse, her şeyden önce sarhoşluğu nedeniyle cezalandırılmalıdır. Sarhoşken gerçekleştirilen eylem dahi taksirli eylem olarak faile isnad edilebilir. Bu noktada taksir sorumluluğunun dayandığı temel ilke, birey kendi tecrübelerine göre, sarhoş durumdayken bir suç işleyeceğini öngörebilir durumda olmasına rağmen, özensiz biçimde bunu öngörmemesidir³⁶. Failin sarhoş olmamak ve bu şekilde sarhoşken gerçekleştirdiği fiilden kaçınmak kudretine sahip olması karşısında, fail kendi isnad kabiliyetsizliğinin özgür iradeli nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle fail, hem eğer suç ise sarhoşluğundan ötürü, hem de sarhoşken gerçekleştirdiği fiilden ötürü cezalandırılmalıdır³⁷.

Failin, bilgisizliğinin nedeninin kendisi olmaması durumunda cezalandırılması söz konusu değildir. Ancak, söz konusu bilgisizliğin nedeni yine

³³ Aristoteles, **Nikomakhos’a Etik**, (Çev.: Saffet Babür), Bilge Su Yay., İstanbul 2007, s. 53; Metnin Almanca çevirisinden çevrildiğinde ise ifadeler şu şekildedir. “*Eğer öyleyse ve biz başkaca bir kaynağa yönelemiyorsak, bu ya kendisi ya da kaynağı bizim içimizdedir. Böylece hareket kendisinde ya da kaynağında bizdedir ve özgür iradeye dayanır*” Olof Gigon çevirisinden nakleden; Hruschka, “*Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der actio libera in causa*”, s. 690.

³⁴ Hruschka, “*Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der actio libera in causa*”, s. 690.

³⁵ Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 61; Loening, **Die Zurechnungslehre des Aristoteles**, s. 234; Hans Welzel, **Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs**, Walter de Gruyter, Berlin 1958, s. 28 vd.;

³⁶ Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 62.; Hardwig, **Zurechnung**, s. 18, 19.

³⁷ Aristoteles, **Nikomakhos’a Etik**, s. 54; Hardwig, **Die Zurechnung – Ein Zentralproblem des Strafrechts**, s. 25. Loening, Aristoteles’in isnadiyet anlayışına göre kişinin kendi kendini sarhoş etmesi ile artık taksirin bulunduğu ve daha sonraki tüm sürecin nedensel seri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, sarhoşken işlenen suçun da bu nedensel seri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve neden olması sebebiyle isnadiyetin temelini oluşturduğunu ifade etmektedir. Loening, **Die Zurechnungslehre des Aristoteles**, s. 233, 234; Hruschka, Loening’in sadece özen yükümlülüğüne aykırı biçimde sarhoş olmayı, sonraki fiilin isnadı bakımından yeterli gören, katı nedenselliğe dayalı yorumunu hatalı bulmaktadır. Bkz. Hruschka, Hruschka, **FS Ling**, s. 691; Dn. 13; Benzer şekilde Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 62, Dn. 5.

kendisi ise fail iki kez cezalandırılacaktır. Bunlardan ilki kendisini bilgisiz kılmasından ötürü, diğer ise bu bilgisizliği nedeniyle işlediği suçtur. Aristoteles'in ortaya koyduğu husus esasında failin, kendi bilgisizliğinin nedeni olduğudur³⁸. Benzer yaklaşımı Aristo, yasak hatası bakımından da kabul etmektedir³⁹.

b. Akinolu Thomas

Akinolu Thomas'ta, *actio libera* ve nedensellik tartışması, pek çok teologda olduğu gibi Tanrının varlığının ispatı meselesi ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Tanrının var olduğunun nedensellik serisi üzerinden ispatlanmaya çalışılması gerek Antik Yunanda gerekse sonrasında semavi dinlerde en çok başvurulan yollardan birisidir. Buna göre dünyada vuku bulan her şey, bir neden ve sonuç ilişkisine göre vuku bulmaktadır. Her sonuç kendisinden önceki nedenler sebebiyle ortaya çıkmıştır ve kendisinden sonra ortaya çıkacak olanların da nedenini teşkil eder. Bu nedensellik serisinde ulaşılan ilk nedense Tanrıdır⁴⁰. Bu kabulün teologlar bakımından beraberinde getirdiği sorun ise, dünyada vuku bulan her şeyin nedeni tanrı ise, günahların da nedeninin tanrı olduğu, bu durumda da insanların günahlarından ötürü sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı eleştirisidir. Bu noktada Akinolu'nun getirdiği çözüm ise Tanrının sadece özgür iradenin nedeni olduğu, insanlara özgür irade bahşedildikten sonra ortaya çıkan yeni nedenselliğin ilk nedene yani tanrıya bağlanmasının mümkün olmadığı şeklindedir⁴¹. Dolayısıyla nedenlerin neden olanı (*causae causatae*) yani Tanrı'nın yanı sıra, neden olunmamış özgür bir nedenin yani özgür nedenin veya özgür iradendin de (*causae liberae*) varlığı sorumluluğun isnadı bakımından zorunludur⁴².

³⁸ Hruschka, **FS Ling**, s. 691, 694.

³⁹ Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, s. 54.

⁴⁰ Joerden, **Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen**, s. 16-18.

⁴¹ Joerden, **Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen**, 24.

⁴² Ortaçağ kilise hukuku bakımından temel kavram olan günahın tanımının tanrının iradesine karşı suç olarak yapıldığı düşünüldüğünde, insan iradesinin Tanrıdan bağımsız özgür bir irade olduğunun kabul edildiği de anlaşılabacaktır. Bkz. Hardwig, **Zurechnung**, s. 22; Joerden, **Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen**, 24.

Akinolu Thomas, “*Summa Theologica*”da bir “*passio*”, hastalık ya da tutku etkisi altında gerçekleştirilen hareketin kötülük olup olmadığı ya da mazur görülüp görülemeyeceği üzerine durmaktadır. Thomas von Aquin’e göre, bu durumda gerçekleştirilen bir hareketin mazur görülebilmesi için aklın kullanımının sadece zarar görmesi değil, tamamen ortadan kalkması gerekmektedir. Bu durumda gerçekleştirilen hareket ise tamamen mazur görülebilir, zira “*involuntarie*” yani irade dışıdır. Bu tespitten sonra Akinolu’nun ortaya attığı ikinci soru, aklın kullanımını tamamen ortadan kaldıran bir hastalık ya da tutku durumunda gerçekleştirilen hareketin tamamen irade dışı mı sayılacağı yoksa herhangi bir sınırlama yapıp yapılamayacağıdır. Bu soruya verdiği yanıtla Thomas v. Aquin, irade bakımından ikili bir ayrım ortaya koyar. Bunlar “*voluntarium secundum se*” ve “*voluntarium secundum suam causa*”dır. Akinolu’da insan hareketlerinin isnat edilebilirliği, irade edebilmek yeteneğine dayanmaktadır. İnsan hareketleri bakımından nedensel değişiklikler ancak insanın bu sürece katılması ile mümkündür. Bir vakıa süreci bu anlamda kısmen veya tamamen insan iradesine dayandığında iradi hareketten (*actio voluntaria*) söz edilebilir. İradenin yeteneklerinin ve dolayısıyla vakıa oluşunda iradenin etkisinin bulunmadığı durumlarda ise iradi olmayan hareketten (*actio involuntaria*) söz edilir ve iradi olmayan hareket isnat edilemez⁴³.

“*Bir davranış, ne zamanki irade doğrudan bir şeye yöneldiğinde, kendinde özgür iradeli sayılır; ya da davranış, sebebi çerçevesinde değerlendirildiğinde özgür iradeye dayanır, eğer irade bu nedene yöneldiğinde ama sonuca yönelmediğinde*”⁴⁴.

Akinolu’nun bu açıklamaya verdiği örnek ise, konumuz bakımından daha da ilgi çekicidir. Akinolu’ya göre sarhoşken gerçekleştirilen hareket “*voluntarium secundum suam causa*” sayılır ve adeta iradiymişçesine bu durumda gerçekleştirilen fiil isnad edilebilir. Akinolu’nun bu noktada ifade ettiği “*voluntarium secundum*

⁴³ Lipp, **Die Zurechnungslehre bei Aristoteles und Thomas von Aquin**, s. 47; Akinolu’da iradilik kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. Hardwig, **Zurechnung**, s. 27-31;

⁴⁴ Hruschka, **FS Ling**, s. 688.

suam causa”, esasında günümüzde kullanılan *actio libera in causa*’nın ilkel şeklidir⁴⁵ ve iradiymiş gibi (*quasi volundarium*) değerlendirilir⁴⁶.

Akinolu tarafından verilen sarhoşken gerçekleştirilen hareket örneği, bu alanda yeni bir örnek değildir. Akinolu, söz konusu örneği, görüşlerinden fazlasıyla etkilendiği Aristoteles’ten almaktadır⁴⁷. Aristoteles’de ifade edilen sarhoş olan ve sarhoşken bir haksızlık gerçekleştiren kişinin iki kez kınanması gerektiği şeklindeki yaklaşım Akinolu tarafından da kabul edilmektedir⁴⁸.

c. Samuel v. Pufendorf

18. yüzyıl ceza hukukunda hakim olan anlayış indeterminizmdir. Ancak bu sonuç, irade özgürlüğü üzerine herhangi bir tartışma yapılmaksızın ortaya konmuştur. Ceza hukukunun bu biçimde determinist yöneliminde etkin olan kişi ise, isnadiyet öğretisinin bireyin iradi ve değerle ilgili hareketi üzerine inşa eden Pufendorf’tur. Pufendorf, cezanın haklılığını, Hobbs’un açıklamaları karşısında düzenli bir devlet tabiatı için vazgeçilmezliği ile açıklar⁴⁹.

Öğretide Pufendorf, isnadiyet kavramını bugünkü anlamıyla ceza hukukunda ilk kez kullanan ve sistematik olarak ele alan yazar olarak gösterilmektedir. Pufendorf, hareketi iki ayrı cepheden ele almaktadır. Bunlar hareketin ahlaki ve fiziki yanıdır. Fiziki yanını da kendi bünyesinde maddi ve şekli anlamda olmak üzere iki cephesiyle değerlendirmektedir⁵⁰.

Pufendorf ikinci kitabı olan 1660 yılında yayınladığı *Elementorum Jurisprudentiea Universalis libri duo*’nun ilk aksiyomunu şöyle belirler: “Bir ahlaki norma yöneltilebilen ve onun karşısında insanın kudretinde bulunan herhangi bir

⁴⁵ Hruschka, **FS Ling**, s. 689.

⁴⁶ Lipp, **Die Zurechnungslehre bei Aristoteles und Thomas von Aquin**, s. 74, Dn. 295, 296.

⁴⁷ Hardwig, **Zurechnung**, s. 27; Hruschka, **FS Ling**, s. 689.

⁴⁸ Hruschka, **FS Ling**, s. 693.

⁴⁹ Holzhauser, **Willensfreiheit**, s. 23.

⁵⁰ Welzel, **Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs**, s. 84 vd.

hareket bu insana isnad edilebilir. Ve devamında; “Ne kendinde ne de nedeninde bir insanın kudretinde bulunmayan hareket ise bu insana isnad edilemez”⁵¹.

Pufendorf, insan kudretini ikiye ayırarak isnadiyet düşüncesini oluşturmaktadır. Bunlardan ilki, insanın hali hazırdaki durumunda sahip olduğu kudrete dayanarak yaptığı ya da engellemediği vakıaların dayandığı kudrettir. İkincisi ise yükümlülüklerine aykırı olarak yaptıkları veya ihmal ettikleri nedeniyle, hali hazırda sahip olmadığı ve bu zaman diliminde icra ettiği veya ihmal ettiği sonuçların isnadına yarayan kudrettir. Bu ayırmadan hareketle Pufendorf, isnadiyeti olağan ve olağanüstü isnadiyet olarak ikiye ayırmaktadır. Olağan isnadiyet, bir icranın ya da ihmalin, failin fiili icra ettiği anda isnadiyete konusu sonucu engelleyebilmek ve yapması gereken fiili icra etmek durumunda olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Olağanüstü isnadiyet ise, failin fiilin icrası sırasında söz konusu sonucu engelleyebilmek veya fiili icra etmek yeteneğine sahip olmamasına karşın, söz konusu imkansızlık veya iktidarsızlığa kendisi neden olduğu için sorumluluğun isnad edilmesi halidir⁵².

Pufendorf’ta alic’in kullanımı da olağan ve olağanüstü isnadiyet temeline oturmaktadır. Ancak Pufendorf’un yaklaşımına ilişkin tespitler, alic’in günümüzdeki kullanımının eksik ve daraltılmış olduğunu göstermektedir. Pufendorf, eserinde cebir ve hata halleri için de kendinde cebir, nedeninden ötürü cebir; kendinde kaçınılabılır hata nedeninde kaçınılabılır hata ayrımlarını yapmaktadır⁵³. Örneğin bilgisiz kişi, bu bilgisizliği nedeniyle bir fiil gerçekleştirdiğinde bu bilgisizliği ya kaçınılabılırdır ya da kaçınılamaz. Sorumluluğun söz konusu olamayacağı kaçınılmaz yasak hatası ise kendinde ve nedeninde kaçınılmazlık şeklinde iki başlık altında incelenir. Kaçınılmazlık ya kendinde kaçınılmazlıktır, ya da hem kendinde hem nedeninde kaçınılmazlık olarak karşımıza çıkar. Kendinde kaçınılmaz hata (*ignorantia invincibilis in se*) halinde, fail hareketini sonuçlayan hatayı ortadan kaldırmak imkanına sahip değildir, ancak hatanın ortaya çıkmasında kusuru vardır ve bu kusurundan ötürü hatanın sonuçladığı hareketten ötürü sorumlu tutulur. Ancak hem

⁵¹ Hruschka, **ZStW 96 (1984)**, s. 661,662.

⁵² Hruschka, **ZStW 96 (1984)**, s. 664.

⁵³ Hruschka, **ZStW 96 (1984)**, s. 668.

kendinden hem de nedeninde kaçınılmaz olan hata hallerinde failin sorumluluğu söz konusu olamayacaktır, fail hem bilgisizdir hem de bilgisizliğin nedeninin oluşumunda bir kusuru yoktur⁵⁴.

Tıpkı Aristoteles de olduğu gibi, Pufendorf da, bilgisizlikten alic'in en sık kullanım alanı olan sarhoşluğa geçmektedir. Yazar, ne yaptığı bilemeyecek ölçüde sarhoş olan kişinin, içinde bulunduğu bilgisizlik halinin kendinde, yani aktüel durum değerlendirildiğinde kaçınılmaz olduğunu kabul etmekte, ancak bu halin sorumluluktan kurtulmak için yeterli olmadığını belirterek, kaçınılmazlığın hem kendinde (in se) hem de sebebinde olması gerektiğini belirtmektedir⁵⁵.

Pufendorf'un kendinde özgür hareketle sebebinde özgür hareket arasında ortaya koyduğu bu ayrım, iki aşamalı isnadiyet öğretisinin temelini oluşturmaktadır. Kendi terminolojisinde iki aşamalı isnadiyet ilk kez Daries tarafından ifade edilmiştir. Daries tarafından yapılan imputatio facti (isnadiyetin ilk aşaması) ve imputatio iuris (isnadiyetin ikinci aşaması) ayrımın doğrudan olağan ve olağanüstü isnadiyet ayrımı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle her iki ayrım birbirini ikame edebilecek durumda değildir⁵⁶. Daries'te imputatio facti tanımı şu şekilde yapılmaktadır: "Belirli bir sonucu gerçekleştiren ya da gerçekleştirmeyen hareketin bir insanın iradesine dayandırılması yani kişinin hareketin sonucunun sebebi olarak tespitidir". İmputatio facti ise yine Daries'e göre hukuka aykırı hareketin kusura isnadıdır⁵⁷. Her ne kadar temel teşkil ettiğini ifade etsek de, Pufendorf'ta bugünkü anlamda bir mazeret nedeni kabul edilmemiştir. Pufendorf, mazeret nedeni olarak kabul edilebilen durumları olağan ya da olağanüstü isnadiyeti engelleyen nedenler olarak tespit eder⁵⁸.

⁵⁴ Hruschka, *ZStW* 96 (1984), s. 669.

⁵⁵ Hruschka, *ZStW* 96 (1984), s. 670.

⁵⁶ Hruschka, *ZStW* 96 (1984), s. 672,673.

⁵⁷ Hruschka, *ZStW* 96 (1984), s. 673.

⁵⁸ Hruschka, *ZStW* 96 (1984), s. 675.

d. Kanonik Hukukta ve Postglossatörlerde Kusur Kavramı ve Kusuru Ortadan Kaldıran Nedenler

Ortaçağ İtalyan öğretisinde bugünkü anlamda gelişmiş bir kusur kavramında söz edilememekle beraber, zaman içerisinde gelişen ve bir araya getirilen iki temel ilke söz konusudur. Bunlar kusurun ancak iradi kusur olabileceği ve kusurun, bilinçli ya da bilinçsiz yükümlülüğe, hukuka ya da kanuna aykırı davranış olarak tanımlanmasıdır. Roma hukuku kaynaklarında ise kusur kavramı, kavram olarak nadiren kullanılmakta, bunun yerine ise “*culpa*”, “*injuria*” kavramları tercih edilmektedir. Fakat söz konusu bu kavramlar çoğunlukla genel anlamda kusuru değil, daha ziyade objektif anlamda hukuka aykırı kusurlu hareketi tanımlamaktadır⁵⁹. Glosse’lerde, kusur hukuka aykırı davranış, bilinçli ya da bilinçsiz haksızlık olarak tanımlanmakta, suçun tanımı ise cezalandırılabilir kusurlu hareket şeklinde yapılmaktadır. Komentorlar (Glossatörler), başlangıçta kusur kavramına fazlaca ilgi göstermedikleri ancak daha sonra Fransız ekolünün etkisi ile kusur kavramı üzerine inceleme yaptıkları ifade edilmektedir⁶⁰. Fransız Petrus de Belapertice kusurlu hareketi kanuna aykırılık olarak tanımlamaktadır. Bartolus ise kusurlu hareketi yükümlülüğe aykırı davranış olarak tanımlamaktadır. Bartolus’un bu noktada önemi kusur kavramını bir bütün olarak ifade etmiş olması, kusur türlerini ve alt türlerini tedrici bir sistem içerisinde ele almış olmasıdır. Diğer önemli bir isim ise Baldus’tur. Baldus, kusur türleri üzerine verdiği konferansında memoria, intellectus, voluntas ve bu kavramların kusurlu ilişkilerini ele alır. Yükümlülüğe ya da hukuka aykırı kötü iradeyi kast olarak tanımlayan yazar, düşüncesiz iradeyi ise hata ya da culpa olarak ele almaktadır. Zorunlu hareket durumunda, hareket imkânının bulunmadığı durumda, doğal bir hatanın ya da yokluğun sonucu olan harekette, eşyanın doğasından kaynaklanan veya bu doğadan kaynaklanan kurallar çerçevesinde ortaya çıkan hareketlerin kusurlu olamayacağını ifade eder⁶¹. Kusur

⁵⁹ Woldemar Engelmann, **Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung**, Leipzig 1895. [Yeniden Tıpkı Basım: Scientia Verlagi 1965 Aalen], s. 17.

⁶⁰ Engelmann, **Die Schuldlehre der Postglossatoren**, s. 18.

⁶¹ Engelmann, **Die Schuldlehre der Postglossatoren**, s. 19.

kavramını doğrudan tanımlamaz ancak kınama değerlerinin tamamını kusur olarak tarif eder⁶².

İlk olarak 16. yüzyılda ceza hukuku yeninden ele alınmaya başlamasıyla kusur ve suç kavramı yeninden tartışılmaya başlandı. Bu noktada kusur kavramını Thomas von Aquin'e dayandıran Decian özel bir yere sahiptir. Decian, kusuru irade hatası olarak tanımlamaktadır. Dolus'u, *vitium voluntatis* olarak tanımlayan Decian, bu karşılık culpa'yı, *vitium intellectus et memoriae* şeklinde tanımlar. Yazara göre, kusurlu hareket ancak akli bir hatanın sonucu olarak görülebilir ve bu hata *vitium voluntatis*'e dayandırılmak durumundadır. Buradan hareketle suç ise, ister kasten olsun ister taksirle olsun her türlü cezalandırılabilir kusurlu harekettir. Her kusur, kusurlu bir iradeye dayanır ve taksirin kökendi de bu yer almaktadır.

Suçun maddi ve şekli nedenleri olduğunu ifade eden yazar, şekli nedenler içinde kanunla düzenlenmiş olmak ve kanunla ceza tehdidi altına alınmış olmayı arar. Maddi nedeni ise irade ve eylemliliktir. Suçun harici sonuçlayıcı ise insandır. Sadece düşünce ya da bir istek suç oluşturmaz, bu düşünce ya da arzu bir şekilde harici fiile dönüşmek durumundadır. Kanunla düzenlenmiş ve ceza tehdidi altında bulunan fiili ika eden irade kusuru oluşturur⁶³.

İradenin nedenselliği ortada yoksa kusur söz konusu değildir. Bu durumda, iradi eylemlilik söz konusu olmaz, esasında burada olan yalın bir düşünce ya da istekten farksızdır. Düşünce ve istekler ise cezalandırılabilir değildir. Kanonik hukuktaki düşüncenin cezalandırılabilmesine ilişkin eğilime rağmen Postglossatörlerde bu eğilim kabul görmez. Bu düşüncenin temelinde yatan eğilim ise, düşünce ya da isteğin bireyin zoruna dayanmadığı, ayrıca bundan diğer insanların değil sadece o düşüncenin sahibi olduğu şeklindeki bakış açısıdır⁶⁴.

Decian ve Menochius düşüncenin cezalandırılmazlığını savunurken esasen dayandıkları nokta, düşünce oluşumu sırasında kusurdaki eksiklik değil, bu süreçte iradenin ve de hukuka aykırılığın nedenselliğinin bulunmamasıdır. Decian, amaçlı bir

⁶² Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 20.

⁶³ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 21, 22.

⁶⁴ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 23, 24.

insan topluluğuna zarar verecek şeyin fiiller olduğunu, düşünceler olmadığını açıkça ifade etmektedir. Bu düşünceler ise hukukun değil, ahlakın alanına girmektedir.

Cebir, gerek fiili gerekse psikolojik cebir, kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Psikolojik cebre dayalı bir zorda kalış durumu ise genel olarak kabul edilmemiş ve fakat bir ceza indirim nedeni olarak kabul edilmektedir⁶⁵.

Hata, yükümlülüğe uygun özene rağmen kaçınılamayan hata kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir. Ancak yasak hatası bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Zira genel kabul yasak hatasının kaçınılabılır hata olduğu yönündedir. Ancak istisnai olarak medeni hakları ilişkin olarak kadınların, askerlerin, çocukların ve tamamen eğitimsizlerin hataları durumunda kusurun ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁶⁶.

İradenin tamamen ortadan kalktığı durumlarda veya bilincin tamamıyla eylemli olmadığı durumlar kusurun ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Kusur yeteneğinin bu şekilde ortadan kalkması veya sınırlanması durumu İtalyan hukukçular tarafından sadece cezayı ortadan kaldıran bir neden olarak kabulünü doğurmuştur. Bunlar arasında yaş küçüklüğü akıl hastalığı, sağır dilsizlik ve sarhoşluk sayılabilir. Akıl hastalığı bakımından dile getirilen bir görüşü aktardıktan sonra sarhoşluk durumuna ilişkin bilgilere geçeceğiz. Menochius, Marsilius ve Socinus tarafından temsil edilen bir görüşe dayanarak, kişinin kendi kusuru ile akıl hastalığına neden olması durumunda akıl hastalığında ika edilen fiilin cezalandırılabilir olduğunu ifade etmektedir⁶⁷.

İtalyan öğretisinin Roma hukuku kaynakları geçici kusur yeteneğine ilişkin değerlendirmeye yetecek kaynak sunmamaktadır. Sarhoşluk durumu gerek kast gerekse taksirli durumlar isnadiyet için gerekli olan düşüncede bir eksiklik olarak anlaşılmaktadır. Buna karşılık Kanonik hukukta bu konuda daha geniş kapsamlı düşüncelere yer verilmektedir. Kanonik hukukta, sarhoşluk bir taraftan kusuru azaltan bir neden olarak kabul edilmekte ancak diğer taraftan kusur failin kusurunu

⁶⁵ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 25, 26.

⁶⁶ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 26, 27.

⁶⁷ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 27 vd.

bu duruma neden olmada görmektedir. Ki bu noktada söz konusu olan alic'tir. Ancak İtalyan öğretisinde bu konuda birlik bulunmamaktadır. Kimi yazarlar tarafından taksirli alic durumunda bir cezada indirim nedeni kabul edilirken, diğer bazı yazarlar taksirli alic'in cezalandırılmayacağını ifade etmektedirler⁶⁸.

Belirli bir suç işlemek için kendini kasten sarhoş duruma sokan kişi, söz konusu suçun kastlı faili olarak değerlendirilmektedir. Bu düşüncenin temelinde yatan isim ise, alic'i İtalyan öğretisinde ilk kez bir temele oturtan Baldius'tur. Kanonik hukuk, alic durumunda kusuru, aşırı derecede sarhoş hale gelmekte görmektedir. Bu durumda sarhoşken gerçekleştirilen fiil, kendinde izin verilmeyen bir hareketin sonucu olarak ve bu nedenler müşterek kusuru bulunan bir sonuç olarak isnad edilebilir. Buna karşılık İtalyan öğretisi, irade isnad yeteneği olmayan durum öncesinden itibaren nedensel olduğu gerekçesiyle kusuru kabul etmektedir⁶⁹.

Bunun yanında uyku sarhoşluğu, uyurgezerlik, aşırı ateş nedeniyle yaşanan halüsinasyonlar da sarhoşlukla paralel değerlendirilmektedir. Ayrıca sonraki zamanlarda yüksek dereceli affekt suçlarda sarhoşluk durumu ile kıyas yapılarak ele alınmıştır⁷⁰.

2. Kavramın Alman Hukukunda Kodifiye Edilmesi Çalışmaları ve 19. Yüzyılda Öğretide Durum

Alman hukukunda ceza hukuku alanında ilk yasal düzenleme olan 1532 tarihli Constitutio Criminalis Carolina (Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V), kusur yeteneği konusunda net bir çözümleme ve soyut bir düzenleme getirmemekle birlikte⁷¹, 179. Maddesinde çocuklara ve “melekelerine sahip olmayan”⁷² kişilerin ceza sorumluluklarının bulunmadığı belirterek kusur yeteneğine atıf yapmaktadır.

⁶⁸ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 30, 31.

⁶⁹ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 31.

⁷⁰ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, s. 32,33.

⁷¹ Hettinger, *Die actio libera in causa*, s. 66.

⁷² “jre synne nit haben”

Kanunun 179. maddesi failin küçük olmasını ya da başkaca malullüklerini cezanın indirimi bakımından genel bir neden olarak düzenlemiştir. Ancak bu düzenleme dahi doğrudan alic olaylarını kapsamamaktadır. Başka bir ifadeyle isnad yeteneksizliğine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır⁷³. Ancak Alman öğretisi ve uygulaması bakımından konuyu ayrıntılı biçimde alan ve burada zikredilmesi gereken önemli isim Pufendorf'tur. Pufendorf, yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan isnadiyet öğretisini irade özgürlüğü ve özgür hareket temeline oturtmaktadır. Pufendorf'un takipçisi ve 18. Yüzyılın Binding'i olarak nitelendirilen⁷⁴ Johann Samuel Friedrich von Böhmer bu noktada önem taşımaktadır. Böhmer'te isnadiyeti belirleyen irade suçlu ve tipte belirlenen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradedir. Buna göre failin iradesinin netice ile kurduğu bağlantı, sorumluluğun türünü belirleyecektir⁷⁵. Isnat kabiliyeti bu çerçevede kusurun değil kastın bir unsurudur⁷⁶.

Ancak Böhmer'in sistemi de genel bir düzenleme önermekten ziyade bu kapsamda düşünülebilecek durumların kazuistik biçimde sayılması esasına dayanmaktadır. Alic'in en sık karşılaşılan formu olan ve kendi kendisini kusur yeteneği bulunmayan duruma sokmanın ana olayı olan sarhoşluk hallerini Böhmer ikiye ayırarak incelemektedir. Bunlar *ebrietas voluntaria* (iradi sarhoşluk) *ebrietas involuntaria* (iradi olmayan sarhoşluk) dır. İradi sarhoşluk hallerinde ceza sorumluluğu kabul edilirken, iradi olmayan sarhoşluk hallerinde ceza sorumluluğunu kabul etmemektedir. Eğer fail, suçu işlemek amacıyla sarhoşluk durumuna kendisini sokmuş ise, bu durumda işlediği suç da kasten işlenmiş kabul edilmelidir. Taksirli sarhoşluk hallerinde ise culpa ile hareket edildiği kabul edilmelidir. Böhmer'e göre, tamamen sarhoş kişi aslında akıl hastalarında olduğu gibi veya uyku durumunda bulunan kişi gibi kusurlu hareket edebilmek vasfından yoksundur. Ancak fail kusurlu olarak sarhoş olduğu için ve bu sarhoşluk suç teşkil eden fiilin nedenini oluşturduğu

⁷³ Koch, *Die Actio Libera in Causa im ausländischen Strafrecht*, s. 1; Streng, *MüKo*, § 20 – 4.

⁷⁴ Eberhard Schmidt, *Geschichte*, s. 161.

⁷⁵ 18. yüzyılın sonunda ceza hukukunda dolus'un kusurun asıl ve normal şekli olduğuna ilişkin görüş henüz etkisini yitirmemiştir ve bu etki Böhmer'de de görülür. Bkz. Gottfried Boldt, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, Walter de Gruyter, Berlin 1936, s. 147.

⁷⁶ Boldt, *Böhmer*, s. 161

için sorumlu tutulabilir. Böhmer, suç işlemek amacıyla kendi kendisini kusur yeteneği bulunmayan duruma sokan faili, kendi kötü iradesini eyleme geçirmek için, kendi kendisini araç olarak kullanan kişi olarak nitelendirmektedir⁷⁷.

Alman hukukunda alic'e doğrudan yer veren ilk düzenleme ise ALR'de yer alır. ALR, 22. Paragraf ikinci bölüm, 20. Başlıkta yer alan düzenleme, ALR'nin kusur yeteneğine ilişkin genel düzenlemesine istisna teşkil eder niteliktedir. Düzenlemeye göre her kim, kasten veya öngörerek içki veya başka bir vasıtayla özgür hareket edebilmek yeteneğini ortadan kaldırır veya sınırlarsa bu durumda iken icra edilen suçlar kendisine isnad edilir⁷⁸. Normun istisna karakteri Pufendorf'un kodifikasyondaki etkisini ortaya koymaktadır⁷⁹.

Bölgesel kanunlar dönemi bakımından bir inceleme yapmazdan önce inceleme konumuz bakımından önemli olan hareket yeteneği ve kusur yeteneği kavramlarının bugün anladığımız anlamdan farklı anlamlarda kullanıldıklarını ifade etmemiz gerekir. Bu dönemde hareket yeteneği ve kusur yeteneği önemli ölçüde aynı anlamda kullanılmıştır⁸⁰. Bu nedenle alic kapsamında değerlendirilen olaylara ilişkin kanuni düzenlemeler, hareketin niteliğinden hareket etmekte ya da cezalandırılabilir hareketin ancak her türlü zordan ve etkiden masun olması gerekliliğine dayanmaktadır⁸¹.

Bölgesel kanunlar dönemi olarak adlandırdığımız dönem içinde, söz konusu bölgesel kanunlar kastlı alic haller için cezalandırılabilirliği kabul etmişler, alic kapsamında değerlendirilen olaylar bakımından herhangi bir cezada indirim kabul

⁷⁷ Friedrich Schaffstein , **Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts**, Verlag von Julius Springer, Berlin 1930, s. 103; Koch, **actio libera in causa**, s. 2.; Boldt, Böhmer, s. 162; Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 72.

⁷⁸ Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 79.

⁷⁹ Richard Katzenstein, **Die Strafflosigkeit der actio libera in causa**, Berlin 1901, s. 76; Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 79; Hubert Stühler, **Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda – Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag**, Ergon Verlag, Würzburg 1999, s. 23.

⁸⁰ Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 74.

⁸¹ Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 77.

etmemişlerdir⁸². Buna karşı çıkan ve cezada indirim gerektiğini ifade eden bölgesel kanunların dayandığı gerekçe ise ayık durumdaki fiile yönelik kastla kusur yeteneğinin kaybında sonra icra edilen fiile yönelik kast arasındaki bağlantının ortadan kalkmış olduğuna dayanmaktadır. Kastlı alic hallerini düzenleme gereği duyan kanunlarda isnadiyet kusur yeteneği bulunmayan durumda icra edilen hareketle ilişkilendirilmektedir. Taksirli alic haller bakımından ise kanunlaştırmada herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Özel kanunların önemli bir bölümünde genel isnadiyet kurallarının taksirli alic hallerinin cezalandırılmasına yettiği kabul edilmektedir. Kişinin kendi kendisini sarhoş ederken içinde bulunduğu ve taksir olarak nitelendirilen durumun, daha sonra icra edilen haksızlıkla bağlantı içerisinde olması gerekliliği ve bunun ne şekilde temellendirileceği önemli bir tartışma noktası olarak kalmaktadır⁸³.

Yukarıda bölgesel kanunlar bakımından ifade edilen kusur ve hareket yeteneğinin eş anlamlı olarak kullanımı, dönemin öğretisi bakımından da geçerlidir. Ayık durumdaki kastın, kusur yeteneği kaybedildikten sonra icra edilen fiili kapsamadığı öğretice kabul edilmekle birlikte, sorumluluğun temellendirmesi kastın değil, sarhoşlukla ortadan kaldırılan isnadiyet müşterekliği ile yapılmaktadır. Kastı kusurun bir türü olarak algılayan, kusur yeteneğini de kasten hareket edebilmenin ön koşulu olarak gören anlayışa göre, alic hallerinin cezalandırılması ancak bu temel ilkeye bir istisna getirilmesi ile mümkündür⁸⁴.

19. yüzyıldan itibaren alic'e ilişkin öğretideki düşüncelerin 3 ana başlıkta toplandığı görülmektedir. Bunlar ceza sorumluluğunun bulunmadığını ifade edenler, ceza sorumluluğunu kabul edenler ve sadece kasten ya da sadece taksirle cezalandırmayı mümkün gören uzlaştırmacı görüşler.

⁸² Bölgesel kanunlar bakımından herhangi bir birlikten söz etme imkanı bulunmamaktadır. Örneğin 1841 tarihli Hessen Ceza Kanunu § 38'de, 1845 tarihli Baden Ceza Kanunu § 76'da 1869 tarihli Hamburg Ceza Kanunu § 26'da kusur yeteneğinin kasten veya taksirle ortadan kaldırılması şeklinde ikili ayırım yapmakta; 1840 tarihli Hannover Ceza Kanunu § 89'da ve 1840 tarihli Braunschweig Ceza Kanunu § 30'da kusurlu olmayan bilinçsizlik hallerini cezasız bırakmakta; 1838 tarihli Saksonya Ceza Kanunu § 67'de ve 1835 tarihli Württemberg Ceza Kanunu tasarısı § 91'de sadece kastlı alic hallerini düzenlemektedir.

⁸³ Hettinger, *Die actio libera in causa*, s. 89, 102, 170 vd; Stühler, *actio libera in causa*, s. 23.

⁸⁴ Boldt, *Böhmer*, s. 161; Schaffstein, *Allgemeine Lehre*, s. 95; Hettinger, *Die actio libera in causa*, s. 175.

Cezalandırılabilirliği savunanlar içinde en önemlisi şüphesiz Feuerbach'tır. Feuerbach, Kleinschord taslağına⁸⁵ eleştirisinde alic'in cezalandırılabilirliğini savunmaktadır. "Her kim özgür düşünce ile bir başkasına karşı bir suç işlemeye karar kılarsa; ve herkim daha sonra bunu kendi aklını kullanma yeteneğini bu suçun icrası kapsamında ortadan kaldırırsa kasten hareket etmiştir ve fiili doğrudan kastla ortaya koymuştur ve bundan dolayı cezalandırılır. Zira bilerek kaynağı tercih etmiş ve icraya koymuştur. Doğa kanununa göre iradenin daha sonra müdahale imkânı kalmadığından suçun nedenidir⁸⁶". Tüm bu yazarlar için alic durumlarında gerek kasten gerekse taksirle cezalandırma mümkündür. Diğer taraftan alic'te ceza sorumluluğunu kabul eden yazarlardan Berner⁸⁷, failin kendi kendisini, kendi suç kararının icrasında bir araç haline getirdiğini ifade ederek sorumluluğu temellendirmeye çalışmaktadır. Anılan bu görüş aşağıda temellendirme modelleri kapsamında incelenen dolaylı faillik görüşünün de temelini oluşturmaktadır. Söz konusu düşünce gerek günümüzde pozitif metinler esas alınarak⁸⁸ gerekse ortaya atıldığı tarihte hukuk düşüncesi ile bağdaşmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Katzenstein'in Berner'e yönelik eleştirisi, ceza hukukunda birey anlayışına dayanmaktadır ki söz konusu eleştiri yapıldığı dönemde Alman Ceza Kanununda dolaylı faillik düzenlemesi henüz yapılmış değildir. Yazara göre söz konusu düşünce faili kendi fiilinin aracı olarak değerlendirmek failin hareket kabiliyeti olan bir süje olarak otonom kişiliğinin parçalanması anlamına gelmektedir⁸⁹.

⁸⁵ Kleinschord Taslağı, Kleinschord tarafından Bayern ducalığı için hazırlanmış yürürlüğe girme fırsatı bulamamış kanun taslağıdır. Kleinschord sarhoşluk halinde ceza sorumluluğunu kabul etmemekte, ancak kasten bir suçu işlemek için failin kendini kusur yeteneği bulunmayan duruma sokmasında cezada indirimini kabul etmektedir. Bkz. Gallus Alois Kleinschrod, **Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten**, Gedruckt bey Franz Seraph Hübschmann, München 1802, § 19, 20.

⁸⁶ Paul Johann Anselm Feuerbach, **Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten – Zweyter Teil**, Giesen 1802. [Tıpkı Basım: Ed.: Werner Schmid, Keip Verlag, Frankfurt am Main 1988.], s. 83 vd.

⁸⁷ Berner görüşünü öncelikle sarhoşlukla icra edilen fiil arasında nedensellik açıklamıştır Albert Friedrich Berner, **Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre**, Berlin 1843 [tıpkı basım Verlag Sauer Auerman KG, Frankfurt am Main 1968.], s. 130.

⁸⁸ Hruschka, **FS Gössel**, s. 150

⁸⁹ Katzenstein, s. 26, 63.; Katzenstein, olan hukuk bakımından cezalandırmanın mümkün olmadığını ifade etmekle beraber, olması gereken hukuk bakımından alic olarak nitelendirilen durumların

Diğer taraftan alic'te ceza sorumluluğunu kabul eden bir diğer grup yazarın görüşleri ise halen istisna modeli olarak adlandırdığımız modelle paralellik arz etmektedir. Bu yazarlar arasında Tittmann⁹⁰ sayılabilir. Yazar cezalandırmayı kabul etmekle birlikte, fiilin iradi hareket kabiliyetinin ortadan kalktığı zaman diliminde icrasına başlandığını kabul ederler. Bu tespitle birlikte, alic'te cezalandırmanın temel ilkelere istisna teşkil ettiğini kabul eden yazarlar, bu neviden bir istisnanın kanun koyucu tarafından vaaz edilmesinin gerekliliğine de işaret etmektedirler.

Alic'te cezalandırmaya karşı çıkan görüşlerin odağında, failin daha önce vermiş olduğu karar ile daha sonra gerçekleştirdiği fiil arasında isnad kabiliyetinin tamamen ortadan kalkması nedeniyle nedenselliğin bulunmadığı düşüncesi yatmaktadır. Fail, isnad yeteneğinin ortadan kalması nedeniyle, aldığı karar doğrultusunda hareket etmez ve edemez. Karar ile sonuç arasındaki sonradan meydana gelen örtüşmenin nedeni önemli ölçüde tesadüfidir. Bu noktada fiilin faile isnad edilmesi de mümkün değildir. Bu düşüncenin savunucuları arasında Kleinschrod, v. Savingny, Mittermaier sayılabilir. Gerçekte bu durumunda söz konusu olan nedensellikten ziyade psikolojik, kusura ilişkin ilgide bir kırılmadır. Katzenstein, kendisini kusur yeteneği olmayan duruma sokmayı, bir icra hareketinden ziyade ancak hazırlık hareketi olabileceğini ifade etmektedir⁹¹. Aksi durumda yazarın örneğine göre, öldürmek için bıçak çalan kişi bu andan itibaren öldürmek fiiline başlamış demektir. Bu noktada tartışma teşebbüste icra hareketi,

cezalandırılması gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Yazarın görüşleri, kitabın yayınlandığı 1901 yılında meri Alman Ceza Kanunu bakımından geçerlidir. Katzenstein, s. 27, Dn. 5.

⁹⁰ Tittmann, 1800 yılında yayınlanan *Grundlinien der Strafwissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde* adlı eserinde, sarhoşluğu isnad kabiliyetini azaltan, yüksek derece sarhoşluğu ise isnad kabiliyetini tamamen ortadan kaldıran bir neden olarak zikretmektedir. Bkz. Karl August Tittman, **Grundlinien der Strafwissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde**, Johann Benjamin Georg Fleicher, Leipzig 1800. [Tıpkı Basım; Scientia Verlag, Aalen 1978, ss. 71, 73, 79. Tittmann, ceza hukuku öğretisini özgürlük düşüncesine özgürlük alanı üzerine inşa etmektedir. İnsanın var oluş amacına akıl yoluyla ulaşabileceğini ifade eden yazar, bunun koşulunu ise özgürlük olarak belirlemektedir. Ceza sorumluluğuna ilişkin neden ve kurumları eserinde özgürlükle ilişkilendirmektedir. Bkz. Tittman, **Grundlinien der Strafwissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde**, s. 1 vd. Ancak diğer yandan yazar 1807 yılında yayınlanan eserinde alic durumunda ceza sorumluluğunu kabul etmekte, ancak cezalandırmanın istisnai olduğuna ilişkin yukarıda ifade edilen görüşe de iştirak etmektedir. Karl August Tittman, **Handbuch des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts – Band II**, Hemmerde und Schwetschke, Halle 1807 [Tıpkı Basım: Keip Verlag, 1986 Frankfurt am Main], s. 59 vd.

⁹¹ Katzenstein, s. 48, 58, 61.

hazırlık hareketi ayrımının hangi ölçüte göre ve nasıl yapılacağı noktasına kilitlenmektedir. v. Bar, hazırlık hareketi ile icra hareketi arasındaki ayrımı, hazırlık hareketinin bir başka karara daha ihtiyaç duymasına bağlamaktadır. Yalın eylemsizlikle neticeye neden olabilecek kişi ise kendini bir gerekliliği ya da olasılıkların tümünü eylemsizliğinden sonra sonuç bakımından belirleyici zaman diliminde yerine getiren bir duruma sokarak icra hareketi aşamasına geçmiş sayılmayacaktır. Bu noktada dikkat çeken husus, özellikle gerçek olmayan ihmalî suçlarla alıc arasındaki paralelliktir. Sorun gerçek olmayan ihmalî suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığından ziyade bu suçlarda icra ve hazırlık ayrımının nasıl yapılacağına ilişkin kriter veya kriterlerin⁹² belirlenmesine bağlıdır.

Temelde kasten isnad kabiliyetinin kaldırılması durumunda kasten, taksirle kaldırılması durumunda sadece taksirli sorumluluğu ya da sadece kastlı durumları ya da tüm durumları taksirli olarak kabul eden görüşlerdir. Anılan teoriler önemli ölçüde Binding tarafından çürütülmüştür⁹³.

19. Yüzyılın başlangıcından itibaren Almanya’da müşterek bir ceza kanunu hazırlanması hususunda tartışmalar devam etmekteydi. Bu nedenle 1851 Prusya Ceza Kanununa kadar pek çok taslak hazırlanmıştır. Bu taslakların hemen tamamında ister kasten ister taksirle olsun, failin kendi kusur yeteneğini ortadan kaldırmasının ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmekteydi. Buna karşın hazırlanan taslakların tamamında konuya ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktaydı⁹⁴.

1851 Prusya Ceza Kanunu § 40’ta kusur yeteneğine ilişkin dolaylı biçimde şu düzenlemeye yer vermektedir. Düzenlemeye göre failin, fiili sırasında akıl hastalığı ya da bunaklığı ya da iradesini özgürce belirlemesini ortadan kaldıran cebir veya tehdit altındayken icra etmesi durumunda cürüm veya cünha mevcut değildir. Bu düzenlemenin kusur yeteneğinin kasten veya taksirle kaldırıldığı durumlara uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Nitekim Prusya Yüksek Mahkemesi § 40’a ilişkin uygulamasında, kasten sarhoşluk durumunda dahi ceza verilmesine yer

⁹² Ulrich Womelsdorf, **Zur Problematik des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt**, Diss., Münster 1976, s. 117 vd.

⁹³ Binding, **Normen II**, s. 616.

⁹⁴ Heiko Übler, **Neue Entwicklungen im Bereich der actio libera in causa**, Sulzbach Rosenberg, Regensburg 2003, s. 27.

olmadığına karar vermiş, ancak taksirli fiiller bakımından taksirli sorumluluğu kabul etmiştir⁹⁵. Aynı dönemde öğretide yaklaşım ise kastlı alic'in cezalandırılabilirliği şeklindedir. Öğretiye göre sarhoşluk durumu ile hata halleri arasında bir farklılık bulunmamaktadır⁹⁶. Ancak ifade etmemiz gerekir ki, sorumluluğu nedensellik ile açıklayan 19. Yüzyıl öğretisi bakımından bu tartışmalar önemli ölçüde kastlı alic halleri bakımından geçerlidir. Taksirli alic halleri bakımından, taksir bakımından nedensellik devam ettiğinden, önemli bir tartışma bulunmamaktadır⁹⁷.

Prusya Ceza Kanunun § 40, 1871 Ceza Kanununa § 51 olarak kabul edilmiştir.

3. 1871 Sonrası Dönem Kodifikasyon

1871 tarihli Alman Ceza Kanunu kusur yeteneğini, § 51'de yukarıda ifade edildiği biçimde düzenlemişken 1933 yılında İtiyadi Suçlular Kanunu bu konuda iki farklı düzenleme yapmıştır. Kanunun hazırlanması sürecinde başlangıçta kastlı alic hallerinin düzenlenmesi düşünülmüşken, daha sonra bu tür bir düzenlemenin uygulamada yanlış anlamalara neden olabileceği endişesiyle sadece § 51 değiştirilmiş, ayrıca § 330a kanuna eklenmiştir.

§ 51'in yeni hali şu şekildedir; “ (1) *Fail fiil esnasında, şuur bozukluğu, akli melekelerinde hastalıktan kaynaklanan bozulmalar veya akli zafiyet nedeniyle yasaklanmış fiili algılayamaz ya da bu algıya göre hareketlerini yönlendiremezse cezalandırılabilir bir hareket yoktur.* (2) *Yasaklanmış fiili algılamak veya bu algıya göre hareketlerini yönlendirmek yeteneği, fiilin icrası sırasında bu nedenlerle önemli ölçüde azalmışsa, ceza teşebbüsün cezalandırmasına ilişkin hükümlere göre indirilir*”⁹⁸.

§ 330 a düzenlemesi ise şu şekildedir. “(1) *Her kim kasten veya taksirle alkollü içki tüketimi veya başka bir sarhoş edici araçla isnad yeteneğini ortadan kaldıran bir sarhoşluk durumuna kendisini sokar ve bu durumdayken ceza*

⁹⁵ Kararlar için Bkz. GA 8, 407; GA 9, 69; Nakleden Übler, s. 28.

⁹⁶ Berner, **Imputationslehre**, s. 129.

⁹⁷ Hälschner, **System**, s. 115.

⁹⁸ RGBI 1933 I, s. 998

yaptırımına bağlanmış fiil icra ederse iki yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır. (2) Bununla birlikte ceza tür ve miktarı itibariyle suçun kastlı şekli için öngörülen cezadan daha ağır olamaz. (3) İcra edilen suç şikayete bağlı ise, suçun takibi de şikayete bağlıdır.⁹⁹”

Madde 1975¹⁰⁰ yılında tekrar değiştirilmiş, 1980 yılında ise madde numarası 323a olarak yeniden düzenlenmiştir¹⁰¹. Maddenin hali hazırdaki şekli şu şekildedir. “(1) Her kim kasten veya taksirle alkollü bir içki veya bir başka sarhoş edici araçla kendisini sarhoşluk durumuna sokar, bu durumdayken hukuka aykırı bir fiil işlemesi ve bu fiilden ötürü sarhoşluğu nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmadığı gerekçesiyle cezalandırılmaması durumunda beş yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır. (2) Ceza, sarhoşken icra edilen haksızlık için öngörülenden daha ağır olamaz. (3) Fiilin şikayet, izin veya talep koşuluna bağlı olması durumunda, soruşturma şikayetin, iznin veya talebin gerçekleşmesine bağlıdır.”

4. Öğretideki Gelişim

20. yüzyılın başlangıcında alic konusundaki temel tartışma cezalandırılabilirlik noktasında ortaya çıkmaktadır. RStGB’nin bu konuda sessiz kalması öğreti ve uygulamada bu konuda bir çözüm üretmek zorunluluğunu doğurmuştur¹⁰². 19. Yüzyılın sonunda öğretideki eğilimin koşulsuz biçimde alic’in her türünün cezalandırılması gerektiği şeklinde ortaya çıktığını görmekteyiz. Bu düşünceye iştirak edenler arasında özellikle Feuerbach, v. Liszt, Frank ve Beling’in¹⁰³ yanı sıra Binding¹⁰⁴ de yer almaktadır. Bu görüşteki yazarların önemli bir bölümü cezalandırmayı kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışa ve failin bu davranışı gerçekleştirdiği sırada sonradan icra edeceği haksızlıkla kurduğu bağlantıyla açıklamaktadır. Buna göre fail, gerçekleştirdiği haksızlığın manevi

⁹⁹ RGBI 1933 I, s. 999.

¹⁰⁰ BGBI I, 1974, s. 495.

¹⁰¹ BGBI I, 1980, s. 374.

¹⁰² Helmut Schwinghammer, **Die Rechtsfigur der actio libera in causa und ihr Anwendungsbereich über den Rahmen des § 51 StGB Hinaus**, München 1966, s. 5.

¹⁰³ Katzenstein, ss. 6 – 27.

¹⁰⁴ Binding, **Normen II - 1**, s. 614, Dn. 11.

unsuruna göre icra ettiği fiilden sorumlu tutulacaktır¹⁰⁵. Buna karşın Titmann ise alic'in kusur yeteneğine ilişkin genel kuralın bir istisnası olarak nitelendirmektedirler¹⁰⁶.

Hakim görüşün koşulsuz cezalandırılabilirliği savunan yazarlarına karşın, Kleinschord ve von Savigny gibi yazarlar alic'te koşulsuz bir cezalandırmayı kabul etmemektedirler. Bu yazarların temel argümanı suç işleme konusundaki kusur yeteneği bulunmayan durumda verilen kararlar icra edilen fiil arasındaki zaman dilimi arasında kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalkması, bu iki davranış arasındaki nedensellik bağlantısını ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir bölümü ise kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın icra değil, hazırlık hareketi olduğu gerekçesiyle ceza sorumluluğunu temellendirmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler.

Bu görüşler dışında uzlaştırıcı görüş olarak nitelendirilebilecek bir grup daha yer almaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre kastlı alic'in temellendirilmesi mümkündür, ancak taksirli alic bakımından cezalandırmanın temellendirilmesi mümkün değildir. Yine bu yazarlar içinde taksirli alic bakımından da cezalandırmayı, ancak kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında failin icra ettiği davranışla kurduğu bağlantı üzerinden açıklayan yazarlar bulunmaktadır¹⁰⁷.

Alic sorunu sadece kusur yeteneği bağlamında ele alınmakla birlikte pek çok yazar hareket yeteneğine ilişkin benzer yaklaşımı da alic çerçevesinde çözümlemektedir. Bunun nedeni bazı yazarların hareket yeteneği ile kusur yeteneğini eş anlamlı olarak kullanmasında görülebilir¹⁰⁸. Ancak tarihsel bir inceleme yapıldığında, İmparatorluk mahkemesinin hareket yeteneği ile kusur yeteneğini eş anlamlı kullanımının aksine¹⁰⁹ pek çok yazar o dönem § 51 de yer alan düzenlemeyi hareketi değil kusuru ortadan kaldıran bir düzenleme olarak görmekteydi. Bu sebeple olsa gerek Binding, aynı eserde farklı yerlerde alic tanımlamasında bazen hareket

¹⁰⁵ Katzenstein, s. 63; Binding, **Normen II – 1**, s. 616, Dn. 12

¹⁰⁶ Katzenstein, s. 13.

¹⁰⁷ Katzenstein, s. 44.

¹⁰⁸ Schwinghammer, s. 7.

¹⁰⁹ RG 11, 56, 58, 210.

yeteneği, bazen kusur yeteneği, bazen ise hiç kullanılmayan bir terim olarak suç yeteneği kavramını kullanmaktadır¹¹⁰. Benzer yaklaşım diğer yazarlarda da grlmektedir¹¹¹. Bu nedenle alic, sadece kusur yeteneği ortadan kaldıran nedenler bakımından değil uyku, tamamen bilinçsizlik gibi durumların açıklanmasında da kullanılmaktaydı. Bu çerçevede hareket üzerinde karar verme özgürlüğünü etkileyen tüm hallerin alic çerçevesinde çözümlenmeye çalışıldığını görmekteyiz. Kışkırtma sonucu meşru savunma durumunda alic'in uygulanabilirliğini kabul etmeyen Binding¹¹², norm bilgisinin kusurlu biçimde öğrenilmemesi durumunu ise alic'le kıyas yaparak açıklamaktadır. Bu durumda fail, haksızlık bilincinin esasını oluşturan emir veya yasağa ilişkin normu kendi kusurlu fiili ile ğrenmemektedir. Binding, bu durumda kişinin sorumluluktan kurtulmak için kusur yeteneğini ortadan kaldırarak gerçekleştirdiği haksızlıktan sorumlu tutulmasının sağlandığı gibi, bu durumda da kişi alic'in kıyasen uygulanması neticesinde sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak Binding, norm bilgisinin kasten öğrenilmemesi bakımından kıyası mümkün görmekle birlikte taksirli haller bakımından alic kıyasını kabul etmemektedir¹¹³.

Maurach'a göre alic'in kullanılarak sorumluluğun isnat edilmesi sadece kusur yeteneği bakımından değil, suçun diğer yapısal unsurları bakımında da mümkündür. Eğer fail, bir suç işlemek amacıyla suçun yapısal unsurlarının birini ortadan kaldırırsa, ya da bu unsurlardan birini kaldırdığında bir suç işleyeceğini öngörüyorsa ya da öngörmesi gerekiyorsa alic yine uygulama alanı bulabilecektir¹¹⁴.

Bugün gelineen noktada alic'in her durumda ve koşulsuz olarak cezalandırılması kabul görmemektedir. Cezalandırmanın mümkün olabilmesi için failin, işlediği haksızlıkla bir bağlantısının bulunması gerekmektedir. Ancak bu ilgi kusur yeteneğini ortadan kaldıran neden esnasında bulunması yeterlidir, yoksa fiilin icrası sırasında ya da neticenin gerçekleştiği sırada değil. Bu nedenle ğretide

¹¹⁰ Bkz. Binding, **Normen II** – 1, s. 142, 613, 633.

¹¹¹ Katzenstein, s. 3.

¹¹² Binding, **Normen II** – 1, s. 624.

¹¹³ Binding, **Normen II** – 1, s. 142, 144.

¹¹⁴ Maurach, **JuS 1961**, s. 373; Maurach, **AT**, s. 372.

haksızlık zamanında bir öne almadan söz edilmektedir¹¹⁵. Buna karşın fiilin bu ön davranışla mı başladığı konusunda öğretide bir birlik bulunmamaktadır. Bazı yazarların alic konusundaki görüşlerinden bu davranışı bir icra hareketi olarak benimsedikleri sonucu ortaya çıkmaktadır¹¹⁶. Buna karşın bazı yazarlar ise bu durumun fiilin tedrici biçimde öne alınması anlamına gelmediğini ve bu davranışın icra hareketi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin teşebbüse ilişkin kurallar çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler¹¹⁷. Bu görüşlerden, fiilin cezalandırılmasında, kusur yeteneğinin yokluğunun dikkate alınmaması bir özgür neden olarak bağlantı noktası olarak kullanıldığı sonucuna ulaşılabilir¹¹⁸. Bu görüşler yanında bazı yazarlar alic'i failin kendi kendisinin dolaylı faili olarak kullandığı şeklindeki görüşleri açıklamalarında tamamen¹¹⁹ ya da yardımcı araç olarak¹²⁰ kullanmaktadırlar.

5. Federal Yüksek Mahkemenin Görüşü

Alman hukukunda *actio libera in causa* konusundaki tartışmalar Federal Yüksek Mahkemenin 1996 yılında verdiği bir kararla yeniden başlamıştır¹²¹. Karara konu olayda bir kamyon şoförü daha sonra araç kullanacağını bilerek kusur yeteneğini kaldıracak ölçüde alkol almış, daha sonra da iki kişinin yaralanmasına sonuç verecek bir kazaya neden olmuştur. Daha öncesinde böyle bir olayda *alic*'e atıfla yüksek mahkeme, kasten yaralama ve trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması nedeniyle cezalandırılırken, yüksek mahkeme bu olayda *alic*'in uygulanmasını kabul etmemiştir. Kararda *alic*'in uygulanmasına karşı çıkan görüşün dayandığı nokta, hem zamanlık prensibidir¹²².

¹¹⁵ Maurach, **JuS 1961**, s. 374.

¹¹⁶ Leckner, **GA 1961**, s. 299; Roxin, **ZStW 75**, s. 546.

¹¹⁷ Maurach, **JuS 1961**, s. 373.

¹¹⁸ Schwinghammer, s. 12.

¹¹⁹ Welzel, **AT**, s. 141; Wilhelm Sauer, **Allgemeine Strafrechtslehre**, 3. völlig neue Auflage der Grundlagen des Strafrechts, Walter de Gruyter, Berlin 1955, s. 87.

¹²⁰ Koch, **Die actio libera in causa im ausländischen Strafrecht**, s. 11.

¹²¹ BGHSt 42, s. 235 – 243.

¹²² Sydow, **Die actio libera in causa**, s. 17.

Günümüz Alman Ceza hukuku dogmatğinde suç haksızlık ve kusur şeklinde iki aşamalı bir ayırma tabi tutulmakta ve incelenmektedir. Haksızlık alanı ceza yaptırımına bağlanan hareket – objektif ve sübjektif yanıyla birlikte – ve hareketin hukuka aykırılığı alanını kapsamaktayken, fiili sırasında davranışlarından sorumlu olması nedeniyle fiilinden ötürü kınanabilirliği kusur alanına dâhildir. Bu nedenle failin fiilinin icrası sırasında kusurunun bulunmaması bir taraftan ceza verilme imkânını ortadan kaldırdığı gibi, verilecek ceza failin kusuru ile yani fiilinden ötürü kınanabilirliği ile ölçülü olmalıdır. Bu nedenle kusur bir taraftan cezayı temellendiren ve meşrulaştıran diğer taraftan ise sınırlayan bir özelliğe sahiptir.

Failin fiilinden ötürü sorumlu olabilmesi ve buna bağlı olarak da kusurlu addedilebilmesi için ön koşulsuz failin icrası sırasında kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir¹²³.

Al. CMK'nun 20. Paragrafında yer verilen ve failin kusurlu hareket etmediğinin kabul edildiği durumların temelinde, birbiri ile karışık psikolojik ve biyolojik etkenler yer alır. Kanun maddede failin fiziki durumunu etkileyen belirli psikolojik durumları saymaktadır. Bu durumlarda fail ya haksız olanla olmayanı birbirinden ayırma yeteneğini kaybetmekte ya da bu yeteneğe göre hareketlerini yönlendirme yeteneğini kaybetmektedir. Ayrıca somut olayda icra edilen fiille failin içinde olduğu psikolojik – biyolojik durum arasında bir bağlantı da bulunmalıdır. Yani öngörme (entelektüel unsur) ve buna göre hareket etme (voluntatif unsur) yetenekleri genel anlamda değil, somut olayın koşulları içinde değerlendirilir. Kanun olası biyolojik durumları dört başlık altında toplamaktadır. Bunlar hastalık niteliğinde akli maluliyet; esaslı bilinç bozuklukları, eblehlik ve diğer akli bozukluklardır.

6. Al. CK § 323 a ve Değerlendirmesi

Alman hukuku bakımından alic'e ilişkin yapılacak tartışmalarda Ceza Kanunun 323a maddesinde yer alan düzenlemeye verilecek anlam hayati önem taşımaktadır. Bilindiği gibi Alman hukuku bakımından konunun bu ölçüde tartışmalı

¹²³ Sydow, *Die actio libera in causa* s. 18.

olmasının temel nedeni, TCK'nun 34. Maddesinde yer alana benzer bir düzenleme bulunmamasıdır. Bu noktada tartışma meri kanunun § 20, § 21 ve 323a çerçevesinde devam etmektedir.

Yukarıda yer verilen ve reform öncesi dönemde kusur yeteneğini düzenleyen § 51, reform sonrasında § 20 ve 21 olarak ikiye paragraf halinde düzenlenmiştir. § 20 ye göre fiilin icrası sırasında hastalık ölçüsünde bir akli rahatsızlık, derin bir bilinç rahatsızlığı, bunaklık ya da başkaca akli bir anormallikten ötürü fiilin haksızlığını idrak edemeyen ya da bu idrake göre hareketlerini yönlendiremeyen kişi kusurlu hareket edemez. § 21 ise sınırlı kusur yeteneği düzenlemektedir. Paragrafa göre failin fiilinin haksızlık ettiğini idrak etmek veya bu idrake göre davranışlarını yönlendirme yeteneği, § 20 de belirtilen nedenlerle fiilin icrası sırasında önemli ölçüde azalmışsa ceza §49-1 e göre indirilerek verilir.

C. SORUNUN TEMEL NEDENİ: ÇAKIŞMA (*Koinzidinsprinzip*) VEYA HEM ZAMANLILIK (*Simultaneitätprinzip*¹²⁴) PRENSİBİ

Hukuki olmaktan ziyade dil teorisinden kaynaklanan bir ilke olarak hem zamanlılık ilkesi¹²⁵, kavramların veya durumların tanımlarının diğer kavramlarla açıklandığı hukuk alanında da vazgeçilmez bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁶. Yalın tanımlamayla çakışma veya hem zamanlılık ilkesi, suçun tüm yapısal unsurlarının fiilin icrası sürecinde maddi anlamda en az bir kez çakışmasını ya da hem zaman olmasını gerektirmektedir.

¹²⁴ Öğretide çakışma prensibi olarak ifade edilmekle birlikte *Hruschka* hem zamanlılık kavramını kullanmaktadır. Bkz. *Hruschka*, **AT**, s. 4 vd., 407 vd.

¹²⁵ İlkenin adlandırması ve işlevi öğretide tartışmalıdır. *Hruschka*, ilkeyi hukuk ötesi ve mantığın bir parçası olarak değerlendirmektedir. *Hruschka*, **AT**, s. 4; Buna karşın öğretide bazı yazarlar kast dogmatığının bir parçası olarak görürler. *Puppe*, “*Grundzüge der actio libera in causa*”, **JuS** **1980**, s. 346; Ancak öğretinin önemli bir bölümü kusur ilkesinin bir parçası olarak görmektedir. Bkz. *Arthur Kaufmann*, “*Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*”, **JZ** **1963**, s. 425; *Roxin*, **FS Lackner**, s. 310, *Behrendt*, **Affekt und Vorverschulden**, s. 65; *Justus Krümpelmann*, “*Motivation und Handlung im Affekt*”, **FS Welzel**, s. 327, 341.

¹²⁶ *Hruschka*, **AT**, s. 4,5; *Günther Jerouschek – Ralf Kölbel*, “*Zur Bedeutung des so genannten Koinzidensprinzips im Strafrecht*”, *Zur Bedeutung des so genannten Koinzidensprinzips im Strafrecht*”, **JuS** **2001**, s. 417.

Hem zamanlılık ilkesi hukuk alanından kaynaklanan ya da hukuki sahadan türetilmiş bir ilke değildir. Dil bilimsel anlamda tanımlamalarla tanımlamalara konu olan gerçeklik arasında tabi bir ilişki bulunmadığının kabulünden hareket eden prensip, birden fazla unsur ya da parçadan oluşan durum ya da kavramların tanımlamasında kullanılan her bir parçanın, gerçek anlamda hem zaman olması durumunda tanımladıkları durum ya da kavramı karşılayabilecekleri kabulüne dayanır. Örneğin bir durum yağma olarak nitelendirilebilmesi için, yağma olarak nitelendirildiği zaman dilimi içinde yağma suçunun tüm unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Bir unsurun suçun tanımlandığı zaman diliminde bulunmaması halinde yağmanın varlığından söz edilemeyecektir. Bu bağlamda ilke suçu, suç tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil olarak tanımlandığında, tanımda geçen tüm unsurların çakışması, bir fiilin suç olarak nitelendirilmesi için zorunludur.

Öğretide çakışma ilkesi şekli ve maddi (normatif veya gerçek) anlamda hem zamanlılık olarak iki farklı şekilde tanımlanmaktadır¹²⁷. Şekli hem zamanlılık suçun sadece objektif unsuru bakımından yapılan bir değerlendirme ile tespit edilebilir. Örneğin, A'yı uzun süredir öldürmeyi planlayan B, ava gittikleri sırada yanlışlıkla A'yı öldürse ve sonrasında ölümden ötürü mutlu olsa, kasten öldürme suçu bakımından şekli anlamda çakışmadan söz edilebilir. Ancak maddi anlamda hem zamanlılık söz konusu olmadığından B'nin fiilinin kasten öldürme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹²⁸. Bu çerçevede ceza hukuku bakımından önemli

¹²⁷ Şekli ve maddi ayrımını yapan *Jerouschek –Kölbel* tarafından yapılmaktadır. Yazarlar, netice sorumluluğun esas alındığı dönemler bakımından şekli anlamda hem zamanlılığın yeterli olduğunu ifade ederler. *Jerouschek/Kölbel*, **JuS 2001**, s. 418.

¹²⁸ Örnek için Bkz. Hruschka, **AT**, s. 4. Aynı örnek benzer biçimde *Jerouschek –Kölbel*, **JuS 2001**, s. 418. *Jerouschek –Kölbel*, bu durumda şekli anlamda hem zamanlılık bulunmasına karşın, fiilin kasten öldürme olarak nitelendirilmemesinin nedeninin hem zamanlılık ya da çakışma ilkesinde değil ceza hukuku öğreti ve uygulamasının genel kabulüne dayandırılmaktadır. Benzer biçimde *Neumann* da, bu durumun çakışma prensibi ile ilgisinin bulunmadığı düşüncesindedir. Yazara göre bu durumda fiilin kasten öldürme olarak nitelendirilmemesinin nedeni, ceza hukukunda kastın kurucu unsurlarının bulunmaması, başka bir ifadeyle kastın yokluğudur Bkz. *Neumann*, **ZStW 99 (1987)**, s. 576.

olan maddi anlamda hem zamanlılıktır, zira şekli anlamda hem zamanlılık hatalı veya salt neticeyi esas alan sonuçlar doğurabilmektedir¹²⁹.

Hem zamanlılık ilkesi bir yana bırakılsa dahi, hali hazırdaki pozitif düzenlemeler de fiilin icra anına bir takım sonuçlar bağlamaktadır. 5237 sayılı TCK bakımından genel hükümler incelendiğinde bu husus pek çok maddede görülecektir. Kanunun 30-1. Maddesinde kastı kaldırdığı ifade edilen unsur yanılığsı, “fiilin icrası sırasında” suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmemek şeklinde tanımlanmaktadır. O halde failin, fiilin icrası sırasında kanuni tanımdaki unsurları bilmesi gerekmektedir. Yine aynı maddenin son fıkrasında düzenlenen yasak hatası bakımından da kanun İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişiden söz etmektedir. Yasak hatasından söz edilebilmesi için fiilin işlendiği sırada yasaklayıcı ya da emredici normun bilgisine sahip olunmaması gerekmektedir. Kast ve taksir tanımlamalarından da fiilin icrası sırasında bulunmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik ve geçici nedenlere ilişkin düzenlemelerin tamamı fiilin icrasından söz etmektedir. Tüm bu düzenlemeler çakışma prensibinin pozitif temelleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Alic olaylarının cezalandırılmasında temel sorun da hem zamanlılık ilkesinden kaynaklanmaktadır. Ne şekilde cezalandırıldıkları, ya da hangi gerekçe ile cezalandırılmaları gerektiği tartışması bir yana, alic olarak adlandırılan durumlarda yani failin kusur yeteneğinin kendi kusurlu fiili ile ortadan kalktığı durumlarda fail, fiilin icrası sırasında kusur yeteneğine sahip değildir. Ancak cezalandırma buna rağmen mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda alic bakımından tartışılması gereken ikinci temel sorun karşımıza çıkmaktadır. Failin, fiilin icrası sırasında kusur yeteneğine sahip olması kurucu bir unsur olarak kabul edilmesine rağmen, kusur yeteneği bulunmamasına rağmen cezalandırma nasıl sağlanacaktır. Aşağıda açıklanan temellendirme modellerinde alic bakımından nasıl sorusunun cevabı aranacaktır.

¹²⁹ Salt şekli anlamda çakışma veya hem zamanlılık benimsenmesi durumunda, bu kurala bir istisna getirilmesi mümkün olmayacaktır. Jerouschek –Kölbel, **JuS 2001**, s. 418.

D. BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1. *actio illicita in causa* (nedeninde hukuka aykırı hareket)

actio illicita in causa (aiic), alic'ten farklı olarak çok uzun bir tarihsel geçmişe sahip olmadığı gibi, muhtemelen 20. Yüzyılın başında türetilmiş bir söz dizini ve kavramdır¹³⁰. Alic'in kusur yeteneği alanında ortaya çıkan zamansal çakışma sorununu benzer biçimde hukuka aykırılık alanında çözmeye çalışan kavramın Alman öğretisindeki kabulü alic kadar yaygın değildir¹³¹. *Actio illicita in causa* hallerinde fail, bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarını, fiilden önce gerçekleştirdiği kusurlu davranışı ile gerçekleştirmektedir¹³². Bu durumda failin koşullarını kendisinin oluşturduğu hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaması amacıyla geliştirilen kavram, esasında alic'le benzer bir düşünce modeline dayanmaktadır. Kavramsal analiz yapılacak olursa hareket ya hukuka aykırıdır ya da hukuka uygundur. Hareketin hukuka aykırılığı ise ya kendinde hukuka aykırılık ya da nedeninde hukuka aykırılık şeklinde ortaya çıkar¹³³. Nedeninde hukuka aykırılık durumu fiil anı ve objektif bir değerlendirmede hukuka uygun görüldüğü halde, failin fiilden önceki kusurlu hareketi nedeniyle hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının daraltılmasını ifade etmektedir.

Tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından genel geçerli bir kavramsallaştırmanın yapılabilmesi için ise çerçevesi belirlenen bu ilkenin tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından benzer sonuçlar doğurması ve dogmatik anlamda tutarlı bir yapılanma ortaya koyması gerekmektedir. Konu ilgilinin rızası, hukuka uygunluk nedeni olan zorda kalış hali ve meşru müdafaa bakımından değerlendirildiğinde ise bu ölçüde tutarlı bir sonuca ulaşamadığı görülecektir.

Rıza noktasında verilen örnek, doktor olan failin hasmı olan ve acil müdahaleye ihtiyaç duyan bir kişinin hastaneye geldiğini öğrendiğinde, tedavide

¹³⁰ Hruschka, aiic'in ilk kullanan kişinin Kohlrausch olduğunu belirtmektedir. Hruschka, AT, s. 50, 381, Dn. 209.

¹³¹ Helmut Satzger, "Dreimal "in causa" – *actio libera in causa*, *ommissio libera in causa* und *actio illicita in causa*", Jura 2006, s. 518-519. Aiic'in eleştirisi için Bkz. Roxin, AT I, § 15 – 68.

¹³² Georg Freund, "Actio illicita in causa – Ein Übel oder eine Möglichkeit, das Übel an der Wurzel zu packen, GA 2006, s. 267.

¹³³ Hruschka, AT, s. 382.

kullanılabilecek bir cihazı bozması ve böylece müdahalede bulunma imkânını ortadan kaldırarak tedaviyi imkansız kılması şeklindedir. Bu durumda doktor olan fail, icrai davranışta bulunması gereken an itibariyle icrai davranışta bulunmasını sağlayacak imkandan yoksun olduğundan ihmali davranışı gerçekleştirmekte, yani hastaya müdahale etmemekte ve fakat sorumluluktan kurtulmak için kendisinin fiilden önce gerçekleştirdiği bir davranışı neden olarak ileri sürmektedir.

En önemli tartışma alanı kışkırtma sonucu meşru müdafaa olara adlandırılan durumdur. Aiic halleri de tıpkı alic gibi iki aşamalı bir değerlendirme ve olay akışını bünyesinde barındırır. İlk aşamada fail, muhatabı tarafından kendisine yönelik bir saldırıya provoke eder. Provokasyonla beklenen saldırı gerçekleşir. Provoke eden artık kendisine yönelik meşru bir hakka yönelik güncel bir saldırı karşısında meşru savunmada bulunmak hakkına sahiptir. Yalın bir değerlendirme de, provoke edilenin hareketi hukuka aykırıdır. Ancak provoke eden bakımından herhangi bir sorumluluk tartışması yapılması mümkün değildir. Aiic’i sorumluluğun isnadında bir kavram olarak kabul eden görüşe göre bu durumda provoke eden gerçekleştirdiği hukuka aykırı davranıştan sorumlu tutulmalıdır. Bu görüşe savunan yazarlar, meşru savunma durumundan yararlanan kimsenin cezalandırılabilirliğini ön davranışına bağlamaktadırlar. Bu görüşe göre öncelikle failin meşru savunma durumunda olan davranışı değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda failin davranışın hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılır. Ancak ikinci aşamada ön davranışın başlangıç noktası olarak alındığı ikinci aşamaya geçilir. Bu değerlendirmede tüm olay bir bütün olarak değerlendirilir ve failin hareketi hukuka aykırı olarak nitelendirilir. Failin, taksirli bir davranışı ile meşru savunmaya neden olması durumunda ise, kendisine karşı gerçekleştirdiği fiilden ötürü taksirli sorumlu gündeme gelecektir¹³⁴.

Alman öğretisinde hâkim olan aiic’i reddeden görüş, aiic’le aynı sonuca ulaşmakla birlikte bu tür bir kavramsallaştırmaya karşı çıkmaktadır. Hakim görüşe göre kışkırtmayı daha sonra gerçekleştirilen ve meşru savunma hareketi olarak nitelendirilen davranışın başlangıcı olarak nitelendirmek imkanı bulunmamaktadır, zira kışkırtma, provokatöre kendisine yönelik bir suç işlenmesi için muhatabına imkan sunmaktadır. Diğer yandan aiic bakımından ifade edilen bir diğer önemli

¹³⁴ Satzger, **Jura 2006**, s. 519.

eleştirir, bu kavrama göre actio subsequens, yani meşru savunma niteliğinde görülen hareket hukuka uygundur. Ancak actio praecedens, yani ön davranış olarak nitelendirilen kışkırtma hareketi hukuka aykırıdır. Nihai değerlendirmede ise bu iki hareket bir arada değerlendirilmekte ve aynı hareket olarak nitelendirilmektedir. Bir hareket ya hukuka uygundur ya da değildir. Bir taraftan hukuka uygun diğer taraftan hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi çelişiktir¹³⁵.

Hakim görüş kışkırtma sonucu meşru müdafaa ile meşru savunmaya neden olan diğer kusur davranışları birbirinden ayırarak incelemektedir. Kışkırtma sonucu meşru savunma durumunda öğretinin önemli bir bölümü, failin meşru savunmadan yararlanması imkânını kabul etmemektedir¹³⁶. Bu durumda öğretilde bir grup meşru savunmadan yararlanmak isteye provokatörün esasında bizzat ihlali gerçekleştiren kişi olduğunu¹³⁷, savunma yönünde bir iradesinin bulunmadığını ve esasında ihlal yönünde irade sergilediğini ifade etmektedir¹³⁸. Ancak kullanılan temel argümanlar provokatörün hakkı kötüye kullandığı¹³⁹, esasında hukuka uygunluk nedenlerinde bulunan hukuk düzenini koruma düşüncesinin provokatörde bulunmadığı, aksine hukuk düzenini ihlal etmek iradesine sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁰.

Meşru savunmaya kışkırtma dışında kalan ancak kusurlu bir fiille meşru savunma durumunun yaratılması durumlarında ise failin meşru savunmadan yararlanma imkânı tamamen ortadan kalkmamakta, ancak sosyal etik gerekçelerle

¹³⁵ Roxin, **AT I**, § 15 – 68; Kühl, **AT**, § 7 – 343; Kindhäuser, **Gefährdung**, s. 117; Neumann, **Zurechnung und Vorverschulden**, s. 176; Satzger bu eleştirinin önemini kabul etmekle birlikte katılmamaktadır. Yazara göre bir çelişki söz edilebilmesi için aynı davranışın bu biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir. Oysa alic durumunda actio subsequens, izole bir değerlendirmede hukuka uygun kabul edilmekte, ulaşılan nihai sonuçta hukuka aykırı olarak nitelendirilmektedir. Benzer durum dolaylı faillik hallerinde de bulunmaktadır. Dolaylı failin davranışı hukuka aykırıdır ancak araç olarak kullanılan doğrudan failin davranışı izole bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve hukuka uygun kabul edilmektedir. Bkz. Satzger, **Jura 2006**, s. 519.

¹³⁶ Roxin, **AT I**, § 15 – 68; Wessels/Beulke, **AT (37)**, Kn. 347.

¹³⁷ Wessels/Beulke, **AT (37)**, Kn. 347.

¹³⁸ Bkz. Satzger, **Jura 2006**, s. 519.

¹³⁹ Kindhäuser hakkın kötüye kullanılmasının bu durumda bir argüman olamayacağı düşüncesindedir. Yazara göre hakkında kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için ortada öncelikle bir hak bulunmalıdır. Fail bir hakkı kullanmamakta, hukuk düzeninde bir hak edineme imkanını yaratmaya çalışmaktadır. Yazar esasında böyle bir fiğürün bulunmadığı kanaatindedir. Kindhäuser, **Gefährdung**, s. 119; Kindhäuser, **AT**, § 16, Dn. 98.

¹⁴⁰ Kühl, **AT**, § 7 – 35; Wessels/Beulke, **AT (37)**, Kn. 347.

sınırlanmaktadır. Kendi kusurlu fiili ile bir meşru savunma durumu yaratan kişi, meşru savunmanın tüm imkanlarından yararlanmayacak, öncelikle kaçma imkanı varsa bunu kullanacak, başarısız olması durumunda sadece kendisini koruyucu hareketlere başvurabilecek, bu iki imkanın da yeterli olmaması durumunda ise artık karşı koyma niteliğinde savunma hareketleri yapabilecektir¹⁴¹. Bir diğer görüşe göre ise bu durumda provokatör savunmacı zorda kalış halinde belirlenen ölçü ve kriterlerin kıyasen uygulanması neticesinde bulunacak ölçüde savunma hareketi gerçekleştirebilir¹⁴².

2. omissio libera in causa

Olic, ya da nedeninde ötürü özgür ihmal durumu alic için tanımlanan çerçevenin ihmali suçlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır¹⁴³. Bilindiği gibi ihmali suçlarda (gerçek ya da görünüşte), failin ihmalinden sorumlu tutulabilmesi için emre konu olan fiili gerçekleştirebilmek imkanına sahip olması gerekmektedir. Fail, eğer içinde bulunulan koşullar gereği, emrin gereğini yerine getiremeyecek durumda ise ihmali suçtan sorumlu tutulması mümkün değildir. Olic durumunda da tıpkı alic de olduğu gibi iki aşamalı bir olay akışı söz konusudur. Fail birinci aşamada (actip praecedens) kendi kusurlu davranışı ile daha sonra gerçekleştirmesi gereken icrai davranışı imkansız hale getirir. Suç tipinde düzenlenen netice bakımından önem arz eden hareket yeteneğini ortadan kaldırır. İkinci aşama ihmali davranışın gerçekleştirildiği aşamadır. Ancak ihmali davranışın gerçekleştirildiği an itibariyle failin icrai bir davranışta bulunma imkanı bulunmadığından sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁴⁴. Failin bu ihmalin gerçekleştiği sırada hareket ya da kusur yeteneğinin bulunmamasına rağmen, söz konusu hareket ya da kusur yeteneksizliğini kendisinin daha önceki kusurlu

¹⁴¹ Erb, **MüKo** § 32 – 199; Wessels/Beulke, **AT (37)**, Kn. 342 - 345; Satzger, “Dreimal “in causa” – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa”, s. 519.

¹⁴² Jakobs, **AT**, § 12-53; Kindhäuser, **AT**, § 16 – 54.

¹⁴³ Helmut Baier, “Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa”, **GA 1999**, s. 272.

¹⁴⁴ Satzger, **Jura 2006**, s. 516.

hareketinden kaynaklanması nedeniyle cezalandırmayı mümkün kılan kavrama *omissio libera in causa* olarak ifade edilmektedir¹⁴⁵.

Olic hallerinde, özellikle failin kasten hareket yeteneğini ortadan kaldırdığı durumlarda cezalandırma genel olarak kabul edilmektedir¹⁴⁶. Olic hallerinde temellendirmenin nasıl yapılması gerektiği hususu ise tartışmalıdır. Esasında olic, aşağıda izah edilecek olan istisna modelinin argümanlarının birebir tezahür ettiği durumlardan birisidir¹⁴⁷. Alic durumunda kusur yargısının daha önce gerçekleştirilmiş bir davranışla ikame edilmesini öneren istisna modeli, bu noktada hareket yeteneğinin kusurlu biçimde ortadan kaldırılmış olmasını kullanmaktadır. Buna karşın yine aşağıda istisna modeline yönelik geliştirilen eleştiriler dile getirilebilir. Cezalandırmayı kabul eden diğer görüş ise temellendirmesini ihmali suçlardaki emir hükmüne dayandırmaktadır. Bu görüş sorumluluğu failin önceki davranışına değil emir hükmü, faile emri yerine getirme yeteneğini ortadan kaldırmayı da yasaklamaktadır¹⁴⁸.

II. KAVRAMIN TEMELLENDİRİLMESİ

A. TEMELLENDİRME MODELLERİNİN SINIFLANDIRMASI VE BENİMSENEN TASNİF

Alic, kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen davranışlarda ceza sorumluluğunun yüklenmesine yarayan bir isnadiyet şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Alic olaylarında cezalandırmayı sorunlu hale getiren ise temelde fiilin icrası sırasında failin kusur yeteneğine sahip olmamasıdır. Gerek Türk Ceza Kanununun gerekse Alman Ceza Kanununun kusur yeteneğine ve kusura ilişkin

¹⁴⁵ Hruschka, **AT**, s. 310; Köhl, **AT**, § 18 – 22; Baier, **GA 1999**, s. 272; Satzger, **Jura 2006**, s. 516. *Maurach*, ihmali suçlarda da sorunun alic çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Maurach, **JuS 1961**, s. 373.

¹⁴⁶ Roxin, **AT II**, § 31 – 104; Lackner /Köhl, **StGB**, § 13 – 3; Köhl, **AT**, § 18 – 22; Joecks, **StGB**, § 13 – 67;

¹⁴⁷ Kasten ve taksirle gerçekleştirilen ihmali suçlarda hareket yeteneksizliğine kusurlu davranışla neden olmaya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için Bkz. Gissela Kuhn-Päbst, **Die Problematik der actio libera in causa**, Mannheim 1984, s. 143 vd.

¹⁴⁸ Roxin, **AT II**, § 31 – 106.

düzenlemelerinin tamamı, kusurun fiilin icrası sırasında aranması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Buna karşın, kusur yeteneğini kendi kusurlu hareketiyle (kasten veya taksirle) ortadan kaldıran failin, kusur yeteneği bulunmadığı için cezalandırılmaması gerek adalet düşüncesi ile gerekse sorumluluğu ortadan kaldıran bir halin kötüye kullanılması nedeniyle kabul edilebilir değildir¹⁴⁹. Buna karşın failin bir şekilde cezalandırılmasını temin etmeye yönelik yorum ve yaklaşımlar da gerek kusur ilkesi bakımından gerekse ceza hukukunun yorum ve kıyasa ilişkin genel ilkeleri bağlamında güvence fonksiyonunun esnetilmesi anlamına gelebileceğinden son derece tartışmalıdır¹⁵⁰, zira kusur yeteneksizliği olarak adlandırabileceğimiz durum, alic olayları bakımından, failin herhangi bir dış etken nedeniyle gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlamına anlayabilmek ve bu anlayışa göre hareketlerini yönlendirmek yeteneğinin oradan kalkmış olmasıdır.

Bu nedenle geliştirilen ve yukarıda tarihsel gelişimi ortaya konan nedeninde serbest hareket kavramı, failin kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirdiği davranışı da, tıpkı kusur yeteneği varken gerçekleştirilmiş gibi kabul etmekte ve sorumluluğu isnad etmektedir. Alic bakımından tespit etmemiz gereken ilk husus, tüm temellendirme modelleri bakımından geçerli olmak üzere, failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı sırasında, daha sonra gerçekleştireceği ve suç oluşturan davranışla psikolojik bir bağının bulunduğu kabulüne dayanmaktadır. Bu bağ kusur yeteneği bulunmayan durumda suç oluşturan bir fiilin işlenebileceğine yönelik olabileceği gibi, bu durumda bir suç işlemenin kabullenilmesi veya istenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁵¹.

Kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen fiilin cezalandırılmasına yönelik sosyal ve etik gereklilikler¹⁵² ve ceza dogmatığının

¹⁴⁹ Puppe, **JuS 1980**, s. 346.

¹⁵⁰ Rene Zenker, **Actio Libera in Causa**, Lit Verlag, Münster Hamburg London 2003, s. 9.

¹⁵¹ Jürgen Rath, “*Zur actio libera in causa bei Schuldunfähigkeit des Täters*”, **JuS 1995**, s. 406; İfade etmemiz gerekir ki Alman Hukuku bakımından § 323a bakımından bu tür bir sübjektif bağa ihtiyaç yoktur. Esasında genel kabul § 323a’nın alic’in uygulanma imkanı bulunmayan durumlarda devreye girdiği şeklindedir. Spindel, **LK (11)**, § 323a/49 vd.

¹⁵² Sosyal etik gerekliliklerin ve etik isnadiyet kurallarının ceza hukukunda kullanılabilirliğine ilişkin Bkz. Neumann, **Zurechnung und Vorverschulden**, s. 272. Ayrıca özellikle yukarıda izah ettiğimiz

kusura ilişkin genel kabulleri nedeninde serbest hareket olarak adlandırılan olaylar bakımından bir çelişki ya da çatışma alanı ortaya çıkarmaktadır. Bağdaşmazlık görüşü yanlıları dışında öğretinin tamamı cezalandırmayı kabul etmekle birlikte bunun nasıl yapılacağı ve ne şekilde temellendirileceği konusunda görüş ayrılığı içerisinde.

Nedeninde serbest hareket kavramını ve cezalandırmayı açıklamaya çalışan öğretilerde görüşler ya da modeller, esasında alic'in kavram olarak yorumlanması ve kanun karşısında konumlandırılmasının sağlanması amacını taşımaktadırlar. Bu yorumlama ve temellendirme faaliyeti aşağıda yer verilen bir birinden ayrı olarak sunulan altı farklı modelin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bunlar Hareketin öne alınması ya da tipiklik modeli, maddi haksızlık görüşü, fiilin genişletilmesi modeli, dolaylı faillik görüşü, istisna ya da kusur modeli ve son olarak nedeninde serbest hareket hallerini Alman hukuku bakımından cezalandırılmaz bulan bağdaşmazlık görüşüdür. Bu şekilde geniş ve birden fazla görüş olmakla birlikte bu görüşler arasındaki ayrımları net biçimde tespit etmek oldukça güçtür. Diğer yandan söz konusu modellerden bağdaşmazlık görüşü dışında kalan tüm modeller esasında ceza sorumluluğunu kabul etmektedir. Başka bir ifadeyle sonuç bakımından herhangi bir değişiklik söz konusu değildir.

Birden fazla model önerilmekle birlikte biz çalışmamızda bu modelleri üç ana başlık üzerinden incelemeyi uygun gördük. Temellendirme modellerinin önemli bir bölümü açıklamalarını suçun objektif unsuru üzerinden yapmaktadır. Genel olarak tipiklik modeli olarak adlandırılan bu model kendi içerisinde farklı yorum ve açıklamalar nedeniyle alt başlıklar halinde incelenmiştir. Azınlık görüş olarak kabul edilen istisna ya da kusur modeli ise sorumluluğun isnadını failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışındaki kusuruna dayandırmakta ve bu kusuru daha sonra icra edilen ve suç teşkil eden davranışa ikame etmektedir. Alman hukuku bakımından geçerli olan bağdaşmazlık görüşü ise, temsilcileri tarafından ileri sürülen farklı gerekçelerle, Alman hukukunda alic olaylarında cezalandırmanın ancak § 323a ya göre mümkün olabileceğini, bunun dışında yapılan yorumların kusur ilkesine ve

kışkırtma sonucu meşru savunmada failin meşru savunmadan yararlanamamasına ilişkin düşünce de sosyal ve etik gerekliliklere dayandırılmaktadır. Bkz. Roxin, **AT I**, § 15 – 68 .

kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedirler. Bağdaşmazlık görüşü bakımından alic'in cezalandırılmasına yönelik getirilen eleştiriler hukukumuz bakımından da önem taşımaktadır.

B. TEMELLENDİRMEYİ SUÇUN OBJEKTİF UNSURLARI ÜZERİNDEN YAPAN MODELLER

1. Genel Açıklamalar

Nedeninde serbest hareketin temellendirmesini suçun objektif unsurları üzerinden yapan görüşlerin ortak özelliği, bir şekilde kusur ve fiil hem zamanlılığını, fiile veya haksızlığa verilecek anlamda bir farklılığa gitmek ya da fiilin icrasını zamansal anlamda öne çekmelerinde yatmaktadır. Bu görüşlere göre kusuru ortadan kaldıran davranış da fiilin icrası bağlamında değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Genel olarak izlediğimiz sistematik gereği tipiklik modeli adlandırmasını kullanmakla birlikte, tipiklik modeli içerisinde açıklamalarını suçun objektif unsurları üzerinden yapan tüm temellendirmeleri ele alacağız. Bu çerçevede takaddüm ya da öne alma görüşü, dolaylı faillik görüşünü inceledikten sonra, Schmidhäuser tarafından ortaya atılan maddi haksızlık görüşünü de Frister'in fiilin yayılması üzerine kurduğu temellendirmesini de bu bölümde inceleyeceğiz.

2. Tipiklik Modeli İçinde Farklı Yaklaşımlar

a. Hareketin Öne Alınması/Takaddüm Teorisi (Vorverlegungstheorie):

(1) Genel Açıklamalar

Alman öğretisinde hakim görüş¹⁵³ olarak nitelendirebileceğimiz ve Federal Yüksek Mahkeme¹⁵⁴ tarafından da kabul gören görüş hareketin öne alınması teorisiidir.

¹⁵³ Christian Bertel, "Begehungs- oder Unterlassungsdeltikt?", *Zur der Lehre von actio libera in causa*, JZ 1965, s. 53; Paul Bockelmann/Klaus Volk, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1987, s. 119; Hans Joachim Hirsch, "Zur actio libera in causa", **Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag**, Nomos Verlag, Baden Baden, 1998, s. 88 vd.; Hans Joachim Hirsch, "Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?", **Festschrift für Klaus Lüderssen**, Ed.: Cornelius Prittwitz, Michael Baumann, Klaus Günther, Lothar Kuhlen, Reinhard Merkel, Cornelius Nestler, Lorenz Schulz, Nomos, Baden Baden 2002, s. 253; Peter Cramer, **Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdeltikt**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck),

Takaddüm görüşüne göre ceza hukuku bakımından önemli olan hareket, doğrudan doğruya tipik hareketi oluşturan hareket değildir (*actio subsequens*), aksine burada fiil kınaması bakımından önemli olan hareket kusur yeteneği var olan durumda gerçekleştirilen ve kusur yeteneksizliğine neden olan harekettir (*actio praecedens*). Bu nedenle de alic, eş zamanlılık ilkesinin sadece görünürde bir istisnasıdır. Zira ön davranış da tipik hareket kapsamında değerlendirilmelidir.

Tip üzerinden değerlendirme yapan model, temelde kişinin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışını suçun maddi unsurunun bir parçası olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre kusuru ortadan kaldıran davranış daha sonra gerçekleştirilen suç bakımından nedenseldir ve daha sonra icra edilen suç bakımından tipe uygun davranışın bir parçası durumundadır¹⁵⁵. *Puppe'nin* ifadesiyle kusuru ortadan kaldıran davranış daha sonra icra edilen ve bir suçun maddi unsurunu oluşturan hareket bakımından nedensel olduğu bir postulat olarak kabul edilmelidir¹⁵⁶.

Fail daha sonra gerçekleştireceği fiili için önceden kusur yeteneği bulunan zaman diliminde bir neden oluşturmaktadır. Ayrıca sonraki davranışı ile içsel bir ilişkiye de sahiptir. Bu nedenle ceza hukuku kınamasının bu ön davranışa dayandırılması hukuka uygundur.

Diğer çözüm yolları temellendirme bakımından yeterli değildir. İstisna modeli kusur ilkesi çelişmektedir.

Suçun manevi unsurları bakımından kusur yeteneğini fiilin icrası sürecinin tamamında sahip olunması gibi zorunluluk bulunmamaktadır. Failin, hazırlık hareketlerini tamamladığı ve icra hareketleri aşamasının sınırında bulunduğu ve fakat fiile ilişkin hiçbir aktif fiilinin bulunmadığı durumlar düşünülebilir. Hakaret içeren bir mektubun mektubu göndermek düşüncesine sahip yazarı, mektubu hazırlar ve daha sonra diğer postalarla beraber, söz konusu mektubu düşünmeksizin postaya

Tübingen 1962, s. 129 vd.; Peter Cramer, “*Verschuldete Zurechnungsunfähigkeit – actio libera in causa - § 330 a StGB*”, *JZ* 1971, s. 766; Hans Joachim Rudolphi, *SK*, § 20-28.

¹⁵⁴ RGSt, 22, 414; RGSt, 60, 30; RGSt, 73, 182; BGHSt 2, 14; BGHSt, 17, 261; BGHSt 17, 335; BGHSt 21, 382;

¹⁵⁵ Roxin, *Lackner FS*, s. 307; Puppe, *JuS* 1980, s. 349.

¹⁵⁶ Puppe, *JuS* 1980, s. 348.

verir. Bu durum alic bakımından da tatbik edilebilir. Zira fail, kendi kendini kontrolün dışına çıkararak artık teşebbüs aşamasına geçmiştir¹⁵⁷.

(2) Temel Argümanları

Bu görüşü benimseyen *Puppe*'ye göre klasik teori nedeninde serbest hareketler kuramında kusur kınamasını kişinin kendi kusur yeteneğini kaldırmasına yönelik hareketlerine bağlamaktadır. Bu düşünceye göre, kişinin kendi kusur yeteneğini kaldırmaya yönelik hareketleri, bu haldeyken işleyeceği diğer suçların nedenini oluşturduğundan suçun maddi unsuru kapsamında hareket ya da en azından icra hareketlerinin başlangıcı olarak kabul edilecektir. Yazar alic sorunun kusur ve fiilin hem zamanlılığı ilkesinden feragat edilerek çözülemeyeceğini, bu çözümün Kanuna ve kusur ilkesine uygun olarak görülmesi de mümkün görmemektedir¹⁵⁸. *Puppe* failin kusur yeteneğini ortadan kaldıracak biçimde alkol ya da başkaca irade etmek faaliyetini engelleyecek ya da azaltacak maddeler almasının bu anlamda sonra gerçekleştirilecek olan herhangi bir başka suçun maddi unsuru olarak kabul edilmesinin zor olduğunu ifade etmekle birlikte bu düşüncesini nedensellikte temellendirmektedir. Şöyle ki; fail, bu durumda sadece teşebbüs aşamasına geçtiği için değil, kasten daha sonra devam eden nedensel seriye neden olduğu için ve bu nedensel seri üzerinde hâkimiyetini yitireceğini bilerek buna neden olduğu için cezalandırılabilir durumdadır. Yani kişinin kendi kusurunu kaldırmaya yönelik hareketleri, sarhoşluğu bağımsız suç olarak değil, sonra işlenen diğer suçun icra hareketleri olarak görülmelidir. Yazar, bu görüşünü causa yani sarhoşluğun nedenselliği ve causanın icranın başlangıcı olarak görmesiyle açıklar ve sonuç olarak sarhoşluğa yönelik eylemlerin, daha sonra sarhoşken gerçekleştirilen tüm fiiller bakımından nedensel olduğu sonucuna ulaşmaktadır¹⁵⁹.

(3) Modelin Değerlendirmesi

Tipiklik modeli özellikle kastli alic halleri bakımından çözüm üretir gibi görünmektedir. Ancak bu noktada açıklanması gereken husus, kişinin kusur

¹⁵⁷ Puppe, *JuS* 1980, s. 348; Horn, *SK*, § 323a – 29; Rudolphi, *SK*, § 22 – 21.

¹⁵⁸ Puppe, *JuS* 1980, s. 347.

¹⁵⁹ Puppe, *JuS* 1980, s. 348.

yeteneğini ortadan kaldıran davranışının hazırlık hareketi mi olarak yoksa icra hareketi olarak mı değerlendirileceğidir. Tipiklik modelinin açıklamakta güçlük yaşadığı temel alan bu bağlamda teşebbüs sorunsalıdır. Söz konusu ön davranışın hazırlık hareketi olarak kabul edilmesi durumunda kusurun bu davranış gerçekleştirilirken aranması mümkün olmayacaktır. Diğer yandan icra hareketi olarak kabulü durumunda ise failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya elverişli davranışlara başladığı an itibariyle teşebbüsten sorumlu tutulması gerekecektir.

Diğer yandan modelin taksirli suçlarda uygulanabilirliği de tartışmalıdır. Zira taksirli davranış olarak nitelendirilecek davranışın hangi davranış olduğu ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Modelin uygulanmadığı diğer bir suç grubu ise bağlı hareketli suçlarla, suç tipinde failin fiili bizzat veya kendi üzerinde icra etmesi gerektiği açıkça belirtilen suçlarda (eigenhändige Delikte) modelin uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Zira kanuni tip suç olarak tanımlanan neticeyi değil davranışı açıkça belirlediğinden cezalandırma için ön davranışın dikkate alınması mümkün olamayacaktır. Diğer yandan modelin, failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı icraya başladığı an itibariyle icraya başladığı, kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştireceği davranışın kusurun kapsamında olduğu şeklindeki kabullerin ispatlanmasının mümkün olmadığı da öğretide ifade edilen bir diğer eleştiri noktasıdır.¹⁶⁰

Türk hukuku bakımından aşağıda da açıklanacağı üzere tipiklik modeli gibi bir temellendirmeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Her ne kadar öğretide Özgenç¹⁶¹ tarafından tipiklik modelinin temellendirme bakımından hukukumuzda daha uygun olduğu ifade edilse de, Türk hukuku bakımından TCK'nun 34. Maddesi açık bir istisna norm durumundadır¹⁶².

¹⁶⁰ Ulfrid Neumann, "Konstruktion und Argument in der neuen Diskussion zur actio libera in causa", **Strafgerichtsbarkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag**, (Ed. Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann, Wolfgang Schild, Ulrich Schroth) C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, s. 581; Rönau, **JA 1997**, s. 708.

¹⁶¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 315.

¹⁶² İsfen, **Das Schuldprinzip**, s. 173 vd.

b. Dolaylı Faillik Görüşü

(1) Genel Açıklamalar ve Temel Argümanları

Alic'in temellendirilmesinde bir başka yaklaşım dolaylı failliğe ilişkin düzenlemeden hareket etmektedir. Esasında *alic'in* temellendirilmesinden ziyade açıklanması niteliğinde gördüğümüz bu görüş, *alic'i* sınırlı bir sahada ele almakta ve bu sınırlı sahanın genişletilmesi konusundaki çabaları da yersiz bulmaktadır. Özellikle taksirli *alic'e* ihtiyaç duymayan görüşe göre *alic* sadece kastlı suçlar ve kastlı *alic* bakımından uygulama alanı bulabilir¹⁶³.

Dolaylı faillik görüşünün temsilcileri, Al.CK'nu § 25/1-2 de yer alan bir başka kişi aracılığıyla ifadesini sorumlulukla hareket eden şeklinde yorumlayarak *alic'in* dolaylı faillik kapsamında açıklamaya çalışmışlardır. Bu görüşün taksirli suçlarda ve iştirake elverişli olmayan suçlarda uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹⁶⁴.

Yukarıda da kısaca ifade edildiği üzere tipiklik modeli kendi bünyesinde farklı temellendirme şekilleri barındırmaktadır. Bunlardan en yoğun taraftar bulanı ise suç aleti teorisi ya da *alic'i* bir dolaylı faillik şekli olarak benimseyen görüştür. Dolaylı faillik kuramı temelini RGH'un 1892 tarihli süt arabacısı sürücü olayından almaktadır. Kararda yüksek mahkeme, sarhoş biçimde at arabasını kullanmaya başlayan ve atlarını kontrol edilmez biçimde kalabalık insanların bulunduğu sokağa süren failin eylemini, vahşi atlarının dizginlerini, hukuken yapmaması gereken bir biçimde üçüncü bir kişinin eline vermek olarak tarif etmektedir¹⁶⁵. *Roxin*, karardaki bu ifadeden hareketle *alic* bakımından başka bir çözüm aranmamasını, yüksek mahkemenin bu ifadesinin açıkça dolaylı faillik kurumunu işaret ettiğini belirtmektedir¹⁶⁶.

¹⁶³ Taksirli *alic'e* ihtiyaç duyulmadığı şeklindeki görüş sadece bu yazarlar tarafından değil ayrıca BGH ve öğretide temellendirmeyi tip, haksızlık veya hareket üzerinden yapan tüm yazarlarda görülen bir yaklaşımdır. Bkz. *Roxin*, **FS Lackner**, s. 308; *Hirsch*, **FS Nishihara**, s. 95, 104.

¹⁶⁴ *Roxin*, **FS Lackner**, s. 317; *Roxin*, **AT I**, § 20 – 62; *Jakobs* kusur yeteneğine sahip olanın iştirakiyle failin icrasını mümkün kılmak şeklinde durumu tanımlamaktadır. *Jakobs*, **AT**, § 17 – 67; Ancak *Hettinger*'in de haklı olarak ifade ettiği gibi *Jakobs*, aynı zamanda kusurun ortadan kaldırılmasını failin parçası olarak algılamaktadır. Bkz. *Hettinger*, **Die actio libera in causa**, s. 427, 428.

¹⁶⁵ RGHSt 22, 412.

¹⁶⁶ *Roxin*, **FS Lackner**, s. 308.

Kastlı alic bakımından sorumluluk yapısı, dolaylı faillikle örtüşmektedir. Fail, kendi kendisini daha sonra işleyeceği bir suç için araç olarak kullanmaktadır. O halde failin teşebbüsünü, sarhoşluk etkisinde başlanan ve kusur yeteneği bulunmayan durumda bırakılarak tamamlanan fiilden sorumlu tutmak kabul edilebilir gibi görünmektedir.

Dolaylı faillik görüşü ile fail, kendi kusur yeteneği ortadan kaldırarak kendi kendisini bir suçun icrasında araç olarak kullanmaktadır. Bu yaklaşım yani bireyin kendi kendinin dolaylı faili olduğu düşüncesi yukarıda tipiklik modeli bağlamında teşebbüsle ilgili sorunu çözmektedir. Zira dolaylı fail, ancak doğrudan fail icra alanına geçtiği an itibariyle fiilden sorumlu tutulabilecektir. Bu durum, bir taraftan failin fiil üzerindeki hakimiyetini¹⁶⁷, diğer taraftan da failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışının nedenselliğini¹⁶⁸ izahta kullanılmaktadır.

Dolaylı faillik görüşü taraftarları bakımından taksirli alic halleri bakımından herhangi bir tartışma yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Roxin, Federal Yüksek Mahkeme kararlarına atıfla yaptığı açıklamalarında genel taksirli sorumluluk kalıbını kullanmaktadır. Buna göre *“fail, kendisini bilinçsiz (alkol ya da başka araçlarla) bir hale koymakta, buna karşın önceki elverişsiz, uygun olmayan tecrübelerine göre, bu durumda iken ne tür hukuka aykırı sonuçlara neden olabileceğini, önceden kestirebilmektedir”*.¹⁶⁹ Taksirli alic hallerinde kullanılmak istenen isnadiyet ölçütlerinin taksirli suçlarda kullanılan genel isnadiyet kurallarından farklı olmadığı ifade edilmektedir. Taksirli alic fiilde, haksızlığın objektif kalıbının isnadının mutlak kurallarına uygun düşmektedir. Fail bilincinin yerinde olmadığı zaman diliminde izin verilmeyen bir riski kendine isnat edilebilir biçimde gerçekleştirir ve daha sonra ortadan kaldırılamaz bir durumdayken tipe uygun neticeyi gerçekleştirir. Pek çok taksirli olayda olduğu gibi taksirli hareketle tipe uygun hareket zamansal olarak birbirine uygun düşmemektedir. Normal taksirli olaylarla alic kapsamında değerlendirilmesi gereken taksirli olarlar arasındaki biricik fark alic kapsamında

¹⁶⁷ Roxin, “Der Anfang des beendeten Versuchs“, **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Ed.: Friedrich Christian Schröder, Heinz Zipf, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1972, s. 230.

¹⁶⁸ Puppe, **JuS 1980**, s. 348.

¹⁶⁹ BGHSt. 17, 263, zikreden Roxin, **FS Lackner**, s. 315.

değerlendirilen olaylarda taksirli eylemle sonuç arasında failin kusur yeteneği bulunmayan bir zaman aralığında gerçekleştirdiği ve mutlak taksiri barındırmayan, hareketin bulunmasıdır. Hukuki yapılanması bakımından başka bir farklılık olmamakla beraber, fenomenolojik görünümünde ortaya çıkmaktadır¹⁷⁰. Kastlı alic hallerinde ise Roxin'e göre dogmatikğin sınırları fazlaca zorlanmamalı, eğer tip üzerinden bir çözüm bulunamıyorsa cezalandırmadan vazgeçilmelidir¹⁷¹.

Kusur yeteneği bulunmayan fail dahi mutlaka olay sırasında hareket üzerinde hakimiyetini muhafaza eder, ancak fiil üzerinde bu hakimiyet, failin faydalanabileceği kusur yeteneği olmayan başka bir faili de kapsar. Dolaylı failin hareket üzerindeki hakimiyetini üçüncü bir kişi üzerine aktarması ya da kendini kusur yeteneği bulunmayan bir durumda bulundurması, onun sorumluluğu kendine isnat edilebilen hareketleri sayesinde sonraki nedensel seri üzerindeki devam eden hakimiyeti aynı geçerliliktedir. Daha sonra kendi fiziğini daha katı biçimde üçüncü bir kişi olarak ayırabilecek, onun kusur yeteneği olmayan durumdaki davranışları daha az öngörülebilir olacaktır. Doğru olan açıkça şudur; kusur yeteneği olmayan fail kör bir nedensellikte ya da mekanik biçimde hareket etmez bu nedenle alet sözü tam olarak olayla örtüşmemektedir. Ancak bu failin kusur yeteneği olmayan bir başkasından suç ortağı olarak faydalanması durumunda söz konusudur ve bu olaylarda failin fiili tamamlayamaması sıklıkla mümkündür. Kusur yeteneği olmayan kişinin suç ortağı olarak kullanılması şeklinde gerçekleştirilen dolaylı faillikle ilgili her olayda geçerli olan ne varsa, aynı yapıda olan alic'te de farklı olarak uygulanamaz. Bunun dışında dolaylı failliğin yapısı, kişi arkadaki adamdan suç ortağına bir tür mekanik alet olarak hükmetmesini istemesi yanlış anlaşılmaktadır. Önceki zamanlarda kör nedenselliğin veya yardımcı araçların kullanılması dolaylı olmayan faillik kapsamında bir olay olarak değerlendirilmekteydi¹⁷².

Tipiklik modeli uygulandığında öldürme, yaralama veya başka bir suça teşebbüs öncesinde kusur yeteneğinin kesilmesini görülmesi gerektiği açıkça doğrudur; öyleyse hazırlık hareketine neden olma hali fiil kusuruna kurulmaz. Diğer

¹⁷⁰ Roxin, **FS Lackner**, s. 315.

¹⁷¹ Roxin, **FS Lackner**, s. 318.

¹⁷² Roxin, **FS Lackner**, s. 319.

yandan o, tipik hareket bakımından bütünüyle yeterlidir, ki o fail teşebbüs aşamasında kusur yeteneği bulunan bir halde nedensel seriyi yoluna koymuştur. Netice başladığında isnat kabiliyetine sahip bir durumda olması durumunda, böylece tamamlanan fiile başlamıştır. Ayrıca bu durum eğer fail kendisini bilinçsiz duruma sokmasından önce suçun teşebbüs hareketlerine başlamasına bağlıdır ve bu failin kusur yeteneği bulunmayan bir durumda tamamlamak istediğinin göstergesidir. Bu ise örnek olaylara taşınmasına karşı durulmasına muvaffakat edilmesi anlamına gelmektedir. Öyleyse nasıl teşebbüs, dolaylı faillikte kusur yeteneği olmayan kişinin kullanılması alet olarak kullanılmanın etkisiyle başlıyor ve kendi egemenlik alanından çıkmasıyla bitiyorsa; alic'te de kişinin kusur yeteneği bulunmayan duruma geçmesiyle başlar.

(2) Teoriye Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme

Gerek tipiklik modeli, gerekse dolaylı faillik görüşü cezalandırmayı kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı tipin veya haksızlığın bir parçası haline getirerek çözmektedirler. Her iki model bakımından alic halleri, hem zamanlılık ilkesinin sadece görünürde bir istisnasını teşkil eder, zira fiilin icrasına başlandığı an itibariyle fail aslında kusur yeteneğine sahiptir ¹⁷³. Modellerce kabul edilen bu yaklaşım esasında hangi hareketin tipik hareket olduğu sorusuna verilecek yanıtı bağlıdır. Korunan hukuki değeri doğrudan ihlal eden – zarar veren veya tehlikeye sokan – davranış mıdır tipik hareket, yoksa korunan hukuki değeri doğrudan ihlal etmeyen ancak, doğrudan ihlal eden davranışın işlendiği zaman diliminde kusur yeteneğini ortadan kaldıran hareket midir? Ayrıca bu ifadeden çıkan bir diğer sonuç, alic olaylarında birden fazla hareketin bulunduğu bir süreç söz konusudur. Bunlardan ilki failin kusur yeteneğinin ortadan kalkmasına neden olan harekettir ¹⁷⁴.

Hem zamanlılık prensibinin görünürde bir istisnası mı yoksa gerçek bir istisnası mı olduğu sorununun bir sonucu olarak ortaya atılabilecek bir başka sorun kusur yeteneğinin suçla korunan hukuki değeri **doğrudan** ihlal eden –tehlikeye

¹⁷³ Neumann, *Zurechnung und “Vorverschulden”*, s. 24.

¹⁷⁴ Hettinger, *Die actio libera in causa*, s.

sokan ya da zarara uğratan – davranışla aynı anda bulunması gerektiğinden feragat edilip edilemeyeceği sorunudur.

Alman öğretisinde ve İçtihadında hakim görüş, yani tipiklik modeli, bu soruya olumlu yanıt vermektedir. Ancak bu olumlu yanıt, gerek TCK.’da gerekse Al.CK’da pek çok kez ifade edilen fiilin icra edildiği sırada ifadesi ile çelişmektedir. Bu tezin ortaya konması için öncelikle, tipik davranış öncesi hareketin, *actio praecedens*’in, de tipik olduğunun tespiti gerekir¹⁷⁵.

Bir hareketin, işlenen bir suç bakımından tipik oluşundan söz edilebilmesi için gerekli ilk koşul ise, söz konusu hareketin kanunda tarif edilen netice bakımından nedensel olmasıdır. Temelde iki ana model arasındaki farklılık bu noktada ortaya çıkmaktadır. Tipiklik modeli alic’in temellendirilmesi sorunun bir *actio proecedens* sorunu olarak ele almakta ve çözümünü de tipi bu ön davranışa genişletmekte bulmaktadır. Oysa söz konusu olan, ön davranışın niteliği ne olursa olsun bir ön kusurluluk sorunudur ve *actio culpa*’dan söz edilmesi gerekmektedir¹⁷⁶.

Ön davranışın nedenselliği meselesin, şart teorisinin kalıpları içinde değerlendirildiğinde sorun yaratmamaktadır. Eğer fail, ayık durumdayken kendini kusur yeteneği olmayan durma sokmasaydı, söz konusu fiili işlemeyecekti denebilir. Ancak bu tanımlama kanımca şart teorisi gibi nedenselliğin sınırlarını objektif anlamda en geniş sınırlara çeken bir teori bakımından bile kabul edilemez. Kaldı ki bu şekilde yalın bir nedensellik anlayışının, doğa bilimleri yöntemlerinin ceza hukukunda uygulanmasından başka bir anlamı da bulunmamaktadır. Burada yaşanan soruna çözümü ise Puppe üretmektedir. Puppe’ye göre, kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen tüm fiiller bakımından, kusur yeteneğini kaldıran hareketin nedenselliği bir postulat, ön kabul olarak benimsenmelidir¹⁷⁷. Ancak bu öneri Neumann tarafından, kanımca da haklı olarak ciddi biçimde eleştirilmiştir. Neumann’ın bu öneriye ilk eleştirisi, tipe uygunluğun koşulları bakımından bir postulatın, hukuki temellendirme itibarıyla imkânsız olduğudur.

¹⁷⁵ Neumann, *Zurechnung und “Vorverschulden”*, s. 25, 26.

¹⁷⁶ Neumann, *Zurechnung und “Vorverschulden”*, s. 26.

¹⁷⁷ Puppe, *JuS 1980*, s. 348.

Dolaylı faillik görüşüne temel alınan İmparatorluk Yüksek Mahkemesi kararı döneminde henüz Alman Ceza Kanununda dolaylı faillik düzenlemesinin yer olmadığı, yer olsa dahi kişinin kendi kendisinin dolaylı faili olarak kabul edilmesinin gerek Türk gerekse Alman Ceza Kanununda yer alan dolaylı failliğe ilişkin pozitif düzenlemeye aykırı olduğu da ifade edilmesi gereken eleştiriler arasında yer almaktadır.

c. Maddi Haksızlık Modeli: *Schmidhäuser*

(1) Genel Açıklamalar

Model Eberhard Schmidhäuser tarafından önce kendi ders kitabında ortaya atılmıştır¹⁷⁸. Fazla taraftar bulmayan görüş Küpper¹⁷⁹ ve Hettinger¹⁸⁰ tarafından yoğun biçimde eleştirmiş, bunun üzerine Eberhard Schmidhäuser 1992 yılında yayınladığı kısa çalışmasında maddi haksızlık modeline ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar yapmıştır. Haksızlık tipi (Unrechtstatbestand)'ni kanunda tasviri yapılan vakıanın genel kavramlarla tasviri olarak tanımlayan yazar, haksızlık tipinin her bir suçun irade ile ilişkili, haksızlığı temellendiren vakıayı tasvir eden, daha açık ifade ile hukuksal değeri ihlal eden icrai davranış olduğunu belirtmektedir. Fail bu iradi davranışıyla toplum tarafından kabul edilen bir değerle ifade edilen hukuksal değere riayet etmek yükümlülüğünü ihlal etmiştir¹⁸¹.

Haksızlıktan değeri doğrulayan moment olarak hukuka uygunluk nedenleri ayrılabilir. Sonrasında da haksızlıkla kusur ayrılmak durumundadır. Kanunda tasvir edilen vakıadan haksızlığa ya da kusura ya da diğer momentlere dahil olmayan ne varsa, bunlar kanuni tanımda değil, suçun diğer koşullarının içeriksel kapsanması ile belirlenebilir. Yazar tipi yalın bir resim olarak değil, değer üzerinde işlenen bir kabahat olarak değerlendirmektedir¹⁸².

¹⁷⁸ Schmidhäuser, *Studienbuch*, § 5 – 32, § 7 – 33.

¹⁷⁹ Küpper, *Notstand*, 60 vd.

¹⁸⁰ Hettinger, *Die actio libera in causa*, s. 414

¹⁸¹ Schmidhäuser, *Die actio libera in causa*, s. 27. Yazar ihmali davranışların da kapsamda olduğunu ancak incelemesinin konusunun ommissio (ihmal) değil actio (hareket) olduğunu ifade etmektedir.

¹⁸² Schmidhäuser, *Die actio libera in causa*, s. 28.

Schmidhäuser takaddüm teorisi ile haksızlığın maddi içeriği görüşünün aynı sonuca ulaştığını ve alic durumunda cezalandırmaya imkân tanığını belirtmekte, ancak her iki modelin temellendirmelerinin farklı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre takaddüm görüşünün neticeye yönelik hukuksal değeri ihlal eden davranışın kanunda yapılan tasvirin doğrudan aynısı olması gerektiği şeklindeki tanımlamasına karşın, daha geniş bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmekte, değeri ihlal eden davranışın soyut genel kavramlarla değerlendirildiğinde failin doğrudan hukuksal değeri ihlal eden davranışlarına ön gelen davranışlarının hukuksal değere saygı yükümlülüğünün ihlali ve hukuksal değer üzerinde yarattığı etkiye göre bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁸³.

Öne alma (takaddüm) görüşünde kusur dar biçimde sınırlanan haksızlığın gerçekleşmesinden önce hali hazırda mevcuttur. Ancak maddi haksızlık görüşünde failin haksızlığın her bir unsurunu failin davranışlarının bütünü çerçevesinde ele alır, ancak hukuksal değer riayet etmek yükümlülüğü olarak zaten ihlal edilmiştir.

Öne alma (takaddüm) ile maddi haksızlık görüşünün karşılaştırmasında takaddüm görüşünü daha şekli ve harici olarak nitelendiren yazar, kendi görüşünü ise maddi ve içerikli bulur. Her iki görüşün karşılaştırmasında takaddüm görüşünü kanuni tasviri bir şekli bir resim olarak anlamakla suçlayan yazar, hukuk uygulayıcısının fiilin haksızlığı konusunda resimden hareket etmek zorunda olduğunu, zira uygulayıcının içeriğin dikkate alınmamasının aşikârlığı ile bağlı olmak durumundadır. Buna karşın maddi haksızlık görüşünde uygulayıcı içerik ve formu bir arada sorgulamak zorundadır. Böylece maddi unsurun değersizliği ceza hukuku sorumluluğunun koşullarını oluşturan unsurları ortaya çıkarır¹⁸⁴.

Sorun maddi ve şekli olanın nasıl tanımlanacağı, doğrudan hukuksal değer üzerinde tehlike ya da zarar neden olan icra hareketinden önceki bu amaca yönelik hareketlerin maddi haksızlık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasındadır. Örneğin bir başkasını yaralayan kişi, yaralama fiili öncesinde başkasının beden bütünlüğüne saygı göstermek yükümlülüğüne aykırı davranmaktadır.

¹⁸³ Schmidhäuser, *Die actio libera in causa*, s. 29.

¹⁸⁴ Schmidhäuser, *Die actio libera in causa*, s. 30

Bu noktada icraya başlamadan önce riayet yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu durum cezalandırılabilirliğin temellendirildiği sonucunu vermez.

Fail, kendi kendisini bilinçli olarak kusur yeteneğinin bulunmadığı duruma getirmekte ve yine bu durumdayken bir suç işleyeceğinden emin, ya da en azından bir suç işleyeceği olası iken beklenen hareketi icra etmektedir. Eğer biz failin, bu durumdayken suç işleyeceği konusunda kesin bir kanaate sahipsek veya suç işleme ihtimalini kabul ediyorsak, failin kendisini bu duruma sokmasında hukuksal değere riayet etmek yükümlülüğünün ilk ihlali olarak değerlendirebiliriz. O halde faile de davranışlarına o noktada son vermek yükümlülüğünü yükleyebiliriz ve failin davranışlarını daha fazla devam ettirmeye mezon olmadığını söyleyebiliriz. Bu noktada yanıtlanmayan soru ise kanunda tasvir edilen şekli vakianın bu ana kadar söylediğimiz harici nötr biçimde ortaya çıkan süreci de kapsayıp kapsamadığıdır. Bu soruna vereceğimiz cevap kanuni tasvirlerin açık birer resim şeklinde olmadığı tecrübesine dayanır. Bu tasvirler sadece bir değere yönelik fonksiyonel ve sınırlı bir açıklık sağlarlar. Şüphe yok ki öldürmek, yaralamak gibi davranışların anlamları bellidir. Ancak hareketle ne ifade edilmek istendiği sorunu açıktadır.

Ancak alic bakımından söz konusu davranışın kanunda yapılan tasvirin kapsamına uyduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Ayrıca davranış anında suçun oluşumu için aranan kusurda hali hazırda mevcuttur. Bu durumda aslında öne alınan ya da takaddüm eden bir kusur söz konusu değildir, kendi ilişkisi içerisinde haksızlığa dahil ve ön gelen davranışın tespiti yapılmaktadır¹⁸⁵.

Schmidhäuser'in görüşüne yönelik eleştirileri yazar kendisi sistemleştirmekte ve eleştirilere yanıt vermektedir.

Cezalandırılabilirliği genişleten kanuni bir düzenleme yoktur: Bir görüşe göre alic olaylarından ötürü açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Yani kusur ve haksızlık arasındaki ilişkide bir eksiklik olduğu iddia edilemez ve İsviçre ceza kanununda olduğu gibi bir istisna hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır¹⁸⁶. Daha büyük bir çoğunluk bu konuda alic i de kapsayan bir yasal düzenleme yapılması

¹⁸⁵ Schmidhäuser, *Die actio libera in causa*, s. 31-34.

¹⁸⁶ Hettinger, *Actio libera in causa*, s. 21; Yazar bu konuda Al.CK'nunda bir hüküm bulunmadığını açıkça ifade etmektedir.

gerektiğini ifade etmektedir. Ancak Schmidhäuser alıc olaylarında cezalandırmayı kabul ediliyorsa, cezalandırılmanın genişletilmesi gibi bir hal söz konusu değildir¹⁸⁷.

Teori tipin sınırlarını kaybetmesine neden olmaktadır. Eleştiri Küpper, Hettinger ve Otto tarafından dile getirilir. Schmidhäuser eleştiriye eleştiri ile benzer mahiyette cevap vermektedir. Yazar bu eleştiri ile ne anlatılmak istendiğinin anlaşılmadığını, hangi çizgilerin kaybolduğunun da anlaşılmadığını söyler. Yazar tipin asgari lüzumları karşılayabilecek bir fonksiyonu icra etmek zorunda olduğunu ancak bu fonksiyonları icra etmek için azami yükseklikte sınır sayılabilecek bir ölçüt olmadığını ifade eder. Tip, tasvir edilen durumda cezalandırma için asgari gereklilikleri açıklar, daha fazlası ile ilgilenmek ve açıklamak zaten tipin görevi değildir. Ayrıca yine tipin katmanları arasında bir karışıklığa neden olunması söz konusu değildir. Zira katmanlar zamansal anlamda olması gerekenleri sıralarlar.

Yasak alanı önemsiz hale gelir: Eleştiri Küpper¹⁸⁸, Hettinger¹⁸⁹ ve Kindhäuser¹⁹⁰ tarafından dile getirilmiştir. Temel argüman kastlı suçun bünyesinde barındırdığı yasak emri ve onun temelinde yatan değersizlik (*unwert*¹⁹¹) yargısının çok genel biçimde hazırlık hareketlerine kadar uzatıldığı şeklindedir. Bu şekilde yasak alanının sınırı belirsiz hale gelmektedir ayrıca kasten işlenen netice suçlarında bu uygulamanın yapılmasına imkan yoktur. Zira bir hazırlık aşamasından ya da icra aşamasının görüşe uygun biçimde taksim edilmesine de imkan yoktur.

Schmidhäuser bu eleştirileri kabul etmez. Yazara göre izin verilmeyene ya da burada bir hareketin yasak oluşu istenmeyen neticeye girmezden önce ile ilişki kurulması gerekmektedir. Bu noktada yasak olanın sınırından değil cezalandırılabilirliğin sınırından söz etmek gerekir. Sadece cezalandırılabilirlik için

¹⁸⁷ Schmidhäuser, *actio libera in causa*, s. 36.

¹⁸⁸ Wilfried Küper, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand – Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“*, Duncker&Humblot, Berlin 1983, s. 65.

¹⁸⁹ Hettinger, *Die actio libera in causa* s. 415.

¹⁹⁰ Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, s. 125.

¹⁹¹ Hareket ve netice bakımından kullanılan almanca *Unwert* terimi dilimize değersizlik olarak çevrilmektedir. Esasında bu çeviri hatalı da değildir. Ancak *unwert*’le ifade edilmek istenen değerden yoksun oluş değil, olumsuz anlamda bir değere sahip olmaktır. Bu nedenle *unwert*’in karşılığı olarak değersizden değil nakıymetten söz etmek gerekir. Hareketin ve neticenin nâkıymetliği ve terminolojinin anlamı için Bkz. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, s. 17 vd.

tipe uygun tasvirin gerçekleşmesi bir koşuldur. Tipe uygunluk bu anlamda hukuki sonuçlar bakımından değerlendirme kapsamına alınmalıdır. Burada söz konusu olan tip ya da yasak olanla ilgili bir husus değil, belirlilik kuralı ve önceden belirli olmak koşulu ile ilgili bir durum söz konusu. Bu noktada yasak alanı gibi bir ifade sadece illüzyondur.

Hareket kavramına yanlış bir anlam yüklenmektedir: Schmidhäuser'e yönelik bu eleştiri, kastlı hareketler bu harekete neden olmak arasındaki farkın anlaşılmasına dayanır. Bu eleştiriye göre yazar hareket kavramından hem dar anlamda kastlı hareketi anlamakta hem de bir kastlı harekete neden olabilecek durumları da hareket olarak nitelendirmektedir. Schmidhäuser bu eleştiriye cevabını verirken, tipte tarif edilen hareketin ne olduğu sorusuna, causa'nın kendisi aslında harekettir, kanundaki ifadeler burada bir argüman olamaz ve son olarak objektif isnadiyetle müştereklik alic vakıalarını da kapar.

Bizi burada ilgilendiren ve alicte cezalandırmayı reddeden görüş tipe uygun hareket bakımından sadece kasten işlenen suçlarda doğrudan açık ve sonuca yakın ve tarife uygun insani davranışı değerlendirmeye almaktadır. Bu görüş günümüzde hareketten anlaşılan şeyden farklıdır. Bu anlayış aslında eski kazuistik yöntemi çağrıştırmaktadır. Oysa uzunca bir zamandan beridir bu kazuizm terk edilmiştir. Bu noktada dolaylı failiğe ilişkin düzenleme örnek verilebilir. Eleştirenlerin yönelttiği anlamda aslında dolaylı failin de hareket olarak nitelendirilebilir bir hareketi bulunmamaktadır¹⁹².

Diğer yandan causa'nın yani harekete neden olan hareketin hareket olarak kabul edilmemesi de doğru değildir. Burada önemli olan husus neden olan hareketin tip bakımından nedensel olup olmadığıdır¹⁹³.

Alic durumunda esasında iki hareket ya da bir hareket kompleksi söz konusudur. Her iki hareketinde baştan itibaren haksızlığın bünyesinde olduğunun kabul edilmesi gerekir. Haksızlığın bu şekilde geniş algılanışı diğer hukuki sorunlarda dikkate alınmayabilir, ancak alic bakımından bu geniş yorumu kabule

¹⁹² Schmidhäuser, *Die actio libera in causa*, s. 40,41,42.

¹⁹³ Schmidhäuser, *actio libera in causa*, s. 42.

etmek durumundayız. Kusura ilişkin kabul edildiğinde sorun tartışma sadece neticeye daha yakın olan ikinci hareket bakımından yapılabilir. Haksızlık kapsamında ele alındığında ise haksızlığın maddi içeriği sonuca daha yakın hareketi önceki harekete bağlar ve gerek önceki hareketin gerekse önceki hareketle başlayan süreçte olası sonuçların objektif isnadını temin eder. Bu şekilde yapılan izahtan da anlaşılacağı üzere bir ön kusurdan değil, bir ön hareketten bahsedilmesi gerekir. Alic bu şekilde ele alındığında kusurla ilgili değil, haksızlıkla ilgili olduğu görülür¹⁹⁴.

Schmidhäuser, kendi görüşü dışında kalan görüşlerden takaddüm görüşünü, kusurun fiilin icrası sırasında bulunması gerektiğini ifade eden § 20 ile bağdaşmaz görmektedir. Diğer yandan haksızlık üzerinden bir fiil kavramı geliştiren yayılma modelini ise bu anlamda soruna sadece terminolojik anlamda bir çözüm ürettiğini ifade etmektedir. İstisna modelini ise kanunilik ilkesine aykırı olduğu, ister örf ve adet hukukuna dayansın, ister amaçsal redüksiyon esas alınsın hakkın kötüye kullanılması argümanının ceza hukuku bakımından kullanılamayacağını ifade eder. İstisna modelinin bu şekildeki ikameci anlayışını kabul etmeyen yazar, ikame edilen veya benzer kabul edilen durumlarda haksızlığın çok daha farklı bir yapıyı haiz olduğu, bu nedenle buradaki düşünce sisteminin alic bakımından uygulanamayacağını ifade etmektedir.

(2) Eleştirisi

Maddi haksızlık öğretisini değerlendiren Frister, tipteki haksızlık ile teşebbüs aşamasında bir bağlantı gerekliliğinin yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını ifade eder. Bu yanlış anlamanın arkasında yazara göre, cezasız kalabilen tipe uygun hareketin ya da haksızlığın var olma ihtimalinin reddi değil, tipi gerçekleştirmeye yönelik davranıştaki hareketin değersizliği temelde yer alan planın gerçekleştirilmesine bağlı gören ve doğrudan tipi gerçekleştirmeye yönelik davranışla cezaya layık aşamaya ulaşıldığı düşüncesi yer alır¹⁹⁵. Bu bağlamda Schmidhäuser'in yorumuna rağmen bu görüşe göre yasağın ihlali teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmamasına bağlı değildir. Schmidhäuser'in düşüncesine

¹⁹⁴ Schmidhäuser, *actio libera in causa*, s. 68 – 69.

¹⁹⁵ Helmut Frister, “*Buchbesprechung*”, *ZStW* 1996 (108), s. 648; Bkz. Puppe, *JuS* 1980, s. 346.

göre, ki ona göre teşebbüs aşamasının başlangıcı ile tipe uygun hareket başlar, hareketin yasak oluşunu, teşebbüsün cezalandırılmadığı suçlarda neticenin ortaya çıkmasına bağlamaktadır. Bu nedenle de bu suçlarda alic'in kabul edilmesine imkan bulunmamaktadır.

Tarif edilen bu yanlış anlama kendisi ile karşı karşıya olan görüşle mücadele etmek için de temel olmaya da mezun değildir. Cezalandırabilirliğin yalın bir hazırlık hareketine bağlanmasının maddi anlamda meşrulaştırılması, doğrudan tipin icrasına başlanmasının gerekliliğinin cezaya layık bir hareketin değersizliğinin koşulu olmasına değil, aksine teşebbüste neticenin değersizliğinin bir koşulu olarak kavranmasına bağlıdır. Eğer hazırlık ve teşebbüsün ayrımı nihayetinde neticenin haksızlığı ile ilgili bir sorunsal, yalın hazırlık hareketleri dahi tipik haksızlığın bir parçası olarak görülebilir. Ancak Schmidhäuser bunu tercih etmemektedir. Ayrıca olan hukuk bakımından öngörmeksizin başlanan bir hareket, § 22 gereği hazırlık ve teşebbüs arasındaki ayrım objektif olarak yapılması mümkün olmadığından, failin zihnindeki plana göre ele alınacaktır¹⁹⁶.

Frister, Schmidhäuser tarafından ileri sürülen bu sistemi öncelikle kanunilik prensibine aykırı görür. Bu görüşe göre fail maddi anlamda haksızlık teşkil eden bir fiilinden ötürü ancak şekli anlamda başka bir tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesine bağlıdır. Diğer yandan Al. CK'nun § 20 anlamında maddi haksızlık olarak nitelendirilen hareketler haksızlık teşkil etmeyeceği için hem zamanlılık ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹⁹⁷.

Schmidhäuser alic'le ilgili mevcut sorunun ceza kanunlarının bireylere yönelik yasaklayıcı normlar olarak gören anlayıştan kaynaklandığını ifade eder¹⁹⁸.

Alic'in temellendirilmesi bakımından yazarın gördüğü bir başka zorluk ise, kast ve taksir ayrımının kusur alanında değil haksızlık alanında ortaya çıktığı görüşüdür. Son olarak yazar, alic'le ilgili hatayı ortadan kaldırmak için başka bir söz

¹⁹⁶ Frister, **ZStW 1996 (108)**, s. 648

¹⁹⁷ Frister, **ZStW 1996 (108)**, s. 650.

¹⁹⁸ Schmidhäuser, **actio libera in causa**, s. 60;

dizini önermektedir. Özgür olmayan bir hareket üzerinde etkili olacak özgür hareket¹⁹⁹.

Frister alic'te yaşanan sorunun bundan önce ortaya atılan çözüm önerilerinden kaynaklandığına katılır. Kastlı suçlarda hareketin haksızlığını tipin doğrudan icraya başlamasının yola konması ile cezaya layık bir aşamaya ulaştığı gerekçesiyle her kim teşebbüs sınırının aşılması gerekliliğini tespit etmek isterse, kanunla maddi haksızlık hatalı sınıflandırmasının sonucu olarak sorunun açıklanmasında olduğu kadar, onun kast ve taksirli suçlar şeklinde hatalı ayırımının sonucu olarak yorumunda da uyuşma arayacaktır²⁰⁰.

d. Yayılma Modeli

(1) Genel Açıklamalar

Federal Yüksek Mahkeme tarafından²⁰¹ genişleme modeli olarak adlandırılan bu model, Al. CK'nun § 20' te yer alan "filin icrası sırasında" ifadesinde yer alan fiil kavramından hareketle kusurun sadece maddi unsurda yer alan ve doğrudan doğruya fiille birlikte ön davranışı da kapsar biçimde yorumlanmasına dayanır.

Yayılma modelinin takaddüm modelinden farkı ise, takaddüm modeli sadece ön davranışı fiil kapsamında ele almaktayken, yayılma modelinde gerek ön davranışın gerekse asıl suçun maddi unsurunda ifade edilen davranışın bir arada değerlendirilmesidir²⁰².

Görüşün temel argümanı AL. CK'nu § 20'de yer alan filin icrası sırasında ifadesinin, dar anlamda maddi unsurun gerçekleştirilmesi şeklinde yorumlanmasını gerektirir bir ifadenin kanunda yer almadığı ve filin icrasından pekâlâ ön davranışların da anlaşılabilirliği şeklinde özetlenebilir.

Kusur yeteneğinin ortadan kalkmasını sonuçlayan hareket, tipe dahil değildir ve haksızlıkla da ilgisi olmayan bir hazırlık hareketidir. Her ne kadar teşebbüs

¹⁹⁹ Schmidhäuser, **actio libera in causa**, s. 67; Frister, bu tanımlamanın aslında alic'teki isnadiyet yapısını daha iyi ifade ettiğini belirtir Bkz. Frister, **ZStW 1996 (108)**, s. 651.

²⁰⁰ Frister, **ZStW 1996 (108)**, s. 651.

²⁰¹ Bkz. BGHSt 42, s. 235 vd.

²⁰² Sydow, **Die actio libera in causa**, s. 52, dn. 209.

aşamasında dahi kusur yeteneğinin bulunmadığı kabul edilse dahi kusur bakımından önemsiz olduğu söylenemez. Al. CK'nun § 20'de ifade edilen fiilin icrası sırasında ifadesi genişletici bir yorumla kusuru bakımından önemli olan ön davranışı da kapsar biçimde değerlendirilebilir. Bu biçimde geniş yorumlanacak bir fiil kavramı gerek fiilin sosyal öneminin anlaşılmasına gerekse kusur isnadının uygunluğunun denetlenmesine imkan verecektir.

Bu modele taraftar olan yazarlara göre alic'i hem zamanlılık ilkesinin bir istisnası olduğunu söylemek, Al. CK'nun § 20 ve 21.in lafzı nedeniyle mümkün değildir. Anayasal sorun yaratmayacak ve teşebbüs kurallarıyla bağdaşabilir bir çözüm ancak § 20 de ifade edilen fiilin icrası kavramının geniş yorumlanması ile mümkündür. Aksi takdirde kusur değerlendirmesi ve kusurun isnad edilmesinin fiilin işlendiği zamanla sınırlandırılabilmesi neredeyse imkansız olacaktır. Ayrıca ön davranışın ifade edildiği tüm durumlarda bunun dikkate alınması gibi bir sonuç açığa çıkacaktır²⁰³.

Yine Al. CK'nun § 22'nin ifadesi § 20'nin geniş yorumlanmasını engelleyici değildir. § 22 bir taraftan fiilin hazırlanmasından diğer taraftan ise tipin doğrudan doğruya icrasına bağlanmasından söz etmektedir. § 20 de yer verilen fiil ifadesi § 22 de geçen tip ifadesinden farklı ve daha geniş değerlendirilebilir.

Hukuk güvenliği ve belirlilik kuralı bakımından kusurun haksızlık üzerinde genişletilmesi bir sorun doğurmayacaktır. Haksızlığın sınırlarının belirlenmesi daha önemlidir. Yine Al. CK § 16 bakımından gerekli olan kast ve fiilin icrasının aynı zamanda olması da § 20 nin genişletici yoruma tabi tutulmasına mani değildir. Gerçi kast kusuru tipin gerçekleştirildiğinin kusur yeteneği ile aynı zaman diliminde bilinmesini ve istenmesini gerektirir. Ancak aralıksız olarak bulunan kast kusur yeteneği bulunan durumdaki hazırlık hareketi ile kusur yeteneği bulunmayan durumdaki devam eden icrayı bir araya değerlendirme birliği bakımından bir araya getirir²⁰⁴.

²⁰³ Streng, **Mü-Ko**, § 20 –Kn. 133 vd.

²⁰⁴ Thomas Hillenkamp, **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Überarbeitete Auflage, Luchterhand, München, 2003, s. 86.

Al. CK. § 20 nin bu şekilde genişletici yoruma tabi tutulması teşebbüsün genişletilmesi ihtimalini de engeller. Ön davranış kusur bakımından değerlendirilir ama teşebbüs başlangıcı kusur yeteneği bulunmayan durumdaki hareketin başlangıcı olarak kabul edilecektir²⁰⁵.

Alic'in maddi anlamda kusur ilkesi ile bağdaşır olduğu kabul edildiğinde, fonksiyonel kusur kavramının bize sunduğu resim şu şekilde tarif edilebilir: Psikolojik durum ancak failin davranışlarının normal vatandaş davranışı olarak değerlendirilemediği durumda bir mazeret nedeni olarak değerlendirilebilir. Bu durumda suça özgü hukuki uygulamanın yapılmasının hiçbir anlamı yoktur, zira bu uygulamanın etkililiği failin fiile uygun cezalandırılması suretiyle ters bir etki yaratmak durumundadır. Bu anormallik ise şu şekilde saptanır. Fiil kaçınılmaz bir kaderin sonucu olarak ortaya çıkar. Bu kaçınılmazlık davranışı önlemesinin imkanının bulunmaması şeklinde anlaşılabilir. Ancak alic bakımından bu durum söz konusu değildir, zira alic durumunda hukuk düzenine karşı çıkışın bir özgür tercih olup olmadığı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Alic durumu bir modus operandi niteliğindedir²⁰⁶.

Alic yapılandırmaları bakımından önemli olan husus fiilin icrası sırasında kusur yeteneğini arayan Al. CK § 20 dir. Hakim takaddüm görüşü ya da tipiklik modeli hukuksal değer ihlali bakımından nedensel olan kusur yeteneğini ortadan kaldıran fiili tipik hareket olarak anlamaktadır ve bu tipik hareketle kusur bağlantısını ortaya koymaktadır. Ancak bu durumda kusur yargısı değerlendirmede kullanılan önemli bir temelini yitirmekte ve yalın şekli bir şekle indirgenmektedir. Ayrıca takaddüm görüşü gereği failin kusur yeteneğini kaldırmaya yönelik fiilin § 22 anlamında fiilin icraya konması şeklinde anlaşılacak durumundadır. Bu ise bir hazırlık hareketinin cezalandırılabilir teşebbüs aşamasına taşınması anlamına gelmektedir. Ayrıca fiilin tartışmalı bir biçimde öne alınması hareketin değersizliğini aşar biçimde yalın neticeye neden olma ile yapılandırma da mümkün

²⁰⁵ Hillenkamp, **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 86.

²⁰⁶ Franz Streng, "*Schuld ohne Freiheit, Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand*", **ZStW 101 (1989)**, s. 308, 309.

değildir. Ayrıca teşebbüs aşamasının kusur yeteneği bulunmayan faille bulunan fail arasında bu şekilde ayrıma tabi tutulması anlamına gelmektedir.

İstisna modeli ise açıkça § 20 ve 21'in metninden ayrılmak anlamına gelmektedir²⁰⁷. Fonksiyonel kusur anlayışında ise daha az sorunlu bir saha ile karşılaşılacaktır. Kusur belirli bir zaman diliminde failde bulunması gereken bir özelliktir. Kusur yeteneği ile tipe uygun icrasının bir arada bulunması bu noktada önemini yitirmektedir. Fonksiyonel değerlendirmenin ön aşamasında tipin gerçekleştirilmesinin failin hukuk düzenine karşı çıkışına nasıl dayandırılacağı yer alır. Failin bu şekilde davranışının sosyal önemine dayanan bir değerlendirme kusuru diğer bireylerin stabilizasyon ihtiyaçlarının dayandığı bir ihtiyaç olarak takdim eder ve tüm süreci dikkate alan bir değerlendirme şekli olarak ortaya çıkar.

Bu nedenle § 20 anlamında fiil sadece doğrudan hukuksal değeri ihlal eden davranış değil, norm ihlalinin meydana geldiği durumun ortaya konmasını da kapsamına alır ve ancak bu şekilde yapılabilecek bir yayılma gerçeğe en yakın bir değerlendirmeyi ve fiilin sosyal önemi ile kusurun isnadın uygunluğunu ortaya koyabilir. Bu genişletme failin kendi kendisini sarhoş etme fiilin tipik fiil mi yoksa hazırlık hareketi mi olması ile de bir bağlantısı yoktur. En azından teşebbüs aşamasına geçilmesi ile birlikte kişinin kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik fiilleri bir hazırlık hareketi olarak § 20 kapsamında fiildir. Ancak kusur yeteneğinin ortadan kaldırılmasına yönelik fiiller, daha sonra en azından teşebbüs aşamasında kalan bir fiil bulunmadığı sürece ceza hukuku bakımın bir öneme sahip değildir.

Bu genişletme veya yayılma § 8 in ifadesine de aykırı değildir, zira paragrafta fiille ne ifade edildiği tanımlanmamaktadır²⁰⁸. Her şeyden önce 22'nin ifadesi de kanunda yer alan fiil ifadelerinin birbirinden farklı anlamlara gelebildiğini göstermektedir. Maddeye göre her kim fiile ilişkin tasavvuruna göre tipi icraya doğrudan doğruya başlamışsa suça teşebbüs etmiştir. İlk fiil failin zihnindeki genel planı ifade eder, ikinci ise dar anlamda kanunda yer alan tipi. § 22 de yer alan bu terminolojik farklılık fiil ve tip arasındaki ayrımının buradaki yorumda da

²⁰⁷ Streng, **ZStW 101 (1989)**, s. 309, 310.

²⁰⁸ Streng, **ZStW 101 (1989)**, s. 311.

kullanılmasına mani değildir. 22 anlamında fiil’le 20 anlamında fiil aynı şekilde yorumlandığında failin zihninde, hazırlık hareketleri de dahil, tipin koşullarını gerçekleştirmek için geçireceği sürecin tamamı dahildir²⁰⁹.

(2) Eleştirisi

Bu görüş de eleştirilebilir. Öncelikle § 20 de ifade edilen fiilin farklı yorumlanarak teşebbüs öncesi bir aşamaya çekilmesi mümkün değildir²¹⁰. Ancak daha öncede söylendiği gibi Kanunun kendisi birden farklı anlamlara gelebilecek fiil kavramlarını benimsemiştir. § 20 ve § 22 deki fiil kavramları birbirinden farklıdır. § 22 tipe uygun fiilin icrasından söz etmektedir ve ceza kanunun özel bölümünde düzenlenen bir suçun koşullarının tamamlanması için zorunlu koşulu ifade etmektedir. Ancak § 20 bir fiilin icrasından söz etmektedir ve kanuni tipte düzenlenen suçun icrası zamanını düzenlemektedir.

§ 20 anlamında fiil ancak bu paragrafın amacı çerçevesinde belirlenmelidir. § 20 ve 21 de söz konusu olan belirli bir tarihi sürecin normun geçerliliği bakımından önemi bağlamında değerlendirilmesidir. Burada somut olarak hukuksal değeri ihlal eden ya da tehlikeye sokan davranışa yönelik irade oluşumu ya da buna tekabül eden özen yükümlülüğüne aykırılık tipin ön aşaması olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Buna karşılık § 22 de bir davranış ne zaman itibariyle cezalandırılabilir olduğunu ortaya koymaktadır²¹¹.

Bu tür bir durumda, sınırı § 22 ile belirlenmiş ve tip bakımından gerekli koşullar teşebbüs veya tamamlanmış suç bakımından kusurun tespitinde belirleyicidirler. Burada kusurla fiil arasında katı bir hem zamanlılık aranması buradan kaynaklanmamaktadır. Bu noktada belirleyici olan husus değerlendirmeye konu olan maddi vakıanın ana konusu haksızlık tipidir.

Hukuk güvenliği bakımından da kusuru haksızlık içerisinde almak bir sorun doğurmamaktadır. Hatta § 46 anlamında kusurun somutlaştırılmasından da hiçbir

²⁰⁹ Streng, **ZStW 101 (1989)**, s. 311.

²¹⁰ Otto, **Jura 1986**, s. 426, 429; Roxin, **FS Lackner**, s. 307, 309; Puppe, **JuS 1983**, s. 346; Maurach/Zipf, **AT**, § 34-54; Maurach, **JuS 1961**, s. 373, 377; Küper, **FS Leferenz**, s. 573; Hans Ulrich Paeffgen, “*Actio libera in causa und 323 a StGB*”, **ZStW 97 (1985)**, s. 513, 519.

²¹¹ Streng, **ZStW 101 (1989)**, s. 312-313.

düşüncede vazgeçilemez. Zira tipin koşulları ve haksızlığın sınırı faile neyin kusurlu davranış olarak isnad edilebileceğini belirlemektedir. Bu nedenle kusura fiile ilişkin ve haksızlığın değerlendirilmesinde gerekli olan ön davranışlar dahil edilebilir. Bu fonksiyonel kusur kavramının bahsi geçen geniş kusur kalıbı ile birlikte uygulanmasına, açıklanan kusur öğretisine ve adalet duygusuna uygun kusur fiil değerlendirmesine de uygun düşmektedir.

Kast bakımından da model eleştirilebilir. Hazırlık hareketleri sırasında var olan kast kanunun aradığı fiil kusuruna vücut vermemektedir. § 16 açıkça fiilin icrası sırasında var olan kasttan söz etmektedir. Ancak § 16 daki fiil kavramıyla § 20 deki fiil kavramından farklı anlaşılmak durumundadır. Kastın gerekliliği esasında toplama ilişkin bir değerlendirmeye ilişkin değil, failin her bir özel suç tipine ilişkin maddi, somut duruma ilişkin bilgisidir. § 16 anlamında kastın sınırlandırılmasına karşın kast kusur sahasının altında kastlı alic'in temellendirilmesinde kusur kalıbında vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Eğer kast sadece ihlal anında hukuksal değeri doğrudan ihlal eden fiili değil, aynı zamanda kusur yeteneğinin bulunduğu yani hareket yeteneğinin kaldırıldığı anda da var olduğu kabul edilirse, hukuku ihlal eden davranışlarda müşterek bir kusur değerlendirmesinde ihtiyaç duyulan ve gerekli olan devamlılık sağlanmış olur. Bu noktada bağlantı sağlayan ve devam eden bir kasttan söz edebilir. Bu kast kusur yeteneği bulunan durumdaki hazırlık ve kusur yeteneği bulunmayan durumdaki icrayı değerlendirme birliği bağlamında birbirine bağlayabilir. Kastlı alic'in temini için kastlı hukuksal değer ihlalinde devamlılığın gerekli olduğu burada temsil edilen görüşten çıkmaktadır ve bu görüşe göre kusur yeteneğini kaldırarak davranış tipteki fiil olarak değerlendirilmez. Kusurlu olarak neden olunan bir kusur yeteneksizliği durumunda başlanan bir fiilin tipe uygunluğu ve hukuka aykırılığı için daha fazla hususun tespiti gerekmektedir. Öncelikle kast kusur yeteneği bulunmayan durumda icra edilen ve hukuksal değeri doğrudan ihlal eden fiilde bulunmak durumdadır. Kusur kalıbı kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı da kapsadığına göre, kusur yeteneği bulunmayan durumda icra edilen kastlı fiil bakımından bu bozukluk da kasten ve kusurlu olarak ortaya konmuş olmalı ve fiil

kastı kusur yeteneği bulunmayan durumda icra edilen fiilde de söz konusu olduğuna göre, kasta dayanan kusurdan söz edilmelidir²¹².

Eğer kusur yeteneği bulunmayan failde irade oluşturma önemli ölçüde varsa, gönüllü vazgeçme yine mümkün olabilecektir. Fiilin bu şekilde algılanması durumunda alic'in cezalandırılması bakımından bir sorun kalmayacak, ayrıca ceza hukuku dogmatığının ana ilkelerinden ve hukuk güvenliğinden de taviz verilmemiş olacaktır.

§ 323a bakımından iki ana görüş bulunmaktadır. Bunların bir bölümü düzenlemeyi tehlike suçu olarak algılarken, bir bölümü § 20 ye getirilmiş bir istisna norm olarak algılar. *Streng'e* göre § 323a'nın somut veya soyut bir tehlike suçu olarak nitelendiren görüş ikna edici değildir. Herşeyden önce işlenen bir haksızlığın objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak kabulü gerçeğe yabancıdır. Zira bu durumda gerçekleştirilen fiil haksızlık üzerinde ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçlar arasında ceza ve kusurun ispatı da vardır. Yani 323a/2 cezayı kendi içerisinde belirlemekte 323a/3 ise sarhoşken icra edilen fiilin sonucuna bağlamaktadır. Kusurda farklılık yaratan objektif cezalandırılabilirlik koşullarından bağımsız olarak kimse salt sarhoş olmanın 5 yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir davranış olarak düzenlenmesi fikrine sıcak bakmayacaktır²¹³.

Federal Yüksek Mahkeme § 323a'ya ilişkin değerlendirmesinde maddenin kapsamına kusur yeteneği bulunurken icrasına başlanan bir fiille, bunun icrası kapsamında olan kusur yeteneği bulunmazken işlenen suçu bir arada değerlendirmiştir. Buradan hareketle § 323a'nın haksızlık unsuru ile bu durumda işlenen fiilin haksızlık unsuru arasında niteliksel değil niceliksel bir ayrım olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Bu görüşe göre § 323a tam anlamıyla özel bölümde yer alan bir suç düzenlemesi değil, kapalı da olsa genel hükümlere ilişkin bir düzenlemedir ve § 20'ye istisna getirmektedir. Bu istisnanın adalet düşüncesine uygun olduğu ve suç

²¹² Streng, **ZStW 101 (1989)**, s. 314, 315.

²¹³ Streng, **ZStW 101 (1989)**, s. 318.

politikası bakımından tartışmasız olduğunu açıktır. Ancak kusur ceza hukuku bağlamında varlığını sürdürebilmesi için temellendirmeye muhtaçtır²¹⁴.

Buradaki temellendirme ise suçun sonradan gerçekleşenlere neden olma bağlamında değil, öngörülemeyen bozukluk hali ya da mukadder zor durumla karakterize edilmesine bağlıdır. Zira hukuki cebir bireyin vatandaş olarak yasaklanmak zorunda olduğu durumda uygulanır. Failin cezalandırılması hukuki cebrin temini bağlamında gereksiz olarak ortaya çıkar. Bu düşünceye göre, yani sarhoşken gerçekleştirilen fiilleri mukadderat olarak gören düşünceye göre sarhoşken ika edilen fiiller bakımından fail normal bir birey olarak kabul edilemez ve bu anormallik onun davranışlarının ona isnad edilmesine mani olur. Buradan hareketle kusur yeteneği bulunmayan durumda insanın gerçekleştirdiği davranışlar karakterini yansıtmaz ve sorumluluğunu gerektirmez.

D. İSTİSNA MODELİ: SORUMLULUĞUN İSNADINDA İKAMECİ YAKLAŞIM

1. Temellendirmede Temel Yaklaşım ve İkameci Anlayış

İstisna modeli alic hallerinde cezalandırmanın, fiil ve kusurun hem zaman olması gerekliliğine işaret eden hem zamanlılık ilkesinin açık bir istisnası olduğunu kabul etmektedir²¹⁵. Alman hukuku bakımından bu istisnanın kanunda düzenlenmemiş olması dahi sorumluluğun isnadı bakımından bir önem taşımamaktadır. Zira söz konusu istisna kanun koyucu tarafından kabul edilmiş²¹⁶, örf ve adet hukukundan kaynaklanan²¹⁷ ve içtihatla²¹⁸ da kabul edilmiş bir istisnadır²¹⁹. Kanunda düzenlenmemiş olması da bu anlamda bir sorun ortaya

²¹⁴ Streng, **ZStW 101 (1989)**, s. 318, 319.

²¹⁵ Hruschka, **JuS 1968/12**, s. 554 vd.; Hruschka, **SchwZStr 90 (1974)**, s. 48 vd.; Hruschka, **JuS 1982**, s. 317 vd.; Hruschka, **ZStW 96/3 (1984)**, s. 661 vd.; Hruschka, **JZ 1989**, s. 310 vd.; Hruschka, **JZ 1996/2**, s. 64 vd.;

²¹⁶ Otto, **Jura 1986**, s. 431. Kavramın kanun koyucu tarafından kabul edildiğine ve kodifiye edilmemesine gerekçe olarak daha önceki reform çalışmalarında konunun düzenleme alanı dışında bırakılması ve çözümün öğreti ve uygulama tarafından bulunmasına ilişkin düşünceler gösterilmektedir. Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 335; Streng, **JZ 2000**, s. 22, Dn. 28.

²¹⁷ Jähnke, **LK (11)**, § 20 – 78.

²¹⁸ Hruschka, **JuS 1968**, s. 559; Jescheck/Weigend, **AT**, s. 445.

²¹⁹ Önder, bir gerekçe göstermemekle birlikte kuralın bir istisna olduğunu kabul etmemektedir. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, II, III**, s. 235.

çıkarmayacaktır. Kaldı ki kanunda her husus düzenlenmemektedir. Bu bağlamda hukuka uygunluk nedenlerinin sosyal etik gerekçelerle sınırlanması kabul edilmektedir²²⁰. Bu genel kabule karşın istisna modelini benimseyen bazı yazarlar bu çerçevede bir kanuni düzenleme yapılmasının daha yerinde olacağı düşüncesindedirler²²¹.

Anlam bilimsel anlamda *actio libera in causa* söz dizesi orta çağdan beri kullanılmaktadır. Bugünkü anlamda kullanımıysa *Wolff'un* görüşlerinde ve daha öncesinde *Pufendorf'un* hukuki çalışmalarında bulunabilir. 18. yüzyılda *actio libera* bugün bizim kullandığımız anlamda hareketi karşılamaktaydı. *Achenwall* bugünkü dil kullanımımızı da etkiler biçimde *actio hominis libera* ve *actio physice necessaria* ayrımını ortaya koydu. *actio physice necessaria*, kişinin mutlak bir zorunluluk nedeniyle gerçekleştirdiği ve karşısında karşılaşılanın gücünün yer aldığı bedensel harekettir. *actio physice necessaria* ve *actio libera* ayrımı bir hareketin isnad edilebilirliğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Daha açık ifadeyle isnad edilebilirlik ancak hareketin *actio libera* olmasına bağlıdır. Buradan hareketle *Pufendorf* tarafından ortaya konulan iki farklı kavramında ele alınması gerekir. *actio in se* ve *actio in sua causa*; *actio in se* kendisinde görülen hareket olarak, *actio sua causa* ise sebebinde görülen değerlendirilen olarak çevrilebilir. Hemen ifade edelim ki her ikisi de aslında *actio libera*'dir ve isnad edilebilirler. Bu dil kullanımı *Hruschka* tarafından bir kurtarma görevlisinin elindeki tek kurtarma imkânını kaybederek eylemsizliği durumu “*omissio libera in causa*” olarak tanımlanana kadar devam etti²²².

Hruschka'nın örneği şöyledir. Yüzme bilmeyen kurtarma görevlisi N, denizde bulunan kurtarma botunu tahrip eder. Daha sonra bu bot baldırına kramp girmiş olan E tarafından edinilir ancak E, N kendisini kurtarabilecek durumda olmadığından boğulur. Burada *omissio libera* da aynı zamanda bir *actio libera*'dir ve bu terminoloji sadece icrai hareketler bakımından da geçerlidir. “*omissio libera in causa*” dan bahsedildiğinde aslında E'nin boğulduğu zaman diliminde N'nin eylemsizliğinden

²²⁰ Otto, **Jura** 1986, s. 430.

²²¹ *Hruschka*, **JZ** 1996, s. 68; *Hruschka*, **JZ** 1997, s. 24; Neumann, “*Anmerkung*“ (*BGH, Urt. v. 22.08.1996 – 4 StR 217/96, NJW, 1997, s. 138; StV 97/I, s. 21-23*), **StV** 97/1, s. 25.

²²² *Hruschka*, **JZ** 1989/7, s. 310.

bahsedilmektedir, ne kurtarma botunun ve buna bağılı olarak da kurtulma imkanının kaybından değıil. Kurtarma imkânının yani botun yok edilmesi hareketi de henüz sorulmamış olan bu hareketin alic olmasının mümkün olup olmadığı sorusu nedeniyle kendinde değıerlendirilebilir bir *actio in se*'dir. Ancak bu hareketin alic olarak nitelendirilmesi anlamsız olacaktır. olic'den söz edildiğinde anlaşılması gereken, kurtarmama anında boğıulmakta olan kişiyi kurtarma hareketini ihmal ederek bu kurtarmamanın isnadıdır. Olayda da görüldüğü üzere fail esasında kurtarma imkânına da fiilen sahip değıildir. Bu sonuç ancak görevlinin emri yerine getirme imkânı olan durumlardaki eylemsizliklerinin ihmal olarak isnad edilebileceğine ilişkin genel kurala bir istisna teşkil etmektedir. Bu istisnanın uygun olup olmadığına gelince; bu istisna uygun ise, uygun görme ancak şu ana noktaya dayanabilir; kurtarma görevini taşıyan kişi, bu kurtarma imkânını kendisi yok etmiş olmalıdır. İsnad edilen olic'nin karşısındaki kurtarma imkânını yok etme fiili *actio praecedens*'tir ve olic isnadının zeminini oluşturur. Bunun dışındaki tüm durumlar, özellikle *actio praecedens*'in olic sayılması Latincenin yanlış kullanılmasından kaynaklanmaktadır²²³.

Mesele alic'in mazeret nedenleri ile bağılantılı olarak açıklanması durumunda görünürde daha karmaşık bir hal almaktadır. Kendinde özgür hareketle nedeninde özgür hareket arasındaki çelişki 18 yy. de oluşturuldu ve geliştirildi. Bu anlayışa göre isnadiyet iki ana aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamalardan ilki imputatio facti olarak adlandırılan ve konunun norm karşısında değıerlendirilmesini içeren durumdur. Günümüz kullanımında bu durumu hareket ya da fiil olarak tanımlıyoruz. Örneğin yukarıdaki örnekte E boğıulmaktayken N'nin eylemsizliğini emir normu olan "kurtarmalısına" uygun görüyoruz. 18. yy'da imputatio iuris olarak adlandırılan isnadiyetin ikinci aşaması ilgili normların uygulandığı koşulların oluşturduğu bir dizi tarafından yapılır ve ceza hukukunda eylemin bu tür bir norm uygulanması çerçevesinde hukuka aykırı olarak nitelendirilmesini gerektirir. Bu uygulama, normun uygulandığı duruma uygunluğunun tespitiyle son bulur. Ancak hukuka

²²³ Hruschka, **JZ 1989/7**, s. 311.

aykırılık değerlendirmesi fiilin kusura isnad edilebilirliği sorununu ortaya atar. Isnadiyetin ikinci aşaması işte hukuka aykırı fiilin kusura isnadıdır²²⁴.

Esas itibariyle her hukuka aykırı eylem kusura isnat edilebilir. Kuşkusuz buna mazeret nedenleri de dahildir. Bu neviden bir mazeret nedeni Al.CK'nun §35-1/1 de düzenlenmiştir. Buna göre yakınında ortaya çıkan bir tehlikeli durumda, tehlikeye mani olmak için hukuka aykırı bir fiil işleyen kişi mazur görülür. Burada kırılma noktası birinci aşama isnadiyet için geliştirilmiş olan kural istisna modeli ikinci aşama isnadiyete de paralele sahiptir. İmkansızlık zorunluluğu kaldırır şeklinde özetlenebilecek 1. aşama isnadiyet için geçerlidir, ki o öncelikle kendinde hareket isnat edilebilir, çünkü sadece onlarda emredilen kural yapılabilir ya da yasaklanandan kaçınılabilir. Bu nedene alıc kuralı istisnai biçimde kendinde değerlendirilebilir özgür hareket alıc olarak isnat edilebilir (zira kişi *actio praecedens* nedeniyle vaki özgür olmama halinden sorumludur). Kural isnadiyetin ikinci aşaması için de geçerlidir. Bu tür hukuka aykırı hareketler, failin bir tehlike içinde olmaksızın hareket ettiği, kusura isnat edilebilirler. İstisnai biçimde tıpkı § 35-1/1 de olduğu gibi failin tehlikeli bir durumda gerçekleştirdiği fiiller de eğer fail tehlikeye kendisi neden olmuşsa kusura isnat edilebilirler. Tehlike durumunda yapılan hiçbir fiil hukuka aykırı hareket olarak ne şimdi ne de 18. yy. da *actio libera in se* olarak ele alınmaz. Bir tehlike durumunda yapılan hukuka aykırı hareket ise fail bu tehlikenin de sebebi olması durumunda *actio libera in causa* olarak tanımlanır.

BayObLG²²⁵ böyle bir zorda kalış halinde alıc den söz etmiştir. 35-1/1 belirli bir *actio libera in causa*'nın isnat edilebilirliğinden bahsetmektedir²²⁶. Bu durum mevcut kitap ve şerhler alıc'le ilgili noktalarda her ne kadar faydalanmasa da bu husus geçerlidir. Alıc birincisinden ikinci isnadiyet aşamasında teknik terminolojinin nakliyle kaydı ve bugün artık *actio libera* sadece hareket anlamına gelmez isnat edilebilir hareket anlamına gelir²²⁷.

İçtihat tarafından bu görüş benimsenmiş olsaydı, kanun koyucu çoktan bu konuda § 20'ye bir istisna getirmek hususunda zorlanırdı, kaldı ki bu konuda

²²⁴ Hruschka, **JZ 1989/7**, s. 311.

²²⁵ MDR, 1955, s. 247.

²²⁶ Hruschka, **JZ 1989/7**, s. 311.

²²⁷ Hruschka, **JZ 1989/7**, s. 312.

Almanya'nın daha önceden bir tecrübesi var. (Bkz. ALR § 22). Ancak mahkemelerin yüz yıllık bir uygulamadan sonra kanun koyucuyu bir tarafa bırakarak § 20. ye bir istisna getirmeleri beklenmez. Hükümlerde yer alan alic e dayalı olarak failin cezalandırıldığı ifadelerinin ise tamamen içi boştur. Burada tüm açıklayıcı teoriler reddedilse bile, failin ceza sorumluluğunu temellendirmeye yarayan § 20. nin amaçsal indirgemesi tam olarak ne yapılmak istendiğini açıkça ifade etmektedir. Ancak bu görüşte suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bunun içinde akli makul gerekçeleri bulunmaktadır. Bunlar: 1. § 20'nin dolanılması sorunu çözmez, sadece örter. 2. sorunun § 20'nin amaçsal indirgemesiyle açıklanması veya § 20'nin hükmün lafzi yorumuna göre her olaya uygulanması, sonuç istenmese de, uygulanabilir değildir²²⁸.

alic sorunu tek başına § 20. ye bir istisna çerçevesinde ele alınamaz. Sorunun benzer biçimde isnadiyet yapılanmasına ilişkin paralel alanları da bulunmaktadır. Bu bağlamda sorun § 35'te yapılan düzenlemeye, aynı maddenin 2. fıkrasında getirilen tehlikeyi kendi yaratması durumu; § 17. de düzenlenen haksızlık hatasında kaçınılabilirlik kriteri bakımından da ele alınmalıdır. Ayrıca konu yine bir icranın ya da bir ihmalin hareket olarak nitelendirilmesi ve sürecin isnadiyla paralel olarak değerlendirilmelidir. Bir icranın ihmal edilmesi ya da bir eylemsizlik isnat edilirken failin başka türlü hareket etme imkânının bulunup bulunmadığı ve hareket yeteneğini ortadan kaldırılması durumunda, hareket yeteneğini ortadan kaldıranın sorumluluğun isnat edilebilmesi gerekir konuları alic'teki isnadiyet yapılanması ile paralellik arz etmektedir. Yine aynı şekilde taksirli suçlarda, failin fiilin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ile neticenin birbirinden bağımsız zaman dilimlerinde ortaya çıktığı durumlarda da olmaması durumlarında, isnad edilebilirlik esasında taksirli neticenin gerçekleştiği zaman diliminden daha önceki bir zamana dayanılarak yapılmaktadır. Pufendorf ve takipçileri tarafından otaya konan kavram dizileri ele alındığında; non coactum: zorunlu olmayan yapma, göz yumma veya ihmal etmelerdir ve sonuç olarak actio libera in se kapsamında değerlendirilir. coactum in se, sed non sua causa; zorunlu olan ancak zorunluluk durumundan failin kendisi sorumlu olduğundan isnad edilebilir yapma, göz yumma veya ihmali

²²⁸ Hruschka, **JZ** 1989/7, s. 312.

davranıştır. Coactum in se et in sua causa simul; zorunlu olan yapma, ihmal veya göz yummalardır ve bu zorunluluk vis absoluta derecesinde olduğundan kişiye isnat edilemezler²²⁹.

Yukarıda açıklanan görüşlerin her durumda – taksirli suçlarda örneğin - uygulanabilirliği tereddütlere neden olmaktadır. Fiili hata ve hukuki hata arasındaki paralellik göz önünde bulundurulduğunda sistemin uygulanabilirliği sorunu haksızlık bilincinin bulunmadığı olaylar bakımından da gündeme gelmektedir. Suçun maddi koşullarına ilişkin unsurların hukuki önemini anlamayan kişi, fiil bilinciyle ve aynı zamanda kasten hareket etmiş olmaz. Ancak buna rağmen kişi bu önemi anlamak zorundaysa veya anlayabilecek durumdaysa cezalandırılabilir. Diğer taraftan kendi fiilinin (bir kül halinde) hukuki önemini anlamayan kişi haksızlık bilinciyle hareket etmiş olmaz. Ancak kişi yine bu önemi anlayabilecek durumdaysa veya anlamak durumundaysa yine cezalandırılabilecektir.

Hata fiili ya da hukuki hata olarak ortaya çıkabilir. *ignorantia invincibilis in se, sed non sua causa*; ister hukuki ister fiili hata olsun *ignorantia invincibilis in se, sed non sua causa* söz konusu olduğunda fail, fiil sırasında fiilin unsurlarının hukuki öneminin bilgisine sahip değildir ve o an için bunlar kaçınılmaz durumdadır. Ancak fail, fiilin işlendiği zaman diliminden daha önceki bir zaman dilimde bu bilgiye sahip olsaydı kaçınmak imkanına sahip olabilirdi. Bu tür bir fiili hata örneği verilecek olursa: Ameliyat sırasında doktor, yaptığı müdahalenin hayati tehlike oluşturduğunu anlayamaz ve artık kaçınılabilir değildir. Ancak operasyon öncesi uygulanabilir diaonostik tedbirler vasıtasıyla bundan kaçınabilirdi. Fiili hata bakımından bir örnek vermek gerekirse: Ücra bir bölgede kurulu olan ve telefon bağlantısı olmayan acemi bir esnaf işyeri kapatma saatleri hakkındaki kanun hükümleri aleyhine daha uzun bir süre iş yerini açık tutar. Söz konusu zaman diliminde fail bakımından ilgili hukuk kuralını bilmemek kaçınılmazdır. Ancak esnaf daha önceki bir zaman diliminde, dükkânının açılışı sırasında bu bilgiyi edinebilirdi. İlk örnekte doktorun tıbbi müdahale ile hastayı taksirli öldürmesini ele aldık ve bunu diagnosun ihmali suretiyle olduğunu da kabul etmedik. İkinci örnekte ise esnafın dükkânını, ilgili kanun hükümlerine aykırı biçimde açık tutması fiilini ele aldık ve bu eylemin görevle ilgili

²²⁹ Hruschka, **JZ 1989/7**, s. 314.

bilgileri edinmek yükümlülüğünü ihmal suretiyle olduğunu da ifade etmedik. **Ancak biz burada taksirli bir suçu ya da işyeri kapatma kanuna muhalefet eyleminin kaçınılabilir yasak hatası içinde başladığını kabul ettik. Ancak dikkat edilirse, fiil anında bu eylemler bakımından failin artık kaçınılabirliğinden söz edemeyiz. Bu açıklamanın temelinde de aslında daha önce icra edilmiş ya da edilmemiş bir davranışı görmekteyiz. İki örnekte tipik alic benzerleridir.**

Operasyon olayını ele alacak olursak; Biz burada olayı taksirle öldürme olarak değerlendirdik, ancak bunun sebebi doktor tarafından yapılan müdahale değil doktorun planlanan müdahalenin hayati tehlikesini daha önce yapacağı bir diagnostik tedbirle tespit edebilecek durumda olmasıdır. Aslında biz burada bir tespit edilebilmek iktidarından ziyade tespit etmek yükümlülüğünün varlığını kabul ediyoruz. Başka bir ifadeyle doktor, tespit etmek yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu durumda hastanın ölümü bir taksirli öldürmedir ve operasyon anında tehlikenin bilinmemesine rağmen fail, *actio procedens* te sorumluluğunu ihlal ettiği için *actio libera*'dir. Benzer tespit dükkanını açık tutan esnaf için de geçerlidir. Ayrıca rastgele havaya taş atarak bir kişinin yaralanmasına neden olan kişi bakımından da aynı sonuca ulaşılabilir. Zira bu kişi, attığı taşın orada bulunması muhtemel bir başka kişi bakımından tehlikeli olabileceğini öngörebilecek durumundadır. Aslında bu kişi de bir görevini ihmal etmiştir. Ki o görev, attığı taşın başka insanlar bakımından tehlikeli olacağını öngörmek görevidir. Bu noktada taşı atan kişinin fiilinin sadece bir *omissio procedens* değil aynı zamanda *ommissi concomitas* olduğunu belirtirsek; görev ihmal ile bilgi edinmek yükümlülüğünün ihmal arasındaki fark da görülecektir. Ancak burada bu ayrım ciddi sonuçlara neden olmaz ve bir taş atan kişinin eylemi bakımından da *actio libera in causa dan* bahsedebiliriz. Ancak burada hareket, failin fiilin tüm unsurlarına havi olduğu bir ve kendinde özgür bir hareket değil, görevi ihlalinin isnadiyeti, bir başka yükümlülüğünün ihlaline dayandırılmaktadır²³⁰.

Açıkça ya da üstü kapalı biçimde alic kapsamında değerlendirilen yükümlülüklerin her birinin kaynağı ve kapsamı, alanı sorunlara neden olmaktadır. Sadece yukarıda açıklanan bilmek yükümlülüğü değil, aynı zamanda § 35. maddede

²³⁰ Hruschka, **JZ 1989**, ss. 314,315.

düzenlenen yükümlülüğe, 1-2 de belirtilen koşullara uygun olmaksızın girmeme yükümlülüğü; 20. madde de düzenlenen duruma, bu kuralın bir istisnası olmaksızın düşmeme yükümlülüğü, kurtarma botu örneğinde kurtarma imkanını muhafaza etmek yükümlülüğü aynı sorulara neden olmaktadır.

İstisna modeli §20'nin amaçsal indirgemesine ve hakkın kötüye kullanılması ilkelerine dayanır. Bu bağlamda kişinin kendi kusur yeteneğini kendi kusurlu fiili ile ortadan kaldırarak daha sonra da kusur yeteneği bulunmadığı için cezalandırılmaması kabul edilebilir bir durum değildir. İstisna modelinin temel iddiası, alic durumunun hem zamanlılık ilkesinin bir istisnası olduğudur. Bu çerçevede modelin isimlendirilmesinden hareketle kusur ilkesine bir istisna getirildiği şeklindeki eleştiriler modelin temsilcileri tarafından kabul edilmez. Zira bu yazarlara göre istisna getirilen kusur ilkesi değil, hem zamanlılık prensibidir. Hem zamanlılık ilkesi kusurun bir parçası değil, isnadiyetin yapılanmasında yönetsel bir ilkedir.

Kaldı ki, bu tür istisnalar hali hazırda kusur alanında zaten yer almaktadır. Hruschka bunlara örnek olarak yasak hatasını ve mazeret nedeni olan zorda kalışı göstermektedir. Yasak hatası hallerinde, failin fiilinin haksızlık oluşturduğunu bilmemesi kaçınılmaz bir yasak hatasına dayanıyorsa bu durumda kusuru bulunmadığı için sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak hata kaçınılabilir ise bu durumda sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmamaktadır. Kaçınılabilir yasak hatası durumunda, fiilinin bir haksızlık oluşturduğunu bilmeyen faile söylenen, fiilin icrasına başladığı zaman dilimine kadar, suç oluşturan davranışı emreden ya da yasaklayan normu öğrenme konusunda sorumlu ve hukuka sadık bir birey gibi davranmadığıdır. Eğer fail, fiilin icrasından önce hukuka sadık bir birey gibi davranmış olsaydı, norm bilgisine ulaşacak böylece haksızlık oluşturan fiili gerçekleştirmeyecekti. Görüldüğü üzere yasak hatasında kaçınılmazlık değerlendirmesi fiilin icrası anında değil, fiilin icrasından önce fail tarafından gerçekleştirilen davranışlarda aranmaktadır. Benzer durum mazeret nedeni zorda kalış halleri bakımından da geçerlidir. Kişi bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kurtulmak amacıyla bir suç işlediğinde, söz konusu suçu düzenleyen emredici ya da yasaklayıcı norma uygun davranması kendisinden beklenmediği için mazur

görülebcek ve cezalandırılmayacaktır. Ancak kişi kendisi bizzat tehlikeye neden olması durumunda mazeret nedeninden yararlanması mümkün değildir. Örneğin yaşadığı binada çıkan yangından kurtulmak için yandaki binanın pencerelerini kırarak içeri giren kişi fiili bir haksızlık teşkil etmesine karşı mazeret görülecektir. Fiilin icrası yani yan binanın pencerelerini kırma ve girme anı itibariyle karşılaştığı tehlikeden kurtulmak için bir başkasının hukuken korunan bir hakkına zarar vermektedir. Ancak söz konusu yangının fail tarafından çıkarılması durumunda failin zorunluluk durumundan yararlanma imkanı kalmayacaktır. Bu durumda da esasında failin fiilinden önce gerçekleştirdiğı ve kusur alanında sonuç doğuran bir davranışı sorumluluğun yüklenmesine neden olmaktadır.

İstisna modeli temsilcileri burada yer verilen örneklerde de izah edildiğı üzere, söz konusu istisnaların hali hazırda kanunda yer almakta olduğunu ve alic bakımından da bir kanuni düzenlemenin kusur ilkesine aykırı olmadığını ifade etmektedirler²³¹.

İstisna modelinin de kendi içerisinde temsilcileri bakımında ayrımlar olduğunu ifade etmemiz gerekir. Modelin kurucusu Hruschka, modeli Pufendorf'un iki aşamalı isnadiyet düşüncesine dayandırmaktadır. Hruschka'ya göre isnadiyet kuralları birincil ve ikincil isnadiyet kuralları şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. Birincil kural birinin öldürölmesinin yasaklanmasıdır. İkincil kural ise birincil kurala uyma yeteneğinin kişi tarafından muhafaza edilmesi zorunluluğudur²³². Kişinin ihmali suçlarda hareket yeteneğini koruması aynı şekilde kusur alanı bakımından normu algılamak ve bu algıya göre davranışlarını yönlendirme yeteneğini muhafaza

²³¹ Bkz. Hruschka, **JZ 1989**, s. 312.; Hruschka, **JZ 1996**, s. 68; Otto, "BGHSt. 42, 235 und die actio libera in causa", **Jura 1999**, s. 218; Günter Stratenwerth, "Vermeidbarer Schuldaußschluß", **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, Ed. Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schlling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski, Carl Heymanss Verlag, Köln Berlin Bonn München 1989, s. 494 vd.; Roxin, Hruschka tarafından ileri sürölün iki örneğı de reddetmektedir. Yazara göre yasak hatasında durum fiil kastı ile hukuki taksir arasında bir kombinasyondur. Mazeret nedeni olan zorda kalış bakımından ise durum kusurun isnadı ile ilgili değildir. Bilerek neden olmamak hali zaten mazeret nedeninin koşuludur. Roxin, **FS Lackner**, s. 310.

²³² Joachim Hruschka, "Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit", **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978**, Ed.: Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1979. s. 426.

etmesi ikincil normun kapsamına girmektedir²³³. O halde yazara göre bir kişiyi öldüren fail öncelikle birincil normu ihlal etmiştir. Bu öldürme normu, söz konusu öldürme fiilinin icra edilmemesi ya da ihmal edilmesi şeklinde ifade edilebilir. Eğer fail, bu emri ihlal eden davranışından ötürü kusur kınamasına muhatap olabilmesi için söz konusu davranış özgür iradesiyle gerçekleştirmiş olmalıdır. Birincil normun ihlali nedeniyle kişi eğer kınanamıyorsa ikincil norm bakımından bir ihlal olup olmadığı değerlendirilmelidir. Burada yanıtlanması gereken soru, failin özgür olmayışı kaçınılabilir bir durumdan mı kaynaklanmaktadır. Eğer failin içinde bulunduğu özgür olmama hali, kaçınılabilir ise fail norma uygun davranma yeteneğini ifade eden ikincil normu ihlal ettiği için yine kınanabilecek yani kendisine kusur izafe edilebilecektir.

Hakim görüş olan öne alma teorisinin ya adına rağmen yanlış olduğu söylenecek ya da bir norm ihlalinin kusura kusur yeteneksizliğine rağmen isnad edilmesinin alic kapsamında istemek öne alma teorisinin reddedilmesi anlamlı olacaktır.

Yalın bir nedensel vakıa ya da önlenebilir bir davranış olarak alic nedeninde bağımsız – doğal ya da gerekli değil - hareket olarak görüldüğünde, refleks niteliğinde ya da başkaca kontrol edilemeyen hareketlerle gerçekleştirilen suçlara ilişkin isnadiyet kriterlerini kapsamına alır. Örneğin: bir kamyon şoförü sokakta zıplamakta olan çocuktan kaçamaz, ancak yine de söz konusu yeteneksizliği için sorumluluğu devam eder. Çünkü öngörülen hız sınırına uygun davranmamıştır. Burada çocuğun ezilmesi olayı bakımından bir nedeninden bağımsız bir hareketten söz edilemez. Nedeninden bağımsızlık – doğal veya gerekli olmayan anlamında – çocuğun ezilmesi değil, çocuğu ezmeyi gerçekleştirememek yeteneğidir. Özgür olmayan bir hareketin tipik hareket olarak adlandırılması için gerekli olan koşullar failden bağımsız olarak oluşturulduğunun doğru olduğu anlamına gelir. Başka bir şekilde ifade edilmek gerekirse: Fail tarafından tipik hareketler değildir nedeninde özgür olarak oluşturulan; hareket alternatifleri arasında neticeden kaçınma amacına yönelik olarak davranışlarını yönlendirebilme yeteneksizliğidir.

²³³ Hruschka, **FS Bockelmann**, s. 427.

Actio libera in causa bakımından söz konusu olan özgürlük yalın nedenselliğin veya gerekliliğin karşılığı değildir. Failin bulunduğu özgür olmama hali, dogmatik yapılanmada örneğin ihtiyariyle vazgeçmeyi kapsamına almaz. Actio libera in causa hareket özgürlüğüne değil; irade özgürlüğüne denk düşmektedir. Bu ise şu anlama gelir ki bir maksadın başka bir maksat karşısında değerlendiren ağırlığı sebebiyle daha öne alınmasıdır. Alic'le taksir için başka bir sözcük değil de, kusurun isnadı bakımından kriterler kastedilirse, her durumda alicten değil, voluntas libera in causadan söz edilmesi daha doğrudur. Isnadiyet çerçevesinde bir alic söz konusu olabilmesi ancak haksızlık ve kusur kınaması arasındaki farkın hareket ve kusur yeteneği arasında hiçbir fark içermemesi, ve ayrıca haksızlık ve kusur kınaması arasındaki farkın sadece olması gereken ve olabilen arasındaki farkı ifade etmesi ve yapılabilecek olanın sonuç olarak kusur isnadıyla tamamlanması durumunda mümkündür. Haksızlık ve kusur kınaması arasındaki bu farkı savunulmaya devam edilecekse bu durum istikrarsız olacaktır. Failin uygun düşen davranışı yapabilecek durumda olmaması durumunda, ihmali bir davranış yükümlülüğün ihlali olarak nitelendirilemeyeceği tartışmasızdır. Ancak hareket kabiliyeti ihmali suçlarda haksızlık kınamasını kriteri olduğundan, suçun yapısında olması gereken ve olabilen ikilemesinden feragat edilir. Gerçi icrai suçlarda haksızlık kınaması ve kusur kınamasının olması gereken ve olabilenin karşılıklı olarak birbirini sınırlaması belirli bir sonucun irade edilip edilmemesine bağımlı değildir. Burada taslağı ortaya konan suç modeline göre kusur ve yükümlülüğün ihlali iki farklı yeteneği gerektirir. Hareketi belirli bir saik etkisi altında gerçekleştirmek (hareket yeteneği); bu saikin hukuken doğruluğuna göre yarışan saiklarda hareket üzerinde tesirli olduğun görebilmek yeteneği. Olabilecek olanların bu şekilde aşamalandırmasında kusurun yanında harekette dahili veya harici zorların bulunmaması değil, dahili veya harici zorların hareket üzerindeki etkili seçimin hukuki doğruluğu referanslarında bir rol oynar. Örneğin 6 yaşında bir çocuğun bir oyun oynarkenki hareketlerinde özgür olmadığını söyleyemeyiz. Kusur yeteneği ile ifade edilen aslında bundan çok daha fazlasıdır. Çocuk istekleri üzerinde kendisinden beklenen hukuki referanslara göre hareketlerini yönlendirme yeteneğine sahip değildir. alic'in hareketin üst düzenler tarafından yönlendirilen isteklere sınıflandırıldığı bu suç yapılanmasında bir karşılığı yoktur. Kusur yeteneği bulunmayan durumda işlenen fiiller peki ala özgür olarak

tarif edilebilir. Bu hareketler amaç rasyoneldir ve de üçüncü kişinin gai hareketlerine neden olmalarla ilgilidirler. Aksi durumda dolandırıcılık, iftira, adaleti yanıltma gibi suçlarda haksızlık ve kusur arasında ayırım mümkün değildir²³⁴.

2. Modele Yönelik Eleştiriler

İstisna modeline yöneltilen en temel eleştiri modelin kusur ilkesine ve kanunilik ilkesine aykırı olduğudur. Yukarıda ifade edilen ilkenin örf ve adet hukuku tarafından kabul edilmiş olması argümanı ciddi şekilde eleştirilmiştir. Kusur yeteneğine ilişkin düzenlemenin bu şekilde yorumlanması gerek madde metnine gerekse yorum kurallarının genel ilkelerine aykırı olarak nitelendirilmiştir²³⁵.

E. BAĞDAŞMAZLIK GÖRÜŞÜ

Bağdaşmazlık görüşü Alman hukuku bakımından geçerliliğini sürdürmektedir. Daha önce de açıklandığı üzere Alman hukukunda TCK'nun 34. Maddesine paralel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretinin bir bölümü alic hallerinde alman hukukunda cezalandırmayı kabul etmemektedir²³⁶. Bu durumda failin sadece 323a çerçevesinde ceza sorumluluğuna gidilebilecektir.

Bağdaşmazlık görüşüne göre alic açıkça Alman Ceza Kanunu § 20'nin lafzına aykırıdır. Hangi teori kabul edilirse edilsin alicten ötürü kişinin cezalandırılması kusur ilkesini ihlal edecektir. § 20. maddeye örf ve adet hukukundan kaynaklanan bir istisna getirmek ve kabul etmek de kanunilik ilkesini ihlal edecektir. Zira ceza hukukunda örf ve adet hukuku bir kaynak değildir veya çok sınırlı olarak bir kaynak olarak kullanılabilir. Ancak kanunda bu konuda açık bir düzenleme yapılması durumunda alic'ten ötürü kişinin cezalandırılması mümkün olabilecektir.

²³⁴ Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, s. 127 vd.

²³⁵ Lenckner/Perron, *S/S (26)*, § 20 – 25.

²³⁶ Hans-Ulrich Paeffgen, “*Actio libera in causa und 323 a StGB*”, *ZStW* 97, 1985, s. 513 vd.; Hans-Ullrich Paeffgen, *NK*, § 323a – 1 vd.; Hettinger, *Actio libera in causa*, s. 436 vd; Köhler, *AT*, s. 397, Köhler olması gereken hukuk bakımından istisna modeline katılmakla birlikte hali hazırdaki düzenleme karşısında bağdaşmazlık modelini tercih etmektedir.

Kusur yeteneği olmayan duruma neden olmak tipik hareketin bir parçası olarak kabul edilemez. Bu kaide sadece tek failli suçlar bakımından değil, tüm suçlar için geçerlidir. Buna rağmen alic durumunda cezalandırma boşluğu olduğu söylenemez zira 323 a devreye girecektir. Buna rağmen böyle bir ihtiyaç varsa bunu dolduracak kanun koyucudur. Kendi kusur yeteneğini ortadan kaldıran faili, dolaylı faillikle paralel gören ve adeta bir saatli bomba ya da ateşleme fitili olarak gören görüşlerde ortaya konamayan pek çok nedensellik ve kusur yeteneği sorununu ortaya koyacaktır. Ayrıca gözden uzak tutulan nokta, sözde kişinin kendi kendini alet olarak kullanması durumunda bu alet, sonuna kadar faal ve etkili olması gerektiğidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NEDENİNDE SERBEST HAREKETİN TÜRLERİ

UYGULANMASI VE SONUÇLAR

I. ALIC'İN TÜRLERİ

A. SINIFLANDIRMA VE KONUNUN SINIRLANDIRMASI

Kişinin kusur yeteneğini kendi kusurlu davranışı ile ortadan kaldırması ve bu durumdayken bir haksızlık icra etmesi iki aşamalı bir olay akışını gerektirmektedir. Bu akışın ilk aşamasında fail kasten veya taksirli bir davranışla kusur yeteneğini ortadan kaldırmakta, ikinci aşamada ise bir haksızlık gerçekleştirmektedir. Failin fiilin icrasına başladıktan sonra kusur yeteneğini kaybettiği durumlar, tedrici kusur yeteneksizliği¹ halleri ise incelememiz kapsamı dışında kalmaktadır, zira bu durumlarda nedeninde serbest hareketten söz edilmesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda failin sorumluluğu, kusur yeteneği ortaya çıkmazdan önce sahip olunan ve işlenen fiili de kapsayan kast üzerinden isnad edilebilir².

Bu iki aşamalı olay akışı birbirinden farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bunları dört farklı şekilde gruplandırmak ve çözümlemeleri bu gruplandırmalar üzerinden yapmak gerekmektedir. Birinci ihtimalde fail, belirli bir suç işleyeceğini bilerek ve isteyerek kusur yeteneğini ortadan kaldırır. Türk öğretisinde tasarlanmış sarhoşluk olarak adlandırılan bu durumda fail gerek kusur yeteneğini ortadan kaldıran ön

¹ Streng, **MüKo**, § 20 – 111; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 11. Bası, Seçkin Yay, Ankara 2011, s. 236.

² Federal Yüksek Mahkeme bu gibi durumları nedensel seri de önemsiz sapmaya ilişkin ölçütlerden yararlanarak çözümlemektedir. Mahkemeye göre bu durumda fail, kusur yeteneğine hala sahipken icrayı kararlaştırmış ve icraya başlamış, sonrasında kusur yeteneğinin kaybı bu noktada sonucun ortaya çıkmasında failin etkisini ve sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bkz. BGHSt 7, 328; BGHSt 23, 135; Söz konusu durumun klasik örneği olan kan tutmasına ilişkin olarak Bkz. Wilfried Küper, “Aspekte der „actio libera in causa“ - Ein Dialog“, **Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht, Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Hans-Jürgen Kerner, Hans Göppinger, Franz Streng), C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983, s. 588; Mahkeme uygulamasının eleştirisi için Bkz. Hruschka, “Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters – Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwSttrGB”, s. 60 vd.

davranışını gerekse bu durumdayken icra edeceği haksızlığı kasten gerçekleştirmektedir.

İkinci ihtimal fail, kasten kusur yeteneğini ortadan kaldırmakta ancak bu durumdayken kasten veya taksirle bir haksızlık işleyebileceğini öngörmesi gerekmesine rağmen öngörmemekte ve bu durumdayken bir haksızlık icra etmektedir. Bu durumda failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı kasten gerçekleştirilmiştir, ancak bir suç işleneceğine ilişkin kurduğu ilgi taksir tanımına uymaktadır. Fail bu durumdayken kasten veya taksirle bir suç işleyebilir. İkinci ihtimalle birinci ihtimal arasındaki temel fark failin kusur yeteneğini ortadan kaldırırken, daha sonra gerçekleşecek olan haksızlıkla kurduğu ilişkidir. Birinci ihtimalde tasarlanmış bir durum söz konusuysa ikinci ihtimalde haksızlığın işlenebileceğine ilişkin ihtimali öngörmeme hali söz konusudur.

Üçüncü ve dördüncü ihtimalde ise fail, kusur yeteneğini taksirli davranışları ile ortadan kaldırmaktadır. Yani fail, kullandığı alkol ya da başkaca maddelerin kusur yeteneğini ortadan kaldırabileceğini öngörmesi gerekirken öngörmemekte veya en azından öngörmesine rağmen istememektedir. Bu durumda fail iki farklı haksızlık gerçekleştirebilir. Bunlardan ilki fail, bu durumdayken kasten bir haksızlık icra edebilir, ikincisi ise fail taksirle bir haksızlık gerçekleştirebilir.

Her dört ihtimal bakımından öncelikle tespiti gereken husus, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırırken bu durumda bir haksızlık gerçekleştirebileceğinin en azından öngörülebilir olmasıdır. Öngörülme imkanı yoksa sorumluluğun isnadı söz konusu olmayacaktır. Burada aranması gereken failin somut olayda öngörmesi değil, neticenin objektif olarak öngörülebilir olmasıdır ³. Ancak, genel olarak kişinin kendisini norma muhatap süje olarak, norma uyamayacak duruma getirmesi öngörülebilirliğin koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Normla düzenlenmiş toplumsal hayat, bireylerden norma uygun davranmaya yetecek bilgi (yasak hatası), özen (taksir), vasıflara (kusur yeteneği)'ne de sahip olmalarını bir gereklilik olarak ortaya koymaktadır.

³ Aynı yönde Ünver, "Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı", s. 856; Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 237.

Kastlı alic ve taksirli alic şeklinde yapılan tasnifin içeriği ve tanımlaması öğretide tartışmalıdır. Bu noktada kast kast kombinasyonunun kastlı, taksir taksir kombinasyonunun taksirli alic'i oluşturduğu kabul edilmektedir, ancak bunun dışında kalan ihtimaller her bir temellendirme modeli bakımından farklı şekilde tanımlanmaktadır.

Bu aşamada öncelikle kastlı alic, taksirli alic ayrımında hangi ölçütün kullanılacağını belirlenmesi gerekmektedir. Bazı yazarlar sadece kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsurunu esas alarak değerlendirme yapmaktayken⁴, bazı yazarlar ve alman öğretisinin önemli bir bölümü gerek gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuru bakımından gerekse kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında sonra gerçekleştirilecek kastlı davranış için en azından olası kast ölçüsünde bir ilişki aramaktadırlar⁵. Türk öğretisinde Ünver, kastlı alic taksirli alic ayrımını kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın nitelendirmesine göre yapmaktadır. Yazara göre, kusur yeteneğinin kasten kaldırılması durumunda kastlı alic'ten söz edilmelidir. Ünver'e göre bu düşüncesini kusur yeteneğini kaldırın davranışla bu durumda icra edilen haksızlığın manevi unsurunun birbirinden ayrı değerlendirmesi gerekçesine dayandırmaktadır⁶. Bu noktada yazar tarafından ifade edilen, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın ika ediliş tarzıyla suçun manevi unsurunun birbirinden bağımsız olarak ele alınması gerektiği düşüncesine iştirak etmekle birlikte, ulaştığı sonuca katılamamaktayız. Kanaatimizce alic'in nitelendirilmesi bakımından kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın kasten veya taksirle gerçekleştirilmesinin bir önemi yoktur. Önemli olan husus, failin kusur yeteneğini kaldırdıktan sonra bir haksızlık işleyebileceğini öngörebilecek durumda olması veya öngörmek zorunda olması yeterlidir⁷.

Kastlı alic, taksirli alic arasında yapılacak ayırmada her şeyden önce temellendirmede benimsenin model belirleyici olacaktır. Yukarıda temellendirme

⁴ Hruschka, **JZ** 1997, s. 22; Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 29; Kindhäuser, **Gefährdung als Straftat**, s. 127.

⁵ Otto, **Grundkurs**, § 13 – 17 vd.

⁶ Ünver, “*Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı*”, s. 853.

⁷ Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 29

modellerine ilişkin açıklamalarımızda da ortaya konduğu üzere, temellendirme modelleri iki ana kol üzerinde çok farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Biz, gerek kanunumuzda benimsendiğinden gerekse başka şekilde alic'in açıklanmasını mümkün görmediğimizden istisna modeli çerçevesinde bu ayrımı açıklayacağız. Diğer yandan kavramın mantıksal analizi de bizi aşağıda açıklayacağımız sonuca ulaştırmaktadır. Nedeninde serbest hareket olarak nitelendirilen hareket ne failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışını ne de bu durumdayken işlediği haksızlıkla kurduğu bağlantıyı ifade etmektedir. Nedeninde serbest hareket, kişinin kusur yeteneğinin bulunmadığı durumda gerçekleştirdiği haksızlığı ifade etmektedir. O halde kastlı veya taksirli alic, gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuruna göre belirlenmelidir. Tekrar etmemiz gerekirse ceza hukukunun konusunu oluşturan cezalandırılabilir hareket sadece “actio libera”, yani özgür harekettir. Özgür hareket ise ya kendinde (actio libera in se) ya da nedeninde (actio libera in causa) bir insan iradesine isnat edilebilen hareket olarak anlaşılmalıdır. Nedeninde ötürü özgür kabul edilen hareket, kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen haksızlıktır. O halde kastlı veya taksirli alic, kusur yeteneği bulunmayan durumda icra edilen haksızlığın manevi unsuruna göre belirlenmelidir.

B. KASTLI ALİC

1. Genel Açıklama

Kastlı alic bakımından modeller üzerinden bir değerlendirme yapılmadan önce tüm modeller bakımından geçerli olan koşulu belirtmekte yarar görmekteyiz. Kastlı alic'ten söz edilebilmesi için her durumunda, kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen haksızlık kasten gerçekleştirilmiş olmalıdır. Failin kusur yeteneğini kaldıran hareketi de kasten gerçekleştirip gerçekleştirmesi gerekmediği her bir model tarafından farklı yanıtlanmaktadır⁸. Hemen ifade etmemiz gerekir ki Türk hukuku bakımından durum Alman hukuku kadar tartışmalı ve karmaşık değildir. Zira Kanunun aşağıda incelenecek olan 34. Maddesi kastlı ve taksirli alic'i de içeren ancak daha geniş kapsamlı bir alanı düzenlemektedir. Düzenlemelerde alkol

⁸ Schöch, **LK (12)**, § 20 – 202; Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 27.

veya uyuşturucu maddenin iradi olarak alınmasının yeterli görülmesi ve bunun dışında bir koşulun aranmaması hükmün uygulama alanını sadece klasik alic olayları dışında kalan her türlü sarhoşluk halini kapsar hale getirmektedir ⁹.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, biz kastlı alic'ten kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen kastlı haksızlık durumlarını anlamaktayız. Bunun dışında kanaatimizce kastlı alic'ten söz edilebilmesi için mutlaka kusur yeteneğinin de kasten ortadan kaldırılmasına ihtiyaç yoktur. Bu çerçevede kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışla failin kurduğu ilişki ile failin gerçekleştirdiği haksızlıkla kurduğu ilişki arasındaki bağ birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmek durumundadır. Aksi durumda yine kusur sahasında ilişkin değerlendirme ile haksızlık sahasına ilişkin değerlendirmenin birbiri ile karıştırılması gibi bir sonuç ortaya çıkacak, suçun yapısına ilişkin analizde, bu analizde takibi gereken mantık ve zincirin tersine çevrilmesini sonuçlayacaktır. Şöyle ki, bilindiği gibi yapıya ilişkin analize maddi, manevi unsurla başlanmakta, arından hukuka aykırılık değerlendirmesinde de olumlu sonuca ulaşılması ile haksızlık tespiti yapılmakta ve kusur sahasına geçilmektedir. Kusur sahasında kusur yeteneğine ilişkin incelemede, kusur yeteneğinin geçici kaybına ilişkin değerlendirmede failin bu davranışının ne şekilde gerçekleştiği incelenecek ve analize devam edilecektir. Çifte kast aranması durumunda bu aşamada kusur yeteneğinin de kasten ortadan kaldırıldığı tespit edilemezse, bu durumda baştan itibaren yapılan değerlendirmenin yanlış olduğu sonucuna ulaşılacak ve tekrar taksirli alic bakımından bir değerlendirme yapılacaktır. Daha açık ifadeyle, bu sistematik bir davranış hakkında kasten gerçekleştirildiği tespiti yapıldıktan sonra, ön davranış nedeniyle kasten gerçekleştirmemiştir gibi birbiri ile çelişen iki farklı değerlendirme yapılması mümkündür.

Bu nedenlerle kastlı alic, taksirli alic esasında dayanan ayırım, gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuruna göre yapılmalı ve bu değerlendirme birbiri ile çelişir değerlendirme ve tespitler içermemelidir. Bu sonuçları havi bir incelemeye de tipiklik modeli elverişli değildir.

⁹ Sabit Osman İsfen, **Das Schuldprinzip im Strafrecht – unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts**, C.H.Beck, München 2008, s. 173, 174.

2. Farklı Temellendirme Modelleri Bakımından Değerlendirme

a) Tipiklik Modeli

Kusur yeteneğini ortadan kaldıran ön davranışı (actio praecedens) sorumluluğun isnadı bakımından mihenk noktası olarak kabul eden görüş, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın sonra gerçekleştirilen haksızlık bakımından nedensel oluşuna¹⁰ ve bu nedenle de fiilin icrasına kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışla başladığı esastan hareket etmektedir.

Bu bağlamda tipiklik modeli bakımından kastlı alic'ten söz edilebilmesi için salt failin kusur yeteneği bulunmayan durumda kastlı bir haksızlık icrası yeterli değildir. Bunun yanında fail, kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı esnada bu durumda işleyeceği suçla en azından olası kast ölçüsünde bir ilişki kurmalıdır. Bu ilişki mutlaka failin suçu işleyebilmek için cesaret toplamak amacıyla kusur yeteneğini ortadan kaldırmasını gerektirmez¹¹. Önemli olan husus failin, kasten ya da olası kastla kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı sırada, bu durumda belirli bir suç işlemeyi istemesi ya da en azından işleyebileceğini kabullenmesi gerekmektedir.

Bu durumda tipiklik modeli bakımından kastlı alic için çifte kast gerekmektedir. Bunlardan ilki kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik, ikincisi ise bu durumda icra edilecek haksızlığa yöneliktir. Tipiklik modelinde fiil, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışla başladığından fail, bu esnada daha sonra gerçekleştireceği fiile yönelik de kasta sahip bulunması modelin kendi içinde tutarlılığının gereğidir. Bu model bakımından da fail, sonra gerçekleştirdiği fiil sırasında da kastını muhafaza etmek durumundadır¹². Kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında kastın bulunmaması durumunda tipiklik modeline göre

¹⁰ Bauman/Weber/Mitsch, **AT**, § 19 – 35; Dietrich Oehler, “Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung”, **GA 1956**, s. 1 vd; Dietrich Oehler, “Anmerkung – BGH Urteil 9.10.1969 – 2 StR 376/89“, **JZ 1970**, s. 380; Christian Bertel, “Begehungs- oder Unterlassungsdelikte?“, *Zur der Lehre von actio libera in causa*“, **JZ 1965**, s. 53; Peter Cramer, **Vollrauschtatbestand**, s. 129; Eckhard Horn, “Actio libera in causa – eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?“, **GA 1969**, s. 289; Kolz, **Alic**, s. 52; Krause, Mayer FS, s. 305; Maurach, **JuS 1961**, s. 373; Maurach/Zipf, **AT**, §36 – 54; Rudolphi, **SK**, § 20 – 28e; Puppe, “Grundzüge der actio libera in causa”, 348.

¹¹ BGH, **NStZ 2002**, s. 28; Schöch, **LK (12)**, § 20 – 202.

¹² Schöch, **LK (12)**, § 20 – 202.

fail daha sonra gerçekleştirdiği davranış kasten olsa dahi taksirli alic gündeme gelecektir ¹³.

Tipiklik modelinin kastlı alic bakımından öngördüğü çifte kast gerekliliği fiile ilişkin failin planlamasıyla gerçekleştirdiği fiil arasında ne ölçüde bir uyuma olması gerektiği sorununun ortaya çıkarmaktadır, zira kastın kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında tespiti, failin hangi haksızlığı gerçekleştireceğinin de tespit edilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır¹⁴. Örneğin fail cinsel saldırıda bulunmak istediği kişiyi karıştırır ve kusur yeteneğinin bulunmadığı durumda bir başka kişiye yönelik cinsel saldırıda bulunur. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu durumda error in persona (kişide hata) olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre failin kusur yeteneğinin bulunduğu andaki planlaması ve kastından esaslı bir ayrılma söz konusu değildir¹⁵. Ancak öğretide bu durumun abberatio ictus (hedefte sapma) olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre fail kusur yeteneği varken tespit ettiği amacından kendi kendisinin suç aracı olarak ayrılmıştır¹⁶. Mesele farklı yönleri ile değerlendirildiğinde farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Gerçekte icra edilen fiil bakımından kast kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonra değiştiğinden sadece Al.CK.'nın § 323a uygulama alanı bulabilecektir, zira kastlı alic bakımından kastın çifte fonksiyonu gerçekleşmemiştir. Hiç gerçekleştirilmeyen asıl plan dikkate alındığında ortada sadece bir hazırlık hareketi bulunmaktadır ve bunun cezalandırılması mümkün değildir¹⁷, zira fail planladığı fiili hiç gerçekleştirememiştir, gerçekleştirdiği fiil ise kastlı alic kapsamında değerlendirilemez. Son bir alternatif olarak da bazı yazarların ifade ettiği biçimde sadece teşebbüsten kişinin sorumlu tutulması mümkün olabilecektir¹⁸.

¹³ Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 28.

¹⁴ BGHSt 2, 14; BGH, **NStZ 1992**, s. 536; Schöch, **LK (12)**, § 20 – 203.

¹⁵ BGHSt 21, 381-384

¹⁶ Cramer/Sternberg – Lieben, **S/S**, § 15 – 56; Rudolphi, **SK**, § 16 – 31.

¹⁷ Wessels/ Beulke, **AT**, § 419; Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 32; Schöch, **LK (12)**, § 20 – 203; Bu yönde kararlar için Bkz. BGH, **StV 1993**, s. 356; OLG Schleswig, **NStZ 1986**, s. 511.

¹⁸ Baumann/ Weber/ Mitsch, **AT**, § 19 – 51; Jakobs, **AT**, 17 – 68; Roxin, **AT**, § 20 – 70; Wolter, **FS Leferenz**, s. 551.

Tipiklik modelinin kastlı alic bağlamında ortaya çıkardığı ilk sorun nedensellik bağlamında ele alınmalıdır, zira tipiklik modeli kapsamında geliştirilen temel argümanlardan ilki kastlı alic bakımından kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın nedenselliğidir¹⁹. Ancak bu kabul, bir taraftan son derece tartışmaya açıktır, diğer taraftan ise söz konusu modeli ciddi şekilde tartışmalı hale getirmektedir. Her şeyden önce kusur yeteneğini kaldıran davranış, genel anlamda ne de somut olayda işlenen haksızlık bakımından nedensel kabul edilemez. Kusur yeteneğini kaldıran davranış, ancak fail, kusur yeteneğine halen sahipken haksızlığı icra etmeye başlamaması durumunda mümkün olabilir. Kişinin bir taraftan kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışla suçun icrasına başladığını, diğer taraftan da kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın işlenen haksızlık bakımından nedensel olduğu ve sorumluluğun bu nedenle isnad edildiği düşüncesi birbiri ile çelişmektedir²⁰. Diğer yandan alkol alınmasaydı olay akışı bu şekilde olmazdı gibi bir ön kabul de sorumluluğun isnadı için yeterli değildir²¹. Bu eleştiri bazı yazarlar tarafından *conditio sine qua non* formülünün yanlış anlaşıldığı gerekçesiyle kabul edilmemektedir. Nedensellik serisindeki tüm faktörlerin eşit değerlendirdiği formüle göre, sonuca etki eden etkenlerden birisi olmasaydı sonuç oluşmazdı denebiliyorsa o etken nedensel kabul edilir. Bu yazarlara göre pek çok olayda kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış olmaksızın fiilin gerçekleşmesi olası değildir. Failin alkol almak suretiyle fiilin tür ve mahiyetini en azından modifiye etmektedir²².

Bu noktada ortaya çıkan sorun nedenselliğe ilişkin olmazsa olmaz formülünün psikolojik bir sürece uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Dış dünyada meydana gelen fiziki olaylara söz konusu formülün uygulanması, fiziki süreç

¹⁹ Puppe, **JuS 180**, s. 348; Stühler, **Die actio libera in causa**, s. 49.

²⁰ Neumann, **Zurechnung und Vorverschulden**, s. 26; Neumann, **Kaufmann FS**, s. 584; Wolfgang Brandstetter, **Grundfragen der Deliktsverwirklichung im Vollrausch**, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, Wien 1992, s. 29; Rath, **JuS 1995**, s. 408; Paeffgen, **NK**, § 323a – Vorb. 30; Amboss, **NJW 1997**, s. 2297.

²¹ Neumann, **Zurechnung und Vorverschulden**, s. 26;

²² Roxin, **AT I**, § 20 – 60; Roxin, **Lackner FS**, s. 312; Herzberg, **Spendel FS**, s. 217; Puppe, **JuS 1980**, s. 348; Küpper, **Leferenz FS**, s. 579; Spendel, **LK (11)**, § 323a – 159; Spendel, **Hirsch FS**, s. 385; Schlüchter, **Hirsch FS**, s. 350.

bakımından son derece makul kabul edilebilir. Ancak psikolojik bir süreçte formülün bu şekilde uygulanması ciddi şekilde şüpheyile karşılanmalıdır²³.

Tipiklik modelinin kastlı alic bakımından ortaya çıkardığı ikinci önemli sorun teşebbüs ve fiilin icrasına başlama bağlamında ele alınmalıdır. Sorumluluğun isnadı bakımından kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı, fiilin icrasının bir parçası olarak kabul eden model, teşebbüse ilişkin düzenlemelerle çelişmektedir²⁴. Bu kabul durumunda failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışa başladığı durumda, işlemeyi arzu ettiği suça teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir²⁵, ki bu durum modelin savunucuları tarafından dahi kabul edilmemektedir. Roxin, bu eleştiriye karşı alic'teki teşebbüs kurallarıyla genel teşebbüs kuralları ve uygulaması arasında bir fark olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre tipiklik modelinde teşebbüs aşamasının öne çekilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Fail, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı sırasında elbette teşebbüs aşamasında değildir. Ancak daha sonra bir suç işlemek kastının muhafaza ederek kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı an teşebbüs başlangıcıdır ve cezalandırma tıpkı dolaylı faillikte olduğu gibi, kusur yeteneği ortadan kaldırılarak bir araç haline gelen failin kusur yeteneksizliği durumuna girmesi ile mümkündür²⁶.

Diğer yandan tipiklik modelinin bu kabulü bağlı hareketli suçlarda ve suç tipinin belirli bir davranışın fail tarafından veya fail üzerinde gerçekleştirilmesini arayan *bizzat işlenebilen*²⁷ suçlarda (*eigenhändige Delikte*) uygulanma imkanı yoktur. Zira bu suçlarda kanun koyucu hangi hareketin cezalandırılacağını kesin

²³ Stühler, **Die actio libera in causa**, s. 51-52. Stühler objektif isnadiyette riskin yükseltilmesi kapsamında nedenselliğin var olduğunun kabul edilebileceğini ifade etmekle beraber, bu açıklamanın da bünyesinde zorluklar barındırdığını kabul etmektedir; Benzer bir yaklaşım Federal Yüksek Mahkeme tarafından da sergilenmiştir. Karar ve eleştiri için Bkz. Hruschka, "*Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters – Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwSttrGB*", s. 50, 51.

²⁴ Hannskarl Salger/ Norbert Muztbauer, "*Die actio libera in causa - eine rechtswidrige Rechtsfigur*", **NSfZ** 1993, s. 564-565; Hruschka, **JuS** 1968, s. 556; Hettinger, **GA** 1989, s. 18.

²⁵ Katzenstein, s. 48.

²⁶ Roxin, **AT I**, § 20 – 61; Roxin, **Lackner FS**, s. 314. Roxin tipiklik modelinin bir temsilcisi olmakla birlikte dolaylı failliği temellendirmelerinde kıyasen oldukça sık kullanmaktadır. Ancak yazar, dolaylı faillığe ilişkin görüşünde fiilin icrası bakımından, araç haline getirilen failin hataya düşmesi, kusur yeteneğinin ortadan kaldırması ya da fiil üzerinde hakimiyetini yitirmesi anını değil, fiili icraya doğrudan doğruya başlamayı aramaktadır. Eleştiri için Bkz. Stühler, **Die actio libera in causa**, s. 61.

²⁷ Bizzat işlenebilen suç ifadesi Türk öğretisinde ilk kez Koca/ Üzülmaz tarafından kullanılmıştır.

çizgilerle belirlemiştir ve tipiklik modelinin fiilin kusur yeteneğini kaldıran davranışla icraya başladığı argümanı temelsiz kalmaktadır. Nitekim Federal Yüksek Mahkemenin 4. Dairesi 1996 yılında verdiği bir kararında Al.CK'nun 315c maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunda alic'in uygulama imkanının olmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre söz konusu suçta aracı belirli durumlarda kullanmak suç olarak düzenlenmiştir. Bir aracın kullanımı, bir harekete neden olmak şeklinde değerlendirilemez. Fiilin icrası kanun tarafından kullanma hareketi şeklinde tanımlandığından bu hareketin tipiklik ya da fiil üzerinden açıklama yapan diğer modellerle temellendirilmesi ve alic'ten yararlanılarak failin cezalandırılması mümkün değildir. Fail sadece sarhoşluk suçunu düzenleyen 323a maddesine göre cezalandırılmalıdır. Aynı olayda mahkeme sanığın sebep olduğu iki sınır görevlisinin ölümünü ise taksirle öldürme olarak nitelendirmiş, 323a ya başvurmamıştır²⁸. Mahkeme tarafından yapılan yorum kendi içinde tutarlı olmakla birlikte, tipiklik modelinin kastlı alic'te dahi yetersizliğini ortaya koymaktadır.

Tipiklik modelinin kastlı alic'i açıklamaktaki bir diğer zorluğu kast dogmatığı alanında ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi fail, kusur yeteneğine sahipken kastını oluşturmalı, bu kast gerek kusur yeteneğinin ortadan kaldırılmasına, gerekse bu durumdayken icra edilecek fiile yönelik olmalıdır. Ancak yine aynı modele göre kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış fiilin icrasına başlangıç olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda failin iradesinin yöneldiği üç aşamalı bir olay akışı karşımıza çıkmaktadır. İlk aşamada fail kusur yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelik bir davranış gerçekleştirmektedir, örneğin alkol almaktadır. Fail bu davranışının kusur yeteneğini ortadan kaldıracağını da bilmekte ve istemekte en azından kabullenmektedir. Fail bunlar yanında bu durumdayken belirli bir fiil

²⁸ Karara konu olayda Danimarka vatandaşı kamyon sürücüsü sanık, Hollanda sınırından Almanya'ya girmeden önce kusur yeteneğini ortadan kaldıracak ölçüde alkol almış, bu durumdayken ve ehliyeti olmaksızın girdiği Almanya sınırında iki sınır görevlisinin ölümüne neden olmuştur. Yerel mahkemenin taksirle öldürme ve trafik güvenliğini tehlikeye sokmaktan verdiği hüküm, Federal Yüksek Mahkeme tarafından belirtilen gerekçelerle bozulmuştur. BGHSt 42, 235-243; Hirsch, bu olayda alic'in uygulanmamasını eleştirmektedir. Yazara göre tipiklik modelini karardaki gibi anlamak hatalı olacaktır. Zira tipiklik modelinde fail, kendi kendini işleyeceği suçta araç haline getirdiğinden, bizzat işlenebilen suçlarda fiilin tipiklik modeli çerçevesinde öne alınmasının mümkün olmadığı gerekçesi yerinde değildir. Alic'in tipik dolaylı faillik durumlarından en önemli farkı bir başkasının değil kendi kendinin araç olarak kullanılmasıdır. Bkz. Hirsch, **FS Nishihara**, s. 100 vd.

işlemeyi de istemektedir. Bu üç aşamadan kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış aynı zamanda fiilin icrasının bir başlangıcıdır. Bu durumda çifte kast olarak ifade edilen durum, belirli bir suç işlemek amacıyla içki içmek şeklinde mi tanımlanmalıdır yoksa kusur yeteneğinin kasten ortadan kaldırılması olarak mı? Bu sorular karşısında kastlı alic bakımından kastın kapsam ve yoğunluğu gibi sorunlar açıkta kalmaktadır²⁹.

Tipiklik modelinin ortaya çıkardığı bir diğer temel sorun ise suçun yapısı ve yapısal unsurların değerlendirilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Model, çifte kast gerekliliğine dayandığından, gerçekleşen haksızlık bakımından değerlendirme şu şekilde yapılmalıdır. Suçun maddi unsuruna ilişkin inceleme yapılırken, fiilin icrasına kusur yeteneğinin ortadan kaldırılması ile başlandığından, failin örneğin alkol tüketimi maddi unsurun bir parçası olarak kabul edilmek durumundadır. Yani fail, alkol tüketimi ile, dolaylı failliğe ilişkin hükmün kıyasen uygulanması ile, fiilin icrasında başlamıştır. Bu noktada söz konusu suç, bizzat işlenebilen suçlardan ise ya da kanunda maddi unsura ilişkin tanımlama fiilin bu şekilde yorum yoluyla öne alınmasına el vermiyorsa, maddi unsur incelemesi aşamasında suçun oluşmadığı tespiti yapılmak durumundadır. Bu durumda Alman hukuku bakımından elde kalan tek çare § 323a da düzenlenen sarhoşluk suçudur. Değerlendirme tipiklik modeline göre olumlu sonuçlanacak olursa, suçun manevi unsuruna ilişkin incelemeye geçilebilir. Bu noktada ise kastlı sorumluluğun isnad edilebilmesi için çifte kast gerektiğinden, kastın tespiti değerlendirmede önceki aşamaya gidilerek kusur yeteneğini kaldıran davranış sırasında ve ayrıca kusur yeteneği bulunmayan durumda icra edilen haksızlık bakımından yapılmalıdır. Her iki aşamada da failin kastı tespit edildiğinde fail, suçun maddi ve manevi unsurunu gerçekleştirmiş kabul edileceğinden, diğer unsurlara geçilebilir. Ancak eğer failin çifte kastı tespit edilemezse bu durumda, kastlı suçtan dolayı sorumluluk isnadı mümkün olmayacak, eğer fiilin taksirli şekli cezalandırılıyorsa, taksirli suça ilişkin olarak yeniden değerlendirme yapılmalıdır. Fail, kusur yeteneği bulunmayan durumda kasten hareket etmiş olsa dahi, eğer kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı sırasında,

²⁹ Neumann, *Zurechnung und Vorverschulden*, s. 28 – 30; Branstetter, *Grundfragen der Deliktsverwirklichung im Vollrausch*, s. 30-31.

bu haksızlığa yönelik en azından olası kastı söz konusu değilse, sorumluluğu taksir çerçevesinde belirlenecektir³⁰.

Görüldüğü gibi kastlı alic bakımından tipiklik modeli, bünyesinde teşebbüs ve fiile verilecek anlam, kastın suçun yapısındaki fonksiyonu, suçun yapısına ilişkin genel izlenmesi gereken yöntem noktasında aşılması imkansız pek çok sorun barındırmaktadır. Failin kasten hareket ettiğinin tespitine rağmen, başlangıçta fiile yönelik kastının bulunmamasından hareketle suçun taksirli suç olarak nitelendirilmesinin izahının bulunmadığı da ortadadır. Failin kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonra, çevresi ve davranışları ile hukuken kast olarak nitelendirilebilir bir ilişki kuramayacağının kabulüne dayanmak da kanımca mümkün değildir, zira çifte kastın varlığının kabul edildiği durumla çifte kastın bulunmadığı ancak kasten bir haksızlığın gerçekleştirildiği durum arasındaki fark objektif değil, failin niyetine ilişkin bir tespittir. Hakkın kötüye kullanılması argümanına dayanarak, hukukumuzda tasarlanmış sarhoşluk olarak nitelendirilen durumla yani çifte kastla bir haksızlık gerçekleştirme halini izah edebilmek de mümkün değildir. Bu yaklaşım her şeyden önce hakkın kötüye kullanılması argümanının tabiatına terstir. Söz konusu halde ortada kötüye kullanılan bir hak söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle, hakkın kötüye kullanılmasının bu durumlarda bir argüman olarak kullanılabilmesi için, kusur yeteneği olmayan bireyin cezalandırılmamak gibi bir hakkı olduğu tespitinin doğru olması gerekir. Oysa söz konusu durumu bir hak olarak da nitelendirmek mümkün değildir³¹.

b. İstisna Modeli

Kastlı alic'in açıklanmasında ikinci model istisna modelidir. Esasında istisna modelinin bu noktada genel kurallardan farklı ve yeni bir söylemi yoktur. İstisna modelinde fiil doğrudan doğruya maddi unsurun icrası ile başladığından, fail öncelikle bu esnada ya da suçun maddi unsurunu gerçekleştirdiği sırada kasten hareket etmelidir. Kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış bakımından sonraki

³⁰ Kindhäuser, AT, § 23 – 28.

³¹ Hakkın kötüye kullanılmasının ceza hukukunda bir argüman olarak kullanılması konusunda Bkz. Ralf Kölbel, “Das Rechtsmissbrauchs- Argument im Strafrecht”, GA 2005, s. 37 vd.

haksızlığını öngörebilecek durumda olması yeterlidir³². Bu çerçevede istisna modeli bakımından sübjektif isnadiyetin yani fiilin iradeye isnadının yani kusur kınamasının konusu ve nedeni birbirinden ayrı ayrı değerlendirilmek durumundadır. Isnadiyetin konusu her durumda gerçekleştirilen haksızlıktır. Dolayısıyla haksızlığın gerçekleştiriliş çerçevesi dışında bir kusur kınamasının faile yöneltilmesi mümkün değildir. Isnadiyetin sebebi ise konudan bağımsız olarak değerlendirilmek durumundadır. Bu noktada isnadiyetin sebebi maddi kusur düşüncesi ile birlikte ele alınmak durumundadır. Isnadiyetin sebebi, failin kendi kendisini norma uygun davranmak yeteneğinden yoksun bırakmasıdır. Norm, yöneldiği bireyden sadece norma uygun davranmasını değil, norma uygun davranmak için gerekli olan yetenek ve imkanları da bulundurmasını da beklemektedir³³.

C. TAKSİRLİ ALİC

Kastlı alic'in aksine taksirli alic üzerine öğretideki tartışmalar görece daha az ve fakat görüşler arasındaki farklılıklar daha keskindir. Genel kabul taksirli alic hallerinin failin, herhangi bir haksızlık icra etmek hususunda karar vermeksizin kusur yeteneğini kasten veya taksirle ortadan kaldırdığı ve bu durumda bir haksızlık gerçekleştireceğini taksirli olarak düşünmediği durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. İkinci ihtimal ise failin taksirle kusur yeteneğini ortadan kaldırdıktan sonra bu durumda bir haksızlık gerçekleştirmesidir³⁴. Her ne kadar uygulama alanı kastlı alic'ten daha geniş gibi görünse de, taksirli alic'in çok daha az tartışmalara neden olması, özellikle neticeli suçlarda taksirli alic'e ihtiyaç duyulmaması ve taksire ilişkin genel kurallarla sorunun çözümünün mümkün görülmesidir³⁵. Roxin bu bağlamda taksirli suçlarla taksirli alic arasında yapısal hiçbir farklılık olmadığını

³² Hruschka, **JZ** 1997, s. 22; Hruschka, **JZ** 1996, s. 72; Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 29.

³³ İstisna modelinin temellendirmesi bakımından isnadiyetin yapısı için Bkz. Hruschka, **Struktur der Zurechnung**, s. 40.

³⁴ Bu tanımlama hakim görüş tarafından ifade edilen taksirli alic tanımlamasıdır. İstisna modelinde ise taksirli alic'in tanımlanmasında kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın ne şekilde gerçekleştirildiği değil, bu durumdayken icra edilen haksızlığın ne şekilde gerçekleştirildiği önemlidir.

³⁵ Bkz. Roxin, **Lackner FS**, s. 311; Roxin, **AT I**, § 20 – 59; Horn, **GA** 1969, s. 289; Otto, **Jura** 1986, s. 433; Hettinger, **Die actio libera in causa**, s. 450; Hettinger, **GA** 1989, s. 1; Puppe, **JuS** 1980, s. 350; Küper, **Notstand**, s. 50; Paeffgen, **ZStW** 97 (1985), s. 525.

ifade etmektedir. Yazara göre yükümlülüğe aykırı davranış, sonradan sonuç doğurmak kaydıyla, tipe uygun hareket ve neticeden zamansal anlamda daha önce gerçekleşebilir. Bu konuda verdiği örnek ise daha önceki tecrübelerinden hareketle sarhoş olduğunda karısını döveceğini öngörmesi gereken fail, buna rağmen bu durumu düşünmeksizin sarhoş olursa karısının beden bütünlüğüne karşı izin verilmeyen bir risk yaratır. Bu durumda icra edilen yaralama fiili ise taksirli yaralama olarak nitelendirilmek durumundadır. Bu durum, hali hazırdaki taksir öğretisinin bir sonucudur³⁶.

Buna karşılık istisna modelinde taksirli alic, failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışını kasten veya taksirle kaldırmasından bağımsız olarak, bu durumdayken gerçekleştirdiği haksızlığın manevi unsuruna göre tanımlanmaktadır. Kastlı alic'te kastın çifte fonksiyonunun kabul edenler bakımından ise failin kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirdiği haksızlığın kasten olmasına karşın, kusur yeteneği ortadan kaldıran davranışı taksirle gerçekleştirmesi durumunda da taksirli alic gündeme gelecektir³⁷.

Öğretinin önemli bir bölümü, taksirli netice suçlarında fiilin actio praecedens'te bulunduğunu kabul etmektedir, zira taksirli suçlar bakımından hazırlık ya da icra hareketinden bahsedilmesi mümkün değildir. Taksirli suçlarda söz konusu olan kişinin yükümlülüklerine aykırı olarak yasaklanmış neticeye neden olmasıdır. Ancak bu yaklaşım istisna modeli temsilcilerince eleştirilmektedir.

Hruschka, Federal Yüksek Mahkemenin bizzat işlenebilen suçlara ilişkin kararına³⁸ ilişkin değerlendirmesinde gerek bizzat işlenebilen suçlar gerekse taksirli suçlarda alic'in uygulanmasına ilişkin genel çerçeve ve ilkeleri ortaya koymaktadır. Yazara göre Mahkemenin takip ettiği yöntem ve argümanlar tamamen yanlıştır, ancak mahkeme farkında olmadan da olsa kendisini doğrulamaktadır. Söz konusu kararda Mahkeme, Hollanda sınırından sarhoş biçimde Almanya'ya giren ve iki sınır görevlisinin ölümüne neden olan sanığın fiilini, taksirle öldürme olarak nitelendirmiş ancak bu nitelendirme için taksirli alic'e ihtiyacı olmadığını ifade etmiştir.

³⁶ Roxin, **AT I**, § 20 – 59; Horn, **GA 1969**, s. 302.

³⁷ Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 33.

³⁸ BGHSt 42, 235-243

Hruschka'ya göre mahkeme öncelikle taksirli suçlarda isnadiyetin konu ve nedenini birbirinden ayırmalıdır. Taksirli suçlar kusur kınamasının nedeni, fail tarafından gerçekleştirilen ve taksirli suç tipinde tanımlanan harekettir. Taksirli netice suçlarında ise kınamanın konusu failin suç tipinde belirlenen neticeye doğrudan neden olan harekettir. Bu genel çerçeve gerek kastlı gerek taksirli suçlar için aynıdır. Eğer fiilin icrası anında söz konusu hareket fail bakımından kaçınılmazsa bu hareket kusur kınamasının konusu olamaz. Bu olayda fail, hareketlerini yönlendirme yeteneğinden yoksundur ve aracın hızı artık kontrol edilebilecek limitlerin üstündedir. Bu durumda faile kusurun isnadı için failin daha önceki bir zaman dilimindeki hareketine müracaat edilmesi bir zorunluluktur. Söz konusu zaman diliminde, fail tipte belirtilen neticeyi ortaya çıkaran nedensel seriyi önleyebilmek veya ondan kaçınabilmek yetisine sahiptir. Bu noktada kusur isnadının ve kınamanın konusu failin neticeye doğrudan doğruya neden olan suç tipindeki neticeyi doğuran harekettir³⁹.

Kararda Mahkemece ifade edilen ve taksirli suçlarda alic'in kullanılmaması için kullanılan argümanları ve dili de eleştiren yazar, sanığın hareketinin "kaza olayında, sanık sınıra yaklaştığı sıradaki" davranışı şeklinde belirlemenin taksirle öldürme hareketine nazaran son derece yalın olduğunu ifade etmektedir. Mahkemenin tanımlamasına göre taksirli suçlarda kusur kınamasının konusu tipte belirtilen netice ile ilişki içinde olan failin özen yükümlülüğüne aykırı ve neticeye nedensel anlamda doğuran bir hareketi olmalıdır. Bu kabule göre ise kusur kınamasının konusu failin neticeden önce gerçekleştirdiği her hareket olabilir ve fail taksirli aynı mağdura yönelik olarak birden fazla öldürme hareketi gerçekleştirmiş olabilir. Mahkemenin bu şekilde karar vermiş olabileceği kabul edilemeyeceğine göre, kararda karıştırılan hususun kusur kınamasının nedeni ve konusudur⁴⁰. Kusur kınamasının nedeni, hangi koşullar altında bir davranış, neticeye neden olan taksirli neden olma hali olarak nitelendirilebilir. Taksirli fiilde fail, hareketinin taksirli sonucu doğurabileceğini idrak etmesi gerekirken veya idrak edebilecekken, idrak etmeksizin gerçekleştirmesidir. İdrak etmesinin gerekmesi failin davranışının

³⁹ Hruschka, **JZ 1997**, s. 24 vd.

⁴⁰ Hruschka, **JZ 1997**, s. 25.

tehlikeli bir sonuç doğuracağını idrak etmek hususunda bir yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir. İdrak edebilecek durumda olması ise failin, failin, hareketinin neticeye neden olabileceğini idrak etmek konusunda gerekli yetiye sahip olmasını ifade etmektedir. Fail bu yükümlülüğü bilir ve tehlikeyi idrak edebilir durumda olmasına rağmen yükümlülüğünü ihlal ederse taksirden söz edebiliriz. Bu durumda taksir kavramı, kastın surrogatı (ikamecisi) durumundadır. Örneğin bir ameliyat sırasında doktor dikkatsizliği neticesinde hastasının yaralanmasına neden olur. Bu durumda kusur kınamasının konusu ameliyat sırasında hastanın yaralanmasına neden olan harekettir. Doktorun dikkatsizliği kusur kınamasının konusunu oluşturamaz. Ancak taksirli suçta kusur kınamasının nedeni doktorun hastasında kendi davranışları nedeniyle gerçekleşecek tehlikeyi bilmek yükümlülüğüdür. Doktor hareketinin doğurabileceği tehlikeyi fark edebilecek durumda olmasına rağmen, fark etmeyerek bu yükümlülüğünü, dikkatsizliği neticesinde ihlal etmiştir⁴¹.

Fail fiilin icrası sırasında hareketinin neticeyi doğurma konusunda tehlikeliliğini fark edemeyecek durumda olabilir. Bu durumda yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde taksir kınamasının yüklenmesi mümkün değildir, zira fail hareketin gerçekleştiği sırada yükümlülüğünün farkında değildir. Ancak bu durumda zamansal anlamda üçüncü bir ihtimal gündeme gelecektir. Örneğin doktor yaptığı ameliyat sırasında gerçekleştirdiği hareketin neticeyi ortaya çıkarmak hususundaki tehlikeliliğinin farkında olabilecek durumda değildir. Ancak doktor operasyondan önceki bir zaman diliminde yapacağı çeşitli tahlillerle söz konusu tehlikeyi fark edebilecek durumdadır. Burada önemli olan ve anlatılmak istenen taksir kınamasında kınamanın konusu ve sebebi birbirinden farklı zamanlarda gerçekleşebileceğidir. Olayda taksir kınamasının konusu, taksirli davranışa doğrudan neden olan harekettir. Ancak sebebi fiilden önceki bir zaman diliminde gerçekleştirilen veya gerçekleştirilmeyen bir başka harekettir⁴².

⁴¹ Hruschka, **JZ** 1997, s. 25.

⁴² Burada akla gelebilecek bir soru da söz konusu yaralamanın ihmali mi yoksa icrai bir davranışla mı gerçekleştirildiğidir. Gerekli bilgileri almadan operasyonu yapmak doktor bakımından yasaklanmış bir davranış olarak nitelendirilebilir. Bu yasak, mutlak emir durumundadır. Ancak olaydaki doktor bakımından bu emrin bu şekilde gerçekleştiğini söylememiz mümkün değildir. Olayda doktor bakımından geçerli emir, ameliyat sırasında olası zararları önlemek için doğru zamanda gerekli tahlilleri yapmak şeklinde formüle edilebilir. Bu durumda söz konusu emir, mutlak değil varsayımsal

Taksire ilişkin bu görüşler ve temellendirmeden hareketle yazar, Federal Yüksek Mahkemenin bizzat işlenebilen suçlara ilişkin kararını şu şekilde değerlendirmektedir. Karara konu olayda iki sınır görevlisinin ölümünü sonuçlayan olay sırasında araç sanığın kontrolü dışındadır. Yani an itibarıyla ki bu zaman dilimi Z2 olarak adlandırılabilir, sanığın söz konusu kazadan kaçınmak imkanı yoktur. Ancak sanık bu zaman diliminden daha önceki bir zaman diliminde, Z1, örneğin fren yapmak suretiyle söz konusu kazadan ve sonuçtan kaçınabilmek imkanına sahiptir. Federal Yüksek Mahkeme bu zaman dilimini, sanığın sınıra yaklaştığı an olarak belirlemektedir. Mahkemece belirlenen bu zaman diliminde sanığın içinde bulunduğu durum bakımından ikili bir ayırım yapabiliriz. Sanık, her iki mağdur bakımından söz konusu olan tehlikenin farkındadır ve bu durumda fren yapmak gerekliliğinin idrakindedir. Bu durumda sanık durum idrak yükümlülüğünü de ihlal etmiştir. Bu durumda sanığın yükümlülük ve görev ihlali hem zamanlı durumdadır. Ancak Federal Yüksek Mahkeme sanığın Z1 olarak adlandırılan zaman diliminde mağdurlar üzerinde hareketinin neden olduğu tehlikenin idrakinde olmadığını ifade etmektedir. Bu durumda sanığın ne kasten ne de taksirle sorumluluğunun isnad edilmesi mümkün değildir. O halde T1 den daha önceki bir zaman diliminde isnadiyetin nedeninin aranması gerekir. Bu zaman dilimi T0 olarak adlandırılabilir. Sanık çok fazla alkol almak suretiyle vakıa akışının belirleyici etabında idrak yeteneğini ortadan kaldırmıştır. T0 bakımından sanığın yükümlülüğü, daha sonra araç kullanacağı gerekçesiyle idrak kabiliyetini muhafaza etmektedir. Sanık çok fazla alkol almak suretiyle bu yükümlülüğünü ihlal etmiştir ve taksir kınaması bu nedenle hukuka uygundur⁴³.

Hruschka, gerek taksirli fiillerde gerekse alic olaylarında benzer bir temellendirme anlayışına dayanmaktadır. Yazara göre, her iki durumda da sanık kendi yeteneklerini fiilin icrasından önceki bir zaman diliminde ortadan kaldırmakta ve yeteneksizlik durumunda suç tipini gerçekleştirmektedir. Her iki durumda da sorumluluğun isnadı için fiilden önceki zaman dilimine uzanmaktadır. Bu durum

bir emir durumundadır. Zira doktor söz konusu teşhisleri her durum ve koşulda değil, ancak bir operasyon yapmak niyetine sahip olduğunda zorundadır. Bu varsayımsal emir ancak belirli bir icrai davranış niyetiyle ortaya çıkacağından doktorun davranışının ihmali davranışla değil icrai davranışla taksirle yaralama olarak nitelendirilmesi gerekir. Hruschka, **JZ 1997**, s. 25.

⁴³ Hruschka, **JZ 1997**, s. 26.

taksirli sorumlulukla alic'in benzerliğini ortaya koymaktadır. Bu benzerlik taksir ve alic'i arasında bir başka ortak noktayı daha ortaya koymaktadır. Taksirli suçlarda failin fiilin icrası sırasında sahip olmadığı yeteneği suç tipi bakımından önemli olan durum ve unsurları idrak kabiliyetidir. Alic'te ise söz konusu durum ve unsurların hukuki önemini idrak kabiliyetinden söz etmekteyiz (fiilin haksızlığını öngörmek). Bu durumda karşımıza şu tablo çıkmaktadır. Failin suç tipi bakımından önemli durumları idrak yeteneği, durumun hukuki önemini idrak bakımından bir ön koşul durumundadır. O halde fail, taksir için aranan yeteneklerini kaybettiği durumda artık kusurlu davranmak için aranan yeteneğin varlığından da söz edemeyiz. Bu durumda taksirli alic durumlarında sorumluluğun isnadı bakımından failin her iki yeteneğe de sahip olduğu bir T0 zaman dilimine gitmemiz gerekir. Bu durumda da taksirli sorumluluğu isnad etmemizi sağlayan neden aynı zamanda alic'i de temellendirmemizi sağlayan nedendir. Bu nedenle Federal Yüksek Mahkeme'nin açıkça taksirli alic'e başvurmaması bu bağlamda herhangi bir hususu değiştirmeyecektir, zira taksirli sorumluluğu isnad ederek zaten açıkça zikretmemekle birlikte alic'i kullanmış durumdadır⁴⁴.

Sonuç olarak sadece istisna modeli bakımından taksirli alic'in tam anlamıyla bir uygulamasından söz edilebilir. Zira ancak hem zamanlılık ilkesine bir istisnanın gerekliliğinin kabulü durumunda suçun kusur yeteneği bulunmadığı durumda kasten veya taksirle gerçekleştirilebileceği aynı ölçüde kabul edilebilir. Ancak tipiklik modelinde olduğu gibi failin tipik fiilinin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı ile başladığı kabul edildiğinde taksirli alic'in gereksiz olduğu da kabul edilmek durumundadır⁴⁵. Zira bu durumda fail kusur yeteneği bulunan durumdayken taksirli davranışına başlamakta ve fiilin icrası sırasında kusur yeteneğini kaybetmektedir. O halde alic'in uygulama alanı da bulunmayacaktır. Bu durumda failin kusur yeteneğini kaldıran davranışı, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış olarak nitelendirilecektir⁴⁶.

⁴⁴ Hruschka, **JZ** 1997, s. 27; Taksir alic paralelliği için ayrıca Bkz. Kindhäuser, **Gefährdung als Straftat**, s. 127.

⁴⁵ Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 34.

⁴⁶ Benzer yaklaşım için Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** II – III, s.

Alic'in uygulanamayacağı durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiği ele alınmak durumundadır. Alic'in uygulanamaması, iki farklı nedenle ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, kabul edilen temellendirme modeline göre farklılık arz etmekle birlikte, söz konusu suçun alic bakımından uygulama olanağı olmayan suçlardan birisi olması gündeme gelecektir. İkincisi ise failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı sırasında, bu durumdayken bir haksızlık işleyebileceği öngörülemez durumdadır. Alman hukuku bakımından bu iki durumda Al. CK'nun 323a maddesi gündeme gelecektir. Hatırlanacağı üzere söz konusu suç tipi somut tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir ve suçun maddi unsurunu kişinin sarhoşluğu oluşturmaktadır. Bu durumdayken gerçekleştirilen haksızlık, kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle cezalandırılmamak yani alic uygulanmamak koşuluyla, hakim görüş tarafından objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak kabul edilmektedir.

II. TÜRK HUKUKUNDA *alic*

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Türk hukuku bakımından alic ikinci bölümde yapılan açıklamalar çerçevesinde istisna modelinin bir görünümü durumundadır. Öğretide bazı yazarlar alic'in temellendirilmesi bakımından tipiklik modelini kabul ettiklerini ifade etmekle birlikte⁴⁷, temellendirme modellerine ilişkin Türk hukukunda Kanun koyucu tercihini gerek mülga 765 sayılı Kanunun 48., gerekse 5237 sayılı Kanunun 34. Maddesinde istisna norm niteliğindeki düzenlemesi ile ortaya koymuştur. Ancak yukarıda Alman hukukuna ilişkin açıklamalarımız da göstermektedir ki, düzenleme bulunması dahi bu konuda tartışmaların ortadan kalkmasını temin etmemektedir⁴⁸.

⁴⁷ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s.; Aynı yönde Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 359.

⁴⁸ Alman hukukunda alic'e ve özellikle sarhoşluk durumuna ilişkin düzenleme yapılmamasının gerekçesi, öğretide Kanun koyucunun yapılan reform çalışmaları sırasında bu tür bir düzenlemeye ihtiyaç duymamasına bağlanmaktadır. Diğer yandan özellikle bağdaşmazlık görüşü savunucuları (Bkz. Michale Hettinger, "Actio Libera in Causa", in **Reform des Sanktionsrecht, Band 4: Alkohol als Strafmilderungsgrund, Vollrausch, Actio libera in causa**, Nomos, Baden Baden, 2001, s. 319) ve istisna görüşü savunucuları (Bkz. Hruschka, **JZ 1997**, 26) tarafından ileri sürülen Alman Ceza Kanunu § 20'ye bir ek fıkra konması ya da istisna durumlarının düzenlenmesine ilişkin görüşler, bazı yazarlarca bu tür bir düzenlemenin kusur ilkesine aykırı olacağı, zira bu durumda fiil öncesi

Hukukumuz bakımından öncelikle sorunun temelinin tespiti bakımından gerek kusur yeteneğine ilişkin düzenlemelere gerekse hem zamanlılık ilkesine değinilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi Al. CK'nun "Akli Rahatsızlıklar Nedeniyle Kusur Yeteneksizliği" başlığını taşıyan 20. Paragrafı sadece akıl hastalığı olarak nitelendirilen durumları değil, bunlar yanında akıl hastalığı olamayan ve kusur yeteneğini ortadan kaldıran durumları da kapsamına almaktadır. Düzenleme "Her kim fiilin icrası sırasında hastalık niteliğinde bir akli bozukluk, esaslı bir bilinç bozukluğu veya akıl zayıflığı ya da başka ağır bir akli bozukluktan ötürü fiilin haksızlığını idrak etmek ya da bu idrake göre hareket etmek yeteneğinden yoksunsa kusurlu hareket etmiş olmaz" şeklindedir. Görüldüğü gibi maddede yer alan kusur yeteneksizliği halleri, sadece akıl hastalıklarına değil, aynı zamanda akıl hastalığı niteliğinde olmayan nedenleri de kapsamına alır biçimde düzenlenmiştir. Bu çerçevede alkol veya diğer araçlarla ortaya çıkan sarhoşluk durumları maddede yer alan "hastalık niteliğinde bir akli bozukluk" olarak değerlendirilmektedir⁴⁹.

Hukukumuz bakımından ise Akıl hastalığı başlığını taşıyan 32. Madde açıkça akıl hastalığından söz ettiğinden sarhoşluk ya da hastalık teşkil etmeyen kusur yeteneğini ortadan kaldıran benzeri diğer nedenlerle, hareket yeteneğini ortadan kaldıran uyku hali gibi durumların ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda TCK'nun 34. Maddesi söz konusu durumlar için pozitif düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak 34. Madde benzeri bir düzenleme kanunda hiç yer almasaydı mevcut 32. Madde düzenlemesi karşısında nasıl hareket edilmesi gerektiği üzerinde durulabilir. Bu varsayım dahi çok fazla yorum zorluğuna neden olmamaktadır. Zira kusur yeteneğine ve ceza hukukunda hareket kavramına ilişkin genel kabullerden hareketle herhangi bir dış etkenin tesiri ile hareketlerinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği (*Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen*) veya bu algıya göre hareketlerini yönlendirme yeteneği (*Fähigkeit, nach dieser*

kusurun sorumluluğun isnadında temel alınması anlamına geleceği ve bunun kusur ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Roxin, **Lackner FS**, s. 317 vd.

⁴⁹ Roxin, **AT I**, § 20 – 9; Kindhäuser, **LPK**, 20 – 10, 11; Jähnke, **LK (11)**, § 20 – 24, 42; Ayrıca bkz. BGHSt 43, 69. Federal Yüksek Mahkeme, kandaki alkol oranının 2/1000'nin üzerinde olması durumunda kusur yeteneğinin azaldığını yani § 21'in uygulama alanı bulacağını, 3/1000 ve üzerinde ise kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalktığını yani § 20'nin uygulanacağını kabul etmekle birlikte, her somut olayda bu durumun ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini de ifade etmektedir. Kindhäuser, **LPK**, § 20 – 11.

Einsicht zu handeln) ortadan kalkmış kişinin kusur yeteneğinin en azından fiil anında bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bu durumda bir isnadiyet yapılanması olarak alic'ten yararlanılması gerekecektir. Bu noktada ise değerlendirilmesi gereken ilk husus hem zamanlılık ilkesidir.

B. TÜRK HUKUKUNDA HEM ZAMANLILIK İLKESİ

Hem zamanlılık ilkesi, yani suçun tüm yapısal unsurlarının suçun icrası süresince en az bir kez çakışması veya hem zamanlı olması kuralı, Türk hukukunda gerek öğretide gerekse pozitif düzenlemelerde kabul edilmektedir⁵⁰. Gerçekten de özellikle kanunun kusur ve kusur yeteneğine ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde kusur ve kusur yeteneği bakımından, tıpkı diğer yapısal unsurlarda olduğu gibi, fiilin icrası anının esas alındığı görülecektir. Kanunun unsur yanılgısına ilişkin 30/1., haksızlık hatasına ilişkin 30/4., yaş küçüklüğüne ilişkin 31., akıl hastalığına ilişkin 32., sağır ve dilsizliğe ilişkin 33., geçici nedenlere ilişkin 34. Maddeleri “işlediği fiil” ya da “fili işlediği sırada” ifadeleri ile hem zamanlılık ilkesine yer vermiştir. Öğretide bir yandan suçun manevi unsuru bağlamında diğer yandan da nedeninde serbest hareket kavramı bağlamında hem zamanlılık ilkesi ele alınmaktadır⁵¹.

Türk öğretisinde nedeninde serbest hareket kavramı bazı yazarlar tarafından kusurun aranacağı zaman başlığı altında kusura ilişkin genel açıklamalar içinde⁵², bazı yazarlar tarafından ise arızı nedenlerin ceza sorumluluğuna etkisi başlığı altında incelenmektedir⁵³. Öğretide alic'e ilişkin genel eğilim fiilin icrası sırasında esnasında

⁵⁰ İsfen, **Das Schuldprinzip im Strafrecht**, s. 175.

⁵¹ Füsün Sokullu-Akıncı, “Ceza Hukukunda Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Günleri**, İstanbul 1998, s. 105; Koca/ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 197, 198; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, Beta Yay., İstanbul 1992, s. 293, s. 234; Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 235.

⁵² Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II**, 12. Bası, Beta Yay., İstanbul 1999, No: 853; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 234 vd; Veli Özer Özbek/Nihat Kanbur/ Pınar Bacaksız/ Koray Doğan/ İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 338, 339.

⁵³ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 224; Kayıhan İçel/ Ali Hakan Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yay., İstanbul 2007, s. 184; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 358; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 337; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A.

olmayan kusur yeteneğinin varsayıldığının kanun tarafından kabul edildiği esasına dayanmaktadır⁵⁴. Alic olaylarında failin cezalandırılmasının kusur ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı noktasında ise öğretide ifade edilen görüş, söz konusu düzenlemenin irade özgürlüğü ve sübjektif sorumluluk ilkelerinin bir istisnası değil, kanunun kusur yeteneğine ilişkin bakış açısının ortaya konması şeklinde anlaşılması gerektiğidir. Gerçekten de söz konusu düzenlemenin kusur ilkesinin değil, hem zamanlılık ilkesinin bir istisnası olduğunun kabul edilmesi, hem zamanlılık ilkesinin ise kusur ilkesinin değil suçun yapısal unsurları ve tanımlamaya ilişkin genel geçer bir mantık kuralı olduğunun kabul edilmesi durumunda söz konusu düzenlemenin kusur ilkesi ile çatışan bir yanının olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.

C. TÜRK HUKUKUNDA ALİC'İN UYGULAMA ALANI

Yukarıda ikinci bölümde yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere nedeninde serbest hareket kavramı kusur yeteneğinin fiilin icrası sırasında bulunmaması durumunda gündeme gelecektir. Kusur yeteneğinin fiilin icrasından sonra ortadan kalkması, ya da fiilin icrasına başlandığında bulunmakla birlikte icra sırasında ortadan kalkması durumunda nedeninde serbest hareket bakımından yapılması gereken bir tartışma bulunmamaktadır⁵⁵. Bu noktada kusur yeteneğinin

Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Yay., Ankara 2009, s. 504; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yay., Ankara 2005, s. 405 vd.

⁵⁴ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, No: 853; İsfen, **Das Schulprinzip im Strafrecht**, s. 175.

⁵⁵ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 234; İçel/ Sokullu-Akinci/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 224, Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe alic'i bir tür karine olarak nitelendirmektedirler. Bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338; Bu konuda ele alınması gereken önemli bir sorun fiilin icrası sırasında failin kusur yeteneğini kaybederek öngörmediği ya da öngörülemez bir sonuca neden olmasıdır. Örneğe konu olay Federal Yüksek Mahkemenin kararında ele alınmıştır. Olayda aynı evde yaşamakta olan iki ev arkadaşı arasında çıkan kavga sırasında, fail ev arkadaşının yüzüne bir çekiçe vurur. Çekicinin açtığı yara öldürmeye elverişli değildir ancak yaralanma neticesinde ortaya çıkan kan failde kan tutulması olarak adlandırılan hale neden olur ve fail kendini kaybederek şuursuzca mağdurun kafasına vurmaya başlar. Ceset üzerinde yapılan inceleme sonucunda ölüm neticesinin kan tutulmasından sonra gerçekleştirilen hareketlerden kaynaklandığı sonucuna ulaşılır. Federal Yüksek Mahkeme olayda failin kasten öldürmeden sorumlu tutulmasına karar vermiştir. Kararın eleştirisi için Bkz. Hruschka, **SchwZStr 90 (1974)**, ss. 48-77. Karar ilişkin olarak ayrıca Bkz. Jakobs, AT, § 8/76; *Schröder* bu durumda failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. *Schröder*, **LK (11)**, § 16/33; Failin tamamlanmış suçtan sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin olarak Bkz. İçel/Sokullu-

fiilin tamamlanmasından sonra ortadan kalkması maddi ceza hukukunun değil, muhakeme hukukunun değerlendirme alanında girecektir. Ancak fiilin icrası sırasında kusur yeteneğinin kaybedilmesi durumu ayrıca değerlendirilmelidir. Özellikle failin, kusur yeteneğini fiilin icrası sırasında kaybetmesi bakımından ise kanaatimce ikili bir ayırım yapılmalıdır.

Fail, kusur yeteneğini kaybetmesine rağmen icrasına başladığı fiili tamamlar. İlk görüşe göre bu durumda fail sadece teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır, zira kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonraki aşama bakımından faile sorumluluk isnadı mümkün olamamalıdır⁵⁶. Diğer görüş ise bu durumda fail tamamlanmış suçtan sorumlu tutulmalıdır⁵⁷. Kanaatimce bu durumda failin teşebbüsten sorumlu tutularak ortaya çıkan neticenin kişinin sorumluluk alanı dışına çıkarılması mümkün değildir. Aksi durumda alic olayları bakımından da failin sadece teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği sonucunu akla getirecektir. Oysa fail kendi kusurlu fiili ile kusur yeteneğini üstelik fiilin icrasından önce değil, fiilin icrası sırasında ortadan kaldırmakta ve amaçlanan haksızlığı gerçekleştirmektedir. Alic bakımından fiil öncesi kusur yeteneğini kaldıran kusurlu hareketi yeterli gördükten sonra, izah edilen olay bakımından sorumluluğun sadece teşebbüs bakımından mümkün olabileceğini söylemek çelişik olacaktır.

Fiilin icrası sırasında ortaya çıkan kusur yeteneğinin kaybı durumunda ikinci ihtimal ise failin, fiilin icrası sırasında planladığı ya da gerçekleştirdiği haksızlıktan başka ya da daha ağır bir haksızlık meydana getirmesidir. Kişi yaralamak amacıyla mağdura vurduğu ilk darbe sonrasında kan tutulmasına uğrar ve şuursuzca muhatabına vurarak ölümüne neden olur. Bu durumda çözüm bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran neden fail bakımından öngörülebilir dahi değilse, örneğin fail kan tutması gibi bir durumu olduğunu bilmiyor ve bilebilecek durumda değilse, ağır netice bakımından taksirinden dahi söz edilemeyeceği için ortaya çıkan ağır ya da farklı neticeden

Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 224; Aynı yönde Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 358.

⁵⁶ Schröder, **LK (11)**, § 16/33.

⁵⁷ Jakobs, **AT**, § 8/76; İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/ Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 224; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 358.

sorumlu tutulması mümkün değildir. Buna karşın eğer kişi bu durumu biliyor ya da bilecek durumdaysa artık ağır netice bakımından taksirinden söz edilmesi mümkündür ve sonuç olarak netice sebebiyle ağırlaşmış fiilden sorumlu tutulması gerekecektir.

Türk öğretisinde kastlı alic'e için net bir tanımlama yapılmamaktadır. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe'ye göre kastlı alic, fail hem kusur yeteneğini kaldırmak, hem de bu durumdayken bir suç işlemek iradesiyle hareket etmektedir⁵⁸. Koca/Üzülmez'e göre, failin kusur yeteneğini kasten ortadan kaldırmasını ve bu davranışı sırasında kusur yeteneğinin bulunmadığı durumda bir suç işleyebileceğini öngörmesi gerekmektedir⁵⁹. Yazarlara göre kastlı alic durumunda kastın çifte etkisi gündeme gelecektir. Failin kusur yeteneğini kaldırırken gerek bu davranışına yönelik, gerekse bu durumdayken gerçekleştirmeyi istediği ya da kabullendiği fiil bakımından kastı bulunmalıdır⁶⁰. Ünver, kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen hareketin manevi unsurunun alic'in nitelendirilmesi bakımından bir önemi olmadığını, önemli olan hususun failin kusur yeteneğini kaldırırken gerçekleştirdiği davranışın ne şekilde gerçekleştirdiğini belirtmektedir. Yazara göre failin kasten kusur yeteneğini kaldırması durumunda kastlı alic'ten söz edilmesi gerekmektedir⁶¹.

D. ÖĞRETİDE ALİC'E İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Türk hukukunda nedeninde serbest hareket kavramı öğretide arızı nedenler başlığı altında ele alınmaktadır. Yazarların önemli bir bölümü, *alic'i* kusur yeteneğinin akıl hastalığı gibi devamlı ve failin elinde olmayan bir nedenle değil,

⁵⁸ Koca/ Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338; Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 339.

⁵⁹ Koca/ Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 345; Yazarlar tarafından sergilenen söz konusu yaklaşımın daha iyi anlaşılabilmesi için, yazarların kast tanımını bilme ve isteme şeklinde değil, bilme ve öngörme şeklinde yaptıklarının hatırlatılmasında yarar vardır. Bkz. Koca/ Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 191.

⁶⁰ Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 237.

⁶¹ Ünver, "*Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı*", s. 851.

geçici olarak ve failin kendi fiili neticesinde ortadan kalkması halleri başlığı altında ve özellikle sarhoşluk örneğinden hareketle incelemektedirler⁶².

Mülga 765 sayılı TCK'nun 48., 5237 sayılı TCK'nun 34. Maddesinde yer alan düzenleme bu noktada yapılan yorum ve tartışmaların pozitif temelini oluşturmaktadır. Ancak ifade etmemiz gerekir ki, öğretilerde Önder ve Ünver, alic'in ceza kanununda açıkça düzenlenmediğini ifade ederek mülga Kanunun 48/2. Fıkrasında yer alan düzenlemenin alic'in sadece bir bölümünü kapsamına aldığını haklı olarak ifade etmektedirler⁶³. Önder'e göre alic'e ilişkin genel bir düzenleme yapılmasına da gerek bulunmamaktadır⁶⁴. Yazar alic'in kusur yeteneği varken yapılan hareketin tipe uygun olduğu, dolaylı failliğe ilişkin hüküm ve fikirlerden yararlanılabileceği, hazırlık hareketlerinin icra başlangıcı niteliğinde kabul edilebileceği gibi Alman öğretisindeki görüşlerden hareketle alic'in Türk hukukunda gerek kastlı şeklinin gerekse taksirli şeklinin uygulanabileceği görüşündedir⁶⁵.

Önder kastlı alic'i, failin kastının gerek kusur yeteneğini kaldırmaya yönelik davranışa gerekse bu durumdayken gerçekleştirilmek istenen haksızlığı kapsamı durumunda kabul etmektedir. Taksirli alic'i ise failin kusur yeteneği bulunmayan durumda bir suç işleyebileceğini öngörmesi durumunda kabul etmektedir. Ancak devamında yazar tarafından yapılan açıklamalarda taksirli alic'in gereksiz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Yazara göre bir şoförün uykusu geldiği halde kaza yapmayacağını düşünerek aracını kullanmaya devam ederek kaza yapması halinde,

⁶² Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 253 vd; İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 225; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 358 vd.

⁶³ Ünver, "*Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı*", s. 819; Aynı şekilde Koca/ Üzülmüş de nedeninde serbest hareket kavramının sadece bu neden bakımından düzenlendiğini, ancak diğer geçici nedenler bakımından da uygulama imkanının bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Koca/ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338, 345, 348.

⁶⁴ Benzer görüşü savunan Artuk/ Gökçen/ Yenidünya da, 34. Madde kapsamında zikredilmeyen durumlar bakımından alic'ten yararlanılması gerektiğini, 34. Maddede yer alanlar bakımından alic'e ihtiyaç bulunmadığını belirtmektedirler. Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.; Kanaatimizce TCK. m. 34'ü alic'in bir ikamesi ya da alternatifi olarak düşünmek yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Alic, bu çerçevede üst kavram olarak ele alınmalıdır. Kaldı ki kanundaki düzenleme alic hallerini, özellikle sarhoşluk durumu örneğinde, teorik olarak kabul edilen alic'i de kapsar biçimde ve daha geniş bir biçimde düzenlemektedir.

⁶⁵ Önder sayılan görüşlerden hangisine iştirak ettiğini ifade etmemekle birlikte alic'in bir istisna teşkil etmediğini belirterek istisna modeline katılmadığını üstü kapalı biçimde ifade etmektedir. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 235.

anne hareketli uyuduğunu bildiği halde çocuğunu koynuna alarak uyuduğu ve çocuğun ölümüne neden olduğu durumda, bir binayı haşerelelerden korumak için gerçekleştirilen ilaçlama faaliyeti sırasında ilacı kullanan kişinin bayılması neticesinde binada bulunan bir çocuğun zehirlenmesine neden olduğu durumlarda alic'e başvurmaksızın kişileri, taksirli sorumluluğa ilişkin genel kurallardan hareketle sorumlu tutmak mümkündür⁶⁶.

Kanaatimce Alman öğretisinde tipiklik modelinden esinlenen bu görüş için öncelikle ifade edilmesi gereken husus taksirli sorumlulukta sorumluluğun esası üzerine kurulu olmalıdır. Taksirli alic'e ilişkin yaptığımız açıklamalarda da ifade ettiğimiz gibi, söz konusu örneklerde taksirle ortaya çıkan netice bakımından özen yükümlülüğüne aykırı davranışın ne olduğu ve tipik neticenin hangi hareket sonucu ortaya çıktığı izah edilememektedir. Bu çerçevede yazar tarafından verilen örneklerin tamamında, fail kendi kusurlu hareketiyle fiilin icrası anında kaçınabilmek yeteneğini ortadan kaldırmaktadır. Klasik taksirli suçlarla taksirli alic arasındaki temel fark da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Klasik taksirli fiillerde failin tipik neticeye neden olan özen yükümlülüğüne aykırı davranışı, tipik netice gerçekleşmezden önce halen kaçınılabılır durumdadır. Silahını tedbirsizce ortaya bırakan, bebeği pencereden düşme ihtimaline rağmen penceresini açık bırakan ebeveynin durumu ile bebeğini kucığına alarak uyuyan ve bu durumda ölümüne neden olan annenin durumu arasındaki fark, ilk ikisinde failin netice gerçeklemezden önce halen neticeyi önleyebilmek yeteneğine sahip olması ve fiili tipik neticeyi gerçekleştirirken halen hareketinin sonuçlarını öngörmek ve bu öngörü çerçevesinde hareket etmek yeteneğine sahip olmasıdır. Yazar tarafından verilen örnekler bakımından klasik bir taksir uygulaması hangi fiilin tipik neticeye neden olduğu bununla beraber fiilin icra anı gibi soruların yanıtsız kalmasını sonuçlayacaktır.

Önder, incelemesinde öncelikle 48. Maddenin birinci fıkrasının uygulama koşulları üzerinde durmaktadır. Yazara göre sorumsuzluk halinin uygulanabilmesi için öncelikle failin anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldıran veya bunu azaltan

⁶⁶ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 238; Benzer örneği Öztürk/ Erdem de alic'in uygulanmayacağı durumlara örnek olarak vermektedirler Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 238.

sebebin ortaya çıkmasında kusuru bulunmamalıdır. Ayrıca anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldıran neden akıl hastalığı gibi devamlılık arz eden bir niteliğe sahip olmamalı, geçici olmalıdır.

*İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver*⁶⁷, alic'i açıklayan iki model olduğunu ifade ettikten sonra istisna modelinin kusur ilkesini ihlal ettiğini, bu nedenle kabul edilemez olduğunu belirtmekte, algılama yeteneğini ortadan kaldıran davranışın sorumluluğun tayininde devre dışı bırakılmasının, bu durumdayken gerçekleştirilen davranışla bağlantısının kesilmesini sonuçlayacağına dayanmaktadır. Yazarlara göre tipiklik modeli sorumluluğun isnadı bakımından algılama yeteneğini ortadan kaldıran davranış esas almaktadır. Bu bağlamda taksirle algılama yeteneğinin kaldırılması durumunda, bu durumdayken gerçekleştirilen davranışın isnadı bakımından da taksirli sorumluluk ilkelerinin esas alınması gerekmektedir. Yani, karısını sinirlenen ve daha önceki tecrübelerinden hareketle alkol aldığı karısını dövebileceğini öngören fail, alkol alır ve bu durumdayken karısını döverse taksirli yaralamadan sorumlu tutulmalıdır. Fail bu amaçla ya da bu durumdayken karısını dövebileceğini kabullenerek alkol alması durumunda ise kasten veya olası kastla sorumlu tutulacaktır⁶⁸.

Esasında alic'in cezalandırılması bakımından tipiklik modeli içinde aranan çözümlerin tutarlı sonucu yazarlar tarafından yapılan açıklamada ifade edilmektedir. Gerçekten de eğer sorumluluğun isnadı fiilin bir biçimde kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışa genişletilmesi suretiyle sağlanabilecekse, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın icrası sırasında failin içinde bulunduğu durum, daha sonra gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuru bakımından da dikkate alınmak durumundadır.

Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe taksirli alic hallerini failin kusur yeteneğinin bulunmadığı bir durumda suç işleyebileceğini öngörerek kusur

⁶⁷ Yazarlardan Ünver, söz konusu görüşe iştirak etmemektedir. Yazar savunduğu görüş itibarıyla istisna modeline yakın durmakta ve sorumluluk şekli bakımından fiilin icrası sırasında failin kasten veya taksirle hareket etmesinin esas alınması görüşündedir. Bkz. Ünver, "*Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı*", s. 866.

⁶⁸ İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 225; Aynı açıklamalar Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 358; Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 458,459.

yeteneğini ortadan kaldırması olarak tanımlamakta, örnek olarak da çocuğunu kucağına alarak uyuyan annenin fiilini göstermektedir⁶⁹.

Koca/Üzülmez ise taksirli alic'i kusur yeteneği kast veya taksirli bir hareketle ortadan kaldırılmakta, bu durumdayken bir haksızlığa neden olabileceğini yükümlülüklerine aykırı olarak öngörmemekte veya öngörmesine rağmen istememektedir. Kastlı alic'i taksirli alic'ten ayıran husus, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında failin daha sonra gerçekleştirdiği davranışla kurduğu manevi ilişkidir⁷⁰. Ancak ifade etmemiz gerekir ki taksirli alic bakımından dikkat edilmesi gereken daha sonra gerçekleştirilen suçun manevi unsurudur. Kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen davranışın taksirli davranış olması durumunda taksirli alic'in uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi bu gibi durumlarda failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı içinde bulunulan koşullar gereği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak nitelendirilebilir⁷¹. Fakat bu kabulün doğal sonucu her durumda bu halin gerçekleşmeyeceğidir. Failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran fiili, bazen bir suçun maddi unsurunu oluşturabilir. Bu durumda artık taksirli alic tartışmasına ihtiyaç yoktur. Ancak bu değerlendirme yapılırken, failin hangi davranışının taksirli suçun maddi unsurunu oluşturduğu açıkça tespit edilebilir olmalıdır. Örneğin trafik güvenliğinin taksirle veya kasten tehlikeye sokulması suçlarında failin kusur yeteneği bulunmayan bir halde araç kullanması bu suç tiplerinin maddi unsurunu oluşturabilir. Hatta kasten tehlikeye sokma suçu bakımından bu hal kanunda açıkça düzenlenmiştir (TCK. 179/3). Ancak kusur yeteneği bulunmayan durumda araç kullanan kişinin neden olduğu taksirle öldürme suçu bakımından bu tespitin bu ölçüde kesin biçimde yapılması mümkün değildir. Benzer biçimde Koca/Üzülmez de taksirli alic bakımından ise, kişinin taksirli bir davranışla hareket yeteneğini de ortadan kaldırdığı durumlarda, hareket yeteneğini ortadan kaldıran davranışın taksirli davranışın icrasının başlangıcı olarak değerlendirilemediği durumlarda ancak taksirli alic'ten faydalanabileceğini ifade etmektedirler.

⁶⁹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 339.

⁷⁰ Koca/ Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 345.

⁷¹ Jescheck/ Weigend, **AT**, s. 447; Aynı yönde Koca/ Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 346.

Soyaslan, temellendirme modellerini tartışmamakla birlikte, alic'te söz konusu olan durumun kişinin kendi kendisini işleyeceği suç için araç haline getirdiğinden söz ederek dolaylı faillik görüşünce kullanılan argümanları kullanmaktadır⁷².

E. YARGITAY UYGULAMASI

Alic ve geçici nedenlerin ceza sorumluluğuna etkisi konusunda Yargıtay, klasik suç teorisinin yarattığı zorluklar nedeniyle zaman zaman kendi kararları içinde çelişkiye düşmektedir. Bu bağlamda yüksek mahkememizin alic'e ilişkin tutarlı bir temellendirmeye dayanan ve müstekar sayılabilecek bir uygulamasından söz edilmesi mümkün değildir.

Mülga kanunun 48/2., meri kanunun 34/2. Fıkrasında düzenlenen istisna norma ilişkin olarak “İradi ve ihtiyari sarhoşluğun ceza ehliyetini selbetmiyeceği düşünülmeyen mahkumiyet yerine yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi”ni hukuka aykırı bulan mahkeme⁷³ bir başka kararında söz konusu geçici nedeni kastın incelenmesi bağlamında ele almıştır. Kararda ulaşılan sonucu bir tarafa bırakmakla birlikte ortaya konan sorunun, sorunun çözümü için şeklinin yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmaması gerekir, zira söz konusu kararında yüksek mahkeme öğretide genel olarak hakim olan görüşe katılmakta, ancak temellendirmesini failin kastının bulunmadığı üzerinden yapmaktadır. Diğer yandan aynı kararda mahkemenin kusur yeteneğini ortadan kaldıran bir nedeninin failin kastının araştırılmasına engel olmadığı sonucuna ulaştığını da tespit etmekteyiz⁷⁴. Oysa söz konusu kararda

⁷² Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 407.

⁷³ 9. CD E. 1981/3354, K. 1981/3459, T. 21.10.1981.

⁷⁴ “Dosya kapsamına ve toplanan delillere göre; sanık, Bodrum Turgut Reis Ortaokulu mutemetliği görevini ifa etmekte olan 14 senelik bir memurdur. Olay gecesini, bu okul öğretmenlerinden arkadaşı D.A.L. adlı şahısla bir lokantada içki içerek sarhoş olmuş ve ona halinden bahisle kendisini evine götürmesi ricasında bulunmuştur. Adı geçeninin refakatinde lokantadan çıkarak yol üzerindeki heykelin önüne geldiğinde, arkadaşı ile birlikte platform üzerinden bir süre heykeli seyretmiş ve eve doğru giderken, 15-20 metrelik bir mesafe kat ettikten sonra aniden yalnız başına geri dönmüş, çim ve çiçekler arasından geçerek heykelin arka tarafına yönelmek suretiyle çıktığı platformda pramit şeklindeki heykel kaidesine doğru idrarını boşaltmıştır. Olay bundan ibaret olup, dosyadaki deliller, oluşu başka şekilde izah ile yorumlamaya müsait değildir.

Herşeyden önce şu hususu belirtmek gerekir ki; Yüce Atatürk'ün heykeline kasıtlı olarak işeyerek onu kirletmek hoşgörü ile karşılanması mümkün olmayan bir davranış tarzıdır. Bu çeşit bir eylem, 5816 sayılı Kanunda öngörülen suçu oluşturur.

Olayımızda yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlığın konusu, kasti olmayan bir davranışla Atatürk heykelinin kirletilmesi halinde de sanığa ceza verilip verilemeyeceği, kanunda öngörülen suça ait kastın ne olması gerekeceği ve ihtiyari ile (isteyerek) sarhoş olan sanığın kastının araştırılıp tartışılması icap edip etmeyeceği hususlarına ilişkin bulunmaktadır.

Zira soruşturma aşamalarında "sanığın, Atatürkçü bir kişi olup, Atatürk için şiirler yazdığı, olay anında kendisini bilmeyecek derecede sarhoş olduğundan heykele işeyip işemediğini bile hatırlayamadığı, suç konusu heykelin yapılması için kurulan derneğin üyesi olduğu, heykelin yapılması işine maddeten ve manen katıldığı, yalnız bu heykele değil, daha önce Ortaokulda yapılan Atatürk büstü için de maddi-manevi katkılarla bulunduğu, düşünce yapısı itibarıyla olayda iradi, kasti davranıştan söz edilemeyeceği vb.) hususlarda serdedilen savunmalar ve bu savunmaları kısmen teyit eden ve Turgut Reis Ortaokulu Müdür tarafından sanığa gönderilen (Cumhuriyetimizin kurucusu, devrimlerin yaratıcısı büyük kurtarıcımız, en büyük Türk aziz Atatürk'ün okulumuz bahçesine oturtulan büstünün ve kaidesinin yapılışı sırasında göstermiş olduğunuz bahçesine oturtulan büsbütün ve kaidesinin yapılışı sırasında göstermiş olduğunuz kişisel çaba, maddi ve manevi yardımlarından dolayı teşekkürle taltif edildiniz) şeklindeki mübrez 13 Temmuz 1972 gün ve 232.1-127 sayılı belgeye rağmen, yerel mahkeme soruşturmanın genişletilmesine ilişkin istekleri reddettiği gibi, 5816 sayılı kanun kapsamından (kirletmenin hakaret kastı ile yapıldığı anlamını çıkarmak mümkün değildir. Mücerret kirletmenin ceza müeyyidesi altına alındığı açıktır) yolundaki görüşle sanığın tecziyesi cihetine gitmiş; Özel Dairede çoğunluk görüşüne katılmayan Üyeler de; (sanığın ihtiyari ile sarhoş olmasının meydana gelen fiile etki yapmayacağını) belirtmişlerdir....

Bu açıklamalar göz önünde tutulduğunda; kirletmenin Atatürk'ün manevi varlığını, onun yarattığı Cumhuriyet ve inkılâplar rejimini, eserlerini... tahkir kastıyla yapıp yapılmadığı hususunun araştırılıp belirlenmesi lüzumu ortaya çıkmaktadır.

Olayın cereyan tarzı bakımından sanığın ihtiyari sarhoş olmasının meydana gelen fiilde etki yapip yapmayacağı araştırılıp belirlenmesi lüzumunu ortaya çıkmaktadır.

TCK.nun 48. madde ilk fıkrasında; suçun işlendiği esnada arızı bir sebepten dolayı 46 ve 47. maddelerde munderiç akli maluliyet halinde bulunan kimseler hakkında o maddedeki ahkam tatbik olunur denildikten sonra, ikinci fıkrasında; ihtiyari sarhoşlukla veya ihtiyari ile kullanılan uyuşturucu madde tesiri ile işlenen fiiller bu madde hükmünden hariçtir şeklindeki hükme yer verilmiştir.

Suçu cesaretle işlemek fikriyle isteyerek sarhoş olmak, yani tasarlanmış sarhoşluk hali dışında, ihtiyari sarhoşlukta iki vaziyet söz konusu olabilir. Bunlardan birincisi; kasten sarhoşluktur ki, fail hem alkollü içkiyi, hem de sonuncunda sarhoş olmayı ister. Diğer bir deyimle, failin iradesi hem sebebi, hem de neticeyi kapsar. İkincisi ise; taksirli sarhoşluktur. Bu gibi hallerde fail içki içmeyi ister, fakat bünyesinin dayanabileceğini düşünerek, bunun sonucunda sarhoş olmayı istemez. İradesi sebebe ilişkinse de, neticeyi kapsamamaktadır.

Tasarlanmış sarhoşluk halinde acciones liberea in causa hükümleri uygulanacağından mesele yoktur. Fakat isteyerek sarhoşluğun diğer iki halinde isnad yeteneğinin ne suretle ve hangi sebebe dayanarak kabul edileceği hususunda ise doktrinde birlik yoktur.

Ceza Kanunumuz anlayabilme ve isteyebilme yeteneği şeklinde açıkladığımız bir esası benimsemiş, isnad yeteneğini bu temele dayandırmıştır. Şu halde 48. maddenin son fıkrasını, irade serbestliği esasını ahlaki- manevi sorumluluk prensibine getirilen bir istisna olarak değil, yeteneği hakkındaki kanunun görüşünün bir uygulama şekli olarak anlamak uygun olur.

Kanunumuz, her türlü tereddüdü ortadan kaldırmak ve isteyerek sarhoşluğun bir özür sayılmasını kesin olarak önüne geçmek için bu açıklama hükmünü koymuştur.

Tam sarhoşluk durumunda olan bir kimsenin de suçu işlediği anda kendisinde kasıt mı, yoksa taksir mi bulunduğunu araştırmak ve ona göre sorumluluğunu belirlemek gerekir. Kanunumuzun 48. maddesinin son fıkrası böyle bir anlayışa engel değildir. Gerçekten bu fıkra, isteyerek sarhoş olanlar hakkında aynı maddenin 1. fıkrasının uygulanmayacağını, yani sarhoşun isnad yeteneğinde bir değişiklik meydana gelmeyeceğini belirtmektedir. Fakat manevi unsur sadece isnad yeteneğini değil, kusurluluğu da kapsamına almaktadır. Oysa, 48. maddenin son fıkrası isnad yeteneği problemini çözümlemekle yetinerek, kusurluluk konusunda bir hüküm getirmemektedir. Böyle olunca, isteyerek

dayanılması gereken husus, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı davranışı sırasında, bu durumdayken bu nitelikte bir suç işleyebileceğinin öngörülemez olmasıdır. Aşağıda izah edildiği üzere Türk öğreti ve uygulamasında kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında failin, bu durumda bir suç işleyeceğinin öngörülemez olması durumu değerlendirme kapsamı dışında tutulmaktadır. Oysa aşağıda da açıklayacağımız üzere, failin öngörmemesi hali değil, bir fiil işlenebileceği tamamen öngörülemezlik dışında kalıyorsa, failin buna rağmen cezalandırılması bir objektif sorumluluk halidir. Alic olaylarında failin cezalandırılmasının nedeni, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında bu durumda bir suç işleyebileceğine ilişkin öngörülebilirlik halidir. Ancak bu koşulla ön davranış, gerçekleştirilen haksızlığın isnadında neden olarak kullanılabilir. Aksi durumda, yani failin kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı sırada belirli bir fiilin işlenebileceği öngörülebilir olmalıdır. Kararda Genel Kurul tarafından kullanılan argümanların tamamı, failin isnad edilen Atatürke Hakaret fiilini işleyemeyeceği esasına dayanmaktadır. Failin kastının bulunmadığı şeklindeki yaklaşım maddi gerçeikle örtüşmemektedir.

Yine benzer bir kararında mahkeme, sarhoşluk halinin kasten veya taksirle davranmaya engel olmadığını belirtmesine rağmen, daha sonra failin gerçekleştirdiği fiili algılayamayacak ölçüde sarhoş olduğu gerekçesini kullanmış ve kastının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu kararda da klasik suç teorisinden hareket eden mahkeme, isnad yeteneğine ilişkin olduğunu ifade ettiği mülga Kanunun 48.

sarhoş olan kimsenin kusurluluk derecesini araştırmak, kasıtlı mı, taksirli mi, hatta kastın aşılması haliyle mi hareket eylediğine bakmak ve ona göre sorumluluğunu belirlemek gerekir (Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 7. Bası, S.235 ve devamı).

Binaenaleyh, ihtiyari ile (isteyerek) sarhoş olan sanığı işlediği fiildeki kastını araştırmamak, daima kasıtlı hareket ettiğini kabul etmek doğru olamaz.

Tüm bu hususlar gözönünde tutulup, Özel Daire bozma kararında belirtilen soruşturmalar yapılarak, sanığın geçmişteki tutum ve davranışları itibarıyla açıklığa çıkacak kişiliği, fikir ve düşünce yapısı ve fiilin işlendiği sıradaki şartlar nazara alınmak suretiyle, iradi olarak Atatürk'ün hatırasını, onun yarattığı Cumhuriyet inkılaplar rejimini, eserlerini...tahkir kastıyla hareket edip etmediğinin takdiri gerekirken, eksik soruşturmaya istinaden yazılı düşüncelerle hüküm tesisi yasaya aykırı bulunduğundan, sanığın temyiz itirazlarının kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Üyeler; Suç yerinde sanığın idrarını boşaltmaya daha elverişli boşluklar, 50 metre kadar ileride deniz de olduğu halde, geri dönüp merdivenleri de çıkararak heykelin kaidesine doğru işmesi olayında sanığın bilinçli olarak ve Atatürk heykelini kirletmek amacı ile hareket ettiğini kabulde zorunluluk bulunduğunu) ileri sürerek, direnme hükmünün onanması gerektiği yolundaki oy kullanmışlardır. CGK, E. 1983/9 K. 1983/530 T. 10.10.1983

Maddesinin sadece isnad yeteneğini çözümlediğini, kusura ilişkin herhangi bir tespitte bulunmadığı tespitini yaptıktan sonra söz konusu sarhoşluk halini kasten hareket etmeyi engelleyen bir durum olarak kabul etmiştir⁷⁵.

Yüksek mahkememiz bazı hastalıklar bakımından da geçici nedenlere ilişkin düzenlemelere atıf yapmaktadır. Bir kararında Yargıtay, epilepsi hastası⁷⁶ bir sanığın durumunu değerlendirdiği kararında failin epilepsi nöbetinde suç işlemediğini, işlediği suçta hastalığının bir etkisinin bulunmadığını kabul etmekle birlikte, epilepsinin kişide suç işlemeye yatkınlığı artırıcı “agresif amotif” bir yapı yarattığından, durumun 48. Madde kapsamında sayılıp sayılmayacağının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁷. Kanaatimce karar gerek mülga Kanun bakımından gerekse meri kanun bakımından hatalıdır. Olayda hali hazırda devam eden akıl hastalığının bir etkisi söz konusu değildir. Aksine hastalığın yarattığı etkiden söz edilmektedir. Bu nedenle karara konu olayda geçici nedenlere ilişkin düzenlemenin uygulanma imkanı yoktur. Ancak koşulları varsa mülga kanun 47. Maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılabilir. Yine bir başka kararında Yüksek

⁷⁵ Tüm bu açıklamalar göz önünde tutulup; fazla miktarda alkol almış bir halde müştekinin dükkânına giren sanığı, müştekiden sigara satın alıp bunu müştekiye yaktırdığında çakmağı beğenip pazarlık yaparak 1000 liraya satın aldığı ancak sarhoşluğun etkisiyle dükkânı terk etmeyip orada bulunanlarla kavga etmesi üzerine, olay yerinden geçen bekçilerin sanığı alıp karakola götürdükleri üzerinin aranmasında suça konu çakmağın çıktığı anlaşılmasına ve olayın baştan itibaren cereyan eden durumuna göre kaç çakmak satın aldığını fark edemeyecek derecede sarhoş olan sanığın meydana gelen kargaşa ya da bekçilerin olay yerine gelişinde satın aldığı çakmağı alması mümkün bulunduğu, mağdurun başlangıçta bu suçtan herhangi bir şikayeti olmadığına, çakmağı çalma durumu mevcut olsaydı aramanın yapıldığı karakola kadar aradan geçen zaman zarfında onu atması mümkün bulunduğu, müştekinin duruşmada sanığın hırsızlık suçunu işlemiş olacağına ihtimal veremeyeceği hususundaki açıklamasına sabıkasız olup İş gücü sahibi olan sanığın satın aldığı bir çakmak mevcut iken ikincisini çalmasını gerektirir bir sebep ya da amaç olamayacağına göre, sanıkta hırsızlık suçunun kastı oluşmamıştır. Bu itibarla sanık vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. CGK E. 1983/6-215, K. 1983/358, T. 24.10.1983

⁷⁶ Epilepsinin bir akıl hastalığı olarak kabul edilmemesi nedeniyle epilepsi etkisinde gerçekleştirilen fiiller bakımından da TCK’nun 34/1. Kapsamında değerlendirme yapılması çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir çözüm ise, sadece nöbet anları bakımından gerçekleştirilen fiiller bakımından söz konusu fiillerin hiçbir şekilde hareket olarak nitelendirilmemesi şeklinde ifade edilebilir. Bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, “Ceza Hukuku Boyutuyla Epilepsi ve Demans”, **Nöro Psikiyatri Forumu, C. 4, S. 1 (Eylül-Aralık 2010)**, s. 15.

⁷⁷ CGK, E. 416, K. 79, 27.02.1984. (Nakleden Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 254.)

Mahkeme, epilepsi halinin 48. Madde kapsamında değerlendirebileceğini ifade etmektedir⁷⁸.

F. TCK 34. Madde ve Uygulama Koşulları

1. 765 sayılı TCK'da *alic* düzenlemesi

Mülga Kanunun 48. Maddesine göre (1) “Suçu işlediği esnada ârizî bir sebepten dolayı 46 ve 47 nci maddelerde münderiç aklî maluliyet halinde bulunan kimseler hakkında o maddelerdeki ahkâm tatbik olunur.” (2) “İhtiyari sarhoşlukla ve ihtiyari ile kullanılan uyuşturucu madde tesiriyle işlenen fiiller bu madde hükmünden hariçtir.”⁷⁹

Mülga kanundaki düzenleme, akıl hastalığına ilişkin hükme atıf yapmaktadır. Ancak bu atıf sadece failin durumunun tespiti bakımındandır. Bunun dışında 46 veya 47. Maddede yer alan emniyet tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira söz konusu tedbirler tehlikelilik esasına dayanmaktadır. Geçici neden etkisi ile suç işleyen kişi bakımından ise tehlikelilikten söz etmek mümkün değildir⁸⁰.

⁷⁸ “Sanık Hakkı Burak Kurtcebe hakkında, Adana Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesince düzenlenen 12.2.2004 tarihli Sağlık Kurulu raporunda adı geçen sanığın işlemiş olduğu suçlar nedeniyle TCK.nun 48.maddesi delaleti ile TCK.nun 46.maddesinden yararlanmasının uygun olacağı belirtildiğine göre, raporda belirtildiği gibi; epilepsi hastası olan sanıkta tarif edilen bulguların TCK.nun 48.maddesinde mahiyeti açıklanan "arizi sebep" niteliğini taşıyıp taşımadığı bir kere de Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Dairesinden sorulup açıklığa kavuşturulduktan sonra uygulama yapılması gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesis kanuna aykırı” bulunmuştur. 9. CD., E. 2005/3370, K. 2005/6480, T. 27.9.2005; Buna karşın epilepsi hastalığının bir akıl hastalığı olmadığı yönünde tıbbi sahada ifade edilen görüşler dikkate alındığında, epilepsi nedeniyle yaşanan algı ve irade etkilenmeleri nedeniyle işlenen suçlarda uygulanabilecek 34. Madde dışında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. Mahmutoglu, “Ceza Hukuku Boyutuyla Epilepsi ve Demans”, s. 5. Ancak nöbet halinde gerçekleştirilen fiiller bakımından, hareketin dahi ortada olmadığı sonucuna da ulaşılabilir.

⁷⁹ Kanunun bu düzenlemesi mehzaz kanundan farklıdır. Mülga kanun maddenin birinci fıkrası kapsamına sadece istemeyerek sarhoşluklar halleri düzenlenmişken, 765 sayılı Kanunda arizi neden ifadesi konarak maddenin uygulama alanı genişletilmiştir. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 254.

⁸⁰ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 257; İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 227, Dn. 103; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 360, Dn. 669. Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe mülga kanun düzenlemesi için emniyet tedbiri uygulamasının mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 360; Benzer şekilde *Soyaslan* da geçici nedenler bakımından, geçici neden ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırıyorsa TCK’nun 57. Maddesinde düzenlenen tedavi tedbirinin kıyasen sanık hakkında uygulanabileceğini, zira tedavinin bir ceza değil tedbir olduğunu ifade etmektedir. Ancak tedavi tedbirin kıyasen uygulanabileceği düşüncesi Kanunun 2. Maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine açıkça aykırıdır.

Kişinin alkol veya uyuşturucu madde etkisi ile kusur yeteneğini kaybetmesi üç farklı şekilde olabilir. Bunlardan ilki fail, işleyeceği bir suç için cesaret toplayabilmek amacıyla alkol alabilir. Öğretide tasarlanmış sarhoşluk olarak adlandırılan bu durumda failin sorumluluğu devam edecektir. İkinci ihtimal fail alkol tüketmekte ve kusur yeteneğini kaybetmek istemektedir. Bu durumda ise kasti sarhoşluk söz konusudur. Son olarak fail alkol tüketmekte ancak kusur yeteneğini kaybetmek istememektedir. Bu durumda ise taksirli sarhoşluk hali söz konusudur. Her üç durum bakımından da mülga Kanun ihtiyari ile sarhoşluk veya ihtiyari ile kullanılan uyuşturucu maddeden söz ettiğinden failin sorumluluğu devam edecektir⁸¹.

Öğretide genel kabul kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın kasten veya taksirle gerçekleştirilmiş olması, bu durumda gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuru bakımından önemli ve bağlayıcı olmadığıdır. Kişi kasten kusur yeteneğini ortadan kaldırdıktan sonra taksirli bir fiil gerçekleştirebileceği gibi, taksirle kusur yeteneğini ortadan kaldırdıktan sonra kasten bir haksızlık gerçekleştirebilir⁸². Ancak aksi görüşe göre fail kusur yeteneğini taksirle ortadan kaldırmışsa artık bu durumdayken gerçekleştirdiği haksızlığın da manevi unsuru taksirli olmak durumundadır⁸³. Koca/ Üzülmüş de benzer görüşün esasını oluşturan kaygılarla hareket etmekle birlikte bu sonuca iştirak etmemektedirler. Yazarlara göre kusur veya hareket yeteneğini ortadan kaldıran davranışın kasten veya taksirle gerçekleştirilmesi ile bu durumdayken gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuru bakımından bağımsız değerlendirme yapılması kusur ilkesi bakımından sakıncalar doğurmaktadır. Yazarlar özellikle hareket yeteneğini de ortadan kaldıran nedenler bakımından, uyku hali gibi, failin bu durumdayken gerçekleştirdiği haksızlığın manevi unsurunun belirlenmesi için daha önceki davranışla bağlantı kurulmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedirler. Kastı alic bakımından da benzer yaklaşımı

⁸¹ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 258.

⁸² Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 258; İçel/Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 186; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 330; Centel/Zafer/Çakmut, **Ceza Hukukuna Giriş**, s. 381; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 362; Artuk/ Gökcen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 509.

⁸³ İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 227; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 360.

sergileyen yazarlar, kusur yeteneği bulunmayan kişinin hareket yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin ispat sorunlarının ancak kastlı alic bakımından kastın çifte fonksiyonlu olarak kabulü durumunda mümkün olduğunu ifade etmektedirler⁸⁴.

2. TCK 34. Maddenin Uygulanma Koşulları

a. Maddenin Yapısı ve Kural-İstisna İlişkisi

Gerek mülga, gerekse meri ceza kanununun nedeninde serbest hareket kavramının bir görünümü olan geçici nedenler ve alkol etkisi altında suç işleme hallerine ilişkin düzenlemeleri, açık biçimde istisna modeli ile ortaya konan açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmelidir⁸⁵. Ancak mevcut düzenleme, kastlı ve taksirli alic'e ilişkin açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere, failin kusur yeteneğini ortadan kaldırırken, daha sonra işleyebileceği haksızlıkla herhangi bir bağlantı aramamaktadır. Bu bağlamda mevcut düzenleme kusur yeteneğini ortadan kaldıran fiilin, yani iradi olarak alkol veya uyuşturucu madde alımını, bu durumdayken gerçekleştirilecek haksızlığın isnadı bakımından yeterli görmektedir⁸⁶. Bunun yanında maddenin kusur yeteneği tamamen ortadan kalkmış, kısmen ortadan kalkmış veya azalmış kişiler bakımından cezanın tayininde herhangi bir ayrıma gitmemesi de kusur ilkesi bakımından tartışmalara neden olabilecek niteliktedir. Bu noktada 34. Maddenin irade dışı alınan alkolde kusur yeteneği önemli olmayacak ölçüde azalmış kişiye kusur yeteneği tammişçasına ceza öngören düzenlemesi ile kusur ilkesi bakımından eleştirilmelidir⁸⁷.

⁸⁴ Koca/ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 346.

⁸⁵ İsfen, **Das Schulprinzip im Strafrecht**, s. 173.

⁸⁶ İsfen, **Das Schuldprinzip im Strafrecht**, s. 174.

⁸⁷ Bu yönde Roxin, **AT I**, § 20 – 37; Neumann, **StV 2003**, s. 530; Taner, **Ceza Hukuku**, s. 384; İsfen, **Das Schuldprinzip im Strafrecht**, s. 175.

b. Kural: Sorumsuzluk Hali

(1). Geçici Neden

Geçici nedenlerin neler olabileceği konusunda ise öğretide genel eğilim haklı olarak herhangi bir biçimde belirleme yapılmaması gerektiği yönündedir⁸⁸. Burada önemli olan söz konusu algılama ve hareketlerini yönlendirme yeteneğini ortadan kaldıran etkenin geçici nitelikte bulunması ve hastalık niteliğinde olmamasıdır. Öğretide örnek olarak verilen geçici nedenler arasında alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma, uyku hali, ateşli hastalık, hipnoz etkisi altında olma, zehirlenme, sar'a nöbeti, diyabet ya da çeşitli gebelik sonrası hastalıklar gösterilmektedir⁸⁹.

Geçici neden akıl hastalığı düzeyine ulaşmayan ve geçici nitelikteki neden olarak tanımlanmaktadır. Geçici nedenin mutlaka patolojik olmasına gerek yoktur⁹⁰. Söz konusu geçici nedeninin sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için irade dışı alınmış olması, kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini ölçüde azaltmış olması gerekmektedir⁹¹. 34. Madde düzenlemesinin mülga kanundan en önemli farkı, tamamen ceza sorumsuzluğunu öngörmesidir. Hatırlanacağı üzere 765 sayılı Kanunun 48. Maddesinde ceza sorumluluğuna değinmeksizin failin içinde bulunduğu duruma göre tam akıl hastalığına ilişkin 46. ve kısmi akıl hastalığına ilişkin 47. Maddenin uygulanması öngörülmüştü.

Maddenin ikinci fıkrasında iradi alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde işlenen suç bakımından sorumluluğun korunması, akla diğer geçici nedenler bakımından soru işaretlerini getirmektedir. Şöyle ki, sorumsuzluğu

⁸⁸ Koca/ Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338.

⁸⁹ Koca/ Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 504; Ayrıca Bkz. 34. Madde gerekçesi; *Soyaslan*, kitle halinde gerçekleştirilen davranışları ve kitle psikolojisi altında gerçekleştirilen fiilleri de geçici nedenler başlığı altında incelemekte, bu şartlar altında gerçekleştirilen davranışlarda kitleyi yönlendirenlerin daha ağır, tahrik edilenlerin ise daha hafif cezalar almasının daha yerinde olduğunu ifade etmektedir. Ancak bu tür durumları, yani insanların *galeyana* gelerek suç işlemelerini bir geçici neden saymak imkanı kanaatimce bulunmamaktadır. Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 407. Benzer bir olayda Askeri Yargıtay, söz konusu uygulama yönündeki talepleri kabul etmemiştir. Bkz. Askeri Yargıtay, 4. D., T. 12.10.1982, 792/756, karar için Bkz. Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Adalet Yay., Ankara 2011, s. 314.

⁹⁰ Koca/ Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338; Aksi görüş için Bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 360.

⁹¹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 360.

düzenleyen maddenin ilk fıkrası geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle suç işlenmesi durumunda ceza sorumluluğunun ortadan kalkacağı hükmüne yer verdikten sonra ikinci fıkra bu sorumsuzluk hallerinden sadece iradi alınan alkolün kapsam dışında tutulduğunu ifade etmektedir. O halde diğer geçici nedenler bakımından fail kendi kusurlu davranışı ile bir geçici neden yaratsa dahi sorumlu tutulmayacağı gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Öğretide Artuk/Gökçen/Yenidünya, alic'in bu durumda devreye gireceğini, iradi alınan alkol bakımından kanundaki açık düzenlemenin sorunu çözdüğünü ancak diğer geçici nedenler bakımından ise alic'in kullanılabileceğini ifade etmektedirler. Yazarlar bu duruma örnek olarak uyuyan şoför ve uyuyan anne örneklerini vermektedirler Nitekim öğretide bir suç işleme konusunda karar vermiş olan epilepsi hastası daha fiilin icrasına başlamadan önce nöbete yakalanarak öldürmek istediği kişinin ölümüne neden olması hali, alic kullanılmaksızın irade dışı kusur yeteneğinin kaybı olarak değerlendirilmiş ve failin sorumluluğuna gidilemeyeceği ifade edilmiştir⁹².

(2). İrade Dışı Alınan Alkol veya Uyuşturucu Madde

Mülga 765 sayılı Kanunda arızı olarak ifade edilen durum, 5237 sayılı TCK'nda irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde şeklinde ifade edilmiştir. Öğretide genel yaklaşım, her iki ifadenin paralel biçimde anlaşılması istikametindedir. Bu çerçevede sarhoşluğun ortaya çıkmasında failin hiçbir kusurunun bulunmadığı durumlarda irade dışı alınan sarhoş edici maddeden söz edilmesi gerekmektedir⁹³. Bu noktada failin önemli olan husus tükettiği içecek ya da maddenin, etki ve sonuçlarının bilgisine sahip olmamasıdır⁹⁴. Failin yanılarak ve zorla bu maddeleri alması durumunda sorumsuzluk hali gündeme gelecektir. Failin bu noktada kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış bakımından kınanabilmesi

⁹² İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 224.

⁹³ Alacakaptan, **Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet**, s. 37.

⁹⁴ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, s. 257; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 505.

mümkün değildir. Bu noktada failin kusur yeteneğinin ortadan kaldıran davranışında taksir derecesinde dahi bir kusurunun bulunmaması gerekmektedir⁹⁵.

Zorla, taksirin dahi izafe edilemeyeceği hatalı bir davranışla, zorunluluk halinde alınan alkol irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde grubunda yer alacağından sorumluluğu doğurmayacaktır⁹⁶.

Arızı ya da irade dışı sarhoşluk bakımından kanaatimizce yalnızca alkol tüketiminin, tüketilen maddenin sarhoş edici etkisinin bilinmemesi yeterli değildir. Bu noktada özellikle TCK'nun 34. Maddesinde yer verilen irade dışılık kavramının irdelenmesi gerekmektedir. Yalnızca maddenin sarhoş edici etkisini bilmek bu bağlamda yeterli olmayacaktır. Örneğin kendisinde bulunan bir patolojik durum nedeniyle aldığı çok az miktarda aldığı alkolün etkisi ile, öngörülemez biçimde sarhoş olan kişinin durumunun da irade dışı sarhoşluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁹⁷. Bu noktada önemli olan husus alkol tüketimini oluşturan fiil sırasında sarhoşluğun, failin fiili çerçevesinde öngörülebilir olmasıdır. Alacakaptan'ın zikrettiğimiz örneğinde olduğu gibi durumlarda failin iradi sarhoşluktan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Bu çerçevede, salt alkol içme hareket ile sarhoşluk durumu yani kusur yeteneğinin ortadan kalkması arasında doğal nedenselliği yeterli gören düşüncüyü kusur ilkesine aykırı görmekteyiz. Kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen haksızlığın kusura isnadı hali hazırda oldukça ciddi dogmatik güçlükler ve zorluklar barındırmaktadır. Kusur ilkesi ile bağdaşan bir çözümün bulunması ise, irade özgürlüğünü ve hukuka uygun olanı seçebilmek imkanına sahipken haksızlığı özgür iradesi ile seçen failin, kusur yeteneğine sahip olduğu

⁹⁵ Koca/ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 507; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 406.

⁹⁶ Alacakaptan zorda kalış nedeniyle sarhoşluğa örnek olarak susuz kalan kimsenin hayatını kurtarmak için alkol tüketmesini, ya da donmak üzere olan kişinin ısınmak için alkol tüketmesini örnek olarak vermektedir. Ancak yazar tarafından verilen ve mücbir neden etkisinde sarhoş olmaya örnek olarak verilen, çalıştığı yerdeki buharlar nedeniyle sarhoş olan kişinin durumu arızı sarhoşluk kapsamında değerlendirmeye elverişli değildir. Her şeyden önce söz konusu durumda bir mücbir nedenin varlığından söz edilmesine imkan bulunmamaktadır. Diğer örnekler için Bkz. Alacakaptan, **Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet**, s. 40; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 506.

⁹⁷ Alacakaptan, **Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet**, s. 37.

andaki yeti, öngörü ve durumu ile bir ilişki kurulması ile, daha açık ifadeyle ön davranıştaki kusurunun, fiilin icrasına ikamesi ile mümkün olabilecektir. Kusur yeteneğinin ortadan kalkmasında hiçbir kusuru bulunmayan kimsenin salt alkolü, alkol olduğunu bilerek tüketmesi, bu çerçevede yalın nedensellik üzerinden bir değerlendirme yapılması, kusur ilkesine aykırı sonuçlara ulaşmamıza neden olacaktır⁹⁸.

(3). Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılayamama

İrade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde bakımından, herhangi bir miktar sınırlaması ya da belirlemesi kanunumuzca haklı olarak yapılmamaktadır. Zira her bir geçici nedenin ya da alkolün bedende yarattığı etki kişiden kişiye değişmektedir⁹⁹. Alman hukukunda ise alkol etkisi altında işlenen suçlar bakımından federal yüksek mahkeme bir sınırlama yapmakla birlikte her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılması gerektiğini de ifade etmektedir¹⁰⁰. Hukukumuzda ise kanun koyucu sorumluluğu ortadan kaldıran geçici nedenleri ve alkol etkisini iki farklı kriterle değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Bunlar söz konusu harici etkenin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamama veya bu algıya göre davranışları yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde azalmasını sorumluluğun ortadan kalkmasını bir kriter olarak ortaya koymaktadır. Bu bağlamda fiilin hukuki anlam ve sonuçlarının algılanamamasının ne şekilde anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Alman hukukunda benzer ifadeler akıl hastalığı bağlamında § 20 ve 21. Paragraflarda fiilin haksızlığını idrak etmek veya bu algıya göre davranmak yeteneğinden yoksunluk şeklinde ifade edilmiştir. Türk ve Alman Ceza Kanunlarındaki ifadede yer alan ve sonuca etkili olmayan farklılık göz ardı edilecek olursa, Türk hukuku ve Alman hukuku bakımından kusur yeteneğini ortadan kaldıran nedenin iki farklı şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilebilir. Bunlardan ilki işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneksizliği ikincisi ise hareketlerini

⁹⁸ Aynı yönde Alacakaptan, **Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet**, s. 41. Alacakaptan, bu değerlendirmede failin ruhi ve sosyal durumunun, tüketilen maddenin miktar ve cinsinin, sarhoşluğun ortaya çıktığı andaki fiziki ve psikolojik şartların değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁹⁹ Kindhäuser, **LPK**, 20 – 10, 11.

¹⁰⁰ BGHSt 43, 69.

söz konusu hukuki öneme göre yönlendirme yeteneksizliğidir. Çifte yeteneksizlik olarak adlandırılan bu durum orta çağ isnadiyet öğretisinde bilinç ve irade şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir¹⁰¹. Söz konusu iki nitelik iradenin özgürce oluşturulmasının iki önemli momenti olarak kabul edilmektedir¹⁰². Benzer şekilde Alman Ceza Kanunun ilk şeklinde § 51, söz konusu nedenleri özgür irade oluşumunun ortadan kaldıran nedenler olarak tanımlamaktadır. Daha sonra yapılan değişikliklerde de idrak konusunda bir değişiklik yapılmamakla birlikte sadece idrakin konusu değiştirilmiş, fiilin izin verilmemesini, fiilin kınanmasını ve son olarak fiilin haksızlığını şeklini almıştır. Öğretide söz konusu iki aşamalı yetenek ve yeteneksizlik değerlendirmesi kabul görmekte, bu çerçevede bilincin kognitif yani bilişsel yanları ile etki doğuran yanları ayrımı üzerinden kusur yeteneği değerlendirmesi yapılmaktadır¹⁰³. Hiç şüphe yok bu noktadan hareketle kognitif ve voluntatif unsurlar ayrımı yapılabilir¹⁰⁴. Öğretide ise söz konusu yetenekler konusunda farklı tanımlama ve adlandırmalar kullanılmaktadır. Hakim görüş bu noktada akli idrak yeteneği ve iradi yönlendirme yeteneği şeklinde adlandırmayı tercih etmektedir¹⁰⁵. Bunun yanında bazı yazarlar hareketlerini yönlendirme yeteneğini kontrol veya engelleme yeteneği şeklinde ifade etmektedirler¹⁰⁶.

Söz konusu iki yetenek bir arada birbirinden bağımsız olmaktan ziyade, ayrılmaz biçimde birbirine bağlı olarak ele alınmalıdır. Bu noktada kusur yeteneğinin değerlendirilmesi bakımından da söz konusu yetenekten öncelikle kognitif yani bilişsel olan ele alınmalı, ardından istemsel yani voluntatif olan incelenmelidir. Birey öncelikle gerçekleştireceği davranışın, değerlendirmede ölçüt olan kriterlere göre (ahlak, hukuk, din) doğru olup olmadığını idrak edebilecek durumda olmalıdır.

¹⁰¹ Schild, **NK**, § 20 – 43.

¹⁰² Joerden, **Struktur der Zurechnung**, s. 31 vd.

¹⁰³ Frister, **Schuldprinzip**, s. 128; Schild, **NK**, § 20 – 43.

¹⁰⁴ Söz konusu yeteneklerin öğretideki tanımları için Bkz. Schild, **NK**, § 20 – 44.

¹⁰⁵ Schild, **NK**, § 20 – 45.

¹⁰⁶ Roxin, **AT I**, § 20 – 2; Jakobs, **AT**, § 18 – 24, Jakobs, idrak ve riayet etme yeteneği şeklinde ifade etmektedir.

Ardından doğruluk ve yanlışlık konusunda ulaşılan tespite göre insanın doğru olanı gerçekleştirmek ya da yanlış olandan kaçınmak yeteneği devreye girecektir¹⁰⁷.

(4). Davranışları Yönlendirme Yeteneğinin Önemli Ölçüde Azalması

Maddede düzenlenen sorumsuzluk hali, söz konusu yeteneklerin ortadan kalkması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bu yetenekler ortadan kalkmaksızın, bilinç ve istence rağmen davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde veya tamamen ortadan kalkması şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu noktada failin bilişsel ve istemsel yeteneklerinde herhangi bir azalma söz konusu değildir. Ancak fail yetisine sahip olduğu bilgi ve istem doğrultusunda hareketlerini yönlendirme yeteneğinden yoksun durumdadır.

Faile sorumsuzluk durumunda ceza verilemeyeceği gibi güvenlik tedbiri de uygulanması mümkün değildir¹⁰⁸. Ancak geçici neden failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasını ortadan kaldırmamışsa, ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde azaltamamışsa ya da hiç etkisi olmamışsa ceza sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır. Bu noktada söz konusu geçici nedenin kişi hakkında belirlenecek temel ceza bakımından dikkate alınacağını ifade etmemiz gerekir. Geçici nedenin kişinin algılama ve hareketlerini yönlendirme yeteneğinde yarattığı etki tıbbi bir konu olduğundan bilirkişi incelemesi gerekecektir¹⁰⁹.

c. İstisna: İradi Alınan Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde İşlenen Suç

(1). Genel Olarak

Mülga kanunumuzda ihtiyari sarhoşluk şeklinde ifade edilen bu durum, 5237 sayılı Kanunda iradi alınan alkol veya uyuşturucu madde şeklinde değiştirilmiştir. Gerek kanunun gerekçesinden gerekse öğretide yeni hükme ilişkin genel yaklaşımdan her iki düzenlemenin paralel biçimde anlaşıldığı ve uygulanması gerektiği şeklinde bir anlayışın olduğu görülmektedir. Ancak konunun daha net

¹⁰⁷ Schild, NK, § 20 – 47.

¹⁰⁸ Koca/ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 339; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 507.

¹⁰⁹ Koca/ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 339; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 506.

biçimde anlaşılabilmesi ve tartışılabilmesi için iradilik kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. İradi (“*willentlich*”) kavramı, münhasıran kasten gerçekleştirilen fiilleri kapsamına almaktadır¹¹⁰. Bu durum karşısında kusur yeteneğinin taksirli bir fiile ortadan kaldırıldığı durumlara maddenin uygulanabilir olup olmadığı tartışmalı hale gelmektedir. İradi’nin kavramsal karşılığına bakıldığında, irade itici güç, yapabilme gücü, özgürlüğünü içinde bulunduran isteme, bilinç yetisi, insanın tasarımları ve görüşleri üzerinde bilinçli bir düşünüp taşınma ile seçerek ve tavır alarak eyleme karar verme yeteneği, duygu ve eğilimlere değil, usa dayalı isteme; usa uygun bir erek ve amaç koyma yeteneği; isteme ve eylemleri usla belirleme gücü, istenilmiş olanı gerçekleştirmeğe karar verme ve yerine getirme gücü, yaşamın özgür, ussal bir özle kendini bilinçli olarak gerçekleştirmesi¹¹¹; davranışlarla ilgili tepkilerden bir bölümünü tutup ötekileri eyleme dönüştürme gücü¹¹², insanın herhangi bir eylemi gerçekleştirme yolunda, iç ve dış koşullarıyla belirlenen bilinçli kararlılığı¹¹³ şeklinde tanımlanmaktadır. İhtiyari ise isteğe bağlı, seçmeli olan, seçimlik şeklinde tanımlanmaktadır¹¹⁴. Sonuç olarak ihtiyari her davranış aynı zamanda iradidir. Ancak her iradi davranışın ihtiyari olduğunu söylemek güçtür. Örneğin tehdit altında bir diğerini öldürmek durumunda kalan kişinin fiili iradidir. Ancak ihtiyari olduğundan söz edilmesi mümkün değildir, zira ihtiyarılık seçme imkanının kullanıldığı durumda söz konusu olabilir. Buradan hareketle ihtiyariliğin özgür iradeye dayanan seçim şekilde tanımlanması gerekir. Böyle bir seçimden söz edilebilmesi içinse, failin seçme şansının bulunması gerekmektedir. Sonuç olarak ihtiyarılık kusur değerlendirmesinin bir parçasıyken, iradilik suçun manevi unsuruna ilişkin değerlendirmenin bir parçası olarak ele alınmak durumundadır. Bu

¹¹⁰ Öğretide Özgenç ve Koca/ Üzülmüş, kast bakımından isteme unsurunu yerinde bulmamakta öngörmeyi yeterli görmektedirler. Özgenç, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 191; Koca/ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 191. Bu çerçevede, isteme Alman öğretisinde irade etmeye (*wollen*) tekabül etmektedir. O halde sadece öngörmenin kast bakımından yeterli olduğunun ifade edilmesi karşısında, iradilik kavramının taksirli sarhoşluk hallerini de kapsar biçimde anlaşılması ve yorumlanması oldukça güçtür.

¹¹¹ Akarsu, “İstenç”, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**.

¹¹² Mithat Enç, “İstenç”, **Ruhbilim Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1974.

¹¹³ Özer Ozankaya, “İstenç”, **Toplumbilim Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1975.

¹¹⁴ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük.

değerlendirme ve açıklamalarımızdan maksat, söz konusu hükmün alanının sınırlanması şeklinde bir yaklaşım sergilemek değil, iradi kavramının öğreti ve uygulamadaki kullanımını tartışmaya açmaktadır. Salt inceleme konumuz bakımından değil, taksir noktasında da iradilik meselesinin ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz, zira kanaatimizce özellikle adi taksir hallerinde iradi bir davranıştan söz edilmesi mümkün değildir. Yalın fail tarafından gerçekleştirilen davranışın neden olduğu ve tipte tanımlanmış neticenin isnadı için hareketin iradi olması gerektiğini söylemek kavramın tanımına aykırıdır¹¹⁵.

Gerek iradi olarak alınan alkol ifadesi gerekse ihtiyari ile sarhoşluk ifadesi alic bakımından durumu tam olarak kapayabilecek nitelikte değildir. Öncelikle iradi olarak alınan alkol ifadesi taksirli sarhoşluk hallerini ya da taksirle alınan alkol neticesinde kişinin sarhoş olmasını kapsamına almamaktadır, zira adi taksir durumlarında iradi bir fiilden söz edilmesi mümkün değildir. Adi taksir durumunda failin fiili, herhangi bir biçimde herhangi bir amaca yönelik değildir ve bu anlamda iradiliğinden söz edilemez. İhtiyari ile sarhoşluk ifadesi bakımından da aynı eleştiri getirilebilir. Kişinin kendi ihtiyari ile sarhoş olduğu durumlar sadece kasten sarhoş olma hallerini kapsar niteliktedir. Adi taksirle sarhoş olunan durumlarında bir ihtiyari ile sarhoş olma halinden bahsetmek imkanı bulunmamaktadır, zira kavramsal anlamda bir seçimden söz edildiğine göre ihtiyari ile sarhoşluk durumunda failin aktif ve bilinçli bir seçiminden söz edilmesi mümkün değildir¹¹⁶.

Hiç şüphe yok ki Türk öğretisi ve uygulaması gerek ihtiyari terimini gerekse iradi terimini kast ve taksirli sarhoşluk hallerini de kapsar biçimde yorumlamakta ve uygulamaktadır¹¹⁷. Dolayısıyla yukarıda yaptığımız açıklama ve eleştiriler pratik

¹¹⁵ Bu noktada iradilikten anlaşılanın tesadüfi olmayan, insanın iradesine isnad edilebilen şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak örneğin herhangi bir tedbiri almayı unutmak yani ihmal etmek, esas itibarıyla taksirli sorumluluğa esas teşkil edebilir. Ancak bu durumda failin davranışın iradi olduğunu söylemek mümkün değildir.

¹¹⁶ İtalyan öğretisinde benzer bir yaklaşım için Bkz. Alacakaptan, **Sarhoşluk**, s. 44, Dn. 113.

¹¹⁷ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe irade dışını istenmeyerek şeklinde anlamaktadır Özbek/Kanbur /Bacaksız /Doğan /Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 361; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 510; Ancak Erem/ Danışman/ Artuk, taksirli sarhoşluk hallerini ihtiyari kavramının dışında tutmakta ve sorumluluğa gidilemeyeceğini ifade etmektedirler. Erem/ Danışman/ Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 539; Öztürk/ Erdem idari kavramının gerek kastı gerek taksiri kapsadığını kabul etmekle birlikte düzenlemenin yetersiz

bakımdan bir sonuç doğurmaya yönelik değildir. Ancak bahsi geçen istisna normunun tam olarak amaçlanan durumu ifade etmediği gerçeğini de ifade etmemiz gerekmektedir. Bu noktada iradi alınan alkol ya da ihtiyari ile sarhoşluk ifadesi yerine istisna normunun kast ve taksir tanımlamasında kullanılan terminoloji yani bilme, isteme, öngörme üzerinden yapılması daha yerinde olacaktır.

(2). İradi Sarhoşluk Durumunda Kusur Yeteneği

İradi sarhoşluk durumunda kusur yeteneğine ilişkin değerlendirme ve gerçekleştirilen haksızlığın niteliğine ilişkin tespitler birbirinden bağımsız olarak yapılmaktadır. Bu çerçevede öğretide tasarlanmış sarhoşluk olarak adlandırılan durum bakımından herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu durumda failin kusur yeteneğinin var olduğu ve sorumluluğu üstünde sarhoşluğunun bir etkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir.

Öğretide iradi alınan alkol, gerek kasten, gerekse taksirle sarhoş olma hallerini kapsar şekilde yorumlanmakta ve anlaşılmaktadır¹¹⁸. Bu noktada sarhoş edici maddenin bu niteliğinin bilinmesi ve herhangi bir zor veya bilgisizlik olmaksızın alınması yeterlidir. Kişinin alkolü iradi olarak almasına karşın sarhoş olmayı istememesi gibi bir durum sorumluluk bakımından bir etki doğurmayacaktır. İrade dışı alınan, yani bilgisizlik veya zor etkisi altında alınan alkol neticesinde kusur yeteneğinin kaybı durumunda failin sorumluluğundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak kişinin iradi olarak aldığı alkol neticesinde failin fiilinin hukuki sonuçlarını algılama veya hareketlerini yönlendirme yeteneği ortadan kalkmışsa bu durumda sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Ancak alınan alkole rağmen kişinin algılama veya irade yeteneklerinde kanunun belirttiği anlamda bir ortadan kalkma veya ortadan kalkma söz konusu değilse ceza sorumluluğu devam edecektir¹¹⁹.

Kişinin sarhoşluğu bakımından öğretide üç farklı ihtimale göre üç farklı çözüme ulaşan yazarlar bulunmaktadır. Yukarıda yaptığımız bir suç işlemek için

olduğunu, sarhoşluk hali dışında kalan durumlarda nasıl uygulama yapılacağı sorusunun yanıtlanmadığını haklı olarak ifade etmektedirler Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 239.

¹¹⁸ Koca/ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 340; Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 362;

¹¹⁹ Koca/ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338.

kasten sarhoş olma hali, bir suç işleme düşüncesi olmaksızın kasten sarhoş olma hali ve alkol veya uyuşturucu madde almayı isteyip sarhoş olmayı istememe şeklinde ortaya çıkan taksirle sarhoşluk halidir. Tasarlayarak sarhoşluk durumlar için öğretide bir tartışma bulunmamaktadır. Bu durumda kişinin sorumluluğu tamdır. Herhangi bir suç işlemeyi düşünmeksizin salt sarhoş olma düşüncesi ile kullanılan alkol neticesinde işlenen suçlar bakımından ise üç farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki bu durumda kastlı sorumluluğu kabul etmez ve suçun taksirli hali kanunda düzenlenmişse taksirli halinden failin sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre kişi isteyerek dahi sarhoş olsa, kusur yeteneği bulunmayan durumda kasten hareket edebilme imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle işlediği fiilden kasten sorumlu tutulması mümkün değildir. Fakat kendisini kusur yeteneği bulunmayan duruma sokmaktan kaynaklanan taksirli sorumluluk hali mümkündür¹²⁰.

İkinci görüş iradi sarhoşluk durumunda “manevi sorumluluk” değil kanuni sorumluluk kuralları geçerlidir gerekçesine dayanmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre bu durumda bir haksızlık gerçekleştiren kişinin fiilinin özel bir taksir hali olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Fail pekala kasten hareket edebilir. Ancak bu durumda bulunan kişinin, kusur yeteneği tam bir kişi ile aynı çerçevede değerlendirilmesi de mümkün değildir. Kanun koyucu, bu durumda bir haksızlık gerçekleştiren kimselerin sorumluluktan kurtulmalarına mani olabilmek için kanuni bir sorumluluk esası benimsemiştir¹²¹.

Soyaslan taksirle sarhoşluk durumunda, bu durumda gerçekleştirilen fiilin manevi unsurunu değerlendirme dışı bırakmakta, bu durumlarda kişinin taksirle sorumluluğunun devam ettiğini ifade etmektedir. Yazar iradi alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde işlenen suçta sorumluluğun işlenen fiilin manevi unsuruna göre belirleneceğini ifade etmektedir¹²².

Ünver ise, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışla daha sonra gerçekleştirilen haksızlığı birbirinden ayırmakta ve iki aşamalı olay akışının

¹²⁰ Taner, **Ceza Hukuku**, s. 382.

¹²¹ Erem/ Danışman/ Artuk, **Ceza Hukuku**, s. 538.

¹²² Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 405, 406.

tamamını bir arada değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır¹²³. Ancak bu iki aşama arasında kusur yargısı bakımından müşterekliği sağlayacak bağlantıyı ortaya koymamaktadır¹²⁴. Öğretinin genelinde o dönem hakim anlayışa nazaran farklı bir yaklaşım sergileyen Ünver, kusurluluğun kast ve taksirden ibaret olmadığını ifade ettikten sonra, kusur yeteneğinin kasten veya taksirle hareket edebilmenin bir ön koşulu olmadığını altını çizmektedir. Kusurun suçun bir ön koşulu olmadığını, bu nedenle sorumluluk hukuku kapsamında ele alınması gerektiğini ve failin kusurunun bulunmamasının suçun varlığını ortadan kaldırmayacağını ancak sorumluluk isnadını engelleyeceğini savunan yazar, *Dönmezer/Erman*'la paralel biçimde¹²⁵ alic *kuramının* kusur ilkesini ihlal etmediğini, aksine pekiştirdiğini ve kuvvetlendirdiğini savunmaktadır¹²⁶. Esasen Ünver tarafından ifade edilen görüşler, istisna modelinin hukukumuzda yer alan düzenleme karşısında temellendirilmesine ilişkin görüşler olarak değerlendirilebilir. Yazara göre tek başına kusurlu bir fiil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan sarhoşluğa neden olan davranış, sonradan gerçekleştirilen ve normatif yapının içinde olan bir başka davranışın değerlendirmesinde kullanılmaktadırlar. Kusur yeteneğinin arandığı zamanın fiilden önceki bir zamana tekabül etmesi de kusur ilkesini ihlal etmeyecektir. Bu noktada failin kasten veya taksirle davranmasına ilişkin genel kurallardan sapılmamakta, esasında kast veya taksir bakımından ve de kusur ilkesinden herhangi bir sapma söz konusu değildir. Yazara göre alic *kuramı* failin hangi suç tipinden hangi manevi unsura göre sorumlu tutulmasına ilişkin değil, fiilin icrası sırasında bulunmayan kusur yeteneğinin ne şekilde ikame edileceğine ilişkin bir işlev görür. Bu nedenle failin kasten mi yoksa taksirle mi sorumlu tutulacağının kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışa göre değil, gerçekleştirdiği haksızlığın niteliğine göre belirlenmesi gerekmektedir. Failin kusur yeteneğini kasten ortadan kaldırıp, taksirli bir fiil işlemesi, ya da taksirle ortadan kaldırıp kastlı bir fiil işlemesi pek tabi mümkündür.

¹²³ Ünver, “*Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı*”, s. 876; Benzer yaklaşım için Bkz. Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 237.

¹²⁴ Sabit Osman İsfen, **Das Schuldprinzip im Strafrecht – unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts**, C.H.Beck, München 2008, s. 180.

¹²⁵ Dönmezer/ Erman, C II, s. 853.

¹²⁶ Ünver, “*Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı*”, s. 868.

Bu çerçevede tipiklik modelinin benimsediği anlayışla, kusur yeteneğini ortadan kaldıran hareketin suçun icrasının başlangıcı olarak kabul edilmesi ve manevi unsurun bu ana göre belirlenmesi mümkün değildir. Kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış olsa olsa kasten işlenen suçlarda bir hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilir. Taksirli alic bakımından ise iki farklı davranış ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın taksirli olması ile bu durumdayken gerçekleştirilen davranışın manevi unsuru birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bu bağlamda iki davranış arasında ayrımı son derece katı biçimde yapan Ünver, kusur yeteneğinin taksirle kaldırıldığı ancak failin bu durumdayken gerçekleştirdiği fiilde taksirinin bulunmaması hallerinde (öngörülemezlik ya da taksirin başkaca unsurlarının bulunmaması nedeniyle) yine alic'in uygulanması gerektiğini, ancak fiilin taksirin unsurlarının bulunmaması nedeniyle cezalandırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu noktada yazar, istisna modeli çerçevesinde değerlendirilebilecek görüşünü, istisna modelinin uğradığı eleştirilerden sorunun kusur değil kusur yeteneği üzerinden çözümlenmesi suretiyle kurtardığı gerekçesine dayanmaktadır. Kusur yeteneğinin hem zamanlılığına getirilen bu istisnainsa *fazla* sakıncalı olmadığını dile getirmektedir. Yazara göre alic kapsamında değerlendirilmesi gereken hallerin tamamı *arızı*¹²⁷ nedenlerdir. Kanunda yer alan düzenleme (765 sayılı Kanunun 48. Maddesi), alic hallerinden sadece bir bölümünü yani sarhoşluk halini düzenlemektedir. Düzenlemede yer alan ihtiyari ile sarhoş olan kimse ifadesinden hareketle de Türk öğretisinde durum sadece kastlı alic çerçevesinde ele alınmaktadır. Ancak alic bakımından mevcut düzenleme, eksik olmakla birlikte bu konuda kanunda açık bir düzenleme yapılmasına da ihtiyaç yoktur. Sorumluluğun genel kurallarından hareketle aynı sonuca ulaşılması mümkündür¹²⁸.

Ünver tarafından dile getirilen düşüncelerin temel argümanlarına katılmakla birlikte, bazı eleştirilerini ve temellendirmelerini paylaşmadığımızı ifade etmek

¹²⁷ Arızı kavramı iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki dıştan gelen, sonradan oluşan, diğer ise geçicidir. Öğretide arızinin kullanımı bakımından da bir farklılık olduğu görülmektedir. Alacakaptan, arızı sarhoşluk sözünü ihtiyari olmayan şekilde anlamakta ve yorumlamaktayken, Alacakaptan, **Sarhoşluk**, s. 214; Ünver, arızı sözünü geçici olan anlamında kullanmaktadır. Ünver, “*Nedeninde Serbest Hareketler Kuramı*”, s. 877.

¹²⁸ Ünver, “*Nedeninde Serbest Hareketler Kuramı*”, s. 877 – 879.

isteriz. Yazar, istisna modelinin hukukumuzdaki tek temsilcisi durumundadır. Her ne kadar Alacakaptan da söz konusu sorumluluk şeklinin bir istisna olduğunu ve genel sorumluluk rejiminden ayrılmak şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etse de, temellendirme modelleri çerçevesinde bir görüş ifade etmemektedir¹²⁹. Yazar, bir yanıyla istisna modeline iştirak etmekle birlikte kusur ve kusur yeteneğinin aranacağı zamanı aramak, diğer yanıyla da kusur türü olarak ve kast veya taksiri dillendirmek suretiyle makalede ortaya koyduğu genel suç ve kusur anlayışıyla çelişmektedir. İstisna modeli bakımından açıkça yapılması gereken tespitler şu şekilde özetlenebilir. Herşeyden önce istisna modeli, alic'in kusur yeteneği ve kusurun fiille hem zaman olması kaidesine getirilmiş bir istisna olduğu kabulüne dayanmaktadır. İstisna modelinin temellendirmesi iki aşamalı irade oluşumu ve iki aşamalı isnadiyet düşüncesi ile bir arada değerlendirildiğinde anlaşılabilir. İki aşamalı isnadiyet düşüncesi fiilin faile isnadı (maddi ve manevi unsur, hukuka aykırılık) ve fiilin kusura isnadı şeklinde bir değerlendirmeyi gerektirir. Birinci aşama isnadiyetin konusunu, ikinci aşama ise isnadiyetin sebebini oluşturur. Isnadiyetin sebep ve konusu hem zaman olmak zorunda değildir. Daha doğru bir ifadeyle hem zaman olmaması durumunda da isnadiyet mümkündür, ancak bu isnadiyet formu olağan dışı isnadiyet olarak nitelendirilir. Olağan dışı isnadiyet halleri, yani isnadiyetin nedeninin fiilden önceki bir zaman diliminde aranması hali, nadiren rastlanan ve sık başvurulmayan bir durum değildir. Aksine başta taksir sorumluluğu olmak üzere, kaçınılabılır yasak hatasında, mazeret nedeni olan zorda kalış halinde failin kendisinin tehlike bizzat neden olması durumunda sıklıkla başvurulmaktadır. Bu verilen örneklerin tamamında kusur isnadının nedeni failin, fiil öncesi yaşamı ve davranışlarıdır. Kaçınılmazlık değerlendirmesinde veya taksirli sorumlulukta öngörülebilirlik değerlendirmesi fail bakımından failin, fiilden önceki eğitim durumu, bilgisi ve tecrübesi esas alınarak yapılmalıdır.

3. TCK 34. Maddenin Değerlendirmesi

İstisna modeli çerçevesinde değerlendirdiğimiz Kanunumuzun 34. Maddesinin öğretideki yorumlanmasına bakıldığında kusur yeteneğinin halen var olduğuna ilişkin bir varsayımdan hareket edildiği görülmektedir. Söz konusu

¹²⁹ Alacakaptan, **Sarhoşluk**, s. 221.

düzenlemenin kusur ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı noktasında *Dönmezer/Erman*, istisna normunun irade özgürlüğü ve sübjektif sorumluluk ilkelerinin bir istisnası olmadığını, kanun koyucunun isnat kabiliyeti konusundaki genel yaklaşımını ortaya koyduğunu ifade etmektedirler¹³⁰. Ancak yazarların bu tespitinin kendi bünyesinde çelişkiler barındırdığı tespiti yapılmaktadır¹³¹. Zira yazarlar kişinin tamamen sarhoş olması durumunu idrak ve irade etme yeteneklerini tamamen ortadan kaldıran bir neden olarak görmektedirler¹³². *İsfen*, yazarların iki farklı ifadesinden hareketle kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalkmasını ancak iradi olmayan ve yapısal etki doğuran sarhoşluk durumunda idrak ve irade yeteneklerinin ortadan kalkmasına bağlı tutmaktadır¹³³. Buna karşın iradi olarak alkol alan kişinin kusur ya da isnad kabiliyeti bakımından tartışma konusu olacak bir husus bulunmamaktadır. Bu yaklaşıma sahip Centel/Zafer/Çakmut, iradi sarhoşluk durumunda kanun koyucunun kusur yeteneği bakımından hiçbir farklılık yapmadıklarını ifade etmektedirler.

Bu yaklaşıma karşın Alacakptan, sarhoşluk durumunda kusur yeteneğini varsayan düzenlemenin genel hükümlere bir istisna teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre isnad yeteneğini belirli bir yer ve dönemdeki genel değer yargıları belirler. Toplumda geçerli değer hükümlerine göre fizyolojik olarak gelişmiş ve aklen sağlam kimseler isnad yeteneğine sahiptir. Bu durumda geçici olarak da olsa, bu yeteneklerini ve vasıflarını yitirmiş olan kimselerin isnad kabiliyetine sahip olmadıklarını kabul etmek gerekir. Kanunumuzdaki düzenleme, isnad kabiliyetine ilişkin kuralların teyidi anlamına gelmez. Aksine söz konusu düzenleme ceza politikasından kaynaklanan nedenlerle genel kurallara getirilmiş bir istisna durumundadır ve bu konudaki toplumsal zorunluluğu ifade etmektedir¹³⁴.

Alacakptan, sarhoşluk durumunda olan kişinin kendini denetleme yeteneğini tamamen yitirmediği, buna dayanarak sorumluluğun temellendirilebileceği

¹³⁰ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, s. 194; Aynı yönde CGK, E. 1983/9 K. 1983/530 T. 10.10.1983.

¹³¹ İsfen, *Das Schulprinzip*, s. 176.

¹³² Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, s. 193.

¹³³ İsfen, *Das Schulprinzip*, s. 176.

¹³⁴ Alacakptan, *Suçun Unsurları*, s. 142.

şeklindeki görüşlerin isnad kabiliyeti ile ilgili değil, kusurun türünü tayin bakımından önem taşıyabileceğini ifade etmektedir¹³⁵.

Öğretideki görüşlerin tamamı o veya bu şekilde suç politikasından kaynaklanan ve genel önlemeci yaklaşımlarla söz konusu düzenlemeyi temellendirmeye çalışmaktadırlar. Yüce sarhoşken işlenen suçlarla etkili bir mücadele amacıyla¹³⁶, *Dönmezer/ Erman*, sarhoşluk halinin bir mazeret olarak ileri sürülememesini temin amacıyla¹³⁷, *Ünver*, adalet düşünceleri ve kanuna karşı hile imkânının ortadan kaldırılması amacıyla söz konusu düzenlemenin yerindeliğini ifade etmektedirler¹³⁸. *Ünver*, kusur ilkesine herhangi bir istisna getirmeksizin, alic olaylarından cezalandırılabilmesinin ancak söz konusu sürecin ön davranış ve tipe uygun hareket şeklinde iki aşamalı olarak değerlendirilmesini ve kusur yargısının vakianın tamamı üzerinden ikame edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³⁹.

Alacakaptan'ın konuya ilişkin tespitlerine kısmen katılmakla birlikte, benimsediği suç teorisinin yarattığı zorluğu aşmak için ileri sürdüğü görüşlerin zaman zaman kurumun ve konunun sınırlarını zorladığı kanaatindeyim. Yazara göre Kanunun 34. Maddesi (mülga kanunun 48. Maddesi), isnad yeteneği sorununu çözmek amacı taşımaktadır, bununla birlikte kusurluluğun biçimi konusunda herhangi bir tespiti yoktur ve kusurun biçimi her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Yazarın kusurun türü olarak adlandırdığı suçun manevi unsuru, yani fiilin kasten mi yoksa taksirle mi gerçekleştirildiği hususu bizce de kusur yeteneğinin geçici kaybını doğuran nedenden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Ancak devamında yazarın tespitlerine iştirak etmemiz mümkün değildir. Zira yazara göre bu durumda Kanunun amacına yeterince uygun düşmemektedir. Bu durumda bazı

¹³⁵ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 142, 143, Yazar suçun yapısı bakımından klasik görüşe katılmaktadır. Bu görüşe göre isnad kabiliyeti ve kusur türleri birbirinden ayrı değerlendirilmelidir ve kast ve taksir kusur türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak katılmadığımız görüşün çelişkisi bu açıklamalarda bir kez daha görülmektedir. Kast ve taksiri kusur türü olarak gördükten sonra, kusur yeteneğini isnad kabiliyeti olarak adlandırarak bir sonraki aşamada kast ve taksirden ayırmak, isnad kabiliyetinin bulunmadığı kabul edilen sarhoşun kast veya taksirle hareket edebileceğinin kabulü anlamına gelmektedir.

¹³⁶ Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C.I**, Manisa 1982, s. 112.

¹³⁷ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, s. 194.

¹³⁸ Ünver, “Nedeninde Serbest Hareketler Kuramı”, s. 878.

¹³⁹ Ünver, “Nedeninde Serbest Hareketler Kuramı”, s. 878.

olaylarda failin beraatına karar verilmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Failin hareketinin kastın veya taksirinin unsurlarını içermemesi, hataya düşmesi durumlarında cezalandırılmayacaktır. Örneğin fail sarhoşluğun etkisi ile kendisine ait olduğunu sanarak bir başkasının evine girdiğinde ya da kendisinin zannederek bir başkasına ait eşyayı aldığı anda konut dokunulmazlığını ihlalden ya da hırsızlıktan beraat etmesi gerekecektir, zira bu fiillerin taksirle gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Yazar *Taner* tarafından ifade edilen ve tasarlanmış sarhoşluk dışında taksir sorumluluğu esas alan görüşe karşı ileri sürdüğü eleştirilerine Kanun koyucunun mülga kanunun kaynağı İtalyan Ceza Kanununda yer alan sarhoş faile ilişkin indirim nedenlerini kanun metnine almayarak, sarhoş halde işlenen suçlarda bir indirim dahi politik nedenlerle rıza göstermemesini gerekçe olarak ifade etmektedir. Yazar, cezada indirimi dahi kabul etmeyen Kanun koyucunun, bazı hallerde failin cezasız kalmasına rıza göstermesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir¹⁴⁰. Bu düşünce kabul edildiğinde failin sarhoşken suç işlemiş olması adeta kastı veya kusuru ortadan kaldıran nedenlerin uygulanmayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Örneğin kendisinin zannederek bir başkasına ait eşyayı alan kişi, mülga kanun döneminde kabul edilen terminolojiyle esaslı hata nedeniyle veya unsur yanılgısı nedeniyle kastı ortadan kalktığından ve hırsızlık suçu taksirle işlenemeyeceğinden cezasız kalacak, ancak aynı durum sarhoş kişi tarafından gerçekleştirildiğinde, Alacakaptan'ın anlatımından dolayı olarak anlaşılabilirliği kadarıyla, söz konusu hatanın nedeni kendisi olduğundan cezalandırılacaktır. Her şeyden önce bu görüş yazarın kast ve taksirli davranabilirlikle, kusur yeteneğini bir birinden ayıran yazarın kendi yaklaşımı ile dahi çelişiktir. Yazara göre failin, kusur yeteneğini hangi şartlar altında ve ne sebeple kaldırdığının kasten veya taksirle hareket etmesi üzerinde bir tesiri yoktur. Ancak kusur yeteneği bulunmayan durumda hukuki anlamda kastı ortadan kaldıran bir neden ortaya çıktığında bundan yararlanması mümkün değildir. Bu tür bir yorum, özellikle hata hallerinde ancak failin hataya düşmesinde kusurunun bulunmaması gibi koşulların arandığı durumlarda söz konusu olabilir ki bu durumda yapılacak tespit eğer sarhoş olmasaydı bu hataya düşmezdi tespitine bağlıdır. Kastı kaldıran hata hallerinde böyle bir durum dahi söz konusu değildir.

¹⁴⁰ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, 147.

Hukukumuz bakımından tipiklik modelinin kastlı alic olarak adlandırdığı, tasarlanmış sarhoşluk olarak adlandırılan durumların cezalandırılabilirliği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşın tasarlanmış sarhoşluk dışında kalan ve kasten işlenen suçlardaki durumla, taksirli sarhoşluk hallerinin nasıl çözümlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Öğretinin bir bölümü tarafından kabul gören klasik suç teorisi inceleme konumuz bakımından da ciddi zorluklar yaratmaktadır, zira kast veya taksiri kusur türü, kusur yeteneğini de kasten veya taksirle davranabilmenin önkoşulu olarak gören klasik suç teorisi kusur yeteneği bulunmayan kişinin ne şekilde kasten hareket ettiğini açıklamakta zorlanmaktadır. Bu durumun alic olaylarında yarattığı sonuç ise, tasarlanmış sarhoşluk halleri dışında, fail kusur yeteneğini ortadan kaldırdıktan sonra, kusur yeteneği kastlı ve taksirli hareket edebilmenin ön koşulu olarak kabul edildiğinden, failin iradesinden söz edilememesi ve kastlı bir fiilden sorumlu tutulması mümkün olamayacaktır¹⁴¹. Failin, kusur yeteneğin ortadan kalktığı ana kadar gerçekleştirdiği davranışlar, sonra icra edilen bir haksızlığın manevi unsuru olarak nitelendirilebilecekse, ki bu ancak taksir olabilir, sadece taksirli sorumluluk halinden söz edilebilecektir¹⁴².

Benzer biçimde Yüce de, fail hareketlerini yönlendirme yeteneğini ortadan kaldıracak ölçüde alkol etkisinde bulunan kişinin kasten hareket edebilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre bu durumda failin hareketi ancak taksirli olarak nitelendirilebilir. Bu durumda fail, bir suç işlemek için kendini bilinçsiz duruma sokmamaktadır. Aksine failin taksirli davranışı kendini kaybedene kadar alkol almasıdır. Failin kasten hareket ettiği, gerçeklikle örtüşmeyen bir kabul olacaktır. Bu nedenlerle Yüce, koşullarının bulunması durumunda sadece taksirli sorumluluğu kabul etmektedir¹⁴³. Benzer bir yaklaşım İçel Suç Teorisinde ve Özgenç'te de sergilenmektedir. Alman hukukunda tipiklik modelini benimseyen yazarlar, tipiklik modeli ile aynı sonuçlara ulaşmakta ve alkol etkisinde işlenen bir

¹⁴¹ İsfen, **Das Schuldprinzip**, s. 178.

¹⁴² Taner, **Ceza Hukuku**, s. 382.

¹⁴³ Yüce, **Ceza Hukuku**, s. 311. Yazar mülga kanunun 48/2. Maddesinin kusur ilkesini ihlal ettiği düşüncesindedir. Bkz. İsfen, **Das Schuldprinzip**, s. 178, Dn. 211; Aksi görüş için Bkz. Alacakaptan, Sarhoşluk, s. 113; Görüşün eleştirisi için Bkz. Ünver, "Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı", s. 869 – 871.

suçtan ötürü kastlı sorumluluk için, en azından kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında sonraki haksızlıkla olası kast ölçüsünde bir ilişki bulunması gerektiğini ifade etmektedirler. Erem/Danışman/Artuk, tamamen alkol etkisinde bulunan bir kimsenin normal bir insandan gerek kastlı gerek taksirli sorumluluk bakımından farklı olduğunu ifade ettikten sonra, bu durumda kusur yeteneği bulunmayan kişinin gerçekleştirdiği sorumluluğun sübjektif sorumluluk hali olarak nitelendirilemeyeceğini, bu durumda olsa olsa bir kanuni sorumluluktan söz edilebileceğini belirtmektedirler¹⁴⁴. Ancak her durumda kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirdiği fiil bakımından failin ceza sorumluluğunun ne şekilde somut olarak tespit edilebileceği konusunda somut bir tespit ve temellendirme yapılamamaktadır. Bu noktada İsfen sadece taksirli suçlar bakımından kanuni bir sorumluluk halinin düşünülebileceğini ifade etmektedir¹⁴⁵. Bu çerçevede Dönmezer/Erman, söz konusu düzenlemenin isnat kabiliyeti ile ilişkili olduğunu ve kusurlulukla bir ilgisinin bulunmadığını, kusurluluk bakımından failin kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiğinin araştırılması gerektiğini, kusur yeteneği var olan kişi hakkında sorumluluk bakımından bu araştırma yapılırken alkol ya da başka bir nedenle kusur yeteneği ortadan kalkmış olan kişi hakkında bu araştırmanın yapılmamasının mantıksız olacağını, kast veya taksire ilişkin araştırmanın fiil öncesinde bir zamana götürülerek kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışla ilişkilendirilmesinin de mümkün olmadığını, araştırılan şeyin kusurun türü (suçun manevi unsuru) olduğunu ve kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışla bir ilgisinin bulunmadığını ifade etmektedirler¹⁴⁶. Benzer görüş ve yaklaşım Yargıtay uygulamasında ve Türk öğretisinde hakim görüşçe de kabul görmektedir.

Öğretide hakim anlayış¹⁴⁷ kişinin kusur yeteneğini kaldırırken gerçekleştirdiği davranış sırasında daha sonra gerçekleştireceği haksızlıkla bir ilgi kurmasından ziyade, kusur yeteneğini kaldırırken kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiği üzerinde durulmaktadır. Failin kasten kusur yeteneği kaldırıp yine kasten bir suç

¹⁴⁴ Erem/ Danışman/ Artuk, s. 538.

¹⁴⁵ İsfen, Das Schuldprinzip, s. 179.

¹⁴⁶ Dönmezer/ Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, s. 195.

¹⁴⁷ Aksi yönde İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 224; Aynı yönde Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 358.

işlemesi durumunda herhangi bir tartışma yaşanmamaktadır. Öğretinin tamamı bu durumda failin gerçekleştirdiği haksızlıktan kasten sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Sorun olarak değerlendirilmesi gereken durumlar failin kusur yeteneğini bir haksızlık gerçekleştirmek için ortadan kaldırıp bu durumdayken planladığından başka bir haksızlık gerçekleştirmesi ya da taksirle kusur yeteneğini ortadan kaldırdıktan sonra kasten ya da taksirle bir haksızlık gerçekleştirmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Öğretide hakim görüş, tüm durumların tamamının tasarlanmış sarhoşluk olarak değerlendirilip, failin somut olayda gerçekleştirdiği haksızlığın manevi unsuruna göre cezalandırılması yönündedir. Bu görüşe katılmayan azınlık görüş ise tasarlanmış sarhoşluk dışında kalan hallerde taksirli sorumluluk halini savunmaktadır. Ancak İsfen'in isabetle belirttiği gibi, bu tartışmalarda fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında öngörülebilir olup olmamasına herhangi bir vurgu yapılmamaktadır¹⁴⁸. Bu noktada öğretinin yaklaşımı, daha sonra gerçekleşen haksızlığını kınama yargısının kapsamına alabilmek için kusur yeteneğini ortadan kaldıran harekete geri dönerek tasarlanmış sarhoşlukla aynı sonuca ulaşmayı temin etmeye yöneliktir¹⁴⁹. Bu noktada dayandırılan argümanlar ise dogmatik olmaktan ziyade ahlaki ya da taksir temellidir. Örneğin Erem Danışman Artuk, gerçekleştirilmesi kusurlu olan bir davranışın daha sonra mazeret teşkil etmesinin mümkün olmadığını¹⁵⁰, taksirli sorumluluk esasını benimseyen Yüce, failin kendini kaybedene kadar alkol almasının kusurlu hareketi temellendirmede kullanılabileceğini ifade etmektedirler¹⁵¹. Bu düşüncelerin tamamı, esasında hukuka aykırı olmayan bir davranışın, daha sonra gerçekleştirilen bir haksızlık nedeniyle kusurlu addedilmesi gibi sonuç itibarıyla adalete uygun ancak kendi içinde çelişkili temellendirmelere dayanmaktadır. Diğer yandan değerlendirmelerde failin, kusur yeteneğini ortadan kaldırırken, bir haksızlık gerçekleştirebileceğinin en azından öngörülebilir durumda olması da değerlendirme dışında bırakılmaktadır.

¹⁴⁸ İsfen, **Das Schuldprinzip**, s. 180.

¹⁴⁹ İsfen, **Das Schuldprinzip**, s. 180.

¹⁵⁰ Erem/ Danışman/ Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 536.

¹⁵¹ Yüce, **Ceza Hukuku**, s. 311.

İsfen Türk öğretisindeki bu yaklaşımları eleştirel biçimde ele almaktadır. Alman öğretisi bakımından bağdaşmazlık görüşünü savunan yazar, farklı niteliklerine rağmen iradi sarhoşluk etkisi altında işlenen suçların tamamının aynı çerçevede ele alınmasını eleştirmektedir. Bir kişiyi öldürmek amacıyla sarhoş olan kişi ile bir düğünde kusur yeteneğini ortadan kaldırıra kadar içen ve sonrasında mala zarar verme fiilini gerçekleştiren kişi arasında fark olması gerektiğini ifade eden yazar, Ünver tarafından ifade edilen kanuna karşı hile ve kanunu dolanma argümanının da taksirli suçlar bakımından ve öngörülmeleyen suçlar bakımından geçerli olmadığını dile getirmektedir. Mevcut haliyle iradi olarak alınan alkol, bu durumda gerçekleştirilen tüm haksızlıklar bakımından cezalandırmanın temelini teşkil etmektedir. Genel yaklaşım failin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın en azından taksirle gerçekleştirilmiş olması gerektiği şeklindedir ve taksirin dahi söz konusu olmadığı durumda artık iradi alkol tüketiminden söz edilemeyeceği için 34/1 gereği cezasızlık söz konusu olmalıdır. *İsfen*, salt iradi alınan alkol nedeniyle bu durumda gerçekleştirilen haksızlığın faile isnad edilebilmesini temin eden Kanunun 34/2. Maddesindeki düzenlemeyi bir çeşit temel suç tipi olarak görmekte ve söz konusu düzenlemeyi Alman Ceza Kanunun § 323a ile paralel görmektedir¹⁵².

Yazara göre Türk öğretisinde 34. Maddenin temellendirilmesine ilişkin yaklaşım bir çeşit risk sorumluluğudur. Özetle kendi kendisini kusur yeteneği bulunmayan duruma getiren kişi, bu durumun sonuçlarına katlanmalıdır. Bu risk sorumluluğu anlayışı kast veya taksir dışında üçüncü bir kusur formu şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Yazar Al. CK § 323a ile TCK'nun 34. Maddesi arasında paralelliği ise şu şekilde temellendirmektedir. Al. CK § 323a da yer alan düzenlemenin maddi unsuru kişinin kendisini tamamen sarhoş duruma sokmasıdır ve bu durumdayken gerçekleştirilen kastlı ya da taksirli haksızlık, söz konusu suç tipinin objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak kabul edilmektedir. Elbette ki her iki hüküm nitelikleri itibarıyla birbirinden farklıdır. TCK'nun 34. Maddesi tüm suçlar bakımından uygulanabilecek genel bir hükümken, Al. CK § 323a özel bölümde yer alan bir suç tipidir ve Alman hukuku bakımından geçerli olan, gerçekleştirilen haksızlığın suçun haksızlık içeriğine dahil olup olmadığı tartışması,

¹⁵² İsfen, *Das Schuldprinzip*, s. 181, 182.

Türk hukuku bakımından söz konusu değildir. Yani Türk hukuku bakımından fail, gerçekleştirdiği haksızlıktan sorumlu tutulurken, Alman hukukunda gerçekleştirilen haksızlığın suçun haksızlık içeriği ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak her iki düzenleme bakımından ortak unsur, Türk öğretisindeki genel yaklaşım dikkate alındığında, kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranış sırasında failin, bu durumda gerçekleştirdiği haksızlığı öngörebilmesi bir önem taşımamaktadır. Bu bağlamda Almanya’da kast veya taksir dışında üçüncü bir kusur formu olarak ortaya çıkmaktadır, zira bu konudaki genel eğilim, Soyaslan tarafından açıkça ifade edildiği üzere kendi kendisini kusur yeteneği bulunmayan duruma getiren kişi, bu durumun sonuçlarına katlanmalıdır şeklinde ifade edilmektedir.

TCK’nun 34. Maddesi alic olarak kısaltılan isnadiyet yapılanmasının görünümlerinden birisini düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme açık biçimde istisna modelinin bir yansımasıdır. Alic hallerinde cezalandırmanın nedenini açıklayan görüşlerden açıklamalarını tip veya haksızlık üzerinden yapanların kanaatimce Türk hukuku bakımından uygulanması mümkün değildir, zira 34. Maddenin açık düzenlemesi karşısında haksızlık veya tipin genişletilmesi ya da öne alınması suretiyle bulunacak çözümler bir taraftan lüzumsuz diğer taraftan kanunun lafzına açıkça aykırı duruma gelmektedir.

İstisna modelinin bir yansıması olarak gördüğümüz düzenlemenin kanaatimce eksik tarafı, saymak veya bizatihi belirlemek suretiyle kusur yeteneğini geçici olarak ortadan kaldıran nedenleri düzenlemek gayretine girmiş olmasıdır. Bu durum özellikle istisna normun çekirdeğini oluşturan maddenin ikinci fıkrasının sadece iradi alınan alkol etkisinden söz etmesi, diğer geçici nedenlerin failin kasten veya taksirle oluşturması durumunda ne şekilde uygulama alanının belirleneceği tartışmaya açıktır. Mevcut düzenlemeye göre sadece iradi olarak alınan alkol etkisi altında suç işleyen kişinin sorumluluğu devam ettiğine göre geçici nedeni bizzat oluşturan failin bu çerçevede sorumlu tutulması ilk bakışta mümkün görülmemelidir. Hiç şüphe yok ki ceza hukukunda isnadiyetin genel kurallarından hareketle, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, kanunda yer almamasına rağmen alic’ten faydalanarak failin cezalandırılması mümkün olsa da, suçta ve cezada kanunilik ve kıyas yasağından hareketle dile getirilebilecek eleştirilerin çürütülmesi oldukça güçtür.

Gerek Türk Ceza Kanunda yer alan gerekse Alman hukukunda öğretide bir görüş tarafından dile getirilen¹⁵³ istisna normunun kusur ilkesine aykırı olduğu görüşünü¹⁵⁴ ise paylaşmamaktayız. Her şeyden önce kusur ilkesine aykırılık iddiası, kusur ilkesinden ne anlaşıldığı ile ilgili bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. En temelde fiil kusuru esasını benimseyen modern ceza hukuku düşüncesinin, fiilden önce gerçekleştirilen kusurlu ya da yükümlülüklere aykırı davranışların fiil sırasında kusurun temellendirilmesinde kullanılamayacağını ifade etmek, yasak hatası başta olmak, adi taksir, zorda kalışta kişinin tehlikeye bizzat neden olması gibi pek çok durumun da benzer gerekçelerle cezalandırılmanın reddedilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle alic olaylarında isnadiyetin konusu tıpkı diğer suçlarda olduğu gibi haksızlığın kendisi olmakla birlikte, isnadiyetin sebebi fiil öncesi bir aşamada aranacaktır¹⁵⁵. Yasak hatasında da benzer durum geçerlidir. Isnadiyetin konusu yasak bilgisine sahip olmaksızın gerçekleştirilen haksızlıktır. Ancak isnadiyetin sebebi kaçınılmazlık değerlendirmesi ile yapılmakta ve failin fiil öncesi hayatı ve davranışlarında yasak veya emir normuna muhatap süjenin yükümlülüğe, norm bilgisine sahip olma, aykırı davranışının kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Düzenlemenin içeriği bakımından yukarıda ifade ettiğimiz eleştiri bağlamında istisna normunun alkol veya diğer geçici nedenler gibi belirleme suretiyle değil¹⁵⁶, kusur yeteneğinin kasten veya taksirle kaldırılması üzerinden ve bu durumda bir haksızlık gerçekleştirilebileceğine ilişkin öngörülebilirlik üzerinden yapılmasının daha yerinde olduğu düşüncesindeyiz¹⁵⁷.

¹⁵³ Hettinger, “*Actio libera in causa*”, **Alkohol als Strafmilderungsgrund, Vollrausch, Actio libera in causa, Band 1**, (Ed. Karl Heinz Schnarr, Albrecht Hennig, Michael Hettinger), Nomos, Baden Baden 2001, s. 272; Hruschka, **JZ 1996**, s. 71.

¹⁵⁴ Roxin, **FS Lackner**, s. 312.

¹⁵⁵ Hruschka, **Struktur der Zurechnung**, s. 29.

¹⁵⁶ Esasında alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olmak da bir geçici nedendir. Ünver, “*Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı*”, s. 868.

¹⁵⁷ Benzer bir öneri Sokullu-Akıncı tarafından da getirilmiştir. Sokullu-Akıncı, “*Ceza Hukukunda Kusurluluk*”, s. 105.

SONUÇ

Günümüzde Türk öğretisi ve Alman öğretisi tarafından özellikle geçici nedenlerin ceza sorumluluğuna etkisinin temellendirmesi ve açıklanması amacıyla kullanılan nedeninde serbest hareket kavramı, anlam ve kapsam itibariyle bu işlevinden çok daha geniş öneme sahiptir. Nedeninde serbest hareket kavramı sadece hukuk alanında değil etik, hukuki ve dini sorumluluğun isnadı bakımından sorumluluğu gerektiren davranışın isnadında kullanılan bir kavramdır. Bu nedenle nedeninde serbest hareket, sadece kusur yeteneğinin ya da suçun yapısal unsurlarından birinin failin kusurlu davranışı ile ortadan kaldırılması durumunu açıklamakla kalmamakta, diğer yandan sorumluluğu gerektiren hareket nasıl belirlenir sorusuna yanıt vermektedir.

Günümüz sübjektif sorumluluk anlayışı kusura dayalı ceza hukuku, failin gerçekleştirdiği bir davranıştan ötürü ceza yaptırımını ile cezalandırılabilmesini ancak fiilinden ötürü kınanabilmesi durumunda mümkün görmektedir. Failin, fiilinden ötürü kusurunun bulunmaması ya da kınanamaması durumunda ise ceza sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Failin kusuruna ilişkin değerlendirmede ise üç aşamalı bir inceleme yapılmalıdır. Bunlar kusur yeteneği, haksızlık bilinci ve son olarak beklenebilirliktir. Kusur yeteneği kanun koyucunun pozitif olarak belirlediği ve genellikle negatif biçimde tanımladığı faile kusur izafesi için aranan ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Haksızlık bilinci ise failin gerçekleştirdiği fiilin bir haksızlık oluşturduğu konusundaki bilgisini ifade etmek için kullanılmaktadır. Son olarak beklenebilirlik ise failin, fiilin icrası sırasında içinde bulunduğu durum ve koşullar itibariyle norma uygun davranmasının kendisinden beklenemeyeceği durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Bu üçlü inceleme ve değerlendirme yöntemi kusurun maddi içeriği konusunda da bize fikir vermektedir. Kusur failin, özgür iradesiyle hukuka uygun olabileni yapabilecek durumdayken haksız olanı tercih etmesi sonucu kendisine yöneltilen kınama yargısıdır. Bu nedenle morden ceza hukuku irade özgürlüğünün kabulü temeline oturmaktadır. İrade özgürlüğü bu anlamda bir postulat olarak kabul edilmek durumundadır. Aksi durumda, yani determinist bir yaklaşımın hukuk alanında kabul edilmesi durumunda, hukuk sadece ceza hukuku alanında değil tüm diğer alanlarda anlamsız bir teknik faaliyete dönüşecektir. Bu noktada son

dönemde Almanya'da ve Kuzey Amerika'da beyin üzerinde gerçekleştirilen araştırmalardan esinlenen determinist görüşlerin kabulü mümkün değildir. Bu araştırmaların sonuçları, hali hazırda bireyin algıladığı ve yaşadığı gerçeklik dikkate alındığında sonuç doğurmaya elverişli değildir. Bu bağlamda ceza hukukunda irade özgürlüğü bakımından izlenebilecek iki yöntem bulunmaktadır. İrade özgürlüğü bir postulat olarak kabul edilebilir ve tartışma dışı bırakılabilir, ya da indeterminist görüş kabul edilerek irade özgürlüğü üzerinden çözüm üretilebilir.

Nedeninde serbest hareket kavramı, failin kendi kusurlu fiili ile suçun yapısal unsurlarından birini ortadan kaldırarak gerçekleştirdiği haksızlık nedeniye kusur yargısının kendisine yöneltilmesi amacına hizmet eden bir düşünsel yöntem ve kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Sıklıkla ve çoğunlukla kusur yeteneği bakımından incelenmekle birlikte, hareket yeteneğinin ortadan kaldırıldığı ya da kusurlu bir davranışla mazeret nedeni yaratılarak bundan yararlanılmak istendiği durumların, nedeninde serbest hareket kavramından farklı bir düşünce modeline dayandığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle esasında ön kusurluluk olarak ifade edilen ve tüm fiil öncesi davranışları benzer bir modelle temellendirmeye çalışan görüşlerin bu çerçevede esas alınmasının daha tutarlı bir sistem oluşturmak bakımından gerekli olduğu kanaatindeyim.

Kendi kusurlu davranışı ile kusur yeteneğini ortadan kaldıran ve bu durumdayken bir haksızlık gerçekleştiren kişi bakımından sorumluluğun isnadı bakımından yapılması gereken ilk tespit, kusur yeteneğini ortadan kaldırırken daha sonra gerçekleştirebileceği haksızlıkla bir psikolojik bağlantısının bulunması zorunluluğudur. Fail bu çerçevede ya bir suç işlemek, cesaretlenmek amacıyla kusur yeteneğini ortadan kaldırabilir (kastlı alic), ya bir suç işleyeceğini öngörebilecek durumda olmasına rağmen kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışı gerçekleştirir. Her iki durum bakımından da sorumluluğun isnadı noktasında bir farklılık söz konusu değildir. Diğer yandan failin, kusur yeteneğini nasıl ortadan kaldırdığı ile bu durumdayken gerçekleştirdiği davranışın manevi unsuru tamamen birbirinden bağımsız tartışmaların konusudur. Nedeninde serbest hareket kavramı ile çözümlenmek istenen sorun, suçun manevi unsuruna ilişkin değil, fiilin kusura isnadına ilişkindir. Bu nedenle taksirle kusur yeteneğinin ortadan kaldırılması

durumunda gerçekleştirilen davranışlardan sorumluluğun ancak taksirle olabileceğine ilişkin görüşlere katılmamaktayız.

Nedeninde serbest hareket kavramını açıklayan modeller içerisinde kuşkusuz izahı en kolay olanı bağdaşmazlık görüşüdür. Zira bu görüş sorunu tanımlamakla yetinmektedir. Ancak kavram olarak nedeninde serbest hareketin ortaya çıkmasındaki temel mantık, bağdaşmazlık görüşünün tespit ettiği sorundur. Alman hukuku bakımından bu görüş savunulabilir olsa da Türk hukuku bakımından uygulanabilirliği yoktur. Diğer yandan soruna bir çözüm de üretmemektedir.

Alic temellendirmesini suçun objektif unsurları üzerinden yapan tipiklik, dolaylı faillik, maddi haksızlık ve fiilin genişlemesi modelleri esasında aynı sonuca aynı argümanlarla ve fakat farklı yorum teknikleri ile ulaşmaktadırlar. Ancak bu görüşlerin hiçbirisi teşebbüs sorunsalını açıklayamamaktadır. Kanaatimce kusur alanında ortaya çıkan bir sorunun tip veya diğer bir objektif unsur kanalıyla çözümlenmesi de mümkün değildir. Failin fiiline kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı anda başladığı, failin kendi kendisinin dolaylı faili olduğu, hareketin değil genel olarak haksızlığın hem zamanlılık ilkesi bakımından dikkate alınması ya da fiil kavramının geniş yorumlanması gibi argümanları kullanan bu görüşlere katılmamaktayız.

Nedeninde serbest hareket olarak tanımlanan davranışların cezalandırılmasını açıklamanın tek yolu kanaatimizce bu durumun hem zamanlılık ilkesinin bir istisnası olduğunun kabul edilmesidir. Hem zamanlılık ilkesine getirilecek bu tür bir istisnanın kusur ilkesini ihlal ettiğini de söylemek mümkün değildir. Aksi durumda genel olara uygulama alanı bulan ommisio libera in causa ya da actio illicita in causa olarak adlandırılan hallerin izahı mümkün değildir. Diğer yandan yasak hatasında ve mazeret nedeni olarak zorda kalış hallerinde benzer düşünce sistemi uygulanmaktadır. Bu görüşlerimiz hiç şüphe yok ki Alman hukuku bakımından geçerlidir. Kanaatimizce Türk Hukukunda hali hazırdaki TCK'nun 34. Maddesi bir istisna norm niteliğindedir. TCK'nun 34. Maddesinin birinci fıkrası genel kuralı düzenlemekte, 2. Fıkra ise istisna modeli anlamında bir istisnaya yer verilmektedir. Birinci fıkraya göre “Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu

fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.” Bu düzenleme ceza hukukunda kusur ilkesinin bir yansıması durumundadır. Zira maddede belirtilen şartlar altında bulunan kişinin davranışlarının hukuki önemini algılama ve bu algıya göre davranışlarını yönlendirme yeteneği yoktur. İstisna norm olarak nitelendirdiğimiz norm ise maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Düzenlemeye göre İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz. Bu durumda iradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi, kusur yeteneğini kendi kusurlu fiili ile ortadan kaldırmış olduğundan ceza sorumluluğu devam edecektir. Ancak bu noktada bazı eleştirileri diler getirmekte yarar görmekteyiz. Öğretide ve uygulamada iradi alınan alkol ve uyuşturucu madde gerek kasten gerekse taksirle kişinin kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı durumları kapsar biçimde yorumlanmaktadır. Oysa özellikle kişinin adi taksirle alkol kullandığı ya da kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı durumlarda, kusur yeteneğini kaldırmaya yönelik iradi bir davranışın varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu iradi ifadesinin yerine, failin bu durumdayken bir suç işleyebileceğini öngörebilir durumda olmasını bir ölçüt olarak kullanmak gerekmektedir. Diğer yandan istisna norm sadece iradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde işlenen suçu kapsamına almaktadır. Kişi kendi kusurlu fiili ile alkol veya uyuşturucu madde dışında bir geçici neden yaratarak kusur yeteneğini ortadan kaldırabilir ve bu durumdayken bir haksızlık icra etmeyi planlayabilir. Lafzi bir yorum yapıldığında geçici neden ister failin kusurundan ileri gelsin, isterse kendiliğinden gerçekleşmiş olsun 34/1 kapsamında kaldığından sorumluluğun isnad edilememesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır. Bu nedenle kanaatimizce istisna normunun kusur yeteneğini kaldıran ya da azaltan halleri saymak yerine genel geçer bir kusur yeteneğinin fail tarafından, bu durumdayken bir haksızlık gerçekleştirebileceğini en azından öngörebilecek durumda olmasına rağmen, kendi kusurlu davranışıyla kaldırmasını sorumluluğun temeli olarak kabul etmek ve bu şekilde kodifiye etmenin daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ACHENBACH, Hans** : **Historische und Dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre [Schuldlehre]**, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974.
- AKARSU, Bedia** : **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1975.
- ALACAKAPTAN, Uğur** : **Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet**, Ankara 1961.
- ALACAKAPTAN, Uğur** : **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- AMBOS, Kai** : *“Der Anfang vom Ende der actio libera in causa“*, **NJW 1997/35**, ss. 2296-2298.
- ARTUK, Mehmet Emin / Ahmet GÖKCEN/ A. Caner Yenidünya,**
: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Yay., Ankara 2009
- BAIER, Helmut** : *“Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit, Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa“*, **GA 1999**, ss. 272-284.
- BALDUS, Paulheinz; WILLMS, Günther (Ed.)**
: **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 9. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York 1974. [Atıf Şekli: **LK – Yazar Adı**: Bölüm ve Kenar Numarası]
- BAUER, Anton** : **Lehrbuch des Strafrechtes**, 2. Aufl., Vondenhoeck und Ruprecht, Göttingen 1833. [Yeniden Tıpkı Basım: Keip Verlag, Goldbach 1996]
- BAUMANN, Jürgen; Ulrich WEBER** : **Strafrecht Allgemeiner Teil, [AT]**, 9. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1985.
- BAUMANN, Jürgen; Ulrich WEBER; Wolfgang MITSCH:**
Strafrecht Allgemeiner Teil [AT], 11. Aufl., Gieseking Verlag, Bielefeld, 2003.
- BAUMGARTEN, Arthur** : **Der Aufbau der Verbrechenslehre**, Verlag J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1913.
- BEHRENDT, Hans-Joachim** : **Affekt und Vorverschulden**, Nomos Verlag, Baden Baden 1983.

- BELING, Ernst** : **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen 1906.
- BERNER, Albert Friedrich** : **Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre**, Berlin 1843 [tıpkı basım Verlag Sauer Auverman KG, Frankfurt am Main 1968.]
- BERTEL, Christian** : *“Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?”*, *Zur der Lehre von actio libera in causa*, **JZ 1965**, ss. 53-55.
- BINDING, Karl** : **Die Normen und ihre Übertretung, Band 2: Schuld und Vorsatz, Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld**, 2. Aufl., Leipzig 1914 [Yeniden ıtkı basım: Scientia Verlag, Aalen 1965]
- BOCKELMANN, Paul; Klaus VOLK** : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1987.
- BOLDT, Gottfried** : **Johann Samuel Friedrich von Böhmer und gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft**, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1936.
- BRANDSTETTER, Wolfgang** : **Grundfragen der Deliktsverwirklichung im Vollrausch**, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, Wien 1992.
- VON BUBNOFF, Eckhart** : **Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule**, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1966.
- CENTEL, Nur; Hamide ZAFER; Özlem ÇAKMUT** : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Beta, İstanbul 2008.
- CRAMER, Peter** : **Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1962.
- CRAMER, Peter** : *“Anmerkung – BGH, Urteil v. 24.11.1967 – 4. StR 500/67”*, **JZ 1968**, ss. 273 – 276.
- CRAMER, Peter** : *“Verschuldete Zurechnungsunfähigkeit – actio libera in causa - § 330 a StGB”*, **JZ 1971**, ss. 766-768.

- DEMİRBAŞ, Timur** : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara 2007.
- DETLEFSEN, Grischa** : **Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- DREHER, Eduard** : *“Unser indeterministisches Strafrecht“*, **Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992**, (Ed. Manfred Seebode), Walter de Gruyter Berlin New York 1992, ss. 13-22.
- DÖNMEZER, Sulhi/ Sahir ERMAN** : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II**, 12. Bası, Beta Yay., İstanbul 1999.
- ENGİSCH, Karl** : **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart**, Walter de Gruyter, Berlin 1963.
- ENGİSCH, Karl** : *“Um die Charakterschuld“*, **M SchrKrim 50. Jahrgang, Heft 3/4 1967**, ss. 108-122.
- EREM Faruk/ Ahmet DANIŞMAN / Mehmet Emin ARTUK**, : **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin, Ankara 1997.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm** : **Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten – Zweyter Teil**, Giesen 1802. [Tıpkı Basım: Ed.: Werner Schmid, Keip Verlag, Frankfurt am Main 1988.]
- FISCHER, Thomas** : **Strafgesetzbuch und Nebengesetze [StGB]**, 56. Aufl.; Verlag C.H.Beck, München, 2009.
- FRANK, Reinhard** : **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**, Alfred Töpelmann, Giessen 1907. [*Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*’dan ayrı bası]
- FRANK, Reinhart** : **Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich**, 18. Aufl., Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931.

- FREUDENTHAL, Berthold** : **Schuld und Vorwurf**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1922.
- FRISTER, Helmut** : **Schuld, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- : *“Buchbesprechung”*, **ZStW 1996 (108)**, s. 645 vd.
- GALLAS, Wilhelm** : *“Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”*, **ZStW 67 (1955)**, ss. 1- 47.
- GEILEN, Gerd** : *“Zur Problematik des Schuld ausschliessenden Affekts”*, **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Ed.: Friedrich Christian Schröder, Heinz Zipf, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1972, ss. 173 – 195.
- GOLDSCHMIDT, James** : *“Der Notstand, ein Schuldproblem”*, **ÖstZStr 4 (1913)**, ss. 129 – 196. ; *“Eine Nachträge zur der Abhandlung „Der Notstand, ein Schuldproblem““*, **ÖstZStr 4 (1913)**, ss. 224 – 229.
- GOLDSCHMIDT, James** : *“Normativer Schuldbegriff”*, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930 Band I**, Ed.: August Hegler, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1930, ss. 428 – 468.
- GONZÁLEZ-RIVERO, Pilar** : **Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen: zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre**, Duncker und Humblot, Berlin 2001.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander** : **Willensfreiheit und Verantwortlichkeit**, Carl Winter’s Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1907.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander** : **Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 4. durchgesehene Aufl., Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1959.
- GROPP, Walter** : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 3. Aufl., Springer Verlag, Berlin v.d., 2005.
- GÜNTHER, Klaus** : **Schuld und Kommunikative Freiheit – Studien zur personalen Zurechnung Strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat**, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2005.

- HAFT**, Fritjof : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 9. Aufl.; C.H.Beck Verlag, München, 2004.
- HARDWIG**, Werner : **Die Zurechnung – Ein Zentralproblem des Strafrechts**, Cram de Gruyter Co., Berlin 1957.
- HERZBERG**, Rolf Dietrich : *“Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur vortatbestandlichen Deliktsverneinung”*, **GA 1996**, ss. 1 – 18.
- HETTINGER**, Michael : *“Anmerkung“ zu Urteil des BGH v. 2.6.1982 – 2. StR 758/81 (BGHSt. 31,80)“*, **JR 1983/Heft 5**, s. 207 – 210.
- HETTINGER**, Michael : **Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?**, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1988.
- HETTINGER**, Michael : *“Zur Strafbarkeit der „fahrlässigen actio libera in causa“*, **GA 1989**, ss. 1- 19.
- HETTINGER**, Michael : *“Die „actio libera in causa“: eine unendliche Geschichte?“*, **Kriminalistik und Strafrecht; Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag**, (Ed. Ellen Schlüchter), Schmidt-Römhild Verlag, Lübeck 1995, ss. 623-654.
- HETTINGER**, Michael : *“Handlungsentschluss und –beginn als Grenzkriterium tatbestandmäßigen Verhaltens beim fahrlässig begangenen sog. reinen Erfolgsdelikt – Zugleich zur sog. Fahrlässigen actio libera in causa - ”*, **Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag**, Ed. Andreas Hoyer, Henning Ernst Müller, Michael Pawlik, Jürgen Wolter, C. F. Müller Verlag, Heidelberg München Landsberg Berlin 2006, ss. 209-221.
- HILLENKAPM**, Hans : **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Überarbeitete Auflage, Luchterhand, München, 2003.
- HIRSCH**, Hans Joachim : *“Zur actio libera in causa”*, **Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. geburtstag**, Nomos Verlag, Baden Baden, 1998, ss. 88-104.

- HIRSCH, Hans Joachim** : *“Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?”*, **Festschrift für Klaus Lüderssen – Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002**, Ed.: Cornelius Prittwitz, Michael Baumann, Klaus Günther, Lothar Kuhlen, Reinhard Merkel, Cornelius Nestler, Lorenz Schulz, Nomos, Baden Baden 2002, ss. 253 – 267.
- HORN, Eckhard** : *“Actio libera in causa – eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?”*, **GA 1969**, ss. 289-306.
- HORN, Eckhard** : *„Der Anfang vom Ende der actio libera in causa“*, **StV 97/5**, ss. 264-266.
- HOLZHAUER, Heinz** : **Willensfreiheit und Strafe, Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit**, Erich Schmidt Verlag, Berlin 1970.
- HRUSCHKA, Joachim** : *“Der Begriff der „Tat“ im Strafverfahrensrecht“*, **JZ 1968**, ss. 700-703.
- HRUSCHKA, Joachim** : *“Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit – BGSt 21, 381*“*, **JuS 1968/12**, ss. 554-559.
- HRUSCHKA, Joachim** : *“Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters – Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwStGB“*, **SchwZStr 90**, 1974, ss. 48-77.
- HRUSCHKA, Joachim** : **Strukturen der Zurechnung**, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1976.
- HRUSCHKA, Joachim** : *“Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit“*, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978**, Ed.: Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1979. ss. 421 – 436.
- HRUSCHKA, Joachim** : *“Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen“*, **JuS 1982**, ss. 317 – 325.
- HRUSCHKA, Joachim** : *“Anmerkung – BGH Beschluß vom 14.06.1983 – 4. StR 298/83“*, **JZ 1983**, ss. 864-865.

- HRUSCHKA, Joachim** : “*Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*”, **ZStW 96/3 (1984)**, ss. 661-702.
- HRUSCHKA, Joachim** : “*Probleme der actio libera in causa*”, **JZ 1989/7**, ss. 310-316.
- HRUSCHKA, Joachim** : “*Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für Gesetzgebung*,” **JZ 1996/2**, ss. 64 – 72.
- HRUSCHKA, Joachim** : “*Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten*”, **JZ 1997/1**, ss. 22 – 27.
- HRUSCHKA, Joachim** : “*„Actio libera in causa” und mittelbare Täterschaft*”, **Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. October 2002**, Hrsg.: Dietter Dölling, Volker Erb, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2002, ss. 145-155.
- HRUSCHKA, Joachim** : “*Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der ‘actio libera in causa’*”, **Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag**, Ed. Heinrich de Wall, Michael Germann, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003, ss. 687-704.
- İÇEL, Kayıhan; Füsün SOKULLU-AKINCI; İzzet ÖZGENÇ; Adem SÖZÜER; Fatih S. MAHMUTOĞLU; Yener ÜNVER** : **İçel Suç Teorisi, 2. Kitap**, 3. Bası, Beta, İstanbul 2004.
- İÇEL, Kayıhan /Ali Hakan EVİK** : **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yay., İstanbul 2007
- İSFEN, Sabit Osman** : **Das Schuldprinzip im Strafrecht – unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts**, C.H.Beck, München 2008
- JÄHNKE, Burkhard; Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE; Walter ODERSKY (Ed.):**
Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl.; Walter De Gruyter, Berlin, 2003 (Atıf şekli: Yazar Adı, (LK 11), bölüm, kenar numarası)

- JAKOBS, Günther** : **Schuld und Prävention**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1976.
- JAKOBS, Günther** : **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre [AT]**, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1991.
- JAKOBS, Günther** : “*Die sogenannte actio libera in causa*”, **Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag**, Nomos Verlag, Baden Baden, 1998, ss. 105-121.
- JEROUSCHEK, Günter** : “*Die Rechtsfigur der actio libera in causa: Allgemeines Zurechnungsprinzip oder verfassungswidrige Strafbarkeitskonstruktion?*”, **JuS 1997/5**, ss. 385-389.
- JEROUSCHEK, Günter** : „*Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft – Zur Rehabilitierung der actio libera in causa durch Hans Joachim Hirsch*“, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999**, Ed. Thomas Weigend – Georg Küper., Walter de Gruyter, Berlin New York 1999; ss. 241-258.
- JEROUSCHEK, Günter; KÖLBEL, Ralf**: “*Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzip im Strafrecht*”, **JuS 2001/5**, ss. 417-424.
- JESCHECK, Hans-Heinrich** : “*Der strafrechtliche Handlungsbegriff und in dogmengeschichtlicher Entwicklung*“, **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**, Ed.: Paul Bockelmann, Wilhelm Gallas, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1961, ss. 139 – 155.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; Thomas WEIGEND**:
Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil [AT], 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JOECKS, Wolfgang; Klaus MIEBACH (Ed.)**:
Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Verlag C.H. Beck, München, 2003 (Atıf şekli: **MüKo-Yazar adı**, bölüm, kenar numarası).

- JOECKS, Wolfgang** : **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 8. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2009.
- JOERDEN, Jan C.** : **Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettung**, Duncker & Humblot, Berlin 1987.
- KATZENSTEIN, Richard** : **Die Strafflosigkeit der actio libera in causa**, Berlin 1901.
- KAUFMANN, Arthur** : *“Die ontologische Struktur des Handlung – Skizze einer personalen Handlungslehre”*, **Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft Festschrift für Helmut Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965**, Ed. Friedrich Geerds, Wolfgang Naucke, Duncker Humblot Verlag, Berlin 1966, ss. 79 – 117; ayrıca **Schuld und Strafe**, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bern, München 1966, ss. 25 – 66.
- KAUFMANN, Armin** : *“Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”*, **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25 März 1974**, Ed.: Günther Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsch, Hans Ludwig Schreiber, Günther Jakobs, Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin New York 1974, ss. 393 – 414.
- KAUFMANN, Armin** : **Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie**, Göttingen 1954
- KINDHÄUSER, Urs** : **Gefährdung als Straftat, rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte**, Klostermann, Frankfurt am Main 1989.
- KINDHÄUSER, Urs** : *“Rechtstreue als Schuld-kategorie”*, **ZStW 107 (1995)**, ss.701-733.
- KINDHÄUSER, Urs; Ulfried NEUMANN; Hans Ullrich PAEFFGEN (Ed.)** : **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2005 (Atıf şekli: Yazar Adı, **NK**, bölüm, kenar numarası).
- KINDHÄUSER, Urs** : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006.

- KINDHÄUSER, Urs** : **Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar [LPK-StGB]**, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006.
- KLEINSCHROD, Gallus Alois** : **Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten**, Gedruckt bey Franz Seraph Hübschmann, München 1802.
- KLEINSCHROD, Gallus Alois** : **Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung**, Erlangen 1805
- KOCA, Mahmut /İlhan ÜZÜLMEZ,** : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2010
- KOCH, Otmar** : **Die actio libera in causa im ausländischen Strafrecht, Diss.**, Freiburg 1956.
- KOLZ, Harald** : **Die Problematik der actio libera in causa**, Frankfurt am Main 1970.
- KORIATH, Heinz** : **Grundlagen der strafrechtlicher Zurechnung**, Duncker & Humblot, Berlin 1994.
- KÖHLER, Michael** : **“Der Begriff der Zurechnung”, Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999**, Ed. Thomas Weigend – Georg Küper., Walter de Gruyter, Berlin New York 1999; ss. 65-81.
- KÖHLER, Michael** : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, Springer, Berlin vd., 1996.
- KÖLBEL, Ralf** : **“Das Rechtsmissbrauchs-Argument im Strafrecht“**, GA 2005, ss. 36 – 58.
- KRAUSE, Friedrich W.** : **“Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung”, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft Festschrift für Helmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965**, Ed. Friedrich Geerds, Wolfgang Naucke, Duncker Humboldt Verlag, Berlin 1966, ss. 305-316.
- KRAUSE, Friedrich-Wilhelm** : **“Probleme der actio libera in causa“**, Jura 1980, ss. 169 – 175.
- KRÜMPELMANN, Justus** : **Affekt und Schuldfähigkeit**, Freiburg 1988.

- KÜHL, Kristian** : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Verlag Vahlen, München 2008.
- KUHN-PÄBST, Gisela** : **Die Problematik der actio libera in causa**, Mannheim 1984.
- KÜPER, Wilfried** : **Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand – Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“**, Duncker&Humblot, Berlin 1983.
- KÜPER, Wilfried** : *“Aspekte der „actio libera in causa“ - Ein Dialog“*, **Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht, Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Hans-Jürgen Kerner, Hans Göppinger, Franz Streng), C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983, ss. 573-592.
- LACKNER, Karl; Kristian KÜHL** : **StGB Kommentar**, 26. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- LARENZ, Karl** : **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung - Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"**, Druck von Reinhold Berger, Lucka 1927.
- LIPP, Karlheinz Andreas** : **Die Zurechnungslehre bei Aristoteles und Thomas vom Aquin**, Göttingen Georg August Universität Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Göttingen 1950.
- VON LISZT, Franz** : **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 23. Aufl. (yay. **Eberhard Schmidt**), Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1921.
- VON LISZT, Franz; Eberhard SCHMIDT** : **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 26., völlig neu bearbeitete Aufl., Walter de Gruyter Verlag, Berlin – Leipzig, 1932.
- LOENING, Richard** : **Zurechnungslehre des Aristoteles**, Verlag von Gustav Fischer, 1903, Jena.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami** : *“Ceza Hukuku Boyutuyla Epilepsi ve Demans“*, **Klinik Aktüel Tıp Nöropsikiyatri Forumu**, C. 4, S. 1, Eylül 2010, ss. 14-16.

- MAURACH, Reinhart : *“Fragen der actio libera in causa”*, **JuS 1961/12**, ss. 373-382.
- MAURACH, Reinhard : **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1971.
- MAURACH, Reinhard : **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1971.
- MERKEL, Adolf : **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Verlag Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889. [Yeniden Tıpkı Basım: Keip Verlag, Goldbach 1995]
- MERKEL, Adolf : **Kriminalischen Abhandlungen I, Zur Lehre von den Grundeinthelungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen**, Leipzig 1867.
- MEZGER, Edmund : **Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik**, Duncker & Humblot, Berlin-München, 1950.
- MEZGER, Edmund : **Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung**, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1951.
- MEZGER, Edmund : **Strafrecht: ein Studienbuch – I. Allgemeiner Teil [AT]**, 9., neubearbeitete Aufl., C.H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, München Berlin, 1960.
- MITSCH, Wolfgang : *“Actio libera in causa und mittelbare Täterschaft”*, **Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag**, Ed.: Michael Hettinger vd., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2007, ss. 347-361.
- NEUMANN, Ulfrid : **Zurechnung und „Vorverschulden“ – Vorstudien zu einem dialogischen Model strafrechtlichen Zurechnung**, Duncker Humblot, Berlin 1985.
- NEUMANN, Ulfrid : *“Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung“*, **GA 1985**, ss. 389 – 401.
- NEUMANN, Ulfrid : *“Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit”*, **ZStW 99 (1987)**, ss. 567-594.
- NEUMANN, Ulfrid : *“Konstruktion und Argument in der neuen Diskussion zur actio libera in causa“*,

- Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag**, (Ed. Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann, Wolfgang Schild, Ulrich Schroth) C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, ss. 581-593.
- NEUMANN, Ulfrid : “Anmerkung“ (BGH, Urt. v. 22.08.1996 – 4 StR 217/96, NJW, 1997, s. 138; StV 97/1, s. 21-23), StV 97/1, ss. 23-25.
- NOLL, Peter; Stefan TRECHSEL : **Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I**, 2.Aufl., Schulthess, Zürich, 1986.
- OEHLER, Dietrich : “Anmerkung – BGH Urteil 9.10.1969 – 2 StR 376/89“, JZ 1970, ss. 380 – 382.
- OTTO, Harro : “Actio libera in causa“, Jura 1986/8, ss. 426-434.
- OTTO, Harro : **Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre [AT]**, 7., neu bearbeitete Aufl., de Gruyter Recht, Berlin, 2004.
- ÖNDER, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III**, Beta Yay., İstanbul 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer /Nihat KANBUR/ Pinar BACAĞIZ/ Koray DOĞAN/ İlker TEPE : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay., Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2010.
- ÖZTÜRK, Bahri/ Mustafa Ruhan ERDEM: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2011.
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich : “Actio libera in causa und 323 a StGB“, ZStW 97, 1985, ss. 513-541.
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich : “Die Ausweitung des „Rausch“- Begriffs (§ 323 a) – ein unaufhaltsamer Prozeß?“, NStZ 1985/1, ss. 8 – 13.
- POTHAST, Ulrich : “Probleme bei der Rechtfertigung staatlicher Strafe“, JA 1993, ss. 104 – 110.
- PUPPE, Ingeborg : “Grundzüge der actio libera in causa“, JuS 1980/5, ss. 346-350.

- PUPPE, Ingeborg : **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002.
- RADBRUCH, Gustav : **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, Darmstadt 1967.
- RATH, Jürgen : “*Zur actio libera in causa bei Schuldunfähigkeit des Täters*”, **JuS 1995/5**, ss. 405-413.
- ROXIN, Claus : **Kriminalpolitisch und Strafrechtssystem**, Walter de Gruyter, Berlin 1970.
- ROXIN, Claus : **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**, Walter de Gruyter, Berlin New York 1973.
- ROXIN, Claus : “ „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien“, **Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973**, Ed.: Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin New York 1974, ss. 171 – 197.
- ROXIN, Claus : “*Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*“, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978**, Ed.: Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1979. ss. 279 – 309.
- ROXIN, Claus : “*Bemerkungen zur actio libera in causa*“, **Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987**, Ed. Wilfried Küper, Ingeborg Puppe, Jörk Tenckhoff, Walter de Gruyter Verlag, Berlin New York 1987, ss. 307-323.
- ROXIN, Claus : **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I [AT/I]**, 4.Aufl., C.H.Beck, München, 2007.
- RÖNNAU, Thomas : “*Grundstruktur und Entscheidungsformen der actio libera in causa*“, **JA 1997/7**, ss. 599 – 605.
- RÖNNAU, Thomas : “*Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur actio libera in causa*“, **JA 1997/8-9**, ss. 707 – 716.
- RUDOLPHI, Hans Joachim, v.d. (Ed.)

- : **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied vd. (116'ıncı güncelleme: Kasım 2008). (Atıf şekli: **SK-Yazar adı**, bölüm, kenar numarası).
- RUDOLPH, Hans-Joachim : **Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums**, Verlag Otto Schwartz, Göttingen 1969.
- SALGER, Hannskar/ Norbert MUTZBAUER : *“Die actio libera in causa - eine rechtswidrige Rechtsfigur”*, **NStZ 1993**, ss. 561-565.
- SATZGER, Helmut : *“Dreimal ‘in causa’ – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa”*, **Jura 2006/7**, ss. 513-520.
- SAUER, Wilhelm : **Allgemeine Strafrechtslehre**, 3. völlig neue Auflage der Grundlagen des Strafrechts, Walter de Gruyter, Berlin 1955.
- SCHÄRTL, Heinz : **Die Zurechnungslehre Christian Wolffs**, München 1970.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich : **Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts**, Verlag von Julius Springer, Berlin 1930.
- SCHILD, Wolfgang : *“Die Straftat als „actio libera in causa” – Bemerkungen zum grundsätzlichen Problem der Zurechnung von Unfreiheit im Strafrecht”*, **Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag**, Hrsg.: Kurt Schmoller, Springer Verlag, Wien New York, 1996, ss. 203-222.
- SCHLÜCHTER, Ellen : *“Zur vorsätzlichen actio libera in causa bei Erfolgsdelikten”*, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999**, Hrsg.: Thomas Weigend, Georg Küper, Walter de Gruyter Verlag, Berlin New York 1999, ss. 345-361.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard : **Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch [Studienbuch]**, 2. Aufl., C.B.Mohr Verlag, Tübingen, 1984.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard : **Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen**

Strafrechtswissenschaft, Joachim Jungius –
Gesellschaft der Wissenschaften, Hamburg
1992.

SCHNARR, Karl Heinz; Albrecht HENNING, Michael HETTINGER;

**Reform des Sanktionsrecht Band I;
Alkohol als Strafmilderungsgrund –
Vollrausch – Actio libera in causa** (Ed.:
Michael Hettinger), Nomos, Baden-Baden
2001.

SCHWEINBERGER, Dirk : *“Actio libera in causa: Folgeprobleme des herrschenden Tatbestandsmodells”*, **JuS 2006/6**, ss. 507-511.

SCHWINGHAMMER, Helmut : **Die Rechtsfigur der actio libera in causa und ihr Anwendungsbereich über den Rahmen des § 51 StGB Hinaus**, München 1966.

SEELMANN, Kurt (Ed.) : **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Reihe Alternativkommentare, Luchterhand Verlag, Neuwied, 1990. (Atıf şekli: **AK-Yazar adı**, bölüm, kenar numarası).

SOKULLU-AKINCI, Füsun : *“Ceza Hukukunda Kusurluluk”*, **Ceza Hukuku Günleri**, İstanbul 1998, ss. 95 – 108.

SOYASLAN, Doğan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yay., Ankara 2005

SÖZÜER, Adem : *“Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular – Cevaplar”*, **HPD S. 6 (Mayıs 2006)**, ss. 227 – 234.

SPENDEL, Günter : *“Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten”*, JR 1997/4, ss. 133-137.

SPENDEL, Günter : *“Actio libera in causa und kein Ende”*, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999**, Hrsg.: Thomas Weigend, Georg Küper, Walter de Gruyter Verlag, Berlin New York 1999, ss. 379-390.

SPILGIES, Gunnar : **Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminus- Streits für das Strafrecht**, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2004.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev : *“Grenzen fahrlässiger actio libera in causa”*, **Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter**, Ed. Gunnar Duttge vd., Carl

- Heymanns Verlag, Köln Berlin Bonn
München 2002, ss. 217-241.
- STRATENWERTH, Günter : *“Vermeidbarer Schuldausschluß”, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schlling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski, Carl Heymanns Verlag, Köln Berlin Bonn München 1989, ss. 485-499.
- STRATENWERTH, Günter; Lothar KUHLEN; : **Strafrecht Allgemeiner Teil I [AT/I]**, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln vd. 2004.
- STRATENWERTH, Günther : **Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat**, 3. Aufl., Verlag Stämpfli, Bern 2005.
- STRENG, Franz : *“Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand”*, **ZStW 101 (1989)**, ss. 273-334.
- STRENG, Franz : *“Der neue Streit um die „actio libera in causa”*, **JZ 1994**, ss. 709 – 714.
- STRENG, Franz : *“Actio libera in causa verminderte Schuldfähigkeit – BGH, NStZ 2000,584”*, **Jus 2001/6**, ss.540 – 545.
- STRENG, Franz : *“„actio libera in causa“ und Vollrauschtatbestand - rechtspolitische Perspektiven*, **JZ 2000**, 20- 27.
- STRENG, Franz : *“Ausschluss der Strafmilderung gem. § 21 StGB bei eigenverantwortlicher Berausung?”*, **NJW 2003/41**, ss. 2963 – 2966.
- STÜHLER, Hubert : **Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda – Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag**, Ergon Verlag, Würzburg 1999.
- SYDOW, Dorothee : **Die actio libera in causa nach dem Rechtsprechungswandel des Bundesgerichtshofs**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2002.
- TANER, Tahir : **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Bası, İstanbul 1953.

- TIMM, Ernst** : **Der Streit um die actiones liberae in causa im deutschen Strafrecht, Diss.**, Buch und Kunstdruckerei Julius Abel, Greifswald 1926.
- ÜBLER, Heiko** : **Neue Entwicklungen im Bereich der actio libera in causa**, Sulzbach Rosenberg, Regensburg 2003.
- ÜNVER, Yener** : *“Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”*, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yay., İstanbul 1998, ss. 801-887.
- ÜNVER, Yener** : **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin, Ankara, 2003.
- WEBER, Heinz Peter** : **Die Entwicklung der normativen Schuldlehre, Diss.**, Bonn 1967.
- WELZEL, Hans** : **Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs**, Walter de Gruyter, Berlin 1958.
- WELZEL, Hans** : **Das deutsche Strafrecht**, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.
- WESSELS, Johannes; Werner BEULKE** : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 37. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2007.
- WOLFF, Ernst Amadeus** : **Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen**, Carl Winter Universitätverlag, Heidelberg 1964.
- WOMELSDORF, Ulrich** : **Zur Problematik des Versuchs beim Unechten Unterlassungsdelikt, Diss.**, Münster 1976.
- ZECKER, René** : **Actio libera in Causa**, Lit Verlag, Münster, Hamburg, London, 2003.
- ZIELINSKI, Diethart** : **Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff**, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

Özgeçmiş

1980 yılında Sivas'ta doğdu. 1997 yılında Sivas Prof. Dr. Necati Erşen Anadolu Öğretmen Lisesinde mezun oldu. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine başladığı lisans eğitimini 2001 yılında tamamladı. 2001 yılı Eylül ayında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans programına kaydoldu. 2004 yılında “Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi” başlıklı tezi ile yüksek lisansını tamamladı.

Doktora eğitimine 2004 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programına başladı. 2006 yılı Haziran döneminde doktora yeterlilik sınavının ardından nedeninde serbest hareket kavramı üzerine doktora tezine ilişkin çalışmalara başladı. Doktora tezi sırasında Bonn Üniversitesi Hukuk Fakültesinde üç dönem misafir öğrenci ve araştırmacı olarak ve Giessen Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma amaçlı olarak bulundu.

28 Aralık 2001 tarihinden beri İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.