

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KUSURLULUK

HAZIRLAYAN

Kıvılcım Ceren Büken

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Ezgi Aygün EŞitli

ANKARA - 2020

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 29/05/2020

Öğrencinin Adı, Soyadı: Kıvılcım Ceren Büken

Öğrencinin Numarası: 21620249

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Doç. Dr. Ezgi Aygün Eşitli

Tez Başlığı: Türk Ceza Hukukunda Kusurluluk

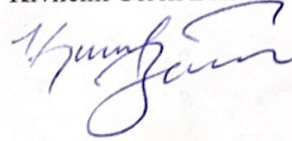
Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 104 sayfalık kısmına ilişkin 04/04/2020 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre tezimin benzerlik oranı %16'dır.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarında tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

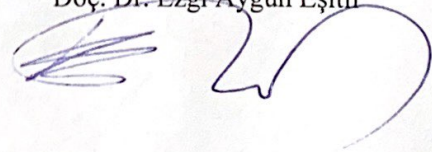
Kıvılcım Ceren Büken



29/05/2020

Öğrenci Danışmanı

Doç. Dr. Ezgi Aygün Eşitli



ÖZET

Bu tez çalışmasında ceza hukukunda kusurluluk kavramı tarihi ve felsefesiyle birlikte ele alınmış ve Türk Ceza Hukuku'ndaki düzenlemesi doktrindeki tartışmalarla birlikte incelenmiştir.

Günümüzde kusurluluk suçun unsurlarından biri kabul edilmiş ve kusursuz suç olmaz ilkesi benimsenmiştir. Çalışmamızda kusurluluğun türleri olan kast ve taksir ayrıntıyla incelenmiş, hukukumuzda varlığını sürdürdüğünü düşündüğümüz istisnai objektif sorumluluk halleri taksir karinesine dayanan kusurlu sorumluluk başlığı altında ele alınmış, ve kusurluluğu kaldıran nedenler anlatılmıştır.

Anahtar kelimeler: Kusurluluk, Kast, Taksir, Objektif Sorumluluk, Ceza sorumluluğunun tarihsel gelişimi, Kusurluluğu kaldıran nedenler.

ABSTRACT

The present dissertation discusses the history and philosophy of “*mens rea*”, and provides an explanation of the current regulation of mens rea in Turkish Criminal Law, including the many theoretical disputes surrounding the subject.

Mens rea is one of the founding elements of crime, it is an acknowledged principle in criminal law no act will constitute a crime unless mens rea is present. This study examines with detail the main states of mens rea which are intent and negligence, discusses the regulations of objective responsibility still present in Turkish Criminal Law in our opinion, and explains legal defenses pertaining to the absence of mens rea.

Key words: Mens rea, Intent, Negligence, Objective responsibility, History of criminal responsibility, Defenses pertaining to the absence of mens rea.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	VII
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM I

KUSURLU SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. DEVLETİN CEZALANDIRMA HAKKI BAĞLAMINDA KUSURLULUĞUN GELİŞİMİ.....	3
1.1.1. Devlet Öncesi Dönem.....	3
1.1.1.1. Tarihsel Devlet Öncesi Dönem.....	4
1.1.1.2. Teorik Devlet Öncesi Dönem.....	6
1.1.2. Devletlerin Ortaya Çıkmasından Sonraki Dönem.....	9
1.1.2.1. Eski Hukuk Düzenleri.....	10
1.1.2.2. Batı Hukuku.....	10
1.1.2.2.1. Yunan Hukuku ve Felsefesi.....	10
1.1.2.2.2. Roma Hukuku.....	11
1.1.2.2.3. Germen Hukuku.....	13
1.1.2.2.4. Kanonik Hukuk.....	13
1.1.2.2.5. Müşterek Hukuk (Pandekt Hukuku).....	14
1.1.2.2.6. Aydınlanma Çağı.....	15
1.2. CEZA HUKUKU OKULLARININ KUSURLU SORUMLULUĞA BAKIŞI.....	16
1.2.1. Klasik Ceza Hukuku Okulu.....	16
1.2.2. Pozitivist Ceza Hukuku Okulu.....	19
1.2.2.1. İtalyan Üçüncü Okulu.....	21
1.2.2.2. Sosyal Savunma Okulu.....	21
1.2.3. Teknik Ceza Hukuku Okulu.....	22
1.2.4. Gerçekçi Ceza Hukuku Okulu.....	22

1.2.5. “Yeni” Bir Akım: Nörobilim ve Ceza Hukuku Meselesi.....	23
1.3. TARİHSEL GELİŞİMİ İÇİNDE CEZAI SORUMLULUĞUN ALMIŞ OLDUĞU ÇEŞİTLİ BİÇİMLER.....	26
1.3.1. Başkasının Fiilinden Sorumluluk.....	26
1.3.2. Objektif Sorumluluk.....	27
1.3.3. Kişilik Yönünden Sorumluluk.....	27
1.3.4. Kusurlu Sorumluluk.....	28

BÖLÜM II

GENEL OLARAK KUSURLULUK

2.1.KUSURLULUĞUN ESASI.....	30
2.1.1. Kusurluluğun Psikolojik Anlayışı.....	30
2.1.2. Kusurluluğun Normatif Anlayışı.....	31
2.1.3. Davranışın Amaçsallığı Teorisi.....	32
2.1.4. Failin Kusuru Teorisi.....	34
2.1.4. Değerlendirme.....	34
2.2. SUÇUN UNSURLARI BAKIMINDAN KUSURLULUK.....	36
2.2.1.Kusuru Suçun Unsurlarından Kabul Eden Görüşler.....	36
2.2.1.1. Kusuru Suçun Unsuru Kabul Edip Kast ve Taksiri Kusur Unsuru İçinde Ele Alan Görüşler.....	36
2.2.1.2. Kusuru Suçun Unsuru Kabul Edip Kast ve Taksiri Kusur Unsuru İçinde Ele Almayan Görüşler.....	40
2.2.2. Kusuru Suçun Unsurlarından Kabul Etmeyen Görüşler.....	43
2.2.3. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. Maddesi Açısından Kusurluluk.....	43
2.2.4. Değerlendirme.....	45
2.3. ANLAMA VE İSTEME YETENEĞİ İLE KUSURLULUK ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	45
2.3.1. Anlama ve İsteme Yeteneğinin Kusurluluğun Ön Şartı Olduğu Yönündeki Görüş.....	48
2.3.2. Anlama ve İsteme Yeteneğinin Kusurluluğun Unsuru Olduğu Yönündeki Görüş.....	48
2.3.3. Anlama ve İsteme Yeteneğinin Kusurluluktan Bağımsız, Failin Bir Özelliği	

Olduğu Yönuindeki Görüş.....	49
2.3.4. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. Maddesi Açısından Anlama ve İsteme Yeteneği.....	50
2.3.5. Değerlendirme.....	51

BÖLÜM III

KAST

3.1. KASTIN ESASI.....	53
3.1.1. Tasavvur Teorisi.....	53
3.1.2. İrade Teorisi.....	54
3.1.3. Değerlendirme.....	54
3.2. KASTIN UNSURLARI.....	55
3.2.1. Bilme Unsuru.....	55
3.2.1.1. Fiilin Hukuka Aykırılığının Bilinmesi.....	56
3.2.1.2. Fiilin Antisosyal Niteliğinin Bilinmesi.....	57
3.2.2. İsteme Unsuru.....	57
3.3. KAST ÇEŞİTLERİ.....	57
3.3.1. Doğrudan Kast – Olası Kast.....	58
3.2.2. Genel Kast – Özel Kast.....	61
3.3.3. Zarar Kastı – Tehlike Kastı.....	62
3.3.4. Ani Kast- Tasarlama Kastı.....	63
3.3.5. Başlangıç Kastı – Hemzaman Kast – Sonradan Ortaya Çıkan Kast.....	65

BÖLÜM IV

TAKSİR

4.1. TAKSİRİN ESASI.....	67
4.2. TAKSİRİN UNSURLARI.....	69
4.2.1. Taksirle İşlenebilen Bir Suçun Bulunması.....	69
4.2.2. Hareketin İstenmiş Olması.....	69
4.2.3. Davranış Kuralının İhlal Edilmesi.....	70
4.2.4. Sonucun Faile Yüklenebilir Olması.....	71

4.2.5. Davranış ile Sonuç Arasında Nedensellik Bağı Bulunması.....	72
4.3. TAKSİRİN BELİRLENMESİ.....	75
4.4. BEKLENMEYEN HAL.....	77
4.5. TAKSİRİN ÇEŞİTLERİ.....	78
4.5.1. Basit Taksir.....	79
4.5.2. Bilinçli Taksir.....	79
4.5.3. Olası Kast ve Bilinçli Taksir Ayrımı.....	81
4.6. “TAKSİR KARİNESİNE DAYANAN” KUSURLU SORUMLULUK.....	82
4.6.1. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇ.....	82
4.6.2. BASIN SUÇLARINDA “TAKSİR KARİNESİNE DAYANAN” KUSURLU SORUMLULUK.....	88

BÖLÜM V

KUSURLULUĞU KALDIRAN NEDENLER

5.1. FİİL İLE FAİL ARASINDAKİ PSİŞİK BAĞI KALDIRAN NEDENLER.....	90
5.1.1. Kendinde Olmama.....	90
5.1.2. Maddi Cebir.....	91
5.1.3. Mücbir Sebep.....	92
5.2. HATA.....	92
5.2.1. Kural Üzerinde Hata.....	94
5.2.2. Fiil Üzerinde Hata.....	95
5.2.3. İsabette Hata/Sapma.....	96
5.3. MANEVİ CEBİR VE İSTENEMEZLİK İLKESİ.....	97
5.3.1. Manevi Cebir.....	98
5.3.2. İstenemezlik İlkesi.....	98
SONUÇ.....	101
KAYNAKÇA.....	105

KISALTMALAR

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Akt.: Aktaran

C.: Cilt

CD: Ceza Dairesi

CMK: 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu

Çev.: Çevirmen

E.: Esas

e.t.: Erişim Tarihi

Ed.: Editör

i.: İçinde

i.b.: İlk Basım Tarihi

Iss.: Issue

s.: Sayfa

S.: Sayı

t.: Tarih

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TCK: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

V.: Volume

Y.: Yıl

GİRİŞ

Aydınlanma'nın ruhunu taşıyan, modern medeniyetlerin özgürlükçü özünün bir yansıması olan insancıl ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri şüphesiz kusursuz suçun olmayacağı ilkesidir. Bu çalışmada ceza hukukunda kusurluluğun tarihi, felsefi ve teorik yönleriyle ele alınacak, Türk Ceza Hukuku özelinde incelenecektir.

Kusurluluk kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle insanlığın bu kavramı ortaya çıkarabilmesine yol açan tarihsel ve düşünsel süreçlerin araştırılması gerektiğine inandığımızdan çalışmamıza bu süreçlerin anlatımı ile başlamayı uygun bulduk. Bu nedenle çalışmamızın birinci bölümünde devlet öncesi insan topluluklarından günümüze suç ve ceza anlayışının, cezalandırmanın amacı ve meşruiyeti konusundaki düşüncelerin farklılaşmasının izinde ceza hukukunda kusurluluğun gelişimi aranacaktır. Bahsedilen süreçte devletin egemenliği ve bu egemenliğin dayanağı, bireyin özgürlükleri ve "insan"ın anlamı konularındaki düşüncelerin değişiminin ceza hukukunu nasıl değiştirdiği ve kusurlu sorumluluk düşüncesinin oluşumuna nasıl katkıda bulunduğu gözlemlenecektir. Bir suçun oluşması için yalnızca dış dünyaya yansıyan bir fiilin ve fiil ile netice arasında bir nedensellik bağının olmasının yeterli görülmeyip de failin fiilinin kusurlu bir irade tarafından meydana getirilmiş olmasının aranmasının insanlık tarihinde gerçekleşen en büyük aşamalardan biri olduğu söylenebilir.¹

Çalışmamızın “Genel Olarak Kusurluluk” başlıklı ikinci bölümünde işte günümüzde varılan noktada Türk Ceza Hukuku’nda kusurlu sorumluluğun ne anlama geldiği anlatılacak, doktinde pek çok konuda birbirinden ayrılan görüşler suçun unsurlarına ayrılması açısından, kusurluluğun suçun unsurlarından olup olmadığı açısından, kusurluluğun kapsamı açısından ve anlama ve isteme yeteneği ile kusurluluk arasındaki ilişki açısından sınıflandırılarak değerlendirilecek ve kusurluluğu suçun unsurlarından kabul eden ve kast ve taksiri kusurluluk unsurunun içinde değerlendiren görüşümüz anlatılacaktır. Anlama ve isteme yeteneğinin ise kusurluluktan bağımsız, failin bir özelliği olduğu savunulacaktır.

¹ Güngör, D.: “Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata”, Ankara Üniversitesi Doktora Tezi, 2006, s.1.

“Kast” ve “Taksir” başlıklı üçüncü ve dördüncü bölümlerde kast ve taksirin esası, çeşitleri ve kast ve taksir konusunda doktrindeki tartışmalar aktarılacak, yine "Taksir" başlığı altında “Taksir Karinesine Dayanan Kusurlu Sorumluluk” incelenerek kusur sorumluluğuna dayanan ceza hukukumuzdan çıkarılmaya çalışılan objektif sorumluluk hallerinin hukukumuzda varlığını sürdürdüğü savunulacak ve nihayet beşinci ve son bölümünde benimsemiş olduğumuz görüşler kapsamında “Kusurluluğu Kaldıran Nedenler” anlatılacaktır.

Her biri ayrı birer monografinin konusu olabilecek bölüm başlıklarımızın kapsamı kusurluluk gibi tartışmalı bir konunun bir yüksek lisans tezi kapsamında anlatabileceği genişlikte tutulmuş, iki yazarın görüşlerinin birbiriyle örtüşmesinin zor olduğu bu konunun ele alınmasında bize yakın gelen görüşler benimsenmiş ve diğer görüşlerden de bahsedilmiştir.

BÖLÜM I

KUSURLU SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Modern ceza hukukunun anlaşılması için insanlığın modern ceza hukukunun ortaya çıkışına dek geçtiği aşamaların ve bu aşamaları oluşturan dönemlere hakim olan suç ve ceza anlayışlarının anlaşılması gerekir. Çalışmamızın birinci bölümünde kusurluluk fikrinin gelişiminin araştırılması kapsamında devletlerin ortaya çıkmasından önceki tarihsel döneme hakim olan suç ve ceza anlayışından, modern devlet kuramının temelini oluşturan devletin ortaya çıkışı teorilerinden ve bu teorilerin cezalandırmanın meşruiyeti konusundaki temellendirmelerinden söz edilecek, devletlerin ortaya çıkmasından sonra tarih boyunca cezai sorumluluğun aldığı çeşitli biçimler ve farklı ceza hukuku okullarının kusurlu sorumluluğa bakışı anlatılacaktır.

Batı hukukunda cezai sorumluluğun gelişiminin anlatılmasında genellikle kolektif ve objektif sorumluluğun benimsenmesinden kusurlu sorumluluğun benimsenmesine doğru ilerleyen bir gelişim sürecinden geçildiğinden söz edilmekte, bu sürecin Aydınlanma ile şekillendiği belirtilmektedir. Bu anlatım yanlış olmamakla birlikte esasen insan fiilinin kınanabilmesi için kusurlu olması gerektiği düşüncesi Aydınlanma'dan çok daha önceki dönemlerin felsefesinde takip edilebilmekte ve çeşitli hukuklarda izleri bulunabilmektedir; aynı şekilde, modern ceza hukukunda ve dolayısıyla bugünün Türk Ceza Hukukunda objektif sorumluluğun kalıntıları mevcuttur.

Bahsedilen nedenlerle çalışmamızda kusurlu sorumluluğun tarihsel gelişiminin anlatılmasında öncelikle tarihsel bir sıra izlenecek ve daha sonra başkasının fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk ve kusurlu sorumluluk yeniden değerlendirilecektir.

1.1. DEVLETİN CEZALANDIRMA HAKKI BAĞLAMINDA KUSURLULUĞUN GELİŞİMİ

1.1.1. Devlet Öncesi Dönem

Devlet öncesi insan topluluklarındaki suç ve ceza anlayışının incelenmesinde bu konudaki tarihsel gerçeklerin incelenmesi yanında bu konudaki teorilerin de

incelenmesi önemlidir; zira devletin ortaya çıkış teorilerini oluşturmuş John Locke, Thomas Hobbes ve Jean Jacques Rousseau gibi düşünürler modern devlet anlayışının temellerini atmış fikirleri ortaya koymuşlar, ve bu nedenle modern devletin suç ve ceza anlayışının ortaya çıkmasında büyük rol oynamışlardır. Bu yazarların düşüncelerinin bu kısımda incelenmesi kronolojik sıralamayı bozacak da olsa, modern devletin üstüne kurulu olduğu düşüncenin bu yazarların devlet öncesi dönem hakkındaki varsayımları olduğu gözetildiğinde bu varsayımlara bu kısımda yer verilmesinin düşünce dizimi açısından uygun olduğunu düşünüyoruz.

Başlamadan önce belirtmek gerekir ki devlet öncesi dönemde “cezai sorumluluk”tan bahsetmek esasen doğru olmayacaktır, devletin olmadığı bir düzende kuralları koyan ve kurallara uymayanlara yaptırım uygulayan meşru bir otorite olmaz. Bu nedenle bu bölümde kullanılan ceza hukuku terimleri geniş anlamda anlaşılmalıdır.

1.1.1.1. Tarihsel Devlet Öncesi Dönem

Tarihsel devlet öncesi dönem, “ilkel ceza hukuku dönemi” olarak da adlandırılmaktadır.² Bu tabirden insanların aile, kabile ve aşiret halinde yaşadığı ve henüz devlet yapılanmasına geçilmesinden önceki tarihsel dönem anlaşılmaktadır.³

Tarihsel devlet öncesi dönemde bir kişi bir diğerine zarar verici bir eylemde bulunduğu anda, bu “suç” karşılığında “yaptırım”ı mağdur kendisi uygulayabileceği gibi mağdurun yakınları, ailesi veya mensup olduğu klan veya kabile de uygulayabilirdi. Bu şekilde gelişen kişisel öç alma ve kan davaları genellikle verilen zarardan çok daha fazla zarar verme biçiminde uygulandığından zamanla kişisel öcü sınırlandıracak yaptırımlar ortaya çıkmıştır.⁴ Bu yaptırımlar “klan dışı etme”, “kisas” ve “diyet ödeme”dir.⁵

Zarar veren ile zarar gören aynı topluluğun mensubu olduklarında bu topluluğun “başkan”ının zarar vereni cezalandırması gerekirdi, bu dönemde tanrının emirleri ile insanların koyduğu kurallar arasında bir ayırım yapılmamış olduğundan suç tanrıya karşı

² Dönmezer, S./ Erman, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım I, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 47.

³ Dönmezer/ Erman, I, s. 47.

⁴ Centel, N./ Zafer, H./ Çakmut, Ö.: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s.15.

⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.15

işlenen bir günah ve ceza da toplumun günahkara gösterdiği bir tepkiydi.⁶ Başkanın cezalandırabileceği fiiller örf ve adetle sınırlandırılabilirdi ve başkan bu fiilleri keyfi biçimde cezasız bırakamazdı, zira dini inançlar fiillerin cezalandırılmasını emreder ve bu emirler yerine getirilmediğinde kabilenin başına kötülüklerin geleceğine inanılırdı.⁷

Zarar veren ile zarar görenin aynı topluluğun mensubu olduğu durumda zarar verene uygulanabilecek yaptırımlardan “klan dışı etme”, suçlunun klanın dışına atılması ve doğa olayları ve vahşi hayvan saldırıları karşısında tek başına kalması şeklinde gerçekleşmekteydi. Suçlu klan dışına atıldığında suçun yaratmış olduğu karşılıklı oç alma tepkileri ve kan davalarının oluşması engellenmiş oluyordu.⁸

Aynı yaptırımlardan “kisas” işlenen suça aynen, göze göz, dişe diş karşılık verilmesiydi. Kişisel oç alma verilen zarara karşılık çok daha büyük zararlar vermekle sonuçlanabildiğinden kisasın gelişmesi bir ölçülülük içermesi açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.⁹

Diyet ödeme ise suçu işleyen ile suçtan zarar gören arasında bir uzlaşmaya varılması sistemiydi. Suçu işleyen suçtan zarar görene para veya mal olmak üzere bir bedel verir, suçtan zarar gören de bu bedel karşılığında karşı taraftan oç alma hakkından vazgeçerdi.¹⁰

Zarar verici fiilin başka bir topluluğun mensubu tarafından gerçekleştirilmesi durumunda topluluk içinden olmayan zarar verene yaptığını ödetmek için bahsedilen yöntemlerin kullanılması imkansızlaşıyordu, bu halde zarar verene yaptığını ödetmenin yolu zarar verenin mensup olduğu topluluktan oç almak olarak ortaya çıkıyor, bireyin zarar verici hareketinin öcü onun mensup olduğu insan grubundan aralarında ayırım gözetmeksizin almıyordu.¹¹ İşte bu düzende sorumluluk kişisel değil kolektifti.

Devlet öncesi dönemde yanlış davranışlarıyla bir zarara yol açmış kişiye verdiği zararın ödetilmesi kişinin kendisinden oç alınması şeklinde olabildiği gibi kişinin mensup

⁶ İçel K.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 65.

⁷ Dönmezer / Erman I, s. 48.

⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s.15.

⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.15.

¹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.15.

¹¹ Dönmezer/ Erman I, s.49.

olduğu topluluğun diğer üyelerinden öç alınması şeklinde de gerçekleşebiliyordu dedik. Bireylerin başka bir kişinin fiilinden sorumlu tutulabildiği bu dönemde fail kendi fiilinden sorumlu tutulduğunda da yanlış yaptığındaki manevi durumu tepki verenleri ilgilendirmiyordu, ortada “yanlış” bir davranışın ve bu davranışın bir sonucunun olması bahsedilen ödetme tepkilerinin ortaya çıkması için yeterliydi.

Esasında ilkel öç alma duygularının zarar verici davranışta bulunan kimsenin manevi durumuna önem vermemesi şaşılacak bir şey değildir. İnsana acı veren her şey öfke ve nefret duyguları doğurur; örneğin elini kapıya sıkıştıran bir kimsenin kapıya hiddetle vurmasında insan doğasının benzer bir tepkisinin açığa çıktığı öne sürülmüştür.¹² İlkel ceza hukukundaki cezai sorumluluğun failin davranışında kusurlu olup olmadığını araştırmaması da benzer bir hisse dayandırılabilir, bir yanlış yapılmış ve bir zarar meydana getirilmiştir, failin bu davranışı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olup olmadığı tepki vereni ilgilendirmemektedir.¹³

1.1.1.2. Teorik Devlet Öncesi Dönem

Devletin oluşumu hakkında Aydınlanma döneminde ortaya atılan teoriler devlet öncesi dönemdeki “cezai sorumluluk” hakkında pek çok varsayım içermektedir. Bu varsayımların önemi devletin oluşumunun kendisinin bir “ceza hukuku”na ihtiyaç duyulmuş olmasına dayandırılmasında yatmaktadır. Devletin ortaya çıkışıyla ilgili bu teoriler devletin egemenlik ve cezalandırma yetkilerine meşru bir temel arayışı çerçevesinde ortaya atılmıştır ve çoğu zaman tarihsel gerçeklerle eş olma kaygısı gütmemektedirler.

Rasyonel doğal hukukun ve toplum sözleşmesi kavramının yaratıcısı olarak anılan Hugo Grotius (1583-1645) 1651’de yayımlanan “De Jure Belli Ac Pacis”inde meşru "savaş" nedenlerini sayarken “özel savaş”a da değinir, buna göre devlet öncesi dönemde zarar gören bir kişi rasyonel doğal hukuk çerçevesinde kendisine zarar verene meşru bir “özel savaş” açabilecek ve bunu üç durumda yapabilecektir, meşru savunma, kendisinin

¹² Holmes, O.: The Common Law, 42. Bası, 1948, 3.; Robinson P.: “A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability”, Hastings Law Journal C. 31 S. 4, 1980, s.824.

¹³ Sayre, F.: “The Aims of the Criminal Law”, Harvard Law Review, C. 45, S. 6 (1932) 974-1026, s.975.

olanı geri alma, ve ceza verme.¹⁴ Grotius'a göre insanlar barış içinde yaşamak için bir araya gelmişler ve bir arada kalma iradelerini bir sözleşme ile onaylamışlardır. Devletin bu şekilde bir sözleşme ile ortaya çıkmasından sonra cezalandırma yetkisi devletin eline geçmiştir. Ceza genel anlamda kötülük edene kötülük çektirme olmakla birlikte toplum, mağdur ve fail açısından da yararlıdır.¹⁵ Fail açısından yararlı olmasının nedeni bir rehabilitasyon işlevi görmesi, mağdur açısından yararlı olmasının nedeni faili yeniden suç işlemekten alıkoyması ve toplum için yararlı olmasının nedeni de genel önleme işlevi, yani diğer insanları suç işlemekten vazgeçirmesidir.¹⁶

Thomas Hobbes (1588-1679) 1651 yılında yayımlanan "Leviathan"ında devlet öncesi dönemde insanlar arasında bir sözleşme olmadığından "doğru" veya "yanlış"ın da olmadığını, ancak bir sözleşme yapıldıktan sonra bu sözleşmeye aykırı davranılması halinde bir "yanlış"tan bahsedileceğini söyler.¹⁷ Bu halde devlet öncesi dönemde mülkiyet, adalet gibi kavramlar var olmayacak, güçlü olanın güçsüz olanı ezmesi doğal olacaktır.¹⁸ Kişilerin haklarını ve birbirlerine davranışlarındaki sınırlarını belirleyecek bir sözleşme olmadıkça haklar ve sınırlar da olmayacaktır.¹⁹ Bu durumu ortadan kaldırmaya yeltenen insanlar birbirlerine zarar vermeyeceklerine ilişkin sözleşmeler yapmak isteyeceklerdir, fakat karşılıklı güvene dayanan bu sözleşmenin ihlal edilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur ve bu açıdan bu sözleşme bir değere sahip değildir.²⁰ Bu nedenle sözleşmeye aykırı davranıldığında aykırı davranan tarafı cezalandıracak, yaptırım gücüne sahip bir üst gücün, devletin, Leviathan'ın kurulması gerekmektedir; böylece devletin sözleşmeye aykırı davrananları cezalandırma yetkisine dayanarak getirdiği ceza tehdidi kişileri sözleşmeye uygun davranmaya zorlayacaktır.²¹

Hobbes devletin ortaya çıkışının bu kötümser doğal ortamdaki güçlülerin

¹⁴ Grotius, H.: *The Rights of War and Peace*, i.b. 1625, Liberty Fund, Indianapolis 2005, s.395.

¹⁵ Küçüktaşdemir, Ö.: "Aydınlanma ve Ceza Hukuku", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2014 (113), 57-98, s.61.

¹⁶ Kalmanovitz, P.: "Hugo Grotius on War, Punishment, and the Difference Sovereignty Makes" i. Bergsmo M., Buris E., "Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers, Brüksel 2018.

¹⁷ Hobbes, T.: *Leviathan*, i.b. 1651, Penguin Books, Londra 1985, s.202.

¹⁸ Hobbes, s.110.

¹⁹ Hobbes, s.204.

²⁰ Hobbes, s.202.

²¹ Hobbes, s.202.

kendilerinden daha güçlülerin gelip de kendilerine onların güçsüzlere yaptıklarını yapmasından korktukları için birbirlerine zarar vermemeye karar vererek bir sözleşme altına girmesi ve birbirlerine zarar verdiklerinde bunun karşılığını verecek olanın da kendileri değil, kurdukları üst kurum, Leviathan, devlet olmasına karar vermesi ile olduğunu söyler. Böylece herkes başkasına zarar vermeme yükümlülüğü altına girer, bir başkası kendisine zarar verdiğinde bunun karşılığını verme hakkını ise artık devlete devretmiştir. Hobbes aynı zamanda kişinin kendisini veya başkasını koruma özgürlüğünün devlete devredilemeyeceğini belirtmiş, meşru müdafaa ve zaruret hali çerçevesinde işlenen fiillerin bu nedenle sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceğini yazmıştır.²² Hobbes'un bir sözleşmenin bulunmadığı yerde "doğru" ve "yanlış"ın olmayacağı yönündeki düşünceleri daha sonra hukuki pozitivizme kaynak olacaktır.²³

John Locke'un (1632-1704) 1689'da yayımladığı "Devlet Üzerine İkinci İnceleme"sinde savunduğuna göre devlet öncesi dönemde "doğa yasası" egemendir, doğa yasası aralarında hiçbir sözleşme bulunmadığı halde bir arada yaşayan insanların yaşantısını düzenleyen, inan onuru ve tanrının insanların hakkaniyetli bir şekilde yaşamalarını istemesinin bir sonucu olarak insanların özgür ve eşit olduğu temeline dayalı bir bir arada yaşama kuralı olarak tanımlanabilir.²⁴ Doğası gereği başka insanlarla bir arada yaşamaya eğilimli olan insan doğa yasasına saygı göstermek ve bir başkasına zarar vermemek zorundadır, bu zarar vermeme yükümlülüğü insanoğlunun barış içinde yaşaması ve devamlılığı için gereklidir.²⁵ Doğa yasasına göre insanlar eşit olduklarından herhangi bir kişinin bir diğerine üstünlüğü olmayacak, bu nedenle doğa yasasının çiğnenmesi durumunda faile ceza verebilecek tek bir kurum mevcut olmayacaktır. Bu durumda doğa yasasını infaz etmek toplumdaki her bireyin hem bir hakkı hem de bir ödevi olarak ortaya çıkmaktadır.²⁶ Doğa yasasını çiğneyen kişi tanrının insanların yaşamaları için koyduğu kuralları çiğnemiş olmakla insanların huzur içinde yaşamaları kuralını tanımadığını göstermiş olmakta, dolayısıyla toplum için tehlikeli hale gelmiş olmaktadır; Locke bir insan öldüren failin bir aslan veya kaplandan farklı olmadığını, bu kişinin varlığının

²² Allen, S.: Thomas Hobbes' Theory of Crime and Punishment, 2016, Queen Mary University of London Doktora Tezi, s.26.

²³ Küçüktaşdemir, Aydınlanma, s.61.

²⁴ Locke, J.: Second Treatise of Government, i.b. 1690, ed. C.B. Macpherson, Hackett Publishing Company, Indianapolis 1980, s.13.

²⁵ Locke, s.13.

²⁶ Locke, s.10.

topluluğunun güvenliğini aynı şekilde tehdit ettiğini ve bu nedenle öldürülmesi gerektiğini savunmuştur. İnsanların birbirlerine zarar vermemesi için konulmuş kuralların oluşturduğu birlik bu kişi tarafından bozulmuş olduğundan, birliğin yeniden tesis edilmesi ancak failin cezalandırılmasıyla olacaktır.²⁷

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) da 1762’de yayımladığı “Toplum Sözleşmesi”nde devletin kurulmasını bir sözleşmeye dayandırmış ve bu toplum sözleşmesinin yapılmasından önceki devlet öncesi durumda doğa yasası gereği özgür olan bireylerin özgürlüklerinin sınırını fiziksel güçlerinin çizdiğini, bu halde, kimse sonsuza kadar en güçlü olamayacağı için bireylerin güçlerini birleştirerek doğal özgürlüklerinin bir kısmından vazgeçip bunun yerine mülkiyet hakkı gibi medeni özgürlükler elde ettiklerini yazmıştır.²⁸ Rousseau’ya göre devletin oluşmasından sonra özgür bireyin iradesi “genel irade”nin (*volonté générale*) içinde eriyecek ve insanlar artık içgüdüleriyle değil “adalet” çerçevesinde hareket edeceklerdir; çünkü kuralların varlığı onları hareket etmeden önce bir muhakeme yapmaya zorlayacaktır.²⁹

Cesare Beccaria (1738-1794) da 1764’te yayımlanan “Suçlar ve Cezalar Hakkında”sında her insanın kamusal emanete özgürlüğünün küçük bir parçasını verdiğini ve bireylerin topluluğun yararına vazgeçtikleri bu küçük özgürlük parçalarının devletin ceza verme yetkisinin temelini oluşturduğunu yazmıştır.³⁰

1.1.2. Devletlerin Ortaya Çıkmasından Sonraki Dönem

Devletin ortaya çıkması hukukun da ortaya çıkması demektir ve ilkel de olsa artık bir ceza hukukundan bahsedilebilecek ve ceza hukuku düzenlerinde kusurluluğa yer verilip verilmediği incelenebilecektir. Bu kısımda ceza hukukunun ve özellikle bizim ceza hukukumuzun da dayandığı Batı ceza hukukunun tarihi kısaca incelenecek, kusurluluk düşüncesinin ortaya çıkışı ve gelişimi tarihsel bir sıra izlenerek gözlenmeye çalışılacaktır.

²⁷ Locke, s.11.

²⁸ Rousseau , s.92-96.

²⁹ Rousseau, s.95, Doehring K.: Genel Devlet Kuramı, Çev. Mumcu A., İnkılap Kitabevi İstanbul 2014, s.101.

³⁰ Beccaria C.: “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, i.b. 1764, Çev. Sami Selçuk, 6. Bası, Ankara 2016.

1.1.2.1. Eski Hukuk Düzenleri

Hammurabi Kanunlarında (M.Ö. 1760) ceza sorumluluğunda sübjektif unsura önem verilmeye başlandığı henüz çok ilkel anlamda olsa da görülebilmektedir.³¹ Örneğin kavga sırasında birini yaralayan bir kişinin isteyerek vurmadığına yemin etmesi durumunda doktor masraflarını karşılaması yeterli olmaktadır.³² Bu düzenleme bugünün anlayışı açısından ele alındığında pek çok kurumun birbirine karıştırılması olarak da görülse de failin psişik durumunun cezalandırmada bir fark yaratacak öneme sahip olması açısından önemlidir.

Eski Hintte de manevi unsura önem verildiği görülmektedir, Manu Kanunlarında (M.Ö. 200) failin cezalandırılabilmesi için kastın varlığı gerekli görülmüş, kaza sonucunda meydana gelen zararlı neticeler cezalandırılmamıştır. Örneğin bir arabanın parçalarının kırılması veya hayvanın kayışlarının kopması sonucunda bir kazanın meydana gelmesi halinde arabanın sürücüsüne ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir.³³

1.1.2.2. Batı Hukuku

1.1.2.2.1. Yunan Hukuku ve Felsefesi

Milattan önce 409 yılında ilan edilen Draco Kanunu kasten insan öldürme ile kasıt olmadan insan öldürme arasında ilkel de olsa bir ayırım yapmaktadır.³⁴

Ünlü Yunan düşünürü Aristoteles (M.Ö. 182-122) “Nikomakos’a Etik”inde bugün anladığımız anlamda ceza hukukunda kusurluluğa çok yakın olan düşüncelerini yazmıştır. Aristoteles’e göre kimse dışarıdan gelen bir etkinin sonucu olarak meydana gelen bir hareketinden sorumlu olmamalıdır. Örneğin rüzgarın itmesiyle başka bir insanın üzerine düşen kişi, veya başka bir insan tarafından üzerinde güç uygulanarak zorla hareket ettirilen kişi bu hareketten sorumlu olmayacaktır.³⁵ Failin bir kötülükten korkarak veya asil bir

³¹ İçel, Genel Hükümler, s.66.

³² Hammurabi Kanunları (madde 206), <<https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>>, e.t. 02.12.2019.; Al-Shamari, K: Kilaw Journal C. 7 S. 25, Jumada Al Akirah Rajab, 2019, s.99

³³ İçel, Genel Hükümler, s.67.

³⁴ Zacharski M., “Mens rea, the Achilles’ Heel of Criminal Law”, The European Legacy, 23:1-2, 2018, 47-59, s.50.

³⁵ Aristotle, The Nichomachean Ethics, Book III: On Moral Virtue, Çev. David Ross, Oxford University Press 2009, s.38.

amaç uğruna bir hareketi yapmaya zorlanması halinde ise bu hareketten sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır; Aristoteles burada bir tiran tarafından ailesi rehin tutulan bir kimsenin ailesinin zarar görmeden serbest bırakılması için tiranın istediğini yapması durumunu örnek göstermektedir.³⁶ Aristoteles'in düşüncesi burada zamanına göre öyle ileridir ki, çalışmamızın son bölümünde, kusurluluğu kaldıran nedenler arasında incelenecek istenemezlik ilkesine çok benzer bir mantık kurmuştur. Aristoteles zaruret haline de değinmiş ve bir fırtınada kendisini ve gemi mürettebatını kurtarmak için gemideki yükleri denize atan failin sorumlu olmayacağını söylemiştir.³⁷ Fiili hatanın kusurluluğu kaldıracağından dahi bahseden Aristoteles³⁸ çocuk ve hayvanların anlama ve isteme yeteneğinin bulunmadığını ve bu nedenle davranışlarından sorumlu tutulamayacaklarını, fakat yine de isteyerek hareket edebileceklerini yazmıştır.³⁹

1.1.2.2.2. Roma Hukuku

Milattan önce 753 yılındaki kuruluşundan sonraki ilk zamanlarında küçük tarım topluluklarının birliğinden oluşan Roma'da öncelikle yukarıda da bahsedilen ilkel ve ölçü alma temelli bir "ceza" uygulaması söz konusu olmuştur.⁴⁰ Milattan önce 6. yüzyılda Roma Hukukunun Yunan filozoflarından etkilenmeye başlaması ile kolektif sorumluluğun yerine şahsi sorumluluğun benimsenmesi eğilimi görülmüştür.⁴¹ Buna rağmen 12 Levha Kanunları'nda (M.Ö. 451- 449) gerçek anlamda bir ceza kanununun yaratıldığını söylemek güçtür, zira bu kanunlarda özel hukuk ile ceza hukuku arasına bir çizgi çizmek kolay değildir.⁴²

Roma Hukuku'nda suçlar bireysel suçlar ve kamusal suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı; bireysel suçlar kişiye, kişinin ailesine veya onuruna karşı işlenen suçlardı ve haksız fiile benzer şekilde düzenlenmiş olduklarından özel hukuka daha yakındı. Zamanla bu tür suçlar devlet tarafından ve suçtan zarar görenin talebi olmaksızın

³⁶ Aristoteles, s.38.

³⁷ Aristoteles, s.38.

³⁸ Aristoteles, s.40.

³⁹ Aristoteles, s.41.

⁴⁰ Bouley D./ Massoubre C./ Serre C./ Lang F./ Chazot L./ Pellet J.: "Les Fondements Historiques de la Responsabilité Pénale", *Annales Médico-Psychologiques*, C. 160, 2002, 396-405, s.397.

⁴¹ Bouley v.d., s.397.

⁴² İçel, Genel Hükümler, s.67.

cezalandırılmaya başlanmıştır.⁴³ Kamusal suçlar ise re'sen takip edilmekte idi; kamusal suçların içeriğini devlete karşı suçlar yanında insan öldürme, kastrasyon ve zina gibi “ağır” suçlar oluşturmaktaydı.⁴⁴

Roma Hukuku'nda sübjektif sorumluluğun gerçek anlamda ortaya çıkması Cumhuriyet döneminden önce olmamıştır. Bu dönemde kast (*dolo*), düşünüldükten sonra başkasına zarar vermek amacı ile hareket edilmesi olarak tanımlanmış ve failde bulunması gereken bu amaca “*animus*” ismi verilmiştir.⁴⁵ Taksirli (*culpa*) bir fiilde bu “*animus*”un var olmadığı ve taksirli fiilin failinin “kimseye zarar vermeme kuralı”na karşı geldiği nedeniyle cezalandırılacağı düzenlenmiştir.⁴⁶

Gerçekten Roma Hukuku'nda kanun koyucunun görevinin ahlaka uygunluğun denetimini düzenlemekten öteye gittiği anlaşılmış, bu nedenle yalnızca kasten işlenen suçlar değil kastın bulunmamasına rağmen zararlı bir neticeye yol açan davranışlar da cezalandırılmıştır, bu şekilde kanun bireylere dikkatli ve özenli davranma sorumluluğu yüklemiştir.⁴⁷ Bunun yanında Roma Hukuku yalnızca kanuna aykırı bir fiilin ve zararlı bir neticenin varlığını cezalandırma için yeterli görmemiş, *casus fortitus*, yani beklenmeyen halin varlığı halinde failin cezalandırılmayacağını düzenlemiştir.⁴⁸

Roma Hukuku'nda aynı zamanda akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü cezai sorumluluğu etkilemekte, yedi yaşından küçüklerin fiillerinden sorumlu olmadığı kabul edilmekteydi.⁴⁹

Roma Hukuku'na etkisi büyük olmuş hukukçu ve düşünür Cicero (M.Ö. 106-43) cezanın amacının asla suçluyu aşağılamak veya mağduru tatmin etmek olamayacağını, bu nedenle kimsenin babasının fiili için cezalandırılmaması gerektiğini yazmıştır.⁵⁰ Cicero cezalandırılması gerekenin failin fiili gerçekleştirmedeki niyeti (*consilium*) olduğunu ve bu

⁴³ Centel/Zafer/Çakmut, s.16.

⁴⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s.17.

⁴⁵ İçel, Genel Hükümler, s.67.

⁴⁶ İçel, Genel Hükümler, s.68.

⁴⁷ Bodenstein, H.: “Phases in the Development of Mens Rea”, The South African Law Journal, C.36, S.323, s.328.

⁴⁸ Bodenstein, s.329.

⁴⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.18.

⁵⁰ Bauman R.: “Crime and Punishment in Ancient Rome”, London 1996, s.38.; Cicero: De Officiis, i. Cicero On Duties, ed. Griffin M., Atkins E., Cambridge 2018, s.9.

nedenle kaza ve tesadüf halinde failin sorumlu olmaması gerektiğini savunmuştur.⁵¹ Cicero bir silahın iradi bir hareketle fırlatılması ve umulandan farklı bir tarafa gidip birini yaralaması halinde yaralama “niyet”inin olmayışının failin sorumlu olmayacağı anlamına gelmediğini, fakat cezasının azaltılmasını sağlayacağını da yazmıştır.⁵²

1.1.2.2.3. Germen Hukuku

Germen Hukuku’nda da Roma Hukuku’ndaki gibi bugün anladığımız anlamda bir özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı bulunmamaktaydı, “bireysel ceza hukuku” ve “kamusal ceza hukuku” ayrımı Germen Hukuku’nda da hakimdi. "Topluma direkt olarak zarar veren", veya “kötü karakterle işlenen” suçlar kamusal ceza hukukunun konusu iken yalnızca kişilere zarar veren fiiller yalnızca fail ve mağduru ilgilendiren meseleler olarak görülmüş ve bireysel ceza hukukunun konusu yapılmıştır. Germen Hukukunda kusurluluğun değerlendirilmesinin ilk ortaya çıkışı “kamu ceza hukuku” olarak adlandırılan kısımda olmuştur. Kamu ceza hukukunda yalnızca “iradi” fiillerin cezalandırılacağı düzenlenmiş olmasına rağmen fiil ve netice arasındaki nedensellik bağının kurulması üzerine çoğu fiilin “iradi” olarak gerçekleştirildiği kabul edilmekteydi, ki bu kusurluluğun değil nedensellik bağının bir ölçüsüdür.⁵³ Germen Hukuku zamanla Roma Hukuku ve Kilise Hukuku’nun etkisi altında kalmış ve bu, Germen Hukukunda sübjektif sorumluluk düşüncesinin gelişmesini sağlamıştır.⁵⁴

1.1.2.2.4. Kanonik Hukuk

Kanonik hukuk, Katolik Kilisesi hukukudur ve kilisenin öğretilerini hukuk yoluyla hayata geçirme amacını gütmektedir.⁵⁵ Kanonik hukuka göre hakların tümü tanrıdan kaynaklanır, insanlar tarafından yaratılan hukuk doğal hukuka uygun olmak zorundadır, doğal hukuk ise vicdana hitap eden ahlak yasalarından çıkarılabilir. Katolik kilisesi hukukunun temel kaynağı Corpus Iuris Canonici’dir.⁵⁶

Tanrının yasasına aykırı davranan kişileri cezalandıran kilise hukuku zamanla

⁵¹ Bauman, s.39.

⁵² Bauman, s.39.

⁵³ Bodenstein, s.327.

⁵⁴ İçel, Genel Hükümler, s.68.

⁵⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.18.

⁵⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s.18.

başkasına zarar verenleri de cezalandırmaya başlamış ve böylece ceza fail ile tanrıyı barıştırma amacının yanında toplumun suçluyla barışması amacına da hizmet eder hale gelmiştir.⁵⁷

Kanonik hukuktaki “iradi olmayan günah yoktur ve eğer işlenen suç karşı tarafın intikamı takibederse, suçun iradi olduğu ortaya çıkar” kuralı esasen failin fiilinin “iradi” olup olmadığının araştırılmasını istemiş, fakat bunu anlayabilmek için karşı tarafta bir tepki yaratıp yaratmadığına bakılmasını salık vererek neticeye dayanan sorumluluk getirmiştir.⁵⁸ Kilise hukuku ilk zamanlarında sorumluluğu neticeye göre hesaplamışsa da, zamanla irade özgürlüğü esasına dayanarak failin psikik durumuna daha çok önem vermeye başlamıştır.⁵⁹

Kanonik hukuktan ilham alıp Kanonik hukuka ilham veren, adalet olmadıkça krallıkların büyük haydut çeteleri ve haydut çetelerinin de küçük krallıklar olduğunu söyleyen St. Augustine (354-430), adaletin doğada var olan bir kavram ve doğal hukukun bir parçası olduğunu söyler.⁶⁰ Kanonik hukukun diğer büyük düşünürlerinden Thomas Aquinas (1225-1274) ise insan davranışlarının ölçüsünün insan aklı olacağını söylemiş, doğal hukuka insan aklıyla ulaşılabileceğini savunmuştur.⁶¹

1.1.2.2.5. Müsterek Hukuk (Pandekt Hukuku)

12. yüzyılın başlarından itibaren Batı Avrupa’da görülmeye başlanan ön Rönesans hareketleriyle birlikte İtalya’da Roma Hukuku su yüzüne çıkarılmış, böylece Avrupa Hukuku ve Roma Hukuku bir arada uygulanmaya başlanmıştır.⁶² Özellikle Glossatörler (1100-1250) ve Postglossatörler (1250-1450) Roma hukukunu adeta yeniden kurmuşlar ve çalışmaları sonucunda subjektif sorumluluğa önem verilmiş, örneğin taksirin kasta göre daha hafif cezalandırılması gerektiği öne sürülmüştür.⁶³ Böylece birlikte uygulanmaya başlamış olan Avrupa Hukuku ve Roma Hukuku zamanla yasalaşmıştır; 1507 tarihli

⁵⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.19.

⁵⁸ İçel, Genel Hükümler, s.68.

⁵⁹ İçel, Genel Hükümler, s.69.

⁶⁰ Augustine, The Reconsiderations Book IV, i. Augustine Political Writings, Çev. Tkacz M., Kries D., Hackett Publishing Company, Indianapolis 1994, s.30.

⁶¹ Aquinas, T.: Summa Theologiae, i. Aquinas Political Writings, ed. Dyson R., Cambridge 2015, s.120.

⁶² Küçük, E.: “Pandekt Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, s.112.

⁶³ İçel, Genel Hükümler, s.70.

Constitutio Criminalis Bambergensis ile 1532 tarihli Constitutio Criminalis Carolina bu yasalara örnektir.⁶⁴

Alman Hukukunun ilk ceza kanunu kabul edilen Constitutio Criminalis Carolina çerçevesinde ceza kamusal nitelikteydi ve fail ile mağdurun uzlaşmasının ceza hukukunda yeri yoktu. Netice sorumluluğu değil kusur sorumluluğu benimsenmişti, failin failinden sorumlu tutulabilmesi için kural olarak kast aranıyor ve bazı hallerde taksir de yeterli oluyordu. Bunun yanında hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler de şekillenmeye başlamıştı.⁶⁵ Kanunda anlama ve isteme yeteneğine de değinilmiş, somut olayda çocukların ve gençlerin anlama ve isteme yeteneğinin bulunup bulunmadığının araştırılması emredilmiştir.⁶⁶

Constitutio Criminalis Carolina'nın olumlu etkisi uzun sürmemiş, 16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan savaş ve karışıklıklar nedeniyle ceza hukuku uygulamasında da bozulmalar olmuştur.⁶⁷

1.1.2.2.6. Aydınlanma Çağı

18. Yüzyıl Aydınlanma felsefesi aklın ve bilimin üstünlüğü üzerine kuruludur, Aydınlanma felsefesine göre insan özgürlüğe aklını kullanarak ulaşacaktır.⁶⁸ Aydınlanma ile birlikte yaşamın din temelli algılanmasının ötesine geçilmiş ve böylece insan toplulukları da tanrının iradesiyle var olmuş topluluklar olarak algılanmaktan kendi iradeleriyle bir araya gelmiş ve bir kurallar bütünü altında birleşmiş topluluklar olarak düşünölmeye başlamıştır.⁶⁹ Çalışmamızın "Teorik Devlet Öncesi Dönem" başlığı altında da incelenen bu düşünceler kuşkusuz ceza hukukunu, ceza hukukunun genel ve bireyin cezalandırılmasının özel meşruiyet dayanaklarını değiştirmiştir. Aydınlanma çağı ile ortaya çıkan ve günümüzde dahi gelişimini sürdüren modern ceza hukukunda kusurluluk kavramının incelenmesi farklı ceza hukuku okullarının kusurlu sorumluluğa bakışının

⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s.21.

⁶⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.21; Brittain, Robert P.:Origins of Legal Medicine Constitutio Criminalis Carolina, Medico-Legal Journal . Vol. 33, S. 3, 1965, s.124.

⁶⁶ Meraklı, S.: Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017, s.52.

⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 22.

⁶⁸ Küçüktaşdemir, Aydınlanma, s.58.

⁶⁹ Aygün Eşitli, E.: "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi, 2013(104), 226-246, s.228.

incelenmesi ile olacağından, bu dönem "Ceza Hukuku Okullarının Kusurlu Sorumluluğa Bakışı" isimli yeni bir başlık altında anlatılacaktır.

1.2. CEZA HUKUKU OKULLARININ KUSURLU SORUMLULUĞA BAKIŞI

1.2.1. Klasik Ceza Hukuku Okulu

Klasik Ceza Hukuku Okulu, Aydınlanma'nın eseridir, aydınlanma düşüncesinin özünü oluşturan tabii hukuk doktrinine dayanır.⁷⁰ Buna göre pozitif hukuk, yani konan hukuk tabii hukuka uygun olmalıdır, hukukçunun pozitif hukuku incelemek ve tabii hukuka uygunluğunu denetlemek gibi bir görevi bulunmaktadır, zira tabii hukuk beşeri akla uygun olandır ve adalet ise pozitif hukukun tabii hukuka uygunluğudur.⁷¹ Klasik Ceza Hukuku Okulu'nun düşüncelerine dayandığı filozoflar Hobbes, Grotius, Locke, Kant, Hegel, Bentham, Beccaria ve Montesquieu gibi, Aydınlanma dönemi düşünürleridir.⁷²

Bahsedilen düşünürlerden Kant ve Hegel kefaretçi (*retributivist*) doğal hukuk okuluna, Bentham ve Beccaria ise toplumsal yararçı (*consequentialist*), faydacı hukuk okuluna dahildir ve esasında bu iki grup birbirleriyle pek çok konuda anlaşmazlığa düşmüşlerdir.

Cesare Beccaria "Suçlar ve Cezalar Hakkında"sında (1764) cezanın amacının suç işleyenlerden öç almak değil, suçluların kendi yurttaşlarına yeniden zarar vermelerini ve diğer yurttaşların da benzer eylemlerde bulunmalarını engellemek yoluyla daha iyi bir toplum yaratmak olduğunu savunmuştur.⁷³ Beccaria'ya göre suçlar ve cezalar orantılı olmalı ve "bunların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar."⁷⁴ Beccaria ölüm cezasına karşı çıkmış, cezaların adil olması için

⁷⁰ Hafizoğulları, Z./ Özen, M.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2016, s.112.

⁷¹ Hafizoğulları/Özen, s. 112.

⁷² Küçüktaşdemir, Aydınlanma, s.74.

⁷³ Beccaria, s.69.

⁷⁴ Beccaria, s.70.

insanları suç işlemekten caydıracak ağırlıkta olmasının yeterli olduğunu yazmıştır.⁷⁵ Montesquieu (1689-1755) de ağır cezaların insanları suç işlemekten caydırmadığı konusunda Beccaria gibi düşünmüş, suç işlenmesinin nedeninin cezaların hafifliği değil suçların cezasız kalması olduğunu yazmıştır.⁷⁶

Jeremy Bentham (1748-1832) cezanın bir kötülük olduğunu yazmış ve cezalandırmanın ancak ve ancak daha büyük bir kötülüğü engellemek amacıyla olabileceğini savunmuştur.⁷⁷ Bentham'a göre insanlar iki egemen gücün etkisi altında hareket ederler, bunlar acı ve hazdır.⁷⁸ İnsanlar davranışlarını gerçekleştirmeden önce bir yarar-zarar dengesi kurar, kendilerine acı getirdiğinden daha fazla yarar getireceğine inandıkları davranışlarda bulunurlar.⁷⁹ Bu halde kanuna aykırı davranıldığında elde edilecek hazdan daha büyük bir acı tehdidinin, yani kanuna aykırı davranıldığında karşılaşılabilecek ceza tehdidinin kişilerin karşısına ceza hukuku yoluyla konması, kişilerin bu rasyonel karar verme süreçlerini etkileyecek ve onları suç işlememeye, işleyeceklerse daha hafif suçlar işlemeye yönlendirecektir.⁸⁰ Bentham anlama ve isteme yeteneği bulunmayan kişilerin cezalandırılmasının bahsedilen yarar-zarar muhakemesini yapamayacakları için işlevsiz olduğunu savunmuştur.⁸¹

İmmanuel Kant (1724-1804) öncelikle iradenin özgür olduğunu ve özgür iradesiyle suç işleyen bir kişiyi cezalandırmak gerektiğini ve bu cezanın amacının suçlunun kendisi veya toplumun geneli için bir fayda sağlanması olmaması gerektiğini yazmıştır.⁸² Kant'a

⁷⁵ Beccaria, s.139.

⁷⁶ Montesquieu, "Kanunların Ruhu Üzerine", i.b. 1758, Çev. Günen B., İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2019, s.107.

⁷⁷ Bentham, J.: Principles of Morals and Legislation, i.b. 1789, i. The Classical Utilitarians Bentham and Mill, Ed. John Troyer, Hackett Publishing Company, Indianapolis 2003, s.13.

⁷⁸ Bentham, s.13.

⁷⁹ Siegel, L.: Criminology, 11. Bası, Wadsworth 2012, s.103.

⁸⁰ Siegel, s.103.

⁸¹ Tonry, M.: Introduction, Why Punish? How Much?, Oxford University Press, New York 2011, s.13.

⁸² Kant, M: "Grounding for the Metaphysics of Morals", i.b. 1785, Çev. Ellington J. W., 2. Bası, Hackett Publishing Company, Indiana 1993, s.50-51.; Kant, I., "The Penal Law and the Law of Pardon" i. Why Punish? How Much?, Ed. Tonry M., s.32.

göre suç faili yalnızca özgür iradesi ile suç işlemeyi seçtiği ve bu seçimini gerçekleştirdiği için cezalandırılacaktır ve insan onuruna yakışan da budur.⁸³

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) de Kant gibi cezanın suçun ödetilmesi olduğunu savunmuş, cezaya başka amaçlar arayan görüşleri eleştirmiştir. Hegel'e göre ödetme bir "ihlale" (infringement) karşı devlet eliyle gerçekleştirilen başka bir "ihlal"dir ve ilk ihlal olan suçu nötrler.⁸⁴

Klasik Ceza Hukuku Okulu'nun kurucusu kabul edilen Francesco Carrara (1805-1888) işte bu çekişme içinde olan iki görüşü, kefaret ve toplumsal fayda okullarını bağdaştırmış, bir araya getirmiştir.⁸⁵ Hem toplumsal faydayı hem de mutlak adaleti gözeterek kurduğu Klasik Ceza Hukuku Okulu bahsedilen irade özgürlüğünün mutlak kabulü, cezanın kusurlu sorumluluğa dayanması gerektiği, cezaların ölçülülüğü ve ceza verme hakkının dayanağı gibi konularda bahsedilen iki tarafın arasında fikir birliği sağlamış ve bu çerçevede modern ceza hukukunun teorisini oluşturmuştur.⁸⁶

Klasik Ceza Hukuku Okulu'na göre, öncelikle kusursuz suç olmaz, suç, kişinin kusurlu davranışdır.⁸⁷ İnsan iradesi özgürdür, yeterli olgunluğa erişmiş ve aklen sağlam her kişi kötüyü değil de iyiyi seçme gücüne sahiptir.⁸⁸ Rasyonel bir düşünce silsilesinin sonucu olan insan davranışının sebebiyet verdiği neticeden insanın kötüyü seçmiş olması dolayısıyla sorumlu olması gerekir, fakat bu sorumluluk ancak suçun faile isnat edilebildiği durumda olacaktır.⁸⁹

Fiilsiz suç olmayacağı kuralı da Klasik okulun eseridir, düşünce, inanç ve kanaat suç olmaktan ilk kez Klasik okulun etkisiyle çıkarılmıştır. Suçun oluşabilmesi için kişinin iradesinin dış dünyada somutlaşması gerekmektedir, Klasik Okul bu nedenle ne kadar

⁸³ Kant, *The Penal Law and The Law of Pardon*, s.33.

⁸⁴ Hegel, G.W.F.: "Wrong" i. Why Punish? How Much?, Ed. Tonry M., Oxford University Press, New York 2011, s.46.

⁸⁵ Küçüktaşdemir, *Aydınlanma*, s.75.

⁸⁶ Küçüktaşdemir, *Aydınlanma*, s.75.

⁸⁷ Hafizoğulları/Özen, s.111.

⁸⁸ Hafizoğulları/Özen, s.112.

⁸⁹ Dönmezer/Erman, I, s.62.

tehlikeli olursa olsun kişinin iç dünyasında kalan hiçbir davranışı cezalandırmaz.⁹⁰ Klasik Okula göre suç kanunun ihlalidir, ceza suçla orantılı ve kişinin şahsına uygun olmalıdır, birden çok defa suç işleyenler daha ağır bir ceza ile cezalandırılmalıdır.⁹¹

İtalyan Zanardelli Kanunu (1889) ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Klasik Ceza Hukuku Okulu'nun eserleridir.⁹²

1.2.2. Pozitivist Ceza Hukuku Okulu

19. yüzyılın sonlarına doğru bilimsel yöntem Avrupa'yı ele geçirmiş, Charles Darwin'in (1809-1882) keşiflerinin yarattığı etki bilgiye ulaşma yolu olarak insan aklının değil bilimsel yöntemin tercih edildiği bir dönemin kapılarını açmıştır. Sosyolojinin kurucusu kabul edilen Auguste Comte'un (1798-1857) bilimsel yöntemin toplum üzerinde çalışmalar yapılmasında da kullanılabileceğini göstermesi üzerine, bilimin hukuk üzerinde de etkili olması gerektiği görüşü önem kazanmaya başlamıştır.⁹³

Esasında bu gelişmelerden önce de suçluluğun insan vücudunun, kafatasının ve beyninin şekillerinden kaynaklanabileceği düşüncesini savunan yazarlar olmuştur, örneğin J.K. Lavater (1741-1801) suçluların yüzlerini incelemiş, kulakların ve burnun şekli, iki gözün arasındaki mesafe gibi özelliklerden antisosyal davranışın gelişme ihtimalinin genellenebileceği ortak noktalar tespit etmeye çalışmıştır. Franz Joseph Gall (1758-1828) ve Johann K. Spurzheim (1776-1832) gibi frenologlar kafatasının şekli ve kafatasındaki normalden sapan şişliklerin suçlulukla ilişkisi olabileceğini düşünmüşler, Gall "Beynin İşlevleri ve İnsanın Ahlaki Vasıfları ve Entelektüel Becerilerinin Kökeni Üzerine" (1882) isimli eserinde insanın ahlaki vasıfları ve entelektüel becerilerinin doğuştan insan fizyolojisinde mevcut bulunduğunu ve bunların dış etkenlerle etkileşiminin insan davranışlarını ortaya çıkardığını iddia etmiştir. Frenoloji günümüzde bilim olarak ciddiye alınmasa da zamanında fizyolojik özelliklerin suçluluğu etkileyebileceği konusunda araştırmalar yapılmış olması dolayısıyla ilginçtir.⁹⁴

⁹⁰ Hafizoğulları/Özen s.112

⁹¹ Hafizoğulları/Özen s.113.

⁹² Küçüktaşdemir, Aydınlanma, s.76.

⁹³ Siegel, s.141.

⁹⁴ Siegel, s.141.

Cesare Lombroso (1835-1909), mesleği hekimlik olduğundan idam edilmiş suçluların kadvraları üzerinde incelemeler yaparken bu suçlu kişilerin daha alışılmış değer ve davranışlar gösteren kimselerden bir farklılık gösterip göstermediğini araştırmış ve 1876 yılında “l’Uomo Delinquente” isimli eserini yayımlamıştır. Bu eserde “suçlu doğmuş” kişilerde “atavistik anomali”lere rastlanığını iddia eden Lombroso, Darwin’in de etkisiyle insanın aslında bir hayvan olduğunu ileri sürmüştür.⁹⁵ Lombroso ile aynı dönemde çalışmalarını yürüten Rafaelle Garofalo (1852-1934), acı eşiği yüksek olan, yani acı duyumları diğer insanlara göre daha düşük hassasiyet gösteren kişilerin suça eğilimli olacaklarını iddia etmiş, Enrico Ferri (1856-1929) ise suçluların davranışlarından sorumlu tutulmamaları gerektiğini, çünkü bu davranışların kaynağının özgür iradeleri olmadığını söylemiştir.⁹⁶ Ferri’ye göre iradenin özgür olmayışının ceza hukukunda suskunlukla geçiştirilmesi bu konunun üstünü kapatamayacak, er ya da geç ceza hukuku bu gerçekle yüzleşmek ve kendisini buna göre düzenlemek zorunda kalacaktır.⁹⁷

İnsanın özgür iradesinin olmadığını savunan Pozitivist Ceza Hukuku Okulu suçun tabii bir olay olduğunu ve nedenleri oluştuğunda gerçekleşeceğini söyler, buna göre insan davranışı iradi olmadığından ne anlama ve isteme yeteneğinden ne de kusurdan söz etmek mümkün olacaktır.⁹⁸ Yazgısında suç işlemek olan failin cezalandırılması değil, rehabilite edilmesi, “düzeltmesi” gerekmektedir. Bu “düzeltmenin” gerçekleştirilebilmesi için faile ceza verilmeyecek, bunun yerine güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Bahsedilen güvenlik tedbirleri suç ile değil suçlunun kişiliği ile ilgili olacak ve bu güvenlik tedbirleri ile “düzeltmesi” mümkün olmayan kişilerin toplumdan tasfiye edilmesinin önünde de bir engel bulunmayacaktır. Pozitivist okulun görüşüne göre suç karşılığı faile uygulanacak müeyyidelerin asıl amacı failin tehlikeliliği karşısında toplumun savunulması, başka bir deyişle “sosyal savunma” olmalı ve failin tehlikeliliğini ortadan kaldırmayı amaçlayan rehabilitasyon suçlunun kendine münhasır tehlikeliliğine cevap verecek şekilde düzenlenmelidir.⁹⁹

⁹⁵ Soyaslan, D.: Kriminoloji, 3. Bası, Yetkin, Ankara 2003, s.37.

⁹⁶ Siegel, s.142.

⁹⁷ Dönmezer/Erman, I, s.87 vd.

⁹⁸ Hafizoğulları/Özen, s.113.

⁹⁹ Hafizoğulları/Özen, s.114.

Pozitivist doktrin günümüzde etkisini yitirmiş değildir, kriminoloji biliminin bugün saygı duyulan varlığı pozitivist ceza hukuku okulunun bir getirisidir, bunun yanında yakın geçmişte ve günümüzde nörobilim alanında yapılan araştırmalar irade serbestisinin var olup olmadığı tartışmasını yeniden alevlendirmiş ve Pozitivist doktrinin yeniden taraftar kazanmasına neden olmuştur. Nörobilim meselesinin yeniden alevlendirdiği tartışmalara çalışmamızın ilerleyen sayfalarında yeniden yer verilecektir.

1.2.2.1. İtalyan Üçüncü Okulu

İtalyan Üçüncü Okulu Pozitivist doktrinin etkisi altına olduğundan Pozitivist Okul'un altında incelenmesi uygun görülmüştür. İtalyan Üçüncü Okulu'na göre suç bir nedensellik sürecinin sonucu olmakla birlikte bu nedensellik süreci üzerinde oynamalar gerçekleştirilerek sonuçta değişiklik yapılabilmesi mümkündür. Yani kişide halihazırda bazı suça yatkınlıkların mevcut olması gerekli şartların da oluşması halinde suçun ortaya çıkmasını gerektirecek; fakat bu dış etkenlere ceza müeyyidesinin korkutuculuğunun eklenmesi dış etmenlerin suçun oluşması için elverişli olmadığı bir ortam yaratabilecektir.

¹⁰⁰ Bu okulun başını çekenler arasında Carnavale ve Manzini sayılabilir. ¹⁰¹

1.2.2.2. Sosyal Savunma Okulu

Sosyal Savunma Okulu da İtalyan Üçüncü Okulu gibi Pozitivist doktrinin etkisi altında bulunduğu Pozitivist Okul başlığının altında incelenmesi uygun görülmüştür. Sosyal savunma okulu irade serbestisi veya determinizm arasında bir seçim yapmamış, bu konuda sessiz kalmış, fakat manevi sorumluluk kavramının yerini tehlikelilik hali kavramının alması gerektiğini savunmuştur.¹⁰² Sosyal savunma okuluna göre de güvenlik tedbirlerinin öncelikli amacı toplumun korunmasıdır ve suçluya uygulanacak tedbir bireyselleştirilecek ve onun yeniden sosyalleştirilmesini sağlayacaktır.¹⁰³

¹⁰⁰ Dönmezer/Erman, I, s.109.

¹⁰¹ Hafizoğulları/Özen, s.114.

¹⁰² Dönmezer/Erman, I, s.111.

¹⁰³ Dönmezer/Erman, I, s.113.

1.2.3. Teknik Ceza Hukuku Okulu

Teknik Ceza Hukuku Okulu'na göre ceza hukuku felsefi tartışmalardan vazgeçmeli ve suçla mücadelede en iyi sonuç veren kurumları kabul etmelidir.¹⁰⁴ İtalyan hukukçu Arturo Rocco'nun (1876-1942) eseri olan bu okul, hukukun inceleyeceği yegane ceza hukukunun konmuş ve mevcut olarak yürürlükte bulunan ceza hukuku olduğunu savunmuştur. Buna göre suçu doğal bir olgu olarak incelemek hukukçunun işi olmadığından irade serbestisi tartışmaları bir kenara bırakılmalıdır.¹⁰⁵ Kanunilik ilkesi ceza hukukunun temelidir, kanundaki suçlar unsurlarına ayrıştırılarak incelenmelidir, Teknik Ceza Hukuku Okulu cezanın toplumu suçtan esirgemek amacıyla oluşturulmuş bir sosyal savunma aracı olduğunu kabul etmiştir. Bunun yanında suçun iradi ve kusurlu bir fiil olduğunu ve suç işleyenlere ceza verilmesi gerektiğini savunmakla birlikte, suç vesilesiyle tehlikeliliği ortaya çıkan faillere güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini de kabul etmiştir.¹⁰⁶

1.2.4. Gerçekçi Ceza Hukuku Okulu

Francesco Antolisei (1882-1967) ve Guiseppe Bettiol'un (1907-1982) başını çekikleri bu okul Teknik Hukuk Okulu'nun kendisinden önceki akımların ceza hukuku konusunda ortaya koyduğu belirsizlikleri giderdiğini kabul etmekle birlikte bunun ceza hukukunu çoraklaştırdığını söylemiştir. Bu okula göre hukukçu, çalışmasını yalnızca hukuk normlarının mantıki-formel incelemesiyle sınırlı tutmamalı, normun altındaki beşeri hayatı ve toplumsal gerçekliği araştırmalarının konusundan tamamen çıkarmamalıdır. Gerçekçi Ceza Hukuku Okulu ceza hukukçularının kuramsallıkla uğraşmasını kabul etmekte fakat bunu yaparken günlük hayatın gerekliliklerini de gözetip mevcut normların uygulanabilir şekilde yorumlanmasına öncelik vermeleri gerektiğini söylemektedir.¹⁰⁷ Bugün genellikle kabul edilen okul da bu, Gerçekçi Ceza Hukuku Okulu'dur.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Dönmezer/Erman, I, s.114.

¹⁰⁵ Hafizoğulları/Özen, s.115.

¹⁰⁶ Hafizoğulları/Özen, s.116.

¹⁰⁷ Hafizoğulları/Özen, s.117.

¹⁰⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 117.

Böylece çağdaş ceza hukuku aslında Klasik Ceza Hukuku Okulu'nun bir ürünü olmakla birlikte, Klasik doktrinden sonra oluşan akım ve fikirlerden de büyük oranda etkilenmiştir. Günümüzde ceza hukuku geleneksel bastırma işlevini de, sosyal müdafaa ve suçun önlenmesi amaçlarını da içermektedir; bir yandan iradenin özgürlüğünü benimsemekte, bir yandan suçun ortaya çıkış nedenlerini araştıran Kriminoloji bilimine önem vermektedir.

Ceza hukuku okulları bahsinin kapatılmasından önce bir parantez açılarak günümüzde sıkça tartışılan nörobilim konusuna değinilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

1.2.5. “Yeni” Bir Akım: Nörobilim ve Ceza Hukuku Meselesi

René Descartes'a (1596-1650) göre insan varlığına bir ikilik (*dualism*) hakimdir, insanın bedeni ve zihni birbirinden ayrı varlıklardır ve yalnızca zihnin varlığı kesindir.¹⁰⁹ Bugün bilimin kabul ettiği paradigma beden ve zihnin birbirinden ayrı olmadığı yönündedir, insanın manevi varlığının maddi varlığından başka bir yeri yoktur; tüm düşünce, karar ve hayaller insan beyninin maddi devinimlerinde gözlenebilmektedir.¹¹⁰

İşte son zamanlarda “nörobilim” ismiyle popülerleşen sinir biliminin yeni buluşları kendi düşünce ve eylemlerimizin kaynağında kendi zihnimizin, “kendimizin” bulunduğu yönündeki his ve kabulümüzün bir illüzyondan ibaret olduğunu savunmaktadır.¹¹¹ Yakın geçmişte nörobilim alanında kat edilen gelişmeler beynin yapı ve fonksiyonlarının daha iyi anlaşılması imkanını doğurmuş, beyindeki amigdala, hipokampus ve ön ve arka lob arasındaki ilişkinin, yani diğer ismiyle “limbik sistem”in istek ve amaçlarımızın oluşumunda irademizin herhangi bir katkısı olmadan hareket ettiğinin kanıtlandığı öne sürülmüştür.¹¹² Çeşitli çalışmalarda beyindeki bazı hasarların insan davranışlarına direkt

¹⁰⁹ Larrieu, P.: “Regards Ethiques Sur les Applications Juridiques des Neurosciences”, i. “Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques”, s.151; Descartes, R.: “Discourse on Method and Meditations on First Philosophy”, Çev. Cress D., i.b. 1637/1641, 4. Bası Indianapolis 1998, s.63-65.

¹¹⁰ Larrieu, s.152. ; Greene,J./Cohen J.: “For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything” i. Why Punish? How Much? Ed. Tonry M., 301.

¹¹¹ Harris, S.: The Moral Landscape: How Science Can Determine Human Values, 2010, s.152.

¹¹² Meraklı, s.88-95.

etki ettiği ve hatta insan organizmasının karar verme fonksiyonlarının bilincin bundan haberdar olmasından önce çalışmaya başladığı yönünde bulgular elde edilmiştir.¹¹³

Nörobilimin ceza hukukunda pozitivist okulun hedeflerine uygun bir devrim yapacağını düşünen bazı yazarlar kusurluluk düşüncesinin ortadan kalkmasının ve onun yerine suç işlendikten sonra tehlikelilik üzerinden faile ıslahına yönelik güvenlik tedbirleri uygulanmasının seçilmesi gereken yol olduğunu savunmaktadırlar. Failin kusuru araştırılmadan hukuka aykırı fiilinden dolayı cezalandırılabilceğini savunan bu görüşlerin objektif bir ceza sorumluluğunun benimsenmesini savunduğu söylenebilir, bu durumda ceza hukuku sosyal savunma düşüncesine yeniden yaklaşacak ve toplumun güvenliği ve esenliği için tehlikeli kişilerin toplumdan uzaklaştırılması söz konusu olacaktır.¹¹⁴

Başka bazı yazarlar nörobilimin beyin çalışma mekanizmaları ve dolayısıyla manevi unsur ve davranış arasındaki bağlantılar açısından suçun oluşumu konusunda fikirler verebileceğini kabul etmekle birlikte bu halde ceza sorumluluğunun sınırlarını belirlemede sosyal, ahlaki, politik ve hukuki düzenin beyin çalışma mekanizmaları üzerindeki etkilerinin de ölçülmesinin gerekeceğini ve böyle etkenlerin prensipli bir şekilde hukuk düzeninde kullanılmasının mümkün olmadığını savunmaktadırlar.¹¹⁵

Diğer bazı nörobilim insanları ve hukukçular, nörobilimin determinizm yönünün şimdilik bir kenara bırakılması ve ceza hukukunda kusurluluk açısından bir devrim yapılmadan, anlama ve isteme yeteneğinin belirlenmesi konusunda nörobilimin kullanılmasının daha yerinde olduğunu savunmaktadırlar. Nörobilim anlama ve isteme yeteneğinin tespit edilmesi bakımından günümüzde Amerika, Hollanda ve İtalya gibi ülkelerde ceza yargılaması sürecinde dikkate alınmaktadır.¹¹⁶

¹¹³Aggarwal N./ Ford E.:“The Neuroethics and Neurolaw of Brain Injury”, Behavioral Sciences and The Law Vol.31, 2013, 789-802, 789.

¹¹⁴Hörnle T.: “Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment”, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 4, Issue 1, 2016, 1-24, s.12.

¹¹⁵Gkotski G./ Gasser J.: “Critique de l’utilisation des neurosciences dans les expertises psychiatriques: le cas de la responsabilité penale”, L’evolution psychiatrique 2015, s.3.

¹¹⁶Aharoni E./ Funk C./ Singott-Armstrong W./Gazzaniga M.: “Can Neurological Evidence Help Courts Assess Criminal Responsibility? Lessons From Law and Neuroscience”, Annals of the New York Academy of Sciences, 1124: 145-160, 2008, s.147.

Yine diğer nörobilim insanları ise nörobilimin bulgularının bir neden-sonuç ilişkisi değil, yalnızca bir korelasyon ortaya koyabildiğini söylemektedir, beynin karar almayla ilgili kısmında bir tümörü bulunan kişinin senelerce bu tümörle yaşamış olması, bu tümörün failin beyninde suçun işlenmesinden önce ve suçun işlenmesinden sonra da bulunmasının, tümörün suçun işlenmesinin nedeni olduğunu kanıtlayamayabileceğini ve dolayısıyla bu tür bulguların anlama ve isteme yeteneği üzerinde etkisinin henüz tam olarak bilinmediğini söylemektedir.¹¹⁷ Aynı zamanda nörobilim insanları ve hukukçular arasındaki mesleki farkların terimlerin ve ihtimallerin anlaşılması ve yorumlanması açısından sıkıntılar doğurduğunu ve nörobilimin sağladığı bilgilerin aslında hukukçuların aradığı bilgilerle tam olarak örtüşmediğini savunanlar da mevcuttur.¹¹⁸

Esasında nörobilim meselesinin getirdiği tartışmalar yeni tartışmalar olmaktan çok uzaktır.¹¹⁹ Ortaçağ'da insan davranışlarının yıldızların astrolojik güçlerinin etkisi altında olabileceği düşüncesi ceza sorumluluğu ve dini sorumluluk düşüncelerini sorgulatmış; 20. yüzyılın başlarında Freud'un bilinçaltı konseptini keşfi insanın elinde olmayan bilinçaltı güçler tarafından suç işlemeye itilebileceği düşüncesini ortaya çıkarmış ve ceza hukukunda kusurluluğu yerini tehdit etmiştir.¹²⁰ Bugünse benzer düşünceler davranışsal genetik ve nörobilim çerçevesinde ortaya çıkmaktadır, bu nedenle bir nörobilim devriminin ceza sorumluluğunu değiştireceği düşüncesine şimdilik kuşkuyla yaklaşmak gerektiği kanısındayız. Kaldı ki, özgür iradenin var olmadığının kanıtlandığı ve mutlak determinizmin hukukta kendine yer bulduğu bir gelecek yalnızca ceza hukuku açısından değil, hukukun tamamı, meşru egemenlik ve hatta akla gelebilecek her türlü yaşantımız açısından distopik bir gelecek olacaktır.

¹¹⁷ Sordino M.: "Neurosciences et droit pénal: Des connexions dangereuses?" i. Larrieu P./ Roullet B./ Gavahan C.: "Nurolex Sed... Dura Lex? L'impact des Neurosciences sur les diciplines juridiques et les autres sciences humaines: études comparées", City Print Wellington New Zealand 2013, s.203.

¹¹⁸ Grotski/ Gasser, s.11.

¹¹⁹ Morse, S.: "New Neuroscience, Old Problems" in "Neuroscience and the Law: Brain, Mind and the Scales of Justice" Ed. B. Garland, New York Dana Press 2004, s.157.

¹²⁰ Gold, A.: "Criminal Culpability and Self-Control: Back to M'Naughton", Psychiatry, Psychology and Law, Vol.18 S.4, 2011, 525-536, s.525.

1.3. TARİHSEL GELİŞİMİ İÇİNDE CEZAI SORUMLULUĞUN ALMIŞ OLDUĞU ÇEŞİTLİ BİÇİMLER

Devletin oluşumundan önceki dönemden başlayarak günümüze kadar cezai sorumluluğun geçirmiş olduğu çeşitli evreleri inceledik; başkasının fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk, kusur sorumluluğu ve kişilik yönünden sorumluluk şeklinde ortaya çıkabilen sorumluluk çeşitlerinin esasında tam olarak kronolojik bir sıra izlemediğine tanık olduk. Bir sonraki bölümde Türk Ceza Hukuku'nda kusurluluğun düzenlenişinin anlatımına geçilmeden önce tarihsel gelişimi içinde cezai sorumluluğun almış olduğu bu biçimlerin yeniden ve incelenen farklı tarihsel dönemlerden örnekler verilerek sıralanmasının yerinde olacağı kanısındayız.

1.3.1. Başkasının Fiilinden Sorumluluk

Henüz devlet ceza hukukunun ortaya çıkmadığı, insan topluluklarının aile ve kabile şeklinde yapılandığı dönemdeki ceza sorumluluğu anlayışından bahsetmiştik. Bu dönemde kişi gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkıda bulunmadığı, tamamen başkaları tarafından gerçekleştirilen fiillerden sorumlu tutulabiliyordu.¹²¹ Çocukların işlemiş olduğu suçlardan babalarının sorumlu tutulması veya aile veya kabileden bir kişinin işlediği suçlar karşısında tüm aile veya kabilenin veya aile veya kabile reisinin sorumlu tutulması başkasının fiilinden sorumluluğa örnek gösterilebilecektir.¹²²

Kuzey Kore'de devlete karşı suçlardan birini işleyenlerin aileleriyle birlikte hapishane kamplarına kapatıldıkları iddiası günümüzde devam eden kolektif ceza sorumluluğuna verilebilecek bir örnektir.¹²³

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 38. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğunu düzenlemiştir. Yine TCK 20. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğunu ve kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağını söyler.¹²⁴

¹²¹ Toroslu, N.: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2012, s.186.

¹²² Özen, M.: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, s.17.

¹²³ Human Rights Watch, "World Report 2017" North Korea, <<https://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/north-korea>>; BBC, "North Korea's Human Rights: What's Not Being Talked About", <<https://www.bbc.com/news/world-asia-44234505>>, e.t.: 03.12.2019.

Günümüzde insanlığın sorunlu zamanlarında başkasının fiilinden sorumluluğun ceza hukuku bağlamı dışında ve devlet öncesi dönem uygulamalarına daha yakın şekilde terörist amaçlarla ortaya çıktığı görülmekte ve rehinelerin öldürülmesi, kanlı misillemelerin yapılması ve siyasi suçlarla itham edilenlerin yakınlarına işkence edilmesi gibi durumlar buna örnek gösterilmektedir.¹²⁵

1.3.2. Objektif Sorumluluk

Kişinin kendi fiilinden, sadece maddi nedensellik bağına dayanılarak, fail ile fiil arasında herhangi bir psişik bağ aranmaksızın sorumlu tutulması halinde objektif sorumluluk söz konusudur¹²⁶.

Örneğin Kanonik Hukuk ve Germen Hukukunun uygulandığı dönemlerde geçerli olan “versari in re illicita” ilkesi herkesin hukuka aykırı bir neticeye neden olan her türlü davranışından sorumlu olmasını gerektirmekteydi, başka bir deyişle, kişinin cezalandırılması bakımından davranışıyla hukuka aykırı bir netice meydana getirmiş olması yeterliydi, failin kusuru ayrıca araştırılmamaktaydı.¹²⁷

Yürürlükteki ceza kanunumuzda objektif sorumluluğa yer verilmiş olup olmadığı tartışma konusu olmakla birlikte örneğin yazar yanında yazı işleri müdürünün veya diğer kimselerin yazarın fiilinden sorumlu olmasının bir tür objektif sorumluluk hali olduğunu kabul etmek gerekir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların objektif sorumluluk halleri olup olmadığı ise “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç” başlığı altında yeniden tartışılacaktır.¹²⁸

1.3.3. Kişilik Yönünden Sorumluluk

Kişilik yönünden sorumluluk, kusurluluk yargısının işlenen somut bir fiil üzerinden değil, kişinin yaşam ve varoluş biçimi üzerinden yapıldığı sorumluluktur. Bu tür bir

¹²⁴ Hafizoğulları/Özen, s.271.

¹²⁵ Özen, s.17

¹²⁶ Toroslu, s.187.

¹²⁷ Meraklı, S.: Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017, s.50.

¹²⁸ Hafizoğulları/Özen, s.284.

kusurluluk anlayışı insana bütünüyle hükmetmek, bireyi bütün yönleriyle hukuksal düzenlemenin içine dahil etmek isteyen totaliter sistemlerin yapısına uygun bir anlayıştır.¹²⁹

Kişilik yönünden sorumluluğun etkili olduğu bir dönem Hitler'in Nazi Almanyası dönemidir; bu dönemde gelişen “fail kusuru” anlayışına göre kınanan, failin manevi yönden farklı bir kişiliğe sahip olabileceken suça eğilimli, kötü bir kişiliğe sahip olmasıdır.¹³⁰

1.3.4. Kusurlu Sorumluluk

Çağdaş ceza hukuku sistemleri kusurlu sorumluluğu benimsemiş sistemlerdir, çağdaş ceza hukuku sistemlerinde “kusursuz suç olmaz”. Benimsediğimiz doktrinel görüşe göre kusurluluk fiil ve fail arasındaki psikik bağıdır.¹³¹ Buna göre bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için kişinin hukuka aykırı iradi fiilinin maddi olarak gerçekleşmiş olması yetmeyecek, aynı zamanda kusurlu olarak gerçekleşmiş olması da aranacaktır.¹³²

Kusurlu sorumluluk ceza hukukunun ve insanlığın da en büyük kazanımlarından biri, insana ve aklına verilen değer ve kişinin seçim yapması ve bu seçimleriyle hayatını yönlendirmesine duyulan saygının eseridir.¹³³ Aydınlanmanın ürünü olan modern toplumların üstüne kurulu olduğu demokratik idealler de esasında aynı saygının tezahürüdür.¹³⁴

Görüldüğü gibi cezai sorumluluğun günümüzdeki halini alması sancılı süreçlerden geçilmeden olmamıştır. Günümüz ceza hukuku düzenlerinde başkasının fiilinden sorumluluk ve objektif sorumluluk yerlerini büyük ölçüde kusurlu sorumluluğa bırakmış olsa da halen istisnaen objektif sorumluluğun benimsendiği durumlar ceza hukuku düzenlerimizde mevcuttur.

¹²⁹ Özen, s.21.

¹³⁰ Özen, s.22.

¹³¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.344.

¹³² Hafızoğulları/ Özen, s. 240.

¹³³ Küçüktaşdemir, Aydınlanma, s.85.

¹³⁴ Küçüktaşdemir, Aydınlanma, s.85; Lijphart, A.: “Çağdaş Demokrasiler”, Çev. Özbudun E., Onulduran, E., Yetkin, Ankara 1996, 11.

BÖLÜM II

GENEL OLARAK KUSURLULUK

İlkel toplumlar ve ilkel ceza hukuklarında da bir suçun oluşması için zararlı netice ile insanın fiili arasında maddi nedensellik bağının bulunmasının yeterli olduğundan birinci bölümde bahsedilmiş, ceza hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde fiilin kusurlu olması gerekliliğinin de ortaya çıkmış olduğu anlatılmıştı. Kusurluluğun gelişimi aslına bakılırsa ceza hukukunun özel hukuktan ayrılmasının da bir getirisi olmuştur, günümüzde de fiil ile fail arasında bulunması gereken bu bağ ceza hukukunun diğer hukuk dallarından en büyük farklarından biridir.¹³⁵

"Kusurluluk" kavramının içeriği ve suç genel teorisindeki yeri doktrinde çok çeşitli şekillerde ele alınmıştır. Bahsedilen, doktrinde öne çıkan ayrışmalar suçun kaç unsura ayrılması gerektiği, kusurluluğun suçun unsurlarından biri olup olmadığı, kast ve taksirin kusurluluk unsuru içinde mi yoksa diğer unsurlar içinde mi değerlendirilmesi gerektiği yani manevi unsur ve kusurluluğun aynı içeriğe sahip olup olmadığı ve anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluk ile ilişkisi ve suç genel teorisindeki yeri konuları çevresinde yoğunlaşmaktadır.

Bu bölümde kusurluluk kavramının içeriği ve suç genel teorisindeki yeri açısından doktrindeki çeşitli görüşler kendi aralarında sınıflandırılarak anlatılacak ve bu konuda benimsediğimiz görüşler gerekçeleri ile birlikte açıklanacaktır.

¹³⁵ Akdağ, H.: TCK'da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler, Ankara Üniversitesi Doktora Tezi, 2018, s.4.

2.1. KUSURLULUĞUN ESASI

2.1.1. Kusurluluğun Psikolojik Anlayışı

Kusurluluğun psikolojik anlayışı 18. yüzyılın ikinci yarısında etkin olan liberalizm temelinde ortaya çıkmış ve Klasik Okul taraftarlarınca esas alınmıştır.¹³⁶ Psikolojik anlayışa göre kusurluluk, fail ile fiil arasındaki psikolojik bir bağıdır.¹³⁷ Hukuk kuralları ile bireyin davranışı arasındaki tezatlığın oluşturduğu, dış dünyada ortaya çıkan suçun objektif yönü yanında, fiil ile fail arasındaki bağ olan kusurluluk suçun sübjektif yönünü oluşturmaktadır.¹³⁸

Psikolojik anlayış suç ve günah ile kusur ve ahlaki kınamanın iç içe geçmiş olduğu bir sistemin karşıtı olarak ortaya çıkmış ve ceza hukukunu zarara ilişkin objektif verilere dayandırarak yalnızca objektif anlamda zararlı fiillerin bastırılmasını sağlayan garanti edici bir sistem yaratmak amacını gütmüştür.¹³⁹

Psikolojik anlayış taraftarları kastın hareketin ve neticesinin istenmesi şeklinde yapılabilecek basit tanımı ve taksirin de hareketin istenmesi şeklinde yapılabilecek basit tanımına dayanarak kusurluluğu isteme olarak tanımlamışlardır.¹⁴⁰

Kusurluluğun psikolojik anlayışına göre ayrıca failin kusurlu olması için haksız, zararlı veya yasaklanmış bir şey yaptığının bilincinde olması aranmamaktadır, kusurluluğun psikolojik anlayışı yalnızca failin fiili istemiş olup olmadığını değerlendirir. Failin bu psikolojik bağ sebebiyle kınanabilmesi kusurluluk kapsamında görülmez, bu, objektif bir değerlendirme hükmüdür.¹⁴¹

Klasik suç teorisi dışsal olan her hususu objektif nitelik taşıdıkları gerekçesiyle maddi unsura ve içsel olan her hususu da sübjektif nitelik taşıdıkları gerekçesiyle

¹³⁶ Toroslu H., s.209.

¹³⁷ Toroslu N. s.190.

¹³⁸ Meraklı, s. 106.

¹³⁹ Toroslu H., s.206.

¹⁴⁰ Dönmezer S. /Erman S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 448.

¹⁴¹ Akdağ, s.13.

kusurluluk kavramının içine yerleştirdiğinden dolayı eleştirilmiştir.¹⁴² Bununla birlikte faile yüklenmiş olan bir görevle çelişmeyen psikik bir tavrın ne kast ne de taksir teşkil edebileceği söylenmiştir.¹⁴³ Öte yandan hareketin istenmesini başlangıç noktası olarak kabul eden psikolojik anlayışın yalnızca kastı açıklayabileceğini ve taksiri açıklayamayacağını öne süren görüşler olmuştur.¹⁴⁴ Yalnızca psikolojik anlayışın göz önüne alınması durumunda meşru savunmada bulunan kimsenin kasten hareket ettiğinin söylenebileceği yönünde eleştiriler de getirilmiştir.¹⁴⁵

2.1.2. Kusurluluğun Normatif Anlayışı

Kusurluluğun psikolojik anlayışında faile yüklenen bir görevle çelişmenin anlayışa dahil edilmemesi, kusurluluğun normatif anlayışının doğmasına yol açmıştır. Kusurluluğun normatif anlayışı, psikolojik anlayışın işlenen fiilin objektif değersizliğine aşırı bağlı gördüğü liberal anlayışı sorgulamış ve saiklerin ve hareketin içinde gerçekleştiği koşulların kusurluluk üzerinde etkili olacakları bir teori kurmak istemiştir.¹⁴⁶

Normatif anlayışa göre suç ceza normuna aykırı bir harekettir ve bu aykırılık hem objektif hem de sübjektif şekilde ortaya çıkar, objektif açıdan norm tarafından korunan sosyal varlık ve menfaatlere zarar verilmesi durumunu ve sübjektif açıdan ise normdan kaynaklanan ve sosyal açıdan zararlı davranışlar gerçekleştirmeme yükümlülüğüne aykırı davranılması durumunu ortaya çıkarır.¹⁴⁷ Suç teşkil eden hareket norm ile korunan varlık ve menfaatler açısından zararlıdır, bu zarar fiilin objektif yönünü ifade etmektedir.¹⁴⁸ Yükümlülüğün ihlali açısından ise hareket kınanabilir olarak nitelendirilebilir, bu kınanabilirlik ise fiilin sübjektif yönüdür.¹⁴⁹

¹⁴² Meraklı, s. 107.

¹⁴³ Soyaslan, D., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2018, s.439.

¹⁴⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 347.

¹⁴⁵ Küçüktaşdemir, Ö.: Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2011, s.26.

¹⁴⁶ Toroslu H., s. 208.

¹⁴⁷ Toroslu H., s.208.

¹⁴⁸ Toroslu H., s.208.

¹⁴⁹ Toroslu H., s.208.

Kusurluluğun normatif anlayışına göre kusurlu olmak, normun koyduğu yasaklara veya yüklediği ödevlere rağmen hukuka aykırı bir hareketi yapmak veya yapmamaktır.¹⁵⁰ Bu anlayışa göre kusurluluğun esası süjenin iradesi ile bir norm arasındaki çatışmaya dayanmaktadır.¹⁵¹ Yani fiil ile fail arasındaki psikolojik bağ failin kusurlu olması için yeterli olmamakta, fail başka türlü davranma olanağı olduğu halde kanunun getirdiği ödeve aykırı davranmayı seçmiş olması nedeniyle kınanabilmektedir.¹⁵²

Kusurluluğun normatif anlayışına getirilen eleştiriler yalnızca normatif anlayışın kabul edilmesi durumunda manevi unsurun hukuka aykırılık unsurunun içinde değerlendirilmesine yol açmış olacağı yönündedir.¹⁵³ Normatif anlayışın kusurluluğun içeriğini boşalttığı söylenmiştir. Ayrıca kusurluluğun failin bilinci ile norm arasındaki bir çelişme olduğunun kabul edilmesi durumunda failin ihlal ettiği hukuk normunu bilmesi veya normun bilinebilir olmasının da önem kazanacağı ve buna göre kusursuz biçimde normun varlığından haberi olmayan kişinin cezalandırılmayacak olmasının hukuka aykırılık ile kusurluluk arasındaki sınırı belirlemeyi zorlaştıracağı yönünde eleştiriler mevcuttur.¹⁵⁴

2.1.3. Davranışın Amaçsallığı Teorisi

Davranışın amaçsallığı teorisi Welzel tarafından ortaya atılmıştır. Welzel'e göre insan davranışı, insanın diğer canlı türlerinden farklı olarak hareketlerini belli bir amaca yönlendirebilmesi ve plan kurabilmesiyle açıklanır.¹⁵⁵ Beşeri davranış amaçlanabilir olanın icrasıdır.¹⁵⁶ Buna göre insan davranışı doğası gereği bir amaca yönelik olacağından hareketin belli bir amaca yönelmesiyle eş anlamlı olan kastın suçun kusurluluk unsurundan çıkarılması ve bunun yerine tipik fiil unsuruna dahil edilmesi gerekmektedir;¹⁵⁷ çünkü suç

¹⁵⁰ Soyaslan, s.439.

¹⁵¹ Toroslu, N. s.190.

¹⁵² Akdağ, s.18.

¹⁵³ Küçüktaşdemir, Cebir, s.26.

¹⁵⁴ Toroslu H., s.214.

¹⁵⁵ Diken, N.: Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, 2011, s.13.

¹⁵⁶ Özbek V./ Doğan K./ Bacaksız P.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2019, s. 201.

¹⁵⁷ Diken, s.34; Akbulut, B.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2018, s.250.

tiplerinin görevi hareketin cezalandırılması için gerekli olan başlıca haksızlık unsurlarını tanımlamaktır.¹⁵⁸ Taksirli insan fiili ise hukuken önem arz etmeyen bir neticeye yönelmiş olsa da, insan fiilinin doğası gereği amaçsaldır.¹⁵⁹ İşte bu nedenle kast ve taksir kusurluluğa ait değil, tipik fiile ve hukuka aykırılığa ait unsurlardır.¹⁶⁰ Kusurluluk yargısı ise fiil ile değil, fail ile ilgilidir; fail hakkında verilen bir değer hükmü oluşturmaktadır.¹⁶¹ Kast ve taksirin içinden çıkarılmış olduğu kusurluluk bu durumda erkin kötü kullanımından ötürü bir kınama teşkil etmektedir.¹⁶² Failin hukuka uygun davranmayı seçebilecek, hukuka uygun davranabilecek olmasına rağmen haksızlığı seçmesi ve hukuka uygun davranmamış olması failin kusurlu kabul edilmesine neden olmaktadır, yani kusur bir fiile ilişkin olarak iradenin oluşumunun kınanabilirliğidir.¹⁶³

Örneğin silahını temizlemekte olan bir kişinin silahın ateş alması sonucu taksirle insan öldürmesi durumunda silah temizleme hareketi aslında amaca yönelik bir fiildir, bu amaç ceza hukukunun konusunu oluşturmayan bir amaç olduğundan ve gerçekleşen netice de amaca uymayan sonuç olduğundan fail amaca yönelmiş fiilindeki tedbirsizliği nedeniyle sorumlu olmaktadır.¹⁶⁴

Davranışın amaçsallığı teorisi suçun maddi ve manevi yönlerini birbirinden ayırmayı imkansız kılması açısından eleştirilmiştir. Teori ayrıca kast ve taksiri kusurluluk kavramının içinden çıkartarak kusurluluğun içeriğini boşaltmış ve onu yalnızca anlama ve isteme yeteneğine indirgemiş olmaktadır.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 202.

¹⁵⁹ Weinberger, O.: Law, Institution and Legal Politics, Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy, Springer 2012, s.13; Diken, s.34.

¹⁶⁰ Saygılar, Y.: Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Taksir, İstanbul Kültür Üniversitesi Doktora Tezi, 2011, s.15; Fletcher, G.: Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press 1988, s.52.

¹⁶¹ Demirci B.: Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2011; Özgenç, s.150.

¹⁶² Hafizoğulları/Özen, s.241.

¹⁶³ Akbulut, s. 525.

¹⁶⁴ Diken, s.37.

¹⁶⁵ Hafizoğulları/Özen, s.242.

2.1.4. Failin Kusuru Teorisi

Failin kusuru teorisi Alman öğretisinde Nazi Almanyası döneminde kabul edilen teoridir, Von Liszt'in başı çektiği Alman Pozitivistleri tarafından ortaya atılmıştır.¹⁶⁶ Mezger failin kusuru teorisinin esasını failin yaşam tarzında ararken, Welzel failin "içsel hayatı üzerinde üstbeninin denetim eksikliği"nin failin kusurunun esası olduğunu söylemektedir.¹⁶⁷ Bu teoriye göre kusurun konusu işlenmiş olan fiil değil, failin öznel durumudur; faile yöneltilen kınama failin suça eğilimli olması, kendinde bir kötülük taşıması nedeniyledir.¹⁶⁸ Kişinin normalin dışına kötü bir karaktere sahip olduğu iddiasıyla cezalandırılması modern ceza hukuku anlayışında kabul görmemektedir, zira bu tür bir anlayış tarihte de kanıtlanmış olduğu gibi totaliter ideolojilere kapı açmaktadır.¹⁶⁹

Öte yandan Welzel'in anladığı şekilde bir fail kusuru anlayışı kişinin kendisini ve oluşunu değiştirebileceğini, kendisine farklı bir "psşik fizyonomi" oluşturabileceğini varsaymaktadır. Somut failin bunu yapma imkanına sahip olup olmadığını hakimin nasıl araştıracağını anlamak mümkün görünmemektedir.¹⁷⁰

2.1.5. Değerlendirme

Failin kusuru teorisinin günümüz ceza hukuku anlayışına uygun düşmediği açıktır, modern ceza hukukunda kişinin kusurlu sayılması sonucunu doğuran olgu, kişinin suç tanımında belirtilen icrai veya ihmali hareketidir, kusurluluğun yalnızca işlenen eylemi kapsadığını söylemek gerekir. Kusurluluğun yalnızca işlenen eylemi kapsamayacağını söylemek, kusurluluğun kişinin oluşunu da kapsayacağını söylemek anlamına gelecektir; bu durumda kişinin yaşam ve varoluş biçimi onu cezalandırmak için bir temel sayılacaktır. Kişinin oluşundan ötürü cezalandırılmasına insanlık tarihinin karanlık dönemlerinde pek çok kez rastlandığından çalışmamızın birinci bölümünde de söz edilmişti.

¹⁶⁶ Saygılar, s.13.

¹⁶⁷ Hafizoğulları/Özen, s.241.

¹⁶⁸ Hafizoğulları/Özen, s.241.

¹⁶⁹ Saygılar, s.14.

¹⁷⁰ Toroslu N., s.196.

Ceza sorumluluğunun kusura bağlanması aynı zamanda irade özgürlüğünün var olmasını gerektirecektir, pozitivistlerin savunduğu determinizm görüşüne göre irade özgürlüğü yoktur ve kişinin yaptığı bir hareketi başka türlü yapmasına olanak bulunmamaktadır.¹⁷¹ Bu düşünce temel alınacak olsa kusurluluk düşüncesinin tamamen ortadan kalkması gerekirdi, hiçbir hareketi iradi olmadığından hiçbir hareketinde kusurlu davranmış olamayacak insanın hukuka aykırı davranışlarını engellemek için başka bir yöntem bulunması gerekir, bu da tehlikeli olduğu düşünülebilecek kişilerin toplumdan uzaklaştırılması yöntemi olurdu. Dolayısıyla cezalandırmada oluşun değil eylemin esas alınması için insanın özgür iradesinin bulunduğu kabulü üzerinden suçun bir unsuru olarak kusurluluk aranmalı ve kusurluluk da eyleme bağlı olarak aranmalıdır.

Kusurluluğun psikolojik anlayışı ve kusurluluğun normatif anlayışı açısından yapılacak değerlendirmeye gelince, kusurluluğun bu iki anlayışının birbirine ters olduğu ve bir arada kabul edilemeyecekleri yönündeki görüş doğru değildir, tersine, bu iki farklı anlayışın birbirlerini tamamladığını söylemek daha doğru olacaktır. Psikolojik anlayış fiilin gerçekleşmesinin iradenin davranışına dayandırılması gerektiği konusunda isabetli bir tespit yapmıştır, normatif anlayış ise kusurlu iradenin daima süjenin ortaya koymak zorunda olduğundan farklı bir irade tezahürü olduğunu belirtmekte haklıdır¹⁷². Kusurluluk fiille fail arasındaki psikolojik bağdan ibaret değildir, bunun yanında ödeve aykırılık da içerir, kusurluluk için fiilin antisosyal niteliğinin bilinci de gereklidir.¹⁷³ O halde kusurluluk, suçun mevcut olması için aranan maddi fiile neden olan iradenin ödeve aykırı davranışı olarak tanımlanabilecektir¹⁷⁴.

Davranışın amaçsallığı teorisi güncel ceza hukukunda geniş bir yere sahip olduğundan bu teorinin anlamı ve çeşitli ceza hukuku kurumları açısından sonuçları çalışmamızın bu bölümünün ilerleyen başlıkları altında kusurluluk kavramının incelenmesi süresince farklı açılardan ele alınacaktır.

¹⁷¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.351.

¹⁷² Toroslu N., s.191.

¹⁷³ Akdağ, s.39.

¹⁷⁴ Hafizoğulları/Özen, s.332.

2.2. SUÇUN UNSURLARI BAKIMINDAN KUSURLULUK

2.2.1. Kusuru Suçun Unsurlarından Kabul Eden Görüşler

Kusuru suçun unsurlarından kabul eden görüşlere sahip yazarlar kusurun içeriği konusunda ve suçun kaç unsura ayrılarak incelenmesi gerektiği konusunda ayrılığa düşmektedirler. Bu nedenle kusuru suçun unsuru kabul edip kast ve taksiri kusur unsuru içinde ele alan görüşler ve kusuru suçun unsuru kabul edip kast ve taksiri bu unsur içinde ele almayan görüşler olarak ikiye ayrılıp inceleneceklerdir.

2.2.1.1. Kusuru Suçun Unsuru Kabul Edip Kast ve Taksiri Kusur Unsuru İçinde Ele Alan Görüşler

Doktrinde kast ve taksiri kusurluluk unsuru içinde ele alan yazarlar manevi unsur ve kusurluluğu aynı veya büyük oranda örtüşen kavramlar olarak kabul edilen yazarlar olarak da sınıflandırılmışlardır.¹⁷⁵ Bu kısımda sözü edilecek yazarların kimi unsurlardan biri olarak "kusurluluk" ismini, kimi ise "manevi unsur" ismini tercih etmiştir, iki kavramı aynı veya büyük ölçüde örtüşen şekilde kullanan yazarların bu kısımda ele alınıyor oluşu bu görüş farklılığını taşıyan yazarların bu başlık altında bir arada ele alınmasını mümkün kılmıştır.

Toroslu suçu maddi unsur ve manevi unsur olmak üzere ikiye ayırmaktadır, kusurluluğu manevi unsurla büyük oranda örtüşür görenlerdendir ve kast ve taksiri manevi unsur içinde inceler.¹⁷⁶ Anlama ve isteme yeteneğini kusurluluğun parçası veya ön şartı olarak değil, şahsın bir oluş biçimi, bir durumu olarak değerlendirir.¹⁷⁷

İtalyan doktrininde *Antolisei* suçun maddi fiil ve kusurlu irade olarak iki unsuru olduğunu, *Ranieri* ise suçun unsurlarının maddi unsur ve psikolojik unsur olduğunu savunmaktadır.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Karakahya/Usluadam s.7.

¹⁷⁶ *Toroslu N.*, s.190.

¹⁷⁷ *Toroslu N.*, s. 194.

¹⁷⁸ *Antolisei F.*, *Manuale di Diritto Penale*, Giuffrè, 14. E., Milano 1997, s.212; *Ranieri S.*, *Diritto Penale Parte General*, CEA, Milano 1945, s. 166 vd., akt. Akdağ, s.9.

Anglo-Amerikan hukukunda da suç *actus reus* ve *mens rea* olmak üzere maddi unsur ve manevi unsurdan oluşmakta, mens rea kavramı kast ve taksiri içinde barındırmaktadır.¹⁷⁹

Hafizoğulları-Özen suçu fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç unsura ayırmakta ve kast ve taksiri kusurluluğun içinde incelemektedir. Yazarlar anlama ve isteme yeteneğini failin kusurluluktan bağımsız bir niteliği olarak değerlendirmektedir.¹⁸⁰

Demirbaş suçun unsurlarını tipe uygun fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üçe ayırmakta ve kusurluluk başlığı altında anlama ve isteme yeteneği, kast ve taksiri incelemektedir.¹⁸¹

İçel de suçun unsurlarını tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üçe ayırmakta ve kusurluluk unsuru altında anlama ve isteme yeteneğini ve kusurun türleri addettiği kast ve taksiri incelemektedir.¹⁸²

İtalyan doktrininde suçu fiil, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere üçe ayıran yazarlar arasında *Bettioli*, *Mantovani*, *Petrocelli* ve *Maggiore* sayılabilir.¹⁸³ *Battagliani* de suçu üç unsura ayırır ve bu unsurların tipik fiil, kusurluluk ve cezalandırılabilme olduğunu savunur.¹⁸⁴ *Mezger'e* göre ise suçun unsurları hukuka aykırı fiil, kusur isnadı ve ceza tehdididir.

¹⁷⁹ Chan W., Simester A.P., "Four Functions of Mens Rea", Cambridge Law Journal 70(2), July 2011, s. 381.

¹⁸⁰ Hafizoğulları/Özen, s.165.

¹⁸¹ Demirbaş, s.215 vd.

¹⁸² İçel, s.224 vd.

¹⁸³ Bettioli, G., Diritto Penale Parte Generale, CEDAM, Padova 1976, s. 240; s.223 vd.; Mantovani, F., Diritto Penale, CEDAM, B.7, 2011, s. 121 vd.;Petrocelli, B. Principi di Diritto Penale V.1, CEDAM- Padova 1943, s.280; Maggiore, G., Diritto Penale Parte Generale, V.1, Nicola Zanichelli Editore, B.%, Bologna 1955, s. 223 vd. akt. Akdağ, s.10.

¹⁸⁴ Battagliani G., Diritto Penale Parte Generale, Nicola Zanichelli Ediyore, B. 2, Bologna 1940, s. 113 vd., akt. Akdağ, s.10.

Dönmezer-Erman suçu, suçun kanuni unsuru, suçun maddi unsuru, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur olmak üzere dört unsura ayırmakta, kast, taksir ve anlama ve isteme yeteneğini manevi unsur başlığı altında incelemektedir.¹⁸⁵

Centel-Zafer-Çakmut suçun unsurlarını yasallık unsuru, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur olmak üzere dörde ayırmakta, anlama ve isteme yeteneğini manevi unsur başlığı altında incelemekte,¹⁸⁶ kast ve taksiri de aynı başlık altındaki "kusur türleri" alt başlığında değerlendirmektedir.¹⁸⁷

Soyaslan suçun unsurlarını suçun kanuni unsuru, suçun maddi unsuru, suçun hukuka aykırılık unsuru ve suçun manevi unsuru olmak üzere dörde ayırmakta ve isnat kabiliyeti ve kast ve taksiri suçun manevi unsuru başlığı altında incelemektedir.¹⁸⁸

Kast ve taksiri kusurluluk unsurunun içinde kabul eden görüşler bu görüşü benimsemeyenlerce "klasik görüş", "nedensel hareket teorisi" veya "tasnifçi suç teorisi" isimleriyle adlandırılmaktadır.¹⁸⁹ Bu görüş taraftarları manevi unsurun içeriği konusunda çoğunlukla anlaşmakla birlikte anlama ve isteme yeteneğinin yeri konusundaki görüşlerinde ayrı düşebilmektedirler. Anlama ve isteme yeteneğinin yeri konusundaki tartışmalar "Anlama ve İsteme Yeteneği ile Kusurluluk Arasındaki İlişki" başlığı altında yeniden ele alınacaktır.

Nedensel hareket teorisine göre insan iradesi "neden olucu" bir fonksiyon göstermekte ve yönlendirici güç olarak olayın gelişiminde değerlendirilmemektedir.¹⁹⁰ Bu teoriye göre icrai veya ihmali olması fark etmeksizin neticeyi gerçekleştiren her davranış harekettir, irade hareket kavramı çerçevesinde değil, kusurluluk kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir.¹⁹¹

¹⁸⁵ Dönmezer /Erman II, s. 65 vd., 77 vd., 231 vd., 383 vd.

¹⁸⁶ Centel/ Zafer/ Çakmut, s.346.

¹⁸⁷ Centel/Zafer/Çakmut s.380.

¹⁸⁸ Soyaslan, s.408 vd.

¹⁸⁹ Ozansü, M.C., Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Objektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2007, s.21.

¹⁹⁰ Akbulut, s.249.

¹⁹¹ Akbulut, s.249.

Kast ve taksiri kusurluluk unsurunun içinde kabul eden görüşlerin savunucuları çoğunlukla kusurluluk hakkındaki psikolojik görüşü benimsemektedirler, fakat psikolojik teorinin taksiri açıklamakta yetersiz kaldığı düşüncesiyle psikolojik ve normatif teorilerin bir araya gelerek kast ve taksirin içinde bulunduğu kusurluluğu açıklamakta daha yeterli olacağını savunan görüşler de mevcuttur.¹⁹² Örneğin *Dönmezer-Erman* kusurluluğun psikolojik bir kavram olduğunu savunmakla birlikte kusurluluğun türü taksir olduğunda psikolojik teoriyi normatif teori ile kaynaştırmak, onunla tamamlamak gerektiğini, yani bu ölçüde kusurluluğun normatif teorisine de kendi kusurluluk anlayışlarında yer verdiklerini söylemektedir.¹⁹³ *Toroslu* da kusurluluğu "suçu oluşturan maddi fiile neden olan iradenin ödeve aykırı davranışı" şeklinde tanımlayarak kusurluluğun psikolojik ve normatif anlayışlarını bir araya getirerek benimsemektedir.¹⁹⁴

Kast ve taksiri kusurluluk unsurunun içinde kabul eden görüşlerin temel düşüncesi bir suçun oluşması için hukuk düzenince yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesinin yeterli olmadığı ve bunun yanında fiilin iradi de olmasının aranmasıdır. Yani hukuk düzeni tarafından yasaklanan fiilin şuurlu bir itkiyi gerektirdiği veya iradenin bir çabası ile engellenebilir olduğu halde de, fiille failin arasında psişik bir bağ vardır ve bu psişik bağın olmadığı, icra veya ihmal hareketinin şuurlu ve iradi olmadığı durumda suçun manevi unsuru eksik olacaktır.¹⁹⁵ İradenin eseri olmayan bir fiilden fail sorumlu tutulamaz.¹⁹⁶

Bir görüşe göre manevi unsur kavramı kusurluluk ve anlama ve isteme yeteneğini içermektedir.¹⁹⁷ Yani kusurluluk ifadesi manevi unsur ifadesinden daha dar bir kapsama sahip olmakta ve kusurluluğun yanında anlama ve isteme yeteneği de manevi unsurun içeriğini oluşturmaktadır.¹⁹⁸ Bu görüş daha sonra anlama ve isteme yeteneğinin suç genel teorisindeki yerinin tartışılması kapsamında yeniden ele alınacaktır.

¹⁹² Dönmezer/ Erman II, s. 462.

¹⁹³ Dönmezer /Erman II, s. 453.

¹⁹⁴ Toroslu N., s. 191.

¹⁹⁵ Hafizoğulları/Özen, 240 d.

¹⁹⁶ Hafizoğulları/ Özen, s. 248.

¹⁹⁷ Karakehya, H. / Usluadam, A.K.: Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, s.2, 2015, s.7.

¹⁹⁸ Karakehya/ Usluadam, s.8.

2.2.1.2. Kusuru Suçun Unsuru Kabul Edip Kast ve Taksiri Kusur Unsuru İçinde Ele Almayan Görüşler

Kast ve taksirden arındırılmış bir kusurluluğu suçun unsuru kabul eden aşağıda daha detaylı bahsedilecek görüşleri benimseyen yazarlar suçun manevi unsuru ile kusurluluğu birbirinden farklı kavramlar olarak kabul eden yazarlar olarak da adlandırılmaktadırlar.¹⁹⁹

Özbek-Doğan-Bacaksız suçu tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç unsura ayırmakta ve kusurluluğu suçun unsurlarından kabul etmekle birlikte kast ve taksiri tipe uygunluk unsurunun sübjektif nitelikteki unsurları başlığı altında incelemektedir.²⁰⁰

Artuk-Gökçen, suçu tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç unsura ayırmakta; manevi unsur yani kast ve taksiri tipikliğin sübjektif unsurları başlığı altında ele almaktadır.²⁰¹

Koca-Üzülmez de suçu tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç unsura ayırmış ve kast ve taksiri tipiklik unsuru içinde incelemiştir.²⁰²

Kast ve taksiri tipiklik unsurunun içine dahil eden görüşler Alman hukuk öğretisinin bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır ve çoğunlukla *Davranışın Amaçsallığı Teorisi* veya *Finalist Teori* olarak adlandırılan teoriyi benimsemektedirler. Bu görüşü benimseyen yazarlar yeni ceza kanununun sistematığının bunu gerektirdiğini savunmakta, klasik teorinin ise yeni kanunu açıklamakta eksik kaldığını düşünmektedirler.²⁰³

¹⁹⁹ Karakehya/ Usluadam, s.13.

²⁰⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, 208 vd., 274 vd., 346 vd.

²⁰¹ Artuk M./ Gökçen A./ Alaşahin, M./ Çakır, K.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2019, s. 285 vd., 385 vd., 482 vd., 569 vd.

²⁰² Koca M./ Üzülmez İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 104 vd., 143 vd., 220 vd., 308 vd.

²⁰³ Hakeri, s.111.

Davranışın amaçsallığı teorisi "Kusurluluğun Esası" başlığı altında da değinildiği üzere insan davranışının doğası gereği bir amaca yönelik olduğunu, bu nedenle esasında kast ve taksirin tipik fiil unsuruna dahil kavramlar olduğunu savunmaktadır. Bu teoriye göre hareket hedefin zihinsel olarak belirlenmesi, hedefe yönelik aracın seçilmesi ve hareket iradesinin gerçek gelişim dünyasında gerçekleştirilmesi olmak üzere üç adımdan oluşmakta ve işte bu nedenle belli bir amaca yönelen iradenin hareketin bir vasfı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.²⁰⁴ Bu teoriye göre tipiklik unsuru da tipikliğin maddi (objektif) unsurları ve tipikliğin manevi (sübjektif) unsurları olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılmakta ve kast ve bazı yazarlara göre taksir tipik fiilin sübjektif unsurunu oluşturmaktadır.²⁰⁵

Bu görüşleri benimseyen yazarlar kusurun failin işlediği haksızlığın kınanması konusundaki yargının kendisi olduğunu, bu nedenle kusur ve haksızlık kavramlarını birbirinden ayırmak gerektiğini savunmaktadırlar.²⁰⁶ Bahsedilen haksızlık kavramı esasında norma aykırılığı ifade etmektedir, finalist teori, örneğin "kasten adam öldürmeyeceksin" normunun içeriğinde "kasten bir insanı öldürecek davranışlarda bulunmayacaksın" hükmünü taşıdığını ve bu nedenle kasten adam öldürme fiilindeki kastın da tipiklik unsurunun bir parçası olduğunu savunmaktadır. Aynı şekilde, taksirle adam öldürmeyi yasaklayan norm taksirle adam öldürme davranışını yasaklamaktadır.²⁰⁷

Finalist teoriye göre insan davranışı tüm dahili ve harici unsurlarıyla birlikte hukuka aykırılık unsurunun konusudur.²⁰⁸ Kusurluluk yargısı ise fiil ile değil, fail ile ilgilidir; fail hakkında verilen bir değer hükmü oluşturmaktadır.²⁰⁹ Kast ve taksirin içinden çıkarılmış olduğu kusurluluk bu durumda erkin kötü kullanımından ötürü bir kınama teşkil etmektedir, norm tarafından aranan şekilde hareket edebilecek kimsenin yükümlülüğü ihlal etmesinden kaynaklanan bir kınamadır.²¹⁰ Böylece "kusur" veya "kusurluluk" suçun oluşumuna etki etmeyen, fakat failin cezalandırılması bakımından etkide bulunan bir unsur

²⁰⁴ Akbulut, s. 250.

²⁰⁵ Akbulut, s.250; Koca/Üzülmez s. 143 vd.

²⁰⁶ Meraklı, s.453; Keçelioğlu, E.: Taksirli Suçun Dogmatığı, Ankara 2015, s.51.

²⁰⁷ Meraklı, s. 39.

²⁰⁸ Toroslu H., s. 218.

²⁰⁹ Demirci, B.: Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2011; Özgenç, s.150.

²¹⁰ Hafizoğulları/Özen, s.241.

olarak anlaşılmaktadır. Alman ceza hukukunda cezalar ve güvenlik tedbirlerini açıklayan "iki izlilik" kuramı da buna dayanmakta, fail "kusurlu" olmasa da suç oluşmakta, fakat ceza yerine güvenlik tedbirleri uygulanmaktadır; çünkü kusursuz haksızlık olabilir.²¹¹

Yine Welzel'e göre hukuka aykırılık ve kusur dışsal ve içsel olanın birbirinden ayrı ele alınması olarak düşünülmemeli, aksine hukuka aykırılık ve kusur dışsal ve içsel olanın bir bütün halinde ortaya çıktığı hareket karşısında failin ne yapabileceğine göre ayrıştırılmalıdır.²¹²

Finalist hareket kuramını benimseyen yazarlara göre ceza hukuku sorumluluğu dış dünyada meydana gelen bir neticeyi temel almamalı, bunun yerine "hareketin olumsuz değeri"ni temel almalıdır, amaçsal eyleme haksızlık içeriğini kazandıran ise hareketin yarattığı olumsuz sosyal değer olmalıdır.²¹³

Yazarlar failin kasıtlı veya taksirli iradesinin hareketin hukuka aykırılığını anlayabileceği bir karşı dürtü oluşturabileceği ölçüde kınanması gerektiğini ileri sürer, yani hukuka aykırılık üzerindeki önlenemez hata kusurluluğu hafifletmektedir ve bu nedenle cezayı da hafifletmelidir. Buna göre tipik fiil üzerindeki hata kastı ortadan kaldırırken, hukuka aykırılık üzerindeki hata kusurluluğu ortadan kaldırmalıdır.²¹⁴

Klasik öğretinin objektif ve sübjektif unsurları birbirinden katı biçimde ayırmasını reddeden ve kast ve taksirden oluşan sübjektif unsurları tipik fiilden oluşan haksızlığın içine dahil eden bu teori suçun maddi ve manevi yönlerini birbirinden ayırmayı imkansız kılması açısından eleştirilmiştir.²¹⁵ Teori ayrıca kast ve taksiri kusurluluk kavramının içinden çıkartarak kusurluluğun içeriğini boşaltmış ve onu yalnızca anlama ve isteme yeteneğine indirgemiş olmakta, özünde "ödeve aykırı psişik bir davranış" olan kusurluluk kavramını bu özünden arındırmaktadır.²¹⁶

²¹¹ Dönmezer/ Erman II, s.385.; Keçelioğlu, E.: Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı, Ceza Hukuku Dergisi S.21, Nisan 2013, S.26.

²¹² Ozansü, s.36.

²¹³ Ozansü, s.33.

²¹⁴ Toroslu H., s.222.

²¹⁵ Ozansü, s.36.

²¹⁶ Hafizoğulları/Özen, s.242.

Belirtmek gerekir ki kast ve taksiri tipikliğin sübjektif unsurları olarak benimseyen birtakım yazarlar basit taksiri bu gruba dahil etmemektedirler.²¹⁷

2.2.2. Kusuru Suçun Unsurlarından Kabul Etmeyen Görüşler

Özgenç suçu maddi unsurlar, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru olarak üçe ayırmakta, kast ve taksiri manevi unsur türleri kabul etmekte, kusuru ise unsurlar arasında ele almayı failin kınanabilirliğine ilişkin bir değer yargısı olarak görmektedir.²¹⁸

Hakeri suçu kanuni unsur (tipiklik) ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere ikiye ayırmış, kast ve taksiri suçun kanuni unsuru olan tipikliğin sübjektif unsurları kabul etmiştir. Kusurluluğu failin gerçekleştirdiği bir haksızlık sonucunda kişisel olarak kınanıp kınanamayacağı olarak tanımlamış ve suçun unsurlarından saymamıştır.²¹⁹

2.2.3. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. Maddesi Açısından Kusurluluk

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi 2. fıkrasında yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast ve taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması ve yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde beraat kararı verileceğini düzenlemiştir. Aynı maddenin 3. fıkrası ise sanık hakkında yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk halinde ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini söylemektedir.

²¹⁷ Ozansü, s.47.

²¹⁸ Özgenç İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2013, s. 229 vd., 366 vd.

²¹⁹ Hakeri, s.112 vd., s.180 vd., s.238 vd., s.300.

223. maddenin 2. fıkrasına göre kast veya taksirin bulunmaması halinde beraat kararı verilmekteyken 3. fıkrasında sayılan hallerde "kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu tercihinin kusurun suçun unsurlarından biri olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve kast ve taksirin de kusurun içinde yer almadığı anlamına geldiği savunulmaktadır.²²⁰

Daha önce bahsedilen, kast ve taksiri kusurluluk unsurunun içine dahil eden, yani kusurluluğun suçun manevi unsuru olduğunu kabul eden görüşe göre kusurluluğun bulunmaması durumunda suç oluşmayacak ve fail hakkında beraat hükmü verilecektir. Bu yaklaşım hem psikolojik hem de normatif anlamda kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin "kusurluluğu kaldıran nedenler" olduğunu savunmaktadır.²²¹

Kast ve taksiri kusurluluğun içinde değil de tipiklik unsurunun içinde değerlendiren Alman doktrini yazarları ise kusurluluğu kaldıran nedenlerin bulunduğu durumda ceza verilmesine yer olmadığı hükmünün verilmesi gerektiğini savunur, bu yaklaşıma göre yalnızca normatif kusurluluk olan failin kınanabilirliğini ortadan kaldıran durumlar kusurluluğu kaldıran neden olarak adlandırılabilir.²²² Bu yazarlara göre kast ve taksir maddi unsurun içinde olduğundan ve kast ve taksirin bulunmadığı durumda suçun unsurlarından biri eksik olduğu için suç oluşmaz ve bu nedenle 2. fıkrada bu durumda beraat hükmü verilmesi düzenlenmiştir. Yine aynı yazarlara göre maddenin 3. fıkrasında ise mazeret sebepleri düzenlenmiş olduğundan failin mazur görülerek ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesinin düzenlenmesi yerindedir çünkü bu yazarların anlayışı kapsamındaki kusur, suç kavramı ile değil cezalandırılabilirlik kavramı ile ilişkilidir.²²³

TCK'nın genel gerekçesinde manevi unsurların kast ve taksir olduğu ve bu sistemde bunların birer kusurluluk hali değil haksızlık unsuru olduğu yazılmıştır.²²⁴ Yani kanunun Alman sistemini benimsemiş olduğu açıktır.

²²⁰ Meraklı, s. 48.

²²¹ Akdağ, s.90.

²²² Akdağ, s.90.

²²³ Meraklı, s. 360.

²²⁴ Bekar, E.: Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXXV, S.1, s. 25.

2.2.4. Değerlendirme

Katıldığımız görüş, fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarından oluşan, suçun unsurlarına üçlü ayırımıdır. Suçun bu üç unsurundan fiil unsuru hareket, netice ve nedensellik bağını kapsar. Hareket, hukuk düzeninin yapılmasını emrettiği hareketi yapmamak şeklinde ortaya çıktığında ihmali hareket, ve insan iradesinin sınırlar vasıtasıyla harekete geçirilmesiyle ortaya çıktığında icrai hareket olarak adlandırılır.²²⁵ Hukuka aykırılık unsuru ise fiil ile hukuk düzeninin çatışmasını ifade eder. Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için kanunda yasaklanmış olması ve onu hukuka uygun hale getiren koşulların da var olmaması gerekmektedir. Kusurluluk unsurunun içeriği hakkındaki görüşlerimiz çalışmanın ilerleyen başlıklarında yer almaktadır.

Davranışın amaçsallığı teorisi kusurluluğun psikolojik anlayışını görmezden gelmekte ve onu suçun kurucu unsurlarının dışına itmektedir. Kastın tanımı kanunda yer alan bir kavram olması onun failin zihninde yer aldığı gerçeğini değiştirmeyecek ve bu nedenle tipikliğin bir parçası kabul edilmesi kanımızca mümkün olmayacaktır.²²⁶ Bu nedenle kast ve taksirin kusurluluk unsurunun parçaları olduğunu savunan görüşe katılıyoruz.

2.3. ANLAMA VE İSTEME YETENEğİ İLE KUSURLULUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kusurluluk ile anlama ve isteme yeteneği arasındaki ilişkinin belirlenmesi tartışmasına girilmeden anlama ve isteme yeteneğinin ne anlama geldiğinin araştırılması lazımdır. Kanun, madde gerekçelerinde “kusur yeteneği” adı altında söz edilen anlama ve isteme yeteneğinin 31. maddesinde henüz 12 yaşını bitirmemiş çocuklarda bulunmayışını

²²⁵ Akdağ, s.5.

²²⁶ Akdağ, s.190.

açıklarken “işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamaması” ve “davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması” olarak tanımlamıştır.

Anlama kapasitesine ilişkin iki temel anlayıştan birincisi anlama ve isteme yeteneğinin iyi ile kötünün ayırt edilmesi olduğunu savunurken ikincisi anlama yeteneğini fiilin hukuka aykırılığını algılayabilme yeteneği olarak tanımlar.²²⁷ Anlama ve isteme yeteneğinin iyi ve kötünün ayırt edilmesi yeteneği olduğunu savunan birinci görüşe göre failin çevresindeki olguları gözleme ve bu gözlemlerden çıkarımlar yaparak fiilin davranış kurallarına aykırı olduğunu anlayabilmesi failin anlama ve isteme yeteneğinin olduğu anlamına gelmektedir. Failin toplumun görüşlerine katılması gerekmemekte, fakat fiilin taşıdığı sosyal değeri algılayabilmesi gerekmektedir.²²⁸ Anlama ve isteme yeteneğinin fiilin hukuka aykırılığını algılayabilme yeteneği olduğunu savunan ikinci görüşe göre ise failin fiilin sosyal değil, hukuki değersizliğini, fiilin hukuk düzenince tasvip edilmediğini anlayabilmesi gerekmektedir.²²⁹ Kısacası görüşlerden birincisi anlama ve isteme yeteneğini ahlaki boyutta değerlendirirken ikincisi hukuki boyutta değerlendirmektedir.²³⁰ Bir üçüncü görüşe göre ise anlama yeteneğinin varlığı için failin fiilin ahlaki veya hukuki değerini anlayabilmesine gerek yoktur çünkü zihinsel bir yetenek olan anlama yeteneği hareketin değerine ilişkin bir algı içermemektedir.²³¹

İsteme kapasitesi ise kişinin içinden gelen isteklere direnerek bağımsız şekilde davranabilmesi yeteneğidir.²³²

Anlama ve isteme yeteneğinin bulunması için hem anlama, hem de isteme yeteneğinin bulunması gerekmektedir.²³³ Kanun koyucu TCK'nın 31 ila 34. maddelerinde akıl hastalarının, küçüklerin, sağır-dilsizlerin ve arızı bir nedenin etkisinde bulunanların

²²⁷ Akdağ, s.42.

²²⁸ Akdağ, s.42.

²²⁹ Akdağ, s.42.

²³⁰ Akdağ, s.42.

²³¹ Akdağ, s.43.

²³² Hafizoğulları/Özen, s.384.

²³³ Hafizoğulları/Özen, s. 384.

anlama ve isteme yeteneğine hiç sahip olmadıklarını veya bu yeteneklerinin azaldığını kabul etmiştir.²³⁴

Anlama ve isteme yeteneğinin failde bulunması gereken zaman, fiilin işlendiği andır; yalnız failin suçun işlenmesi sırasında bilerek kendisini anlama ve isteme yeteneğinden yoksun hale getirmesi, örneğin sarhoş olması durumu için bir istisna öngörülmüştür. Bu durum *actions liberae in causa*, sebebinde serbest hareket olarak adlandırılmaktadır. Bu halde fiilin işlendiği an değil, failin kendisini kusur yeteneğinden yoksun hale getirdiği an esas alınır, böylece hareketin yapıldığı anda failin kusur yeteneği yoksa da fail kendisini bu yetenekten yoksun kıldığı sırada anlama ve isteme yeteneğine sahip olduğu için gerçekleşen neticeden sorumlu olacaktır.²³⁵

Doktrinde anlama ve isteme yeteneği ile kusurluluk arasındaki ilişkiyi açıklayan başlıca üç görüş bulunmaktadır. Bunlar anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğun ön şartı olduğunu savunan görüş, anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğun unsuru olduğunu savunan görüş ve anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluktan bağımsız, failin bir özelliği olduğunu savunan görüştür. Anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı olduğunu savunan görüşteki yazarlar ile anlama ve isteme yeteneğinin kusurun bir unsuru olduğunu savunan görüşteki yazarlar isnat edilemeyen kimselerin anlama ve isteme yeteneğinden yoksun oldukları nedeniyle kusurlu olamayacaklarını savunmaktadır. Anlama ve isteme yeteneğinin failin bir özelliği olduğunu savunan yazarlara göre ise kusurluluktan bağımsız olan anlama ve isteme yeteneği yalnızca failin cezalandırılabilmesi için subjektif bir koşuldur.²³⁶

²³⁴ Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2013, s.332.

²³⁵ Demirbaş, s.333.

²³⁶ Toroslu, H., Ceza Hukukunda Anlama ve isteme yeteneği, Ankara Üniversitesi Doktora Tezi, 2013, s. 204.

2.3.1. Anlama ve İsteme Yeteneğinin Kusurluluğun Ön Şartı Olduğu Yönündeki Görüş

Geleneksel teori, isnat edilebilirliğin kusurluluğun ön şartı olduğunu ileri sürer. Buna göre failin kusurluluğundan söz edebilmek için öncelikle onun kusur yeteneğinin, yani kusurlu hareket etmeye ehil olup olmadığının araştırılması gerekir.²³⁷

İsnat edilebilirliğin kusurluluğun bir ön şartı olduğu yönündeki görüşler kusurluluğu ceza hukuku anlamında kınanabilirlik şeklinde tanımlayan normatif anlayışına dayanır.²³⁸ Bu görüşe göre anlama ve isteme yeteneği failin bir subjektif niteliği değil, kınanabilmesini mümkün kılan bir koşuldur; faile iradesinin başka bir biçimde ortaya çıkmadığından dolayı kınama yargısının yöneltilebilmesi için bu iradenin anlama ve isteme yeteneğine sahip bir süjede ortaya çıkmış olması gerekmektedir, dolayısıyla anlama ve isteme yeteneğinin bulunmadığı durumda kusurluluktan söz etmek mümkün olmaz.²³⁹

Bu görüşe göre isnat edilebilir olmayan kimselerin işlediği fiil cezalandırılmayan bir suç olarak değil, kusurlu olmayan bir tipik fiil olarak algılanmalıdır, isnat edilebilirlik kusurluluğun bir ön şartı veya unsuru olarak değerlendirildiğinde isnat edilebilir olmayan failin işlediği tipik fiilde kusurlu olduğunu söylemek imkansız olacaktır çünkü kusur suçun unsurlarından biri olduğundan kusurun bulunmadığı durumda suç da oluşmamış olur.²⁴⁰

2.3.2. Anlama ve İsteme Yeteneğinin Kusurluluğun Unsuru Olduğu Yönündeki Görüş

Anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğun bir unsuru olduğu yönündeki görüş de ön şartı olduğu yönündeki görüş gibi kusurluluğu yükümlülüğe aykırı davranış dolayısıyla kınanabilirlik olarak tanımlamakta ve iradesini kanunen talep edilen, sosyal ihtiyaçlara

²³⁷ Demirbaş, s.332.

²³⁸ Akdağ, s.44.

²³⁹ Toroslu H., s.226.

²⁴⁰ Toroslu N., s.192.

uygun şekilde ortaya koyamayan faille başka türlü davranmadığı için bir kınama yargısı getirilmemesi gerektiğini savunmaktadır.²⁴¹

Bu görüşü savunanlara göre failin anlama ve isteme yeteneğinin bulunmaması durumunda artık norma aykırılık teşkil eden eylemi hukuka sadakat eksikliği olarak kendisine isnat edilemeyeceğinden failin kınanabilmesi mümkün olmayacaktır.²⁴²

Anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğunun bir unsuru olduğunu savunan görüş taraftarı bazı yazarlar "anlama ve isteme yeteneği" kavramı yerine "kusur yeteneği" kavramının kullanılmasını gerektiğini, çünkü isnadiyetin faille dışardan yöneltilen bir kavram olmasına karşın kusur yeteneğinin failin içsel durumuna ilişkin olup bir değer yargısından bir tespite dayandığını söylemektedirler.²⁴³

2.3.3. Anlama ve İsteme Yeteneğinin Kusurluluktan Bağımsız, Failin Bir Özelliği Olduğu Yönündeki Görüş

Anlama ve isteme yeteneğinin failin bir özelliği olduğu yönündeki görüş esasen kusurluluğun psikolojik anlayışına dayanır. Savunucuları, anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluktan bağımsız olduğunu söylemektedirler. Buna göre anlama ve isteme yeteneği bulunmayan fail kusurlu hareket etmiş olabilecektir, fakat anlama ve isteme yeteneği bulunmayan faille ceza müeyyidesi uygulanması mümkün olmayacaktır.²⁴⁴

Bu görüşü savunanlara göre sanığın anlama ve isteme yeteneğinden yoksun olması durumunda da hakim yapması gereken sanığın fiili kasten veya taksirle işleyip işlemediğini araştırmak ve bu şekilde sanığın kusurlu olduğunu ortaya koyduktan sonra güvenlik tedbirlerine hükmetmek olacaktır. Böylece anlama ve isteme yeteneğinden yoksun ve kusurlu da hareket etmemiş fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün olmayacaktır.²⁴⁵

²⁴¹ Toroslu H., 236.

²⁴² Meraklı, s. 458.

²⁴³ Meraklı, s. 364.

²⁴⁴ Toroslu H., s. 243.

²⁴⁵ Toroslu H. s. 243.

Bu görüşe göre anlama ve isteme yeteneğinden yoksun olmak suçun meydana gelmesini engellemekle birlikte faile ceza verilmesini engelleyecektir çünkü ahlaki değeri itibariyle cezayı hissedemeyecek bir failin cezalandırılması anlamlı olmayacak, cezalandırmanın amaçlarına aykırı olacaktır.²⁴⁶

2.3.4. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. Maddesi Açısından Anlama ve İsteme Yeteneği

Anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğun ön şartı olduğunu savunan yaklaşımdan daha önce bahsedilmişti. Bu yaklaşımın savunucuları anlama ve isteme yeteneğinin mevcut olmadığı durumda kusurluluğun zaten hiçbir zaman ortaya çıkmayacağını ve bu nedenle anlama ve isteme yeteneğinin bulunmayışının bir kusurluluğu kaldıran neden olmadığını savunmaktadır.²⁴⁷

Yine daha önce bahsedilmiş olan, anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğun bir unsuru olduğunu savunan yaklaşım anlama ve isteme yeteneğinin bulunmayışının bir kusurluluğu kaldıran neden olması gerektiğini ileri sürmektedir.²⁴⁸

Son olarak anlama ve isteme yeteneğini failin bir özelliği olarak gören yaklaşıma göre anlama ve isteme yeteneğinin failin kusurluluğuna bir etkisi olmayacağından anlama ve isteme yeteneği olmayan bir kişinin suç işlemesi mümkündür fakat bu suç cezalandırılmaz çünkü anlama ve isteme yeteneği failin işlediği suç sebebiyle cezalandırılabilmesi için sahip olması gereken bir özelliktir.²⁴⁹ Bu üçüncü görüşü benimsediğimizden daha önce bahsedilmişti. Bu halde katıldığımız görüşe göre anlama ve isteme yeteneğini etkileyen bir özelliğe sahip bir failin de kusurluluğa etki eden nedenlerin altında hareket etmesi mümkün olacaktır. Kusurluluğu kaldıran nedenler somut olarak ortaya çıkan fiile ilişkin istisnai haller olduğundan bu nedenlerin etkisi altındaki anlama ve

²⁴⁶ Toroslu H., s. 245.

²⁴⁷ Akdağ, s. 191.

²⁴⁸ Akdağ, s.191.

²⁴⁹ Akdağ, s. 191.

isteme yeteneğini haiz bulunmayan fail toplum açısından tehlikeli görülmeyip faile güvenlik tedbiri uygulanmamalıdır.²⁵⁰

Alman doktrini çerçevesinde gelişen finalist teori kapsamında kast ve taksir maddi unsurun içine dahil edilmiştir, kast ve taksirin bulunmadığı durumda suçun oluşmayacağı kabul edilmiştir ve kanun gerekçesinde kanunun bu teorinin sistematüğını benimsediğı açıkça belirtilmiştir dedik, bu teori kusurluluğı suçun bir unsuru olmayıp failin cezalandırılabilmesi için bir şart olarak görmekte ve anlama ve isteme yeteneğini de bu şartın içinde saymaktadır. Bu teoriye göre de anlama ve isteme yeteneğı bulunmayan failin suç işlemesi mümkündür.

2.3.5. Değerlendirme

Esasen isnat edilebilirliğı kusurun ön şartı kabul eden anlayışın dayanağı kusur hakkındaki hükmün faile yönelik bir ahlaki kınamayı içerdiği yönündeki inanıştır. Isnat edilemez kabul edilen kişilerin davranışlarının etik bir değerlendirmeye müsait olmayışının bu kimselerde kusurlu bir irade olamayacağı anlamına geldiğı savunulmaktadır. Oysa hukuki kusur ahlaki kusur ile örtüşmemektedir. Hukuki kusur ve ahlaki kusurun örtüşmediğine örnek olarak norm ve bundan kaynaklanan yükümlülük bilinmese de cezai anlamda kusurun varlığının kabul edildiğı gösterilebilir. TCK'nın 4. maddesi ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağını belirtmektedir, buna göre hukuki kusur kanunun bilinip bilinmemesine bakılmadan var kabul edilmektedir.²⁵¹

Kast ve taksiri oluşturan psikolojik durumlara aklen gelişmemiş veya akıl hastası olan kişilerin davranışlarında da rastlanabilmektedir, dolayısıyla isnat edilebilirlik olmadan da kusurlu davranışın var olabilmesi gerekir.²⁵² Örneğin on yaşındaki bir çocuk bilerek ve isteyerek okul arkadaşını yaralayabilir.²⁵³ O halde isnat edilebilirlik kusurluluğun ön şartı olarak karşımıza çıkmamaktadır.

²⁵⁰ Akdağ, s. 191.

²⁵¹ Toroslu N., s.193.

²⁵² Toroslu N., s.193.

²⁵³ Hafizoğulları/Özen, s.270.

Günümüzde isnat edilebilir olmayan kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmektedir, bu da kusurluluğu isnat edilebilirlikten ayırmayı gerektirmektedir; kanun koyucuya göre isnat edilebilir olmayan kişiler de kusurlu davranarak hukuka aykırı fiiller işleyebilmektedirler ki, haklarında güvenlik tedbirine hükmedilebilmektedir.²⁵⁴ Zira CMK'nın 223. maddesinin 6. fıkrası güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olmasını şart koşmaktadır.²⁵⁵

Bahsedilen sebeplerden anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı değil, failin bir niteliği olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Failin bir niteliği olan anlama ve isteme yeteneğini kusurluluğun ön şartı saymak ise, faili fiilin bir unsuru yapmak olacaktır, bu da kabul edilemez bir çelişki doğurur.²⁵⁶

Katıldığımız görüşlerin açıklanmasıyla çizdiğimiz suç genel teorisi çerçevesinde kusurluluğun Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemesinin incelenmesi kastın, taksirin ve sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda manevi unsurun incelenmesini gerektirmektedir. TCK madde 21, "Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır." madde 22 "Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır." madde 23 ise "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir." düzenlemiştir. Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde bahsedilen kanun maddeleri ve getirdikleri kavramlar incelenecektir.

²⁵⁴ Toroslu N., s.193.

²⁵⁵ Toroslu N., s.194.

²⁵⁶ Hafizoğulları/ Özen, s.271.

BÖLÜM III

KAST

3.1. KASTIN ESASI

Kastın esası konusunda çağdaş ceza hukukunda iki büyük teori bulunmaktadır. Bunlar tasavvur teorisi ve irade teorisidir.

3.1.1. Tasavvur Teorisi

Tasavvur teorisini benimseyen yazarlar, kastın, tipe uygun hareketin önceden tasavvur edilmesi olduğunu savunmaktadır. Bu anlayışa göre kastın varlığı için neticenin istenmesi ve neticenin gerçekleşmesi için hareket edilmiş olmasına gerek yoktur. Neticenin gerçekleşebileceğinin tasavvur edilmiş olması ve hareketin istenerek yapılması yeterlidir, neticenin de istenmesi gerekli değildir. Bu teoriye göre örneğin cinsel yolla bulaşan bir hastalık taşıyan bir kimsenin başka biriyle cinsel ilişkide bulunması halinde karşı tarafa hastalığını bulaştırabileceğini bilmesi fakat bu neticeyi istememiş olması halinde kasten hareket ettiğini söylememiz gerekecektir.²⁵⁷

Tasavvur teorisi kastı taksire yaklaştırması bakımından eleştirilmiştir, bu teorinin kabul edilmesi durumunda, örneğin arabasını dikkatsiz süren bir sürücünün bir yayaya çarparak onu öldürebileceğini tasavvur etmiş fakat istememiş olması mümkündür, neticenin gerçekleşmesi halinde sürücüyü kasten insan öldürme suçundan sorumlu tutmak gerekecek, bu da doğru olmayacaktır.²⁵⁸ Özellikle tasavvur edilen neticenin gerçekleşmesinden korkulduğu halde failin yine de kasten hareket ettiğini söylemek hayatın gerçeklerine uygun olmayacaktır.

²⁵⁷ Dönmezer / Erman , II, s.460.

²⁵⁸ Dönmezer / Erman , II, s.461.

3.1.2. İrade Teorisi

İrade teorisine göre kastın varlığı failin neticeyi istemiş olmasına bağlıdır. Bir neticeyi istemek için onu tasavvur etmek de gerekecektir, fakat fail birden fazla neticeyi öngörmüş de yalnızca birini istemişse yalnızca istediği netice kasten meydana getirilmiş, diğerleri taksirle meydana getirilmiş sayılır.²⁵⁹

İrade teorisi gerçekleşmesi istenen neticenin tasavvurunun failin işlenmesinden sonra değil de kararın verildiği anda bulunmasını gerektirdiğinden kastın kapsamını daralttığı yönünden eleştirilmiştir.²⁶⁰

3.1.3. Değerlendirme

Neticenin istenmiş sayılması için sonucun umulmuş olmasının yeterli olduğunu savunanlarla birlikte, sonucu arzu etmenin gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Bu çözümler umulan veya arzu edilen her neticenin istenmiş sayılamayacağı ve umulmayan veya arzu edilmeyen neticenin de her zaman istenmemiş sayılamayacağı için yeterli olmadığı yönünde eleştirilmiştir.²⁶¹ Bu düşünce ayrılıkları gerçekleşmesi muhtemel olan neticelerin gerçekleşmesine rıza gösterilmesi veya ilgisiz kalınması halinde de bu neticelerin istenmiş olduğu görüşü ile çözümlenmiş bulunmaktadır.²⁶²

Gerçekleşmeleri ender olarak muhtemel olan neticelerin istenip istenmemiş olduğu sorununu tartışmak gerekirse, failin neticenin gerçekleşmesinin imkan dahilinde olduğunu bilmesine rağmen gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmesi durumunda artık neticenin istenmemiş olduğunu kabul etmek gerekir, burada artık kasttan değil, taksirden söz etmek gerekecektir.²⁶³

²⁵⁹ Dönmezer / Erman , II, s.461.

²⁶⁰ Centel/Zafer/Çakmut s.382.

²⁶¹ Hafizoğulları/Özen, s.255.

²⁶² Hafizoğulları/Özen, s.255.

²⁶³ Hafizoğulları/Özen, s.225.

3.2. KASTIN UNSURLARI

TCK'nın 21. maddesine göre kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

Kast, yasadaki tanıma uyan hareketi bilerek ve isteyerek yapmadır. Suçu oluşturan fiil kural olarak bir insan davranışından ve bu davranışla arasında nedensellik bağı bulunan bir neticeden oluşmaktadır. Buna göre kast yalnızca davranışın değil, sonucun da istenmiş olmasını gerektirir, yani failin iradesi hem davranışın gerçekleştirilmesine hem de sonucun gerçekleşmesine yönelik olmalıdır. Bununla beraber neticesiz, yani dış dünyada bir değişiklik meydana getirmeyen suçlar da bulunmaktadır, bu suçlar açısından failin suçu oluşturan hareketi veya ihmali bilmiş ve istemiş olması kastın varlığı için yeterli olacaktır.²⁶⁴ Kast yasadaki tanıma uyan hareketi bilerek ve isteyerek yapmak demek olduğuna göre kastın unsurları da bilme ve isteme unsurları olmalıdır.²⁶⁵

3.2.1. Bilme Unsuru

Bir suçu oluşturan fiil bu suçu diğer hukuka aykırı fiillerden ve diğer suçlardan ayırarak ona özelliğini veren unsurların bir bütünüdür. Buna göre kastın varlığı için tüm bu unsurların fail tarafından bilinmesi gerekir.²⁶⁶ O halde failin hem suçun maddi konusunu, hem de icrai suçlarda yasanın yasakladığı, ihmali suçlarda ise yasanın emrettiği sonucu bilmelidir. Fail ayrıca suça etkili olan ağırlatıcı nedenleri, mağdurla ilgili memur olma veya alt soy- üst soy olma gibi özellikleri bilmelidir.²⁶⁷

Kastta bilme unsurunun nedensellik ilişkisini kapsamaması gerekmez. Fail öldürmek için boğazını sıktığı kişiyi denize atsa ve henüz ölmemiş olan mağdur boğularak ölse, fail ölüm neticesini gerçekleştirmek için hareket ettiğinden başlangıçtaki kastın ölüm neticesini kapsadığını kabul etmek gerekecektir.²⁶⁸

²⁶⁴ Toroslu N., s.199.

²⁶⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.381.

²⁶⁶ Toroslu, s.203.

²⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.383.

²⁶⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s.383.

Bilme unsurunun suçun hafifletici nedenlerini, cezalandırılabilme ve kovuşturma şartlarını, ceza verilmesini engelleyen kişisel nitelikleri ve hukuka uygunluk nedenlerini kapsamaması gerekmektedir.²⁶⁹

TCK madde 30/4, “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi”nin cezalandırılmayacağını düzenlemiştir. Bu maddeye göre işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen failin cezalandırılmayacağı görüşündeki hukukçular bu hatanın kaçınılmaz olup olmadığının değerlendirilmesinde failin yaşı, mesleği, kültürel ve sosyal çevresi gibi çevresel etkenlerin de göz önünde tutulması gerektiğini, yani failin kişisel düşüncelerinin her olayda esaslı bir hataya düşüldüğü anlamına gelmeyeceğini söylemektedirler.²⁷⁰ Bu görüşün karşısındaki yazarlar ise kanunun, ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağını düzenleyen 4. maddesinin bahsedilen düşüncenin kabul edilmesini engellediğini savunmaktadırlar.²⁷¹ Bu sorunun çözülebilmesi için fiilin hukuka aykırılığının bilinmesi ve fiilin antisosyal niteliğinin bilinmesinin tartışılması gerekir.

3.2.1.1. Fiilin Hukuka Aykırılığının Bilinmesi

Bahsedildiği gibi, ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı yönündeki düzenleme kastın varlığı için fiilin hukuka aykırı olduğunun kesinlikle bilinmesi gerektiği yönündeki düşüncelerin doğru kabul edilmesini imkansız kılmaktadır. Kanunu bilmemenin esaslı hata sayılarak kusuru kaldırabileceği bazı durumlar olmakla birlikte bu durumlar bilme unsurunun kapsamına fiilin hukuka aykırılığının bilinmesinin dahil edilmesini sağlayacak kadar sık karşılaşılan durumlar değildir. Bu konuya kusurluluğu etkileyen nedenler başlığı altındaki hukuki hata tartışması kapsamında yeniden değinilecektir.

Fiilin hukuka aykırılığının bilinmesinin kastın bilme unsuru kapsamında gerekli olduğu bir durum, hukuka aykırılığa suçun tanımında özel olarak işaret edilen hallerdir. Örneğin TCK'nın 135. maddesinde “hukuka aykırı olarak” kişisel verileri kaydetmek, 181. maddesinde “ilgili kanunlarda belirtilen teknik usullere aykırı olarak” çevreyi kirletmek

²⁶⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.383.

²⁷⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.385.

²⁷¹ Hafızoğulları/Özen, s.281.

yasaklanmıştır. Bu gibi hallere doktrinde “özel hukuka aykırılık halleri” denmektedir ve bu hallerde fiilin hukuka aykırılığı suçun tanımı içinde yer almış unsurlardan olduğundan bunları bilmemek kusurluluğu kaldıracaktır.²⁷²

3.2.1.2. Fiilin Antisosyal Niteliğinin Bilinmesi

Kast bir “kötü irade” olarak ortaya çıktığından kastın varlığı için fiilin antisosyal niteliğinin bilinmesi gerekmektedir.²⁷³ Failin davranışında haksız olduğunu bilmesi, kastın bilme unsurunun var kabul edilmesi için yeterli sayılmaktadır.²⁷⁴

Failin ahlaki, dini veya siyasi görüşlerinin fiilin antisosyal olmadığı yönünde olması fiilin antisosyal niteliğinin bilinmediği anlamına gelmeyecektir; failin, davranışlarının toplumun çoğunluğunca antisosyal olarak değerlendirildiğini bilmesi kastın bilme unsurunu oluşturmak için yeterli olacaktır.²⁷⁵ Bu konu da ilerde kusurluluğu kaldıran nedenler arasında “kural üzerinde hata” başlığı altında yeniden ele alınacaktır.

3.2.2. İsteme Unsuru

Kastın var olabilmesi için hareketten doğacak neticenin yalnızca bilinmesi değil, istenmesi de gerekmektedir dedik.

Hangi hallerde insan davranışından doğan bir sonucun istenmiş kabul edilebileceğini belirlemek güç bir iştir, kastın var olması için neticenin istenmesinin gerekmesi hukukun bu soruya bir cevap bulmasını gerektirmiştir. Daha önce de söz edildiği gibi tasavvur teorisini savunanlar kastın varlığı için sonucun tasavvur edilmesini yeterli görmekte, kişinin fiziksel faaliyetinin sonuçlarının iradenin konusu olamayacağı, iradenin sınırları harekete geçirip vücut faaliyetini yerine getirmekle son bulacağı ve sonucun gerçekleşmesinin ise faile yabancı şartlara da bağlı olduğunu savunmaktadırlar. Gerçekten, konu psikolojik açıdan ele alındığında vücut hareketlerinin sonucu yönünden

²⁷² Hafizoğulları/Özen, s.259.

²⁷³ Hafizoğulları/Özen, s.259.

²⁷⁴ Güleç, S.: “Türk Ceza Kanunu’nda Haksızlık Yanılgısı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.10, S.1, 2008, 59-91, s.74.

²⁷⁵ Güleç, s.74, Hafizoğulları/Özen, s.259.

kişinin iradesinin yalnızca tasavvur etmek biçiminde olabileceği çoğunlukla kabul görmektedir.²⁷⁶ Ne var ki, günlük hayatta ve dilde irade, insan davranışlarının sonuçlarını da kapsayacak biçimde anlaşılmalıdır. TCK'nın 21. maddesi kastı tanımlarken suçun kanuni tanımındaki unsurların ve dolayısıyla sonucun da istenerek gerçekleştirilmesi gerektiğini düzenlemiştir dedik. İrade teorisinin ise iradenin dış dünyada meydana gelecek bir neticeye yönelik olduğunu ve hareketin ise yalnızca bu neticeye ulaşmak yolunda bir araç olabileceğini söylediğinden bahsetmiştik.²⁷⁷

O halde kasttan bahsedebilmek için neticenin istenmiş olması gerekmektedir. Failin iradesinin gerçekleştirmek için yönelmiş olduğu sonuçların failce istenmiş olduğu konusunda tartışma olmayacaktır, fakat pek çok halde fail neticeyi öngörmesine rağmen bizzat o neticeyi gerçekleştirmek amacıyla hareket etmeyebilir. Bu durumda netice istenmiş sayılabilecek midir? Hafizoğulları'na göre bu düşünce ayrılıkları gerçekleşmeleri muhtemel neticelerin gerçekleşmelerine “rıza gösterme” veya onları “kabul etme” ölçütleriyle çözümlenmiştir. Gerçekleşmesi muhtemel olan neticelerin gerçekleşmesine rıza gösterilmesi, ilgisiz kalınması halinde o neticelerin gerçekleşmesi istenmiş sayılacaktır.²⁷⁸ Kast çeşitleri arasında yeniden incelenecek olası kastın bir kast çeşidi olmasının nedeni de işte bu çözümdür.

3.3. KAST ÇEŞİTLERİ

3.3.1. Doğrudan Kast - Olası Kast

Failin gerçekleşmesini hedeflediği sonuçlara ilişkin kast doğrudan kasttır, failin muhtemel veya mümkün gördüğü sonuçlara ilişkin kast ise fail bu sonuçları engelleyebileceğini düşünerek hareket etmediği sürece olası kast teşkil eder.²⁷⁹ Kanun 20. maddesi hükmünde dolaylı kastı doğrudan kasta göre daha az bir cezayla cezalandırmaktadır. Doktrinde bazı yazarlara göre olası kastın doğrudan kasta göre daha

²⁷⁶ Toroslu N., s.200.

²⁷⁷ Toroslu N., s.201.

²⁷⁸ Hafizoğulları/Özen, s.279.

²⁷⁹ Toroslu N., s.206.

hafif bir cezayla cezalandırılması doğrudan kast halinde failin açıkça neticeyi istemesi ve olası kast halinde isteme veya istememenin açık olmamasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır, çünkü irade unsurunun açık olmaması olası kastın bulunduğu hallerde doğrudan kastın bulunduğu hallere göre kusur daha az yoğun, haksızlık içeriği daha azdır.²⁸⁰ Başka yazarlar ise bu düşünceye karşı çıkmış, dolaylı kast ile doğrudan kast arasında bir kötülük farkı olmadığından dolaylı kasta daha az ceza verilmesinin isabetli olmadığını ve bu durumun kamu vicdanı ile örtüşmediğini savunmuşlardır.²⁸¹

Doğrudan kastın var olduğu durumda suçun işlenmesi fail tarafından kararlaştırılmış, fail suçun bütün maddi unsurlarını düşünmüş, fiilin günlük hayat tecrübelerimize göre muhakkak surette sebebiyet vereceği neticeleri öngörmüştür.²⁸²

Belli bir neticenin gerçekleşmesi amacıyla işlenen fiilin başka neticeleri de meydana getireceğinin günlük hayat tecrübelerimize göre muhakkak öngörülebiliyor olması durumunda gerçekleşen diğer neticeler açısından da doğrudan kastın varlığı kabul edilecektir. Örneğin siyasi bir şahsiyeti öldürmek amacıyla bir uçağa bomba yerleştiren failer bombanın patlaması sonucunda uçakta bulunan diğer kişilerin de günlük hayat tecrübelerimize göre muhakkak surette öleceğini öngörmüşlerdir, bu durumda bahsedilen diğer kişilerin ölmesi açısından da doğrudan kastla hareket edilmiştir.²⁸³

İcra edilen fiilin günlük hayat tecrübelerimize göre muhakkak surette sebebiyet vereceği neticelerin öngörülmüş olmalarına rağmen her nasılsa gerçekleşmemiş olması durumunda, örneğin sigorta şirketinden para almak için bir gemiyi batıran failerin gemi mürettebatının öleceğini öngörmüş olmalarına rağmen oradan geçmekte olan başka bir yük gemisinin dalgalarla boğuşmakta olan mürettebatı kurtarması durumunda gemiyi batırma fiilini gerçekleştiren failerin kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olmaları gerekecektir.²⁸⁴

²⁸⁰ Centel/Zafer/Çakmut s.391.

²⁸¹ Hafizoğulları/ Özen, s.284.

²⁸² Özgenç, s.238.

²⁸³ Özgenç, s.238.

²⁸⁴ Özgenç, s.239.

Olası kast halinde de suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülür, fakat bunların gerçekleşmesi fail tarafından muhakkak değil, muhtemel addedilir.²⁸⁵ Olası kast, netice ile oluşur.²⁸⁶ Kişi neticenin gerçekleşebileceğini muhtemel addetmekle birlikte bu neticenin gerçekleşmesi için özel bir çaba göstermemekte, neticenin gerçekleşmesi olayların seyrine bırakılmaktadır.²⁸⁷ Başka bir deyişle fail neticenin gerçekleşmesinin muhtemel olduğunu düşünmesine rağmen fiili işlemekten geri kalmamıştır.²⁸⁸

Belli bir neticenin gerçekleşmesine yönelik fiilin diğer bazı neticelerin oluşmasına muhtemelen sebebiyet vereceğinin öngörülmüş olması bu diğer neticeler açısından olası kastla hareket edilmiş olduğu anlamına gelecektir.²⁸⁹ Örneğin kalabalık içindeki bir siyasi şahsiyeti öldürmek isteyen failin ateş ederken mermilerin kalabalıkta başka kişilere de isabet edebileceğini öngörmüş olup bu konuda “olursa olsun” diye düşünmüş olması failin siyasi şahsiyeti öldürmek açısından doğrudan kastla, fakat kalabalıkta kurşunlarının isabet ettiği diğer kişileri öldürmek açısından olası kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekecektir.

Olası kast ve bilinçli taksir arasındaki farka da burada kısaca değinilmesinde yarar vardır. Hem olası kast hem de bilinçli taksirde netice fail tarafından öngörülmekte fakat bilinçli taksirde öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği ümit edilirken olası kastta bu netice fail tarafından göze alınmakta ve kabul edilmektedir.²⁹⁰ Failde sonucu önleyebileceği inancı yoksa bu konudaki tehlike fail tarafından kabul edilmiş olduğundan fail neticeyi istemiş sayılacaktır.²⁹¹ Bilinçli taksir, “Taksir” başlıklı dördüncü bölüm içeriğinde daha detaylı incelenecektir.

²⁸⁵ Özgenç, s.239.

²⁸⁶ Gökpınar, M.: “Ceza Sorumluluğunun Temeli Kast”, TBB Dergisi, S.79, 2008, s.219.

²⁸⁷ Özgenç, s.240.

²⁸⁸ Özgenç, s.240.

²⁸⁹ Özgenç, s.239.

²⁹⁰ Yaşar, Y./ Diken N., “Karar İncelemesi- Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi”, Social Sciences Journal Vol.7 Iss.1, 97-113, s.102.

²⁹¹ Gökpınar, s.219.

3.3.2. Genel Kast - Özel Kast

Genel kast kanunun iradenin hem harekete hem de neticeye yönelmesi, hem hareketin hem de neticenin fail tarafından istenmesi ve bilerek gerçekleştirilmesini yeterli gördüğü, suçun varlığı için faili harekete geçiren amacın önem taşımadığı hallerde söz konusudur.²⁹² Örneğin kanunun 81. maddesinde düzenlenen kasten insan öldürme suçunun işlenmesi için öldürme bilinci ve iradesi yeterlidir.²⁹³

Bazı diğer hallerde ise genel kastın bulunması ceza sorumluluğu için yeterli olmamakta, failin ayrıca belli bir amaçla hareket etmesi aranmaktadır.²⁹⁴ Kanunun maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasından başka failin özel bir amaçla hareket etmesini aradığı hallerde özel kast söz konusudur.

Özel kastın arandığı kanunun tarifinden anlaşılır, örneğin kanunun 141. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun tarifinde failin zilyedin rızası olmadan başkasına ait taşınır malı “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla” bulunduğu yerden alması aranmaktadır.²⁹⁵

Özel kastın arandığı durumda suçun tamamlanması için bahsedilen amacın gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur; bu amacın var olması kanunun aradığı özel kastın var olması için yeterlidir.²⁹⁶ Verilen hırsızlık suçu örneğinde suçun tamamlanması için failin yarar sağlamak maksadıyla hareket etmiş olması yeterli olmakta, bu maksadına ermiş olması gerekmemektedir.²⁹⁷

Verilen hırsızlık suçu örneğindeki gibi aranan bu özel amaç suçun bir unsurunu teşkil edebileceği gibi, suçun nitelikli halini de oluşturabilir. Örneğin insan öldürme

²⁹² Artuk, M./ Gökçen, A./ Yenidünya, C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002, s.602.

²⁹³ Toroslu N., s.207.

²⁹⁴ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.603.

²⁹⁵ Apaydın, C.: Ceza Hukukunda Kast Kavramı, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, 2008, s.81.

²⁹⁶ Toroslu N., s.207.

²⁹⁷ Toroslu N., s.207.

suçunun kan gütme saikiyle veya töre saikiyle işlenmesi durumunda kanun saike ağırlatıcı neden olarak yer vermiştir.²⁹⁸

3.3.3. Zarar Kastı- Tehlike Kastı

Kanunun koruduğu varlığa zarar vermek isteyen failin kastı zarar kastı, kanunun koruduğu varlığı tehlikeye sokmak isteyen failin kastı ise tehlike kastıdır²⁹⁹.

Bu ayırım aslında zarar suçu ile tehlike suçu ayrımıyla ilgilidir, daha önce verilen örneklerden devam etmek gerekirse insan öldürme ve hırsızlık suçları zarar suçlarıyken, kişilerin hayatı, sağlığı veya mal varlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde yangın çıkarmak, sel veya taşkına sebep olmak, silahla ateş etmek veya patlayıcı madde kullanmak suçlarında tehlike kastı mevcuttur.³⁰⁰

Bununla birlikte zarar kastıyla işlenen tehlike suçları ve tehlike kastıyla işlenen zarar suçlarının da bulunabileceğini unutmamak gerekir.³⁰¹ Örneğin hakaret suçlarında şeref varlığına zarar vermek istendiği halde bu varlığın sadece tehlikeye sokulması ile de bu suç tamamlanmaktadır.³⁰² Zarar suçlarında zarar meydana gelmeyip de yalnızca tehlikenin meydana gelmesi halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir.³⁰³ Tehlike suçlarının zarar kastıyla işlenmesine örnek olarak kanunun 304. maddesinde düzenlenen devlete karşı savaşa tahrik suçu verilebilecektir. Esasen bir tehlike suçu olan devlete karşı savaşa tahrik suçunu işleyen fail sadece savaş veya düşmanca hareketler tehlikesinin çıkması kastıyla hareket etmiş olabileceği gibi savaş veya düşmanca hareketler neticesinin gerçekleşmesini de istemiş bulunabilir.³⁰⁴

²⁹⁸ Demirbaş, s.363.

²⁹⁹ Toroslu N., s.208.

³⁰⁰ Apaydın, s.82.

³⁰¹ Demirbaş, s.369.

³⁰² Demirbaş, s.370.

³⁰³ Apaydın, s.83.

³⁰⁴ Demirbaş, s.370.

3.3.4. Ani Kast- Tasarlama Kastı

Fiil ani bir kararla gerçekleştirilebileceği gibi düşünüp taşındıktan, hesap yaptıktan sonra da gerçekleştirilebilir. Ani bir karara dayanan ve hemen icra edilen kast ani kasttır, suç kararı alındıktan sonra yapılan plan gereğince vasıtalar hazırlanmış ve etraflıca düşünülüp sonra harekete geçilmişse tasarlama kastından söz edilecektir.³⁰⁵ Kastın yoğunluğu suç tasarlanarak işlendiğinde en fazla ve suç ani bir kararla işlendiğinde en az olmak üzere iki sınır arasında değişmektedir.³⁰⁶

Tasarlama kastı devletin suç politikası gereğince bazı suçların nitelikli hali olarak kabul edilerek cezanın artırılmasının nedenlerinden biri sayılır.³⁰⁷ Örneğin insan öldürme suçu ani kastla işlenebileceği gibi tasarlama kastı ile de işlenebilecektir. Bu suçun tasarlama kastı ile işlenmesi kanunumuzda cezayı ağırlatan bir neden olarak düzenlenmiştir³⁰⁸.

Tasarlama kastı konusunda “devamlılık teorisi”, “psikolojik görüş”, “plan kurma görüşü” ve “teemmül görüşü” gibi teoriler öne sürülmüştür.³⁰⁹

Devamlılık teorisine göre suç işleme düşüncesinin ortaya çıktığı an ile neticenin gerçekleştiği an arasında geçen zamanın uzunluğu verilen kararın ne kadar ciddi olduğunu göstermektedir. Devamlılık teorisi psikolojik bir durum olan tasarlamayı yalnızca harici bir unsura, zamanın uzunluğuna bağlamasının kabul edilemez olduğu söylenilerek reddedilmiştir.³¹⁰

İkinci teori olan psikolojik görüş “soğukkanlılık teorisi” olarak da adlandırılmaktadır. Soğukkanlılık teorisine göre tasarlama kastının bulunduğu söylenbilmesi için iki unsurun mevcudiyeti aranmaktadır, bunlardan birincisi suç işleme

³⁰⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.605.

³⁰⁶ Hafızoğulları/ Özen, s.262.

³⁰⁷ İçel, K.: “Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast”, İTÜ Sosyal Bilimler Dergisi Y.6, S.12, 2007/2, 61-70, s.68.

³⁰⁸ Hafızoğulları/ Özen, s.284.

³⁰⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.606.

³¹⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.606.

kararı ile icraya başlama arasında bir zaman aralığının bulunmasıdır, bu sürede fail kararından dönmemiş, sebat göstermiştir; ikincisi ise failin fiili işlediği sırada soğukkanlı hareket etmesi, örneğin bir başkasını öldürdüğü sırada hiçbir heyecan duymamış olmasıdır. Failin bu heyecan duymayışının ondaki “kötü ruhluluğun” bir göstergesi olduğu öne sürülmüştür ve bu teoriye göre tasarlamadan dolayı cezanın artırılmasını haklı gösteren neden faildeki bu soğukkanlılıktır.³¹¹ Psikolojik teoriyi eleştirenler soğukkanlılığın bir mizaç meselesi olduğunu ve irade ilgili olmadığını söylemişler, bireyin bir karakter özelliği olan soğukkanlılığın cezanın artırılmasının nedeni sayılması halinde bunun cezalandırmanın failin karakter özelliğine uygulanmasına benzer, modern ceza hukuku ile bağdaşmayan bir durum ortaya çıkaracağını savunmuşlardır.³¹² Bununla birlikte, ani kastla işlenen bir suçun da soğukkanlılıkla işlenmesi mümkündür. Psikolojik görüş bu gerekçelerle reddedilmektedir.³¹³

Plan kurma teorisine göre tasarlamamanın ağırlatıcı neden sayılmasının nedeni failin suç işleme kararı ile icraya başlaması arasında geçen süre içinde suç işlemek konusundaki fikirlerini toplaması, araçlarını seçmesi ve suçun icrası hakkında bir proje meydana getirmesidir.³¹⁴ Kurduğu bu plan sayesinde fail kendisine suç işleme konusunda bir kolaylık sağlamış, suçu işleyeceği sırada mağduru savunmasız yakalamak ve suçu işledikten sonra da yakalanmamak için gereken önlemleri almış bulunmaktadır.³¹⁵ Bu teoriye göre örneğin hasmını bıçakla öldürmeyi tasarlamış ve bunun için plan kurmuş failin hasmını ipe boğarak öldürmesi halinde tasarlamamanın var olduğu söylenemeyecektir.³¹⁶ Bu teori de eleştirilmiş, ani bir karar sonrası işlendiği halde mağdurun korunma imkanını tamamen ortadan kaldıran saldırılara rastlanabildiği gibi plan kurarak işlendiği halde mağdurun kendisini koruyabildiği olayların da az olmadığı söylenmiştir.³¹⁷

³¹¹ İçel, Kast, s.68.; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.607.

³¹² İçel, Kast, s.69.

³¹³ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.607.

³¹⁴ İçel, Kast, s.68.

³¹⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.607.

³¹⁶ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.608.

³¹⁷ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.608.

Nihayet teemmül teorisine göre fail suç işleme kararı ile hareketin gerçekleştirildiği an arasında geçen süre içinde kararından dönme imkanına sahip olmasına rağmen bu karardan dönmemiş olduğu için ahlaken ve ruhen kötü özelliklere sahiptir ve bu yüzden cezasının ağırlaştırılması gerekmektedir.³¹⁸ Bu teori de kesin bir ölçü getirmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir.³¹⁹

Yargıtay kararlarında tasarlama kastının nasıl ele alındığı araştırıldığında tasarlama halinin kabulü için aranan unsurların eylem kararının koşulsuz verilmesi, eylem kararı ile eylemin gerçekleştirildiği zaman arasında belirli bir sürenin geçmesi, eylem kararı ile eylemin gerçekleştirilmesi arasında geçen süre içinde sükunetle düşünme fırsatı bulan failin eylemden vazgeçmemiş olması ve failin hem suç işleme kararını aldığı sırada hem de suçun icra edildiği anda soğukkanlı bir şekilde hareket etmiş bulunması olduğu görülmektedir.³²⁰ Bu verilerden Yargıtay'ın tasarlama kastının belirlenmesinde soğukkanlılık teorisine ağırlık tanıdığı sonucu çıkarılabilmektedir.³²¹

3.3.5. Başlangıç Kastı- Hemzaman Kast- Sonradan Ortaya Çıkan Kast

Kastın hareket ile aynı zamanda bulunması aranır, fail fiilini gerçekleştirirken suç tipinin objektif unsurlarını bilmeli ve istemelidir.³²² Örneğin eşini öldürmek isteyen bir kişinin silahını temizlediği sırada odaya giren eşini silahının ateş alması sonucunda öldürmesi durumunda fail eşini kasten değil taksirle öldürmüş olacaktır.³²³

Yalnızca icra hareketlerinin yapıldığı anda var olan kasta başlangıç kastı denmektedir. Başlangıç kastının klasik örneği gayrimeşru çocuğunu nehre bırakan annenin pişmanlık duyup neticeyi önlemeye çalışmasıdır.³²⁴ Nedensel sürecin harekete

³¹⁸ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.608.

³¹⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.608.

³²⁰ Apaydın, s.91; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.610.

³²¹ İçel, Kast, s.69.

³²² Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s.260 vd.

³²³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s.260 vd.

³²⁴ Toroslu N., s.208.

geçmesinden sonra ortaya çıkan pişmanlık hukuki bir değer taşısa bile kastın varlığını etkilemeyecektir.³²⁵

Hemzaman kast, ya da “eş zamanlı olarak oluşan kast”, hareketin başladığı andan netice gerçekleşene kadarki tüm aşamalarda mevcut olan kasttır.

Davranışın tamamlanmasından sonra fakat netice gerçekleşmeden önce ortaya çıkan kast ise sonradan oluşan kasttır. Sonradan oluşan kasta doktrinde “eklenen kast” da denmektedir.³²⁶ Sonradan oluşan kastın meydana gelmesi çeşitli şekillerde olabilir.

Bunlardan birincisi suç oluşturmayan bir harekete başlayan failin sonradan oluşan kastı ile suç tipini ihlal etmesi durumudur, örneğin bir odada kimsenin olmadığını düşünerek odanın kapısını kilitledikten sonra odanın içinde birinin olduğunu farkına varan failin odanın kapısını yine de açmaması durumunda fail kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olacaktır.³²⁷

Taksirle işlenen bir suçun daha sonra kasten işlenen bir suçta dönüşmesi de mümkündür, örneğin hata sonucu hastasına zehirli bir karışım içiren bir hemşirenin hatasını fark ettikten sonra bilinçli olarak zehrin ölüm neticesini doğurmasını engellememesi durumunda sonradan oluşan kasttan söz edilir.³²⁸

Belirli bir neticeye yönelik kastla harekete başladıktan sonra henüz hareketler tamamlanmadan maksadını değiştirerek başka bir neticeye yönelen failin durumunda da sonradan oluşan kasttan söz edilir. Hırsızlık suçunu işlemek amacıyla birinin evine giren failin ev sahibini döverek üzerindeki parayı alması bu duruma örnek gösterilebilecektir.³²⁹

³²⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 261.

³²⁶ Apaydın, s.70.

³²⁷ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s.260 vd.

³²⁸ Hafizoğulları/ Özen s.284.

³²⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız s.260 vd.

BÖLÜM IV

TAKSİR

Kusurun diğer türü taksirdir. Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesine göre taksirli fiilin cezalandırılabilmesi için yasada açıkça gösterilmiş olması gerekmektedir. Hareket kasıtlı değilse ve o suç tipinin taksirle işlenebileceği yasada öngörülmemişse suç oluşmaz.

Yine TCK madde 22'ye göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun yasal tanımında öngörülen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi demektir. Taksir kısaca istenen bir davranışın istenmeyen neticesinden sorumluluktur³³⁰. Bireylerin davranışlarında özenli olmaları, yani tedbirli, dikkatli olmaları, meslek ve sanatta acemi olmamaları, emirlere ve nizamlara uymaları gerekmektedir. Toplumsal hayatın tehlikelerle dolu olması bunu gerektirmektedir³³¹.

4.1. TAKSİRİN ESASI

Taksirin esası tartışmalıdır. Ceza hukukunun tarihine bakıldığında taksirli davranışların önlenmesi için ceza yaptırımına başvurmanın uygun olup olmadığının uzun süre tartışıldığı görülmektedir.³³² Esasen taksirli suçların cezalandırılması gerekliliği konusunda bir mutabakatın oluşmaya başlaması sanayi devrimine tekabül etmektedir, sanayi faaliyetlerinin ve teknik gelişmelerin günlük hayatın bir parçası haline gelmesi günlük hayattaki tehlikeleri artırmış ve bu süreci hızlandırmıştır.³³³ Günümüzde motorlu taşıtların ve makinelerin kullanımının yaygınlığı başta gelmek üzere hemen her sektördeki hızlı gelişmeler bireylerin toplum içindeki diğer insanların can güvenliklerini tehlikeye atmamak adına daha özenli davranmalarını gerektirmektedir.³³⁴

³³⁰ Hafizoğulları/ Özen s.286.

³³¹ Hafizoğulları/ Özen s.287.

³³² Demirci, s.70.

³³³ Demirci, s.70.

³³⁴ Demirci, s.71.

Taksirli davranışta faile yüklenen kusur kendisini “neden bir insanı öldürdün?” sorusunda değil, “insanların can güvenliklerini tehlikeye atmamak konusundaki özen yükümlülüğüne neden riayet etmedin?” sorusunda bulmaktadır.³³⁵

Taksiri açıklamaya çalışan pek çok teoriden “göreve aykırılık” görüşüne göre taksirin ceza hukukunda bir kusurluluk türü olarak var olmasının nedeni kişinin kendisine yüklenen bir göreve uymamasıdır. “Etkili neden” görüşüne göre ise iradi bir hareketle bir neticeye neden olunması bu hareketin cezalandırılması için yeterlidir. “Yanılmama” görüşüne göre taksir daima failin bir hatasından kaynaklanır, taksirin sebebi kaçınılabılır yanılmaz ve böyle bir yanılmanın olmadığı durumda taksirden bahsedilemeyecektir.³³⁶ “Önleyebilme” görüşüne göre taksir, öngörülebilir ve önlenemez olduğu halde hukuka aykırı bir neticenin öngörülmesi ve önlenmesi için gerekli dikkatin iradi olarak gösterilmemesidir. “Öngörebilme” teorisine göre ise taksirin esasları öngörebilmedir. Bu teoriyi savunanlara göre failin neticeyi öngörebilmesi gerektiği halde öngörmemiş bulunması toplumun kendisini kınamasına neden olmakta, yani neticeyi öngörmemesi normatif bir kusur olarak faile yüklenmektedir.³³⁷

Doktrinde egemen olan görüş öngörebilme teorisidir.³³⁸ Toplumda her insanın veya belirli meslek ve sanatları icra edenlerin bir dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü vardır. Ceza kanunumuzun taksirin esasını dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline dayandırmasının da bir sonucu olarak failin uyması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili bu kuralları ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olması taksirin esasını oluşturmaktadır.³³⁹ Bunun yanında taksir esasen toplumsal hayatın karmaşıklığına dayanmaktadır, bahsedilen dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü toplumsal hayattaki tehlikelerin bir sonucudur.³⁴⁰

Bireyin kendisinden beklenen bazı davranış kurallarına uymayarak gerçekleştirdiği fiillerin sonucu olarak ortaya çıkan zararlı neticelerden ceza hukuku anlamında sorumlu

³³⁵ Demirci, s.72.

³³⁶ Çiftçioğlu, C.: Türk Ceza Kanunu’nda Taksir, Ankara Barosu Dergisi 2013/3, s.324.

³³⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.398.

³³⁸ Çiftçioğlu, s.324.

³³⁹ Toroslu N., s.215.

³⁴⁰ Hafizoğulları/ Özen, s.265.

tutulabilmesi için ortaya çıkabilecek bu zararlı neticelerin fail tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir. Failin öngörülebilir olmayan zararlı neticelerden kaçınması kendisinden beklenemeyecek, böylece öngörülebilir olmayan bu zararlı neticelerin ortaya çıkmasında failin dikkatsiz veya tedbirsiz davrandığından söz etmek mümkün olmayacaktır.³⁴¹

4.2. TAKSİRİN UNSURLARI

4.2.1. Taksirle İşlenebilen Bir Suçun Bulunması

Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre “suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.” TCK’da her suçun taksirli şekline yer verilmemiştir, kusurluluğun tipik şekli kasttır, taksir istisnai şeklidir.³⁴² Bu nedenle bir suçun taksirle işlenebilmesi için suçun kanuni tanımında taksirle işlenebileceğinin belirtilmiş olması gerekir. Örnek vermek gerekirse kanunun 85. maddesinde insan öldürme suçunun taksirle işlenebileceği açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte 151. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçunun taksirli hali düzenlenmediğinden mala zarar veren bir kişinin kastının bulunmaması durumunda bu suç oluşmayacaktır.³⁴³

4.2.2. Hareketin İstenmiş Olması

Failin kusurundan söz edilebilmesi için hareketin iradi olması gerektiğinden önceki bölümlerde söz edilmişti. Buna göre taksirin varlığı için de hareketin bilinçli ve iradi olması gerekmektedir, hareket bilinçli ve iradi değilse taksirden söz edilemeyecektir.³⁴⁴ Hareketin istenmiş olması gerektiği gibi, sonuç istenmemiş olmalıdır.³⁴⁵

Kastın failin bütün unsurlarının bilinmesi ve istenmesini gerektirdiğinden de önceki bölümlerde söz edilmişti. Buna göre suçun unsurlarından birinin bilinmemesi veya

³⁴¹ Demirci, s.94.

³⁴² Hafizoğulları/Özen, s.267.

³⁴³ Hafizoğulları/Özen, s.267.

³⁴⁴ Hafizoğulları/Özen, s.269.

³⁴⁵ Hafizoğulları/Özen, s.268.

istenmemesi, veya hata sonucu bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunun zannedilmesi durumunda artık kasttan bahsedilemeyecek, taksirden bahsedilecektir.³⁴⁶

Taksirli bir davranışın cezalandırılabilmesi için kural olarak sonucun gerçekleşmesi gerekmektedir, taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir.

Taksirli olarak nitelendirilen davranış ihmali veya icrai bir davranış olabilir.³⁴⁷ Doktrinde taksirli icra suçlarında hareketin iradi olup olmadığının değerlendirilmesinin kolay olduğu fakat taksirli ihmal suçlarında bunun belirlenmesinin çok zorlaştığı söylenmiştir.³⁴⁸ Örneğin ameliyat sırasında hastanın karnında makas unutan bir doktorun veya su borularının tamiri için sokak ortasında bir çukur açan ve gereken levha ve işaretleri koymayı unutması çukura düşen bir kimsenin ölmesiyle sonuçlanan belediye görevlisinin ihmali davranışlarının iradi olduğunun kuşkulu olduğu üzerinde durulmuştur.³⁴⁹ Doktrinde bu kuşkuya verilen cevap failin isteseydi daha dikkatli ve özenli davranarak ihmali hareketi gerçekleştirmeyebileceği yönündedir. Bu anlayışa göre fail dikkatli ve özenli davranma yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddetmek suretiyle iradi olarak ihmalde bulunmuştur.³⁵⁰

4.2.3. Davranış Kuralının İhlal Edilmesi

Taksirin varlığı için istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kurallarının ihlal edilmiş olması gerekmektedir, zira taksirin esası da dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline dayanmaktadır.

Bahsedilen dikkat ve özen yükümlülüğünü düzenleyen davranış kuralları yazılı kurallar olabileceği gibi yazılı olmayan davranış kuralları da olabilmektedir.³⁵¹ Yazılı kurallardan bahsedildiğinde yalnızca ceza kanunları veya kanunların değil, yönetmelik, tüzük, resmi makamlar tarafından konulmuş kurallar veya işyerindeki çalışma kuralları

³⁴⁶ Hafizoğulları/Özen, s.268.

³⁴⁷ Demirci, s.102.

³⁴⁸ Çiftçioğlu, s.326.

³⁴⁹ Demirci, s.103.

³⁵⁰ Demirci, s.103.

³⁵¹ Hafizoğulları/Özen, s.269.

gibi kuralların da anlaşılması gerekir.³⁵² Örneğin inşaat sektörüne ilişkin çalışma yaşamını ilgilendiren ve özel kişiler tarafından konmuş kurallara uyulmadığı durumda taksirli sorumluluk gerçekleşebilecektir.³⁵³ Yazılı olmayan davranış kuralları dikkatli ve özenli olmaya ilişkin sosyal davranış kurallarıdır.

Bahsedilen dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitinde uygulanması gereken ölçütün ne olması gerektiği tartışmalıdır, bu hususta objektif bir ölçütün benimsenmesi gerektiğini savunanlarla birlikte failden beklenen dikkat ve özenin hesaplanmasında failin kişiliğinin nazara alınması gerektiğini savunanlar da mevcuttur.³⁵⁴

Kanunun 22. maddesinin gerekçesinden dikkat ve özen yükümlülüğünde kullanılacak ölçütün objektif ölçüt olması gerektiği anlaşılmaktadır. Objektif dikkat ve özen yükümlülüğü kuralları en ileri bilim ve tecrübeye göre gerçekleştirilmediklerinde zararlı sonucun öngörülebilir olmasını veya gerçekleştirildiklerinde zararlı sonucun önlenebilir olmasını sağlayan davranış kurallarıdır.³⁵⁵

Bununla birlikte kanunun bazı meslekler bakımından gösterilmesi gereken dikkat ve özenin tespitinde daha özellikli kriterler getirdiği de görülmektedir, örneğin taksirli iflası düzenleyen 162. maddede “tacir olmanın gerekli kıldığı” dikkat ve özenin gösterilmemesi aramaktadır.³⁵⁶ Bu dikkat ve özen elbet genel dikkat ve özenden daha özellikli olacaktır.

4.2.4. Sonucun Faile Yüklenebilir Olması

Faile öngörülmesi mümkün olmayan bir sonuçtan sorumluluk yüklemek mümkün olmayacaktır³⁵⁷.

³⁵² Diken, s.92.

³⁵³ Hafizoğulları/Özen, s.269.

³⁵⁴ Diken, s.95.

³⁵⁵ Hafizoğulları/Özen, s.270.

³⁵⁶ Diken, s.100.

³⁵⁷ Hafizoğulları/Özen, s.294.

Belirtmek gerekir ki sonucun öngörülmesi ile öngörülebilir olması kavramlarının birbirinden farklı kavramlardır.³⁵⁸ Öngörülebilme belirli kriterlere göre belirlenebilen objektif bir olanak olmasına rağmen öngörme somut olaydaki failin bilinç durumunu yansıtmaktadır.³⁵⁹ Neticenin öngörülebilir olması taksirin kurucu unsurlarından biridir ve taksiri kaza ve tesadüften ayıran sınırı çizmektedir.³⁶⁰

Bahsedilen öngörülebilirliğin ölçütü olarak orta zekada birinin öngörebileceği neticelerin mi kabul edilmesi gerektiği, failin kişisel özellikleri dikkate alınarak fail tarafından öngörülebilecek neticelerin mi yoksa failin mensup olduğu sosyal gruba dahil olan orta zekada birinin öngörebileceği neticelerin mi olduğu tartışmalıdır.³⁶¹ Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, bir fail için öngörülebilir olan bir neticenin bir başkası için öngörülemez olabileceğinin dikkate alınması lazım olduğundan eğitim seviyesi, uzmanlık, yaş ve fiziki engeller gibi kriterler göz önünde bulundurularak farklı gruplar oluşturulması ve neticenin öngörülebilirliğinin bu somut grupların her biri için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁶² Bu ölçüte “model-ajan ölçütü” denmektedir.

Doktrin ve Yargıtay’ın da kabul ettiği görüş failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran sübjektif görüş olmuştur, failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali ve zeka düzeyi gibi hususlar öngörülebilirliğin belirlenmesinde dikkate alınacaktır.³⁶³ Buna göre fail kendisi için öngörülebilir olduğu tespit eden neticelerden taksirle sorumlu olacaktır, failin kendisi için öngörülebilir olmayan bir neticeden sorumlu tutulması hukuk düzenimizde meşru olmayan bir objektif sorumluluk hali doğururdu.³⁶⁴

4.2.5. Davranış İle Sonuç Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Taksirli sorumluluğun ortaya çıkması için failin iradi hareketi ile istenmeyen fakat ortaya çıkan öngörülebilir netice arasında bir nedensellik bağının bulunması

³⁵⁸ İçel, Genel Hükümler, s.409.

³⁵⁹ İçel, Genel Hükümler, s.409.

³⁶⁰ İçel, Genel Hükümler, s.410.

³⁶¹ Diken, s.121.

³⁶² Diken, s.121.

³⁶³ Hafizoğulları/Özen, s.271.

³⁶⁴ Hafizoğulları/Özen, s.271.

aranmaktadır.³⁶⁵ Nedensellik bağı bir davranışın kendisinden sonra meydana gelen bir neticenin zorunlu sebebi olmasını ifade eder.³⁶⁶ Failin davranışıyla netice arasında bir nedensellik bağı kurulamıyorsa fail neticeden sorumlu olmayacaktır.

Nedensellik bağının varlığı esasen tüm suçlar için aranmakla birlikte taksirli suçlar açısından farklı bir şekilde ortaya çıkmaktadır, çünkü taksirli suçlarda zararlı sonucun gerçekleşmesinde mağdurun veya üçüncü bir kişinin davranışının da etkili olduğu durumlar oluşabilmektedir.³⁶⁷ Bu durumda failin iradi davranışı ile sonuç arasındaki nedensellik bağının kesilip kesilmediğinin araştırılması gerekmektedir.

Failin davranışı ile birlikte bulunan mağdurun davranışı tamamen olağan kabul edilebilecek bir davranış olduğunda failin davranışı ile netice arasındaki nedensellik bağı kesilmez.³⁶⁸ Örneğin karşıdan karşıya geçmek üzere olan bir yaya yol güvenliğini kolladıktan ve hiçbir aracın gelmediğine kanaat getirdikten sonra karşı kaldırıma geçmeye başlar ve bu sırada aniden ve hızla gelen bir otomobil kendisine çarparsa otomobil sürücüsünün taksirli fiili ile yayanın yaralanması neticesi arasındaki nedensellik bağı kesilmeyecektir, çünkü yayanın davranışı tamamen olağan bir davranıştır.³⁶⁹ Neticeye mağdurun normal ve haklı bir hareketinin sebebiyet vermiş olması durumunda da failin fiili ile netice arasındaki illiyet bağı kesilmeyecektir. Örneğin yolda bir çukur açıp bu çukurun etrafına gereken uyarı işaretlerini koymayı unutan bir belediye görevlisinin taksirli ihmal hareketi ile oradan geçen bir kimsenin çukura düşüp yaralanması neticesi arasındaki nedensellik bağı mağdurun oradan geçmesi ile kesilmez, çünkü bu mağdurun normal ve haklı bir hareketidir.³⁷⁰

Mağdurun davranışının olağan kabul edilemeyeceği durumlarda, mağdurun bu davranışı hukuka aykırı veya kusurlu değil ise, failin sonucu öngörebilme imkanının olup olmadığına bakılacak ve bu imkanın olduğuna kanaat getirilmesi durumunda nedensellik

³⁶⁵ Hafızoğulları/Özen, s.273.

³⁶⁶ Demirci, s.114.

³⁶⁷ Demirci, s.115.

³⁶⁸ Demirci, s.115.

³⁶⁹ Dönmezer / Erman, II, s.512.

³⁷⁰ Dönmezer / Erman, II, s.512.

bağı kesilmeyecek, fail taksirinden dolayı sorumlu olacaktır.³⁷¹ Örneğin intihar etmek isteyen bir kişinin eczacıdan zehir istemesi ve eczacının da bu zehri reçetesiz vermesi durumunda mağdurun hareketi normal değildir fakat eczacının taksirli hareketi ile gerçekleşen netice arasındaki illiyet bağı kesmez, eczacı taksirle insan öldürmekten sorumlu olacaktır.³⁷² Neticenin öngörülebilir olmadığına kanaat getirilmesi durumunda ise nedensellik bağına kalktığı kabul edilecek, bu durumda mağdurun hareketi neticenin tek nedeni sayılacaktır.³⁷³

Mağdurun hareketinin kusurlu olması durumunda, örneğin yol güvenliğini kollamadan, trafik ışıklarının veya trafik polisinin uyarılarına riayet etmeden karşıdan karşıya geçen bir kişiye hızla gelen bir otomobilin çarpması ve kişiyi yaralaması durumunda hem mağdur hem de fail kusurludur çünkü ikisi de trafik kurallarına uymamış, kendilerinden beklenen dikkat ve özeni göstermemişlerdir.³⁷⁴ Bu durumda taksirler arasında bir denkleştirme mümkün değildir, fail kusuru oranında cezalandırılır.³⁷⁵ Bunun nedeni bir arabanın sürücüsüne yüklenen kimseye çarpmamak ödevinin yalnızca dikkati ve kendi güvenliğini sağlayıcı biçimde hareket edenleri korumaya değil, tedbirsizlik edip kendisini tehlikeye sokanları da korumaya yönelik olmasıdır.³⁷⁶

Belirtmek gerekir ki failin taksirli bir hareketi olmaksızın netice yalnızca mağdurun kusurlu bir hareketi sonucunda meydana gelmişse failin sorumluluğu olmayacaktır. Örneğin hareket etmekte olan trene binmeye çalışan kimsenin düşüp ölmesinden kondüktör sorumlu olmayacaktır.³⁷⁷ Mağdurun kusurlu davranışının yeni bir nedensellik süreci yaratması durumunda da aynı sonuca varılır, nedensellik bağı kesilecek ve fail sorumlu olmayacaktır.³⁷⁸

Failin taksirli davranışına üçüncü bir kişinin kusurlu veya kusursuz bir davranışı da eklenebilir dedik. Üçüncü şahsın davranışı kusursuz ise failin davranışı ile netice

³⁷¹ Demirci, s.115.

³⁷² Dönmezer / Erman, II, s.514.

³⁷³ Demirci, s.116.

³⁷⁴ Dönmezer / Erman, II, s.515.

³⁷⁵ Demirci, s.116.

³⁷⁶ Dönmezer / Erman, II, s.516.

³⁷⁷ Dönmezer / Erman, II, s.517.

³⁷⁸ Hafizoğulları/Özen, s.274.

arasındaki nedensellik bağı kesilmez ve fail taksirli davranışından sorumlu olmaya devam eder.³⁷⁹ Üçüncü kişinin davranışının da kusurlu olması durumunda ise her bir fail kendi kusurlu davranışından sorumlu olacaktır.³⁸⁰ Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkesin kendi kusurundan sorumlu olacağı, başka bir deyişle taksirde iştirak olmayacağı kanununun 22. maddesinin 5. fıkrasına düzenlenmiştir.

4.3. TAKSİRİN BELİRLENMESİ

Taksirin varlığı veya yokluğunun somut olayda belirlenmesi ceza adaleti açısından büyük önem arz eder.³⁸¹ Taksirin tespiti için başvurulması gereken kriterlerin sonucun fail tarafından öngörülebilir olup olmadığı ve failin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği olduğundan bahsedilmiştir.³⁸² Bu noktada “genel özensizlik hali” ile “özel özensizlik hali” arasındaki ayrımın yapılması gerekmektedir.

Genel özensizlik halleri söz konusu olduğunda taksirin tespitinde geçerli olacak kriter zararlı neticenin doğacağı tahmin edilebilirliğidir. Genel tedbirsizlik ve dikkatsizlikten, ancak, failin fiilinden zararlı neticenin doğabileceğini tahmin edebilir olması durumunda söz edilebilecektir. Öte yandan bazı yazarlar neticenin tahmin edilebilirliği taksirin mevcut olması için zorunludur, fakat aynı zamanda neticenin önlenemez veya engellenebilir olması gerekir, görüşündedir. Neden olduğu neticeyi engelleme gücü olmayan fail boyun eğilmez doğa güçleriyle karşı karşıya olduğundan bu halde failin taksiri de olmamalıdır, denmektedir.³⁸³ Buna göre genel özensizlik halinin varlığı için neticenin öngörülebilir ve önlenemez olması gerekmektedir.³⁸⁴ Öngörülebilirlik kriterinin objektif değil göreceli olduğundan, yani hakimin öngörülebilirliğinin varlığını değerlendirirken failin bilgi ve becerisini, miyopluk, sakatlık, sağırılık gibi özel hallerini göz önüne alarak değerlendirdiğinden bahsedilmiştir.³⁸⁵

³⁷⁹ Demirci, s.116.

³⁸⁰ Hafizoğulları/Özen, s.273.

³⁸¹ Demirci, s.120.

³⁸² Demirci, s.120.

³⁸³ Hafizoğulları/Özen, s.299.

³⁸⁴ Demirci, s.121.

³⁸⁵ Hafizoğulları/Özen, s.276.

Özel özensizlik halleri ise emirler, kurallar ve nizamlara uymamak şeklinde ortaya çıkan özensizliktir. Bu tür kuralların varlığı halinde tedbirsizlik ve dikkatsizliğin değerlendirilmesine öngörülebilirlik kriterine artık ihtiyaç duyulmamaktadır, çünkü önemli olan failin neticeleri öngörmüş olması değil, konmuş olan emir ve nizamlara uyumuş olup olmamasıdır.³⁸⁶ Başka bir deyişle hukuka uygun olarak ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından konmuş uyulması zorunlu tedbir kuralının ihlal edilmesi halinde artık failin dikkatsiz ve özensizce davrandığının tespiti için neticenin öngörülebilir olmasına gerek duyulmayacaktır. Örneğin kırmızı ışıkta geçerek bir yayaya çarpan bir otomobil sürücüsünün dikkatli ve tedbirli bir sürücü olup olmadığına bakılmayacak, ışık ihlali yapmış olduğundan taksirli suçtan sorumlu olacaktır.³⁸⁷

Burada özen gösterilmesi gereken bir nokta emirlere ve nizamlara uymamaktan doğan taksirli sorumlulukta sorumluluk için ihlalin tespiti yeterli olsa da bu sorumluluğun ihlalden doğan tüm neticelere uygulanacak şekilde genişletilmemesi gerektiğidir. Bu durumda taksirli sorumluluğu uyulmayan emir ve nizamın olmasını önlemek amacıyla düzenlendiği neticelerin gerçekleşmesiyle kısıtlamak gerekmektedir.³⁸⁸ Trafik kurallarına uymayarak yolun sağından değil de ortasından veya solundan gidilmesi durumunda bir bisikletlinin çığnemesi halinde kurala uyulmamış olması elbet yol kurallarının ihlalden dolayı taksirli sorumluluğa sebebiyet verecektir; fakat aynı şekilde yolun ortasından gidilirken arabanın bir taş sıçratması sonucu oradan geçen bir bisikletlinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde artık sürücü yol kurallarını ihlalden sorumlu olmayacak, netice öngörülebiliyor ve önlenbiliyorsa tedbirsiz veya dikkatsiz davranmış olmaktan sorumlu olacaktır.³⁸⁹

Niteliği itibarıyla belli bir tehlikeyi içinde barındıran faaliyet veya durumlar açısından taksirli bir davranışın meydana getirebileceği zararlı sonuçları önlemek amacıyla konmuş yazılı önleyici kurallar tüm önleyici düzenlemeleri içeriyorsa failin yalnızca bu kurallara uyumuş olması ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlardan taksirle sorumlu olmasını

³⁸⁶ Hafızoğulları/Özen, s.276.

³⁸⁷ Hafızoğulları/Özen, s.276.

³⁸⁸ Hafızoğulları/Özen, s.277.

³⁸⁹ Hafızoğulları/Özen, s.277.

engeller.³⁹⁰ Örneğin bir maden kazasının gerçekleşmesi durumunda maden işletmecisinin olası tehlikeleri önlemek için konulmuş zorunlu tedbir kurallarına uyup uymadığına bakılacaktır. İşletmecinin bu kurallara uymuş olduğu halde artık ortada ceza hukuku anlamında bir “kaza” durumunun varlığını kabul etmek gerekecektir, işletmecinin dikkatli ve tedbirli davranmadığı söylenemeyeceğinden kınanabilecek bir davranışı ve dolayısıyla kusuru da yoktur.³⁹¹ Bu tür kurallara uyulmuş olmasının failin kusurlu olmaması sonucunu doğurabilmesi için kuralların öngörülebilir tüm tehlikeleri önleyici şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. Kuralların öngörülebilir tehlikelerin tümünü engelleyebilecek nitelikte olmaması halinde failden ayrıca genel anlamda dikkatli ve özenli davranması da beklenecektir.³⁹²

Mülga ceza kanununda taksirin bir dereceye tabi olduğu ve faile verilecek cezanın bu derecelendirme sonucunda belirlendiği bir sistem olmakla birlikte fakat 5237 sayılı kanunda bu sistem ortadan kaldırılmıştır.³⁹³

Kanun, kasıtlı suçlarda olduğu gibi taksirli suçlarda da faile verilecek cezanın failin kusuruna göre belirlenmesini öngörmüştür. Kusurun yoğunluğunu belirlemek kuşkusuz hakim işi olacaktır, hakim TCK'nın 61. maddesinin gösterdiği şekilde kusurun ağırlığını belirleyecektir.³⁹⁴

4.4. BEKLENMEYEN HAL

Taksirin varlığına hükmedilebilmesi için öngörülebilir bir neticenin gerçekleşmiş olmasının gerektiğini söylemiştik. Beklenmeyen hal, hiç umulmayan meydana gelmesidir.³⁹⁵

³⁹⁰ Demirci, s.122.

³⁹¹ Hafizoğulları/Özen, s.276.

³⁹² Demirci, s.123.

³⁹³ Demirci, s.148.

³⁹⁴ Hafizoğulları/Özen, s.263.

³⁹⁵ Hafizoğulları/Özen, s.282.

Taksirli suçlar açısından sonucun öngörülebilirliğinin mutlak bir biçimde aranması büyük önem taşımaktadır, zira öngörülemez bir sonucun hukuk düzenince cezalandırılması taksirden kaynaklanan sorumluluğu adeta sınırsız kılarak bireyleri günlük hayatın tehlikelerinden korktuklarından günlük hayatlarına bile devam edemez hale getirecektir.³⁹⁶

Neticeyi istememiş ve dikkatsizlik ve tedbirsizlikle de davranmamış failin fiiline kınama yöneltmesi mümkün değildir. Bu nedenle hiç umulmayanın meydana gelmesi fiil ile netice arasındaki nedensellik bağıını kesen mücbir sebepten farklıdır, beklenmeyen hal nedensellik bağıını kesen bir neden değil, kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilmelidir.³⁹⁷

Örneğin trafik kurallarına uyan ve tedbirli ve dikkatli olan bir sürücü yola aniden çıkan sarhoş bir bisikletliye tüm çabalarına rağmen çarpmamayı başaramaz da ölümüne neden olursa kusur yokluğu nedeniyle sürücü fiilinden sorumlu olmayacaktır.³⁹⁸

4.5. TAKSİRİN ÇEŞİTLERİ

Taksir, kast ve kaza arasındadır.³⁹⁹ Neticenin bilinmiş ve istenmiş olması durumunda kasttan, neticenin öngörülemez olduğu durumda da kazadan bahsedileceği daha önce açıklanmış, taksirin varlığı için neticenin öngörülebilir olması gerektiğinden ve öngörülebilirliğin nasıl tespit edileceğinden bahsedilmiştir. Taksir kendi içinde de öngörülebilirliğin varlığı tespit edildikten sonra failin öngörülebilir neticeyi somut olayda öngörmüş olup olmadığına göre ikiye ayrılmaktadır.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Demirci, s.158.

³⁹⁷ Hafizoğulları/Özen, s.282.

³⁹⁸ Hafizoğulları/Özen, s.282.

³⁹⁹ Erem, F.: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 12. Bası, Ankara 1984, s.521.

⁴⁰⁰ Hakeri, H.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, Ankara 2011, s.219.

4.5.1. Basit Taksir

Basit taksire bilinçsiz taksir de denmektedir. Öngörülebilir neticenin fail tarafından öngörülmemiş olması durumunda basit taksirden söz edilecektir. Örneğin bir tabancanın boş olduğunu zannederek tetiği çeken kimsenin bir kişinin ölümüne neden olması durumunda basit taksir mevcuttur.⁴⁰¹ Esasında basit taksir failin fiilinin hukuka aykırı sonucunu öngörmesi gerekirken onu aklına dahi getirmemesidir.⁴⁰²

TCK'nın 22. maddesinin 6. fıkrasına göre basit taksirli hareket sonucu meydana gelen netice failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa faile ceza verilmeyecektir. Doktrinde bazı yazarlar kanunun burada üçüncü bir taksirli suç türü yaratmış olduğunu söylemekte ve bu düzenlemeyi kanunun 61. maddesinde öngörüldüğüce cezanın ferdileştirilmesi sırasında hakimin zaten göz önüne almak zorunda olduğu bir durumun bu tür bir düzenlemenin konusu yapılmasını eleştirmektedir.⁴⁰³ Bu maddede öngörülen ceza verilmezliğin kusurluluğu kaldıran bir neden mi, bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa bir cezalandırılabilme şartı mı olduğunun belli olmadığı söylenmekte; aynı zamanda hükmün içerdiği “kişisel ve ailevi durum” lafzının kimleri içereceğinin belirsizlik yaratmakta olduğuna dikkat çekilmektedir.⁴⁰⁴

4.5.2. Bilinçli Taksir

Kanun 22. maddenin 3. fıkrasında bilinçli taksiri kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi şeklinde tanımlamıştır. Failin hareketi yaparken neticeyi öngörmesine rağmen neticenin gerçekleşmesini istememesi ve somut olaydaki koşullara göre neticenin gerçekleşmeyeceğine inanması durumunda bilinçli taksir mevcuttur.⁴⁰⁵ Failin kişisel veya mesleki özgüveninden ötürü öngörebildiği fakat gerçekleşmesine ihtimal vermediği bir neticenin gerçekleşmesi durumunda bilinçli taksirin

⁴⁰¹ Hakeri, s.219.

⁴⁰² Demirci, s.156.

⁴⁰³ Hafızoğulları/Özen, s.279.

⁴⁰⁴ Hafızoğulları/Özen, s.279.

⁴⁰⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.404.

varlığını kabul etmek gerekecektir.⁴⁰⁶ Bilinçli taksire verilen klasik örnek bir sirkte partnerine isabet etmeyecek şekilde bıçak atma gösterisi yapan artistin partnerini yaralama olasılığının bilincinde olmasına rağmen bunun gerçekleşmesine ihtimal vermemesidir.⁴⁰⁷ Kalabalık bir sokakta arabasını hızlı kullanan bir sürücü, bunun zararlı sonuçlara sebebiyet verebileceğini öngörse bile usta bir şoför olduğuna güvendiği için bir neticenin gerçekleşmeyeceği kanısında olup bu konuda tüm beceri ve yeteneğini kullanmış fakat yine de bir yayaya çarpmışsa, yine bilinçli taksirden söz edilecektir.⁴⁰⁸

Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki fark bilinçli taksirde neticenin öngörülmemiş olması ve bilinçli taksirde öngörülmüş olmasıdır. Sonucun öngörülmüş olmasına rağmen failin davranışını gerçekleştirmekten çekinmemiş olması bilinçli taksirle hareket eden failin bireylere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne özen göstermemiş olduğunun açıkça görülebilmesine neden olmakta, bilinçli taksirle hareket eden failin bilinçsiz taksirle hareket eden faile göre daha ağır cezalandırılmasının esası da burada yatmaktadır.⁴⁰⁹

Kanun bilinçli taksiri cezayı artıran bir neden saymıştır.⁴¹⁰ Kanunun 22. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre bir suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde o suçun basit taksirli haline ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır.

Kanunun 22. maddesinin 6. fıkrasında yer verilen ve çalışmamızın basit taksir başlığı altında daha derinden tartışılmış olan, taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin failin kişisel ve ailevi durumu bakımından bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmış olmasına dair hükmünde bilinçli taksirin varlığı durumunda cezanın basit taksirdeki gibi kaldırılması değil, ancak cezanın yarıdan altıda birine kadar indirilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre doktrinde bu düzenlemeyi kuramsal bir temele oturtma çabasındaki yazarlar basit taksirde olsa olsa bir

⁴⁰⁶ Hafizoğulları/Özen, s.300.

⁴⁰⁷ Demirci, s.162.

⁴⁰⁸ İçel, Genel Hükümler, s.414.

⁴⁰⁹ İçel, Genel Hükümler, s.415.

⁴¹⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 278.

cezalandırılabilme şartı olabileceğini söyledikleri bu hükmün bilinçli taksirde de cezayı azaltan bir neden olabileceği kanısındadırlar.⁴¹¹

Kanunun 50. maddesinin 4. fıkrasına göre taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezasının uzun süreli de olsa koşulları varsa para cezasına çevrilebileceği yönündeki hükmün bilinçli taksir halinde uygulanmayacağı aynı fıkroda belirtilmiştir.

4.5.3. Olası Kast ve Bilinçli Taksir Ayrımı

Olası kasttan daha önce “Kast” başlıklı 3. bölümde bahsedilmiş, fakat bilinçli taksir henüz anlatılmamış olduğundan olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayırmadan derinlemesine bahsedilmemişti. Olası kast ile bilinçli taksir birbirlerine yakın olduklarından aralarındaki farklılıklara değinmek faydalı olacaktır.⁴¹²

Hem olası kast hem de bilinçli taksirde netice fail tarafından öngörülmektedir. Bilinçli taksirde öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği ümit edilirken olası kastta bu netice fail tarafından göze alınmakta ve kabul edilmektedir. Bilinçli taksirde sonucun meydana gelmeyeceği yönünde koşullara uygun bir inanç beslenmektedir, buna karşın olası kastta bir kayıtsızlık, önemsememe durumu vardır.⁴¹³

Yargıtay eskiden düğünlerde ve futbol müsabakalarından sonra havaya ateş açılması sonucu ölüm ve yaralamaların meydana gelmesi durumunda failin bilinçli taksirle hareket ettiğini kabul etmekten geçtiğimiz yıllarda bu tür olayların sık sık haberlere de konu edilmesiyle yeni kararlarında bu tür eylemler yönünden failin neticeyi kabullendiği ve umursamadığı, olası kastla hareket ettiği sonucuna varmaktadır.⁴¹⁴ Aynı şekilde yakın dönemde madende çalışan işçilerin iş güvenliği konusunda yeterli önlemlerin alınmaması durumunda Yargıtay sorumluların gerçekleşen işçi ölümlerinden bilinçli taksirle değil olası kastla sorumlu olduğunu kararlaştırmıştır.⁴¹⁵

⁴¹¹ Hafizoğulları/Özen, s.279.

⁴¹² Toroslu N., s.225.

⁴¹³ İçel, Genel Hükümler, s.414.

⁴¹⁴ Diken, s.173.; Yarg. 8.CD., 02.11.2019 t. 9399/13439 sk., Yarg. 1. CD., 05.11.2012 t., 4085/7867 sk.

⁴¹⁵ Diken, s.175.,;Yarg. 12. CD., 14.11.2013 t., 2012/21104, 2013/25712 sk.

4.6.“TAKSİR KARİNESİNE DAYANAN” KUSURLU SORUMLULUK

Failin kusuru, yani kastı ve taksirinin suçun sübjektif unsurunu oluşturdukları önceki bölümlerde anlatılmıştı. Tıpe uygun hukuka aykırı iradi bir fiilin varlığı ve gerçekleşen netice ile fiil arasında bir maddi nedensellik bağının var olmasının suçun oluşması için yeterli sayıldığı ve failin kusurunun değerlendirilmediği durumda objektif sorumluluktan bahsedilmektedir.

Modern ceza hukukunda kusur sorumluluğunun benimsendiğinden daha önce bahsedilmişti. Kusurlu sorumluluğun esas, objektif sorumluluk hallerinin ise istisna olduğu bu nedenle sıkça belirtilmektedir. Objektif sorumluluk halleri özel hukukta geniş yer bulmakla birlikte ceza hukukunda varlığını sürdüren istisnai objektif sorumluluk hallerinin de ortadan kaldırılması için çalışmalar yapılmaktadır.⁴¹⁶

Bu bölümün başlığının “Objektif Sorumluluk Halleri” değil de “Taksir Karinesine Dayanan Kusurlu Sorumluluk” olmasının nedeni ilerleyen sayfalarda da anlatılacağı gibi kanun koyucunun ceza hukukumuzdaki istisnai objektif sorumluluk hallerini kaldırmak ve kusursuz suç olmaz ilkesini tam anlamıyla uygulamak amacıyla 5237 sayılı Kanunda getirdiği bazı düzenlemelerin bu amaca hizmet etmek yerine adeta bir taksir karinesi oluşturmuş olduğu görüşüdür.

4.6.1.NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇ

5237 sayılı kanunla getirilen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar düzenlemesi doktrinde en yoğun tartışılan konulardan biri olmuştur. Kimi yazarlar düzenlemenin önceki kanundaki objektif sorumluluğa yol açan düzenlemeyi ortadan kaldırdığını savunur ve desteklerken diğer yazarlar kanunun kendi içinde çelişkili bir hale getirildiğini söylemektedir.

⁴¹⁶ Savaşçı, B.: Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar, i. Prof Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara 2015, s.990.

Konuya başlamadan önce neticesi sebebiyle ağırlaşan suç ve kastı aşan suç arasındaki ayırmadan söz etmek faydalı olacaktır, zira kanunun bu konudaki düzenlemesini çözümlenmek pek kolay değildir. Kanunun düzenlemesi kastı aşan suç ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçu aynı şeymiş gibi düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarla ağırlatılmış nedenli suçları da birbirine karıştırmıştır.⁴¹⁷

Kastı aşan suç, fiilin failin işlemek istediği suçtan başka bir suçun işlenmesine sebebiyet vermesidir. Kastı aşan suça verilen örnek yaralama kastıyla hareket eden failin fiilinin mağdurun ölümüne sebebiyet vermesidir. Burada failin işlemek istediği suç kasten yaralama suçu iken ortaya çıkan netice mağdurun ölmesi olmuştur.

Kastı aşan suçun tek bir neticesi vardır.⁴¹⁸ Adı üstünde, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda temel suçun kasten işlenmesi gerekmektedir, temel suç taksirli bir suç ise kastı aşan suçtan söz edilemeyecektir. Failin olası kastla hareket etmesi halinde de kastı aşan suçtan söz edilemeyecektir. Ortaya çıkan daha ağır neticede korunan hukuki değerinde, aynı mağdura ait başka bir hukuki değer olması gerekmektedir.

Kastı aşan suçun gerçekleşmesi için meydana gelen neticenin kastedilenden daha ağır bir netice olması ve hareket ile meydana gelen ağır netice arasında nedensellik ilişkisi bulunması gerekmektedir. İstenenden daha ağır neticenin hemen ortaya çıkmasına gerek yoktur, bu netice daha sonra da ortaya çıkabilir

Nedensellik ilişkisinin bulunduğu tespit edilebilmesi için fail tarafından yapılan hareketin günlük yaşam deneyimlerine, olasılık hesaplarına göre daha ağır neticeyi meydana getirmeye objektif olarak elverişli olması gerekmektedir. Yani normal bilgi, deneyim ve sağduyu sahibi bir kişi yapılan hareketten ölüm neticesinin doğabileceğini öngörebilmelidir⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Hafizoğulları/Özen, s.288.

⁴¹⁸ Hafizoğulları/Özen, s.287.

⁴¹⁹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s.408.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta ise failin işlemeyi kastettiği netice ortaya çıkmakta, bunun yanında bir netice daha ortaya çıkmaktadır. Bu ortaya çıkan ikinci neticeyi fail ne bilmekte ve istemekte ne de öngörmektedir. fakat Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta örnek olarak çocuk düşürtme suçunu işleme kastıyla hareket eden bir hekimin davranışının kadının ölümüne yol açması gösterilmektedir.⁴²⁰ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, asıl suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile failin hareketi daha ağır bir neticeye sebebiyet vermiş ise ağırlaştırıcı hüküm uygulanacaktır. Çocuk düşürtme suçunda çocuk düşürtme eylemi tamamlanmasa bile kadının ölmesi ağırlaştırıcı hükmün uygulanması sonucunu doğuracaktır⁴²¹.

Ağırlatılmış nedenli suçlarda failin fiili bir tek neticeye sebebiyet vermektedir ve bu netice de failin kastettiği neticedir. Gerçekleşen netice failin kastettiğinden daha ağır olarak gerçekleşse de işlenen failin kastettiği suçun kendisidir.⁴²² Buna örnek olarak kanunun 87. maddesinde düzenlenen nitelikli yaralama suçu verilebilir.

Kanun 23. maddesinde bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olmasının gerekeceğini düzenlemiştir. Aynı şekilde kanun “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” başlıklı 87. maddesinin 4. fıkrasında kasten yaralama sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesini düzenlemiştir.

Kanunun 23. maddesi 765 sayılı mülga TCK’da yer almamaktaydı, bu nedenle kastı aşan suçlarda failin kastettiği suçtan öngörmediği daha ağır bir neticenin gerçekleşmesiyle bu neticeden sorumlu tutulmasının bir objektif sorumluluk hali olduğu doktrinde sıkça dile getirilmekteydi. Kusursuz suç ve cezanın olmayacağı ilkesinin benimsendiği bir modern ceza hukuku sisteminde böyle bir düzenleme olması sıkça eleştirilmekteydi.⁴²³

⁴²⁰ Hafizoğulları/Özen, s.288.

⁴²¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s.412.

⁴²² Hafizoğulları/Özen, s.288.

⁴²³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s.492.

Kastı aşan suçla ilgili benzer tartışmalar İspanya’da, İskandinav ülkelerinde ve Almanya’da da gerçekleşmiş, meselenin çözümü için çeşitli yollar tercih edilmiştir. Türkiye’de 5237 sayılı kanunun 23. maddesine getirilen düzenlemenin Alman Ceza Kanununun 18. maddesindeki düzenlemeden esinlendiği düşünülmektedir.⁴²⁴

Kanunun gerekçesine bakılırsa yasa koyucu 23. maddenin düzenlenmesinde kastı aşan ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların ortaya çıkardığı objektif sorumluluk halini ortadan kaldırmayı, failin en az taksir ile hareket etmesini şart koşarak sorumluluğu sınırlandırmayı amaçlamıştır.⁴²⁵

Doktrinde kanundaki bu düzenlemeyi yerinde bulan yazarlar yeni düzenleme ile kastı aşan suç ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suç arasında bir fark kalmadığını, bu nedenle ikisinin aynı maddede ve aralarında ayırım yapılmadan düzenlenmesinin yerinde olduğunu savunmaktadır. Kanunun 87. maddesinin 4. fıkrasında kasten yaralama sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesinin “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” başlığı altında düzenlendiğinden daha önce bahsetmiştik. Bu görüşteki yazarlar 87. maddedeki bu düzenlemeyi de savlarına kanıt görmekte, bu şekilde kastın aşılmasının da artık bağımsız bir suçta değil, cezanın ağırlaştırılmasına neden olduğunu söylemektedirler.⁴²⁶

Buna göre kastedilen neticenin değil daha ağır başka bir neticenin gerçekleşmesi, kastedilen neticenin yanında kastedilmeyen başka bir neticenin daha gerçekleşmesi, ve kastedilen neticenin kendisinin kastedilenden daha ağır bir şekilde gerçekleşmesi tek bir maddede toplanmış ve aynı kabul edilmiştir. Kanundaki bu düzenlemeyi yerinde bulmayan yazarlar bu düzenlemeyle adeta bir “taksir karinesi”nin getirildiğini savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre bu düzenleme objektif sorumluluğu kaldırmamış, yalnızca ismini değiştirmiştir.⁴²⁷

⁴²⁴ Kaymaz, S./ Bozbayındır, A.: “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, İÜHFİM C:LXVIII, S.1-2, 77-120, 2010, s.81.

⁴²⁵ Kaymaz/ Bozbayındır s.82; Gökçen A./ Balcı M.: “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”, i. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 2015, s.397.

⁴²⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s.494.

⁴²⁷ Hafizoğulları/Özen, s.287.

Kimi yazarlar kanunun 23. maddesi ile 87. maddesinin 4. fıkrasının birbiriyle çeliştiğini savunmaktadırlar. Bu görüşü savunan kişilerce fail gerçekleşmesini kastettiği neticenin yanında başka bir neticenin de gerçekleşmesini kastetmiş olduğunda, örneğin çocuk düşürtme suçunu işlerken aynı zamanda kadını öldürme kastının da bulunduğu halde, veya failin kadının ölümü açısından olası kastla hareket etmesi halinde failin neticesi sebebiyle ağırlanmış suçtan değil, iki ayrı suçtan sorumlu olacağı örneğini vermektedirler. Bu görüşü savunanlarca aynı şekilde failin gerçekleşmesini kastettiği netice yanında dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu öngörülebilir başka bir neticenin gerçekleşmesi durumunda da failin netice sebebiyle ağırlanmış suçtan değil, biri kasıtlı ve biri taksirli iki ayrı suçtan sorumlu tutulması gerekecektir.⁴²⁸ Bu durumda 23. maddedeki “en azından taksirle hareket etmesi gerekir” hükmü bir tür taksir karinesine işaret etmektedir.⁴²⁹

Bahsedilen görüşün temelinde kastı aşan suç ve neticesi sebebiyle ağırlanmış suçların objektif sorumluluk çerçevesinde düzenlenmesinin nedeni yatmaktadır, bu yazarlara göre örneğin çocuk düşürtme suçunu kasten işlerken kast veya taksiri olmadan aynı zamanda kadının ölümüne neden olan doktorun yalnızca çocuk düşürtme suçundan sorumlu olup da insan öldürmeden sorumlu olmamasının mantıksız olduğu düşüncesi yatmaktadır. Gerçekten, kusursuz sorumluluk olmayacağı ilkesi ne kadar değerli ise cezai himayeden yararlanma hakkı da o kadar değerlidir, failin kastının veya taksirinin sonucunda ortaya çıkmadığı halde fiil ile arasında nedensellik bağı olan, yani kaza veya tesadüf sonucu da oluşmamış olan ölüm neticesinden faili sorumlu tutmamak cezai himayeden yararlanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.⁴³⁰

23. Maddenin Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’nde açılan bir davada kastı yalnızca yaralamak olan bir şahsın eylemi sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda hem kast hem de taksirin aynı eylemde bulunmasının mümkün olmadığı savunulmuştur.⁴³¹ Buna mahkemece verilen cevap çoğunlukla tek neticenin gerçekleştiği durumda hem kast hem taksirin bulunmasının

⁴²⁸ Hafızoğulları/Özen, s.289.

⁴²⁹ Hafızoğulları/Özen, s.289.

⁴³⁰ Hafızoğulları/Özen, s. 284.

⁴³¹ Anayasa Mahkemesi 19.02.2009, 2006/72 E, 2009/24 K.

mümkün olmadığı konusundaki tespitin yerinde olduğu; fakat aslında kastı aşan suçta tek değil iki netice olduğu, failin bu neticelerden birinin oluşmasında kasten, diğerinin oluşmasında ise taksirle hareket etmiş olabileceği yönündedir.⁴³² Anayasa Mahkemesi neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara ilişkin düzenlemenin iptaline yönelik bu davanın reddine karar vermiştir.⁴³³ Mahkeme neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar düzenlemesiyle kusursuz sorumluluk hallerine son verildiği konusunda ısrar etmiş, 87. maddenin 4. fıkrası ile 23. maddenin birbirleriyle çelişmektense birbirlerini tamamladığını söylemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin ve kanunu savunan görüşün söyledikleri kabul edilse bile, kanundaki “en azından taksirle” ifadesi tartışmalı olmayı sürdürmektedir. “En azından” ifadesi kabul edilecek olursa failin ağır netice bakımından bilinçli taksirle, olası kastla veya kastla hareket etmesi durumunda da bu düzenlemenin geçerli olması gerekecektir, fakat failin diğer neticeye kast veya taksirle sebebiyet vermesi halinde artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç değil, iki ayrı suç oluşacaktır.⁴³⁴ Bu ifade aslında yalnızca taksirin öngörülebilirlik unsurunu kastetmektedir, çünkü dikkat ve özen yükümlülüğü zaten temel suç açısından var olan kast çerçevesinde çiğnenmektedir.⁴³⁵

Toparlamak gerekirse, ortaçağ anlayışının bir sonucu olarak varlığını sürdürmekte olan objektif sorumluluk hallerinin kanundan çıkarılması, kusursuz suç olmaz ilkesinin tam anlamıyla kanuna hakim olabilmesi amacıyla yeni kanunda yapılan düzenleme bazı yazarlarca bu amaca karşılık vermiş olmasına rağmen, diğer bazı yazarlarca kanun bu amaca ulaşılmışından uzak kalmıştır ve cezai himayeden faydalanma hakkının gözetilmesi çerçevesinde uzak kalmak zorundadır da. Kanunu eleştiren yazarlarca bu nedenle “en azından” var olması gereken taksir aslında bir taksir karinesi teşkil etmektedir, uygulanması gereken objektif sorumluluk hali artık taksir adı altında var olacaktır ve bu taksir karinesinin de aksini ispat etmek mümkün olmayacaktır.⁴³⁶

⁴³² Özen, s.133.

⁴³³ Anayasa Mahkemesi 19.02.2009, 2006/72 E, 2009/24 K.

⁴³⁴ Savaşçı, s.994.

⁴³⁵ Savaşçı, s.994.

⁴³⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 289.

4.6.2. BASIN SUÇLARINDA "TAKSİR KARİNESİNE DAYANAN" KUSURLU SORUMLULUK

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesine göre basın yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur ve bu yolla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur, fakat eser sahibinin belli olmaması, yayım sırasında ceza ehliyetine sahip olmaması, yurtdışında bulunduğundan Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde süreli yayınlarda sorumlu müdür veya yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, süresiz yayınlarda ise basımcı sorumlu olacaktır. Bu halde eser sahibi dışındaki bahsedilen kişilerin düzenlenen sorumluluğunun bir tür objektif sorumluluk olduğu kabul edilmektedir.

Bununla birlikte 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinde bu kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanundaki suçlar hakkına da uygulanacağını düzenlemiştir. Basın Kanunu hem 5237 sayılı TCK'ya göre önceki kanun hem de özel kanundur, bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinin Basın Kanunu açısından da uygulanması gerekmektedir. Bahsedilen 23. maddenin gerekçesi objektif sorumluluk hallerinin ceza hukuku düzenimizden çıkarıldığı iddiasında bulunduğu ve kanunu eleştiren görüş de objektif sorumluluk hallerinin bir tür taksir karinesine bağlanmış olduğunu kabul ettiğinden, basın kanunundan kaynaklanan objektif sorumluluk hallerinin de aynı, aksi iddia edilemeyen taksir karinesine bağlandığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁴³⁷

⁴³⁷ Hafizoğulları/Özen, s.290.

BÖLÜM V

KUSURLULUĞU KALDIRAN NEDENLER

Çalışmamız boyunca kusurluluğun psikolojik anlayışı ve kusurluluğun normatif anlayışı arasındaki farklardan ve bu farklı anlayışların suç genel teorisi içinde bazı kurum ve kavramların kapsam ve yerlerini farklı kabul ettiklerinden söz edilmişti. Aynı şekilde kusurluluğu kaldıran nedenler açısından da kusurluluğun psikolojik anlayışı ve normatif anlayışının değerlendirmesi birbirinden farklı şekilde ortaya çıkmaktadır.

Psikolojik anlamda kusurluluğun, yani fiil ile fail arasındaki psişik bağ olarak tanımlanan kusurluluğun ortadan kalktığı durumlar, failin fiile ilişkin kurucu unsurları bilmemesi veya fiili istememesi durumlarıdır.⁴³⁸ Normatif anlamda kusurluluğun ortadan kalkması ise failin iradesini tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte bu iradeyi zorlayan, bu iradenin özgür olmasını engelleyen durumlarda gerçekleşir, zira fail ödevine uygun davranmanın kendisinden istenemeyeceği kadar ağır bir baskı altında olduğunda başka türlü davranma olanağı varken davranmamış olması açısından kınanamayacaktır.⁴³⁹

Kanun, “Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler” başlığı altında hukuka uygunluk nedenlerine, kusurluluğu kaldıran nedenlere, cezalandırılabilme şartlarına ve anlama ve isteme yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlere yer vermiştir. Kanuna göre kusurluluğu etkileyen haller hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi, hukuka uygunluk nedenlerinden meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi, haksız tahrik dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi, kusurluluğu etkileyen hata halleri, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler ve alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olmadır.⁴⁴⁰ Çalışmamız kapsamında kusurluluğu kaldıran nedenler kanuna göre değil, suç genel teorisinin gereklerine göre tasnif edilip incelenecektir.

⁴³⁸ Akdağ, s. 192.

⁴³⁹ Akdağ, s. 192.

⁴⁴⁰ Koca/ Üzülmüş, s. 316.

Anlama ve isteme yeteneğinin kusurluluğun ön şartı olarak anlaşıldığı halde bu yeteneğin bulunmadığı durumlarda kusurluluğun değerlendirilmeyeceğinden bu görüşteki yazarların anlama ve isteme yeteneğinin bulunmamasını bir kusurluluğu kaldıran neden olarak görmediğini, anlama ve isteme yeteneğinin kusurun bir unsuru olduğu görüşündeki yazarların kusurluluğu kaldıran nedenlerin arasına yaş küçüklüğü yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi anlama ve isteme yeteneğini etkileyen nedenlerin de eklenmesi gerekeceği düşüncesinde olduğundan daha önce bahsetmiştik.⁴⁴¹ Katıldığımız görüş anlama ve isteme yeteneğini kusurun bir ön şartı kabul etmemekte, anlama ve isteme yeteneği bulunmayan bir kişinin de pekala kusurlu davranabileceğini savunmaktadır.

5.1. FİİL İLE FAİL ARASINDAKİ PSİŞİK BAĞI KALDIRAN NEDENLER

Kural, failin fiilinin iradi olması olduğundan faille fiil arasındaki irade denilen bu psişik bağın ortadan kalkması halinde fiil iradi olmayacağından, kastın da, taksirin de varlığından söz edilemeyecektir. O halde fail ile fiil arasındaki manevi bağı ortadan kaldıran nedenlerden birinin bulunması halinde fiil artık doğaya ait olacak ve dolayısıyla bir suç oluşturmayacaktır. Fail ile fiil arasındaki psişik bağı ortadan kaldıran nedenler kendinde olmama, mücbir sebep ve maddi cebir halleridir.⁴⁴²

5.1.1. Kendinde Olmama

Fail tarafından yapılan hareket ister icra ister ihmal hareketi olsun, hezeyan, hipnoz, uyurgezerlik gibi tam bilinç yokluğu hallerinde ortaya çıktığında bir ceza sorumluluğu doğurmayacaktır. Örneğin tren kullanırken bayılan bir tren memurunun bir tren kazasına neden olması onun ceza sorumluluğunu doğurmayacak, hakkında güvenlik tedbirine hükmetmek mümkün olmayacaktır.⁴⁴³

Esasen fiilin işlendiği sırada kendinde olmayan failin fiiliyle arasında psikolojik bir bağın eksikliği kendinde olmamayı kusurluluğu kaldıran bir neden yapmaktadır. Daha

⁴⁴¹ Hakeri, s. 306.

⁴⁴² Hafizoğulları/Özen, s.292.

⁴⁴³ Hafizoğulları/Özen, s.292.

önce anlama ve isteme yeteneği olmayan kişilerin de pekala kusurlu şekilde hukuka aykırı bir fiili işleyebilecekleri ve bu durumda suç işlemiş olacakları fakat kendilerine ceza verilemeyeceği görüşünden olduğumuzu bildirmiştik. Burada bahsedilen kendinde olmama halinde fiil iradi olmadığından kusurdan söz edilemeyecektir.

5.1.2. Maddi Cebir

Kanununun 28. maddesinde karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir.

Maddi cebrin kaynağı daima bir insan fiilidir.

Anlama ve isteme yeteneğini kusurluluğun ön şart kabul eden görüşe göre kişi tehlikeliliğinin ve anlama ve isteme yeteneğinin bulunmaması nedeniyle kusurlu sayılmayacaktır. Anlama ve isteme yeteneğini kusurluluktan ayrı değerlendiren yazarlar bu görüşü failin akli melekelerinde bir bozukluk olmadığını, dış şartlar nedeniyle failin isteme kabiliyetini kullanamamasının onu bu kabiliyetlerden mahrum kılmadığını söyleyerek eleştirmişlerdir.⁴⁴⁴

Kusurluluğun normatif anlayışını savunanlara göre failin kusurlu olabilmesi için başka türlü davranma olanağı bulunmasına rağmen başka türlü davranmaması gerektiğinden, maddi cebir halinde kişi başka türlü davranma olanağını kaybetmiş olduğundan kınanamayacaktır, bu yüzden maddi cebir kusurluluğu kaldırır.⁴⁴⁵ Kusurluluğun psikolojik teorisini savunanlara göre ise cebir fail ile fiil arasındaki psikolojik bağı ortadan kaldırdığı için fail kınanamayacak ve böylece kusurluluk kalkmış olacaktır.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Küçüktaşdemir, Cebir, s.60.

⁴⁴⁵ Küçüktaşdemir, Cebir, s.60.

⁴⁴⁶ Küçüktaşdemir, Cebir, s.60.

Esasında cebre muhatap olan kişi kendi iradesi ile hareket etmemekte, başka biri tarafından hareket ettirilmiştir. Burada zorlayan, zorlananın bir aracı konumundadır. Ceza hukukunu ilgilendiren fiil, failin iradi fiildir. Failin bir araç olarak kullanıldığı maddi cebir durumu fiil ile fail arasındaki psikik bağı ortadan kaldıracak, bu nedenle kusurluluğu tartışmanın anlamı kalmayacaktır.⁴⁴⁷ Fiil maddi cebri uygulayana aittir, bu halde fiilden sorumlu olan zorlanan kişi değil, zorlayan kişidir.⁴⁴⁸

5.1.3. Mücbir Sebep

Maddi cebir ve mücbir sebep kuvveti uygulayan kaynak açısından ayrılmakta, maddi cebri uygulayan başka bir insanken mücbir sebep bir doğa kuvvetini nedeniyle oluşmaktadır.⁴⁴⁹

Mücbir sebep kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen kanun koyucu maddi cebri fiilin iradiliğini ortadan kaldıran bir neden olarak sayarken maddi cebri de haydi haydi sayması gerekmektedir. Buna göre bir çatı ustasının çıkan bir hortum nedeniyle yoldan geçen birinin üstüne düşmesi ve üstüne düştüğü kişinin ölmesi çatı ustasının ceza sorumluluğunu doğurmayacaktır. Zira usta düşmek istememiştir, doğa olayları onun düşmesine neden olmuştur⁴⁵⁰.

Maddi cebirde olduğu gibi mücbir sebepte de iradi bir fiilin mevcut olmamasının kendiliğinden suçun oluşmasını engelleyeceğini ve bu nedenle kusurluluğun tartışılmasının gereksiz olduğunu savunmak lazımdır.

5.2. HATA

Kastın varlığı için failin suç teşkil eden fiil ile ilgili doğru bilgiye sahip olması gerekmektedir, çünkü insanın iradi bir fiil gerçekleştirebilmesi için dış dünyadaki maddi

⁴⁴⁷ Küçüktaşdemir, Cebir, s.69.

⁴⁴⁸ Hafizoğulları/Özen, s.315.

⁴⁴⁹ Küçüktaşdemir, Cebir, s.70.

⁴⁵⁰ Hafizoğulları/Özen, s.315.

olgularla ilgili bilgiye sahip olması gerekmektedir. Kişinin bu dış dünyadaki maddi olgularla ilgili doğru bilgiye sahip olmadığı durumda meydana gelen fiilin, failin gerçek iradesini yansıttığı söylenemeyecektir.⁴⁵¹

Bazı yararlılara göre bilmeme ve hata aynı niteliktedir, diğer bazı yazarlar ise bilmeme ve hatanın birbirinden farklı niteliklerde olduğunu söylemektedir. Gerçekte bilmeme herhangi bir hatadan bağımsız olarak var olabileceği halde hata bir durumun bilinmemesi veya eksik bilinmesi sonucu ortaya çıkar ve bilmemede gerçek hakkında bir fikre sahip olunmazken hata halinde gerçekle uyuşmayan bir kanaatin varlığı söz konusudur.⁴⁵² Bu farklılığa rağmen ceza hukukundaki kullanımı kapsamında bilmeme ve hata arasında bir ayrım yapmaya gerek görülmemektedir. Unutma da bu bağlamda hataya eşit olacaktır, çünkü sonuç itibarıyla bir şeyin bilinmemesi ile unutulması aynı sonucu doğurur.⁴⁵³

Şüphe ise ceza sorumluluğunu kaldıran bir durum değildir. Şüpheyeye düşen kişinin içinde bulunduğu düşünce karışıklığından kurtulana kadar davranmaktan sakınması mümkünken bunu yapmayı riski göze alarak hareket etmesi halinde kişinin kasıtlı davrandığı söylenebilecektir.⁴⁵⁴

Hatanın mazeret sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Geleneksel anlayışa göre hukuki hata mazeret sayılmayıp fiili hata mazeret sayılır. Bu bağlamda hukuki hata ve fiili hata arasındaki ayrımın yapılması gerekmektedir. Genel itibarıyla hukuki hata bir değerlendirme hatasıdır, duyu organları tarafından doğru algılanmış bir gerçekliğin normun bilinmemesi veya yanlış yorumlanması sebebiyle ortaya çıkar; buna karşılık fiili hata duyu organlarıyla ilgilidir.

Hata kural olarak iradenin oluşması üzerinde etkili olmakla birlikte, suçun icrası üzerinde de etkili olabilir, bu durum failin yeteneğinin olmamasından kaynaklanan bir hatadır ve “sapma” olarak adlandırılmaktadır.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ GÜNGÖR, s.2.

⁴⁵² GÜNGÖR, s.6.

⁴⁵³ GÜNGÖR, s.6.

⁴⁵⁴ GÜNGÖR, s.7.

⁴⁵⁵ Hafizoğulları/Özen, s.294.

5.2.1. Kural Üzerinde Hata

Kural üzerinde hata, doğrudan ceza kanununun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından, veya ceza kanunu dışında kalan, ancak bu kanunu ilgilendiren kanunların bilinmemesinden kaynaklanabilir.⁴⁵⁶

Roma hukukundan beri tüm uygar hukuk düzenlerinde varlığını korumuş olan kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesi bugün ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı şeklinde TCK'nın 4. maddesinde yerini bulmuştur.⁴⁵⁷ Bu kuraldan yola çıkılarak doktrinde belli bir yerde yaşayan ve bir faaliyet yürüten herkesin o yer veya faaliyetin kanunlarının koyduğu koşulları bilmek durumunda olduğu, kanunu bilmenin herkesin ödevi sayıldığı ve bu ödevi gereğince yerine getirmeyen kimsenin bilgisizliğini bir mazeret olarak ileri süremeyeceği öne sürülmüştür.⁴⁵⁸ Bu düşüncenin eleştirisi kanunu bilmemenin hiçbir zaman mazeret kabul edilmemesinin adaletsiz sonuçlar doğuracağı yönünde olmuş, buna gerekçe olarak günümüzde çok sık değişen kanunları takip etmenin zorluğu öne sürülmüştür.⁴⁵⁹

Bunun üzerine ilkenin katılığını gidermek amacıyla bilinebilirlik ölçütü önerilmiş, fakat bu öneri kişinin davranışının antisosyal niteliğini bilmesine rağmen kanunen yasaklandığını bilmemesinin kusurun ortadan kalkması sonucunu doğuracak olması açısından eleştirilmiştir. Öte yandan kusurluluk için sadece antisosyaliliğin bilincini gerekli kılmak da yeterli olmayacaktır, çünkü bu da, kanun koyucunun yasakladığı fakat antisosyal kabul edilemeyecek davranışlarda kusurun bulunmaması sonucunu doğuracaktır.

TCK'nın 30. maddesi, 4. maddesindeki hükmü işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağını düzenleyerek yumuşatmıştır. Böylece ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı hükmü fiilin haksızlığı konusundaki kaçınılabilir hata ile sınırlandırılmıştır. Hatanın kaçınılmaz nitelikte

⁴⁵⁶ Toroslu N., s.238.

⁴⁵⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 295.

⁴⁵⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 295.

⁴⁵⁹ Soyaslan, Genel Hükümler, s.483.

olup olmadığının değerlendirilmesinde failin kişisel durumuna ve içinde hareket ettiği somut koşullara bakılması gerekmekte, failin içinde bulunduğu koşullarda bir yanlış yapmadığına inanması ve fiilini işlerken başkalarına zarar vermediği ve başkaları açısından bir tehlike yaratmadığı düşüncesiyle hareket etmiş olması durumunda kural üzerindeki hatası mazur görülecektir.⁴⁶⁰

5.2.2. Fiil Üzerinde Hata

Fiili hata, bir şeyin duyu organlarıyla olduğundan farklı bir şekilde algılanmasının neden olduğu hatadır.⁴⁶¹

Fiili hatanın ceza hukukunda kusurluluğu etkileyebilmesi için “esaslı hata” teşkil etmesi gerekmektedir, yani failin hataya düşmemesi halinde eylemi suç oluşturmayacak idiyse hata esaslıdır.⁴⁶² Buna göre tipik fiilin kurucu unsurlardan biri üzerinde hataya düşüldüğünde hata esaslı olmakta, fakat fiilin kurucu olmayan unsurlarından biri üzerinde hataya düşüldüğünde bu hata esaslı hata teşkil etmemektedir.⁴⁶³ Örnek vermek gerekirse, kendi kitabı olduğunu düşünerek başkasının kitabını alan failin hatası, yanlışsa fiili suç teşkil etmeyecek olduğundan ötürü, esaslı hatadır; fakat başkasının kitabını çok değerli olduğunu düşünerek alan failin fiili kitabın aslında değersiz olmasının ortaya çıkmasıyla suç olmaktan çıkmayacaktır.⁴⁶⁴

Fiili hatanın kusurluluğu kaldırabilmesi için esaslı olması yeterli olmamakta, aynı zamanda kaçınılmaz olması gerekmektedir. Esaslı olmasına rağmen kaçınılmaz olmayan hata ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmamaktadır, esaslı hatanın kusuru kaldırabilmesi için kişinin hataya düşmüş olması konusunda kınanamaması gerekmektedir. Hatanın kaçınılmaz olmasının ölçüsü ortalama her insanın aynı hataya düşmesinin olağan kabul edilebilecek olmasıdır.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ Hafızoğulları/Özen, s. 297.

⁴⁶¹ Toroslu N., s.247.

⁴⁶² Centel/Zafer/Çakmut s.424.

⁴⁶³ Güngör, s.55.

⁴⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut s.424.

⁴⁶⁵ Güngör, s.57.

TCK 30. maddesinde fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimsenin kasten hareket etmiş olmayacağı hükmüne yer vermektedir, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluğun saklı olacağı hükmü yer almaktadır. Buna göre işlenen fiilin taksirli şekli kanunda öngörülmuş ise, taksirli sorumluluk söz konusu olur. Bu duruma örnek olarak bir karartıya ateş eden avcının bir av hayvanı yerine başka bir avcının yaralanmasına neden olması verilebilir. Bu halde failin kusursuz olduğu söylenemeyecek, fakat kastından değil, taksirinden söz edilecektir.⁴⁶⁶

Fiili hatanın konusu, maddi suç fiilinin pozitif unsurları, yani davranış, davranıştan önce var olan veya onunla hemzaman olan unsurlar, sonuç ve nedensellik bağı olabileceği gibi, fiilin negatif unsurları da olabilir, bir hukuka uygunluk nedeninin hata sonucu var sanılması durumunda olduğu gibi.⁴⁶⁷

5.2.3. İsabette Hata / Sapma

Sapma halinde hareketten kaynaklanan nedensel süreç failin öngördüğünden başka şekilde ortaya çıkar,⁴⁶⁸ seçilen araçların yetersizliği veya bu araçların kullanılmasında failin yeteneksizliğinden veya başka bir sebepten dolayı failin amaçladığından farklı bir sonuç gerçekleşir.⁴⁶⁹ Sapmanın hedefte sapma, suçta sapma ve nedensellik bağında sapma olmak üzere üç türü mevcuttur.⁴⁷⁰

Hedefte sapmada failin amaçladığı netice failin amaçladığı şahıstan başka bir şahıs üzerinde gerçekleşir, A'nın B'ye ateş etmek ve onu öldürmek isterken merminin B'nin yanında duran C'ye isabet etmesi ve onu öldürmesi durumunda hedefte sapma vardır.⁴⁷¹

⁴⁶⁶ Centel/Zafer/Çakmut s.424.

⁴⁶⁷ Toroslu N., s.247.

⁴⁶⁸ Toroslu N., s.255.

⁴⁶⁹ Dönmezer/ Erman, s.314.

⁴⁷⁰ Toroslu N., s.255.

⁴⁷¹ Toroslu N., s.256.

Verilen örnekte fail B'yi öldürmeye teşebbüsten ve C'yi öldürmede olası kastı varsa olası kastla, yoksa taksirle insan öldürmeden sorumlu olacaktır.⁴⁷²

Suçta sapma istenenden farklı bir neticenin gerçekleşmesi durumudur dedik, A'nın elindeki sopa ile B'ye vurup onu yaralamak isterken B'nin arkasındaki dükkan camını kırması sapmaya örnek olarak gösterilebilir.⁴⁷³ Verilen örnekte fail B'yi kasten yaralamaya teşebbüsten ve camın kırılması yönünden olası kastı varsa olası kastla mala zarar verme suçundan sorumlu olacaktır, mala zarar verme suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden olası kastı yoksa mala zarar verme suçu gerçekleşmiş olmayacaktır.⁴⁷⁴

Nedensellik bağında sapma ise nedensel sürecin failin öngördüğünden farklı işlemesine rağmen istenen neticenin gerçekleşmesi durumunda mevcuttur. Örneğin A'nın B'yi boğulması için nehre atması ancak B'nin kafasını taşa çarparak ölmesi durumunda nedensellik bağında sapma vardır.⁴⁷⁵ Verilen örnekte A kasten insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

5.3. MANEVİ CEBİR VE İSTENEMEZLİK İLKESİ

Manevi cebir ve istenemezlik ilkesinin kusurluluğu kaldıran diğer nedenlerden ayrı incelenmesinin nedeni ne manevi cebir ne de istenemezlik ilkesinde fiil ile fail arasındaki psişik bağın kesildiğinden söz edilebileceğidir. Manevi cebir ve istenemezlik ilkesinde fail sınırlı da olsa bir seçim imkanına sahiptir.

⁴⁷² Toroslu N., s.258.

⁴⁷³ Toroslu N., s.259.

⁴⁷⁴ Toroslu N., s.259.

⁴⁷⁵ Toroslu N., s.259.

5.3.1. Manevi Cebir

TCK madde 28, manevi cebri muhakkak ve ağır bir korkutma ve tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmeyeceği, korkutma ve tehdidi kullanan kişinin suçun faili sayılacağı şeklinde düzenlemiştir. Burada kanunun maddi ve manevi cebri, ikisi farklı durumlar olmalarına rağmen, aynı şey saydığı görülmektedir. Aslında maddi cebir fiille fail arasındaki psikik bağı keser ve faili maddi cebri uygulayan kişinin bir aracı haline getirirken, manevi cebirde aynı durum söz konusu değildir.⁴⁷⁶ Manevi cebirde fail bir tehdit karşısında hareket etmekte olmasına rağmen yine de tehdidin içeriğindeki korkutmanın sonuçlarına katlanmak yerine suçu işlemeyi tercih etmektedir, burada zorlanmış olsa da failin bir iradesi vardır.⁴⁷⁷ Tehdit hareketin iradiliğini engellemez.⁴⁷⁸ Bu nedenle manevi cebri maddi cebirden farklı düşünmek gerekmektedir.

5.3.2. İstenemezlik İlkesi

Ceza hukukunda istenemezlik ilkesi kusurluluğun normatif anlayışıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Kusurluluğun normatif anlayışının failin “yapılmaması mümkün olduğu halde iradenin ödeve aykırılık oluşturan durumu üzerine verilen kınanabilirlik hükmü”⁴⁷⁹ olduğu “Kusurluluğun Normatif Anlayışı” başlığı altında tartışılmıştı. Bu halde iradenin oluşma sürecini bozan, hukuka aykırı bir davranışın yapılmamasının failden istenilebilir olmamasına yol açan bazı istisnalar göz önünde bulundurulmak durumunda olacaktır, bu istisnaların varlığının kusurluluğu ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir.⁴⁸⁰

İstenemezlik ilkesinin ortaya çıkışı Alman doktrininde olmuştur. Kusurluluğun normatif anlayışına göre kusurluluk hukuk düzeninin istediği bir davranışta değil de farklı bir davranışta bulunmaktan ibarettir; fakat hukuk düzenine karşı bu isyanın gerçekleşebilmesi için failde anlama ve isteme yeteneğinin bulunması, ve bunun yanında iradenin fiil için normal surette biçimlenmiş olması gerekmektedir. Yani hukuka aykırı bir

⁴⁷⁶ Hafizoğulları/Özen, s.302.

⁴⁷⁷ Hafizoğulları/Özen, s.304.

⁴⁷⁸ Küçüktaşdemir, Cebir, s.74.

⁴⁷⁹ Hafizoğulları, Z.: Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi, AÜHFD, C.57, S.3, 337-369, 2008, s.340.

⁴⁸⁰ Hafizoğulları, s.340.

davranışın kınanabilir olması için davranışın gerçekleştirildiği ortamın nesnel şartlarının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle içinde hareket edilen şartlarının iradenin serbestçe oluşumunu insani olarak imkansız kıldığı durumda kusurluluk mevcut olmamalıdır.⁴⁸¹

İtalyancada l'inesigibilita ve Almancada Zumutbarkeit olarak adlandırılan istenemezlik ilkesi, Angloamerikan hukukundaki "duress" kurumuna benzetilebilir. İlkenin temelinde insanın kırılabilirliği, failin kendisine yöneltilen tehdide rağmen hukuka aykırı davranmamayı seçmesinin kendisinden beklenemeyecek olması yatmaktadır.⁴⁸²

Aslında insanın kırılabilirliği esasına dayanan bu ilkenin etkisi altındaki tek kanun hükmü TCK'nın 28. maddesi değildir, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen hiç kimsenin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye suçlanamayacak olması hükmü de insanın kırılabilirliğine dayanan bir hükümdür. Failin dışında failin fiilinin gerçekleşmesine etki eden ve olağan olmayan her faktör istenemezlik ilkesi kapsamındadır. Örneğin zorunluluk hali madde başlığını taşımalarına rağmen kanunun 92. maddesindeki organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği veya ceza vermektan vazgeçilebileceği hükmü ve yine kanunun 147. maddesindeki hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde olayın özelliğine göre verilecek cezada indirim yapılabileceği veya ceza vermektan vazgeçilebileceği hükmü istenemezlik ilkesinin özel halleridirler.⁴⁸³

İlkenin kapsamı ve sınırları kanunun öngördüğü kusurluluğu kaldıran hallerle sınırlı kalmamalı, kanunda öngörülmemiş olan benzer diğer halleri de içermelidir.⁴⁸⁴ Hafizoğulları/Özen, bir yakınına cezadan kurtarmak için yalan tanıklık yapmak zorunda kalan kimsenin kanunun 272. maddesinde yasaklanan fiili gerçekleştirmesi durumunu ve görevini yaptığı sırada bir yakınının suç işlediğini öğrenen hekimin kanunun 280.

⁴⁸¹ Hafizoğulları, s.342

⁴⁸² Ambos K.: Treatise on International Criminal Law Volume 1: Foundations and General Part, Oxford University Press 2013, s.347.

⁴⁸³ Hafizoğulları, s. 367.

⁴⁸⁴ Hafizoğulları, s.344.

maddesinde düzenlenen “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”nu, içinde buldukları manevi durumun iradelerini etkilemesi ve kusurlarını ortadan kaldırması nedeniyle, kanunun beklediği davranışın, birinci örnekte yalan tanıklık yapmama ve ikinci örnekte bildirme yükümlülüğüne uymanın insanın kırılğanlığına uygun düşmediğini belirtmektedir.⁴⁸⁵ Bir insandan beklenebileceklerin sınırının çizilmesinde bir kahraman değil, ortalama bir vatandaş düşünölmelidir.⁴⁸⁶

İstenemezlik ilkesi, geçerli bir kritere dayanmadığı gerekçesiyle hukuka güvenilirliği zedelediğinden bahisle eleştirilmiştir. Hafizoğulları/Özen ise kanunun 28. maddede düzenlenen manevi cebir çerçevesinde bu ilkenin kanunda yerini almış olduğunu savunmakta, ilkenin uygulandıkça hayat kazanacağını ve ceza hukukunun insanileşmesine katkıda bulunacağını düşünmektedirler.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ Hafizoğulları/Özen, s.304.

⁴⁸⁶ Mannheim, H.: “Mens Rea In German and English Law”, Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 17. S. 4. 1935, Cambridge University Press, s. 242.

⁴⁸⁷ Hafizoğulları/Özen, s.304.

SONUÇ

Kusursuz suç olmayacağına kabulü insanlık tarihinin en önemli kazanımlarından biridir. Çağdaş ceza hukukuna benimsenen kusurlu sorumluluk anlayışının şekillenmesine dek insanlığın geçirmiş olduğu tarihsel ve felsefi sürecin incelenmesi ve günümüzdeki düzenlemenin kökenlerinin araştırılması kusurlu sorumluluğun değer ve anlamının anlaşılması için önemlidir. Aydınlanma ile birlikte insancıllaşan ceza hukukunun insancıl olma gayesinin en yakından izlenebildiği konularından biri olan kusurluluk konusu günümüz Türk ve dünya doktrininde içeriği ve suç genel teorisindeki yeri açısından tartışmalı zeminde oturmaktadır; bu konudaki görüş ayrılıkları insan davranışının hukukun ihtiyaç duyduğu şekilde anlaşılıp sınıflandırılmasının zorluğundan kaynaklanmaktadır.

Çalışmamızın "Kusurlu Sorumluluğun Tarihsel Gelişimi" başlıklı birinci bölümünde devlet öncesi topluluklardan Aydınlanma'ya dek insanlığın geçirdiği çeşitli evrelerdeki suç ve ceza anlayışları ve cezanın meşruiyeti konusunun gelişimi izlenerek kusurluluğun suçun bir unsuru olarak ortaya çıkışı gözlenmiştir. Bu gelişimin her zaman doğrusal bir ilerleme göstermediği, başkasının fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk veya kişilik yönünden sorumluluk gibi kusurlu sorumluluğa aykırı kavramların kendilerini tarihin çeşitli dönemlerinde yeniden gösterdiği, aynı şekilde günümüz kusurlu sorumluluk düzenlemesine pek yakın olan düşüncelerin de Aristo gibi eski zaman düşünürleri tarafından dillendirilmiş olduğu görülmüştür. Aydınlanma sonrası gelişen ceza hukuku okullarının insan doğası, ceza hukukunun konusu ve cezanın işlevi üzerine tartışmaları ceza hukukunda kusurluluk bakımından değerlendirilmiş, günümüzde ceza hukukunun geleneksel bastırma işlevinin yanında sosyal savunma ve suçun önlenmesi amaçlarını da içerdiği ve bir yandan irade özgürlüğünü temel alırken diğer yandan suçun sosyolojik ve psikolojik ortaya çıkış nedenlerini araştıran kriminoloji bilimine de önem gösterdiğinden söz edilmiştir. Son olarak güncel bir konu olan nörobilim ve ceza hukuku konusu ele alınmış, nörobilimin yeni verilerinin insan iradesinin predetermine olduğunu kanıtlandığı ve bu bulguların ceza hukuku üzerinde etkili olması gerektiği savı irade özgürlüğünün kabul edilmediği bir dünyanın distopik bir geleceğe yol açacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Çalışmamızın "Genel Olarak Kusurluluk" başlıklı ikinci bölümünde kusurluluğun psikolojik anlayışı, kusurluluğun normatif anlayışı, davranışın amaçsallığı teorisi ve failin kusuru teorisi tartışıldıktan sonra kusurluluğun esasının psikolojik ve normatif teorilerin bir arada ele alınmasıyla açıklanabileceği, buna göre kusurluluğun suçun mevcut olması için aranan maddi fiile neden olan insan iradesinin ödev aykırı davranışı olarak tanımlanması gerektiği kabul edilmiştir. Kusurun suçun unsurlarından biri olup olmadığı, suç genel teorisi içindeki yeri ve kapsamı konusundaki çeşitli görüşler değerlendirildikten sonra kusurun suçun unsurlarından biri olup kast ve taksiri içerdiği kabul edilmiştir. Aynı şekilde anlama ve isteme yeteneğinin suç genel teorisi içerisindeki yeri ve kusurluluk ile ilişkisi konusundaki çeşitli görüşler incelendikten sonra anlama ve isteme yeteneğini kusurluluktan bağımsız, failin bir özelliği kabul eden görüş benimsenmiştir; buna göre anlama ve isteme yeteneğinden yoksun kişi de suç işleyebilecek fakat cezalandırılmayacaktır. Son olarak Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında hüküm çeşitlerinin mevcut düzenlemesinin suç genel teorisinde kusurluluğun yeri açısından doğurduğu sonuçlar değerlendirilmiş, kanunun, Türk Ceza Kanunu'nun genel gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi kast ve taksiri birer kusurluluk hali değil haksızlık unsuru addettiği gözlenmiştir.

"Kast" başlıklı üçüncü bölümde tasavvur ve irade teorileri değerlendirildikten sonra bilme ve isteme içeren kastın esasının yalnızca neticenin istenmesini değil aynı zamanda neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalınmasını da içerdiği anlaşılmıştır. Kastın bilme unsurunun fiilin antisosyal niteliğinin bilinmesini içerdiği, failin davranışlarının toplumun çoğunluğunca antisosyal olarak değerlendirildiğini bilinmesinin kastın bilme unsuru için yeterli olacağı, bunun yanında fiilin hukuka aykırılığının bilinmemesinin kastın bilme unsurunu ortadan kaldıracığı tek durumun kanunun suçun tanımında hukuka aykırılığa özel olarak işaret ettiği haller olması gerektiği anlatılmıştır. Son olarak kast çeşitlerinden söz edilmiş, doğrudan kast-olası kast, genel kast-özel kast, zarar kastı-tehlike kastı, ani kast-tasarlama kastı, başlangıç kastı-hemzaman kast-sonradan ortaya çıkan kast gibi kavramlar tanımlanmış ve birbirlerinden farkları anlatılmıştır.

"Taksir" başlıklı dördüncü bölümde tartışmalı olan taksirin esas konusundaki "göreve aykırılık", "yanılma", "önleyebilme", "öngörebilme" teorileri değerlendirilmiş, doktrinde egemen olan görüşün "öngörebilme" teorisi olduğu ve bu teoriye göre toplumda

her insanın veya belirli meslek ve sanatları icra edenlerin bir dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü altında olduğu, bu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan kişinin ortaya çıkan zararlı neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu zararlı neticenin fail tarafından öngörülebilir olması gerektiği anlatılmıştır. Failin taksirinden söz edilebilmesi için hareketin istenmiş, sonucun istenmemiş olması gerektiği, bunun bir sonucu olarak kastın bilme unsurunun eksik olduğu bazı durumlarda taksirden söz edilebileceği belirtilmiştir. Taksir konusunda bahsedilen "dikkat ve özen yükümlülüğü"nden neyin kastedildiği tartışılmış, bu konudaki ölçütün objektif olması gerektiği yönündeki görüş benimsenmiştir. Bahsedilen öngörülebilirlik ölçütünün ise sübjektif olması, yani failin kişisel nitelikleri göz önünde bulundurularak belirlenen bir ölçüt olması gerektiği yönündeki görüş kabul edilmiştir. Buna göre fail tarafından öngörülemez bir netice faile yüklenemeyecek, "beklenmeyen hal" olarak değerlendirilecektir. Taksirde nedensellik bağı da tartışılmış, üçüncü kişinin veya mağdurun davranışlarının failin hareketi ile gerçekleşen netice arasındaki nedensellik bağına etkisi değerlendirilmiştir. Nihayet basit taksir-bilinçli taksir arasındaki farklar ve olası kast ve bilinçli taksir ayırımından söz edilmiştir.

"Taksir Karinesine Dayanan' Kusurlu Sorumluluk" başlığı altında incelenen ve esasında hukukumuzda kusurlu sorumluluğun değil objektif sorumluluğun benimsendiği istisnai durumlar olan neticesi sebebiyle ağırlanmış suç ve basın suçlarında taksir karinesine dayanan kusurlu sorumluluğun anlatılması da "Taksir" başlığı altındaki dördüncü bölümde ele alınmıştır. Kastı aşan suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlanmış suçların 5237 sayılı kanunla getirilen bir değişiklikle objektif sorumluluk teşkil etmekten çıkarılmaya çalışıldığı; fakat katıldığımız yazarlara göre yeni düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlanmış suç, kastı aşan suç ve ağırlatılmış nedenli suç kavramlarını birbirine karıştırmış olup, objektif sorumluluk halini ortadan kaldırma hedefinde başarılı olamadığı açıklanmıştır. Bahsedilen yeni düzenleme kanununun bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde failin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için "en azından taksirle" hareket etmiş olmasını gerektiren 23. maddesidir. Katıldığımız görüşün bu düzenlemeye göre "en azından" var olması gereken taksirin objektif sorumluluğu ortadan kaldırmaktansa bir çeşit taksir karinesine yol açtığı görüşü olduğu anlatılmıştır.

Son olarak "Kusurluluğu Kaldıran Nedenler" başlıklı beşinci bölümde çalışmamız boyunca benimsenen, kast ve taksiri içeren, suçun unsurlarından biri olan ve fail ile fiil arasındaki psişik bağı ifade eden kusurluluk kavramı, ve kusurluluktan bağımsız olup failin cezalandırılabilmesi için sahip olması gereken bir özelliği olarak tanımlanan anlama ve isteme yeteneği kavramları çerçevesinde çizilen suç genel teorisine göre kusurluluğu kaldırان nedenlerin neler olduğu değerlendirilmiştir. Buna göre fiil ile fail arasındaki psişik bağı kesen nedenler, yani kendinde olmama, maddi cebir ve mücbir sebep kusurluluğu kaldırان nedenlerdendir. Hatanın hangi durumlarda kusurluluğu kaldıracağı konusundaki çeşitli görüşler tartışılmış, hukuki hatanın failin işlediği hatanın haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi durumunda mazeret oluşturacağı yönündeki görüş benimsenmiş; fiili hatanın ise esaslı ve kaçınılmaz olduğunda kusurluluğu kaldıracağı kabul edilmiştir. Son olarak manevi cebir ve istenemezlik ilkesi incelenmiştir. Manevi cebrin kanunda aynı maddede düzenlenmiş olmasına rağmen maddi cebirden ayrı incelenmesi gerekliliği maddi cebirde fiil ile fail arasındaki psişik bağı kesilmesine rağmen manevi cebirde bu bağı yerinde olmasındandır; zira manevi cebir altında hareket eden kişi esasen sınırlı da olsa bir seçim hakkına sahip olarak hareket etmiştir. Nihayet insanın kırılabilirliği esasına dayanan ve Anayasa'nın 38. maddesindeki kimsenin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması kuralına benzer olarak kusurluluğu kaldırması gereken istenemezlik ilkesinin kapsamının kanunda öngörülmeven bazı halleri de içine alacak şekilde genişletilmesi gerektiği savunulmuştur.

KAYNAKÇA

AGGARWAL, N./ Ford E.:“The Neuroethics and Neurolaw of Brain Injury”, Behavioral Sciences and The Law Vol.31, (s.789-802), 2013.

AHRONI, E./ FUNK, C./ SINGOTT-ARMSTRONG, W./GAZZANIGA, M.: “Can Neurological Evidence Help Courts Assess Criminal Responsibility? Lessons From Law and Neuroscience”, Annals of the New York Academy of Sciences, 1124, (s.145-160), 2008.

AKBULUT, B.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2018.

AKDAĞ, H.: TCK’da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler, Ankara Üniversitesi Doktora Tezi, 2018.

AL-SHAMARI, K: Kilaw Journal C. 7 S. 25, Jumada Al Akirah Rajab, 2019.

ALLEN, S.: Thomas Hobbes’ Theory of Crime and Punishment, Queen Mary University of London Doktora Tezi, Londra 2016.

AMBOS, K.: Treatise on International Criminal Law Volume 1: Foundations and General Part, Oxford University Press 2013.

APAYDIN, C.: Ceza Hukukunda Kast Kavramı, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, İstanbul 2008.

AQUINAS, T.: Summa Theologiae, i. Aquinas Political Writings, ed. Dyson R., Cambridge 2015.

- ARISTOTLE: The Nichomachean Ethics, Book III: On Moral Virtue, Çev. David Ross, Oxford University Press 2009.
- ARTUK,M./ GÖKÇEN, A./ ALAŞAHİN, M.E./ ÇAKIR K.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2019.
- ARTUK, M./ GÖKÇEN, A./ YENİDÜNYA, C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002.
- AUGUSTINE, The Reconsiderations Book IV, i. Augustine Political Writings, Çev. Tkacz M., Kries D., Hackett Publishing Company, Indianapolis 1994.
- AYGÜN EŞİTLİ, E.: “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, TBB Dergisi, S.104, (s.226-246), 2013.
- BAUMAN, R.: “Crime and Punishment in Ancient Rome”, Routledge, Londra 1996.
- BECCARIA, C.: “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, i.b. 1764, Çev. Sami Selçuk, İmge, 6. Bası, Ankara 2016.
- BEKAR, E.: Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXXV, S.1.
- BENTHAM, J.: Principles of Morals and Legislation, i.b. 1789, i. The Classical Utilitarians Bentham and Mill, Ed. John Troyer, Hackett Publishing Company, Indianapolis 2003.
- BODENSTEIN, H.: “Phases in the Development of Mens Rea”, The South African Law Journal, Vol. 36, Iss. 323, (s.323-349), 1919.
- BOULEY, D./ MASSOUBRE, C./ SERRE, C./ LANG, F./ CHAZOT, L./ PELLET, J.: “Les Fondements Historiques de la Responsabilité Pénale”, Annales Médico-Psychologiques, C. 160, (s.396-405), 2002.

BRITTAIN, Robert P.: Origins of Legal Medicine Constitutio Criminalis Carolina, Medico-Legal Journal . Vol. 33, Iss. 3, 1965.

CENTEL, N./ZAFER, H./ÇAKMUT, Ö.: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.

CICERO: De Officiis, i. Cicero On Duties, ed. Griffin M., Atkins E., Cambridge 2018.

ÇİFTÇİOĞLU, C.: Türk Ceza Kanunu'nda Taksir, Ankara Barosu Dergisi 2013/3, (s.317-238), 2013.

DEMİRBAŞ, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2013.

DEMİRCİ, B.: Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2011.

DESCARTES, R.: "Discourse on Method and Meditations on First Philosophy", Çev. Cress D., i.b. 1637/1641, 4. Bası Indianapolis 1998.

DİKEN, N.: Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, 2018.

DOEHRING, K.: Genel Devlet Kuramı, Çev. Mumcu A., İnkılap Kitabevi, İstanbul 2014.

DÖNMEZER, S. / ERMAN, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım I, 14. Bası, İstanbul 2016. (DÖNMEZER/ ERMAN I)

DÖNMEZER, S./ ERMAN, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 14. Bası, İstanbul 2019. (DÖNMEZER/ ERMAN II)

- EREM, F.: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 12. Bası, Ankara 1984.
- FLETCHER, G.: Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press 1988.
- GKOTSKI, G./ GASSER, J.: “Critique de l’utilisation des neurosciences dans les expertises psychiatriques: le cas de la responsabilité penale”, L’evolution Psychiatrique, 2015.
- GÖKÇEN, A./ BALCI, M.: “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”, i. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 2015.
- GÖKPINAR, M.: “Ceza Sorumluluğunun Temeli Kast”, TBB Dergisi, S.79, 2008.
- GOLD, A.: “Criminal Culpability and Self-Control: Back to M’Naughton”, Psychiatry, Psychology and Law, Vol.18 S.4, (s.525-536), 2011.
- GROTIUS, H.: The Rights of War and Peace, i.b 1625, Liberty Fund, Indianapolis 2005.
- GÜLEÇ, S.: “Türk Ceza Kanunu’nda Haksızlık Yanılgısı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.10, S.1, 2008, 59-91.
- GÜNGÖR, D.: “Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata”, Ankara Üniversitesi Doktora Tezi, 2006.
- GREENE,J./COHEN J.: “For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything” i. Why Punish? How Much? Ed. Tonry M., 2011.
- HAFIZOĞULLARI, Z.: Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi, AÜHFD, C.57, S.3, (s.337-369), 2008.
- HAFIZOĞULLARI, Z./ ÖZEN, M.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2016.

HAKERİ, H.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2011.

HARRIS, S.: The Moral Landscape: How Science Can Determine Human Values, New York 2010.

HEGEL, G.W.F.: “Wrong” i. Why Punish? How Much?, Ed. Tonry M., Oxford University Press, New York 2011.

HOBBS, T.: Leviathan, i.b. 1651, Penguin Books, Londra 1985.

HOLMES, O.: The Common Law, i.b. 1881, 42. Bası, 1948.

HÖRNLE T.: “Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment”, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 4, Iss.1, (s. 1-24), 2016.

İÇEL, K.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 2018. (İçel, Genel Hükümler)

İÇEL, K.: “Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast”, İTÜ Sosyal Bilimler Dergisi Y.6, S.12, 2007/2, (s.61-70), 2007. (İçel, Kast)

KALMANOVITZ, P.: “Hugo Grotius on War, Punishment, and the Difference Sovereignty Makes” i. Bergsmo M., Buris E., “Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers, Brüksel 2018.

KANT, I., “The Penal Law and the Law of Pardon” i. Why Punish? How Much?, Ed. Tonry M, New York 2011.

KANT, M.: “Grounding for the Metaphysics of Morals”, i.b. 1785, Çev. Ellington J. W., 2. Bası, Hackett Publishing Company, Indiana 1993.

KARAKEHYA, H./ USLUADAM, A.K.: Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.2., 2015.

KAYMAZ, S./ BOZBAYINDIR, A.: “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, İÜHF C:LXVIII, S.1-2, (s.77-120), 2010.

KEÇELİOĞLU, E.: Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı, Ceza Hukuku Dergisi S.21, (s.21-32), 2013.

KEÇELİOĞLU, E.: Taksirli Suçun Dogmatığı, Ankara 2015.

KOCA M./ ÜZÜLMEZ İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2019.

KÜÇÜK, E.: “Pandekt Hukuku”, AÜHFD C.56 S.4, (s.111-122), 2017.

KÜÇÜKTAŞDEMİR, Ö.: “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (113), (s.57-98), 2014. (Küçüktaşdemir, Aydınlanma)

KÜÇÜKTAŞDEMİR, Ö.: Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2011. (Küçüktaşdemir, Cebir)

LARRIEU, P.: “Regards Ethiques Sur les Applications Juridiques des Neurosciences”, i. “Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques”, Vol. 68, Iss.1, (s. 145-174), 2012.

LIJPHART, A. “Çağdaş Demokrasiler”, Çev. Özbudun E., Onulduran, E., Yetkin, Ankara 1996.

LOCKE, J.: Second Treatise of Government, i.b. 1690, ed. C.B. Macpherson, Hackett Publishing Company, Indianapolis 1980.

- MANNHEIM, H.: “Mens Rea In German and English Law”, Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 17. S. 4. Cambridge University Press, 1935.
- MERAKLI, S.: Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017.
- MONTESQUIEU, “Kanunların Ruhu Üzerine”, i.b. 1758, Çev. Günen B., İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2019.
- MORSE, S.: “New Neuroscience, Old Problems” in “Neuroscience and the Law: Brain, Mind and the Scales of Justice” Ed. B. Garland, New York Dana Press 2004.
- OZANSÜ, M.C.: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- ÖZBEK, V./ DOĞAN, K./ BACAKSIZ, P./ Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- ÖZEN, M.: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998.
- PIFFERI, M.: “Criminal Responsibility and Its Histories: New Perspectives For Comparative Legal History”, Critical Analysis of Law 4:2, (s.222-232), 2017.
- ROBINSON, P.: “A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability”, Hastings Law Journal C. 31 S. 4, 1980.
- SAVAŞCI, B.: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, i. Prof Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara 2015.
- SAYGILAR, Y.: Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Taksir, İstanbul Kültür Üniversitesi Doktora Tezi, 2011.

SAYRE, F.: “The Aims of the Criminal Law”, Harvard Law Review, C. 45, S. 6, (s.974-1026), 1932.

SIEGEL, L.: Criminology, 11. Bası, Wadsworth 2012.

SORDINO M.: “Neurosciences et droit pénal: Des connexions dangereuses?” i. Larrieu P./ Rouillet B./ Gavahan C.: “Nurolex Sed... Dura Lex? L’impact des Neurosciences sur les diciplines juridiques et les autres sciences humaines: études comparées”, City Print, New Zealand 2013.

SOYASLAN, D., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2018.

SOYASLAN, D.: Kriminoloji, 3. Bası, Yetkin, Ankara 2003.

TONRY, M.: Introduction, Why Punish? How Much?, Oxford University Press, New York, 2011.

TOROSLU, H. Ceza Hukukunda Anlama ve isteme yeteneği, Ankara Üniversitesi Doktora Tezi, 2013.

TOROSLU, N.: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2012.

WEINBERGER, O.: Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy, Springer 2012.

YAŞAR, Y./ DİKEN N., “Karar İncelemesi- Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi”, Social Sciences Journal Vol.7 Iss.1, (s.97-113), 2018.

ZACHARSKI M., “Mens rea, the Achilles’ Heel of Criminal Law”, The European Legacy, 23:1-2, (s.47-59), 2018.

Yararlanılan internet siteleri

<https://avalon.law.yale.edu>

<https://www.hrw.org>

<https://www.bbc.com>