

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN KASIT VE TAKSİRE İLİŞKİN MADDELERİNE ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

Elvan KEÇELİOĞLU*

1. Giriş

YTCK¹'nin getirmiş olduğu önemli yeniliklerden birisi de kendisini kanunun şekli yapısında göstermektedir. YTCK'da her maddeye başlık verilmiştir. Adalet Komisyonu Raporu'nda da *“madde başlığı ve gerekçesi madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır”*² denilerek konunun yorum bakımından önemi ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Hiç kuşkusuz Türk Ceza Kanunu reform çalışmalarının en önemli amaçlarından birisi de yasanın dilinin değiştirilmesidir. Yasa dilinin değiştirilmesinden anlaşılması gereken şey, sadece kavramların değiştirilmesi değil; bu kavramların sadeleştirilmesi, çağcıllaştırılması ve sonuçta teknik anlamlarına uygun bir şekilde yasaya yerleştirilmesidir. Yasalaştırılma çalışmalarında hukuki bir metodun oluşturulması için mümkün olduğu kadar soyut ve tek anlama gelen terimlerin kullanılması zorunludur.³ Çünkü bu olmaksızın hukuk için ortak bir anlayış ve payda oluşturma ve sonuçta hukuki barişe ulaşma olanağı yoktur.⁴

* Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu.

² Özgenc, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 44.

³ Terimler ve kavramlar bir bilime özgü anlam ve içeriği dile getiren sözcüklerdir. Bunlar bir bilimin gerekli bir kısmını oluşturmaktadır. İşte fizik için kitle, güç, hareket, moment, enerji ve elektron ne derece gerekli ise terim ve kavramlarda hukuk bilimi için o derece gereklidir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s. 250 vd.

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz http://de.wikipedia.org/wiki/Juristische_Fachsprache. 19.04.2009 s. 15:30. Bu konunun ayrıca insanlık, insan hakları ve siyasal yönlerini de anlatan ayrıntılı bir çalışma için bkz. Eroğul, Cem, “Anayasa ve Tüze Dilinin Türkçeleştirilmesi”, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 49/3-4: 119-48.

Tüm bunların farkında olan yasakoyucu bu konudaki çabasını Adalet Komisyonu Raporu'nda "...Komisyon tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda hazırlanan metinlerde, anlaşılır bir Türkçe kullanılmıştır. Madde metinleri, son derece teknik bir dille ifade edilmiştir. Kullanılan kavramlar, farklı anlaşılmalara önleyecek biçimde ve özenle seçilmiştir." demiştir.

Bu çalışmada daha uzun yıllar Türk ceza hukuku öğretisi ile yargı kararlarını meşgul edecek olan "doğrudan kasıt", "olası kasıt", "bilinçli taksir" ve "basit taksir" in arasındaki ayırımın değerlendirilmesi üzerinde durulmayacaktır.⁵ Bu çalışmanın temel konusu yasanın 21 ve 22. maddesinde gösterilen kasıt ve taksir ile düzenlemelerine, dil-mantık çerçevesini de içeren eleştirel bir bakış açısı ile yaklaşmak ve çalışmanın sonunda dile getirilen eleştiriler ışığında yasa metnine ilişkin değişiklik önerisi sunmaktır. Bu, hiç kuşkusuz, yasakoyucunun yukarıda belirtilen esinlendiği ideale de ne derece yaklaştığının da bir irdelemesi olacaktır.

2. Kasıt

YTCK, 21. madde başlığı "Kast"tır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kelimenin asıl yazımı "Kast" değil "Kasıt"tır. Ancak kelimeye "ı" ile başlayan bir harf geldiğinde aradaki '-ı' düşerek kelime "kasdı" şeklinde yazılmaktadır.⁶ Bu bakımdan madde başlığında "kast" kelimesinin kullanılması yanlıştır. Doğru kullanım "kasıt" olmalıdır.

Ceza hukuku dogmatğinde kasdın çeşitli şekillerde alt gruplara ayrılarak incelendiği görülmektedir. Bu gruplandırmalar içerisinde bugün artık sadece tarihi anlam taşıyan gruplandırmalarla karşılaşmak mümkündür.⁷ Ancak cezai sorumluluğa yapmış olduğu etki

⁵ Bu konuda doktrinin dondurulması tehlikesine karşın yasakoyucunun hukuki belirlilik ilkesi gereğince bu kavramları tanımlama yolunu seçmesi takdir edilmelidir. Bu sayede yasakoyucu modern yasalaştırma eğilimine uygun bir davranış sergilemiştir. Bilindiği üzere Polonya Ceza Kanunu (m. 8) Avusturya Ceza Kanunu (m. 5, 6) İsviçre Ceza kanunu (m. 12) ve Rus Ceza Kanunu da (m. 24) bu kavramları yasal olarak tanımlama yolunu seçmişlerdir.

⁶ <http://tdkterim.gov.tr/seslisozluk/?kategori=yazimay&kelimesec=036385> 19.02.2009 sa:14.10.

⁷ Dolus indirectus, dolus indeterminatus, Bu kavramlar bugün için cezai sorumluluk üzerinde herhangi bir etki de bulunmamaktadır. vd. Bakınız: Bauman/Weber/ Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003, S 491.

bakımından kasıt iki alt gruba ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan birincisi, “doğrudan kasıt” bir diğeri ise “dolaylı” yani yasanın tabiriyle “olası kasıt” tır.⁸

Doğrudan kasıt (*dolus directus*): Kasıt, YTCK’nın 21. maddesi 1. fıkrasında “*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” denilerek tanımlanmıştır. Söz konusu tanım bozulmadan fakat edilgen yapıyla türkçe dil yazım kuralları da dikkate alılarak şu hale getirilmelidir: “*Kasıt, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilinerek ve istenilerek gerçekleştirilmesidir.*” Ancak bu sayede kastın bilme ve isteme unsurları arasındaki yazım ahengi sağlanmış olacaktır.⁹

Olası kasıt (*dolus eventualis*): YTCK m. 21. f. 2. şu şekilde tanımlanmıştır “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır*”.

Bu tanımlama da Türkçe yazım kuralları açısından sakıncalıdır. Yine öngörmenin olası kasdın unsuru haline getirildiği bu tanım bozulmadan, madde metni türkçe yazım kuralları açısından düzeltilmeye tabi tutulmalıdır. Ayrıca hukuk genel teorisiyle ilgili yaklaşımlar göz önünde bulundurulmalıdır. Hukuk teorisine göre hukuk düzeni herşeyden önce bütün hukuk kurallarının ve kurumlarının içeriksel birlikteliğinden oluşmaktadır.¹⁰ Bu bakımdan hukuk normları ve kurumları ussal bir açıklık ve çelişmezlik içerisinde kurgulanmalıdır.¹¹

İlk olarak f. 1’deki kasıt tanımına uydurulması bakımından olası kasdın da edilgen yapıyla tanımlanması yerinde olur.

Ayrıca f. 2 de sözü geçen “*kişi*” kavramı da hukuk dilinde tüzel kişileri de içerisine alan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.¹² YTCK’ya göre tüzel kişilerin cezai sorumlulukları yoktur, suçun faili olamazlar. (m. 20. f. 2) YTCK bu sonuca tüzel kişilerin hareket yete-

⁸ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 414.

⁹ Alman hukuk çevrelerince doğrudan kasıt kendi içerisinde 1. dereceden ve 2. dereceden doğrudan kasıt olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Ancak sonuçta bunlar doğrudan kasıttır ve aralarında cezai sorumluluk bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bauman/Weber/ Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 483.

¹⁰ Vesting, Thomas, *Rechtstheorie*, München 2007, S.35.

¹¹ Vesting, *Rechtstheorie*, s. 49.

¹² bkz. TCK 20. f. 2., TCK. 60. Medeni Hukuk Bakımından Bkz. Öztan, Bilge, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları*, Ankara 2003, s. 207.

neğinin olmadığı ve kusurlu hareket edemeyeceklerine ilişkin genel doktrinel tartışmalardan yola çıkarak ulaşmaktadır.¹³ Kusurlu hareket edemeyeceklerinden dolayı, tüzel kişilerin suçun faili olamayacaklarına ilişkin yasakoyucunun açık iradesini YTCK ile ortaya koyduğu dikkate alındığında, geleneksel türk doktrini bakımından hala kusurluluğun bir ve en önemli şekli olarak nitelenen kasdın düzenlendiği madde metninden *'kişi'* kelimesinin çıkarılması gerekmektedir. Dolayısıyla şu şekilde bir tanımlama daha yerinde olacaktır: *"Suçun, kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen, gerçekleştirilmesi halinde olası kasıt vardır."*

Öte yandan üzerinde durulması gerekli bir diğer konu ise özel kasıttır. YTCK ile beraber, özel kasdın Türk hukuk doktrinine Fransız hukukuyla girdiği ve YTCK bakımından bu ayırmadan vazgeçildiği ileri sürülse de¹⁴ bu fikre katılmanın olanağı yoktur. Bir kere özel kast 765 sayılı Kanun'la getirilmiş bir tanımlama değildir. Tıpkı YTCK'da olduğu gibi 765 sayılı TCK'da da suçun kanuni tanımında yer alan bir unsurdur. Bu nedenle YTCK sistemi ile ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Eğer bu iddiada ile doktrinel bir tanımlama olan özel kasdın tanımlanmasının artık bir önemi kalmadığı ileri sürülüyorsa, buna da katılma olanağı yoktur. Çünkü amaç ve saikin bazı durumlarda suçun temel şekline, bazı durumlarda ise suçun nitelikli şekline ilişkin bir unsur oluşturduğu yine bilimsel çalışmalarda belirtilmektedir.¹⁵ Kasdı ve taksiri tanımlama yolunu seçen yasakoyucunun bu tercihi karşısında bilakis özel kasda yönelik doktrinel çalışmaların önemi pratik açıdan daha da artmıştır. Çünkü suçun kanuni tanımındaki unsurların neler olduğu, bu bağlamda amaç ve saikin unsur oluşturup oluşturmadığı, eğer bunlar unsur kabul edilecekse, bunun öngörülüp öngörülmediğinin, olası kasıt ile suçun gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğinin tespiti bakımından önem arz etmektedir. Çünkü YTCK'da suç kalıbında *'bilerek- bildiği halde'* gibi kavramların kullanıldığı suçların olası kasıtlı işlenmesi olanağının olmadığı kabul edilmiştir.¹⁶ Bu kavramların suç tanımında gösterilen ve amaç/saik kavramlarıyla karıştırılma olanağı çok yüksektir. Kanun koyucu suç kalıpları içerisinde birbirinden farklı

¹³ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 280.

¹⁴ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 268.

¹⁵ Soyaslan, *Ceza Hukuku*, S. 418.

¹⁶ 21. maddenin gerekçesi.

fakat amaç ve saik olarak nitelenebilecek birçok kavramı kullanabilir. Bu bakımdan bu kavramların bu suçun özel kasıtle işlenecek bir suç mu olduğu; yoksa olası kastla işlenemeyecek bir suç mu olduğunun tesbiti cezai sorumluluğun ortaya konulması bakımından önem arz etmektedir. Yukarıda vurgulandığı gibi, kanunda yine *'bilerek-bildiği halde'* kelimelerinin kullanıldığı suçlar olası kasıt ile işlenemeyen suçlardır.¹⁷ Ayrıca Demirbaş'ın da haklı olarak belirttiği gibi saikin yani özel kasdın belirlenebilmesi ve ortaya çıkarılabilmesi o suçu diğer suçlardan ayırabilmek için zorunludur.¹⁸ Son olarak özel kasdın Avusturya Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında tanımlandığını belirtmekte fayda vardır.

Görüldüğü üzere ceza hukukunda kasıt *"doğrudan kasdı"* ve *"olası kasdı"* içine alacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Bu sebeplerle 21. maddenin 1. fıkrasında yeralan *"kast"* kelimesinin de madde başlığıyla uyumlu hale getirilebilmesi için *"doğrudan kasıt"* şekline dönüştürülmesi hem dil- mantık yapısı açısından hem de ceza hukuku öğretisi açısından zorunludur. Bu sayede ayrıca YTCK'nın 27. maddesinde düzenlenen *"sınırın kasıt olmaksızın aşılması..."*, Suça teşebbüsle ilgili m. 35. f. 1'de düzenlenen *"Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu..."*, bağlılık kuralının düzenlendiği m. 40 f. 1'de yer alan *"Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı..."* cümlelerdeki kasıt teriminin uygulamasıyla ilgili tereddütler ortadan kalkacaktır.

3. Taksir

Taksirle ilgili düzenlemeler YTCK'nın 22. maddesinde 6 fıkra halinde yapılmıştır. Madde incelendiğinde oldukça ayrıntılı bir düzenleme olduğu dikkati çekmektedir.¹⁹

¹⁷ 21. maddenin gerekçesi.

¹⁸ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006., Demirbaş devamında '...failin kastının sözkonusu saikin etkisi altında oluşmuş olması durumunda artık "özel kasttan" söz edilir. Örneğin fail birisinin malını faydalanmak amacıyla alırsa hırsızlık, kırmak için alırsa nas-ı ızzar, o malın kendisine ait olduğu iddiasıyla alırsa İhkak-ı Hak suçu oluşur...' S. 344.

¹⁹ Madde 22. (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gel-

Burada ilk olarak 1. fıkranın anlamı üzerinde durmakta fayda vardır. Söz konusu norm sadece teknik bir anlam ihtiva etmektedir. Bu madde sayesinde artık kasden işlenen suçlara ilişkin kanuni tariflerde kasdın aranacağına ilişkin ayrı bir açıklığa gerek kalmamaktadır.²⁰ Ayrıca suçun işlenişinde kastın açıkça ortaya çıkarılamadığı durumlarda doğrudan taksirli sorumluluk yoluna gidilmesi hukuka aykırıdır. Bu özellikle “suçun maddi unsurlarında hata” durumunda çokça uygulanmaktadır. Tüm bu durumlarda taksirin, ayrıca olayda bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir.²¹ Söz konusu madde kastın tespit edilemediği durumlarda bir taksirden dolayı otomatik cezalandırmanın önüne geçme amacı da taşımaktadır ve bu amacı gerçekleştirecek şekilde kaleme alınmalıdır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, suçun taksirli şeklinin kasıtlı şekline göre herhangi bir normatif ya da dogmatik eksikliği söz konusu değildir. Ancak yine belirtmek gerekir ki bütün bilimsel uğraşılara rağmen sistemleştirme ve kavramsallaştırma bakımından kasıtlı suçlardaki açıklığa ve berraklığa henüz taksirli suçlar bakımından ulaşamamıştır.²² Taksirli ve kasıtlı işlenecek suçlar arasındaki ayrım taksirin haksızlık veya kusur muhtevasının, kastın haksızlık veya kusur muhtevasından daha az olmasıdır.²³ Madde bu haliyle kasıtlı ve taksirli suçlar arasında suçların kusur muhtevasındaki ayrımı dikka-

mesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarından altıda bire kadar indirilebilir.

²⁰ Schroeder, F.C., “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998, s. 257., Lackner Karl Kommentar, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 1997, S. 100, P.15 Kn.1

²¹ Haft, Frityof, *Satrafrecht Allgemeiner Teil*, München 1992, s. 145. Yasa koyucu m. 30 f. 1’de “bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır” diyerek sorunu çözmüştür. Ancak bu çözüm sadece suçun maddi unsurlarında hata durumu için geçerli olabilecek bir çözümdür.

²² Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1., München 2006., S. 1062., P. 24 Kn.2.

²³ Schroeder, “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, s. 256.

te alarak kanun maddeleri arasında her ne kadar şekli olmasa da içeriksel bir hiyerarşi kurmaktadır. Halbuki kanun koyucunun yapması gereken yukarıda saydığımız uygulama kolaylığına yol açacak bir düzenleme yapmaktır. Öyleyse tanım şu şekile dönüştürülebilir. *“Suçun taksirli şeklinin cezalandırılacağı kanunda açıkça belirtilmemişse sadece kasıtlı şekli cezalandırılır.”* Bu sayede ayrıca kanunun özel hükümlerindeki suç tiplerinde kasdın bir unsur olarak ayrıca belirtilmesine gerek kalmayacaktır.

Maddenin düzenlenmesinde kanun koyucu tarafından göz ardı edilmiş diğer bir konu ise kavram ve terim birliğidir. Türk ceza hukuku öğretisinde, hareket, fiil, eylem, davranış gibi kelimeler dikkate alındığında, bir terim birlikteliğine ulaşılamamıştır. Bu kelimeler birbiri yerine kullanılmıştır. Hiç şüphesiz, kanun koyucu böyle bir lükse sahip değildir. Ancak YTCK’da da bu kelimeler birbiri yerine gelişigüzel olarak kullanılmaktadır.²⁴ Esasen birbirlerinden farklı anlamlar içeren bu kelimelerin gelişigüzel kullanımı türk ceza hukuku dogmatığının gelişimini engelleyici ve mahkeme içtihatlarını kilitleyici bir rol oynayabilirler.

Bu bakımdan öncelikle üzerinde durulması gereken YTCK m. 22 f. 1’de geçen *“taksirle işlenen fiiller”* tabiridir. Kasdın tanımında suç ke- limesinden yararlanırken ve temel ilke *“suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır”* şeklinde ifade edilirken, burada *“fiil”* kelimesinin kullanılma gerekçesi anlaşılamamaktadır. Kanunun gerekçesinde bunun bilinçli bir tercih olduğuna ilişkin bir ibare bulunmamaktadır.²⁵ Bilindiği üzere fiil teknik bir ceza hukuku terimidir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, türk ceza hukuku öğretisinde bu gibi terimler birbiri yerine kullanılmaktadır. Türk öğretisindeki anlamıyla fiil, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.²⁶ Ayrıca fiil hareket ve ihmali kavramlarını kapsayan bir üst kavram olarak da karşımıza çıkmaktadır.²⁷

²⁴ Öztürk/Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.127.

²⁵ Bkz. 22. maddenin gerekçesi.

²⁶ Hafızogulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 190.

²⁷ Özgenç’e göre fiil, “aralarında esaslı mahiyet farkları mevcut olmakla birlikte kasten veya taksirle işlenen icrai veya ihmali bütün haksızlıkların esasını teşkil etmektedir... Fiil icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir... Fiil kişinin iradesiyle hakim olduğu belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranıştır.” Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*,

Yasakoyucu taksiri düzenlediği 22. maddenin değişik fıkralarında da yukarıda saymış olduğumuz kavram birlikteliğini gözardı etmektedir. Nitekim,

m. 22 f. 3'te "*taksirli suç*",

m. 22 f. 4'te "*taksirle işlenen suç*",

m. 22 f.5'Te failin "*taksirle işlediği suç*" ve

m. 22 f.6'da ise "*taksirli hareket*" terimleri kullanılmıştır.

Kanun metninde böylesine bir çoğulculuk yanlıştır ve öngörüle-meyen sonuçlar ortaya çıkarabilir. Örneğin taksir kavramının *hareket* kavramıyla beraber kullanıldığı m. 22 f. 6'nın ihmali suçlarda uygulanmayacağına ilişkin iddia, türk ceza hukuku doktrinde hareket ve ihmali "*davranış*" ya da "*fiil*" üst başlığı altında inceleyen doktrini takip eden hukukçular tarafından ileri sürülürse kendi içinde tutarlı bir iddia olacaktır. Oysaki bilindiği üzere dikkat ve özen yükümlüğünün ihlali olarak taksir en az hareket kadar ihmali bir şekilde de ortaya çıkabilmektedir.

Bu tehlikelerden kurtulmak için taksirin tanımında da tıpkı kasıttaki olduğu gibi suç kavramıyla bağlantılı bir şekilde tanımlamakta fayda vardır. Suç kavramı hukukumuz bakımından daha az tartışmalı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Suç; fiil, davranış, hareket, icra ve ihmali kavramlarının iç içe geçme özelliği dikkate alındığında, burada "*suç*" kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

Özellikle kanunun hata ile ilgili düzenlemelerinin (m. 30) klasik suç teorisini zorlamaya başladığı,²⁸ bu sayede suçun unsurlarına ilişkin tartışmaların zenginleştiği, "*haksızlık*" gibi türk ceza hukuku bakımından yeni sayılabilecek bir terimle kanun metninde karşılaşılan bir dönemde, öğretinin hem kendi içerisinde hem de yasakoyucu ile arasında kavram ve terim birliğine ilişkin bir uyumun oluşmaması sorunu daha da ağırlaşabilir. Bu tür sorunların çözümü için ilk adımın atılması, sağlam bir ceza hukuku dogmatığının üzerine inşa edilebileceği temel bir kavramın ortaya konulmasına bağlıdır. Bu ister "*fiil*", ister

S.154 vd;ayrıca Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, S. 110.

²⁸ Sözüer, Adem, "Die Reform des türkischen Strafrechts" ZStW, 119 Band , Heft 3.2007, S. 721

“hareket” ister “davranış” olarak adlandırılabilir. Fakat bu kavram kendisine yüklenen anlam itibariyle cezalandırılabilir insan davranışının tüm ortaya çıkış biçimlerini kapsamalıdır. Bu biçimlerin birbirlerinden içeriksel olarak ayrıldığı noktalarla bağlantı kurabilmelidir. Bu kavram ayrıca kasıtlı, taksirli ve ihmali suçlar arasındaki cezalandırabilir temel öğeyi de tasvir etmelidir. Bu türk ceza hukukun ihtiyaç duyduğu kavramın “temel yapı” özelliğidir. Öte yandan, söz konusu kavram değişik suç kategorilerini birbirine bağlama özelliğine de sahip olmalıdır. Dolayısıyla bağlayıcı/bağlantı kurucu bir yapıya sahip olmalıdır. Ayrıca cezalandırabilir insan davranışı, cezalandırılmayan diğer tüm insan ve hayvan davranışlarından ayırmaya da hizmet edeceği için bir sınırlayıcı özelliğe de sahip olmalıdır.²⁹

Tekrar başlık ve metin içerisindeki kavram birliğine ya da uygunluk konusuna döndüğümüzde, kasıttaki yani m. 21’de yapılan mantıki/sistematik yanlış, taksirde de tekrarlanmıştır. Taksir hem madde başlığında, hemde metin içerisinde kullanılmıştır. Oysaki ceza hukukunda taksir, cezai sorumluluğa yaptığı etki bakımından ikiye ayrılmaktadır. Bunlar; basit ve bilinçli taksirdir.

22. madde başlığı taksir olarak konulmuştur. Daha sonra m. 22 f. 2’de ise “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir” denilerek tanım yapılmıştır.

Burada da kasıttaki yapılan benzer bir hata yinelenmiş kavramlar birbirinin yerine kullanılmıştır. Buradaki taksirin madde başlığı ile uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır. Bunun için m. 22 f. 2’de kullanılan taksir kelimesinin basit taksir olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Bir diğer sorunda, tanımda ortaya çıkmaktadır. Norm teorisi açısından tanımlayıcı norm olarak nitenebilecek bu cümlelerin tasvir edici özelliği dikkate alındığında edilgen çatıyla –kasıt için önerdiğimiz gibi– kurulması yerinde olacaktır. Tanımlayıcı normlar kanunun belli ifadelerine verdiği teknik anlamı belirten, açıklayan kurallardır. Bunlar, ne bir davranışı emretmekte, ne yasaklamakta, ne de kişilere belli bir davranışta bulunmayı emreden normların uygulanmasına istisna

²⁹ Almanya’da ceza hukukunu öğretisinin üzerine inşa edildiği “Handlung” kavramının işlevleri için bkz. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 238, P.8 Kn.1-4.

getirmekte ve uygulanmasını sınırlandırmaktadır.³⁰ Bu bakımdan taksirin kanunda gösterilen unsurlarında herhangi bir şekilde bozulmadan şu şekildeki bir tanım daha uygun gözükmektedir:

"Basit Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde suçun kanuni tanımındaki neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir."

Kanun'daki bilinçli taksirin tanımına ilişkin olarak da benzer eleştiriler dile getirilebilir. Öncelikle bilinçli taksirin tanımındaki "kişi" teriminin de bu teriminin teknik anlamı ve bu bağlamda tüzel kişilerin suçun faili olamayacaklarına ilişkin yasal kabul dolayısıyla madde metninden çıkarılması yerinde olacaktır. Yine benzer bir yaklaşımla yasakoyucunun bilinçli taksirin unsurlarına dokunmadan tanımın edilgen bir yapı içerisinde ifade edilmesi gerekirse şu şekilde bir ifade daha yerinde olacaktır. *"Bilinçli taksir, istenilmeyen neticenin öngörülerek gerçekleştirilmesidir."* Bu sayede bilinçli taksiri basit taksirden ayıran unsur olarak "öngörme" yükleminden hemen önce kullanılarak Türkçe kuralları çerçevesinde ayrıca vurgu kazanmış olmaktadır.³¹

Yasakoyucunun taksir ile ilgili olarak getirmiş olduğu önemli bir yenilikse YTCK' nın m. 22 f. 6'da kendisini göstermektedir. Buna fıkraya göre *"Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir."* Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu hüküm Türk ceza hukuku için önemli bir yeniliktir. YTCK hazırlanırken yola çıkılan temel prensiplerin kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesi olduğu Adalet Komisyonu Raporu'nda belirtilmiştir.³² Söz konusu bu hükümde hümanizm ilkesinin kusur ilkesini yumusattığı ve uygulama bakımından geriletliği, kendine alan açtığı bir madde olarak gözükmektedir. Ancak dayandığı felsefi nokta açısından oldukça başarılı olan bu madde sistematik yeri bakımından ve formülasyonu bakımından yerinde midir?

³⁰ Hafızoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 65.

³¹ Türkçe'de genel olarak vurgu yükleme en yakın sözcükte bulunmaktadır. <http://www.edebiyatsanat.com/dil-bilgisi/44-sozcukte-anlam/309-cumlede-vurgu.html>. 18.05.2009 sa.15.40

³² Adalet Komisyonu Raporu için bkz., *Gazi Şerhi*, s. 44.

Öncelikle belirtmek gerekir ki “*taksirli hareket sonucu neden olunan netice*” tabiri yine türkçe açısından başarısız bir düzenlemedir.

Ayrıca aynı cümlelerde kullanılan “*sonuç*” ve “*netice*” arasında herhangi bir anlam farkı yoktur. Aynı cümle içerisinde eş anlamlı sözcüklerin böylesi bir kullanılışı türkçe yazım kurallarına aykırılık teşkil etmektedir ki³³ aynı anlama gelen farklı sözcüklerin kullanımı da daha fazla bir aykırılık teşkil etmektedir.

Kanun koyucu burada tekrar “*taksirli hareket*” tabirini kullanmıştır. Bu bilinçli bir tercih olmadığına göre, diğer maddelerle ahengin sağlanması bakımından hem de bu kelimenin yukarıda sayılmış olunan farklı anlamları gözönüne alındığında “*taksirli hareket*” yerine “*taksirli suç*” kavramının kullanılması daha uygun olacaktır.

Ayrıca dikkat edilmesi gereken diğer ve önemli bir nokta ise şu cümlede kendini göstermektedir. “*failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa*” Bu cümlede ceza hukuku dogmatigi bakımından oldukça sıkıntılı bir düzenlemedir. Çünkü ceza hukukunda suçun aktif ve pasif sujesi birleşmez. Bu madde maddi ceza hukukunu ilgilendiren bir norm olduğu için “*mağdur*”un ve “*fail*”in teknik anlamları ile kullanıldığıнын ceza hukukun disipliner yapısı bakımından kabulü zorunludur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Adalet Komisyonu Raporu’nda da bu iddiada bulunulmuş, terimlerin teknik anlamlarına uygun bir şekilde kanuna yerleştirildiği belirtilmiştir.³⁴ Bu bakımdan bu normda suçun mağdurunun ve failinin aynı kişi olabileceğinin kabulü gerekmektedir ki bu ceza hukuku bilimi açısından kabul edilemez çünkü ceza hukuku bilimi kendisini sadece kanun koyucunun iradesinde ve kanunun normatif yapısında bulmaz. Böyle bir iddia ceza hukukun dogmatigine ve doktrinine aykırıdır. Söz konusu madde ancak ve ancak “*dolayısıyla faillik*” durumunda hareketi gerçekleştiren kişinin araç kişi olarak kabul edildiği ve bu araç kişinin hareketinin tipik olmadığı durumlarda söz konusu olabilmektedir ki zaten bu durumlarda da aradaki kişi suçun faili olarak cezalandırılmaktadır.³⁵ Ancak yasakoyu-

³³ Çelik, Yakup, “İmla Kuralları ve Anlatım Bozuklukları”, *Üniversiteler İçin Türk Dili Ders Kitabı* (Editör: Abdurrahman Güzel), Ankara 2008. s. 222 vd.

³⁴ Adalet Komisyonu Raporu, in. Gazi Şerhi, s.44.

³⁵ Bu Konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Keçelioglu, Elvan, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 65 Temmuz/Ağustos 2006. s. 73-88.

cunun böyle bir iradede bulunduğu iddia edilemez. Bu iddia, amaçsal ve sistematik yoruma aykırıdır. Bu bakımdan söz konusu formülasyonun “mağdur” kelimesi dışarıda bırakılacak şekilde yapılması gerekmektedir. Ayrıca buradaki taksirli kelimesini taksirin bir üst kavram olduğu gerçeği karşısında basit taksir olarak değiştirme zorunluluğu vardır. Çünkü taksirli suçlarda cezanın kaldırılması sadece basit taksirli suçlar bakımından kabul edilmiştir. Bilinçli taksir halinde bu hakimnin takdirine bırakılmıştır.

Ayrıca diğer tartışılması gereken bir konuda fıkranın yeri ile ilgilidir. Maddenin düzenlenmesi gereken yer “taksir” başlığını taşıyan bu fıkra mı olmalıdır? Yoksa konunun cezaların şahsileştirmesi özelliği ve cezanın hesaplanması ile ilgili olduğu için düzenlemenin yerinin YTCK’nın birinci kitap 3. kısmın 3. bölümü mü olmalıdır? Burada artık taksirin unsurlarına ilişkin bir düzenleme olmadığı ve bu konuya rengini veren temel konunun cezaların bireyselleştirmesi olduğu için maddenin kanunun cezaların bireyselleştirmesini başlığını taşıyan bölümüne nakledilmesi düşünülebilir... Özellikle bilinçli taksir bakımından bu tipik bir cezanın bireyselleştirmesi durumudur. Çünkü hakimnin takdirine bırakılmıştır. Bunun şahsi bir cezasızlık sebebi olduğu ileri sürülemez, çünkü şahsi cezasızlık sebepleri hakimnin takdirine bırakılan sebepler değildir.³⁶ Ancak yasakoyucunun aksi yöndeki takdiri ise sistematik ve dogmatik bir yanlış olarak nitelendirilemez Bütün bu eleştirilerden sonra sözkonusu maddenin şu şekildeki yazımı daha uygun olacaktır.

“Fail, basit taksir ile işlemiş olduğu suçtan artık bir cezaya hükmedilmesini gerektirmeyecek derecede etkilenmişse cezalandırılmaz. Bilinçli taksir halinde ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”

4. Sonuç

Yukarıdaki eleştiriler ışığında kanundaki düzenlemelerin şu şekilde yapılması daha yerinde olacaktır.

Madde 20.- (1)...

(2)...

³⁶ Bauman/Weber/ Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 578.

(3) Suçun taksirli şeklinin kanunen ayrıca cezalandırılmadığı durumlarda, suç sadece kasten işlenebilir.

Madde 21.- Kasıt

(1) Doğrudan Kasıt, Suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilinerek ve istenilerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Suçun, kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen, gerçekleştirilmesi halinde olası kasıt vardır. Bu hâlde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.

Madde 22.- Taksir

(1) Basit Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde suçun kanuni tanımındaki neticesinin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Bilinçli Taksir, istenilmeyen neticenin öngörülerek gerçekleştirilmesidir.

(3)...

(4)...

(5) Fail, basit taksir ile işlemiş olduğu suçtan artık bir cezaya hükmedilmesini gerektirmeyecek derecede etkilenmişse cezalandırılmaz. Bilinçli Taksir halinde ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **[0212] 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

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