

CEZA SORUMLULUĞUNUN TEMELİ: “KAST”

Mahmut GÖKPINAR*

GİRİŞ

Ceza hukukunda, suç genel teorisinin önemli inceleme konularından belki de en önemlisini kusur-kusurluluk kavramları oluşturmaktadır. Hatta bu konuda, “ceza hukukunda hiçbir konunun failde bulunması gereken irade kadar önemli ve temel bir sorun oluşturmadığı” ifade edilmektedir.¹ Gerçektende bugünün modern suç politikasının temel ilkelerinden birisi kusur ilkesidir. Bu ilkeye göre, gerçekleşen neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şarttır. Diğer taraftan sorumluluğu kabul edilen faile verilecek cezanın da sergilemiş olduğu kusurla orantılı olması da gerekmektedir. Yani kusursuz bir kişinin cezalandırılması mümkün olmadığı gibi, kusurunun gerektirdiği cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılması da mümkün olamayacaktır.²

Ceza hukukunda egemen olan, “failin sübjektifliği ilkesi” suçtan söz edilebilmesi için, failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesinin yeterli olmadığını, ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerektiğini, yani suçu oluşturan fiil ile fail arasında sadece nedensel bir bağın değil, aynı zamanda psişik bir bağın da bulunmasını ifade eder. Bu özellik, ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin bir sonucudur ve uygarlığın çok önemli bir zaferini

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

¹ Dülger, Murat Volkan, “5237 Sayılı YTKK’da Kastın Unsurları Ve Türleri- Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl.2, Sy.5, 2005, s. 65.

² Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.I, İstanbul 1991, s. 33.

oluşturur.³ Bu gelişme, doktrinde hukuk bilincinin oluşması olarak değerlendirilmiştir.⁴ Ancak, bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için, kişinin bunu maddi olarak gerçekleştirmesi yetmez, aynı zamanda kusurlu olarak gerçekleştirmiş olması da aranır⁵ şeklinde özetlenebilecek az önceki görüşlere zıt görüşler de ifade edilmektedir. Buna göre, kusur, kişinin haksızlık teşkil eden bir fiili işlemiş olması nedeniyle kendisi hakkındaki kınama yargısıdır. Bu nedenle kişi, fiili, kusuru olmadan işlese dahi ortada bir haksızlık vardır ve dolayısıyla da fiili suç olma niteliğini koruyacaktır. Bu nedenle de, işlediği fiilin hukuki anlam ve muhtevasını idrak edemeyecek düzeyde akli bozuklukla malul olan bir akıl hastasının bir insanı öldürmesi halinde, işlenen fiili suç teşkil etmektedir. Ancak, failin kusur yeteneği olmadığı için, kusurundan söz etmek mümkün değildir.⁶ Diğer taraftan, kusur ve kusurluluk kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu da belirtilmelidir. Kusur fail bakımından, kusurluluk ise fiil bakımından söz konusudur.⁷ Kusurluluk, suçun objektif unsurlarını yani, tipiklik, hukuka aykırılık ve maddi unsur yanında gerçekleştirilen fiil ile failin psikik yani ruhsal ve düşünsel bağını ortaya koyan, suçun sübjektif yani manevi unsurunu oluşturmaktadır.⁸ Kusurlu sorumluluğun kabulü ile kişi, ancak kasıtle veya taksirle ortaya koyduğu için psikik yönden kendinse ait olan fiilden sorumlu tutulmaktadır.⁹ Kusurluluk kavramı kendi içinde ayrımlara tabi tutulmasına rağmen kusurluluğun temel ayrımı olarak *kast* gösterilmektedir.¹⁰ Biz de bu çalışmamızda, ceza sorumluluğunun temeli olan kast kavramının unsurlarını, bu unsurların hangi konuları kapsadığını, özellikle fiilin neticesi bakımından önem arz eden kast-olası kast ve bilinçli taksir ilişkilerini ortaya koymaya çalışacağız.

³ Toroslu, Nevzat, "Cezai Sorumluluğun Gelişimi", *Yargıtay Dergisi*, S. 1-2, Ocak-Nisan 1990, s. 121.

⁴ Erem, Faruk/Danışman Ahmet/Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Bası, Ankara 1997, s. 430.

⁵ Toroslu, a. g. m., s. 123.

⁶ Özgenç İzzet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 41.

⁷ Toroslu, a. g. m., s. 123.

⁸ Dülger, a. g. m., s. 69.

⁹ Toroslu, a. g. m., s. 123.

¹⁰ Dülger, a. g. m., s. 66.

I. GENEL OLARAK KAST KAVRAMI, KASTIN UNSURLARI

A. KAST KAVRAMI

Kusurun tipik şekli, kasttır. Kural olarak suçlar kasten işlenildiği takdirde cezalandırılır ve dolayısıyla suç tiplerinde ayrıca kasttan bahsetmeye gerek yoktur. Bu bakımdan bir suç tipinde *kasten* ifadesine yer verilmişse, bu durum, o suç tipinin taksirli şeklinin de bulunduğunu gösterir. Örneğin, TCK da yer alan kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında olduğu gibi. Bu düzenlemelerdeki adı geçen *kasten* ifadesinden anlaşılmaktadır ki yaralama fiili, taksirle de işlenebilmektedir.¹¹

Dünyada pek çok ceza kanununda kast başta olmak üzere kastla ilgili taksir ve benzeri kavramların tanımı yapılmamakta, bu, öğretiyeye ve uygulamaya bırakılmaktadır.¹² Nitekim 765 sayılı Ceza Kanunu'nda kastın doğrudan bir tanımı yapılmamış, 45. maddesinde "*cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır*" ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle de genel hükümlerinde kastı tanımlamayan kanunlar gurubunda yer almıştır.¹³ Bu dönemde Yargıtay'ın kastı tanımlayan çeşitli kararları bulunmaktadır. Örneğin YCGK kastı, hareket ve netice ile fail arasındaki ruhi bağ olarak tanımlamıştır. (27.1.1984)¹⁴ Ancak karşılaştırmalı hukukta, başta kast kavramı olmak üzere benzeri kavramların tanımlandığı da görülmektedir. Bunun bir tercih sorunu olduğu belirtilmektedir. Alman Ceza Kanunu, örneğin tercihini kastı tanımlamamaktan yana kullanmıştır.¹⁵ 5237 sayılı Ceza Kanunu, tercihini kastı tanımlamaktan yana kullanmıştır. Kast, "*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu gün doktrinde hakim olan görüşe göre kast, "*tipiklikte yer alan objektif unsurların failce bilinmesi ve istenmesi*" veya "*tipiklikteki objektif unsurların bilmeye dayalı olarak istenmesi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir ifa-

¹¹ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 153.

¹² Sözüer, Adem, "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi" başlıklı oturumda yapmış olduğu konuşma, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1. Kitap, Ankara 2004, s. 39.

¹³ Erem/Danışman/Artuk, *a.g.e.*, s. 445.

¹⁴ Avcı, Mustafa, "Öldürme ve Yaralama Suçlarının Manevi Unsuru", *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Mart 2005, s. 88.

¹⁵ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 340.

deyle kast, fiilin ceza kanunundaki soyut tasvirinde, yani tipiklikte yer alan objektif unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir. Öyleyse kast, bilme ve isteme gibi iki unsurdan oluşmaktadır.¹⁶ Doktrinde Ceza Kanunu'nda (bundan sonraki, ifadelerimizde geçen Ceza Kanunu ile kastedilen 5237 sayılı Kanun'dur) yapılan kast tanımı eleştirilmektedir. Bu eleştirilerden bir tanesinde, yapılan tanımın gerek esas gerekse Türkçe kullanım açısından yanlış olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, fail, suçun kanuni tanımındaki unsurları değil, suçu oluşturan fiili gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla kastın varlığı için, failin, kanuni tanımda yer alan suçun objektif unsurlarını değil suçu oluşturan fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir.¹⁷ İleride ayrıntılarıyla belirtilecek olan *olası kast* kavramı da TCK'da tanımlanmıştır. 21. maddenin ikinci fıkrasında, "*kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*" denmiştir. Yapılan bu tanımda, failin öngörmesiyle kast arasında bağlantı kurulmuş ancak kastın unsurları olan, bilme ve isteme ile ilgili hiçbir belirlemede bulunulmamıştır. Bu nedenle söz konusu tanım doktrinde eleştirilmektedir.¹⁸

B. KASTIN UNSURLARI

Yukarıda da belirtildiği gibi kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir. Öyleyse kast iki ana unsurdan oluşmaktadır. Bilme ve isteme unsurları. Bilme ve istemenin kapsamına neler dahildir?¹⁹

1. KASTIN BİLME UNSURU

Kast, özeliğini asıl olarak isteme unsurundan almakta ise de, sadece bundan ibaret değildir. Suçu oluşturan fiilin tasavvur edilmesi, yani

¹⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 153, 154.

¹⁷ Toroslu, Nevzat/Ersoy, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 10.

¹⁸ Bayraktar, Köksal, "Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 30.

¹⁹ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *5237 Sayılı Yeni TCK'YA Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2006, s. 555.

failin bu fiilin daha önceden bir görünümüne sahip olması da gerekir. İşte kastın bilme unsuru genel manada budur ve isteme unsurundan önce gelir. Bilinmesi gereken unsurların neler olduğu, suçun yapısına bağlı olarak değişmektedir. Bu konudaki kesin ölçüt, suçun kanuni tanımıdır. Çünkü suça özelliğini kazandıran ve fail tarafından bilinmesi gereken unsurlar bu tanımda belirlenmektedir. Böylelikle örneğin, adam öldürme suçunda, öldürme kastının varlığı için, failin hareketini yönelttiği şeyin insan olduğunu bilmesi gerekir. Çünkü TCK 81. maddeye göre, bu suçun esas özeliği bir insanın öldürülmesidir. Şu halde, failin bir cesede veya bir heykele ateş ettiği inancını taşıması halinde söz konusu kast tokuttur. Aynı düşünceden hareketle, hırsızlık suçunda çalınan şeyin başkasına ait olduğunun bilinmesi gerekir.²⁰

Diğer taraftan kanunda suç olarak tarif edilmiş fiilin haksızlık teşkil ettiğine dair tüm unsurların bilinmesi gerekir. Kanuni tarifte yer almakla birlikte, fiilin haksızlık içeriğine etkisi olmayan unsurların bilinip bilinmediğinin kast açısından önemi yoktur. Suçun haksızlık içeriğini belirleyen unsurlar fail tarafından bilinmeli ki kastın varlığından söz edilebilsin. Bu bilginin üst düzeyde bir bilgi olması gerekmez. Ortalama, vasat bir bilgi yeterlidir. Örneğin, resmi evrakta sahtecilik suçunun var olabilmesi için, sahte olarak tanzim edilen belgenin hukuken kendinse kıymet atfedilebilecek bir belge olduğunun failce bilinmesi gerekir. Bu belgenin aynı zamanda, “resmi evrak” niteliğine sahip olup olmadığının bilinmesi önemli değildir.²¹ Yani, failde, kanunda kullanılan kavramlar çerçevesinde bir *bilme* aranmamaktadır. Örneğin bir otonun tekerinin havasını boşaltan fail, mala zarar verme suçunu (TCK m. 151) işlemediğini, zira otomobile bir zarar vermediğini iddia edebilir. Ancak burada failin kastı için gerekli olan “*bilme*”sinin var olduğu açıktır. Çünkü fail fiili ile aracın geçicide olsa kullanılamayacağını bilmektedir. Buda hukuken zarar verme olarak anlaşılmaktadır. Fail yaptığıının farkındadır ama bunu bir zarar olarak görmemektedir. Ancak bu durum kastının varlığı açısından önemsizdir.²² Hemen belirtmelidir ki, bir fiilin haksızlık içeriğini belirleyen unsurların bilinmesiyle, bu fiilin bizzatı haksızlık teşkil ettiğinin bilinmesi birbirinden

²⁰ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 2006, Ankara, s. 185, 186.

²¹ Özgenc, İzzet, “Kast-Taksir Kombinasyonları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 345,346.

²² Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 154, 155.

farklılık göstermektedir. Kişi gerçekleştirdiği fiilin bütün unsurlarını bilmesine rağmen, bu fiilin bir haksızlık ve dolayısıyla suç teşkil ettiğini bilmeyebilir ve bunun kast açısından herhangi bir önemi yoktur. Örneğin, 1475 sayılı İş Kanunu'nda (m. 85), İş ve İşçi bulma kurumu dışında, özel kişilerin, kazanç amacı olmaksızın dahi, işçiye iş, işe işçi bulma konusunda faaliyette bulunmaları yasaklanmış, hapis ve para cezası öngörülmüştür. Bu durumda, kişi yasak konusu bu fiilleri işlerken insani değerlendirmelerle, sadece başkasının iş bulmasına yardımcı olmak amacıyla hareket etmiş olsa dahi, kanunda tarif edilen suç gerçekleşmiş olacaktır.²³ Failde, hukuka ayıkırlık bilinci olmalıdır. Bu bilinç, failin ceza kanunun belli bir maddesini ihlal ettiğini bilmesi demek olmayıp, haksız, zararlı, caiz olmayan bir şey yaptığının farkında olmasıdır. Yargıtay çeşitli kararlarında hukuka ayıkırlık bilincini, kast kapsamı içinde değerlendirmiştir.²⁴ Bu kararlardan bazıları:

“Eşinin izin vereceği inancıyla, onun imzasını taklit ederek bankadan para çeken sanığın, suç işleme kastıyla hareket ettiği kabul olunamaz”²⁵

“Ev sahibi olan sanığın, müşterinin evine, aralarındaki ilişkinin iyi olduğuna güvenerek, onun olmadığı bir zamanda tamirat için girmesi olayında konut dokunulmazlığını bozma kastıyla hareket ettiği kabul olunamaz.”²⁶

“Miktarları ve cinsi de göz önünde tutulduğunda, Gaziantep pazarında serbestçe satılan bazı malları, satın alıp naklederken yakalanan sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği kabul olunamaz.”²⁷

“Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiğini müdafaa beyan eylemesine göre, bu müdafaa hilafında kastı cürümü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur.”²⁸

Açıklanan bu nedenlerden dolayıdır ki, fiilin haksızlık içeriğine etkisi olmayan hususların bilinip bilinmediğinin herhangi bir önemi yoktur. Örneğin, bireysel cezasızlık nedeninin veya cezada indirim

²³ Özgenç, a. g. m., s. 346.

²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 557

²⁵ YCGK, 10.6.1985, Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 557.

²⁶ YCGK, 31.3.1975, Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 557.

²⁷ YCGK, 15.4.1974, Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 557.

²⁸ Y.3.CD, 18.1.1951, Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 558.

yapılmasını gerektiren nedenlerin,²⁹ cezalandırılabilme şartlarının, muhakeme şartlarının,³⁰ hukuka uygunluk nedenlerinin, hafifletici nedenlerin³¹ fail tarafından bilinmesi gerekmez.

Fail, kendisi dışındaki Dünyadan algıladığı şeyleri bilecektir. Yani, bir şeyin, insan, hayvan, erkek vs. olduğunu bilecektir. Ancak bunların kanuni tanımında nasıl değerlendirildiğini bilmesi gerekmez. Bu bakımdan suç tipinin ya da bu unsurlardan birinin yorumunda hataya düşmesi sorumluluğu etkilemez. Örneğin yeni doğmuş çocuğunu hilkat garibesi olması nedeniyle öldüren annenin, söz konusu varlığın kanunda bir insan olarak kabul edilip edilmediğini bilmesi önemli değildir.³² Diğer taraftan fail, hareketin konusunu ve buna ait özellikleri de bilmelidir. Hareketin konusu ise, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği şeydir.³³ Öldürdüğü canlının insan olduğunu bilmeyen kimsenin kasten adam öldürme suçunun ya da aldığı şeyin başkasına ait olduğunu bilmeyen kimsenin hırsızlık suçunun faili olması mümkün değildir.³⁴ Bazı suçlarda ise somut bir konu yoktur ama hukuksal bir menfaat mevcuttur. Örnek yalan yere yemin etme suçu (TCK m. 275).³⁵ Failin neticeyi de düşünmüş ve öngörmüş olması gerekir.³⁶ Bu durum, suç tipinin kanuni tanımında failin gerçekleştirdiği hareketin yanı sıra suçun oluşumu için bir de neticenin gerçekleşmesi isteniyorsa ki bu tip suçlar zarar suçlarıdır önem kazanmaktadır. Fail, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin yanı sıra gerçekleştirdiği hareketin sonucu oluşabilecek neticeyi de bilmesi gerekir. Bu netice icrai

²⁹ İçel, Kayhan/Özgenç İzzet/SÖZÜER Adem/Mahmutoğlu Fatih S./Ünver Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 1999, s. 240.

³⁰ Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, C. I, Genel Hükümler, 2006, s. 279.

³¹ Hafifletici nedenlerin bulunması sadece failin cezasının indirilmesinde etkili olacaktır. Örneğin fail, çalmış olduğu eşyanın değerinin hafif olduğunu bilsin veya bilmesin, YTCK m. 145, TCK m. 522 gereğince değer hafif olmasından yararlanacaktır. Dülger, a. g. m., s. 281.

³² Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 555.

³³ Özbek, a. g. e., s. 278.

³⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 154.

³⁵ Hareketin konusu ile suçla korunan hukuki menfaat kavramları birbirlerinden farklıdırlar. Hukuki menfaat, yasa koyucuyu, tipi düzenlemeye iten soyut menfaati ifade eder. Bu kasten adam öldürme suçu bakımından insan hayatı, hırsızlık suçu bakımından ise mülkiyet hakkıdır. Özbek, a. g. e., s. 278.

³⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 154.

suçlarda ve ihmal suretiyle icrai suçlarda, kanunun yasakladığı, gerçekleşmesini istemediği netice, ihmal suçlarında ise, failin gerçekleştirmek istemediği fakat kanun tarafından gerçekleşmesi istenen neticedir. Burada kastedilen, kanuni tanımda öngörülen ve hareket sonucu oluşan neticedir, yoksa bir zararın oluşması değildir. Bir zararın oluşmasının ağırlatıcı neden olarak görüldüğü durumlarda failin neticeyi öngörmesi gerekmez.³⁷ Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 8.11.1962 tarihli bir kararında kastı, suç teşkil eden fiilin, neticelerinin bilerek ve istenerek işleme iradesidir şeklinde tanımlamıştır.³⁸ Kast, netice bakımından kendi içinde doğrudan ve olası kast şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Yani, kanunda suç olarak öngörülmüş, tarif edilmiş, belli bir fiilin neticesinin gerçekleşeceği mutlak bir surette düşünülmüşse, doğrudan kast, bu neticenin gerçekleşmesi muhtemel adledilmesine rağmen, gerçekleşmesine katlanılmışsa da olası kast vardır. Doğrudan kastın varlığı halinde, işlenmesi kararlaştırılan fiilin neticesi, mutlak surette bilinmektedir. Örneğin A.'yı öldürmek için silahını bu kişiye doğrultup ateşleyen B., bu fiilin neticesinde A.'nın öleceğini mutlak surette değerlendirmiş, bilmıştır.³⁹

Yukarıda, failin, hareketin konusunu ve buna ait özellikleri de bilmesi gerektiğini ifade etmiştik. Yani fail, suçu oluşturan eylemin, icra edilmiş şekline ilişkin olarak kanuni tanımda belirtilen hususların da bilincinde olması gerekir. Örneğin icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için, bir kimse, 765 sayılı Kanun'daki ifadeyle, “*memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar etmelidir.*” (TCK m. 275, ETCK m. 209). Fail, bu suçu işlerken bütün bu hususların bilincinde olmalıdır. Bunlar suçun basit şekline ilişkin olabileceği gibi, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin de olabilir. Örneğin hırsızlık suçunda çaldığı şeyin değerinin çok yüksek olduğunu bilmesi gerekir.⁴⁰ Diğer taraftan fail, gerçekleştirmiş olduğu fiil ve bunun kanunda gösterilmiş olan modalitesi ile ilgili özellikleri bilmelidir. Yani fail, hareketin zamanı, yeri

³⁷ Dülger, a. g. m., s. 79.

³⁸ Avcı, a. g. m., s. 88.

³⁹ Özgenç, a. g. m., s. 347.

⁴⁰ İçel/Özgenç/Sözür/Mahmutoğlu/Ünver, a. g. e., s. 238.

ve kullanılan araca ilişkin hususları da bilmelidir.⁴¹Yine bu bağlamda olmak üzere, fail, bir neticenin gerçekleşmesinin önemli olduğu suçlarda, gerçekleştirdiği fiili ile netice arasındaki nedensellik bağına bilmelidir. Ancak nedensellik bağlantısındaki önemsiz sapmalar, kastın varlığını etkilemez. Örneğin fail, öldürmek istediği kişiye elindeki demir ile vurur ve bu darbe üzerine fail yere düşer. Mağdurun öldüğünü zanneden fail, suç delillerini ortadan kaldırmak için cesedi denize atar. Ancak mağdur, aslında aldığı demir darbesiyle değil, denize atma sonucu boğularak ölmüştür. Bu gelişme kastın varlığını etkilemez.⁴²

Suçun kanuni tanımında suçun oluşabilmesi için, failin kendisine veya mağdura ait bir takım tanımlamalarda bulunulmuşsa bunların da fail tarafından bilinmesi kastın varlığı bakımından önem taşımaktadır.⁴³ Örneğin resmi belgede sahtecilik suçu açısından TCK m. 204 fıkra 2 kapsamındaki bir suç için, failin kendisinin memur olduğunu bilmesi, kasten adam öldürme suçunun nitelikli hali bakımından mağdurun alt ya da üst soydan biri olduğu bilmesi,⁴⁴ suçun reşit olmayan bir kimseye karşı işlenmesi hususlarının failce bilinmesi gerekir.⁴⁵ Ancak failin fiilini, şahısta yanılma veya sapma ile gerçekleştirmesi halinde, mesele aşağıda ayrıntılarıyla anlatılacak olan TCK m. 30 fıkra 2 gereğince çözülecektir.⁴⁶ Bazen bu hususların bilinmesi suçun niteliğinin değişmesine de neden olur. Bu durumda değişen suç açısından failin kastı söz konusu olacaktır. Örneğin, kasten adam öldürmenin cumhurbaşkanına suikast suçuna dönüşmesi için, failin öldürdüğü kimsenin devlet başkanı olduğunu bilmesi gerekir. Aksi halde TCK m. 310'a göre değil, TCK m. 81 veya 82'ye göre cezalandırılır.⁴⁷ Ağırlaştırıcı nedenlerin fail tarafından bilinmesinin gerekip gerekmediği konusunda ise ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından, TCK m. 23 gereğince failin ağırlaşan netice bakımından en azından taksir şeklinde kusurunun bulunması gerektiğinden, ağırlatıcı nedenlerin fail tarafından bilinmesi gerekmez.

⁴¹ Özbek, *a. g. e.*, s. 277.

⁴² İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 238.

⁴³ Suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilir. Ancak bazı suçlar ancak belli kişiler tarafından işlenebilir ki bunlara özgü suçlar denir. Özbek, *a. g. e.*, s. 277.

⁴⁴ Dülger, *a. g. m.*, s. 80.

⁴⁵ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 238.

⁴⁶ Dülger, *a. g. m.*, s. 80.

⁴⁷ Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 555.

Bu konuda failin objektif özen yükümlülüğünün bulunduğu ortaya konması gerekecektir. Öte yandan eğer ağırlatıcı neden suçun konuyla ilişkin ise, bu durumda ağırlatıcı nedenin de fail tarafından bilinmesi gerekir. Örneğin TCK m. 244fıkra 3'ün uygulanabilmesi için, failin işleyişini engellediği ya da bozduğu bilişim sisteminin bir banka ya da kredi kurumuna veya kuruluşuna ait olduğunu bilmesi gerekir.⁴⁸ Ancak Yargıtay bir kararında bu esasa aykırı bir görüş benimsemiştir. Söz konusu 5. CD'si kararı şu şekildedir: *"Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 15.11.1962, 5/4 ve 15.10.1962,5-54/53 gün ve sayılı içtihatlarında da açıklandığı üzere, suç faillerinin kaçırıldıkları kadınların, evli olduklarını önceden bilmemiş olmalarının suçun evli kadına karşı işlenmiş olması durumunu ortadan kaldırmayacağına göre ve TCK'nun 429. maddesinin ikinci fıkrasında evli kadının kaçırılması hali için ağırlaşan ceza öngören yasa koyucunun, suç failinin bu suçtan ceza görebilmesini, TCK'nun 440-441/2. maddelerinde olduğu gibi, kaçırıldığı kadının evliliğini bilmesi koşuluna bağlamadığına göre, 429. maddenin ikinci fıkrası yerine birinci fıkrası ile uygulama yapılması yasaya aykırıdır."*⁴⁹

2. BİLME UNSURU BAKIMINDAN KAST, HATA, SAPMA İLİŞKİLERİ

Bu başlık altında kastın bilme unsuru bakımından, kast, hata, sapma ilişkileri incelenecektir.

a. Hata Kast İlişkisi

Hata durumunda kişi, bir zan üzerine hareket etmektedir, irade suçun konusunun kimliği veya niteliği konusunda yanılığa düşmekte ve bunu hareket esnasında hiç fark edememektedir. Diğer bir ifadeyle, gerçeğin bilinmemesi nedeniyle yanlış bir hüküm verilmektedir. Örneğin çalılıktaki kıpırtıyı bir hayvana ait zannederek, o tarafa doğru ateş edip bir insanı öldüren kişinin durumu hata kavramı içinde değerlendirilmelidir.⁵⁰ Doktrinde söz konusu durumu unsur yanılığı

⁴⁸ Dülger, a. g. m., s. 80.

⁴⁹ 20.4.1983, 563/1344, Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2005, s. 295.

⁵⁰ Özar, Süleyman, "Türk Ceza Hukukunda Sapma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, 2006, s. 227, 228.

olarak tarif eden görüşler de bulunmaktadır. İşte bu yanlış, kastın varlığına engel olmaktadır. Bu yanlış halinde kastın işlenmiş bir haksızlıktan bahsetmek mümkün olamayacaktır. Failin bilgisi veya tasavvuru gerçeğe uysaydı, işlemiş olduğu fiilin bir haksızlık teşkil etmeyeceği muhakkaktır. Ancak meydana gelen netice açısından, gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa bu durumda taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olur ve söz konusu hukuki değerin taksirle ihlali kanunda suç olarak tarif edilmişse failin ancak bu nedenle sorumluluğuna hükmedilebilir. Örneğin, vestiyerdeki paltoyu kendi paltosu zannederek alan bir kişinin taksirli hareket ettiği sonunca varılsa bile TCK' da hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kastıyla işlenebileceği belirtildiği için, failin cezai sorumluluğuna hükmedilemeyecektir.⁵¹ Yukarıda ifade edilmeye çalışılan durum, TCK m. 30, 1. fıkra da *"Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır"* şeklinde belirtilmiştir.⁵² Söz konusu maddenin 2. fıkrasında suça etki eden sebeplerde hata 3. fıkrasında ise, hukuka uygunluk sebeplerinde veya kusurluluğu etkileyen sebeplerde hataya düşülmesi halini düzenlenmektedir. Bu üç fıkra da fiili hataya ilişkindir. Fiili hata bir algılama hatasıdır. Bu hata yüzünden suçun unsurlarından bir veya daha fazlasına ilişkin yanlış ortaya çıkmaktadır. İşte bu yanlış, kastı kaldıran esaslı bir hatadır. Bu, şahısta yapılan önemsiz/esassız hata, fiili hata değildir anlamına da gelmektedir. Maddi konuda hata ancak, yukarıdaki örneklerde verilen, konuların değiştirilmesinin suçun bir kurucu unsuru üzerinde etkili olması durumunda, ceza hukuku açısından esaslı hale gelir ve fiili hayata dönüşür.⁵³ Bu bakımdan kişinin, mağdurun kimliğinde yanlış olması kastının varlığını etkilemez. Örneğin A.'yı öldürmek isterken, yanlış olarak B.'yi öldüren kişi mağdurun kimliğinde yanlışmıştır. Bu durum ise, kanuni tarife uygun haksızlığın gerçekleşmesi bakımından herhangi bir öneme haiz değildir. Çünkü suçun kanuni tarifindeki unsurların dışında bir somutlaştırmaya, müşahhaslaştırmaya gidilemez.⁵⁴ Türk doktrininde fiili hata olarak adlandıran bu durumlar Alman doktrininde *tipiklikte yanlış* olarak adlandırılmakta ve kastın

⁵¹ Özgenç, a. g. m., s. 350.

⁵² Özar, a. g. m., s. 230, 231.

⁵³ Özar, a. g. m., s. 229, 230.

⁵⁴ Özgenç, a. g. m., s. 351.

bilme ögesinin aksi yönünü oluşturmaktadır. Bu nedenle çeşitli eleştiriler yöneltilmektedir. Buna göre, kastın bilme ögesinin, suçun kanuni tanımındaki unsurlara ilişkin olması aranırken yanılmanın, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara ilişkin olarak aranmış olması ciddi bir çelişkidir. Söz konusu madde de açıkça maddi unsurlardan söz edildiği için suçun maddi konusu üzerindeki yanılmanın failin cezai sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır şeklinde yanlış anlamalara yol açacağı ifade edilmektedir.⁵⁵ Bu eleştiri ise şöyle karşılanmaktadır. Fail işlemiş olduğu fiille ilgili olarak bir hukuka uygunluk sebebi varsa, failin, bu hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının gerçekleştiğinin bilincinde olması gerekmektedir. Yani bu şartlar konusunda bilgi, kast kapsamında değerlendirilen bir bilgidir. Bu nedenle, işlemiş olduğu fiil açısından bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları aslında gerçekleşmediği halde, bu şartların gerçekleştiği zannıyla hareket eden kişinin işlemiş olduğu suç açısından kastının varlığından bahsedilemez. Belirtilen nedenlerle, TCK da kastın tanımı yapılırken *“suçun kanuni tanımındaki unsurlar”* ibaresi kullanılmışken hatanın tanımın yapıldığı TCK m. 30 birinci fıkrada ise, *“suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar”* ibaresi kullanılmıştır.⁵⁶

Bazen de fail yanılmamış olsaydı, başka bir suç meydana gelecekti diyebileceğimiz durumlar ortaya çıkabilir. Söz konusu halde ise, failin hatası ortaya çıkan sonuç bakımından esastır ve örneğin bu yanılışı nedeniyle suçun ağırlatıcı halini işleyen kimse suçun basit şeklinden sorumlu tutulacaktır. Ama suçun oluşumu açısından hata esasız olduğundan cezai sorumluluğuna hükmedilecektir. İrade ile gerçek irade arasındaki farkın fail lehinde çözümlendiği durumları, TCK'nın 30/2. maddesi açıkça teyit etmektedir. Söz konusu fıkra göre, *“bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”*. Böylelikle hafifletici veya ağırlatıcı sebepler hakkındaki hatanın da fail lehine değerlendirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu durumda, olayda suça etki eden bir neden olmadığı halde var zanneden veya böyle bir neden olduğu halde bunu bilmeyen veya yok zanneden kişi, bu hatasından yararlanır. Örneğin sıradan bir taşı, altından yapılmış zannederek çalan kişi, 145. maddede öngörülen hafifletici sebepten yararlanacaktır. Keza annesini öldürmek

⁵⁵ Tezcan/Erdem, a. g. m., s. 345.

⁵⁶ Özgenç, Gazi Şerhi..., s. 297.

isteyen bir kişiye, karanlıkta annesini zannettiği kadını öldürdüğünde, 82. maddedeki ağırlaştırıcı sebep uygulanmayacaktır.⁵⁷ TCK m. 30, 2 ve 3. fıkralarda, özetle kanuni tanımın fiili unsurlarında hata hali düzenlenmiştir.⁵⁸ TCK m. 30/3'te ise, *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* şeklindedir. Bu fıkra, hukuka uygunluk sebeplerinde veya kusurluluğu etkileyen sebeplerde hataya düşülmesi hali düzenlenmiştir. Bu da fiili hatanın bir türüdür. Fiili hukuka uygun kılan bir sebep olmamasına rağmen, failin böyle bir sebebi varsayması söz konusudur. Örneğin, asayişin olmadığı karanlık ve ıssız bir dar sokakta yürüyen kişi, arkadan koşarak gelmekte olan kimsenin kendisine saldıracağını zannettiğinde, meşru müdafaaanın olduğu konusunda yanılmaktadır ve bu hatasından m. 30/3 gereğince yararlanacaktır. Ancak söz konusu fıkra, mazur görülen hata, bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının oluşup oluşmadığı noktasındaki hatadır. Yoksa yeni bir hukuka uygunluk sebebi yaratan ya da var olanı genişleten fiiller, fiili hata değil, kural hatasıdır. Örneğin acı çeken bir hastanın ötenazi talebini uygulayan doktor, kanunun bu fiili hukuka uygun kabul ettiğini düşünerek davranmış olsa da bu hatasından yararlanamaz.⁵⁹ Bu örnekteki doktorun fiili, hukuka uygunluk nedenini öngören normlarda hatadır. *Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesi gereğince fiili/esaslı hata sayılmayacaktır.⁶⁰ Ancak TCK'nın 30. maddesine 5377 sayılı Kanun'la eklenen, *“işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”* şeklindeki hükümle, 4. maddedeki ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralının yumuşatıldığı belirtilmektedir. Buna göre, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı, ceza sorumluluğu için failin kanunu bilip bilmediğinin araştırılması zorunluluğunu kaldıran, kastın şümulü kuralını sınırlayan, hukuka aykırı fiilin tipikliğinin bilinmesi konusunda objektif sorumluluk yaratan bir kuraldır. Mademki ceza sorumluluğunun temeli kast sorumluluğuna dayandırılmaktadır öyleyse kişinin meydana gelen

⁵⁷ Özar, a. g. m., s. 231, 233.

⁵⁸ Aydın, Öykü Didem, “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, 2004, s. 79.

⁵⁹ Özar, a. g. m., s. 234, 235.

⁶⁰ Aydın, a. g. m., s. 79.

fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için davranışının meydana getirdiği sonucu bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Fiilin yasaklandığını haklı olarak bilmeyen kimsenin kasıtlı davrandığı söylenemez.⁶¹ Bu görüşler aslında kast teorisi çerçevesinde toplanmaktadır ve sonuç olarak, fiilin suç olduğunu bilmeyen kimse haksızlık bilincine sahip değildir ve bu kimsenin yaptığı hata kaçınılabılır olsa dahi fiilinden dolayı kasten sorumlu tutmak mümkün olmayıp, taksirli sorumluluk halleri saklıdır.⁶² Söz konusu bu değerlendirmeler eleştirilmiştir. Her şeyden önce kast teorisi, fiilin suç olduğunu bilmemekle, fiilin maddi nitelikteki unsurlarını bilmemeyi eş tutmaktadır. Her iki durumda kastı ortadan kaldırmaktadır. Bu durum bir ispat sorununu beraberinde getirecektir. Öyle ki, failin haksızlık bilincine sahip olarak fiili olarak işlediğini, her türlü makul şüpheyi yenerek ispatlamanın zorluğu açıktır.⁶³ TCK m. 30'a eklenen 4. fıkra gereğince, kural üzerindeki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için, kaçınılmaz olması gereklidir. Buna göre, hataya düşmekte kusurlu olan fail, fiilden dolayı kasten sorumlu olacaktır. Çünkü kural üzerindeki hata, fiil üzerindeki hatanın aksine kastı kaldıran değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir. Kusurluluğu kaldırması için ise hataya düşülmesinde taksir düzeyinde bir kusurun olmaması gerekir. Hataya düşülmesini kaçınılmaz kılan, herkes açısından geçerli olan objektif nedenler olabileceği gibi, kişinin içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan subjektif nitelikteki nedenler de yapılan hatayı mazur gösterebilir. Kural üzerinde hatanın kaçınılabılır olması durumunda, fiilden dolayı kasten sorumlu tutulan failin cezasında bir miktar indirim yapılması mümkündür. Doktrinde, TCK'nın kural üzerindeki hatanın mazeret sayılmasını mümkün kılan bu düzenlemesinin, uygulamada ne sonuçlar doğuracağını bilmenin henüz mümkün olmadığı, buna karşılık kanunların mutlak şekilde uygulanmasının gerekliliği karşısında TCK m. 30/4'ün ancak sınırlı hallerde uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir.⁶⁴

⁶¹ Güngör, Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, 2007, s. 135, 151.

⁶² Özgenç, Gazi Şerhi..., s. 318.

⁶³ Artz, "Ignorance Or Mistake Of Law", *The American Journal Of Comparative Law*, 1976, s. 655'ten nakleden, Güngör, a. g. m., s. 152.

⁶⁴ Güngör, a. g. m., s. 159.

b. Sapma Kast İlişkisi

Hedefte sapma halinde ise, bir yanlış söz konusu değildir. Hareket, neticesini istenen konu üzerinde değil, sapma sonucu bir başka konu üzerinde gerçekleştirmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.12.1990 tarihli bir kararında söz konusu durumu, *hedefte hata* hali olarak adlandırmıştır.⁶⁵ Bu durum için doktrinde, *isabette hata* ifadesi de kullanılmaktadır.⁶⁶ Söz konusu bu kararda, “*hedefte hata, kişide hatadan tamamıyla ayırır. Burada fail kişiyi karıştırmamıştır. Hedeften sapan, failin iradesi değil, fülidir*” denmiştir.⁶⁷ Hatada fail bir zan üzerine hareket etmekten, sapma halinde bir zanla hareket etmemekte iradesi ile eşya arasında aslında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır ama dışsal bir sebeple uyumsuzluk çıkmaktadır. Örneğin A.’ya ateş edip B.’yi öldüren kişinin içine düştüğü durum, böyle bir durumdur. Öyleyse sonuçları aynı olsa da, hata ile sapma farklı olup, hata içsel, sapma ise dışsaldır.⁶⁸

Sapma da tıpkı esaslı olmayan hata gibi kusurluluğu etkilemez. Çünkü mağdurun şahsına göre, cezanın belirlenmesi usulü ceza hukukunda yoktur.⁶⁹ Bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçun varlığını ortadan kaldıramaz. Sapma olmasaydı fiil suç olmayacaktı denemez.⁷⁰ Hedefte sapma sonucu, ortaya tek netice çıkmışsa *tek neticeli sapma*, ancak bazı durumlarda fiilin işlenişıyla kastedilen neticenin yanında başka bir netice daha gerçekleşmiş olabilir. Buna da *çift neticeli sapma* denir. Örneğin, bir camı kırmak için atılan taşın bir kişiye isabet etmesi halinde tek neticeli sapma, A.’yı öldürmek için ateşlenen silahtan çıkan merminin A.’ya isabet etmesinin yanı sıra, B.’ye isabet etmesi durumunda ise çift neticeli sapma vardır.⁷¹ ETCK döneminde tek neticeli sapma hallerinde, madde 52 çerçevesinde uygulama yapılıyor ancak bu konuda da duraksamalar yaşıyordu. Örneğin, saldırganlara ateş etmek isterken, kendisini kurtarmak isteyen gece bekçisini öldüren sanığın kasten adam öldürme suçundan cezalandırılması

⁶⁵ Özgenç, a. g. m., s. 353.

⁶⁶ Erem/Danışman/Artuk, a. g. e., s. 613.

⁶⁷ Özgenç, a. g. m., s. 353.

⁶⁸ Özar, a. g. m., s. 227, 228.

⁶⁹ Erem/Danışman/Artuk, a. g. e., s. 613.

⁷⁰ Özar, a. g. m., s. 226.

⁷¹ Özgenç, a. g. m., s. 353, 358.

uygun bulunmuşken (CGK, 15.2.1982), bir şahsa ateş etmek isterken, elinden tabancasının tanıklar tarafından alınmak istemesiyle çıkan karışıklıkta tabancanın patlamasıyla bir başka şahsın ölmesi olayında taksirle ölüme sebebiyet verme değil, kasten adam öldürmenin olduğu kabul edilmiştir (CGK, 1.11.1971). Yeni Ceza Kanunu'yla birlikte bu hususta öncekinden farklı bir yol izlemenin mümkün olabileceği belirtilmektedir.⁷² Bir görüşe göre, tek neticeli sapma halinde, az önce verilen örnek bakımından, kişi teşebbüs derecesinde kalmış *nası ızzar* suçundan ve ayrıca, muhtemel kastla ya da taksirle gerçekleştirdiği müessir fiil suçundan sorumlu tutulması gerekir.⁷³ Diğer bir görüşe göre ise, failin sadece meydana gelmiş neticeden sorumlu tutulması gerekir. Bu fiil ise, gerçekleştirilmek istenen neticenin, başka bir maddi konu üzerinde gerçekleştirilmesinden ibarettir. Bu nedenle fail lehine bir çözümlemeyle failin işlemek istediği tek suçtan sorumluluk doğmalıdır. Çünkü tek neticeli sapmada bütün unsurları ile oluşmuş bir suçun sadece konusu değişmektedir. Tıpkı şahısta hata gibi tek neticeli sapmada da fiilin bir başka kişiye karşı işlenmiş olması kusurluluğu etkilemez. Tek neticeli sapmada, ortada biri kastedilip de gerçekleşmeyen netice bakımından teşebbüs halinde kalmış bir suç, diğeri de kasıtlı olmayarak gerçekleşen netice bakımından taksirli bir suç olmak üzere iki suç bulunuyor değildir. Ortada tek netice ve tamamlanmış tek suç vardır, bu da, sübjektif olarak kurgulanan ve fakat diğer bir şey veya kişi üzerinde gerçekleşen neticeden başka bir netice değildir. Dolayısıyla bu çözümde yeni bir manevi unsur icat edilmiş değildir. Bu nedenlerle, suçun kast olunan kişiye karşı işlenmiş varsayılması en uygun çözümdür. Hali hazırda bunu engelleyecek bir yasa hükmü yoktur. O halde uygulamada, ETCK'nın 52. maddesindeki sonuçlara uygun olarak gelmiş görüş ve kararların devam etmemesini gerektirecek zorunlu bir sebep yoktur.⁷⁴ ETCK döneminde 52. madde çerçevesinde gelişmiş bu içtihadı bir örnek vermek istiyoruz. Yargıtay 1. CD'nin 21.9.1981 tarihli kararı şöyledir: "*S'nin M'yi yaralamak amacıyla tabancasıyla yaptığı atış sonucu P'nin yaralanmış olmasına göre, TCK'nun 52 ve 79. maddeleri gözetilmeden, ayrıca M'yi yaralamaya teşebbüs suçundan da ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir*"⁷⁵ Çift ya da çok neticeli

⁷² Özar, a. g. m., s. 238.

⁷³ Özgenç, a. g. m., s. 543.

⁷⁴ Özar, a. g. m., s. 241.

⁷⁵ Özgenç, a. g. m., s. 357.

sapma halinde ise, gerçekleşen netice bakımından failin kasttan dolayı ceza sorumluluğuna gidilmesi, gerçekleşen diğer neticeler bakımından ise failin, olası kast veya taksirli sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁶ ve TCK'nın 30. maddesinin gerekçesinde, suçların içtimai hükümleri bağlamında bir değerlendirme yapılması gerektiğinin ifade edildiği belirtilmektedir.

3. KASTIN İSTEME UNSURU

Herhangi bir şeyin ya da hareketin bilinmesi veya düşünülüp öngörülmesi bu şeyin veya hareketin istenildiği anlamına gelmez. Bir şeyin istenilmesi o şeyin bilinmesini de içermesine rağmen tersi bir durum yani bir şeyin bilinmesi istenmesini içermez. Bireyler bildikleri her şeyi istemezler. İşte bu mantıksal çıkarımın ceza hukukuna en önemli yansıması ise kastın varlığı için bilmenin yeterli olmayacağı bunun yansıra bilinen bu hareketin veya neticenin istenmesinin de gerekli olduğudur. Doktrinde, isteme kavramının karşılığı olarak *irade unsuru* kavramı da kullanılmaktadır. İstenenin bir iradeye dayanması nedeniyle bu kavram tercih edilmektedir.⁷⁷ Kasta asıl özeliğini veren isteme unsurudur.⁷⁸ İrade veya isteme unsuru sabit olduğunda, kastın düşünme ve öngörme yani bilme unsuru bakımından ayrıca bir araştırma yapmaya gerek yoktur. Fail neleri biliyorsa kastın varlığı açısından bunları istemelidir. Bilme ve isteme çakışmalıdır. Y.CGK, 19.6.1995/E, 3/182 K no.lu bir kararında bu görüşleri teyit eder nitelikte ifadeler kullanmıştır. Söz konusu karar göre: “Suçtan söz edilebilmesi için bilmenin saptanmasından sonra ikinci bir inceleme yapmak ve istemenin de bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. İnceleme konusu olayda, sanık, yetkili merciden maden arama ruhsatı alıp, izin için orman bölge başmüdürlüğüne başvurduktan sonra, istemin sonuncu beklemeden izin verildiği inancıyla Devlet ormanında mermer ocağı açmış, bilahare 27.4.1992 tarihinde verilen izne dayalı olarak 11.5.1992 tarihinde bu yer şirkete orman iradesi tarafından teslim edilmiş bulunmasına göre, olayda kast gerçekleşmediğinden...”⁷⁹

Doktrinde, isteme unsurunun niteliğiyle ilgili olarak, kastın varlığı

⁷⁶ Özgenç, a. g. m., s. 358.

⁷⁷ Dülger, a. g. m., s. 81.

⁷⁸ Toroslu, a. g. e., s. 181.

⁷⁹ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.bası, Ankara 2006, s. 339.

bakımından olması gerekli isteme, kişi açısından kınama yargısında bulunulmasını gerektirecek bir isteme değildir. Örneğin cebir veya tehdit etkisiyle bir eylemi işlemek zorunda kalan bir kişi, bu eylem açısından kasten hareket etmiştir. Ancak failin suç işleme yönündeki iradesi zorlama bir iradedir. Failde, kasten işlediği bu eyleme ilişkin davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmadığından bu eylem dolayısıyla, fail kusurlu sayılmamakta ve cezalandırılmamaktadır.⁸⁰ Dolayısıyla, istemek kastın bir unsuru olmamalıdır. Yani, kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise bunların gerçekleşmesini istememiş olsa bile kasten hareket etmiştir. Az önceki örnekte, kişi mecbur edildiği fiilin neden olacağı sonuçların bilincindedir, bu neticeler istememiş de olsa kasten hareket etmiştir. İsteme unsurunu kastın bir unsuru olarak görmek klasik görüşün etkisinden kaynaklanmakta ve kastın bir kusurluluk şekli olarak kabulünün bir sonucudur⁸¹ denmiştir. Ancak yargı uygulaması bu görüşleri destekler nitelikte değildir. Örneğin Yargıtay 5. Ceza Dairesi 1.7.1998 tarihli bir kararında, *“Eğitim Astsubayı olan sanık T.’nin, bir terörist cesedi üzerinden tim Komutanı astsubay M. tarafından düzenlenen tutanak ile elde edilen suç konusu tabancayı mal edinmek amacıyla gerçek tutanağı ortadan kaldırıp, yerine tabancadan söz etmeyen sahte tutanağı düzenleyen diğer sanık Yüzbaşı A.’nın sahte tutanağı imzalaması yolundaki önerilerini önce reddederek olumsuz tutum sergilemesine rağmen ‘onun bu tutanak imzalanacak, imzalanmasanız ben yapacağımı bilirim’ diyerek, ayrıca sicilini bozacağından ve uzak karakollara süreceğinden söz ederek tehdit etmesi üzerine, askeri disiplin, bölgenin olağanüstü hal özelliği ve görevin hayati tehlike arz etmesi gibi zor koşullar nazara alınarak değerlendirildiğinde, ciddi ve endişe verici boyutlarda olduğunun kabulü gereken bu tehdit ve baskının etkisinde kalarak imzalamak mecburiyetinde kaldığı, oluşa göre bir mal edinme ilişkisi içinde de olmadığına anlaşılmaması karşısında, suçun manevi, kast ögesi itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde zimmete iştirakten mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”*⁸² Görüldüğü gibi Yargıtay isteme unsuru olmaksızın kastın oluşamayacağı görüşündedir.

Diğer taraftan bir fiilin hangi hallerde istenmiş hangilerinde istenmemiş sayılacağı sorusunun cevabı önem kazanmaktadır. Çok defa kişi

⁸⁰ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a. g. e., s. 240.

⁸¹ Özgenç, Gazi Şerhi..., s. 300.

⁸² Özgenç, Gazi Şerhi..., s. 301.

bir sonucu öngörmek, bilmekle beraber, doğrudan bu sonuca neden olmak için hareket etmiş olmayabilir. Örneğin, sadece panik yaratmak amacıyla bir meydana bomba koyan kimsenin durumunda olduğu gibi. Burada fail, patlama sonucu orada o anda bulunmakta olan çok sayıda insanın ölebileceğini bilmektedir, ama onun istediği sadece panik yaratmaktır. Bu olayda ölümler meydana gelirse bunu istediği söylenebilir mi? Bu soruna çözüm getirmek amacıyla, *umut etme, arzu etme* gibi ölçütler getirilmiştir. Böylece umulan veya arzu edilen sonuçlar istenmiş sayılacak denmiştir. Söz konusu sorun, günümüzde *rıza ölçütü* ile çözümlenmektedir. Buna göre, failin gerçekleşmesini onayladığı sonuçlar, yani gerçekleşme tehlikesini kabul ettiği sonuçlar istenmiş sayılır. Bu nedenle yukarıdaki örnek bakımından, bombayı yerleştiren kişi ölüm sonuncu istemiş sayılır. Çünkü böyle bir sonucun gerçekleşme ihtimali onu harekettten alıkoymamıştır. Fail, *hangi sonuç meydana gelirse gelsin ben bu bombayı patlatmak istiyorum* demek suretiyle ortaya çıkan sonucu peşinen onaylamış ve bu itibarla da istemiştir.⁸³

Kastın isteme unsurunun tespitinde bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Örneğin, pencere camını kırmak için boş pencereye ateş eden kimsenin, o sırada pencerenin arkasında bulunan kimseyi öldürmesi olayında, acaba ölüm neticesi istenmiş midir? Yâda sigortadan para almak için uçağa bomba koyan kişi, bombanın patlaması sonucu uçakta ölen kişileri öldürmeyi istememiş midir? Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, kastta isteme unsurunun çerçevesi, kapsamı iyi tayin edilmelidir. Özellikle birden fazla neticenin söz konusu olduğu hallerde bu unsurun hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin kriterler konulmalıdır.⁸⁴ Ceza hukukunda maksat ya da amaçtan anlaşılması gereken, failin gerçekleştirmek istediği neticedir.⁸⁵ Ceza normunun, failin açıkça belli bir amaçla hareket etmesini aramadığı hallerde, sonucun istenmiş sayılabilmesi için, bu sonucun, suçu oluşturan hareketin amacı veya amaçlarından biri olması şart değildir. Failin bu sonucu mümkün olarak görmesi ve onun gerçekleşmesi tehlikesini kabul etmesi, başka bir ifadeyle o sonuca neden olma pahasına hareket etmiş

⁸³ Toroslu, a. g. e., s. 182, 183.

⁸⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 155.

⁸⁵ Y.6. CD. 1.4.1992-E, 229K.806 "Dere yatağında kendiliğinden oluşan ve köy ortak malı olan ceviz ağaçlarının bakımını yaptıkları anlaşılan sanıkların, ağaçlarda hakları oldukları düşüncesiyle, bir miktar cevizi götürmekten ibaret eylemlerinde hırsızlık kastı bulunmadığından ...", Demirbaş, a. g. e., s. 339.

olması yeterlidir.⁸⁶ Diğer taraftan, irade unsuru da denilen kastın isteme unsuru, failin iradesinin suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlara yönelmesi olduğundan, bu unsurun kapsamı bakımından çeşitli olasılıklar ortaya çıkabilir.⁸⁷ Bu bakımdan, sonuç belirli veya belirsiz olsun, istenilen sonuç olmak niteliğinde kaldıkça yani iradenin çizmiş olduğu sınırları aşmadıkça kast doğrudandır.⁸⁸ Failin asıl istediği netice veya neticelerin yani amacının gerçekleşmesi için başka bazı neticelerin daha gerçekleşmesi zorunlu ya da muhakkak ise fail bu diğer neticeleri de istemiş demektir. Örneğin, A., B.'yi tabanca ile öldürmek isterse, bu sırada B.'nin önüne geçen C., A.'ya ateş etmemesini söylerse ve buna rağmen A. ateş etse C.'yi delip geçen kurşunla B. de ölse, Anın C. açısından da öldürme kastı vardır ve bu kast *doğrudan kasttır*.⁸⁹ Görüldüğü gibi istenilen neticeye bağlı zorunlu olarak gerçekleşen ve kanuni tanıma uygun olan bu neticeler gerçekte failin amacı değildir. Ancak istenen neticeden de ayrılması mümkün değildir. Bu netice ya da neticelerin gerçekleşmesi zorunluluğu faili yapacağı hareketten vazgeçirmez. Bu durumda failin gerçekleşen diğer netice/neticeleri de istemediği söylenemez. Bu nedenle bu durumlarda da doğrudan kast vardır. Burada failin olursa olsun demesinin bir önemi yoktur. Diğer netice/neticeler asıl neticeye bağlı, zorunlu olarak gerçekleşmektedir. Fail, diğer neticeleri de istemiştir.⁹⁰ Diğer taraftan, failin, asıl istediği netice veya neticelerin gerçekleşmesi için başka bazı netice/neticelerin daha gerçekleşmesi zorunlu değil ve fakat fail tarafından başka bazı neticelerin daha gerçekleşebileceği bilinmiş, tasavvur edilebilmiş, buna rağmen asıl istenen netice/neticeleri gerçekleştirecek hareketi yapmışsa, somut olayda gerçekleşen diğer netice/neticeleri de fail istemiştir. Burada bunların gerçekleşmesi konusunda yalnızca bir ihtimal bulunmaktadır. Böylesi bir durumda gerçekleştirmek istenen netice/neticeler açısından doğrudan (muayyen), öngörülen diğer netice/neticeler açısından *olası (muhtemel)kast* vardır.⁹¹ Bu konuya aşağıda olası kast başlığı altında tekrar dönülecektir.

⁸⁶ Toroslu, *a. g. e.*, s. 184, 185.

⁸⁷ Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 558.

⁸⁸ Erem/Danışman/Artuk, *a. g. e.*, s. 453.

⁸⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 156.

⁹⁰ Özbek, *a. g. e.*, s. 280.

⁹¹ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 156.

C. KASTIN TCK'DA DÜZENLENİŞ BİÇİMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Olası kast bakımından olsa da sonuçta kastla öngörme arasında bağlantı kurulmakta ancak kastın önemli unsurlarından bilme ve isteme ile ilgili hiçbir ifadeye, belirlemeye yer verilmemektedir ki bu durum büyük bir eksiklik olarak denilmektedir.⁹² Yine, kastın tanımının yapıldığı cümlede ve yapılan tanımda etken-edilgen fiil yapısı uyumsuzluğunun var olduğu, “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bile- rek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” ifadesinde “*gerçekleştirilmesi iradesi- dir*” şeklinde ifade eksikliğinin olduğu belirtilmektedir.⁹³

II. KAST, OLASI KAST, BİLİNÇLİ TAKSİR İLİŞKİLERİ

5237 sayılı (yeni) Türk Ceza Kanunu’nda kanun koyucu önceki 765 sayılı TCK’dan farklı olarak kusurun ağırlığı veya hafifliğinin takdirini tamamen hakime bırakarak uygulamanın bu konuda daha adil bir eksende işlenmesini sağlamak istemiştir. Bunun içinde TCK’nın 21 ve 22. maddelerinde olası kast ve bilinçli taksir ile ilgili düzenlemeler yapmıştır.⁹⁴

A. OLASI KAST

1. OLASI KAST KAVRAMI

Kişinin gerçekleşmesini istediği bir netice ile ilgili olarak doğrudan kastının bulunduğu kabul edilir. Kast, suçun kanuni tanımındaki, objektif nitelikteki unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlanınca, bazı hallerde kişi, neticeyi istemediğini, bundan dolayı da kastının olmadığını, olsa olsa taksirinin söz konusu olabileceğini iddia edebilir. Örneğin düşmanın bulunduğu bir ortamda, kalabalık içindeki düşmanını hedef alarak ateş eden kimse, fiili neticesinde düşmanı dışındaki kimselerin de ölmesi halinde, onlarla bir problemi

⁹² Bayraktar, a. g. m., s. 30.

⁹³ Avcı, Mustafa, “Türk Ceza Kanunu TCK Tasarıları Ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 213.

⁹⁴ Adıgüzel, Recep, “Yeni Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2005/1, s. 69.

olmadığını, onları tanımadığını, öldürmek istemediğini, onlara yönelik bir kastının olmadığını, bundan dolayı da olsa olsa taksiriden ötürü cezalandırılması gerektiği yönünde bir savunma yapabilir. Böylesi bir durumda ele alınması gereken husus, bir kimsenin gerçekleştirmek istediği neticelerle birlikte gerçekleşmesi olası olan diğer neticeler bakımından kastının varlığının kabul edilip edilmeyeceğidir. Önceleri bu husus, *gayri muayyen kast, dolayısıyla kast*,⁹⁵ *ikinci dereceden kast*⁹⁶ adı altında doktrinde ele alınmaktaydı. Son zamanlarda daha çok *muhtemel kast* ve olası kast adı altında ele alınan bu kast türü, TCK'da *olası kast* adı altında tanımlanarak düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 21/2). 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, bu tür durumlarda da failin kastının bulunduğunu kabul etmek gerekeceği aksi takdirde kastın olası olması ile doğrudan olması arasında herhangi bir fark kalmayacağı ifade edilerek bu konu üzerinde durulmuştur.⁹⁷

Her şeyden önce belirtilmelidir ki olası kast, netice ile oluşur.⁹⁸ Bu netice/neticeler gerçekleşmesi muhtemel olandır. Fail, bunların, tecrübelerle göre beklenen bir sonuç olduğunu öngörmesine veya tahmin etmesine rağmen yinede hareketini gerçekleştiriyorsa, bu sonucu/sonuçları önceden kabul etmiş demektir. Gerçekleşmesi sadece mümkün olan, yani gerçekleşmesi ihtimali az olan sonuçlar bakımından, bir ayırım yapmak gerekir. Fail, sonucun gerçekleşme imkânını öngörmekle birlikte, bu sonucun gerçekleşmeyeceğine inandığı için hareket etmiş olabilir. Örneğin bir sirkte bıçak atma gösterisi yapan biri, bıçağın karşıdaki kişiye isabet etmesinin ve onun yaralanmasının mümkün olduğunu şüphesiz öngörmektedir, ancak ustalığına güvenmekte ve bu sonucu önleyebileceğine inanmaktadır. Sonucun gerçekleşmeyeceği konusunda kesin bir inançla hareket etmektedir. Bu ve buna benzeri durumlarda sonuç ortaya çıkarsa bunun istenmiş olduğu söylenemez. Böylesi durumlarda kasttan söz edilemez, ancak bilinçli taksirden söz edilebilir. Bu karşılık failde, sonucu önleyebileceği inancı yoksa mümkün görünen sonuçlar dahi istenmiş sayılmalıdır. Çünkü bu konudaki tehlike fail tarafından kabul edilmiştir.⁹⁹ Gerçek-

⁹⁵ Demirbaş, a. g. e., s. 341.

⁹⁶ Toroslu, a. g. e., s. 185.

⁹⁷ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku I*, Ankara 2005, s. 33, 34.

⁹⁸ Demirbaş, a. g. e., s. 342.

⁹⁹ Toroslu, a. g. e., s. 184.

leşme ihtimali bulunan neticeler bakımından, olası kast durumunda, kanuni tanıma uygun neticenin gerçekleşerek bunun yanı sıra ikincil nitelikteki netice/neticelerin meydana gelmesi ve suçun oluşması olayın gelişimine bırakılmıştır.¹⁰⁰ Fail, hareketini yaparken muhtemel neticelerin meydana gelmesini istememiş de değildir.¹⁰¹ Bilinç ve iradesi neticeyi reddetmiyor. Öngördüğü neticeler bakımından şu veya bu olmuş onun açısından önemsizdir.¹⁰² Söz konusu netice/neticeler bakımından boş verme mantığı vardır.¹⁰³ Bunların gerçekleşmemesi için hiçbir girişimi yoktur.¹⁰⁴ Bu nedenle, olası kastın *olursa olsun kastı* olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁵

5237 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce de Yargıtay, kararlarında olası kasta işaret etmiş ve gayri muayyen kast olarak adlandırmıştır.¹⁰⁶ Bazen kastın varlığını belirleyip taksirden ayırmış, ancak gayri muayyen kast olarak adlandırmamıştır.¹⁰⁷ Ancak, kararlarında zaman zaman farklı değerlendirmeler yapmıştır. Bunlardan bir tanesinde, henüz çocuk yaştaki fail, daha önce birkaç defa tecrübe edip patlamadığını gördüğü tabancayı, nasıl olsa patlamıyor düşüncesi ve şaka yapmak amacı ile maktule yöneltip, tetiğe basmış ama bu kez silah ateş alıp maktulün ölmesi olayında, Yargıtay Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu, olayı dikkatsizlik ve tedbirsizlikle adam öldürme olarak nitelemiştir. Karara muhalif olan üyeler ise, sanığa kasten adam öldürmek suçundan ceza verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Dokt-

¹⁰⁰ Dülger, a. g. m., s. 87.

¹⁰¹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a. g. e., s. 242.

¹⁰² Erem/Danışman/Artuk, a. g. e., s. 453.

¹⁰³ Adıgüzel, a. g. m., s. 67.

¹⁰⁴ Dülger, a. g. m., s. 87.

¹⁰⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 158.

¹⁰⁶ "Hasım telakki ettiği kişiden başka kimselerinde var olduğu lokantaya girerek önceden tartıştığı Yüksel'e tevcihen silahını dört el ateşleyen, Yüksel'in yanı ve arka bölümünde bulunan kişileri de görmesi nedeniyle onlardan bir ve bir kaçının isabet alıp ölebileceğini öngörür durumda atışlarını tevaddi ettirerek maktul Fatih'in isabet almasına ve ölmesine neden olan sanığın, eyleminin Yüksel'i öldürmeye eksik kalkışmak ve Fatih'i gayri muayyen kastla öldürmek olduğundan..." 18.2.2004, 3799/364, Hakeri, *Sorularla Ceza ...*, s. 38.

¹⁰⁷ "Kalabalığa ateş eden kişi, öldürmeyi istememiş olduğuna göre, öldürülmek isteyen kişinin belirsiz olması adam öldürme kastının yokluğu anlamına gelmez ve fiil taksirle değil, kasten işlenmiştir." CGK, 19.4.1982,1-11/147, Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 34.

rinde söz konusu karar eleştirilmiştir. Buna göre, ölüm neticesi iki ihtimalde gerçekleşebilir. Birinci ihtimalde sanık, silahta mermi olduğunu bilmiyordur. Bu durumda, sanık silahın dolu olup olmadığını kontrol etmek şeklindeki objektif yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Gerekli dikkat ve özeni göstermemiştir. Bundan dolayı, olay, taksirle adam öldürme hükümlerine göre çözümlenmelidir. İkinci ihtimalde, fail her ne kadar, patlamadığı konusunda tecrübeye ulaşmışsa da silahın dolu olduğunu biliyordur ve patlayıp patlamaması konusunda emin değildir. B nedenle, dolu olan silahı mağdura yöneltilip tetiğin çekilmesi olayında artık taksirden bahsetmek mümkün değildir. Fail olası kastla hareket etmiştir.¹⁰⁸ Biz bu görüşlere katılmamaktayız. Fail her ne kadar burada silahın dolu olduğunu bilse ve patlama ihtimalinin varlığı bir an için kabul edilse dahi fail, sonucu istememiştir. Arkadaşının ölümünü kabullenebileceğini de düşünemeyiz. Bu nedenle olayda olası kasta dayalı bir değerlendirme yapılamaz. Silahın dolu olması nedeniyle ölüm sonucunun meydana gelebileceğini öngörmekte ama böyle bir sonucun gerçekleşmeyeceğine, gerekli dikkat ve özeni göstermek şeklindeki yükümlülüğüne aykırı olarak ve daha önceki tecrübelerine dayanarak güvenmiştir. Bu durumda bilinçli taksirin varlığı söz konusudur.

2. OLASI KAST- SUÇA TEŞEBBÜS İLİŞKİSİ

Olası kastta teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Yani, fail gerçekleştirdiği eylem neticesinde, olası olan ve fail tarafından öngörülen ikincil nitelikteki neticelerin gerçekleşmemesi halinde faili, gerçekleşmeyen bu netice/neticeler bakımından suça teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulabilecek midir?¹⁰⁹ Doktrinde, Alman kaynaklı bir kısım görüşler bunu mümkün görmektedir. Bu tür bir kast bir kere kabul edilince, failin gerçekleşmesi muhtemel hangi neticeleri kabul ettiğinin araştırılması zorunludur. Sorun ispatla ilgilidir. İstenmemiş olan istemenin hangi suç bakımından olduğu tespit edilemezse bu durum failin lehine olmalıdır.¹¹⁰ Diğer taraftan, teşebbüs açısından failin, kasten hareket etmiş olması önemlidir. Çünkü Kanun kastın

¹⁰⁸ Özgenç, İzzet, *Uygulamalı Ceza...*, s. 110.

¹⁰⁹ Dülger, a. g. m., s. 88.

¹¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a. g. e., s. 562.

doğrudan ya da olası olması arasında bir ayırım yapmamıştır.¹¹¹ Örneğin hareket halindeki bir aracın içerisinde bulunan A.'yı öldürmek amacıyla ateş eden B., bundan araçtaki diğer kimselerin de zarar görebileceğini öngörmesine rağmen, hareketini icra etmekten çekinmemiş ve A.'yı yaralamakla birlikte, yanında oturmakta olan C.'nin ölümüne, D.'nin yaralanmasına sebep olmuştur. E. ise kurşunlara hedef olmaksızın kurtulmuştur. Eğer olası kast bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı kabul edilirse, B., asıl amacına yönelik hareketini icra ederken C., D. ve E.'nin ölebileceğini öngörüyor ve bu neticeyi göze alıyorsa, C. bakımından kasten adam öldürme, diğer iki mağdur bakımından kasten öldürmeye teşebbüsten sorumludur. Ancak, yaralamaya maruz kalacaklarını tasavvur ediyor ve bunu göze alıyorsa, C. bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama sonucu ölümüne sebebiyet, D. açısından kasten yaralama, E. açısından ise, kasten yaralamaya teşebbüs söz konusudur. Bütün araştırmalara rağmen, B.'nin C., D. ve E.'ye yönelik olası kastının hangi suç açısından olduğu tespit edilemiyorsa sorumluluk neticeye göre belirlenmelidir.¹¹²

Diğer bir görüşe göre iste olası kasta teşebbüs mümkün değildir. Çünkü olası kast netice ile belirlenir.¹¹³ Olası kast, failin eyleminin zorunlu bir sonucu değildir. Bu sonuç ikincil nitelikte bir sonuçtur. Bu durumda, ikincil nitelikteki eylemin yaşamın olağan akışında elde edilen deneyimlere göre yani günlük hayat tecrübelerine göre, gerçekleşmesinde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yani netice gerçekleşmediğinde bu bir mucizeymiş gibi algılanmayacaktır. Dolayısıyla da fail hareketini gerçekleştirirken bu neticenin kesinlikle gerçekleşeceğini bilmemektedir. Bu nedenle gerçekleşmeme olasılığını hayatın olağan akışına göre zaten içinde barındıran bir eylemde, icra hareketlerinin sonucunda neticenin gerçekleşmediği halde faili bundan sorumlu tutmak mantıksal açıdan çelişki oluşturduğu gibi suç genel teorisi ile de bağdaşamaz.¹¹⁴ Aksi halde sorumluluk alanı katlanılamayacak ölçüde genişlemiş olur.¹¹⁵ Bu nedenlerle, olası kast halinde fail, gerçekleşme-

¹¹¹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 244.

¹¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 563.

¹¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 561.

¹¹⁴ Dülger, *a. g. m.*, s. 89.

¹¹⁵ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 244.

yen ikincil nitelikteki neticeye teşebbüsten sorumlu tutulmamalıdır.¹¹⁶ Bu durumda yukarıda verilen örnekte sorumluluklar şöyle tayin edilmelidir: B. asıl amacı olan A.'ya yönelik hareketinden dolayı kasten öldürmeye teşebbüs, eylemine zorunlu olarak bağlı bulunmayan tali-ikincil nitelikteki netice/neticelerden de C.'nin ölümü dolayısıyla olası kastla adam öldürme, D.'nin yaralanması bakımından ise kasten yaralanma suçlarından sorumlu olur. E. bakımından ise herhangi bir sorumluluğu yoktur. Diğer bir ifadeyle, olası kast belli bir sonuca yönelmediğinden ve sorumluluk ancak somut olayda meydana gelen netice ile belirlenebildiğinden teşebbüse müsait değildir. YCGK da 3.6.1985 tarih ve 83/330 sayılı kararında *“belirli olmayan kast ancak netice ile belirlenir”* diyerek bu kuralı benimsemiştir.¹¹⁷ Ancak Yargıtay kararlarında bu konuda bir istikrar söz konusu değildir. Örneğin bir kararında, *“Tabancasını kişilerin bulunduğu salon ve odaya doğru yatay durumda tutarak iki el ateş eden ve bir kişiyi vuran sanıkta öldürme bilinci ve kastı vardır. Nitekim 765 sayılı TCK m. 448 de belirli bir kişinin öldürülmesi niyeti ve koşul olarak yer almış değildir. Belirli olmayan bir kimseye yönelik olmayan kastla da suç oluşabilir”* diyerek olası kasta teşebbüsü mümkün görmüştür.

3. HER SUÇ BAKIMINDAN OLASI KAST VAR OLABİLİR Mİ?

Bazı suçlar olası kastla işlenemez. Örneğin, iftira suçu (TCK m. 267) ancak doğrudan kastla işlenebilir. Çünkü iftira suçunun oluşabilmesi için, kendisine hukuka aykırı bir fiil yüklenen kimsenin, bu fiili işlemediğinin bilinmesi gerekir.¹¹⁸ Bu husus madde gerekçesinde de vurgulanmıştır. Bir suçun kanuni tanımında *bilerek, bildiği halde, bilmesine rağmen* gibi ifadelerle yer verilmişse bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Başka bir ifadeyle, kanuni tanımında, *bilerek bildiği, halde bilmesine rağmen*, gibi ifadelerle açıkça yer verilen suçlar olası kastla işlenemez.¹¹⁹ Bunun dışında, bir suçun kanuni tanımında, fiilin belli bir amaç ya da saikle işlenmesinin arandığı hallerde de, olası kasttan söz edilemez. Örneğin hırsızlık suçu¹²⁰

¹¹⁶ Dülger, a. g. m., s. 89.

¹¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a. g. e., s. 562.

¹¹⁸ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 34.

¹¹⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi...*, s. 305.

¹²⁰ Timur, a. g. e., s. 342.

4. MÜEYYİDESİ BAKIMINDAN OLASI KAST

Olası kastın varlığı halinde cezada indirim öngörülmektedir (TCK m. 21/2). Bu hususta da doktrinde tartışma konusudur. Lehinde olan görüşlere göre, olası kastın varlığı halinde ceza hukuku anlamında bir kast vardır. Bu kast, failin suçu doğrudan kast ile işlemiş gibi cezalandırılabilmesi için yeterlidir. Bununla beraber, bu türden kastın haksızlık içeriği diğerlerine oranla daha azdır. Fail, neticenin meydana gelebileceğini öngörmüşse de ne neticenin meydana gelmesi için gayret göstermiştir, ne de neticenin meydana geleceğinden emindir. Bu nedenle faile cezanın asgari haddi verilebileceği gibi, takdiri indirim sebepleri de uygulanabilir.¹²¹ Ancak aleyhte görüşlerde mevcuttur. Buna göre, olası kast sonuçta kasttır ve kast gibi cezalandırılmalıdır. Ceza indirimini öngören hiçbir kuram yoktur.¹²² Aksine olarak kuramlar aynı cezanın verilmesini öngörür. Bu durum, olası kastın bilinçli taksirle aynı nitelikte görülmesinden kaynaklanmaktadır.¹²³ Karşılaştırmalı hukukta da böyle bir indirim söz konusu değildir. Her ne kadar olası kastın, doğrudan kasta oranla daha az bir yoğunluğa ve dolayısıyla daha az bir haksızlık içeriğine sahip olduğu ileri sürülebilse de, bu durum zaten alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulmaktadır.¹²⁴

5. OLASI KASTIN TCK'DA DÜZENLENİŞ BİÇİMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Bu konuda her şeyden önce, Kanun'da kast, taksir tanımına yer verilmemeli, bu kavramların içeriği doktrin ve uygulamaya bırakılmalıdır denmektedir. Eğer mutlak bir tanım yer alacaksa genel olarak bu kavramların tanımı yer almalı buna karşılık olası kast ve bilinçli taksir tanımı bulunmamalıdır. Özellikle de olası kast yanlış tanımlanmış buda bilinçli taksir tanımının içini boşaltmıştır.¹²⁵ Kastın tanımında

¹²¹ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 159.

¹²² Aydın, a. g. m., s. 78.

¹²³ Bayraktar, a. g. m., s. 30.

¹²⁴ Tezcan/Erdem, a.g.r, s. 341.

¹²⁵ Mahmutoğlu, Fatih Selami, "TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 364.

öngörmek yokken olası kastı tanımlayan 21. maddenin 2. fıkrasında olası kast, *“kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fülü işlemesi halinde olası kast vardır.”* şeklinde tanımlanmıştır. Burada, kastın tanımından farklı olarak öngörme koşulu getirilmiştir.¹²⁶ Diğer taraftan olası kast, failin, sonucu öngördüğü halde, bu sonucun gerçekleşme ihtimalini göze alarak hareketini gerçekleştirmesi durumunda söz konusu olduğundan, tanımdaki *öngörmesine rağmen* ifadesi yerine *öngördüğü halde* ifadesine yer verilmelidir.¹²⁷ Gerek olası kast halinde gerekse bilinçli taksir halinde ortak olan bir nokta vardır ki o da, neticenin fail tarafından öngörülebilesidir. İki kavram arasındaki fark, neticenin öngörülebilesiyle değil bunun göze alınması ve kabullenilmesiyle ilgilidir. Nitekim olası kastı tanımlayan Avusturya Ceza Kanunu’nun m. 5/1 c.2’de *“gerçekleşmesi fail tarafından ciddi biçimde mümkün görülen ve göze alınan”* ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle Kanun’da, olası kastın tanımına, *“neticenin mümkün görülmesi ve göze alınması”* ögesi eklenmelidir.¹²⁸ Olası kastın mevcut halinde aslında bu kavramın değil bilinçli taksirin tanımı yapılmıştır.¹²⁹ Ayrıca, olası kast cümlecığının yetersiz kaldığı, bunun yerine örneğin, *“yoğunlaşmış taksir kastı”*, *“istenilmeyen kast”* veya *“neticeye bağlı kast”* ifadelerini kullanmanın daha isabetli olacağı belirtilmektedir.¹³⁰

B. BİLİNÇLİ TAKSİR

Ceza hukuku anlamıyla taksir, kanun tarafından düzenlenmiş hukuka aykırı bir fiilin, iradi olarak gerçekleştirilmesine karşılık, neticenin fail tarafından öngörülebilesi gerekirken öngörülememesi ki bu bilinçsiz taksirdir veya öngörüldüğü halde istenmemiş (bilinçli taksir) olmasıdır.¹³¹ Yani işlediği fiilde kusurlu görülen failin istemediği so-

¹²⁶ Özen, Mustafa, “5237 Sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 65, 2006, s. 202.

¹²⁷ Toroslu/Ersoy, a. g. m., s. 10.

¹²⁸ Tezcan/Erdem, a.g.r, s. 340.

¹²⁹ Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Türk Ceza Kanunu Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 294.

¹³⁰ Alagöz, Mehmet, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 248.

¹³¹ Çakmut, Özlem Yenerer/Çakmut, Alp, “Taksir Kavramı”, *İstanbul Barosu Dergisi*,

nuçtan sorumlu tutulması taksiridir. Böylelikle kastın dışında da bir sorumluluk şekli kabul edilmiştir. Ancak, taksir istisnai sorumluluk niteliğindedir. Başka bir ifadeyle ancak kanunda taksirle işlenmesi mümkün görülen suçlar bakımından bu sorumluluk kabul edilmiştir.¹³²

Taksir bir sorumluluk şekli olarak 765 sayılı TCK'da var olmasına karşın bilinçli taksir kavramı, bu Kanunu'na 8.1.2003 tarih ve 4785 sayılı Kanunla eklenmiştir. Maddeye göre "*Failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*" Yeni Kanun'da ise 22. maddenin üçüncü fıkrasında, "*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*" şeklinde tanımlanmıştır.¹³³ Karşılaştırmalı hukukta da bazı ceza kanunları taksiri tanımladıkları gibi söz konusu ayrıma da yer vermişlerdir. Örneğin, tarihli 1930 İtalyan Ceza Kanunu, 1950 tarihli Yunan Ceza Kanunu, 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu,¹³⁴ doktrinde bu ayrımın, ceza hukukunda klasik suç teorisinin etkisiyle kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğunun kabulünün bir sonucu olduğu ifade edilmiştir.¹³⁵ Diğer taraftan da, bilinçli taksir ifadesi yerine *öngörülü taksir* denilmesinin daha doğru olduğu da savunulmaktadır. Buna göre, *öngörülü taksir* deyiimi ile bilinçli taksir deyiimi aynı anlamdadır. Ancak bilinçli taksir deyiimi, bilinçsiz taksirin de olduğu izlenimini vermektedir ki bilinçsiz olanın cezalandırılması mümkün değildir.¹³⁶

Taksirin varlığı için her şeyden önce neticenin öngörülebilir olması gerekir. Böylelikle kaza ve tesadüften ayrılır. Fail, günlük hayat tecrübelerine göre öngörülebilmesi mümkün olan neticeleri gerekli özeni göstermemesi nedeniyle öngörememiş ve bu nedenle hukuk düzenini tarafından kendisine sorumluluk yüklenmiştir. Ortak, günlük hayat tecrübelerine göre, öngörülemeyecek bir netice varsa fail kusurlu sayılıp cezalandırılmaz. Failin neticeyi öngörebilip, öngöremeyeceği tespit edilirken, kişisel, ekonomik durumu, tecrübesi, yaşı, zekâ derecesi, beden kusurları ve cinsiyeti dikkate alınmalıdır. Ayrıca, hareketin

C. 76, S. 2, 2002, s. 424.

¹³² Erem/Danışman/Artuk, *a. g. e.*, s. 456.

¹³³ Demirbaş, *a. g. e.*, s. 342.

¹³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 577.

¹³⁵ Özgenç, *a. g. e.*, s. 333.

¹³⁶ Erem/Danışman/Artuk, *a. g. e.*, s. 468.

yapıldığı zaman ve bu zamandaki şartlar da önemlidir.¹³⁷ Bilinçli taksir halinde fail, iradi olarak gerçekleştirdiği hareketinden kanuni tanıma uygun, hukuka aykırı bir sonucun gerçekleşebileceğini öngörmekte, tahmin etmekte olmasına rağmen, neticenin gerçekleşmesini istememekte, gerçekleşmeyeceğini ummakta ve buna güvenmektedir. Fail, fiilinin tehlikeli olabileceğini anlamakta, ancak bu tehlikenin derecesini anlayamamakta ve yeteneğine ya da şuuruna güvenerek bu neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünüp hareket etmektedir.¹³⁸ Söz konusu bu düşünce veya güven failin yükümlülüklerine aykırı bir şekilde gerçekleşmektedir. Böylece, bilinçli taksirde, gerçekleşmesi olası sayılan neticenin gerçekleşmeyeceğine, fail, yükümlülüklerine aykırı olarak, özensiz bir şekilde güvenmektedir. Örneğin, yoğun sisin görüş mesafesini oldukça azaltmış olmasına rağmen, motorlu kayıkla boğazın bir yakasından diğer yakasına yolcu taşımaya teşebbüs eden kişi, bu koşullarda bir deniz kazasına sebebiyet vereceğine ihtimal vermiştir, ancak tecrübelerine, mesleğinin gerektirdiği yükümlülüklerine aykırı bir şekilde güvenerek “bir şey olmaz” düşüncesiyle kayığına yolcu alarak boğazda sefere çıkmış ve yapmış olduğu kaza sonucunda insanların ölümüne ya da yaralanmasına neden olmuştur.¹³⁹ Burada fail, neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünüp risk almaktadır.¹⁴⁰ Diğer taraftan fail, olası saydığı sonucu kabul etmemektedir de. Doktrinde bu nedenle, TCK’nın 21. maddesi gerekçesinde olası kast için verilen örneklerin aslında bilinçli taksiri oluşturduğu belirtilmektedir.

Verilen örnek bakımından, mermilerin sırf isabet edebileceğini bilmiş olmak olası kastın varlığı için yeterli değildir, bunun için neticenin fail tarafından kabul edilmesi de gerekir, bu olgular ispatlanamazsa olası kast değil bilinçli taksir söz konusudur denmektedir.¹⁴¹ Hemen belirtmeliyiz ki, bir kişinin trafik suçu işlemesiyle ceza hukuku anlamındaki sorumluluğu birbirinden farklıdır. Örneğin, sırf, failin ehliyetinin olmaması onun taksirli hatta bilinçli taksirli olarak hareket ettiğini göstermez. Fail, bu durumda ehliyetsiz araç kullanmakla trafik suçu işlemiştir ancak kaza ile failin sürücü ehliyetine sahip olmaması

¹³⁷ Çakmut/Çakmut, a. g. m., s. 425, 431, 437.

¹³⁸ Çakmut/Çakmut, a. g. m., s. 252.

¹³⁹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a. g. e., s. 252.

¹⁴⁰ Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, İstanbul 2006, s. 62.

¹⁴¹ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 38.

arasında bir illiyet bağı kurulabiliyorsa, trafik kazasının meydana geliş şekli de dikkate alınarak bilinçli taksirin varlığı tartışılabilir.¹⁴²

Özetle, neticenin öngörülmüş olması ancak buna karşın istenmemesi bilinçli taksirdir. Bilinçsiz taksirden farkı da buradadır, bilinçsiz taksirde fail, neticeyi öngörmesi gerekirken öngörememektedir. Bilinçli taksirde ise bu netice öngörülmekte ancak istenmemektedir.¹⁴³

C. OLASI KAST-BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI

Bu gün ceza hukuku öğretisinde en çok tartışılan konulardan birisi olası kast ile bilinçli taksir ayrımıdır. Çünkü ikisi arasında çok ince bir çizgi vardır ve bu çizgi iyi belirlenemediği takdirde kolaylıkla yanlış sonuçlara varılabilir.¹⁴⁴ Her iki kavram arasında her ne kadar gerçekleştirilen fiilin bilinçli ve iradi olması ortak bir nokta olsa¹⁴⁵ da birin kastın diğeri taksirin bir çeşidi olduğu unutulmamalıdır.¹⁴⁶

Neticenin öngörülmesi her ikisinde de ortak olan unsurdur. Ancak bilinçli taksirde fail öngörmüş olduğu neticeyi istemez ve bu nedenle göze almaz, aldırılmaz bir tavır takınmaz.¹⁴⁷ Kanuni tanıma uygun fiilin ya da neticenin gerçekleşmeyeceğini ummak dahi bu konuda ayırt edici bir kıstas değildir. Çünkü böylesine bir umut, kanuni tanıma uygun eylemin gerçekleşmesine katlanma halinde de mümkündür.¹⁴⁸ Olası kast halinde de fail, kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini arzu etmemektedir, sadece kabullenmektedir.¹⁴⁹ Fail için ulaşmaya gayret ettiği hedef o kadar önemlidir ki, fail bu hedefe uğraşma uğruna kanuni tanıma uygun bir fiilin gerçekleşme ihtimaline katlanmaktadır. Bu netice/neticelerin gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda kayıtsızdır, kabullenmiştir. Kişi netice/neticeleri doğrudan istemiyorsa da gerçekleşmesini de kabullenmektedir. İşte bu kabullenme püf noktasını oluşturmaktadır. Öngörülen netice kabulleniliyorsa olası

¹⁴² Şen, *a. g. e.*, s. 63.

¹⁴³ Çakmut/Çakmut, *a. g. m.*, s. 436.

¹⁴⁴ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 36.

¹⁴⁵ Erem/Danışman/Artuk, *a. g. e.*, s. 36.

¹⁴⁶ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 36.

¹⁴⁷ Özbek, *a. g. e.*, s. 300.

¹⁴⁸ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *a. g. e.*, s. 252.

¹⁴⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi...*, s. 334.

kast, kabullenilmiyorsa bilinçli taksir söz konusudur. TCK, tanımda kabullenme unsurunu eksik bırakmıştır. Bu nedenle de olası kast-bilinçli taksir sınırı çizilememiştir. Kabullenme unsuruna sadece gerekçede temas edilmektedir denmektedir.¹⁵⁰ Bu konuda Yargıtay 1. CD'nin 15.10.2002 tarihli kararı örnek olarak verilebilir. Buna göre, A., askerliği sırasında AIDS hastalığına yakalanmış, ama buna rağmen bu durumu açıklamayarak mağdur S. ile evlenerek ona da hastalığın bulaşmasına neden olmuştur. A.'nın burada bilinçli taksirle mi yoksa olası kastla mı hareket ettiği belirlenmelidir. A., öngörülebilir neticeye rağmen hareketini yapmıştır. Ancak olası kastın var olup olmadığı da araştırılmalıdır. Bunun için A.'nın öngördüğü bulaşma neticesini kabullendiğinin de ispatı gerekir. Eşiyle cinsel ilişkiye girerek, cinsel ilişki yoluyla bulaşan bir hastalık olan AIDS'in eşine bulaşmasını A., kabullenmiştir. Bu nedenle olayda, olası kastla öldürmeye teşebbüs söz konusudur. Olası kast halinde, sorumluluk neticeye göre belirleneceğinden, A.'nın yaralamadan sorumlu tutulması gerekir. Nitekim Yargıtay da bu olayda eylemin TCK m. 456/3'e uyup uymadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir.¹⁵¹

Yargıtay 1. CD 10.5.2006 tarihli bir kararında, sanığın iş ortağı maktulenin kalp hastası olduğunu bilmesine rağmen olay günü, basit derecede etkili eylemde bulunması ve buna bağlı olarak gelişen kalp yetmezliği sonucu ölümün meydana gelmesinden dolayı, sanığın ölüm sonucu istememekle birlikte öngördüğünün anlaşılması üzerine bilinçli taksirle öldürmenin var olduğuna hükmetmiştir. Eğer fail söz konusu bu olayda mağdurun kronik kalp hastası olduğunu bilmeksizin fiilini gerçekleştirmiş olsaydı, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek ölüm neticesini öngörememiş olması nedeniyle taksirle öldürmeden sorumlu tutulmalıydı. Eğer fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne tamamen uygun davranmış olsaydı bile yine ölüm sonuncu öngörebilecek durumda değildi ise bu ölümden dolayı sorumlu tutulamayacak ve fiilinden ötürü sadece kasten yaralamadan sorumlu tutulabilecekti. Eğer fail, kronik kalp hastası olduğunu bildiği hasmına uygulamış olduğu saldırı sonunda, mağdurun kalp krizi geçirebileceğini öngörmüş ve bu sonucu da, günlük konuşma dilinde kullanıldığı şekliyle, *"bana ne, ölürse ölsün diyerek"* kabullenmiş ve bu sonucun ger-

¹⁵⁰ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 36, 37.

¹⁵¹ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 40, 41.

çekleşmemesi için herhangi bir çaba harcamamışsa olası kastla adam öldürmeden sorumlu tutulmalıdır. Ancak, “*bu kişi kalp hastasıdır, benim fiilim neticesinde ölebilir ama ölmeyecek, ölmeyecektir*” şeklinde bir algılamayla, gerçekleşmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı olarak güven duyduğu bu sonucu istememekle birlikte fiiline devam etmekte ve neticede ölüm olmaktadır. Fail, bu halde bilinçli taksirle hareket etmektedir. Fail, öngördüğü bu neticeyi, sadece kabullenmek suretiyle de olsa istememekte, yalnızca gerçekleşmeyeceğini sanmaktadır.¹⁵²

SONUÇ

Bu çalışmamızda da belirtmeye çalıştığımız gibi kusurluluk ve bunun belirlenmesi ceza hukukunun gerçekten en önemli ve zor problemlerinden birisidir. Çünkü kusurluluk ve inceleme konumuzu oluşturan kastla ilgili doktrinde pek çok görüş ifade edilmiş ancak bunlardan hiç birinin diğerine önemli derecede bir üstünlük sağladığı görülememiştir. İyi bir amaçla yola çıkılan yeni ceza kanunu yapma çalışmaları, dünyanın hiçbir yerinde görülmeyen bir yasama faaliyeti içinde ve yine dünyanın hiçbir yerinde görülmeyen kısılaktaki bir süre içinde, Avrupa Birliği’ne girme çabası gerekçesiyle, olmaması gerektiği biçimde bir “*panik mevzuatına*” dönüşmüş, bir ülkenin hukuk sisteminin çok önemli bir disiplini ve milyonlarca insanın düşünce ve davranışları yönünden bugünü ve geleceği hiçbir bilimsel yöntemle bağdaşmayan bir biçimde düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu da ceza hukukunda yer alan diğer pek çok konunun yanı sıra özellikle ceza hukukunun en büyük problemlerinden birisi olan kusurluluk konusunda hatalı düzenlemelerin yapılmasına ve acelecilik nedeniyle uyarılara rağmen bu hataların düzeltilmemesine neden olmuştur. Kast konusunda yapılan düzenlemelerin bu konuda çok daha büyük karışıklıklara yol açabilecek biçimde oldukları görülmektedir. Özellikle kast ve bilinçli taksir tanımlarının eksik ve hatalı yapılması buna ek olarak kanunun gerekçesinde bu konuya ilişkin olarak yapılan açıklamaların ve örneklerin de hatalar içermesi nedeniyle sorun adeta içinden çıkılmaz bir hal almıştır.¹⁵³ Kast kuralının genel bir hüküm olarak düzenlenmesi yanında, özel kasta yer verilmesi gereken durumlarda bunun kanu-

¹⁵² Erdağ, A. İhsan, “Karar İncelemesi”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 9, 2006, s. 31-33.

¹⁵³ Dülger, a. g. m., s. 108.

ni tanımında düzenlenmeyişi de sorunlu, eksik ve uygulamada objektif sorumluluk uygulamasına yol açabilecek düzenlemedir. Bazı suçlar vardır ki, özel kastın açıkça tanımında belirtilmesini gerektirir. Bu yapılmamışsa örneğin TCK m. 102'nin gerekçesinde olduğu gibi gerekçede yer verilen ifadelerle o suç özel kastla işlenen bir suç haline getirilemeyeceği gibi kast tanımının bu özel suç tiplerine ilişkin hükümlere uygulanışı objektif sorumluluğa yol açabilecektir. Örneğin sahte resmi belgeyi kullanma suçuna ilişkin 204. maddede evrakın sahteliğini bilerek kullanma ifadesine yer verilmediği için sadece genel kastla kullanma eylemini gerçekleştirenin objektif sorumluluğuna gidilecektir.¹⁵⁴ Bütün bu açıklamalar da göstermektedir ki, yapılması gereken iş konuyla ilgili olan, 21 ve 22. maddelerde değişiklik yapılmasıdır. Bu gerçekleşmezse uygulamada hatalı kararların çıkması kaçınılmaz olacak ve yeni ceza yapısında kuramsal açıdan büyük bir çelişki yaşanmaya devam edecektir.¹⁵⁵

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006.
- Avcı, Mustafa, "Öldürme ve Yaralama Suçlarının Manevi Unsuru", *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Mart 2005.
- Avcı, Mustafa, "Türk Ceza Kanunu TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.
- Aydın, Öykü Didem, "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu Tasarısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, 2004.
- Adıgüzel, Recep, "Yeni Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir", *Ankara Barosu Dergisi*, 2005/1.
- Alagöz, Mehmet, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.
- Bayraktar, Köksal, "Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir

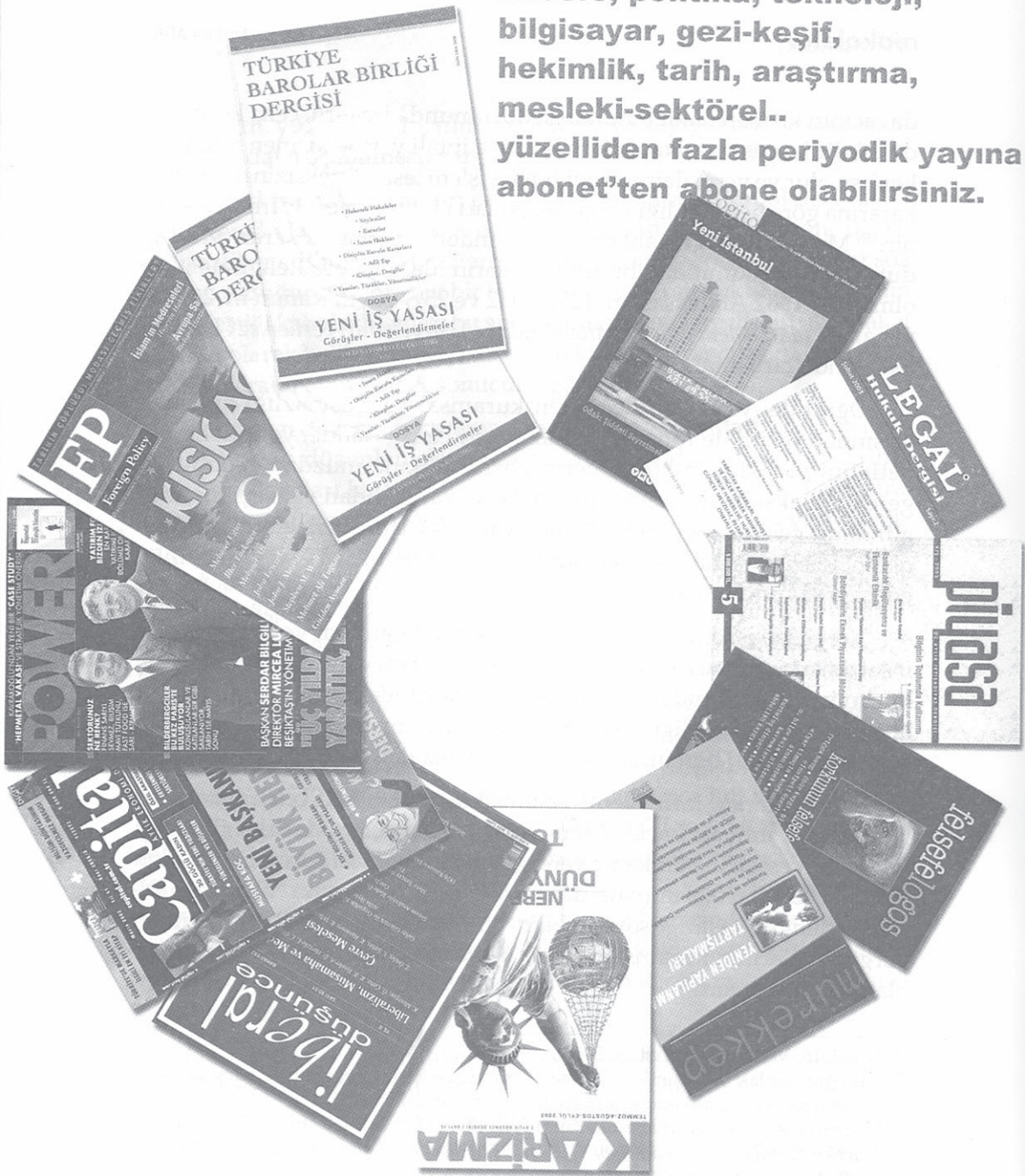
¹⁵⁴ Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl.1, S. 1, 2006, s. 49.

¹⁵⁵ Dülger, a. g. m., s. 108.

- Değerlendirme Ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.
- Çakmut, Özlem Yenerer/Çakmut, Alp, "Taksir Kavramı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.76, S. 2, 2002.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.bası, Ankara 2006.
- Dülger, Murat Volkan, "5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları Ve Türleri- Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", *Hukuk Ve Adalet Dergisi*, Yıl.2, S. 5, 2005.
- Erdağ, Ali İhsan, "Karar İncelemesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 9, 2006.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997.
- Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku I*, Ankara 2005.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Güngör, Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, 2007.
- İçel, Kayhan/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih S/Ünver Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 1999.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 1991.
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, C.I, Genel Hükümler, 2006.
- Özar, Süleyman, "Türk Ceza Hukukunda Sapma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, 2006
- Özen, Mustafa, "5237 Sayılı Ceza Kanununa İlişkin Eleştiriler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 65, 2006.
- Özgenç, İzzet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Özgenç, İzzet, "Kast-Taksir Kombinasyonları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C.6, Sy.1-2, 1998.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2005.

- Sözüer Adem, “Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi” başlıklı oturumda yapmış olduğu konuşma, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 1. Kitap, Ankara 2004.
- Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.1, İstanbul 2006.
- Tezcan, Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004
- Toroslu, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, *Yargıtay Dergisi*, S. 1-2, Ocak-Nisan 1990.
- TOROSLU, Nevzat/Ersay Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2.Kitap, Ankara 2004.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 2006, Ankara.
- Ünver Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 1, Sy.1, 2006.
- Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Nemci, “Türk Ceza Kanunu Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.

**felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.**



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net