

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

76865

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KUSURLULUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

Doç.Dr. Doğan SOYASLAN

VECİHA MOR

ANKARA - 1990

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
KUSURLULUK	
I. KUSURLULUK KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ VE SUÇ GENEL TEORİSİ	
İÇİNDEKİ YERİ	3
A. KUSURLULUK KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ	3
B. KUSURLULUK KAVRAMININ SUÇ GENEL TEORİSİ	
İÇİNDEKİ YERİ	5
II. KUSURLULUK KAVRAMININ ANLAMI, NİTELİĞİ VE KAPSAMI	8
A. KUSURLULUK KAVRAMININ ANLAMI	8
B. KUSURLULUK KAVRAMININ NİTELİĞİ VE KAPSAMI	9
1. KUSURLULUK KAVRAMINI AÇIKLAYAN TEORİLER	9
a) Psikolojik Teori	9
b) Normatif Teori	10
c) Türk Doktrinindeki Görüşler	11
III. KUSURLULUK, İSNAD YETENEĞİ VE SORUMLULUK KAVRAMLARI	
ARASINDAKİ İLİŞKİ VE KUSURLULUK ÇEŞİTLERİ	12
A. KUSURLULUK VE İSNAD YETENEĞİ	12
B. KUSURLULUK VE SORUMLULUK	14
1. CEZAI SORUMLULUĞUN UNSURLARI VE ESASI	14
2. İRADE SERBESTİSİ VE SORUMLULUK	15
C. KUSURLULUK ÇEŞİTLERİ	17
IV. KUSURLULUĞU KALDIRAN SEBEPLER	18
A. GENEL OLARAK	18
B. KAZA VE TESADÜF	18
C. ZORLAYICI NEDEN(MÜCBİR SEBEP)	19
D. CEBİR (ZOR KULLANMA)	21
E. İKRAH VE TEHDİT	21
F. YANILMA VE SAPMA	22

İKİNCİ BÖLÜM
KASTTAN DOĞAN SÜBJEKTİF SORUMLULUK

I. KAST KAVRAMININ ANLAMI, KAPSAMI VE KASTI AÇIKLAYAN TEORİLER	24
A. KAST KAVRAMININ ANLAMI	24
B. KASTI AÇIKLAYAN TEORİLER	24
1. TASAVVUR TEORİSİ	24
2. İRADE TEORİSİ	26
C. KASTIN UNSURLARI	28
a) Düşünme ve Öngörme Unsuru	28
b) İrade Unsuru	29
D. KAST VE SAİK KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ	31
II. SUÇUN ÇEŞİTLİ SAFHALARINDA KASTIN DURUMU, KASTIN TESBİTİ VE KASTIN ÇEŞİTLERİ	33
A. SUÇUN ÇEŞİTLİ SAFHALARINDA KASTIN DURUMU	33
B. KASTIN TESBİTİ	34
C. KASTIN ÇEŞİTLERİ	36
1. GENEL KAST - ÖZEL KAST	36
2. ANİ KAST - DÜŞÜNCE KASTI	37
3. BELİRLİ KAST - BELİRLİ OLMAYAN KAST	38
4. ZARAR KASTI - TEHLİKE KASTI	38
5. DOĞRUDAN DOĞRUYA KAST - DOLAYISIYLA KAST	39
6. ASIL KAST - TALİ KAST	39
III. KASTIN YOĞUNLUĞU VE KASTIN AŞILMASI	40
A. TASARLAMA	40
1. TASARLAMA KAVRAMININ ANLAMI	40
2. TASARLAMA KAVRAMININ KAPSAMI VE TASARLAMAYI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER	41
a) Soğukkanlılık Teorisi	42
b) Plan Kurma Teorisi	42
3. TASARLAMA VE HAKSIZ TAHRİK	43
B. KASTIN AŞILMASI	44
1. HUKUKİ ESASI	44
2. KASTIN AŞILMASININ ŞARTLARI	48
3. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KASTI AŞAN SUÇ	49

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİR DEN DOĞAN SÜBJEKTİF SORUMLULUK

I. TAKSİR KAVRAMININ ANLAMI, TARİHÇESİ VE HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER	52
A. TAKSİR KAVRAMININ ANLAMI	52
B. TAKSİRİN TARİHÇESİ	53
C. TAKSİRİN HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER	55
1. ÖNGÖREBİLME TEORİSİ	55
a) Fail Yönünden Öngörebilme	57
b) Orta Kabiliyetli Şahıs Yönünden Öngörebilme	57
c) Failin Bulunduğu Sosyal Sınıfın Orta Kabiliyetli Şahsı Yönünden Öngörebilme	58
2. ÖNGÖREBİLME VE ÖNLİYEBİLME TEORİSİ	59
3. HUKUKA AYKIRI ARAÇLAR KULLANMA TEORİSİ	60
a) İradî Müessir Sebep Kavramı	60
b) Hukuka Aykırı veya Hukuk İdesi Bakımından Normal Olmayan Vasıtalar Kavramı	61
4. YANILMA (HATA) TEORİSİ	62
5. TEORİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ	63
II. TAKSİRİN UNSURLARI VE BENZERİ KAVRAMLARLA OLAN İLİŞKİSİ ...	65
A. TAKSİRİN UNSURLARI	65
1. FİİLİN TAKSİRLE İŞLENEBİLEN BİR SUÇ OLMASI	65
2. HAREKETİN İRADİLİĞİ	65
3. NETİCENİN İRADİ OLMAMASI	66
4. HAREKETLE NETİCE ARASINDA NEDENSELLİK BAĞININ BULUNMASI	67
a) Failin Hareketiyle Üçüncü Kişinin Hareketinin Birleşmesi	68
aa) Üçüncü Kişinin Hareketinin Kusursuz Olması	68
bb) Üçüncü Kişinin Hareketinin Kusurlu Olması	68
b) Mağdurun Hareketinin Failin Taksirli Hareketi İle Birleşmesi ..	69
5. NETİCENİN ÖNGÖRÜLEBİLMESİ	70
B. BİLİNÇLİ TAKSİR (ŞUURLU TAKSİR)	70
1. KAVRAM OLARAK ANLAMI	70
2. BİLİNÇLİ TAKSİRİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER	71

a) Şuurlu Taksiri Kast Kavramının Kapsamında Kabul Eden Görüş	71
b) Bilinçli Taksiri Üçüncü Bir Kusurluluk Şekli Olarak Kabul Eden Görüş	72
c) Bilinçli Taksiri Taksirin Bir Çeşidi Olarak Kabul Eden Görüş ...	72
C. TAKSİR VE BENZERİ KAVRAMLARLA OLAN İLİŞKİSİ	73
1. MUHTEMEL KAST VE TAKSİR	73
2. OBJEKTİF SORUMLULUK VE TAKSİRDEN DOĞAN SÜBJEKTİF SORUMLULUK	74
3. CEZAI TAKSİR VE MEDENİ TAKSİR ARASINDAKİ İLİŞKİ	75
III. TAKSİRİN ŞEKİLLERİ, DERECESESİ VE TAKSİRLE İŞLENEBİLEN SUÇLAR ...	76
A. TAKSİRİN ŞEKİLLERİ	76
1. GENEL OLARAK	76
2. TEDBİRSİZLİK	76
3. DİKKATSİZLİK	78
4. MESLEK VE SAN'ATTA ACEMİLİK	78
5. NİZAMAT, EVAMİR VE TALİMATA RIYETSİZLİK	79
B. TAKSİRİN DERECESESİ	80
C. TAKSİRLİ ADAM ÖLDÜRME VE TAKSİRLİ MÜESSİR FİİL	80
1. TAKSİRLİ ADAM ÖLDÜRME	80
2. TAKSİR İLE MÜESSİR FİİL	82
SONUÇ	83
KAYNAKÇA	86

KISALTMALAR

A.C.	: Adliye Ceridesi.
A.Der.	: Adalet Dergisi.
a.g.e.	: Adı geçen eser.
a.g.m.	: Adı geçen makale.
A.Ü.H.F.D.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
B.	: Bası.
Bkz.	: Bakınız.
C.	: Cilt.
C.D.	: Ceza Dairesi.
Çev.	: Çeviren.
E.	: Esas.
İ.B.D.	: İstanbul Barosu Dergisi.
İ.H.F.D.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi.
K.	: Karar.
Kşz.	: Karşılaştırınız.
Md.	: Madde.
S.	: Sayı.
sf.	: Sayfa.
T.C.K.	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve devamı.
Y.K.D.	: Yargıtay Kararlar Dergisi.
Y.C.G.K.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu.

GİRİŞ

Ceza hukukunun temel kavramlarından olan suç ve cezanın insanlık tarihi ile yaşıt olduğu bir gerçektir. Bu iki kavram Devlet müessesesi şeklindeki insan topluluklarından çok daha önceleri ortaya çıkmıştır. Günümüzdeki anlamlarını kazanmaları ise çok uzun ve güç bir gelişmenin sonucudur. Ceza hukukunun ilkel dönemlerinde kişisel ölçü esasını benimsendiğinden failin cezalandırılabilmesi için zararlı neticenin gerçekleşmesi yeterli sayılmıştır. Daha sonraları her alanda gerçekleşen gelişme ve değişimin hukuk alanında da etkisini gösterdiği ve Ceza hukukunda bazı ilkelerin oluştuğu görülmektedir. İşte cezai sorumluluğun kusura dayanması görüşü bu gelişmelerin sonucudur. Günümüzde çok doğal görünen bu ilkel gerçekte çok uzun ve zor ulaşılan bir aşamanın ürünüdür.

Uzun tarihsel geçmişine rağmen suç kavramı ile ilgili tartışmalar bu gün halen devam etmektedir. Kavramın tanımı ve unsurlarının sayısı konusunda dahi görüş birliğine varılabilmemiş değildir. Bu tartışmalar bir yana biz suçun dört kurucu unsurdan oluştuğu düşüncesindeyiz. Çalışmanın konusunu da bu unsurlardan biri olan manevi unsur teşkil etmektedir. Ancak, manevi unsuru kusurluluktan ibaret saymak, kapsamını daraltmak olacağından biz sadece kusurluluk konusunu incelediğimizi belirtelim. Manevi unsur ise daha geniş kapsamlı ve isnad yeteneğinin de içine alan bir kavramdır. Biz çalışmamızda bu bütünün çok önemli bir unsurunu, hatta manevi unsura anlamını veren ve asıl manevi unsur olarak adlandırılan kusurluluk konusunu ele almaktayız.

Suç ve Ceza kavramlarının insanlık tarihiyle yaşıt olmasına rağmen kusurluluk kavramının Ceza Hukuku diline girmesi oldukça yenidir. Objektif sorumluluk anlayışından sübjektif sorumluluk anlayışına geçişin bir sonucu olarak failin cezalandırılabilmesi için maddi illiyet bağının yeterli olmadığı anlaşılmış ve cezai sorumluluk kusur esasını üzerine kurulmuştur. Bu gün kusurluluk ceza hukukunun merkezi problemi olarak nitelendirilmektedir. Bu problemin çözümü pek çok problemin çözülmesine de yardımcı olacaktır.

Kusurluluğun fiile suç olma niteliğini kazandırdığını ve diğer unsurların varlığına rağmen kusurluluğun eksikliği halinde fiilin suç olamayacağını ifade etmek mümkündür. Kusurluluğun esas şekli ise sübjektif sorumluluktur. Sübjektif sorumluluk başlıca iki şekilde ortaya çıkar: Kast ve taksir. Kusurluluğun taksir şekli sanayileşmenin sonucu olarak özellikle son yüzyılda büyük önem kazanmıştır. Kusurluluk türlerinin ise kendine özgü ve çözülmesi gereken pek çok sorunu vardır. Henüz bu iki kavramın hukuki esasını açıklamak konusunda dahi görüş birliğine varılmış değildir. Biz bu tartışmalara da değinmeye çalışacağız.

Suç genel teorisi içinde taşıdığı önem nedeniyle kusurluluk ve sübjektif sorumluluk çalışmanın konusu olarak seçilmiştir. Türk Ceza Hukukunda kusurluluk konusunun nasıl anlaşıldığı ve nasıl yorumlandığı Yargıtay Kararlarından da yararlanılarak anlatılmaya çalışılacaktır. Şüphesiz suçun asıl unsuru olarak adlandırılan kusurluluk konusunu türleri ile birlikte incelemek bu çalışmanın sınırını aşacak boyuttadır. Bu bakımdan çalışma konusuyla ilgili olmasına rağmen değinilmeyen bir çok konu vardır. Konuyu sınırlandırmak bakımından, kusurluluk ve kusurluluk türleri olan kast ve taksir ele alınacaktır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde kusurluluk konusu yer almaktadır. Konu üç alt başlıktan oluşmaktadır. Birinci kısımda kusurluluk kavramının tarihçesi ve suç genel teorisi içindeki yeri incelenecektir. İkinci kısımda kusurluluk kavramının anlamı ve kavramı açıklayan görüşler ele alınacaktır. Üçüncü kısımda ise, kusurluluk, isnadiyet ve sorumluluk arasındaki ilişkiye değinilecektir. Dördüncü kısımda ise, kusurluluğu kaldıran nedenler incelenecektir.

İkinci bölümü kusurluluk türü olan kast ve kasttan doğan sübjektif sorumluluk konusu oluşturmaktadır. Konu üç alt başlıkta incelenecektir. Birinci kısımda kast kavramının anlamı ve kastı açıklayan teoriler, ikinci kısımda suçun çeşitli safhalarında kastın durumu, kastın tespiti ve kastın çeşitleri yer almaktadır. Üçüncü kısımda ise, kastın yoğunluğu ve kastın aşılması anlatılacaktır. Ayrıca uygulamada konunun nasıl anlaşıldığını açıklayabilmek için bu konularla ilgili Yargıtay Kararlarından örnekler verilecektir.

Üçüncü bölümde ise, taksir kavramı, tarihçesi, hukuki esasını açıklayan teoriler, taksirin unsurları, taksirin şekilleri ve derecesi ve taksirin bazı kavramla olan ilişkisi konuları ele alınacaktır. Çalışma, ele alınan tüm konulardan elde edilen sonuçların değerlendirilmesi yapılarak bitirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. KUSURLULUK KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ VE SUÇ GENEL TEORİSİ İÇİNDEKİ YERİ

A. KUSURLULUK KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ

Ceza hukuku bakımından kusurluluk büyük önem taşır. Günümüzde kusura dayanmayan bir cezai sorumluluk düşünülemez. Oysa geçmişte çok uzun bir süre cezai sorumluluk bakımından neticeyi esas alan objektif sorumluluk esas benimsenmiş ve failin men olunan bir fiilin faili olması sorumluluk için yeterli sayılmıştır. Suçun oluşmasında sözkonusu manevi unsurun aranması, ancak kusurlu kişinin cezalandırılması ceza hukukunun pek güçlükle ulaştığı bir aşamadır. Ceza hukuku bu sayede insanileşmiştir de denebilir(1).

Gerçekten de kusurluluk kavramının ceza hukuku alanında taşıdığı önemi gözönünde bulundurduğumuzda, ceza hukukunun tarihi gelişimini adeta bu kavram etrafında toplamak bile mümkün dür(2). Ceza hukuku dönemlerine göre kusurluluk kavramının tarihsel gelişimini ele aldığımızda, İlkel Ceza Hukuku döneminin kusur kavramını tanımadığını görürüz. Bu dönemde cezalandırmaktan güdülen amaç öcalma olduğundan failin zarar verici fiili işlemesi cezalandırılması için yeterli sayılmaktaydı. Bu dönemde sorumluluk kolektiftir; bundan başka sorumluluk failin kusuruna dayanmadığından, istenilerek sebebiyet verilen zararlarla istenmeyerek sebebiyet verilen zararlar aynı sonuçları doğurmaktadır(3).

Bu dönemdeki gelişmemiş hukuk bilinci şu şekilde ifade edilebilir : Zararlı herhangi bir sonucu cezasız kalması kabul edilemez(4). İlkel Hukukun, ceza sorumluluğu bakımından, neticeye bakarak sorumluluğu belirleyen objektif bir sorumluluk esasına dayandığı kesindir(5).

Müşterek hukuk döneminde cezalandırmayı haklı kılan sebep, suçlu bir niyetin bir suretle ifadesi şeklinde anlaşılabilir, zararlı netice meydana gelmeden de sözü geçen niyeti açığa vuran her hareket suç sayıldı(6). Ancak, bu düşünce devlete kişinin özgürlüğüne müdahale imkanı verdiğinden zamanla bu müdahale imkanını sınırlamak gerektiği görüşü ortaya çıkmıştır. Özellikle Tabii Hukuk akımının bu alanda da etkisini göstererek manevi unsura gereken önemi vermesi

(1) Gölcüklü, Feyyaz: Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 1983, sf.83.

(2) Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1981, sf.241.

(3) Dönmezer, Sulhi: Ceza Mesuliyetinin Esası, İstanbul 1949, sf.10.

(4) Manzini, Tarattato di diritto Penale I.1950, 629(Zikreden: Dönmezer-Erman II sf.242.

(5) Dönmezer-Erman: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, İstanbul 1981, sf.52.

(6) Bettiol, Diritto penale, Palermo 1962 sf.236, (Zikreden: Dönmezer-Erman, II sf.242.

sonucu "kusursuz suç olmaz" ve "kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz" kuralları ortaya çıkmıştır. Böylece Yeni Zamanlar Ceza Hukuku döneminde uzun bir gelişmenin sonucu olarak ve çeşitli hukukların etkisiyle hem kusur, sorumluluğun esası olarak kabul edilmiş hem de keşinin sırf düşünce, kanaat ve fikirlerinden dolayı sorumlu tutulması önlenmiştir(7).

Yeni zamanlar ceza hukuku döneminde "kusursuz suç olmaz" ve "kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz" ilkeleri arasında kurulan denge zamanla bozulmuştur. Böylece çağdaş ceza hukuku döneminde iki akım ortaya çıkmıştır. Liberallik ve Otoriterlik. Bu akımlardan biri olan Otoriterlik, sadece zarara ve toplumun zararlı neticeler doğuran her türlü harekete karşı korunması gerektiği görüşüdür. Bu düşüncüyü savunanlar, objektif sorumluluk ilkelerini ceza hukuku alanına aktarmak ve kusursuz suç olmaz ilkesinin kapsamını daraltmak yoluna gitmişlerdir(8). Diğer yandan, kusurluluğun önemini adeta abartarak herşeyi irade ile açıklamaya çalışan iradi ceza hukuku akımı ortaya çıkmıştır. Otoriter rejimlerin felsefi temelini oluşturan iradi ceza hukuku eğilimi irade unsuruna aşırı bir önem vermekte ve suçlu niyetin bir kez ortaya çıkmış olmasını failin cezalandırılması için yeterli saymaktaydı. Bu düşüncüyü savunanlar netice ile irade arasında fark meydana çıkması halinde yalnızca iradeye önem verilmek gerektiğini savunmaktadırlar(9).

Çok uzun ve güç aşamalardan sonra ulaşılan kusursuz suç olmaz ilkesinin kapsamını daraltmaya çalışmak ve objektif sorumluluğun ilkelerini ceza hukukuna aktarmak geriye dönüşün ifadesinden başka birşey değildir. İnsanlığın pek güç ulaştığı bir aşamadan sonra tekrar geriye dönülmesini istemek günümüzde savunulamaz.

Çağdaş Ceza Hukukunda bir diğer eğilim ise liberalliktir. Bu eğilime göre sosyal hayata ceza müeyyideleriyle müdahale ancak zorunlu ise kabul edilebilir. Ceza hukukunun bütün düzen ve müesseseleri bir yandan insan hak ve hürriyetlerini korumalı diğer yandan da sosyal savunmayı ahenkli bir şekilde uzlaştırmaya çalışmalıdır. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik prensibi ceza hukukunun vazgeçilmez ilkesidir. Hatta sosyal hayatın ve diğer hukuk alanlarının müeyyideleri, ihlal edilen sosyal barış ve sükunu iade için yeterli ise ceza müeyyidesinin uygulanmasına gidilmez(10).

(7) Dönmezer-Erman: II sf.243.

(8) Dönmezer-Erman: II, sf.244.

(9) Dönmezer-Erman: II, sf.244.

(10) Dönmezer-Erman: I, sf.115.

Ceza hukukunda liberallik akımı, düşünce alanında doğru görünse bile, toplumsal düzenin ceza müeyyidesinin uygulanmasına gerek kalmaksızın sağlanabileceğini savunmak günümüzde toplumsal yaşamın gerçeklerine uygun düşmez. Bu nedenle sosyal hayatın ve diğer hukuk alanlarındaki müeyyidelerin yeterli olması halinde ceza müeyyidesinin uygulanmaması gerektiği yolundaki görüşüne katılmıyoruz.

Her iki akımında eleştirilecek pek çok yönü vardır. Bu konuda tutulacak en doğru yol, çağdaş ceza hukukunun "kusursuz suç olmaz" ve "kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz" prensipleri arasında kurmayı başardığı dengeyi esaslı bir şekilde korumaktan ibarettir(11) görüşüne katılmaktayız. Gerçektende bu iki akım arasında kurulan denge sayesinde hem Devletin kişilerin hareketlerine gereksiz derecede erken müdahale etmesine engel olabilecek hem de bu müdahalenin fazla geç kalması önlenecektir.

Bizce bu konuda denge şu şekilde kurulabilir ve korunabilir:

Öncelikte failin fiiline anlamını kazandıran kusurluluk kavramıdır. Bu nedenle hareketin anlamı, kapsamı ve cezai sonuçlarını saptarken kusurluluğa gerekli önem verilmek zorundadır. Ancak kusurluluk taşıdığı öneme rağmen hareketin bir unsurudur. Kusurluluğun bir anlam taşıyabilmesi için hukuka aykırı ve yasadaki tipe uygun bir hareketin varlığı şarttır. Aksi halde kusurluluk tek başına bir anlam taşımaz.

Ortada hukuka aykırı ve yasadaki tipe uygun bir hareket varsa, kusurluluk ona anlam ve yön vermek failin sorumluluk sınırını çizmek, yapılan hareketi nitelendirmek bukamından ön plâna geçer ve netice ile irade arasında meydana gelebilecek muhtemel farklar, prensip itibarı ile irade lehine çözümlenir(12) şeklindeki görüşe katılmaktayız.

B. KUSURLULUK KAVRAMININ SUÇ GENEL TEORİSİ İÇİNDEKİ YERİ

Bir fiilin suç olması için gereken nitelikleri araştıran suçun genel unsurları teorisi, fiilin kusurlu bir şekilde işlenilmek gerektiğini de bir unsur olarak ileri sürmüştür(13). Gerçekten suç ancak dört kurucu unsurdan oluşur. Bu unsurlara dayanılarak suç "sorumlu bir kimse tarafından, müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen, ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yazılmış tarife uygun ve hukuka aykırı olan fiil"(14) olarak tanımlanmıştır.

(11) Dönmezer-Erman: II, sf.245.

(12) Dönmezer-Erman: II, sf.245.

(13) Dönmezer-Erman: II, sf.241.

(14) Dönmezer-Erman: I, sf.352.

Tanımından da anlaşılacağı gibi suçun bulunabilmesi için kanuni tarife uygun ve hukuka aykırı olan fiilin, iradi, yani faile isnadı kabil olacak şekilde kusurlu olarak işlenmiş olması şarttır. Suçun bu dördüncü unsuruna bazı yazarlar kusur, diğer bazı yazarlar ise kusurluluk demektedirler. Dönmezer ve Erman ise manevi unsur adını vermektedirler(15). Manevi unsur konusundaki açıklamalardan önce ceza hukukunun temel kavramlarından biri olan suç kavramına unsurları ile birlikte kısaca değinmek gerekir.

İnsan için toplu halde yaşamak nasıl zorunlu ise, toplum yaşamının belli kurallara göre düzenlenmeside bir zorunluluktur. Bu zorunluluk ise suç kavramını ortaya çıkarır. Öyle ki, suç ve müeyyide kavramlarının tarihçeleri ile ilgili olarak şunu söyleyebiliriz: Tarihte hiçbir toplum yoktur ki orada muayyen fiiller men edilmemiş ve bunun karşılığı olarak ceza müeyyidesi bulunmamış olsun. Yani belli hareketlerin yasak olarak adlandırılması ve bu şekilde davrananlara tepki gösterilmesi devlet müessesesi şeklindeki gelişmiş insan topluluklarının ortaya çıkışından çok daha önceleri mevcut bulunmuştur(16).

Ancak bu uzun tarihsel geçmişine rağmen suç kavramının tarifi ve unsurları konusunda farklı görüşler vardır. Suçun iki unsuru olduğunu ileri süren yazarlar(17) olduğu gibi bu sayının sekiz olduğunu ileri süren yazarlar(18) da vardır. Türk Doktrininde Erem(19) iki, Taner(20), Kantar(21) ve Gölcüklü(22) suçun üç unsurdan meydana geldiği görüşündedir. Dönmezer ve Erman(23) ile Alacakaptan(24) suçun dört, Tosun(25) ise beş unsuru olduğu düşüncesindedir.

Unsur sayısı konusundaki farklı görüşlere rağmen suçun unsurlarından birinin her zaman manevi unsur olduğu üzerinde bir anlaşmazlık yoktur. Suçun iki unsurdan oluştuğunu savunanlar dahi birinin manevi unsur olduğunu kabul etmektedirler. Unsur sayısındaki farklı düşünceler, suçun tanımlanması sırasında da etkili olmaktadır. Her yazar bağlı olduğu hukuk okulunun görüşlerine paralel tanım yapmaktadır.

(15) Dönmezer-Erman: I, sf.352.

(16) Dönmezer, Sulhi: Kriminoloji, İstanbul 1967, sf.49.

(17) Carrara, Programa 53, Florian, Trattato di diritto Penale, 398(Zikreden: Dönmezer-Erman, I, sf.348)

(18) Ferri, Principi 386(Zikreden: Dönmezer-Erman, I, sf.348).

(19) Erem, Faruk: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 1984, sf.22.

(20) Taner, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953, sf.82.

(21) Kantar, Baha: Ceza Hukuku, sf.79 vd.

(22) Gölcüklü, F.: a.g.e., sf.22.

(23) Dönmezer-Erman: I, sf.352.

(24) Alacakaptan, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1973, sf.10.

(25) Tosun, Öztekin: Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul 1982, sf.10.

Bu tanımlardan bazıları şunlardır : Suçu şekli açıdan tanımlayan bir yazara(26) göre "suç, kanuna aykırı beşeri fiildir". Von Lisat ve Schmidt(27) suçu "hukuki netice olarak hukuki nizamın ceza tayin ettiği fiil" olarak tanımlamışlardır. Türk doktrininde Taner(28) ve Kantar(29) suçu "kanunun cezalandırdığı fiil" olarak tanımlamışlardır. Suçun şekli açıdan tanımlanması soyut ve genel anlamını açıklayıcı olsa da yeterli değildir.

Suç kavramı maddi bakımdan da tanımlanmıştır. Bir yazar(30) suçu "hukuken himaye edilen bir menfaati ihlal eden veya tehlikeye koyan, muayyen unsurlardan teşekkül eden ve bazan da belli şartlara tabi olan, yahut suçun ağırlığını azaltıp, çoğaltmak üzere kanunun derpiş ettiği belli arızı unsurlarla birlikte bulunan ve bir şahsa isnad edilebilen icrai veya ihmali bir harekettir". Bir başka yazara(31) göre "suç, bir cezai kaidede tasvir edilen tipe uygun olan ve meşrûiyet sebeplerini ihtiva etmeyen ve bir faile ruhi bakımdan atfedilebilen beşeri hareket tarzıdır".

Türk Doktrininde de her yazar suçu farklı şekilde tanımlamıştır. Dönmezer ve Erman'a göre "suç, sorumlu bir kimse tarafından, müsbet veya menfi bir hareketle meydana getirilen, ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yazılmış tarife uygun ve hukuka aykırı olan bir fiil" dir(32). Alacakaptan'a göre ise suç "isnad yeteneğine sahip bir kişinin kusurlu iradesinin yarattığı icrai veya ihmali hareketin meydana getirdiği yasada yazılı tipe uygun, hukuka aykırı ve müeyyide olarak bir cezanın uygulanmasını gerektiren bir eylemdir(33). Biz suçun dört unsurdan oluştuğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle gerek Dönmezer ve Erman'ın ve gerekse Alacakaptan'ın yaptığı tanımların suçu hem maddi hem de şekli bakımdan açıkladığını ve diğer tanımlara göre daha açıklayıcı ve yeterli olduğu görüşünderiz.

Tanımların farklılığına rağmen hepsinde ortak olan bir husus vardır: "kusurlu irade" "isnad edilebilen" "ruhi bakımdan atfedilebilen" gibi farklı kelimelerle ifade edilen bu manevi bağ, suçun kusurcu unsurudur. Yani fiilin suç olabilmesi için hareketle netice arasında illiyet bağının olması yeterli değildir. İşlenmiş olan fiil ile fail arasında manevi sebebiyet ilgisinin bulunması, fiilin fail hesabına bir kusur olarak kaydedilebilmesi gerekir(34). Kısacası insan fiiline

(26) Carmignani, Teoria della legge Starezza Sociale, C.II, sf.11(Zikreden: Kunter, Nurullah: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, sf.32.)

(27) Von Lisat-Schmidt, Lehrbuch, C.I, sf.26(Zikreden: Kunter, N.: a.g.e., sf.32.)

(28) Taner, T.: a.g.e., sf.79.

(29) Kantar, B.: a.g.e., sf.78.

(30) Manzini, Trattato: C.I, sf.408(Zikreden: Kunter, N.: a.g.e., sf.32)

(31) Grispligni, Diritto Penale, C.II, sf.11(Zikreden: Kunter, N.: a.g.e., sf.33)

(32) Dönmezer-Erman: I, sf.352.

(33) Alacakaptan, a.g.e., sf.10.

(34) Taner, a.g.e.,sf.315.

suç niteliğini kazandıran ve fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eden kusurluluk, bütün suçların kurucu ve genel unsurlarından biridir. Suçun manevi unsurunu oluşturan ve hatta asıl manevi unsur olarak adlandırılan kusurluluk kavramı bu özelliği nedeniyle ki, bir yazar(35) tarafından modern ceza hukuku ile özdeşleştirilmiştir.

Modern ceza hukuku kusur ceza hukukudur şeklinde ifade edilen bu görüş kusurluluğun önemi konusunda biraz ileri gitmişse de büyük ölçüde haklılık payı taşımaktadır. Çünkü insanlığın çok uzun süren gelişmeler sonucunda ulaştığı sübjektif sorumluluk anlayışının doğal sonucu olarak kusurluluğun yokluğu halinde fiili suç saymak mümkün değildir. Yani fiile suç niteliğini kazandıran kusurluluktur. Modern ceza hukukunda kusura dayanan sorumluluk anlayışını kabul ettiğine göre kusurluluk modern ceza hukukunun vazgeçemeyeceği bir kavramdır.

II. KUSURLULUK KAVRAMININ ANLAMI, NİTELİĞİ VE KAPSAMI

A. KUSURLULUK KAVRAMININ ANLAMI

Bir anlayışa göre kusurluluk, suçun objektif muhtevasına karşıt olan sübjektif muhtevasıdır. İşlediği fiil ile failin zihni ilgilerini ifade eden kusurluluktan dolayısıdır ki, faili takbih etmek mümkün olabilmektedir(36). Bu anlamda kusurluluk, suçun en geniş manada her türlü psikolojik görünüşünü ifade edebilir ve böyle olunca akıl makûliyeti, sarhoşluk, yaş küçüklüğü gibi halleri dahi kapsayabilir(37). Kusurluluk kavramında bütün suçların sübjektif unsurunu toplayıcı bir anlam yer almaktadır(38). Kavram, fail yönünden ele alınabileceği gibi fiil yönünden de ele alınabilir. Fail yönünden ele alındığında kusur, fiil yönünden ele alındığında ise kusurluluk sözkonusu olur. Ancak ceza hukukunda suçun genel unsurları, fiilin ele alınması sureti ile incelendiği için, fiilin bir unsuru olarak kusurluluktan söz etmek yerinde olacaktır(39). Bu görüş objektif kusur görüşüdür. Sübjektif kusur görüşüne göre ise kusur failin bir sıfatı, bir vasfıdır(40). Biz, kusurun hareketin bir niteliği olduğu düşüncesindeyiz. Bu nedenle kusurluluk tesbit edilirken sadece failin suç teşkil eden hareketi dikkate alınmalıdır. Kişiliğinin dikkate alınması ise kusurluluğun tesbitiyle değil cezanın kişiselleştirilmesi konusyla ilgilidir.

(35) Yüce, Turan Tufan: Ceza Hukuku Dersleri, C.I, Manisa 1982, sf.298.

(36) Hippel, Manuale: di diritto Penale, sf.179(Zikreden: Erem, a.g.e., sf.487)

(37) Battagliini, Diritto Penale, sf.139(Zikreden: Erem, a.g.e., sf.487 vd.)

(38) Raineri, Dolo e infermita di mente (Zikreden: Erem, a.g.e., sf.488)

(39) İçel, Kayhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, sf.8.

(40) İçel, K.: a.g.e., sf.8.

Sübjektif kusur görüşünün kabulü halinde ise failin genel yaşam tarzını ve geçmişini gözönünde bulundurmak gerekir ki, bu bir bakıma insanların geçmişini bir "kusur karinesi" olarak kabul etmek dir. Bunun sonucunda daha en başında faile karşı peşin bir önyargı ile yaklaşmış olur. Oysa objektif kusur görüşü sadece hareketi esas aldığından bu sakıncaları taşımamaktadır. Bu nedenle biz sübjektif kusur görüşüne katılmaktayız.

B. KUSURLULUK KAVRAMININ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

1. KUSURLULUK KAVRAMINI AÇIKLAYAN TEORİLER

a) **Psikolojik Teori** : Kusurluluğu psikolojik bir kavram olarak kabul eden bu teoriye göre, kusurluluk failin şuur ve iradesinin neticeye sebep olduğu andaki durumudur. Başka bir ifade ile failin pisişik faaliyetinin fozitif hukuk tarafından gösterilen neticeyle olan bağı kusurluluğu teşkil eder(41). Psikolojik teoriyi savunan yazarlar arasında farklı anlayışlar vardır. Bu konudaki görüşleri üç grup altında toplamak mümkündür. Birinci gruba dahil yazarlar kast ve taksiri psikolojik bir temelde birleştirmeye çalışmışlar ve bunun sonunda taksirin, özellikle şuarsuz taksirin bir kusurluluk şekli olmadığı sonucuna varmışlardır. İkinci gruba dahil yazarlar kast ve taksiri psikolojik bir açıdan açıklamakla beraber, taksirdeki psikolojik durumu kasttan farklı olarak dikkat eksikliği'nde görmektedirler. Üçüncü gruba dahil yazarlar ise kastın tam anlamıyla psikolojik bir kavram olduğunu kabul etmekte, buna karşılık taksirin gerek psikolojik gerek değerlendirme cephelerinin bulunduğunu ileri sürmek sureti ile bu kusurluluk şeklinin sadece psikolojik olarak açıklanmasının imkânsızlığına işaret etmektedirler(42).

Psikolojik teoriye pek çok yönden eleştiri yöneltmiştir. İlk olarak iradenin neticeyi faile manevi yönden bağlamaktan başka bir rolü olamaz denilmiştir. Yani irade kavramından yararlanılarak failin kusurundan veya fiilin kusurluluğundan sözedilemez; kusurluluğun varlığı için psikolojik bağın dışında diğer bazı şartların bulunması gerekir ki, bu şartların en önemlisi failin pisişik faaliyetinin norm tarafından verilen emre aykırılığıdır. Bu sebeple kusur veya kusurluluğu ortaya çıkaran hususun netice ile fail arasındaki ilişki olmayıp, norm ile fail arasındaki ilişki olduğu belirtilmiştir(43).

(41) İçel, a.g.e., sf.10.

(42) İçel, a.g.e., sf.13.

(43) Cava11o, 280;(Zikreden: İçel, a.g.e.,sf.14)

Bir başka eleştiri ise bu teorinin kusurluluğun tüm şekillerini psikolojik bir kavram içinde birleştirmeye çalıştığını oysa kast ve taksirin ortak esasını psikolojik bir ilişkiye dayanarak ortaya çıkarmanın boş bir çaba olduğu şeklindedir(44).

Bizce de psikolojik teori kusurluluğu açıklamada yetersiz kalmaktadır. Gerçi kusurluluk, psikolojik yönü olan bir kavramdır. Ancak, sadece bu yönü dikkate alındığında kusurluluğun bir türü olan taksiri açıklayabilmek oldukça güçtür. Ayrıca farklı kusurluluk şekillerini ortak bir psikolojik temele dayandırmak da mümkün değildir.

b) Normatif Teori

Kast ve taksiri ortak bir temele dayandırmak için psikolojik teorinin yeterli olmadığı görüşünde olan yazarlar, bir başka teori ileri sürdüler. Bu teoriye göre, kusurluluk suç işlemekten kaçınmaları sağlamak için fertlerin hareketlerine yön veren ceza normlarının koydukları yasaklara ve verdikleri emirlere rağmen, hukuka aykırı bir hareketi yapmak şuurundan ibarettir(45). Yani kusurluluk tamamen normatif bir kavram olup, psikolojik bir araştırma ile bunu açıklamak mümkün değildir. Kusurluluğun niteliğini hukuka ve vazifeye aykırılıkta aramak gerekir, çünkü eğer hukuka aykırılık yoksa kusurluluktan da söz edilemez(46). Diğer bir ifade ile kast ve taksirin müşterek temelini hukuka ve vazifeye aykırı irade teşkil etmektedir, yoksa hukuka aykırı neticenin iradiliği yani basit bir psikolojik bağ kusurluluğu nitelendirmekten uzaktır(47).

Kusurluluğu niteliğini ve kapsamını açıklamaya çalışan normatif teoriye pek çok eleştiri yöneltmiştir. Öncelikle "bu teoriye dayanmak sureti ile kusurluluk hakkında genel ve bütün durumları kapsayan bir tarif verilemeyeceği" ileri sürülmüştür(48). Ayrıca "taksirde hukuka aykırı hareket etme şuru arandığı takdirde, taksirin ayrıca niteliği bulunmaz"(49) denilmiştir. Bir başka eleştiri ise kusurun tesbiti için kişinin belli ödevlere aykırı hareket edip etmediği yolunda bir hüküm vermek gerektiği ve bir kişinin kusurlu olup olmadığı hususundaki hükmün başkalarının kafasında aranmasının doğru olmayacağı(50) yolundadır.

(44) Mezger-Raineri, Pannain bu eleştiriyi yöneltten yazarlardan bazılarıdır.(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.14)

(45) İçel, a.g.e., sf.14.

(46) Mezger, 254 Pannain 296; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.15)

(47) Pannain 296, Raineri 249; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.15)

(48) Dönmezer-Erman: II, sf.250.

(49) Altavilla, 43-44;(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.16)

(50) Gallo 82 (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.250)

c) Türk Doktrinindeki Görüşler

Dönmezer ve Erman, "kusurluluk hakkında genel ve bütün durumları kapsayacak bir tarif vermek bakımından, normatif görüşün kabul edilemeyeceği"(51) kanaatindedirler. Psikolojik teori ile ilgili görüşlerini ise şu şekilde ifade etmişlerdir: "Psikolojik alanda kalındığı takdirde, kastla taksiri ayrı esasa dayandırmak zor olabilir; fakat bunu ortak bir noktada toplamak herhalde imkansız değildir ve bu bakımdan teknik-hukuk metodundan yararlanılabilir"(52). Sonuç olarak kusurluluğun psikolojik bir kavram olduğunu gözönünde bulundurarak failin kusurlu bir irade ile hareket edip etmediğini belirlemek gereklidir ancak taksir söz konusu olduğunda psikolojik görüşün normatif görüşle kaynaştırılıp, tamamlanması gerektiğini ancak normatif görüşe kaynaştırıcı ve tamamlayıcı olduğu ölçüde ve bu anlamda yer verilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadırlar(53).

Erem'e göre, "kast ile taksir arasında müşterek bir noktayı bulmak için norma ihtiyaç yoktur. Bu şekilde kusur, insan psikolojisinde bir gerçektir. Gerek kast, gerek taksirde fail tarafından istenmiş bir şey vardır. Kural kusuru yaratmaz, sadece ölçüsünü kor"(54). Yani kusurluluğun esasını açıklamak için irade kavramından hareket etmekte ve kusuru insan psikolojisinde bulmaktadır. Kusurluluğun esasını açıklayan teorilerden psikolojik teorinin daha doğru gözüktüğü görüşündedir(55). Alacakaptan'a göre ise "ne psikolojik ve ne de normativist görüş, kusurluluğun esasını tam anlamıyla açıklayamamakta, her biri sorunu bir yönden ele aldığı için eksik kalmaktadır. Ancak, görüşlerin her birinin eksik kalan yanını diğeri ile tamamlayarak inandırıcı bir sonuca varılabilir(56). İçel ise, bu konudaki görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: "Kusurluluk, bütün şekillerini kapsamı bakımından saf psikolojik bir kavram olarak kabul edilemez. Kusurluluğun kast şeklinde psikolojik niteliği tam olarak ortaya çıkmakla beraber, taksir şeklinde aynı şeyi söylemek mümkün değildir; taksirde vazifeye aykırılık kavramından faydalanmak vazgeçilmez bir yoldur ve bu kavram taksirin kusurluluk niteliğini ortaya çıkarmaktadır"(57).

(51) Dönmezer-Erman: II, sf.250.

(52) Dönmezer-Erman: II, sf.250 vd.

(53) Dönmezer-Erman: II, sf.250 vd.

(54) Erem, a.g.e., sf.490.

(55) Erem, a.g.e., sf.490.

(56) Alacakaptan, a.g.e., sf.151.

(57) İçel, a.g.e., sf.17.

Kusurluluğun esasını açıklamak için ileri sürülen her iki görüşün katılacak yanları olduğu gibi eleştirilecek yanları da vardır. Kusurluluğun esasını sadece psikolojik teori ile açıkladığında taksiri açıklamak oldukça zordur. Çünkü taksirden söz edebilmek için failin psikolojik hareketinin bir ceza normuna aykırı olması gerekir. Oysa psikolojik teoriyi savunanlara göre kusurun varlığı için norma ihtiyaç yoktur. Bizce psikolojik teori, normatif teori ile kaynaştırılıp tamamlanmadığında taksiri açıklayamaz.

Normatif teori ile ilgili görüşlerimizi ise şöyle ifade edebiliriz. Bu teoriye göre kusurluluğun niteliğini hukuka ve vazifeye aykırılıkta aramak gerekir. Psikolojik araştırma ile kusurluluk açıklanamaz. Çünkü kusurluluk tamamen normatif bir kavramdır. Oysa kusurluluğun psikolojik yönünün ihmal edilmesi mümkün değildir. Çünkü kusurluluk kavramı psikolojik yönünde olan ve sadece normatif alanda kalınarak açıklanması mümkün olmayan bir kavramdır. Psikolojik teori kusurluluğun kast şeklini açıklamakta yeterli olsa bile taksir söz konusu olduğunda yetersiz kalmaktadır. Normatif teori ise kusurluluğun psikolojik yönünü ihmal ve hatta inkar etmektedir. Oysa kusurluluğun psikolojik yönü ihmal dahi edilemez. Sonuç olarak bütün kusurluluk şekillerini kapsayacak ve açıklayabilecek şekilde bir tanımlama yapılmak isteniyorsa her iki teorinin kaynaştırılması zorunludur. Yani bir teorinin açıklamakta yetersiz kaldığı durumlarda diğer teoriden de yararlanılmalıdır.

III. KUSURLULUK İSNAD YETENEĞİ VE SORUMLULUK KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ VE KUSURLULUK ÇEŞİTLERİ

A. KUSURLULUK VE İSNAD YETENEĞİ

Kanunun suç saydığı fiili işleyen kişinin cezalandırılabilmesi için, kendinin bu fiilden manen sorumlu bulunması yani kusurlu durumda olması gerekir. İsnad yeteneği ise "bir fiilin bir kişiye manen yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin tümü(58) olarak tanımlanmaktadır. İsnad edilebilme ise "ceza sorumluluğun unsurlarından birisi olup, suçun maddi ve manevi bakımdan yükletilebilmesi demektir"(59). İsnad yeteneği, kusurluluk ve sorumluluk kavramları arasında yakın ilişki vardır. Bir yazar(60) tarafından kusurluluk ve isnad yeteneği arasındaki yakın ilişki şu şekilde ifade edilmiştir: "Kusurlu bir iradenin, yani kusurluluğun var olabilmesi için, failin kusurlu davranabilme yeteneğine

(58) Gölcüklü, a.g.e., sf.83.

(59) Yılmaz Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 1976, 1.Bas., sf.169.

(60) Alacakaptan, a.g.e., sf.118.

sahip olması gerekir. Böyle bir yeteneğe sahip olmayan bir kimseden kusurlu bir hareket beklenemez". Yani kusurluluğun varlığı isnad yeteneğinin varlığına bağlıdır.

İsnad yeteneğinin esasını ve kusurluluk kavramıyla olan ilişkisini açıklamak için farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar(61), "isnad yeteneğini suçun unsurlarının dışında, sübjektif bir durum, failin sübjektif bir niteliği olarak kabul etmekte ve suçun bir unsurunu teşkil eden psikolojik unsur veya kusurluluktan ayırmaktadırlar". Bazı yazarlara(62) göre ise isnad yeteneği suçun bir unsurudur. Ancak irade veya kusurluluktan farklıdır. Bu düşünceyi savunanlara göre "irade veya kusurluluk suçun sübjektif kısmının bir unsuru, olduğu halde, isnad yeteneği suçun objektif kısmının bir unsurudur".

Bu konuda bir başka görüş ise isnad yeteneğinin kusurluluğun adeta bir ön şartı olduğu düşüncesidir. Yani isnad yeteneği olmadan kusurluluktan söz edilemez. Bu düşünceyi savunan yazarlardan Paoli(63) kusurluluk ile isnad yeteneği arasındaki yakın ilişkiyi açıklayabilmek için isnad yeteneğini, kusurluluk alemini açan bir anahtara benzetmektedir. Dördüncü grubu oluşturan yazarlar(64) ise "isnad yeteneğini, kusurluluktan ayrı görmeye imkan yoktur. İsnad yeteneği bir yana bırakılarak kusurluluk açıklanamaz. Ayrıca yetenek, sadece sübjektif bir durumdan ibaret değildir, psikolojik unsurun bir kısmını da teşkil eder" görüşünü savunmaktadırlar.

İsnad yeteneğinin esasını ve kusurluluk kavramıyla olan ilişkisini açıklamak için ileri sürülen görüşleri kısaca aktarmaya çalıştık. İsnad yeteneği pek çok yazar tarafından "bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için, failde bulunması gereken niteliklerin bütünü"(65) olarak tanımlanmıştır. O halde isnad yeteneği kusurluluğun varlığı için failde bulunması gereken niteliklerin ifadesidir. Kişisel özellikleri ifade eden bir kavram suçun objektif kısmının bir unsuru olamaz.

İsnad yeteneğinin kusurluluğun ön şartı olduğu görüşüne de katılmıyoruz. Biz isnad yeteneğinin failin kişisel bir niteliği olduğu görüşüne katılmaktayız. Kusurluluk ile isnad yeteneği arasındaki yakın ilişkiyi ise şöyle ifade edebiliriz. Suçtan söz edebilmek için nasıl ki kusurluluğun varlığı gerekiyorsa, bir fiilin bir kimseye yüklenebilmesi için failde bazı niteliklerin bulunması gerekir. Yani fail isnad yeteneğine sahip değilse kusurlu da olamaz. İki kavram arasındaki yakın

(61) Alimena, *Principi di Diritto Penale*, 138 vd.292 vd.(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.19).

(62) Carnelutti, *Teoria generale del reato*, sf.71; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.18 vd.)

(63) Paoli, *L' elemento Soggettivo* sf.3(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.19)

(64) Ayr.bilgi için bkz.İçel, a.g.e., sf.18 vd.

(65) Dönmezer-Erman: II, sf.178; (Raineri, Maggiore ve Mezger benzeri tarifleri yapan yazarlardandır. Dönmezer-Erman: II, sf.178)

ilişki nedeniyledir ki kusurluluk ve isnad yeteneği aralarında bir öncelik sonralık sıralaması olmadan birlikte araştırılmalıdır.

B. KUSURLULUK VE SORUMLULUK

1. CEZAI SORUMLULUĞUN UNSURLARI VE ESASI

"Kanunun suç saydığı bir fiilden dolayı bir şahsın cezalandırılabilmesi için onun mesul olması lazımdır. Cezai mesuliyet ise o şahsın ceza hukuku bakımından ehliyeti haiz bulunması ve suçun kendisine isnad edilebilmesi hallerinde vardır(66)" Yani cezai sorumluluktan sözdebilmek için failin isnad yeteneğine sahip olması, fiilin faile isnad edilebilmesi ve ceza ehliyetine sahip olması gerekir. "Ceza ehliyeti" kavramının ortaya çıkışı bir yazar(67) tarafından şöyle açıklanmaktadır: "Bütün insanların ceza hukuku bakımından suçun faili sayılması mümkün değildir. Buna mukabil suç işleyenin ceza hukuku dışında kalabileceği de söylenebilir. Konu, sadece suç faili sayılabilmek için kanunun bazı şartları aramış olmasıdır. Böylece "ceza ehliyeti" kavramı ortaya çıkar. Bu bir çeşit suça hukuken elverişli sayılmak demektir".

Ceza ehliyeti, cezai sorumluluğun temelidir. Kişi ceza ehliyetine sahip ise sorumlu tutulmakta, yani ceza hukuku bakımından fail sayılabilmektedir. Ceza ehliyeti bir yazar(68) tarafından şöyle tanımlanmaktadır: "ceza hukuku bakımından ehliyeti haiz olmak demek, failin serbest iradesi ve temyiz kudreti bulunması demektir. Bir suçun bir şahsa isnad edilebilmesi için o şahsın fiili ile netice arasında maddi sebebiyet alakası bulunması ve ayrıca o şahıs ile fiil arasında manevi sebebiyet bulunmalıdır."

Cezai sorumluluğun esası ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Klasik teori cezai sorumluluğun esasını kusura ve dolayısıyla manevi sorumluluğa dayandırmaktadır(69). Failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin kendisine isnad edilebilmesi gerekir. Yani cezai sorumluluğun varlığı üç şartın bir arada gerçekleşmesine bağlıdır. Öncelikle hareket ile netice arasında maddi sebebiyet bağı olmalıdır. "Hareket ile netice arasında maddi sebebiyet bağının bulunabilmesi için neticenin o hareketten ileri gelmiş olması, başka bir deyimle failin fiili olmasaydı o netice meydana gelmiyecekti"(70) diyebilmek gerekir. "Fiil ortadan kalktığı halde netice mevcut olmakta devam ediyorsa fiil ile netice arasında maddi bir sebebiyet alakasının mevcudiyetinden bahs olunamaz, yani fiil neticenin sebebini teşkil etmez(71).

(66) Taner, a.g.e., sf.301.

(67) Erem, a.g.e., sf.568.

(68) Taner, a.g.e., sf.302.

(69) Dönmezer, Sulhi: Cezai Mesuliyetin Esası, İstanbul 1949, sf.18.

(70) Taner, a.g.e., sf.302.

(71) Dönmezer, Sulhi: Maddi Sebebiyet Alakası, İ.Ü.H.F., Mec.Cilt 9, Sayı 1-4, sf.93.

Cezai sorumluluğun ikinci şartı, failin kusur işlemeye ehil bulunmasıdır. Bir şahsın kusurlu olmağa ehil olabilmesi için ise irade serbestisine ve temyiz kudretine malik bulunması lazım gelir(72). "Serbest iradeye sahip olmak, genel olarak bir kimsenin bir hareketi yapıp yapmamakla serbest olması, istediği şekilde davranabilmesi demektir. Sorumluluğun sözkonusu olabilmesi için işlenen fiilin serbest bir irade ürünü olması, failin isteyerek işlemiş bulunması şarttır. O kadar ki, eğer isteseydi işlemiyebilirdi de"(73) demekte ve cezai sorumluluk için irade serbestisinin tek başına yeterli olmadığını, irade serbestisinin yanı sıra failin temyiz kudretine de sahip bulunması gerektiğini belirtmektedir(74). Temyiz kudreti ise failin fiilin suç teşkil edip etmediğini anlayabilme kudretidir.

Cezai sorumluluğun üçüncü şartı, fiil dolayısıyla faile bir kusurun isnad edilebilmesidir. Kusurdan anlaşılan ise şudur: "Failin suçtan çekinmesi gerekirdi ve bu çekinme mümkündür, buna rağmen fail bunu ika eylemiştir. O nedenle fiilden dolayı kusurludur"(75). Fail, o fiili işlemiyebilecek iken ve işlememekte elinde iken işlemiştir. O halde manevi bakımdan sorumludur şeklinde açıklandığında kusur, manevi sorumluluğa yani irade serbestisine dayanır. Klasik teori irade serbestisini kabul etmektedir. Ancak irade serbestisi konusunda farklı görüşler vardır. Biz irade serbestisi ile ilgili tartışmalara girmeden sadece irade hürriyeti ile sorumluluk arasındaki ilişkiye değineceğiz.

2. İRADE SERBESTİSİ VE SORUMLULUK

İrade serbestisini benimseyen indeterminist düşünürler sorumluluktan bahsedebilmek için irade hürriyetini kabul etmenin zorunlu olduğunu savunmuşlardır(76). Ceza ehliyetine sahip olan bir suçluya ceza verilmesi ise, "onun başka şekilde hareket etmeye muktedir olmasından yani isteseydi suç teşkil eden fiili işlemiyebileceğine inanılmasından ileri gelmektedir"(77) demekte ve "irade hürriyeti olmazsa suç da yoktur"(78) sonucuna varmaktadır. Klasik görüş hürriyeti irade serbestisi ile eş anlamlı görmektedir(79). Klasik görüş yanlılarından Carraro bu konudaki düşüncesini şöyle ifade etmektedir. "Ben felsefe meseleleri ile meşgul olmuyorum, insanda irade serbestliği ve manevi mes'uliyet doktrini ewela kabul ve farz ediyorum. Ceza ilmi bu temel üzerine kurulmuştur"(80).

(72) Dönmezer, Cezai Mesuliyetin Esası, sf.20.

(73) Taner, sf.300 vd.(Zikreden: Dönmezer, a.g.e., sf.20)

(74) Taner, a.g.e., sf.302.

(75) Dönmezer, a.g.e., sf.20.

(76) Güriz, Adnan: İrade Hürriyeti I, A.Ü.H.F.D., C.XXIV, Sayı 1-4, 1967, sf.218 vd.

(77) Castberg, Problems of Legal Philosophy, sf.96; (Zikreden: Güriz, a.g.e., sf.216)

(78) Castberg, a.g.e., sf.359, (Zikreden: Güriz, a.g.e., sf.216)

(79) Erem, a.g.e., sf.499.

(80) Carrara, Programa del Corso del Diritto Criminale, Parte Generale I, sf.47; (Zikreden: Erem, a.g.e., sf.499).

Klasik görüşü savunanların cezai sorumluluğunun esası hakkındaki düşüncelerini şöyle özetlemek mümkündür: Kişinin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulabilmesi için sebebiyet verdiği neticenin faile isnad edilebilmesi gerekir. Yaptığı hareketin fail hesabına kaydedilebilmesi için fail kusur işlemiş olmalıdır. Faili kusurlu sayabilmek için kusur işlemeye ehil bulunması şarttır. Fail, irade serbestisi ve temyiz kudretine sahip ise kusur işlemeye ehildir. Yani klâsik görüş irade serbestisini sorumluluğun şartı olarak görmektedir(81).

Pozitivist okulun cezai sorumluluğun esası hakkındaki görüşleri ise klasik teoride tamamen farklıdır. Pozitivistlere göre "irade serbestisi bir hayaldir. Gerçekte insan çeşitli kuvvet ve nedenlerin etkisi altında hareket eder. İrade bu sebeplerden en kuvvetli olanını bir bileşkesinden başka bir şey değildir. İnsanın kararlarına da hareketlerine de, hükmeden fizik ve psikolojik tabiat kanunlarıdır, bunlar bilinmediği içindir ki irade serbestisinin varlığı görüşü ortaya çıkmıştır; oysa insan etkili olmadığı iç ve dış nedenlere daima itaat eder. Kendisi bir esirdir... Sonuç olarak pozitivist doktrin manevî sorumluluğu tümünden inkar etmekte ve tamamen determinist bir zeminde bulunmaktadır(82). Toplumun suç işleyenlere karşı kayıtsız kalamıyacağı gerçeği karşısında cezai sorumluluğun esasını "kanuni sorumluluk" esasına dayandırmışlardır.

Her iki görüşü bağdaştırmaya çalışan irade doktrinine göre ise "kasıtlı, taksirli suçlarda, cürümlerde, kabahatlerde "irade" nin bulunması yeterlidir"(83). Bu teori "hürriyet" konusunda görüş belirtmeyerek, hürriyeti red eden pozitivistlerle kabul eden klasik görüşü savunanları birleştirmek istemiştir.

Biz irade serbestisi konusunun cezai sorumlulukla ilgili olduğu yönlerden ve sadece bu oranda incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi halde henüz halledilememiş bir konuyla, bir başka sorunu açıklamaya kalkışmış oluruz ki bu da mümkün değildir. Çünkü "irade hürriyeti sorunu ile ilgili kesin ve genel bir sonuca varmanın güçlüğü açıktır"(84). Ayrıca determinizmin hiç olmazsa makroskopik alanda geçerliliğini koruduğu ve bilimden söz edebilmek için determinizmin varlığının şart olduğunu da dikkate alırsak, pozitivist doktrinin düşüncelerine kısmen de olsa katılmak mümkündür. Kaldı ki irade hürriyeti günümüzde henüz "sır" olmaya devam etmektedir. Bu sırrı açıklayacak ve insanın iradi davranışını bütün ayrıntılarıyla belirleyerek, problemi kökünden çözecek bir psikoloji teorisi henüz ortaya konulmuş değildir(85). Ancak biz klasik görüşün kabul ettiği irade serbestisinin cezai sorumluluğun esası olduğu yolundaki görüşünün daha doğru

(81) Dönmezer-Erman: 1, sf.71.

(82) Taner, a.g.e., sf.303.

(83) Erem, a.g.e., sf.501.

(84) Gürüz, a.g.e., sf.217.

(85) Gürüz, a.g.e., sf.219.

olduğu kanaatindeyiz. "Çünkü irade hürriyeti asırlardan beri insanların inandığı, Hukuk ve Ahlâkın prensip ve esasları olarak kabul ettiği bir prensip ise yeni bir metafiziğin icaplarından olarak terk olunamaz(86). Gerçekten de irade hürriyeti asırlardan beri insanlığın varlığına inandığı ve başta hukuk ve ahlak olmak üzere pek çok kurumun esasını oluşturan bir ilkedir. Günümüzde bilimsel olarak irade hürriyetinin varlığının ispat edilmemiş olması, yok olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle biz sorumluluğun esasının kusura dayandığı görüşündeyiz ve klasik teoriye karşı ileri sürülen eleştirilerin haklı olmadığına inanıyoruz.

Kusurluluk ve sorumluluk arasında yakın ilişkisi olduğu bir gerçektir. Sorumluluk "cezai sonuçların yüklenilmesi(87) demek olup, "kronolojik ve mantıksal olarak isnad yeteneğini izlemekte yani onu farzetmektedir(88). İsnad yeteneği ile kusurluluk arasındaki sebep-sonuç ilişkisi kusurlulukla sorumluluk arasında da vardır. Sorumluluk kusurluluğun bir sonucudur.

C. KUSURLULUK ÇEŞİTLERİ

İnsan fiiline suç vasfını kazandıran kusurluluk farklı biçimde ortaya çıkmaktadır. Fail ile fiili arasındaki psikolojik bağlantı olarak ifade edebileceğimiz kusurluluğun ilk ortaya çıkan şekli sübjektif sorumluluktur. İnsanlık tarihindeki gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan bir kavramdır. Sübjektif sorumluluk iki kategoriye ayrılmaktadır. Kastten doğan sübjektif sorumluluk ve taksirden doğan sübjektif sorumluluk.

Bu iki kusurluluk çeşidinden kast kural, taksir ise istisnayı ifade etmektedir. Her iki kusurluluk çeşidi de T.C.K.'nun 45.maddesinde yer almaktadır. Taksirden doğan sübjektif sorumluluk konusu özellikle sanayileşmenin etkisiyle günümüzde oldukça önem kazanmıştır. Ancak taksir, istisnai bir sorumluluk türü olduğundan sorumluluk için kanuni bir dayanağa ihtiyaç vardır. Yani kanunda açıkça belirtilen hallerde taksirden dolayı faili sorumlu tutmak mümkündür. Kusurluluğun esas şeklinin sübjektif sorumluluk olmasına rağmen bunların dışında ve kanunun açıkça gösterdiği hallere özgü olmak üzere "objektif sorumluluk" vardır(89). Ancak cezai sorumluluğun "kusur esasına" dayandığı düşünüldüğünde kusurluluğun esas şeklinin sübjektif sorumluluk olduğu ve bununda başlıca iki şekilde ortaya çıktığı görülür. Kast ve taksir.

(86) Dönmezer, a.g.e., sf.162.

(87) Manzini, 628; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.22)

(88) Raineri, 459; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.22)

(89) Dönmezer-Erman: 11, sf.256.

IV. KUSURLULUĞU KALDIRAN SEBEPLER

A. GENEL OLARAK

Cezai sorumluluğu esasını kusurluluk oluşturur. Kusurluluğun ortak temeli ise kusurlu iradedir. Failin farklı şekilde davranma yani seçme hakkına sahip olduğu ve buna rağmen suç işlediği kabul edildiğinden cezalandırılmaktadır. Oysa failin başka türlü hareket etmesine imkan olmayan haller de vardır ve bu hallerde kusurluluğun varlığından söz edilemez. Çünkü iradenin kusurlu sayılmasına imkan yoktur. Cezai sorumluluğun esası ise kusur olduğundan bu gibi durumlarda cezai sorumluluk ortadan kalkar. Kusurluluğu etkileyerek cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bu sebepleri beş grupta toplamak mümkündür. Bunlar kaza ve tesadüf, mücbir sebep, cebir, ikrah ve tehdit, yanılma ve sapmadır.

B. KAZA VE TESADÜF

Önleme imkânı dışında maddi şartların sonucu olan ve hiç kimse tarafından öngörülemeyecek durumda bulunan bir neticenin gerçekleşmesi halinde, kaza ve tesadüfün varlığı kabul edilir(90). Kaza ve tesadüfün hukuk alanında etkili olduğu ve cezalandırılmaya engel teşkil edeceği görüşü eski bir tarihçeye sahiptir. Oysa bu müessesenin hukuki niteliği ve esası hakkında yazarlar arasında görüş birliği yoktur.

Bazı yazarlar(91) "kaza ve tesadüfün nedensellik bağını ortadan kaldırdığı, tesadüfi bir sebebin nedensellik serisine karışması sonunda, hareketle netice arasındaki bağın kesildiği ve bu failin kaza ve tesadüf dolayısı ile gerçekleşen neticeden sorumlu tutulamıyacağını ileri sürmüşlerdir"(92). Bu fikre karşı, nedensellik bağının maddi unsur bakımından önem taşıdığı, herhangi bir sebeple bu bağ kesildiğinde ortada maddi unsur bulunmadığından artık bir kimsenin kusurlu hareket edip etmediğini araştırmaya gerek kalmıyacağı; oysa kaza ve tesadüfte nedensellik bağı aynen kalıp, suçun maddi unsuru gerçekleştikten sonra, neticeden dolayı failin sorumlu tutulup tutulmayacağı hususuyla ilgili olduğundan kaza ve tesadüfün kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Kaza ve tesadüfün kusurluluğu kaldırdığı konusunda görüş birliği vardır. Ancak hangi nedenle kusurluluğu ortadan kaldırdığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kaza ve tesadüfün olağanüstü haller olduğunu ve bir kimsenin bu gibi hal ve neticelerden sorumlu tutulamıyacağını ileri sürenler olduğu gibi

(90) Santoro, Il caso fortuito nel diritto penale; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.370).

(91) Santoro, Il caso fortuito, 165; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.371).

(92) Bettiol, Antolise, Battaglioni ve Raineri; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.371).

kaza tesadüfün önlenmesi mümkün olmayan haller olduğunu ileri sürenler de olmuştur. Bu görüşlere karşı farklı eleştiriler yöneltmiştir. Bir çok yazar tarafından benimsenen tanım ise şudur: "Kaza ve tesadüf öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan bir neticedir"(93). Ancak kaza ve tesadüfün varlığı için öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan halin gerçekleşmesi bakımından, bir insan hareketinin bulunması gerekir. Tabii olaylar tek başlarına kaza ve tesadüf olarak nitelendirilemezler. Bu olaylarla ilgili olarak insanın da bir harekette bulunduğu ve zararlı neticenin bu nedenle doğduğu durumlarda neticenin öngörülebilir olup olmadığına bakılır. Eğer netice öngörülebilir değilse ne kast ne de taksir bulunamayacağından kaza ve tesadüf vardır(94).

Örneğin "bir treni yöneten makinist, ışığın yansıması dolayısı ile renkli işareti kırmızı yerine yeşil olarak görse ve yolun açık olduğu zannı ile yoluna devam etse ve bir çarpışma olsa, kaza ve tesadüf vardır"(95). Çünkü ortada bir tabiat olayı vardır. Renkli ışık yansıma sonucu yeşil görünmüştür. Zararlı bir netice vardır. Bu zararlı neticeye ise makinistin hareketi neden olmuştur. Ancak tabiat olayı sonucu kırmızı ışığın yansıma nedeniyle yeşil görüldüğünü öngörmesi makinistten beklenemez. Netice öngörülemediğinden ve diğer şartlarda mevcut olduğu için kaza ve tesadüf vardır.

Kaza ve tesadüf objektif sorumluluk hallerinde de failin cezalandırılmasına engel olur. Çünkü objektif sorumluluk hallerinde; hareketle netice arasında nedensellik bağının kurulması gerekir. Oysa kaza ve tesadüfte neticenin öngörülmesi mümkün olmadığından nedensellik bağının bulunduğu iddia edilemez. Kanunumuzda kaza ve tesadüf haline ilişkin hüküm yoktur. Ancak T.C.K.'unun 45. maddesinin kapsamına girmiyen bir durum olduğundan, kaza ve tesadüf halinin hem objektif hem de sübjektif sorumluluğu kaldıracağı sonucuna varılır.

C. ZORLAYICI NEDEN(MÜCBİR SEBEP)

İnsanda belli bir biçimde hareket etmek, ya da etmemek imkânını tamamen ortadan kaldıracak kadar şiddetli olan maddi, ya da manevi güçtür(96). Zorlayıcı neden failin hareketlerinde kast ve taksiri yok ettiği için kaza ve tesadüf ile ortak nitelik taşır. Aralarındaki fark ise neticeyi meydana getiren olayların niteliğinden doğmaktadır. Kaza ve tesadüfte netice doğal felaketlerden ileri geldiği halde zorlayıcı nedende netice insan fiilinden doğmuştur.

(93) Battagliani, Raineri, Florian, Antolisei ve diğerleri;(Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.372).

(94) Dönmezer-Erman: II, sf.373.

(95) Bettiol, 314, Antolisei, 273;(Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.373).

(96) Alacakaptan, a.g.e., sf.169.

Zorlayıcı nedenle kaza ve tesadüf arasındaki farkı bazı yazarlar(97) şöyle açıklamaktadırlar. "Kaza ve tesadüfte daima bir öngörmeme hali bulunur. Zorunlu nedende ise, öngörememeden çok, karşı koyamama durumu söz konusudur. Kaza ve tesadüfte neticeyi önleyememek nisbi bir nitelik gösterir, zorunlu nedende kesin bir önleyememe ve karşı koyamama hali vardır(98). Kaza ve tesadüfte netice öngörülmediği ve görülemediği için hareketi yapmak iradesi vardır; zorunlu nedende ise, başka türlü hareket etmek iktidarından yoksun olduğu için iradi bir hareketin bulunduğu iddia edilemez(99).

Bizce zorunlu nedende, neticenin öngörülmüş olmasının önemi yoktur. Çünkü fail iradesine aykırı hareket etmektedir ve böyle davranmak zorundadır. Farklı davranabilme imkanının olmadığını zaten bilmektedir. Zorlayıcı nedende failin iradesine aykırı davrandığını bilmesine karşılık, kaza ve tesadüfte belirli bir şekilde davranmaya zorlandığının farkında bile değildir. "Bu sebeple kaza ve tesadüfte failin iradesi zorlanmış, belirli bir tarzda hareket etmeğe veya hareket-siz kalmağa, iradesine aykırı olarak mecbur bırakılmış değildir; fail hukuka aykırı bir tarzda hareket ettiğini bilmemektedir"(100).

Kusurluluğu kaldıran diğer hallerden olan ikrah ve tehditle zorlayıcı neden arasındaki fark ise şudur: İkrar ve tehditte, korkutulan kimse işlenmesi istenilen suçu işlemek ve tehditin konusunu oluşturan zarara razı olmak şıklarından birini benimseyebilir(101). Gerçi burdaki seçim hakkının gerçek iradeyi yansıtması pek mümkün değildir. Ama yinede bu durum tercih imkanı olmadığını göstermez. Oysa mücbir sebepte bu imkan dahi yoktur. Zorunlu nedenle, ıztırar hali genel hatlarıyla birbirlerine yaklaşmakta ise de ıztırar halinde bulunan kişi suç işlemeye zorlanmış değildir, adeta yetkili kılınmıştır. Zorunlu nedende ise ortadan kaldırılması imkansız hal nedeniyle birey belirli bir şekilde davranmağa zorlanmaktadır. Bu nedenle zorunlu neden ıztırar halinden farklı olarak hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebeptir.

Zorunlu nedenin varlığı için bazı şartların bulunması gerekir. Öncelikle bir kuvvetin bulunması gerekir. İkinci şart bu kuvvetin dışardan gelmesidir. Bu nedenle failin kendi kusuruyla meydana getirdiği hallerle korku, heyecan, kin ve ihtiraslar kine kadar yoğun olursa olsun zorunlu neden olamaz. Üçüncü şart

(97) Garraud, Magglore ve diğer yazarlar; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.375).

(98) Battaglini, 280; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.375).

(99) Florian, 503; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.375).

(100) Santore, II caso fortuito, 148;(Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.376).

(101) Pannain, 560, Bettiol, 312; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.377).

ise dışardan gelen kuvvetin failin karşı koyamayacağı ve önliyemeyeceği, nitelik ve nicelik bakımından iradesini zorlayacak derecede olmasıdır. Ayrıca fail bakımından kanuna uygun biçimde hareket edememe hususundaki imkansızlık mutlak olmalıdır(102).

Türk Ceza Kanunu zorunlu nedenden ayrıca söz etmiş değildir. Ancak zorunlu nedende irade kusurlu sayılamaz. Oysa bütün kusurluluk çeşitlerinin ortak özelliği kusurlu iradedir. Bu nedenle zorunlu nedenin gerçekleşmesi halinde kusurluluk ortadan kalkar ve dolayısıyla 45.maddenin uygulanması mümkün olmaz. Zorunlu neden, cürümlerde olduğu gibi kabahatlerde, sübjektif sorumluluk hallerinde failin cezalandırılmasına engel olur(103).

D. CEBİR(ZOR KULLANMA)

Bir kimsenin başka bir kimse tarafından suç işlemek zorunda bırakılmasıdır. İnsanı belli biçimde davranma zorunda bıraktığı için, zorlayıcı nedenle benzerlik taşır. Ancak suça zorlayan, bir insan gücü olduğu için bu iki neden birbirinden ayrılır(104). Cebir maddi veya manevi olabilir. Maddi cebir, yenilmesi mümkün olmayan maddi bir kuvvetin yasak bir fiilin yapılmasına neden olmasıdır(105). Manevi cebir ise, "ağır bir tehlikeye uğrayacağı tehdidi ile bir kimseye istemediği bir işi yaptırmak ve meselâ bir suç işlettirmektir"(106).

Cebir halinde, suç işlemeğe zorlanan kimse gerçekleşen neticeden sorumlu olamaz. Çünkü başka türlü hareket etme imkanından tamamen yoksun bırakılmıştır. O nedenle sorumlu tutulacak tek fail, bir kimseyi cebren suç işlemeğe zorlayan kişidir. Ceza kanunumuzda bu konuda hüküm yoktur. Ancak bu sonuca varmak için açık hükme gerek yoktur.

E. İKRAH VE TEHDİT

İkrah ve tehdit halinde, fail ikrah ve tehdit edenin iradesi ile var olan veya gelecekte gerçekleşecek olan bir zararın karşısında kalmakta ve bu zarardan kendisini veya başkasını kurtarmak maksadı ile, kendisine işletilmek istenen suçu gerçekleştirmektedir(107). Bazı yazarlar(108) aç bırakılan bir kimsenin açlığa dayanamıyarak kendisine işletilmek istenilen suçu işlemesi durumunda açlıktan ölmeyi suç işlemeğe tercih edebilmek imkanına sahip olduğunu savunur-

(102) Dönmezer-Erman: II, sf.378.

(103) Dönmezer-Erman: II, sf.379.

(104) Alacakaptan, a.g.e., sf.170.

(105) Vidal-Magnol, a.g.e., sf.240.

(106) Taner, a.g.e., sf.387.

(107) Dönmezer-Erman: II, sf.380.

(108) Garraud, I 679, Raineri, 285; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.380).

lar. Zorlanmış irade yine de bir iradedir. Bizce hukuk düzeni insanın yaşamı söz konusu olduğunda yaptığı tercihi iradi olarak göremez. Çünkü insan doğal yapısı gereği yaşamı pahasına bir tercih yapmak zorunda kaldığında ölmeyi tercih edemez.

Tehditte ortada henüz gerçekleşmiş bir zarar yoktur. Ancak fail bu zararın gerçekleşmesinden kurtulmak için suç işlemektedir. İkrahtan farkı zararın henüz gerçekleşmemiş olmasıdır. İkrahtan ve tehditin kusurluluğu kaldırabilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Öncelikle ihlâl edilen hakla korunmak istenen zarar arasında eşitlik bulunmalıdır. Yani hafif bir zarardan kurtulmak için ağır bir suç işleyen failin bu hali sorumluluğunu kaldırıcı bir etki yapmaz, ancak takdiri bir hafifletici neden sayılabilir(109). Ayrıca zararın ağır ve muhakkak olması, ikrah veya tehditte bulunanın emirlerine boyun eğmeden bundan kurtulamaması ve ikrah ve tehdite bilerek sebebiyet verilmemesi de gerekir(110).

Bu şartların hepsinin gerçekleşmesi halinde ikrah ve tehditin bulunduğu kabul edilir. Eğer suç işlemeden ikrah ve tehditten kurtulmak mümkünse ikrah ve tehdite boyun eğen kimse cezai sorumluluktan kurtulamaz. İkrahtan ve tehditin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken ikrah ve tehdite maruz kalan kişi açısından değerlendirme yapmak gerekir. İkrahtan ve tehditle işlenen suçlarda sorumluluk ikrah ve tehdit ederek suç işleyen kişiye aittir.

F. YANILMA VE SAPMA

Yanılma bir şey hakkındaki yanlış bilgidir(111). Yanılmanın hukuki olmayan ve suçun unsuruna ilişkin alanı sorumluluğu ortadan kaldırır. Ancak bunun için yanılmanın esaslı olması gerekir(112). Yanılma yanlış bilgiyi gerektirir. Ortada yanlış da olsa bir kanaat vardır. Sapma halinde ise, bir yanılma yoktur. Ancak seçilen araçların yetersizliği veya yetenekli bir tarzda kullanılması nedeniyle ya da başka bir sebepten dolayı, failin maksadını teşkil eden neticeden başka bir netice gerçekleşmektedir. Gerek yanılma ve gerekse sapmada ortak olan özellik, gerçekleşen netice ile irade arasında fark bulunmasıdır.

Kusurluluğu etkisi olan yanılma sadece fiili yanılmadır. Ceza hukuku kaynaklarının bilinmemesi veya yanlış anlam verilmesi sonucu ortaya çıkan hukuki bilmeme incelemenin dışındadır. Fiili yanılmayı dört gruba toplayarak

(109) Manzini, II, 1950, 13; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.381).

(110) Antolisei, Garrat ve Bouzat; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.381).

(111) Scarangella, G.Principi di Diritto Panale, sf.57; (Zikreden: Alacakaptan, a.g.e., sf.170).

(112) Alacakaptan, a.g.e., sf.170.

incelemek mümkündür. Bunlar unsurlara ilişkin yanılma, unsurların dışında kalan hususlara ilişkin yanılma, neticeye ilişkin yanılma ve nedensellik bağına ilişkin yanılmadır.

Unsur, bir fiilin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu husus olduğundan, bu unsurlardan birine ilişkin yanılma, belli şartların bulunması durumunda kusurluluğu ortadan kaldırabilir(113). Kastlı suçlarda, unsurda yanılma o fiili suç olmaktan çıkarır. Bu durumda suç ancak kastın bulunması halinde cezalandırılabilen bir suç olduğundan fail cezalandırılmaz. Yanılmanın esaslı olmaması halinde, kusurluluk ortadan kalkmaz. Ancak irade ile gerçek arasındaki ayrılık irade lehine çözümlenir. Yani Fail gerçekte işlediği suçtan değil, işlemeyi kastettiği suçtan dolayı cezalandırılır(114).

Unsurların dışında kalan hususlarda yanılma ise farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Eğer yanılma ön şartlara ilişkin olup esaslı ise bu durumda kusurluluk ortadan kalkar. Cezalandırılabilme şartlarında yanılmanın hiç bir önemi yoktur(115). Şartlar gerçekleştiğinde fail cezalandırılır. Cezalandırılabilme şartları gerçekleşmediğinde ise ceza verilemez. Neticede yanılma iki şekilde olabilir. Ya fail gerçekleştirmeyi kastettiği asıl netice yerine başka bir netice meydana getirmiştir, ya da hem kastedilen, hem de başka bir netice meydana gelmiştir. Tek neticeli yanılma veya sapma hiçbir zaman esaslı olamaz. Çünkü yanılmanın esaslı olabilmesi için yanılma olmasaydı fiil suç teşkil etmeyecekti diyebilmek gerekir. Oysa burda tüm unsurlarıyla gerçekleşmemiş bir suç vardır ve dolayısıyla kusurluluğu kandırıcı etki yapmaz(116). Birden fazla netice yanılma nedeniyle meydana geldiğinde de kusurluluk ortadan kalkmaz. Her netice bakımından, fail hangi kusurluluk türü ile hareket etmişse ona göre sorumlu olacaktır. Bu gibi durumlarda içtima kuralları uygulanır.

Nedensellik bağına ilişkin yanılmada ikili ayırım yapmak gerekir. Eğer nedensellik bağındaki sapma hareketle netice arasındaki bağı kesiyorsa fail gerçekleşen neticeden dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak nedensellik bağı kesilmemişse failin kastının nedensellik bağını kapsamına alması gerekmediğinden başlangıçtaki kasta dayanarak gerçekleşen neticeden dolayı fail sorumlu tutulur.

(113) Dönmezer-Erman: II, sf.383.

(114) Dönmezer-Erman: II, sf.383.

(115) Manzini, Maggiore ve Vannini aynı görüşü savunur;(Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.390).

(116) Carrara, Maggiore, Manzini; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.394).

İKİNCİ BÖLÜM

KASTTAN DOĞAN SÜBJEKTİF SORUMLULUK

I. KAST KAVRAMININ ANLAMI, KAPSAMI VE KASDI AÇIKLAYAN TEORİLER

A. KAST KAVRAMININ ANLAMI

Kast, günümüzde kusurluluğun en çok karşılaşılan türüdür. Ceza hukukunun büyük ve karanlık bir problemi olarak nitelendirilmiştir(1). "Kast, suçlu iradenin tipik şekli"(2) olarak tanımlanmıştır. Kanunumuzda ise kast tanımlanmamıştır. T.C.K.'nin 45.maddesi "Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır" demekte ve suçta kast kuralını koyarak failin cezalandırılabilmesi için suçun kasten işlenmiş olmasını zorunlu görmektedir. Doktrinde kastın farklı tanımları yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır: Bir yazara göre "Kast, dimağı bir faaliyet olan iradenin bir hususa intihaf etmesidir. Cürmi kast bu iradenin kanunun cezalandırdığı bir fiilin işlenmesine teveccüh eylemesidir" Bir başka yazara göre "kast, suçu teşkil eden hareketin neticelerini bilerek ve isteyerek işlemek iradesidir(4). Dönmezer ve Erman ise kastı, "Öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade"(5) şeklinde tanımlamışlardır. Vidal ve Magnol kasdı "kanunun gözönünde tuttuğu şartlar içinde suç sayılan bir fiili işlemek niyet ve kastıdır"(6) şeklinde tanımlamışlardır. Gölcüklü'ye göre ise suç işleme kastı "hukuka aykırı bir fiilin işlenmekte olduğu şuuruyla (ne yaptığını bilerek) ve isteyerek hareket etmek demektir(7).

Doktrinde her yazar kasdı diğer yazarlardan farklı tanımlamıştır. Bütün tanımlarda ortak olan unsur ise "failin suç işlediğini bilmesi ve bunu istemesidir." Fail, başkasına gelecek zararları bilerek ve isteyerek hareket etmişse kast vardır. Yani bilme ve isteme unsurlarının birlikte bulunması gerekir. Ayrıca failin suç işleme iradesi hem hareket hem de neticeye yönelik olmalıdır. Günümüzde kastı açıklayan iki teori vardır: Tasavvur teorisi ve irade teorisi.

B. KASTI AÇIKLAYAN TEORİLER

1. TASAVVUR TEORİSİ

Bu teoriyi savunanlara göre, "kasd, neticenin tasavvur edilmesi, neticenin

(1) De Marsico, Coscienza e volonta nella nozione del dolo, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.256)

(2) Antolisel, I, sf.124; (Zikreden: Erem, I, sf.504)

(3) Taner, a.g.e., sf.316.

(4) Erem, I, sf.508.

(5) Dönmezer-Erman: II, sf.264.

(6) Vidal-Magnol, Cours de Droit Criminel et de Science Penitentiaire, (Çev.: Devrim, Z.Şinasi, Ceza Hukuku, Ankara 1946, sf.134)

(7) Gölcüklü, a.g.e., sf.95.

gerçekleşmesi bilinci ile hareketin istenerek yapılmasıdır(8). Kasdın varlığı için neticenin düşünülmesi ve gerçekleşebileceği bilincinin olması yeterlidir, ayrıca neticenin istenmesi gerekmez. Fail neticeyi öngörmüş ise fiilinde kasdı mevcuttur. O halde kasdın esası fikridir(9). Bu teoriyi savunanlara göre failin neticenin gerçekleşeceği bilinciyle hareket etmesi kast için yeterlidir; yoksa neticenin gerçekten istenmesine gerek yoktur. Fail, hareketi yapmaktan çekinmediğine göre neticeyi de dolayısı ile istemiş olur, aksi takdirde, hareketi yapmaktan çekinirdi(10) demektedirler. Ayrıca fail, hareketin belirli neticelerini gerçekten istemiş olmasa bile bu hareketin gerçekleşmesi zorunlu neticelerini de kasdın kapsamına girer(11) sonuç olarak bu teoriyi savunan yazarlardan bir kısmı kasdı geniş yorumlamaktadırlar. Aynı teoriyi savunan bazı yazarlar(12) ise kasdın kapsamını daraltmaktadırlar. Bu yazarlara göre kasdın failin tasavvur ettiği neticenin onun harekete geçmesine neden olması halinde var olduğunu, aksi halde kasddan söz edilemeyeceğini savunurlar. Yani kast, failin tasavvur ettiği neticeyi elde etmek için araç olan ara neticelerle amaç olan neticeyi kapsamına alır.

Tasavvur teorisi, pek çok yönden eleştirilmiştir. Öncelikle neticenin belinmesi kasdın varlığı için yeterli sayıldığında kastla taksir arasında pek fark kalmıyacağı; ihtiyatsız bir şekilde araba kullanan şoför de bir yolcuya çarpabileceğini düşünmüş olabilir, fakat bu sonuç gerçekleştiğinde onu kasdın adam öldürmeden sorumlu tutmanın doğru olmayacağı, aksi halde günlük yaşamın giriftliği nedeniyle her hareketin kasıtlı olduğu sonucuna varmak gerekir(13) denilmiştir. Gerçekten de kasdın geniş yorumlanması ve neticenin tasavvur edilmiş olması halinde kasdın varlığının kabulü bizi hemen hemen her hareketin kasdın işlendiği sonucuna götürür. Bu durum ise kişileri suç işleme endişesiyle karşı karşıya bırakır ve sonuçta hareketsizliğe yol açabilir. Bu nedenle tasavvur teorisine karşı yöneltilen, kasdın bu şekilde tarifinin taksirden farklı olamayacağı yolundaki eleştiriye katılıyoruz.

İkinci eleştiri ise tasavvur ile isteme arasında ayniyet kurulduğu, oysa belli bir neticeyi isteyen insanın, bu neticenin ayrılması imkansız ve zorunlu

(8) Dönmezer-Erman: II, sf.257.

(9) Erem, I, sf.505.

(10) Becker, *Teorie des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1859, I, sf.254; De Marsico, *Coscienza e Volontà nella nozione del dolo* 19; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.258)

(11) De Marsico, 19 (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.258)

(12) Lillenthal ve Klee bu yazarlardan ikisidir.(Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.258)

(13) Bettiol, sf.258 (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.258)

olan neticeleri iradesinin kapsamına aldığı hallerde bile düşünme ve öngörmenin iradeye eşit olduğunu söylemenin doğru olmayacağı yolundadır(14). Gerçekten de bir kimseyi öngördüğü ve düşündüğü neticenin gerçekleşmesi durumunda, o neticeyi istemiş olmasa veya gerçekleşmeyeceği yolunda umut beslese bile neticeyi istemiş saymak gerçeklere aykırı düşer(15).

Bu eleştirilere şu noktalardan katılıyoruz. Öncelikle isteme ile öngörme farklı kavramlardır. Kişinin öngörebildiği her neticeyi istediğini kabul etmek iradenin alanını oldukça genişletir ve sonuçta kişinin öngörebildiği her şeyi istediği sonucuna götürür. Ayrıca kasdın bu kadar geniş yorumlanması halinde taksirin alanı oldukça daralır. Bu eleştirilere ek olarak kasdın taksirle yakınlık gösterdiği noktalarda, fiilin daima kastla işlendiği sonucuna götüreceği ileri sürülmüştür(16).

2. İRADE TEORİSİ

Bu teoriye göre "belli bir neticeye yönelmiş irade "kast" tır(17). "Kastı ayırt eden nitelik, failin neticeyi istemiş olmasından ibarettir"(18). Neticenin istenmiş olduğundan söz edebilmek için öngörülmüş ve düşünülmüş olması gerekir. Fakat bu, kasdın varlığı için yeterli değildir. Belli bir amaca yönelik irade olmadıkça failin kasden hareket ettiği yine de söylenemez(19). Aslında neticenin istenmiş olması kast ve taksiri birbirinden ayıran sınırdır. Özellikle fail birden fazla neticeyi öngörmüş ancak bunlardan sadece birini istemişse o netice bakımından kast, diğer neticeler yönünden ise taksir sözkonusudur. Yani isteme, ölçüt alınarak kast veya taksir ayırımı yapılmaktadır.

Bir başka konu ise failin öngördüğü ve düşündüğü neticelerin hepsi istenmiş ya da bazılarının önce, bazılarının sonra gerçekleşmesi istenmiş ise ne olacaktır? Düşünülen ve öngörülen neticelerin hepsi istendiği için kasdın bulunduğu şüphe edilemez. Ancak neticelerin gerçekleşme sırası bakımından önce veya sonra şeklinde bir tercih yapıldığından "seçimlik kast" tan veya "birbirini izleyen kast" tan sözedilmektedir(20). Gerçekten de her iki halde de neticelerin gerçekleşmesine yönelik irade vardır. Kastın varlığı için bu yeterlidir.

(14) De Marsico, sf.22; (Zikreden: Dönmezer-Erman: 11, sf.258)

(15) Di Lorenzo l limiti fra dolo e colpa 81. (Zikreden: Dönmezer-Erman: 11, sf.259)

(16) Dönmezer-Erman: 11, sf.260.

(17) Erem, 1, sf.505.

(18) Dönmezer-Erman: 11, sf.260.

(19) Carrara, Programa 61, (Zikreden: Dönmezer-Erman: 11, sf.260).

(20) Massari, Il momento esecutivo del reato, 159 (Zikreden: Dönmezer-Erman: 11, sf.260)

İrade teorisini kabul eden yazarlar istenilen neticenin neden meydana geldiği ve neleri kapsadığı konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Kanunun ihlalini istenilen netice olarak gören yazarlar(21) olduğu gibi, kanunu ihlal etmek bilinci ile hareket etmeyi kast anlamında kullanan yazarlar(22) da vardır. Bu görüşlere karşı şu eleştiriler yöneltmiştir. Failin kanunu ihlal etmek iradesi ile hareket etmesi esasın aranmaz, bir kere kanunu bilmek şart değildir. Bizcede istenilen neticenin kanunun ihlali olduğu yolundaki görüş doğru değildir. Çünkü fail, bir suçu işlerken o suçun kanundaki maddesini ihlal etmeyi değil, fiilinin sonucunda ortaya çıkan neticeyi istemiştir. Örneğin hasmını öldüren failin istediği netice ceza kanunundaki maddeyi ihlal etmek değil, hasmını öldürmektir. Kastın varlığı için kanunu ihlal etme bilincini aramanın ise psikolojik gerçeklere uygun düşmeyeceği(23) belirtilerek ikinci görüşü savunan yazarların düşünceleride eleştirilmiştir.

Kast konusunda bir başka tartışma kapsamının nasıl belirleneceği ve bir kimsenin neleri istemiş olacağının tesbiti hususudur. Öngörme teorisi gibi irade teorisi de tek başına sorunu çözümlenmeye yetmez. Bu nedenle her iki teoriyi bağdaştırmak yoluna gidilmiştir. Gerçekten de sadece tasavvur teorisine göre kastın tesbiti yoluna gidildiğinde öngörülebilir ve düşünülebilir tüm neticelerin kasten hareket edilerek meydana getirildiği sonucuna varılır ki, bu da kastın sınırlarını çok genişletir, sırf irade teorisine göre kast tesbit edildiğinde de kapsamı daralır. "Sadece irade teorisi bu meseleyi çözümlenmeye yeterli olamaz; bir çok hallerde, bu irade ile öngörmeyi bir arada mütalâa etmek zorunluluğu vardır: bir deniz kazasına sebebiyet vermeyi isteyen kimse, bu kazada bir çoklarının ölebileceğini veya yaralanabileceğini düşünür ve öngörür; belki bu neticeyi istemez, belki de bu öngörmeye rağmen yine de hareketlerinden çekinmez. Sırf irade teorisi içinde kaldıkça, bu gibi hallerde kasdın bulunmadı sonucuna varmak gerekir ki, tasavvur teorisinin aksine olarak, kasdın kapsamı pek fazla daralır(24) şeklindeki görüşe katılmaktayız. Bizce kast "öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade" dir. Yani suç oluşturan tipe uygun fiilin düşünülmesi, öngörülmesi ve neticeye yönelik iradenin birlikte bulunması gerekir ki, bu her iki teoriyi bağdaştırmak anlamına gelir. Özellikle kasdın kapsamının tayini ve kasdın tespiti konularında iki teoriyi bağdaştıran görüş daha doğru sonuçlara ulaştırır. Kanunumuzda bağdaştırıcı teoriden yanadır. Kastın genel

(21) Carmignani, Elementa, 106, Puccioni, codice Penale Toscano, 65, (Zikreden: Dönmezer-Erman, II, sf.261)

(22) Carrara, Programa 59 (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.261)

(23) Pannain, 394-395, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.261)

(24) Dönmezer-Erman: II, sf.254.

hükümlerinde kastı tanımlamayıp, özel hükümlerde her ayrı suç hakkında uygulanması bunun kanıtıdır(25).

C. KASTIN UNSURLARI

a) Düşünme ve Öngörme Unsuru

Failin kasten hareket ettiğinden söz edebilmek için tipe uygun hareketi önceden düşünüp öngörmüş olması gerekir. Bu unsuru "bilme" olarak ifade etmek mümkündür. Kastın bilme unsuru suçun maddi unsurlarına ilişkin olmalıdır: Yani kast için gerekli olan bilgi suçun kanundaki tanımda yer alan unsurlarını bilmektir(26). O halde hareketin ve neticenin bilinmesi gereklidir. Fiil icra suçu ise, fail, hareketi düşünüp öngörmekle kasten hareket etmiş olur. İhmal suçlarında ise failin hareketi, yapmaktan ibaret olduğundan bu olumsuz hareketinin farkında olması ve bilmesi yeterlidir(27).

Hareketin yanısıra neticenin de düşünülmüş ve öngörülmüş olması gerekir. "Netice, kanuni tarifte yer alan dış âlemdeki değişikliktir". Bu değişiklik bir zarar veya tehlike yahut hukuki ihlal şeklinde olabilir(28). Neticeden anlaşılacak anlam, her suçta bulunan hukuki neticedir. Kanunun hukuki netice ile yetindiği durumlarda düşünme ve öngörme hukuki neticeye özgüdür. Ancak hukuki netice ile yetinilmeyip tabii neticenin gerçekleşmesini de kanun aramışsa bilme unsurunun tabii neticeyi de kapsamına alması gerekir(29).

Bilme unsurunun nedensellik bağına kapsamına alması gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler vardır. Bazı yazarlar(30) failin hareketinden neticelerin ne şekilde doğabileceğini bilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Yani bilme, hareketle netice arasındaki illiyet bağına da kapsamına almalıdır(30). Aksi görüşü savunan yazarlara(31) göre ise bilme unsurunun nedensellik bağına kapsamına alması gerekmez. Bizde bu görüşe katılmaktayız. Failin bilmesi gereken şey hareketinden ne gibi netice veya neticelerin meydana geleceğidir. Neticenin ne şekilde meydana geleceğini bilmesi gerekmez. Bu nedenle bilme unsuru nedensellik bağına kapsamına almaz görüşündeyiz.

(25) Erem, I, sf.507.

(26) Yüce, Tufan Turan: Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, sf.59.

(27) Dönmezer-Erman: II, sf.265.

(28) Dönmezer-Erman: I, sf.437.

(29) Dönmezer-Erman: II, sf.266.

(30) Maggiore, 436, Raineri 268, Logoz, Art 18, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.266)

(31) Pannain, 310, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.267)

Düşünüp öngörme unsuru, ağırlatıcı sebepler bakımından da önem taşımaktadır. Eğer netice sebebiyle ağırlaşan bir suç sözkonusu ise, ağırlatıcı sebep neticeye ilişkin olduğundan kasdın bu neticeyi de kapsamına alması gerekmez, çünkü ortada objektif sorumluluğu gerektiren bir durum sözkonusudur(32). Objektif sorumluluk hallerinin dışında kalan ağırlatıcı sebepler ise fail tarafından düşünülmüş ve öngörülmüş olmalıdır. Yani bilme unsuru objektif sorumluluk dışında kalan ağırlatıcı sebepleri kapsamına alır. "Keza ağırlatıcı sebep, suçun niteliğini değiştiriyorsa artık ağırlatıcı sebep olmaktan çıkıp, yeni suçun bir unsuru olacağı ve öngörme unsurda özellikle aranacağı için, sözü geçen unsurun fail tarafından önceden bilinmesi gerekir(33).

Bilme unsuru hafifletici sebepleri kapsamına almaz. "Hafifletici sebepler ister kişisel, ister fiili olsunlar fail lehine daima hesaba katılırlar ve failin bunları bilmesi şart değildir(34). Hukuka uygunluk sebepleri ve cezalandırılabilme şartlarının da düşünülp öngörülmesi gerekmez. Bilme unsuru bunları kapsamına almaz.

b) İrade Unsuru

Kastın ikinci unsuru irade unsurudur. Kastın varlığı için bilme unsurunun yanı sıra irade unsurunun da bulunması gerekir. Psikolojik yönü ağır basan bir kavram olup psikolojinin en karışık konularından biri olarak nitelendirilmektedir(35). "İradede otomatik olmayan bir vasıf mevcuttur. İrade mefhumu bilinçten ayrı düşünülemez. İradî hareketler aynı zamanda bilinçli hareketlerdir. Eğer bir hareket bilinçli değilse onun iradi sayılmasına imkan yoktur(36).

Düşünme ve öngörme başka bir ifade ile bilmenin ne anlama geldiği konusunda şunu ifade etmek mümkündür. Bilme her zaman isteme anlamına gelmez. Her ne kadar bir şeyi isteyen kimsenin bu şeyi bildiği kabul edilebilirse de bunun tersi geçerli değildir. Yani bilinen şeylerin istendiğini ileri sürmek mümkün değildir. İşte kastın varlığından sözedebilmek için gerekli olan "isteme, kastın ikinci unsurudur. Gerçekten de isteme, düşünme ve öngörmenin ötesinde bir anlam ifade eder. Düşünme ve öngörmenin varlığına rağmen isteme bunlara eklenmemişse kasdın varlığından - en azından her suçta - söz edilemez.

(32) Dönmezer-Erman: II, sf.267.

(33) Dönmezer-Erman: II, sf.268.

(34) Dönmezer-Erman: II, sf.268.

(35) Erem, Faruk: Adalet Psikolojisi, Ankara 1988, sf.45.

(36) Erem, a.g.e., sf.50.

Bir düşünceye göre irade unsuru ile düşünme ve öngörme unsuru birbirine uygun olmalıdır. Fail neleri biliyorsa onları istemelidir. Yani "harekete geçen kimse, bildiği şeyleri ister, istediği şeyleri de bilir"(37) "Bilme ve isteme arasındaki uygunluk failin harekete geçmesini gerektirmiş" fail, düşündüğü öngördüğü yani bildiği neticeyi elde etmek için iradesini kullanmışsa, sözü geçen irade, aynı zamanda onun maksadını da oluşturur"(38). Ceza hukukunda maksat, failin gerçekleşmesini istediği neticeyi belirlediğinden failin sorumluluğu hususunda büyük önem taşır. Özellikle failin hareketinden maksadın dışında kalan ikinci derece neticeler doğduğunda bunların da irade unsuruna girip girmediği konusunda varılacak sonuç, hareketin neticelerinden dolayı failin kastla mı yoksa taksirle mi sorumlu tutulacağını belirleyeceğinden büyük önem taşır.

Failin hareketinden maksadın dışında kalan ikinci derece neticeler doğduğunda "isteme" unsuru büyük önem kazanır. Eğer gerçekleşen neticelerin tümü öngörülmüş ve istenmiş ise irade unsuru hepsini kapsamına aldığından bütün neticelerin kasten meydana getirildiği kesindir. Ancak meydana gelen ikinci derece neticelerden herhangi birinin meydana gelmesi bakımından fark gözetilmemişse "seçimlik kast", bir neticenin önce, diğerinin sonra gerçekleşmesi istenmiş ise "birbirini izleyen kast" bulunur(39). Yani ikinci derece neticelerin gerçekleşmesi hususunda bir tercih olup olmaması kastın türünü belirlemektedir.

Birden çok neticenin düşünülmuş ve öngörülmüş olmasına rağmen, bunlardan hiç birinin istenmemesi ya da sadece birinin istenmesi halinde düşünme ve öngörme unsuru ile irade unsuru arasında bir ayrılık bulunur(40). Bu iki unsur arasındaki ayrılık her öngörülen neticenin istenmediğini ortaya koyar. Bu konuda varılacak sonuç özellikle failin sorumluluk çeşidini belirleyeceğinden oldukça önemlidir. Çünkü ikinci derece neticelerin kasten mi, taksirle mi işlendiği buna göre tespit edilir.

Bu konuda çözüme kavuşması gereken bir başka sorun ise maksadın dışında kalan ikinci derece neticelerin kasten meydana getirilmiş sayılıp sayılmayacağı hususudur. Düşünülen ve öngörülen neticelerden biri istenip, diğerleri istenmemiş ise bir ayırım yapmak gerekmektedir: "Failin maksadının dışında kalan ikinci derece neticeler, maksadı oluşturan asıl neticelerin gerçekleşmesi bakımından zorunlu iseler, failin bu ikinci derecede neticeleri de istediği, iradesinin bunları da kapsamına aldığı kabul edilmek gerekir"(41). Gerçekten de düşünö-

(37) De Marsico, Coscienza e Volontà 146; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.269)

(38) Dönmezer-Erman: II, sf.269.

(39) Di Lorenzo, I, limiti tra dolo e colpa, 112; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.270)

(40) De Marsico, Coscienza e Volontà 149-151; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.270)

(41) Dönmezer-Erman: II, sf.270.

nülen ve öngörülen ikinci derece neticeler ile maksadı oluşturan netice arasında bir zorunluluk ilişkisi varsa, maksadı oluşturan neticenin gerçekleşmesi halinde ikinci derecede neticelerin de gerçekleşmesi kaçınılmaz ise bu neticelerinde istendiği ve kastın bulunduğu şüphe edilemez.

Dönmezer ve Erman, zorunlu neticeler bakımından belirli olmayan kasda ilişkin kurulların uygulanmasını ve özellikle ne gibi neticeler gerçekleşmişse, yalnız onların faile yüklenmesinin uygun olacağı kanaatindedirler. "Belirli olmayan kast netice ile belirlenir" kuralı uygulanarak kast belirlenmelidir(42). Bizce de düşünme ve öngörmeyi esas olarak gerçekleşmeyen neticeden dolayı da faili sorumlu tutmak yerine, gerçekleşen neticeyi esas alarak kastı belirlemek ve ona göre sorumluluk yüklemek ceza hukukunun ilkelerine daha uygun olur. Kaldı ki, kastın belirlenmesinde neticenin önemli bir yer tuttuğuda bir gerçektir.

İkinci derece neticeler, düşünülüp öngörülen ve maksadı oluşturan neticelerin zorunlu sonucu değilse, bunların gerçekleşmesi konusunda sadece bir ihtimal veya imkan bulunuyorsa kast var mıdır? Bu konuda iki görüş vardır. Öngörülen ikinci derece neticeler sadece imkan ve ihtimal dahilinde ise kastın olamayacağını savunan yazarlar(43) olduğu gibi, failin öngörmesini isteme için yeterli sayıp kastın bulunduğunu ileri süren yazarlar(44) da vardır. Bizce fail ikinci derece neticelerin gerçekleşebileceğini düşünüp öngörmüşse kastın ilk unsuru gerçekleşmiştir. İsteme unsuru ise açık bir şekilde yoksa da hareketi yapmaktan vazgeçmemiştir. O halde isteme unsurunda vardır. Ancak, maksattan ayırabilmek için doktrinde "dolayısıyla kast" veya "gayri muayyen kast" denilmektedir. Dolayısıyla kast söz konusu olduğunda failin sorumluluğu gerçekleşen neticelerle sınırlı ve o ölçüdedir.

D. KAST VE SAIK KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Saik, faili suç işlemeğe sevkeden his veya menfaat olarak tanımlanabilir(145). "Kusurun ve bunun neticesi olan cezai mesuliyetin mevcudiyet için, prensip itibarile kastın bulunması kâfi olup, faili harekete getiren saik ve gaye nazara alınmaz, başka tabirle, bunlar, kaide olarak, cürümün teşekkülü için bir unsur değildir"(46) Saik, harekete geçiren etken anlamında olduğundan, psişik

(42) Dönmezer-Erman: II, sf.270 vd.

(43) Di Lorenzo, 125-126; De Marsico, Coscienza e Volontà 153-154, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.273)

(44) Raineri, Mezger, Antolisel, Maggiore, Manzini ve Logoz bu düşünceyi savunan yazarlardır. (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.273)

(45) Erem, Adalet Psikolojisi, sf.95.

(46) Taner, a.g.e., sf.317.

olgunun irade aşaması ile ilgilidir(47).

Saik kavramı ile ilgili tartışmalar şu noktalarda toplanmıştır: Saik, kast kavramının kapsamı içinde midir? Pozitivist okul yanlısı olan Ferri'ye göre bir fiilin suç teşkil edebilmesi için psikolojik (yani manevi) unsurdan üç şartın bulunması gerekir: a) İrade; b) Saik; c) Amaç(148). Sonuç olarak saikin, suçun manevi unsuru içinde yer aldığını düşünmekte ve suçun varlığı için saikin varlığını da gerekli ve hatta zorunlu görmektedir. Ancak bu görüş tüm pozitivistlerce benimsenmemiştir. Örneğin bazı yazarlara(49) göre "ağır ve tabii suçlar da saikin antisosyal ve hukuka aykırı olması halinde fail cezalandırılmalı, bu nitelik bulunmuyorsa ya fail cezalandırılmamalı ya da pek hafif ceza verilmelidir". Bu görüşe yine bir pozitivist olan Florian karşı çıkmış ve idealler ve sübjektif abartılmış düşünceler karşısında cezalandırma fonksiyonunu zayıflatmak doğru olmaz(50).

Saikler, kasdın bir unsurudur, görüşünü savunanlar şu eleştirilerle karşılaşmışlardır: Saikler prensip itibariyle hukuk dışında kalırlar; Hukuk, sosyal ilişkilerin ve dışa vurmuş hareketlerin disiplindir. Bu nedenle ceza normunun ihlalini etkilemedikçe hukuk failin zihni ve ruhi durumlarıyla uğraşmaz. Bir suç işlendiği zaman failin öngörü ve irade ile hareket etmesi yeter(51).

Bizce saik olaydan olaya değişen ve kişiye özgü bir özellik gösteren kavramdır. Bu bakımdan saik kasdın bir unsuru olarak kabul edildiğinde kanu psikolojik alanına taşırılmış olacağı gibi kast konusundaki tartışmalara bir yenisini de eklenir. Özellikle saikin antisosyal ve hukuka aykırı olması durumunda faile ceza vermek, bu nitelik yoksa ceza vermemek gerektiği görüşüne katılmamız mümkün değildir. Çünkü "ceza, cürmi fiilin, yani suçun karşıtı olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, suç, topluma (devlet) karşı ferdin bir fiili ve ceza da ferde (suçlu) karşı toplumun, yani devletin bir fiilidir. Bu nedenle, doğaldır ki, cezanın sonuçları, suçun sonuçlarına karşıdır ve onları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Burada, suça ait sonuçlar, psikolojik ve toplumsal sonuçlar olduğundan, bir tepki olarak ceza, bu sonuçlara karşı olmakta ve sözkonusu sonuçları gidermeye amaçlamaktadır"(51). Toplum yaşamı açısından bu kadar önemli işlevi olan bir kavramın bazı düşüncelerle etkisini azaltmak ve hatta bazen bu etkiyi yok etmek

(47) Malinverni, Scope e Movente, sf.67; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.275)

(48) Ferri, Princippi di diritto criminale, sf.218-219; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.276.

(49) Leuret, Essai sur la notion de l'intentio criminelle 438; Ferri, Sociologia Criminale, II, sf.262(Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.276)

(50) Florian, Trattato di diritto Penale, 57; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.276)

(51) Hafızoğulları, Zekı: Ceza Normu, Ankara 1987, sf.199.

savunulamaz. Ayrıca failin antisosyal saiklerle harekete geçip geçmediğinin tesbit edilmesi hiçde kolay değildir. Bizce saiken kasdın bir unsuru olarak kabul edilmesi bu kavrama gerektiğinden fazla önem vermek olur. O nedenle Saik, kanunda ağırlatıcı neden veya suç unsuru olarak yer almışsa değer tanınmalıdır. Aksi halde saikten tamamen sıyrılan bir görüş ceza hukukunda en önemli yeri işgal eden "suçlu insan" ı ihmal etmiş olur ki bu da doğru olmaz.

Kanunumuzdaki duruma bakacak olursak saik bazı hallerde suçun unsuru, bazı hallerde ise ağırlatıcı neden sayılmıştır. Örneğin T.C.K.'unun 429 ve 430'uncu maddelerindeki kaçırmak cürmü "şehvet hissi veya evlenme maksadıyla" işlenmesinde Saik suçun unsuru sayılmıştır. Birisini kaçırmak fiili şehvet hissi veya evlenme maksadıyla işlenmemişse T.C.K.'unun 182.maddesindeki, maddi bir yarar elde etmek Saikiyle işlenmişse 499'uncu maddesindeki suç işlenmiş olur(52). Yani saik burda bir suçu diğer suçlardan ayırıcı bir unsurdur. 450.maddenin 10.bendinde düzenlenen adam öldürme cürümünün "kan gütme saikiyle" işlenmesi halinde ceza artırılmakta ve faile ölüm cezası verilmektedir. Bu suçta saik ağırlatıcı nedendir. T.C.K.'unun 472.maddesinde düzenlenen suçta ise "şeref kurtarma saikiyle suçun işlenmesi" kanuni hafifletici neden sayılmıştır.

II. SUÇUN ÇEŞİTLİ SAFHALARINDA KASTIN DURUMU KASTIN TESPİTİ VE KASTIN ÇEŞİTLERİ

A. SUÇUN ÇEŞİTLİ SAFHALARINDA KASTIN DURUMU

Kast, kanunun suç saydığı bir fiili bilerek ve isteyerek işlemek iradesi anlamına gelir. O halde suçun bütün safhalarında kastın bulunması ve adeta suçu safha safha izlemesi zorunludur(53). Suç ise bir çok safhadan oluşur. Fail, öncelikle bir suç işlemeyi düşünür. Gerekli hazırlık hareketlerini yapar, daha sonra ise icra hareketlerine başlar. Bu nedenle kastın hangi safhada bulunduğu veya ne zaman eklendiği de önemlidir. Failin harekete başladığı anda mevcut olan kasta "başlangıçta kast" adı verilir. Başlangıçta kastın varlığı halinde, failde neticenin meydana geldiği anda kasdın bulunması gerekmez. Netice anında failde kast bulunmasa bile gerçekleşen neticeden sorumludur.

Sonradan kast veya eklenen kast ise icraya başlarken mevcut olmayıp sonradan harekete eklenen ve harekete kastlı hareket niteliğini kazandıran kasttır. Eklenen kast farklı durumlarda ortaya çıkabilir. İlk ihtimal iyiniyetle başlayan harekete, icranın devamı sırasında kast eklenebilir. Bu durumda ancak kastın eklendiği andan sonra işlenen fiillerin suç teşkil etmeleri kaydıyla cezalandırmak

(52) Kantar, a.g.e., sf.90.

(53) Ralneri, Pannain ve diğerleri; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.278)

kuralı vardır(54). İkinci ihtimal hareketin taksirle başlayıp sonradan kastın eklenmesidir. Bu gibi durumlarda eklenen kast o andan önceki taksirin yerini almaz, ancak kasdın eklenmesinden sonra yapılan hareketler başlıbaşına suç teşkil ediyorsa fail bu hareketlerden dolayı kastı nedeniyle cezalandırılır. Fiil başlıbaşına suç teşkil etmiyorsa, ceza sorumluluğu başlangıçtaki taksire dayanır(55) Üçüncü ihtimal ise, hareketin belli bir amacı gerçekleştirmek için başlayıp, netice gerçekleşmeden failin maksadını değiştirip bir başka neticeyi gerçekleştirmesi halidir. Her üç ihtimalin ortak noktası kastın, netice meydana gelmeden eklenmesidir.

B. KASTIN TESPİTİ

Failin cezai sorumluluğunda sözedebilmek için neticenin manevi bir bağla faile bağlanabilmesi gerekir. Bu manevi bağa "kusurluluk" adı verilir. Kusurluluk ve sorumluluk arasındaki yakın ilişki ve özellikle kusurluluk türüne göre failin sorumluluğunun belirlenmesi, konuya daha büyük bir önem kazandırmaktadır. Çünkü kusurluluk türünün kast veya taksir olması işlenen suça verilecek cezayı tayin eder. İşte bu nedenle kastın tespiti oldukça önemlidir. Kastın tespiti konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bazı yazarlara(56) göre kişiler aksi sabit oluncaya kadar isnad yeteneğine sahiptir. Bu nedenle bir suça maddeten sebep olan kişi, aksi sabit oluncaya kadar manen de sebep olmuş sayılır. Böylece hareketin istenmiş olması nitecesinde istendiği yolunda bir karinedir. Ancak bu karine özel kast hallerinde geçerli olmayıp, genel kast hallerine özgüdür.

Bir başka düşünceye göre ise "kast karinesi diye bir şey kabul edilemez; diğer unsurların bulunduğu nasıl ispat ediliyorsa, manevi unsur ve özellikle kast da o suretle ispat edilmelidir"(57).

Bizce kast karinesinin kabulü yolundaki görüş her olayda doğru sonuca götürmez. Hareketin istenmesi her zaman neticende istendiğine karine olamaz. Ayrıca kast karinesinin kabulü diğer sübjektif sorumluluk tarlerinin aleyhine olacağı gibi ispat yükünü de ters çevirmiş olur. Yani failin kasten hareket ettiği karine olarak kabul edildiğinde kasten hareket etmediğini ispatlamak gerekir.

(54) Raineri, 277; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.279)

(55) Raineri, 277 ve diğerleri; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.280)

(56) Manzini 682, Erem, 332; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.282)

(57) Florian 114; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.282)

Diğer görüş ise, manevi unsur ve özellikle kastın varlığı da diğer unsurlar gibi ispat edilmelidir demektir. Bu düşünceye de şu açıdan katılmıyoruz. Manevi unsurun ve özellikle kastın bulunduğunu ispat etmek diğer unsurların ispat edilmesinden daha zordur. Örneğin kanuni unsur sözkonusu olduğunda, failin fiilinin kanundaki tipe uygun olup olmadığına bakılacaktır. Şüphesiz bu, manevi unsurun varlığının tespiti ve ispatından çok daha kolay ve daha az tartışmalıdır. Oysa manevi unsurla ilgili yapılacak bir araştırma büyük güçlüklerle karşılaşır. Çünkü manevi unsur, suçun diğer unsurlarından farklı olarak suçun görülemiyen sübjektif bir unsurudur. Ancak bu güçlükler rağmen failin hangi tür kastla hareket ettiğinin tespiti zorunludur. Çünkü suçun nitelendirilmesi ve cezai sorumluluğunun tayini için failin hangi tür kastla hareket ettiğinin bilinmesi gerekir. Failin hangi tür kastla hareket ettiğinin belirlenmesi ise psikolojik incelemeleri gerektirir.

Bizce failin hangi tür kastla hareket ettiğinin tespiti ispat konusu ile ilgilidir. Yani maddi yönünden çok usulü yönü ağırbasan bir konudur. o nedenle her somut olayda ayrı bir inceleme yapılmalı, failin geçmişte mağdurla olan ilişkisi, suçun işleniş şekli, zamanı ve diğer tüm özellikleri gözönünde bulundurularak kastın bulunup bulunmadığı ve hangi tür kastın varolduğu tespit edilmelidir. Buna rağmen hakim bir sonuca varamamışsa "şüpheden sanık yararlanır" kuralı uygulanarak failin en lehine olan manevi durumun bulunduğu hükmedilmelidir(58) Uygulamada da aynı görüşle hareket edilmekte ve suç aktinin özellikleri, hareketin sayısı, geçmişte faille mağdur arasındaki ilişkilerin nasıl olduğu, suçun ne zaman, nerde ve nasıl işlendiği failin hangi tür kastla hareket ettiğini tespit ederken gözönünde bulundurulmaktadır. Örneğin bazı kararların da suçun işleniş

(58) Y.C.G.K., 30.9.1985 gün Esas 1985/1-184, Karar 1985/486(Uygun Mehmet-Savaş Vural ve Molla Mahmutoğlu Sadık; Ceza Genel Kurulu Kararları, 1987, Ankara, sf.127) sayılı kararında maktûlenin 2 m. 10 cm. yükseklikten başı aşağı gelecek şekilde beton zemine fırlatılması, failin öldürme kastıyla hareket ettiğini kabûle yeterlidir(Yayınlanmamıştır) 26.1.1987 gün, Esas 1987/1-458, Karar 1987/13 sayılı kararında "1970 doğumlu sanık Zafer Güney'in arkadaşlarını kurtarmak için ağaç arkasına gizlenen maktul, Mehmet Kızıllırmak'a elindeki dolu av tüfeğini tevcih ederek "seni vurayım mı" dediği ve bu maktûlün "benim ne suçum var da vuracaksın" dediği ve bu sırada av tüfeği ateş alarak maktûlün göğsünden vurulup yere düştüğü, sanığı "tuh" diyerek korkup kaçtığı, hastaneye kaldırılan maktûlün vefat ettiği anlaşılmaktadır. Sanığın 15, maktûlün 8 yaşında olduğu, olayın çocuklar arasında oynanan oyun sırasında meydana geldiği ve öldürme kastını gösteren hiçbir delil bulunmadığı gözönünde bulundurularak eylemin tedbirsizlikle ölüme sebebiyet mahiyetinde olduğu sonucuna oy birliğiyle karar verilmiştir.

şeklini(58), başka kararlarında hareket sayısı ve atış mesafesini(59), bir diğer kararlarda ise suç aletinin özelliklerini(60) gözönünde bulundurularak kastın tespiti yoluna gidilmiştir.

C. KASTIN ÇEŞİTLERİ

1. GENEL KAST - ÖZEL KAST

Genel kast, "kanunun suç saydığı icrai veya ihmali bir fiilin işlenmesini sadece niyet etmiş olmaktan ibarettir"(61). Yani genel kast, kasten işlenebilen bütün suçlarda bulunması gereken kasttır ve kastın iki unsurunun bulunması ile oluşur. Özel kast ise "mesuliyet için daha fazla şeyin, muayyen bir saik veya gayenin yahut kasta ait özel bir vasfın bulunmasını icabettirir"(62) şeklinde açıklanmıştır. Özel kastın varlığı için kastın bilme ve isteme unsurlarının yanısıra

(59) Y.C.G.K.'nun 22.9.1980 gün, Esas: 1980/1-202, Karar: 1980/298 "Sanık, mağduru hedef olarak 7 metreden 4-5 el ateş etmiştir. Zira mermi izleri kamyonun şoför mahalli, kapı ve koltuğundadır. Onun iyi nişancı olmaması öldürme kasdını ortadan kaldırmaz"(Yayınlanmamıştır).

Y.C.G.K.'nun 2.3.1987 gün, Esas 1987/1-436, Karar 1987/87 "Sanığın, masada oturan ve savunmasız durumda olan müdahile elindeki bıçağı kuvvetle saplamadığının anlaşılmasına, taraflar arasında öldürmeğe neden olabilecek bir husumet bulunmadığına, diğer unsurlar mevcut olmadıkça mücerret hayati bölgeden yaralamının mutlaka öldürmeğe teşebbüs olarak kabulü gerekmediğine, mani sebep bulunduğu kesinlikle saptanamadığına göre sanığın eylemi "bıçakla yaralamaktır" (Uygun, M. ve diğerleri: a.g.e., sf.27).

(60) Y.C.G.K.'nun 19.4.1982 gün, Esas 1982/1-11, Karar 1982/147, "Sanığın öldürücü nitelikte bir silah olan 9 mm.çaplı tabancası ile, insanların bulunduğu odaya doğru iki el ateş etmiş bulunmasına göre; odada bulunanlardan biri veya birkaçının vurulup ölebileceği bilinciyle hareket ettiğinin kabulü gerekir" (Yayınlanmamıştır).

Y.C.G.K.'nun 2.3.1987 gün, Esas: 1987/1-548, Karar: 1987/91. "Adli Tıp Kurumu Fizik İncelemeler Balistik Şubesinin 15.1.1986 gün ve 32514 sayılı raporunda; "orjinal dolu mermi kullanılarak yapılacak atışta, dolu fişek içinde ne çapta saçma tanesi bulunursa bulunsun tüfeğin krokide belirtilen mesafeden öldürücü niteliği haiz olduğu" nun yazılı bulunması, mağdurda husule gelen yaraların mahiyeti gözönünde tutulduğunda, sanığın "orjinal dolu mermi kullanarak" atış yapmadığını belgelemektedir. Açıklanan hususlar gözönünde tutulduğunda, sanığın eyleminin "silahla yaralamak" olarak nitelendirilmesinde zorunluluk bulunduğundan C.Başsavcılığının itirazının reddine karar verilmelidir" (Uygun, M. ve diğer yazarlar, a.g.e., sf.26).

(61) Taner, a.g.e., sf.322.

(62) Erem, a.g.e., sf.510, Kantar, a.g.e., sf.90.

belli bir saikle hareket etmiş olmak şartı aranmaktadır.

Özel kast, maddi unsuru aynı olan bazı suçları birbirinden ayırır. Örneğin birini kaçırmak fiili evlenmek maksadı veya şehvet hissi ile işlendiğinde T.C.K.' nun 429 ve 430.maddelerde düzenlenen suçları, maddi çıkar sağlamak için işlenirse 499 maddede düzenlenen suç, başka saiklerle işlenirse 182 maddede düzenlenen suç oluşturur. Her üç suçunda maddi unsuru aynıdır. Saik, bu suçları birbirinden ayırmaktadır. Bir suçta özel kastın bulunduğu, kural olarak kanuni tariften anlaşılır(63). Özel kastla işlenebilen suçlara örnek olarak T.C.K. 145.maddesinde yeralan bayrağa karşı işlenen suç, 504.maddede düzenlenen sigorta parasını almak için kendi malını tahrip suçunu ve 503.maddede düzenlenen dolandırıcılık suçunu gösterebiliriz.

2. ANİ KAST – DÜŞÜNCE KASTI

Bu ayırımda failin suç işleme kararı ile suç işlediği zaman arasında geçen süre ölçüt alınmaktadır. Eğer suç âni bir karar sonucu hemen işlenmişse ani kast, buna karşılık kastın oluşması ile suçun işlenmesi arasında zaman geçmişse düşünce kastı vardır. Bu ayırımın yararı taammüden işlenen suçların belirlenmesinde ve haksız tahrik üzerine işlenen suçlarda görülür". Genel olarak haksız tahrikin bulunması için failin âni kastla hareket etmesi gerekir; düşünce kastının bulunduğu hallerde - nadir istisnalar dışında - haksız tahrikin bulunmadığı zira gazap veya elemin etkisi geçtikten sonra fiilin işlendiği kabul olunabilir"(64).

Ani kast - düşünce kastı ayırımı uygulamada da kabul edilmiş ve özellikle taammüden işlenen suçlar ile haksız tahrikin bulunduğu hallerde "önem kazanmıştır. Y.C.G.K. birçok kararında öldürme kararı ile fiil arasında geçen süreyi ölçüt olarak suçun âni kararlarla işlendiği kabul etmiştir(65).

(63) Dönmezer-Erman: 11, sf.284.

(64) Magglore, 448; (Zikreden: Dönmezer-Erman:286 vd.)

(65) Y.C.G.K.'nun 28.11.1983 gün, Esas: 1983/1-244, Karar: 1983/383. "Sanığın açıklanan ifadelerin tamamı okunup, değerlendirildiğinde; olay gününe tekaddüden günlerde bir bunalım içinde olduğu, olay gecesi de uyuyamadığı için sabah erkenden sokağa çıktığı, eski eşini görünce peşine takılıp, âniden oluşan öldürme kararıyla onu öldürdüğü anlaşılmaktadır"(Yayınlanmamıştır).

Y.C.G.K.'nun 11.2.1985 gün, Esas: 1984/1-277, Karar: 1985/75(Yayınlanmamıştır). "Olayımızda sanık, kardeşinin ırzına geçildiğini 28.8.1981 gününde öğrenmiştir. Sanık o gün veya takip eden gün ve saatlerde maktûlü öldürmeyi tasarlamış olsaydı, sonucu kendisini darağacına götüren bu suç kendisini ele vermeyecek, en sağlıklı bir plan çerçevesi içinde uygulaması gerekirdi. 30 Ağustos Başramına raslayan bir günde ve kalabalığın gözleri önünde işlemiş olması, o gün yenilen yemek sırasında kardeşine yapılan şen'i hareketin kafasına yeniden saplanması yarattığı ani bir tepki ve tehevürle işlendiğinin açık ve seçik bir delilidir".

3. BELİRLİ KAST - BELİRLİ OLMİYAN KAST

Bu ayırımda failin şuur ve iradesinin hangi neticeleri kapsadığı ölçüt alınmaktadır. Fail, belirli bir neticenin gerçekleşmesi için hareket etmiş ve o netice meydana gelmişse belirli kast vardır. Fail belirli neticelerin yanı sıra başka neticelerinde meydana gelebileceğini öngörmüşse bu neticelerin gerçekleşmesine yönelik kasta belirli olmiyan kast adı verilir. Netice meydana gelmiş ise bu iki kast arasında hukuki etkileri bakımından bir fark yoktur(66). "Bu iki kastı ayırmanın faydası sadece teşebbüs konusunda görülür: teşebbüste sorumluluğu yöneltilebilmesi için kastın belli olması en önemli şarttır"(67).

Belirli kastın varlığı halinde, netice gerçekleşmemiş olsa bile fail teşebbüsten cezalandırılır. Oysa belirli olmiyan kastla hareket edilmişse öngörülen zorunlu veya mümkün yahut muhtemel neticeler gerçekleşmezse faili bu neticelere teşebbüsten dolayı cezalandırmak mümkün değildir ve belirli olmiyan kastta "netice kastı belirler" kuralı uygulanır(68). Uygulamada da bu ayırım benimsenmiş ve meydana gelen neticeden hareketle failin kastının belirlenmesi yoluna gidilmiştir(69).

4. ZARAR KASTI - TEHLİKE KASTI

Kastın içeriği esas alınarak ayırım yapılmış ve kastın neticeyi kapsamına alıp almadığı ölçüt olarak kabul edilmiştir. Kastın, zararlı neticeyi de kapsamına alması halinde "zarar kastı" sadece tehlikeyi kapsamına alması halinde ise "tehlike kastı" sözkonusudur. Bir yazar(70) bu ayırımın pratik bir önemi olmadığı görüşündedir.

(66) Majno, 180; (Zikreden: Taner, a.g.e., sf.320).

(67) Garraud, 291; (Zikreden: Taner, a.g.e., sf.320).

(68) Dönmezer-Erman: 11, sf.287-288.

(69) Y.C.G.K.'nın 19.4.1982 gün, Sayı: 1982/1-11, Karar: 1982/147. "Açıklanan bu oluşa ve sanığın öldürücü nitelikte bir salâh olan 9 mm.çaplı tabancası ile insanların bulunduğu odaya doğru yatay durumda tutarak iki el ateş etmiş bulunmasına göre, odada bulunanlardan bir veya birkaçının vurulup ölebileceği bilinciyle hareket ettiğinin kabulü gerekir. Sanığın kalabalığa ateş ederek bir kişiyi öldürmüş olmasına göre adam öldürmek kastıyla hareket ettiğinin kabulü tabii ve zorunludur"(Yayınlanmamıştır).

Y.C.G.K.'nın 12.4.1982 gün, Esas: 1981/1-421, Karar: 1982/129. "Oniki senelik tecrübeli Polis Memuru olan sanığın tabancasını nerede ve hangi koşullarda kullanacağı bilinci içinde olduğunun kabulü gerekir. Sanık öldürücü silah niteliğindeki tabancasını hareket halinde ve bu nedenle içinde şoför bulunduğunu bildiği taksiye ufki vaziyette tevcih ederek dört el ateş etmiştir. Sanık taksi şoförünün bu atışlar sırasında vurulup ölebileceğini bilmektedir; buna rağmen atışları havaya veya taksinin tekerlerine yapmamıştır. Bu durumda sanığın öldürme kastı içinde bulunduğunun kabulü gerekir"(Yayınlanmamıştır).

(70) Alacakaptan, a.g.e., sf.157.

Şüphesiz bu ayırım, kastın içeriğine dayanılarak yapıldığından bazı güçlüklerle karşılaşılabilir. Ancak her suçta olmasa bile T.C.K.'unun 127, 161 ve 140.maddelerinde yeralan suçlarda zarar kastı, tehlike kastı ayırımının yararlı olduğu ve bu nedenle pozitif hukukumuz bakımından uygulama değeri olduğu kanaatindeyiz.

5. DOĞRUDAN DOĞRUYA KAST – DOLAYISIYLA KAST

Bu ayırım, failin fiilinden meydana gelen neticenin isteği aşır aşımadığı ölçüt alınarak yapılmaktadır. Netice, failin istediği sınırlar içinde kaldığında kast, doğrudan doğrudur. Buna karşılık, netice failin istemediği ancak öngördüğü bir netice ise ve failin buna rağmen yaptığı bir hareketten meydana gelmiş ise, kast, muhtemel kاستtır(71).

Doğrudan doğruya kاستta failin sorumluluğunun tayini konusunda sorun yoktur. Gerçekleşen netice failin istediği sınırlar içinde kaldığından fail hareketinin neticesinden dolayı kasten sorumludur. Oysa dolayısıyla kاستta (muhtemel kاستta) failin sorumluluğunu tayin edecek kıstasın ne olduğu konusunda tartışmalar vardır. Bazı yazarlara(72) göre Failde belli bir zararlı neticeyi meydana getirmek iradesinin varlığı ve iradeyi geçen zararlı bir neticenin meydana gelmesi halinde fail neticeden sorumlu tutulur. Diğer bazı yazarlar(73) ise bu iki unsuru sorumluluk için yeterli bulmaz. Neticenin önceden öngörülebilmesini de arar. Meydana gelen neticenin önceden öngörülmesi mümkün değilse fail sadece kastettiği fiilden dolayı cezalandırılır. Bizcede dolayısıyla kast sözkonusu olduğunda, faili gerçekleşen neticeden sorumlu tutabilmek için neticenin öngörülmesinin mümkün olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer neticenin öngörülmesi mümkünse fail gerçekleşen neticeden dolayı sorumlu tutulur. Aksi halde faili sorumlu tutmak mümkün olmaz.

6. ASIL KAST – TALİ KAST

"Maksadın gerçekleşmesine yönelik kastın "asil kast" kesinlikle veya mümkün ve muhtemel olarak öngörülen ve maksadın dışında kalan neticelerin gerçekleşmesine yönelik kastın "tâli kast" olduğu ileri sürülmüştür(74).

(71) Alacakaptan, a.g.e., sf.157.

(72) Florian, Trattato, 212; (Zikreden: Kantar, a.g.e., sf.94).

(73) Garçon, Garraud ve diğer yazarlar; (Zikreden: Kantar, a.g.e., sf.94).

(74) Manzini, 672; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.284)

Bizce failin iradesinin yöneldiği neticeyi ölçüt alarak ayırım yapmak oldukça güçtür. Öncelikle her olayda, gerçekleşen neticelerin fail bakımından hangi derecede önem taşıdığını tespit etmek oldukça güçtür. Ayrıca tali kastta da kesin olarak öngörülen neticelerin, maksadın dışında kalması asıl kastın niteliğini değiştirerek tâli kast durumuna getirmez. Çünkü bu durumda da öngörme ve düşünme unsurları vardır. Bu nedenle asıl kast - tali kast ayırımının failin sorumluluğu konusunda sonucu etkilemeyen bir ayırım olduğu düşüncesine katılıyoruz. Bizce de bu ayırımın pratik bir önemi yoktur.

III. KASTIN YOĞUNLUĞU VE KASTIN AŞILMASI

A. TASARLAMA

1. TASARLAMA KAVRAMININ ANLAMI

Kastın oluşması için geçen sürenin esas alınarak yapılan âni kast düşünce kastı ayırımı tasarlama(taammüd) kavramına temel teşkil eder(75). Tasarlama kavramı kastın yoğun bir derecesini ifade eder. Ancak yoğunluk farkını red edenler kastın derecelenmeye elverişli olmadığını ileri sürerler. Bu görüşü savunanlara göre "Kastta bir şeyin daha az veya çok mevcut olduğu söylenemez. Suç işlemek iradesi mevcuttur veya değildir. Mevcut ise tam manası ile mevcut demektir"(76). Biz, kastın derecelenmeye elverişli olmadığı yolundaki görüşe katılmıyoruz. Kast, mademki bilme ve isteme unsurlarından oluşan bir kavramdır, O halde derecelenmeye de elverişlidir. Çünkü failin suç işleme kararı verdiği an ile suç işlediği an arasında belli bir süre geçer ve bu süre içinde failin düşünme imkanı vardır. Buna rağmen suç işleme kararından vazgeçememişse bu onun suç işleme konusundaki kararlılığını gösterir ki âniden verilmiş bir kararla düşünülmüş bir karar arasında elbette bir yoğunluk farkı vardır. İşte tasarlama kastın en yoğun halidir ve bilme ve isteme unsurları daha güçlü olarak vardır.

Kanunumuz tasarlamayı tanımlamamış ve genel bir hükümde düzenlenmemiştir. Bazı suçlarda tasarlamayı cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak görmüştür. Örneğin T.C.K.'unun 450/4 ve 457/2 maddesinde düzenlenen suçlarda tasarlama suçun ağırlatıcı nedenidir. Tasarlamamanın cezayı niçin ağırlaştırdığı konusunda ise farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara(77) göre tasarlama cezayı ağırlatıcı bir sebep olamaz. Cezanın ağırlaşmasını veya hafiflemesini gerektiren sebep varsa o da saiklerin niteliğidir.

(75) Dönmezer-Erman: II, sf.288.

(76) Antolisei, 129; Gallo 791, (Zikreden: Erem, I, sf.509 ve 510).

(77) Pugli, Delitti Contro la Persona, In Trattato di diritto Penale VII, 167; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.289).

Bazı yazarlar(78) ise kastın saikle ilgisi olmadığını ileri sürerler. Bu görüşü savunanlar, tasarlama dolayısıyla cezanın artırılma sebebini, failin ahlaki kötülüğünün fazlalığında değil de, suçu işlemekteki daha büyük kolaylıkta bulurlar. Bir yazar(79) tasarlamanın ağırlatıcı sebep sayılmasını şöyle açıklamaktadır: Yapacağı her hareketin her türlü ayrıntısını önceden hesaplayan kimse, yaptığı için hukuka aykırı olduğu konusunda daha berrak bir bilince sahiptir. Normlara karşı gelmesindeki ısrar, ani surette harekete geçen kimseye oranla daha fazladır. Bizce de failin normlara karşı gelmek konusundaki ısrarı ve bu konuda daha berrak bir bilince sahip olması tasarlamanın niçin ağırlatıcı sebep sayıldığını açıklamaktadır.

Tasarlama konusunda içeriğine ilişkin olarak pek çok düşünce ileri sürülmüş ise de gerek kanunumuzda ve gerekse Mevaz Kanun ve Yeni İtalyan Ceza Kanununda tanımlanmamıştır. Bu durum bir bakıma tanımlama sırasında karşılaşılabilecek güçlükler ve herkesin üzerinde anlaşabileceği bir tanımın imkansız olduğundan kaynaklanmaktadır. Mevaz Kanun tasarlamanın niçin tanımlanmadığını gerekçesinde şöyle açıklamıştır: "Tasarlamanın tarifi hakimlerin zihnini karıştırır. Hakimin vicdanını ihlâl edecek tarif vazetmekten ise bunu adaletin son haddi olan hakimin aklı selimine bırakmak daha münasiptir"(80). Bizce, kanunkoyucunun tasarlama kavramını tanımlaması uygulamada çıkabilecek farklılıkları önleyici olurdu.

2. TASARLAMA KAVRAMININ KAPSAMI VE TASARLAMAYI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

Kastın yoğunlaşmış hali olarak ifade edilen tasarlamanın kapsamı konusunda Ceza hukukçuları arasında görüş birliği yoktur. Tasarlamayı iki unsurdan oluşan bir bütün olarak kabul eden yazarlar(81) bu unsurların suç işleme kararı ile harekete başlama arasında geçen zaman ve soğukkanlılıkla hareket etmek olduğunu savunurlar. Bir başka görüş ise tasarlamanın ağırlatıcı neden sayılmasının esasını failin suç işleme kararını vermesi ile harekete geçmesi arasındaki süre içinde fikirlerini toplaması, araçlarını seçmesi ve icra hakkında bir proje meydana getirmesi sebebine dayandırır(82). Şüphesiz inatçı ve sürekli bir karar ile birdenbire doğup gerçekleşen karar arasında fark olduğu bir gerçektir. Tasarlama, failin daha tehlikeli ruh halini ortaya koyduğu ve ayrıca suçun başarı ile işleme ihtimalini artırdığı için ağırlatıcı sebep sayılmıştır(83).

(78) Impallomeni, *Is tituzioni*, sf.137; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.289).

(79) Antolisei, *Manuela di diritto Penale*, 257; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.290).

(80) Majno, *Contieri*, sf.6; (Zikreden: Erem, Faruk, *Teammüd*, A.Ü.H.F.D., C.XXXVII, S.1-4, sf.15).

(81) *Carmignani, Paoli*; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.290).

(82) *Manzini*, VII, 28; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.291).

(83) Yüce, T.T., *Ceza Hukuku Dersleri*, C.I, Manisa 1982, sf.332.

Tasarlamayı açıklayan görüşleri iki grupta toplamak mümkündür. Ancak bu görüşler birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmış değildir(84).

a) Soğukkanlılık Teorisi: Bu teoriyi savunanlar tasarlamanın ağırlatıcı neden sayılması için failin soğukkanlılıkla suç işlemesini yeterli sayarlar. Yani suç işleme kararı ile suç işleme anı arasında geçen zamana rağmen fail suç işlemekten vazgeçmemiştir. Suç işlemek için bir an bile tereddüt etmeyen kişi soğukkanlılıkla hareket etmiştir ve bu onun cezasını ağırlaştırmak için haklı ve yeterli bir nedendir(85).

Soğukkanlılık teorisi pek çok açıdan eleştirilmiştir. Öncelikle "Failin soğukkanlılığı, teemmüd için ölçü olabilecek mahiyette değildir. Soğukkanlılığın içten ve dıştan görünüşü pek farklıdır. Soğukkanlılık, şahsın psikofizyolojik şahsiyetine bağlı bir özelliktir, irade ile ilgili değildir. Buna göre cezayı artırmak mantıklı sayılmaz"(86).

Soğukkanlılık teorisinin tasarlamanın bir unsuru olarak gördüğü zaman ölçütünü ise şu şekilde eleştirmişlerdir. "Karar ile icra arasında zaman geçmiş olması ve failin hareketinin kötülüğü hakkında teemmül imkanı kazanmış bulunması kesin bir mana ifade etmemektedir. İnsanın psikolojik hayatındaki hadiseleri kronometre ile ölçmeğe imkan yoktur"(87). Gerçekten de zaman ölçütü her olayda doğru sonuçlara götürmez. Kaldı ki, bir anda kızıp bir insanı öldürebilen kimse, kararını bir süre düşünerek veren insandan, ahlaken üstün de sayılamaz. Çünkü bir kişiyi öldürmek için bir an bile düşünmeyen kimse, suç işleme kararından sonra düşünen ve belki de tereddüt eden bir kimseden daha az tehlikeli değildir.

Bizce tasarlamayı soğukkanlılık teorisine göre açıklamak hatalı sonuçlara götürebilir. Soğukkanlılık kavramı herşeyden önce psikolojik yönü ağır basan bir kavramdır. Ayrıca failin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı ruhi bir duruma dayanarak tasarlamayı açıklamak doğru olmaz. O nedenle genel ve kişiden kişiye değişmeyen bir kavrama dayanarak tasarlamayı açıklamak gerekir.

b) Plan Kurma Teorisi: Bu teoriyi savunanlar tasarlamanın ağırlatıcı neden sayılmasını hukuki esasını, failin suç işleme kararı ile harekete geçtiği an arasında araçlarını seçtiğini, fikirlerini topladığını ve bir proje yaptığını böylece suçu işlemek hususunda daha büyük bir kolaylık elde ettiği sebebine dayandırır(88). Carrara bu teoriyi şöyle açıklamaktadır: "Bizim

(84) Erem, a.g.m., sf.16.

(85) Carmignani, 903; Paoli; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.290).

(86) Erem, a.g.m., sf.19.

(87) Erem, a.g.m., sf.19.

(88) Manzini, VII, 27-28; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.291).

zararımıza, iyi hesaplanmış bir taarruza karşı, kendimizi savunma iktidarımız azalır. Teammüden öldürmelere fazla ceza verilmesinin sebebi budur. Vatandaş, kendi özel savunmasını etkisiz gördüğü nisbette kanunun kendisini daha fazla savunmasını ister"(89).

Plan kurma teorisine karşı da pek çok eleştiri yöneltilmiştir. Öncelikle suçun iyi tertiplenmiş ve dolayısıyla mağdurun savunma imkanını kaldırmış veya azaltmış olması kesin bir ölçü değildir. Aniden işlenen suçlarda savunma imkanı kaldırılabilceği gibi, tasarlanarak işlenen suçlarda da mağdurun fiilen savunma imkanı bulabilmesi mümkündür. Eğer tasarlanarak işlenen suçların savunma imkanını kaldırdığı veya azalttığı görüşü doğru olsaydı, suç istatistiklerinde teşebbüs halinde kalmış, tasarlayarak adam öldürme suçlarının diğer suçlara göre daha az oranda olması gerekirdi(90).

Bir başka eleştiri ise "Plan kurma bakımından araçların hazırlanması ve suç yerinin tesbiti şart koşulursa, bir çok hallerde tasarlamanın bulunmadığına kanaat getirmek gerekir(91) şeklindedir. Gerçekten de plan kurmanın varlığı araçların hazırlanması ve suç yerinin tesbiti şartlarına bağlı kabul edilirse planladığından farklı bir araçla veya farklı bir yerde adam öldüren faili, tasarlamaadan dolayı cezalandırmak mümkün olmaz. O halde plan kurma teorisi "Suçun ne şekilde işleneceğini ana hatlarıyla düşünmek" şeklinde anlaşılmalıdır. Bizce, tasarlamanın varlığı tespit edilirken her olayı kendi şartları içerisinde değerlendirerek araçların hazırlanması ve suç yerinin tesbiti ölçütlerine sıkı sıkıya bağlı kalınmamalıdır.

3. TASARLAMA VE HAKSIZ TAHRİK

Tasarlama ve tahrik suçu etkileyen sebeplerdir. Ancak, sonucu bakımından değerlendirdiğimizde tasarlamanın suçun ağırlatıcı sebebi olmasına karşılık, haksız tahrikin suçun hafifletici sebebi olduğunu görürüz. O halde aynı anda iki neden birarada bulunabilir mi? Bu konuda en büyük tereddüt, tasarlama ve tahrikin iki zıd psikolojik durumu ifade ettiği düşüncesinden doğmaktadır. "Teammüdde sürekli ve inatçı bir ruhi hâkimiyet müşahade edilir, halbuki heyecan geçicidir ve daha ziyade bir coşkunluk hadisesidir. O halde teammüt ile adam öldürmenin cezasını tahrikten indirmeğe imkan yoktur"(92). Yani

(89) Carrara, Programme, 21; (Zikreden: Erem, a.g.m., sf.18).

(90) Impallomeni, 346 ve diğerleri (Zikreden: Erem, a.g.m., sf.20).

(91) Dönmezer-Erman: II, sf.291.

(92) Soğukkanlılık teorisini kabul eden yazarlar. (Ayrıntılı bilgi için bkz.Erem, Adalet Psikolojisi, Ankara 1988, sf.116 ve Erem, a.g.m., sf.28 vd.).

tasarlama ile tahrik bir arada bulunamaz. Aksi görüşü savunan yazarlar(93) da vardır. Bu görüşü savunanlara göre tasarlama, failin karar vermesi ile harekete geçmesi arasında bir sürenin geçmesi ve bu süre içinde failin ana hatları ile olsa da yapacağı hareketi düşünüp taşınması ve bunu planlaması şeklinde anlaşıl-
dığı takdirde tahrikle tasarlama bir arada bulunabilir.

Tasarlama ile tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağı konusunda varılacak sonuç, her şeyden önce haksız tahrik, soğukkanlılık ve tasarlama kavramlarının nasıl anlaşılıp yorumlanacağına bağlıdır. Bizce her ne kadar tasarlama suçun düşünülmesi araçların seçilmesi, suç işleme için bir projenin hazırlanması gibi unsurların varlığı şart ise de, bütün bunların heyecandan uzak ve sükûnet içinde yapılması şart değildir. Bu nedenle tahrik edilmiş bir durumda olan bir kimse de tasarlayarak hareket edebilir. Yani tasarlama ile tahrik bir arada bulunabilir. Yargıtayında tasarlama ile tahrikin bir arada bulunabileceği yolunda kararları vardır(94). Ancak bu konuda Yargıtay kararları arasında birlik yoktur. Bazı kararlarında tasarlama ile tahrikin bir arada bulunmayacağına karar vermiştir(95).

B. KASTIN AŞILMASI

1. HUKUKİ ESASI

Türk Ceza Kanununun 45.maddesi suçta kast kuralını koymuş ve bütün suçlarda kastın aranacağını belirtmiştir. Ancak yine aynı maddede "Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır" demektedir. Böylece aynı maddede hem kuralı koymuş hemde bu kuralın istisnasını getirmiştir. İşte kastın aşılması halide bu istisnai hükmün kapsamındadır.

Kastın aşılması halinde failin aşırı neticeden sorumlu tutulmasının hukuki temeli tartışmalıdır. Bir yazara(96) göre kastı aşan niteceden sorumluluk durumunda iki aşamalı bir açıklama yapılabilir. Belli bir neticeye kadar istenilenle sorumlu olmak sözkonusudur. Adam ölümüne sebebiyet vermede yaralama kastıyla hareket edildiğinden bu neticeye kadar kasten sorumluluk söz konusudur. Kast edilen neticeden sonrası içinse kastla olmayan bir sorumluluk söz konusudur. İki sorumluluk türünün bir arada bulunduğunu kabul eden başka yazarlar(97)

(93) Angioni, 122; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.293).

(94) Tasarlama ile tahrikin bir arada bulunabileceğine ilişkin kararlar: C.G.K.'nun 11.3.1946 tarih Esas:1946/67-6, Karar: 1946/16 sayılı ilamı C.G.K.'nun 4.6.1973 tarih, Esas: 1972/1-404, Karar: 1973/459 sayılı ilamı (Kararlar için bkz.Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1981, sf.46).

(95) Tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunamayacağına ilişkin kararlar: 1.CD.23.1.1951 tarih Esas:1950/2336 Karar:1951/2493 sayılı ilamı(Dönmezer, a.g.e., sf.46).

(96) Angioni, 161-162 (Zikreden: Tosun, a.g.e., sf.135).

(97) Carrara, Programma 271, Bettiol, 33; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.296).

ise kasdın aşılması halinde kast ve taksirin bir arada bulunduğunu savunmaktadır. Bu düşünceye göre failin müessir fiil kastıyla harekete geçmesi halinde müessir fiil bakımından kast vardır; fakat bundan ölüm neticesinin öngörmemesi taksir teşkil eder. Bir başka yazar(98) ise kanunda bu suça ilişkin 452.madde olmasa bile failin aşırı neticeye hareketiyle sebep olduğu için taksiri nedeniyle cezalandırılacağı kanaatindedir.

Kasdın aşılması halinde failin sorumluluğunun taksirin varlığına bağlıyan bu görüşe karşı şu eleştiriler yöneltilmiştir: "Kastın aşılması halinde taksirin bulunduğu iddia edilemez. Aşırı neticeyi meydana getiren hareket kastlı bir harekettir"(99). Ayrıca, kastlı bir hareketi yapan kimsenin taksirden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olamaz. Bir kişide hem kast hem de taksirin bulunması, ancak o kişinin birden fazla neticeye sebebiyet vermesi halinde düşünülebilir, oysa kastın aşılması halinde ortada tek bir netice vardır(100).

Biz bu eleştirilere katılmaktayız. Bizce, kast ve taksir farklı iki kusurluluk şeklidir. Kastın aşılması halinde ise ortada bir netice vardır. Bu neticeye failin hareketi sebep olmuştur. Ancak, gerçekleşen netice failin iradesinin yöneldiği neticeden farklı ve daha ağırdır. Gerçekleşen neticeden dolayı failin sorumlu tutulacağı konusunda bir tartışma yoktur. Tartışmalı olan husus failin sorumluluğunun hangi kusurluluk şekline dayanacağı konusudur. Bizce, kastın aşılması mademki istisnai hükmün kapsamına giren bir durumdur, o halde sorumluluğun esasını kasta veya taksire dayandırmaya gerek yoktur. Özellikle kast ve taksirin birarada bulunduğu görüşüne katılmak bizce doğru olmaz. Tek bir neticenin iki farklı kusurluluktan doğması, yani failin aynı neticeye hem kastlı hem de taksirli hareket ederek sebep olması mümkün değildir.

Bir başka düşünceye göre ise "kasdın aşılması halinde kastla kaza ve tesadüfün(Cas fortuit) bir karışımı vardır: Fail başlangıçta kastlıdır; fakat aşırı netice, hukuka aykırı bir bilinçle ilgili olmayıp, bir kaza ve tesadüften doğmaktadır"(101). Bu düşünceye karşı pek çok eleştiri yöneltilmiştir. Öncelikle "hareketle netice arasında nedensellik bağı saklıdır ve saklı olması da şarttır; aşırı neticenin bir kaza ve tesadüf sebebiyle meydana gelmesi halinde hareketle netice arasında sözü geçen bağı bulunduğu iddia edilemez. Ayrıca kaza ve

(98) Vannini, 115, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.296).

(99) Manzini, 675; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.297).

(100) De Marsico, 283; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.297).

(101) Maggiore tarafından savunulduğu Pennain tarafından ileri sürülmüş ise de Dönmezer ve Erman yazarın kastla taksir karışımı fikrinden yana olduğu görüşündedirler. Dönmezer-Erman: II, sf.297.

tesadüf nedensellik bağına keseceği için, aşırı neticeden failin sorumlu tutulması esasen sözkonusu olamaz"(102).

Bizce de kastın aşılması halinde kaza ve tesadüfün bulunduğunu iddia etmek gerçekleşen netice ile failin hareketi arasında bir nedensellik bağı olmadığını kabul etmek olacağı gibi failin gerçekleşen neticeye göre daha hafif olan neticeye yönelik iradesini, kaza ve tesadüfle bağdaştırmakta zor olur. Oysa daha hafif netice bakımından kast sözkonusu olduğu gibi gerçekleşen netice de failin hareketinden doğmuştur. Yani hareketle netice arasında nedensellik bağı vardır. Ayrıca bilme ve isteme gibi unsurlardan oluşan bir kavramı, özellikle tesadüf gibi belirsiz bir kavramla birleştirmek de doğru olmaz. Çünkü Ceza hukuku bakımından neyin tesadüf olduğunun veya hangi olayların tesadüfen meydana gelmiş sayılacağına tesbiti oldukça güç ve hukuki değer taşımayan bir incelemedir. Kaldı ki, tesadüfen meydana gelmiş bir neticeden dolayı faili sorumlu tutmak ve hareketle netice arasında nedensellik bağına bulunduğunu savunmakta mümkün olamaz.

Bir yazara(103) göre, aşırı netice bir cezalandırılabilme şartıdır ve kastın aşılması halinde aşırı neticeyi kasta dayanarak faile yüklemek mümkün bulunduğu halde, Ceza hukuku manevi unsura üstünlük tanıdığı için, cezanın indirilmesi uygun görülmüştür. Bu düşünceye karşı şu eleştiri yöneltilmiştir. "Cezalandırabilme şartının bulunması için failin belirli bir neticeye kusurlu hareketiyle sebebiyet vermemiş ve buna rağmen o neticeden sorumlu tutulması gerekir. Aşırı neticeye ise, kastlı bir hareketle sebebiyet verildiği hususunda şüphe ve ihtilâf yoktur; şu halde kastın aşılmasının bir cezalandırabilme şartı olduğu iddia edilemez"(104).

Bizce de kastın aşılması, cezalandırabilme şartı değildir. Çünkü cezalandırabilme şartı suçun bütün unsurları ile tamam olmasından sonra sözkonusu olan ve o suçtan dolayı failin ceza görmesine imkan veren hususlardır(105). Oysa kastın aşılması, suçtan meydana gelen aşırı neticenin faile yüklenmesi, failin bu neticeden sorumlu tutulmasıdır. Yani suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan bir durum değildir. Kastın aşılması, neticenin faile yüklenmesi hususu ile ilgilidir. Ayrıca fail kusurlu hareketiyle neticeye sebebiyet vermiştir. Cezalandırabilme şartının ayrıca özelliği ise "kusurlu bir hareketle meydana getirilmeyen neticeler"(106) olmasıdır. Bu nedenle kastın aşılmasının, bir ceza-

(102) Raineri, Florian ve Pannain; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.297).

(103) Manzini, I 1950, sf.676; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.297).

(104) Dönmezer-Erman: II, sf.297).

(105) Dönmezer-Erman: I, sf.359.

(106) Magglore, 212; (Zikreden: Dönmezer-Erman: I, sf.359).

landırabilme şartı olduğu düşüncesine katılmıyoruz.

kastın aşılması halini sübjektif sorumluluk esaslarına bağlamak isteyen bir başka düşünceye göre ise, "fail daha hafif bir neticeyi elde etmek için, hareket etmiştir. Fakat aşırı neticenin gerçekleşebilmesi hususundaki düşünce ve öngörme, uzak da olsa, onu harekete geçmekten alıkoymamıştır; şu halde aşırı netice istenmiş değilse de istenmemiş de değildir"(107). Bu düşünceye şu eleştiri yöneltilmiştir. "Kastın aşılması halinde failin daha ağır bir neticeyi öngördüğü takdirde, artık kastın aşılması sözkonusu olamaz; aşırı neticeyi öngörerek harekete geçen fail, tam anlamıyla kasdın hareket etmiş olan kimse- dir. Bu gibi hallerde belirli olmayan kast vardır"(108).

Bir başka tartışmalı konu ise kastın aşılmasının pozitif hukuktaki duru- mudur. Bazı yazarlar(109) failin aşırı neticeyi öngörmesini kanun tarafından aranmadığını ileri sürerler. Bu düşünceyi savunanlara göre aşırı neticeden dolayı failin sorumlu tutulmasının nedeni, kusurluluğa dayanan bir sübjektif sorumluluk olmayıp, sırf nedensellik esasına dayanan bir objektif sorumluluktur. Ancak bu objektif sorumluluğun bulunabilmesi için, aşırı neticeyi meydana getiren hareketin esasta, bu hareketi meydana getirmeye elverişli olması gerekir.

Kastın aşılması ile ilgili olarak ileri sürülen görüşlerin katıldığımız yanları olduğu gibi eleştirdiğimiz yanları da vardır. Kusurluluğun tarihçesine bakıldığında failin sorumlu tutulabilmesi için Ceza hukukunun ilk dönemlerinde neticenin hareketten meydana gelmiş olmasıyla yetinildiğini görürüz. Ancak uzun süren gelişmeler sonunda failin hareketiyle netice arasında manevi bir bağın da bulunması gerektiği görüşü ortaya çıkmış ve cezai sorumluluk kusur esasına dayandırılmıştır. Pozitif hukuka baktığımızda failin sorumluluğundan sözdebilmek için kural olarak suçun kasten işlenmesi gereklidir. Bu kural T.C.K.'unun 45.maddesinde konmuştur. Ancak yine aynı maddede ana kurala bir istisna getirilerek kastın bulunmadığı durumlarda da failin cezalandırılabilme- sine imkan tanınmaktadır.

Kastın aşılmasında her ne kadar gerçekleşen neticeye yönelik bir kast yoksa da daha hafif neticeye yönelik bir kasıtlı hareket söz konusudur. Bu durumda failin kastına göre değil, neticeye göre cezalandırılması zorunludur. Çünkü aksi halde "ağır suç kastedilmediği için fail bu sonuçtan sorumlu tutulma- yacaktır, sonucuna varılır ki, bu sonuç sağduyuya ve ceza politikasına aykırı- dır"(110).

(107) De Marsico, Lezioni, 285; (Zikreden: Dönmezer-Erman: 11, sf.297).

(108) Raineri, 281; Pannain, 325-326; Antolisci,277; (Zikreden: Dönmezer-Erman: sf.298).

(109) Raineri, 282; (Zikreden: Dönmezer-Erman: sf.298).

(110) Gölcüklü, a.g.e., sf.97.

Bu nedenle kastın aşılması T.C.K.'unun 45.maddesindeki istisnai hükmün kapsamında düşünülmesi gereken bir durumdur. Hükmün bir istisna olması nedeniyle, maddede de belirtildiği gibi, kastı aşan cürümlerin cezalandırılması için, kanuni açıklığa ihtiyaç vardır(111). Bizce kastın aşılmasının kanuni dayanağı T.C.K.'unun 45.maddesidir. Bu istisnai hükmün kapsamında düşünülmesi gereken bir durumdur. Ayrıca daha hafif neticeye yönelik kasıtlı bir hareket sözkonusu olduğu için, gerçekleşen daha ağır neticenin öngörülmüş olup olmadığının sorumluluk bakımından önemi yoktur.

2. KASTIN AŞILMASININ ŞARTLARI

(a) Kastın aşılmasından söz edebilmek için ilk şart belli bir neticeye yönelik kasıtlı bir hareketin bulunmasıdır. İlk hareket kasıtlı değilse kastın aşılmasından sözedilemez.

(b) Gerçekleşen neticenin kastedilen neticeden daha ağır olması ikinci şarttır. Yani kastedilen netice gerçekleşmemiş ancak daha ağır bir netice gerçekleşmiş olmalıdır. Birden fazla netice gerçekleşmiş ise kastın aşılmasından söz edilemez. Kastın aşılması ile işlenebilen tek suç olan T.C.K.'unun 452.maddesinde müessir fiil neticesi ölüm neticesinin kapsamındadır. O nedenle ortada tek bir netice vardır.

(c) Bir başka şart, gerçekleşen ağır netice ile gerçekleşmeyen hafif netice arasında, ihlâl edilen hak ve yararın niteliği bakımından fark bulunmamalıdır(112). Yani sadece ağırlık bakımından fark bulunmalıdır. Eğer her iki netice farklı hak ve yararları ihlâl ediyorsa, kastın aşılmasından söz edilemez. Neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç bulunur(113). Bu nedenle T.C.K.'unun 452.maddesinde düzenlenen müessir fiil sonucunda adam öldürme suçu, kastın aşılması suretiyle işlenebilen tek suçtur. Çünkü, gerçekleşen ağır netice ile gerçekleşmesi istenen netice arasında ihlâl edilen hak ve yararın niteliği bakımından fark yoktur, sadece ağırlık ve yoğunluk farkı vardır(114).

(d) Dördüncü şart, kasıtlı hareketle aşırı netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Nedensellik bağı ise karma uygunluk ölçütüne göre tesbit edilir. Eğer gerçekleşen ağır netice ile kasıtlı hareket arasında nedensellik bağına kesecek bir olay meydana gelmişse faili ağır neticeden sorumlu tutmak mümkün olmaz.

(111) Gölcüklü, a.g.e., sf.98.

(112) Pannaın, 324; Manzini, I 1950, 676; (Zikreden:Dönmezer-Erman: II, sf.299).

(113) Dönmezer-Erman: II, sf.299.

(114) Dönmezer-Erman: II, sf.300.

(e) Son şart ise, kastın aşılması halinde ağır neticeden failin sorumlu tutulacağına ilişkin açık hüküm bulunmalıdır. Çünkü objektif sorumluluk kuralları istisnai niteliktedir ve konunda açık bir hükmün varlığı halinde uygulanabilir. T.C.K.'unun 45.maddesinde suçta kast kuralına istisna getirmiştir. O halde kastın aşılması da bu istisnai hükmün kapsamındadır.

3. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KASTI AŞAN SUÇ

T.C.K.'unun 452.maddesine göre "Katil kasdiyle olmayan darp ve cerh veya müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa fail, 448'inci maddede beyan olunan ahvalde Sekiz, 449'uncu maddede yazılı ahvalde On ve 450'nci maddede muharrer ahvalde Onbeş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat, ağır hapse mahkûm olur.

Eğer telefi nefis failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrı melhuz esbabin inzimamı ile vukua gelirse, 448'inci maddede beyan olunan ahvalde Beş seneden, 449'uncu maddede muharrer ahvalde Yedi seneden ve 450'inci maddede yazılı ahvalde fail On seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır".

452.madde kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçuna ilişkin olup, adam öldürme suçunun cezasını azaltan bir sebep değildir. T.C.K.'unun 45.maddesinde kanuni dayanağını bulur. Her ne kadar suçta kast kuralı genel bir kural ise de 45.maddede aynı kuralın istisnalarıda yer almaktadır ve kastın aşılması suretiyle işlenen adam öldürme suçuda bu istisnanın kapsamındadır. Suçun maddi unsuru mağdurun ölümü ile neticelenen herhangi bir müessir fiildir. Müessir fiilin içeriğinin önemi yoktur. Fiilin, Ceza Kanununun kabul ettiği anlamda bir müessir fiil olması gerekli ve yeterlidir(115).

Neticenin hemen meydana gelmesi şart değildir. Ancak failin fiili ile mağdurun ölümü arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Failin müessir fiil kastıyla hareket etmiş olması suçun manevi unsurunu oluşturur. 452.maddeyi uygulayabilmek için mağdurun ölümüne neden olan fiilin, müessir fiil kastıyla işlendiğinin ispat edilmesi gerekir. "Çünkü Adam Öldürme niyeti ve müessir fiil kasdı mevcut olmaksızın da ölümün husule geldiği hadiseler(T.C.K.455) mevcuttur"(116). "Kastın aşılması suretiyle adam öldürmelerde teşebbüs mümkün değildir. Çünkü, istenmemiş ve vukua gelmemiş bir "netice" teşebbüs kavramı ile bağdaşamaz. Kastın aşılmasının neticeden ayrı düşünülmesi mümkün değildir"(117).

(115) Erem, Faruk-Toroslu Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Ankara 1983, sf.420.

(116) Erem-Toroslu: a.g.e., sf.421.

(117) Erem-Toroslu: a.g.e., sf.423.

452/2 de ise, ölüm neticesi failin fiilinden önce mevcut olupta failce bilinmeyen nedenle birleşme sonucu meydana gelmektedir. "Bu bendin uygulanabilme şartıda; failin kasten işlediği müessir fiil başlı başına ölümü meydana getirmeye elverişli olmadığı halde, failin fiilinden önce mevcut olupta, failce bilinmeyen hallerin veya failin iradesi dışında beklenmeyen sebeplerin birleşmesi ile meydana gelmesi şartıdır"(118). "Burada ölüm, birinci fıkrada olduğu gibi doğrudan doğruya maktüle yönelik yaralamadan olmayıp bu yaralamaya eklenen nedenlerden dolayıdır, yani yara neticesi ölüm meydana gelmemekle ölüm, failin iradesi dışında ve failce bilinmeyen nedenlerin eklenmesindedir"(119).

Bu madde ile ilgili uygulamalara bakacak olursak, öncelikle failin müessir fiil kastıyla hareket edip etmediği yani "kastı" araştırılmaktadır. Hangi kastla hareket ettiği konusunda karar verilirken ise, maktülle sanık arasındaki ilişki, yaranın niteliği, hareketin sayısı gibi ölçütlerden yararlanılmaktadır. Bir çok kararda faille mağdur arasındaki ilişki, failin hangi kastla hareket ettiğini belirlemede etkili olmaktadır(120). Ayrıca hareket sayısı, yaranın özelliği ve vücudun hangi bölgesinde bulunduğu gibi ölçütlerde 452/1 uygulandığında gözönünde tutulmaktadır. Örneğin 1.Ceza Dairesi bir kararında sanığın sadece bir kez vurup, öldürülenin kafa kemiklerinde kırık ve çatlak meydana getirmeyecek şekilde yaralamasını müessir fiil kastıyla işlenen adam öldürme olarak kabul etmiştir(121).

452/2 ile ilgili kararlarda ise yaranın başlıbaşına ölüm neticesini meydana getirip getirmeyeceği hususu araştırılmaktadır. Bu bendin uygulanabilmesi için yaranın tek başına ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli olmayıp, eklenen neden sonucu bir neticenin meydana gelmesi gerekir. 1.Ceza Dairesi bir kararında

(118) Çağlayan, Muhtar: Türk Ceza Kanunu C.III, sf.950;(Zikreden: Aygün, Nevzat Türk Ceza Kanunu 451-452.Maddelerinin Açıklanması, Adalet Dergisi Kasım-Aralık 1988, Sayı:6, sf.78.

(119) Aygün, N.: a.g.m., sf.78.

(120) "O güne kadar kardeşliğin doğasında var olan sevgi ile birbirlerine bağlı olan ve aralarında hiçbir geçimsizlik mevcut bulunmayan sanık ile öldürülenin çocuksu bir duygu ile (ben kuvvetliyim, yok ben kuvvetliyim) diye konuşmayı başladıkları, bu konuşma sırasında öldürülenin, sanığı belinden kavrayıp havaya kaldırdığı, bu kaldırış sırasında, gücünü ispatlamak isteyen öldürülenin sanığı biraz fazla sıktığı, canı yanan sanığında bir tepki olarak salata doğramak için elinde bulunan bıçağı rastgele kasık bölgesine dürttüğü, bu dürtüşün dürtülen yerde arter bulunacağı ve bu arterlerin mağduru öldüreceği gibi bir düşünceye sahip olduğunun mantıksal yünden kabul edilemeyeceği" şeklinde gerekçe ile öldürme kastının bulunmadığına karar vermiştir.(Y.C.G.K. 20.11.1978 tarih Esas:1/331, Karar:412, Çağlayan, Muhtar Türk Ceza Kanunu C.III, sf.966). Y.C.G.K.'nın 3.3.1986 tarih ve Esas:1985/1-550, Karar:1986/82 sayılı ilamında "Yerel Mahkeme kararında da açıklandığı gibi taraflar arasında öldürmeyi gerektirir bir husumet bulunmamaktadır. Sanık, eline aldığı taşı dört metre gibi oldukça uzak bir mesafeden fırlatmıştır. Bu mesafeden açıklanan büyüklükte bir taşı, hedef alınan bir yere isabet kaydetmeğe her zaman ve her olayda imkân yoktur. Eğer, taş ölenin başka bir uzvuna gelseydi, büyük bir ihtimalle sadece kırık husule getirecek ve ölüme neden olmayacaktı. Açıklanan hususlar gözönünde tutulduğunda, sadece sanığın attığı taşın 5910 gram ağırlığında oluşunu gözönünde tutarak, adam öldürmek kastıyla hareket ettiğini kabule imkân yoktur". Genel Kurul, sanığın eyleminin yaralama sonucu adam öldürme suçunu oluşturduğu kararını vermiştir.(Yayınlanmamıştır).

(121) Yargıtay 1.C.D.'nin 17.2.1984 tarih Esas: 1981/11, Karar: 1981/59, (Y.K.D. Temmuz 1981).

kafa kemiklerine şiddetle yapılan vurma, kendiliğinden öldürücü niteliktedir gerekçesiyle tedavi yapılmamasını düşünülmeıen bir nedenin eklenmesi olarak kabul etmemiştir(122). Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında yaranın tek başına ölüm neticesini meydana getirip getirmeyeceği hususunda Adli Tıp Kurumundan görüş alınmamasını bozma nedeni saymıştır(123). Bir başka kararında ise, "Ölen, doğrudan doğruya etkili eylem sonucu değil, bu eyleme eklenen suda boğulma sonucu yaşamını kaybetmiştir. Sanığa T.C.K.'unun 452/2 maddesinin uygulanması yoluyla ceza verilmesi usul ve yasaya uygundur"(124) demekte ve müessir fiilden sonra mağdurun suya düşerek boğulması, 452/2 maddesine uygun suç olarak nitelendirmiştir.

6



(122) Yargıtay 1.C.D.'nin 9.3.1978 tarih, Karar:1978/878 ilamı, Y.K.D. Haziran 1978(Zikreden: Aygün: a.g.m., sf.78).

(123) Y.C.G.K.'nın 6.10.1980 tarih, Esas: 1980/1-220, Karar: 1980/310 sayılı ilamı,(Çağlayan, Muhtar: a.g.e., C.III, sf.962).

(124) Y.C.G.K.'nın 9.7.1984 tarih, Esas: 1983/1-446, Karar: 1984/255 sayılı ilamı,(Aygün, a.g.m. sf.79).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRDEN DOĞAN SÜBJEKTİF SORUMLULUK

I. TAKSİR KAVRAMININ ANLAMI, TARİHÇESİ VE HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER

A. TAKSİR KAVRAMININ ANLAMI

Taksir, T.C.K.'unun 45.maddesinde dayanağını bulan istisnai bir sorumluluk türüdür. Kanunumuz 45.maddesinde suçta kast kuralını koyduktan sonra bu kuralın istisnası olarak "failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanununun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnasıdır" demek suretiyle, kast olmaksızın da bir kimsenin cezalandırılabilmesini kabul etmiştir. Kanunumuz taksiri tanımlamamıştır. Taksirin tanımını yapan yazarlar ise unsurlarından hareket ederek açıklamışlardır.

Erem, taksiri "işlediği fiilde kusurlu görülen failin istemediği neticeden sorumlu tutulması" şeklinde tanımlamıştır(1). Vidal-Magnol'ya göre taksir, "failin, hiç istememiş olduğu halde başkasına zarar veren ve selameti umumiye için tehlikeli olan dikkatsizliği, ihmâli veya nizamlara riayetsizliği keyfiyettir"(2). Bir başka yazara(3) göre ise, taksiri, "kusurun nisbeten az ağır ve yoğun halidir, kusurun bir beliriş şeklidir". Carrara ise, taksiri "kendi fiilinin mümkün olan ve evvelden görülebilen neticelerini hesapta dikkatin iradeye müstenit ihmâlidir" şeklinde tanımlamıştır(4). Taner'e göre "taksir, fiilden doğan neticeyi ve zararı hiç istememiş olduğu ve fakat bunu tahmin mümkün bulunduğu halde, failin böyle bir neticeye sebebiyet veren, dikkatsizlik, ihmâl, nizamlara riayetsizlik gibi bir kusurun bulunmasıdır(5).

Bütün tanımlarda ortak olan ve üzerinde görüş birliğine varılan hususlar şunlardır: Failin, harekete yönelik bir istek ve iradesi vardır. Ancak bu irade neticeyi kapsamına almaz. Ayrıca failin dikkatsizlik, ihmâl, nizamlara riayetsizlik şeklinde ifade edilebilen kusuru vardır. İstisnai hükümden yararlanarak kusurlu hareketin neticelerinden dolayı faili sorumlu tutmaktayız. T.C.K.'nun 45.maddesinde kast kuralına getirilen bu istisna sayesinde hem kasdın aşılması suretiyle

(1) Erem, G.H., I, sf.520.

(2) Vidal-Magnol, 139;(Çeviren: Şinasi Z.Devrim).

(3) Yüce, Tufan Turan: Ceza Hukuku Dersleri, C.1, Manisa 1982, sf.336.

(4) Carrara, Programa, Parte generale; (Zikreden: Kantar, Baha: Ceza Hukuku..., sf.99).

(5) Taner, a.g.e., sf.323.

işlenen suçlardan dolayı faili cezalandırmak mümkün olmakta, hem de taksir kavramı adı altında anılan bir kusurluluk türünden dolayı bir kimsenin cezalandırılmasına imkan sağlamaktadır"(6).

B. TAKSİRİN TARİHÇESİ

Taksirli suçlar, Roma Hukukundan bu yana hukuk mevzuatlarında yer almış iseler de, 19.Yüzyılın ortalarına kadar fazla önem taşımamışlardır. 1850'lerden sonra başlayan endüstri devrimi bu suçlara olağanüstü önem getirmiştir(7). Ceza Hukukunun dönemlerine göre taksirin tarihçesini ele aldığımızda şunları söylemek mümkündür: Ceza Hukukunun ilkel devirlerinde cezai sorumluluk için zararın gözönünde tutularak maddi illiyet bağı ile yetinilmesi nedeniyle bu devirlerde kast, taksir ve tesadüf arasında hiç bir fark gözetilmiyordu(8).

Daha sonraları sübjektif unsura önem verilmeye başlanmış ve taksirden doğan cezai sorumluluk kabul edilmiştir. Taksirli suçların yer aldığı Hammurabi kanunları bu suçlardan dolayı cezai sorumluluğu kabul etmiş ve ölçüt olarak "orta kabiliyetli bir insanın dikkati" ni almıştır(9). Taksirli suçlar aynı dönemde İbrani Ceza Hukuku, Manu Kanunları ve Eski Yunan Ceza Hukukunda da yer almıştır(10). Roma Ceza Hukukunda ise, Cumhuriyet devrinin sonlarına doğru taksir kavramı gerçek anlamını kazanmış, taksir ve kast kavramları açık bir şekilde birbirinden ayrılmıştır. Taksir ile tesadüf arasındaki ilişki ise şu şekilde ifade edilmiştir: Tesadüf, taksirin bittiği yerde başlamaktadır(11).

Roma hukukunun, italyan hukukçuları tarafından tekrar ele alınmasıyla başlayan Müşterek Ceza Hukuku devrinde, kast, taksir ve tesadüf ayırımı açık bir şekilde yapılmış ve kastlı, suçlara nazaran taksirli suçlara daha az ceza verilmesi gerektiği savunulmuştur(12). Ancak "Yeni Lâtin çağı olarak isimlendirilen, Roma Hukukunun hâkim olduğu bu devirde İtalya'daki çeşitli statüler, taksirin cezalandırılması konusunda aynı prensiplerden hareket etmemişlerdir, bazı statüler ceza bakımından belirli bir ölçü tâyin ettikleri halde diğer bazıları bu hususu hâkimin takdirine bırakmışlardır"(13). Örneğin Verona, Parma ve Luce statüleri taksirin cezalandırılması hususunda hâkime taktir yetkisi vermişlerdir(14). Yine bu dönemde Roma hukukunun etkisinde kalarak ortaya çıkan

(6) Dönmezer-Erman: 11, sf.300 vd.

(7) Dönmezer-Erman: 11, sf.302.

(8) İçel, a.g.e., sf.32.

(9) İçel, a.g.e., sf.32.

(10) İçel, a.g.e., sf.32.

(11) Calazzo, 12;(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.38).

(12) Hippel, 1, 96; Carsonello: 20,(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.41).

(13) Calazzo, 19;(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.41).

(14) Ayrıntılı bilgi için bk.İçel, a.g.e., sf.41 vd.

ve uzun süre Alman Müşterek hukukunun temelini oluşturan Carolina'da taksirden doğan sübjektif sorumluluğu ilişkin hükümler bulunmaktadır. Özellikle 146.maddede "taksirle adam öldürme suçu" yer almaktadır. Ayrıca tesadüf ve taksir birbirlerinden tamamen ayrılmıştır(15). Bu kanun yaklaşık yarım yüzyıl boyunca Almanya'da çıkarılan kanunları etkilemiş ve böylece taksirden doğan sübjektif sorumluluğa ilişkin hükümler bu dönemde çıkan kanunlarda da yer almıştır(16).

Yeni zamanlar Ceza hukuku devrinde, bir yandan felsefe hareketleri ve mektepler mücadelesi, öte yandan kanunlaştırma hareketleri ceza hukukunun gelişmesine yol açmış ve bu dönemde taksir kavramı pek çok ülkenin mevzuatında yer alarak tanımlanmıştır. Taksir, tesadüf ayırımı da yine bu devrede yerleşmiştir(17).

Türk Ceza Hukukunda taksirden doğan sübjektif sorumluluğun tarihçesini iki döneme ayırarak incelemek gerekir. İslamiyet öncesi ve İslamiyet dönemi. İslamiyetin kabulünden önceki Türk devletlerinde uygulanmış Ceza hukukları hakkında yeterli araştırmalar bulunmamaktadır. Ancak bu dönemdeki Türk kavimlerinin ceza hukuklarının başlangıçta, İlk Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi'nin özelliklerini gösterdiği söylenebilir(18). İslamiyetin kabulünden sonra, İslâm hukuk uygulandığından, bu hukuktaki cezai sorumluluk konusunda mevcut ilkeler Müslüman Türk Devletlerinin Ceza hukuklarına hâkim olmuştur.

İslâm Ceza Hukukunun sorumluluk için kusuru aradığı görülür(19) "Suçların bilerek ve istenerek yani kastla işlenmesi yanında bazı suçlar bakımından taksirin bulunması da cezai sorumluluğu gerektirmektedir"(20). Yani kastın yanı sıra taksirle işlenen suçlara ilişkin hükümlerde vardır. Özellikle Hakkı âdemiye denilen kulların haklarına karşı işlenen adam öldürme ve müessir fiil suçlarının taksirle de işlenebileceği kabul edilmektedir(21).

Osmanlı Devletinde İslam Ceza Hukuku uygulandığından taksir bakımından farklı bir hüküm veya uygulama yoktur. Bu dönemde taksirle işlenebilen suçlarda taksir terimi yerine hata terimi kullanılmıştır. Ancak her ne kadar hata denilmişse de 1274 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde hata terimini kullanan

(15) Hippel, I, 189, II 356; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.43) 146 madde dışında taksirli suçlara örnek olarak 134.maddede "hekimlerin ihmal ve acemilik ile hastaların ölümüne sebebiyet vermelerinden" 180.maddede ise "dikkatsizlik ile mahkumun kaçmasına sebep olunmasını" düzenlemektedir.

(16) Hippel, I 222 vd. Liszt-Schmidt, 53; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.43).

(17) İçel, a.g.e., sf.44.

(18) İçel, a.g.e., sf.45.

(19) Üçok, Coşkun, Osmanlı Kanunnâmelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler A.H.F.M., 1946, Sayı:1, sf.131, (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.47).

(20) İçel, a.g.e., sf.47.

(21) Ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, a.g.e., sf.47 vd.

yazarlar bu terimi bu günkü taksir kavramı anlamında kullanmışlardır(22). 1274 sayılı kanunun 182.maddesinde taksirle adam öldürme, 183.maddesinde ise taksirle müessir fiil suçu yer almaktadır. Böylece taksirle işlenen suçlarda da failin cezai sorumluluğu yoluna gidilmektedir.

Günümüzde ise son yüzyıldan beri taksirli suçlar giderek artan bir önem kazanmakta ve gerek kanunlarda gerekse doktrinde taksir, daha büyük bir yer tutmaktadır. Günlük yaşamın karmaşıklığı ve özellikle sanayileşmeye paralel olarak taksirli suçlar ve taksir kavramı ile daha sık karşılaşılmaktadır. Ancak yinede bu konudaki tartışmalar henüz sona ermemiştir. Hatta taksir konusu 1950'lerden bu yana birçok milletlerarası kongrede tartışılmıştır(23).

C. TAKSİRİN HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER

Ceza hukuku tarihinde taksir kavramını oldukça eski bir geçmişi vardır. Özellikle son dört yüzyılda taksir kavramı ve taksirden doğan sorumluluk hemen tüm ülkelerin hukuk mevzuatlarında yer almış ve konunun önemi giderek artmıştır. Bu hususta yazarlar arasında görüş farkı yoktur. Oysa taksirin hukuki esasını açıklamak amacıyla yapılan çalışmalara oldukça uzun bir süreden beri devam edildiği halde henüz üzerinde görüş birliğine varılmış bir teori yoktur. Bu konuda ileri sürülen teorilerden en fazla taraftar bulan başlıca teoriler şunlardır:

1. ÖNGÖREBİLME TEORİSİ

Taksirin hukuki esasını açıklayan teoriler arasında doktrin ve uygulama tarafından en çok benimsenen teori, öngörebilme teorisidir(24). Bu teoriyi savunan yazarlardan Carrara'ya göre "taksir, bir kimsenin kendi fiilinin mümkün ve öngörülebilir neticelerini hesaplamakta iradi olarak özen göstermemesi"nden ibarettir ve taksirin esası şu üç unsurdan kuruludur: Hareketin iradiliği, zararlı neticenin öngörülmemiş olması ve öngörmenin mümkün bulunmamasıdır.

Bu üç unsuru kısaca açıklamak gerekirse; hareketin iradiliğinden anlaşılması gerekir şudur: Failin iradesi harekete yönelik olmalıdır. Yani fail bilerek ve isteyerek hareket etmiş olmalıdır.

Taksirin varlığı için gerekli olan ikinci unsur ise, zararlı neticenin öngörülmemiş olmasıdır. zaten zararlı neticenin öngörülmüş olması halinde, irade hem harekete hemde neticeye yönelik olacağından, bu durumda taksirden söz etmek mümkün olmaz. Üçüncü unsur ise öngörebilme imkanının varlığıdır.

(22) İçel, a.g.e., sf.51.

(23) Dönmezer-Erman: 11, sf.303.

(24) İçel, a.g.e., sf.75; Dönmezer-Erman: 11, sf.303.

Öyle ki, öngörmenin mümkün olması taksirin temelini teşkil eden asıl unsur olarak kabul edilmektedir. Öngörebilme imkanı ölçüt alınarak bu imkanın, çok, orta derecede veya az olmasına göre taksir ağır, hafif ve pek hafif olarak üçlü bir ayırımı tabi tutulmaktadır.

Öngörebilme teorisinin unsurları olan öngörmenin mümkün bulunması ve zararlı neticenin öngörülmemiş olması yazarlar arasında tartışmalara yol açmıştır. Bazı yazarlara(25) göre öngörme imkânı netice ve illiyet bağı bakımından sözkonusu ise geleceğe ilişkin olacağından "öngörebilme" terimi yerindedir. Ancak netice ve illiyet bağı dışında kalan unsurlar geçmişini ilgilendirdiğinden bunlar bakımından "bilinebilme" terimini kullanmak daha uygun olur. Diğer bazı yazarlara(26) göre ise, "öngörebilme terimi netice ve illiyet bağı için dahi kullanılmamalıdır. Çünkü, neticenin veya illiyet bağının öngörülebilmesi ancak dolayısı ile tahakkuk edebilir. Şöyle ki, neticenin öngörülebilmesi için ilk önce bu neticeyi gerçekleştiren sebeplerin bilinebilmesi veya tanınabilmesi gerekir. Durum böyle olunca neticeyi öngörme imkanından ziyade, neticeyi bilme imkânından söz etmek daha yerinde olur". Ancak bu görüşler eleştirilmiştir. İlk görüşe karşı yöneltilen eleştiri şudur: "Bilme imkânı öngörmenin bir önşartından başka bir şey değildir ve olayın gelişmesini kuvvetlendiren özel durumların bilinmesinden ibarettir. Meselâ bir şahsın kalp hastası olduğunu bilmek, onun bir heyecan neticesi ölebileceğini öngörebilmek demektir. Bu sebeple, bilgi öngörmeyi mümkün kılan bir unsurdan başka birşey değildir ve bunun için ondan ayrıca sözetmeye lüzum yoktur"(27). İkinci görüşe karşıda aynı eleştiriler yöneltilmiş ve bunun yanı sıra netice geleceğe ilişkin olduğundan hareketin yapıldığı zamanki şartlar bakımından "bilme imkânı" teriminin daha doğru olacağı ileri sürülmüştür(28).

Öngörebilme teorisinin unsuru olan neticeyi öngörebilme imkanı, bu teoriyi savunan yazarlarca taksiri, kaza ve tesadüften ayıran ölçü ve unsurdur(29) Öngörebilme imkanı varsa fail cezalandırılmalıdır. Çünkü, hukuk, kişiye her hareketinin bütün mümkün neticelerini inceden inceye hesaplamasını yükleyemez(30). Bu nedenle öngörme imkanı yoksa failin cezalandırılmaması gerekir.

(25) Alimena, La Colpa..., sf.32; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.81).

(26) Santoro, Il Caso Fortuito..., 154; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.82).

(27) Altavilla, 68; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.82).

(28) Alimeno, 32; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.82).

(29) Carnelutti, Teoria, 216; Garraud, I, 586; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.303).

(30) Battaglini: 241, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.303).

Öngörebilme teorisi, özellikle neticenin öngörülebilir olup olmadığını tesbite yarayacak bir ölçüt bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Öngörebilme teorisini savunan yazarlar dahi neyin öngörülebilir olduğunu, yani öngörebilme imkanının neye göre tespit edilmesi gerektiği noktasında farklı görüşler ileri sürmektedirler. Bu konuda üç görüş ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar öngörme, imkanının fail yönünden araştırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bazı yazarlar ise "orta kabiliyet sahibi bir şahıs bakımından öngörebilme" nin esas alınmasını savunmuşlardır. Bu konuda bir başka görüş ise failin bulunduğu sosyal sınıfın orta kabiliyetteki şahsının esas alınması gerektiği şeklindedir.

a) Fail Yönünden Öngörebilme: Öngörebilme teorisini savunan yazarların bir kısmına göre taksir bir kusurluluk şekli olduğundan, öngörebilmenin tesbitinde ancak failin bu husustaki kabiliyeti gözönüne alınabilir(31). Fail dışında orta kabiliyetli bir şahsın ele alınarak öngörebilme ölçütünü onun bilgilerine dayanarak uygulamak, taksirin bir kusurluluk şekli olduğunu inkar etmektedir(32). Failin bilgisi ile kastedilen hareketin yapıldığı anda failin sahip olduğu bilme veya öngörme imkanındır(33).

Öngörme imkanın tesbitinde failin kişisel özelliklerini gözönünde bulundurmak gerekir. Yaş, cinsiyet, zeka derecesi ve failin bulunduğu sosyal sınıf, öngörme imkanını tesbit edebilmek için yararlanılacak birer araçtır(34). Gerçekten zeki ve kültürlü bir şahıs için mümkün olan öngörme, zekâ derecesi ve kültür düzeyi düşük olan bir kişi bakımından imkansız olabilir. Ayrıca "akli olgunluğun sınırları dışına çıkıp akıl hastalığı sahasına girildiğinde, bunun öngörme imkanı bakımından etkisinin daha açık olduğunu kabul etmek gerekir"(35). Yani fail bakımından öngörme imkanı tesbit edildiğinde, failin kişisel özelliklerinin tümü gözönünde bulundurularak her olayda ayrı bir değerlendirme yapılarak neticenin öngörülebilir olup olmadığına karar verilmelidir.

b) Orta Kabiliyetli Şahıs Yönünden Öngörebilme: Bazı yazarlar(35) öngörme imkanının orta kabiliyetteki bir şahıs yönünden araştırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu düşünce şu şekilde açıklanmıştır: "Yapılan hareketin neticesi müşterek tecrübeye dayanılarak öngörülemiyorsa, toplum failden zararlı neticeyi istemek hakkını kendinde bulmuyorsa, o şahsın tehlike halini gösterdiği

(31) Hippel, Mezger, Alimeno, Carrara ve Vidal-Magnol; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.85).

(32) Mezger, 361; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.85 vd.).

(33) Alimeno, 45; (Zikreden: İçel, a.g.e. sf.86).

(34) Altavilla, Mezger, V.Hippel; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.87).

(35) Rocco, L'oggetto del reato, 330, Hippel, II 362 vd., Mezger, 361; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.89).

ileri sürülmeyecektir(36). Objektif kriter olarak ifade edilen bu görüş, sosyal tehlike fikrine dayanmakta ve taksirin cezalandırılması sebebini herkesin öngörebildiği bir neticenin fail tarafından öngörülmemesinde bulmaktadır(37).

c) Failin Bulunduğu Sosyal Sınıfın Orta Kabiliyetli Şahsı Yönünden

Öngörebilme: Öngörebilme teorisini savunan bazı yazarlar(38) ölçüt olarak failin bulunduğu sosyal sınıfın orta kabiliyetli şahsının bilgilerinin esas alınmasını ve bu şahsa göre neticenin öngörülebilir olup olmadığını tesbit etmek gerektiği görüşündedirler. Bu düşünceyi şu esasa dayandırmak mümkündür. Zararlı neticenin öngörülebilmesi tehlike hakkında sosyal bir hükme dayanır. Failin belirli bir konudaki öngörebilme imkanı ise yaşadığı sosyal çevreden ayrı düşünülemez. O halde failin öngörebilme imkanı, bulunduğu sosyal sınıfın orta kabiliyetli şahsı esas alınarak tesbit edilmelidir.

Öngörebilme teorisi pek çok yönden eleştirilmiştir. Öncelikle öngörülebilir neticelerin neler olduğunun tesbiti zor, adeta imkansızdır. Ayrıca, "bir neticenin öngörülebilir olup olmadığı hususu, bir değer hükmünün verilmesini gerektirir: Fail neticeyi gerçekte öngörmemiş olduğu halde, hakim, bu neticenin öngörülebilir olduğuna hükmedecektir. Fakat, bir değer hükmü olması nedeniyle, öngörebilme iradeye değil, zekaya ilişkin bir yetenek halini alacaktır. Oysa kusurluluğun esası "kusurlu irade" olup, zeka ve bununla ilgili yetenekler değildir(39).

Bir başka eleştiri ise şudur "öngörebilmenin taksirin esası olduğunu iddia etmek doğru değildir. Bir kere taksirli suçlara ilişkin çeşitli hükümlerde, böyle bir öngörebilme yeteneğinden söz edilmemekte ve böyle bir yetenek aranmamaktadır"(40). Failin neticeyi öngörürte istemediği bilinçli taksir durumunda ne olacağı hususunda da eleştiri yöneltilmiştir. Netice öngörüldüğü halde taksir vardır(41). Ayrıca "öngörmemiş olma, failin dikkatsizliğinin ve özensizliğinin delili olabilir, fakat, taksir bundan soyut olarak da bulunabilir(42).

Öngörebilme teorisini savunanlar bu eleştirilere karşı şu cevapları vermişlerdir: Gerçekleşen neticenin öngörülebilir olup olmadığını tesbit etmek imkansız değildir. Kanuna göre, öngörmek, mantıken ve genellikle meydana gelen, çokluka gerçekleşen olayları, akıldan geçirebilmek, önceden düşünebilmek demektir;

(36) Dönmezer-Erman: II, 279; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.90).

(37) İçel, a.g.e., sf.90.

(38) Grispigni, II nesso causale, 30; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.90).

(39) Antdisei, sf.261; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.305).

(40) Raineri, 297; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.305).

(41) Antollisei, 261; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.305).

(42) Pannain, 334; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.305).

ancak bu suretledir ki, gereken özeni sarfetmek suretiyle, sözü geçen olaylar önlenbilir(43). Konunun taksir konusunda neticenin öngörülebilir olmasından söz etmemesi, taksitli suçlarda sorumluluğu belirleyecek olan hakimın öngörebilmeyi gözönünde tutmasına engel olmaz(44). Bilinçli taksir durumunda da öngörebilme bir unsurdur. Bu gibi hallerde de öngörebilme ölçütünü uygulamak gerekir. Çünkü fail, neticenin meydana gelebileceğini öngörmesine rağmen, somut olayda, bu neticenin meydana gelmiyeceği kanaatindedir(45) demektedirler. Bu nedenle öngörebilme teorisine karşı yöneltilen eleştirilerin haklı olmadığını savunmaktadırlar.

2. ÖNGÖREBİLME VE ÖNLEYEBİLME TEORİSİ

Taksirin hukuki esasını açıklamak için ileri sürülen ikinci teori ise öngörebilme ve önleyebilme teorisidir. Bu teoriyi ileri süren yazarlar(46) öngörülebilir kavramını, önleyebilme kavramı ile tamamlamak ister. Bu teoriye göre neticenin öngörülebilmesi şarttır. Fakat fail bunu önleyebilecek durumda da olmalıdır ki taksirden bahsedilebilsin(47). Eğer fail öngördüğü zararlı neticeyi önleyecek güçte değilse, en azından bu gibi durumlarda kendisine bir zarar gelmeyeceğini ümit etmektedir. Örneğin, تنها bir sokakta arabasını süren kişi, atları hızlı kullanır, fakat birdenbire sokağın ortasına bir çocuk çıktığında ona çarpacağını öngörürse de, artık bunu önlemek atları durdurmak imkanı kalmaz(48). Burda failin taksiri, neticeyi, öngörmek ve önlemek hususunda gereken özeni göstermemekten ibarettir. Bu nedendir ki, taksirin esasını öngörme yeteneğinde değil, öngörme imkanında aramak gerekir.

Öngörme teorisine karşı yöneltilen eleştiriler bu teoriye karşıda ileri sürülmüştür. Bu eleştirilerden biri, bir olayı önleyebilmek için, herşeyden önce, o olayın meydana gelebileceğini öngörmek gerektiği görüşüdür. "Fail, hareketin başlangıcında neticeyi öngörebilecek durumda iken, sonradan bunu artık önleyebilecek imkanlara sahip olamamışsa, sorumluluğun tespiti bakımından bu imkansızlığa değil, hareketin başlangıcındaki öngörmeye dayanmak gerekir"(49). Yukardaki örnekte arabasını hızla süren ve artık durdurma imkanı olmadığı için birinin ezilmesini önleyemeyen kişi, bu neticeyi önleyemediği için taksirli değildir; onun taksiri arabasını sürerken böyle bir olayın meydana gelebileceğini başlangıçta öngörmemiş olmasındandır.

(43) Maggioro, 445, Bettiol, 299; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.306).

(44) Ferri, 449; Battaglini, 247; Altavilla, 50; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.309).

(45) İçel, a.g.e., sf.107.

(46) Brusa, Roux, Von Liszt; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.307).

(47) Erem, I, sf.529.

(48) Ciazzo, Studi, 42; (Zikreden: Dönmezer-Erman: sf.307).

(49) Massari tarafından savunulduğu Corsonello tarafından ifade edilmektedir.(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.73).

Bir başka eleştiri ise "kanun, nizam, emir ve talimata riayetsizlik şeklindeki taksirde, önleyebilme kavramından faydalanılamıyacağı" yolundadır. Yani fail kendi hareketinden doğacak zararlı neticeyi önlemekle yükümlü olduğunu bildiği halde, hareketine devam edecek olursa, taksirden değil, kasttan söz edebilmek gerekecektir; çünkü taksirden netice iradi olamaz, oysa burda fail neticeyi önlemekle yükümlü olduğunu bildiği halde hareketine devam etmektedir. Yani netice iradidir(49). Ayrıca "önlemenin artık imkansız hale geldiği bir durumda bir kimseyi, bir olayı önlemediğinden dolayı kusurlu saymak abes olur" denilmiştir(50).

Öngörebilme kavramına önleyebilme kavramının eklenmesi ile ortaya çıkan bu görüşün tüm eleştirilere karşın Almanya ve İtalya'da taksirli suçlarda bazı mahkemelerce ölçüt olarak alındığı ve uygulandığı görülmektedir(51). "Yargıtayımız da bazı kararlarında taksirin varlığını tespit ederken, failin, önlenmesi mümkün bir neticeyi önleme hususunda gerekli özeni gösterip göstermediğini, yani önleyebilme ölçütünü uygulamıştır"(52).

3. HUKUKA AYKIRI ARAÇLAR KULLANMA TEORİSİ

Bu teoriyi savunanlara göre "taksirli suçlarda, başlangıçta illiyet bağı dışında, mahsus bir sübjektif unsura ihtiyaç yoktur. Hukuka aykırı vasıtalarla zararlı neticeye iradi olarak sebebiyet vermek yeterlidir"(53). Stoppato(54) tarafından ileri sürülen bu teoriye "taksirde iradi sebep teorisi" adı da verilmektedir. Bu yazara göre cezalandırabilmek için zararlı netice meydana getiren iradi bir hareketin hukuka aykırı bir amaca yönelmesi şart değildir. Hukuk idesi bakımından normal olmayan araçlar kullanmak suretiyle yapılması yeterlidir. Hareket, hukuka aykırı bir amaca yöneldiği takdirde kast, böyle bir amaç bulunmayıp, sadece hukuka aykırı araçlar kullandığı takdirde taksir vardır(55).

Bu teori iki unsur üzerine kuruludur. Bunlardan biri iradi sebep kavramı, diğeri ise, hukuka aykırı veya hukuk idesi bakımından normal olmayan araç kavramıdır.

a) İradi Müessir Sebep Kavramı: "İnsan, hukuku ihlal eden iradi hareketinden sorumludur. Şayet bir insan hukuka aykırı bir gayeyi isterse, ortada kast vardır. Buna karşılık, böyle bir gayesi olmamakla beraber, zarar

(50) Ciazzo, 43; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.307).

(51) İçel, a.g.e., sf.74.

(52) İçel, a.g.e., sf.74;(örnek kararlar 1.CD. 8.7.1960, 1557/1371, ÇGK 16.5.1960, 1/17-18).

(53) Erem, C.I, sf.529.

(54) Stoppato, L'evento punibile, 186, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.308).

(55) Altavilla, La Colpa, 44, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.308).

yine doğmuşsa, bu zarardan sorumlu tutulabilmesi için başlangıçtaki iradesi yeterlidir ve burada taksirden doğan sorumluluk sözkonusu olur. Taksirde failin cezalandırılmasının sebebi, o zarara kendi iradi hareketi ile sebebiyet vermesidir. Failin, zararlı neticeyi öngörebilir veya önleyebilir olmasının hiç bir önemi yoktur"(56). Yani fiil ile netice arasında maddi illiyet bağı yeterlidir, yeterli hukuka aykırı bir araç kullanılmış olsun(57).

b) Hukuka Aykırı veya Hukuk İdesi Bakımından Normal Olmayan

Vasıtalar Kavramı: Bu teoriyi savunanlar, hukuka aykırı araç kavramını ölçüt olarak failin cezalandırılabilmesi için hukuka aykırı araç kullanılmış olmasını yeterli sayarlar. Yani fail, başka bir araştırmaya gerek kalmaksızın bu araçlarla meydana getirdiği zararlardan sorumlu olur(58). Hukuka aykırı araç kavramı ise hukuk fikrine göre normal olmayan araç olarak anlaşılmalıdır. Taksiri objektif bir kavram haline getirme ihtiyacından doğan bir teoridir. Bu teorinin, nedensellik bağı konusundaki etkin sebep teorisinin taksir konusuna uygulanmasından ibaret olduğu ifade edilmiştir(59).

Stoppato tarafından ileri sürülen bu teoriye karşı pek çok eleştiri yöneltilmiştir. Öncelikle başlangıçta illiyet kavramını taksir için yeterli saymak, kaza ile taksir arasındaki her türlü farkı kaldırmak olur. Çünkü kazada da başlangıçta illiyet vardır(60). Ayrıca, bu teorinin temeli olan "hukuka aykırı araç" kavramından sözetmek öngörülebilme anlayışına dönmek olur. Çünkü aracın hukuka aykırı olup olmadığını söyleyebilmek için öngörülebilme başvurulacaktır.

Bu teorinin kendine yeten bir görüş olmadığı da bir başka eleştiri olarak ileri sürülmüştür. Bu iddiaya göre "bir yandan herkesin sosyal düşüncelerle, etkin sebebini teşkil edeceği bir neticeden sorumlu olacağı kabul edilmekte, fakat diğer yandan bunun yeterli olmayacağı anlaşılacak, hukuka aykırı araçları kullanma şartı da buna eklenmektedir"(61). Bir diğer eleştiri ise, şudur: "Bu teorinin temel kavramlarından biri olan hukuk idesi bakımından normal olmayan araçlar kullanma şartı sadece taksirli suçlara özgü değildir. Kasten ya da kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda hukuka aykırı araçlar kullanılarak

(56) Cecchi, Il delitto colposa 32, Dönmezer-Erman: II, sf.275;(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.61).

(57) Erem, C.I, sf.530.

(58) Erem, C.I, sf.530; Dönmezer-Erman: II, sf.308, İçel, a.g.e., sf.61.

(59) Erem, C.I, sf.530.

(60) Erem, C.I, sf.530.

(61) Magglore, 456; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.309).

işlenebilir. Bu nedenle ileri sürülen şartlardan hiç biri, taksiri diğer kusurluluk türlerinden ayırmaya yaramaz"(62). Bu eleştirilere ek olarak hangi tür araçların hukuka aykırı olduğunu ya da hukuka aykırı biçimde kullanıldığını tespit etmenin de çok zor olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin uyanık durmak zorunda olan bir kişi uyuya kalsa hukuka aykırı bir araç kullanılmış sayılabilir mi?(62). Bu nedenle "ihmali hareketlerin hepsinde bu teorinin taksiri izah etmekten aciz kalmaktadır. Zira bu gibi durumlarda hukuka uygun veya aykırı olabilen herhangi bir araç kullanılmış değildir"(63).

4. YANILMA(HATA) TEORİSİ

Bu teoriye göre "taksir, iradi hareketin anlamını ilgilendiren veya bunun ayırıcı nitelikleri hakkında düşünülen bir hatadan ileri gelir"(64). Yanılma, taksirin nedeni olarak kabul edilir. Teoriyi savunan yazarlardan Alimena, taksirin sebebinin kaçınılabilir hata olduğunu savunmuştur(65). Failin kusurluluğu, kaçınılması mümkün olan bir hataya düşmesidir ve hata daima taksirden önce gelir. Hatanın kaynağı ise dikkatin ya hiç bulunmaması veya ihtiyacı karşılayacak derecede olmamasıdır.

Bu teoriye yöneltilen eleştiriler şunlardır: Öncelikle yanılma, taksirin sebebi değildir. Taksir, hatayı meydana getirir(66). Bunun içindir ki taksirin sebebinin hatada görmek, bir mantık hatası olur(67). Ayrıca, bir kimsenin taksir halinde bulunması için hataya düşmesi şart değildir. Kamyon şoförü direksiyon başında uyumuş ve bu sebeple kamyon bir yolcuya çarpmış ise, şoförün hataya düşüşü, herhangi bir husus hakkında yanıldığı ileri sürülemez; ama taksiri vardır(68). Hata teorisinin savunucusu olan Alimena'nın klâsik öngörebilme teorisinden bir farklılaşma yaratmak için boşuna gayret ettiği, çünkü sonuçta öngörebilme ölçütünü kabul etmek zorunda kaldığı ileri sürülmüştür(69). Hata kavramının tek başına taksirin cezalandırılmasının sebebinin açıklayamayacağı, çünkü taksirin cezalandırılmasının sebebi failin hataya düşmesi değil, öngörülebilir bir neticenin öngörülmemiş olması oluşturur denilmektedir(70).

(62) Raineri, 299; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.310).

(62) Manzini, I, 1950, 694;(Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.310).

(63) Antolisci, 262; Pannain, 335; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.310).

(64) Von Liszt, I, 269; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.310).

(65) Alimeno, La Colpa.....27; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.67).

(66) Carrara, Programma, 263; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.68).

(67) Dönmezer-Erman: II, sf.311.

(68) Antolise: 263, (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.311).

(69) Altavilla, 68; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.63).

(70) Cecchi, 45, 46; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.70).

5. TEORİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Taksirin hukuki esasını açıklayan teorilerin bir kısmı incelendi. Ancak, taksir konusu ile ilgilenen yazarlardan her birinin kendine özgü bir düşünce ileri sürdüğü de bir gerçektir. Bu konuda ileri sürülen görüşlerin çokluğu ve farklılığına rağmen üzerinde görüş birliğine varılan bir husus vardır ki, o da taksirin cezalandırılması gerektiğidir(71). Pozitif hukuku incelediğimiz de taksirli suçlara ilişkin hükümlerin bulunduğunu görürüz. Ancak, kanun ağır suçlarda taksirin cezalandırılmasına imkan vermektedir. Yani taksirin cezalandırılması bir istisnadır. Taksirin cezalandırılmasının nedeni ise toplum için zararlı neticeler doğurabilecek hareketlerde bulunabilecek kimseleri daha dikkatli davranmaya yöneltmektir.

Kanun koyucu, taksirle işlenen suçlardan hangilerinin cezalandırılacaklarını tespit ederken, belirli bir toplumda ve belirli bir anda, yaygın olan ortak tecrübeye dayanırsa; bu tecrübe gereğince ki, patlayıcı madde kullananların daha dikkatli davranmalarını ister. Taksirin cezalandırılması gerektiği hususunda görüş birliği varsa da hukuki esasının ne olduğu ve failin cezalandırılma nedenleri konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Biz ele aldığımız görüşlere ilişkin şunları söyleyebiliriz. Dört teorinde eleştirilecek yönleri vardır. Bu teorilere karşı ileri sürülen eleştirilere de katılmaktayız. Bizce, öngörebilme ve önleyebilme teorisinin ölçüt aldığı önleyebilme kavramı her olayda dolayca tespit edilemez. Önleyebilmenin imkansız hale geldiği durumlarda, bir kimseyi neticeyi önleyemediği için kusurlu saymakta doğru olmaz. Ayrıca, fail, kendi hareketinden doğacak zararlı neticeyi önlemekle yükümlü olduğunu bildiği halde, bu hareketine devam ediyorsa taksirden değil belirli olmıyan kasttan söz etmek gerekir. Bu nedenle bizce önleyebilme ve öngörebilme teorisi taksirin hukuki esasını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Hukuka aykırı araçlar kullanma teorisinin ise kullandığı ölçüt olan hukuka aykırı araç kavramının tespiti oldukça güçtür. Bunun yanı sıra hukuka aykırı araç kullanma diğer suçlarda da söz konusu olabilir. Yani bu ölçütten yararlanılarak taksirin diğer kusurluluk hallerinden ayırmak mümkün olmaz. Kaldı ki, bu teori ihmali hareketleri de açıklayamamaktadır. Çünkü, ihmali hareketlerle işlenen suç sözkonusu olduğunda hukuka uygun veya aykırı hiç bir araç kullanılmış değildir.

Hata teorisinin de taksirin hukuki esasını açıklamakta yetersiz kaldığını düşünmekteyiz. Çünkü, taksiri yanılmaya dayandırmak doğru olmadığı gibi,

(71) Dönmezer-Erman: 11, sf.311.

sadece yanılmayı esas alarak da taksirin hukuki esasını açıklamak mümkün değildir. Örneğin herhangi bir hususta yanılığa düşmeden de taksir varolabilir. Ayrıca iddia edildiği gibi hata, taksirin sebebi değildir. Aksine taksir, yani gerekli özenin gösterilmemiş olması, hatanın sebebidir. Bu nedenle hata teorisini savunanların düşüncelerine katılmıyoruz.

Biz öngörebilme teorisinin taksirin hukuki esasını açıklamak bakımından diğer teorilerden daha sağlam temellere dayalı ve yeterli olduğu görüşündeyiz. Öngörebilme teorisinin diğer teorilerden üstün yanı getirdiği ölçütün adalet düşüncelerine uygun olmasıdır. Ayrıca taksirin esasını öngörmeye dayandırmak, hem taksirli suçların cezalandırılmasının sebebiyi açıklamak gibi bir yarar sağlar, hem de toplum savunma ve adalet düşüncelerine cevap verir⁽⁷²⁾. Taksirin cezalandırılmasının sebebi, toplumun fertlere yüklediği dikkat ve ihtimam görevinin ihlalidir. Bu görev kanun tarafından konmuş olabileceği gibi ortak tecrübenin sonucu da olabilir. Ancak, her iki durumda da bu görevin yerine getirilme imkanı olup olmadığına bakmak gerekir. Çünkü, taksir, sübjektif bir sorumluluk şeklidir ve faili cezalandırabilmek için ihlal ettiği görevi yerine getirme imkanına sahip olması şarttır. İşte fail bu imkana sahip olduğu halde gerçekleşmesine neden olduğu için cezalandırılmaktadır. Failin sahip olduğu imkan ise neticeyi öngörebilmesidir.

Ceza kanunumuzda da öngörebilme teorisi ve bu teorinin ölçütün benimsendiğini söylemek mümkündür. Örneğin T.C.K.'nun 455.maddesi "Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve san'atta acemilik veya nizamet ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs..." demekte ve neticeyi esas alarak taksirli davranışla bu neticeye sebep olan faili cezalandırmaktadır. 459.madde de ise "Herkim, tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut meslek ve san'atta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlâl edecek bir zarar iras eder yahut akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet verirse" demekte ve üç bent halinde verilecek cezaları göstermektedir. Kanunumuz her iki madde de de "tedbirsizlik", "dikkatsizlik", "meslek ve sanatta acemilik" ve "nizamet ve evamir ve talimata riayetsizlik" gibi taksirin şekillerinden söz etmektedir. Failin meslek ve san'atta acemiliğinden veya tedbirsizliğinden ya da dikkatsizliğinden sözedebilmek için meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekir. Yani öngörebilme, bütün taksir şekillerinin ortak bir unsurudur. O halde kanunumuzunda "öngörebilme teorisini" benimsediği sonucuna varabiliriz.

(72) Dönmezer-Erman: 11, sf.313.

II. TAKSİRİN UNSURLARI VE BENZERİ KAVRAMLARLA OLAN İLİŞKİSİ

A. TAKSİRİN UNSURLARI

1. FİİLİN TAKSİRLE İŞLENEBİLEN BİR SUÇ OLMASI

Birinci unsur, taksirin istisnai bir kusurluluk türü olmasından çıkarılmaktadır. Çünkü, T.C.K.'nu 45.maddede suçta kast kuralını koymuştur. Bu nedenle bir cürüm sözkonusu olduğunda kanuni tarifte kasdın aranacağı yolunda hüküm olmasa da kast bulunmak ve aranmak gerekir. Oysa taksirli bir suç sözkonusu olduğunda, taksirin cezalandırılabilmesi için kanuni tarifte bu konuda açık bir hükmün bulunması gerekir. Çünkü, bu durumda istisnai bir kusurluluk türü vardır ve açık bir hüküm varsa cezalandırmak mümkündür. Kanunumuz taksiri sadece cürümlerde kabul etmiştir(73).

2. HAREKETİN İRADİLİĞİ

Kast ve taksirin ortak temeli kusurlu iradedir. Kast sözkonusu olduğunda iradenin hem harekete hem de neticeye yönelik olması gerekir. Taksirde ise hareketin iradiliği olarak ortaya çıkar ve hareket iradi olmadıkça, taksirin varlığından sözedilemez(74). İradilikten kastedilen ise hareketin bilinmesi ve istenmesidir. İsteme unsuru sadece hareketi kapsamına alır. Taksir söz konusu olduğunda neticenin istenmemesi gerekir. Yani netice, istemenin kapsamı dışındadır.

Taksirli icra suçlarında hareketin iradiliğini tesbit kolaydır. Ancak, taksirli ihmal suçlarında bu iradiliğin varlığı şüpheyle karşılanmıştır ve denilmiştir ki, ihmali bir hareketin iradi olduğu iddia edilemez(75). Buna karşılık taksirli ihmal suçlarında da hareketin iradi olduğunu savunan yazarlar(76) vardır. Bu düşünceyi savunanlara göre insan dikkatli davranmak bur şeyi unutmamak yeteneğine sahip olduğuna göre, dikkatli davranmayı isteyecek durumdadır; başkasına zarar verici bir takım eylemlerde bulunan kimse, daha çok dikkat göstermek zorundadır. Eğer dikkatsiz davranmışsa, dikkatli davranmak, unutmamak için gerekli özeni göstermemek istemiştir. Eğer ortada bir mücbir sebep veya kaza yoksa, ihmali hareket de istenmiştir; yani iradidir.

(73) T.C.K.'undaki taksirli suçların başlıcaları şu maddeler de yer almıştır. 130/2, 136/5, 274/3, 303, 383, 388, 399, 455, 459, 507.

(74) Manzini, I, 1950, 685; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.315).

(75) Civoli, I. 133, (Zikreden: Dönmezer-Erman: sf.315).

(76) Maggiori, Raineri, Lorsonello ve Manzini; (Zikreden: Dönmezer-Erman: sf.315-316).

Taksirli suçlarda hukuken değer tanınan hareket fertlere yüklenen hukuki görevlere aykırılık taşıyan hareketlerdir. Ancak bu hareketlerin kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olması gerekir. Hareketin olumlu ya da olumsuz olmasının bir önemi yoktur. Eğer fertlere yüklenen dikkat ve ihtimam görevi olumlu bir hareketi gerektirdiği halde, bu hareket yapılmamışsa, görevi ihlal eden hareket olumsuz bir harekettir. Buna karşılık olumsuz bir hareketi gerektiren hallerde, fail bu hususa riayet etmemişse, olumlu bir hareket ile görevi ihlal ediyor demektir(77).

3. NETİCENİN İRADİ OLMAMASI

Hareketin iradiliğine rağmen neticenin iradi olmaması taksiri belirli olmayan kasttan ayırmaya yarayan bir ölçüttür. Netice, doğrudan veya dolaylı bir şekilde iradenin kapsamına girmekte ise, artık taksir değil, kast söz konusu olur(78).

Netice'den maksadın ne olduğu konusunda ise farklı görüşler vardır. bu görüşlerden biri tabiatçı, diğeri hukuki olmak üzere iki grupta tasnif etmek mümkündür(79). Bazı yazarlara göre, dış alemdeki değişiklikten ibaret olan tabii netice somuttur. Hareketten ayrıdır ve ondan başka bir şeydir. Hareket değildir, çünkü onun neticesidir. Sebep ve netice nasıl ayrı ayrı şeylerse hareketle netice de ayrı ayrı şeylerdir(80). Bu görüşü savunan yazarlardan Antolisei neticenin üç şekilde ortaya çıkabileceği kanaatinde. Ya fiziki olur. Izrar suçunda bir şeyin tahribi gibi. Ya fizyolojik olur. Adam öldürme suçunda ölüm gibi. Yahut psikolojik olur. Hakaret suçunda hakaretimiz sözlerin işitilmesi gibi. Her üç halde de netice hareketten ayrı ve farklıdır. Bu itibarla failin dışındadır. Tabii netice ancak maddi denilen bazı suçlarda mevcuttur. Şekli suçlarda netice yoktur sunucuna varmaktadır(81).

Netice, hukukça dikkate alındığında anlam kazanır. O nedenle bizce hukuki görüşe de yer veren bir tanım yapılmalıdır. Netice "kanuni tarifte yer alan dış alemdeki değişiklik"(82) olarak tanımlanabilir. Netice kavramı taksirli suçlarda da bu şekilde anlaşılmalıdır. Taksirli suçlarda neticenin gerçekleşmesi, fiilin cezalandırılmasını gerektiren bir unsur teşkil eder(83). Bu nedenle netice gerçekleşmediğinde taksirli hareketin failini cezalandırmak mümkün değildir. Ayrıca, taksirli suçlara teşebbüs sözkonusu olamaz.

Neticenin gerçekleşmesi şartını uygun görmeyen ve taksirli suçların

(77) Mezger, 354; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.156).

(78) Raineri, 306, Corsonello, 39; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.316).

(79) Kunter, Nurullah, Suçun maddi unsurları Nazariyesi, sf.101.

(80) Kunter, a.g.e., sf.101.

(81) Antolisei, sf.149;(Zikreden: Kunter, a.g.e., sf.102).

(82) Dönmezer-Erman: I, sf.437.

(83) Pannain, 328; Maggioro, 464; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.316).

zarar değil, davranış suçları olmasını isteyen görüşler de vardır. "Türk hukukunda bu görüşü yansıtan bazı suçlar varsa da, taksir derecesinde kusur mutlaka zararlı netice meydana getiren kusurdur"(84). Bizce taksirli suçun varlığından sözedebilmek için zararlı bir neticenin meydana gelmiş olması ancak bu netice nin hiçbir şekilde failin iradesinin kapsamına girmemesi gerekir. Neticenin iradi olmaması demek, failin o neticeyi istemiş olmaması demektir. Neticenin fail tarafından öngörülmüş olması ise failin neticeyi istediği anlamına gelmez. Bu nedenle iradi olmama kavramını dar yorumlamak ve öngörebilmek halinde dahi istek yoksa neticeyi iradi saymamak gerekir. Neticenin gerçekleşmesine yönelik açık bir istek yoksa netice iradi değildir.

4. HAREKETLE NETİCE ARASINDA NEDENSELLİK BAĞININ BULUNMASI

Bir suçun varlığından söz edebilmek için failin hareketi ile gerçekleşen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. T.C.K.'unun genel hükümler kısmında nedensellik bağı hakkında hüküm yoktur. Bir yazar(85) "nedensellik bağını hareketle netice arasında herhangi bir ilişki değil, neticeye sebebiyet vermiş olmak" şeklinde ifade etmekte ve bu yönüyle nedensellik bağı bir çeşit "üretim enerjisi" gibi düşünülmelidir" demektedir. Nedensellik bağı doktrinde berrak bir kavram gibi görünse de uygulamada sık karşılaşıldığı için bazı sorunlar çıkabilmektedir. Özellikle "neticesiz suç"(sırf hareket suçu) kavram kabul edildiğinde, nedensellik bütün suçların "genel unsuru" olarak sayılamıyacaktır(86).

Taksirli suçlar bakımından hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunması büyük önem taşır ve taksirin diğer unsurlarıyla da yakından ilgilidir. "Bu ilgi özellikle öngörebilme unsurunda açık bir şekilde ortaya çıkar; bunun sebebi, illiyet bağı bakımından bir sonuca varabilmek için, neticenin öngörülebilir olup olmadığının da araştırılması lüzumunda kendisini gösterir. Diğer bir ifade ile, taksirde öngörebilme araştırılması ile illiyet bağı araştırması aynı zamanda yapılması gereken araştırmalardır"(87). Taksirli suçlarda illiyet bağının nasıl kurulacağı hususunda ise şunu ifade edebiliriz. Nedensellik bağına ilişkin kurallar uygulanarak taksirli hareket ile netice arasında nedensellik bağı olup olmadığı tespit edilir. Ancak birden fazla failin taksirli hareketinin birleşmesi halinde nedensellik bağının tespiti özellik göstermektedir. Çünkü "bu gibi

(84) Dönmezer-Erman: 11, sf.316.

(85) Erem, Faruk: Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin Ankara 1968, sf.4.

(86) Erem, a.g.e., sf.4.

(87) İçel, a.g.e., sf.168.

hallerde her biri taksirli hareket iştirakin bir unsuru olup, nedensellik değerini taşıyacağı için, faillerden her birinin taksirli hareketiyle netice arasında, iştirak kurallarının uygulanmasını gerektirecek ihtimallerin söz konusu olması gereklidir"(88). Bu ihtimaller şunlardır:

a) Failin Hareketiyle Üçüncü Kişinin Hareketinin Birleşmesi

Bu konuda iki ihtimal söz konusu olur.

aa) Üçüncü Kişinin Hareketinin Kusursuz Olması

Failin hareketine eklenen üçüncü şahsın hareketi kusursuz bir hareket olduğu takdirde, failin hareketi ile, netice arasındaki illiyet bağının kesilmeyeceği şüphesizdir. Bu sebeple, bu gibi durumlarda neticeden sadece taksirli hareketin faili sorumlu tutulacaktır(89). Örneğin, ev sahibi her zaman tuz bulunan yere, gereken dikkati göstermemek suretiyle arsenik bıraksa ve ahçıda bunu tuz sanarak yemeğe koysa, meydana gelen ölüm neticesinden ev sahibi sorumlu olacaktır(90). Gerçekten de ev sahibi her zaman tuz konulan yere gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek arsenik koyduğunda, bunun tuz sanılıp yemeğe konabileceğini öngörebilir. Yani netice öngörülebilir niteliktedir ve ayrıca netice ile taksirli hareket arasında nedensellik bağı vardır. Buna karşın ahçı bakımından netice gerek objektif gerek sübjektif bakımdan öngörülebilir nitelikte değildir. Bu nedenle gerçekleşen neticeden ahçıyı sorumlu tutmak mümkün değildir.

bb) Üçüncü Kişinin Hareketinin Kusurlu Olması

Bu durumda ikili ayırım yapmak gerekir. Taksirli hareketi yapmak bakımından fail ile üçüncü şahıs arasında işbirliği bulunup bulunmadığına bakılarak bu ayırım yapılmaktadır. İşbirliğinin varlığı halinde iştirak söz konusu olur. Taksirli suçlarda iştirakin mümkün olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar(91) taksirli suçlarda iştirakin olamayacağını ileri sürmektedir. Aksi görüşü savunan bazı yazarlar(92) ise, taksirli suçlarda iştirakin mümkün olduğunu, ancak bunun özellik gösterdiğini savunmaktadır. Bizce, taksirli suçların iştirak suretiyle işlenmesi mümkündür. Ancak iştiraktan söz edebilmek için her bir failin, taksirli hareketi diğer fail ile yapmakta olduğu şuuru ile hareket etmesi, tek tek her hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması ve

(88) Dönmezer-Erman: II, sf.317.

(89) Maggiore, 466; Dönmezer-Erman: II, 282;(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.172 vd.).

(90) Vidal-Magnol, 196.

(91) Carrara, Programma 436, Pannain, 643;(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.173).

(92) Raineri, 388, Dönmezer-Erman: II, 538; Erem, GH, 518;(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.173).

suçun her fail bakımından aynı olması gerekir.

Bu şartların varlığı halinde fail ile üçüncü şahıs arasında hareketi yapmak bakımından iştirak bulunduğundan iştirak kuralları uygulanarak failerin her birinin sorumlulukları belirlenecektir. Fail ile üçüncü şahıs arasında iştirak yoksa taksirli suçlarda nedensellik bağına ilişkin genel kurallar uygulanarak gerek fail ve gerekse üçüncü şahsın hareketi ile netice arasında nedensellik bağı kurulur. Yani her birinin sorumluluğu kendi kusurlu hareketine dayanmaktadır.

b) Mağdurun Hareketinin Failin Taksirli Hareketi İle Birleşmesi

Mağdurun hareketinin failin hareketi ile birleşerek neticeyi meydana getirmesi durumunda bu hareketin niteliğine bakılır. Eğer mağdurun hareketi tamamen normal nitelikte ise nedensellik bağı bakımından herhangi bir değişiklik olmaz. Yani bu gibi durumlarda, failin taksirli hareketi ile netice arasında nedensellik bağına kabul etmek gerekir(93).

Mağdurun hareketi normal olmamakla beraber, kusursuz veya hukuka aykırı değilse failin hareketinin taksirli olup olmadığına bakılır. Failin hareketi taksirli ise, mağdurun normal olmayan hareketinin eklenmesi nedensellik bağına kesmez(94). Ancak failin hareketi taksirli değilse mağdurun hareketi neticenin tek sebebi sayılır ve taksirli hareketle netice arasında nedensellik bağına bulunduğu iddia edilemez(95).

Mağdurun hareketi kusurlu ise nedensellik bağına durumu özel bir önem taşır ve pek çok ihtimali gözönünde tutmak gerekir. "Failin hiç bir taksirli hareketi olmaksızın netice sadece mağdurun taksirli hareketi dolayısıyla meydana gelmişse, faile sorumluluk yüklenemez(96). Ancak, neticenin gerçekleşmesinde mağdurun kusurunun bulunması failin sorumluluğunu kaldırmaz(97). Çünkü, netice, failin taksirli hareketine mağdurun taksirli bir hareketinin eklenmesi sonucu gerçekleşse dahi, failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı kesilmemekte ve sorumlulukta ortadan kalkmamaktadır(98).

(93) Manzini, I, 1950, 719 Dönmezer-Erman: II, sf.284, Erem, GH, 400;(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.177).

(94) Manzini, I, 1950, 720, Erem, 340; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.319).

(95) Maggiore, 467; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.319).

(96) Dönmezer-Erman: II, sf.320.

(97) Ahavilla, Maggiore, Vidal-Magnol, Dönmezer-Erman ve Erem başta olmak üzere pek çok yazar bu görüşü savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.İçel, a.g.e., sf.179.

(98) İçel, a.g.e., sf.181.

Failin ve mağdurun kusurlarının birleşerek neticeyi meydana getirmesi halinde ceza bakımından herhangi bir fark olmaması adalet düşüncesine aykırı olacağından, hakime cezayı tayin ederken bu hususu dikkate alarak kusur oranına göre indirim yapmak yetkisi tanınmıştır. Bu yetki T.C.K.'unun 455 ve 459.madelerine eklenen fıkralarla tanınmış olup, indirim nispetinin tayininde mutlak takdir yetkisi olarak kabul edilmektedir(99). Diğer suçlarda ise, mağdurun kusurlu hareketinin failin kusurlu hareketine eklenmesi halinde faildeki kusurun hafiflediği kabul edilmekte ve bu durum takdiri bir hafifletici neden sayılmaktadır(100).

5. NETİCENİN ÖNGÖRÜLEBİLMESİ

Taksirin bu unsuru öngörebilme teorisine katılmayanlarca kabul edilmektedir. Oysa bu unsurun önemini ifade etmek bakımından şunu söylemek mümkündür: Neticenin öngörülebilir olması; taksirin unsurunu, hatta sınırını oluşturur. Netice öngörülebilir değilse, bu gibi harekette bulunmaktan çekinmesi hiç kimseden istenemeyeceği için, ortada kusurluluk kalmaz(101) ve artık kaza ve tesadüfün bulunduğu söz edilir. Gerçekten meydana gelen netice her türlü öngörebilme yeteneğinin dışında ve kimse tarafından öngörülemez durumda bulunuyorsa, taksirin değil, kaza ve tesadüfün bulunduğunu kabul etmek gerekir(102).

Neticenin öngörülebilir olması halinde iki ihtimal ortaya çıkar. İlk ihtimal, failin öngörülmesi mümkün olan neticeyi öngörmesi halidir. Bu durumda taksirin varlığı tartışmasızdır. İkinci ihtimal ise, failin neticeyi öngörmüş fakat gerçekleşmemesi için bütün dikkat ve özeni göstermiş, ancak buna rağmen netice gerçekleşmiş olabilir. Bu durumun nitelendirilmesi hususunda farklı görüşler ortaya çıkmış ve bazı yazarlar "belirli olmıyan kast" ya da "dolayısı ile kast" diğer bazı yazarlar ise, "bilinçli taksir" adını vermişlerdir(103).

B. BİLİNÇLİ TAKSİR(ŞUURLU TAKSİR)

1. KAVRAM OLARAK ANLAMI

Bilinçli taksir kavramı, öngörülü taksir kavramı ile aynı anlamı taşımaktadır. Ancak şuurlu taksir deyişi şuursuz taksirin mevcut olduğu düşüncesini

(99) Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1981, sf.135; Erem-Toroslu: a.g.e., sf.432 ve devamı.

(100) Dönmezer-Erman: II, sf.323.

(101) Raineri, 304; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.323).

(102) Raineri 306; Garraud, I, 586; (Zikreden: Dönmezer-Erman: sf.323).

(103) Dönmezer-Erman: II, sf.323.

yarattığı için mahzurludur. Oysa şuursuz olanın cezalandırılması mümkün değildir(104). Bilinçli taksirde fail neticeyi ana hatları ile öngörebilmekte ancak olayda bu neticenin gerçekleşmeyeceğini kabul etmektedir. Yani bilinçli taksir, "neticenin fiilen tasavvur ve tahmin edilip, istenmemesi halidir"(105). Bu şekilde tanım yapıldığında, öngörülü taksirin, muhtemel kast ile karıştırılacağı ve aralarındaki sınırın tesbitinin kolay olmayacağı ileri sürülmüştür. Bu eleştiriye karşı şöyle denilmiştir: "Aynı güçlük, genel taksir kavramı içinde "öngörülü taksiri" ayırmakta da vardır. Fakat bunlar ceza hukukunun yapısından gelen kıl ayırımlardır, imkansızlık sayılmazlar. Herhangi bir hadisede "öngörülü taksir" mi, "muhtemel kast" mı mevcut olduğunda tereddüt etmek mümkündür. Böyle hallerde "şüphe sanık lehinedir" kaidesi uygulanmalıdır"(106).

2. BİLİNÇLİ TAKSİRİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

a) Şuurlu Taksiri Kast Kavramının Kapsamında Kabul Eden Görüş

Bazı yazarlar(107), failin neticeyi gerçekte öngörmüş olması halinde, taksirin söz konusu olmayacağını ileri sürerler. Bu düşüncelerini ise şu şekilde açıklamaktadırlar: "Bir kimse neticenin gerçekleşmemesini istemişse, onu öngörmüş sayılamaz; şu halde neticeyi öngörmüş olan kişi, zorunlu olarak istemiş olur. Bir defa netice öngörülmüşse, failin onu istememesi artık söz konusu olamayacağı -zira fail öngördüğü neticeyi gerçekten istememişse bu neticeye sebebiyet veren hareketi yapmayacağı- için, bilinçli taksir diye bir şey söz konusu olamaz ve bu durum belirli olmıyan kasdın bir şeklinden ibaret kalır"(108)

Ağır taksir kasta eşittir şeklinde ifade edilebilen bu görüş şu şekilde eleştirilmiştir: "Bu görüş öngörme ve istemeyi birbirine karıştırmaktadır ve bu sebeple şuurlu taksir kavramını inkar ederek, öngörmenin bulunduğu bütün hallerde kastın varlığını kabul etmektedir. Öngörme ve isteme birbirlerine karıştırılmamaları lâzım gelen iki ayrı kavram oldukları için, bu görüş kabul edilemez"(109). Ayrıca şuurlu taksirde neticenin öngörülmüş olması, bunun aynı zamanda istendiği anlamını taşımaz. Çünkü, bu çeşit taksirde öngörme, kasttan farklı olarak, neticenin iradiliği ile değil, fakat o neticenin meydana gelmeyeceği kanaati ile birlikte bulunmaktadır(110).

(104) Erem, I, sf.536.

(105) Dönmezer-Erman: II/1, sf.264; (Zikreden: Erem, GH, I, sf.536).

(106) Erem, I, sf.537(Aynı görüş için bkz.Logoz, sf.71).

(107) Carrara, Di Lorenza ve diğer yazarlar(Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.324).

(108) Carrara, Ciazzo, Logoz;(Zikreden: Dönmezer-Erman: sf.324).

(109) İçel, a.g.e., sf.187.

(110) Cecchi, 103; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.187).

Bizce de bilinçli taksirin kastın kapsamına girdiğini kabul etmek doğru değildir. Çünkü, bu şekilde bir kabul, öncelikle kastın kapsamını çok genişletir. Yani öngörmenin varlığı, kastın bulunduğunu kabul etmek için yeterli sayılmış olur. Oysa bir neticenin öngörülmüş olması o neticenin istendiği anlamını taşımaz. Öngörme ve isteme farklı iki kavramdır. Ayrıca netice öngörülmekle birlikte meydana gelmeyeceği düşünülmektedir. Bu hususta gözardı edilemez. Bu nedenle bilinçli taksiri kastın kapsamında kabul eden görüşe katılmıyoruz.

b) Bilinçli Taksiri Üçüncü Bir Kusurluluk Şekli Olarak Kabul Eden Görüş

Bu görüşü savunan bazı yazarlara(111) göre kusurluluğun üç şekli vardır. Kast adı verilen kusurluluk şeklinde isteme, taksir adı verilen kusurluluk şeklinde öngörebilme veya kaçınabilme, üçüncü kusurluluk şeklinde ise, sadece bilme vardır demek ve bilinçli taksiri üçüncü bir kusurluluk şekli olarak görmektedirler.

Bu görüşe karşı şu eleştiriler yöneltilmiştir. Öncelikle bu görüş kusurluluğu psikolojik yönden açıklamak gayretinin bir sonucudur. Bu yazarların kullandıkları kavram, bilinçli taksiri kapsamına aldığı gibi, belirli olmayan kastı da kapsayacak niteliktedir. Bu durumda bilinçli taksir ile belli olmayan kastı birbirinden ayırmak mümkün olmaz(112).

c) Bilinçli Taksiri Taksirin Bir Çeşidi Olarak Kabul Eden Görüş

Bu görüşü savunan bazı yazarlara(113) göre "failin neticeyi öngörmesine rağmen, şansına, maharetine veya başka âmillere güvenerek o neticenin gerçekleşmeyeceğini ümit etmesi halinde bilinçli taksir bulunmaktadır. Yani bilinçli taksirin bulunması için, neticenin gerçekleşmeyeceği ümidi yeterlidir. Örneğin bir şoför kalabalık bir yolda arabasını hızla sürerse, bulaşıcı hastalığı olan bir hasta gerekli tedbirleri almadan başkaları ile ilişkiye geçerse, gerek şoför, gerek hasta bilinçli taksir durumundadır(114). Bu görüşe karşı pek çok eleştiri yöneltilmiştir. Öncelikle gerçek taksirin bilinçli taksir olduğu çünkü failin, yaptığı hareketin ne gibi neticeler doğurabileceğini öngörmemesi durumunda ortada cezai bir taksir olmayacağı savunularak taksirin bilinçli ve bilinçsiz olmak üzere ikiye ayıramayacağı belirtilerek, esasen taksirin cezalandırılabilen tek şeklinin bilinçli taksirdir denilmiştir(115).

(111) Löffler, Schuldforman des Strafrechts 1895, sf.6-9 vd.(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.187).

(112) İçel, a.g.e., sf.188.

(113) Bettiol, Maggiore, Hippel başta olmak üzere pek çok yazar bu görüşü savunmaktadır. (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.188).

(114) Maggiore, 470; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.189).

(115) Vannini, Colpa, coscienza., 850; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.324 ve devamı).

Bizce, bilinçli taksirde fail, neticenin gerçekleşebileceğini öngörmekte ise de o neticenin meydana gelmeyeceği düşüncesini taşımaktadır. Oysa kastta neticeye yönelik irade vardır. Bilinçli taksirle kast arasındaki en önemli farklardan biri budur. Ayrıca failin öngörmesi genel nitelikte olup, somut olayda bu neticenin gerçekleşmeyeceği düşüncesini taşımaktadır. Bu nedenle bilinçli taksirde failin sorumluluğunu belirlerken somut olayı gözönünde bulundurarak öne neticenin öngörülebilir olup olmadığı konusunda bir sonuca varılmalı daha sonra failin sorumluluğu belirlenmelidir. Eğer somut olayda neticenin öngörülebilir olduğu sonucuna varılamıyorsa faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak, netice öngörülebiliyorsa fail bu neticeden sorumlu tutulur.

Bilinçli taksirin varlığını inkar etmek bizce hatalıdır. Bu ayrımı yaparken öngörebilme kavramına verilecek anlamdan hareket edilmelidir. Bilinçli taksirde öngörme vardır. Ancak öngörme isteme kavramıyla aynı anlama gelmez. Yani öngörmenin varlığı istemeyi gerekli kılmaz. Bilinçli taksirde öngörülen neticenin meydana gelmeyeceği inancı vardır. Bu özellik bilinçli taksire özgüdür. kanunumuzdaki duruma bakacak olursak, bilinçli taksirle ilgili genel bir tarif olmadığı gibi neticenin öngörülmüş olması taksirli suçlarda failin sorumluluğunu ağırlatan bir durum olarak kabul edilmemiştir. Ancak bu şekildeki kanun düzenleme neticenin fiilen öngörülmesi halinde, cezanın yukarı sınırdan tayin edilmesine engel değildir.

C. TAKSİR VE BENZERİ KAVRAMLARLA OLAN İLİŞKİSİ

1. MUHTEMEL KAST VE TAKSİR

Muhtemel kast ve taksir kavramları arasındaki farkı her zaman açık bir şekilde görmek mümkün değildir. "Bir anlayışa göre zararlı neticenin husule gelmeyeceği kanısı failde kesin ise "muhtemel kast" değil, sadece taksir mevcuttur"(116). Muhtemel kastta fail, muhtemel neticeyi de önceden kabul etmiştir. Ancak, bu görüşün ölçüt aldığı "zararlı neticenin meydana gelmeyeceği kanısının kesin olması" nasıl tespit edilecektir? Öncelikle failin kişisel görüşü belirleyici olacağından varılacak sonuç kesin olamaz. Her iki kavramda da netice öngörülmiştir. Bu ikisinin ortak özelliğidir. Ancak öngörme daha sonraki psikolojik aşamada iki kavramın aynı kalması anlamını taşımaz. Muhtemel kastta şüphe istemek ile ilgili değildir. Neticenin gerçekleşme ihtimali vardır ve istenmiştir. Öngörülü taksirde ise hata söz konusudur. Bu hatanın önlenmesi mümkün olduğu için taksirli sorumluluk sözkonusu olur(117). Bizce de taksir ile muhtemel kast

(116) Erem, I, sf.540.

(117) Dönmezer-Erman: II, sf.265; (Zikreden: Erem, I, sf.541).

arasındaki yakın ilgi nedeniyle her olayda farkı açık olarak görmek güçtür. Ancak bu güçlüğe rağmen ikisi arasındaki en önemli fark muhtemel kastta netice istenmiştir. Taksirde ise sadece öngörülmüştür. Öngörme ve isteme kavramları farklı iki kavramdır ve öngörüldüğü halde neticenin istenmemesi ve hatta gelmeyeceğine inanılmasında mümkündür. Yani muhtemel kast ile taksir arasında fark vardır. Fakat bu her zaman çok açık değildir.

2. OBJEKTİF SORUMLULUK VE TAKSİRDEN DOĞAN SÜBJEKTİF SORUMLULUK

Objektif sorumluluk kavramı ceza kanununda açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ceza hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Özellikle objektif sorumluluğun niteliğinin ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Objektif sorumluluğu bir netice sorumluluğu olarak kabul edenler olduğu gibi(118) özel hukuktaki kusursuz sorumluluk ile aynı anlamda olduğunu savunan yazarlar da(119) vardır. Bir başka görüş ise, objektif sorumluluğun, kanuni sorumlulukla eş anlamlı olduğunu savunur(120). Bu görüşlerin yanı sıra objektif sorumluluğun pek hafif taksire dayandığını ve bu nedenle objektif sorumluluk hallerinin sübjektif sorumluluğa girdiğini savunan yazarlar da(121) vardır.

Objektif sorumlulukla ilgili olarak ileri sürülen görüşlerin farklılığına rağmen iki husus üzerinde bütün yazarların birleştiği görülür. Öncelikle bütün suçlarda olduğu gibi objektif sorumluluk hallerinde de neticenin iradi olması şartı, ayrıca yine bütün suçlarda olduğu gibi hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması gereğidir(122). Böylece bu iki şartın hem objektif sorumluluk hallerinde, hem de taksirden doğan sübjektif sorumlulukta arandığı anlaşılmaktadır.

Objektif sorumlulukla taksirden doğan sübjektif sorumluluğun bir diğer benzer yanı her ikisinde istisnai bir sorumluluk türü olmasıdır. Kanunda açık hüküm bulunmadıkça failin sorumluluğundan sözedilemez. Kanunumuzda açıkça belirtilmemesine rağmen her iki sorumluluğunda dayanağı T.C.K.'unun 45.maddesidir. Ayrıca, öngörebilme ölçütünün her iki halde de uygulama alanı vardır. Ancak, objektif sorumlulukta bu ölçüt farklı olarak uygulanmaktadır. Taksirde öngörebilme sübjektif nitelik taşıdığı halde, objektif sorumluluktaki öngörebilme,

(118) V.Hippel, II, 380; V.Liszt-Schmidt, 236; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.126).

(119) Vanni, Responsabilità..., sf.401-416; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.126).

(120) Sabatini, 337; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.127).

(121) Battaglini, 247-248, Berella, 96; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.127).

(122) Dönmezer-Erman: II, sf.354.

objektif öngörebilmelidir.

3. CEZAI TAKSİR VE MEDENİ TAKSİR ARASINDAKİ İLİŞKİ

Özel hukukta sorumluluğun iki nedeni vardır. Sorumluluk ya taraflar arasındaki hukuki bir ilişkiye aykırı hareket edilmesinden doğar ya da böyle bir ilişki olmaksızın kanunun yüklemiş olduğu genel bir göreve aykırı hareket edilmesinden doğar. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk söz konusu olduğunda, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanunundaki hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

Cezai taksirle medeni taksir arasındaki ortak özellikler şunlardır. Her ikisinde de neticenin öngörülebilir nitelikte olması şartının aranmasıdır. Yani medeni taksirde de, taksirden sözedebilmek için, zararlı neticenin öngörülebilir olması gerekir(123). Öngörebilme ölçütü ise her iki taksirde farklı uygulanmaktadır. Medeni taksir ile cezai taksir arasındaki bir başka ortak özellik şuurlu ve şuurlu taksir ayırımının her ikisi bakımından da yapılmasıdır. Bu ayırım neticenin öngörülmesine rağmen istenip istenmediğine bakılarak yapılmaktadır. Medeni taksirde de cezai taksirde olduğu gibi netice öngörüldüğü halde istenmemişse, şuurlu taksir, buna karşılık gerekli özen ve dikkat gösterilmediği için öngörülebilir bir netice öngörülmemişse şuursuz taksir vardır(124). Medeni taksir alanındaki bu ayırımın, ceza hukukundan geçtiği ancak uygulamada bu ayırımın yapılmadığı ifade edilmiştir(125). Ayrıca gerek medeni taksirin ve gerekse cezai taksirin kanunda tarif edilmemiş olması ve her ikisinde de derecelendirme yapılarak ağır ve hafif taksir ayırımı yapılmasında ortak yönleridir.

Medeni taksirle cezai taksir arasındaki farklar ise şunlardır: "Cezai taksirin istisnai bir kusurluluk şekli olmasına karşılık, medeni hukukta zararlı neticeye sebep olan her taksirli hareket mameleki sorumluluğu gerektirmektedir"(126). Yani medeni taksir istisnai bir nitelik göstermemektedir. Bir diğer fark ise medeni sorumlulukta objektif öngörebilme ölçütünün uygulanmasıdır. Bunun sonucunda kişisel nitelikler gözönünde bulundurulmaksızın belli özellikleri taşıyorsa bile, neticeden sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca, medeni taksirde başkasının fiilinden sorumluluk hallerinde söz konusu olan dolayısıyla taksir kavramına ceza hukuku yabancıdır. Cezai taksirde başkasının davranışından sorumluluk söz konusu olamaz.

(123) Saymen-Elbir 393, İmre, 27; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.116).

(124) V.Tuhr 403-406; İmre, 27; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.116).

(125) Offinger, 133; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.116).

(126) Corsonello 191 vd.(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.117).

III. TAKSİRİN ŞEKİLLERİ, DERECEİ VE TAKSİRLE İŞLENEBİLEN SUÇLAR

A. TAKSİRİN ŞEKİLLERİ

1. GENEL OLARAK

Türk Ceza Kanununda taksir kavramı tanımlanmamıştır. Kanunumuz tanım yapmak yerine taksir teşkil edebilen hareketleri saymak yoluna gitmiştir. 455.maddede düzenlenen başlıca taksir şekilleri tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve san'atta acemilik ve nizamata; evamir ve talimata riayetsizliktir. Taksirle sebebiyet verilen zararlı sonuç, bir şey yapmayı gerektiren davranış kuralına aykırı bir davranışın yani yapılması gereken şeyin yapılmamasının(ihmal nedeniyle taksir) veya birşey yapmamayı gerektiren davranış kuralına aykırı bir davranışın yani yapılmaması gereken şeyin yapılmasının(hareket nedeniyle taksir) ürünü olduğu için faile yüklenir(127). Şu halde, taksirli sorumluluğun temelinde, belirli bir taksirli suçu öngören ve cezalandıran ceza kuralından ayrıca, bir davranış kuralına da riayetsizlik vardır(128).

Son yüzyılda sanayileşmenin insan yaşamında yarattığı olumlu değişimler hem avantaj hem de tehlikeler yaratmıştır. Bu nedenle özellikle belli alanlara hukuk tarafından müdahale edilerek bazı kurallar konmuş ve bazı davranış şekillerinin normlarla "düzenlenmesi ve engellenmesi" yoluna gidilmiştir. Zaten "Hukuk, ceza hukuku beşeri bir davranış kuralıdır. Demek ki, hukuk, bir irade tezahürü olarak, ifadesini "beşeri davranış kuralında" veya "beşeri davranış normlarında" bulmaktadır"(129). İnsan davranışlarını düzenleyen ceza normlarında taksirli suçlara ilişkin normlarda vardır. Bu normlar farklı davranış şekillerini düzenlemektedir ki, bu farklı düzenlemeler taksirin şekillerini ortaya çıkarmıştır. Taksirin başlıca şekilleri ise, tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve san'atta acemilik, nizamata, evamir ve talimata riayetsizliktir.

2. TEDBİRSİZLİK

Tedbirsizlikten söz edebilmek için, kişilere tedbirli davranmayı yükleyen bir tedbir görevinin varlığı gerekir. Tedbirsizlik, belirli bir neticenin meydana gelmesine engel olabilecek tedbirleri almamak suretiyle, ihmalî bir durumu sürdürmek demektir(130). Yani ortalama insanın birikimine göre gözetilmesi gereken ortak deney kurallarının gözetilmemesini ifade eder(131). Tedbir görevi

(127) Delogu, Tullio, Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi, AÜHFD. C.XXXIX, S.1-4, sf.119. (Çeviren: Yüksel Ersoy).

(128) Delogu, a.g.m., sf.119.

(129) Scarpelli, Cos'e il..., sf.57, 61 vd.; (Zikreden: Hafızoğulları Zeki: Ceza Normu, Ankara 1987, sf.31).

(130) Dönmezer-Erman: 11, sf.327.

(131) Delogu, a.g.m., sf.119.

yükleyen ortak deney kuralları unutulmak suretiyle de, ihmal edilebilir. Unutmama görevinin bulunduğu durumlarda unutma tedbirsizlik şeklinde bir taksiri belirtir(132). "Psikolojik bakımdan tedbirsizlik hafızanın ve çağrışımın iyi işleymesinden ve faili yapması gereken hareket hususunda uyarmamasından ileri gelir"(133).

Tedbirsizlik şeklinde ortaya çıkan taksir şeklinin psikolojik yönünde dikkate alacak olursak kişisel özellik ve yeteneklerle yakından ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle değişken ve yoruma açık bir kavram olan "tedbirsizlik" durumunda ortak tecrübeden yararlanarak karar vermek gerekir. Şüphesiz, öncelikle failin tedbirli davranmasını gerektiren bir yükümlülüğü bulunmalıdır. Uygulamada da tedbirsizlikten söz edebilmek için tedbir alma yükümlülüğünün varlığı aranmaktadır. Örneğin Yargıtay 9.C.D'si bir kararında sanığın vasıfsız bir işçi olduğunu ve bu nedenle olay yerinde gerekli güvenlik önlemlerini almakla yükümlü olmadığını belirterek mahkumiyete ilişkin hükmü kanuna aykırı bularak bozulmasına karar vermiştir(134). Bir başka kararında sanığın sadece tamir amacıyla kamyonunu getirdiğini atölyede meydana gelen olayda gerekli önlemleri almak, ölen çırağın işinin ehli olup olmadığını bilmek, görevinin ustaya ait olduğunu belirterek böyle bir görevi olmayan sanık şoförün mahkûmiyetine ilişkin hüküm kanuna aykırı olduğundan bahisle bozulmasına karar vermiştir(135).

Sanığın tedbirsiz davranıp davranmadığına karar verirken ortak tecrübeden yararlanmaktadır. Örneğin Ceza Genel Kurulu bir kararında sanığın, onarım amacıyla açtığı çukurun üzerini kapatmamış ve hiç bir önlem almadan çukuru bu haliyle bırakmış olmasını tedbirsizlik olarak değerlendirerek beraata ilişkin direnme kararını bozmuştur(136). Bir başka kararında ise, sanığın hırsızlığı önlemek amacıyla ağılın önüne elektrik akımı bağlamasına rağmen, bunun yaratacağı tehlikeyi önliyecek tedbirleri almaması nedeniyle maktûlün "ölmesini" tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet verme olarak nitelendirmiş ve Yerel Mahkemenin "kastın aşılması" şeklindeki kabulüne katılmayarak T.C.K.'nin 455.maddesinin uygulanmasına karar vermiştir(137).

(132) PannaIn, 338; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.327).

(133) Altavilla, La colpa, sf.17; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.327).

(134) Yargıtay 9.CD.nin 31.12.1981 tarih, 4592/4824 sayılı ilamı; (Çağlayan, a.g.e., C.IV, sf.1038).

(135) Yargıtay 9.CD.nin 18.12.1981 tarih 4322/4559 sayılı ilamı; (Çağlayan, a.g.e., C.IV, sf.1040).

(136) Y.C.G.K. 10.3.1986 tarih, Esas: 1985/9-427, Karar: 1986/106(Yayınlanmamıştır).

(137) Y.C.G.K. 3.3.1986 tarih, Esas: 1985/1-416, Karar: 1986/86 (Yayınlanmamıştır).

3. DİKKATSİZLİK

Dikkatsizlik çoğu zaman icrai bir hareketi gerektirir(138). Başka bir anlatımla ortak deneyimlerin yüklediği dikkat ve özen görevine aykırı olarak bir hareket yapmak dikkatsizliği meydana getirir. "Dikkatsizlikte ihmal fikri mevcuttur, gerekli ihtimam gösterilmemiştir"(139). Dikkatsizlik icrai veya olumlu bir hareketten doğar. Bu özelliği dikkatsizliği tedbirsizlikten ayırır. Ancak tedbirsizlik ve dikkatsizlik kavramlarının birbirlerine çok yakın kavramlar olduğuda bir gerçektir. Çünkü gerek tedbirsizlik ve gerekse dikkatsizlik dikkat ve özen görevine aykırılığı ifade ederler. Dikkatsizlikte yüklenilen dikkat ve özen görevi genel niteliktedir. Bu özelliği acemilikle aralarındaki farkı ifade eder. Çünkü acemilikte belirli meslek veya san'at grubunu ilgilendiren dikkat ve özen görevinin ihlali söz konusudur. Dolayısıyla bu görev genel nitelikte değildir.

Dikkatsizlik psikolojik yönü de olan bir taksir şeklidir. Psikolojik bakımdan muhakeme zaafının bir belirtisi(140) veya düşünüp taşınmadan, etkin duyguları kontrol etmeden harekete geçen bir kişiliğin ifadesidir(141). Örneğin "mesleğinin gereklerini bilen ve fakat mesleğini yaparken gereken dikkati sarfetmeyen ve bu suretle müşterisinin yüzünde sabit eser bırakan berberin kusuru dikkatsizlik şeklinde taksirdir"(142).

4. MESLEK VE SAN'ATTA ACEMİLİK

Meslek ve San'atta acemilik, belirli bir meslek mensubunun, bulunduğu meslek veya san'at için gerekli bilgilerden yoksun olması şeklinde ortaya çıkan taksir şeklidir(143). Yani öncelikle failin söz konusu mesleği veya san'atı icra konusunda yetkili olması yani o mesleğin mensubu bulunması şarttır. Bu şartın yokluğu halinde failin taksiri, tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut nizamlara riayetsizlik şeklini alır(144).

Acemilik şeklinde taksir mahsus suçlar yönünden önem taşımaktadır. Yani acemilik şeklindeki taksirli suçlar belli meslek ve san'atları icra edenlerin suçlarıdır. Belirli bir meslek sahibi failin acemi olduğunu söyleyebilmek ve

(138) Pannain, 338, altavilla, 17-18 vd.(Zikreden: İçel, a.g.e., sf.199).

(139) Erem, I, sf.545.

(140) Raineri, 300; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.328).

(141) Altavilla, 18; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.328).

(142) Dönmezer-Erman: II, sf.328.

(143) Pannain, 339; Dönmezer-Erman: II, sf.293; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.201).

(144) Pannain, 339; Dönmezer-Erman, 293; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.201).

meydana gelen neticeden sorumlu tutabilmek için neticenin öngörülebilir nitelikte bulunması gerekir. Ayrıca neticenin öngörülebilir olup olmadığı konusunda karar verirken, o meslek veya san'at mensupları bakımından mevcut ortak tecrübenin esas alınması gerekmektedir; yoksa istisnai bir yetenek eksikliği failin sorumluluğu için yeterli değildir(145).

Acemilik kavramına mesleki cür'et de dahildir(146). Örneğin sadece kendi yeteneklerini göstermek için normal yöntemlerin dışında yepyeni bir cerrahi usule başvuran operatörün durumu böyledir(147). Acemilik meslek ve san'atların icrasında bilimsel ve uygulama kurallarına tabidir. Bu nedendir ki, zamanla, uygarlıkla ve insanlık deneyleriyle değişir ve gelişir(148).

5. NİZAMAT, EVAMİR VE TALİMATA RİAYETSİZLİK

Taksirin bu şekilde faili belirli bir davranışta bulunmaya zorlayan özel hukuk kuralları vardır ve fail bunlara aykırı hareket etmektedir(149). "Taksirin normatif cephesini teşkil eden dikkat ve ihtimam vazifesi müşterek tecrübe yerine, yetkili merciler tarafından konulmuş hukuki normlar ile fertlere yüklenilmiş olduğu takdirde bu vazifeye aykırı hareket etmek, nizamlara riayetsizlik şeklindeki taksiri meydana getirir"(150).

Nizamata deyiminin kapsamı konusunda yazarlar arasında görüş ayrılığı vardır. Bazı yazarlar(151) "her türlü kurala aykırılığın taksir teşkil edemeyeceğini, ancak önleyici bir nitelik taşıyan bir hukuk kuralına aykırı hareketin taksir sayılabileceğini" ileri sürmüşlerdir. Bu görüş eleştirilmiş ve "kuralın nitelik ve kapsamı bakımından kanunda yeri olmayan bir kayıtlamaya cevaz verilemeyeceği açıklanmıştır"(152). Sonuç olarak kanım dahil, kendilerine uyulması zorunlu olan her türlü kural "nizamata" deyimine dahildir.

Nizama aykırılık bazen başka bir suçta teşkil edebilir. Bu durum genelde kabahatlerde söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda taksirle, sebebiyet verilen neticenin meydana getirdiği suç arasında gerçek içtima kuralları uygulanır(153). Manzini(154) ise, "bu gibi hallerde kabahatin taksirli cürümün içinde eriyeceği" görüşündedir. Nizamlara riayetsizlik taksirin bulunması bakımından sadece bir karinedir. Yani neticenin öngörülebilir olduğuna ilişkin bir karine teşkil eder. Ancak nizamlara aykırı hareketle netice arasında nedensellik bağı

(145) İçel, a.g.e., sf.202.

(146) Ayrıntılı bilgi için bkz.İçel, a.g.e., sf.202.

(147) Manzini, Pannain ve diğer yazarlar; (Zikreden: İçel, a.g.e., sf.202).

(148) Erem, I, sf.546.

(149) Manzini, Altavilla ve Logoz; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.329).

(150) İçel, a.g.e., sf.210.

(151) Battaglioni ve Leone; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.329).

(152) Altavilla, 25; Pannain, 340; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.329).

(153) Pannain, 341; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.329).

(154) Manzini, I, 1950, 703; (Zikreden: Dönmezer-Erman: II, sf.329).

bulunduğu sabit olmadıkça taksirin varlığı kabul edilemez. Nedensellik bağıının şart olarak aranması bakımından diğer taksir şekilleriyle aralarında bir fark yoktur.

B. TAKSİRİN DERECESESİ

Taksirli suçlarda taksirin derecesi sadece cezanın tayini sırasında göz-önünde bulundurulabilir. Ancak pek çok yazar(155) bilimsel açıdan bu ayrımı yapmanın mümkün olmadığını savunmaktadır. Taksirde derecelendirmenin yapılabileceği görüşünü savunan Carrara'ya(156) göre, "netice herkes tarafından öngörülebiliyorsa ağır taksir, sadece ihtimamlı insanlarca öngörülebiliyorsa hafif taksirden, ancak olağanüstü ihtimam gösteren kişiler öngörebiliyorsa pek hafif taksirden söz edilebilir. Ancak taksirin bu şekilde derecelendirilmesi uygulamada oldukça zordur. Çünkü her somut olayda neticenin öngörülüp öngörülemediğini tayin etmek pek de mümkün değildir. Çünkü öngörülebilme ve bilinebilme soyut olarak değerlendirilemez. Bu değerlendirmenin bazı şartlarla birlikte yapılması gerekir. Failin kişisel özellikleri ön plana çıkar ve bu da taksirin derecesini tespitinde oldukça güçlük yaratır.

Ceza kanunumuzdaki duruma bakacak olursak bu ayrımın kural olarak yeri ve değeri yoktur. Failin sorumluluğunun tayininde taksirin derecelerini dikkate almamıştır. Sadece 455 ve 459.maddelerde düzenlenen taksirle adam öldürme ve meüssir fiil suçlarında cezayı hafifleten bir neden olarak kabul edilmiş ve hakime cezaları indirme yetkisi tanımıştır.

C. TAKSİRLİ ADAM ÖLDÜRME VE TAKSİRLİ MÜESSİR FİİL

1. TAKSİRLİ ADAM ÖLDÜRME

T.C.K.'unun 455.maddesine göre "Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve san'atta acemilik veya nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2500 liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.

Eğer fiil birkaç kişinin ölümünü mucip olmuş veya bir kişinin ölümü ile beraber bir veya birkaç kişinin de mecruhiyetine sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456'ncı maddenin 2'nci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuş ise dört seneden on seneye kadar hapis ve 1000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile mahkûm olur.

(155) Maggıore, Manzini, Pannain ve diğer yazarlar; (Zikreden: Dönmezer-Erman: 11, sf.330).

(156) Carrara, Programma, 1, 88-89, (Zikreden: Erem, 1, sf.566).

Yukarıdaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre indirilebilir".

Failde adam öldürme kastı bulunmadan, tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve san'atta acemilik ya da nizamlara ve emirlere ve talimata riayetsizlik sonucu bir kimsenin ölümüne sebebiyet verilmesine taksir ile adam öldürme adı verilir. Bu suçun özellikle son yüzyılda büyük önem kazandığı görülmektedir. Ceza hukukunun ilkel dönemlerinde ölenin öcünün alınması zorunlu görüldüğünden taksirle ve kasten öldürme arasında ayırım yapılmamaktaydı.

Taksirle adam öldürme suçunun oluşması için ölüm sonucunun ortaya çıkması şarttır. Ölüm sonucunu yaratan hareketin icrai veya ihmali olması mümkündür. Ölüm sonucu meydana gelmediği sürece 455.maddenin uygulanması mümkün değildir. Hareketin kişilerin hayatını tehlikeye koyması failin cezalandırılması için yeterli değildir.

Suçun manevi unsurunu taksir oluşturur. Kanunumuz taksiri tarif etmemiştir. Ancak 455.maddede kusur teşkil edebilecek hareketlerden söz ettiğine göre, taksir tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve san'atta acemilik veya nizam, evamir veya talimata riayetsizlik demektir. Taksir teşkil eden bu kavramları şöyle açıklamak mümkündür. Gerekli özen gösterildiği takdirde neticenin gerçekleşmesi önlenilecekse failin bu dikkat ve özeni göstermemesi taksir teşkil eder. Yani tedbirsizlik ihmali bir tutumun ifadesidir. Fail, kendisini tedbirli davranmaya zorlayan hukuki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Tedbirsizliğin tespitinde somut olayın şartları büyük önem taşır. Hangi önlemlerin alınmaması halinde failin tedbirsiz davranmış sayılacağı duruma ve şartlara göre belirlenir.

Dikkatsizlik, olumlu bir harekette bulunmak suretiyle gösterilmesi gerekli ihtimamın gösterilmemesidir. Tedbirsizlik ve dikkatsizlik birbirlerine çok yakın iki kavram olup, çoğu zaman birlikte bulunurlar. Meslek ve san'atta acemilik ise, belirli bir meslek mensubunun kanunen ve ortak deneyimlere göre sahip olması gereken mesleki bilgiye sahip olmaması nedeniyle ölüme sebebiyet vermesi anlamına gelir. 455.maddedeki taksirli hareketlerle ilgili olarak taksirin şekilleri kısmında açıklama yapıldığından burda bu kavramlara kısaca değinmekle yetindik.

Diğer suçlarda olduğu gibi 455.maddeyi uygulayabilmek için failin taksirli hareketiyle ölüm neticesinin arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Nedensellik bağının bulunup bulunmadığı tespit edilirken bu konudaki genel kurallar uygulanır. Ölenle, failin hareketi birleşmişse ölenin hareketinin niteliğine bakılır. Eğer kusurlu olmasına rağmen normal bir hareketse failin hareketiyle netice arasındaki nedensellik bağı etkilemez. Nedensellik bağı mevcut kalır.

445.maddenin 2.fıkrasında taksirle adam öldürmenin ağırlatıcı sebepleri düzenlenmiştir. Buna göre fiilin birkaç kişinin ölümüne neden olması veya bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birkaç kişinin yaralanmasına neden olması ağırlatıcı sebeptir. Üçüncü fıkra ise, cezanın kusurun derecesine göre indirilmesi imkanını getirmektedir. Yani failin kusurlu hareketiyle ölenin kusurlu hareketinin birleşerek ölüm neticesini meydana getirmesi cezanın indirilmesini sağlayan bir durum olarak sayılmıştır. Hakimin cezanın indirim oranını belirlemek bakımından mutlak taktir yetkisi vardır. Bilirkişi raporundaki kusur oranları hakimi bağlayıcı değildir. Buna ilişkin kararlar vardır(157).

2. TAKSİR İLE MÜESSİR FİİL

T.C.K.'unun 459.maddesine göre "Her kim tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut meslek ve san'atta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlâl edecek bir zarar iras eder yahut akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet verirse... cezalandırılır".

Bu maddede düzenlenen suçun unsurları 455.maddede düzenlenen suçun unsurlarıyla aynıdır. Aralarındaki tek fark ölüm neticesinin yerine bu maddede bir kimseye cismen eza verilmesi, sıhhatinin ihlal edilmesi veya akli melekelerinde teşevvüş meydana getirilmesidir. Bu neticenin meydana gelmiş olması faili cezalandırmak için gerekli ve yeterlidir. Taksirle müessir fiilin basit şeklinin takibi şikayete bağlıdır. Taksirin bulunup bulunmadığı tespit edilirken mahalli örf ve adet, failin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlar gözönünde bulundurulur. Hayat seviyesi yüksek şehirli bir annenin küçük çocuğunu korumaktaki dikkatsizliği, kırsal kesimde yaşayan ve hayat seviyesi daha düşük olan anneye oranla farklı tesbit edilir. Şehirde yaşayan anne için taksir sayılabilen hareket, köyde yaşayan anne için taksir sayılmayabilir.

159.maddenin 2 ve 3.bendlerinde taksirle müessir fiilin ağır şekilleri düzenlenmiştir. 2.bendte 456.maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına atıfta bulunarak bu fıkradaki neticelerin meydana gelmiş olmasını taksirle müessir fiilin ağır şekli kabul etmiştir. Birkaç kişinin müessir fiil sonucu zarar görmüş bulunmasında taksirle müessir fiilin ağır şeklidir. Ancak bu durumun söz konusu olabilmesi için mağdur sayısının ikiden fazla olması gerekir. Mağdur veya mağdurların kusurlu hareketiyle failin taksirli hareketi birleşerek neticeyi meydana getirmişse kusur derecesine göre cezadan indirim yapılır.

(157) 9.CD.nin 11.10.1978 tarih, Esas:1978/3836, Karar: 1978/3846 sayılı ilamında "Mahkemenin 455/son fıkra gereğince taktir hakkını kullanırken bilirkişi raporunda belirtilen nisbete uymaya zorunlu bulunmadığına" karar vermiştir. (Dönmezer, a.g.e., sf.97).

SONUÇ

İnsanlık tarihi ile yaşıt bir kavramın, "suçun" incelenmesi hukukçuların süreklilik gösteren faaliyetidir. Çünkü suç kavramı herşeyden önce ceza hukukuna anlam veren ve hatta onun da ötesinde hayat veren bir kavramdır. Suç kavramı zamana ve topluma göre değişen bir kavramdır. Bu nedendir ki, suçun tanımı başta olmak üzere bu konu ile ilgili olarak ileri sürülecek tüm görüşler farklı ve değişmeye açık olmak zorundadır. Suç kavramının bir unsuru olan manevi unsur konusundaki görüş farklılıkları da henüz sona ermiş değildir.

Suç kavramının tarihsel geçmişine baktığımızda manevi unsurun diğer unsurlara göre geç farkedildiğini ve çok uzun süren gelişme ve değişmelerin sonucunda ortaya çıktığını görürüz. Asıl manevi unsur olarak nitelendirilmesine rağmen bizce kusurlulukla manevi unsur eş anlamlı değildir. Çünkü kusurluluğu manevi unsur olarak anlamak manevi unsurun dar yorumlanması demek olur. Gerçekte manevi unsur isnat yeteneğini de içine alan bir kavramdır. Kusurluluk ise bu bütünün çok önemli bir parçasıdır. Öyleki, kusurluluk manevi unsura anlamını kazandırır.

Ceza hukukunda bugün ulaşılan gelişmelere rağmen kusurluluk konusunda pek çok tartışmalı husus vardır. Bu sorunların çözümlenmiş olduğunu ileri sürmek henüz mümkün değildir. Kusurluluk konusundaki sorunların çözümü ceza hukukunda pek çok sorunun da çözümüne yardımcı olacaktır. Çünkü kusurluluk kavramı ceza hukuku açısından büyük önem taşır. O nedenle ceza hukukunun tarihi gelişimini adeta bu kavram etrafında toplamak mümkündür şeklindeki düşünce bizce kusurluluğun ceza hukuku bakımından taşıdığı önemi en iyi şekilde ifade etmektedir.

Kusurluluğun esasını açıklamak için ileri sürülen her iki görüşün de katılacak ve eleştirilecek yönleri vardır. Gerek psikolojik ve gerekse normatif teori tek başlarına kusurluluğun esasını izah edememektedir. O nedenle özellikle taksir sözkonusu olduğunda normatif teoriye de ihtiyaç vardır. Bizce psikolojik teorinin açıklamakta yetersiz kaldığı durumlarda normatif teoriden de yararlanılmalıdır.

Kusurluluk kavramı sorumluluk kavramını çağırıştırır. Bu iki kavram arasında o kadar yakın bir ilişki vardır ki, kusurluluk ve sorumluluk bir madalyonun iki yüzü gibidir. Birinin varlığı diğerinin bulunmasını gerekli kılar. Sorumluluk konusunda bir başka tartışma vardır. Cezai sorumluluğun esası kusurdur. Ancak "kusurlu" nitelendirilen hareket failin serbest iradesine mi dayanmaktadır? Bu soruya verilecek cevap oldukça önemlidir. Eğer failin bir iradesi serbest değilse

cezai sorumluluğundan söz etmek mümkün olmaz. Çünkü failin farklı bir şekilde davranabilme imkanı yoksa fiiline suç adını vermek mümkün olmaz. İrade özgürlüğü konusunda felsefi alandaki tartışmalar günümüzde de devam etmektedir ve ceza hukuku bakımından da irade özgürlüğü konusu büyük önem taşımaktadır.

Ancak cezai sorumluluktan bahsedebilmek için nisbi de olsa failin iradesinin özgür olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde failin iradesi özgür değilse hem hareketinin suç olduğunu iddia etmek, hem de sorumluluğundan söz edebilmek oldukça güçleşir. Bu nedenle biz irade özgürlüğünün varlığına inanan klasik mektebin görüşüne katılmaktayız.

Kusurlulukla isnad yeteneği arasında yakın ilişki olduğu bir gerçektir. Ancak, isnad yeteneğinin suçun bir unsuru olmayıp, failin şahsi bir niteliği olduğu görüşünderiz. Aralarındaki sıkı bağlar nedeniyle isnad yeteneği ve kusurluluğun birlikte araştırılması gerekir.

Kusurluluktan söz edebilmek için kusurlu bir iradenin varlığı gerektiğinden iradeyi zorlayan belli bir şekilde davranmaya yönlendiren ya da dış etkenler dolayısıyla gerçekleşen kaza ve tesadüf, mücbir sebep cebir, ikrah ve tehdit, yanılma ve sapma adı verilen bu nedenler kusurluluğu ortadan kaldırır. Bu nedenler sonucu bakımından aynı olmalarına rağmen farklı özellikler gösterirler. Her bir nedenin diğerleriyle ortak ve ayrı yönleri vardır.

Kusurluluk başlıca iki şekilde ortaya çıkar. Kast ve taksir. Gerek kast ve gerekse konusunda tartışmalar halen devam etmektedir. Kastı açıklamak için iki teori ileri sürülmüştür. Biz hem tasavvur ve hem de irade teorisinin kastı tek başına açıklayamadığı görüşünderiz. Kast, öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olduğuna göre kastın hukuki esası açıklanırken her iki teori bağdaştırılmalıdır. Kast kavramıyla ilgili bir başka kavramda saiktir. Biz, saiki kastın bir unsuru olarak görmüyoruz, ancak gözardı da edilemez. Eğer saik, ağırlatıcı neden olarak özel bir önem taşıyorsa, değer tanınmak zorundadır.

Suç, bir suç işleme kararı ile başlayan ve belirli bir zaman dilimi içinde gerçekleşen insan hareketidir. Bu nedenle kast, suçun her safhasında farklılık gösterebilir. Örneğin başlangıçta olabileceği gibi sonradan da eklenebilir. Kastın tesbiti, özellikle tayin edilecek cezayı etkilediğinden oldukça büyük bir önem taşır. Çünkü hem failin hareketinin hangi suç olduğu yani suçun vasıflandırılması yapılacak ve hem de buna göre cezası tayin edilecektir. Kastın tespitinde suçun işlendiği yer, işleniş tarzı, zaman gibi ölçütlerden yararlanılarak bir sonuca varmak zorunludur. Bu nedenle her somut olay kendi koşulları içinde değerlendirilerek kast tespit edilmelidir.

Kastın bazı ölçütlere göre ayrımlara tabi tutulması mümkündür. Ayrıca kast derecelendirmeye de elverişlidir. Yoğunlaşma ölçüt alınarak derecelendirme yapıldığında bir başka kavram ortaya çıkar tasarlama. Kastın yoğunlaşmış hali olarak ifade edilen tasarlama konusunda iki teori ileri sürülmüştür. Soğukkanlılık teorisi ve plan kurma teorisi. Eleştirilecek yönleri olmakla birlikte plan kurma teorisinin tasarlamanın hukuki esasını daha iyi açıkladığı görüşündeyiz. Tasarlama ile tahrikin iki farklı ruh halinin ifadesi olduğu ve bu nedenle bir arada bulunamayacağı görüşüne katılmıyoruz. Bizce tasarlama ve tahrik bir arada bulunabilir.

Kastın aşılması halinin sübjektif sorumluluk esasının bir istisnası olduğu görüşündeyiz. O nedenle T.C.K.'unun 452.maddesinde yer alan suçtan doğan sorumluluğun esasını kasta veya taksire tayandırmaya gerek yoktur. Bizce kastın aşılması T.C.K.'unun 45.maddesinin kapsamında düşünülmelidir.

Kusurluluğun diğer şekli taksirdir. Taksirli suçlarla ilgili olarak şnları ifade edebiliriz. Taksir uzun sayılabilecek bir tarihçeye sahiptir. Özellikle son yüzyılda büyük önem kazanmaya başlamıştır. Kanunumuzda taksirin tanımlanmamış olmasını bir eksiklik olarak görüyoruz. Her ne kadar taksir teşkil edilecek hareketlerin sayılması suretiyle bu eksiklik giderilmeye çalışılmışsa da yine de genel bir tanım yapılmış olsaydı daha yararlı olurdu.

Öngörebilme teorisinin taksirin hukuki esasını açıklamada diğer teorilere göre getirdiği ölçütler nedeniyle daha üstün olduğunu düşünüyoruz. Bizce öngörebilme teorisi taksirin hukuki esasını açıklamada tüm eleştirilere rağmen yeterlidir. Taksir, belirli unsurların varlığı halinde söz konusu olur. Bunlar taksirin unsurlarıdır. Taksirden söz edebilmek için öncelikle fiilin taksirle işlenebilen bir suçu olması, hareketin iradiliği, neticenin iradi olmaması, neticenin öngörülebilmesi ve hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Taksir istisnai bir kusurluluk türüdür ve kanuni dayanağı T.C.K.'unun 45.maddesidir. Bu madde hem kuralı, hem de istisnaları düzenlemektedir.

Taksirin temelini dikkat ve ihtimam görevine riayetsizlik oluşturur. Taksir bazı şekillerde ortaya çıkar. Her şeklin benzeri ve farklı yönleri vardır. Ayrıca bizce bilinçli taksirin varlığı inkar edilemez. Özellikle öngörebilme ölçütü daha çok uygulama alanı bulur. Taksir derecelendirilebilen bir kavramdır. Ancak kanunumuz bakımından önem taşımamaktadır. Ayrıca, bilimsel olarak böyle bir ayırımın mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Taksir, istisna olduğundan ancak pek ağır suçlarda cezalandırılmaktadır. Taksirle adam öldürme ve taksirle müessir fiil bu suçların başlıcalarıdır. Her iki suçunda maddi unsuru neticenin gerçekleşmiş olması, manevi unsuru ise taksirli hareketin varlığıdır. Birleşik kusur ise bu suçlarda cezayı azaltıcı nedendir.

KAYNAKÇA

- Alabay, Ali Rifat : Neticesi Ewelden Öngörülen Hata Adliye Ceridesi, 1938, sf.1-6.
- Alacakaptan, Uğur : Suçun Unsurları, Ankara 1973.
- Çağlayan, Muhtar : Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik Neticesi Ölüme Sebebiyet Verme, İHFD. C.XXIV, S.12.
- Çağlayan, Muhtar : Türk Ceza Kanunu, Ankara 1985, C.I, II, III, IV.
- Delogu, Tullio : Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi, AHFD, C.XXXIX,(Çeviren: Yüksel Ersoy).
- Dönmezer, Sulhi : Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1981.
- Dönmezer, Sulhi : Cezai Mesuliyetin Esası, İstanbul 1949.
- Dönmezer, Sulhi : Maddi Sebebiyet Alakası, İÜHF. Mecmuası C.9.
- Dönmezer, Sulhi - Erman Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I, İstanbul 1981.
- Dönmezer, Sulhi - Erman Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.II, İstanbul 1981.
- Erem, Faruk : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 1984.
- Erem, Faruk : Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin, Ankara 1968.
- Erem, Faruk : Adalet Psikolojisi, Ankara 1988.
- Erem, Faruk : Teammüd AÜHFD, C.XXXVII, S.1-4.
- Erem, Faruk - Toroslu, Nevzat : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1983.
- Gölcükle, Feyyaz : Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 1983.
- Gözübüyük, Abdullah Polat : Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara 1972.
- Güriz, Adnan : İrade Hürriyeti, II, AÜHFD, C.XXIV, Sayı: 1-4, 1967.
- Haftızoğulları, Zeki : Ceza Normu, Ankara 1987.

- İçel, Kayıhan : Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.
- Kantar, Baha : Türk Ceza Hukuku, Tarihsiz.
- Kunter, Nurullah : Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954.
- Kunter, Nurullah : Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.
- Taner, Tahir : Ceza Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1953.
- Tosun, Öztekin : Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul 1982.
- Vidal, Magnol : Ceza Hukuku, Ankara 1946(Çeviren: Şinasi Z. Devrin).
- Yüce Turan Tufan : Ceza Hukuku Dersleri, C.I, Manisa 1982.
- Yüce Turan Tufan : Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985.