

5237 SAYILI YTCK'DA KASTIN UNSURLARI VE TURLERİ - ÖZELLİKLE OLASI KASTIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Murat Volkan Dülger**

GİRİŞ***

Ceza hukukunda, suç genel teorisinin önemli inceleme konularından birisini belki de en önemlisini “kusurluluk” konusu oluşturmaktadır. Hatta bu konuda “ceza hukukunda hiçbir konunun failde bulunması gereken irade kadar önemli ve temel bir sorun oluşturmadığı” ifade edilmektedir¹.

Gerçekten de “kusur”, hukukun ve özellikle ceza hukukunun en temel kavramı olup, ceza hukukunda kendisini “nulla poena sine culpa” (kusursuz suç ve ceza olmaz) ilkesiyle göstermektedir².

Ceza hukuku açısından bireyin yasal tanımda belirtilen ve suç oluşturan eylemi gerçekleştirmesi tek başına sorumlu tutulması için yeterli olmamakta, failin ayrıca bu eylemi gerçekleştirirken kusurlu bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir.

Kusurluluk kavramı da kendi içinde ayrımlara tutulmasına rağmen kusurluluğun temel ayrımı olarak “kast” gösterilmektedir. Nitekim ceza yasalarında da failin gerçekleştirdiği eylemden sorumlu tutulabilmesi için asıl olarak kasıtlı şekilde hareket etmesinin gerektiği belirtilmekte, diğer kusurluluk durumlarının ise istisna olduğu ifade edilmektedir.

Böylelikle manevi unsuru oluşturan kavramlardan belki de en önemlisi olan “kast” kavramı özellikle yeni ceza yasası da dikkate alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

İşte bu çalışmanın konusunu da kastın unsurlarının ve türlerinin incelenmesi oluşturmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde genel olarak kusurluluk konusu işlendikten sonra, ikinci bölümde kast kavramı ve unsurları, üçüncü bölümde ise kastın türleri konusu incelenmektedir.

5237 sayılı YTCK'da inceleme konusuyla ilgili düzenlemelere ilişkin açıklamalara geniş yer verilmiş, 765 sayılı TCK ile bu yeni yasanın düzenlemeleri karşılaştırılmış ve

* Bu makale, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y: 2 S: 5, Nisan 2005, s.65–111'de yayınlanmıştır.

** Avukat; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

*** Yazar, 2004-2005 öğretim yılı güz döneminde verdiği “ceza hukukunda kusurluluk” isimli doktora dersiyle konun anlaşılması ve bu makalenin ortaya çıkmasında, getirdiği eleştiriler ile makalenin bilimsel açıdan daha iyi duruma gelmesinde ve her zamanki, örnek nitelikteki büyük desteğiyle makalenin yayınlanmasında büyük emeği geçen Doç. Dr. Yener Ünver'e teşekkür borçludur.

¹ Hyman Gross, A Theory of Criminal Justice, New York, Oxford University Press, 1979, s.74.

² Yener Ünver, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.109.

özellikle çok tartışma konusu olan “olası kast” kavramı bu çalışmanın sınırları içerisinde mümkün olduğunca geniş şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

I. Ceza Hukuku’nda Kusurluluk

A. Kusurluluk Kavramı

1. Genel Olarak Kusurluluk ve Tarihçesi

Kusurluluk kavramı, tüm hukuk disiplinlerini ilgilendiren ve üzerinde önemle durulan bir sorundur. Ancak özellikle ceza hukukunda kusurluluğun suçu oluşturan unsurlardan biri olması dolayısıyla, failin gerçekleştirdiği eylem nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için eylemi gerçekleştirirken kusurlu olmasının gerekmesi, bu kavramın ve buna ilişkin açıklamaların önemini arttırmaktadır.

Bireyler, gerçekleştirdikleri yasada tanımlı ve hukuka aykırı eylemlerinden dolayı ancak, gerçekleştirdikleri eylem nedeniyle kınanabildikleri, bu eylem öznel açıdan kendilerine yüklenebildiği, kısaca gerçekleştirdikleri eylem nedeniyle kusurlu oldukları takdirde³ sorumlu tutulabilirler⁴. Bu nedenle, ceza hukukuna anlam veren ve onu diğer hukuk disiplinlerinden ayıran unsurun “kusurluluk” olduğu belirtilmektedir⁵. Nitekim “actus non facit reum nisi mens sit rea” kuralının, ceza hukukun en temel ilkelerinden birisi kabul edilerek, tek başına eylemin bir anlam ifade etmediği belirtilmekte ve kusurluluğun suçun oluşumu açısından olmazsa olmaz nitelikteki önemi vurgulanmaktadır⁶. Modern ceza hukuku ilkelerinin geçerli olduğu tüm ülke hukuklarında da ceza hukuku açısından failin sorumlu tutulabilmesi için “kusurluluk ilkesi” kabul edilmiştir⁷.

Kusurluluğun suçun subjektif unsuru olma bağlamında üstlendiği iki önemli işlevi bulunmaktadır. Bunlar, cezayı gerekçelendirme işlevi ve cezayı sınırlandırma işlevidir⁸. Özellikle cezayı gerekçelendirme işlevinden hareketle herkes kendi kusurundan dolayı cezalandırılabilir. Böylelikle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ulaşıp buna

³ Ayrıca bireylerin gerçekleştirdikleri eylem nedeniyle sorumlu tutulabilmeleri için kusur yeteneğine de sahip olmaları gerekmektedir. Ancak kusur yeteneği suçun bir unsuru değildir. Dolayısıyla kusur yeteneği suç teorisi içinde sorumluluk hukuku kısmında yer almalıdır. Çünkü kusur yeteneği suçun unsuru olarak kabul edilirse, kusur yeteneğinin olmadığı durumda suç da oluşmayacağı için akli hastalarına ya da çocuklara emniyet tedbirlerinin uygulanabilmesinin hukuksal esası açıklanamaz. Oysa kusur yeteneği sorumluluk hukuku kısmı içinde değerlendirildiğinde failde kusur yeteneği olmasa da suçun oluştuğu kabul edilecek ancak kusur yeteneği olmayan fail gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmayacak ancak yaptırım açısından sorumlu tutularak kendisine emniyet tedbiri uygulanabilecektir.

Bu konu açısından özellikle yetişkin bireylerin kusur yeteneğine sahip oldukları kabul edilmekte ancak aksine bir durumun varlığını gösteren işaretlerin veya savların bulunması halinde bu durum araştırılmaktadır.

⁴ **Yener Ünver**, “Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1999, s.801.

⁵ **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.310.

⁶ **Richard Card**, Card Cross and Jones Criminal Law, 16th Edition, Bedfordshire, Lexis Nexis Butterworths, 2004, s.54. Kısaca “mens rea” olarak anılan bu ilke ceza hukukun temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmekte ve bunun Haughton v. Smith davasına bakan Lord Hailsham LC tarafından “irade suçlu değilse, eylem (faili) suçlu yapmaz” anlamına geldiği belirtilmektedir.

⁷ Buna örnek olarak ülkemizde de örnek alınan ülke hukukları verilebilir. Buna göre, Almanya’da Alman Anayasa Mahkemesi’nin ve Yüksek Mahkeme’nin (BGH) yerleşik kararları ile bu ilke, Anayasal bir temel ilke konumuna getirilmiştir. İtalya’da kusur ilkesi, Anayasada pozitif bir norm olarak düzenlenmiştir. Fransa’da ise kusur cezalandırılabilirliğin temel ilkesi olarak kabul edilmektedir. **Hans Heinrich Jescheck**, “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Çev: Adem Sözüer, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.30.

⁸ **Hans Joachim Hirsch**, “Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu”, Çev: Yener Ünver, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.297, **Jescheck**, Karşılaştırmalı Bir İnceleme, s.37; **Ünver**, Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı, s.803.

normatif bir dayanak sağlanabilmekte ve dolayısıyla kusurluluk günümüzde hukuk devletinin önemli bir ilkesi haline gelip insan hakları alanında da koruyucu bir işlev görmektedir⁹. Nitekim özellikle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının bir görünümü olduğu belirtilmektedir¹⁰.

“Kusur” aslında sadece bir ceza hukuku kavramı değildir. Bu, teoloji ve felsefe gibi disiplinler ile kriminoloji, psikoloji gibi gözleme dayalı çok sayıda başkaca bilim dalları tarafından kullanılan ve bireylerin iradi hareketleriyle bunların sonucundan bireye yönelik bir anlam çıkarmak ve yüklenimde bulunmak amacıyla kullanılan bir kavramdır. Ancak bu kavram zamanla ceza hukukun vazgeçilmez bir ögesi haline gelmiştir.

Kusurluluk kavramının ceza hukukuna girişi oldukça yenidir. İkel toplumlarda bireyin kusurlu olup olmadığı araştırılmadan bireye yalnızca gerçekleştirdiği eyleme göre ceza verilmiştir. Bu nedenle döneme “suçun maddi görünüş” aşaması denilmiştir¹¹.

Ancak Roma Hukuku'nun gelişmiş olduğu dönemlerde cezalandırma için failin kusurlu olmasının gerektiği bilincine varılmıştır¹². Bunu Kilise Hukuku izlemiş, bu hukukun etkinlik kazanmasıyla insanın iradesi ve taşıdığı kötü düşünceler cezalandırılmaya başlanmıştır. Bu da cezalandırmayı eylemden ayırmış içinde kötü düşünceler ya da şeytanı taşıdığı gerekçesiyle kişiler kusurlu sayılmış ve gerçekleştirdikleri bir eylem olmaksızın cezalandırılmışlardır. Bu düşünce tarzı da insanlığı engisizyon dönemine götürmüştür¹³.

Nihayet Ceza Hukukunun Kilise Hukukundan ayrılmasıyla kusurlu iradeyle gerçekleştirilen eylemin cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Bu arada yüzyıllardır tekrarlanarak temel bir kural haline gelen “mens rea” ilkesi işlerlik kazanmaya başlamıştır¹⁴.

Modern ceza hukukunda birçok ilkesel kuralın yanında bireyin ancak kusurlu davranışından dolayı sorumlu tutulabileceği ilkesi benimsenmiştir. Buna göre çağdaş, modern ceza hukukunda, kusursuz cezalandırma (objektif sorumluluk) kabul edilmemektedir¹⁵.

2. Kusur ile Kusurluluk Arasındaki Ayrım

Kusurluluk fail açısından incelendiğinde failin “kusuru”, eylem yönünden incelendiğinde ise eylemin “kusurluluğu” söz konusu olmaktadır. Yani eylem açısından kusurluluktan söz edilirken, bunu gerçekleştiren fail açısından failin kusurlu olduğundan söz edilmektedir¹⁶. Suç genel teorisinin esas inceleme konusunu failin gerçekleştirdiği eylem ve failin bu eylemi gerçekleştirirken sahip olduğu manevi durum oluşturduğu ve tüm açıklama

⁹ Ünver, Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı, s.802.

¹⁰ Vesile Sonay Evik, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Der: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.287.

¹¹ Kayıhan İçel, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul, İÜHF Yayını, 1967, s.32; Kayıhan İçel/Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.39.

¹² Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, s.197

¹³ Füsün Sokullu Akıncı, “Ceza Hukukunda Kusurluluk”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.95,96.

¹⁴ Kayıhan İçel/Füsün Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi, 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s.198; Sokullu Akıncı, a.g.y., s.95.

¹⁵ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2001, s.193; Sulhi Dönmezer, “Mukayeseli Hukukta Yasalaştırma Eğilimi ve İlkeleri”, İÜHF Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan Sayısı, İstanbul, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, s.836.

¹⁶ İçel vd., a.g.e., s.198.

ve incelemeler bunlar esas alınarak yapıldığı için, bununla uyum sağlamak adına suçun bir unsuru olarak “kusurluluk” kavramı kullanılmaktadır¹⁷.

Kusurluluk; failin hukuka uygun hareket edebilme olanağına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmesi ve gerçekleştirmesi nedeniyle, bu eylemin faile yüklenebilmesi ve bundan dolayı kınanabilmesidir¹⁸. Bu kusurluluk tanımından da görüldüğü üzere fail açısından dikkate alınan nasıl bir hayat sürdüğü değil, suç oluşturan eylemi kusurlu olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir¹⁹. Bu açıdan eylemin faile yüklenebilmesinin nedeni, failin doğru karar vermek yerine yanlış karar vermesinde görülmektedir²⁰. Ayrıca belirtilmelidir ki kusur konusunda verilecek değer yargısı yani failin kınanması ahlaksal nitelikte olmayıp hukuksal niteliktedir²¹.

Bir başka deyişle kusurluluk; suçun objektif unsurları (tipiklik, hukuka aykırılık ve maddi unsur) yanında gerçekleştirilen eylem ile failin psikik yani ruhsal ve düşünsel bağını ortaya koyan, suçun sübjektif yani manevi unsurunu (the moral element of a crime/mens rea²²)²³ oluşturmaktadır²⁴. Dolayısıyla kusurluluk kavramında bütün suçların sübjektif unsurunu toplayıcı bir anlamın yer aldığı ifade edilmektedir²⁵.

Kusurluluk kavramı Anglo Sakson hukuk sisteminde de ceza sorumluluğunun gerçekleşmesi için bir unsur olarak kabul edilmekte ve “mens rea” kavramıyla karşılanmaktadır²⁶.

B. Kusurluluğu Açıklayan Görüşler

Kusurluluğun esasını açıklama bakımından psikolojik ve normatif olmak üzere iki önemli kuram ileri sürülmüştür²⁷.

¹⁷ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.582; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.197; İçel vd., a.g.e., s.198.

¹⁸ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1992, s.267; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.194.

Almanya’da kusur ilkesinin yüksek mahkeme kararları esas alınarak yapılan açıklaması için bkz: Klaus Tiedemann, “Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu”, Çev: Feridun Yenisey, İÜHF, C:XLI, S:1-2, İstanbul, 1975, s.304-308.

¹⁹ Geçmiş dönemlerde fail açısından kusurluluk belirlenirken failin tüm yaşam kusurunun da etkili olduğu görülmüştür. Örneğin Almanya’da yaşam tarzı dolayısıyla kusurluluğun ceza tayininde etken olarak reddi ve eyleme dayalı kusurluluk prensibinin geçerli olduğunun açık bir biçimde belirtilmesi göreceli olarak yeni ve yakın bir tarih olan 1975 tarihli ceza hukuku reformuyla söz konusu olmuştur. Hans Heinrich Jescheck, “Almanya’da Ceza Hukuku Reformu Genel Bölüm”, Çev: Teoman Oğuzhan, İÜHF, İstanbul, C.XLIV, S.1-4, 1978, s.28.

²⁰ Wolfgang Frisch, “Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, Çev: Hakan Hakeri, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.125.

²¹ Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.194.

²² Anglo Sakson hukuk sisteminde suçun, maddi unsur ve manevi unsur olarak iki kısma ayrıldığı ve bunlardan manevi unsurun karşılığı olarak “mens rea” kavramının kullanıldığı belirtilmektedir. Bu kavrama karşılık gelmek üzere ayrıca “guilty mind”, “scienter” veya “criminal intent” terimlerinin de kullanıldığı belirtilmektedir. Wayne R. LaFare, Criminal Law, Fourth Edition, St.Paul, Thomson/West, 2003, s.239.

²³ Feyyaz Gölcüklü, “Criminal Law” Introduction to Turkish Law, Ed. Tuğrul Ansay, Don Wallace Jr., Ankara, Turhan Kiatbevi, 2000, s.167.

²⁴ Nevzat Toroslu, “Ceza Sorumluluğunun Gelişimi” YD, Ankara, C.16, No. 1-2, 1990, s.121.

²⁵ Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.429.

²⁶ Ceza sorumluluğunun gerçekleşmesi için aranan diğer unsur ise “actus reus” yani eylemdir. Card, a.g.e., s.55.

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.201-205.

1. Psikolojik Kuram

Bu kurama göre kusurluluğu, failin bilinç ve iradesinin gerçekleştirdiği hareket(ler) sonucu ortaya çıkan neticeye neden olduğu andaki durumu oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, failin ruhsal ve düşünsel faaliyetinin pozitif hukuk tarafından gösterilen neticeyle olan bağı kusurluluğu oluşturmaktadır²⁸.

Kusurluluğu açıklayan psikolojik kurama göre, failin kusurlu olarak kabul edilmesi için, failin gerçekleştirdiği hareketi ve bunun sonucunu istemesi gerekmektedir. Buna göre kusurluluk, fail ile eylem arasındaki psikolojik ilişki olarak anlaşılmalı dolayısıyla psikolojik kuram “taksiri” açıklama konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle de kast ve taksir aynı temele dayandırılarak açıklanmaya çalışılmaktadır²⁹.

Gerçekten psikolojik kuramın taksiri açıklamakta yetersiz kaldığı ortadadır. Çünkü bu kuramda hem taksir hem de kast aynı esasa dayandırılmaktadır. Oysa kast ile hareket eden bir fail gerçekleştirdiği eylem ile ruhsal ve düşünsel bir bağ kurarken (bilmek ve istemek şeklinde) taksirle hareket eden fail öngörülebilir bir neticeyi öngörmediği için kusurlu kabul edilmekte, ancak gerçekleştirdiği eylemle yukarıda belirtilen şekilde bir psikolojik bağ kurmamaktadır³⁰.

2. Normatif Kuram

Kusurluluğun esasını normatif kuramla açıklayan görüşe göre kusur, fail ile eylem arasındaki psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki üzerine verilen değer yargısıdır³¹. Buna göre kusurluluk, hukuka aykırı bir hareketin hukuk normlarıyla belirlenen yasaklara veya bireylere yüklediği ödevlere rağmen yapılması anlamına gelmektedir. Bu kurama göre hukuk kuralları bireylere belirli ödevler yüklemektedir, işte bu norma aykırı hareket eden kişi normatif bir açıdan kusurlu iradesini ortaya koymaktadır³². Dolayısıyla fail kendisine ödevler yükleyen hukuk kurallarına uymayarak bu yöndeki kusurlu iradesini ortaya koymakta ve bunun sonucu olarak da hukuk düzeni tarafından kınanmaktadır³³.

Böylelikle bireylere yüklenen ödevden hareket edilen bu kuramda kast ve taksir aynı esastan hareketle açıklanabilmektedir³⁴. Kast halinde fail bilerek ve isteyerek hukuk kuralına aykırı harekete ederken, taksir durumunda toplumsal yaşamın gereklerine karşı kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü göstermemektedir. Dolayısıyla fail bu durumların her ikisinde de normatif kurama göre kınanmaktadır³⁵. Böylelikle hem kastla işlenen eylemler hem de taksirle işlenen eylemler, suç olarak nitelendirilip cezalandırılabilir³⁶.

²⁸ İçel vd., a.g.e., s.200; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.584.

²⁹ İçel, a.g.e., s.11; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.201,202; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.585.

³⁰ Demirbaş,a.g.e., s.310.

³¹ Demirbaş,a.g.e., s.310.

³² Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.203.

³³ İçel, a.g.e., s.14; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.430.

³⁴ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.203; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.585.

³⁵ Demirbaş,a.g.e., s.311.

³⁶ Öğretide taksirli suçların cezalandırılmasına karşı çıkan görüşler de ileri sürülmüştür, bu görüşü genellikle kusurluluğu psikolojik kurama göre açıklayan yazarlar savunmuşlardır. Buna göre, kusurluluk neticenin fail tarafından istenilmesidir, buna göre ancak kast bir kusurluluk türü olabilir. Bilinçli ve bilinçsiz taksirde ise netice istenilmediği için kusurluluk söz konusu olmamakta dolayısıyla suç da gerçekleşmemektedir. Yani taksirle gerçekleştirilen eylemler gerçek anlamda suç oluşturmamaktadırlar. Bu tür eylemlere yalnızca emniyet tedbirlerine özel hukuk yaptırımları uygulanmalıdır. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz: Nevzat Toroslu, “Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı

Bu kuram da hangi ödevlere aykırılığın kınanacağı ve bu kınamaya kimin karar vereceğinin belirsiz olması nedeniyle eleştirilmiştir³⁷. Ne var ki, hangi ödevlere aykırılığın kınanacağı ceza normu içeren yasa maddelerinde gösterildiği gibi, bu kınamaya sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda yargıç karar verecektir³⁸. Bu nedenle normatif kuram açısından getirilen bu eleştiriye katılmak mümkün değildir.

Bugün için Alman hukukunda kusurun açıklanmasında egemen görüşün normatif kuram olduğu, kusur denilince psikolojik kuramın açıklanmasında olduğu gibi failin eylemiyle olan psikik ilişkisinin anlaşılmadığı; kusurun esasını kast olsun, taksir olsun kınanabilirlikte, yüklenebilirlikte görüldüğü belirtilmektedir. Dolayısıyla bu görüş doğrultusunda faile, doğru ve hukuka uygun bir yönde karar verebilecek iken haksızlık yapma yönünde karar vermesi yüklenmektedir³⁹.

3. Bağdaştırıcı Görüş

Öğretide kusurluluğu açıklayan her iki kuramın da doğru yönleri olduğu kadar eksik kalan yönlerinin de bulunduğu; ancak yine her iki kuramın da doğru yanlarının bulunduğu belirtilmektedir. Ayrıca kusurluluğun aslında failin iradesiyle ilgili bir durum olması nedeniyle psikolojik bir kavram olduğu ancak taksirin açıklanmasında normatif kuramın da geçerli olduğu belirtilmektedir⁴⁰. Nitekim öğretilerde bu iki görüşü bağdaştırabilmek için “kusurluluk, fail ile fiil arasındaki psikolojik ilişki nedeniyle, failin kınanabilmesidir” şeklinde bir tanım verilmektedir⁴¹.

Hem 765 sayılı TCK’da (bundan sonra kısaca TCK olarak anılacaktır) hem de 5237 sayılı YTCK’da (bundan sonra kısaca YTCK olarak anılacaktır) suçun manevi unsuru yani kusurluluk türleri olarak kast ve taksir gösterilmiştir. Her iki yasada da belirtilen kusurluluk türlerinin ortak noktası, fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerin özgür iradeye dayanmasıdır. Bu nedenle kusurluluğun esasını eylemin iradiliği belirlemek ve kusurluluğunun açıklanmasında psikolojik kuram baskın hale gelmektedir. Ancak failin taksirli davranışından sorumlu tutulabilmesi için normatif kuramın açıklamalarına da değer verilmeli ve böylelikle karma bir yol izlenmelidir⁴².

C. Kusurluluğun Kapsamı ve Kusurluluğun Çeşitleri

1. Kusurluluğun Kapsamı

Kusurluluğun kapsamı konusunda eylem kusuru ve fail kusuru şeklinde iki görüş ileri sürülmüştür.

Eylem kusurunda kusurluluk, fail tarafından gerçekleştirilen eyleme özgüdür. Fail gerçekleştirdiği bir eylemde kusurlu hareket etmişken gerçekleştirdiği bir başka eylemde tamamen kusursuz hareket etmiş olabilir. Eylem kusuru görüşü bu alandaki klasik ve liberal olan görüştür. Bugün de genellikle kabul edilen görüş budur. Buna göre failin tüm yaşantısı

Eğilimler”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1977, s.136; İÇEL, a.g.e., s.11,12,57,58.

³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.586.

³⁸ İÇEL vd., a.g.e., s.203.

³⁹ Frisch, a.g.y., s.124,125; Hirsch, a.g.y., s.298.

⁴⁰ İÇEL, a.g.e., s.17; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.205; Demirbaş,a.g.e., s.311.

⁴¹ Demirbaş,a.g.e., s.311.

⁴² İÇEL vd., a.g.e., s.204.

kusurluluğu açısından göz önünde bulundurulmaz, kusurluluğa ilişkin araştırma fail tarafından gerçekleştirilen eylemle sınırlı tutulur. Ancak failin kusurlu olduğu kabul edildikten sonra cezanın bireyselleştirilmesi açısından özellikle infaz aşamasında failin geçmiş yaşamı da göz önünde bulundurulabilmektedir⁴³.

Fail kusuru ise özellikle Alman pozitivistleri ve bunlar içinde de özellikle Von Liszt tarafından ileri sürülen bir görüştür. Buna göre kişi geçmiş yaşamıyla birlikte bir bütündür ve kişinin kusurluluğu açısından da gerçekleştirdiği tek eylem değil bütün bir yaşayışı göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre kusurluluk failin bir sıfatı ve niteliği halindedir⁴⁴. Bu görüş özellikle totaliter siyasi rejimlerin ceza kanunlarında benimsenmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, günümüz modern ceza hukukunda eylem kusuru görüşü kabul edilmiştir. Fail geçmiş yaşantısı ve özellikleri tamamen insancıl bir şekilde modern ceza hukukunun gereklerinden biri olan suçluyu sosyalleştirme (topluma kazandırma) ilkesi adına cezanın bireyselleştirilmesi açısından dikkate alınmaktadır⁴⁵.

2. Kusurluluğun Çeşitleri

Eylem ile fail arasında psikolojik ilişki nedeniyle failin kınanabilmesi olarak tanımlanan kusurluluk önceleri iki temel ayırmda incelenmekteydi ve bunlardan birisi sübjektif sorumluluk diğeri ise objektif sorumluluk olarak adlandırılmaktaydı.

Ancak modern ceza hukukunun ilkeleri ışığında objektif sorumluluk bir kusurluluk çeşidi olarak algılanmamalıdır. Çünkü kusurdan söz edildiğinde failin kast ya da taksirle hareket ettiğinin ortaya konulması gerekmektedir; oysaki objektif sorumlulukta failin kastla ya da taksirle hareket edip etmediği araştırılmamakta fail, eyleminin sonucunda gerçekleşen neticeden manevi bağ kurulmadan sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla objektif sorumluluk bir kusurluluk türü olmamaktadır.

Öğretide kusurluluk kavramından sübjektif sorumluluk anlaşılmaktadır. Modern ceza hukukunda ceza sorumluluğu sübjektif sorumluluğa dayanır⁴⁶. Sübjektif sorumluluk, yani kusurluluk kasttan doğan sübjektif sorumluluk ve taksirden doğan sübjektif sorumluluk olarak ikiye ayrılır.

Objektif sorumluluk ise, failin gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmasıdır. Aslında burada failin kusurlu olup olmadığı, bu yönde bir iradesi bulunup bulunmadığı aranmamakta birey gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmaktadır. Objektif sorumluluk, bir kusurluluk türü olarak kabul edilemeyeceği için, modern ceza hukukunda hiçbir şekilde yasalarda yer alamaması gerektiği hususu genel kabul görmektedir⁴⁷.

Hem TCK'da, hem de YTCK'da ilke olarak kusura dayanan, sübjektif sorumluluk kabul edilmiştir⁴⁸. Bunlarda suçun kasten işlenmesi esas olarak öngörülmekle beraber bazı suç tiplerinde özel olarak suçun taksirle de işlenebileceği belirtilmiştir. Gerçekten de suçların esas

⁴³ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.205,206; **Demirbaş**,a.g.e., s.311.

⁴⁴ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.206,207; **Demirbaş**,a.g.e., s.311.

⁴⁵ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.208.

⁴⁶ **Ünver**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s.109.

⁴⁷ **Ünver**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s.110.

⁴⁸ Farklı görüşte olan bazı yazarlar ise TCK'da kusurun, sübjektif sorumluluk ve objektif sorumluluk olarak ikiye ayrıldığını, bunlardan sübjektif sorumluluğun da kendi içinde kast, taksir ve kabahatlerde kusurluluk olarak üçe ayrıldığını; YTCK'da ise kusurun kast, taksir ve netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak üçe ayrıldığını belirtmektedirler. Bkz: **Demirbaş**,a.g.e., s.312.

olarak kasıtlı işlendiği ve genellikle suç oluşturan birçok olayda failin kasıtlı hareket ettiği belirtilmektedir⁴⁹.

Ancak modern ceza hukukunda kabul edilmemekle beraber (örneğin Alman Hukukunda objektif sorumluluk kabul edilmemekte ve StGB & 15 gereğince kastın ve taksirin cezalandırmanın vazgeçilmez şartı olduğu belirtilmektedir)⁵⁰ her iki yasada da objektif sorumluluk halleri düzenlenmiştir⁵¹.

Kusurluluk “kasttan doğan sorumluluk” ve “taksirden doğan sorumluluk” olarak iki ana başlık altında incelenmektedir. İşte bu çalışmanın konusunu da subjektif sorumluluğun yani kusurluluğun iki görünümünden birisi olan ve her iki yasada da ilke olarak esas sorumluluk türü olarak öngörülen “kast” (criminal intent)⁵² oluşturmaktadır.

Konu incelenirken kural olarak açıklamalar kast kavramına ve kasttan doğan sorumluluğa göre yapılacak olmasına karşın, konunun daha iyi ortaya konulabilmesi için yer geldikçe taksir kavramı ve taksirden doğan sorumlulukla kast ve taksir kavramları arasındaki ayrıma da yer verilerek konu açıklanmaya çalışılacaktır.

II. Kast, Kastın Taksirden Farkı, Kastı Açıklayan Görüşler ve Kastın Unsurları

A. Kast Kavramı

Yukarıda kusurluluğun yani subjektif sorumluluğun, kast ve taksir olarak iki şekilde gerçekleştiği belirtilmişti. Bu kuramsal ayırım aynen TCK’da ve YTCK’da da bulunmaktadır. Buna göre, yasanın suç saydığı bir eylem nedeniyle bireyin cezalandırılabilmesi için, kural olarak eylemin kasten işlenmiş olması gerekmektedir⁵³. Nitekim TCK’nın 45. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde “cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır”, YTCK’nın 21. maddesinin ilk fıkrasında ise “suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır” denilerek bu durum açık bir şekilde ifade edilmektedir.

⁴⁹ **A.P. Simester/G.R. Sullivan**, Criminal Law: Theory and Doctrine, Second Edition, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, s.126.

⁵⁰ **Hans Heinrich Jescheck**, “Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi” İÜHFİM, İstanbul, C.LIV, S.1-4, 1991-1994, s.21; **Jescheck**, Karşılaştırmalı Bir İnceleme, s.30.

⁵¹ YTCK’nın netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluğun düzenlendiği 23. maddesinde, failin gerçekleşen neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi aranmışsa da, fail tarafından gerçekleştirilen hareketle ortaya çıkan netice arasında “nedensellik bağının” bulunması gerektiği açıkça belirtilmediği için objektif sorumluluk halinin kalkmadığı ileri sürülebilecektir. Ancak söz konusu maddede “sebebiyet vermesi halinde” ifadesiyle, failin yaptığı hareketle gerçekleşen ağır netice arasında bir nedensellik bağının bulunması gerektiğinin belirtildiği de ileri sürülebilecektir. Bizce bu görüşlerden ikincisi benimsenerek, YTCK’nın 23. maddesinde düzenlenen “netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç” açısından, failin hem taksirli hareketinin hem de yaptığı hareketle gerçekleşen ağır netice arasında nedensellik bağının bulunması aranmalıdır. Ancak nedensellik bağının arandığının maddede açıkça belirtilmemesi uygulamada sorun yaratabilecek ve bu nedensellik bağı aranmadan failin yalnızca taksirli hareketinin bulunduğu tespitleriyle cezalandırma yoluna gidilebilecektir ki bu da bizce yasada olmayan bir objektif sorumluluk halinin uygulamada yaratılması olacaktır; böylelikle bu açıdan YTCK ile TCK arasında bir ayırım yokmuşcasına uygulamaya hatalı bir biçimde devam edilebilecektir. Bu nedenle yasa maddesi yukarıda belirtilen ikinci görüş doğrultusunda yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Ayrıca öğretilerde bu duruma genel olarak “objektif sorumluluk hali” denilmekteyse de yerinde gerekçelerle öğretide bunun yanılgılı bir görüş olduğu ve “taksir, kastın aşılması ve netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçların” subjektif sorumluluk hali olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda nedensellik bağının aranması gerekir. YTCK’nın 23. maddesi düzenlenmesinde nedensellik bağının arandığı açık bir biçimde ifade edilmediği için de için de objektif sorumluluk hali -özellikle uygulamada bu hususa dikkat edilmemesi halinde- devam edebilecektir. Bkz: **Unver**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s.111,112.

⁵² **Gölcüklü**, a.g.y., s.168.

⁵³ **Veli Özer Özbek**, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Kazanıcı Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi**, İstanbul, S.5,Ocak 2005, s.28; **İçel vd.**, a.g.e., s.229.

Ancak her iki yasada kastla ilgili düzenlemelerin bulunduğu 45. maddenin ve 21. maddenin ilk fıkralarında yer alan ifadelerin birbirinden farklı oldukları görülmektedir. TCK'da kastın varlığı cürümün oluşması için aranmışken, YTCK'da kastın varlığı suçun oluşması için aranmıştır. Bunun nedeni ise TCK'da suçların cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılması ve kabahatlerin oluşması için suçun manevi unsurunun yani failin kusurunun aranmamasıdır; söz konusu nedenle bu yasanın 45. maddesinde özellikle cürümler belirtilmiştir. YTCK'da ise modern yasalarda terk edilen bu ayırım bırakılmış ve kabahatler suç olmaktan çıkarılarak yalnızca eskiden cürüm olarak nitelendirilen eylemler düzenlenmiş⁵⁴; bu nedenle YTCK'nın kastın tanımlandığı 21. maddesinde “suçlar” ifadesi kullanılmıştır.

Öğretide TCK'da kullanılan “cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır” ifadesinin kastın, failin cezalandırılması için bulunması gereken bir koşul (ön şart) olduğu şeklinde yorumlanabileceği belirtilerek bu düzenleme şekli eleştirilmiş ve bunun yerine “suçun oluşması için kast bulunmalıdır” şeklinde bir ifadeye yer verilmesinin gerektiği belirtilmiştir⁵⁵. Gerçekten de kast, failin cezalandırılması için varlığı aranan bir koşul ya da ön şart değil suçun oluşumu için varlığı aranan suçun unsurlarından bir tanesidir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere YTCK'da bu eleştiri doğrultusunda bir düzenleme yapılmış ve kastın suçun oluşumu için varlığı aranan, suçun bir unsuru olduğu açık bir biçimde belirtilmiştir.

Failin kasten gerçekleştirdiği bir eylemden dolayı cezalandırılabilmesi için bu hususun, suçun yasal tanımında açık bir biçimde belirtilmesine gerek yoktur; yukarıda da belirtildiği üzere suç tipleri ilke olarak failin kasıtlı bir eylemle suçu gerçekleştirdiğini öngörerek düzenlenmektedir⁵⁶. Ancak, failin taksirli bir hareketin dolayı cezalandırılabilmesi için bunun yasal tanımdaki suç tipinde açık bir biçimde belirtilmesi gerekir⁵⁷. Dolayısıyla yalnızca yasada bir eylemin taksirle de işlenmesi halinin suç tipi olarak tanımlanması durumunda, taksirle gerçekleştirilen eylemden dolayı fail cezalandırılacaktır⁵⁸. Bu durum da TCK'nın 45. maddesinin ilk fıkrasının 2. cümlesinde “failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır” ve YTCK'nın “taksir” başlıklı 22. maddesinin ilk fıkrasında “taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır” şeklinde belirtilmiştir.

TCK'da kastın tanımı yapılmamıştır; ancak bu durum öğretide eleştirilmiş, kastın tanımının yasada yapılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir⁵⁹. Nitekim Anglo Sakson Hukuku'nda da hukuku yapmak ve uygulamakla görevli olan yargıçlar, kastın açık bir tanımını yapmadıkları, her somut olayda farklı bir kast tanımından hareketle sonuca ulaştıkları belirtilerek eleştirilmektedir⁶⁰.

Kastın tanımına ceza yasasında yer verilmesi ya da yer verilmemesi bir tercih sorunudur. Nitekim karşılaştırmalı hukukta kastın tanımına yer veren ceza yasaları olduğu

⁵⁴ Eskiden “kabahat” olarak düzenlenen birçok eylemin YTCK'da suç olarak değerlendirilmesi bu yasanın eleştirilmesi gereken bir başka yönüdür. Her ne kadar bu yasa koyucunun güttüğü suç politikasıyla ilgili bir durum olsa da; modern ceza yasalarında geçerli olduğu belirtilen kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimiyle kastedilen, ceza yasalarında kabahat adı altında düzenlenen eylemlerin suç adı altında yeniden düzenlenmesi değil bunların ayrı bir yasayla düzenlenen idari para cezasını gerektiren eylemler olarak düzenlenmesidir.

⁵⁵ **Sokullu Akıncı**, a.g.y., s.97.

⁵⁶ **Friedrich-Christian Schroeder**, “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Çev: İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.257; **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.256.

⁵⁷ **Schroeder**, a.g.y., s.257; **İçel vd.**, a.g.e., s.244; **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.256; **Özbek**, a.g.y., s.28.

⁵⁸ **İçel vd.**, a.g.e., s.229.

⁵⁹ **Sokullu Akıncı**, a.g.y., s.96; **Öztürk/Erdem/Özbek**, a.g.e., s.201.

⁶⁰ **Michael J. Allen**, Textbook on Criminal Law, London, Blackstone Press Limited, 1999, s.52,53.

gibi (İsviçre CK m.18/2; Avusturya CK m.5/1) bu tanıma yer vermeyen ceza yasaları da (Alman CK) bulunmaktadır⁶¹. Ceza yasasında kastın açık bir biçimde tanımlanmasına gerek yoktur; çünkü öğretide ve uygulamada kastın, failin suç oluşturan eylemini bilerek ve isteyerek yapması olduğu görüş birliği halinde kabul edilmektedir. Bu nedenle suç teorisi açısından çözülmüş bir probleme sanki yeni çözüme kavuşturuluyormuş gibi ceza yasasında yer verilmesi yerinde bir yaklaşım değildir. Suç genel teorisi ile ilgili her bilgiye ceza yasasında yer verilmesi gereksizdir; aksi takdirde bu kazuistik bir metotla yasa yapılmasına yol açacaktır ki bu günümüzde aşılması bir yasa yapma yöntemidir.

YTCK'da ise öğretiden gelen eleştiriler dikkate alınarak kastın tanımı yapılmıştır. YTCK'nın "kast" başlıklı 21. maddesinin ilk fıkrasında kast, "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre failin yasada suç olarak tanımlanan eylemi "bilerek ve isteyerek" gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Böylelikle YTCK'da kastın unsurlarının "bilmek" ve "istemek" olduğu açıkça belirtilmiştir.

Bu tanımda yer alan "suçun kanuni tanımındaki unsurların" ifadesinin YTCK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesi ile çeliştiği ileri sürülerek bu düzenleme öğreti tarafından yoğun şekilde eleştirilmektedir⁶². Bu ifade ve buna bağlı olarak tanım öğretide ayrıca; kastın varlığı için failin suçu oluşturan eylemi bilmesinin ve istemesinin gerekli olduğu, bu nedenle failin suçun tanımındaki unsurları bilmesinin ve istenmesinin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle de eleştirilmektedir⁶³.

Gerçekten de bu tanımda failin ancak yasada tanımlı suç tipinin unsurlarını bilmesi ve bu unsurları bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde gerçekleştirdiği eylemden sorumlu tutulacağı izlenimi oluşmaktadır. Oysa bireylerden ceza yasalarındaki suç tiplerini tek tek bilmesinin istenmesi ve bunun bilinmemesinin cezasızlık için bir mazeret nedeni sayılması mümkün değildir. Bu durumun kabul edilmesi halinde yasanın bilinmemesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürülebilecektir ki bunun önüne geçilebilmesi için ceza yasalarında "yasanın bilinmemesinin mazeret sayılmayacağı" yönünde düzenlemelere yer verilmektedir. Bu nedenle kastın, eleştiri konusu bu ifadeye yer verilmeden "suçun bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanması daha yerinde bir düzenleme olacaktır.

B. Kastın Taksirden Farkı

Kastın taksirden farkının ortaya konulması, özellikle olası kast ile bilinçli taksir ayrımının daha iyi yapılabilmesi için zorunludur. Bu farkı ortaya konulurken önce taksir, kısaca açıklanmalıdır.

Taksirin sübjektif sorumluluğun bir türü olduğu ve kasta göre ayrıksı bir durum olduğu, ancak yasal tanımdaki suç tipinde suçun taksirle işlenebileceğinin açık bir şekilde gösterildiği hallerde geçerli olduğu yukarıda belirtilmişti.

⁶¹ **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem**, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.340.

⁶² **Nevzat Toroslu/Yüksel Ersoy**, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.10.

⁶³ **Erdener Yurtcan**, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul, Kazancı Yayıncılık, 2004, s.66,67.

Taksir kısaca, kişinin suç tipindeki neticeye yönelik olarak, - hukuk düzeninin kendisine yüklediği özen yükümlülüğünü (obligatio ad diligentiam) gösterdiği takdirde suç tipindeki neticenin meydana gelmesinin mümkün olmadığı durumlarda - bu özen yükümlülüğünü göstermeyerek ancak kast ile hareket etmeden, yasal tanımdaki suç tipini hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi halidir⁶⁴. Burada belirtilmelidir ki bu özen yükümlülüğü kişiden kişiye değişen subjektif bir nitelikte değil ortalama bir birey için geçerli olan objektif nitelikte bir özen yükümlülüğüdür⁶⁵.

Taksirden doğan sorumlulukta fail, kendisine hukuk düzeni tarafından yüklenmiş bir objektif özen yükümlülüğe uymamakta yani gerçekleştirdiği hareketlerinin sonucunda öngörülebilir bir neticeyi öngörmemekte ve kendi iradesiyle hareketini yaparak ortaya çıkardığı ancak gerçekleşmesini istemediği sonuçtan sorumlu olmaktadır.

Kast ile taksir arasındaki fark, kast ile işlenen suçlarda failin neticeyi istemesine karşın taksir ile işlenen suçlarda failin neticeyi istememesidir⁶⁶. Dolayısıyla kast ile işlenen suçlarda fail eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirirken taksir ile işlenen suçlarda fail hukuk düzeni tarafından öngörmesi gerektiği belirtilen ancak kendisinin öngörmediği neticeye yol açmakta ancak bu neticeyi istememektedir. Yani taksirde failin sorumluluğuna yola açan ve cezalandırmaya neden olan “öngörme olanağıdır” yoksa somut olay açısından neticenin “öngörülebilir olması” değildir⁶⁷.

Taksir de kendi içinde “bilinçsiz taksir” ve “bilinçli taksir” olarak ikiye ayrılmaktadır. Failin, hareketini yaparken bunun sonucunda yasal tanımda yer alan suçun gerçekleşeceğini öngörmesi gerekirken kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü göstermeyerek neticenin gerçekleşmesine ve suçun oluşmasına sebebiyet vermesi halinde bilinçsiz taksir bulunmaktadır⁶⁸. Buna karşılık failin, hareketini yaparken bunun sonucunda yasal tanımda yer alan neticenin ve dolayısıyla suçun gerçekleşebileceğini öngörmesi ancak bu neticeyi istememesi ve neticenin meydana gelmemesi için çaba göstermesi buna rağmen suçun oluşması halinde bilinçli taksir bulunmaktadır⁶⁹.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında kast, bilinçsiz taksir ve bilinçli taksir karşılaştırıldığında ise şu tablo ortaya çıkmaktadır. Taksirin her iki türünde de, fail gerçekleşen neticeyi istememektedir; fail bilinçsiz taksirde objektif özen yükümlülüğüne göre öngörmesi gerekeni öngörmemekte, bilinçli taksirde ise neticeyi öngördüğü halde bunun gerçekleşmesini istemeyip, bu yönde çaba göstermektedir⁷⁰. Kastta ise fail neticeyi hem öngörmekte hem istemekte hem de bu neticenin “gerçekleşmesi için” elinden geleni yapmaktadır.

C. Kastı Açıklayan Görüşler

Kastın hukuksal esasını açıklamayan çalışan başlıca iki önemli görüş ileri sürülmüştür. Bunlar “tasavvur kuramı” ve “irade kuramıdır”.

⁶⁴ Önder, a.g.e., s.315.

⁶⁵ Objektif özen yükümlülüğü hakkında geniş açıklama için bkz: **Friedrich-Christian Schroeder**, Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandverwirklichung, Juristenzeitung 1989, 776 vd; **İçel vd.**, a.g.e., s.249,250.

⁶⁶ Önder, a.g.e., s.316.

⁶⁷ **Schroeder**, a.g.y., s.259.

⁶⁸ **İçel vd.**, a.g.e., s.248,249; **Önder**, a.g.e., s.318,319.

⁶⁹ **İçel vd.**, a.g.e., s.245,246; **Önder**, a.g.e., s.320.

⁷⁰ **Önder**, a.g.e., s.320.

1. Tasavvur Kuramı

Tasavvur kuramına göre kast, yasal tanımda bulunan hareketin fail tarafından önceden tasavvur (öngörme) ve idrak edilmesine (bilinmesine) dayanmaktadır. Bu kurama göre kastın varlığı için fail tarafından neticenin istenilmesi ve bunun için hareket edilmesi gerekmemektedir. Neticenin tasavvur edilmesi, neticenin gerçekleşmesi bilinci ile hareketin istenilerek yapılması kastın varlığı için gerekli ve yeterlidir. Fail tarafından neticenin düşülmesi, yapacağı hareket sonucunda böyle bir neticenin oluşabileceğinin bilincinde olunması kastın varlığı için gerekli ve yeterlidir; ayrıca bu neticenin istenmesine gerek yoktur⁷¹. Dolayısıyla tasavvur kuramına göre kast neticenin de istenilmesiyle sınırlandırılmamalıdır⁷².

Bu kuram kastın kapsamını genişlettiği ve kastla taksir arasında bir fark bırakmadığı nedeniyle eleştirilmiştir⁷³. Bu kurama getirilen bir diğer eleştiri de her tasavvur edilenin harekete dönüştüğünün söylenemeyeceği ve her hareketin bütün sonuçlarının istenmiş olamayacağıdır⁷⁴.

2. İrade Kuramı

İrade kuramına göre ise, kastın ayırt edici niteliği failin neticeyi istemesidir. Bu kurama göre de fail gerçekleştirdiği eylemin neticesini düşünmeli ve gerçekleştirecek neticenin bilincinde olmalı ve ayrıca fail gerçekleştirdiği hareketin neticesini de istemelidir⁷⁵.

Ancak hangi neticenin istenilmiş olduğu konusunda bu kuramı savunan yazarlar tarafından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazıları failin istediği neticenin ceza yasasını ihlal edilmesi olduğunu belirtirken, bazı yazarlar failin istediği neticenin ve iradesinin hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirmeye yönelik olduğunu ifade etmektedirler⁷⁶. Bu konuda daha farklı birçok düşünce ileri sürülmesine rağmen bu kuram da tek başına kastın hukuksal esasını açıklama açısından yetersiz kalmaktadır.

3. Bağdaştırıcı Görüş

Yukarıda görüldüğü üzere ne tasavvur kuramı ne de irade kuramı tek başlarına kastın hukuksal esasını açıklamakta yeterli olamamaktadırlar. Bu nedenle bazı yazarlar bu konuda ortalama bir yol izleyerek her iki kuramın ortak verilerini kullanarak kastın hukuksal esasını açıklama yolunu seçmişlerdir⁷⁷.

Kastın ceza yasalarında tanımlandığı ülkelerin düzenlemelerinde bu bağdaştırıcı tanıma yer verilmiştir. Bunlara örnek olarak İsviçre CK. m.18 ve İtalyan CK. m.42 verilebilir.

⁷¹ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.210; Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.443; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.589.

⁷² Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.443.

⁷³ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.211,212; Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.444; Demirbaş,a.g.e., s.313; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.590.

⁷⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.590.

⁷⁵ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.212; Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.444; Demirbaş,a.g.e., s.313; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.590.

⁷⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.590,591.

⁷⁷ Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.444. Bu görüşü özellikle Mezger, Pannain, Antlosei, Ranieri, Bettiol, De Marscio ve Maggiore gibi İtalyan ceza hukukçuları benimsemiştir.

TCK'da kastın tanımı verilmediği için yasa koyucu tarafından böyle kuramsal bir tercihte bulunulmamıştır; ancak öğretide genellikle bu yönde görüş belirtilmiştir.

YTCK'nın 21. maddesinde ise kastın tanımı yapılmış ve bu tanımda failin gerçekleştirdiği eylemi “bilmesi” ve “istememesinin” gerektiği belirtilerek bağdaştırıcı görüş benimsenmiş ve böylelikle hem tasavvur kuramına hem de irade kuramına yer verilmiştir.

4. Kastın Tanımı

Yukarıda yapılan açıklamalar sonucunda kastın tanımı “öngörülen ve suç oluşturan bir eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” şeklinde yapılabilir⁷⁸. Kast kısaca, “istenilen neticeden sorumluluk” olarak tanımlanabilir.

Bugün için öğreti ve uygulamada egemen olan görüşe göre; kast, yasada öngörülen objektif suç unsurlarının somut olayda bilinmesi ve istenmesidir⁷⁹. Görüldüğü üzere öğretide kastı açıklayan görüşlerden “bağdaştırıcı görüş” kabul edilmektedir, buna “bilinç ve irade teorisi” de denilmektedir⁸⁰. Bu tanım bir neticenin oluşmasının gerektiği zarar suçları göz önünde bulundurulmuş yapılmışsa da suçun oluşması için bir neticenin oluşmasının beklenmediği tehlike suçları açısından da geçerli olan bir tanımdır⁸¹.

Bu tanımdan hareketle kastın “bilme” ve “isteme” olarak iki unsurdan oluştuğu görülmektedir^{82, 83}.

D. Kastın Unsurları

1. Bilme

Failin kasten hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, suç tipinin yasal tanımında yer alan tüm unsurları öngörmüş yani onları önceden bilmiş olması gerekir⁸⁴. Taksirle (bilinçli olmayan taksir) kastı ayıran en önemli ölçüt budur⁸⁵. Bilme unsuruna öğretide “düşünme ve öngörme unsuru” da denilmektedir⁸⁶.

Bilmenin neleri kapsadığı, kastın varlığı için failin neleri bilmesi gerektiği konusunda öğretide hemen hemen aynı hususlar belirtilmektedir. Buna göre fail, öncelikle gerçekleştirdiği eylemi suç haline getiren hareketi bilmelidir. Nitekim öğretide bazı yazarlar hareketi kastederek “failin eylemin kurucu unsurlarını bilmesi gerektiğini” belirtmektedirler⁸⁷. Gerçekleştirilen eylem bir icrai suç niteliğinde ise hareketi bilmekle yani gerçekleştireceği hareketi düşünüp öngörmekle kasten hareket etmiş olacaktır. Gerçekleştirilen eylemin ihmali

⁷⁸ Card, a.g.e., s.90.

⁷⁹ Sami Selçuk, Karşıoyularım: Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar, Der: Cengiz Otacı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s.45; İçel vd., a.g.e., s.230; Önder, a.g.e., s.294; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.202.

⁸⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.591.

⁸¹ Önder, a.g.e., s.294.

⁸² Öğretide ve uygulamada “bilme ve isteme” kavramlarının karşılığı olarak “bilinç ve irade” kavramları da kullanılmaktadır. Bkz: Selçuk, a.g.e., s.45.

⁸³ “Yasal tanımdaki unsurların bilinmesi ve istenmesi yasal suç tipinde yer alan tanımlayıcı ve değerlendirici (normatif) unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak anlaşılmalıdır.” Özbek, a.g.y., s.28.

⁸⁴ Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.203; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.592.

⁸⁵ İçel vd., a.g.e., s.230; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.216; Demirbaş, a.g.e., s.314.

⁸⁶ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.216; Demirbaş, a.g.e., s.314.

⁸⁷ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.216.

bir suç niteliğinde olması durumunda ise fail gerçekleştirmedığı hareketi bilmekle kasten hareket etmiş olacaktır⁸⁸.

Bu harekete ilişkin kurucu unsurların içerisine yasal tanımda belirtilmiş harekete yönelik hukuksal unsurlar da girebilmektedir. Örneğin karşısındakinin kamu görevlisi olduğunu bilmeksizin hakarete bulunan kişi kamu görevlisine hakarete bulunma suçunu (TCK m.266; YTCK m.125 f.3) işlemiş olarak kabul edilemeyecektir⁸⁹.

Suç tipinin yasal tanımında failin gerçekleştirdiği hareketin yanı sıra suçun oluşumu için bir de neticenin gerçekleşmesi gerekiyorsa (zarar suçları); fail suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin yanı sıra gerçekleştirdiği hareketin sonucu oluşabilecek neticeyi de bilmesi gerekmektedir. Bu netice icrai suçlarda ve ihmal suretiyle icrai suçlarda, yasanın yasakladığı gerçekleşmesini istemediği netice; ihmal suçlarında⁹⁰ ise failin gerçekleştirmek istemediği fakat yasa tarafından gerçekleştirilmesi istenilen neticedir⁹¹. Burada kastedilen yasal tanımda öngörülen ve hareket sonucu oluşan hukuksal neticedir; yoksa bir zararın oluşması değildir. Bir zararın oluşmasının ağırlatıcı neden olarak öngörüldüğü bir başka deyişle ağırlatıcı nedenin neticeye bağlı olduğu durumlarda (örneğin YTCK'nın 87. maddesinde düzenlenen neticelerin meydana gelmesi halinde) failin neticeyi öngörmesi gerekmemektedir⁹².

Bunların yanı sıra failin suçun maddi konusunu da bilmesi gerekmektedir. Failin kasten hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için failin öldürdüğü varlığın insan, aldığı şeyin taşınabilir bir eşya olduğunu bilmesi gerekir. Aynı şekilde eylemi yasal tanıma uygun hale getiren suçun objektif unsurlarıyla ilgili diğer hususların da fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Örneğin failin kasten hareket ettiğinden söz edilebilmesi için konut dokunulmazlığını ihlal suçunda failin girdiği binanın mesken, hırsızlık suçunda failin aldığı eşyanın başkasına ait eşya olduğunu bilmesi gerekmektedir⁹³.

Suçun yasal tanımında suçun oluşabilmesi için failin ya da mağdurun kimliğine ilişkin bir tanımlamada bulunuluyorsa kasten hareketten söz edilebilmesi için bu durumun da fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Failin, kamu görevlisi olduğunu (TCK m.339; YTCK m.204 f.2) ya da mağdurun altsoy ya da üstsoydan olduğunu (TCK m.450 b.1; YTCK m.82 b.“d”) bilmesi gibi⁹⁴. Ancak failin şahısta yanılma ya da sapma ile eylemini gerçekleştirmesi halinde durum TCK'nın 52. maddesinde, YTCK'nın ise 30. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemelere göre çözülecektir⁹⁵.

Ayrıca somut tehlike suçlarında, failin kasten hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin bu somut tehlikeyi meydana getirebileceğinin fail tarafından bilinmesi gerekmektedir⁹⁶.

⁸⁸ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.216.

⁸⁹ İçel vd., a.g.e., s.231; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.216.

⁹⁰ İhmal suretiyle işlenen icrai suçlar (görünüşte ihmali suçlar) ile ihmali suçlarda hareket ve netice açısından ayrıntılı bir inceleme için bkz: Manfred Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış – Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Çev: Cumhuriyet Şahin, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.163-171.

⁹¹ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.217.

⁹² Demirbaş, a.g.e., s.314.

⁹³ İçel vd., a.g.e., s.230,231; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.216,217.

⁹⁴ İçel vd., a.g.e., s.231.

⁹⁵ Şahısta yanılma ve sapma hallerine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz: Önder, a.g.e., s.331-337.

⁹⁶ İçel vd., a.g.e., s.231,232.

Ağırlatıcı nedenlerin fail tarafından bilinmesinin gerekip gerekmediği konusunda ise şöyle bir ayırım yapılmaktadır: Eğer ağırlatıcı neden, neticeye ilişkin ise ve suç gerçekleşen netice nedeniyle ağırlaşıyorsa (neticesi nedeniyle ağırlaşan suç) bu objektif sorumluluğa giren bir durum olduğundan⁹⁷ kastın varlığı için bunun fail tarafından bilinmesi aranmamaktadır⁹⁸. Ancak YTCK'nın 23. maddesiyle düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından failin ağırlaşan netice açısından en azından taksir derecesinde kusurlu olması arandığı için; ağırlatıcı nedenlerin fail tarafından bilinmesi gerekme de 23. madde gereğince ağırlaşan neticeyi öngörmesi gerekli olduğu için, bu konuda failin objektif özen yükümlülüğünün bulunduğu ortaya konulması gerekecektir. Eğer ağırlatıcı neden suçun konusuna ilişkin ise bu durumda ağırlatıcı nedenin de fail tarafından bilinmesi aranmaktadır. Örneğin YTCK'nın 244. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için failin işleyişini engellediği ya da bozduğu bilişim sisteminin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurumu veya kuruluşuna ait olduğunu bilmesi gerekir. Aynı şekilde failin bilmesi gereken konular suçun basit şekline ilişkin olabileceği gibi suçun nitelikli şekline ilişkin de olabilecektir⁹⁹. Örneğin failin çaldığı eşyanın “kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen bir eşya” olduğunu bilmemesi durumunda nitelikli hırsızlık suçundan (TCK m.491 f.2 b.1; YTCK m.142 f.1 b.“a”) sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin ise fail tarafından bilinmesine gerek bulunmamaktadır¹⁰⁰. Bunların varlığı halinde fail tarafından bilinmese dahi eylem hukuka uygun hale gelecektir. Aynı şekilde hafifletici nedenlerin de fail tarafından bilinmesine gerek bulunmamaktadır. Bunlar da bulunmaları halinde failin cezasının indirilmesinde etkili olacaklardır, örneğin fail, çaldığı eşyanın değerinin hafifi olduğunu bilsin veya bilmesin YTCK m. 145, (TCK m. 522) gereğince değerinin hafif olması nedeninden yararlanacaktır¹⁰¹.

2. İsteme

Herhangi bir şeyin ya da hareketin bilinmesi ya da düşünülüp öngörülmesi bu şeyin ya da hareketin istenildiği anlamına gelmemektedir. Bir şeyin istenilmesi o şeyin bilinmesini de içermektedir, mantıksal bir çıkarım sonucu olarak bilinmeyen şeyin istenilmesi mümkün değildir. Ancak bunun aksine olarak her bilinen şeyin zorunlu olarak istenildiği söylenemez. Bireyler bildikleri her şeyi istemezler. İşte bu mantıksal çıkarımın ceza hukukuna olan yansımaları ise kastın varlığı için bilmenin yanı sıra bilinen bu hareketin (ve neticenin) istenmesinin de gerekli olduğudur¹⁰².

İsteme kavramının karşılığı olarak öğretide bazı yazarlar tarafından “irade unsuru” kavramı da kullanılmaktadır. İstemenin bir iradeye dayanması nedeniyle bu kavram tercih edilmektedir¹⁰³.

Kast açısından aranan isteme unsurunun önemli bir özelliği bunun kast ile taksirin ayırt edilmesinde bir ölçüt işlevi görmesidir. Çünkü taksirli harekette bulunan fail

⁹⁷ Öğretide bu duruma genel olarak “objektif sorumluluk hali” denilmekteyse de yerinde gerekçelerle öğretide bunun yanılgılı bir görüş olduğu ve “taksir, kastın aşılması ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçların” subjektif sorumluluk hali olduğu belirtilmektedir. Bkz: **Ünver**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s.111,112.

⁹⁸ **İçel vd.**, a.g.e., s.233; **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.218.

⁹⁹ **İçel vd.**, a.g.e., s.231.

¹⁰⁰ **Öztürk/Erdem/Özbek**, a.g.e., s.203; **Demirbaş**, a.g.e., s.314.

¹⁰¹ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.219; **Demirbaş**, a.g.e., s.314.

¹⁰² **Önder**, a.g.e., s.295; **Öztürk/Erdem/Özbek**, a.g.e., s.204.

¹⁰³ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.219; **Demirbaş**, a.g.e., s.315.

gerçekleşeceğini öngördüğü neticeyi istemezken bunun tam tersi olarak kasıtlı bir harekette bulunan fail gerçekleşeceğini öngördüğü neticeyi istemektedir¹⁰⁴.

Failin gerçekleştirdiği eylemin neden olduğu netice(ler) failin bunu istemesine bağlı olarak gerçekleşmektedir. Ancak fail tarafından bilinen ve öngörülen her neticenin aynı yoğunlukta istenildiği söylenemez. İşte failin istemesindeki bu yoğunluğa göre öğretide “doğrudan kast”, “ikinci derecede doğrudan kast” ve “olası kast” şeklinde ayrımlar yapılmaktadır. Kastın isteme unsuruna bağlı olarak yapılan bu ayrımlar aşağıda kastın türleri konusunda incelenecek ve nelerin isteme unsurunun içerisinde bulunduğu ayrıntılı bir biçimde ortaya konulacaktır.

E. Kast – Saik (Güdü) İlişkisi

Fail eylemini gerçekleştirirken yukarıda tanımlanan suç işleme kastının, yani eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmenin yanında buna öncül bir düşünceyle, bir güdüyle (motive) hareket edebilmektedir. İşte faili güdüleyen bu düşünce bazı suç tiplerinde açıkça belirtilmiştir. Buna Türk ceza hukuku öğretisinde “özel kast” denilmektedir¹⁰⁵.

Söz konusu bu güdü yasal tanımda suçun bir unsuru olarak kabul edilen ve suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmek için kişinin iç dünyasında oluşan ve failin suç oluşturan hareketini gerçekleştirmeye ve onu yönlendirmeye ilişkin bir etkidir. Bir başka deyişle, kasıt yasada suç tipi olarak tanımlı eylemin gerçekleştirilerek yasa maddesinin iradi olarak ihlal edilmesi; güdü ise, bu iradi davranışın nedenini açıklayan ruhsal nitelikteki geri plandır¹⁰⁶. Bu güdüye “saik”¹⁰⁷ ya da “amaç”¹⁰⁸ da denilmektedir¹⁰⁹. Saik ya da amaç olarak adlandırılan ve öğretide özel kast denilen bu unsurun, fail yasal tanımdaki suç tipini gerçekleştirmeden önce kendisinde bulunması ve kastın ön evresini oluşturmasını gerektirmektedir¹¹⁰. Yani failde önce bu saik bulunacak (örneğin kan gütmeye saiki) ve bunun etkisiyle kişide kast oluşacak (adam öldürme kastı) sonuç olarak da fail tarafından eylem gerçekleştirilecektir.

Burada önemle belirtilmesi gereken nokta saik ile kastın farklı unsurlar olduğu ve saikin kastın içinde değerlendirilmesinin hatalı olduğu yönündeki görüştür¹¹¹. Gerçekten de saikin kastın bir unsuruymuş gibi değerlendirilmesi doğru değildir. Kast failin gerçekleştirdiği hareketlerle düşünsel ve ruhsal bir bağ kurarken yani harekete yönelik iken; saik tamamen

¹⁰⁴ Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.204.

¹⁰⁵ İçel vd., a.g.e., s.239; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.226; Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.448; Önder, a.g.e., s.304; Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.448; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.207; Demirbaş, a.g.e., s.319,324; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.603.

¹⁰⁶ Selçuk, a.g.e., s.45.

¹⁰⁷ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.226; Önder, a.g.e., s.304; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.207; Demirbaş, a.g.e., s.319; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.603.

¹⁰⁸ İçel vd., a.g.e., s.239.

¹⁰⁹ Öğretide bazı yazarlar “maksat, amaç ve saik” şeklinde üçlü bir ayrım yapmaktadır; buna göre saik failin hareket geçmesine yol açan sebeptir, suçun ne için işlendiğinin anlaşılması failin saikin belirlenmesi ile mümkün olacaktır; maksat yasal tanımda yer alan tipe uygun ve failin hareketleri neticesinde suçun oluşması için istediği neticedir; amaç ise bu neticenin ötesinde failin elde etmek istediği yarardır. Bu kavramların daha iyi anlaşılabilmesi için şu örnek verilmiştir:

“Mesela (A) nin iade etmediği bir belgeyi elde etmek için bu belgenin içinde bulunduğu para cüzdanını eline geçirmek isteyen (B) nin, (A) yı öldürmesi örneğinde, belgenin elde edilmek istenmesi saik, para cüzdanının ve vesikanın ele geçirilmesi amaç, (A) nin öldürülmesi maksattır.” Bkz: Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.224-226; Selçuk, a.g.e., s.45.

Bu açıklamada aslında bir suçun gerçekleştirilmesinde failin yaşadığı bilinç durumları ortaya konulmuş ve bunlar farklı kavramlarla belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak biz açıklamalarımızda karışıklığı neden olmamak için ceza hukukunun sonuç bağlamadığı ve bu ayrımda “amaç” olarak belirlenen süreçle ilgilenmiyoruz. Dolayısıyla öğretilde genel olarak kullanıldığı üzere saik, güdü ve amaç terimlerini aynı kavramı karşılamak için kullanıyoruz.

¹¹⁰ İçel vd., a.g.e., s.238; Önder, a.g.e., s.305; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.603.

¹¹¹ İçel vd., a.g.e., s.239; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.226; Önder, a.g.e., s.305; Selçuk, a.g.e., s.45.

failin ruhsal ve düşünsel dünyasına yönelik olmakta ve kast oluşmadan önce saik oluşmakta böylelikle de failde suç işleme kastının gerçekleşmesi için etkide bulunmaktadır. Bu nedenle saikin ve kastın somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Bu nedenle suçun manevi unsuru incelenirken failin kasten hareket edip etmediğinin araştırılması sırasında öncelikle failde suç işleme kastının var olup olmadığı (genel kast) araştırılacak sonrasında ise suç tipinde belirtilen saikle hareket edip etmediği (özel kast) araştırılacaktır.

Öğretide saikin, maddi unsuru aynı olan suçların birbirinden ayırt edilmesinin sağlanması ve aralarında ceza miktarı açısından bulunan farkın açıklanabilmesi için gerekli olduğu şeklinde bir görüş de belirtilmektedir¹¹². Gerçekten suç tipinde özel kasta yer verilmesi, failde bulunan saiki dikkate alarak suç tiplerini birbirinden ayırma ya da cezanın belirlenmesinde etkide bulunma gibi amaçlarla yapılmaktadır. Ancak özel kasta hangi amaçla yer verildiğinin belirlenmesi bunun arandığı her suç tipi açısından ayrı ayrı incelenerek yapılmalıdır; çünkü bu saik çeşitli amaçlara hizmet etmektedir.

Öğretide bazı yazarlar tarafından saikin suç tipinde düzenlenmesinin nedeni olarak, modern ceza hukukun bir gerekliliği olarak failin tehlikelilik durumuna göre ve ceza hukukun amacı olan suçlunun sosyalleştirilmesi için cezanın bireyselleştirilmesi açısından bir role sahip olması gösterilmektedir¹¹³. Ancak suçun manevi unsurunun bir konusu olarak “özel kast” suç teorisi içerisinde incelenen bir kavramdır ve suçun manevi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği bu kavramın kusurluluğun bir türü olup olmadığı açısından değerlendirilmektedir. Oysa yukarıda belirtilen görüş çerçevesinde yazarlar özel kast kavramına suç teorisi açısından değil “yaptırım teorisi” açısından yaklaşmaktadırlar. Her ne kadar yaptırım teorisi açısından özel kasta yer verilmesinin gerekçesi belirtilen bu görüş olsa da bu ceza infaz politikası açısından özel kastın gerekçesini oluşturmamakta ancak kusurluluk açısından özel kasta yer verilmesinin gerekçesini oluşturmamaktadır.

Hem TCK’da hem de YTCK’da suçun manevi unsuru açısından kasta ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmişken saike ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Saike, failin suçu işlemedeki saikinin önemli olduğu ve bu saikin suç tipi açısından işlev gördüğü durumlarda ilgili suç tipinin içinde yer verilmiştir. Özel kasta ilişkin bir genel düzenlemeye yer verilmesine de gerek yoktur, bunun gerektiği ve ilgili olduğu suç tipinde düzenlenmesi yeterli ve gereklidir.

Belirtilmelidir ki, öğretide saik için kavramsal karışıklığa yol açacak şekilde Fransız hukukundan kaynaklanan “özel kast” kavramının kullanılmasının da yerinde olmadığı belirtilmektedir¹¹⁴. Çünkü yasada saikin arandığı halde “özel kast” karşısında “genel kast”

¹¹² **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.231; **Erem/Danışman/Artuk**, a.g.e., s.448; **Demirbaş**, a.g.e., s.319.

“Özel kast maddi unsuru aynı olan bazı suçları birbirinden ayırır. Örneğin bir kimseyi kaçırmak ‘maddi fiil’i, ‘şehvet hissi’ ile (TCK.429) işlenmiş olursa ‘umumi adaba’ karşı bir suçtur, kendisine bir para verilmesini sağlamak için işlenirse (TCK.499) ‘mal’ aleyhine bir suçtur, sair saiklerle işlenmiş ise (TCK.182) ‘şahıs hürriyeti’ne karşı bir suçtur.” **Erem/Danışman/Artuk**, a.g.e., s.448.

“Suçun unsuru olarak saike yer verilmesi, failin belirli saikle hareket etmesinin o suçun benzer suçlardan ayırt edilmesi yönünden önemlidir.” **Demirbaş**, a.g.e., s.319.

¹¹³ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.226; **Demirbaş**, a.g.e., s.319; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, a.g.e., s.603.

“Kural olarak saik suçun oluşumu için aranan bir unsur değildir. Genel olarak kanun, failin sadece bilerek ve istenerek işlenmesini (genel kast) aramaktadır. Ancak suçluların cezalandırılmasında genel kastın yeterli sayılması günümüz ceza politikası anlayışına uymamaktadır. Gerçekten çağdaş ceza hukuku suçlunun ıslah ve tedavisi ve dolayısıyla cezanın ferdileştirilmesini gaye edinmiştir. Bunun için de suçlu kişiliği tanınmalı; faili suça iten saikler bilinmelidir.” **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, a.g.e., s.603.

¹¹⁴ **İçel vd.**, a.g.e., s.239.

olarak nitelendirilebilecek “bilme ve isteme” unsurundan vazgeçilmiş değildir. Yasa, bu durumda da failin eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesini aramakta ancak bunun yanında failin ayrıca bir saikin (güdü, amaç) etkisi altında hareket etmesini de aramaktadır. Bu nedenle saikin karşılığı olarak özel kast kavramının kullanılması doğru görülmemektedir. Bu görüş kavram karışıklığına yol açılmaması açısından yerinde olsa da içerik olarak kastedilene karşılığında ve Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında “özel kast” terimi “saiki” karşılığında için bu terimin kullanılmasında sakınca bulunmamaktadır.

III. Kastın Türleri

A. Genel Olarak

Bireyi kaderin elinde bir oyuncak gibi gören ilkel dönemlerdeki netice sorumluluğun kilise hukukunun etkinlik kazanmasıyla beraber yerini kusur sorumluluğuna terk etmesiyle, bireyin hareketiyle netice arasında sübjektif bir bağın olduğu görüşü kabul edilmiş ve bunun sonucu olarak da kastın türleri ortaya çıkmıştır. Ancak daha sonraki dönemlerde failin gerçekleştirdiği hareketler sonucu farklı neticelerin de ortaya çıkabileceğinin düşünülmeyle başlanması ve bunun sonucu olarak kastın öngörülen ve suç oluşturan bir eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmasıyla birlikte “öngörmenin” kastın içinde incelenmeye başlanmasıyla ve kast ile taksirin sınırının iyi bir şekilde belirlenmesiyle birlikte kastın türlerine yönelik olarak yapılan ayrımlar önemini yitirmiştir¹¹⁵.

Aşağıda bugün için önemi koruyan kast türleri incelenmektedir.

B. Doğrudan Kast – Olası (Dolayısıyla) Kast

Yukarıda failin gerçekleştirdiği eylemin neden olduğu neticenin failin bunu istemesine bağlı olarak gerçekleştiği ve failin istemesindeki bu yoğunluğa göre öğretide “doğrudan kast” ve “olası kast” şeklinde ayrımlar yapıldığı belirtilmiştir.

Kastın türleri konusunda, kastın isteme unsuru açısından büyük önem taşıdığı ve isteme unsuruna yönelik açıklamaları tamamlayacağı ve bunun yanı sıra “olası kast” konusunda çeşitli tartışmaların olması nedeniyle öncelikle doğrudan kast ve olası kast açıklanacaktır.

1. Doğrudan Kast

Doğrudan kast da kendi içinde birinci derecede doğrudan kast ve ikinci derecede doğrudan kast olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak öğretide “doğrudan kast” denildiğinde birinci derecede doğrudan kast anlaşılmalı, ikinci derecede doğrudan kast ise açık bir biçimde ifade edilmektedir¹¹⁶.

a. Birinci Derecede Doğrudan Kast

Failin hareketlerinin sonucunu öngörerek ve bunu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi halinde doğrudan kast (dolus directus/direct intention) bulunmaktadır¹¹⁷. Failin yasal tanımda suç oluşturan eylemi gerçekleştirmeye karar verdiği ve ortalama bir bireyin günlük yaşam deneyimlerine göre gerçekleşmesi kesin olan neticeleri göz önünde bulundurarak eylemini

¹¹⁵ Önder, a.g.e., s.308.

¹¹⁶ Allen, a.g.e., s.49,50; İçel vd., a.g.e., s.235.

¹¹⁷ Card, a.g.e., s.90,91.

gerçekleştirdiği durumda failin doğrudan kastla hareket ettiği söylenebilecektir¹¹⁸. Örneğin hasmına karşı etkili eylem gerçekleştirmek için kuvvetli bir şekilde yumruğunu hasmına doğru sallayan bir kişi etkili eylem suçunu doğrudan kastıyla işlemiştir. Aynı şekilde mağdura karşı silahını doğrultan, hedef alan ve silahını ateşleyen kişinin sonuç olarak mağduru öldürmesi halinde de fail adam öldürme eylemini kasıtlı olarak gerçekleştirmiştir.

Failin mağduru vurma ihtimalinin, failin mağdurdan olan uzaklığı, failin yeteneksizliği ve yetersizliği gibi sebeplerle düşük olması durumunda bile failin amaçladığı sonuca ulaşmak için hareketini yapması ve neticeyi gerçekleştirmesi durumunda failin kastı bulunmaktadır¹¹⁹.

b. İkinci Derecede Doğrudan Kast

Bazı durumlarda ise fail gerçekleştirmek istediği amaç için hareket ederken elde etmek istediğinin dışında ikincil sonuçların da gerçekleşebileceğini öngörmektedir. İşte failin elde etmek istediği neticenin gerçekleşebilmesi için ikincil nitelikteki bu neticelerin de gerçekleşmesi bir zorunluluk gösteriyorsa öğretilde “ikinci derecede doğrudan kast” olarak nitelendirilen durum oluşmaktadır.

Örneğin, sigorta tazminatını alabilmek için gemisini açık denizde batıran armatör istemediği halde gemide bulunan gemi adamlarının ve yolcuların aynı şekilde bir politikacıyı öldürmek için politikacının bulunduğu uçağa bomba koyan terörist, aslında istemediği halde, uçakta bulunan uçuş ekibinin ve yolcuların öleceklerini kesinlikle öngörmekte ancak istedikleri sonuca ulaşabilmek için eylemlerini gerçekleştirmektedirler. İşte bu durumda da fail doğrudan kastla hareket etmektedir.

Hayatın olağan akışındaki hayat tecrübelerine göre, failin yaptığı eylem sonucunda gerçekleşecek zorunlu nitelikteki ikincil neticelerin, failin eylemine rağmen gerçekleşmemesi halinde failin hangi esasa göre sorumlu tutulacağı ise öğretilde farklı görüşlere yol açmıştır.

Bazı yazarlar bu durumda da doğrudan kastın bulunduğunu, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi geminin batmasına rağmen gemi adamlarının ve yolcuların sahil güvenlik tarafından kurtarılması halinde failin kasten adam öldürme suçuna teşebbüs etmekten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedirler¹²⁰.

Bu konuda karşı görüşte olan yazarlar ise, bu gibi durumlarda doğrudan kastın yerine dolayısıyla (olası) kastın varlığının kabul edilmesinin gerekli olduğunu ve burada “dolus indeterminatus determinaturab eventu” (belirli olmayan kast netice ile belirlenir) kuralının uygulanmasının gerekli olduğunu belirtmektedirler¹²¹. Buna göre yukarıdaki örneklerden hareketle failin belirli bir kişinin öldürülmesine yönelik olan kastının dışında kalan ancak gerçekleştirdiği hareket neticesinde ortaya çıkması zorunluluk gösteren ikincil neticeler, ancak gerçekleştikleri takdirde ve ölçüde faile yüklenebilecektir. Failin eylemi sonucu batan gemide ölen ya da yaralanan kişi bulunması halinde bu suçlardan dolayı fail sorumlu tutulacak, bu sonuçların gerçekleşmemesi halinde fail adam öldürmeye ve etkili eylemde bulunmaya teşebbüsten sorumlu tutulmayacaktır.

Gerçekleşmesi zorunluluk gösteren ikincil nitelikli neticeden failin sorumluluğunun belirlenmesi açısından yukarıda açıklanan her iki görüşün de doğruluk payı olduğu gibi

¹¹⁸ İçel vd., a.g.e., s.234; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.205.

¹¹⁹ Allen, a.g.e., s.49.

¹²⁰ İçel vd., a.g.e., s.235; Allen, a.g.e., s.50.

¹²¹ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.222,223.

eleştirilecek yönü de bulunmaktadır. Fail eylemini gerçekleştirirken meydana gelmesi zorunluluk gösteren ikincil nitelikli neticelerden dolayı başkalarının da zarara uğramasını öngörmesine rağmen bunu önemsememiştir ve tehlikelilik halini ortaya koymuştur. Bu nedenle sonuç gerçekleşmese dahi faili doğrudan kast nedeniyle sorumlu tutan görüşün haklı olduğu yan bulunmaktadır. Diğer taraftan ise fail gerçekleşen bu ikincil nitelikteki neticeleri istememiş bu yönde bir irade de bulunmamıştır. Fail amacına ulaşmasa örneğin sigorta tazminatı alamadığı için gemiyi batırmasa bir daha dönüp o gemide buluna kişileri öldürmeye çalışmayacaktır yani bu kişileri öldürmek gibi bir kastı yoktur. Bu da ikinci görüşü savunanların haklı oldukları yandır.

Yapılan bu tartışmaların kastla ilgi olarak yapıldığı ve bunun bilme ve istemeden oluştuğu göz önünde bulundurulduğunda birinci görüşü savunanların düşüncesi ağırlık kazanmaktadır. Çünkü tartışma konusu olan ikincil nitelikli zorunlu hareketin gerçekleşmesinde failin bilmesi söz konusuysen bunları istemediği de söylenememektedir. Her ne kadar ikinci görüşü savunanlar tarafından, “fail uçağa bomba koyarken hedef aldığı politikacının öleceğini bilmiş ve istemiştir ancak uçakta bulunan diğer yolcuların öleceğini bilirken bunların ölmesini istememiştir, o halde zorunlu sonuç gerçekleşmediği ve uçağın acil iniş yaparak içindeki herkesin kurtulduğu durumda failin yolcular açısından kasten adam öldürmeden sorumlu tutulması kast açısından yapılan kuramsal açıklamalarla çelişki oluşturacaktır. Bir kişiyi gerçekleşmeyen ve istemediği bir sonuçtan dolayı sorumlu tutmak kasta ilişkin açıklamalarla uyumsuzdur” denebilecekse de; bu durumda failin yolcuların ölmesini istemediği de söylenemeyecektir.

Fail, uçağa bomba koyarken bunun patlaması sonucu mutlaka içindeki yolcuların da öleceğini bilmekte bunu engellemek için bir şey yapmadığı gibi gerçekleşeceğini bile bile hareketlerine devam etmektedir. Gerçekleşmesi zorunlu olan bu neticenin gerçekleşmemesi ise verilen örneklerde de olduğu gibi hayatın olağan akışında pek rastlanmayan olağan dışı durumlardır. Bu durumda failde yoğunlaşan tehlikelilik halinin de göz önünde bulundurularak failin adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekmektedir. Aksi durumda bu adalet duygusuyla da örtüşmeyen bir sonucu ortaya çıkaracaktır.

Ancak, ikinci derecede doğrudan kast ile olası kast arasındaki ayrımın her somut olay açısından ayrı ayrı incelenmesinin gerektiği belirtilmelidir. İkincil nitelikteki sonucun gerçekleşmesinin zorunluluk göstermesi için suçun işlenmesinde kullanılan araçlar ve yapılan hareketlerin ikincil nitelikteki sonucun gerçekleşmesi için elverişli olması gerekir. Somut olay açısından suçun işlenmesinde kullanılan araçlar ve hareketler ikincil nitelikteki sonucun gerçekleşmesi için elverişliyse ikinci dereceden doğrudan kastın varlığı kabul edilecek, elverişli değilse olası kastın varlığı kabul edilecektir. Başka bir deyişle somut olay açısından fail tarafından yapılan hareketler ve kullanılan araçlar ile asıl neticenin gerçekleşmesinin yanında ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmesi açısından zorunluluk olup olmadığı araştırılacaktır.

2. Olası (Dolayısıyla) Kast

a. Kavram

Failin gerçekleştirmek istediği amaç için hareket ederken elde etmek istediği neticenin dışında ikincil sonuçların da gerçekleşebileceğini öngördüğü, ancak ikincil nitelikteki bu neticelerin gerçekleşmesinin bir zorunluluk göstermediği durumda “olası kast” (dolus

eventualis/oblique intention) oluşmaktadır¹²². Öğretide buna “dolaylı kast¹²³, muhtemel kast ya da gayri muayyen kast” da denilmektedir.

Örneğin, bir teröristin halk arasında panik yaratmak amacıyla bir alışveriş merkezine saatli bomba koyması ve bombanın patlaması sonucu halk arasında panik yaratmanın dışında bombanın yanından geçen birkaç kişinin ölmesi durumunda olası kast bulunmaktadır; çünkü fail bombayı koyarken halk arasında panik yaratmanın yanı sıra bomba patladığı anda yanından geçen bir ya da birkaç kişinin de ölebileceğini öngörmekte ancak bu neticeye karşı kayıtsız kalmakta, adeta bu neticeyi kabullenmekte, neticenin gerçekleşmemesi için hiçbir girişimde bulunmamaktadır. Ancak bu gerçekleşmesi zorunlu bir netice değildir çünkü bomba saati gelip de patladığı anda yanından birileri bulunmayabilir ve böylelikle ikincil nitelikte olan adam öldürme neticesi gerçekleşmeyebilir. Aynı şekilde bir kişinin arabasına bomba yerleştirilmesi halinde, bu kişiye karşı doğrudan adam öldürme kastı bulunmaktadır. Ancak arabada, öldürülmesi amaçlanan kişiden başka kişi veya kişilerin olabileceği veya bombanın patlayacağı anda veya yerde başka kişilerin de ölebileceği olasıdır. İşte öldürülmesi amaçlanan kişi dışında ölen ya da yaralanan kişiler açısından olası kastla hareket edilmiştir¹²⁴.

Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere olası kast durumunda yasal tanıma uygun neticenin gerçekleşerek bunu yanı sıra ikincil nitelikteki neticenin meydana gelmesi ve suçun oluşması olayların gelişimine bırakılmıştır. İkincil nitelikteki neticenin gerçekleşmesi ve suçun oluşması fail tarafından ne istenmekte ne de istenmemekte ancak bu neticenin gerçekleşmesi olasılık dahilinde olması rağmen, fail eylemi gerçekleştirmekten kaçınmamaktadır. Böylelikle failin ikincil nitelikteki neticeyi kabullendiği kabul edilmektedir.

b. Olası Kastı Açıklayan Kuramlar

Kast, yukarıda da belirtildiği üzere kısaca failin öngördüğü neticeyi bilmesi ve istemesidir; ancak olası kastta failin neticeyi öngördüğü ve bildiği kesin olarak belirlenebilirken bu neticeyi isteyip istemediği kesin olarak söylenmemekte fakat failin bunu istemiş olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Failin neticeyi istemiş olup olmasının bilinçli taksirle arasındaki farkı ortaya koyması açısından da büyük önemi bulunmaktadır. Failin “neticeyi istemiş olduğu” sonucuna ulaşılması çeşitli kuramlara dayalı görüşlerle olmuştur; bu kuramlar şunlardır:

i. Olanak Kuramı

Bu kurama göre, fail öngördüğü neticenin gerçekleşebileceğini olanak dahilinde görmekte ancak buna rağmen hareketini gerçekleştirmektedir. Bu nedenle de fail bu neticeyi istemiş olarak kabul edilmektedir.

ii. Rıza Kuramı

Bu kurama göre fail hareketi gerçekleştirirken ikincil nitelikteki neticenin oluşabileceğini öngörmüş ve hareketini yaparak buna rıza göstermiştir. O halde failin bu rızayı göstermesi gerçekleşen ikincil nitelikteki neticeyi de baştan itibaren istediğini göstermektedir.

¹²² İçel vd., a.g.e., s.235; Önder, a.g.e., s.296; Card, a.g.e., s.92.

¹²³ Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.453. Ancak bu yazarlar dolaylı kastın iki şekilde anlaşılabilceğini, bir görüşe göre dolaylı kasttan, kastın aşılması durumunun anlaşıldığını; diğer bir görüşe göre dolaylı kasttan olası kastın anlaşıldığını belirtmektedirler.

¹²⁴ Allen, a.g.e., s.48.

iii. Kabullenme Kuramı

Bu kurama göre de fail hareketi gerçekleştirirken ikincil nitelikteki neticenin oluşabileceğini somut şekilde olanaklı görmüş ve hareketini yapmıştır. Ortaya çıkan neticeyi de kabullenmiştir; bu nedenle fail neticeyi istemiş olarak kabul edilmelidir¹²⁵. Kabullenme kuramı ile rıza kuramı her ne kadar birbirlerine benzeseler de rıza kuramında, hareket en baştan itibaren ele alınmakta ve failin gerçekleştirdiği ikincil nitelikteki neticeye rızasının olduğu kabul edilmektedir. Kabullenme kuramında ise failin ikincil nitelikteki neticeyi öngördüğü andan itibaren hareketini yapmaya devam etmesiyle bu neticeyi kabullendiği kabul edilmektedir¹²⁶.

Bu kuramların hepsinin de olası kastta, failin neticeyi istemiş olduğunun kabul edilmesinin esasını açıklamak açısından uygun tarafları bulunsa da özellikle kabullenme kuramı, diğerlerine göre daha belirgin olması ve failin ikincil nitelikteki neticeye kayıtsız kalarak adeta kabullenmiş ve neticeyi istemiş olduğunu açıklaması açısından daha uygun görülmektedir.

c. Olası Kast-Suçta Teşebbüs İlişkisi

Failin gerçekleştirdiği eylem neticesinde gerçekleşmesi olası olan ve fail tarafından öngörülen ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmemesi halinde failin gerçekleşmeyen bu neticeden suça teşebbüs açısından sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunda da öğretilerde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bazı yazarlar “olası kast netice ile belirlenir” görüşünden hareketle gerçekleşmesi olası ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmemesi halinde failin suça teşebbüsten sorumlu tutulamayacaklarını belirtmektedirler¹²⁷.

Diğer bazı yazarlar ise karşıt bir düşünceyle olası kast halinde de suça teşebbüsün gerçekleşebileceğini ve olası kast halinde gerçekleşmeyen neticeden failin sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedirler¹²⁸.

Yukarıda incelenen failin hareketi sonucu gerçekleşmesi zorunluluk gösteren ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmemesi durumundan (ikinci derecede doğrudan kast) farklı olarak, gerçekleşmesi zorunluluk göstermeyen ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmemesi (olası kast) durumunda “dolus indeterminatus determinaturab eventu” (belirli olmayan kast netice ile belirlenir) kuralının uygulanmasının gerekli olduğu belirtilmelidir. Bu durumda ikincil nitelikteki eylemin yaşamın olağan akışında elde edilen deneyimlere göre gerçekleşmesinde bir zorunluluk bulunmamaktadır; yani bu netice gerçekleşmediğinde bir mucize gibi algılanmayacaktır, dolayısıyla da fail eylemini 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 teorisiyle de uyumsuzdur.

Ayrıca olası kast halinde faili suça teşebbüs kurallarından dolayı sorumlu tutmak, sorumluluk alanını büyük ölçüde genişletecek bu da teşebbüsün kanıtlanması açısından

¹²⁵ Önder, a.g.e., s.298; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.205; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.598.

¹²⁶ Önder, a.g.e., s.298.

¹²⁷ İçel vd., a.g.e., s.238; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.221.

¹²⁸ Önder, a.g.e., s.299.

sorunlara neden olacaktır¹²⁹. Bu nedenle olası kast halinde fail, gerçekleşmeyen ikincil nitelikteki neticeye teşebbüsten sorumlu tutulmamalıdır.

d. Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayrımı

Olası kast öğretide üzerinde çok tartışılan bir konu olma özelliğini göstermektedir; çünkü birçok olayda kusurluluk açısından bilinçli taksirin mi yoksa olası kastın mı var olduğu tartışma konusu olmakta ve bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir¹³⁰.

Konunun açıklanmasına geçmeden önce bu kavramların tanımlanması gerekir. Olası kastın tanımı “kişinin yaptığı hareketin sonucu olarak suç oluşturan farklı neticeler de meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen, bu neticelere kayıtsız kalarak eylemini gerçekleştirmesi hali; gerçekleşen ikincil nitelikteki neticeden sorumluluğu” şeklinde yapılabilir. Bilinçli taksir (luxuria) ise “kişinin suç oluşturacak bir eylemin gerçekleşmesini öngörmekle beraber, öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde güvenmesi ve hareketi yapması, ancak neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmesi” şeklinde tanımlanabilir¹³¹.

Olası kast ile bilinçli taksirin ayrımı açısından öncelikle belirtilmelidir ki olası kast adı üstünde kastın, bilinçli taksir ise taksirin bir türüdür. Dolayısıyla birisinde bilme ve isteme diğesinde ise öngörme ancak öngörüleni istememe durumu söz konusu olmaktadır. Bilinçli taksir ile olası kastı birbirinden ayıran en önemli araç da failin gerçekleşen neticeyi isteyip istememesidir. Yani fail olası kastta, gerçekleştirdiği hareketin sonucunda amaçladığı neticeden farklı olarak ikincil nitelikte neticelerin de gerçekleşebileceğini öngörmekte ancak bunlara karşı kayıtsız kalmakta adeta kabullenmekte, bilinçli taksirde ise yaptığı hareketin sonucunda gerçekleşecek neticeyi öngörmekte ancak bu neticenin gerçekleşmesini istememekte ve bunun gerçekleşmemesi için çaba göstermektedir. Kısacası hem olası kastta hem de bilinçli taksirde yapılan hareket sonucu ortaya çıkabilecek netice öngörülmekte ancak birisinde sonuç istenilmezken ve gerçekleşmemesi için çaba sarf edilirken diğesinde sonuca kayıtsız kalınmakta ve gerçekleşmemesi için herhangi bir girişimde bulunulmamaktadır. Diğere bir ifadeyle olası kastta failin ulaşmaya gayret ettiği amaç kendisi için o kadar önemli bir hale gelmektedir ki, fail bu hedefe ulaşma uğruna yasal tanıma uygun bir suçun gerçekleşme olasılığına katlanmakta adeta bu neticeyi kabullenmektedir¹³².

Örneğin bir terör örgütünün hafta sonu en yoğun günlerinden birini yaşayan bir alışveriş merkezine halk arasında panik yaratmak amacıyla bomba koyması ve bombanın patlaması sonucu bir çok kişinin ölümüne neden olması durumunda olası kastın varlığı söz konusu olmaktadır. Çünkü fail halk arasında panik yaratma suçunu gerçekleştirirken hafta sonu en yoğun olduğu zamanda bir alışveriş merkezine bomba koymakta ve böylelikle bunun zorunlu olmayan ikincil neticesi olarak bazı kişilerin ölebileceğini ya da yaralanabileceğini öngörmekte ancak hedefine ulaşabilmek için buna kayıtsız kalmakta, bu sonucu kabullenmektedir.

Diğere yandan, bir şişe rakı içtikten sonra araba kullanan ve iradi olarak aldığı alkolün de etkisiyle yolu dahi düzgün göremeyen bir fail bu durumdayken kaza yapabileceğini ve birilerinin ölümüne ya da yaralanmasına sebep olabileceğini öngörmesine rağmen yola

¹²⁹ İçel vd., a.g.e., s.238.

¹³⁰ Önder, a.g.e., s.296.

¹³¹ Benzer tanımlar için bkz: Schroeder, a.g.y., s.261,262; İçel vd., a.g.e., s.245,246; Önder, a.g.e., s.320.

¹³² İçel vd., a.g.e., s.244,245.

çıkarmakta ve alkolün de etkisiyle çok hızlı gittiği için fren yapmasına rağmen kırmızı ışıkta durmamakta ve bir yayaya çarpıp ölümüne neden olmaktadır. Artık burada bilinçli taksirin varlığı söz konusu olacaktır; çünkü fail gerçekleşebilecek neticeyi öngörmüş ancak bu neticeyi istememiş ve gerçekleşmemesi için frene basarak elinden geleni yapmış ancak kusurlu davranışı nedeniyle suç oluşturan neticeyi istememesine rağmen gerçekleştirmiştir¹³³.

Yargıtay'ın olası kast ile bilinçli taksire yaklaşımı ve her ikisini birbirinden ayırmasına ilişkin kararlarına ulaşmak mümkün olmamıştır. Öncelikle belirtilmelidir ki Yargıtay'ın şu ana kadar ulaşılmış bilinçli taksire ilişkin bir kararı bulunmamaktadır. Olası kast konusunda ise bu kavramı kusurlulukla ilgili diğer kavramlarla karıştıran ve ne yazık ki hatalı olan kararları bulunduğu gibi yakın tarihli doğru belirlemeler içeren kararları da bulunmaktadır.

Yargıtay, yakın tarihli olmayan kararlarında somut olay açısından olası kast bulunmasına karşın bunu bilinçsiz taksir olarak kabul etmiş ve failin sorumluluğunu buna göre belirlemiştir¹³⁴. Yargıtay bir başka kararında ise yargılama konusu somut olay açısından olası kastın varlığı söz konusu olmasına rağmen TCK'nın 52. maddesinde düzenlenen fiili hata düzenlemesine dayanarak karar vermiştir¹³⁵. Yargıtay Ceza Genel Kurul'unun yeni tarihli bir kararında ise fail olası kastı nedeniyle sorumlu tutularak cezalandırılmıştır¹³⁶. Ancak

¹³³ Ancak belirtilmelidir ki, failin alkollü olduğu her durumda bilinçli taksirin varlığından söz edilemez; bunun kabul edilmesi objektif bir yaklaşım olur. Her somut olayda failin taksirle gerçekleştirdiği eylem ile bu eyleme fail tarafından iradi olarak alınan alkolün etkisi araştırılmalı ve bunun değerlendirilmesine göre bilinçli taksirin somut olay açısından geçerli olup olmadığına karar verilmelidir. Ancak toplumda TCK'nın 45. maddesine 08.01.2003 tarihli ve 4785 sayılı yasanın 1. maddesiyle eklenen 3. fıkrada yer alan "hatalı" bilinçli taksir tanımından ve bu konuda yapılan açıklamalardan sonra "alkol alındıktan sonra yapılan her trafik kazası sonucunda" failin bilinçli taksirle hareket etmiş sayılacağına dair bir kanı oluşmuştur. Bu yukarıda da belirtildiği üzere hatalı bir düşüncedir. Tekrar belirtilmelidir ki bilinçli taksirin bulunması için mutlaka iradi olarak alkol alınması gerekmediği gibi, iradi olarak alkol alınan her durumda da bilinçli taksirin bulunduğu söylenemez. Bu durum varlığı her somut olay açısından değerlendirilmelidir.

¹³⁴ "Kast ve taksir kavramları üzerindeki bu açıklamalardan sonra olaya bakıldığında, sanığın yukarıda açıklanan aksi kanıtlanamayan savunmasına göre, sanıkta ölüm neticesine yönelik isteme iradesi bulunmamaktadır. Zira sanık savunmasında şaka yaptığını ileri sürmekte ve oluş savunmadan anlaşılmalıdır. Sanık ilk aşamada ölenin öldüğü düşüncesi ile düştüğü psikolojik ortam içerisinde fırın kapağını açmadan kahvehaneye giderken, ölenin havasızlıktan öleceğini istemiştir. Sanığın neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi hali sözkonusudur. Başka bir anlatımla, faili irade etmediği neticeden istisnalar dışında (TCY. 45/2) sorumlu tutmak olnaklı değildir. Kaldı ki taraflar arasında öldürmeyi gerektirecek bir husumet bulunmadığı gibi, açıklanan eylemi şakaya dayandığından TCY'nın 455. maddesine uyan suç oluşmuştur. Olayda cürmi kastın bulunmadığı, ağır ve yoğunlaşmış bir taksirli halin varlığı söz konusudur. Bu haliyle yerel mahkeme uygulamada takdir hakkını kullanarak temel cezayı tayin ederken üst haddi ceza uygulaması yaparak, eyleme uyan adil bir sonuca varmalıdır. Açıklanan nedenlerle sanığın eylemi ağır taksire dayalı TCY'nın 455. maddesine uyan suçu oluşturduğundan yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir." YCGK, K.t. 09.04.1990, E.1990/1-60 K.1990/108, YKD., Temmuz 1990, s.1066-1073.

Karşı görüşte bkz: Ancak bu karara karşı muhalefet şerhi yazan kurul üyesi O. Kadri Keskin, muhalefesinde haklı olarak somut olayda "bilinçsiz taksirin" değil "olası kastın" bulunduğu ve failin buna göre sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir. Aynı şekilde Sahir Erman da konuyla ilgili eserinde bu kararı eleştirerek burada "olası kastın" bulunduğunu ifade etmiştir. **Sahir Erman**, Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1994, s.22 dn.41.

¹³⁵ "...Sanık ile maktule Arife Gider resmen evli olup, sanığın yeğeni Hamdi ile maktule ilişki kurmuşlar, Taşova ilçesinden Bornova'ya giderek birlikte yaşamaya başlamışlardır. Sanık ile maktule boşanmak üzere anlaşmışlarsa da, sanık zina suçu nedeniyle savcılığa başvurarak şikayetçi de olmuştur. Buna kızan ölen Arife, zaman zaman sanığa telefon edip mutlu olduklarını söyleyerek Hamdi ile olan cinsel ilişkilerinin ayrıntılarını anlatıp sanığı huzursuz etmeye başlamış, sanık da bu anlatılanların etkisi ile eşi Arife'yi öldürmeye karar vermiştir. Olay günü Taşova'dan tabancalı olarak Bornova İlçesinde Arife'nin çalıştığı pastanaya gelen sanık, eşine 2 el ateş edip vurduğu esnada yaptığı müteakip atışlarda Arife'yi korumak ve sanığa engel olmak için araya giren Mustafa Musa Kayaoğlu'nu da tek mermi isabetiyle öldürmüştür...İlk atışlarıyla maktuleyi vuran sanık, ona yönelik atışlarına devam ederken araya giren ve kendine mani olmak isteyen maktülü gördüğü ve ona da isabetin öngörülebilir olduğu bir ahvalde maktülü sakınmadan, onu bertaraf etmeye özenmeden, maktüleye yönelik atışlarını sürdürmesi ve bu sırada vaki kayma-sekme-saptırma gibi herhangi arıza nedeni ile maktülün de vurulmasını gerçekleştirdiği anlaşıldığından; maktülün ölümünden dolayı TCK'nun 52. maddesi delaletiyle 448, 51/2, 59. maddelerinin uygulanması gerektiği yönündeki Özel Daire kararı yerindedir." YCGK, K.t. 04.02.1997, E.1996/1-300 K.1997/4, aktaran **Selçuk**, a.g.e., s.71,72.

Karşı görüşte bkz: Ancak bu karara karşı muhalefet şerhi yazan kurul üyesi Sami Selçuk, muhalefesinde haklı olarak somut olayda "fiili hatanın" değil "olası kastın" bulunduğunu ve failin buna göre sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir. **Selçuk**, a.g.e., s.72.

¹³⁶ "...Babasından kalma evde, eniştesi olan Bülent ve ailesiyle birlikte ikamet eden sanık İbrahim ile Bülent arasında, evin iki aileye yetmemesi nedeniyle tartışmalar çıktığı, sanık İbrahim'in bu tartışmaların etkisi ile birlikte oturlan evi yakmaya karar

YCGK'nın bu kararında sanığın gerçekleşmesinden sorumlu tuttuğu ikincil nitelikteki neticenin "olası kast" olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü kararda yapılan keşif ve bilirkişi incelemesine göre "...evin yanması halinde dahi bir kısım orman arazisinin yangının başlangıç noktası itibariyle yanmasının kaçınılmaz olduğu..." belirtilmektedir. O halde somut olay açısından kararda olası kastın mı yoksa ikinci derecede doğrudan kastın mı olduğu tartışılmalıydı. Her ne kadar her iki durumun faile verilecek ceza açısından pratik bir önemi olmasa da kararda ayrıntılı olarak yapılan kuramsal açıklamalar ve doğruya ulaşmanın gerekli olması nedeniyle bu tartışma yapılarak sonuca ulaşılmalıydı. Bu durumda failin evi yakma girişiminin sonucu olarak orman arazinin yanması da kaçınılmazsa ve fail bunu öngörüyorsa ikinci derecede doğrudan kast, yok eğer failin girişimi sonucu ormanın yanması olanak dahilinde ise ve fail bunu öngörüyorsa olası kastın varlığı kabul edilmeliydi. Ancak kararda ormanın yanmasının hem kaçınılmaz olduğu hem de olanak dahilinde olduğu belirtildiği için kesin bir sonuca ulaşmak mümkün olmamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan çıkarılan sonuca göre somut bir olayda olası kast ile bilinçli taksir arasında ayırım yapılırken iki belirleyici soru sorulacaktır. Bunlardan ilki failin bu öngördüğü neticenin gerçekleşmesini istemediği mi yoksa kayıtsız mı kaldığı; ikincisi ise failin öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf edip etmediğidir. Eğer fail öngördüğü neticenin gerçekleşmesini istemiyor ve bunun gerçekleşmemesi için çaba sarf ediyorsa bilinçli taksir, fail öngördüğü neticeyi ne istiyor ne de istemiyor buna kayıtsız kalıyor ve neticenin gerçekleşmemesi için hiçbir şey yapmıyorsa olası kastın varlığı söz konusu olacaktır.

Ancak belirtilmelidir ki; bilinçli taksirin düzenlendiği TCK'nın 45. maddenin 3. fıkrasında¹³⁷ ve YTCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasında bilinçli taksiri olası kast ayıran ölçütlerden biri olan ve bilinçli takdir tanımında bulunması gereken "failin neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmesi" şartı düzenlenmemiştir. Bu aşağıdaki başlık altında da belirtileceği üzere bilinçli taksir tanımında hataya varan bir eksiklik meydana getirmiş ve olası kastla bilinçli taksirin tanımlarının da ayırt edilemeyecek ölçüde aynı olmasına sebebiyet vermiştir.

e. YTCK'da Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayırımı ve Getirilen Eleştiriler

TCK'dan farklı olarak YTCK'da olası kast ve bilinçli taksir açık bir şekilde düzenlenmiştir¹³⁸. YTCK'nın kast başlıklı 21. maddesinin 2. fıkrasında olası kast; "kişinin,

verdiği, bu amacını gerçekleştirmek için evin yukarıdaki orman alanına giderek, kurumuş otları tutuşturduğu, ancak ateşin eve doğru değil, ormana doğru ilerlediği, sonuçta İzmir L-20-94 pafta nolu memleket haritasında orman içinde kaldığı saptanan ve amenajman planında da 143 nolu bölmede bozuk meşe baltalığı olduğu belirlenen 875 m²lik orman alanının yandığı, yanan alanın eve en yakın noktadan uzaklığının 15 metre olduğu, iki nokta arasında çalı çırpı bulunmaması ve zeminin engebeli olması nedeniyle, eve en yakın noktada yangının çıkması halinde dahi evin yanma olasılığının bulunmadığı saptanmıştır. Sanık her ne kadar amacının ormanı yakmak olmadığını savunmuş ise de toplanan kanıtlardan yangının başlatıldığı alanın orman arazisi olduğu, evin yanması halinde dahi bir kısım orman arazisinin yangının başlangıç noktası itibariyle yanmasının kaçınılmaz olduğu, ormanın yanacağına öngörmesine rağmen, hareketinden vazgeçmeyerek iradi olarak yangını başlatan sanığın hareketinin olası sonuçlarının da gerçekleşmesini istediğini kabulde zorunluluk bulunduğunu maksat dışında kalsa bile, amaca zorunluluk veya ihtimal bağı ile bağlı olan sonuçlar bakımından failin (belirli olmayan kast) kurallar çerçevesinde meydana gelen orman yangınından kasten sorumlu olduğu anlaşılmaktadır." YCGK, K.t. 09.07.2002, E.2002/3-197 K.2002/288, (Kazancı Otomasyon Yazılımı).

¹³⁷ TCK'nın 45. maddesine 08.01.2003 tarihli ve 4785 sayılı yasanın 1. maddesiyle eklenen 3. fıkrada bilinçli taksir, "failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır" şeklinde tanımlanmıştır.

¹³⁸ YTCK'da olası kastın tanımlanması, bu konunun öğretide henüz tartışmalı olması ve yasal tanımla öğretinin gelişmesinin engellenmesine yol açacağı gerekçe gösterilerek eleştirilmiştir. **Erol Cihan**, "TCK Tasarısının 'Ceza Hukuku'nun Amacı' İle 'Olası Kast' Açısından Değerlendirilmesi", Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.30; **Yurtcan**, a.g.e., s.67.

suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâli” şeklinde tanımlanmıştır. YTCK’da taksirin düzenlendiği 22. maddenin 3. fıkrasında ise bilinçli taksir “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâli” olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımlardan açıkça görüldüğü üzere her iki tanım arasında farklılık bulunmamaktadır. Oysa yukarıda olası kast ile bilinçli taksir arasında iki önemli fark bulunduğu belirtilmektedir. İşte bu farklara yasada yapılan tanımlarda yer verilmemiş ve zaten somut olaylarda birbirine sıklıkla karıştırılan bu iki durum, yasada yapılan düzenlemeyle tamamen karışıklığa yol açacak bir hale getirilmiştir¹³⁹.

Olası kastın 21. maddenin 2. fıkrasında yapılan tanımında, yukarıda da belirtildiği üzere adeta suçun yasal tanımındaki unsurlarının fail tarafından bilinmesinin istenmesi şeklindeki düzenleme biçimi eleştiriye uğramış ve bunun YTCK’nın 4. maddesiyle çeliştiği belirtilmiştir¹⁴⁰. Gerçekten de burada failin öngörmesi gereken, suçun yasal tanımındaki unsurların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği değil failin gerçekleştirdiği eylem neticesinde bir bütün olarak suç oluşturan ikincil nitelikteki bir neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini öngörmesidir.

Bunun yanı sıra tanımında, kişinin hareketleri neticesi gerçekleşebilecek ikincil nitelikteki hareketleri öngörmesinin gerekli olduğu belirtilirken “bunları isteyip istemediği” konusu üzerinde durulmamıştır¹⁴¹. Oysa yukarıda belirtildiği üzere olası kastın bilinçli taksirden farkını koyan en önemli özellik failin gerçekleşen ikincil nitelikteki neticelere kayıtsız kalması böylelikle ikincil nitelikteki neticeleri adeta kabullenmesidir. Bu önemli ayrıca yasal tanımında yer verilmediği için bu tanım hatalı ve karışıklıklara yol açabilecek bir düzenleme olmuştur¹⁴².

Bu tanımın “kişinin yaptığı hareketin sonucu olarak suç oluşturan farklı neticeler de meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen, bu neticelere kayıtsız kalarak eylemini gerçekleştirmesi halinde olası kast vardır” şeklinde yapılmasının daha uygun bir düzenleme olacağı belirtilmelidir¹⁴³.

Nitekim olası kastın tanımına ilişkin olarak yasanın gerekçesinde “olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir” şeklinde yapılan açıklamalar da eksiktir.

¹³⁹ **Köksal Bayraktar/Önder Öztürel/Pınar Memiş**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.33; **Toroslu/Ersoy**, a.g.y., s.10; **Özbek**, a.g.y., s.28,29;

¹⁴⁰ **Mehmet Emin Artuk/Ali Rıza Çınar**, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.75,76; **Toroslu/Ersoy**, a.g.y., s.10.

¹⁴¹ Bazı yazarlar kasta bulunması gereken istemenin olası kast tanımında öngörme ile karıştırılmasının adaletsiz sonuçlara yol açabileceğini belirtmektedirler. **Umit Kocasakal/Fehmi Demir/Mehmet İpek**, “Kişilere Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.49.

¹⁴² **Köksal Bayraktar**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.30, **Tezcan/Erdem**, a.g.y., s.340.

¹⁴³ Öğretide benzer olarak şu şekilde bir tanım yapılmıştır: “Fail sonucu öngördüğü halde, bu sonucun gerçekleşmesi ihtimalini göze alarak hareketi gerçekleştirmişse, olası kast vardır” **Yurtcan**, a.g.e., s.67.

Görüldüğü üzere gerekçede de aynen yasa maddesindeki tanımda olduğu gibi, olası kastın öngörme unsuruna yer verilmişken neticeye karşı kayıtsız kalınması unsuruna hiç değinilmemiştir. Buna dayalı olarak olası kastın açıklanması için yasanın gerekçesinde verilen örneklerde de failin neticeyi isteyip istemediği konusuna hiç değinilmemiştir¹⁴⁴.

Ayrıca belirtilmelidir ki olası kastın tanımlanması için verilen bu örneklerden birinde aslında işleniş şekline ve somut olaya göre olası kast veya bilinçli taksir içerisinde değerlendirilmesi gereken trafik kazası örneği verilmişti ki bu hatalıdır. Çünkü olası kastta fail bir suç işlemeyi hedeflemekte ve bu suçun oluşumu sırasında ikincil nitelikte başka sonuçların da doğabileceğini öngörmekte ve bu neticelere karşı kayıtsız kalmaktadır. Ancak olası kastta fail ikincil nitelikteki sonuçların gerçekleşmesine yönelik olarak kayıtsız kalmakta bilinçli taksirde olduğu gibi neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmemektedir. Oysa olası kastı tanımlayan maddenin gerekçesinde verilen ilk örnekte¹⁴⁵, failin bir trafik suçu olan kırmızı ışıkta geçmek eylemini gerçekleştirirken yolda yayaların bulunması ve failin bunu bilerek yoluna devam etmesi halinde, otobüs şoförünün neticenin gerçekleşmemesi için bir çaba sarf edip etmediğine değinilmemektedir. Failin örneğin yaptığı bir soygun neticesinde polisten kaçmak için hızla ilerlerken kırmızı ışığın yandığını görmesi ancak kaçmak istemesi nedeniyle yolda geçenlere çarpıp onları öldürebileceğini ya da yaralayabileceğini öngörmesine rağmen hız kesmeyip yoluna devam etmesi ve sonuçta birkaç kişiyi öldürmesi halinde olası kast vardır; ancak failin hızlı seyrederken hızını ayarlayamaması nedeniyle kırmızı ışığa rağmen yay geçidinden geçmesi ancak bu esnada yayalara çarpmamak için frene basması ve/veya direksiyonu kırması halinde bilinçli taksir bulunmaktadır. Yani failin kendisine yanan kırmızı ışığa ve karşıdan karşıya geçmekte olan yayalara rağmen arabasını devam etmesi halinde somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalı ve failin kusurluluğuna göre karar verilmelidir; ancak gerekçedeki gibi bu konuda genel geçer bir örnek verilmesi hatalıdır.

Nitekim gerekçede bu örneğe yer verilerek adeta yasa maddesiyle yapılamayan gerekçeyle yapılmaya çalışılmış ve uygulayıcılar verilen örneklerle etkilenmek istenmiştir. Bunun nedeni ise yasa koyucunun kamu oyunundan gelen çeşitli baskılara göre hareket etmiş olması ve ülkemizde yaşanan bazı trafik kazası olaylarını olası kast içinde değerlendirmek istemesidir ancak bunu yaparken de suç genel teorisinden ödün vermiştir.

Aynı şekilde gerekçede olası kast için ikinci örnek olarak ülkemizde çeşitli kutlamalarda görülen ve arkaik dönemden kaldığı şüphe getirmeyen bir sevinç gösterisi olan havaya ateş açma olayları gösterilmiştir¹⁴⁶. Ancak bu olaylarda fail bir başka suçu gerçekleştirirken bunun ikincil nitelikteki neticesine karşı kayıtsız kalmamaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki söz konusu olaylarda tabancayı kullanan failler gerçekleşen ölüm neticesini kesinlikle istememektedirler ve bu neticeyi istediklerinin akıl yürütme yoluyla kabul edilmesi

¹⁴⁴ Artuk/Çınar, a.g.y., s.76.

¹⁴⁵ "Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yay geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat, buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir." Yasanın gerekçesi ve örnek için bkz: Yeni Türk Ceza Kanunu, Der: Erdener Yurtcan, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s.59.

¹⁴⁶ "Düğün evinde törene katılanların tabancaları ile odanın tavanına doğru ardı ardına ateş ettikleri sırada, bir kişinin aldığı alkolün de etkisi ile elinin seyrini kaybetmesi sonucu, yere paralel olarak yaptığı atışlardan bir tanesinden çıkan kurşun, törene katılanlardan birinin alınına isabet ederek ölümüne neden olur. Bu örnek olayda kişi yaptığı atışlardan çıkan kurşunların orada bulunan herhangi birine isabet edebileceğini öngörmüş; fakat, buna rağmen silâhiyle atışa devam etmiştir. Burada da fail silâhiyle ateş ederken ortaya çıkacak yaralama veya ölüm neticelerini kabullenmiştir." Örnek için bkz: Yurtcan, Yeni Türk Ceza Kanunu, s.59.

de mümkün değildir. Bu eylemleri gerçekleştiren failer hareketlerini yaparken “ben havaya ateş açayım ama arada ölen olursa da olsun ne yapayım” şeklinde bir düşünüşe sahip değildirler, aksine bu failer ilkel bir sevinç gösterisi için özellikle kimseye zarar gelmesin diye gerçekleşebilecek sonucu öngörerek ve bunun gerçekleşmemesi için çaba sarf ederek havaya ateş açmakta ancak dikkatsizlik ve tedbirsizliklerinin sonucu olarak sonuç gerçekleşmekte ve bazı kişi ya da kişiler bu hareketin neticesinde ölmekte ya da yaralanmaktadırlar. Görüldüğü üzere bu açık bir şekilde bilinçli taksir için verilebilecek bir örnektir. Ancak yasa koyucu yine kamuoyunun etkisi altında kalarak bu örneği olası kast için kullanmış adeta bu tür olayların olası kast içinde değerlendirilmesinin gerektiğini belirtmiş ve yasal tanımda yapamadığı bir sonuca ulaşmak istemiştir; ancak bu da açık bir biçimde suç genel teorisiyle bir çelişki oluşturmaktadır.

Benzer şekilde bilinçli taksirin tanımı da hatalı yapıldığı ve olası kasttan ayrımını oluşturan önemli bir özellik belirtilmediği için her iki kavramının birbirine karıştırılma olasılığı artmıştır.

YTCK'nın 22. maddenin 3. fıkrasında kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır şeklinde bilinçli taksir tanımlanırken kişinin öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmesi gerektiği belirtilmemiştir. Yine trafik kazasına ilişkin bir örnekten yola çıkılarak konu açıklanırsa aradaki ayırım daha iyi anlaşılacaktır. Bir şişe içki içtikten sonra sarhoş bir halde arabasına oturan ve bunu kullanmaya başlayan fail yaptığı bu hareketin sonucu olarak birilerine çarpabileceği ve onların ölümüne ya da yaralanmasına yol açabileceğini öngörmekte ancak bunun gerçekleşmesini istememektedir; ayrıca fail böyle bir olasılık gerçekleştiğinde istemediği sonucun gerçekleşmemesi için elinden gelen çabayı da sarf etmektedir, örneğin arabasının frenine basmakta ya da direksiyonu aksi yöne kırmaktadır. Görüldüğü üzere fail olası kasttan farklı olarak neticenin gerçekleşmemesi için bir harekette bulunmaktadır, oysa olası kastta fail neticenin gerçekleşmemesi için hiçbir harekette bulunmamaktadır. İşte yasada verilen bilinçli taksir tanımında failin neticenin gerçekleşmemesine yönelik hareketlerini belirten bir düzenleme yapılmamıştır ve dolayısıyla tanım da eksik ve hatalı olmuştur.

Bu tanımın “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine ve bunun gerçekleşmemesi için çaba sarf etmesine karşın, istenmeyen neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır” şeklinde yapılmasının daha uygun bir düzenleme olacağı belirtilmelidir.

Hem olası kastta, hem de bilinçli taksirde netice öngörülmüştür. Ancak öngörülen bu neticeye karşı olası kastta kayıtsız kalınır netice adeta istenilirken, bilinçli taksirde bu netice istenilmemekte ve gerçekleşmemesi için hareket edilmektedir; işte bu özelliklerin belirtilmediği olası kast ve bilinçli taksir tanımları hatalı ve eksik olacak dolayısıyla suç genel teorisiyle çelişmesi gibi sorunlara da yol açabilecektir.

Nitekim yukarıda yapılan açıklamalar sonucunda görüldüğü üzere YTCK'da yapılan olası kast ve bilinçli taksir tanımları eksik ve hatalıdır; bu tanımların eksik ve hatalı yapılmış olması kusurluluk açısından önemli olan bu iki kavramın birbirine karıştırılmasına ve bu YTCK'nın yürürlüğe girmesiyle bu açıdan sorunların çıkmasına neden olacaktır¹⁴⁷.

Açıkça ifade edilmelidir ki olası kastın tanımının yapıldığı YTCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında aslında bilinçli taksirin tanımı yapılmıştır. Çünkü bilinçli taksir de fail suç oluşturan bir neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen eylemini

¹⁴⁷ Bayraktar, a.g.y., s.31.

gerçekleştirmektedir. Bu olası kastta bulunan unsurlardır ancak yukarıda da belirtildiği üzere olası kastın başkaca özellikleri de bulunmaktadır ve bunların tanımda belirtilmemesi halinde tanımlanan olası kast değil bilinçli taksir olmaktadır¹⁴⁸.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken konu ise YTCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde olası kastın bulunması halinde faile verilecek cezanın indirilmesinin öngörülmesi, adeta olası kast durumunun genel bir cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmesidir.

Karşılaştırmalı hukukta hiçbir ceza yasasında olası kast durumu için failin cezasından indirim yapılması öngörülmemiştir. Bu şekilde bir indirimde gerek de yoktur; çünkü öncelikle belirtilmelidir ki bu bir "kast" türüdür yani fail bu eylemi kasıtlı olarak işlemiş, suç işleme açısından tehlikelilik halini ortaya koymuştur. Öncelikle belirtilmelidir ki, failde kast ya vardır, ya yoktur; kastın varlığı bir kere kabul edildikten sonra, cezada indirim yapılması bu açıdan mümkün değildir¹⁴⁹. Ayrıca fail olası kastta gerçekleşen ikinci nitelikteki netice açısından kayıtsız kalmış adeta bu sonucu istemiş, suç oluşturan bu sonucun gerçekleşmemesi için hiçbir harekette bulunmamış gerçekleşmesini istediği neticenin yanında farklı neticelerin de gerçekleşebileceğini öngörmüş ancak bunları amacına ulaşma yolunda önemsiz görmüştür. Zaten bu nedenle de eylemi bilerek ve "isteyerek" gerçekleştirdiği kabul edilmiştir.

YTCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde olası kast için cezada indirimin öngörülmesinin asıl sebebinin ise trafik kazalarında faili cezalandırmak için olası kast kuramından yararlanılmak istenmesi bu arada adalet duygularıyla da cezada indirimde gidilmek istenmesidir. Ancak önemle belirtilmelidir ki bu kuramsal açıdan iki hataya birden sebep olmaktadır. Bunlardan ilki trafik kazalarında failerin bilinçli taksirle hareket ettikleri gerçeğidir. Zaten taksir kavramının son iki yüz yıl içinde bu kadar önem kazanmasının ve bilinçli taksir kavramının ortaya çıkmasının nedeni bu son iki yüz yıl içinde bilim ve teknolojiye paralel olarak makinelerde görülen gelişme ve bunun neticesinde meydana gelen kazalar ve bireylerin bunlardan zarar görmesidir, bu kaza ve zararlarda etkili olan araçlar ise 20. yüzyılda yaygınlaşan ve modern yaşamın ayrılmaz parçaları olan motorlu araçlardır¹⁵⁰. Bu gerçeğin görmezden gelinerek trafik kazaları için kamu oyunundan gelen tepkilere göre olası kastın varlığının kabul edilmesi ilk hatayı oluşturmaktadır. Bu konudaki diğer hata ise kast açısından indirimin öngörülerek derecelendirme yapılmasıdır. Oysa derecelendirme taksir için geçerli olabilir. Birey hafif ya da ağır taksiriyle bir neticenin gerçekleşmesine sebep olabilir ve dolayısıyla buna göre bir derecelendirme ile ceza tayini mümkün olabilir. Kasta derecelendirme ise mümkün değildir, kişi bir hareketi ve neticesini ya biliyor ve istiyordur ya da bilmiyor ve istemiyordur. Kısacası kişide kast ya vardır ya da yoktur; bunun arasının hafif ya da ağır diye bulunması mümkün olmaz. Bu nedenle olası kast açısından cezada indirim öngörülerek kastta derecelendirme yapılması bilimsel kuramsal açıdan hataya sebep olmaktadır.

¹⁴⁸ Aynı görüşte bkz: **Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar/Necmi Yüzbaşıoğlu/Erdoğan Bülbül/Ümit Kocasakal/E. Eylem Aksoy/Pınar Memiş/Gülşah Kurt/Çağla Tansuğ/Didem Yılmaz**, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.125.

¹⁴⁹ **Demirbaş**, a.g.e., s.317.

¹⁵⁰ **Schroeder**, a.g.y., s.255.

Açıklanan nedenlerle olası kastta failin cezanın hafifletilmesini gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. YTCK'nın bu yöndeki düzenlemesi de hatalı ve modern ceza hukukuyla bağdaşmamaktadır¹⁵¹.

C. Genel Kast – Özel Kast

Yukarıda “kast-saik (güdü) ilişkisinde de açıklandığı üzere kastın türleri olarak genel kast ve özel kast da gösterilmektedir. Genel kast (dolus generalis) kastın iki unsuru olan “bilme” ve “isteme” unsurlarının failde bulunmasıyla oluşan kast türüdür. Özel kastta ise failde bu bilme ve isteme unsurlarının (genel kastın) yanı sıra eylemini gerçekleştirirken bir güdüyle hareket etmesi de aranmaktadır. İşte failin bir güdüyle hareket ettiği durumlarda özel kast bulunmaktadır¹⁵².

Suçun yasal tanımında özel kasta yer verilmesi, failde bulunan saikin dikkate alınarak diğer unsurları aynı olan suç tiplerini birbirinden ayırt etmeye ya da cezanın belirlenmesinde etkide bulunmaya yaramaktadır¹⁵³. Ancak özel kasta her suç tipi açısından özel kast farklı işlevler görebilmektedir bu nedenle özel kastın işlevi suçun oluşumu için varlığının arandığı her suç tipi açısından ayrı ayrı belirlenmelidir.

Saike bazı suç tiplerinde aynı eylemlerle gerçekleştirilen suç tiplerinin birbirinden ayırt edilebilmesi için yer verilmiştir. Örneğin, başkasının taşınabilir malını yaralanmak saikiyle alan kişi hırsızlık suçunu (TCK m.491, YTCK m.141); bu mal üzerinde ileri sürdüğü bir hakkı kullanmak saikiyle alan kişi kendiliğinden hak alma suçunu (TCK m.308); bu mala zarar vermek saikiyle ele geçiren kişi mala zarar verme suçunu (TCK m.491, YTCK m.516) işlemiş olur¹⁵⁴. Görüldüğü üzere bu suçları birbirinden ayıran özellik failin suç işlerken taşıdığı saikdir.

Bunun yanı sıra bazı suç tiplerinde ise saik bir ağırlatıcı neden olarak öngörülmüştür. Örneğin, kan gütmeye saikiyle adam öldürme suçu (TCK m.450 b.10, YTCK m.82 f.i) ya da töre saikiyle adam öldürme suçu¹⁵⁵ (YTCK m.82 f.j)'nda olduğu gibi.

Kural olarak bir suçun oluşumu için özel kastın arandığı suçun yasal tanımında açıkça belirtilmektedir. Ancak öğretide yasanın hukuka özel aykırılık kabul ettiği durumlarda failin kastı bu özel hukuka aykırılığa ilişkin olacağı için özel kastın kabul edilmesi gerektiği belirtilse de¹⁵⁶, bu özel kastın varlığını genişletici ve suçun oluşumunu zorlaştırıcı bir yorum olduğu için, failin belli bir saikle hareket etmesinin aranmadığı ve bunun suç tipinde açıkça belirtilmediği hallerde özel kastın varlığı kabul edilmemelidir.

¹⁵¹ Bayraktar, a.g.y., s.30; Artuk/Çınar, a.g.y., s.76; Tezcan/Erdem, a.g.y., s.340; Özbek, a.g.y., s.29.

¹⁵² Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.231.

¹⁵³ Selçuk, a.g.e., s.45.

¹⁵⁴ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.231.

¹⁵⁵ Burada belirtilmelidir ki adam öldürme suçunun “töre saikiyle” işlenmesinin suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesi, ceza hukuku tekniği açısından hatalıdır. Ülkemizde yaşanan bazı toplumsal gereksinimler, bu saikle gerçekleştirilen eylemlerin daha ağır cezalandırılarak caydırıcılığın artırılması istenmiş olabilir; ancak “töre” kavramı çok geniş ve tam bir tanımı olmayan, aynı toprak parçasında yaşayan bir ülke vatandaşları arasında dahi kültürden kültüre farklılık gösteren etik, sosyolojik ve psikolojik yönleri olan bir kavramdır. Bu kadar geniş ve belirgin tanımı yapılamayan bir kavrama önemli bir suç tipinin nitelikli hali olarak yer verilerek cezasında arttırıma gidilmesi, Kıta Avrasi Hukuk Sistemi'nin önemli bir kuralı olan belirginlik ilkesine ve dolayısıyla suçlarda ve cezalarda yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaktadır

¹⁵⁶ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.231.

Ayrıca burada bir kez daha belirtilmelidir ki saik için “özel kast” kavramının kullanılması yerinde değildir¹⁵⁷. Çünkü yasada saikin arandığı halde “özel kast” karşısında “genel kast” olarak nitelendirilebilecek “bilme ve isteme” unsurundan vazgeçilmiş değildir.

D. Ani Kast – Düşünce Kastı

Failin ani bir karar sonucu harekete geçmesi ve suç işlemesi halinde “ani kastın”, failde kastın oluşumuyla suçu işlemesi arasında bir zaman dilimi bulunması ve failinin araya giren bu zaman diliminde hareketinin sonuçlarını düşünerek suç işlemesi halinde düşünce kastının bulunduğu belirtilmektedir¹⁵⁸.

Bu ayırım iki açıdan önem göstermektedir. Düşünce kastının özellik gösteren bir biçimi olan tasarlama, ani kast bulunmamakta ve failin önceden düşünerek kastıyla eylemi gerçekleştirmesi arasında zaman geçmektedir. Ancak düşünce kastının olduğu her durumda tasarlama bulunmamaktadır; bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Ayırımın önem gösterdiği diğer konu ise haksız tahrikin etkisi altında işlenen suçlar açısından (TCK m.51; YTCK m.29); çünkü genellikle haksız tahrikin kabul edilebilmesi için failin eylemini ani kastla gerçekleştirmiş olması aranmaktadır.

1. Ani Kast

Fail ceza yasalarında suç olarak tanımlanan eylemini gerçekleştirirken, bunu kural olarak bilerek ve isteyerek gerçekleştirir; bu da bir bilincin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yani fail eylemini gerçekleştirirken bunun suç oluşturacağını bilerek, bu bilinci taşıyarak hareket etmektedir. Ancak bazı durumlarda fail suç oluşturan eylemini bunun nasıl bir hareketle gerçekleştirileceğini ve sonuçlarını düşünmeden gerçekleştirebilir. Bu duruma öğretide ani kast (dolus repentinus) denilmektedir¹⁵⁹.

Ani kastla suç işlenmesi, failin bir davranışın ya da bir sözün etkisinde karar vermesi şeklinde olabileceği gibi, uzun süredir düşmanlık beslediği bir insanı bir anda karşısında gören kişinin ani bir kararla harekete geçmesi şeklinde de olabilecektir. Bu nedenle failin ani kastla suç işlediği her durumda, failin irade yeteneğinde bir azalmanın meydana geldiği ve dolayısıyla bunun kusurluluğu azaltan haller kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenemeyecektir¹⁶⁰. Dolayısıyla ani kastın olduğu her somut olayda, haksız tahrike ilişkin kuralın uygulanmasını gerektirecek bir durumunun olup olmadığına bakılması gerekmektedir.

2. Düşünce Kastı

a. Genel Olarak

Failin yukarıda açıklanan ani kastla suçu işlemesi dışında, suç işlemeyen önce bunu yapmak için gerekli olan icra hareketlerini ve hareketlerin sonucunda oluşacak neticeyi düşünmesi ve bundan sonra suçu gerçekleştirmesi de mümkündür. Buna öğretide düşünce kastı (dolus deliberatus) denilmektedir¹⁶¹.

¹⁵⁷ İçel vd., a.g.e., s.239.

¹⁵⁸ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.233; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.208.

¹⁵⁹ İçel vd., a.g.e., s.241,242; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.233; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.448; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.605.

¹⁶⁰ Karşı görüşte bkz: İçel vd., a.g.e., s.242.

¹⁶¹ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.233; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.449.

Suçların temel işleniş şeklinin ani kast ya da düşünce kastı olduğunu ilişkin bir belirlemenin yapılması mümkün değildir. Ancak öğretide yasada suç olarak tanımlanan bir eylemin temel işleniş biçiminin, bunun önceden fail tarafından işleniş şeklinin bilinerek ve sonuçlarının istenerek işlenmesi yani düşünce kastı olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁶². Bu görüşün kabul edilmesi halinde ise, bazı suç tipleri açısından düşünce kastının özel bir görünümü olan tasarlamanın suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesinin açıklanması mümkün değildir. Dolayısıyla suçların ani kastla olduğu gibi düşünce kastıyla da işlenebileceğinin ve her somut olay açısından bunun farklılık göstereceğinin belirtilmesi gerekir.

Öğretide düşünce kastının özel bir görünümü olan tasarlama¹⁶³ ile düşünce kastının aynı kavram olduğunu kabul eden görüşler bulunmaktadır¹⁶⁴; ancak bir kez daha belirtilmelidir ki her tasarlama bir düşünce kastı olmasına karşın her düşünce kastı bir tasarlama değildir. Burada bu ayrım vurgulandıktan sonra aşağıda düşünce kastının önemli bir görünümü olan tasarlama incelenecektir.

b. Tasarlama

Öncelikle belirtilmelidir ki ne TCK'da ne de YTCK'da tasarlamanın bir tanımı bulunmadığı gibi tasarlama ile ilişkin genel bir düzenleme de yapılmamıştır¹⁶⁵. Tasarlama TCK'nın 450. maddesinin 4. bendinde adam öldürme suçunun nitelikli bir hali olarak yer verilmiş ayrıca 457. maddenin 450. maddeye yaptığı yollamayla etkili eylem açısından tasarlamanın ağırlatıcı bir neden olarak öngörüldüğü belirtilmiştir. Aynı şekilde YTCK'nın 82. maddesinin "a" bendinde tasarlama, adam öldürme suçunun nitelikli bir hali olarak yer verilmiştir.

Tasarlamanın adam öldürme suçunu nitelikli hale getirip getirmediği konusu tartışmalıdır. Failin önceden plan yaparak ve soğukkanlılıkla adam öldürme suçunu gerçekleştirmesinin faildeki kastın yoğunluğu gösterdiği düşüncesinden hareketle tasarlamanın adam öldürme suçunun nitelikli bir hali olduğu denebileceği gibi¹⁶⁶, birçok halde aniden suç işleme kararını alan bir kişi suçun işleniş üzerinde düşünen kişiye göre daha tehlikeli ve daha yoğun bir suç işleme kararı içerisinde denilerek, tasarlamanın adam öldürme suçunun nitelikli bir hali olmadığı da söylenebilecektir¹⁶⁷.

¹⁶² İçel vd., a.g.e., s.242.

¹⁶³ Öğretide "tasarlamanın kastın şiddetli bir biçimi olduğu" da ileri sürülmüştür; bkz: **Sulhi Dönmezer**, "İçtihatlarla Kan Gütme Saiki", İÜHFMD Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan Sayısı, C:XLII, S:1-4, İstanbul, 1976, s.9.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere kastta bir derecelendirmenin yapılmasının mümkün olmaması dolayısıyla tasarlama için kastın şiddetli bir hali olduğunun söylenmesi uygun değildir. Bu nedenle tasarlama ancak kastın özel bir görünümü olarak belirtilmektedir. Tasarlama için kastla işlene bir suça göre daha fazla ceza verilmesinin nedeni ise failde "kastın şiddeti" değil, suç işlemedeki kararlılığın yoğunluğu ve suç için plan kurarak suçu işlemesini kolay ve kesin bir hale getirmesidir.

¹⁶⁴ Önder, a.g.e., s.308.

¹⁶⁵ Öğretide ise tasarlama şu şekilde tanımlanmaktadır: "Önceden düşünülerek alınan, ortaya çıkan dış bulgulara göre karışıklığa (iltibasa) yol açmayacak biçimde belli bir cürmü [YTCK açısından 'belli bir suçu'] işlemeye yöneldiği anlaşılan, failin tehlikeliğini ve kastın yoğunluğunu vurgulayan, mutlaka kınanabilir bir güdüye dayanmayan, planlı olarak hazırlanan ve bu nedenle de mağdurun savunmasını zorlaştıran bir cürüm [suç] kararıyla; bu kararı yerine getirme arasında algılanabilecek ve hukuken değerlendirilebilecek biçimde en çok bir zaman dilimi ve bu yüzden de ruhsal, zamandizinsel ve düşünsel bir yapısı bulunan, son çözümlenmede, kesintiye uğramamış, inatçı, dönülmez, ve değişmez nitelikteki iradi sürece tasarlama adı verilir." **Selçuk**, a.g.e., s.50.

¹⁶⁶ Anglo Sakson hukukunda da tasarlama adam öldürme suçunun nitelikli hali olarak öngörülmekte ani kastla gerçekleştirilen adam öldürme suçuna göre daha ağır ceaz ile cezalandırılmaktadır. **John Kaplan/Robert Weisberg**, Criminal Law Cases and Materials, Canada, Little, Brown & Company (Canada) Limited, 1986, s.294,295.

¹⁶⁷ Önder, a.g.e., s.308,309.

Tasarlamanın neden nitelikli bir hal olarak görüldüğünü açıklamaya çalışan iki kuram ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki “soğukkanlılık kuramı” diğeri ise “plan kurma kuramıdır.”

i. Soğukkanlılık Kuramı

Soğukkanlılık kuramına göre, tasarlama iki unsurun bulunması gerekmektedir. Bunlardan birisi failin suç işleme kararı ile harekete başlaması arasında bir zaman aralığının bulunması, diğeri ise failin hareketlerini soğukkanlılıkla gerçekleştirmesidir¹⁶⁸.

Ancak bu kuram, soğukkanlılığın objektif bir ölçüt olmadığı, bunun kişiden kişiye değişen ruhsal bir durum olduğu¹⁶⁹, sıcak iklime sahip ülkelerde yaşayan insanların da genellikle sıcakkanlı olduğu, bu kuramın kabul edilmesi halinde bu ülkelerde yaşayan insanların soğukkanlılıkla suç işleyebileceklerinin kabul edilmesinin mümkün olmayacağı bunun ise mantıklı olmadığı; ayrıca tasarlamanın adam öldürme gibi çok ağır suçlarda görüldüğü, bu tür suçlarda failin bir kızgınlık ya da hırs duymadan tamamen duygusuz bir biçimde hareket etmesinin çok ender görülen bir durum olduğu, soğukkanlılığın ceza hukukuna yabancı olan bir ruhsal bozukluk olduğu şeklindeki görüşlerle eleştirilmiştir¹⁷⁰.

ii. Plan Kurma Kuramı

Bu kurama göre ise tasarlamanın hukuksal esasını , failin suç işleme kararını vermesi ile suçu gerçekleştirmek için harekete geçmesi arasındaki zaman dilimi içinde, suç işlemeye yönelik düşüncelerini toplaması ve bir plan dahilinde suçu gerçekleştirerek amaçladığı neticeyi gerçekleştirmesinin daha olanaklı hale gelmesi oluşturmaktadır. Bu planla kastedilen failin eyleme ilişkin tüm ayrıntıları bilmesi değil, suçun işlenişi hakkında ana hatlarıyla bir bilgiye sahip olmasıdır¹⁷¹.

Plan kurma kuramı da soğukkanlılık kuramı gibi eleştirilere uğramıştır. Öncelikle plan kurma kuramına göre tasarlamanın varlığının kabul edilebilmesi için suç işleme araçlarının önceden hazırlanmasının ve suçun işleneceği yerin belirlenmesinin aranması halinde pek çok somut olayda tasarlamanın varlığının kabul edilmesi gerekecektir ki bu tasarlamanın amacını aşmaktadır. Diğeri yandan failin işlemek istediği suçu plan kurma kuramına göre tasarlaması ve suçu işlemeye giderken yolda mağduru görmesi ve hiddete kapılıp yaptığı plana uymayan bir biçimde suçu hemen işlemesi halinde, fail tasarlama biçimindeki nitelikli adam öldürme suçundan mı yoksa adam öldürme suçunun basit şeklinden mi sorumlu tutulacağı belirlenemediği bu kurama getirilen eleştirilerde ifade edilmiştir¹⁷².

Yukarıda açıklanan tasarlama hakkındaki kuramların önemi, tasarlama ile haksız tahrikin bir arada olup olmayacağı belirlenmesi açısındandır. Suç oluşturan bir eylemde haksız tahrike ilişkin kuralların uygulanabilmesi için failin “kızgınlık ve üzüntü” içinde hareket etmesi gerekir. İşte tasarlamaı açıklamak için soğukkanlılık kuramının kabul edilmesi halinde, kızgınlık ve üzüntü halinde bulunmayla soğukkanlı bir şekilde bulunma aynı anda aynı kişide bulunamayacağı için tasarlama ile haksız tahrikin birlikte uygulanması söz konusu olmayacaktır. Tasarlamaı açıklamak için plan kurma kuramının kabul edilmesi

¹⁶⁸ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.236; İçel vd., a.g.e., s.242; Önder,a.g.e., s.309; Demirbaş, a.g.e., s.319; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.607.

¹⁶⁹ İçel vd., a.g.e., s.243; Demirbaş, a.g.e., s.320.

¹⁷⁰ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.236,237.

¹⁷¹ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.237; İçel vd., a.g.e., s.242; Önder,a.g.e., s.309; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.209; Demirbaş, a.g.e., s.320.

¹⁷² İçel vd., a.g.e., s.243; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.237,238; Demirbaş, a.g.e., s.320.

halinde ise failin uğradığı haksız tahrikin etkisi altında öfke ve üzüntüye kapılması ve bunun etkisiyle bir plan dahilinde suç işlemesi mümkün olabileceğinden, haksız tahrikin ve tasarlamanın birlikte uygulanabilmesi mümkün olabilecektir¹⁷³.

Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde tasarlamanın açıklaması “plan kurma kuramı” benimsenerek yapıldığı için buna uygun olarak tasarlama ile haksız tahrikin aynı anda uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁴.

Uygulamada ise durum farklılık göstermektedir; Yargıtay bazı kararlarında soğukkanlılık kuramından hareketle haksız tahrik kurallarının tasarlama uygulanamayacağını belirtirken¹⁷⁵, bazı kararlarında plan kurma kuramından hareket ederek haksız tahrik kurallarının tasarlama uygulanabileceğini belirtmektedir¹⁷⁶. Yargıtay’ın bu kararları zaman içinde farklılık göstermekte ve zaman zaman tasarlamanın hukuksal esasını tek bir görüşe dayandırmak yerine birden çok görüşe dayanarak da karar vermektedir¹⁷⁷. Ancak uygulama açısından öğretiye de yansıyan ve Yargıtay kararlarının karşı oylarında da yer alan bir görüşte; İspanya Yargıtay’ının bu konuda uyguladığı sentezci yaklaşımın ceza hukuku sistemimizle bağdaştığı ve bu yaklaşımın uygulamasının yerinde olacağı belirtilmektedir. Bu yaklaşıma göre, tasarlama; “az çok geçen bir zaman içinde önceden planlama gibi düşünsel, son durağı icradan yana karar gibi ruhsal, düşünmeyle icra arasında hukuken gözetilebilir süre bulunması gibi kronolojik öğelerin bulunması aranmış, bu öğelerin varsayımlarla değil, dışa yansıyan bulgularla ortaya çıkması gerektiği vurgulanmıştır”¹⁷⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre de tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunmasının mümkün olduğu belirtilmiştir¹⁷⁹.

¹⁷³ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.237,238.

¹⁷⁴ **İçel vd.**, a.g.e., s.244; **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.240; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, a.g.e., s.603; **Önder**, a.g.e., s.309,310; **Öztürk/Erdem/Özbek**, a.g.e., s.208; **Demirbaş**, a.g.e., s.321.

¹⁷⁵ “Tasarlama, failin işlemeyi niyet ettiği bir suçu işlemezden önce soğukkanlılıkla ve sükunetle düşünüp taşındıktan sonra, bu niyetinden vazgeçmeyerek fiili işlemesidir.” 1. CD. Kt. 01.07.1971 E.1971/2163 K.1971/2474; akt. **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.239; “Tasarlama, Yargıtay’ın kararlarına göre soğukkanlılıkla suçu hazırlama iradesi demektir...” **Dönmezer**, Kan Gütme Saiki, s.2.

¹⁷⁶ “Şartları bulunduğu takdirde tasarlama ile haksız tahrik birleşebilir.” YCGK Kt. 15.04.1968, 1-252/137; akt. **Önder**, a.g.e., s.311.

¹⁷⁷ “Suçun taammüden işlendiğinin kabulü için, sanığın maktül önceden öldürmeye karar vermesi, bu kararında ısrar ve sebat göstermesi, tasarlama ile icra arasında bir süre geçmesi ve bu kararından dönmeyerek öldürmesi gerekir... Açıklanan olayda ise, sanığın öldürme kararını, olay günü maktülün evinden çalmasından veya olay gününden önce aldığına ilişkin aleyhte kanıt bulunmamaktadır. Sanığın aksi sabit olmayan savunmasına göre; öldürme olayından birkaç gün sonra olay yerine giderek cesedi kör bir kuyuda saklaması onun olay öncesi soğukkanlı ve planlı düşünüp hareket etmediğini gösterir. Tabancanın maktül öldürmek gayesiyle alındığına dair varsayımdan öte hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Varsayımlara dayalı hüküm kurulamaz. Sanığın olay öncesi günlerde maktülün annesine maktülün kast ederek söylediği ‘Pendik ikimize dar gelecek’ sözleri, maktülün İrem ile olan ilişkisini sürdürmesine karşı gösterilen lisanen tepkidir. Bu sözler, sanığın öldürme amacı güttüğünün ve bunun için planlar yaptığının kanıtı sayılamaz. Bu itibarla; öldürülenin, sanığın da sevgilisi olan İrem ile ilişkisini kesmemesi nedeniyle sanığın soğukkanlı olarak öldürme kararı verdiği, bu amaçla silah etmin edip olay günü de maktülü izleyip arabasına aldığı, oradan araba ile 150-200 km’lik bir yol alacak kadar zaman geçmesine rağmen öldürme kararından dönmeyerek ısrarla bu kararı icra ettiği hususunda taammüdün varlığını gösterir, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve yeterli kanıt bulunmadığından sanığın eylemi, kasten ve tehevüren adam öldürme suçunu oluşturmaktadır.” YCGK Kt. 26.09.1995, 1-233/258; akt. **Demirbaş**, a.g.e., s.321.

¹⁷⁸ **Selçuk**, a.g.e., s.30,31

¹⁷⁹ “Olayımızda, tartışılan konu, tasarlama (taammüt). Bu kavram T.C. Yasasında [765 sayılı TCK] tanımlanmamıştır. Ancak, İtalya’dan alınan T.C. Yasası, Ankara ve İstanbul Hukuk Fakültelerinde, erken Cumhuriyet döneminde, Fransız Ceza Hukukuna göre yorumlanmıştır. Bu, kolaycı ve yanlış bir yoldu. Zira, Fransız Ceza Yasası, Kilise hukukuna tepki olarak doğmuştu ve ayrı bir hukuk zaman ve mekanında, bir sentez yasası olarak ortaya çıkan kaynak Zanardelli Yasasının sisteminden farklıydı. O nedenle, Fransız Ceza Yasasındaki yorumlar, olduğu gibi İtalyan Ceza Yasasına aktarılamaz. Nitekim, şu anda yürürlükten kalkmış bulunan 1810 tarihli Fransız Ceza Yasasının 296. maddesi de tasarlama ya da pusu kurarak adam öldürmeyi, katil (ağılaştırılmış adam öldürme, assasinat) olarak öngörmüştür. 297. maddede tasarlama psikolojik bir düzlemde tasarlama olarak tanımlanmıştır. 298. maddede ise, tasarlama en yakın bir olgu, yani pusu kurma tanımlanmıştır. Görülüyor ki, Fransız ceza yasasının sistemi, psikolojik tanıma, yani soğukkanlılık temeline denk düşmektedir. O yüzden de, bu ülkede öğreti ve uygulama, bu yönde ve sisteme uygun biçimde gelişmiştir. Oysa, İtalyan Ceza Sisteminde, tasarlamanın ne olduğu duruşma yargıcına bırakılmıştır. İtalyan öğretisi ve uygulamasında, sistemin özü doğrultusunda gelişmiş ve

Tasarlamamanın adam öldürme suçunun nitelikli bir hali olarak öngörülüp buna göre düzenlenmesinin hukuksal esasını failin işlediği suçu plan kurarak gerçekleştirmesi oluşturmaktadır; çünkü soğukkanlılık bireyin özellikleriyle yakından ilgilidir, oysaki birey ister soğukkanlı olsun isterse çok atak ve heyecanlı bir kişilik olsun önceden bir plan kurarak ve plan dahilinde adam öldürme suçunu işleyebilir ve böylelikle bireye ait özelliklerin tasarlamaya olan etkisi dışlanmış olur. Soğukkanlılık kuramı ise, failin soğukkanlı olması tamamen bireysel bir özellik olduğu ve failin içinde bulunduğu anlık psikolojik durumlara göre değişebileceği için öznel bir yaklaşımdır. Ceza hukukunun kusurluluk konusunda her ne kadar suç işleyen bireye ait manevi unsur inceleme konusu yapılmaktaysa da bunun da herkes için geçerli olan belli nesnel temellere oturtulması gerekmektedir, buna göre göreceli olarak nesnel bir yaklaşım olan plan kurma kuramı tasarlamamanın hukuksal esasını açıklama açısından tercih edilmektedir.

Tasarlamamanın hukuksal esasının plan kurma kuramının olduğunun kabul edilmesi dolayısıyla bir olayda aynı fail için hem tasarlamaya hem de haksız tahrike ilişkin kuralların uygulanması mümkün görülmektedir.

E. Başlangıçta Oluşan Kast – Eklenen Kast

Yukarıda kastın bilme unsuruna yönelik açıklamalarda bulunulurken failin gerçekleştirdiği suça ilişkin unsurları bilmesinin gerekli olduğu belirtilmişti. Aynı şekilde fail suç yoluna (iter criminis) girdiği andan itibaren gerçekleştirmek istediği suça ilişkin kasta da sahip olmalıdır¹⁸⁰.

Failin suç yoluna girip eylemini gerçekleştirmeye başlamasından bitirmesine kadar suç işleme kastına sahip olması halinde failde “başlangıçta oluşan kast” bulunmaktadır¹⁸¹.

Ancak kimi durumlarda fail bir eylemi gerçekleştirirken önce bir başka suçu işlemeyi kastetmiş sonradan oluşan durum karşısında ise farklı bir kastla hareket ederek bir başka suç tipini gerçekleştirmiştir. Örneğin sahiplerinin tatilde olduğunu zannederek girdiği evde hırsızlık yapmak isteyen bir failin, ev sahiplerinin karşı koymasına şiddet kullanarak yağma suçunu işlemesi halinde olduğu gibi.

Bir başka durumda ise fail taksirli bir hareketle başladığı eylemine gelişen olaylar üzerine kastla devam etmiştir. Örneğin arabasıyla taksirli hareketi sonucu çarptığı kişinin yaralanmasına yol açan failin, çarptığı kişinin kan davalısı olduğunu görmesi üzerine mağduru o halde bırakıp ihmali hareketiyle ölmesine yol açması halinde olduğu gibi.

Bu konudaki bir diğer olasılık da failin başlangıçta iyi niyetli olması ve suç işleme yönünde bir düşüncesinin olmaması ancak ortaya çıkan durum üzerine hareketlerine kast eklenerek suç işlemesidir. Örneğin failin bir meskene orada oturan kimsenin rızasıyla girmesi ancak daha sonra kendisinden meskeni terk etmesi istendiği halde meskeni terk etmemesi halinde olduğu gibi.

soğukkanlılık ögesi bir yana itilmiştir. O nedenle, haksız tahrikle tasarlama, İtalya’da ve Türkiye’de yanyana gelebilmektedir ve bu uygulama yerindedir. Ancak sık sık soğukkanlılık ölçütüne yer veren ve Fransız sistemiyle İtalyan sistemi arasında bocalayan Türkiye’deki uygulamanın bir iç çelişki yarattığı yadsınamaz. Bu açmazı aşabilmek için her şeyden önce Türk Yargıtayı, tasarlamamanın öğelerini bir saptamalı ve tanımlamalı; ilk mahkemelerin kararlarını da bunların ışığında denetlemelidir.” **Selçuk**, a.g.e., s.33.

¹⁸⁰ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.227; **İçel vd.**, a.g.e., s.239,240.

¹⁸¹ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.227; **Demirbaş**, a.g.e., s.322; **Erem/Danışman/Artuk**, a.g.e., s.452; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, a.g.e., s.600.

İşte yukarıda verilen bu örneklerin söz konusu olduğu durumlarda bazı yazarlar artık burada başlangıçta failde var olan kastın değiştiğini ve oluşan yeni durum üzerine failin sonradan eklenen kastıyla eylemini gerçekleştirdiğini belirtmekte ve buna “eklenen kast” (dolus subsequens) demektedirler; bu görüşte olan yazarlara göre bu gibi durumlarda fail eklenen kastla daha ağır bir suç işlediği için failin sorumluluğu da daha ağır olan suça göre belirlenecektir¹⁸².

Farklı düşüncede olan bazı yazarlar ise, böyle bir kast türünün kabul edilmesinin mümkün olmadığını; çünkü suçun objektif unsurları gerçekleşirken suçun subjektif unsurlarının da bulunması gerektiğini, yukarıda belirtilen bütün durumlarda, kastın sonradan meydana gelmeyip, failin kasıtlı suçtan sorumluluğunu gerektiren suç tipini gerçekleştirdiği anda bulunduğunu, yani daima başlangıçta kastın bulunduğunu ifade etmektedirler¹⁸³.

Yukarıda verilen örneklerde de görüldüğü üzere fail, kastından dolayı sorumlu olduğu suç tipine ilişkin hareketleri gerçekleştirmeden önce ya iyi niyetli olarak , ya taksirli olarak ya da bir başka suça ilişkin kasta sahip olarak hareket etmektedir. Kastla gerçekleşmeyen ya da farklı bir kastla gerçekleştirilen bu hareketler, failin gerçekleştirdiği ve neticelerinden sorumlu olduğu suç tipini meydana getiren eylemi oluşturan hareketleridir; ancak bu hareketleri gerçekleştirirken fail, suç işleme kastıyla ya da sorumlu olduğu suçu işleme kastıyla hareket etmemektedir. Suç işleme kararının oluşması ve buna ilişkin hareketlere devam edilmesiyle ise failde bu suç tipine ilişkin kast da bulunmakta ancak bu baştan itibaren bulunan bir kast olmamaktadır. Örneğin fail meskene girdiğinde çıkmamak gibi bir düşünceye sahip değildir; fail meskenden çıkmamayı düşündüğü anda kastı oluşmaktadır ancak suçun meskenden çıkmamak şeklindeki hareketinin başlangıcı failin rızayla girdiği bir meskende bulunmasıdır. Bu nedenle bu şekilde bir kast türünün kabul edilmemesi şeklindeki görüşe katılmak olanaklı görülmemektedir. Çünkü bu konuda örnek olarak verilen suç tipleri incelendiği failin sorumlu olduğu suç tipine ilişkin kastının bulunmadığı zaman dilimi içinde gerçekleştirdiği hareketlerin sonradan oluşan kasta işlediği suç tipi açısından yasal tanımında yer alan hareketler olduğu görülmektedir.

Eklenen kastta suçun tek bir suç sayılmasının nedeni failin gerçekleştirdiği eylem neticesinde tek bir suç tipinin ihlal edilmiş olmasıdır. Yukarıda kusur konusunda da belirtildiği gibi eylem olmaksızın kişinin salt kusurunun cezalandırılması ceza hukukunun gelmiş olduğu bugünkü aşamada mümkün değildir. Bu nedenle fail sorumlu olduğu neticeye ilişkin taşıdığı kasttan önce başka bir kastla ya da taksirle hareket etmiş olsa da bu taksir ya da kast neticesinde yasada tanımlı bir eylem gerçekleşmediği için bu kusurluluğundan dolayı cezalandırılmamaktadır. Eklenen kastta, failde önceden bulunan kast ya da taksirle yapılan hareketler sonradan oluşan kastın ait olduğu suç tipinin de hareketleri olduğu için tek bir suç tipi bulunmakta ve fail yalnızca bundan dolayı sorumlu tutulmaktadır.

Ancak eklenen kastın yarıda kesilmesi ve eklene kasttan sonraki hareketlerin bir suç oluşturmaması halinde failin sorumluluğunun ne olacağına ilişkin açıklamaların yukarıda verilen failin durumuna ilişkin üçlü ayrıma göre yapılması gerekir. Buna göre failin baştan iyi niyetli olması ancak ortaya çıkan durum üzerine hareketlerine kast eklenerek hareket etmesi halinde kastın eklendiği ana kadar olan bölümler herhangi bir şekilde suç teşkil etmediği için fail bu bölümden sorumlu olmayacaktır. Failin taksirli bir hareketle başladığı eylemine gelişen olaylar üzerine kastla devam etmesi halinde ise eklenen kastın oluştuğu ana kadar olan

¹⁸² İçel vd., a.g.e., s.240; Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.227,228; Demirbaş, a.g.e., s.322,323; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.452,453; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.600-602.

¹⁸³ Önder,a.g.e., s.312.

hareketlerinde fail taksirle hareket ettiği ve bu kısım ayrıca bir suç oluşturduğu için fail bu taksirli hareketinden dolayı sorumlu olacaktır. Son ihtimalde ise failin kastla hareket ederken amacını değiştirip bir başka suçu işlemesi halinde eğer hareketlerini bıraktığı anda ilk kast ettiği suç gerçekleşmişse bu suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Tabi ki eklene kastla önceki bölüm arasında suçun yarıda kalış biçimine göre etkin pişmanlık ve suça teşebbüs açısından her somut olay açısından değerlendirme yapılması gerekecektir.

Bu konuyla ilgili belirtilmesi gereken bir başka konu ise, failin daha ağır neticeyi gerektiren bir kastla hareketlerine başlamasına rağmen daha hafif neticeye sebep olan bir suç oluşturması halinde hangi kastın dolayı sorumlu tutulacağıdır. Örneğin failin yağma suçunu gerçekleştirmek için girdiği bir binada kimsenin olmaması sebebiyle bina içinde hırsızlık yapması halinde, yine failin eylemi göz önünde bulundurulacağı için, fail önceden kastettiği yağma suçundan değil gerçekleştirdiği bina içinde hırsızlık suçundan sorumlu olacaktır¹⁸⁴.

F. Zarar Kastı – Tehlike Kastı

Öğretide bazı yazarlar failde bulunan suç işleme kastını tehlike kastı ve zarar kastı şeklinde ikiye ayırmakta¹⁸⁵ bazı yazarlar da kastın bu şekilde ayrılmasına karşı çıkmaktadırlar¹⁸⁶. Kastın bu şekilde bir ayrıma tutulması doğru görülmemektedir; çünkü zarar ve tehlike ayırımına tabi tutulan suç tipleridir ve bunlar suçun yasal tanımında gösterilmektedir.

Bu ayırım bir kere suç tipinde netice açısından yapıldıktan sonra artık failin kastı bu şekilde bir ayrıma tabi tutulamaz. Failin suçu işlemek açısından kastı ya vardır ya da yoktur. Eğer failin suçu işleme yönünde kastı varsa buna göre yasal tanımındaki neticeyi de istiyor demektir; işte failin neticesini istediği suçun gerçekleşmesi halinde ortaya bir zarar mı çıkacak yoksa yalnızca tehlike halinin gerçekleşmesi suçu oluşturmaya yetiyor mu, bunu failin kastı değil suçun yasal tanımı belirleyecektir.

Kıscası fail suç işlemeyi istemekle, bu yönde bir kasta sahip olmakla suçun neticesini kabullenmekte bunun dışında bir tehlike durumu ya da zarar durumu ortaya çıkarmaya yönelik bir kasta sahip olmamaktadır¹⁸⁷.

G. Weber Kastı

Öğretide, suçun gerçekleşmesi sırasında failin öngördüğü nedensellik bağındaki önemsiz sapmaların kastın varlığını etkilemeyeceği belirtilmektedir¹⁸⁸. Bu konu ilk olarak 1825 yılında Weber tarafından ortaya atılmış ve bundan dolayı söz konusu durum “Weberische Vorsatz” ya da “weberische dolus generalis” şeklinde adlandırılmıştır.

¹⁸⁴ İçel vd., a.g.e., s.241.

¹⁸⁵ Dönmezer/Erman, a.g.e., C.II, s.232,233; Demirbaş, a.g.e., s.325; Erem/Danişman/Artuk, a.g.e., s.454; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.612.

¹⁸⁶ Önder, a.g.e., s.312.

¹⁸⁷ Karşıt ve farklı bir görüş olarak tehlike kastı ile tehlike suçlarının farklı kavramlar oldukları belirtilmektedir:

“Tehlike kastı ile tehlike suçları karıştırılmamalıdır. Bir zarar suçunun tehlike kastı ile işlenmesi mümkün olduğu gibi, bir tehlike suçunun da zarar kastıyla işlenmesi mümkündür. Örneğin, Yeni TCK m. 304/1 (765 s. TCK m.127)’de düzenlenen Türkiye’ye savaş açılması için yabancı ile anlaşma suçunda tehlike yeterlidir; çünkü burada tehlike suçuna yer verilmiştir.” Demirbaş, a.g.e., s.323. Aynı yönde bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.612.

Ancak bu açıklamanın ve örneğin failin kastıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

¹⁸⁸ Önder, a.g.e., s.301.

Söz konusu durumda fail suç işleme kastıyla hareket etmekte ve suçun gerçekleşmesi için gerekli olan hareketleri yapmasına rağmen failin istediği sonuç gerçekleşmemekte, ancak sonucun gerçekleşmediğinden haberi olmayan fail genellikle suç izlerini yok etmek için yaptığı ikinci bir hareketle bu kez bu yönde bir kastı olmaksızın başlangıçta istemiş olduğu sonucu gerçekleştirmektedir. Kastın bu türüne sonradan oluşan kast da denilmektedir¹⁸⁹.

Örneğin bir kimseyi öldürmek kastıyla hareket eden fail bu kişinin başına demir çubukla vurmakta ve mağdur yere yığılmakta ancak mağdur ölmeyip baygınlık geçirmektedir. Mağduru öldü sanan fail ise cesedi yok etmek için mağduru ya denize atmakta ya da yakmaktadır. Görüldüğü üzere failin ilk başta istemiş olduğu netice, failin adam öldürme kastıyla yapmadığı ikinci hareketiyle gerçekleşmiştir.

İşte bu durumda, faildeki genel kasttan yola çıkılarak, failin ikinci hareketiyle ortaya çıkan neticenin gerçekleşmesinde nedensellik bağının önemli olmadığı ve failin kastının sonuçta gerçekleşmiş olduğu belirtilmekte ve bu neticenin failin kast sorumluluğu içinde olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁰.

Ancak farklı bir görüşe göre de bu durumda iki farklı suç tipinin gerçekleştirildiği, - yukarıdaki örnekten yola çıkılarak- failin ilk hareketi neticesi mağdur ölmediği için adam öldürmeye teşebbüs, suya atma ya da yakma neticesinde adam öldürme istenmediği için de taksirle adam öldürme suçunun gerçekleştiği ve bunların ayrı ayrı değerlendirilip suçların birleşmesi kurallarının uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁹¹.

Bu durumda fail elde etmek istediği netice için kastla hareket ederek suç işlemekte ve eylemini tamamladıktan sonra izleri silmek için ikinci bir hareket yapmakta ve bilmeksizin bu hareketiyle de neticeyi elde etmektedir. Fail eylemine başlarken suç işleme kastına sahiptir ve büyük bir olasılıkla istediği neticenin gerçekleşmediğini bilse, bilmeden yaptığı ve istediği neticeyi gerçekleştirdiği ikinci hareketi bilerek ve isteyerek yapacaktır; zaten fail gerçekleştirdiği tüm hareketlerin sonucunda en başta istemiş olduğu neticeye ulaşmıştır; bu nedenle ilk başta kendisinde bulunan kast nedeniyle sorumlu tutulmalıdır.

¹⁸⁹ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.228; **Demirbaş**, a.g.e., s.326.

¹⁹⁰ **Önder**,a.g.e., s.301; **Demirbaş**, a.g.e., s.326.

¹⁹¹ **Dönmezer/Erman**, a.g.e., C.II, s.228,229.

SONUÇ

Bu çalışmanın sonucunda elde edilen ilk veri, giriş bölümünde de belirtildiği üzere kusurluluğun ve bunun belirlenmesinin gerçekten de ceza hukukun en önemli ve zor problemlerinden birisinin olduğudur; çünkü kusurluluk ve inceleme konusu oluşturan kastla ilgili her açıklamada pek çok kuram ortaya atılmış ancak bunlardan birinin diğerine önemli derecede bir üstünlük sağladığı görülememiştir. Ayrıca makalenin başında özellikle ceza hukuku açısından aşıldığı belirtilen “determinizm – indeterminizm” tartışmasına girilmemiş ve bir postulat olarak “indeterminizm” yani kişinin özgür iradesiyle karar verdiği ve hareket ettiği kabul edilmiştir. Aslında felsefe açısından ve buna bağlı olarak suç işleyen kişinin iradesini inceleyen ceza hukuku açısından bu büyük tartışma özellikle kusurluluk açısından olduğu yerde durmaktadır.

Üzülerek belirtilmelidir ki iyi bir amaçla yola çıkılan yeni ceza yasası yapma çalışmaları, dünyanın hiçbir yerinde görülmeyen bir yasamama! faaliyeti içinde, yine dünyanın hiçbir yerinde görülmeyen kısıltaktaki bir süre içerisinde, 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 hukukun en büyük problemlerinden birisi olan kusurluluk konusunda hatalı düzenlemelerin yapılmasına ve acelecilik nedeniyle uyarılara rağmen bu hataların düzeltilmemesine neden olmuştur.

Genel nitelikteki bu belirlemeden sonra ifade edilmelidir ki YTCK’da kast konusunda yapılan düzenlemelerin bu konuda çok daha büyük karışıklıklara yol açacak biçimde oldukları görülmektedir. Bu durum zaten kuramsal açıdan var olan zorluklara yenileri ekleyecek boyuttadır.

Özellikle olası kast ve bilinçli taksirin tanımlarının eksik ve hatalı yapılması buna ek olarak yasanın gerekçesinde bu konulara ilişkin olarak yapılan açıklamaların ve örneklerin de hatalar içermesi neredeyse sorunu içinden çıkılmaz bir hale sokacak nitelikte görülmektedir.

Bu durumda sorunun çözümü YTCK’nın konuyla ilgili 21. ve 22. maddelerinde değişiklik yapılmasıdır; bunun olmaması halinde yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere uygulamada hatalı kararların çıkması kaçınılmaz olacak ve yeni ceza yasası kuramsal açıdan büyük bir çelişkiyle yaşamaya devam edecektir. Tekrar belirtilmelidir ki suç ve cezada yasallık ilkesi gereğince bu konudaki tek çözümlen yasanın bu ilgili maddelerinde değişiklik yapılmasıdır.

Bunun dışında öğretide varlığı kabul edilen ve yukarıda açıklanmaya çalışılan kastın türleri aynen YTCK’da yer alan düzenlemeler açısından da geçerli olacaktır.

Ancak YTCK’nın geneli açısından getirilecek öneri, bu yasanın mecliste tekrar ele alınarak, özellikle yürürlüğe girmeden önce aksayacağı şimdiden belli olan, hatalı ve kesik yönlerinin bir an önce düzeltilmesidir.

KAYNAKÇA

- Allen**, Michael J., Textbook on Criminal Law, London, Blackstone Press Limited, 1999.
- Artuk**, Mehmet Emin /Ali Rıza Çınar, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.37-84.
- Artuk**, Mehmet Emin /Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Bayraktar**, Köksal, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.21-35.
- Bayraktar**, Köksal /Önder Öztürel/Pınar Memiş, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.31-37.
- Card**, Richard, Card Cross and Jones Criminal Law, 16th Edition, Bedfordshire, Lexis Nexis Butterworths, 2004.
- Cihan**, Erol, “TCK Tasarısının ‘Ceza Hukuku’nun Amacı’ İle ‘Olası Kast’ Açısından Değerlendirilmesi”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.23-30.
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Dönmezer**, Sulhi /Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.
- Dönmezer**, Sulhi, “Mukayeseli Hukukta Yasalaştırma Eğilimi ve İlkeleri”, İÜHFMDoğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan Sayısı, İstanbul, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, s.815-840.
- Dönmezer**, Sulhi, “İçtihatlarla Kan Gütme Saiki”, İÜHFMD Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan Sayısı, C:XLII, S:1-4, İstanbul, 1976, s.1-12.
- Erem**, Faruk/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.

- Erman**, Sahir, Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1994.
- Evik**, Vesile Sonay, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Der: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.283–308.
- Frisch**, Wolfgang, “Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, Çev: Hakan Hakeri, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.93–141.
- Gölcüklü**, Feyyaz “Criminal Law” Introduction to Turkish Law, Ed. Tuğrul Ansay, Don Wallace Jr., Ankara, Turhan Kitapevi, 2000, s.163-174.
- Gross**, Hyman, A Theory of Criminal Justice, New York, Oxford University Press, 1979.
- Hirsch**, Hans Joachim, “Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu”, Çev: Yener Ünver, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.297–315.
- İçel**, Kayıhan/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi, 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.
- İçel**, Kayıhan/Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993.
- İçel**, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul, İÜHF Yayını, 1967.
- Kaplan**, John/Robert Weisberg, Criminal Law Cases and Materials, Canada, Little, Brown & Company (Canada) Limited, 1986.
- Kocasakal**, Ümit /Fehmi Demir/Mehmet İpek, “Kişilere Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.47-58.
- LaFave**, Wayne R., Criminal Law, Fourth Edition, St.Paul, Thomson/West, 2003.
- Jescheck**, Hans Heinrich, “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Çev: Adem Sözüer, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.25-38.
- Jescheck**, Hans Heinrich, “Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi” İÜHF, İstanbul, C.LIV, S.1–4, 1991–1994, s.15–31.
- Jescheck**, Hans Heinrich, “Almanya’da Ceza Hukuku Reformu Genel Bölüm”, Çev: Teoman Oğuzhan, İÜHF, İstanbul, C.XLIV, S.1–4, 1978, s.11–53.

- Maiwald**, Manfred, “İcrai ve İhmali Davranış – Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Çev: Cumhur Şahin, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.159–174.
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1992.
- Özbek**, Veli Özer, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Kazancı Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, İstanbul, S.5,Ocak 2005, s.16–39
- Öztürk**, Bahri/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2001.
- Schroeder**, Friedrich-Christian, “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Çev: İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.255–275.
- Schroeder**, Friedrich-Christian, Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandverwirklichung, Juristenzeitung 1989.
- Selçuk**, Sami, Karşıoylarım: Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar, Der: Cengiz Otacı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.
- Simester**, A.P./G.R. Sullivan, Criminal Law: Theory and Doctrine, Second Edition, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.
- Sokullu Akıncı**, Füsun, “Ceza Hukukunda Kusurluluk”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26–27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.95–107.
- Tezcan**, Durmuş/Mustafa Ruhan Erdem, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.327-355.
- Tiedemann**, Klauss, “Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu”, Çev: Feridun Yenisey, İÜHFİM, C:XLI, S:1-2, İstanbul, 1975, s.301-317.
- Toroşlu**, Nevzat /Yüksel Ersoy, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.1–20.
- Toroşlu**, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi” YD, Ankara, C.16, No. 1-2, 1990.
- Toroşlu**, Nevzat, “Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1977, s.115-154.
- Ünver**, Yener, “Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1999, s.801–887.

Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26–27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.109–195.

Yarsuvat, Duygun /Köksal Bayraktar/Necmi Yüzbaşıoğlu/Erdoğan Bülbül/Ümit Kocasakal/E. Eylem Aksoy/Pınar Memiş/Gülşah Kurt/Çağla Tansuğ/Didem Yılmaz, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.117-149.

Yeni Türk Ceza Kanunu, Der: Erdener Yurtcan, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s.59.

Yurtcan, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul, Kazancı Yayıncılık, 2004.