

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

**CEZA HUKUKUNDA KASTTAN DOĞAN
SÜBJEKTİF SORUMLULUK**

Mehmet Cemil OZANSÜ
2501040295

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Yener ÜNVER

İstanbul 2007

CEZA HUKUKUNDA KASTTAN DOĞAN SÜBJEKTİF SORUMLULUK

Mehmet Cemil Ozansü

ÖZ

Kast, ceza hukukunun en temel konularından biri olmasına rağmen henüz üzerinde uzlaşmış bir içeriğe sahip değildir. Bu sebeple, yetkin bir kast kuramı geliştirebilmenin ön şartı, kavramı tarihsel gelişimi içerisinde analize tabi tutabilmekle mümkündür. Tüm bu gerekçelerden ötürü, çalışmamızda, öncelikle hareket teorileri bağlamında kastın konumu ele alınacak ve daha sonra varılan sonuçlar dahilinde kastın hukuk dogmatikindeki karşılığının belirlenmesine çalışılacaktır. Bu bağlamda kast-taksir ayrımı, kusur-kast ilişkisi ve bilhassa olası kastla ilgili olarak doktrinde geliştirilen kuramlar da irdelenmeye çalışılacaktır.

SUBJECTIVE RESPONSIBILITY ARISING FROM INTENT IN THE CRIMINAL LAW

Mehmet Cemil Ozansü

ABSTRACT

Intent, though being one of the pedestal issues of the criminal law, does not have a compromised content. Therefore, the prerequisite to develop a competent theory on the concept of intent involves an analysis of it within its historical progress. Based on these assumptions, in our thesis, first, the position of intent will be taken into consideration in the context of conduct theories. Then, with respect to the results of this, we will try to define the reflection of the concept of intent in the positive law. In the context, the intent-negligence division, the culpability-intent relation, and particularly the theories developed in the doctrine regarding the *dolus eventualis* will be explicated.

ÖNSÖZ

Kastın ceza hukukunun merkezinde yer alan kavramlardan biri olmasından ötürü, bu konuda çalışma yapabilmek öncelikle ceza hukukunun genel hükümlerinde yer alan müesseseleri incelemeyi ve buradan çıkarılacak sonuçlarla beraber bir sistem dahilinde kastın konumunu belirlemeyi gerektirir. Ancak bu kavramsallaştırma sırasında söylenen her sözün, ifade edilen her görüşün geliştirilen sistemle uyum içerisinde kalmasına da özen gösterilmelidir. Konunun anılan genişliği ve sınırsızlığı araştırmacının bir yandan gözünü korkutmakta, diğer yandan ise öğrenme azmini kuvvetlendirmektedir; zira incelemesinin en küçük zerresinde bile araştırmacı devamlı surette zihnini sistematik düşünmeye zorlamak durumunda kalmaktadır. Bu bağlamda, “ceza hukukunda kasttan doğan subjektif sorumluluk” isimli çalışmamı hazırladığım her an, bahsettiğim hisleri taşıdığımı ve yeri geldiğinde konunun zorluğuna rağmen umudumu ve direncimi muhafaza etmeye gayret gösterdiğimi belirtmek isterim.

Her bilimsel inceleme açısından geçerli olduğu gibi, bu tez çalışması da sadece araştırmacının bireysel çabaları ve gayreti ile hazırlanmış değildir. Maddi imkanlar olmaksızın kişi istediği kadar olumlu neticelere ulaşmak arzusunu taşıyın başarılı olabilmesi sadece tesadüfün eseri olabilir. Bu bakımından öncelikle Anayasamızda tanımlanan sosyal devlet ilkesinin bir kazanımı olarak gördüğüm ve 1980’li yılların ortalarına kadar gelen zaman dilimi içerisinde sadece Türkiye’de değil, tüm dünyada ceza hukuku alanında çıkarılmış bütün eserleri toplamış ve düzenlemiş olan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi çalışanlarına, bu kurumla ilgilenen tüm öğretim üyelerine teşekkürü bir borç bilirim.

Ayrıca lisans ve yüksek lisans dönemlerinde öğrencisi olmaktan her zaman onur duyduğum, 2004 Aralık ayından itibaren ise asistanlığını yapmaya başladığım değerli hocam Prof. Dr. Kayıhan İçel, hazırlamış bulduğum bu tez konusunu bana vermiş ve çalışmalarım sırasında manevi desteğini hiç bir zaman esirgememiştir. Bu sebeple öncelikle değerli hocama şükranlarımı sunmayı bir borç bilirim.

Tez danışmanlığımı yürüten Doç. Dr. Yener Ünver, sadece bitmez sabrı ve engin bilimsel rehberliğiyle bu tez çalışmada desteklerini sunmakla kalmamış, bana muhabbetle yaklaşan tarzı ile meslek sevgisini kazanmama da yardımcı olmuştur. Her türlü bilimsel ve insanî desteği benden esirgemeyen değerli hocam Ünver'e ne kadar teşekkür etsem az kalacaktır.

Ayrıca tezimi hazırlarken her türlü desteğini gördüğüm ve hiç usanmadan yazdıklarımı okuyarak eleştirilerde bulunan değerli ve sevgili arkadaşım Ar. Gör. Dr. R. Barış Erman'a teşekkür ederim. İnsanın –kelimenin tam manasıyla- her an başvurabileceği ve fikir alışverişinde bulunabileceği Ar. Gör. Serdar Talas gibi bir arkadaşı varsa her halde fazla kaygı duymasına da gerek olmayacaktır. Bu sebeple değerli kardeşim Serdar Talas'a da teşekkür etmeliyim.

Tez çalışması sırasında bir çok yabancı kaynak toplamak gerekti. Her halde büyük halam Ecz. Gülen Zaim olmasaydı, bunları başarabilmem imkansız olurdu. Bu sebeple maddi ve manevi desteğini her zaman hissettiğim halama şükran, sevgi ve hürmetlerimi bildiriyorum. Ayrıca belirtiyim ki, bu kaynakların ülkeye getirilmesi ve sair tezle ilgili hususlarda benden yardımını esirgemeyen –yatılı- arkadaşlarım Müh. Buğra Henden, Dr. M. Haluk Morgül, Ar. Gör. C. Taylan Acar ve Müh. Doğan Fennibay'a bilvesile teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
1. Kast Kavramının Modellendirilmesi ve Hukuksal Niteliği	3
1.1. Genel Kavramlar Bağlamında Kişi ve Toplumsal Yapı Modeli	3
1.1.1. Hukuk Toplumu ve Kişi Modellemesi	4
1.1.2. İrade Kavramı Bağlamında Haksızlık ve Haksızlığın Türleri	8
1.1.3. İradî Eylemin Konusu	15
1.1.4. Kast ve Maksud İlişkisi	17
1.1.5. Haksızlık ve Kusur İlişkisi	19
1.2. Hareket Teorileri Bağlamında Kastın Konumu ve Hukuksal Niteliği	20
1.2.1. Genel Olarak	21
1.2.2. Tasnifçi Suç Teorisi İçinde Nedensel Hareket Kavramı	21
1.2.3. Teleolojik Suç Teorisi İçerisinde Finalist Hareket Kavramı	27
1.2.4. Çağdaş Suç Sistemleri Teorileri ve Hareket Kavramı	36
1.2.4.1. Sosyal Hareket Teorisi	36
1.2.4.2. Negatif Hareket Teorisi	39
1.2.4.3. Kişisel Hareket Teorisi	41
1.2.5. Hareket Tanımı ve Suçun Yapısal Unsuru Olarak Kastın Konumu ..	44
2. Kast ve Eylemin Maddi Unsurlarıyla İlişkisi	51
2.1. Genel Olarak	51
2.2. Suç Tipi Kavramı	55
2.3. Maddi Unsurların Algısal Niteliği Hakkında Bilgi	58
2.3.1. Failin Kendi Hakkındaki Bilgisi	62
2.3.2. Tipik Netice Hakkındaki Bilgi	66
2.3.2.1. Dar ve Geniş Anlamda Netice Hakkındaki Bilgi: Zarar Suçu ve Tehlike Suçu Ayrımı	66
2.3.2.2. Eylem Objesi Kavramı ve Objede Yanılma	70
2.3.3. Nedensellik Bağı Hakkındaki Bilgi ve Kasten İşlenen Eylemin İsnadiyatı	80
2.3.3.1. Tabiî Nedensellik ile Hukukî “Nedensellik”	80
2.3.3.2. “Rüc’u Yasağı” ve Hareket Kavramının Şahsi Niteliği	90
2.4. Maddi Unsurların Anlamsal Niteliği Hakkındaki Bilgi	101
2.4.1. Genel Olarak	101
2.4.2. Aktüel Bilince Karşı “Hem-Bilinçlilik” Kavramı	104
2.4.3. Normun Amacı ile Failin Tasavvuru Arasındaki Çelişkinin Norm Lehinde Çözümlendiği Durumlar; “Meslek Erbabı Olmayanlar Düzleminde Koşut Değerlendirme Ölçütü”	112
2.4.4. Kasten İşlenen Eylemlerin Hukuka Aykırılık Bilinci İle Sınırı ve Bilhassa Hukuka Aykırılığın Maddi Unsurlarında Hata Kavramı	114

2.4.4.1.	Genel Olarak	114
2.4.4.2.	Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata ile Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığında Hata	116
2.4.4.3.	Eylemin Genelini Değerlendiren Unsurlar ve “Hukuka Özel Aykırılık” Hallerinin Değerlendirilmesi	125
3.	Tipik Netice Bakımından Kast Türleri.....	128
3.1.	Genel Olarak	128
3.1.1.	“İsteme Unsuru” Gerekli Midir?	130
3.1.2.	Tehlike/ Zarar Suçu Ayrımı ve Tehlike/ Zarar Kastı	136
3.1.3.	Ana Netice/ Yan Netice Ayrımı	140
3.2.	Kastın Netice Bakımından Türleri	143
3.2.1.	Ana Netice Kastı: Maksat	143
3.2.1.1.	Amaç ile Saik Arasındaki Fark	146
3.2.1.2.	“Özel Kast”ın Değerlendirilmesi	148
3.2.1.3.	“İkinci Derece Doğrudan Kast”ın Değerlendirilmesi	150
3.2.1.4.	“Tasarlama” Kavramının Değerlendirilmesi.....	156
3.2.2.	Yan Netice Kastı: Olası Kast	162
3.2.2.1.	Tasavvur Teorileri.....	163
3.2.2.2.	Normatif Teoriler	173
3.2.2.3.	İrade Teorileri.....	194
3.2.2.4.	Değerlendirme.....	202
3.3.	Kast-Taksir Kombinasyonlarının Değerlendirilmesi:	211
3.4.	Kastın İspatı Meselesi	213
SONUÇ		218
KAYNAKÇA		223

KISALTMALAR

a.e.	aynı eser/ aynı yer
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	adı geçen eser
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
a.l.i.c.	actio libera in causa
Alm. CK.	Alman Ceza Kanunu
Any. Mah.	Anayasa Mahkemesi
AT	Allgemeiner Teil
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
b.	bend
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
C.D.	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
çev.	çeviren
ç.n.	çevirenin notu
dn.	dipnot
DS	Das deutsche Strafrecht
E.	Esas
f.	fıkra
FYM	Federal Yüksek Mahkeme
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GMS	Grundlegung der Metaphysik der Sitten
GPR	Grundlinien der Philosophie des Rechts
GS	Gedächtnisschrift
haz.	hazırlayan
HIV	Human immunodeficiency virus
HRRS	Online Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtssprechung im Strafrecht
İ.Ü.	İstanbul Üniversitesi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
Karş.	Karşılaştırınız
kn.	Kenar numarası
KpV	Kritik der praktischen Vernunft
LG	Landesgericht
LPK-StGB	Lehr- und Praxiskommentar zum StGB
m.	madde
mco.	

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
No. / Nu.	Numara
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
Örn.	Örneğin / örnek olarak
parg.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
RGBI	Reichsgesetzblatt
S.	Sayı
s.	sayfa
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
StGB-E	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen
T.	Tarih
TBDD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
t.y.	tarih yok
Urt.	Urteil
vb.	ve benzeri
v.d.	ve devamı / ve diğerleri
v.s.	ve sair
y.y.	basım yeri yok
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Kasttan doğan sübjektif sorumluluk ceza hukukunun en temel konularından biridir. Konunun genişliği sebebiyle nerdeyse tüm genel hükümler kavramlarına hatta özel hükümlerin içeriklerine de temas etmek gerekir. Çalışmanın kapsamının anılan genişliğinin zorluğu karşısında, incelememizde önceden temel bir takım belirlenimlerde bulunmayı ve araştırmamızı bunların üzerinde inşa etmeyi tercih edeceğiz. Bu, hem kavramsallaştırmada tutarlılığı sağlayabilmeye hem de konunun sınırlı incelenmesinde kolaylık sağlamaya özgü bir tercihimizdir.

Bu bağlamda öncelikle idealist bir kurgu dahilinde kişi ve toplum modellemesi ele alınacak, daha sonra bunlardan çıkarılan sonuçlarla beraber hareket kavramının çeşitli suç teorileri içerisinde sahip olduğu anlam incelenecektir. Bu noktada benimsediğimiz hareket anlayışı gereğince kast ve kusur arasındaki sınır çizgisi belirlenecektir. İkinci bölümde ise kastın suç tipinin maddi unsurlarıyla ilişkisi bağlamında yanılma konusu ele alınacaktır. İlk iki bölümde bu konular ele alındıktan sonra, son bölümde kastın niteliklerini ve türlerini belirleyeceğiz.

Tüm bu incelemeler gerçekleştirilirken özgür irade ve süjenin özerkliği prensiplerine dayanan idealist ceza hukuku kurgusunu terk etmemeye çalışacağız. Ayrıca tezimizi hazırlarken Türk doktrinin yanı sıra yabancı doktrini, bilhassa da Alman doktrini ile ilgili kaynakları da incelemeye çalıştık ve yabancı doktrinde kast kavramı üzerinden yürütülen yoğun tartışmaları bir yüksek lisans tezi sınırları dahilinde kalarak aktarmaya çalıştık.

Bu temel tespitlerin yanı sıra 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda öngörülen kast - olası kast tanımlarının nasıl ele alınması gerektiği ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların manevi yapısının analiz edilmesi gibi hususlara da değinmeye çalışacağız. Bu bakımdan ele alındığında tezimizin amacını, kastın geleneksel tanımında yer alan “bilme” ve “isteme” kavramlarının analizini gerçekleştirebilmek olarak sınırlandırabiliriz. Çalışmamızın son iki bölümü bu analizi gerçekleştirebilmeye ayrılmıştır. Buna göre kastın maddi unsurlarla ilişkisinin irdelendiği ikinci bölüm “bilme” unsurunun analizini ortaya koyarken, üçüncü

bölümde hem kastın niteliği belirlenecek hem de bunun “isteme” unsuruyla ilişkisi, daha doğrusu isteme unsurunun içeriğini belirlemedeki fonksiyonu esas alınacaktır.

1. Kast Kavramının Modellendirilmesi ve Hukuksal Niteliği

1.1.Genel Kavramlar Bağlamında Kişi ve Toplumsal Yapı Modeli

Kast kavramını inceleyebilmek için, öncelikle çağdaş toplumun yapısal modelinden yola çıkılması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü ceza hukukunda temel sorumluluk biçimi olan kast, norm/süje ilişkisi çerçevesinde anlam taşıyan ve dolayısıyla bu kavramlar hakkında en azından temel bazı belirlenimlere sahip olmayı gerektiren bir olgudur. Kanımızca hukuk biliminin parçası olan her şey gibi kast da normatif bir yargıyı gerektirir. Çünkü bu kavramlar doğal bir nitelik taşımazlar; onlar ancak bir sorumluluk ilişkisi çerçevesinde, yani norm ve onun muhatabı süje ile bir anlama kavuşturularak yorumlanabilir.

Sözü edilen konu kast gibi temel bir kavram olduğunda bu analiz yöntemini kullanmamız ve öncelikle kavramın içinde anlam kazandığı kurgusal karşılığı ortaya koyabilmemiz, kanımızca zorunludur. Öyle ki; kast kavramının doğru bir analizini yapabilmek öncelikle hareket kavramının ne olduğunu ve cezanın ne anlama geldiğini ortaya koyabilmeyi gerektirir. Ve ancak böylesi bir modelleme karşısında örneğin haksızlığın büyüklüğü, cezanın miktarı ve eylem-kusur ilişkisi açıklığa kavuşabilir.

Şu hususu da belirtmek isteriz ki, biz çalışmamızda hukuk toplumunun kurgusal yapısını –kanımızca- en yetkin bir biçimde ortaya koymuş olduğuna kani olduğumuz İdealist Mektebin tespitlerinden yola çıkmayı uygun gördük. Çünkü, bu ekolün en temel özelliği, hukukun merkezine özgür iradeyi yerleştirmiş olması ve kişi-toplum-hukuk ilişkilerini de hep bu aksiyoma dayanarak kanıtlamaya çabalamasında yatmaktadır¹.

¹ “Kusursuz ceza olmaz” ilkesi modern ceza hukuku anlayışının tartışılmaz temel dayanaklarından birini oluşturmaktadır. Bu dayanağın gerçeklik kazanabilmesi ise ancak insanın iradesinin özgür bir biçimde karar verebiliyor olması halinde mümkün, en azından akli olacaktır. Ceza hukukunun tarihsel gelişiminin bir sonucu olarak ortaya çıkan kusur anlayışı; irade özgürlüğünün kabul edilmediği veya - başka bir ifadeyle- iradenin doğumunun aksiyomsal biçimiyle serbest, bağımsız, özgür bir nedenselliği haiz olmadığının kabul edilmesi halinde tamamıyla anlamını yitirecek ve haklı olarak eleştirilere hedef olacaktır. Saydığımız eleştirilerden ceza hukukunu “kurtarabilmemiz” için irade

1.1.1. Hukuk Toplumu ve Kişi Modellemesi

Doğal bir varlık olan insan, doğaya ilişkin kuralların sınırları dahilinde yaşamını sürdürür. Bu sınırları aşamayan tasavvurlarına göre yaşayan insan, ancak doğaya bağımlı ve bilinçsiz bir biçimde kendine iktidar alanları yaratabilir. Örneğin insanın doğal ihtiyaçlarını karşılamaya özgü hareketleri olan yemek yemesi veya cinsel ilişkiye girmesi vb. olgular, doğal sınırlarının bir belirlenimidir. Bu durumda bulunan insan, sadece yaşayan bir canlı olarak vardır. Bu aşamada henüz doğanın bir esiri olan insan, özgür de değildir. İnsanın “özgürleşmesine” doğru yol alan süreç, ancak onun kendinin bilincine varabilmesi ile işlemeye başlayabilecektir. Dolayısıyla ceza hukukunun temelini oluşturan özgür iradenin varlığının bu ilk şartı, doğal bir varlık olan insanın kendini bu ihtiyaçlarına göre tanımlayabilen, onları düşünebilen, başka bir ifadeyle aklî bir varlık olarak faaliyet gösterebilen bir biçimde ortaya çıkması ile mümkündür. Başta kendi doğası olmak üzere doğa hakkında bilgiye sahip olmak, insanın özgürleşme sürecinde atacağı ilk adımdır. Öyleyse, *Kant*’ın *pragmatischer Imperativ*² diye adlandırdığı uğrağa ulaşmak, ancak öncelikle insanın doğa üzerinde sahip olduğu bilinçle –bu bilgilerin yetkinleşmesiyle- mümkün

özgürlüğü kavramını ve buna bağlı olarak ceza hukukunu da esaslı bir analize tabi tutmamız gerekecektir.

Bu noktada belirtelim ki, bir hukuk biçimi olarak ceza hukukunun ve onun sahip olduğu postulatların kendine özgü yapılarının analizinin gerçekleştirilebilmesi için kavramsal incelemeden kaçınmamak ve teorik yapıyı anılan eleştirel yorumla inşa edebilmek gerekir. Bu noktada özellikle “...iradenin özgür veya bağımlı olduğu konusunda yürütülen tartışmaları bir kenara bırakmayan bir ceza hukuku[nun] gelişmesini sağlayama[yacağı] ve felsefe alanında yürütülen çalışmalardan kendisini kurtarması gerektiği...” yönündeki görüşlere katılmıyor ve ceza hukukunun biçimsel analizinin bu kavramların irdelenmesiyle yapılabileceğine dair inancımızı belirtmek istiyoruz. Bu ifade için bkz. Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara, © Seçkin Yayıncılık Tic. A.Ş., 8. Baskı, 2005, s. 168. *Mayer- Maly* haklı olarak özgür iradenin hukukun temeli olarak görülmediği bir dogmatik anlayışın, *yanlış irade biçimi* olan kast ve taksiri de anlamsızlaştıracığına işaret etmektedir. Bkz. Theo Mayer- Mahl, **Einführung in die Rechtswissenschaft**, Berlin-Heidelberg, © Springer Verlag, 1993, s. 49. Ceza hukukundaki konumunun yanında, felsefe, kriminoloji, teoloji ve psikoloji gibi çeşitli disiplinler açısından da merkezi bir konuma sahip olan kusur kavramının ancak özgür iradenin analizi ile belirli bir içeriğe kavuşturulabileceğine dair görüş için bkz. 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. 297-300.

² Sübjektif refahı hedef alan *pragmatischer Imperativ*’in ilk uğrağı doğal gereksinimlerin giderilmesi olacaktır. Kültürel ihtiyaçlar ise, ki toplumsal güvence sağlayan hukuk da buna dahildir, yine bu kavram dahilinde değerlendirilebilir. Bkz. Immanuel Kant, **Grundlegung zur Methaphysik der Sitten [KpV veya GMS]**, (haz.) Wilhelm Weischedel, **Immanuel Kant Kritik der praktischen Vernunft Grundlegung der Metaphysik der Sitten** içinde, Toplu Eserleri C. VII., Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, birinci bası, 1974, s. 45-46.

olacaktır. Bu durumda insan, doğanın belirlenimlerinin bilgisine sahip olarak kendi hareketlerini yönlendirebilmeye, yani aklî bir varlık olmaya başlamıştır. Bu, özgürleşen insanın ilk defa bir *kuralın varlığı üzerinde düşünmesi* (=Regelreflexion) durumudur. İnsan, doğasını keşfederek kendisiyle ilgili olan kuralların da bilincine varmakta ve kendini doğanın esiri olmaktan çıkartarak özgürleşmektedir. İşte, düşünen ve aklî bir varlık olarak insanı soyut hukuk *sferine*³ taşıyacak olan bu ilk uğrak, doğanın bilgisine sahip insanın ulaştığı anılan bilinç aşamasıdır.

Kendi de doğal bir varlık olan insan, deterministlerin ileri sürdüğünün aksine mutlak bir biçimde doğanın kontrolünde değildir. Aynı şekilde indeterministlerin iddiasının aksine olarak da, doğal varlık koşullarından bağımsız değildir. Doğal olan belirlenimleri kavrayarak onları aşabilme potansiyeline sahip hale gelen insan, toplumun oluşmasıyla hukuk aşamasına geçildiğinde artık kendi de bir kural koyucu olabildiğinden, anılan belirlenimcilikten (=determinizm) sıyrılacaktır⁴.

Doğadan ve doğasından özgürleşen insanın “bilincinin” ikinci uğrağı ise soyut hukuktur. Düşünen bir varlık olan insanı bu alana sokan olgu, onun kendi koyduğu kuralların bilincine varabilmesidir. Bu bilinç, insanın özgürlüğe ulaşabilmesinde ikinci uğrağı olacaktır. Bu uğrakta insan, kendinden kural koyabilen (=selbstsetzende Regel) bir varlık olarak ortaya çıkar ve bir “kişi” olarak sahnede yerini alır. Bu durumda insan, doğallık sınırları içinde hükmedebilen ve dolayısıyla bir var olma (=Sein) biçimden çıkar ve artık kurallar koyabilen bir olması gereken (=Sollen) biçime kavuşur⁵. Bu *sfer*, yukarıda da belirttiğimiz gibi soyut hukuk sahasıdır ve kişi bu alanda pratik kendilik bilincine ulaşmıştır (=praktisches

³ “Sfer” sözcüğü, eski Yunanca’dan Batı ve Doğu dillerine geçmiş bir sözcüktür ve orijinal olarak “küre veya top” manasına gelir. (karş. Sevan Nişanyan, **Sözlerin Soyağacı**, Adam Yayınları, gözden geçirilmiş 2. basım, Mart 2004, “sfer” maddesi, s. 405). Bu sözcüğü “alan” veya “saha” olarak anlamını sınırlandırıcı bir biçimde kullanmayı doğru bulmadık. Çünkü kavram daha ziyade tinsel (manevi) bir öze sahiptir. Hatırlatmak kabilinden şunu da belirtmek isteriz ki, son dönem Osmanlı Felsefesi’nde “sfer” kelimesinin Farsça karşılığı olan “sipher” sözcüğü kullanılmaktaydı. Rıza Tevfik (Feylesof Rıza) [Bölükbaşı], **Felsefe Dersleri**, günümüz Türkçe’sine çeviren: M. Münir Dedeoğlu, Ankara, ÜBL Yayınları, Kasım 2001, s. 28.

⁴ Bkz. Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, Berlin v.d., © Springer Verlag, 1997, s. 10.

⁵ Bkz. Köhler, **AT**, s. 10.

Selbstbewußtsein). Soyut hukuk alanı, sadece tabiatın bir unsuru olan “insanı” değil, insan topluluğunun en küçük ve temel parçası halindeki “kişi”yi kendine konu edinir.

Hukukun üzerine oturduğu bu saha kendinde (= “an sich”) özgür olan irade alanıdır. Bu alanda kişi, iradesini kendince belirleyebilecektir. Kendi kaderini tayin ve tercih özgürlüğü kavramlarını içinde saklayan bu uğrakta kişi, halen doğal (mesela bedeni veya zihnî) sınırlarının içerisinde kalmaktadır; ancak artık bunların bilincinde olduğundan, aynı zamanda bunlar karşısında özgürleşmiştir. Yani *özgür irade* insanın doğal bir unsuru⁶, *a priori* olarak var olan veya metafizik bir değer olan bir emir değil, aksine akıl vasıtasıyla doğal koşullarının ve sosyal kurallarının bilincine varabilmesi ile elde edebileceği bir bilinç durumudur⁷.

O halde hukuk, doğal varlığının bilincine ulaşan insanın özgürleşme sürecinde varacağı ikinci uğaktır. Bu alanda insan, özgür irade temelinde şekillenen kendi geleceğini belirleyebilme ve bundan doğan özgür seçim yapabilme haklarına sahip bir süje haline gelmiştir. Özgür irade temelinde gelişen hukuk, süje için yine de dışsal ve objektif bir kavramdır. Ve bu özelliğiyle hukuk, her tikel öznenin kendi çıkarlarından bağımsız bir soyutlamayı da mecburi kılmaktadır; zira ancak bu şekilde her farklı öznenin özgürce kendi kaderini tayin edebileceği bir düzlem yaratabilir. İşte bu sayılan özellikleri sebebiyle hukuk, hem **soyut** hem de **objektif** bir kavramdır. Bu bakımdan, her soyut kavram gibi, hukuk da somut vakıalar üstü bir söyleme sahip olmalı ve her objektif kavram gibi sübjektif olan tarafından değiştirilebilecek, onun tarafından geçersiz kılatabilecek bir sonuca izin vermemelidir.

⁶ “...Hegel’e göre insanın doğal olarak özgür olduğu yolundaki görüş; ancak, özgürlük insanın özü gereği ulaşacağı yer diye alındığında geçerlilik taşır- yani insanın doğasından kaynaklanan potansiyel özgürlükten söz edildiğinde.” Bkz. Gülnur Savran, **Sivil Toplum ve Ötesi: Rousseau, Hegel, Marx**, Alan Yayıncılık, birinci baskı, Haziran 1987, s. 127. Ayrıca “doğal haklar” olarak tarif edilen kategori ve bu anlayış üzerinde kendini geliştiren hukuk anlayışlarının *Hegelyen* eleştirisine ulaşmak için bkz. Savran, **a.g.e.**, s. 117-126.

⁷ Bkz. Niyazi Öktem, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İ.Ü. Yayınları No. 2318, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1977, s. 91. O halde henüz doğal koşullar hakkında bilinç sahibi olamayan insan, sadece kendinde kişi olarak kabul edilebilecek ve sorumluluğa dahil edilemeyecektir.

Kişiler arası çıkarlardan soyutlanan hukuk, öznelere özgürlüklerinin karşılıklı olarak güvence altına alındığı **objektif** bir **dışsal zor** yaratır⁸. Bu dışsallık sebebiyle soyut hukuk *sferinde*, hukuksal olgular, somut içerikleri olan iradenin kendine verdiği anlamla veya iradenin amaçlarıyla değil, biçimsel olanaklılıklarıyla ele alınırlar. Bu sebeple hukuk alanının en temel olası belirlenimi **izin verilmiş** olmak veya **yasak** olmaktır⁹.

Flechtheim, isabetli olarak, soyut hukuk alanını sùjelerin iradelerinin içsel alanını oluşturan *sùbjektiviteden* ayrı olarak *kişilerin dünyası* olarak tanımlamıştır¹⁰. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu alan dışsal zora dayalı, objektif ve soyuttur. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, soyut hukuk sahasına geçildiğinde artık biyolojik bir varlık olan *insan* kavramı aşılıp yerini hukukun bir soyutlaması olan “*kişi*” kavramına terk eder. “Kişi” kavramından mütevellit olarak, insanın doğal sınırlarından koparıldığı hukuk sahasında ortaya çıkan ve kişi kavramına doğrudan bağlı olan diğer bir husus ise, hukuki ehliyet¹¹ kavramıdır. Hukuksal yeterlilik kriteri olan ehliyet, tikel bireylerin tabii var oluşlarından, yani doğal farklılıklarından, tam bir kopuşu ve eşitliği gerektiren bir soyutlamadır¹².

Quante de, *Hegel*’in bu kavramsal kategorisinin içsel bir belirlenimden uzak olduğunu tespit eder ve sùje tarafından ortaya koyulan eylemlerin hukuka uygun olup

⁸ *Köhler*, bu dışsal zorun sùbjektif ahlaksal “iyi” kavramından ayrı bir içeriğe sahip olduğunu tespit etmektedir. Bkz. *Köhler*, *AT*, s. 13. İşte, hukuk ile ahlak arasındaki temel farklardan biri de bu olguda karşımıza çıkmaktadır. *Freund*’un bu husustaki yorumu için karşı. dipnot 112.

⁹ “Somut eylem, sùbjektif ahlaklılık ve objektif ahlaklılık ilişkilerinin sair içeriklerine nazaran, soyut hukuk sadece bir ihtimali belirler; bu hukuksal belirlenim ise sadece bir izin veya yetkinin varlığıdır. Hukukun bu zorunluluğu -olumsuz üzerine yaptığı soyutlamadan doğan aynı sebeple- kişiliğe ve onun sonuçlarına zarar verilmemesi ile sınırlıdır. O halde, yalnızca hukuki yasaklar vardır ve hukuki emirlerin olumlu formu dahi, son değerlendirmede, bir yasağa dayanır.” Bkz. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse [GPR]*, Toplu Eserleri C. 7, Frankfurt am Main, © Suhrkamp Verlag, birinci bası, 1986, § 38, s. 96-97. Bu değerlendirme için ayrıca bkz. Francesca Menegoni, “*Elemente zu einer Handlungslehre in der “Moralität” (§§ 104-128)*”, (haz.) Ludwig Siep *G.W.F. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts- Klassiker Auslegen*, gözden geçirilmiş 2. bası, Berlin, © Akademie Verlag GmbH, 2005, s. 125.

¹⁰ Bkz. Ossip K. Flechtheim, *Hegels Strafrechtstheorie*, Schriften zur Rechtstheorie Heft: 42, ikinci bası, Berlin, © Duncker & Humboldt, 1975, s. 74.

¹¹ Bkz. Flechtheim, *a.g.e.*, s.75.

¹² “Kişilik, hukuki ehliyeti içerir ve böylelikle hem kavramın, hem de soyut ve bu sebeple biçimsel olan -kendi de soyut olan- hukukun temelini oluşturur. Böylelikle hukukun emri: “Kişi ol ve diğerlerine de birer kişi olarak saygı göster!” şeklinde belirir.” Bkz. Hegel, *GPR*, § 36, s. 95.

olmadıklarının belirlendiği bu alanın sadece sınırlandırıcı ve daraltıcı bir içeriğe sahip olduğunun altını çizerek¹³. Yazara göre, bu alanda bireyin belirli bir istemi söz konusu değildir; yani hukuksal belirlenim, sadece vakıanın izinli olup olmadığı hususundadır.

Buna göre, soyut hukuk *sferinde* birey sadece bir eylemi icra etmeye ya mezundur ya da değildir. Bu husus, hukukun olumlu içerikli veya yetki tanıyan emirleri için de geçerlidir. Bu sebeple, soyut hukuk sadece bir ihtimali ortaya koyar. Bu ihtimal üzerinden bir sonuç doğuran eylem gerçekleştirebilmek, sadece süjenin iradesinde yani onun sübjektiflik hakkında saklıdır¹⁴. *Quante* bu durumu, hukukun bireye mülkiyet edinme hakkını tanıması örneğini belirterek izah eder¹⁵. Şöyle ki; hukukun bireye bu izni vermiş olması, onu belli bir şeyi mülkiyet edinmeyi istemesi hususunda zorlayamaz. Yani izinin soyut varlığı, süje indinde belli bir istemin doğmasına yol açamaz, sadece ona objektif ve dışsal bir imkan sunar ve süjenin eylemi olmadan asla içsel bir olgu ile buna bağlı dışsal bir sonuç yaratamaz.

1.1.2. İrade Kavramı Bağlamında Haksızlık ve Haksızlığın Türleri

Haksızlık, ister genel iradenin isterse özel iradelerin ortaya koydukları olsun, vazedilmiş olan hukukun inkarı anlamına gelen bir olgudur. Bu sebeple haksızlık kavramının en geniş anlamda tarifini verebilmemiz için, öncelikle hukukun tanımını yapabilmemiz gerekecektir¹⁶. Öznenin bir sorumluluk biçimi, hatta bir sorumluluk derecesi olarak “kastın” belirlenmesi de bu kavramların kesin ve net bir biçimde tarif edilebilmesi ile mümkün olacaktır.

¹³ Bkz. Michael Quante, “*Die Persönlichkeit des Willens*”, (haz.) Ludwig Siep **G.W.F. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts- Klassiker Auslegen**, gözden geçirilmiş 2. bası, Berlin, © Akademie Verlag GmbH, 2005, s. 87.

¹⁴ Bkz. Hegel, **GPR**, § 104 v.d., s. 198 v.d.

¹⁵ Bkz. Quante, **a.g.e.**, s. 88.

¹⁶ “Hak ve haksızlık mefhumları birbirine bağlı ve yekdiğerinin mütemmimidirler [...] Haksızlık imkanı bulunmadığı takdirde, hukukun teyidi hiç bir mânâ ifade etmez...” Bkz. Giorgio Del Vecchio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, çeviren: Sahir Erman, İstanbul, Sermet Matbaası, t.y., s. 280.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, *Hegel* hukuku, her şeyden önce, “özgürlüğün kendi kendisine verdiği dolaysız mevcudiyet” olarak tarif eder¹⁷. Bu şiar ile *Hegel*, aslında modern hukuk düşüncesinin temelinde yer alan ve öznenin kendi geleceğini tayin etme hakkına dayanan temel postulatı sergilemektedir. Buna göre hukuk, kendi geleceğini tayin etme (=özgürlük idesi) prensibi üzerine kurulmuş ve kişiler arası ilişkide ortaya çıkan insan davranışlarını bağlayıcı olarak düzenleyen normların tecessüm ettiği bir uğraktır¹⁸.

Hukukun bu şekilde nitelendirilmesinden anlaşılacağı üzere *Hegel*, *Kant*’ın hukuku salt zorlayıcı düzen olarak tarifini eleştirmektedir. *Hegel*’e göre, “özgürlüğü[n], herkesin keyfî iradesiyle uyuşmasını sağlayacak bir evrensel kanuna göre sınırlandırıl[mış]” olduğuna dayanan Kantçı –özgürlüğe negatif anlam veren- hukuk anlayışı, hukuku akli ve evrensel görünüşünden kopararak, biçimsel evrenselliğe ve bireysel tasavvurlara hapsedecektir¹⁹.

Hukuk sahasını doğrudan gerçekleşen bir özgürlük *sferi* olarak tarif edersek, iradenin ve onu [iradeyi] evrenselleştirerek var eden [veya görünür kılan] eylemin de anlamını izah etmemiz mümkün olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, var olan hukukun inkarı anlamına gelen haksızlık, kendi içeriğini ancak hukuk ile çelişen irade ve bu iradenin kendini dışsallaştırdığı, yani görünür kıldığı eylemde bulabilecektir. Bu dinamik çelişkiyi reddeden bir haksızlık tasavvuru ise, statik bir anlayışı ortaya koymakla kalmayacak, hukuk ile ahlak arasındaki ince sınır çizgisini de muğlaklaştıracaktır. Çünkü haksızlık, ahlak *sferi*nden farklı olarak çelişme halini içsel temayül ile dışsal özgürlük ihlali arasında bir bağ kurarak sağlamaktadır²⁰.

Hukuku, evrensel ve akli bir kanuna göre özgürlüklerin sınırlandırılması olarak alan Kantçı hukuk teorisine karşı *Hegel*, haksızlığı, iradenin kendinde (= “an

¹⁷ Bkz. *Hegel*, **GPR**, § 40, s. 98.

¹⁸ Benzer bir “hukuk” tanımı için bkz. Köhler, **AT**, s. 9.

¹⁹ Bkz. *Hegel*, **GPR**, § 29, s. 80.

²⁰ Köhler, etik ile haksızlık arasındaki bu niteliksel farklılığı “dışsal özgürlüğü ihlal eden *netice*” kavramı vasıtasıyla açıklamaktadır. Bkz. Köhler, **AT**, s. 20. Kanaatimizce, katı sübjektivist ceza hukuku anlayışının isabetsizliği, ceza hukuku haksızlığının içinde bulunması gerektiğine inandığımız “*netice*” uğrağını görmezden gelmesinden kaynaklanmaktadır. Halbuki *netice* kavramının dogmatik içeriğinin belirlenmesi ceza hukukunu, kişilerin vicdanlarının bekçisi olan bir ahlak düzeni derekesine düşürmekten kurtarabilecek yegâne çıkış yoludur.

sich”) ve kendisi için (= “für sich”) varlığıyla tezat halinde bulunan bir özgürlük biçimi olarak tarif etmektedir. İşte bu saf biçimiyle haksızlık, ancak ceza hukuku haksızlığında kendini kelimenin tam anlamıyla cismanileştirir. Çünkü bu uğrağında özgürlük, aslen kendi varlığını da inkar etmektedir!²¹

Biçimsel, soyut hukukun, üç temel uğrağı mevcuttur. Bunlar sırasıyla mülkiyet, sözleşme ve haksızlıktır. Mülkiyet aşamasında özgürlük, “kendi kendisiyle ilişki içindedir”. Bir başka özneye ihtiyaç duymaz, yalın ve “çıplak”tır. İşte tam da bu sebeple, soyut hukuk bireyseldir, ancak sübjektivist değildir²². Çünkü, objektif olanla veya diğer süjelerle bir ilişki içinde değildir. Dolayısıyla, bu aşamada özgürlük de sınırsızdır. Soyut hukukun ikinci görünüş formu ise, sözleşme biçimidir. Sözleşme biçimi, soyut hukukun *kendinde* özgürlüğü aştığı ve yeni bir içeriğe kavuştuğu uğraktır. Bu noktada kişi, başkalarıyla ilişki içine girer ve *kendinde* halinden farklılaşır. Öyle ki, kişi mülkiyetin nakline²³ imkan sağlayarak hem kendi mülkiyetini diğer kişiye tanıtmış, hem de karşı tarafın mülkiyet edinme hakkını tanımıştır. Ancak belirtelim ki, bu aşamada artık özgürlük sınırsız değildir. Süjenin özgürlüğü, karşısındaki süjenin özgürlüğünü tanımış olması sebebiyle sınırlandırılmıştır.

Kısacası, sözleşme aşamasında taraflar **özel iradelerini** kendi yarattıkları **genel irade** ile uzlaştırarak, ona bir geçerlilik atfetmekte ve onu **özel irade sferine** yükseltmektedirler. İşte bu noktada ortaya çıkan genel irade, ancak **genel iradenin göreli** bir biçimidir²⁴. Ayrıca belirtelim ki, sözleşme biçiminde mevzu bahis olan

²¹ Bkz. Hegel, **GPR**, § 40 bend- c, s. 98. 20.Yüzyılın başında ceza hukukunda gelişen kusur tartışmalarının temelinde de kanımızca bu felsefi ayırım etkin bir rol oynamıştır. Buna göre, Yeni-Kantçılığın kusurun içeriğini salt objektif bir değerlendirme noktasına indirgemiş olması ile sübjektif haksızlığı failden hareketle analiz etmeye çalışan görüşler giderek etkinliğini yitirmiştir.

²² Bkz. Flechtheim, **Hegels Strafrechtstheorie**, s.71

²³ *Paschukanis*, mülkiyet ve onun nakli arasındaki ilişkinin altında aslında meta mübadelesi kavramının yattığı ve tüm hukuksal düşüncenin de bu temel ilişkinin bir yansıması olduğu savını ileri sürmektedir. Bkz. Eugen Paschukanis, **Allgemeine Rechtslehre und Marxismus**, 3. bası, Frankfurt, © Verlag Neue Kritik KG, 1966, “İlişki ve Norm” başlıklı üçüncü bölüm, s. 60-86.

²⁴ Bkz. Hegel, **GPR**, § 81, s. 169-170. Ayrıca, bkz. Flechtheim, **a.g.e.**, s. 76. *Mohr*’un sözleşme biçimi tanımı de bir hayli isabetlidir: “Sözleşme, asgari iki kişinin içeriğini özgürce irade beyanlarıyla belirledikleri ve bununla karşılıklı olarak birbirlerinin haklarını sınırlandırdıkları bir hukuki ilişkidir”; “...Taraflar sözleşme ile özel çıkarlarını gerçekleştirmek amacıyla aralarındaki hukuki ilişkinin ve müstakbel hak taleplerinin nasıl düzenlenmesi gerektiğini kayıt altına almaktadırlar” Bkz. Georg Mohr, “Unrecht und Strafe”, (haz.) Ludwig Siep **G.W.F. Hegel Grundlinien der Philosophie**

mesale, öznel irade ile bir nesne arasında kurulan ilişkiye dayanmaktadır. Bir nesnenin aidiyeti üzerinde kurulan özel hukuk ilişkisini yansıtan sözleşme de, aslında âkit tarafların özel iradelerince belirlendiği ölçüde geçerli huktur.

Bu sebeple, sözleşme biçiminde karşı tarafın –ve dolayısıyla kişinin kendinin- öznel hakkı inkar edilmemiş, sadece sınırlandırılmıştır. Özel iradeler arasında kurulan sözleşmenin ihlal edilmesi ile -âkit tarafları bağladığı oranda genel irade olabilen- *görelî genel irade* de ihlal edilmiş olmaktadır.

Hukuk ile çelişki içinde bulunma anlamına gelen haksızlık kavramının ilk biçimi olan **medeni hukuk haksızlığı**, işte bu noktada vücuda gelmektedir. Ve sadece görelî genel iradenin ihlal edilmiş olması sebebiyle bu haksızlık biçimi, (kamusal) **ceza hukuku haksızlığı** biçiminden farklıdır. Bu biçim, görünüşte bir haksızlığı, başka bir ifadeyle yalın bir haksızlığı (=unbefangenes Unrecht) ifade eder.

Temel belirlenimler üzerine yaptığımız açıklamalardan sonra, medeni hukuk haksızlığı ile ceza hukuku haksızlığı kavramları arasındaki nitelik farkını ortaya sermeye çalışalım²⁵: Yukarıda da izah etmeye çalıştığımız üzere, medeni hukuk haksızlığının içinde bulunan kişi kural olarak hukuku tanımakta, fakat objektif olarak bir hukuka aykırılık söz konusu olmasına rağmen, sübjektif olarak içinde bulunduğu durumu hukuka uygun addetmektedir²⁶. Yani kişi medeni hukuk haksızlığı

des Rechts- Klassiker Auslegen, gözden geçirilmiş 2. bası, Berlin, © Akademie Verlag GmbH, 2005, s. 96-97.

²⁵ *Hegel*'in haksızlık kategorileri içinde değinmemiz gereken diğer bir tür de: Aldatma (=Betrug) uğrağına ilişkin olanıdır. Bu uğrakta fail, özel iradeyi inkar etmemekte, ona eyleminin hukuka uygun olduğu görünüşünü vermekte, ancak eylemiyle genel iradeyi ihlal etmektedir. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere bu haksızlık biçimi, yalın haksızlık ile ceza hukuku haksızlığı arasında kalan bir anlama sahiptir. Bkz. Hegel, **GPR**, § 87-89, s. 176-178. Hemen belirtelim ki, bu tür haksızlık literatürde “sahtekarlık suçları” olarak tanımlanan kategoriye ilişkin düşünsel bir zemin yaratmasına rağmen, teorik kavramın bu suç tipleriyle tam anlamıyla örtüşmesinin mümkün olmadığı kanaatine sahibiz. Dolayısıyla anılan suç tiplerinin de ceza hukuku haksızlığı başlığı altında ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Aynı yöndeki görüş için bkz. Michael Ramb, **Strafbegründung in den Systemen der Hegalianer**, Strafrechtliche Abhandlungen C. 162, Berlin, © Duncker & Humboldt GmbH, 2005, s. 27. Burada yazar hatalı bir biçimde *Flechtheim*'in aksi görüşte olduğunu iddia etmektedir. Halbuki *Flechtheim* açıkça bu haksızlık türünün yapay bir biçim olduğunu ve düşünsel bir aşamayı işaret ettiğini vurgulamaktadır. Karş. Ramb, **a.g.e.**, s. 27, dn. 62 ile Flechtheim, **a.g.e.**, s. 78-79.

²⁶ Dikkat edilirse bu bölümde bir modelleme yapma gayreti içerisindeyiz ve her modelleme gibi bizim de gayretimiz ancak haksızlığın genel karakterini ortaya koyabildiğimiz ölçüde doğru olabilecektir. Bu sebeple, somut yaşamda kasten borcunu ödemeyen kişinin durumunun ne olacağını sormak, uğraşımızın konusu itibariyle kapsam dışındadır.

biçiminde, kendi hakkının varlığını tanıtmaya gayreti yanında, karşısında bulunan ve nesne üzerinde hak sahibi olduğunu iddia eden diğer tarafın da potansiyel olarak hak sahibi olabileceğini tanımaktadır. Bu durumda kişi hukuku inkar etmemekte sadece objektif olarak hakkı olmayan bir hususta ondan talepte bulunmakta ve bu şekliyle bir hukuki hata hali içinde bulunmaktadır²⁷. İçinde bulunduğu haksızlığın kendine hak olduğunu zanneden kişinin bu konumu, dolayısıyla, yalın bir haksızlıktır²⁸. Onda hukukun genel geçerliliğini “yok sayma” iradesi mevcut değildir.

Medeni hukuk ihtilaflarında taraflar, hukukun genelliğini ve ilişkiye hakim karakterini yadsımamakta, aksine onu takviye etmekte, kuvvetlendirmektedirler²⁹. Yani özel hukuk ihtilaflarında mesele, eşyanın aidiyetine ilişkin bir sorunun hukukun belirlenimleri dahilinde çözümlenmesi arzusudur³⁰. *Hegel*, medeni hukuk haksızlığını, şu mantık önermesini kullanarak ifade etmektedir: “Gül kırmızı değildir.”³¹ Bu durumda kişi “renk” kavramının genelliğini/geçerliliğini kabul etmekte, sadece somut durumda aidiyeti/özelliği, yani “kırmızı” sıfatını reddetmektedir. Buna mukabil, *Hegel* tarafından ceza hukuku haksızlığını nitelendirmek üzere geliştirilen mantık önermesi ise şöyledir: “Gül, bir fil değildir”. Dikkat edilecek olursa burada hem özelliğe dair “sıfat” kategorisi (kırmızı) reddedilmekte, hem de genel olan “renk” kategorisi reddedilerek önerme absürd hale getirilmektedir.³²

Medeni hukuk haksızlığının doğrudan ve yalın biçimine rağmen, ceza hukuku haksızlığını yaratan, süje tarafından ortaya koyulmuş tümünden inkarcı olan iradedir.

²⁷ Bu yorum için bkz. Mohr, **a.g.e.**, s. 98 v.d. Medeni hukuk haksızlığının ceza hukuku anlamında kusurluluğa sahip olamayacağı da bu prensibin mahsulü olarak ele alınmalıdır.

²⁸ “... Fail, burada [medeni hukuk haksızlığı içinde,-ç.n.] haklısızlığı hakkı olarak addetmektedir; bu sebeple de o sadece bir yalın/basit haksızlık içindedir”. Bkz. Flechtheim, **a.g.e.**, s.78.

²⁹ Bkz. Mohr, **a.g.e.**, s.98.

³⁰ “... Tek ve aynı bir şey üzerinde hak iddia edilmesinden doğan ve hukuk davaları alanını oluşturan bu çatışma, hakkın evrensel ve kesin faktör olarak tanınmasını tazammum eder. Nitekim, tartışma konusu olan şeyin, hak sahibi tarafa ait olmasını sağlayan da budur...” Bkz. Hegel, **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, Çev. Cenap Karakaya, birinci basım, İstanbul, Sosyal Yayınları, Kasım 1991, § 85, s. 91.

³¹ *Hegel*, özel hukuk haksızlığını bir olumsuz hüküm önermesi olarak tarif eder (“...die Rose ist nicht rot...”). Bkz. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, **Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I**, Toplu Eserleri C. 8, birinci bası, Frankfurt am Main, © Suhrkamp Verlag, 1986, § 166, s. 318.

³² Bkz. Hegel, **a.e.**

İşte, medeni hukuk haksızlığı ile ceza hukuku haksızlığı arasındaki temel farkı belirleyecek olan bu irade ve onun kendini evrensellettiği, dışsallaştırdığı eylemdir. Bu iradenin analizi, bizi aradaki farkları belirleme hususunda da aydınlatılabilecektir.

Ceza hukuku haksızlığı olan “suçun” varlığında fail, *haksızlığı istemektedir*. Medeni hukuk haksızlığı halinde fail, genel hukuku tanımakta ve ona saygı göstermekte; ancak diğer kişilerin özel iradelerini ihlal etmekten, ceza hukuku haksızlığında hem özel hem de genel iradeyi ihlal etmekte, onu “yok saymakta” ve kendi iradesini dışsallaştırdığı eylemini geçerli “hukuk olarak” (= “als Recht”) onun yerine kaim kılmak istemektedir. “*Suç işleyen fail, medeni hukukun haksız fiilinden farklı olarak, sadece bireyi ve onun sübjektif hakkını değil, hukuk toplumunu ve onun objektif hukuk sistemini de ihlal etmektedir*”³³.

Ceza hukuku haksızlığına vücut veren diğer bir unsur ise “zor”dur (=Zwang). Ceza hukuku haksızlığı olan suç, kişinin özgür iradesine karşı yönelmiş zor kuvvetidir. Fail tarafından irad edilen bu zor, kişinin nesneler üzerine aktarmış olduğu iradesine karşı yönelebileceği gibi, kişinin kendi cisminde karşı da vuku bulabilir³⁴. Hukuku tarif etmeye çalıştığımız yukarıdaki bölümde de belirttiğimiz üzere “*hukukun zemini özgür iradedir*”³⁵. Öyleyse suç fiiliyle ortaya çıkan zor, hukukun temelini reddeden bir haksızlık biçimidir. Zor, kişilerin (mağdurların) dışarıya vurmuş oldukları iradelerine, yani onlara ait nesnelere veya onların doğrudan mevcut var oluşlarına (=Dasein) karşı uygulanabildiği ölçüde, failin de bir irade izhar etme biçimidir.

Haksızlığı tarif etmeye çalıştığımız yukarıdaki paragraflarda ileri sürdüğümüz gibi, ceza hukuku haksızlığına vücut veren zor, aynı zamanda failin özgürlüğünün de bir tezahürüdür. Ancak kendinde ve kendisi için (= “an und für sich”) olan bu

³³ Bkz. Flechtheim, **a.g.e.**, s. 79.

³⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki; *Hegel*’e göre ancak nesneler veya akıllı bir varlık olarak insanın dışsal, bedensel mevcudiyeti zor altına alınabilir. Özgür irade, boyun eğmedikçe asla baskı altına alınamaz. Bkz. Hegel, **GPR**, § 91, s. 178-179.

³⁵ “*Hukukun alanı genel olarak tinsel bir alandır; bu zemin üzerinde onun öz temeli, hareket noktası, özgür iradedir; öyle ki, özgürlük onun cevherini ve kaderini oluşturur ve hukuk sistemi gerçekleşmiş özgürlük alemidir, tinin (= Geist) kendi kendisinden hareketle ikinci bir tabiat halinde meydana getirdiği dünyadır*” Bkz. Hegel, **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, § 4, s. 40-41.

özgürlük³⁶, gerçekleştirdiği zor eylemiyle kendi özgür varlığını da doğrudan yıkmaktadır³⁷, çünkü özgürlüklerin zemini olan hukuk, “kişi ol ve diğerlerine de birer kişi olarak saygı göster!” şiarından hareket etmektedir. Bu nedenle fail özgür iradesine dayanarak başkalarının iradeleri üzerinde zor uygulaması ile, kendinin de potansiyel olarak soyut hak taşıyıcısı olma ehliyetini inkar etmektedir. Dolayısıyla failin zora dayalı eylemi, failin hukuk kişisi olarak kendini de inkar etmesi anlamına gelmektedir. İşte tam da bu sebeple suç, hukuka aykırı olduğu kadar akıl üzerinde kurulmuş hukuk toplumu bakımından da gayri aklidir³⁸.

Bir örnekle medeni hukuk-ceza hukuku haksızlığı kavramları arasındaki farkı şöyle açıklayabiliriz: Bir özel hukuk ihtilafında mülkiyetin kendine ait olduğu savıyla hareket eden kimse ile, zor kullanarak bir başkasına ait olan eşyayı alan kimsenin eylemi arasında nitelik farkı mevcuttur. İlkinde sözleşmenin öngördüğü edimi ifa etmeyen kimse bu (objektif olarak var olan) haksızlığı, sübjektif olarak hak kabul etmekteyken, ikinci biçimde fail hem sübjektif hem de objektif olarak haksızlığı istemektedir. Zor kullanan, eylemi ile de bu iradesini açığa vurmaktadır. Dolayısıyla birincisinden farklı olarak, suç faili hem karşı tarafın o nesne üzerinde içselleşmiş iradesini (somut mülkiyet hakkını) hem de genel olarak soyut hukuku (failinki de dahil olan mülkiyet edinme hakkını) ihlal etmektedir. İşte bu haksızlığın, kendinde ve kendisi için var olan biçimi olan, ceza hukuku haksızlığıdır.

Sonuç olarak, medeni hukuk haksızlığı ile ceza hukuk haksızlığının arasındaki temel farkın, ilkinde failin (belirttiğimiz anlam ve kapsamda) bilinçsiz bir

³⁶ *Flechtheim* haklı olarak *Hegel*’in hukuk tarihinde ilk defa suçlulara da “hukuki bir kişilik maskesi” takan filozof olduğunu belirtmektedir. Hakikaten *Hegel*, suç failini aklî ve özgür bir kişi olarak tanımlamaktadır ve aslında kusur sorumluluğunu da onun bu varlığı üzerine inşa etmektedir. Ona göre fail aklî ve özgür bir kimse olmasına rağmen, aklî olmayı (yani haksızlığı seçerek) kusurlu davranmaktadır. Bkz. *Flechtheim*, **a.g.e.**, s. 85, “...nasıl kişi objektif hukukun bireyselleşmiş hak sahibi süjesi ise, suç faili de aynı objektif hukukun haksızlık boyutunun şahsiyet kazandığı kimsedir.” *Hegel*’in kusur kuramı için bkz. s. 87 vd.

³⁷ Bkz. *Hegel*, **GPR**, § 92, s. 179.

³⁸ *Hegelyen* ceza teorisinin temelini bu anlayış oluşturmaktadır. Türk doktrinde adaletçi ceza teorileri başlığı altında incelenen bu ekole göre, fail akıl dışı ve kendi özgürlüğünün varlığını sabote eden eylemi ile hukuka karşı gelmiştir. Anılan ekole göre, bu zor birincil zordur ve ancak hukuka uygun ve aklî olan ikinci zor ile aşılabılır. İşte, failin cismani varlığına karşı uygulanacak bu ikinci zor ise cezadır. Ancak cezanın uygulanması ile failin kendi de bir kişi olarak tekrar hukuksal varlığını kazanabilecektir. Cezanın sübjektif temelleri teorisi adı verilen bu hususta etraflı bir çalışma için bkz. *Ramb*, **a.g.e.**, s. 31-41.

biçimde haksızlık içinde bulunması, ikincisinde ise bu haksızlığın bilincine sahip olması olduğunu belirtmeliyiz³⁹. İleride izah etmeye çalışacağımız üzere, irade kavramı üzerinde kendini var eden ceza hukukunun kusur sorumluluğunun bu temel belirleniminin, adî taksirden doğan sorumluluğun neden “tipik” bir ceza hukuku haksızlığı içeriğine sahip olmadığını da ortaya koymaktadır.

Medeni hukuk ve ceza hukuku haksızlıklarının alanlarının ayrılması teorik bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bu noktada sathî bir kritik yapmanın gereğini de hissetmekteyiz. Şöyle ki; Klasik çağın dünya kavrayışının temelini oluşturan irade kavramı üzerinde kendini inşa eden idealist hukuk düşüncesi, döneminin özel/kamu hukuk[u] ayrımları üzerinde keskin bir takım farklılıklardan hareket etmekte ve bu sebeple kamu hukuku alanını sınırları ile özel hukuk alanını birbirinden sert bir biçimde ayırmaktadır. Ancak, geçen iki yüzyıl zarfında sosyal mülahazalar nedeniyle özel hukuk alanına çok fazla “kamusal” müdahale söz konusu olmuş ve bu sebeple kavramların sınırları muğlaklaşmış gibi görünmektedir. Fakat sonuç olarak, “haksız fiil – suç”, “tazminat – ceza” gibi kavramsal kategoriler arasındaki temel niteliksel fark ortadan kalkmış değildir ve bugün hâlâ bu teorik farklılığı izaha çalışan hukukçular bir takım zorluklar çekmektedirler. Zira, anılan kavramlar menşeleri itibarıyla yukarıda izah etmeye çalıştığımız hukuk teori ve sistematığının bir neticesi olarak kendilerini var etmektedirler. Bu ayrıma yönelik eleştirilerin büyük kısmı medeni hukuk alanındaki sosyalleşmenin sonucu doğan kamu müdahaleciliğinden hareket etmesine karşın, ceza hukuku haksızlığının *özgün* niteliğine ilişkin vardığımız sonuçların hâlâ çürütülemediğini vurgulamak isteriz.

1.1.3. İradî Eylemin Konusu

Haksızlık, kişi ve hukuki ehliyet kavramlarının yukarıda belirttiğimiz açılımları sadece objektif bir belirlenimi, soyut bir durumu ifade etmesine karşın sübjektivite, kişinin dış dünya üzerinde yarattığı bir etkinliğin sorumluluğunun belirlendiği bir alanı tanımlamaktadır. Çalışmamızın konusu olan kast kavramı da, içsel bir belirlenim olduğundan dolayı bu alanda incelenecektir⁴⁰.

³⁹ Aynı görüş için bkz. Flechtheim, **a.g.e.**, s. 79.

⁴⁰ Kast ve niyet kavramlarının konumlanması Bkz. Menegoni, **a.g.e.**, s. 129.

Sübjektif iradenin kendini dışsallaştırdığı olgu eylemdir⁴¹. Eylem ile birlikte süje içsel olanı, dış dünyada görünür hale getirmiş ve dolayısıyla ona bir evrensellik, başka bir ifade ile genel geçerlilik atfetmiştir⁴². Ceza hukuku haksızlığının soyut içeriğini tarif etmeye çalıştığımız yukarıdaki bölümde anılan haksızlık türünün dinamiğinin, failin kendi eylemini evrenselleştirdiği ve bu sebeple vaz edilmiş, geçerli ve objektif olan hukuku geçersiz kılmaya çalışmasında yattığını vurgulamıştık. İşte ceza hukuku haksızlığına bu içeriği kazandıran, yani kendini geçerli hukuk olarak vaz eden irade, failin sübjektif iradesinin objektif bir görünüşe de kavuştuğu eylem ile vücut bulabilecektir⁴³. Bu noktada fail, eylemine “benim” sıfatını yükleyebilir⁴⁴ ve böylelikle eyleminin ona isnad edilebilmesi ve ceza hukuku haksızlığının doğabilmesi mümkün hale gelir.

Hegel’e göre, sübjektif iradenin izharı olan eylem kendini üç unsurla belirlemektedir. Buna göre eylem⁴⁵, - dışsallığı içinde fail tarafından kendine ait olarak bilinecektir, - bir olması gereken kalıbı olarak kavram ile asli bir bağ içinde olacaktır ve - başkalarının iradeleri ile ilgili olacaktır.

Buna göre, eylemin ilk veçhesi “onun soyut ve biçimsel hukuku”, yani dışsallık hakkındaki bilinci olan kasttır. Bu uğrakta fail, dışsal olanın bilgisiyle hareket etmekte ve eylemini içinde gelişmesi için bıraktığı dışsallığın kurallarına terk

⁴¹ “*Sübjektif ahlaki (=moralisch) iradenin ilk ifadesi eylemdir*” Bkz. Hegel, **GPR**, § 113, s. 211. Bu noktada belirtelim ki: *Hegel* “*Handlung*” kelimesini, *Kant*’tan farklı olarak Türkçe’deki eylem kelimesinin karşılığı olarak kullanmaktadır. *Kant*’a göre fail tarafından tanınmış ve ona izafe olunan vakıa, “*Tat*” yani fiili harekettir. *Hegel’e göre ise eylem (=Handlung), “süje tarafından bilinçli olarak istenen ve bunun sonucunda failin sorumluluğunu kabul ettiği bir fiili harekettir (=Tun).* Bkz. Menegoni, **a.g.e.**, s. 130, dn. 5. Ayrıca *Kant*’ın eylem ve sorumluluk tanımlarına ulaşmak için bkz. Immanuel Kant, **Ethica**, çev. Oğuz Özgül, Birinci Baskı, İstanbul, Pencere Yayınları, Ağustos 2003, s. 69 v.d. Ayrıca karşı. Menegoni, **a.g.e.**, s. 125, dn. 1.

⁴² “*Sübjektif amacı, eylemlik yoluyla ve(ya) herhangi bir araç vasıtasıyla objektiviteye tahvil etme sürecine eylem denir*” Bkz. Hegel, **GRP**, § 8, s. 57-59.

⁴³ Aynı doğrultuda [ceza hukuku] haksızlığının kusuru için bir biçimde tespit edilmesi gereğini vurgulayan bkz. Yener Ünver, ““*Nedeninde Serbest Hareketler*” Kuramı”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, İ.Ü.H.F. Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No. 8, Alfa, 1999, s. 805.

⁴⁴ Buna mukabil hukuka uygun eylem sübjektiviteye has etkinliğin sadece belli momentlerini bünyesinde barındırabilir. Bunlar da ancak dışsal bir biçimdedirler. “Bir takım yasal emir ve talimatlara dayanan hukuki eylemin (actio) muhtevası benim sorumluluğumda değildir. Bu nedenle, böyle bir eylem, asıl ahlaki eylemin ancak bazı unsurlarını, o da pek dıştan bir şekilde, içerir. Asıl ahlaki eylem, tam anlamıyla hukuki eylemden farklı bir veçhe taşır.” Bkz. Hegel, **GPR**, § 113, s. 211.

⁴⁵ Bkz. Hegel, **a.e.**

etmektedir. Dışsalılık, süjenin eylemini dönüştürebilir, dolayısıyla onun sorumluluğu sadece *bildiği ve istediği* kadar olmalıdır⁴⁶. Kasttan doğan sübjektif sorumluluğun temeli de bu düşünceye dayanmaktadır. Sübjektif iradenin kendini genelleştirdiği, yani objektiviteye geçişi sağlayan ilk uğrak, kast ve kasttan doğan sorumluluktur. Eylemin ikinci veçhesi ise, **fail için** eyleminin **değerini** belirleyen uğrak olan maksattır (=Absicht). Eylemin üçüncü ve son uğrağı da; failin öznel iradesini genellik *sferine* yükseltmek istediği durumdur. Bu uğrağın, ceza hukuku kuramları açısından önemi büyüktür. Çünkü bu *sferde* süje, yani fail, özgürleşme bahsinde vurguladığımız “üzerine düşünme” (=Reflexion) olgusunu tamamlamaktadır. Bu anda objektivite ile sübjektivite görelî bir biçimde çakışmaktadır. Yani fail, eylemini kendi içsel iradesine göre dışsallaştırarak onu objektiviteye teslim etmiştir. Bu durumda failin artık bir objektif varlık olan eyleminden sorumluluğu, ancak onun sübjektivitesinde var olan kısım kadar doğabilecektir. İşte bu, özne-nesne birlikteliğinin başlangıç noktası olarak; failin iradesinin kendine dönük düşünceden sıyrılması ve kendi için (= “für sich”) düşünce *sferine* yükselmesidir. Kendi eylemini “geçerli hukuk” (bkz. ceza hukuk haksızlığı ile ilgili açıklamalarımız) haline getirmek isteyen öznenin bu düşüncesinin ulaştığı anılan uğrak, faile eylemin yüklenmesinin de temelini oluşturmaktadır. İşte sübjektif isnadiyat düşüncesi, yani irade kusurunun (=Willensschuld) sorumluluğu bu noktada ortaya çıkmaktadır.

1.1.4. Kast ve Maksat İlişkisi

“Eyleme geçen irade, belli bir mevcudiyeti amaçlarken, bununla ilgili (maddi) unsurlar hakkında da bir tasavvura sahiptir.”⁴⁷ Dışsal bir olgudan bahsettiğimiz için, süjenin bu dışsal olgu üzerine sahip olduğu bilgisi de sınırlı olacaktır. Dolayısıyla, failin eyleminden sorumluluğu, “amacının koşullarının” bilgisine sahip olduğu ve bu bilgisi üzerine istencini geliştirdiği durumlarda söz konusu olabilecektir. Yani fail, (maddi) dışsal unsurlar üzerinde sahip olduğu bilgidan sonra istenciyle bu iradesini

⁴⁶ Bu gerekçe, sapma ve hata kavramlarının ceza sorumluluğuna etkisi üzerindeki temel kabullerin dayanağıdır. Bkz. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, **Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III**, Toplu Eserleri C. 10, birinci bası, Frankfurt am Main, © Suhrkamp Verlag, 1986, § 504, s. 313.

⁴⁷ Bkz. Hegel, **GPR**, § 117, s. 217. Farklı bir tercüme için karş. Hegel, **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, s. 109.

eylem aşamasına taşıyacaktır. Bu durumda failin sorumluluğu, bildiği ve bildiklerini istediği kadardır: yani kastı kadardır⁴⁸.

Görüldüğü üzere kastın bu belirlenimi, dışsal olanın içsel bilgisi üzerinden yapılan bir tarife dayanmaktadır. Failin (süjenin), unsurlar üzerine olan bu içsel bilgisi, kastın sınırlarını da belirlemektedir. Geniş anlamda maksat uğrağında ise ayrı bir olgu sübjektif sorumluluğa dahil edilir. Geniş anlamda maksatta, kast momentinden farklı olarak eylemin bütünsel niteliği, failin eyleme izafe ettiği değer üzerinden dikkate alınır. Bu ayrımın anlaşılabilmesi için *Menegoni*'nin verdiği örnekten faydalanabiliriz. Buna göre⁴⁹, kasten gerçekleştirilen bir eyleme (bir eve ait tahta parçasını tutuşturma eylemine), cinayet veya kundaklama sıfatını yakıştırabilmemizi ancak failin maksadı ile ölçülebilen bir nitelik ortaya koyacaktır.

Failin iradesinden sadır olan ve dışsallaşan eylem, bir çok parçacıktan oluşan bir bütündür. Objektif dünyada gerçekleşen eylem karmaşık bir yapı oluşturur. Ancak buna rağmen, evrensellik/genellik taşıyan bir anlamı da mevcuttur. Bu anlam da, ancak düşünen bir varlığa ait olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁰. Çünkü, ancak düşünen bir varlığın tasdim (tasarlama) yeteneği vardır. Dolayısıyla kasttan maksada geçiş⁵¹, eylemin tikel bir ögesinden onun genel karakterine ulaşmak manasına gelir. Bu geçiş ancak tikel ögeden, genel oluşun soyutlamasını⁵² yapabilme, yani düşünme kabiliyetini de şart koşar.

Aklî bir varlığa ait olan her eylem, sonuç itibarıyla bir soyutlama fikrini, yani maksat unsurunu da bünyesinde taşımaktadır. Bu sebeple, kasttan maksada geçiş, eylemin vaz geçilmez bir özelliğidir⁵³. Kast, eyleme karşılık gelen dışsal olguların, mesela suçun sadece maddi unsurlarının bilinmesidir. Bu unsurların anlamsal içeriğinin bilinmesi ise, maksadın konusunu oluşturmaktadır.

⁴⁸ Başka bir ifadeyle kast, “bilinçli istemedir (=bewußt gewollt).” Bkz. Menegoni, **a.g.e.**, s. 139.

⁴⁹ Bkz. Menegoni, **a.g.e.**, s. 139-140. Ayrıca bkz. Hegel, **GPR**, § 119, s. 223-225.

⁵⁰ Bkz. Hegel, **a.e.**

⁵¹ Bkz. Hegel, **GPR**, § 118, s 218-223.

⁵² Hegel, “Absicht” kelimesinin etimolojik olarak “Abstraktion” kelimesinden türediğine işaret etmektedir. Karş. Hegel, **GRP**, § 119, s. 223.

⁵³ *Menegoni*, kastı “soyut genellik”, maksadı ise “biçimsel genellik” olarak nitelendirmektedir. Karş. Menegoni, **a.g.e.**, s. 139.

1.1.5. Haksızlık ve Kusur İlişkisi

Kusur, failin özgür iradesiyle haksızlığı seçmiş olmasıdır⁵⁴. Bu süjenin özgürlüğünden kaynaklanan bir haktır. Süje aklî bir varlık olarak, kendi tasminine (tasarlamasına) göre hareket edebilir ve pekala da bir haksızlığı gerçekleştirmek isteyebilir. Ancak hatırlatalım ki, ceza hukuku haksızlığı bölümünde de izah etmeye çalıştığımız üzere, bu tercihiyle fail, kendi özgürlük ehliyetini de inkar etmektedir. Çünkü, suç ile ortaya çıkan durumda, hem diğer kişilerin özel iradeleri hem de genel irade ihlal edilmekte ve böylelikle failin özel iradesinin keyfiliği, genel aklî iradeyi sınırlı bir biçimde geçersiz kılmıştır. Halbuki, genel iradenin aklî ve geçerli olması zorunludur. Buna göre, her öznel çıkardan mücerret olması gereken ve dolayısıyla dışsal, objektif bir zor olarak var olması gereken tek şey hukuktur.

Kısacası, fail eylemiyle hukukun bu genelliğini inkar etmekte ve aslında aklî olan genel iradeyi, keyfî bir biçimde doğal iradeye kurban etmektedir⁵⁵. Böylelikle hukuk düzeninin geçerliliği kırılmaktadır. Bu geçerlilik, görünüşte hukuk olan haksızlığın aşılması, yani cezanın uygulanması ile aşılabilecektir⁵⁶. Görüleceği üzere cezanın ancak aklî bir varlık hakkında uygulama bulabileceği ilkesinin temeli bu kusur anlayışında yatmaktadır.

Özgür bir biçimde haksızlığı tercih eden fail, bir yandan kendi aklî varlığını da inkar etmektedir. Madem ki, soyut hukuk dışsal bir zorunluluktur; o halde fail bu zorunluluğu inkar ederek, kendi özgürlüğünü de kısıtlamaktadır. Çünkü *kendisi için*

⁵⁴ Failden hareket eden benzer bir tanım için bkz. Köhler, **AT**, s. 348 v.d. “*Kusur, özgür (kendi kaderini tayin edebilen) bir biçimde haksızlığa ilişkin karar verilmiş (karar verme/ düşünme süreci) olmasıdır. Yani; hukukun, belirli bir tipe uygun biçimde “hukuk olarak” (= “als Recht”) ihlal edilmesidir*”

⁵⁵ Köhler’e göre, fail suç işlemek suretiyle sadece dışsal-geçerli hürriyet düzenini değil, şahsında da bir kısmı bulunan genel hukuk düşüncesini inkar etmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Köhler, **AT**, s. 48 v.d.

⁵⁶ Bu sebeple de hukuk geçerliliğini muhafaza etmeli ve failin onu geçersiz kılma iradesi –birinci olumsuzlama-, hukukun kendi geçerliliğini sağladığı ve faili de tekrar bir kişi olarak özgürlük sferine taşıdığı ceza –ikinci olumsuzlama- ile aşmalıdır. Bu cezanın özel önleme “fonksiyonu” hakkındaki teorilerinden farklı olan bu ceza teorisiyle ilgili olarak bkz. Hegel, **GRP**, § 99 v.d., s. 187 v.d. Ayrıca bkz. Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre [AT]**, gözden geçirilmiş ikinci bası, Berlin New York, © Walter de Gruyter & Co., 1993, § 1, kn. 21-24, s. 17-19.

özgür olan suç failinin içinde bulunduğu durum sınırlıdır. Halbuki, özgürlük kişinin kendilik bilincine ulaşmasıyla sınırsızlaşması olacaktır.

Suçun içinde saklı olan keyfilik, doğal olan arzular ile aklî olan davranış arasındaki sonsuz bir çelişkiyi de beraberinde taşımaktadır. Suç faili, ika ettiği fiil ile aklî olan varlığını inkar etmekte ve söz konusu çelişkiyi doğal güdülerini lehinde çözmektedir⁵⁷. Özgürlüğün ve aklın sonucu olan keyfilik, böylelikle doğal olan içeriğine kurban edilmektedir. *Köhler*, haklı olarak, bu durumda sübjektif keyfilik yol açtığı bu geçerlilik ihlalinin, failin de bir parçası olduğu ve genel geçerli olma özelliği taşıyan aklî hukuk (=Rechtsvernunft) düzeni lehinde aşılması gereğini vurgulamaktadır⁵⁸. Aksi halde, iradenin özgürleşme serüveninin başına dönülmüş olacak ve kendinde özgür iradenin hükmünde olan doğal duruma (=Naturzustand) ricat edilecektir.

Öyleyse kusur, aklî olan süjenin, özgür bir biçimde haksızlığı seçmiş olması ve bu sebeple kendini gayri-aklî ve özgürlüğünden olmuş bir duruma sokmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, medeni hukuka göre sorumluluğun belirlenmesinde esas alınan objektif haksızlıktan farklı olarak ceza hukukunda cezaya karşılık gelen bir eylemden bahsedilebilmesi için, failin kendini kusurlu kılmış olması, yani (kusurlu) sübjektif haksızlığa vücut vermiş olması gerekir.

1.2.Hareket Teorileri Bağlamında Kastın Konumu ve Hukuksal Niteliği

Bu başlık altında kast, maksat ve kusurluluk kavramlarına dair genel modellememizde ulaştığımız sonuçlar bağlamında kavramların ceza hukuku dogmatikindeki konumlarının belirlenmesine çalışacağız. Eylem ve eylemin faile yüklenmesi kavramları, ceza hukuku haksızlığı olan suçun analizinin temelini teşkil etmektedir.

Çalışmamızda savunduğumuz suç teorisinin ana ilkelerini ve bu teori içerisinde kastın konumunu belirlemeden evvel, kıta Avrupası sisteminde bugüne

⁵⁷ Flechtheim bu durumu önermelerin yerinin değiştirildiği irrasyonel bir tündengelim olarak tarif etmektedir. Bkz. Flechtheim, **a.g.e.**, s. 86.

⁵⁸ Bkz. Köhler, **AT**, s. 48.

değin geliştirilmiş olan çeşitli suç teorilerini ana hatlarıyla aktarmayı ve tarihsel oluşumu içerisinde anılan teorilerin “kast” kavramına yükledikleri anlamı ortaya koyma gereği hissediyoruz. Önemle belirtmemiz gerekir ki, “kast” kavramına yüklenen anlam, kavramın suç teorisi içindeki pozisyonuna doğrudan bağlı bir sonuç olduğundan belli bir suç teorisinin taraftarı olunmadan, kavramın analizini hakkıyla yapabilmek de mümkün gözükmemektedir.

1.2.1. Genel Olarak

Kastın suç teorisindeki konumunu belirleyebilmemiz için, öncelikle teorilerin tarihsel evrimini ve bunun arka planını izah edebilmemiz gerekir. Son iki yüzyılın ceza hukuku tarihi dikkatli bir biçimde incelendiğinde, kast kavramının ve onun sistem içindeki konumunun, ekoller arası mücadelenin asıl sorunu olduğu da tespit edilebilmektedir. İhmalî suçların teori içindeki konumu, adî taksirin cezalandırılabilirliği, isnad yeteneği- kusur yeteneği vb. tartışma konuları dönüp dolaşıp hareketin nasıl tanımlanacağı meselesinde dğğmlenmektedir. Hareketin tanımlanması sorunu ise, irade ile hareket ilişkisinin nitelendirilebilmesi sorununu temel aldığından, her teorinin kast üzerinden yürüttğü polemikte farklı argümanlar ve bunlara bağlı olarak farklı neticeler doğabilmiştir. Dolayısıyla, kastın sistem içerisindeki konumunun belirlenmesi meselesinin, ancak (ceza) hukuk tarihi disiplini vasıtasıyla anlamlandırılabilceğini düşünöyoruz.

Bu sebeple öncelikle üç temel suç teorisini ve bunların temelini teşkil eden hareket kuramlarını inceleyerek, kastın bu teoriler içerisindeki anlamını ve sahip olduğu konumu tanımlamaya çalışacağız. Kanaatimizce, inceleyeceğimiz üç temel ekol arasından en önemli olanları sübjektiviteye dayanan *Hegelyen* ekol ile tabiî nedensellik kavramı üzerinde kendini geliştiren pozitivist ekoldür. Finalist hareket kuramı ise, bunların bir sonucu, daha doğrusu farklılaşmış bir yorumu olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.2.2. Tasnifçi Suç Teorisi İçinde Nedensel Hareket Kavramı

Kıta Avrupası hukuk tarihi yakından incelendiğinde, sübjektiviteye dayanan hareket kuramıyla *Hegelyen* ekolün 19. yüzyılın ceza hukuku anlayışına damgasını

vurduğu ve bunun üzerindeki hakimiyetini yüzyılın ilk üç çeyreği boyunca sürdürdüğü gözlemlenecektir⁵⁹. Alman idealizminin *klasik* temsilcilerinden ilk sapmalar 19. yüzyılın üçüncü çeyreğinin sonuna gelindiğinde ortaya çıkmaya başlamıştı. Kıta Avrupa'sında o dönemde inşası süren burjuva toplum ve devlet bakımından, Alman idealizminin soyutlamalarının yerine yararcılığa, daha doğrusu kullanışlılığa dayanan bir hukuk sistemi icat etme mecburiyeti doğmuştu. *Klasik* Alman idealizmine karşı bir tepki olarak doğan bu felsefî akım, *pozitivizmdir*. Burjuva toplumun ve sanayinin ilerleme çağını yaşadığı bu dönemde fen bilimlerinde yaşanan muazzam patlama ve bunun sonucu olarak sosyal bilimlerin de fen bilimlerinin metotlarını uygulayabileceği akıl yürütmesi doğrultusunda *Auguste Comte*'un⁶⁰ sosyal bilimci pozitivizmi yüzyılın sonuna doğru bilim ve felsefe dünyasının hakim ideolojisi haline gelmişti.

Bu felsefî akıma göre, sosyal bilimlerin objektif olarak algılanabilen olguları konu edinmesi gerektiği, ortaya çıkan bulguların “ampirik bir araştırmayla düzenli bir ilişki içinde olduklarının tespit edilebileceği”⁶¹ iddia edilmiştir. Doğal olarak bu anlayıştan hukuk bilimi de etkilenmiş ve nedensel hareket kuramı icat edilmiştir. Böylece, Alman idealizminin sübjektiviteden hareket eden kavramsallaştırmasına karşın pozitivizm, özgürlük ve irade kavramlarını sathî bir biçimde ele alarak hareketi mekanik bir vaka olarak niteleyen *mekanistik materyalist* bir ceza hukuku kuramının yaratılmasına zemin sağlamıştır. Buna göre hareket, bir kaziye olmalıdır; yani gözlemlenebilen doğal bir olgudur.

⁵⁹ Özgenç'in “klasik teori”yi 19. yüzyılın Kara Avrupası'na hakim olan ceza hukuku anlayışı olarak tarif etmesinin, en azından tarihsel olarak doğru olmadığını hatırlatmak istiyoruz. Karş. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Birinci Baskı, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., Eylül 2006, s. 135.

⁶⁰ Hilav, *Comte*'un pozitivizm anlayışının “bütün bilimleri doğa bilimine ve bütün bilimsel yöntemleri fiziğin yöntemine indirgeme olarak görülebilir” diyerek, anılan felsefî akımın indirgemeci konumuna işaret etmektedir. Bkz. Selahattin Hilav, **100 Soruda Felsefe**, y.y., © Koç Kültür Sanat ve Tanıtım Hizmetleri Tic. A.Ş., 2003, s. 179 v.d.

⁶¹ *Auguste Comte*'un (1798-1857) geliştirdiği pozitivizm anlayışı için bkz. Nils Gilje / Gunnar Skirbekk, **Antik Yunan'dan Modern Döneme Felsefe Tarihi**, çev. Emrullah Akbaş / Şule Mutlu, İstanbul, © Üniversite Kitabevi Yayınları, t.y., s. 496-498. Anılan akımın eleştirisi için bkz. Orhan Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, geliştirilmiş ve genişletilmiş 9. Basım, İstanbul, Remzi Kitabevi A.Ş., Aralık 1994, “Olguculuk” maddesi, s. 289-290.

Literatürde “klasik suç sistemi” olarak da anılan bu ekolün ortaya çıkışı yukarıda belirttiğimiz gibi geleneksel (*klasik*) Alman idealizmine tepki olarak geliştiğinden, 19. yüzyılın bütün ceza hukuku tartışmaları bu iki ekolün birbirlerine karşı geliştirdikleri argümanlar üzerinden yürümüştür. Tasnifçi ekol, karşısına aldığı *klasik* Alman idealizminin ve bilhassa *Hegelyen* ceza hukuku doktrininin bir çok kurumunu eleştirmiştir⁶². Hegelyen ekole yöneltilen eleştirilerin başında tasnifçi ekole ismini veren metodik farklılık sayılmalıdır. Türk ve Alman ceza hukuku literatüründe “klasik” olarak da nitelenen tasnifçi ekolün suçu analiz ederken kullandığı temel metot, idealist ceza hukuku ekolünün o güne değin kullandığı diyalektik metottan farklı olarak biçimsel mantığın çıkarım (dedüksiyon) ve sınıflandırma (klasifikasyon) usulleriyle suçun analizine imkan sunan bir yöntemdir. Fen bilimlerinin, özellikle biyolojinin canlıları sınıflandırmasından etkilenen tasnifçi ekol, hareketin suç içerisindeki yerini de bir takım çıkarım ve sınıflandırmalar vasıtasıyla belirlemek istemiştir. Bunun neticesinde de suçu bir çeşit insan hareketi olarak nitelendirmiştir.

Böylelikle “hareket, suç olan ve olmayan insan davranışlarının üst kavramı”⁶³ olarak sahneye çıkmıştır. Ekolün en yetkin savunucularından *Radbruch*, hareket kavramı üzerine hazırladığı monografisinde suçun analizinin sıralı bir biçimde yapılması gerektiğini savunmuştur. Yazara göre; “*sadece kusurlu ve hukuka aykırı hareket cezalandırılabilir; mer’i olan hukuka göre kusurlu olan hareket, sadece hukuka aykırı eylemdir; ayrıca objektif bir hukuka aykırılık kavramı bulunmadığından sadece bir hareket hukuka aykırı olabilir*”⁶⁴. Bu görüşe göre, “kusurluluk”, “hukuka aykırılık” gibi nitelikler, hareketin birer sıfatı olarak üst

⁶² 19. yüzyıl hukuk tarihinin önemli tartışma konularından biri de ceza teorisidir. Bu konuda da klasik ekol “adaletçi kuramların” savunuculuğunu yaparken, pozitivist modern okul “özel önleme ve genel önleme” kavramları üzerinden tezini geliştirmiştir. Bkz. Hinrich Rüping / Günther Jerouscheck, **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, Schriftenreihe der Juristischen Schulung C. 73, tamamen gözden geçirilmiş 4. bası, München, © Verlag C. H. Beck oHG, 2002, s. 101-102, kn. 254-256. Dikkat edilecek olursa, ceza teorisi tartışmalarında “klasik ekol” diye anılan akım Alman idealistleridir, yoksa tasnifçi ekol değil. Karş. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 139.

⁶³ Bkz. Ernst Amadeus Wolff, **Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen**, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1964, s. 9.

⁶⁴ Bkz. Gustav Radbruch, **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, 1904 Berlin tıpkı basısı (haz.) Arthur Kaufmann, Darmstadt, © Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967, s. 71.

kavram olan suçu oluşturur. Dolayısıyla, “öncelikle hareket belirlenecek ve ondan sonra suçun yapısal unsurları” ortaya çıkarılabilecektir⁶⁵. Yani tasnifçi öğretiye göre, suç analizinin başlangıç noktası hareketin belirlenmesidir. Daha sonra, sırasıyla hukuka aykırılık, kusurluluk ve cezalandırılabilirlik ele alınacaktır⁶⁶.

Aslında tasnifçi ekolün suçu bu şekilde analize tutmasında temel faktör, *Jhering* tarafından ortaya atılan objektif hukuka aykırılık kavramına dayanıyor. Geliştirdiği bu anlayışla *Jhering*, hukuka aykırılıkla kusurluluğun birbirinden tamamen ayrı noktalarda tasnif edildiği⁶⁷ bir sistemin doğmasına imkan sunmuştur. Bu yaklaşıma göre, hareket kavramı iki ayrı kısma bölünmelidir. Bunlardan ilki tamamen objektif olan “nedensellik” üzerinde gelişir. Diğerisi ise salt iradenin içeriğinin belirlendiği unsurdur⁶⁸.

Böylece “hareket”, insanın iradî olarak dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesi olarak tanımlanmıştır. Hareketin varlığından bahsedebilmek için, iradî bir insan davranışı söz konusu olmalı ve bu davranış insanın fiziki bir etkinliği neticesinde ortaya çıkmalıdır⁶⁹. Yani hareket, “açığa vurulan ve insandan çıkan bir iştir”⁷⁰. “Netice” de, insandan çıkan bir iş olarak “dış alemdeki değişikliktir”⁷¹. Böylece, “netice” ile “hareket” kategorilerini birbirine bağlayan unsur ise “nedensellik bağıdır”. *Radbruch*, “eylemi” netice ile nedensel bir bağ içinde bulunan vücut hareketi olarak tanımlamaktadır⁷².

⁶⁵ Bkz. Wolff, **a.g.e.**, s. 10.

⁶⁶ Bkz. Radbruch, **a.g.e.**, s. 115.

⁶⁷ *Jhering*’in “objektif hukuka aykırılık” kavramı için bkz. Hans Achenbach, **Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**, Berlin, © J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 24-25. Ayrıca bkz. Hans Welzel, **Das deutsche Strafrecht [DS]**, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 11. bası, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, s. 39.

⁶⁸ Karş. Welzel, **DS**, s. 39 v.d.

⁶⁹ Önder, “bir vücut davranışından” söz etmektedir; bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, Beta, Nisan 1992, s. 21.

⁷⁰ Bu ifade için bkz. Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I, onördüncü bası, İstanbul, Beta, Kasım 1997, kn. 502, s. 369.

⁷¹ Bkz. Dönmezer/Erman, **a.e.**

⁷² Aynı yerde *Radbruch*, neticenin hareket kavramının bir parçası olup olmadığı tartışmasının bir önemi olmadığını vurguladıktan sonra, hareket için gerekli olanın irade ve eylem olduğunu vurguluyor. Bkz. Radbruch, **a.g.e.**, s. 75

Ekolün karakteristik özelliği, “netice” kavramına yükledikleri anlam ve bu anlama ulaşabilmek için ortaya atılan nedensellik bağlantısı kavramına dayanıyor. İnsan davranışını, doğanın mekanik bir tezahürü olarak gören ekol, böylelikle irade kavramını ve buna bağlı olarak suçun sübjektif dayanağını tamamen hareket kavramının dışına çıkarmış⁷³ ve harekete salt dışsal, objektivist bir anlam atfetmiştir.

Yukarıda da belirtmeye çalıştığımız gibi, bu ekol açısından iradî insan davranışı, aslında hareketin temelini oluşturan ve onun içinde saklı bulunan bir unsur değildir. Buna göre, irade kavramı ile hareket ilişkisi çerçevesinde, sadece hareketin bir önkoşulu olarak iradenin varlığının aranması gerekir. Yani irade sadece, “dışsal alemde var olan bir olgu olan hareketi”, ceza hukuku bağlamında incelememize imkan sunan bir kavram olarak vardır. Böylelikle hareketin temeli olan irade, onun dışına çıkarılmış ve hareket kabiliyetiyle ilgili bir kavram derekesine indirgenmiştir.

Suç kuramını, failin iradesince harekete geçirilen dış dünya değişiklikleri ve netice ile failin iradesine dayalı hareket arasındaki nedensellik bağı üzerinde geliştiren doğalcı hareket teorisi, bu pozitivist yaklaşımını kusur kavramı üzerinde de sürdürmüş ve psikolojik kusur kuramını icat etmiştir. Doğalcı hareket teorisine göre, fail ile fiili arasında manevi –içsel- bir bağın bulunması gerekir⁷⁴ ve bu bağ kusurun psikolojik temelini teşkil eder. Bu yaklaşıma göre, kast ve taksir, kusurun bir alt başlığıdır. Ancak, psikolojik kusur kuramının taraftarı olan yazarlar da kendi aralarında adî taksirin cezalandırılması hususunda bir anlaşmazlık içinde bulunmaktadır. Mesela *Kohlrausch*, sadece bilme unsurunun kusurun iki türü için de geçerli olduğundan bahisle, adî taksiri ceza hukuku alanının dışına çıkarma eğilimdedir⁷⁵. Buna karşın *Radbruch*, kusurun hareket ve hukuka aykırılık kavramlarından ayrı bir içeriğe sahip olması gereğinden yola çıkarak, *Jhering*’ten bu

⁷³ *Radbruch* isnadiyat kavramının usulî bir müessese olduğundan bahisle, kavramın suç teorisi içinde yer almaması gerektiğini iddia etmektedir. Böylelikle tasnifçi ekole kadar devam eden *imputatio juris*, *imputatio facti* ayrımı da terk edilmiş olmaktadır. Karş. *Radbruch*, **a.g.e.**, s. 82.

⁷⁴ “Kusur, failin objektif anlamda, yani gerçekliğin ruhsal yansıması olarak, fiille psişik bir bağ içinde bulunmasıdır”. *Beling*’ten nakleden bkz. Günther Stratenwerth / Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil I [AT-I]**, yenilenmiş 5. bası, Köln Berlin München, © Carl Heymanns Verlag KG, 2004, § 10, kn. 2, s. 189.

⁷⁵ Bkz. Achenbach, **a.g.e.**, s. 56. Ayrıca bkz. Kayıhan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İ.Ü. Yayınları No. 1256, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 10-11.

yana gündemde olan “kusuru tüm yabancı cisimlerden arındırmak”⁷⁶ ve saf psişik olgulara bunun içinde yer vermek görüşündedir. Buradan hareketle *Radbruch*, taksir sorumluluğunun temelinde yatan olguyu normalden ve doğrudan sapan insan davranışı⁷⁷ olarak tanımlar. Suç öğretisi üzerine kaleme aldığı makalesinde *Radbruch*, psikolojik ekolün sınırlarını fail ceza hukukuna imkan tanıyan yaklaşımlarla koruma gayreti içerisine girmiştir. Kast, bilinçli taksir ve adî taksir arasında bir derece sistemi olduğunu belirten *Radbruch*, bu üç biçimde de başkasına ait bir hukuki menfaatin ihlal edildiğini ve sonuç itibarıyla her üç biçimde failin taşıyacağı karakter özelliklerinin birbirinden farklılaşacağını ileri sürmektedir⁷⁸. Böylece, adî taksirin ceza sorumluluğunun gerekçesi olarak *Radbruch*, *Merkel*’den mülhem olan bir kavramı “objektifleşmiş sübjektif” kavramından bahsetmektedir: “Buna göre fail eylemini ika ederken şahsiyetinin onayladığı eşdeğer bir sebebi var etmektedir. Fail ancak bu yolla iradesine bir karakter katmaktadır”⁷⁹.

Kanımızca 19. yüzyılın idealist ceza hukuku anlayışından saparak, pozitivizmin etkisiyle doğalcı suç teorisinin geliştirilmiş olmasının temel nedenlerinden biri, toplumsal ihtiyacı karşılamaya dönük olarak adî taksirin cezalandırılmasının izahını yapabilmektir. Gelişen sanayi toplumu beraberinde taksirli suçların cezalandırılması “gereğini” de yaratmıştır. Alman idealizminin irade kusuru temelinde şekillenen ceza hukuku kurgusunun adî taksiri kapsam dışı bırakan tasavvuru karşısında, somut gereklilikten hareket eden hukuk dogmatığı, objektif norm ihlali kriterinde kendini var eden ve böylelikle “neticenin” gerçekleşmesi ile fail arasında bir “bağ” kurulmasına imkan sağlayan bir kusur kuramına doğru gelişmiştir. Bunun sonucu olarak, bilimci iddialarıyla adî taksire pozitivist bir temel

⁷⁶ Bkz. Achenbach, **a.g.e.**, s. 67.

⁷⁷ Bkz. Achenbach, **a.g.e.**, s. 69.

⁷⁸ “Kast ile taksir arasındaki temel ayrım; eylemin faili ne türde karakterize ettiğine dairdir”. Bkz. Radbruch, “*Zur Systematik der Verbrechenslehre*”, **Festgabe für Reinhard von Frank. Band I**, Tübingen, J.C.B. [Paul Siebeck], 1930, Tıpkı bası: (haz.) Arthur Kaufmann, Darmstadt, © Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967, orijinalde s. 172, tıpkı basıda s. 165. Buna göre *Radbruch*, adî taksirde failin dikkatsiz, bilinçli taksirde umursamaz, kasten hareket etmesi durumunda da ihlal edilen değere göre belirlenecek olan (mesela müessir fiilde: şiddet yanlısı) bir karakter portresi çizdiğinden bahsetmektedir.

⁷⁹ Bkz. Radbruch, **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, 105, taksirle ilgili olarak ayrıca bkz. s. 84, 102, 112.

arayan tasnifçi suç kuramının pek de gerçekçi sonuçlara ulaşmış olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

Bu mülahazalar neticesinde, sadece kast ve taksirin üst başlığı olan şekli kusur kavramı anlayışı terk edilerek, kast ve taksire ilaveten “eşlik eden unsurların” (=begleitende Umstände) da varlığının arandığı bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Doktrinde “normatif kusur teorisi”⁸⁰ olarak adlandırılan bu akım, psikolojik teorinin açıklayamadığı bazı hususları aydınlatmak gereği hissetmiştir. İlk defa 1907 yılında *Frank* tarafından ortaya atılan bu teorinin temel argümanı, kasten hareket edilebileceği bazı durumlarda failin kusurunun bulunmayabileceği şeklinde ortaya çıkmıştır⁸¹. Buna göre bazı durumlarda kusurun varlığının kabul edilebilmesi için “eşlik eden unsurların” da bulunması gereği vurgulanmıştır. Örneğin, *Frank*’a göre kusurluluğu kaldıran ızdırar halinde fail kasten hareket etmesine rağmen, kusuru bulunmadığından dolayı cezalandırılmayabilecektir⁸². Bu anlayışa göre, kasten veya taksirle hareket eden failin kusurlu addedilebilmesi için aynı zamanda eşlik eden unsurların, örneğin kınanabilirlik veya beklenebilirlik gibi olguların varlığı aranacaktır. Görüldüğü üzere, *Frank* ile başlayan ve kusur kavramının içine kast ve taksirden başka bir takım unsurlar katan “yeni-tasnifçi” dönem, aynı zamanda finalist hareket kuramının da öncülü olmaktadır.

1.2.3. Teleolojik Suç Teorisi İçerisinde Finalist Hareket Kavramı

19. yüzyılın son çeyreğinde doktrine hakim hale gelen tasnifçi suç sisteminden ilk sapmanın 20. yüzyılın başında ortaya çıkan “normatif kusur” teorisi

⁸⁰ Türk doktrininde ayrıntılı bilgi için bkz. Önder, **a.g.e.**, s. 260-261. Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. II, yeniden gözden geçirilmiş onikinci bası, İstanbul, Beta, Ekim 1999, kn. 911, s.203-204.

⁸¹ *Stratenwerth/Kuhlen*, “normatif teorinin” kusurluluğu kaldıran ızdırar halinin izah edilmesinden doğduğu yönünde görüş bildirmektedir. Bkz. *Stratenwerth/Kuhlen*, **AT-I**, § 10, kn. 3, s. 189-190.

⁸² *Frank* şöyle bir örnekle kuramını izah etmektedir: “Bir dükkanda kasiyerlik yapan kişi ile o dükkanın mutemedi birbirlerinden bağımsız bir biçimde emniyeti suiistimal suçunu işlemişlerdir. Bunlardan kasiyer olan söz konusu parayı sadece pahalı hobilerini gerçekleştirebilmek için uhdesine geçirirken, diğeri hasta karısını ve çok sayıdaki çocuğunun rızkını çıkarabilmek için anılan fiili gerçekleştirmektedir. Her iki fail de kendilerine ait olmayan bir parayı hukuka aykırı olarak kullandıklarının farkındalar, yani kastları bakımından bir farkları yoktur. Ancak bu iki faili de değerlendiren herhangi bir kimse, elbetteki kasiyerin mutemede nazaran daha ağır bir kusuru bulunduğuna görüşüne sahip olacaktır”. Aktaran bkz. Achenbach, **a.g.e.**, s. 97.

olduğunu belirtmiştik⁸³. Yeni yüzyıla geçişle beraber bilimsel gelişme eğrisi önceki yüzyıl ile karşılaştırıldığında görece bir gerileme sergilemeye başlamıştır. Bilimsel gelişimin içine girdiği anılan durağanlık ve “insan”ın büyüyen şehirler, karmaşıklaşan sosyal ilişkiler içinde yok olmaya başlaması üzerine hukuk bilimine hakim olan ideoloji de karakter değiştirmiş, pozitivist bilimsel fetişizmi terk edilerek “değerler felsefesi”nin gereklerine uygun bir düşünsel altyapı yaratılmıştır. Normatif kusur teorisi ve yeni-tasnifçi suç teorisi, anılan geçiş döneminin tüm karakteristik özelliklerini bünyesinde taşımaktadır. Hem mekanistik hareket kuramı ve onun tasnifçi metodu terk edilmemekte hem de suç teorisinin içine objektif -artık biçimsel kaziye olarak değil, hükmi olan- “değer”lendirme vasıtaları eklenmektedir. Böylelikle “modern insanın” içine düştüğü çelişkilere, ki bizim konumuz açısından bu çelişki biçimi “suç”tur, modern ve “insancıl(!)” bir çözüm yolu bulunmuş olmaktadır. Buna göre; içinde bulunduğu dışsal⁸⁴ zor sebebiyle haksızlığa “itilen” insan, “mazeret” görülebilecektir⁸⁵. Bu durumda, kusur, gerçekte hukuk olmayan başka bir “objektivitenin”, yani toplumsal gerçekliğin yol açtığı bir vakanın, fiil üzerindeki nitelendirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu geçiş süresi zarfında anılan akıma karşı hukuk doktrini direngenliğini sürdürmüş ve hukukun sırf hukuk olmasından ötürü uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Avrupa’nın iki dünya savaşı arasında, hukuk bilimi ve hukuk felsefesi alanında yaşadığı çatışmaların temelinde, işte bu çelişme yatmaktadır. Bir yandan “birey”selleşen “insan” üzerinden gelişen normatif kusur kuramı, diğer yandan da bu çelişkiyi biçimsel hukuk lehinde çözmek isteyen aşırı pozitivist psikolojik kusur kuramı. Bu noktada, tarihî bir dönemeci ve bunun suç sistematığı ile etkileşimini irdelememiz gerekmektedir.

⁸³ Kınanabilirlik (=Vorwerfbarkeit) terimi, normatif kusur anlayışının önde gelen temsilcilerinden *Frank*’ın geliştirdiği bir kavramdır. Bu anlayışa göre, kusur, failin işlediği eylem sebebiyle kınanabilmesidir. *Frank*’ın kusur kuramı ve bunun kastla ilişkisi için bkz. Achenbach, **a.g.e.**, s. 99 ve 57.

⁸⁴ Dikkat edilecek olursa burada dışsal zor, hem hukukun kendisidir, hem de hukukça “meşru” hale getirilen ama kavramın kendinin inkarı tehlikesi sebebiyle “hukuka uygun olamayacak” olan zordur. Dolayısıyla, aslında bu anlayış, *ab ovo* fasit bir dairede başka bir şey değildir.

⁸⁵ “Kusurluluğu kaldıran ızdırar” diye anılan bu durum, aslında özgür karar verme temeline ve özgür iradenin asla boyun eğmeyeceği modellemesine dayanan hukukun da inkar edilmesi anlamına gelecektir.

1930 ve sonrası, Alman Ceza Hukuku Dogmatığı ve onun etkisinde olan Kıta Avrupası hukuk dünyası bakımından önemli bir dönemeç olacaktır. 1930 yılında *von Liszt*'in pozitivist geleneğinin takipçisi ve tasnifçi suç sisteminin sürdürücüsü olan *Radbruch*, suç öğretisi sistematığı üzerine yayınladığı makalesinde *Frank* tarafından geliştirilen “normatif kusur” teorisi lehinde tasnifçi görüşlerini revizyona tabi tutmuştur⁸⁶. Bu yaklaşıma göre, *Radbruch*, kusurluluğu kaldıran nedenlerin psikolojik kusur ekolüyle bağdaşabileceğini ve “yanlışıyla normatif teori bayrağı altında” bulunduklarını vurgulamaktadır⁸⁷. Bu görüş, aslında psikolojik teorinin normatif teori karşısında mağlubiyetini ikrar eden bir belgedir. Zira artık normativizmin yargıları değil, sadece bunların nasıl sistematize edilebilecekleri tartışılmaktadır. Buna karşın, suç sistematığına ilişkin olarak tasnifçi geleneğin sürdürücüsü olan *Radbruch*, *Nazizm*'in ayak seslerinin duyulduğu 1932 yılında yayımlanan hukuk felsefesi adlı eserinde bu tercihinin açıkça belirtmektedir: “...Pozitif hukuk düzeninin hizmetinde bulunan ve yorumlayıcısı olan hakim, hukuki geçerlilik haricinde kalan herhangi bir öğretiyi asla kabul etmemeli... [...hakimin mesleki yükümlülüğü, hukukun geçerli olma iradesini yerine getirmeye hizmet etmek, şahsi hukukî tasavvurunu otoriter hukukun emrine kurban etmek, hukuka uygun olanı tespit etmek ve asla *kendince* haklı olanı bulmaya çalışmak olmamalıdır.”⁸⁸ Yeni-tasnifçi akımın temelini oluşturan bu anlayış uyarınca, kusur kavramı; hem artık normatif değerlendirmeleri içerisinde barındıran karma bir niteliğe kavuşmakta, hem de suç sistematığı içerisinde tasnifçi öğretinin sıralı dedüksiyon metoduna göre belirlenen konumunu muhafaza etmektedir.

⁸⁶ Makalenin tamamı için bkz. *Radbruch*, “*Zur Systematik der Verbrechenstheorie*”, **a.g.e.**, orijinal s. 158-173, tıpkı bası s. 151-166.

⁸⁷ *Radbruch*'a göre, ızdırar ve sair (kusurluluğu kaldıran) durumlarda hala radikal-psikolojik kusur teorisini savunmak mümkündür. Zira yazara göre anılan durumlarda söz konusu olan şey iradenin değil, karakterin faile yüklenmesidir (=İsnadiyat). “*İzdirar ve sair durumlar kanun koyucunun bakışına göre öyle maddi vakalardır ki; bu tanımlanan eylemlerde dış güdüler karaktere nispetle o kadar ağır basmaktadır ki, bunlar artık failin karakteristik özelliği olarak telakki edilemez*”. Görüldüğü üzere, bu durumda failin kusuru bulunmaması, kanunun failin karakterine eylemin isnad edilebilir olarak değerlendirmemesiyle açıklanmaktadır. Bkz. *Radbruch*, **a.g.e.**, orijinal s. 167-168, tıpkı bası s. 160-161.

⁸⁸ Bu alıntı ve Yeni Kantçı hukuk felsefesinin temsilcilerinden *Radbruch*'un hukukun geçerliliğine dair görüşleri için bkz. Gustav *Radbruch*, **Rechtsphilosophie**, Leipzig, Verlag Von Quelle & Meyer, 1932, s. 83 ve 76-84. Bu eserin 1932'de yayınlanmış haliyle tıpkı basımı için karş. (haz.) Paulson Dreier / Stanley L. Ralf, **Gustav Radbruch Rechtsphilosophie**, 2. yenilenmiş bası, Heidelberg, © C.F. Müller Verlag, Hüthig GmbH & Co. KG, 2003, s. 84 ve 78-85.

1933, hem ceza hukuku doktrini hem de dünya tarihi için bir dönüm noktası olmasının yanı sıra, geleceğin finalist hareket kuramının temellerinin atıldığı yıldır. Hukuk dogmatikliği açısından önemli olan gelişme, Nazi iktidarıyla da uyuşan fail ceza hukuku anlayışının bir sonucu olarak Tehlikeli İtiyadî Suçlular ile Güvenlik ve İyileştirme Tedbirlerine Dair Kanun'un⁸⁹ Almanya'da uygulamaya koyulmuş olmasıdır. Anılan kanun *von Liszt*'in⁹⁰ başını çektiği ve 19. yüzyıldan son çeyreğinden beri modern ekol tarafından savunulan ceza ve güvenlik tedbirleri hukuku anlayışından doğmuştur⁹¹. Dikkat edilecek olursa anılan yasanın Alman mevzuatına girmesiyle “suç”tan doğan yaptırım, kusur yeteneği olmayan kimselere de uygulanabilmektedir. *Achenbach*, isabetli bir biçimde bu durumun, yani yaptırımların farklılığından kaynaklanan bu durumun, suç teorisine de etki ettiğini ve “kusuru bulunmayan kast” kavramının icadına neden olduğunu tespit etmektedir⁹². İşte bu, finalist hareket kuramının temelini oluşturan ve kastı kusurun bir alt parçası olarak değil, “haksızlığın” bir gerçekleştiriliş biçimi olarak kabul eden görüşün doğmasına neden olan yaptırım kuramı değişikliğidir.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından anılan düalist yaptırım modeline uygun bir suç sisteminin geliştirilmesi zaruretinin yanında yukarıda belirttiğimiz üzere objektif

⁸⁹ Kanunun Almanca adı: “Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung” 24 Kasım 1933- RGBI I, s. 995.

⁹⁰ Modern ekol açısından anılan düalist yaptırım modelinin ilk ifadesi olarak (tıpkı basımı) bkz. Franz Von Liszt, **Der Zweckgedanke im Strafrecht**, (haz.) Thomas Vormbaum, Juristische Zeitgeschichte-Kleine Reihe-Klassische Texte, Baden Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

⁹¹ İtiyadî Suçlar Kanunu'nun öngördüğü bir takım tedbirlere örnek olarak: İsnad yeteneği olmayanlar için iyileştirme ve besleme müesseselerine gönderme; alkolikler için tedavi müessesesine gönderme; “asosyaller” için çalışma evlerine gönderme; itiyadî suçlular için özel bakım kurumlarına gönderme; adap aleyhinde suç işleyenler için kısırlaştırma; yabancılar için sınır dışı etme gösterilebilir. Bu kanun ve Nazi dönemindeki uygulaması için bkz. Eberhard Schmidt, **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**, 2. bası, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951, § 354 v.d., s. 422 v.d. Ayrıca bkz Jürgen Baumann/ **Ulrich Weber** / Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, yenilenmiş 11. bası, Bielefeld, © Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, 2003, § 6, kn. 16-20, s. 68-69.

⁹² *Achenbach*, İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişen ceza hukuku doktrininde finalist hareket kuramının geçerlik kazanmasına gerekçe olarak; Nazi döneminin, geleneksel suç kuramcılarını çeşitli biçimlerde bilimsel çevrelerden uzaklaştırmasını veya onları ülke dışına çıkartmış olmasını ve Weimar dönemin etkili ideolojisi olan Yeni-Kantçılık akımının artık gözden düşmüş olması faktörlerini göstermektedir. Bkz. *Achenbach*, **a.g.e.**, s. 199-200. Gerçekten de Nazi iktidarının, geleneksel suç sistematığının güçlü temsilcilerinden ve SPD'li olan *Radbruch*'u 1933'ten itibaren bilim dünyasından uzaklaştırmış olması ve *Welzel* gibi NSDAP üyesi hukukçuların çalışmalarına imkan tanımış olmaları, sonraki on yıllarda Alman Doktrininde gelişen suç kuramlarının içerikleri üzerinde bir hayli etkili olmuştur.

hukuka aykırılık üzerinden kendini var eden ve dolayısıyla radikal pozitivistizmin elinde, Nazi döneminin hukuk uygulamalarına dahi zemin sağlamış doktriner anlayışın terk edilmesi gereği de doğmuştu. 1946 yılında artık *Radbruch*⁹³, kendi namıyla meşhur olan formülünü ilan etmektedir: “Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki uyuşmazlık, yine de; içeriği haksız ve amacının dışında kalsa da yürürlükte olan hukuka öncelik tanınması ile çözüme kavuşabilir. Zira mer’i kanunun adaletle olan çelişkisi tahammül edilemez bir orana ulaştığında, artık *doğru olmayan hukuk* olarak kanun adaletle tabi olacaktır”⁹⁴. Görüldüğü üzere bu yorum, *Jhering*’in objektif hukuka aykırılık kavramını geliştirdiği 19. yüzyılın ikinci yarısından 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar etkili olan hukuksal pozitivistizme *içeriden* yöneltilen bir eleştiridir^{95, 96}.

Finalist hareket teorisi, yukarıda safahatını izah etmeye çalıştığımız tarihsel zemin üzerinde ortaya çıkmıştır. Gelişim nedenlerini açıklamaya çalıştığımız finalist hareket kuramı, tüm doktriner gücünü nedensel hareket kuramına yönelttiği eleştirilerden almaktadır. Bu anlayışa göre, nedensel hareket kuramından farklı olarak finalist hareket kavramının nirengi noktası, kasta yüklenen anlam ve kastın yeni geliştirilen suç sistematigi içindeki konumudur. Öncelikle belirtelim ki, 1930’lu

⁹³ Pozitif hukuktan kaynaklanan haksızlık kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Radbruch, “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*”, (haz.) Dreier / Paulson, **Gustav Radbruch Rechtsphilosophie**, s. 211-219, orjinal metin: 105-108. Alıntı s. 216, orjinal metin: s. 107.

⁹⁴ *Rüping* ve *Jerouscheck* bu açılımı, doğal hukuk kuramlarına bir dönüş olarak nitelendirmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Alman Ceza hukuku doktrininde ortaya çıkan pozitivist-natüralist akımların mücadelesi için bkz. Rüping/Jerouscheck, **a.g.e.**, kn. 311 v.d., s.123 v.d.

⁹⁵ 1943 yılında Doğu Cephesinde çarpışan Alman Ordusu’ndan firar etmek isteyen Saksonya asıllı Alman askeri, birliğinin nöbetçisini kendi silahıyla arkadan vurur ve firar eder. Savaş sonrasında yargılanan failin, dönemin Alman Ceza Kanunun 54. paragrafı hükmünce kusurunun olmadığına ve başka türlü bertaraf edemeyeceği bir ızdırar halinde bulunduğu kanaat getirilerek, hakkındaki ceza davası düşürülür. *Radbruch*, bu kararı kanuni haksızlık ve kanun üstü hukuk kavramları bağlamında hukuksal pozitivistizme karşı yürütülen mücadelenin başlangıcı addetmektedir. Bkz. Radbruch, **a.g.e.**, s. 215, orijinal metin: s. 106.

⁹⁶ İkinci Dünya Savaşı sonrasında (1968) Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 20. paragrafının 4. fıkrasında düzenlenen hükme göre, anayasanın öngördüğü düzeni bertaraf etmek isteyen herkese karşı her Almanın, *başkaca bir çare kalmamışsa*, direnme hakkı bulunduğu kayıt altına alınmıştır. Bu düzenlemeden evvel 23.10.1951 tarihli Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararına göre, *direnme hakkı* kaynağını pozitif anayasa hukukundan değil, pozitif üstü hukuktan, başka bir ifade ile doğal hukuktan almaktadır. Alman hukuk sisteminin tanıdığı direnme hakkı ve ceza hukukuna etkileri için karşı. Karl, Doebling, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, yeniden düzenlenmiş ikinci baskısından Türkçe’ye çeviren: Ahmet Mumcu, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2002, § 11, kn. 246-257, s. 125-132.

yılların ortalarında filizlenen finalist hareket kuramının kast modeli *Hegelyen-klasik ekolün* sistematüğinden alınmış bir parçadır⁹⁷. Bu sebeple *Welzel* tarafından geliştirilen kuramın ilk şiarı, düşünen bir varlık olarak insanın diğer varlıklardan farklı olarak “amaç bilinciyle” hareket ettiğidir⁹⁸. Bu görüşe göre, hareket, nedensel hareket kuramcılarının iddia ettiğinin aksine sadece “insan tasavvuruyla çalışmaya başlayan, sinir sisteminin kasları uyarmasından” oluşan bir nedensel seri değildir. Hareket, insanı diğer hayvanlardan ayıran plan kurabilme ve davranışlarını amaçsal gereklilikleri üzerinde şekillendirebilme yeteneklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkabilen bir kavramdır. Bu öğretiyeye göre, bir hareketin hedefsel (=“final”) yönlendirilmesi iki aşamada olur: “İlk aşama düşünsel süreçtir, bu da kendi içinde üç aşamaya ayrılır: (i) hedefin belirlenmesi, (ii) hedefe ulaşmada gerekli hareket araçlarının tercihi ve (iii) yan neticelerin dikkate alınması. İkinci aşamada ise, hareket gerçek dünyaya taşınır.”⁹⁹ Hareket eden, yukarıda sayılan sırayla düşünsel olanı icraya koyulur. Görüldüğü üzere, finalist hareket kuramcılarının “geliştirdiği” teori aslında *Hegel*’in sübjektivite bahsinde temel prensiplerini ortaya koyduğu hareket kavramından başka bir şey değildir¹⁰⁰. Bu yaklaşıma göre, ilk aşama düşünsel, yani tamamen içsel bir uğrağa karşılık gelirken, ikinci aşama iradenin dışsallaşması, yani sübjektif olanın kendini objektiviteye teslim etmesidir¹⁰¹.

⁹⁷ *Kaufmann (Arthur)* da bu metaforu tespit etmektedir. Yazara göre finalist hareket kuramcıları, harekete yükledikleri bu anlamla sadece kasten işlenen fiilleri “hareket” olarak kabul eden *Hegelyen* suç kuramına yaklaşmaktadırlar. Bundan dolayı, finalist ekol taksirli suçları cezalandırmanın gerekçelerini hakkıyla ortaya koyamayacaktır. Ayrıca yazar, kuramın kastı sadece hareketin bir unsuru olarak kabul etmesiyle de aslında kusuru –*tasnifçi kuramı eleştirenlere nazire olarak*– “kansız bir hayalet”e dönüştürdüğünü ileri sürmektedir. Bkz. *Arthur Kaufmann, “Einleitung”, Radbruch/Handlungsbegriff*, s. VIII-IX.

⁹⁸ *Welzel*’e göre amaçsal eylemlilik olan hareket ile kör bir illiyet rabıtasıyla vuk’u bulan doğal tezahür arasındaki fark insan mahsulü olan birincisinin nedensellik bilgisiyle hedeflerini planlayabilmesi ve böylelikle insanın kendi “tarihî varlığını” da mümkün kılmasıdır. Bkz. *Welzel, DS*, § 7, s. 30-31.

⁹⁹ Bkz. *Welzel, DS*, s. 34-35.

¹⁰⁰ Karş. *Hegel, GPR*, § 113 vd., s. 211 v.d. ile *Welzel, DS*, s. 33-42.

¹⁰¹ *Roxin*; finalist hareket teorisi ile, *Hegel*’in kusur ve haksızlık kavramlarına yüklediği anlama geri dönüldüğünü ve bu kavramların içeriğinin geleneksel Alman İdealizminin belirlenimlerine yaklaşan bir anlamda kullanıldığını işaret etmektedir. Ancak idealist ekolden farklı olarak finalistler, haksızlık ve kusuru dogmatik açıdan birbirinden ayırırlar. Karş. *Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil [AT-I]*, C.I, 4. Bası, München, © Verlag C. H. Beck oHG, 2006, § 8, kn. 18 ve dn. 32, s. 244. Finalist kuramın kurucusu olan *Welzel* de aynı noktaya işaret etmektedir. Bkz. *Welzel, DS*, s. 41.

Finalist hareket teorisine göre, hukukun yasakları ve emirleri, ancak amaçsal hareket edebilen, yani tasmin yeteneğine sahip insanın eylemlerine izafe edilerek yorumlanabilecek ve hareket kavramı da bunların sonucunda ortaya çıkacaktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, finalistler açısından; “hukuk düzeninin cevaz vermediği ve toplumsal olarak istenmeyen bir *durumun veya cereyanın* (= “netice”) gerçekleşmesine yönelik *iradenin* (= “kast”) hareketin bir hedefi veya bir aracı veya bir yan sonucu olmasının herhangi bir önemi yoktur”¹⁰². Dikkat edilirse, finalistler nedensel hareket kuramcılarının aksine, bütün ceza hukuku sorumluluğunun *dış dünyadaki maddi değişiklik*¹⁰³ manasına gelen “netice” kavramını temel almasına karşı çıkmakta ve “hareketin olumsuz değeri” kavramını tercih etmektedirler¹⁰⁴. Bu görüşe göre, her suç tipinde ve bilhassa teşebbüsün varlığı halinde gerçekleşmiş tipik bir “netice” olmamasına rağmen, ceza hukukunu ilgilendiren bir “olumsuz değer” ortaya çıkmıştır. İster “vak’ının olumsuz değeri”, isterse “neticenin olumsuz değeri” olsun, ceza hukuku bakımından dikkate alınması gereken olgu, hareketin olumsuz değeridir. Yani, finalist hareket kuramcılarına göre, amaçsal etkinliğe haksızlık içeriğini kazandıran, sadece hareketin yarattığı sosyal olumsuz değer olmalıdır. Finalistler bu çıkarımdan hareketle, teşebbüsün cezalandırılabilmesinin hukuki gerekçelerini de ispat etmektedirler. Bu görüştekilere göre, teşebbüs halinde, ceza hukukunu ilgilendiren, yani ceza hukuku açısından önemli addedilen, bir olumsuz değer vücuda gelmektedir. Buna karşın, neticeyi dış dünyadaki değişiklik olarak kabul eden nedensel hareket kuramcıları, teşebbüsün cezalandırılmasını ceza kanunlarının bu yöndeki kabulünde yattığını¹⁰⁵ ve aslında teşebbüs ile “hukuki değerlerin korunma alanın” genişletildiğini¹⁰⁶ belirtmektedirler. Dolayısıyla nedenselcilerin bu kabulüne göre teşebbüsün cezalandırılması, neticeyi gerçekleştirebilecek olan “muhtemel” başarılı hareketin hukuki değer üzerinde

¹⁰² Bkz. Welzel, **DS**, s. 37.

¹⁰³ Bkz. Kayıhan İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, Yeniden gözden geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Beta, Ekim 2004, s. 67. Dönmezer / Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku I**, kn. 514, s. 380.

¹⁰⁴ Karş. İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, s. 66, dn. 57 ile Welzel, **DS**, s. 1-5.

¹⁰⁵ Objektivist teorilerin bu görüşü ile ilgili olarak bkz. Baumann / Weber / Mitsch, **AT**, § 26 kn. 14, s. 596-597.

¹⁰⁶ Bkz. İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, s. 309.

yarattığı tehlikeye dayanmaktayken; finalistler, teşebbüsün cezalandırmasını “hareketin kendi içinde saklı bulunan haksızlık muhtevasına” dayandırmaktadırlar¹⁰⁷.

Finalist teorinin, sadece amaç bilinciyle hareket eden insanın davranışlarının hareket olarak nitelendirilebileceğini ifade ederken aslında 19. yüzyılın *Hegelyen* ceza hukuku ekolünün suç kuramından bir parçayı ele aldığını ifade etmiştik. Ancak anılan idealist ekol, büyük çoğunlukla, sadece kasten işlenen suçlardan cezai mesuliyetin doğabileceğini kural olarak taksirli suçların ceza hukuku kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmekteydi¹⁰⁸. Buna karşın finalist ekol, taksirli suçların cezalandırılması hususunda genel kabul gören anlayışa uygun bir biçimde hareket kavramına ilişkin modelini esnetmiştir¹⁰⁹. *Welzel*’e¹¹⁰ göre hukuk düzeni sadece belirli bir hedefe yönelik davranışları değil, kişinin kendi hareketini idare etmesi ve yönlendirmesi sırasında belirli olan ve sosyal olarak istenmeyen çeşitli sonuçların gerçekleşmeyeceğine olan *güveni* ve hatta bunlara ilişkin *öngörüsüzlüğü* de kapsamaktadır. Yani buna göre, hukuk düzeni, “amaçsal hareket eden kişilerden bu davranışları sırasında *asgari* bir özen göstermesini” de isteyebilmelidir¹¹¹. Örneğin *Freund*, ister kasten, isterse taksirle gerçekleşsin her halde bir davranış normunun

¹⁰⁷ *Freund*, bilhassa tam teşebbüs halinin sübjektif açıdan tamamlanmış suç ile benzeştiğini ve geriye kalanın sadece tesadüfe ait olduğunu vurgulamaktadır. Teşebbüsün cezalandırılmasının hukuki temelleri için bkz. Georg Freund, **Strafrecht Allgemeiner Teil- Personale Straftatlehre** [AT], Berlin Heidelberg, © Springer Verlag, 1998, § 8-I, kn. 9-14, s. 271-273.

¹⁰⁸ *Hegel*’in Hukuk Felsefesinin Prensipleri adlı eserinin 116 numaralı paragrafında işaret ettiği durumların taksirli suçları tanımladığı ve bu hallerde de “hareket”in varlığının kabul edilebileceği hususundaki yorumları pek isabetli değildir. Zira *Hegel*, objektif isnadiyatı kavramını da sübjektivite (=Moralität) hasretmiş olduğu paragraflar dahilinde incelemiş ve kavramın sübjektivite ile aslı bir bağ içinde olduğunu belirtmiştir. Bu durumda, anılan paragrafta (§ 116) izah edilen hallerin sadece Roma Hukuku’nda çok dar bir zemine sahip olan emri veya himayesi altında bulunanların eylemlerinden doğan sorumluluğa ilişkin olduğu yönündeki kabule iştirak etmekteyiz. Karş. *Hegel*, **GPR**, § 116, s. 216 ile Karl Larenz, **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung**, Leipzig, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927, s. 52-53, dn. 4.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Roxin, **AT-I**, § 8, kn. 20, s. 245.

¹¹⁰ Bkz. *Welzel*, **DS**, s. 37-38.

¹¹¹ *Wolff*, haklı olarak, taksirin cezalandırılmasını savunan *Welzel*’in “olması gerekene aykırı bir karar” verme şeklinde tanımladığı kusur sorumluluğunu terk etmek mecburiyetinde kaldığını ve bir hayat tarzı kusuru (= Lebensführungsschuld) yarattığına işaret etmektedir. Bkz. *Wolff*, **a.g.e.**, s. 29, dn. 26.

ihlal edildiğini ve bu sebeple sadece *istihdaf edilmiş* değer yargısı taşıyan bir normu ihlal eden davranışın haksızlık olacağını ifade etmektedir¹¹².

Görüleceği üzere finalist hareket teorisi, adî taksirin cezalandırılmasının sebeplerini açıklamada yetersiz kalmış ve bu sebeple de *Welzel*'in kendi tarafından dahi eleştirilmiştir. *Welzel*, “final” kelimesinin erek (= “finis”) ile tamamen özdeş olarak algılanmasından dolayı yanlış anlaşıldığını, daha ziyade yönlendirme (=Steuerung) ve idare etme (=Lenkung) kavramlarının anlaşılmasının daha isabetli olacağını¹¹³; bu iki unsurun da taksirli hareketlerin cezalandırılmasını açıklamaya yeteceğini vurgulamaktadır¹¹⁴.

Yukarıda izah edilmeye çalışılan tenakuzlarına rağmen¹¹⁵ finalist hareket teorisi ceza hukuku dogmatığı bakımından önemli bir farklılık yaratmıştır. Bu anlayışa göre, “kör” nedensellik bağıyla açıklanmaya çalışılan hareket kavramı terk edilmiş ve bunun yerine tasdim yeteneğiyle amacına dönük fiiller ika edebilen insan üzerinde geliştirilen bir hareket kavramı yaratılmıştır. Bunun suç kuramına yansıması olarak, haksızlığın sübjektif unsurlarının bulunduğu, yani salt objektif bir hukuka aykırılıktan bahsedilemeyeceği, kavramın sübjektif unsurlar olarak adlandırılan kast ve “taksir”le bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Sonuç olarak kast, kusurun bir alt başlığı olarak değil, haksızlığın bir gerçekleştiriliş biçimi olarak kabul edilir hale gelmiştir¹¹⁶. *Welzel*'e göre; “hukuka aykırılık ve kusur, “dışsal ve içsel olan”ın karşılıklı konumlanması olarak ele alınmaz. Aksine hukuka aykırılık ve kusur, “dışsal ve içsel olan”ın bir bütünlük halinde ortaya çıktığı hareket

¹¹² *Freund*, burada ikili bir ayrıma gitmektedir. Yazara göre her değer yargısı taşıyan normun ihlal edilmesi haksızlık neticesini doğuramaz. Örneğin bir meteor çarpması sonucu kız arkadaşını kaybeden bir kimse için anılan netice “iyi” ya da “kötü” olarak nitelenebilir ama bu bir haksızlığa vücut veremez sadece istihdaf edilmiş olan bir değer yargısı normunun ihlali halinde haksızlıktan bahsedilebilecektir. Bkz. *Freund*, **AT**, § 5-II, kn. 18-21, s. 148-149.

¹¹³ *Roxin*; 1972 yılında *Welzel*'in final hareket teorisi yerine sibernetik (güdümlü) hareket teorisi teriminin tercih edilmesi gerektiğini belirttiğini vurgulamaktadır. Karş. *Roxin*, **AT-I**, § 8, kn. 22, s. 246.

¹¹⁴ Bkz. *Welzel*, **DS**, s. 131.

¹¹⁵ Finalizmin ihmalî suçları da kapsayan bir hareket tanımı veremediği yönündeki eleştiriler için ayrıca bkz. *Jakobs*, **AT**, § 6, kn. 10, s.131-132.

¹¹⁶ İlk olarak kastı tipin sübjektif unsuru olarak haksızlığın bir parçası olarak inceleyen *von Weber*'dir. Bkz. *Von Hellmuth von Weber*, **Grundriss des deutschen Strafrechts**, 2. düzeltilmiş bası, Bonn, Ferd. Dümmlers Verlag, Haziran 1948, s. 63-72. Yazar, kusuru ise sorumluluk bahsi altında ele almaktadır.

ile bu hareket karşısında failin ne yapabileceğine göre ayrıştırılarak belirlenmelidir”¹¹⁷.

Sonuç olarak, teleolojik suç kuramları, tasnifçi öğretilerin suçun objektif (tipiklik-hukuka aykırılık) ve sübjektif unsurlarını (kast ve taksirden oluşan kusur) katı bir biçimde ayıran modellemesini reddetmiş ve sübjektif unsurları haksızlığın içine dahi etmiştir. Bu modele göre, failin kusur yeteneğinin bulunmaması da onun hareketinin bir haksızlığa vücut veremeyeceği anlamına gelmemekte ve dolayısıyla kusur yeteneği bulunmayanların da kasten hareket edebilecekleri kabul edilebilmektedir¹¹⁸.

1.2.4. Çağdaş Suç Sistemleri Teorileri ve Hareket Kavramı

Finalist teorinin ihmalî suçları ve taksirle işlenen suçları kapsayacak bir hareket tanımı ortaya koyamaması sebebiyle ceza hukuku doktrinde çeşitli hareket kuramları geliştirilmiştir. Çalışmamızın kapsamı dahilinde kalabilmek için, aşağıda inceleyeceğimiz teorilerin sadece genel olarak hareket tanımlarını ve bunun neticesinde kast kavramına yükledikleri anlamları ve suç sistemi içerisinde ona yükledikleri konumu araştıracağız.

1.2.4.1. Sosyal Hareket Teorisi

Hareket kuramları, İkinci Dünya Savaşı sonrası Alman ceza hukuku doktrininin bir hayli meşgul eden bir konu olmuştur¹¹⁹. Anılan doktriner arayış

¹¹⁷ Bkz. Welzel, **DS**, s. 41.

¹¹⁸ *Maurach* ister akıl hastası ister şuurunu yitirmiş bir kimse, isterse sorumluluk dışı bir küçük olsun her insanın kasten hareket edebileceğini; “doğal” nitelikteki kast kavramının “değerden yoksun” bir içeriğe sahip olduğunu dolayısıyla kavramın kusur yeteneği ile bir bağlantısının bulunmadığını açıkça belirtir. Karş. Reinhart Maurach, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 3. genişletilmiş ve gözden geçirilmiş baskı, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1965, s. 218-219. Temelde kısmî farklılığa karşın aynı yönde bkz. Ünver, **a.g.e.**, s. 813-816.

¹¹⁹ Ceza hukuku bakımından önemli kabul edilen hareketlerin ancak “işlevsel sosyal anlam bütünlüğüne sahip” olanlar olduğu yönündeki görüş aslında İkinci Dünya Savaşı öncesinde de çeşitli yazarlarca işlenmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Stratenwerth / Kuhlen, **AT-I**, § 6, kn. 12, s. 68. Ünver haklı olarak, “failin toplumsal uygunluğu” ile normun *ratio legis*’i arasındaki bağa işaret ediyor. Buna göre normda tanımlanan ve hukuk bakımından önemli addedilebilecek davranış biçimi zaten nicelik itibarıyla belirli bir ağırlığı haiz olabilmelidir ki; ihlal olarak kabul edilecek durum da, bir nitelik yargısı taşıyabilsin. Karş. Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Mart 1998, s. 123-125, bilhassa sosyal hareket teorisi bakımından s. 162-163. Kuramın öncülleri sayılabilecek iddialar, özellikle belirli meslek gruplarının eylemlerinin, ceza hukuku bakımından önemli addedilebilecek bir harekete vücut

sırasında hiç şüphesiz en etkili olanı, sosyal hareket kuramı olmuştur¹²⁰. Zira anılan kuram, doktrinin bugün geldiği noktada hâlâ ağırlığını muhafaza etmekte ve savunulmaktadır. Savaş sonrası Avrupa’da kurulan sosyal devletlerin ceza hukuku doktrinine bir yansıması olarak gelişen teori, temel belirlenimlerini toplumsal bir varlık olan insan ve onun edimleri üzerinde inşa etmiştir. Bu sebeple de, teorinin çağıyla uyumlu bir mantık silsilesi oluşturduğu kabul edilmelidir.

Sosyal hareket teorisinin başta gelen taraftarlarından olan *Jescheck*, finalistlerin savundukları biçimiyle, insan davranışının karakteristik özelliğinin nedensel serileri yönlendirebilme ehliyetinin varlığında yattığını, yani hareketin amaçsal bir özü ihtiva etmesi gerektiğini belirlemektedir¹²¹. Ancak yazar, bu tanımın tüm hareket biçimlerini ve bilhassa ihmalî suçları kapsayamayacağını, zira bu tanıma göre hareketin varlığının kabul edilebilmesi için, failin bir takım hukukî veya ahlakî normlar karşında aktif bir eylemliğin bulunması gerektiğini belirtmektedir¹²². Sosyal hareket kuramcıları, ontolojik bakımdan da finalistlerin ihmalî ve icraî suçları birleştiren bir hareket kavramına vasıl olamadıklarını ileri sürerek, hareketi “sosyal önem taşıyan insan davranışları” olarak tanımlamışlardır¹²³. *Roxin* haklı olarak, “sosyal önemi haiz insan davranışının” hangi kriterlerin esas alınarak belirleneceği sorusunu sorarak, aslında “sosyal önemi haiz olan davranışın” suç tipinde belirlenmiş olan –korunmakta olan- hukuksal değeri aşan bir kapsama ulaşamayacağını ve bunun neticesinde de, ortaya çıkabilecek tanımın ceza hukuku alanının kapsamını aşabilen

veremeyeceği yönünde odaklanmıştır. Tıp hukuku bakımından *Engisch*’in görüşlerinin değerlendirilmesi için bkz. Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, birinci baskı, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Nisan 2003, s. 68-69.

¹²⁰ Sosyal hareket kuramı ve hareketin toplumsal açıdan uygunluğu kriteri ile ilgili olarak geniş çaplı bir inceleme için bkz. Hakan Hakeri, “*Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*”, **TBB**, S.69, Mart-Nisan 2007, s. 71-72 v.d.

¹²¹ Bkz. Hans Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil [AT]**, tamamen gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 5. bası, Berlin, © Duncker & Humboldt GmbH, 1996, s. 223.

¹²² Jescheck / Weigend, **a.e.**

¹²³ Bkz. Jescheck / Weigend; **AT**, s. 223- 224.

genel bir hareket tanımı yapamayacağını, daha ziyade haksızlık kuramına ilişkin bir durumu ifade ettiğini iddia etmiştir¹²⁴.

Sosyal hareket kuramına yöneltlen bu eleştirilere karşı *Wessels / Beulke*, hareketi “insan iradesinin hükmü altında veya hükmü altına alınabilecek sosyal önemi haiz davranış”lar olarak tanımlamıştır¹²⁵. Buna göre, davranış terimi, hem ihmalî hareketi hem de aktif eylemlilik manasına gelen icraî hareketi kapsamına alan bir üst kavram olacaktır¹²⁶. Anılan ontolojik tartışmanın bir anlam kazanabilmesi için, sosyal hareket kuramı tarafından geliştirilen diğer bir öğeden bahsetmemiz gerekecektir.

Sosyal hareket kuramının finalist hareket teorisi ile nedensel hareket teorisinin birer çıkarımı (karma teori) olduğu yönündeki iddialara katılmamaktayız¹²⁷. Sosyal hareket teorisi, hareketi tanımlarken geliştirdiği cemiyet içinde yaşayan ve bunun sorumluluğunu taşıyan süje kavramıyla aslında idealist hareket kuramlarının dayandığı zemin üzerine oturmaktadır. *Jescheck*’e göre bu zemin, (sosyal) konumunun gerektirdiği öngörü -veya en azından öngörülebilirlik- ile hareket eden insan olmalıdır. Bu durumdaki insanın karşı karşıya geldiği reaksiyon ihtimallerine verdiği cevap ise, hareket kavramını teşkil edecektir¹²⁸. Görüleceği üzere, sosyal hareket kuramının geliştirdiği bu hareket tanımı¹²⁹, aslında sosyal rolünün bilincinde olan, yani bir cemiyetin –bir bütünün- parçası olduğunu

¹²⁴ Bkz. Roxin, *AT*, § 8, kn. 31, s. 250. Hangi davranışların sosyal bir önemi haiz olup olmadığının yine suç kalıbınca belirlenmesi gerektiğine dair haklı bir eleştiri için bkz. Baumann / *Weber* / Mitsch, *AT*, § 13, kn. 88, s. 224.

¹²⁵ Bkz. Johannes Wessels / Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]*, yeniden hazırlanmış 35. bası, Heidelberg, © C. F. Müller, Verlagsgesellschaft Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2005, § 3, kn. 93, s. 36.

¹²⁶ *Puppe* de davranış teriminin ontolojik bakımdan, icraî ve ihmalî hareketleri karşıt kavramlar olarak değil, aksine iradî davranışın farklı görünüş biçimleri olarak kapsayabileceği görüşündedir. Bkz. Ingeborg Puppe, *Nomos Kommentar- Strafgesetzbuch [NK-StGB]*, C. 1, (haz.) Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen, 2. Bası, Baden Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, § 13 öncesi açıklamalar, kn. 58 v.d., s. 339 v.d.

¹²⁷ Karma teori görüşü için bkz. Wessels / Beulke, *a.e.*

¹²⁸ Bkz. Jescheck / Weigend, *a.e.*

¹²⁹ *Roxin* aslında haklı olarak *Jescheck* tarafından geliştirilen bu tanımın sosyal önemliliği izah etmediğini vurgulamaktadır. Karş. Roxin, *AT-I*, § 8, kn. 29, s. 249. Çünkü kuramın üzerine oturduğu zemin salt hukuka aykırılık üzerinden tarif edilebilecek ve dolayısıyla, kendini hukuksal yarar üzerinde sınırlayacak bir içeriğe değil, bunu aşan kapsamda, kişi (veya bireyden) hareket eden içeriğiyle kusur kuramını etkileyen bir öze sahiptir.

müdrük olan kişinin içinde bulunduğu durumu kendine zemin almak suretiyle, idealist hareket kuramlarını da içinde barındıran bir mahiyete sahiptir.

“Sosyal”lığını yurttaş sorumluluğu üzerine inşa eden bu teorinin objektif bir genellemeden yola çıktığı yönündeki eleştirilere katılmaktayız¹³⁰. Wolff, haklı olarak teorinin bu yönüne işaret etmekte ve sosyallik düzleminin sadece hukukun taşıyıcısı olan kişileri tanımlayabileceğini; hareketi, daha doğrusu sübjektiviteyi ifade eden düzlemin ancak “bireysel hareket kuramı” ile anlam kazanabileceğini belirtmektedir¹³¹. Sonuç olarak, sosyal hareket kuramının yukarıda sıraladığımız gerekçelerle ceza hukuku dogmatığı bakımından önemli bir kilometre taşı olduğunu belirtmek isteriz.

1.2.4.2. Negatif Hareket Teorisi

Negatif hareket teorisinin öncüsü olan¹³² Herzberg’e göre hareket “garantörlük altında olunan durumda gerçekleşen kaçınılabılır kaçınmama”dır (=vermeidbares Nichtvermeiden)¹³³. Bu teoriye göre, icraî suça konu eylemde fail, genel garantörlüğünün aksine tipik neticenin gerçekleşmesine mani olmamakta, daha doğrusu bizzat neticeyi gerçekleştirmekteyken; ihmalî suçlarda da garantörlüğü altında bulunan neticenin gerçekleşmemesi gereğinin aksine cereyan eden hadiseye müdahale etmemekte, yani bundan kaçınmamaktadır.

Dikkat edileceği üzere, negatif hareket kuramı, icraî ve ihmalî suçların her ikisi için de geçerli olabilecek bir hareket tanımı geliştirmek gayretindedir. Negatif hareket kuramcıları, üst kavrama (genel geçerli hareket tanımına) ulaşabilmek için,

¹³⁰ Jakobs anılan teoriye göre hareketin ancak, normal (sosyal) koşullar altında bulunan bir kimsenin veya failin rolüne denk ortalama bir sosyal aktörün, belli sonuçları doğurabilen benzer bir eylemi işlemesi durumunda söz konusu olabileceğini belirterek; teorinin objektif-genellemeci yönüne işaret etmektedir. Bkz. Jakobs, *AT*, § 6, kn. 23, s. 138.

¹³¹ Wolff, suç öğretisi bakımından sadece (idealist) bireysel hareket kuramı ile sosyal hareket kuramının hareket kavramını izaha elverişli olduğunu belirtmektedir. Yazara göre suç öğretisi, hukuka aykırılık unsuru açısından sosyal hareket teorisini, kusur unsuru açısından ise “bireysel” hareket kuramlarını kullanarak bir sonuca ulaşmalıdır (s. 35). Sonuç olarak yazar, bir üst kavram olarak herhangi bir hareket tanımına ulaşılabilmesi için “bireysel” hareket kuramının, sosyal hareket kuramının içinde birleştirilmesi gereğini vurgulamaktadır (s. 39). Bkz. Wolff, *a.g.e.*, s. 35-39.

¹³² Herzberg’den evvel kaçınılabilirlik kriterini ortaya koyan Kahrs’tır. Ancak Kahrs, kavramı isnadiyat kuramı bağlamında ele almıştır. Kaçınılabilirliği, genel-kapsayıcı bir hareket tanımı olarak ilk defa kullanan Herzberg’tir. Aktaran bkz. Roxin, *AT-I*, § 8, kn. 33, s. 251.

¹³³ Bkz. Rolf D. Herzberg, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten”, *JZ* 1988, s. 573 v.d.

ihmalî suç tanımından yola çıkmakta¹³⁴ ve bu suç tipleri için uygun bulunan genel tanımı, icraî suçlar için de geçerli bir biçime kavuşturma amacını gütmektedirler¹³⁵. Bu yazarlara göre icraî bir suç işleyen fail, gerçekleştirmemesi gereken, yani kaçınması gereken tipik neticeyi gerçekleştirmiş olmasından sorumlu tutulacaktır. Bu, failin garantörü olduğu varsayılan hukuk düzenini de ihlal etmesidir, başka bir ifadeyle *tehlikeden* kaçınan davranışın icra edilmemesidir¹³⁶. Bu anlayışa göre her yurttaşın hukuki değerleri tehlikeye sokacak davranışlardan kaçınması gerekir, kısacası genel bir yükümlülük olarak “riski arttırmama” kavramı esas alınmalı ve hareket de bu esası ihlal eden her türlü eylemlilik olarak tanımlanmalıdır.

Roxin, negatif hareket kuramının “neticenin gerçekleştirilmemesinden kaçınma” manasına geldiğini ve bunun da aslında “olumsuz-olumsuz gerçekleştirme”, yani iki negatif önermenin bir pozitif hükme ulaşacağından hareketle, aslında neticenin gerçekleştirilmesinden başka bir şey olmadığını savunmaktadır¹³⁷.

Negatif hareket teorisine yöneltilen eleştirilerin içerisinde en temel olanı, kuramın bir hareket teorisi, bilhassa (harekete ilişkin) bir üst kavram tanımı ortaya koymaktan ziyade isnadiyat ve haksızlık kuramlarına dair argümanları ileri sürdüğü yönündedir¹³⁸. Kuramın genel bir hareket tanımı ortaya koymamış (koyamamış

¹³⁴ *Wessels ve Beulke*, negatif hareket kuramının, isnadiyatın temeline icraî suçlar yerine ihmalî suçları koyduğunu belirtmektedir. Bkz. *Wessels / Beulke*, **AT**, § 3 II-1, kn. 87, s. 33.

¹³⁵ *Weber* negatif hareket teorisinin geliştirdiği hareket tanımının gerçek olmayan ihmalî suçlar tanımını esas aldığını vurguluyor. Krş. *Baumann / Weber / Mitsch*, **AT**, § 13, kn. 93, s. 226-227 ve § 15 kn. 9 v.d., s. 226 v.d.

¹³⁶ Bkz. Urs Kindhäuser, **Lehr- und Praxiskommentar [LPK-StGB]**, 2. bası, Baden Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, § 13 öncesi açıklamalar, kn. 59, s. 47. Ayrıca belirtelim ki; *tehlikeden kaçınmama* sonucuna bağlanan anılan olumsuz çıkarımın, icraî hareketlerle suç işleyen failleri, bir “tehdike kaynağı” addettiği yönündeki görüşlere katılmamaktayız. Aleyhte görüş için bkz. *Baumann / Weber / Mitsch*, **AT**, § 13, kn. 93, sh. 227.

¹³⁷ *Roxin*’in negatif kuramı biçimsel mantık kalıplarıyla çürütmesi için bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 8, kn. 35, s. 252. Ayrıca yazar, *Behrendt*’in “ihmal edilmiş karşı-yönlendirme” tanımının, geliştirilen hareket kuramına bir takım psikik öğeler katma çabası olduğunu ancak bunun da, nedensel hareket kuramının “iradilik” kavramının ötesine geçemediği belirtmektedir. Bkz. **a.e.**

¹³⁸ Anılan eleştiriler için bkz. *Baumann / Weber / Mitsch*, **AT**, § 13, kn. 94, s. 227; kuramın, hareketin içeriğini boşalttığı ve suçu saf bir soyutlama ürünü haline indirgediği yönündeki eleştiri için bkz. *Stratenwerth / Kühlen*, **AT-I**, § 6, kn. 15, s. 69; *Roxin*’in, *Herzberg*’in kuramının bir hareket tanımı ortaya koymadığını, hareketi haksızlık derekesine indirgediğini, ancak anılan kuramın “kaçınılabilirlik” kriterleri bakımından ceza hukuku doktrininin önünü açtığı yönündeki eleştirileri için bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 8, kn. 40-41, s. 254-255.

değil) olduğu yönündeki eleştirilere katılmaktayız. Hakikaten negatif hareket teorisi benimsendiği takdirde, sadece ceza hukuku bakımından bir anlam ifade eden hareket türleri, hareket kapsamında değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla bu teoriye göre, negatif hareket teorisinin kendi içinde tutarlı bir noktaya ulaşabilmesi için, ancak kusurlu, bir başka ifadeyle sübjektif isnadiyatın bulunduğu durumlarda ceza hukuku bakımından *incelenebilecek* bir hareketin varlığından söz edilmesi gerekmektedir.

Bu açıdan negatif hareket kuramını yeniden ele alan *Jakobs*¹³⁹, “bireysel olarak kaçınılabilir neticeye neden olma” tanımını geliştirmiştir¹⁴⁰. *Jakobs*’a göre hareketin tanımının yapılabilmesi için “ikincil bir kavram olan” haksızlık alanı aşıl原因 kusur sahasına girilmelidir. Bu anlayışa göre, hareket, “bireyin normun geçerliliğine zarar vermesi sebebiyle kendini kusurlu kılması ve böylelikle de hareketine karşı uygulanacak olan cezayı zorunlu hale getirmesidir”¹⁴¹. *Jakobs*’un negatif hareket teorisini oturttuğu bu zemin, kusur kavramının isabetli bir biçimde gerekçelendirilmiş olmasından ötürü tutarlı kabul edilebilmelidir¹⁴².

1.2.4.3. Kişisel Hareket Teorisi

Kişisel hareket teorisini analiz etmeye girişmeden evvel, bu başlık altında inceleyeceğimiz kuramın sınırlarını belirlemek isteriz. Şöyle ki; öncelikle, idealist hareket teorisi ile kişisel hareket teorisinin bir etkileşim içinde bulundukları ve *Roxin*’in kişisel hareket kuramını idealist hareket kuramının bir takım belirlenimlerinden yola çıkarak geliştirdiğini düşünmekteyiz. Kişisel hareket

¹³⁹ *Jakobs*, esasen negatif hareket kuramını “mantık dışı” olarak nitelendirmektedir. Zira yazara göre, “aktif hareket eden (icraî harekette bulunan) fail sebep olduğu neticenin bir ürünü olarak sorumlu tutulmakta ve böylelikle kaçınmama –veya sakınma kabiliyeti- gibi hususlar göz ardı edilmektedir. Bu durumun doğal sonucu olarak da icraî harekette bulunan fail kavramsal olarak yok kabul edilmektedir”. Dikkat edilecek olursa, *Jakobs*, negatif teorisinin biçimsel mantık dedüksiyonlarının anlamsal boşluğunu tespit etmektedir. Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 6, kn. 33, s. 143-144. Fakat buna rağmen, *Jakobs*’un geliştirdiği hareket kuramının, hem negatif kuramcılarının icraî suçlar için geliştirdikleri “zorunluluk” tespitini referans alması, hem de kaçınılabilirlik kriterinden yola çıkması bakımından anılan kuram başlığı dahilinde ortaya çıkmış bir modifikasyon olduğunu kabul etmeliyiz.

¹⁴⁰ Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 6, kn. 20 vd., s. 136 v.d.

¹⁴¹ Bkz. Günther *Jakobs*, **Der strafrechtliche Handlungsbegriff**, München, © Beck Juristischer Verlag, 1992, s. 44.

¹⁴² *Roxin*’in, *Jakobs*’un sadece kusurlu davranışı hareket olarak addeden *Hegelyen* hareket kuramını esas aldığını ve bu bakımdan negatif kuramı kendi belirlenimleri dahilinde tutarlı hale getirdiği yönündeki tespitleri için bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 8, kn. 36 ve 41, s. 253 ve 254.

kuramının, hareketi bir “kişilik izharı”¹⁴³ (=Persönlichkeitsäußerung) olarak tarif etmesi, aslında idealist hareket kuramının en kaba hatlarıyla formüle etmeye çalıştığı “bir kişinin her türlü biçimiyle kendi dışındaki aleme hükmetmesi”¹⁴⁴ şeklindeki tanımının yeniden ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Bu noktada, hem kişisel hem de idealist hareket kuramlarının birbiriyle örtüşükleri kabul edilmelidir.

Kişisel hareket teorisinin öncüsü olan *Roxin*’e¹⁴⁵ göre bir kişilik izharı (dışa vurumu) olan hareket, “ruhî ve zihnî etkinlik merkezi olan insandan sadır olabilen her şeydir”¹⁴⁶. “*Ben*”, daha doğrusu *ego* kavramı üzerinde duran *Roxin*, irade ve bilincin hükmünde olmayan veya en azından hükmetme kabiliyetinde¹⁴⁷ bulunmayan durumların hareket olarak nitelendirilemeyeceğini vurgulamaktadır¹⁴⁸. İdealist hareket kuramının etkisindeki bu çıkarımın doğal sonucu olarak adî taksirle gerçekleştirilen eylemliklerin nasıl hareket olarak addedilebileceği, daha doğrusu nasıl “kişilik izharı” olarak anlam kazanabileceği sorusu gündeme gelmektedir¹⁴⁹. *Roxin* ise, bu eleştirilere karşı-soru ile cevap bulmakta ve eğer sosyal hareket kuramcılarının iddia ettiği gibi “adî taksirin cezayı gerektirir bir hukukî değersizliği işaret ettiği kabul edilecekse, en azından bu durumda bir kişilik izharının varlığının da kabul edilebileceğini” iddia etmektedir¹⁵⁰.

Roxin’in teorisine göre, kişisel hareket kuramı, hem ceza hukuku alanı dışındaki, hem de ceza hukuku alanı dahilindeki (kastî, taksirli ve icraî-ihmalî)

¹⁴³ *Roxin*’in öncülüğünü yaptığı kişisel hareket kuramıyla ilgili geniş bilgi için bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 8, kn. 44 v.d., s. 256 v.d.

¹⁴⁴ Bkz. Wolff, **a.g.e.**, s. 15. *Wolff*, idealist hareket kuramına zaten bireysel hareket teorisi adını vermektedir.

¹⁴⁵ *Roxin*’in geliştirdiği kişisel hareket kuramını sosyal hareket kuramları altında inceleyen bkz. Wessels/ Beulke, **AT**, § 3, kn. 91, s. 35.

¹⁴⁶ Bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 8, kn. 44, s. 256.

¹⁴⁷ *Stratenwerth* ve *Kuhlen*, tanımda yer alan “hükmetme kabiliyeti”nin sosyal hareket kuramcılarının temel aldığı kavram ile aynı öze sahip olduğunu iddia etmektedir. Bkz. *Stratenwerth/Kuhlen*, **AT-I**, § 6, kn. 13, s. 68. Krş. yukarıda sosyal hareket kuramı ile ilgili açıklamalarımız.

¹⁴⁸ *Roxin*, **a.e.**

¹⁴⁹ Taksirle işlenen ihmalî suçlar bakımından bu eleştiriyi yönelten bkz. Jescheck / Weigend, **AT**, s. 222. Aynı yönde *Krey*, “kişilik izharı” kavramının suç sistematığı bakımından içi boş bir formül olduğunu belirtmektedir. Krş. Volker Krey, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil [AT 1]**, C. 1, 2. Bası, Stuttgart, © W. Kohlhammer GmbH, 2004, § 9, kn. 248, s. 93.

¹⁵⁰ Bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 8, kn. 45, s. 256-257. Kanımızca, *Roxin*’in kişilik izharından yola çıkarak adî taksirin cezalandırılmasının temellerini izah etmesi ile *Welzel*’in gerekçeleri örtüşmektedir.

eylemlilikleri kapsadığından bir temel kavram, başka bir ifadeyle insan davranışlarının bir çeşit *üst başlığıdır* ¹⁵¹; doğalcı (natüralist, örneğin adale hareketleri) ve değerci (normativist, örneğin tahkir) olguları bağdaştırabildiğinden hem icraî suçları, hem de ihmalî suçları kapsayan bir *birleştirici elemandır* ¹⁵²; istemsel olduğu “varsayılan” insan davranışlarını konu edindiğinden ve failin içsellğinde kalan olguları bir dışa vurum olarak kabul etmediğinden, hem tüzel kişilerin etkinliklerini hem de salt sübjektiviteye ait olan durumları ¹⁵³ hareket olarak addetmemekte ve *sınırlandırıcı bir fonksiyon* ¹⁵⁴ icra etmektedir.

Kişisel hareket kuramı da, finalistler gibi, salt normativist bir temelden yola çıkmakta ve hareketi kişilik temeli üzerinde inşa etmektedir ¹⁵⁵. Anılan teori de, finalist, idealist ve negatif hareket kuramlarının sürdürdüğü anlayış uyarınca hareketi isnadiyad kavramından yola çıkarak açıklamaya çalışmaktadır. Kişisel hareket kuramının bir temsilcisi olan *Gropp*, teoriyi hukuki değer öğretisinin belirlenimleri ile geliştirmiş ve bu noktadan yola çıkarak hareketi, “hukuken korunan değer geççerliliğine yok sayılmasının alenileştirilmesi” olarak tarif etmiştir ¹⁵⁶. Dikkat edilecek olursa yazar böylelikle; isnadiyat üzerinde şekillenen her teorinin içinde saklı olan adî taksirle gerçekleştirilen (bilinçsiz) eylemliliklerin ceza hukuku bağlamında önem taşıyan bir hareket olarak addedilebilmesi sorununu, norma karşı gösterilen “yok sayma” kavramıyla aşmaya çalışıyor.

¹⁵¹ Bu yaklaşıma göre, örneğin netice kavramını harekete “dahil etmenin” bir anlamı yoktur. Zira bir çok netice ceza hukuku bakımından önemsiz noktalara ulaşmış olsa dahi, ortada bir hareket bulunabilir. Bkz. Roxin, **AT-I**, § 8, kn. 51-53, s. 259-260.

¹⁵² Tanımının “birleştirici” özelliğinin açıklaması için bkz. Roxin, **AT-I**, § 8, kn. 54-57, s. 260-262. *Gropp*’a göre ise, *Roxin*’in tanımının “birleştirici” özelliği kazanabilmesi için ancak “kişilik izharının” tipik-hukuka aykırı-kusurlu bir içeriğe kavuşması ve dolayısıyla cezalandırılabilmenin şartlarını taşıması gerekmektedir ki, bu durumda aslında cezalandırılabilir hareket ile cezalandırılmayan hareket arasındaki ayrımı belirleyen kriter bakımından yeni bir bulgu ortaya koyulmamaktadır. Karş. Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, yeniden hazırlanmış ve genişletilmiş üçüncü bası, Berlin Heidelberg, © Springer –Verlag, 2005, § 4, kn. 72, s. 135.

¹⁵³ Bkz. Roxin, **AT-I**, § 8, kn. 44, s. 256. Kişisel hareket kuramı, safi düşünsel olguları hareket olarak kabul etmemektedir. Bkz. Gropp, **AT**, § 4, kn. 70, s. 135.

¹⁵⁴ Tanımın sınırlandırıcı fonksiyonu için bkz. Roxin, **AT-I**, § 8, kn. 58-63, s. 262-264.

¹⁵⁵ Bkz. Gropp, **AT**, § 4, kn. 68, s. 135.

¹⁵⁶ *Gropp*, *Roxin*’in tanımında yer alan kişilik izharı yerine alenileştirme (=Kundgabe) kavramının kullanılmasının tercih etmektedir. Bkz. Gropp, **AT**, § 4, kn. 74-82, s. 136-137.

1.2.5. Hareket Tanımı ve Suçun Yapısal Unsuru Olarak Kastın Konumu

Kanaatimizce, ceza hukukunda konu edilen hareket tanımının genel bir bütünün parçası olarak ele alınması yerinde bir başlangıç olacaktır. Yani, sadece hukuk bakımından geçerli kabul edilecek bir hareket tanımıyla yetinmek yerine, hem suç teşkil eden hem de suç teşkil etmeyen eylemlikleri kapsamına alan bir üst kavram olarak hareketin tanımlanması gerekir. Nedensel hareket kuramcıları da bu gerçeği öngörerek, genel bir hareket tanımı yapmaya çalışmışlardır. Bu görüştekilere göre, kuramın ortalama yaklaşımını özetlersek, hareket, “failinin dışındaki dünyada ortaya çıkmış bir değişiklik olgusu” demektir. Bu genel tanımdan yola çıkan nedensel hareket kuramcıları, suçun objektif varlığını, hareket ile tabiat kanunları gereğince bir zorunluluk bağı içinde bulunan (tabiî nedensel) tipik neticenin gerçekleştirilmesi olarak belirlemişlerdir. Ancak kanımızca, bu tanım, bir çok açıdan problemlidir. Öncelikle belirtelim ki, böylesi bir hareket tanımı eylemin biçimlendirilmesinden evvel bulunan hipotetik bir iradede bahsetmek suretiyle aslında hareket ile irade arasındaki olmazsa olmaz bağı dışlamakta, iradeyi “parantez dışına almaktadır”¹⁵⁷. İradeyle hareket arasındaki bu alakanın kesilmesi, “nedensellik” kavramının sadece tabiat kanunlarına indirgenmiş bir çıkarımını dayatmakta ve suç teorisinin bir çok müessesesini izahta sıkıntı yaratmaktadır. Örneğin ihmalî suçların neden ve nasıl netice ile “hareket” arasında bir tabiî nedensellik yarattığı ya da failin eylemine iştirak iradesi olmaksızın katılan bir üçüncü kişinin eyleminin nasıl olup da “nedensellik bağıni kestiği” hususlarında, kuram çözüm getirebilmek için, her zaman kendi belirlenimlerinden sapmalar sergilemek durumunda kalmıştır. Nedensel hareket kuramının hareketi doğal bir vaka olarak ele alması sonucunda gelişen suç teorisi de anılan anlayışı sürdürmüştür. Bu anlayışa göre, doğal bir vaka olan hareket ve bunun yine doğal (nedensel) sonucu olan netice suçun maddi unsurunu teşkil etmiş ve manevi unsur (kusurluluk) ise maddi unsurların tamamen dışında kalan ve kast veya taksir şeklinde ortaya çıkabilen bir modül olarak tasavvur edilmiştir. Bu bağlamda ele alındığında ise, kastın konusu, sadece suç tipinde yer alan tipe ait parçaların tikel

¹⁵⁷ Nedensel hareket kuramını bu yönden eleştiren görüş için bkz. Wolff, **Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen**, s. 10

algısal bilgisine indirgenmiştir: yani netice ile bunun hukuksal değer üzerinde yarattığı etki, ardıl bir değerlendirme olarak kalmıştır¹⁵⁸. Zira, netice ile “hareket” arasındaki bağ bakımından asıl belirleyici olan tabiî nedensellik bağlantısı olarak kalmaya devam ettikçe, bir norma konu edilen hukuki değer ihlaline dönük içsel belirlenimler sadece dışsal olan bir kuralın izin verdiği ölçüde bir anlama kavuşmuş olacaktır.

Hareketi tabiî bir vaka olarak ele alan pozitivist ceza hukuku anlayışına bir tepki olarak ortaya çıkan finalist hareket kuramı ise, kanımızca doğru bir içerikle “hareket”e esas anlamını kazandırmış ve onu failin amaçsal eylemliği olarak tanımlamıştır¹⁵⁹. Bununla beraber, nedenselci kuramların neticeyi ön plana çıkaran anlayışına karşı finalizm ise, haksızlığın içeriğini netice kavramını dışlayan bir öz ile inceleme eğilimi içerisine girmiş ve buna bağlı olarak suçu, neticenin değerinden bağımsız bir muhtevaya sahip olan “hareketin haksızlığı” kavramına kadar indirgemıştır¹⁶⁰. Kast bakımından hayati bir önemi haiz bulunan bu kavramsallaştırma, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının gereği gibi aslında tamamen etik konusuna giren bir anlayışı da beraberinde getirmiştir. Ancak bu kuramın, kast ve taksiri kusur kapsamı dışına alması ve haksızlık bilincini kastın içeriğinden çıkarmış olması¹⁶¹, doktrinde olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmelidir.

Çalışmamızda incelediğimiz diğer hareket kuramları da, anılan özleri itibarıyla yukarıda sıralanan iki ana kutbun arasında bir takım karma formüller geliştirme ve birinin eksikliğini diğeri ile kapatma çabasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Kanaatimizce hareket, bilinçli bir amaçsalılık çerçevesinde iradenin dışsallaşmış olduğu olgulara verilen addır. Bu genel tanımı itibarıyla hareket, bir üst kavramdır ve hem suç teşkil eden hem de suç teşkil etmeyen eylemlikleri aynı çatı altında kapsamına alır. İradenin dışsallaşması ve amaç bilinçli eylemden

¹⁵⁸ Benzer eleştiriler için bkz. Roxin, **AT-I**, § 8, kn. 11, 16, s. 241, 243.

¹⁵⁹ Bkz. Welzel, **DS**, s. 30.

¹⁶⁰ Karş. Welzel, **DS**, s. 62.

¹⁶¹ Bkz. Stratenwerth / Kuhlen, **AT-I**, § 10, kn. 55-56, s. 207.

bahsettiğimize göre, bu olgunun bir de sahibi bulunması gerekir: İşte bu “eser sahibi”, suç teşkil eden eylemler bakımından fail, genel hareket tanımı çerçevesinde ise “süje” olarak anılan kimsedir.

Süje/fail kavramının hareket bakımından hayati bir önemi haiz olduğunu kabul ediyoruz. Zira kanımızca, ancak bir amaçsal eylemliğin sahibi sıfatını haiz bulunan kimse, sorumluluğun dayanağı olan isnadiyadın da gerçek muhatabı olabilecektir. Suç teorisi bakımından bu noktada ilk ulaşmamız gereken sonuç, faili eyleminin neticelerinden sorumlu tutabilmek için sadece objektif-nedensellik taşıyan bir değerlendirmenin yeterli olamayacağıdır¹⁶². Zira objektif-nedensellik sadece tabiat kanunları gereğince asıl etmeni tespit edebilir. İşte, tabiat kanunlarının sadece bir “var olan” kategorisi ortaya koyabilmesi, yani ampirik değerlendirmeye sınırlı kalmış olması, bunlara dayanarak hukuki sorumluluğu tespit etmeyi anlamsızlaştırır¹⁶³. Çünkü hukuki sorumluluk, bir “olması gereken” karşısında failin takındığı tavır ile belirlenir. Buna göre fail, doğada kendiliğinden yer değiştiren, doğaya esir bir kavram değildir. Fail, bizzat bir “olması gereken” yaratıcısıdır ve bu niteliğiyle objektif olması gerekeni, yani normu belirleyen hukuku kendi yarattığı eylemi ile ihlal edebilen kimsedir. Bu kabullerimizi suç teorisine naklettiğimizde, şu sonuçlarla karşılaşırız: Bir suç tipinin maddi unsurları, diğerleri nezdinde –yani objektif- olarak öngörülebilir eylemliklerle sınırlıdır. Bu hudut, yani objektif isnad edilebilir eylemin sınırı aynı zamanda adî taksirin de sınırını belirleyecektir. Failin bu potansiyel öngörülebilir durumlar içerisinde içselleştirdikleri, yani öngörerek harekette bulundukları onun kast veya bilinçli taksir düzeyindeki manevi unsurunun da kapsamını belirler. İkinci varılacak sonuç, normun failden bir eylemlik beklediği durumlarda eylemsiz kalmış olması halinde de isnad edilebilir neticeler ortaya çıkabilecektir. Kanımızca nedensel hareket teorisi taraftarlarının “ihmali suçların” “nedenselliğini” izahta çektikleri sıkıntıda bu bakış ile aşılabılır¹⁶⁴. Yani objektif normun emri altında bir eylemlik yükümü altındaki kimsenin eylemsizliği

¹⁶² Bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 254, 363

¹⁶³ Anılan görüşün *Kant*’a referansla aktarımı için bkz. Roxin, **AT-I**, § 8, kn. 25, s. 247.

¹⁶⁴ Karş. Wolff, **a.g.e.**, s. 10-11 ve 22-24.

sorumluluk sonucunu doğurabilecek bir “nedenselliğin” yaratıcısı olarak değerlendirilebilir.

Bilinçli amaçsal eylemlerin “hareket” olarak nitelenebileceğini belirttiğimize göre, bunun tabii bir sonucu olarak örneğin hem adî taksirle gerçekleşenleri hem de bir mutlak kuvvet (*vis absoluta*) altında gerçekleşen “dış dünya değişikliklerini” bir hareket olarak nitelendiremiyoruz.

Bu bağlamda bir hususu daha belirtmek de yarar var: İradenin dışsallaşması olarak tanımladığımız hareketin içerisinde vaz geçilemez iki kutup mevcuttur. Bunlardan biri objektif bir nitelik olan “netice” kavramıdır, diğeri ise sübjektif bir nitelik olan “irade”dir. Çalışmamızda devamlı surette kullandığımız objektif-sübjektif birliği ile ifade etmeye çalıştığımız husus da budur. Bu yaklaşımımıza göre, bir eylemin sonucu olarak nitelenebilecek durumlarda anılan her iki etmenin de müştereken bulunması gerekir: aksi halde, gerçekleşmiş bir eylemden söz etmek imkansızlaşacak ve eylem sorumluluğuna dayanan ceza hukuku konusuz kalacaktır. Mesele bu bağlamda ele alındığında nedenselcilerin salt objektivist netice kavramının ve finalistlerin “hareketin” haksızlığı olarak tanımladıkları salt sübjektif olgunun hangi sebeple bir eylem olarak nitelenemeyeceğini de izah ettiğimizi düşünüyoruz. Kanımızca, anılan gerekçeye dayanarak, ne salt tesadüfün eseri olan adî taksir ne de gerçek anlamda bir dışsallaşmaya neden olamamış elverişsiz teşebbüs halleri, cezayı layık bir eylemin varlığı ortaya koyabilir¹⁶⁵. Daha ayrıntılı incelemeyi ilgili bahis konularına bırakarak, kastın konumu sorununa değinelim.

Kanımızca her suç tipinin lafzî metninde ya bir yasak ya da bir emir hükmü tanımlanmıştır. Kanımızca bu gereklilik hukukun tüm kişilerin birbirleriyle olan özgürlük ilişkilerini düzenleyen içeriğinden kaynaklanır. Bu görüşümüze göre, bir yasak hükmü, bir eylem tasviri yapar ve bu eylem tanımında belirtilen şekilde hareket etmiş olan kişilerin cezalandırılacağını ilan eder. Ancak her hüküm iki farklı olguyu içerir. Bunlardan biri, sadece kişiler arası özgürlük ilişkisinden doğan hukuki değer kavramıdır. Bir diğeri ise, anılan hukuki değer dayandığı hak veya yetkinin soyut içeriğidir. Yani, birincisi sadece kişiler arası bir ilişkinin ihlalini ifade ederken,

¹⁶⁵ A.e., s. 25 v.d.; aynı yönde bkz. Köhler, AT, s. 189-191.

diğeri hukukun genelliğinin ihlalini konu edinir. Kanımızca, kast ve kusur arasındaki ayrım da işte bu noktada anlam kazanabilir. Yoksa, finalistlerin kınama yargısı olarak nitelendirdikleri kusur, sırf bu içerikle ele alındığında “haksızlığın” tekrarından başka bir şey olamayacaktır¹⁶⁶. Bu durumu bir örnekle izah edelim: Bir kimse diğeri öldürmüşse öncelikle ortada bir eylem vardır. Bu eylem, bir anlamda mağdurun şahsında bir hukuki değer ihlalini, yani onun özelinde yaşam hakkının ihlalini konu edinir. Bu kısım, sadece eylemle bağlantılı olarak kastın konusuna girer ve objektif haksızlığı oluşturur. Çünkü, tipik bir netice gerçekleştirilmiştir ve bu netice hukuka aykırıdır. Ancak bundan sonraki aşamada, failin kusuru mevzu bahis olacaktır. Yani fail bir kimseyi öldürerek onun özelinde aynı zamanda hukukun genel geçerliliğini, yani yaşam hakkının soyut muhtevasını da ihlal etmiştir. İşte bu ikinci uğrak kusurun konusudur. Bu anlayışın en belirgin ifadesi, hukuka uygunluk nedenleri bağlamında ortaya çıkar: Bir kimseyi meşru müdafaa altında öldüren failin pek tabiidir ki eylem kastı mevcuttur; yani kişiler arası düzlemde mağdurun bir hukuki değeri –örnekte yaşam hakkını- ihlal edilir¹⁶⁷. Ancak bu durumdaki failde, yaşam hakkının genel geçerliliğini ihlal iradesi, yani haksızlık istenci mevcut değildir; o, sadece bu eylem bazında saldırganı öldürmüş ve hukukun ona tanıdığı bir hakkı kullanmıştır. Dolayısıyla, eylemi hem objektif hem de sübjektif olarak bir haksızlığa vücut veremez. Diğer durumları ilgili hata bahsinde inceleyeceğiz: bu noktada, sadece kastın kapsamı ile kusurun kapsamını ayırtırmaya çalıştık.

Ancak hem belirtelim ki, suç tipinde yer alan her unsur doğrudan haksızlığın bir parçası olmayabilir. Bazı durumlarda, kanun koyucu, hakimın takdir yetkisini sınırlandırmak ve yoğun kusur taşıyan olgulara ortalama tipik eylemden daha ağır cezalar vermek niyetiyle suç tipinin şekli kısmına kusura ait parçalar da yerleştirmiş olabilir¹⁶⁸. Bu gibi durumlarda, anılan unsurları kastın değil kusurun kapsamında ele almak suç teorisi bakımından daha isabetli bir çözüm olacaktır.

¹⁶⁶ Bkz. Köhler, **AT**, s. 370-371.

¹⁶⁷ *Welzel*, meşru savunma iradesi kavramı ile eylem anındaki kastın farklılığına değiniyor. Karş. *Welzel*, **DS**, s. 77 ve 86.

¹⁶⁸ Bkz. Roxin, **AT-I**, § 10, kn. 70 vd., s. 313 vd.

Bu noktada ayrıca Őu hususa da değinmeliyiz: Kast veya bilinçli taksir objektif haksızlığın gerçekleştiriliŐ biçimidir ve bu Őekliyle kendi içlerinde bir yoğunluk taşımazlar. Çünkü bu durumda fail, yasak normunun konusunu oluŐturan hukuki değeri ya ihlal etmek ister ya da bu ihlale yol ačan bir tehlikeyi yaratmış olur. Tehlike suçları / zarar suçları bağlamında da aynı Őekilde bir yoruma ulaşılabılır. Kanımızca, kast ve bilinçli taksir arasında kural olarak kusurun yoğunluğu bakımından bir fark söz konusu olabilir: ama bu, eylemin kusur kapsamında yarattığı emare fonksiyonun bir ürünü olarak var olabilir. O halde, pekâlâ aksi durumlar da mümkündür. Çünkü, haksızlığın gerçekleştiriliŐ biçimi olarak bu biçimler sadece eylem ve hukuki değeri ihlali bakımından bir irade ifade ederler. Dolayısıyla, failin hukuki değerin ihlali hususunda “kayıtsızlık” sergilemiş olması bir kast/taksir belirlenimi olarak değil, doğrudan kusuru ilgilendiren bir olgu olarak nitelendirilmelidir. Örneğin bir Çingene Mahallesiinde çocukların sokaklarda oynadığı bir mekanda süratle araba kullanan bir faili tasavvur edelim: Fail arabasını sürerken tehlike taşıyan eyleminin bir zarar neticesine (ölüm veya yaralanma) neden olmayacağı hususunda ciddi bir güven sahibi olmuş olsun; ama Çingeneleri hakir görmesi sebebiyle yarattığı tehlike karşısında kayıtsız kalmış hatta belki de etnik nefret sebebiyle –kendisinin gerçekleşmeyeceğine ciddi güveni devam etmesine rağmen- canlandırdığı gerçekleşmesi uzak ihtimal dahilinde kalan zarar neticesini “uygun buluyor”, “arzu ediyor” veya “benimsiyor olsun”. Olası kast bağlamında ileri de ele alacağımız üzere, failin eylem anındaki hüküm niteliğini haiz kararı (“bu tehlikeden netice doğmaz!”), anılan durumlarda bir zarar neticesi ortaya çıksa bile, bunu bilinçli taksirle gerçekleşmiş bir haksızlık olarak tanımlamamızı gerektirir. Fakat fail bu durumda, yoğun derecede bir kusura sahip olmalıdır. Zira böylesi saiklerle –kast değil!- hareket eden fail neticenin gerçekleştiği mağdur nezdinde sadece bu mağdurun soyut yaşam hakkının genel geçerliliğini değil, o mağdurla aynı kategorik düzlemde bulunan (Çingeneler vs.) diğeri sűjelerin de yaşam hakkının genel geçerliliğini ihlal etme iradesi sergilemiştir. Bu örneğimiz, tüm bu kurgudan bağımsız olarak –mesela haksız tahrik altında doğan insiyakî bir eylemde- olası kastla gerçekleşebilecek bir neticeyle mukayese edildiğinde daha *yoğun* bir kusura sahip olabilir. O halde, yoğunluk eylem somutluğundan doğan kast veya taksirin konusu değildir: yoğunluk, sadece karar verme süreci vs. olguların tesirinde kalan

iradenin oluşum sürecine yani kusura ait bir kavramdır. Ve bu şekliyle temel cezanın belirlenmesinde rol alır.

Kusur/kast ayrımı bakımından değinebileceğimiz diğer bir husus da, kusur yeteneği bulunmayanların kasten hareket edip edemeyeceğine dair tartışmadır. Kanımızca, kural olarak kusur yeteneğinin kasten hareket etme ihtimalini ortadan kaldırdığı veya aksi yönde kusur yeteneği olmasa bile her insanın kasten hareket edebileceği yönündeki genellemeler isabetsizdir¹⁶⁹. Zira kastın temeli, bir hukuki değer ihlaline vücut verebilecek eylemin bilincinde olmaya dayanır. O halde kastın her suç tipinde yer alan bir anlam unsurunu kapsar bir biçimde bulunması gerekir ve buna bağlı olarak her failin durumu ayrı değerlendirilmeli ve normda betimlenen eylemin anlamsal içeriğini kavrayıp kavrayamadığı incelenmelidir ki, kasttan söz edilebilsin¹⁷⁰. Sathî bir örnek verirse, on bir yaşındaki bir çocuğun arkadaşına yumruk atması ile üç yaşındaki çocuğun babasına yumruk atması arasında elbette eyleminin anlamsal karşılığının bilincinde olup olmama bakımından bir ayrım söz konusu olabilir. Dolayısıyla, kast ile kusur yeteneği arasında kesinlik taşıyan bir kapsam ilişkisi kurabilmek olanaksızdır. Kanımızca her norm ve her fail, somut olayın yattığı karşılık içerisinde ayrı ayrı analiz edilebilmedir.

¹⁶⁹ Türk doktrininde de savunulmaya başlanmış bu görüşe göre kusur yeteneği olmayan bir kimse kasten hareket edebilir. Kanımızca böyle olabileceği gibi, aksi de mümkündür. Dolayısıyla genel bir doğrudan bahsetmek mümkün değildir. Finalist teoriyi incelediğimiz bölümde bu hatalı anlayışın temelinde, 1933 Almanya’ında ortaya çıkan fail ceza hukuku anlayışının ve buna bağlı olarak gelişen düalist yaptırım sisteminin etkili olduğunu belirtmiştik. Kanımızca bu eğilim sonucunda “kusur” haksızlığı nitelendiren bir kavram olmaktan çıkarılmış ve “suç” objektif haksızlık derecesinde ele alınır hale gelmiştir. Türk doktrininde bu görüşte olan bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 206; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, yeniden gözden geçirilmiş 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Nisan 2006, s. 617-618.

¹⁷⁰ *Kunert’e göre: bir insanın kasten öldürmesinden bahsedebilmek için failin karşısındaki kimseyi sadece duyu organları vasıtasıyla algılamış olması yetmeyecek, failin bundan ziyade algıladığı nesnenin bir “insan” olduğuna dönük kavramsallaştırmayı da yapabilmış olması gerekir. O halde yazara göre, “bir insan ile bir sandalye arasında ayrım yapamayacak derecede akıl hastası olanların –mesela ağır idiyotların veya ağır organik demans durumunda bulunan kimselerin–* kasten hareket etmiş olduğundan da bahsedilemeyecektir. Bkz. Karl Heinz Kunert, **Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände**, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1958, s. 91.

2. Kastın Maddi Unsurlarla İlişkisi

2.1.Genel Olarak

Bir eylemin kasten işlenmiş olduğunun kabul edilebilmesi için, kanunda betimlenen tüm maddi unsurların fail tarafından bilinmesi gereği ceza hukuku öğretisi tarafından üzerinde uzlaşmış bir saptamadır¹. Bu yaklaşıma göre, failin eylemliğine “kasten gerçekleştirilmiş” bir hareket sıfatının yüklenebilmesi için öncelikle failin söz konusu eyleme dair tüm maddi algıları ve bu algılardan doğan anlamsal içeriği bilmesi şartı aranacaktır.

Bu noktada belirtmek isteriz ki, Türk Doktrininde maddi unsurlar üzerindeki bilginin kastın varlığının saptanması bakımından yeterli olduğu; ayrıca bir isteme unsuruna ihtiyaç olmadığı yönünde görüşler de mevcuttur². Alman Doktrininde de

¹ Kastın gerçekleştirilen *actio libera in causa* hallerinde dahi; failin -en azından- muhtemel gördüğü (öngördüğü) netice ihlalini somutlaştırmış olması gerekecektir. Bkz. Roxin, **AT-I**, § 20, kn. 73, s. 922-923. Aynı doğrultuda bkz. Yener Ünver, “*Nedeninde Serbest Hareketler*’ Kuramı”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan** içinde, s. 854. Bu noktada “çifte kast” kavramına değinmemiz gerekiyor: failin kendini a.l.i.c. haline sokması ile a.l.i.c. halinde işlenen failin her ikisi bakımından da kastın aranması, yani “çifte kastın” bulunması gerektiği hususundaki görüşe katılıyoruz. Bu gibi haller dışında, yani failin işlemek istediği eylemi somutlaştırmış olduğu fakat bununla bağlantılı olmadan kusur yeteneğini kasten ortadan kaldırdığı durumlarda nasıl bir çözüm yolu izleneceği ise öğretide tartışmalıdır. Örneğin failin kusur yeteneği kalkmadan evvel işlemek istediği eylemi somutlaştırmış olduğu fakat kusur yeteneğinin kalkması sırasında (mesela tam sarhoşluğa geçerken), kusur yeteneğini kaldıran iradî eylem ile öngörülen netice ihlali arasında bir bağ kurmadığı durumlarda, “çifte kast” kuramının nasıl uygulanacağı tartışmalıdır. Örneğin (Alman) Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında failin kusur yeteneği ortadan kalkmadan evvel gerçekleştirmek istediği eylemi somutlaştırmış olmasına rağmen, bununla bağlantılı olmadan kusur yeteneğini kaldırmışsa kastı a.l.i.c.’e dair hükümlerin uygulanacağına karar vermiştir. Kanaatimizce burada ikili bir ayırım yapılmalıdır. Failin eylem anında kendini kasten a.l.i.c.’e soktuğu durumlar ile eylem anından evvel eylemi gerçekleştirmeye karar verildiği ancak henüz icra aşamasına geçmediği durumları farklı değerlendirmek gerekir. Birinci durumda kastı a.l.i.c.’in varlığından söz edebiliriz ama ikinci halde henüz kasıttan bahsedebilmek olanaksızdır, zira ortada sadece bir suç işleme kararı veya arzusu vardır. Aksi yönde içtihat için bkz. *BGH 3 StR 331/01 - Beschluß v. 13. September 2001 (LG Oldenburg)*; **HRRS- İctihat Bankası**, (haz. Karsten Gaede); <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/> [çevrimiçi] 09 Mart 2007, saat: 23:08. Sadece birinci ihtimal (yani icra başlangıcı) bakımından aynı görüş için bkz. Maurach, **AT**, s. 373-374.

² Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, 215-216. Özgenç, kastın varlığının kabul edilebilmesi için isteme unsurunun bulunmasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Yazar, kastın varlığı için isteme unsurunu da şart koşan bu yaklaşımın “klasik” okulun kusur kavramına yüklediği anlamdan doğduğunu ileri sürmektedir. Özgenç’in anılan kast tarifi, ceza hukuku haksızlığının hareketin yarattığı haksızlıktan müteşkil olduğu, ayrıca anılan haksızlığın (“suçun”) oluşabilmesi için neticenin yarattığı bir haksızlık değerine ihtiyaç duyulmadığı savından ileri gelmekte ve bu bağlamda ele alındığında bir tutarlılık taşımaktadır. Ancak, hem eylemin hem de haksızlığın istenmesi olarak

tarafıtar bulan bu anlayış uyarınca kastın varlığının kabul edilmesi için “maddi unsurların gerçekleştirildiğine dair bilgi” kafi gelmekte ve aslında bunun istem unsurunun da varlığına delalet ettiği savunulmaktadır³. Her ne kadar, örneğin kendisi de salt bilme unsurunu yeterli gören *Kindhäuser*⁴, bu ayrımın hukuk pratiğinde bir fark yaratmayacağını ifade etse de, suçun teorik analizinde bir nüans yaratacağı için biz bu ayrıma önem atfetmekteyiz. Kanımızca, kastın varlığının kabul edilmesi için kanunda tarif edilmeye çalışılan eylemliklerin maddi unsurları, yani hem algısal hem de anlamsal içeriği üzerinde bir bilginin bulunması gerekmektedir. Yani mesele, istemenin günlük dilde ne anlama geldiği veya hukuki karşılığının ne olduğu değildir. Kavramın kapsamına aldığı ve doğrudan kişisel özgürlükleri ilgilendiren

tarif etmeye çalıştığımız suçı meydana getiren hareket kavramına dair bölümlerde ifade ettiğimiz üzere, geniş anlamda neticenin, yani –birey, toplum veya devlet olarak- bir kişinin özgürlük alanına müdahalenin varlığının tanıtlanabilmesi için netice unsurunun da kapsam dahilinde bulunması gereğini belirtmiştik. İşte bu sebeple, ceza hukuku sorumluluğunu salt hareketten doğan bir haksızlık derekesine indirgeyen anılan görüşe katılmamakta ve kastın hem (maddi-anlamsal bilgi) bilme hem de (dar veya geniş anlamda neticeye dair) isteme unsurlarını bünyesinde taşıması gerektiği düşüncesini savunmaktayız. *Özgeç’in* savına aksi yönde bkz. Dönmezer/ Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku II*, kn. 928, s. 219; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, s. 264 v.d.; İçel v.d., *Suç Teorisi*, 3. Bası, s. 234 v.d.; Artuk/ Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, s. 559 v.d.; Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt I, ikinci baskı, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 2005, s. 251 v.d.; Öztürk/ Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, § 5, kn. 280 v.d., s. 180 v.d.; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, yenilenmiş üçüncü basım, İstanbul, Beta Yayın Dağıtım A.Ş., Ekim 2005, § 13, s. 394 v.d.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, gözden geçirilmiş 4. bası, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ekim 2006, s. 324 v.d.

³ Örneğin *Jakobs*, hareketin ana neticesi hakkında, yani dar anlamda maksadı tarif ederken, hem bilme hem de isteme unsurlarının koşut olarak bulunması gereğini vurgulamakta, ancak yan neticeler bakımından sadece bilme unsurunun kafi geleceğini ayrıca bir istem unsurunun aranmasının gerekmediğini vurgulamaktadır. Bkz. *Jakobs*, *AT*, § 8, kn. 8, s. 281. Yine aynı yönde *Schmidhäuser* de, günlük dildeki “kast etme (=isteme)” kavramından farklı bir anlama ulaşmak için “kastılık” ifadesini tercih etmekte ve gündelik dilde “arzu etme” anlamı taşıdığını iddia ettiği “istem unsuru”ndan sarfınazar etmektedir. Hatta bu iddiasını Alman Ceza Kanunu’nda “kast” kelimesinin kullanılmadığı ve bunun yerine “kastî” (=vorsätzlich) sıfatının tercih edildiği tespitine dayandırmaktadır. Bkz. Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]*, ikinci gözden geçirilmiş bası, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, § 10, kn. 28, s. 389; Eberhard Schmidhäuser, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, s. 22. *Puppe*’ye göre isteme kavramının “betimleyici-psikolojik” ve “normatif isnad edilen” iki anlamı mevcuttur. Maddi unsurlarının bilinerek gerçekleştirilmesi halinde birinci biçimiyle günlük dildeki arzu etmeden farklı olarak, ikinci biçimiyle bir normatif karşılığı bulunan isteme ortaya çıkacaktır ki, bu da aslında bilme unsurunun yeterli olduğunu ispat eder. Bkz. *Puppe*, *NK-StGB*, § 15, kn. 23-30, s. 486-488. Aksi görüş için: *Jescheck/Weigend* kastı, kanuni suç tipine ait olan objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tarif etmektedir. *Jescheck/Weigend*, *AT*, § 29, s. 293; *Roxin*, *AT-I*, § 12, kn. 4, s. 437; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeines Strafrechtslehre [AT]*, yeniden hazırlanmış 7. bası, Berlin, © De Gruyter Verlag, 2004, § 7, kn. 3 ve 26 v.d., s. 76 ve 82 v.d.; Baumann/ Weber/ Mitsch, *AT*, § 20, kn. 12-14, s. 473.

⁴ Bkz. Urs Konrad Kindhäuser, “Vorsatz als Zurechnungskriterium”, *ZStW* 1984, s. 1-5, 21 v.d.

içeriğidir. Öyleyse kast, maddi unsurların bilgisini ve bu bilgi üzerine kendini inşa eden istem unsurunun varlığını da şart koşmaktadır⁵. Aksi halde, yani netice kavramının içeriğini ve buna bağlı olarak ortaya çıkan isteme unsurunun gerekliliğini reddettiğimiz zaman, olası kast-bilinçli taksir ayrımını da ortaya koyabilecek bir kriter belirleyemeyeceğiz⁶. Bu kısa açıklamadan sonra isteme unsuru üzerine yapılan tartışmanın incelenmesini, netice kavramını analiz etmeye çalışacağımız (üçüncü) bölüme bırakarak maddi unsurların bilinmesinin sınırlarını belirlemeye çalışacağız.

Öncelikle kastın bilme unsuru kapsamına girmeyen durumları ortaya koymalıyız: İlk önce belirtmeliyiz ki, devletin –geniş anlamda- “af hukuku”nun⁷ kapsamına giren, yani ceza hukuku haksızlığının ortaya çıkmasına rağmen bir kriminal-politik gerekçeye dayanarak devlet tarafından cezalandırılması gerekli görülmemiş durumlarda failin anılan türdeki unsurları bilip bilmemesi bir önem taşımayacaktır. Kanımızca, örneğin suç teorisinde bir *çıkıntı* halinde bulunan objektif cezalandırılabilirlik koşullarının ve usul hukukundan kaynaklanan sair durumların bilgisinin kast sorumluluğu bakımından bir etkisi olmayacaktır⁸. Yani aslında bu neviden unsurlar, -dar anlamda- suç tipi kavramı dahilinde değerlendirilmeyecek ve dolayısıyla bu konuda eyleminin failine sübjektif isnad edilmesi şartı aranmayacaktır.

⁵ Dikkat edilecek olursa, birbirinden yalıtık bir biçimde bulunan bilme ve isteme unsurlarından değil, öncelikle bilme unsurunun varlığından ve bunun üzerine –bunların netice ile bağıni kuran bir mahiyette- gelişen bir istem unsurundan bahsetmekteyiz. Hatta, anılan anlayışın zamansal ve kavramsal geçişli özelliği sebebiyle “moment” (=“uğrak”) kelimesinin tercih edilmesi daha isabetli olabilir.

Yargıtayın yerleşik içtihadı da, kastın “bilme” ve “isteme” olmak üzere iki unsuru bulunduğundan hareket etmektedir. Örneğin: “*Kısaca, öngörülen ve suç oluşturan bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade biçiminde tanımlanan kastın iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar; düşünme ve öngörme (bilme) ile irade (isteme) unsurudur...*” CGK, 09.07.2002, bkz. Düzgün / Elmacı, **5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast – Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, s. 35.

⁶ Örneğin, Özgenç’in bilinçli taksiri reddetmesi de, bu bağlamda kendi içinde tutarlıdır. Ancak, netice kavramına yüklediğimiz anlam, anılan görüşe katılabilmemizi mümkün kılmamaktadır. Karş. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 247 ve İzzet Özgenç, “*Bilinçli Taksir*”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No: 32, İstanbul, Baskı: Şen Ofset, Haziran 2004, s. 718 v.d. Ayrıntılı inceleme için, çalışmamızın üçüncü bölümüne bkz.

⁷ Karş. Hegel, **GPR**, § 132, s. 245-250. Hegel aslında yasak yanılıgısı kavramını ve buna bağlı sorumluluk sonuçlarını da devletin kriminal-politik takdirine bağlamaktadır.

⁸ “Suç unsurları dışında kalan koşullar” Bkz. İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, s. 13 v.d., 233.

Kastın kapsamının belirlenmesinde ikinci sınırı ilk defa ortaya koyan *Aristoteles* olmuştur. *Aristoteles*'e göre, bilme(me) kavramı, genel olarak kendi içinde ikiye ayrılır: Bunlardan ilki “praksis”⁹ bilgisi, ikincisi ise “kanun”un¹⁰ bilgisidir. Anılan iki bilgi türünden kastı ilgilendiren birincisi, “eyleme dair” manasına gelen “praktikós”tur. Yani, eylem hakkındaki bilgiden doğan kast ile somut eylemin soyut hukuk ile yarattığı çelişkinin (suçun) varlık bilgisine sahip olmaktan doğan hukuka aykırılık bilinci birbirinden farklı kavramlardır. İşte bu farklılık, kastın bilme unsurunun sınırlarının belirlenmesinde ikinci ayrımı oluşturacaktır. Bu ayrımın tabîi sonucu olarak haksızlık bilinci, eyleme ilişkin kastın belirlenmesinde aranması gereken bir kriter olmayacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, anılan sınırlandırmanın açıklığa kavuşturulması için maddi unsurların anlamsal bilgisi (kavranışı) ile haksızlık bilinci arasında geçişli bir ayrımın bulunduğunu tespit etmeliyiz. Yani, anlamsal bilgi, muhtemel –müstakbel- olarak doğabilecek olan haksızlık bilincinin de bir ön koşuludur, ama bu niteliğiyle, kavramın altında tasnif edilebilecek bir içeriğe de sahip değildir. Bu ayrıma dair tartışmaları ve kast-kusur teorileri bağlamında bu konunun irdelenmesini de maddi unsurların anlamsal içeriğinin inceleneceği bölüme bırakarak, ana hatları ile kastın bilme unsurunun sınırını çizmekteyiz. O halde, failin ika ettiği fiilin cezayı hak eden (tekrar hatırlatalım ki bu “hak ediş” hem sübjektif hem de objektif bir öze ancak kusurluluk ile ulaşabilir), bir hareket olduğunun bilincinde bulunması, kastın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır¹¹.

⁹ Bkz. *Aristoteles, Nikomakhos’a Etik*, çeviren: Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınevi, 1998, III. Kitap, 3. Bölüm, s. 45-48. *Aristoteles*’in biçimsel mantık temeline dayanan isnadiyad kuramını yetkinleştiren ve modern ceza hukukundaki karşılığına kavuşturulması için bkz. Hegel, **GPR**, “kast ve kusur” § 115 vd., s. 215 vd.; krş. “maksat ve refah” § 119 vd., s. 223 vd.; krş. “iyi ve vicdan” § 129 vd., s. 243. Ayrıca krş. birinci bölümde praksis kavramıyla ilgili yaptığımız açıklamalar. Ceza hukuku doktrininde savunulan kast-haksızlık bilinci ayrımının kökleri bu çıkarımlara dayanmaktadır.

¹⁰ Bkz. *Aristoteles, Nikomakhos’a Etik*, III. Kitap, 7. Bölüm, s. 54-55.

¹¹ *Gropp*, kastın bilme unsurunun sınırlarını belirlerken; “neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış” bir eylem söz konusu olmuşsa, bu neticenin de fail tarafından bilinmesinin gerekmediğini vurguluyor. Biz bu görüşe tam olarak katılmıyoruz. Zira kanımızca failin en azından eyleminin tehlikeliliği ile ardıl netice arasında bir bağ kurması gerektiği fikrindeyiz. Krş. *Gropp, AT*, § 5, kn. 83, s. 168.

2.2.Suç Tipi Kavramı

Eylem kalıpları, çeşitli insan davranışlarını ve bunların gerçekleştiriliş biçimlerini suç olarak nitelemektedirler. Bu tanıma göre, kural olarak, eylem kalıplarında betimlenmeye çalışılan eylemliklerin gerçekleşmesi ve buna dair sübjektif isnadın da varlığı hallerinde suç ortaya çıkacak ve kişi cezaya muhatap olabilecektir. O halde, tamamen soyut hukuk alanına ait olan eylem kalıpları, insan davranışlarını belirli bir görünüş altında tasnif etmeye çalışan normlardır. Buna göre, çeşitli davranış biçimleri “tipikleştirilmekte”, “soyutluk” kazanmaktadır¹².

Bu noktada hemen belirtmek isteriz ki, anılan “tipikleştirme”, “soyutlaştırma” kesinlikle “değerlerden” yoksunlaştırma, değerlerden soyutlama manasına gelmemektedir. Yani, kanun koyucunun tarif etmeye çalıştığı suça konu eylemlikler, aksiyolojik (=değer bilimsel, ilmi kıymet) bir nitelendirmedir. *Hassemer* bu gerçeği, suç tipi ve tipiklik kavramlarını analiz ettiği monografisinde açıkça belirtmektedir. Yazara göre, kanun koyucunun amacı, gerçekte var olan, somut “tip”leri tarif etmek değil, ceza hukuku sisteminin özellik taşıyan taleplerine karşılık gelen bir “olması gereken biçimi” ortaya koymaktır¹³. O halde, suçun kanuni tanımı içerisinde yer alan (tanımlanan) unsurlar, natüralist bir biçimde algılanacak bir vaka tarifi olarak ele alınamaz. Bilakis bunlar, ya olumlu ya da olumsuz bir değer derecesinin gerçekleştirilmesine matuf betimlemelerdir¹⁴.

Hukukun, süjelerin sübjektif çıkarlarından “soyutlanmış” bir alan olduğunu belirtmeye çalışmıştık¹⁵. Kanımızca, kanuni tarifte yer alan tipiklik bir hukuka

¹² Örneğin *Önder, Yüce*’nin “suç kalıbı” nitelendirmesine, kavramın somutlaştırıcı bir anlamı haiz olduğu gerekçesiyle çekinceli bir biçimde yaklaşmakta ve “tipiklik” ifadesini daha isabetli addetmektedir. Krş. Turhan Tüfan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, C.1, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s. 273; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 40. Kanaatimizce, Alman Doktrini’nde “Tatbestand” olarak nitelendirilen kavramı, “eylem kalıbı” olarak tercüme edebiliriz ve bu bağlamda tipin eş anlamlısı olarak kullanabiliriz.

¹³ Bkz. Winfried Hassemer, **Tatbestand und Typus**, Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag KG, 1968, s. 153 v.d.

¹⁴ Bkz. Hassemer, **a.e.**, s. 150. Krş. Hareketin tanımlanmasına ilişkin bölümde ortaya koymaya çalıştığımız “olması gereken (=Sollen) karşısında tercih” kavramı; ayrıca bkz. Wolff, **Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen**, s. 16-17.

¹⁵ Krş. Birinci bölümde “haksızlık” bahsi altındaki açıklamalarımız. *Jescheck*, hukukun ve dolayısıyla hukuka aykırılığın bu fonksiyonunun önemini vurgulamaktadır. Bkz. Jescheck, **AT**, § 27, s. 274. Hukuka aykırılık ile haksızlık kavramı arasındaki farklılık burada ortaya çıkıyor. Yazar da bu

aykırılık nitelendirmesidir¹⁶ ve bu bağlamda haksızlığın objektif içeriğini oluşturmaktadır¹⁷. O halde, tipin objektif unsurlarını, başka bir ifade ile maddi unsurlarını, diğer (süjelerin) kişilerin dışsal özgürlüklerine en azından bir müdahale dercesine ulaşmış eylemliklerin tarifi olarak ele almalıyız¹⁸. Yani objektif unsurların konusu, ceza hukuku tarafından korunan hukuksal değerleri ihlal eden veya bunları tehlikeye sokan eylemliklerin tanımlanmasıdır. Kişiler arası özgürlüklerin ceza hukukunca korunma sahası olan hukuksal değeri hedef alan¹⁹ eylemlikler de, bu bağlamda tipik olarak nitelenecektir. İşte bu bağlamda; failin, anılan değer ihlalinin veya ona müdahalenin nitelik bilincine sahip olması da kast bakımından bulunması gereken bir şart olacaktır.

Suç tipinin maddi (objektif) unsurlarını şöyle tarif etmeliyiz: Suç tipi, kişiler arası dışsal özgürlükleri koruma altına alan hukuki değerlere karşı gerçekleştirilen eylemliklerin ve bunların biçimsel koşullarının tarif edildiği objektif bir nitelik ifadesidir. Sonuç olarak tipin maddi unsurlarının objektif bir **niteliği** tarif etmesini, hukukun **genel geçerliliğine** dayandırmak zorundayız²⁰. Failin fiilinden doğan sorumluluğunun ilk basamağı olan, anılan nitelik ihlaline, hukuka aykırılık özünü katan da, işte bu genel geçerlilik ihlali iradesi olacaktır. Sonuç olarak, tipikliğin maddi unsurlarının objektif bir karakter taşıdığını vurgulamalıyız. Öyle ki, eğer

gerekliği açıklayabilmek için haksızlığın sübjektif unsurlarına, “failin içsel değer yargılarıyla” dışsal objektif hukuka aykırılık arasında bir aktarma kayışı rolü biçmektedir. Krş. Jescheck, **AT**, § 24, s. 241.

¹⁶ Otto, “kanuni tip” (tipiklik) ile “haksızlık tipi” arasında bir ayrıma gitmektedir. Buna göre kanuni unsur, somut olayın bir haksızlık teşkil ettiğini ifade eder ve bu bağlamda ceza ile karşılanması gereken haksızlığın şartlarının tanımını yaparken; haksızlık tipi, failin kusurundan bağımsız bir biçimde müşahhas hale gelen haksızlığı işaret eder. Bkz. Otto, **AT**, §5, kn. 6-7, sh. 44. Bu şekliyle dahi Otto’nun belirlenimleri soyut kalmaktadır. Kanımızca tipiklik ve hukuka aykırılık bir belirti olabilir ve bu şekliyle objektif haksızlığın içini doldurur. Halbuki ceza hukuk haksızlığı ancak kusurlu haksızlıktır ve dolayısıyla isnadiyad kavramıyla doğrudan alakalıdır.

¹⁷ Suç tipinin, haksızlık ile belirttiğimiz ilişkisi dikkate alındığında suçun yapısal analizinde ayrıca bir “kanuni unsur” kavramına gerek olmadığı görülmektedir. Türk Doktrin’inde bu ayrımı sürdüren yazarlar için bkz. Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku I**, kn. 495 vd., s. 361 v.d.; Centel / Zafer / Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 231-234; Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 411 v.d.

¹⁸ Bkz. Köhler, **AT**, s. 120.

¹⁹ Bkz. Otto, **AT**, § 5, kn. 9, s. 45.

²⁰ Çıkarımlarına katılmamakla birlikte, anılan durumu tespit eden bkz. Jescheck, **AT**, § 27, s. 274. Karş. Birinci bölümde “ceza hukuku haksızlığına vücut veren genel geçerlilik ihlali kavramına” dair açıklamalarımız.

böyle olmasaydı, hatanın ceza sorumluluğuna etkisini de izah etmemiz mümkün olamayacaktı. Örneğin, bir insanın öldürülmesinin objektif, yani faili haricindeki kimseler nezdinde de bir karşılığı bulunmaktadır. Anılan öldürme fiili, bu bağlamda bir özel ve genel geçerlilik ihlalidir. Ve etikten farklı olarak ceza hukuku sadece bir başkasının özgürlüğünü temel alan geçerlilik ihlallerini gündemine alır, yoksa failin içsel arzularını değil²¹. İşte tam da bu gerekçeden ötürü, maddi unsurlar objektif nitelik taşımakta ve koruduğu hukuksal değerler açısından değerlendirildiklerinde, bir anlam kazanabilmektedir.

Bu bağlamda kastın varlığı için, öncelikle bulunması gereken “bilme unsurunu”, yani suç tipinin maddi unsurlarının bilgisini iki temel bilinç kategorisi

²¹ Birinci bölümde açıklamaya çalıştığımız üzere; finalist hareket kuramının, cezalandırılabilir eylemin başlangıç noktasını neticeyi dışlar bir biçimde, “hareketin olumsuz değeri”ne kadar geriletliğini belirtmiştik. Anılan gelişme akabinde İkinci Dünya Savaşı sonrası Alman Ceza Hukukunda “elverişsiz teşebbüsün” cezalandırılmasına gerekçe olarak, toplumsal hukuk düzenine düşmanca tavır almış olan failin hukukun genel geçerliliğini ihlal ettiği, en azından bu düzeni sarstığı yolundaki görüşler sıralanmıştır. Karş. Jescheck / Weigend, **AT**, § 50, s. 530-532. Ancak kanaatimizce hukuk sorumluluğu ile etik sorumluluğu arasındaki temel fark ve dolayısıyla herhangi bir dinî, kültürel veya ahlakî sistemden farklı olarak cezalandırılabilir “haksızlığı” belirleyen yegâne olgu hem objektif, hem de sübjektif açılardan çakışan bir hareketin bulunmasıdır. Bu sebeple 5237 sayılı TCK’da da korunan ve Türk Hukuk geleneğinde yerleşmiş şekliyle savunulan “elverişli hareketlerle teşebbüs” kabulüne taraftarız.

Yine etik sorumluluğu ile ceza sorumluluğu arasındaki farkı belirginleştiren bir hususa değinmek istiyoruz. Doktrinde *dolus subsequens* (eklenen kast) olarak nitelenen durumların hukuki anlamda bir kast sorumluluğuna vücut veremeyeceği üzerinde uzlaşılmış bir belirlenimdir. Zira hareket anında, daha doğrusu hedefe yönelen bilinçli eylemin başlangıç anında, failin ana netice yahut yan neticelerin bilgisine sahip olması ve bunları istemiş olması, kastın varlığı açısından gereklidir. Aksi halde hukuk sorumluluğundan etik sorumluluğuna kayan bir çözüm yolunu benimsemiş oluruz. Örneğin kişi taksirle bir başkasının malına zarar verir, fakat doğan neticeden (bilinçsizce zarar verdiğinin daha sonra bir düşmanı olduğunu fark ederek) memnun olsa bile, bu durumda kastın varlığından bahsedilemeyecektir. Yani hareketin başlangıcında ortaya çıkan kesin bir bilme ve isteme durumu kast sorumluluğu bakımından gereklidir. Etik sorumluluk bağlamında değerlendirme hariç, anılan örnek ve aynı doğrultudaki görüş için bkz. Otto, **AT**, § 7, kn. 19-20, s. 81. Ayrıca bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II-III, s. 291-292; Welzel, **DS**, s. 71; Jescheck/ Weigend, **AT**, s. 294. Eklenen kast kavramının kabul edilmemesi ile kanunilik prensibi arasındaki ilişkiye de değinmemiz gerekiyor (eş zamanlılık veya çakışma prensibi = Simultanitätsprinzip veya Koinzidenzprinzip). Anayasamızın 38. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suçta ve cezada kanunilik prensibinin geçerli olduğuna dair amir hüküm gereğince bir kimsenin suç teşkil eden bir eylemi gerçekleştirebilmesi için en azından eylem anında fiilin cezalandırılabilir olması gerekir. Demek ki, Anayasa cezalandırılabilir eylem için bir zaman koşulu öngörmüştür. O halde kasten gerçekleştirilebilecek suçlarda da failin eylem hakkındaki bilgisinin bulunması gerekir. Aynı şekilde kavramın zıddından eylem anından evvelki, yani hazırlık hareketi olarak kabul edilen durumlarda da, cezalandırılabilir bir eylem bulunmadığından (*dolus antecedens*, başlangıç kastı) kastın varlığından söz edilemeyecektir. Krş. Kindhäuser, **LPG-StGB**, § 13 öncesi açıklamalar, kn. 23, s. 42. Eş zamanlılık prensibi ve kast ilişkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Joachim Hruschka, **Strafrecht nach logisch- analytischer Methode**, genişletilmiş ve gözden geçirilmiş ikinci bası, Berlin New York, © Walter de Gruyter & Co., 1988, s. 1-8.

altında inceleyeceğiz. Bunlardan *ilki*, maddi unsurlara konu olan nesnelerin veya olguların algısal bilgisi, *ikincisi* ise, failin eylemliğinin nedensel gelişim üzerinde yarattığı hukuksal değer ihlalinin (veya tehlikeliliğin) doğurduğu niteliksel anlamın bilgisi olacaktır.

2.3.Maddi Unsurların Algısal Niteliği Hakkında Bilgi

Suç tipinin objektif unsurlarını, korunması gereken hukuksal yararın ihlal edilmesinin niteliğinin bir tarifi olarak ele aldığımızı belirtmiştik. Ancak her anlamsal bilgi gibi, maddi unsurların nitelik bilgisi de, temel olarak bazı algısal kavrayışların üzerinde şekillenecektir. Yani, maddi unsurlarda bulunan ve korunan hukuksal değer ihlali modeliyle bir bağ içinde bulunan her tikel algı parçacığının failin bilincinde bulunması, eylemliğin kasten icra edildiğinin tespitinde birinci basamağı oluşturacaktır.

Algısal unsurlar ve nitelik kazandıran anlamsal unsurlar arasındaki farkı açıklayabilmemiz için, öncelikle doktrinde yaygın bir biçimde kullanılan “deskriptif” (tasvirî) unsurlar ve “normatif” (değer yargısı taşıyan) unsurlar ayrımına değinmemiz gerekiyor:

Doktrinde savunulan tanımlanabilir-normatif unsurlar ayrımına göre, bazı maddi unsurlar belirli bir doğal özelliği vurgularken, diğerleri (normatif) bir hukuksal, ahlakî veya sosyal değerlendirmenin konusu olacaklardır. Yani tanımlanabilir unsurlar doğal özellikleri gereği başka bir kuralın referans alınmasına ihtiyaç duyulmadan var olan, tabii²² vakaları ortaya koyarken; normatif unsurlar, bir kural (norm) sistemi karşısında belirli bir değer yargısını da bünyesinde taşır.

Bu yaklaşıma göre, örneğin “insan”, “hayvan”, “vücut”, “organ” gibi unsurlar dış alemde var olan ve doğrudan failin algısına hitap eden unsurlar olacaktır.

²² Önder’e göre tabii unsurlar, herhangi bir değer hükmü taşımayan, dış alemde var olan, beş duyu aracılığıyla algılanabilenlerdir. Hukuki (normatif) unsurlar ise norm karşısında bir değer hükmü içermektedirler. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, s. 46 v.d. Ancak bu noktada belirtmek isteriz ki, nedenselci hareket teorisinin taraftarı olan Önder’in normatif unsurların nedensellik bağı açısından bir önem taşımadığını tespitine katılmamaktayız. Zira fiilin failine isnadının mümkün olabilmesi için, tüm maddi unsurların algısal ve anlamsal niteliğinin failce bilinmesi icap etmelidir.

“Memur”, “resmî senet”, “etnik grup”, “Türklük” gibi unsurlar ise, doğal olarak, doğrudan algılanamayan, başka bir hukuksal veya normatif referansı muhatap alınarak kavranabilecek olgulardır. Öyleyse, normatif unsurlar belirli bir hukuksal ilişkiden veya failin toplumsal yaşamından doğan fonksiyonlarıyla ilgili bir olgusal bütünlük taşıyacaktır²³.

Maddi unsurların niteliği üzerinden geliştirilen bu ayrımın temelinde *Beling*’in öğretisi yatmaktadır²⁴. Tasnifçilerin, suçun sübjektif ve objektif unsurlarını birbirlerinden yalıtık bir biçimde analiz etmeleri neticesinde “değerden yoksun” ve salt “objektif” bir tipiklik tanımı gündeme gelmiştir²⁵. Ancak, bu öğretinin suç tipinin tüm maddi unsurlarını açıklamada yetersiz kalması üzerine, algısal ve düşünsel unsurlar üzerinden bir ayrıma gidilmiştir²⁶. *Mayer, ratio cognoscendi*’ye²⁷ dayanan algısal unsurların yanı sıra, eylemin hukuka aykırılık unsuruna dahil olan ve *ratio essendi*’ye dayanan normatif unsurlardan da bahsetmektedir. Bu anlayış uyarınca, ampirik vakaların bilgisi ile bunun haricinde kalan düşünsel bilgi birbirinden farklılık arz edecek ve ikincisi hukuka aykırılığın da temelini oluşturacaktır²⁸. *Mayer*’in normatif unsurlar üzerine geliştirdiği doktrinin ceza hukuku açısından taşıdığı önem, yazarın tipikliği salt hukuka aykırılığın bir işareti olarak tanımlamamasında yatmaktadır. Bu görüşe göre, önsel olan hukuka aykırılık olacaktır ve normatif

²³ Bu ayrım için bkz. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 16, kn. 8, s. 125.

²⁴ *Beling*, hareketi “kansız bir heyula”ya benzetmektedir. Bu hareket tanımının kendi içinde tutarlı sonucu olarak yazar, suç tipinin değerden yoksun bir biçimde, başka bir ifadeyle natüralist tanımını geliştirmiştir. Buna göre; “tıpte tarif edilen hareket” ile kişinin iradi hareketinin çakıştığı durumlarda tipiklik unsuru tamamlanmış olacaktır (aktaran bkz. *Wolff*). *Wolff*, haklı olarak bu hareket tanımının ceza hukukun temelinde yer alması gereken hareket tanımı olamayacağını ve aslında hareketi bir hukuka aykırılık belirtisi olarak parantezin önüne çıkardığını ve bu suretle suçun diğer unsurlarıyla aynı seviyede ele aldığı noktasından hareketle eleştirmektedir. Bkz. *Wolff, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, s. 20; ayrıca krş. nedenselcilerle ilgili açıklamalarımız.

²⁵ Tanımlanabilir ve normatif unsurların ayrımına dair teorinin tarihsel gelişimi için ayrıntılı bilgi bkz. Roxin, **AT-I**, § 10, kn. 7 v.d., s. 282 v.d. Ayıca bkz. Kunert, **Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände**, s. 12-13; Türk Doktrini’nde tartışmayı ayrıntılı bir biçimde ele alan bkz. Ragıp Barış Erman, “*Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*” (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2006, s. 30-39.

²⁶ Bkz. Max Ernst Mayer, **Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts [AT]**, değiştirilmemiş ikinci bası, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923, s. 182.

²⁷ *Ratio cognoscendi*: ayırt edilen temel, *ratio essendi* ise: içkin temel demektir. Buna göre kanunun *ratio essendi*’si özgürlük; özgürlüğün *ratio cognoscendi*’si kanundur. Bkz. Kant, **KpV**, önsöz, s. 108, dipnot.

²⁸ Mayer’ın görüşlerinin değerlendirilmesi için krş. Roxin, **AT-I**, § 10, kn. 10, sh. 284.

unsurlar bu nedenden ötürü tipikliğin kurucu unsuru olmalıdır²⁹. O halde, maddi unsurların düşünsel-anlamsal bir algıya dayanması gerekecektir. Bu yaklaşıma göre, normatif unsurlar bir yandan tipikliğin bir yandan da hukuka aykırılığın bünyesinde bulunmalıdır: zira, haksızlığın kendisi de normatif bir belirlenimdir³⁰.

Sonuç olarak, suç tipinin maddi unsurlarının tanımlanabilir ve normatif olarak ikiye ayrılması ve daha doğrusu bu ayrımın sınırlarının belirlenmesi bir hayli zorlayıcı gözükmektedir³¹. Bu açıdan yaklaşıldığında, suç tipinin maddi unsurları hakkındaki bilginin belirlenmesinde asıl önemli olanın, eylemin anlamsal bütünlüğü hakkındaki bilgide düğümlendiğini tespit etmeliyiz. Yani mesele, niteleme (kapsam) yanılığısı kavramı dahilinde önem taşımaktadır³². Yoksa failin kavramsal düşüncesinin oluşumunda uğradığı momentlerin, örneğin ilkel anlamadan (algılamadan) kavramsal anlamaya (kavramaya) geçişte olduğu gibi³³, kast sorumluluğu bakımından esaslı bir farklılık yaratmayacağı muhakkaktır.

Hukukun kendi, bir olması gereken biçimi ortaya koyduğuna göre, ona aykırılık veya uygunluk değerlendirmesi de normatif bir referansı³⁴ gerekli kılmaktadır. Aksi halde, tabii olan hukuka aykırılıklardan bahsedilmesi gerekecekti.

²⁹ Karş. Kunert, **a.g.e.**, s. 29; ayrıntılı bilgi için bkz. Gropp, **AT**, § 6, kn. 12-13, s. 182-183.

³⁰ Karş. Kunert, **a.g.e.**, s. 30. Kanaatimizce bu noktada, yani hukuka aykırılığın bünyesinde bulunan normatif unsurlar hakkındaki bilgi ile kast sorumluluğu bakımından kurulacak ilişki önemlidir. Şöyle ki, normatif unsurların hukuka aykırılık ile taşıdıkları bağ, aşağıda inceleyeceğimiz kapsam yanılığısı veya hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata vb. kısımlarda sınırın nerden çizilmesi gerektiğinde karışıklıklara neden olabilir. Dolayısıyla mesele yine kastın kapsamında değerlendirilmesi gereken “anlamsal bilgi” ve kastın kapsamı dışında değerlendirilmesi gereken “haksızlık istenci” kavramları dahilinde çözümlenmelidir. Anlamsal bilgi, haksızlık istencinden farklı olarak süjenin eyleminin yarattığı hukuki değer ihlalinin bilincinde olmasını konu edinir. Dikkat edilecek olursa, anılan hukuki değer ihlali sadece “bir başkası ile ilişki içinde bulunan irade”nin bir belirlenimidir ve o halde, bir (kamusal) ceza hukuku haksızlığını hedefleyen ve dolayısıyla o hukuki değer ilişkisini de kapsar mahiyette normun genel geçerliliğinin ihlalini ortaya koyan haksızlık istencinden kategorik olarak farklıdır. Karş. Köhler, **AT**, s. 240-241.

³¹ Aynı yönde bkz. Udo Ebert, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, tamamen gözden geçirilmiş 3. bası, Heidelberg, © C.F. Müller Verlag, 2001, s. 44-45; Wessels / Beulke, **AT**, § 5, kn. 132, s. 50.

³² Bkz. R.B. Erman, **a.g.e.**, s. 39.

³³ Anılan geçiş momentleri ile ilgili olarak bkz. Otto, **AT**, § 7, s. 76-77.

³⁴ Etik ve sair kültürel normatif yapılar da bu referans noktasına dahil olabilirler. Ancak bunlar hukukun bir parçası olarak yer aldıklarından, tek referans kaynağının bu durumlarda dahi hâlâ hukukun kendisi olduğu savunulabilir.

O halde belki, bir ölçü birimi gibi istisnai unsurlar³⁵ hariç olmak üzere, her tikel unsurun normatif bir karşılığı bulunmalıdır. Dolayısıyla *Kunert*'in geliştirdiği tek boyutlu-iki boyutlu unsurlar ayrımı, normatif unsurların sınırlarını tanımlanabilir unsurlar aleyhinde genişlettiği nispette isabetli bir kriter ortaya koymaktadır³⁶. *Kunert*'in ayrımından hareketle şunu ifade edebiliriz: Kendi de bir değer yaratıcısı olan insan tarafından işlenmemiş olan ve doğada –kendiliğinden- bulunan her madde tek boyutlu kabul edilecektir. İnsan faktörünün ve dolayısıyla toplumsal algının işe karıştığı kavramları ise artık tek boyutlu olarak izah edebilmemiz mümkün değildir³⁷. Sonuç olarak, hukuk kurallarının doğanın kurallarının bir aşımı olduğundan hareket ediyorsak; salt tanımlanabilir bir unsurun bulunamayacağını, her halde bunların dahi, objektif olması gereken biçimiyle, yani suç tipinde talep edilen davranış biçimi vasıtasıyla korunması amaçlanan hukuksal değerlerin kapsadığı kişisel özgürlük alanıyla bağlantılı bir biçimde anlam kazanacağını, kısacası normatif bir içeriğe ulaşacağını kabul etmeliyiz.

Tanımlanabilir ve normatif unsurlar ayrımının, teorinin esasına dair kapsayıcı bir öz taşımadığını kabul etmekteyiz. Örneğin “güneş” gibi pekâlâ tanımlanabilir addolunabilecek bir kavramın dahi, herhangi bir dini veya kültürel referans karşısında üstlenebileceği normatif yüklenimleri düşündüğümüzde, ayrımın pek de sağlıklı bir zemine sahip olmadığını bir kez daha gözlemlemiş oluruz³⁸. O halde,

³⁵ Bu anlayışla tutarlı olarak istisnai örnekler sunan bkz. Roxin, *AT*, § 10, kn. 59, s. 309. Kaldı ki, saltık bilginin varlığını kabul etmediğimiz sürece doğa bilimlerinin ölçülerinin de bir rölativizm taşıdığı iddia edilebilir. Ancak bunun hukuksal değerlendirme açısından bir önemi yoktur. Verili referans aralığında ölçütü mutlak kabul edebiliriz. Örneğin yasak nesnenin belirli bir ağırlık biriminin üzerinde bir değere sahip olmasını gerektiren suç tipleri gibi. Veya sair belirli ölçütler de söz konusu olabilir: örneğin, “belirli bir miktarın üzerinde döviz bulundurmak” gibi.

³⁶ *Kunert*, haklı olarak, algılanan ile kavranan arasında bir ayrım geliştirmekte ve sadece algılananın “kanunda belirtilen maddi unsurların bilinmesi” anlamına gelemeyeceğini vurgulamaktadır. Yazara göre, kast sorumluluğunun doğabilmesi için algılananların kavranması (kavramsal bilgi) da gereklidir. Bkz. *Kunert*, *a.g.e.*, s. 91.

³⁷ *Kunert*'in öğretisine göre, bir ve iki boyutlu kavramların yanı sıra üç boyutlu kavramlar da mevcuttur. Yazara göre, üç boyutlu kavramların temelinde özellikle istikbale dair tecrübi bilgi bulunmaktadır. Bilhassa, tehlike suçlarını bu kavramlara örnek olarak gösteren *Kunert*, bunları tahmini unsurlar başlığı altında tanımlamaktadır. Bkz. *Kunert*, *a.g.e.*, s. 105-107. Kanaatimizce, bu kavramlar, hukukça korunan bir özgürlüğün ihlali ihtimalinin yarattığı aktüel etkiden (somut tehlike suçları) doğmaktadır ve bu sebeple de bilginin kapsamında yer alır.

³⁸ *Kunert*, benzer –tarihsel- bir örnek olarak, 16. yüzyıl teolojisinin yerlileri “insan” olarak addetmemesini ve onların katlinin on emrin beşincisinin ihlali manasına gelmeyeceğini iddia etmesini göstermektedir. Karş. *Kunert*, *a.g.e.*, s. 90 ve dn. 1. Nitekim *Erman* da, “insan” kavramının doğum ve

kastın bilme unsurunun ilk basamağı olarak kabul ettiğimiz maddi unsurların algısal kavranışından (bilinmesinden) anlamamız gereken ne olmalıdır?

Hukuk, (*belirli*) insan davranışlarının bazılarının gerçekleştirilmesini yasaklayabilir veya bunların gerçekleştirilmesini, yükümlülük altına soktuklarına emredebilir. İşte suç tipi de, hukukun bu normatif isteğinin bir tanımıdır. Her hüküm metninde olduğu gibi, suç tipinde de anlamsal bir içerik vardır ve bu anlamsal hedef kendini ancak bir hüküm cümlesi ile var edebilir. Zira her anlamsal bütünlük taşıyan cümle, belirli bir hedefe yöneliktir³⁹. Süjenin kastının belirlenmesinde ilk uğraşımız, hüküm cümlesini (= “protatis”) oluşturan **sözcük** ve **söz öbeklerinin** her birinin tikel anlam karşılığının failce bilinmesini gerektirir. İster “tanımlanabilir” isterse “normatif” olsun, tikel söz parçalarının anlamının bilinmesi, hüküm cümlesinin ve onun karşıladığı hukuksal değer ihlali olgusunun fail indinde canlandırılmış (idrak edilmiş) olduğunun birer önsel belirleyeni olacaktır. O halde, maddi unsurların algısal bilgisinin hüküm cümlesinin anlamsal bilgisi ile bir farkı mevcuttur. Zira cümlelerin altındaki her parçanın da kendi içinde bir anlamsal yüklenimi mevcuttur. İşte bu ilk basamak, failin kastının kapsamında yer alacak ve anlamsal bilgi, ancak bu şartla idrak edilebilecektir. Özetle, failin **fiile ilişkin** (= “faktisch”) her tikel unsurun **kavramsal bilgisine** sahip olması gerekmektedir⁴⁰.

2.3.1. Failin Kendi Hakkındaki Bilgisi

Suç tipi belirli bir insan davranışının tipikleştirilmesidir. Bununla beraber, suç tipini oluşturan eylem kalıpları da, aynı zamanda failin niteliğini tanımlar. Bu

ölüm gibi kavramlara ve bunların hukuki karşılıklarına nispetle görece bir anlam taşıdığını örnek olarak ileri sürmektedir. Bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 35; benzer itirazlar için bkz. Jakobs, **AT**, § 8, kn. 48, s. 288.

³⁹ *Hassemer*, suç tipini oluşturan hüküm cümlesinin bir sentaks düzlemi bir de semantik düzlemi bulunduğunu ileri sürmektedir. Tipikliğin semantik düzlemde analizi aslında bir “manevra sahası” yaratmaktadır. İşte bu noktada *Hassemer*, hermenötik vasıtasıyla bu alanın doldurulabileceğine işaret etmektedir. Hukuk mühendisliği açısından önem taşıyan bu düzlemler, kanun koyucunun bir (suç tipini) hükmü inşa ederken göz önünde bulundurması gereken unsurlardır. Kıyas yasağı ile yorum serbestisi arasındaki sarkacın salınım alanını belirleyen de, bu metodolojik analiz olmalıdır. Karş. *Hassemer*, **a.g.e.**, s. 26-34, 35; ayrıca hermenötik metod ile ceza hukukundaki kıyas yasağı arasındaki ilişki için bkz. s. 160-165.

⁴⁰ “*Fiile ilişkin ampirik cevherin (tözün)* bilgisi” bkz. Kristian Köhl, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, yeniden hazırlanmış 5. bası, München, © Verlag Franz Vahlen, 2005, § 5, kn. 91, s. 95; Ebert, **AT**, s. 57; Jakobs, **AT**, § 8, kn. 48 v.d., s. 288; “ampirik tikel unsurların yapısal bilgisi” bkz. Köhler, **AT**, s. 150.

anlayışa göre, her hareket suç tipinde belirlenmiş olan bir süje kategorisinin “eseri” olmalıdır. O halde, süjenin niteliği, tipin maddi unsurlarının bilgisi bağlamında değerlendirildiğinde kastın kapsamında bulunması gereken bir kavram olarak karşımıza çıkacaktır. Suç tipleri, “her kim” ifadesinde olduğu gibi, genel olarak süje olma vasfını haiz bulunan bütün kişileri konu edinebileceği gibi –*delicta communia*⁴¹; münhasıran bazı kimseleri de “memur, asker kişi, hakim, tehlikenin (objektif ve subjektif) yaratıcısı olan kimse vb.” kapsamına almış olabilir- *delicta proprium*⁴².

Birinci durumda, yani kanunun “her kim” diye ifade etmeye çalıştığı tip tanımında, süjenin niteliği bir genellik arz etmektedir. Kanaatimizce burada, kişiden (“her kim”) ifadesiyle kast edilen, objektif olarak hareket etme niteliğini haiz bulunan, yani objektif/subjektif isnadiyada elverişli bulunan kimselerdir. Dolayısıyla, anılan soyut kişinin, somut durumda da isnad yeteneğini (kusur yeteneğini) bünyesinde taşıması gerekecektir⁴³. Ancak “her kim” ifadesi bir ehliyetlilik soyutlaması olduğundan, failin normun varlığını bildiği (haksızlık/hukuk bilincine sahip olduğu) durumlarda, dolayısıyla kendini normun muhatabı addettiği durumlarda, kendinin niteliği (süje niteliği) hususunda yanılmış olması kast sorumluluğunu etkilemeyecektir⁴⁴. Zira bu gibi hallerde normun yarattığı yükümlülük, bir genellik, dolayısıyla da bir objektivite taşımaktadır^{45, 46}.

⁴¹ Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, s. 43.

⁴² Belli bir niteliği haiz sùjeleri konu edinen suçlara mahsus suçlar adı verilir. Bkz. İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, s. 90.

⁴³ Aksi yönde bkz. Köhler, **AT**, s. 136. İdealist ekolün bir temsilcisi olan Köhler dahi, “her kim” ifadesinin soyut olarak insanı hedeflediğini; dolayısıyla somut olayda “kişinin” isnad kabiliyetinin bulunup bulunmadığının ardıl bir değerlendirme olması gerektiği yönünde görüş bildirmektedir. Ancak kanaatimizce, akıl hastası veya yaş küçüklüğü hallerinde bulunan kimselerin –en azından algı yeteneğine tesir eden rijit akıl hastalarında veya dünya algısı henüz şekillenmemiş küçük yaştaki çocuklarda- eylemliklerinin kendilerine subjektif isnadı mümkün olmamalıdır.

⁴⁴ Isnad yeteneği olmayanların kasten hareket edebileceklerine ilişkin kabullere tasnifçi ekolde de rastlanılmaktadır. Örneğin Radbruch, isnad yeteneği olmayanların aslında kasten veya taksirle hareket edebileceklerini, dolayısıyla asıl meselenin eylemin kusursuzluğu üzerinden değil ceza hukuku nezdindeki öneminden yani cezai ehliyetin var olup/olmadığı meselesinde düğümlendiğini belirtmektedir. Bkz. Radbruch, **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, s. 97.

⁴⁵ Aksi yönde bkz. Larenz, **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung**, s. 92-93. Larenz, diyalektik bir çıkarımla, isnad yeteneği bulunmayanların da “kendinde” (=an sich) kişi olduklarını ve bu sebeple hukuk tarafından “tanınmaları” gerektiğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla, kendinde kişinin eylemlikleri objektif olarak hukuka aykırılık vasfı taşıyabilecektir. Bu ayırım, hukuka aykırılığın objektivist karakteri bakımından tutarlıdır, ancak kendinde kişiye subjektif

Buna karşın, bazı suç tiplerinde kanun koyucu, bir takım nitelikleri haiz bulunan kimseleri belirli bir biçimde davranma veya davranmama⁴⁷ yükümlülüğü altına sokmuştur. Dikkat edilecek olursa, bu neviden suç tiplerinde suçun süjesini karakterize eden yükümlülük ilişkisi aslında kanun veya başka bir ifadeyle norm öncesi bir ilişkiden doğmaktadır. Dolayısıyla, genellik arz eden süje tipolojisi ile anılan durumlar arasında farklılık mevcuttur. Anılan suç tiplerine dair hareketin kasten işlendiğinin kabul edilebilmesi için, failin kendi niteliğini belirleyen **fili** veya **hukuki** durumun bilgisine sahip olması gerekecektir.

Bu bağlamda, özellikle ihmali suçlara ve ihmali suç failinin kendi niteliğine dair yanlışlığına değinmemiz gerekiyor. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, failin garantörlük konumuna (= Garantenstellung) ilişkin bilgisi tipin maddi unsurları kapsamında değerlendirilirken, garantörlük yükümlülüğüne (= Garantenpflicht) dair bilgi hukuka aykırılık bilinci kavramı altında değerlendirilecektir⁴⁸. Bu görüşün tutarlı sonucu olarak garantörlük konumu hakkında, yani içinde bulunduğu garantörlük yükümlülüğünün maddi unsurlarının gerçekleştiği hususunda hataya düşen kimsenin kastı kalkacaktır. Buna karşın içinde bulunduğu durumun maddi unsurları hakkında bilgisinin objektivite ile çelişmemesine rağmen, hukuk düzeninin kendisinden sorumluluğuna yol açacak yönde davranmasını gerektiren bir yükümlülük yaratmadığını zanneden fail ise, haksızlık bilincinin bulunmaması sebebiyle kural olarak kusursuz kabul edilecektir.

isnadın mümkün olmaması ve kast sorumluluğun ancak bu şartın tamam olması halinde gündeme gelebilmesi sebebiyle kanaatimizce anılan –sübjektif veya objektif nitelikteki- bilinçsizlik durumları ceza hukuku haksızlığına vücut verememelidir.

⁴⁶ Stratenwerth/ Kuhlen anılan yükümlülükleri “objektif”- “faiile alakalı” unsurlar olarak tanımlamaktadır. Bkz. Stratenwerth/ Kuhlen, **AT-I**, § 8, kn. 3, s. 86. Kanımızca bu durum aslında “her kim” ifadesinin objektivist niteliğine işaret etmektedir ve dolayısıyla hata teorisinin konusunun dışında kalmakta ve isnad yeteneği bahsine girmektedir.

⁴⁷ Örneğin gerçek olmayan ihmali suç faili. Bkz. Gropp, **AT**, § 11, kn. 8, s. 410, Otto, **AT**, § 9, kn. 17, s. 160.

⁴⁸ Jescheck / Weigend, gerçek olmayan ihmali suçlarda sadece garantörlük konuma dair bilginin kastın kapsamında bulunduğunu; “hareket yükümlülüğünün” ise icrai suçlardaki “ihmal yükümlülüğü” gibi hukuka aykırılık unsurunun bir parçası olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Jescheck / Weigend, **AT**, sh. 631; aynı yönde Wessels / Beulke, **AT**, kn. 732, s. 285. Bu görüşün tutarlı sonucu olarak “emir yanlışlığı” (=Gebotsirrtum), haksızlık hatası başlığı altında incelenmelidir. Bkz. Gropp, **AT**, § 11, kn. 12, s. 411; Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Şubat 2003, s. 241-242; Erman, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s. 186, 188.

Garantörlük yükümlülüğünün kastın kapsamı dahilinde değerlendirilemeyeceğini savunan⁴⁹ *Jakobs*, garantörlük konumunun içeriğinin belirlenmesi hususunda “olguların ancak kendilerinde içkin olan sosyal bağlamda” bir karşılık bulabileceğini ve dolayısıyla anılan unsurların “normatif” nitelikte olduklarını vurgulamaktadır⁵⁰. Eğer garantörlük konumu hakkındaki bilginin, normatif unsurlar üzerindeki bilgi olduğunu kabul edersek, hemen yanıtlanması gereken soru; anılan normatif yapının ilgili olduğu referans noktasının ne olduğu olacaktır. Garantörlük konumunun normatif içeriği, ancak kendini garantörlük yükümlülüğünün sınırları dahilinde var edebileceğinden, adî mantık silsilesi içinde bile garantörlük yükümlülüğünün garantörlük konumuyla beraber failin kastının tespitinde dikkate alınması gerektiği kabul edilmelidir⁵¹. Failin maddi koşulları algılayabilmesi, ancak o koşulları var eden “normatif” içeriğin yani garantörlük yükümlülüğünün bilinmesi ile mümkün olabilecektir⁵².

İhmali suçlar bir eylemsizliğin, yani bir yokluğun⁵³, ceza hukuku nezdinde yarattığı bir sorumluluğa işaret ederler. Hareketi tanımlamaya çalıştığımız yukarıdaki bölümde yer alan açıklamalarımızda bir “yokluğun” bir kimseye ait olabilen bir varlığa dönüşmesinin, ancak bir “olması gereken” ifadesi olan norm karşısında takınılan tavır ile açığa çıkabileceğini belirtmiştik. O halde, öncelikle olması gerekenin, yani somut garantörlük yükümlülüğünün bilinmesi üzerinde inşa edilebilecek bir garantörlük konumu bilinci, kastın temelini oluşturabilecektir. Bu

⁴⁹ Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 29, kn. 89, s. 838-839. *Jakobs*, “kurumsal güvencelerden doğan sorumluluk” ile “bir planın icrası çerçevesinde ortaya çıkan durumlardan doğan sorumluluk” hallerini birbirinden ayırmaktadır. Yazara göre her iki halde de ya norm ile ilgili bir belirlenim ya da içeriği norm tarafından doldurulan bir olgu söz konusu olacak ve dolayısıyla anılan unsurlar, normatif olarak kabul edilecektir.

⁵⁰ Bkz. *Jakobs*, **AT**, §29, kn. 90, s. 839.

⁵¹ Aynı yönde bkz. *Stratenwerth /Kuhlen*, **AT**, § 13, kn. 74-75, sh. 353. Aksi yönde *Kühl*, **AT**, § 18, kn. 129, sh. 569-570. *Kühl*, garantörlük yükümlülüğünün suçun genel nitelikte bir unsuru olduğunu (hukuka aykırılık veya eylemin genelini değerlendiren unsurlar neviden olduğunu) iddia etmektedir. Katılmadığımız bu görüşe göre “fiili durumdan” (garantörlük konumundan) hukuki bir netice (garantörlük yükümlülüğü) doğacağı kabul ediliyor. Benzer yönde bkz. *Erman*, **a.g.e.**, sh. 187.

⁵² Aynı görüşte bkz. *Wilhelm Gallas*, **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1968, s. 41.

⁵³ *Radbruch*’un (A)’nın (A değil) ile asla aynı nitelikte olamayacağına ve dolayısıyla müşterek bir üst kavram altında tasnif edilemeyeceğine ilişkin değerlendirmesine işaret ediyoruz. Bkz. *Radbruch*, **a.g.e.**, s. 131 v.d.

noktada hukuka aykırılık bilinci ile garantörlük yükümlülüğü bilgisinin birbirine yaklaştığı kabul edilebilirse de⁵⁴, aslında birbirinden ayrı kavramlardır. Yani failin eylemsizliği ile neden olduğu sonucun ona isnad edilebilmesi için, failin zihninde somutlaşmış olan garantörlük yükümlülüğünün yarattığı maddi vakaların da bilincinde olması gerekecektir.

2.3.2. Tipik Netice Hakkındaki Bilgi

Çalışmamızın birinci bölümünde hukukun, özgürlükler alanı olduğunu ifade etmeye çalışmıştık. Kanımızca hukuk, süjelerin öznel çıkarlarından soyutlanmış bir biçimde genel çıkarı temsil eder. Bu bağlamda hukukun bir dalı olan ceza hukukunun aslı fonksiyonu, süjelerin hukuk tarafından tanınan özgürlük alanlarını (sferlerini) zor kullanımına karşı koruması ve dolayısıyla kendi genel geçerliliğini de muhafaza etmesidir. Ceza hukukunda korunan hukuksal değerler, aslında dar anlamda netice kavramının içinde ele alınmalıdır.

2.3.2.1. Dar ve Geniş Anlamda Netice Hakkındaki Bilgi: Zarar Suçu ve Tehlike Suçu Ayrımı

Kanun koyucunun belirlediği her suç tipi aslında dışsal bir özgürlüğün tarifini de bünyesinde barındırmalıdır. Suç tiplerinin tanımları vasıtasıyla hukuk, kişiler arası özgürlük ilişkilerini ve bunlardan doğan hukuksal değer kavramını da belirgin hale getirir. Dolayısıyla her suç tipinin ilgili olduğu bir –veya birden fazla- özgürlük alanı ve bunların mecmuası olarak da hukuksal değer veya değerler mevcuttur. Hukuksal değeri, hukuk tarafından korunması gereken özgürlük alanları bağlamında ele almadığımız takdirde, ceza hukukunun salt sübjektivist bir yöne sevk olabileceği ve dolayısıyla eylem sorumluluğundan, failin tehlikeliliğinin bertaraf edilmesine doğru yönelebileceği tespitini birinci bölümde ifade etmeye çalışmıştık⁵⁵. Bu bağlamda

⁵⁴ “Genellikle ihmalî suç faili maddî hukuka aykırılık bilgisine sahip olmaktadır.” Bkz. Jakobs, AT, § 29, kn. 90, s. 839; “(İhmalî suç failinin) kastı ile hukuka aykırılık bilinci ayrı kavramlar olmaya devam ederler ancak ihmalî suç kastı genellikle hukuka aykırılık bilincine vasıta olur... Ayrıca garantörlük yükümlülüğünün bilincinde olan fail, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından hareket ettiği hallerde hukuka aykırılık bilincine sahip olmayabilir.” Bkz. Köhler, AT, s. 232.

⁵⁵ Son yıllarda ceza hukukunda failin tehlikeliliğinin bertaraf edilmesini hedef alan bir eğilim baş göstermiştir. Jakobs’un öncülüğünde gelişen “düşman ceza hukuku” anlayışının temelinde bir takım suç faillerinin hukuk sferinin dışında telakki edilebilmesine imkan sunulması ve dolayısıyla bu kimselere kusurlu eylemlerinin karşılığı olan ceza yerine; toplum açısından yarattıkları tehlikeliliğin bertaraf edilmesine dönük ölçütlerin uygulanabileceği görüşü yatmaktadır. Bkz. Günther Jakobs:

konu ele alındığında kastın bilme unsurunun kapsamı gereken –geniş anlamda- “netice” kavramının, hukuksal değerin yukarıda izah etmeye çalıştığımız içeriğiyle anlaşılması gereğini ifade etmek isteriz.

Hukuki değer ihlalini konu edinen “netice haksızlığı” (= “Erfolgsunrecht”) kavramı, aslında doğrudan bir başkasının özgürlük alanına bir müdahaleyi işaret etmektedir. Bu noktada temel bir ayrıma temas etmek isteriz: Her suçun ve dolayısıyla her ceza hukuku haksızlığının belirli bir (olumsuz) hukuksal değeri kazanabilmesi, ancak ve ancak onun hukuk tarafından tanınan herhangi bir özgürlük alanıyla bağlantısının kurulması ile mümkün olabilecektir⁵⁶. İster var olan özgürlüğün doğrudan ihlali veya ortadan kaldırılması olsun, isterse suç tipine göre anılan özgürlük alanına müdahale biçiminde gerçekleşen bir özgürlüğün ihlali tehlikesini somutlaştırma olsun, her suç tipinde tanımlanan hukuksal değer ancak kendini –geniş anlamda- “netice” kavramıyla tanımlayabilecektir. O halde, ceza hukuku haksızlığını oluşturabilen her durumda, geniş anlamda bir neticenin varlığından söz edilmesi gerekecektir.

Geniş anlamda “netice” ile dar anlamda “netice” kavramları arasında şöyle bir ayrım ortaya koymalıyız. Geniş anlamda netice; ister doğrudan ihlal, isterse ona bir yönde tesir etme biçiminde olsun, kişisel özgürlük alanına müdahale anlamına karşılık gelen her türlü durumu ifade eder. Dolayısıyla, örneğin “zarar suçu” veya “tehlike suçu” ayrımı yapmaksızın veya dar anlamda tipik neticenin doğmuş olup olmamasına bakmaksızın (teşebbüs durumu) ortaya çıkan, başka bir ifade ile failden doğup objektifleşmiş olan her durumu kapsamına almaktadır. Dikkat edilecek olursa,

“*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*“ **HRR-Strafrecht 3/2004**, sh. 88–95. Kanımızca, *Jakobs*, kişi kavramının normatifliğini dejenere etmek suretiyle tezlerine hukuk içi bir dayanak bulma çabasıdır.

⁵⁶ İşte bu noktada, yani doğrudan veya dolaylı olarak bir kimsenin özgürlük alanına müdahale anlamında gelmesi gereken geniş anlamda netice kavramıyla uyuma içerisinde olmayan “elverişsiz teşebbüs” ve salt etik değerler alanından hareketle geliştirilen suç tipleri meselesine değinmemiz gerekiyor. Yerinde bir biçimde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu teşebbüsün varlığı açısından Türk Ceza Hukuku geleneğinde kabul edildiği biçimiyle “elverişli hareketler” kriterini benimsemiştir. Ancak aynı tutarlılığın çocuk pornografisi hususunda tam anlamıyla gösterildiğini ifade edemiyoruz. Zira TCK m. 226/ f.3’te yer alan suç tipinde yer alan “bulundurma” biçiminin, eğer fail anılan yönde eylemliğiyle herhangi bir piyasa hareketine neden olmamışsa bu durumun cezalandırmanın kapsamı dışında kalması gerekmelidir. Zira anılan sınırlara tecavüz etmemiş olan failin herhangi bir kimsenin (kişi veya toplum) dışsal özgürlüğüne müdahalede bulunduğu ve dolayısıyla cezalandırmaya elverişli bir hareket gerçekleştirmiş olduğu kabul edilemez.

bu noktada objektifleşme kriteri olarak, doğrudan veya dolaylı olarak her hangi bir özgürlüğe somut olarak müdahale imkanı sunan durumları ifade etmekteyiz. İşte, eylem ceza hukukun dayanağını oluşturan ve onu etiğin salt içsel sorumluluk kalıplarından ayıran en temel özellik, yukarıda izah etmeye çalıştığımız biçimiyle “failin iradesinin objektifleşmesinin” kriteri olarak dışsal bir özgürlüğün –en azından- somut olarak bir tehlike altına girmiş olmasının kabulünü gerektirmesidir. Bu sebeple, kesinlikle salt “hareketin olumsuz değerinin” veya başka bir ifade ile “hareketin yarattığı haksızlığın” ceza hukuku haksızlığı olan suça vücut verebilmesini olanaklı kabul etmemekteyiz, aksi halde tamamen etik sorumluluğundan doğan “elverişsiz teşebbüs hallerinde ceza uygulanmasını” da kabul etmemiz gerekecektir⁵⁷.

Dar anlamda netice ise, hukuk tarafından korunan bir hukuksal değer, başka bir ifade ile bir özgürlük alanının ya yok edilmesi ya da doğrudan ihlal edilmesi durumlarını ifade etmektedir⁵⁸. Örneğin kasten adam öldürme suçunu işleyen fail, bir başkasının yaşam hakkını (özgürlüğünü) ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla burada dar anlamda netice meydana gelmektedir. Ancak anılan eylem (elverişli) teşebbüs aşamasında kalsaydı, o halde dar anlamda neticeden yani bir özgürlüğün doğrudan ihlalden değil, ancak anılan özgürlüğe bir müdahaleden, ona bir yönde tesir etmekten, onu ihlale imkan verebilecek düzeyde (somut) tehlikeye neden olmaktan bahsedilebilecektir (geniş anlamda netice). Dolayısıyla, sonucularında yani somut tehlike suçlarında veya teşebbüs halinde kalan tipik netice suçlarında, bir tehlike neticesinden bahsedilebilir⁵⁹.

⁵⁷ Rüping/ Jerouscheck, “Alman ceza hukukunda 1880’den beri sübjektivist teorilerin hakim olduğunu (RGSt 1, s. 439 v.d.)” ve bu etkinin 2. Dünya Savaşı sırasında artarak sürdüğünü belirtmektedir. Yazarlara göre bu gelişmenin arkasında yer alan olgu, Alman Ceza Hukukunun fail ceza hukukuna dönük meylidir. Karş. Rüping/ Jerouscheck, **Grundriß der Strafrechtsgeschichte**, kn. 283, s. 112.

⁵⁸ Özek’in siyasi iktidar düzeni ve işlevleri aleyhindeki suçları tanımlarken kullandığı netice-tehlike ilişkisi ve teşebbüsün hukuki değer üzerindeki somut tehlike olarak tanımlanması görüşlerimizi destekler içeriktedir. Karş. Çetin Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1967, s. 122-123 ve 418-421.

⁵⁹ Aksi görüş için bkz. Vesile Sonay Daragenli, “*Tehlike Suçları*”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, No: 8, 1999, s. 166-167. Daragenli, teşebbüsün cezalandırılmasının esasını korunan hukuksal yararın tehlikeye sokulmasının önlenmesi olarak tanımlamasına rağmen, tehlike suçlarının “bağımsız olarak düzenlendikleri” gerekçesiyle, başka bir normu referans almadan uygulanabileceklerini ifade

Açıklığa kavuşturmamız gereken bir husus da şudur: Doktrinde soyut tehlike suçları diye nitelendirilen suç tipleri, ceza hukukunun yukarıda tanımlamaya çalıştığımız temel karakteri sebebiyle herhangi bir objektivitenin doğmasına imkan sunamayacağından cezalandırmanın kapsamı dışında bırakılmalı yahut en azından anılan suç tiplerinin herhangi bir dışsal özgürlüğü ihlale somut olarak imkan sunan bir düzeyde tehlikelilik yaratılması halleriyle sınırlandırılarak uygulanmalıdır⁶⁰. Kısacası, soyut tehlike suçlarından dolayı *cezalandırmayı* kusur prensibine aykırı olarak kabul etmekteyiz. Aslında kabahatler hukuku bakımından geçerli olan netice sorumluluğu, soyut tehlike suçları ile aynı hukuksal zemine sahiptir⁶¹. Dolayısıyla soyut tehlikelilik suçları, kabahatler düzeyindeki bir sorumluluk kalıbının ceza normu derecesine yükseltilmesi manasına gelecektir. Yani soyut tehlike suçlarının varlığı kabul edildiği takdirde, eylemin faile sübjektif isnadiyatından vaz geçilmiş olacaktır ki, bu durum hem Anayasanın hem de Türk Ceza Kanununun irade kusuruna dayanan sorumluluk anlayışına ters düşecektir. O halde de, olması gereken soyut tehlike suçlarının tespitinde özgürlük sferine dolaylı bir müdahale anlamına gelecek olan eylemliliğin netice bakımından elverişli olması kriterini kullanmalıyız.

etmektedir. Kanaatimizce, teşebbüs düzenlemesi, kanunda tarif edilen her zarar suçu neticesinin ihlalini somut olarak ihtimal dahiline sokan tehlikelilikleri cezalandırmaya dönük bir anlama sahiptir.

⁶⁰ Hilgendorf, tehlikenin tabiatı gereği “soyut” bir kavram olamayacağı, ancak hukuksal değer ile bağlantılı bir biçimde anlam kazanabileceğini ve sonuç olarak da bir nedensellik problemi olduğundan bahisle “soyut tehlike suçlarının” varlığını inkar etmektedir. Bkz. Eric Hilgendorf, “Yeni Medya Araçları ve Ceza Hukuku”, çev. Mehmet Cemil Ozansü, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, (haz.) Kayıhan İçel- Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi no: 7, Ankara, © Seçkin Yay., 2007, s. 275.

⁶¹ Kabahatler Kanunun (KbK. m. 9), ceza hukukunda yer alan kural sorumluluk biçimi olan “kast” sorumluluğunu, “taksir” sorumluluğuna dönüştürmesi, bu hukuk alanının objektivist karakterinin en önemli göstergelerinden biridir.

Kanımızca, kabahatler hukukunun temelinde; failin herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmemesine, yani hukukun özel geçerliliğini ihlal etmemesine rağmen, normun genel geçerliliğini ihlal etmiş olmasından kaynaklanan bir haksızlık biçimi bulunur. İşte ancak bu durumda ihlalin kendi, başlı başına yaptırıma bağlanabilir. Örneğin *Köstlin, polisiye haksızlık* (= “polizeiliches Unrecht”) adını verdiği bu gibi durumlarda hukukun somut olarak ihlal edilmediğini, sadece *hukuk düzenin bir tehlikeye* sokulduğunu vurgulamakta ve suç oluşturan haksızlıklar ile anılan haller arasında niteliksel bir farklılığın bulunduğunu ifade etmektedir. Aktaran bkz. Ramp, **Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer**, s. 120-121.

Başka bir deyişle soyut tehlike suçlarını “somutlaştırarak”, yani somut tehlike suçlarına dönüştürerek yorumlamalıyız⁶².

2.3.2.2. Eylem Objesi Kavramı ve Objede Yanılma

Netice kavramı dahilinde değerlendirmemiz gereken diğer bir husus da eylemin objesi⁶³ kavramıdır. Suç tipinde kanun koyucu bir özgürlük alanına dayanan hukuksal değeri tarif ederken, anılan hukuksal değer alanını belirli bir obje biçimiyle bağlantılı olarak da tanımlamış olabilir. Örneğin mala zarar verme suçunda “mal”, tipik eylemin ve buna bağlı olarak korunan hukuksal değer, yani mülkiyet hakkı ve onu geliştirme hürriyetinin maddi konusunu oluşturmaktadır. O halde suç tipinde tarif edilen ve hukuksal değer ile anlam kazanan özgürlüğün failin eylemi ile konu edinilen nesnesine, eylemin objesi denecektir. Suç tipinde tarif edilen obje, bir soyut hareket modeli tarifi olan suç tipinin içinden failin eylemiyle ortaya çıkan, yani somutlaşan bir olgu olacaktır. Sonuçta, eylemin objesi ile suç tipiyle korunan özgürlük birbirinden farklı kavramlardır⁶⁴.

Bu ayrımın doğal sonucu olarak “mağdur” ile “eylemin objesi” kavramlarının da birbirinden farklı içeriklere sahip olduğunu belirtmemiz gerekir. Mağdur, failin hareketi neticesinde hukuk tarafından korunan ve bir özgürlüğü etkilenmiş olan kimsedir. Ancak eylemin objesi, tipik netice ile zorunlu bir bağ taşıyan ve dolayısıyla

⁶² Kanımızca *Ünver*’in soyut tehlike suçlarının cezalandırılmasına gerekçe olarak ortaya koyduğu “ihlal” kriteri görüşlerimizle uyumludur. Zira sadece bir *kuralın* ihlal edilmesi demek olan soyut tehlike, somut tehlike ile karşılaştırıldığında bir düşük derecedeki nitelik yargısı ortaya koyar. Bu bakımından, soyut tehlike suçları sadece toplumsal bir fonksiyon yerine getirebildiği ölçüde makul karşılanabilse de, yine de kanımızca teorinin dışındadır. *Ünver*, soyut / somut tehlike suçlarına dair toplumsal pratiğe dayalı çözüm yolları öneriyor. Yazara göre mesela düşünce özgürlüğü ve kitle iletişim özgürlüğü gibi konularda soyut tehlike suçları somut tehlike suçlarına dönüştürülerek uygulanmalıdır. Yani *Ünver*, soyut/somut tehlike suçlarına ilişkin olarak toplumsal pratiğe göre şekillenen bir ayrımın daha isabetli olacağını savunuyor. Karş. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ocak 2003, s. 964-971 ve 1067.

⁶³ Eylemin objesi kavramının doktrinde “suçun konusu” olarak da nitelendirildiğini belirtmeliyiz. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 189. Saded ve mevzu manasına gelen “konu” kelimesinin, süjenin (failin) “karşısına koyduğu” ve dolayısıyla hareketiyle bağı kurduğu “obje” kavramını tam olarak karşılamadığı kanaatine ulaştığımızdan; anılan unsura ilişkin nitelendirmede “eylemin objesi (nesnesi)” teriminin daha kullanışlı olabileceğini düşünmekteyiz.

⁶⁴ *Gropp* da bu farka işaret etmekte ve hukuksal değer düşünsel bir değer belirlenimi olduğunu ve bunun vasıtasıyla suç tipinin yorumlanacağını belirtmektedir. Buna karşın eylemin objesi, tipik neticeyi gerçekleştirebilmeye matuf olarak failin eyleminin zorunlu sonucu olan nesnedir. Bkz. *Gropp*, AT, § 5, kn. 7-8, s. 146, 147.

salt eylemlilik alanında bulunan bir kavramdır. Yani eylemin nesnesi, eylemin dışsallaşması (objektifleşmesi) momentinde ortaya çıkan bir kavram iken, mağduriyet eylemin yarattığı kişiler arası hukuk ihlalinin bir neticesidir.

Doktrinde her suç tipinde bir eylem objesinin bulunup bulunmadığı hususu tartışmalı gözükmektedir⁶⁵. Zarar suçlarında ve bilhassa bireysel değerlerin tanımlandığı suç tiplerinde eylemin objesi ile hukuksal değer arasındaki yakın bağ anılan problemin üstünü örtmekteyken⁶⁶ konu tehlike suçlarına geldiğinde tekrar her suç tipinde bir eylem objesinin bulunup bulunmayacağı tartışması gündeme gelmektedir⁶⁷. Yukarıda izah etmeye çalıştığımız üzere, “soyut” tehlike suçlarının varlığının kabul edilmesi halinde, anılan problem daha da kesinleşecektir. Zira objeyi, hukuksal değer ihlaline vücut veren eylemin bir somutlaşması olarak tarif ettiğimizde, failin eyleminden doğan “soyut tehlikeliliğin” normun varlığının ihlalden başka maddi/objektif bir neticeye neden olmadığını ve dolaylı da olsa herhangi bir özgürlük alanına müdahale anlamı taşımadığını belirtmiştik. O halde, cezalandırmaya konu edilebilecek bir eylemin bulunmadığı ve bu sebeple cezalandırılmasının kusur prensibine aykırılık teşkil ettiği⁶⁸ soyut tehlike suçlarında,

⁶⁵ Örneğin *Gropp*, Alman Ceza Kanununun 316. paragrafında tanımlanan “trafik güvenliğini tehlikeye sokma” suç tipinde herhangi bir eylem objesinin bulunmadığını vurgulamaktadır. Bkz. *Gropp*, **AT**, § 5, kn. 9, s. 147. Aşağıda açıklayacağımız üzere, “soyut tehlike” suçlarına örnek olarak gösterilebilecek olan bu suç tipinin somutlaştırılması ancak eylem nesnesinin tespit edilebilmesi ile mümkün olabileceğinden bu görüşe katılmamaktayız. Alman Ceza Kanununda “trafik güvenliğini tehlikeye sokma” suçunun somutlaştırılarak tanımlandığı (“...başkalarının vücut bütünlüğünü veya yaşamını yahut mallarını önemli derecede tehlikeye sokan...”) bir paragraf (§ 315c) bulunduğundan, bir soyut tehlike suçu olan 316. paragrafa ihtiyaç bulunmamaktadır.

⁶⁶ Bkz. *Stratenwerth / Kuhlen*, **AT**, § 8, kn. 12, s. 88. Yazarlar eylem objesi kavramının hukuksal değerle karıştırılmaması gerektiğini ısrarla vurgulamaktadırlar. Özellikle “düşünsel” veya “sosyal” değer neviden kavramlarla eylem objesi teriminin kapsamının haddinden fazla genişletilmesine karşı çıkmaktadırlar. Hakikaten hukuksal değerın yeniden ifadesinden başka bir şey olmayan, örneğin çevreye karşı suçlarda “insanın hayatını temiz bir çevrede sürdürme” hakkında yola çıkarak yapılan eylem objesi tanımlarının totolojik bir içeriğe sahip olacağı eleştirileri yerindedir. Ancak her suç tipinde bir eylem objesi bulunmasının gerekmediğini vurgulamaları ve örnek olarak gösterilen çevre suçlarında bir eylem objesinin bulunmadığı görüşlerine katılmamaktayız. Zira failin iradesini nasıl dışsallaştırdığı yani eylemi sırasında ne tür bir objeyi hedef aldığı meselesi salt hukuksal değerden yola çıkarak geliştirilen bir içeriğe sahip olmayabilir.

⁶⁷ *Jescheck/Weigend* hukuksal değer ile eylem objesi arasında katıldığımız bir nitelik ayrımına işaret etmektedir. Buna göre hukuksal değer, düşünsel bir öze sahipken eylem objesi bunun bir “görünüş” şeklindedir. Hakikaten eylem objesi hukuksal değere konu edilen eylemliğin tecessüm ettiği bir dışsal uğraktır. *Jescheck / Weigend*, **AT**, § 26, sh. 260.

⁶⁸ Örneğin *Roxin*, soyut tehlike suçlarının ceza hukukunun kusur prensibi karşısındaki tenakuzuna işaret etmekte, ancak konuyu sadece ceza miktarlarının tayinindeki dengesizlikler bakımından ele almaktadır. Bkz. *Roxin*, **AT**, § 11, kn. 153, sh. 427.

bir eylem objesinin varlığını kanıtlayabilmek de mümkün gözükmemektedir. Somut tehlike suçlarında ise, failin yarattığı eylemin müşahhas hale getirdiği yakın değer ihlali tehlikesinin varlığı, aslında anılan eylemin bir nesnesinin bulunabileceğine de işaret eder. Örneğin “soyut tehlike” suçlarına örnek gösterilen terk suçunun⁶⁹ (TCK m. 97) müşahhas hale gelmiş bir kimseyi nesneleştirmesi ve anılan terk eyleminin ancak mağdurun bir hakkının (özgürlüğünün) ihlal edilmesine somut olarak imkan sunduğu durumlarda ortaya çıkabileceğini kabul edersek, pekâlâ bir eylem objesinin de (örnekte terk edilen kişi) varlığını kabul etmek zorunda kalacağız. Aksi halde yani anılan suç tipini salt soyut tehlike suçu olarak kabul ettiğimiz durumlarda, failin eyleminin geniş anlamda dahi olsa herhangi bir “neticenin” doğmasına gereksinim duymadığını ve dolayısıyla bir eylem objesinin varlığından da bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşmamız gerekecekti⁷⁰.

Kastın varlığı açısından failde eylem objesi hakkında ve buna bağlı olarak tipik neticeye dair algısal bilginin bulunması gerekir. Yani fail, gerçekleştirdiği eylemin objesinin niteliğini ve bu niteliğin geniş anlamda netice kavramı çerçevesinde doğurduğu algısal sonuçları bilmelidir⁷¹. Buna göre eylem objesi bağlamında kast sorumluluğu bakımından değinmemiz gereken husus, eylem objesinin niteliği hakkındaki bilgiye failin eylem anında sahip olması gerektiğidir. Failin objenin niteliği hakkında yanılması durumlarında, kast sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Anılan durumlara doktrinde genel olarak “suçun maddi konusunda hata” adı verilmektedir.

Eylem objesi hakkında hata kavramını, iki durum bakımından farklı değerlendirmemiz gerekmektedir. Buna göre, failin zihninde şekillenen eylem objesi ile gerçek dünyada eyleme konu olan obje arasında kanunun kategorik olarak belirlediği bir nitelik farklılığı bulmadığı durumlar ile failin zihninde şekillenen obje

⁶⁹ Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 188.

⁷⁰ Eylem sorumluluğunun “geniş anlamda netice” sorumluluğuna dayandığını savunmaktayız. O halde, neticenin olumsuz değeri ancak bir eylem objesinin “etkilendiği” durumlarda söz konusu olabilecektir. *Jescheck/Weigend* de anılan “etkilenime” işaret ediyorlar. Karş. *Jescheck/Weigend*, **AT**, § 26, s. 260.

⁷¹ Bkz. Köhler, **AT**, s. 151.

ile gerçekte isabet alan obje arsasında bir nitelik farklılığın bulunduğu durumlar birbirinden farklı hukuksal sonuçlar doğuracaktır.

Failin zihninde şekillenen eylem objesi ile eylem neticesinde isabet alan obje arasında kanunun kategorik belirlenimlerinin dışında kalan bir netice hasıl olmuşsa, failin söz konusu durumdan kast sorumluluğu anılan niteliklerin çakıştığı alan kadar doğabilecektir⁷². Örneğin babasını zannıyla diğer bir kimseyi öldüren fail, ancak basit adam öldürmek suçunu kasten işlemiş kabul edilebilir. Anılan durumda, eylem objesi olan öldürülen kişi ile failin tasavvurunda bulunan eylem objesinin nitelikleri ancak basit adam öldürme suçunun konusu olabilecek derecede (nitelikte) örtüşmektedir (Karş. TCK m. 81 ile m. 82/ f.1-b.d)⁷³. “Nitelikli haller” için ortaya koyduğumuz bu kriter, suçun “niteliksiz” halleri açısından da uygulama bulabilecektir. Örneğin çaldığı malın değerinin az olduğunu bilmeyen fail hakkında da cezayı hafifleten sebeplerden sayılan “niteliksiz” hırsızlık hükümleri uygulanacaktır; zira bu örnekte failin tasavvurundaki eylem objesinin niteliği ile gerçekte konu edilen eylem objesinin niteliği ancak “az bir değere sahip olan mal” nitelik derecesinde birleşebilmektedir (Karş. TCK m.141 ile m. 144/ f.1-b.a).

Aynı nitelik farklılığı birbirinden tamamen farklı hukuksal değerleri zemin alan eylem objeleri hakkında da gerçekleşmiş olabilir. Klasik av örneğinde olduğu gibi, fail çalırların arasında duran cisme bir eşya (hayvan) olduğu zannıyla ateş eder, fakat mantar toplamakta olan bir kimseyi öldürür. Bu durumda failin zihnindeki eylem objesi (mal) ile gerçekte hedef alınmış olan eylem objesi (insan) birbirinden tamamen farklılık göstermekte ve anılan durum herhangi bir kategorik kesişim kümesinin varlığını ortaya koyamamaktadır. Ateş ettiği objenin bir insan olmadığı zannıyla hareket eden kimse maddi unsurlarda (eylem objesinin niteliği hususunda) bir yanlış içinde bulunmaktadır⁷⁴. Bu örnekte fail eyleminin objesinin niteliği

⁷² Bkz. Welzel, **AT**, § 13, s. 75; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, s. 323-324.

⁷³ Buna göre babası zannıyla bir başkasını vuran kimse, aslında objektif olarak aile/sadakat mükellefiyetlerini de kapsayan bir olumsuz değer yaratamayacağından sadece “basit nitelikte insan öldürme” suçunu kasten işlemiş kabul edilir. Görüleceği üzere, bu durumda anılan objelerin niteliksel farklılığı söz konusudur.

⁷⁴ Örnek ve değerlendirme için bkz. Köhl, **AT**, § 13, kn. 19, s. 359.

hususunda yanılmıştır, “insan olmayan bir cisme” ateş ettiğini zannetmektedir⁷⁵. O halde anılan durumda kasten işlenmiş bir suçun varlığından söz edebilmek imkansız olacaktır⁷⁶. Tersine obje yanılması durumunda da aynı formülü uygulayabiliriz. Buna göre bir başkasının zannıyla kendine ait olan eşyayı çalan kimse hırsızlık suçuna vücut verebilecek bir niteliksel çakışma ortaya koymamaktadır⁷⁷.

Ancak failin tasavvurundaki eylem objesi ile gerçekte isabet alan eylem objesinin denk (eş değer) nitelikte olduğu durumlarda kast sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususu doktrinde tartışmalıdır. “Kişide yanılma” olarak adlandırılan anılan durumların⁷⁸ doktriner içerikle tartışıldığı ilk yargı kararı *Rose- Rosahl* vakasına ilişkin Prusya Yüksek Mahkemesi’nin 1858 tarihli içtihadı olmuştur⁷⁹. Somut olayda fail, azmettiren tarafından vaad edilen bir ödülü hak edebilmek için, daha evvelden tanıdığı bir kimseyi öldürmeye kalkışır. Hedef aldığı kişinin her gün geçtiği yol üzerinde pusuya yatan fail, alacakaranlıkta karşısına çıkan bir kimseye, onun öldürmek istediği kişi olduğu zannıyla ateş eder, fakat öldürdüğü bir başkasıdır.

Yukarıda belirtilen durumlarda fail belli bir kimseyi öldürmeyi amaçlamış olmasına rağmen, hataen başka birini öldürmüştür. Bu durumda failin öldürmek istediği kişinin niteliğinden kaynaklanan bir unsur söz konusu olmadığına göre, anılan eylemin failine isnad edilebilmesi yönünde doktrinde fikir birliği mevcuttur. Doktrinde anılan durumda failin içinde bulunduğu yanılığın “esaslı bir hata”

⁷⁵ Bkz. Welzel, **DS**, § 13, s. 77.

⁷⁶ Bu durumdan farklı olarak fail, ateş ettiği cismin bir insan olduğunu bilebilir, yani objenin niteliği hakkında bilgisi tam olabilir ama tipik neticeye götüren aracının niteliği hususunda yanılığa düşmüş olabilir: Mesela ateşlediği kovandan çıkan merminin öldürücü etkisi hususunda yanılmış olabilir. Bu durumda ise tipik neticenin algısal bilgisi hakkında bir yanılma söz konusu olacaktır. Tipik neticeye yol açan aracın niteliği hususundaki yanılığın ise, nedensellik bağında yanılma başlığı altında incelenmelidir.

⁷⁷ Bkz. İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, s. 275.

⁷⁸ Eylem objesinde yanılma hallerinin sadece “kişide hata” olarak nitelendirilmesi isabetli değildir çünkü obje, bir kişi olabileceği gibi bir şey de olabilir. Aynı yönde bkz. R.B. Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, sh. 82. “Error in persona vel obiecto” söz öbeğinde yer alan “obje” ve “kişi” kavramlarının üst başlığı olarak “obje” terimini tercih etmekte ve dolayısıyla “eylem objesinde yanılma” ifadesini kullanmaktayız. Welzel, eylem objesinde yanılmayı “objenin karıştırılması/şaşırtma” olarak tarif etmektedir. Bkz. Welzel, **AT**, § 13, sh. 75.

⁷⁹ *Rose-Rosahl* vakası olarak anılan olayın özetine ve sonrasında gelişen hukuki tartışmalara ulaşmak için bkz. www.wikipedia.de [Rose-Rosahl-Fall maddesi]. Çevrimiçi: 20 Şubat 2007; saat 00:01 veya bkz. Otto, **AT**, § 7, kn. 93, s. 98.

olmadığı ve bu sebeple kastın varlığını etkilemeyeceği savunulmaktadır⁸⁰. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, fail tarafından hedeflenen obje ile hakikaten isabet alan obje arasında suç tipinde öngörülme (somutlaştırılmamış) bir farklılık bulunmuyorsa, fail “esaslı olmayan bir hata” halindedir. Hatanın “esaslı olmamasından” anlaşılması gereken, suç tipinde kanun koyucunun her iki durum için de aynı kalıp ifadeyi kullanmış olmasıdır. Örneğin insan öldürme suçunun objesi ancak “bir başka insan” olabilir. Dolayısıyla “Ahmet’i öldürmeyi” hedef alan kimsenin hataen “Mehmet’i öldürmesinin” bir önemi yoktur⁸¹, meğer ki hedef aldığı nesnenin bir “insan” olduğu hususunda yanlışlığa düşmüş olmasın⁸². Zira bu örnekte failin içinde bulunduğu amaçsallık adam öldürme suç tipi açısından bir özellik arz etmez ve dolayısıyla fail basit insan öldürme suçunu kasten işlemiş kabul edilir.

Ancak bu belirlenimden hareketle doktrinde kastın, obje ile ilişkisinin nasıl belirleneceği hususunda çeşitli tartışmalar ortaya çıkmıştır. “Şahısta hata” hallerinde görüş birliği sergileyen doktrin, sapma hallerinde nasıl bir çözüm yolunun benimseneceği ve sapmanın “şahısta hata” hallerinden nasıl ayrılacağı hususunda tartışmalara sahne olmuştur. Bu tartışmaları iki temel görüş etrafında kümelendirebiliriz. Tasavvur edilen ile gerçekleşen netice arasında hukuksal değeri zemin alan niteliksel bir farklılığın bulunmadığı durumlarda; birinci görüş, kast sorumluluğunun doğabilmesi için failin belirli bir somutlukta objeyi müşahhas hale getirmiş olması gerektiğini ve dolayısıyla anılan somutlaştırmanın dışına çıkan neticeler bakımından failin kasttan kaynaklanan bir sorumluluğu bulunmayacağını

⁸⁰ Bkz. Welzel, **DS**, § 13, s. 75; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, s. 321; İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, s. 276.

⁸¹ Benzer yönde Ingeborg Puppe, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung [AT-I]**, Cilt 1, 1. bası, Baden-Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, § 20, kn. 23, s. 368. Ancak hem belirtelim ki, *Puppe*’nin “objede yanlışla” ile “sapma” hallerini genel kast teorisi dahilinde çözümlemesine katılmamaktayız. Karş. kn. 34 v.d, s. 374 v.d. *Haft*, eş değerlilik taşıyan “şahısta hata” hallerini esaslı olmayan bir saik hatası olarak tarif etmektedir. Bkz. Fritjof Haft, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 9. bası, München, © Verlag C.H. Beck, 2004, s. 154.

⁸² Bu noktada objenin niteliği ile alakalı olmayan ama eylemin gerçekleştiriliş biçimleriyle doğrudan bağlantılı olan bir hususa da değinmek isteriz. Şöyle ki; yine yukarıda verdiğimiz örnekten yola çıkar ve somut olayda failin suçun nitelikli hallerinden sayılan “tasarlama” biçimiyle hareket ettiğini kabul edersek, bu durumda fiile ilişkin bir nitelikli sebebin varlığını muhafaza ettiği ve dolayısıyla “nitelikli insan öldürme suçunun” (TCK m. 82/ f.1- b. a) işlendiği sonucuna ulaşmamız gerekecektir. Aynı şekilde örneğin Alman Ceza Kanunun nitelikli öldürmeyi düzenleyen 211. paragrafının 2. fıkrasında belirtilen “açgözlülük” saiki de anılan durumda uygulama bulabilecektir.

savunurken⁸³; ikinci görüş neticeler arasında denkliğin (eş değerliliğin) bulunduğunu ve kanunun bu denklikler arasında bir ayrıma gitmediğini, dolayısıyla “sapma” durumunda da gerçekleşen neticenin failine isnad edilebileceğini ve kast sorumluluğunun kabul edilebileceğini savunmaktadır⁸⁴.

Somutlaştırma teorisinin taraftarlarından olan *Roxin*, anılan teoriyi kendi geliştirdiği “eylem planı kriterleri” dahilinde revize etmek istemiştir. *Roxin*’e göre kastın varlığının tespit edilebilmesi için failin eylem planına bakmak gerekecektir⁸⁵. Failin eylem planına göre eylem objesini somutlaştırmasının gerektiği durumlarda somutlaştırma teorilerine göre bir çözüm yoluna gidilecek; fakat failin eylem planı anılan yönde bir somutlaştırmayı gerektirmiyorsa, eş değerlilik teorilerince sonuç yorumlanacaktır⁸⁶. Bu hususta yazarın öne sürdüğü bir örnekten yola çıkalım: Bir gösteri yürüyüşüne katılan kimselerden herhangi birini öldürmek isteyen fail, kitle içinden kendine bir hedef seçer ve nişangaha oturttuğu kimseye ateş eder fakat kurşun istihdaf edilen kimsenin yanındakine isabet eder ve ölmesine neden olur. Bu durumda *Roxin*, eş değerlilik teorisine göre bir çözüm yoluna gidilmesine taraftardır. *Roxin*’in örneği üzerinden bir başka faraziye de bulunabiliriz: Buna göre gösteri sırasında önde gelen bir sendikacıyı hedef alan failin atışı, göstericilerden başka bir kimseye isabet ederse, bu durumda somutlaştırma teorileri uygulanacak ve sapma sonucuna ulaşılabacaktır.

Eş değerlilik teorisi taraftarlarına göre ise, failin eylem objesinin niteliğini kanunda belirtilenden daha teferruatlı bir biçimde algılamasına gerek yoktur. Eğer fail suç tipine konu değeri ihlal etmek ister ve bunu eş değer başka bir obje üzerinde gerçekleştirirse, işte bu durumda “esaslı olmayan bir hata” söz konusudur ve

⁸³ Bkz. Jescheck / Weigend, *AT*, § 29, s. 313.

⁸⁴ Bkz. Welzel, *DS*, § 13, s. 73-74.

⁸⁵ Sapma ve objede hata hallerine ilişkin olarak *Roxin* üç durumu kapsam dışına aldıktan sonra kendi geliştirdiği eylem planı kriterinin uygulanabileceğinden bahsetmektedir. Kısaca belirtirsek bu ayrık durumlar şunlardır: Birincisi, sebep olunan netice ile istenen netice arasında hukuksal bir değer farklılığı bulunmamalıdır. İkincisi, failin “olası kastla” yan neticeyi gerçekleştirmemiş olması gerekir. Üçüncüsü ise, istenmeyen yan netice faille objektif olarak isnad edilebilir olmalıdır. Bu haller haricinde kalan eş değer neticelerin hangilerinin sapma hangilerinin ise hata sonucuna bağlanacağı hususu ise “eylem planı” kriterlerine göre belirlenecektir. Bkz. *Roxin*, *AT*, § 12, kn. 161-164, s. 516-517.

⁸⁶ Bkz. *Roxin*, *AT*, § 12, kn. 165-166, s. 517-518.

dolayısıyla sapma ve objede hata aynı hukuksal sonuçlara bağlanır. Eş değerlilik teorisi taraftarlarından olan *Puppe*, “her türlü plan, saik, arzu ve hedeften arındırılmış” bir “kast” tasavvurunu gündeme getirmekte ve eş değer nitelikteki objeler arasında yanılma veya sapmaya ilişkin farklı sonuçların doğmasını anlamsız addetmektedir⁸⁷. Teorinin taraftarları “şahısta hata” hallerinde isabetli bir biçimde uygulanan kriterin, eş değer düzlemde gerçekleşen sapma hallerinde de uygulanması gerektiği savunmaktadırlar. Buna göre; A’yı öldürmek isteyen B’nin kurşunun yanında duran C’ye isabet etmesi durumunda C bakımından kasten öldürme suçu işlenmiş kabul edilecektir. Zira teoriye göre, fail bir kimseyi öldürmek istemiştir ve neticede “bir kimseyi öldürmüştür”. Bunun dışında bir somutlaşmaya kanunen gerek yoktur⁸⁸.

Kanaatimizce *Roxin*’in geliştirdiği eylem planı teorisi, her somutlaştırma teorisi gibi failin, tipik neticeye götüren obje ile içinde bulunduğu ilişkiyi kanunun lafzını önceleyen bir takım kriterlere doğru genişleten bir muhtevaya sahiptir. Hatırlatalım ki, ceza sorumluluğunun tespiti bakımından, kanunda açıkça belirtilen haller dışında, failin hangi saikle hareket ettiğinin, amaçsallığının neyi kapsadığının bir önemi yoktur; aksi halde hukuk zemininden etik zeminine geçmiş olacağız⁸⁹. “Eylem planı teorisinde” aslında şu soru cevaplanamamaktadır: “Neden ve hangi eylem planlarında somutlaştırma gerekiyor?” Tartışma zemini sadece somutlaştırma üzerine kurduğumuzda aslında çözümsüz bir sarmalın içinde kalmaktayız. *Roxin*’in kendi teorisi için ileri sürdüğü “gösteri” örneğinden hareket ettiğimizde şu sonuçlara ulaşmaktayız: Aslında yazarın teori için ileri sürdüğü ilk durum, yani failin göstericilerden herhangi birini öldürmeyi amaçlamış olması durumunda kastın varlığı gündeme gelmektedir. Bu durumda fail, o an istihdaf ettiği kimseden başka birinin de vurulabileceğini göze almıştır. Dolayısıyla anılan tesadüfü içselleştirmiş, artık eyleminin kendisine sübjektif olarak da isnadına imkan sunmuştur. Ancak her zaman bir kast ihtimali söz konusu olamayabilir; işte bu durumlarda objektif ve sübjektif isnadiyadın genel kurallarına göre bir çözüm bulmalı ve salt dışsal tesadüfe ait olan

⁸⁷ Bkz. *Puppe*, **NK-StGB**, § 16, kn. 94, s. 548. Diğer yazarlar için bölüm başına ve olası kastla ilgili üçüncü bölüme bakınız.

⁸⁸ Bkz. *Puppe*, **NK-StGB**, § 16, kn. 102-103, s. 550-551.

⁸⁹ Bu eleştiri için bkz. Köhler, **AT**, s. 154.

neticelerin kast sorumluluğu yaratmasına imkan sunmamalıyız. Aksi halde eş değerlilik teorisi gibi meseleyi salt dışsal neticenin yarattığı olumsuz değerlerin mukayesesi noktasından hareketle çözmek isteyen *Puppe*'nin yarattığı “genel kast” sorumluluğuna dönmüş oluruz. Hemen belirtelim ki, anılan sonuç *Puppe* gibi, kastın voluntatif unsurunu inkar eden yazarlar⁹⁰ bakımından bir tutarlılık taşısa da, ceza sorumluluğunu haddinden fazla objektivize ettiğinden kanaatimizce kabul edilemez bir anlayıştır.

Bir varsayımla durumu izah edersek: A'nın dostu olan B ve düşmanı olan C, bir bankta otururlar. A düşmanı olan C'yi öldürmek ister ve C üzerine nişan aldığını zannederek (aslında B'yi istihdaf etmiş) ateş eder ve B'yi öldürür. Bu durumda A, somutlaştırdığı hedefini düşmanı C zannetmektedir ve kişide esaslı olmayan bir yanılma halindedir. Ancak gerçekliğe uygun bir biçimde C'yi hedef aldığı fakat kurşunun B'ye isabet ettiği durumlarda sapma söz konusu olacaktır. A'nın B'nin bankta oturduğunun farkında olduğu durumlarda tesadüf şüphesiz içselleştirilmiş olacağından anılan netice bakımından failin ya olası kasttan ya da “kendi yeteneğine güven söz konusu ise” bilinçli taksirden sorumluluğuna gitmek mümkündür. Ancak eş değerlilik (denklik) teorisinin taraftarları gibi somutlaştırılmamış her tehlike artırımına yol açan eylemliliği doğrudan kast kavramının altında tasnif etmek isabetsiz gözükmemektedir⁹¹. Zira anılan olası yan *zarar neticesi* bakımından failin hiç bir biçimde öngörüsü bulunmamış da olabilir. Yani salt dışsal tesadüfün eseri olan bir netice de söz konusu olabilir. Bu durumda *Puppe*'nin ileri sürdüğü “fail, bir kimseyi öldürmek istiyordu, neticede öldürmüş oldu” sonucunun faile subjektif olarak isnad edilebilmesi mümkün değildir^{92, 93}.

⁹⁰ Ayrıca belirtelim ki, yazar kastın tek biçimi olarak “olası kastı” kabul ediyor. Bkz. *Puppe*, AT-I, § 21, kn. 6, s. 385.

⁹¹ *Jakobs*; failin eyleminin, istihdaf edilen objenin periferisinde yer alan konu edinilmemiş objeler bakımından da bir tehlike (riskin) yarattığına işaret ediyor ve öngörülen tehlike ile tesadüfün ilişkisini benzer bir yönde tanımlıyor. Bkz. *Jakobs*, AT, § 8, kn. 80, s. 303. Ancak hemen belirtelim ki *Jakobs* aynı kriterleri failin nedensel kurgu üzerinden somutlaştırdığı eylem objelerinde yanılma” halleri bakımından farklı uyguluyor. Karş. kn. 81.

⁹² Haklı olarak *Otto*, failin “bir insan öldürme” şeklinde ifade edilen istencinin kast değil, ancak bir arzu olarak nitelendirilebileceğine işaret etmektedir. Bkz. *Otto*, AT, § 7, kn. 94, s. 98.

⁹³ Eş değerlilik teorisinin kast sorumluluğunu haddinden fazla genişletmesi karşısında *Puppe*, öngörülebilirlik temeline dayanan bir (objektif) isnadiyad kuramıyla sorumluluk alanını daraltmak

Benzer bir sorun, failin eylem objesini nedensel seri üzerinden somutlaştırdığı durumlar için söz konusu olabilir. Bu durumda sapma ile “şahısta hata” arasındaki ince fark muğlaklaşmaktadır. Kanaatimize göre, failin, eylem objesini kendi yarattığı nedensel kurgu doğrultusunda belirlediği (somutlaştırdığı) durumlarda, istihdaf edilenden başka bir obje üzerinde neticenin doğması halinde esaslı olmayan şahısta hata değil, sapmaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Örneğin fail, her gün aynı saatte işyerine gelen ve kendi odasına yönelen eylem objesini (iş arkadaşını) yaralamak için bir düzenek kurmuştur. Ancak eylem anında düzeneğe başkası yakalanmış ve yaralanmıştır. Bu durumda fail, eylem objesini somutlaştırırken, nedensel kurgu üzerinden de bir belirlemede (somutlaştırmada) bulunuyor. Ancak nedensel kurgusu ile gerçek nedensel seri arasında bir çelişki ortaya çıkıyor. İşte bu gibi hallerde failin kurgusu, eyleminin sair objeleri hedef alabileceği ihtimalini göz ardı eder⁹⁴; bu tesadüf⁹⁵ faile içkin değil, tamamıyla dışsaldır⁹⁶. O halde somut durumdan doğan eylemin, kasttan doğan sorumluluğu esas alan bir biçimde, failine sübjektif olarak isnad edilebilmesi mümkün değildir⁹⁷.

istemektedir. Ancak kanaatimizce yazarın görüşleri yine de sübjektif isnadiyadi kapsam dışında bırakmaktadır. Krş. Puppe, **NK-StGB**, § 13 öncesi, kn. 115, s. 360.

⁹⁴ Failin eylem objesini müşahhas hale getirirken tipin aradığı somutluğun ötesinde bir belirlenime ihtiyaç duyulmadığını ve failin kendi davranışıyla istihdaf ettiği nesneye kesinkes isabet ettireceği düşüncesinde olsa dahi bu gibi durumların esaslı olmayan yanılı olarak nitelendirilmesini savunan *Jakobs*; sadece objektif olarak isnad edilemeyen eylemleri bu kapsamdan çıkartmayı savunmaktadır. Krş. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 81, s. 304.

⁹⁵ Aynı doğrultuda: “Fail, isabet alan objeyi kendi (failce) nedensel kurgusu ve ayrıca mağdurun bu kurgudan doğan hareketlerine göre belirlemiştir. O halde bu durumda objede yanılma ve neticede hata hallerinin “nedensel gelişimden doğan hata” türü söz konusu olacaktır.” Bkz. Köhler, **AT**, s. 151. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, eylemin failine isnad edilmesi ancak failin somut durumda diğer bir eylem objesini isabet ettirebileceğini hesap etmiş olması halinde mümkün olacaktır.

⁹⁶ *Erman*, benzer bir farazi örnekten yola çıkarak bu durumları objektif isnadiyada göre çözümlemektedir (Krş. s. 101). Yan netice bakımından failin iradesinin voluntatif unsura ağırlık vererek ulaşılan çıkarımlara katılmaktayız. Ancak hangi hallerde sapma kurallarının uygulanacağını belirlenmesinde salt objektif isnadiyadan yola çıkılarak çözüm üretilebileceği görüşüne katılmamaktayız. Krş. R. B. Erman, “*Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, s. 99-102.

⁹⁷ *Jescheck/Weigend*, açıkça “fail tarafından öngörülmeleyen objelerin isabet alması” yani “tesadüfün” eseri olan durumları vurguluyor ve bu gibi hallerin sapma olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtiyor. Yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılma hallerine ilişkin olarak verdikleri örnekten yola çıkarak sapmadan doğan taksirî sorumluluk ile (kasten gerçekleşen) tamamlanmış suç arasındaki farkın, tasavvur edilen ve gerçekleşen eylemler mukayese edildiğinde “hareketin” yarattığı haksızlık açısından da gözlemlenebileceğini iddia etmektedirler. Örnekte: kendisine saldıran komşusuna karşı savunmada bulunan ama aslında kavgayı ayırmaya çalışan komşusunun karısına isabet ettiren failden yola çıkıyorlar. Buna göre failin zihninde hedeflenen durumda herhangi bir

2.3.3. Nedensellik Bağı Hakkındaki Bilgi ve Kasten İşlenen Eylemin Isnadiyatı

Bu bölümde öncelikle nedensellik bağlantısı ve isnadiyat kavramı ilişkisi ele alınacaktır. Buna göre tabii olduğunu kabul ettiğimiz nedensellik ile tamamen hukuksal olan ve dolayısıyla “kast” kavramını da tanımlayan isnadiyat kavramlarını birbirinden ayırtırmaya çalışacağız. Tasnifçi suç teorisinin etkisinde kalan ceza hukuku doktrinin, nedensellik üzerinden hukuksal sorumluluğa ulaşma çabası zaman içerisinde yetersiz addedilmiş ve bu sebeple isnadiyat kavramına geri dönmüştür. Bu süreçte bir çok müessese hukuk bilimine tekrar kazandırılmış ama anılan ricatın aslında deforme olmuş bir “nedensellik” (daha doğrusu isnadiyat) kuramına yol açmıştır. Isnadiyat kavramı ile ilgili açıklamalardan sonra, isnadiyat kavramının temel bir belirleyeni olan ve iştirak vb. diğer temel konularla da alakalı olan “rüc’u yasağı” kavramına değinecek ve bu yolla “nedensellik bağının kesilmesi” kriterinin sistematığımız dahilinde karşılığını bulmaya çalışacağız.

2.3.3.1. Tabii Nedensellik ile Hukukî “Nedensellik”

Çağımızın bilimsel düşünce sistemine göre her sonucun bir nedeni olduğu gibi, her sonuç da bir başka sonucun nedeni olacaktır⁹⁸. Bu devingen zincir sonsuz sayıda etmen ve neticeden oluşmakta ve kavramlar kendi içlerinde de dönüşebilmektedir. Ancak bilebildiğimiz kadarıyla bu dönüşümün kanıtlanabilmesi için, yani sonuç ile nedeni veya süje ile eylemi arasındaki ilişkinin nedensel olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle bunlar arasındaki ilişkiyi belirleyen kuralın bilinmesi gerekir. Yani bir olgunun bir sonuç için “neden” olarak nitelendirilebilmesi, öncelikle bir *kurala* göre gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Ancak

haksızlığın vücuda gelmesi mümkün değildir, fakat gerçeklikte “hareketin” taksirden doğan bir haksızlığı mevcuttur. Bkz. Jescheck /Weigend, *AT*, s. 314.

⁹⁸ Atom altı parçacıklar fiziğinin doğal nedenselliği görmezden gelen ve salt tesadüfî ön plana çıkaran anlayışına rağmen günümüzde doğa bilimlerinin hâlâ neden-sonuç çıkarımına göre hareket ettiğini belirtmeliyiz. Tıp, biyoloji ve hatta tarih gibi sosyal bilim dallarında bile nedenbilim (etioloji) kriterlerinin kullanıldığını hatırlatmalıyız. Felsefe alanında geliştirilen ve hukuk dogmatikine aktarılan “nedensellik kuramları”na ulaşmak için bkz. Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, “Nedenbilim”, “Nedensellik”, “Rastlantı”, “Zorunluluk”, “Rastlantı ve Zorunluluk” maddeleri, s. 271-273, 343-344, 472-474.

tespit edilecek (veya olay öncesi tespit edilmiş) bu kurala göre bir vakada neden-sonuç ilişkisinin varlığına hükmedilebilir⁹⁹.

O halde, nedenselliğin tespitinde öncelikle bir kuralın varlığı, daha başka bir ifadeyle nedensellik kuralının bilinmesi gerekecektir. Bu bilinen kurala göre olayı analiz eden objektif gözlemci ancak olay gerçekleştikten sonradır ki, bu olayın nedensel olup olmadığını tespit edebilir. Dolayısıyla nedensellik *ex post* ve *objektif* olan bir gözleme dayanır ve referans kural olarak da tabiat kanunlarını esas alır¹⁰⁰. Dolayısıyla ancak bir hadise gerçekleştikten sonradır ki, objektif gözlemci bu hadisenin etmenlerini ayırıştırabilir ve bunlar arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunduğunu, doğa bilimlerinin ona verdiği analiz imkanı dahilinde belirleyebilir.

Eğer objektif gözlemcinin bilimsel bilgi düzeyi veya başka ifade ile “referans aralığı”, neden ile netice arasında bir bağ kurmaya yetmiyorsa, o halde anılan olgu artık bir “neden” olarak nitelendirilemez. Bu durumda objektif gözlemci, bir kural gereğince gelişmiş neden-sonuç ilişkisinden değil, tesadüfî bir durumun varlığından bahsedecektir. Dolayısıyla her *objektif- ex post* analiz aslında bir hipotetik nedenin, yani bir neden adayının varlığının teyit edilmesinden başka bir şey değildir. Bu noktada kuralın ve objektif bilginin önemini de vurgulamamız gerekiyor. Her nedenselliğin bir kurala nispetle mümkün olabileceğini ifade ettik. Burada kuraldan muradımız mutlak bilgi değildir; kuralın bilgisi ve buna göre kendini inşa eden nedensellik bilgisi ancak objektif gözlemcinin görelî bilgisince biçimlenebilir. Örneğin 21. Yüzyılın ceza hukukçuları beş asır öncesinden farklı olarak “büyü”nün

⁹⁹ *Hegel*’e göre, “etkili olma süreci ile etkenin bir bağ içinde bulunması nedensellik ilişkisinin temeli olan kuralı gerektirir” bkz. Hegel, **Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften I**, s. 297.

¹⁰⁰ Doktrinde genel kabul gören anlayış uyarınca nedensellik hukukî bir kavramdır ve dolayısıyla hukuk kuralları gereğince belirlenebilir. Bu iddianın savunucularından *Weber* açık bir biçimde hukuksal nedenselliğin tabiî özelliğine de işaret etmekte fakat nedenselliğin doğal özü için olmasının her durumda gerekmediğini belirtmektedir. Karş. Baumann / *Weber* / Mitsch, **AT**, § 14, kn. 6-7, s. 233. Kanaatimizce, tabiat kuralları gereğince nedensel olmayan olguların isnad edilebilmesi mümkün değildir. Fakat hemen belirtelim ki, salt tabiî nedensellik de ceza hukuku haksızlığına vücut verebilecek bir özü taşımaz. Sorumluluk sadece nedensellik üzerinden belirlenebilecek bir kategori değildir. Zira “sorumluluğun” kendisi tabiî değil, hukuki bir kavramdır. Ancak eylemin gerçekleştiği dünyanın kuralları ile uygunluk içinde bulunan bir nedenselliğin varlığı, aklî olması beklenen hukuk sistemleri açısından da gerekli bir ön koşuldur. Aynı yönde bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 254.

“Nedensellik” kavramının bir var olan kategorisi olarak tabiat bilimlerine ait olduğunu vurgulayan görüş için bkz. Welzel, **DS**, sh. 43. Ancak *Welzel* sadece “objektif öngörülebilirlikten” bahsediyor ve dolayısıyla sübjektif isnadiyadı yadsıyan bir tabiî nedensellik anlayışına da kayıyor. Karş. s. 46-47.

insan hayatını tehlikeye sokabilecek bir etkinlik olmadığını tespit ettiklerinden artık bu yolla birini öldürmek isteyen kişinin eylemliğı “kasten öldürmeye teşebbüs” olarak nitelendirilemez. O halde, bir olguyu salt tesadüf düzleminden zorunluluğa taşıyan ve onu bir etmen haline getiren tek şey de *kuralın* bilgisi olacaktır. Kuralın bilgisine sahip olunmadığı tüm durumlarda tesadüfün varlığı kabul edilmelidir. Örneğin 21. Yüzyılın bilimsel bilgisi telekinezinin “insan hayatını tehlikeye sokabilecek” bir araç olduğunu kabul etmiyorsa, failin bu yolla bir düşmanını öldürmeye çalışması asla “kasten öldürmeye teşebbüs” olamayacaktır. Failin bu eylemliğı anında hedeflediğı kimsenin birdenbire ölmesi halinde dahi kural bilgisi, nedenselliğın bulunmadığını kabul edeceğinden ötürü sadece dışsal bir tesadüften bahsedilebilecektir. O halde failin “bilerek ve isteyerek” kullandığı araç elverişsiz bulunursa, eylemliğinde “kasıt” da yoktur; sadece kişinin bir “arzusu” söz konusudur. Görüleceğı üzere bu durumda tesadüfü, sorumluluk yaratan bir zorunluluğa dönüştürebilecek olan tek şey kural hakkındaki bilgidir¹⁰¹.

Son verdiğimiz örnekten yola çıkıldığında, doğa bilimlerinin “nedensellik” tanımı ile hukuk biliminin “nedensellik” tanımının tam anlamıyla örtüşmediğı gözlemlenecektir. Yani sadece doğa bilimleri referans olarak alındığında belirli bir sonucun birden fazla etkeni bulunabilir. Ancak ceza hukukunun konusu, failin eylemi ve bunun yarattığı nedensel etki olmalıdır. O halde hukuk kendi kuralları gereğince, doğa bilimlerinin belirlediğı neden-sonuç ilişkilerinin sadece bir kısmına önem atfetmekte ve bunları “nedensel”, daha doğrusu eylemin failine isnad edilebilir kabul etmektedir.

Bu noktada doktrinde geliştirilen nedensellik teorilerini yukarıda aktarmaya çalıştığımız ilişkiler dahilinde incelemeliyiz. Natüralizmin etkinliğinde gelişen “*condicio sine qua non*” formülü doktrinde en yaygın biçimde taraftar bulan şart

¹⁰¹ Bu noktada bir hususa değinmemiz gerekiyor: Doktrinde sıklıkla elverişsiz teşebbüse örnek olarak verilen yukarıda andığımız “büyü” faraziyesinden yola çıkalım. Failin hazırladığı ve büyü olduğu inandığı şerbeti mağdurun içmesi sonucunda, mağdurun şeker komasına girerek öldüğünü kabul edelim. Bu durumda failin eylemliğinin “kasten öldürme suç tipi” bakımından bulunmadığını kabul edebilmemiz için öncelikle failin eylemliğı ile mağdurun ölümü arasındaki nedenselliğı tespit etmek gerekecektir. Zira kasten öldürme suç tipine uymayan, yani maddi unsurun eksik olduğunun tespiti öncelikle tabii nedensellik sferinin aşılmış olmasını gerektirir. Daha sonradır ki, failin eyleminin ona kasten öldürme suç tipi bakımından isnad edilemeyeceğı tespit edilebilecektir ve suçun maddi/ manevi unsurlarının eksik olduğuna kanaat getirilebilecektir. Aksi halde formülü tersten işletmiş oluruz.

veya başka bir ifadeyle eş değerlilik (denklik)¹⁰² teorisinin bir ifadesidir. Bu teoriye göre, eğer sonuç olduğunu kabul ettiğimiz olguya objektif gözlemciyi ulaştırabilen hipotetik neden göz ardı edildiğinde anılan sonuç gerçekleşmeyecekse, ortada bu iki olgu arasında bir nedensellik bağının bulunduğu kabul edilir. Formülün bu şekliyle, ihmalî suçlardaki¹⁰³ veya alternatif (seçimlik) eylemliklerdeki nedensellik bağını ispat etmede yetersiz kaldığı görülecektir. İşte, *Conditio sine qua non* formülünün bu belirsizliğini giderebilmek için hukuk doktrininde çeşitli önermelerde bulunulmuştur. Örneğin alternatif eylemlikler için: “Birbiriyle ilişki içinde bulunan birden fazla (hipotetik) neden alternatiflerinden biri değil de tümü kümülatif olarak göz ardı edildiğinde netice kendi somutluğunda ortadan kalkıyorsa, her nedenin temel etmen olduğu kabul edilir.”¹⁰⁴.

Conditio sine qua non formülünün, yani hipotetik nedenin kural mucibince etmen olduğunun tespit edilmesi sırasında kullanılacak referans kuralın doğa yasaları

¹⁰² Bu kuram uygulandığında tüm etkenler neticeye meydan vermede birbirine denk olarak kabul edildiğinden teoriye, “eş değerlilik” veya “denklik” teorisi de denilir.

¹⁰³ İhmalî suçlarda nedensellik bağının ispat edilmesi problemlidir. Zira olmayan bir eylemin neden olduğu bir sonuç olamaz. Şart teorisini orijinal şekliyle uygulayabilmek de olanaksızdır. Örneğin Welzel, şart teorisinin ihmalî suçlarda uygulanabilmesi için geliştirilen “eğer norma uygun davransaydı, netice gerçekleşmezdi” formülünü anlamsız addediyor, çünkü yazara göre salt olasılığa ait olacak böylesi müstakbel bir kurgunun nedenselliği ispat edebilmesi mümkün değildir. Karş. Welzel, **DS**, s. 44. Hakikaten gerçekleşen gerçekleşmiştir ve doğal zincire “norma uygun” davranış katmanın nasıl bir sonuç verebileceğini tahmin etmek olanaksızdır. Dolayısıyla bizce de *Armin Kaufmann*’ın ileri sürdüğü “potansiyel nedenselliğin” kabul edilmesi daha makul olabilir. Karş. Armin Kaufmann, **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1959, s. 63-66.

Şu nokta problemlidir: Eğer nedenselliğin hukukî değil de, tabîî bir kavram olduğunu kabul edersek, nasıl olur da bir norma referansla kendinden harekette bulunması beklenen ihmalî suç failinin eylemsizliği tabîî bir nedenselliğin ürünü olarak kabul edilebilecektir? Bu soru aslında sadece nedenselliğin, isnadiyada imkan sunamayacağının en açık ifadesidir. Ancak burada meselenin iki farklı ele alınış biçimini birbirinden ayırt etmemiz gerekiyor. Buna göre ihmalî suç neticesinin de kendi içinde tabîî bir nedeni mevcuttur, aksi halde nedensiz bir neticeden bahsetmek gerekirdi. Örneğin bakmakla mükellef olduğu bebeğini açlığa terk eden anne faraziyesinden yola çıkalım. Burada çocuğun ölümüne neden olan bir takım fizyolojik hadiseler mevcuttur. İşte bu etkenler ile ölüm neticesi arasında tabîî bir nedensellik bağı mevcuttur. Anılan etmenlerin failin eylemsizliğine isnad edilip edilemeyeceği ise hukuksal bir analizi ve normu bağlantı noktası olarak belirleyebilir. Dolayısıyla yine de, tabîî nedensellik ile hukuksal isnadiyad kavramları ayrıştırılabilir.

¹⁰⁴ Alternatif nedenselliklerde *conditio sine qua non* formülünün yetersizliğini vurgulayan ve anılan yönde yorumu gerekli gören görüşler için bkz. Gropp, **AT**, § 5, kn. 25, s. 151; Kühl, **AT**, § 4, kn. 19-20a, s. 25-26; Wessels /Beulke, **AT**, § 6, kn. 157, s. 60. Kümülatif nedensellikte de formülün uygulanmasında bir problemle karşılaşılıyor. Yarımşar ve tikel olarak öldürmeye elverişsiz zehir koyan failerin her birinin eylemliği nedensel kabul ediliyor. Bkz. Wessels / Beulke, **AT**, § 6, kn. 158, s. 60.

olduğu hususunda tartışmaya yer yoktur. Dolayısıyla doktrinde taraftar bulan “norma uygun neden teorisinin¹⁰⁵” de aslında doğal nedensellik dışında bir belirlenim ortaya koyamadığı görüşünü savunmaktayız. Kurala uygun neden teorisine göre: Hipotetik etmen olan eylemliğin akabinde, *objektif* gözlemciye göre *bilinen* doğa yasaları gereğince zorunluluk bağı taşıyan bir dış dünya değişikliği gerçekleşmişse, bu durumda tipik neticeden bahsedilebilecektir. Görüleceği üzere bu teori de aslında şart teorisinden farklı bir öze sahip değildir, zira şart teorisinde kullanılan referans kuralın bilimsel bilgi olması gerektiğini tespit ettiğimize göre, zaten bu kurala uygun eylemliğin nedensel olduğunun kabul edileceğini de belirlemiş bulunuruz.

Görüleceği üzere *condicio sine qua non* formülü ile ulaşabileceğimiz sonuçlar sadece doğa bilimlerinin belirlediği kurallar dahilinde bir nedenselliği işaret edebilir. Ama hukuksal sorumluluk ve eylemin failine isnad edilebilmesi ise, anılan nedensellikler içerisinden hukuk kuralları gereğince önem taşıyanların¹⁰⁶ belirlenmesi ile mümkün olacaktır. O halde, öncelikle eylemin failine objektif isnadiyadının ve daha sonra ise sübjektif isnadiyadının mümkün olduğu durumların “nedensel” olarak kabul edilmesi gerekecektir. Daha başka bir ifadeyle bir çok nedensel etmen içerisinden “temel etmenin” belirlenmesi gerekecektir veya nedensellik ile isnadiyad kavramları birbirinden ayırıştırılarak ve kendi içlerindeki mantık silsilesi gereğince uygulanacaktır.

İsnadiyada geçmeden evvel belirtelim ki, medeni hukuktan ceza hukukuna nakledilen¹⁰⁷ ve “uygun neden teorisi” olarak anılan görüş de aslında faile fiilin objektif isnadiyadından başka bir anlam taşımamaktadır¹⁰⁸. Buna göre sadece tipe uygun olan eylemler içinden, failin yerine geçecek olan bir objektif gözlemcinin genel hayat tecrübesi gereğince öngörüp öngöremeyeceği durumlara göre bir çıkarım

¹⁰⁵ Bu görüş için bkz. Jescheck/ Weigend, *AT*, sh. 283.

¹⁰⁶ Hukuksal değere konu olan normun koruma alanı sınırları dahilinde önem taşıyan neticelerin ancak “nedensel” (ve sonuçta tipik) olarak kabul edilebileceğine dair geliştirilen hukukî önem teorisi de aslında, maddi unsurların varlığını işaret etmekten ve dolayısıyla objektif isnadiyadı vurgulamaktan öteye geçemez. Bu yönde bkz. Otto, *AT*, § 6, kn. 30, s. 59. Teorinin isnadiyad dahilinde ele alınabileceği yönünde eleştiri için bkz. İçel v.d., *İçel Suç Teorisi*, s. 79; Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 252.

¹⁰⁷ Bkz. Wessels /Beulke, *AT*, § 14, kn. 54, s. 247.

¹⁰⁸ Kuramın değerlendirilmesi için bkz. Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 249-251, ve 255, dn. 997.

yapılmalı ve öngörülebilir neticeler nedensel kabul edilmelidir. Dikkat edilecek olursa bu teori de, bir çok nedensel etmeden hangilerinin hukukî önemi bulunduğunun tespitinden başka bir şey değildir ve dolayısıyla objektif isnadiyada işaret eder¹⁰⁹.

Bu noktaya kadar ulaştığımız sonuçları çalışmamızın konusu olan kast sorumluluğuna uyarlayalım: Birincisi; nedensellik kavramı tabiat bilimlerinin bulgularınca tespit edilen ve gerçekleşen netice sonrasında (*ex post*) objektif gözleme dayanan bir değerlendirmedir. Sadece objektif yönü olan bu kavramın kast bakımından doğrudan bir önemi olamayacaktır. Zira nedensellik sadece tabiat bilimlerinin sınırlarında kalan bir değerlendirme olmalıdır. Buna göre, nedensellik birbirine eş değerlilik (denklik) taşıyan bir çok etmeni hukuk uygulayıcısının önüne serecektir. Bunların içerisinde faili isnad edilebilenler ayrılacaktır. O halde ikinci aşamada; failin failine objektif isnadiyadı sağlanmalıdır. Buna göre (*ex-ante*) objektif kişi failin yerinde olsaydı, gerçekleşen neticeyi öngörebilecek durumdaysa faili fiili objektif olarak isnad edilebilir.

Ancak ceza sorumluluğunun esasî sübjektivist karakterinden kaynaklanır. (Üçüncüsü;) Bu bakımdan bir eylemin gerçek nedeni, başka bir ifade ile de temel etmeni ancak failinin “amaçsallığı”, “gayesi” mucibince şekillenebilir¹¹⁰. Bu durumda ister doktrinde ısrarla kullanılan “nedensellik” ifadesiyle olsun, isterse sübjektif isnadiyad olarak tanımlansın; failin eylem anında (*ex ante*) olarak tabii hipotetik- nedenleri içkin olarak hareket ediyor olması gerekir. Yani eyleminin oluşturduğu tehlikeyi veya bu tehlikenin neden olabileceği neticeleri öngörmüş

¹⁰⁹ Nedensellik ile sorumluluk kavramlarının birbirine karıştırıldığına dair eleştiri için bkz. Ünver, **a.g.e.**, s. 251; Wessels/ Beulke, **AT**, § 14, kn. 61, s. 249; objektif isnadiyadı şart teorisini sınırlandıran bir kuram olarak nitelendiren bkz. Jakobs, **AT**, § 7, kn. 31, s. 196.

¹¹⁰ Nedenselliği iki farklı kategori altında ilk defa ortaya koyan filozof *Aristoteles*’dir. Buna göre, tabiat olayları arasında cereyan eden nedenselliğe *causa efficiens*, kendi pratik dünyamızda şekillendirebileceğimiz “hareket” kavramının yarattığı nedenselliğe ise *causa finalis* adı verilecektir. Buna göre örneğin baba çocuğunun *causa efficiens*’i olurken spor sağlıklı olmanın *causa finalis*’i olur. Amaç bilinçli nedensellik kavramının bu basit tanımının ardından 18. Yüzyılda *Kant*, hareket kuramları dahilinde geliştirdiği *causa moralis* kavramını ortaya koymuştur. Buna göre ise doğa kanunlarından doğan nedensellik ile nedenselliğin gözlemcisi olan ve dışındaki serbest gelişimleri etkileme yeteneğine sahip olan insanın yarattığı nedensellik birbirinden farklı kavramlardır. Örneğin *isnadiyad*, *actio libera in causa* ve *kusurluluk* gibi en temel kavramlar aslında “*özgür nedensellik*” (= Kausalität aus/durch Freiheit) kavramının birer çıkarımıdır. Bkz. **Grosses Wörterbuch Philosophie**, München, © Compact Verlag, 2006, “*Causa*” ve “*Kausalität*” maddeleri, s. 55 ve 178.

olması gerekir ki, eylemi ona sübjektif olarak isnad edilebilsin. Bir eylemlikte bulunan kimse, bunun olası neticelerini de tahmin ediyor olmalıdır, yani istem unsurundan bağımsız olarak çeşitli ihtimalleri öngörmüştür. Bu bilinç, amaçsal hareket eden insana hangi fiillerin isnad edilebileceğini ve dolayısıyla hangi fiillerin hukuksal manada “nedensel” olduğunun da belirlenebileceğine işaret eder¹¹¹.

Tabiî nedensellik ile hukukî nedenselliğin (=isnadiyadın) farklı kavramlar olduklarını açıkladığımıza göre, “nedensellik bağında hata” kavramını irdelleyebiliriz. Doktrinde yaygın kullanıldığı anlamıyla “nedensellik bağında hata” failin öngördüğü nedensel gelişim ile vuku bulan arasında bir farklılığın bulunması durumlarına verilen addır. Nedensellik kavramını sadece tabiî nedensellik anlamında ele aldığımız takdirde, anılan kavramın objektivist karakteri gereği hataya, yani objektif/sübjektif çelişkiye yer vermeyen bir öze sahip olduğu tespit edilecektir. O halde nedensel gelişim kurgusu üzerindeki hata, nedensellik başlığı altında değil, isnadiyad kavramı altında incelenmelidir¹¹². Örneğin attığı kurşunun öldürücü etkisini bilmeyen failin içinde bulunduğu hata, sübjektif isnadiyadın bulunmaması sebebiyle kast sorumluluğunu izale edebilir ama bu durumda dahi atılan kurşun ile failin eylemliliği arasında bir nedensellik bağı söz konusu olacaktır.

Önce *ex post- objektif* nedensellik, daha sonra failin yerine ikame olunan objektif kişinin *ex ante* öngörebileceği durumların tespiti ve son olarak da failin *ex ante* öngördüğü neticelerin isnad edilebileceğini belirtmiştik (= tabiî nedensellik → objektif isnadiyad → sübjektif isnadiyad). Bu formülü zorlayan bir faraziye geliştirelim: Örneğin bir ilaç üzerinde çalışan bilim adamının sadece kendisinin bildiği öldürücü bir etki söz konusu olsun ve bilim adamı da bu ilacı bir eylem objesi

¹¹¹ Tabiî nedensellik ile objektif/sübjektif isnadiyadı karma bir biçimde uygulamak savında olan *Dönmezer /Erman*, hukuk normunun yarattığı mantığın, objektif öngörülemez eylemliklerin cezalandırılmasını kapsam dışı bırakması gerektiği ve bu sebeple objektif isnad edilemez eylemlerin cezalandırılmayacağını ve sübjektif isnadiyadın elverdiği ölçüde kusurluluk türünün belirleneceğini belirtiyorlar. Doğal hareket kuramına taraftar olan yazarlar her ne kadar isnadiyada yaklaşmış olsalar da sistematik farklılık sebebiyle nedenselliği hukuki bir kavram olarak ele alınmasına yakın durmamaktadırlar; dolayısıyla sadece yazarların ulaştığı sonuca katılıyoruz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Dönmezer/Erman, Nazarı ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C.I., kn. 606-663, s. 469-527, bilhassa kn. 659, s. 517-520.

¹¹² *Ünver*, haklı olarak, TCK m. 20/f.1’de tanımlanan “şahsilik prensibinin” nedensellik kavramıyla ilişkilendirilerek anlaşılması gerektiğini vurguluyor. Karş. Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.1, Ankara, © Seçkin Yay., Ekim 2006, s. 43-44.

üzerinde öldürmek amacıyla kullanmış olsun. Bu durumda objektif öngörülebilirlik bulunmamasına rağmen öldürücü etki fail tarafından öngörülmektedir. Eğer sıralı dedüksiyon metodunu kullanırsak, objektif isnadiyadın bulunmaması sebebiyle suçun maddi unsurunun bulunmadığına hükmetmemiz gerekecekti¹¹³. Bu sebeple somut örnekte doğal hareket kuramcılarının sıralı dedüksiyon metodu kullanılamaz. Kanımızca, tabiî nedensellik ile tespit edilebilir bir bağı olan sübjektif bilginin kastı eylemin objektif isnadiyadına imkan sunabilmesi kabul edilmelidir. Yani maksat ile tabiî nedensellik uyuyorsa, objektif isnadiyadın varlığının da tespit edilmiş olduğuna ve suç tipinin maddi ve manevi unsurlarının oluştuğuna hükmetmek gerekir¹¹⁴.

Objektif isnadiyadın bulunmadığı durumlarda suçun maddi unsuru gerçekleşmemiştir. Yani olay anında failin yerine geçen kişi dahi, gerçekleşen neticeyi öngöremeyecek durumdaysa ortada cezalandırılabilir bir haksızlığın varlığından söz edilemez¹¹⁵. Ancak kast sorumluluğu bakımından sadece öngörülebilir neticenin varlığı yetmeyecektir. Bunun yanında failin olay anında, neticeye meydan verebilecek olası tesadüflerin de bilincinde bulunması gerekir. Bu durumda faile içkin tesadüften bahsedilir ve sübjektif isnadiyadın temeli ortaya çıkar. Örneğin bir kimseye ateş eden fail, bir insanı öldürmeye elverişli oranda bir eylemlik

¹¹³ Dönmezer/ Erman anılan sakıncaya işaret ediyor. Bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, kn. 646, s. 502.

¹¹⁴ Aynı yönde ancak uygun neden teorisinin anılan durumları çözdüğü iddiasıyla bkz. Köhler, **AT**, s. 145. Kanaatimizce örnekte ileri sürdüğümüz objektif öngörülemez fakat failce öngörülmüş durumlarda manevi unsur maddi unsuru canlandıracaktır. Karş. Hegel, **Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften**, C.I, § 155- 159, s. 300-306. Örnekle ifade etmeye çalıştığımız üzere, isnad edilebilir temel etmenin belirlenmesinde, objektivite ile sübjektivitenin karşılıklı etkileşim (=Wechselwirkung) içinde bulunabileceği durumlar söz konusu olabilir.

¹¹⁵ Objektif isnadiyadın kapsamı ile ilgili birkaç durumu tespit ederek konumuza devam etmemiz gerektiğini belirtmeliyiz. Şöyle ki, her suç tipinin bir davranış modeli tarifi olduğunu yukarıdaki bölümlerde belirtmiştik. Bir davranış modeli kurgusu, başka bir ifadeyle bir tipikleştirme faaliyeti olan ceza normunun, bu anılan özelliğinin doğal sonucu olarak her zaman cezalandırılabilir eylemden daha geniş bir alanı tanımlamış olabileceği ihtimali mevcuttur. Daha doğrusu; kanun koyucunun iradesinin (maksadının) haricinde kalan hususlar da, biçimsel olarak kanun metninin lafzının kapsamına girebilecektir. Aksi durumlarda yani kanun koyucunun iradesinin kanun metninin lafzını aşan bir cezalandırılabilirlik alanı tanımlamak isteyip bunu dilin objektivitesi gereği başaramadığı durumlarda hem kanunililik ilkesi hem de kanaatimizce bu ilkedен doğan ve sadece risk arttıran eylemliklerin objektif isnadiyadına imkan sunulmasına ilişkin prensipler sebebiyle daraltıcı bir yorum yapılması gerekecektir. Bu hususta özellikle bkz. Roxin, **AT-I**, § 11, kn. 73 vd., s. 386 vd; Gropp, **AT**, § 5, kn. 43, s. 157; Wessels/ Beulke, **AT**, § 6, kn. 183-184, s. 69; Baumann / Weber/ Mitsch, **AT**, § 14, kn. 66- 74, s. 250-252. Türk Doktrinde objektif isnadiyadın sınırlandırıcı fonksiyonuyla ilgili olarak bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, bilhassa s. 285-306.

gerçekleştirdiğinin bilincindedir. Kurşun isabet alabilir veya sapabilir, fail her iki tesadüf versiyonunu da içkin bir biçimde hareket etmiştir. O halde hedef alınan obje isabet alsın (tamamlanmış suç) ya da isabet almasın (teşebbüs halinde kalan suç) ortada kasten gerçekleşmiş geniş anlamda bir netice söz konusu olacaktır. Ancak bu noktada ikili bir ayırım yapmamız gerekecektir: Buna göre fail hareket anında herhangi bir başka obje üzerinde eyleminin sonuç vermeyeceğine güvenmekteyse veya böyle bir durumu öngörmemişse artık (sapma halinde) gerçekleşen bu neticeden failin kastî sorumluluğuna gidemeyiz, çünkü olası tesadüf versiyonları faile içkin değil, tamamen dışsaldır. Bu durumlarda objektif isnadiyad bulunsa bile sübjektif isnadiyad ortadan kalkar. Buna karşın fail ika ettiği eylemin yarattığı zararı gerçekleştirmeye dönük tehlikeliliğe özgü versiyonların bilincindeyse (bu tehlike versiyonların her birini tikel olarak belirlemesi gerekmiyor) bu durumda kasten gerçekleşen tamamlanmış suçtan söz edilecektir. Örneğin fail birini öldürmek maksadıyla ona ateş ediyor, fakat obje aldığı yaralarla eylem anından bir süre sonra ölüyor¹¹⁶. Bu durumda fail yarattığı neticeyi gerçekleştirmeye elverişli tehlikenin olası biçimlerine ait bir bilince sahiptir. Bu noktada dar anlamda netice suçları ile tehlike suçları arasındaki ayırma değinmek ve meseleyi objektif isnadiyad kuralları gereğince yeniden ele almak zorundayız. Dar anlamda bir netice suçundan bahsettiğimiz takdirde, ortalama kişinin eylem anında “zarar/ özgürlüğün somut ihlali” sonucunu doğuran tehlikeliliği öngörebilecek durumda olması gerekecektir. Aksi halde, yani dar anlamda netice (zarar/somut ihlal) ile geniş anlamda netice (tehlikelilik) arasında bağlantılı kurulamayacaksa, sadece uygunsa teşebbüs veya cezalandırılabilir somut tehlikelilikten bahsetmek gerekiyor. Bu durumu çok yeni tarihli bir (Alman) Federal Yüksek Mahkemesi kararı ile derinleştirmeye çalışalım:

Yasak İşareti İçindeki Gamalı Haç- Vakası¹¹⁷: Somut olayda failler bir müzik firmasının sahipleridir. Bu kişiler, Nazi döneminin simgesi olan gamalı haçın etrafını çevreleyen yasak işareti kullanarak bir ticari met’a geliştirmişler ve bunu ürettikleri malzemelerin üzerinde veya kokart olarak ayrıca satışa sunmuşlardır. Anılan çizimin faşizm karşıtı bir anlamda kullanılmak istendiği hususunda bir şüphe yoktur.

¹¹⁶ İçkin/dışsal tesadüf ayırımının ve anılan örnek için bkz. Köhler, AT, s. 155.

¹¹⁷ Yüksek Mahkemesinin anılan kararının basın duyurusuna ulaşmak için bkz. <http://juris.bundesgerichtshof.de> Pressemitteilungen Nr. 36/2007; kararın tam metnine “Urteil des 3. Strafsenats vom 15.3.2007 – 3 StR 486/06”, anılan siteden ulaşılabilir. [Çevrimiçi, 16 Mart 2007, saat: 17:02].

Ancak Stuttgart Eyalet Mahkemesi, Alman Ceza Kanunun 86a paragrafında düzenlenen “anayasal düzen karşıtı teşkilatın alametini kullanma suçunun” bir soyut tehlike suçu olduğunu belirterek failin hangi saikle söz konusu işareti kullandığının bir önemi bulunmadığını, bu alametin kullanılmasını yaygınlaştıran her eyleminin suç tipi kapsamına gireceğini belirterek adli para cezasına hükmetmiştir.

Buna karşın Federal Yüksek Mahkemenin 3. Ceza Dairesi, paragraf 86a’nın lafzının çok geniş tutulduğunu ve bu durumunun kanunun hazırlanma sürecinde de tespit edildiğinden ve daraltıcı uygulamanın bilhassa yargı makamlarına bırakıldığından hareketle “anayasal düzen karşıtı bir örgütün ideolojisine zıtlık taşıyan bir simgenin” kanunun koruma amacı haricinde kalacağını belirtmiştir. Buna göre failin ticari saiklerle hareket ediyor olmasının da bir önemi yoktur. Ayrıca Eyalet Mahkemesinin bu türden simgelerin kullanılmasının serbest bırakılması halinde, bu durumun aşırı sağcı kimseler tarafından istismar edileceğine dair tespitine katılmayan Daire, kendi ideolojisine karşıtlık taşıyan bir sembolün asla ideoloji taraftarlarınca kullanılamayacağına işaret etmiştir.

Ve sonuç olarak Daire, maddi unsurların anılan özel içeriği gereğince failin kasten hareket edip etmediği meselesini tartışma dışı bırakılarak, beraata karar verilmiştir.

Yukarıdaki bölümlerde ifade ettiğimiz üzere anılan suç tipinin bir soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmemesi için anayasal düzenin aleyhinde bir propagandaya somut olarak elverişli bir tehlikenin gündeme gelmesi gerekiyor. Bu durum tespit edildikten sonradır ki, failin yerine geçecek ortalama kişinin anılan tehlikeyi somut olayda öngörebileceği kabul edilirse, failin failine objektif isnadiyadi mümkün olabilir. Ancak yine sorumluluğu sınırlandırıcı bir kriter olarak kanun koyucunun hangi eylemleri cezalandırmanın kapsamına aldığı tartışılabilir ve normun koruma alanının haricinde kalan durumların objektif isnad edilebilir bir eylemlik yaratamadığından bahisle maddi unsurun yokluğuna hükmedilebilir. Görüleceği üzere, bu ikinci yorumu geliştirmeden salt soyut tehlike suçları üzerinden gerçekleştirilecek bir çözüm yolu isnadiyadın dışında kalacağından “eylemden doğan kusur sorumluluğuna” da aykırı bir öze sahip olacaktır.

Anacak kanaatimizce söz konusu yasaklayıcı hükmün koruma alanı, anılan “anayasal düzen karşıtı alametlerin” kullanılmaya başlanarak toplum nezdinde hatırlatılmasını da kapsar bir mahiyettedir¹¹⁸. Bu sebeple somut olayda “anti-faşist” propaganda özelliği taşımasına rağmen kullanılan işaretlerin suç tipinin maddi unsurunun gerçekleşmesine imkan sunan bir öze sahip olduğunu düşünmekteyiz. Yani beraat hükmünde, Yüksek Mahkemenin hukuki tavsifinin aksine maddi unsur yokluğundan değil, manevi unsurun eksikliğinden bahsedilebilirdi. Bu durumda

¹¹⁸ *Kindhäuser* de buna yakın bir biçimde yasaklanmış örgütlerin “yeniden canlandırılmasından” bahsediyor ancak simgelerin kullanılmasının *hatırlatıcı* veya *aşınlaştırıcı* yönüne değinmiyor. Karş. *Kindhäuser*, **LPK- StGB**, § 86a, kn. 1, s. 360.

failin, yarattığı somut tehlikenin “anayasal düzen aleyhindeki alametlerin” hatırlatılmasına ve dolayısıyla bunlara karşı toplumsal aşinalaşmaya imkan verebileceğini öngörüp öngörmemiş olması üzerinden bir karara varılması gerekeirdi.

2.3.3.2. “Rüc’u Yasağı” ve Hareket Kavramının Şahsi Niteliği

“Rüc’u yasağı öğretisi”nin tasnifçi ekolde kabul edilen biçimine göre, bir üçüncü kişinin (ikinci eyleminin) failin eylemine yaptığı müdahale sonucunda tipik neticenin doğması halinde, ilk eylem ile netice arasındaki nedensellik bağının koptuğu (kesintiye, inkıtaa uğradığı) savunuluyordu. Görüleceği üzere bu yorum, aslında doğalcı hareket kuramının tutarlı bir sonucudur. Zira madem ki hareket neden-sonuç gelişimi içerisindeki bir dış dünya değişikliğidir; o halde klasik kuramın isnadiyad kavramını değerlendirme dışı bırakacak tek yöntem de “nedensellik bağının kesilmesi” şeklinde ifade edilebilecek bir formülü gerektirir. Ancak tasnifçi geleneğin anılan kuramı da, sonuçta “süjenin özgür bir biçimde tercih ettiği eylemlilik”, yani hareketin subjektif/objektif birliği kaidesinden doğan bir “nedensellik” tanımlı yapma gereği hissettiğinden aslında “hukuki nedenselliği” esas alan rüc’u yasağını tutarlı gözükmeye çalışan sistematik bir yanlışlık içerisinde “nedensellik” problemi olarak ele almıştı¹¹⁹.

Bizim de taraftarı olduğumuz görüş uyarınca tartışılması gereken husus, bir tabiî nedensellik bağı meselesi değildir¹²⁰. Zira sorun sadece tabiî nedensellik bağına irca edildiği takdirde, ikinci eylemliliğin hangi sebeple birinciye değerlendirme dışı bıraktığı sorusu cevaplanamaz. Halbuki birinci eylemlilik de pekâlâ ikinci eylemliliğin bir ön nedeni olarak dış dünyada varlığını sürdürdüğünden aslında aralarında tabiî bir

¹¹⁹ Her ne kadar *Özbek*, tabiî nedensellik kavramı ile değil de, isnadiyad yoluyla bir çözüm yoluna ulaşmak gereğini belirtse de, sonuçta “nedensellik bağının kesilmesi” ile ilgili olarak ortaya koyduğu formül şart teorisinin revize edilmiş biçimidir. Karş. *Özbek*, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, C.I, s. 286-287. Aynı yönde bkz. Centel / Zafer/ Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 271. İddiasının aksine Özgenç de, “tabiî nedensellik” ile “hukuki nedensellik” arasındaki ayrımı silikleştiriyor ve “yeni bir illiyet bağı”nın doğduğundan bahsediyor. Karş. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 162 ile 171.

¹²⁰ Örneğin *Roxin* isabetli bir biçimde, kurala uygun bir nedenselliğin ancak varlığının tartışılabilirliğini, aksi halde var olan bir nedenselliğin “kesilmesinin” tabiî nedensellik öğretisi ile çelişeceğini ifade ediyor. Karş. *Roxin*, **AT**, § 11, kn. 28, sh. 363. Rüc’u yasağını isnadiyad kavramı dahilinde çözmek isteyenler için bkz. *Wessels/Beulke*, **AT**, § 6, kn. 166, s. 62; *Otto*, **AT**, § 6, kn. 53, s. 66; *Gropp*, **AT**, § 5, kn. 48, s. 158; Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 247-249.

nedensellik bağı mevcut olacaktır. O halde, mesele eylemin failinin *kim* olduğunun tespiti meselesinden hareketle, cezalandırılabilir, yani *isnad edilebilir* eylemliğin belirlenmesidir. Yani ikinci ve birinci eylemler arasındaki ilişki ancak objektif isnadiyad dahilinde çözümlenecektir.

Buna göre, neticeye yönelen birinci eylemliliğe tesir eden herhangi bir dışsal faktör artık “yeni” eylemliliğin başka bir hareket olduğu sonucunu doğurmalı ve birinci eylemlilik ancak yarattığı somut bir tehlikelilik söz konusu ise “hareket” olarak nitelendirilebilmelidir. Demek ki, birinci ve ikinci eylemlilikler nedensel olsa dahi, ikinci eylemlilik ancak birincinin failinin bu olası ikinci eylemliğin bilincinde bulunuyor olması halinde isnad edilebilir kabul edilecektir.

Rüc’u yasağının, yani ikinci eylemliğin öncesi ilk eylemliğe “dönülerek” sorumluluğun belirlenmesinin yasaklanmasını nedensellik bağının kesilmesi şeklinde değil de, objektif isnad edilebilir eylemin tespitinde kullandığımıza göre, şimdi kast sorumluluğu bakımından meseleyi tartışabiliriz. Hangi hallerde ikinci eylemlilik sonrası bir rüc’u yasağının söz konusu olabileceği meselesi tartışmalı gözüküyor. Kanaatimizce sorun müdahalede bulunan “üçüncü kişinin kim olduğu” ve “nasıl bir müdahalenin” söz konusu olduğu konularında düğümleniyor ve bu düğüm noktası ancak ceza hukukunda hareketin nasıl tanımlandığı sorunu ile aşılabilecek bir özü taşıyor.

Tezimizin birinci bölümünde açıklamaya çalıştığımız üzere ceza hukukundaki hareket kavramı, “dış dünyada gerçekleşen bir değişiklik” derekesine irca edilemez. Hareket daha ziyade, failin özgür iradesiyle tercih ettiği bir eylemliğe dayanır ve onun bu hareketten doğan sorumluluğuna göre kavram geri dönüşlü olarak kendini inşa eder. Yani fail bilincinde olduğu eylemliğin sonuçlarını kabul ettiği ölçüde bir harekette bulunmaktadır. Bu kabulden doğan ilk çıkarım, ancak failin bildiği kadar hareket edebileceği olduğuna göre; fail, rüc’u yasağı meselesinde gündeme gelen ikinci (kendine dışsal olan) eylemliğin bilincinde olduğu müddetçe bu eylemliğin yarattığı neticeler onun hesabına yazılabilir, yani ona isnad edilebilir. Aksi halde ikinci eylemliğin varlığı hakkında bilgi sahibi olmayan veya ikinci eylemlikle bilinçli bir ilişki içinde bulunmayan failin, ilk eylemliği nedensel olsa dahi isnad edilebilir kabul edilemez.

Bu çıkarım aslında dolaylı bir biçimde iştirakin tanımından kaynaklanıyor. Buna göre örneğin TCK'nın da kabul ettiği sisteme göre sadece aralarında iştirak iradesi bulunan kimselerin eylemlikleri sonuç bakımından faillerine (veya azmettirenine veya yardım edenine) isnad edilebilir kabul edilecektir¹²¹. Dışsal tesadüfle bir araya gelen ve tabiî bağ dahilinde etkileşimde bulunan eylemlikler ancak kendi sübjektif varlıklarının sınırları dahilinde isnadiyada konu teşkil edecektir¹²². Aynı yönde taksirli eylemlerin iştirake konu olamayacağı prensibi de aslında bu çıkarımımızı takyit ediyor¹²³.

O halde, nedensel seri üzerinde yer alan birinci failin eylemliliği ancak ancak onun neticeye neden olan ikinci eylemliliğin bilincinde olması halinde netice bakımından tam sorumluluk yaratmalıdır. Aksi halde birinci failin eylemine “eklenen¹²⁴” dışsal bir faktörün varlığından bahsetmek gerekir. Bu dışsal faktörlerin *eylem objesinden kaynaklanan, tabiatın yarattığı bir tesadüften doğan, üçüncü bir kişinin eylemliliğinin sonucu olan veya failin kendisinin kastı olmayan bir eylemliliğinden ortaya çıkan bir özelliği taşımasının bir önemi yoktur*. Her durumda “eklenen” faktörün failin kasten tamamlamış olduğu bir suçtan söz edilemeyecektir.

Dolayısıyla doktrinde ilk çıktığı şekliyle bir başkasının kasten gerçekleştirdiği eylemin failin eylemliliğine müdahalede bulunduğu durumlarla sınırlı bir biçimde kabul edilen rüc'u yasağının, isnadiyad kavramı dahilinde kazandığı anlamın daha geniş yorumlanmasına taraftarız. Buna göre failin “kasten” icra ettiği eylemliliğine üçüncü bir kişinin müdahale ettiği¹²⁵ ve bu müdahale sonucunda tipik neticenin

¹²¹ Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin 765 sayılı TCK'nın 463. maddesinde Anayasaya aykırılık görmemesi kabul edilebilir bir durum değildir (Any. Mah. E. 2003/97, K. 2006/115, 21.12.2006, RG: 22.03.2007-26470). Bu karar metni için bkz. **Terazi Hukuk Dergisi**, Nisan 2007, S. 8, s. 136-141.

¹²² Bu doğrultuda bkz. Köhler, **AT**, s. 146. Benzer görüşleri derleyen bkz. Puppe, **NK-StGB**, § 13 öncesi açıklamalar, kn. 167, s. 381-382. Ancak Puppe'ye göre “rüc'u yasağının” temelini oluşturan, özen yükümlülüğünün belirlenmesi olmalıdır. Bkz. **a.e.**; ayrıca **AT-I**, § 5, kn. 34, s. 144. Rüc'u yasağı kavramı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 349, 350. Kanaatimizce Puppe, salt özen yükümlülüğünün tespitine indirgediği rüc'u yasağı kavramı ile *dolus generalis*'i kabul eden kast anlayışı içinde tutarlı gözüktüyor ama her halükarda hukuk sorumluluğunun objektif/sübjektif birliğini göz ardı eden bir objektivist anlayışı savunuyor.

¹²³ Benzer görüş için bkz. Jakobs, **AT**, § 7, kn. 59, s. 214.

¹²⁴ Tabiî nedensellik kuramcılarının nedenselliğin kesilmesi ifadesi yerine “eklenen neden”den söz etmeleri de her halde belirttiğimiz tespiti dayandırıyor.

¹²⁵ İncelediğimiz bu olasılıkta müdahil üçüncü kişinin yarattığı tehlikeliğin bilincinde olduğu durumları var sayıyoruz. Yani en azından bilinçli taksirle gerçekleşen müdahaleler söz konusu

gerçekleştirdiği durumları ele alalım: Örneğin birinci eylemin failinin kasten koyduğu zehir ile ikinci failin kasten koyduğu zehir ancak her ikisinin de içilmesi halinde ölüm neticesini doğurabilecek olsun (“kümülatif nedensellik”). Tabii nedensellik bahsinde değindiğimiz üzere anılan durumda her iki failin eylemliliğinin nedensel olduğu hususunda bir şüphe yoktur. Ancak birinci eylemin failinin eylemliği (yaşam hürriyeti üzerinde) tehlike yaratabilecek objektif bir kapasitede değildir, yani tipik neticeyi gerçekleştirebilmesi olay anındaki objektif gözlemciye göre mümkün değildir. O halde, her ne kadar ikinci eylemlikle nedensel bir bağ içinde de olsa, birinci failin eyleminin neticeyi de kapsar biçimde ona isnad edilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda birinci fail, yarattığı somut tehlike sebebiyle teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir. Üçüncü kişinin kasten gerçekleştirdiği müdahaleye bir diğer örnek olarak “alternatif nedensellik” durumları da gösterilebilir. Yukarıda değindiğimiz üzere, bu durumda da her iki eylemin nedensel bir gelişim serisi yarattığı hususunda bir şüphe yoktur, ancak bu gibi hallerde de birinci eylemin failine objektif isnadiyatında bir sorun doğuyor. Buna göre her ikisi de öldürmeye elverişli zehirlerin mağdur tarafından içildiğini varsayalım. Bu durumda birinci zehrin hipotetik olarak ölüm neticesini gerçekleştirebileceği düşünülse bile, somut olayda her iki zehrin etkileşimi ile ölüm neticesi gerçekleştiğinden, yani birinci eylemin kendisine isnad edilemeyen ikinci eylemlikle neticeye sebep olduğundan, “neticenin” birinci eylem failine isnad edilebilmesi mümkün değildir¹²⁶. Anılan durumlarda birinci eylem failinin ancak teşebbüsten sorumlu tutulabileceğini belirtmeliyiz, zira müstakbel ihlalleri değil¹²⁷, var olan ihlalleri veya somut tehlikeleri cezalandırabiliriz.

olmalıdır. Zira adı taksirle müdahalede aslında ceza hukuku bakımından önem taşıyan bir hareketin varlığı iddia edilemez. O halde bu durumları doğal dışsal nedenlerin failin eylemine etkisi bağlamında ele almalı ve yukarıda belirlediğimiz genel kriterlere göre isnadiyatı sağlamalıyız. [Sadece –diğer çıkarımlarımız hariç olmak üzere-, üçüncü kişinin özgür sorumluluk temelinde yarattığı tehlikelerin isnadiyatı kesen özelliği bakımından bkz. Otto, AT, § 6 kn. 56, sh. 67].

¹²⁶ Aynı yönde Köhler, AT, s. 146, 153.

¹²⁷ Burada “müstakbel” ifadesiyle kastettiğimiz *ex ante* gerçekleşebilecek durumdur. Ancak üçüncü kişinin müdahalesi (ikinci eylemlilik) sonrasında artık bu dolaysız ilişki kesilmiştir. İhmalî suçlar bakımından da durumun irdelenmesi gerekiyor. Otto’nun bu konudaki örneğinden yola çıkalım: “A, B’yi öldürmek gayesiyle ateş eder ve B’yi ölümcül derecede yaralar. B’ye karşı garantörlük yükümü altında bulunan C, tehlikenin bilincinde olmasına rağmen kasten kurtarma hareketlerine girişmez”. Bu durumda ilk bakışta “alternatif nedensellik” durumlarındakine benzer bir çözüm yoluna gidilmesi ve netice bakımından birinci eylemliğin (A), ikinci vasıtasıyla (C’nin eylemsizliği) isnad edilebilir

Üçüncü kişi müdahalesiyle özünde niteliksel bir farklılık taşımayan diğer durumlarda da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Örneğin failin kasten gerçekleştirdiği eyleme mağdur da katılmış olabilir. Şöyle ki; fail mağduru, hayatını tehlikeye sokacak bir biçimde yaralar, ancak yaralanan mağdur kaldırıldığı hastanede yapılacak olan tıbbî müdahaleyi dini gerekçelerle reddeder ve ölür¹²⁸. Bu durumda failin eylemi ile gerçekleşen ölüm neticesi şüphesiz nedenseldir ancak artık –üçüncü kişinin müdahalesinde olduğu gibi- başka bir “nedensel seri yaratıcısı” kişinin etken varlığı sebebiyle netice faile objektif olarak isnad edilemez, yani failin hareketi artık bu “yeni” neticeyi kapsayamaz.

Fakat failin, mağdurun anılan özelliğini bildiği, yani –mesela- mağduru ağır yaraladıktan sonra onun kaldırılacağı hastanede kan naklini reddedeceğini öngördüğü durumlarda nasıl bir sonuca hükmetmeliyiz? Başka bir ifadeyle fail, mağdurun fundamentalist bir Yehova şahidi olduğunu biliyor ve dolayısıyla tıbbî müdahaleyi reddedebileceğini öngörüyor olsun. Bu durumda ilk bakışta sübjektif isnadiyadın, yani failin olası ihtimalleri içkin öngörüsü gereğince hareketin anılan netice sorumluluğunu kapsar mahiyette genişlediği savulabilirse de, kanaatimizce artık bu durumda mağdurun tercihinden kaynaklanan yeni hareket, failin hareketinin sınırını belirler ve doğan neticenin failine objektif isnadiyadına mani olur.

Mağdurun bilinçli katılımının gerçekleşmediği durumları yukarıdaki müdahale örneklerinden ayırık değerlendirmemiz gerekiyor. Örneğin fail, yaşlı ve kalp hastası mağduru öldürmek niyetiyle silahını ateşler fakat mağdur isabet almaz

olmaktan çıktığı savunulabilirse de, aslında ortada iki farklı sorumluluk kalıbı bulunuyor. Alternatif eylemlerin objektif isnadında ileri sürdüğümüz gibi, A’nın eylemliğine dönük olarak verili somut/gerçek durum dahilinde bir çözüme ulaşmalıyız, müstakbel kurgunun belirsizliğine göre değil. A’nın eylemi, C’nin eylemsizliğine rağmen netice bakımından hâlâ isnad edilebilirdir. *Otto* ise, ihmali suçların genel karakteristik özelliğinden yola çıkarak anılan sonuca ulaşıyor. Karş. *Otto*, AT, § 6, kn. 57, s. 67.

¹²⁸ Üçüncü kişi müdahalesiyle koşutluk bağıni vurgulayan *Jakobs* da aynı doğrultuda mağdurun “ikna edici/anlaşılır olmayan” sebeplerle tıbbî müdahaleyi reddetmesi örneğini ileri sürüyor. Ancak “makul sebeplerin” ne olduğu yazar tarafından belirtilmiyor. Karş. *Jakobs*, AT, § 7, kn. 59, s. 214. *Roxin*, bu noktada “belirgin bir akıl dışı” sebeple mağdurun anılan müdahaleyi reddetmesi gerektiğini vurguluyor. Yazarın örneğinde belirttiği üzere binde 5 ila 15 arasındaki bir operasyon riskinin bulunması mağdurun tedaviyi reddine makul bir gerekçe zemini teşkil etmemelidir. Karş. *Roxin*, AT, § 11, kn. 118, s. 408.

ancak silahın çıkardığı sestten ötürü kalp krizinden ölür¹²⁹. Bu durumda failin yerine geçen üçüncü kişi bu olası bilgiyi öngörebilecek durumdadır, o halde eylemin failine objektif isnadiyadında bir sorun bulunmuyor fakat fail *ex ante* mağdurun bu niteliğinin farkında değilse bu durumda eylem objesinin niteliğinden kaynaklanan bir hatası bulunuyor demektir. Yani sübjektif isnadiyad kalkar. Dolayısıyla bu türden durumlarda kast bakımından manevi unsurun eksikliğinden söz etmek doğru olacaktır.

Mağdurun bilinçli müdahalesinin diğer bir şekli de iştirak ilişkisinin bulunduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Bu durumlarda fail için eylemi yabancı bir hukuksal değer üzerinde gerçekleşen bir eylem iken, mağdur açısından kendi varlığı üzerindeki bir tasarruftan bahsedilecek ve dolayısıyla eylemi “kendini tehlikeye sokma” olarak nitelenecektir. Bu durumda iştirak ilişkisinin nasıl tesis edilebileceği meselesi ise tartışmalı gözüküyor. Zira üzerinde iştirak kurulan suç, failin “başkasına zarar verme” temelinde gelişen eylemliği midir; yoksa mağdurun “kendini tehlikeye sokma” biçiminde ortaya çıkan eylemliği mi? Mağdurun (ikinci eylem failinin) kendini tehlikeliliğe soktuğunun kabul edildiği durumlarda cezalandırılmayan bir eylemin (örneğin intiharın) varlığından söz edilecektir ve bu durumda aktif eylemiyle neticeye neden olan fail ancak özel düzenleme gereğince intihara yardım eden sıfatıyla ceza alacaktır. Ancak kanaatimizce fail açısından asıl eylem “bir başkasına zarar verme” biçiminde temellendirilmelidir ve mağdurun bu suça iştiraki elverişsiz kabul edilmeli, dolayısıyla iştirak ilişkisi inkar edilmelidir¹³⁰. Ayrıca belirtelim ki, mağdur ve fail statülerinin aynı kişi üzerinde birleşmeyeceği prensibi de görüşümüzü destekler mahiyettedir. Aksi yönde bir kabulde, talep üzerine öldürme fiillerinin hepsinde TCK m. 84/f. 1 ve f. 2 uygulanacaktır¹³¹ ki, bu durumda isnad edilebilir kasten öldürme cezasız kalacaktır.

¹²⁹ Benzer bir örnek bkz. Köhler, AT, s. 153, 155. Yazar anılan durumlarda failin teşebbüsten cezalandırılması gerektiğini vurgulamaktadır.

¹³⁰ Anılan durumlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, AT, § 11, kn. 126 vd., s. 412 vd.

¹³¹ TCK m. 84’de “intihar” olarak nitelendirilen durumların “intihara teşebbüsü” de kapsar mahiyette kurgulandığına değinmek gerekiyor. Aslında intihar, bir kimsenin özgürce ölümü tercih etmesi ve bu neticenin gerçekleşmesidir. Neticenin (ölümün) gerçekleşmediği durumlara “intihara teşebbüs” ismi verilmelidir.

Failin kasten gerçekleştirmeye çalıştığı eylemliğin isnadiyadını kesen diğer bir durum da, failin eylemini tamamen dışsal bir tesadüfe terk ettiği, başka bir ifadeyle tabiatın yarattığı bir tesadüfe bıraktığı durumların değerlendirilmesi olacaktır. Bu gibi hallerde eylemin seyrine müdahalede bulunan bir *causa moralis* söz konusu değildir. Netice fail de dahil olmak üzere tüm “nedensel seri yaratıcılarının” öngörebileceği sınırın ötesinde bir tesadüf düzleminde kalacaktır. Bu gibi durumlara ilişkin doktrinde verilen klasik örnekten yola çıkalım: A, uşağı B’yi şiddetli bir fırtına sırasında yüksek ağaçların bulunduğu bir bölgeye bir takım işleri yapması için yollar. A, B’nin üzerine düşecek bir yıldırım yoluyla ölmesini istemektedir. Olay umduğu gibi gelişir ve B hayatını kaybeder¹³². Örnekte belirtilen durumda mağdurun yıldırım çarpması sonucu öldüğü ve failin kendini anılan bölgeye yolladığı için isabet aldığı, dolayısıyla bir tabiî nedensellik bağının bulunduğuna şüphe yoktur. Ancak fiil objektif olarak isnad edilebilir mi? Bunun için tek kriter var olan tehlike ortamının *ex ante* objektif gözlemci penceresinden incelenmesidir. *Ex post* gözlem burada bizi hatalı sonuçlara taşıyacaktır, zira eylem gerçekleşmiştir ve nedenseldir, yani *ex post* bağ zaten mevcuttur. Halbuki yapılması gereken verili koşullarda doğan neticenin her türlü hayat tecrübesi gereğince kabul edilebilir bir tesadüf olup olmadığının tespit edilmesidir. Olaya bakıldığında “yüksek ağaçlara yıldırım düşmesi” her ne kadar bir tesadüf bağıni zorunlu kılsa da, mağdurun içinde bulunduğu somut alan ve diğer etkenler değerlendirildiğinde failin sadece dışsal bir tesadüfü zemin aldığı sonucuna ulaşılmalıdır. O halde, objektif isnadiyadın temel kriteri, somut tehlike ve onun yarattığı tesadüf düzeyi olacaktır. Bu kriterlerin gerçekleşmediği durumlarda maddi unsurun varlığından söz edilemez ve kişi¹³³ neticenin gerçekleşmesi için ne kadar arzulu olursa olsun, onun “kastından” bahsedilemeyecektir. Aksi halde her gün evden arabayla çıkan kocasının şehir içindeki bir trafik kazasında ölmesini uman karının isteğini de “kast” olarak kabul etmemiz gerekir.

¹³² *Träger*’den nakleden bkz. Larenz, **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung**, s. 62.

¹³³ Madem ki ortada sorumluluğu üstlenen ve olayın gelişimine bilinçli olarak müdahalede bulunan bir kimse yoktur, o halde “fail” tanımlaması da yerinde değildir.

Kanaatimizce adî taksirle gerçekleşen ikinci eylemlikleri de, neticeye tesir eden doğal/dışsal faktörler olarak nitelendirmemiz gerekir. Bu noktada ikinci eylemliğin “failden” mağdurdan veya üçüncü kişiden doğmasının bir önemi yoktur. Birinci eylemlik, failinin ikinci eylemliğin bilincinde olmadığı, daha doğrusu dışsal tesadüfe terk ettiği her durumda neticenin isnad edilmemesini gerektirir. Bu durumları bir kaç örnekle ifade etmeye çalışalım: Örneğin fail öldürmek istediği kişinin yemeğine zehir katıyor, daha sonra ikinci eylemliğin “faili” bilinçsiz bir biçimde (adî taksir) mağdura zehirleyici bir gıda veriyor ve mağdur bu etkileşim sebebiyle ölüyor¹³⁴. Bu durumda “alternatif nedensellik” örneğinde olduğu gibi birinci failin eylemliği ancak teşebbüs olarak nitelenebilir, çünkü tamamen dışsal bir faktörün etkinliği ile mevcut durum doğmuştur. İkinci (adî taksirle gerçekleşen) eylemliğin “faili” pekâlâ, birinci eylemliğin failinin kendi de olabilir. Bu durumda da objektif isnadiyadın ortadan kalktığı sonucuna ulaşmak tutarlı olacaktır. Bu noktada belirtelim ki, doktrinde *Weber kastı* olarak anılan ve *dolus generalis* (genel kast) öğretisinin bir türü¹³⁵ olan bu durumlarda “nedensellik zincirinin birleştirildiği” görüşü savunulmaktadır¹³⁶. Konunun nedensellikte bir ilişkisinin bulunmadığı gibi, aslında faile isnad edilebilecek bir tesadüf öngörüsünün bulunmaması sebebiyle (hata) tamamlanmış suçtan hüküm verilmesine karşıyız. Yani *Weber kastı* olarak

¹³⁴ Bu örneğin değerlendirmesine geçmeden evvel “aşkın nedensellik” durumlarına değinmemiz gerekir. Aşkın nedensellik hallerinde birinci eylemlik herhangi bir etkiye neden olmadan başka bir eylem sonucu birinci eylemliğin istihdaf ettiği netice gerçekleşir. Örneğin A, B’nin yemeğine bir gün sonra etkisini gösterecek bir zehir katıyor, fakat B anılan günde başka bir sebepten dolayı ölüyor. Bu durumda aslında gerçekleşen eylem neticesi ile birinci eylemlik arasında nedensellik bağı bulunmuyor. [Benzer örnek ve aynı doğrultuda bkz. Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku**, 4. Bası, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Eylül 2005, s. 126.] Dolayısıyla bu gibi durumlarda isnadiyada geçilmeden tabîi nedenselliğin bulunmadığına hükmedilmesi gerekir. Ancak yaratılan somut bir tehlike durumu söz konusu olduğu için teşebbüs derecesinde kalan suçtan söz edilmelidir. Bu noktada hemen belirtelim ki, birinci eylemliğin mağduru etkilemeye başladığı ve failin bu etkinin sonucu olarak bir tipik neticenin vusule gelebileceğini öngördüğü durumlarda eylem neticesinin isnadiyadından söz edilebilecektir.

¹³⁵ *Dolus generalis*’in diğer türü olan kesin olarak somutlaştırılmamış eylem objesinin konu edinildiği eylemlere ilişkin görüşümüzü sapma konusunu işlerken belirtmiştik.

¹³⁶ Örneğin İçel, bu durumları “nedensellik bağında önemsiz sapma” olarak nitelendirmekte ve failin kastının etkilenmeyeceğini savunuyor. Bkz. İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, s. 232.

nitelendirilen durumlarda ancak teşebbüs derecesinde kalmış asıl suçtan cezaya hükmedilmesi isabetli olacaktır¹³⁷.

Ancak Alman doktrinin aksine Türk doktrinde yaygın bir biçimde kabul edilen *dolus generalis* (bilhassa Weber kastı olarak anılan türü) kavramı üzerinde durmak gereğini hissediyoruz. Konunun bilimsel polemik dahilinde irdelenebilmesi için Alman doktrinde anılan sorumluluk türünün en sesli savunucularından *Puppe*'nin ortaya attığı örnek yargı kararlarının ve kuramın taraftarı olarak yazarın bu kararlarla ilgili görüşlerini inceleyerek karşıt görüşümüzü delillendirmek yararlı olacaktır.

Foseptik Çukuru- Vakası¹³⁸: “Fail, eski erkek arkadaşıyla beraber olan mağduru öldürmek niyetiyle mağduru bir güne yaklaşan bir süre evine hapseder. Bu sırada fail mağdurun bağırmasını engellemek için iki avuç dolusu kumu, maddi vaka hakiminin tensibine göre öldürmeye ilişkin olası kastla onun ağzına tıkar. Bunun üzerine bilinçsiz duruma geçen mağdurun öldüğünü zanneden fail, ‘cesedi’ ortadan kaldırmak için onu bir foseptik çukuruna atar. Aslında mağdur düştüğü foseptik çukrunda nefessiz kalmak suretiyle can verir”.

Yüksek Mahkeme, yerel mahkemenin olası kastın varlığına ilişkin maddi olayı temel alan somut durum değerlendirmelerinin temyiz yolunda tartışılacak hukukî gerekçelere dayanmadığından bahisle olası kastın varlığını takyit ettikten (parg. 3) sonra *dolus generalis* ile ilgili görüşlerini belirtiyor. Buna göre yerel mahkemenin kararında “olayın tüm gelişimine hakim olan bir *dolus generalis*’in bulunduğu ve olası kastın failin mağdurun ağzına kumu tıkamasından, onu foseptiğe atmasına kadar olan evrede varlığını sürdürdüğü” yönünde gerekçeler ileri sürmesini

¹³⁷ Otto, klasik *dolus generalis* (Türk Doktrinde *Weber kastı* diye anılan) örneğinden yola çıkıyor. Buna göre “fail mağduru öldürmek maksadıyla başına sert bir cisimle vurur ve öldü zannıyla bedenini suya atar, fakat mağdur suda boğularak can verir.” Yazar bu durumda adî taksirle gerçekleştirilen ikinci eylemin *dolus generalis* kapsamında değerlendirilemeyeceğini vurgulamaktadır. Bir başka olay kurgusu ile Otto, anılan klasik örneği geliştirmiş ve failin mağdurun ölüp/ölmediği hususunda kesin bir kanaate sahip olmadığı durumlarda *dolus generalis*’in varlığına hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Kanaatimizce, birinci durumda (yani failin mağdurun öldüğünü zannettiği durumda) netice bakımından objektif isnadiyadın ortadan kalktığı hususunda şüpheye yer yoktur. Ancak ikinci durumda sorumluluğu haddinden fazla geliştiren *dolus generalis* öğretisine gitmeye gerek yoktur. Zira anılan durumda fail mağdurun ölmemiş olduğu ihtimalini içkin bir biçimde (sübjektif isnadiyad bulunuyor) onu suya atıyor, yani aslında bir bütünlük taşıyan ve kasten icra ettiği eylemini tamamlıyor. Artık bu durumda *Weber kastı* diye anılan ve hatalı sonuçlara imkan sunan bir öğretiye dayanarak yorum yapmaya gerek yoktur. Karş. Otto, AT, § 7, kn. 17, sh. 81 ile kn. 82 vd., s. 96-97.

¹³⁸ Federal Yüksek Mahkeme tarafından 26.4.1960 tarihinde verilen bu kararın tam metnine ulaşmak için bkz. **Alpmann Schmidt İçtihat Bankası**, BGH Urteil vom 26.04.1960 (5 StR 77/60), <http://www.alpmann-schmidt.de> [çevrimiçi], 20 Mart 2007, saat: 03:25.

yüksek mahkeme, “muğlak ve hukuk tarihinde artık aşılmış olan *dolus generalis* kavramının kullanılmasına ihtiyaç olmadan” olası kast ile de ulaşılabilir bir sonuç olması iddiasına dayanarak hukuksal bir değerlendirme hatası olarak tavsif ediyor (parg. 5). Yüksek Mahkemeye göre, fail mağdurun ağzına olası kastla kumu tıkadığı anda doğrudan olmasa bile dolaylı olarak ölüm neticesine meydan vermiştir. Buna göre mağdurun ölümüne dolaylı olarak meydan veren eylemler olmasaydı, olası kastla tamamlanan (fosoptyge atma) eylemlik de ortaya çıkmayacaktı (parg. 6). Ayrıca yüksek mahkeme evvel içtihatlarla değinerek doğrudan kast ile olası kast arasında nedensellik bakımından bir farklılık yaratılamayacağını belirtiyor (parg. 7) ve sonuçta tasavvur edilenden farklı gelişen nedensellik bağındaki sapmanın hukuken önem taşımadığına kanaat getiriyor (parg. 6).

Puppe karara ilişkin değerlendirmesinde mahkemenin aşılmış olarak gördüğü *dolus generalis* öğretisini kullanmamak gerektiği yönündeki iddianın hükme dair pratik bir farklılık yaratmadığını vurguluyor¹³⁹. Ancak yazara göre asıl mesele şudur: Fail birinci eylemliğini kasten icra etmiştir ve bu eylemlik tamamlanmış teşebbüs aşamasındadır, o halde nedensellik zincirinde bundan sonra gerçekleşenlerin de

¹³⁹ Foseptik olayıyla benzer yönde ancak temelde çok farklı bir gerekçeyle hüküm veren İmparatorluk Mahkemesinin bir içtihadını değerlendiren yazar, anılan gerekçelerin her ne kadar Müsterek Hukuku andırdığını kabul etse de, sonuçta kararı olumlu buluyor. Karş. *Puppe*, **AT-I**, § 20, kn. 8, s. 359. Bu örnek kararda karısını öldürmek isteyen fail, onun trenden aşağı atlamış izlemini uyandırarak eylemine intihar süsü vermeye çalışıyor ve bunu gerçekleştirebilmek için karısının başına İngiliz anahtarıyla sert bir biçimde vuruyor. Akabinde karısını raylara yuvarlıyor. Mahkeme ölüm neticesinin raylara düşerken alınan darbeye mi yoksa İngiliz anahtarının yarattığı beyin sarsıntısıyla mı gerçekleştiğini kesin olarak tespit edemiyor. Bu durumda mahkeme, failin melekelerde teşevvüş yaratmak gayesiyle mi yoksa o anda mağduru öldürmek gayesiyle mi başına vurduğunun bir önemi olmadığını, sadece teşevvüş gayesiyle vurulmuş ve o anda netice doğmuş olsa dahi, bu durumun kast bakımından bir önemi olmayacağını belirtiyor. Kanaatimizce burada mahkeme açıkça bir etik sorumluluğu gerekçe olarak kabul ediyor. Zira fail ilk eylemliğinde sadece ağır yaralamayı hedef almasına rağmen doğan ölüm neticesi hiç bir subjektif isnadiyad kriterine baş vurmadan failine yükleniyor. *Puppe* de mahkeme ile aynı yönde “kocanın İngiliz anahtarıyla kafaya indirdiği darbenin tipik bir öldürme metodu” olduğu hükmünden hareketle mağduru bilinçsiz konuma getiren her türlü eylemliği “*kast-tehlikesi*” kavramı dahilinde değerlendirip tamamlanmış suçtan ceza verilmesini savunuyor (Karş. **a.g.e.**, kn. 9, s. 360) Ancak yazar devamında sunduğu örnekte yer alan “failin mağduru öldürebilmek için bilinçsiz konuma getirmek istediği ve aslında farkında olmadan doz aşımı halinde uyku ilacı zerk ettiği ve bunun neticesinde mağdurun hayatının izale olduğu” durumlarda neden kasten tamamlanmış suçtan bahsedilemeyeceğini kendi tutarlılığı içinde ifade edemiyor. Zira en nihayetinde *kast tehlikesi*nin makul sınırlarının belirlenmesinde “failin kendince elverişli olan öldürme metoduna dair tasavvuru”nun kapsamı kriterine dönüyor (Karş. **a.g.e.**, kn. 10, s. 360-361). Aslında bu kriter, *Puppe*’nin kastı hareketin olumsuz değerine indirgediği anlayışına rağmen, *Roxin*’in eylem planı kriterlerine dair ileri sürdüğümüz iddiada olduğu gibi sonuçta eylemin subjektif isnadiyadından bir parçayı gündeme getirmek mecburiyetinde kalıyor.

etkeni olarak nitelendirilebilir, zira tamamlanmış teşebbüse meydan veren unsurlar aynı zamanda “*kast tehlikesi*” kavramını da temellendirmektedir¹⁴⁰. Buna göre fail mağdurunu kendini savunmasız bir biçime sokarak zaten öldürme neticesini gerçekleştirmeye elverişli metodları uygulamaya koyulmuştur. Ayrıca failin nedensel gelişimin her noktasını öngörmesi beklenemeyeceğine göre nedenselliği etkileyen bir durum da söz konusu olmayacaktır¹⁴¹.

Kanaatimizce *Puppe*’nin meseleye yaklaşımında temel bir sorun söz konusudur. Buna göre *Puppe*’nin *Herzberg*’den mülhem olarak kullandığı *kast-tehlikesi* kavramı, aslında tüm “dar anlamda netice” suçlarını somut tehlike suçlarına dönüştürüyor. Dolayısıyla yazar “netice suçlarının” objektif ihlali ve bunun sübjektif isnadiyadını temel alan *neticenin* isnad edilmesi kavramını kategorik olarak reddediyor. Bu sebeple de; kastın tek türü olarak olası kastı savunuyor, sapma hallerinde kasten gerçekleşmiş yan netice sorumluluğunun doğduğunu kabul ediyor ve son olarak da *dolus generalis*’i tüm türleriyle uygulamak istiyor. Görüleceği üzere mesele kelime oyunu yapmadan *tehlike kastı* ile *netice kastı* arasındaki ayrımı belirginleştirmekle çözülecektir.

Karara konu olayda kanaatimizce nedensellik ilişkisi mevcuttur, yukarıdaki bölümlerde belirttiğimiz gibi nedenselliğe tesir eden, önemsiz sapma olarak görülebilecek olan bir durum yoktur. Mesele isnadiyatta düğümleniyor. Buna göre fail eylem anında çeşitli tesadüf versiyonların bilincinde midir, yoksa değil midir? Bilincinde olduğu kadarıyla kendisine isnad edilebilir bir kastî hareketten söz edilebilecektir. Yani mağdurun yaşadığı şüphesi ile eylemde bulunması ile öldüğü zehabına kapılıp eylemine yön vermesi arasında temel bir nitelik farkı mevcuttur. Birincisinde fail hâlâ bir nedensellik yaratıcısı olarak kendi eseri olan eylemini gerçekleştirir. İkinci durumda ise kendine dışsal olan herhangi bir doğal faktörün nedensel gelişim üzerinde etkisi vardır. Bu durumda tutarlı bir sonucu savunmalıyız. Nasıl ki gerçekleşmiş neticeye veya gerçekleşmesi tüm hayat tecrübesinin dışında kalan bir neticeye kast edilemezse, ancak bir arzu söz konusu olabilirse; gerçekleştiğinin bilincinde olmayan eylemin yarattığı netice de bir kast sorumluluğu

¹⁴⁰ Bkz. *Puppe*, **AT-I**, § 20, kn. 14, s. 363.

¹⁴¹ **A.e.**

yaratamaz. Ancak hemen belirtelim ki, genel-somut tehlike sorumluluğu, yani teşebbüs hali varlığını herhalde muhafaza eder ve adî taksirin cezalandırılabilir kabul edilip edilmemesine göre failin ikinci yan neticeden –yani mağdurun ölümünden- ötürü taksir sorumluluğu gündeme gelebilir.

2.4.Maddi Unsurların Anlamsal Niteliği Hakkındaki Bilgi

2.4.1. Genel Olarak

Çalışmamızın ikinci bölümünün birinci kısmında maddi unsurların algısal niteliği hakkındaki bilgi ve bunun kastın varlığının kabulü için gerekliliği üzerinde durmaya çalıştık. Bu kısımda ise neticenin yarattığı *normatif* niteliğin üzerinde duracak ve bu niteliğin farkında olunmaması durumunda neden kasten gerçekleştirilmiş bir eylemden söz edilemeyeceğini ispatlamaya çalışacağız. Bunu başarmak için öncelikle kasten ve taksirle gerçekleştirilen eylemler arasındaki kategorik farklılığa ve bunların haksızlık kavramı ile ilişkilerine değinmemiz gerekiyor.

Suç sistemlerini incelemeye çalıştığımız birinci bölümde 19. Yüzyılın son çeyreğinde ceza hukuku doktrinine hakim hale gelen “haksızlık” anlayışından bahsetmiştik. Bu anlayış uyarınca “haksızlık” varlığını doğrudan, yarattığı neticenin/ihlalin *objektif* hukuka aykırılık özünden almaktadır¹⁴². Anılan kabulün tutarlı sonucu olarak, haksızlık ile kusurluluk birbirinden tamamen ayrı kavramlar olarak görülmekte ve bu objektivist anlayış haksızlığın sübjektif yönünü tamamen dışsal bir konuma itmekteydi. Sonuç olarak da kusurluluk başlığı altında konumlandırılan, biçimsel kast ve taksir tanımlarıyla yetinmekteydi. Ancak bilhassa 20. Yüzyılın ilk çeyreğinde ortaya çıkan ve klasik ekole geri dönüş yolunu açan gelişmeler sonucunda bugün haksızlığın bir çeşit sübjektif/objektif birliği ortaya koyması gerektiği hususunda uyuşma sağlanmıştır. Ancak ileride değineceğimiz

¹⁴² Bu anlayış uyarınca kanun koyucu “objektivize edilmiş iradeyi, hukuka aykırı hareketi tanımlayarak; fail ise sübjektif iradeyi tanıma uyan eyleme gerçekleştirerek, yani kusurluluğu vasıtasıyla” ortaya koyar. Karş. Otto, AT, § 7, kn. 42, s. 88.

üzere haksızlığın kategorize edilmesi sorunu ise hâlâ aşılamayan bir problem olarak ortada durmaktadır¹⁴³.

Haksızlığı, failin normu ihlal iradesi üzerinden tanımlamaya çalıştıkları nispette isabetli ancak adî taksiri de bu kapsama alma ve ayrıca neticenin niteliğini yadsır mahiyette kastın alanını yapay bir biçimde genişletme yoluna gittiği nispette tutarsızlıklar taşıyan “finalist” hareket kuramları, “hareketin olumsuz değerini” temel alan bir öğretiyi savunurlar. Ceza hukukundan doğan sorumluluğun belirlenmesini anılan derecede geriye çeken bu öğretinin kast teorisine yansımaları, kastın salt maddi unsurların algısal analizine indirgenmesinde belirgin hale gelmiştir.

Şüphesiz maddi unsurların algısal niteliğinin failce bilinmesi kast sorumluluğu bakımından gereklidir. Ancak sadece bu bilgi, yani maddi unsurları oluşturan parçacıkların ampirik bilgisi kast sorumluluğu bakımından yeterli değildir. Failin aynı zamanda normun korumak istediği hukuksal değer de bilgisine sahip olması gerekecektir. Fail, eylemi ile *bir hukuksal ilişkiyi* zedelediğinin de bilincinde olmalıdır. Bu noktada çalışmamızın başına dönerek medeni hukuk haksızlığı (“çıplak haksızlık”) ile ceza hukuku haksızlığı (“bilinçli haksızlık”) kavramları arasındaki temel nitelik farklarını belirttiğimiz kısma işaret etme gereğini hissediyoruz. Buna göre, medeni hukuk haksızlığında ceza hukuku haksızlığından farklı olarak sadece ilgili kişilerin kendi aralarında yarattıkları hukukun bir ihlalinin söz konusu olduğunu ve dolayısıyla bu haksızlık biçiminin ancak **görünüşte haksızlık olarak** tanımlanabileceğini belirtmiştik. Buna mukabil ceza hukuku haksızlığı ise sadece kişiler arası bir hukuk ilişkisinin inkarını değil, aynı zamanda anılan ilişkinin korunduğu normun da **genel geçerliliğinin** ihlali iradesini bünyesinde taşır¹⁴⁴. Cezalandırılabilir eylemin faili sadece eyleminin muhatabı olan kişinin özel iradesini

¹⁴³ Doktrinde klasik (idealist) ekole ricatın öncüsü olan *Welzel*’in geliştirdiği “hareketin olumsuz değeri” kuramı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Buna göre isabetli bir biçimde *Welzel*; haksızlığın, içerik olarak failden bağımsız hale getirilmiş bir *neticeye neden olma* biçiminde kabul edilemeyeceğini, aksine *belirli bir failin kendi eseri* olarak istihdaf ettiği hukuka aykırılığı ifade etmesi gerektiğini belirtiyor. Bkz. *Welzel*, **DS**, § 11, s. 62. Doktrinin tarihsel gelişimi için bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 10, kn. 88-90, s. 321-322. Ancak kanaatimizce nedenselci hareket kuramının aşırı objektivist kabullerini ortadan kaldıran bu ekolün de temel problemi ceza hukuku haksızlığını bir etik sorumluluğuna dönüştüren sübjektivist karakterinden kaynaklanıyor.

¹⁴⁴ Karşı görüş için bkz. Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, Sevinç Matbaası, AÜHF Yayınları No. 273, 1970, s. 100-103.

değil, aynı zamanda kendi de dahil olmak üzere tâbi olduğu hukukun *genel* geçerliliğini de ihlal eder. Buna karşın medeni hukuk haksızlığında sadece *özel* iradeler hedeflenmiştir.

Kast sorumluluğu bakımından önem taşıyan ayırım işte bu noktada yatıyor. Buna göre kasten gerçekleşmiş bir eylemden bahsedilebilmesi için failin eylemi ile ihlal ettiği hukuksal ilişkinin (hukuksal değer) öznelliğinin bilincinde olması gerekir. Aslında eylemi ile bir başkasıyla ilişkiye geçen fail, ilişkide bulunduğu kişinin bir hukuksal değerini, bu değer kendi ile karşısındaki muhatabı arasındaki özel sınırları içerisinde ihlal ettiğinin bilincinde olmalıdır. Hemen belirtelim ki, bu noktada failin ilişki içinde bulunduğu ve ihlal edilen değer taşıyıcısının bir gerçek kişi veya devlet gibi bir değer taşıyıcı “soyut kişi” olmasının bir önemi yoktur. Herhalde öncelikle hukukun genel geçerliliğini değil, anılan kişiler arası ilişki zedelenektir.

Kanaatimizce doktrinde sıkça kullanılan failin yarattığı “vakanın sosyal anlamını”¹⁴⁵ bilmesi gerektiği yönündeki ifadeler de aslında yukarıda temas etmeye çalıştığımız kişiler arası karşılıklı korunan hukuksal değerlerin ihlal edilmesi olgusundan başka bir şey değildir. İşte, aslında hukuka aykırılık bilinci ile maddi unsurların bilinci kavramları arasındaki temel farklılık da buradan doğar. Hukuka aykırılık bilinci, failin eylemi ile normun genel geçerliliğini de ihlal ettiğinin bilincinde olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Eğer fail sadece hukukun özel geçerliliğini ihlal ettiğini biliyorsa, haksızlık bilinci bulunmamasına rağmen kasten hareket etmiş kabul edilecek ve dolayısıyla gerçekleştirdiği “görünüşte haksızlıktan” dolayı sorumlu olabilecektir. Yani yasak yanılığsı içinde olan fail, cezayı gerektiren bir haksızlığın içinde değildir: çünkü eyleminin buna izin veren bir biçimde kendine isnad edilebilmesine ve onun kusurlu kabul edilmesine imkan yoktur. O halde sonuç olarak, hukuka aykırılık bilinci ile maddi unsurlar hakkındaki bilginin farklı kategorileri işaret ettiğini belirtilmeliyiz.

Peki, failin normun özel geçerliliğini, yani bir hukuki değeri ihlal ettiğinin bilincinde olduğu durumlar nasıl tespit edilecektir?

¹⁴⁵ Bilhassa “normatif unsurlar” olarak nitelendirilen kategori için bkz. Erman, “*Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, s. 43.

2.4.2. Aktüel Bilince Karşı “Hem-Bilinçlilik” Kavramı

Bu soruyu cevaplamaya, doktrinde bir bilinç kategorisi olarak tarif edilen “hem-bilinç” (=Mitbewusstsein)¹⁴⁶ kavramına değinerek başlamak istiyoruz. “Hem-bilinç” kavramına göre; insan bulunduğu an ve koşullar altında, kendi dışındaki evrene veya doğrudan kendinden kaynaklanan bazı durumlara ilişkin kesinlik taşıyan ve o an üzerinde *düşünülmüş* bir bilinç momentine sahip olmayabilir, ancak o an dahi bir kişi olarak kendini var eden ve içinde bulunduğu koşulların ayırıcı özelliklerine ilişkin tüm *olguları mündemiç* bir bilince sahiptir. Başka bir ifadeyle gündelik yaşam içerisindeki insanın üzerinde düşünmeden bildiği, daha doğrusu hatırlatılmadan doğrudan zihninde şekillenmeyen bir takım olguların varlığından söz edilebilir. İşte, bu aslında gündelik yaşamımızı yaşanılabilir kılan ve beynin bilgileri bir şekilde depo etmesine yarayan sistemin sonucu olarak insanın aslında *aktüel* olarak üzerinde düşünmediği bazı durumlarda da “hem-bilinçli” olduğu iddia edilmektedir¹⁴⁷.

Bilhassa “normatif unsurlar” açısından hem-bilinçliliğin kabul edilmesinin kastın varlığı açısından önemli bir dayanak oluşturacağını vurgulayan *Roxin*, şu örneği ileri sürüyor: “mağazada gezinen kişi aldığı eşyanın *bir başkasına ait olduğu* hususunda hem-bilinçli olacaktır” veya “kiliseden çarmıhtaki İsa ikonunu alan kimse de aynı şekilde bir *mabedi soyduğunun* hem-bilincine” sahip olacaktır¹⁴⁸. Yani bu görüşe göre, her iki durumda da failin üzerinde düşünmediği durumların bilincine sahip olduğu kabul edilecektir.

Hem-bilinçlilik kuramını daha da geliştiren *Schmidhäuser*’e göre ise, failin hareket ederken dile getirilmiş bilince (=sprachgedankliches Bewusstsein) sahip olmasına gerek yoktur, olguların yarattığı zımnî bilincin varlığı (=sachgedankliches Bewusstsein) yeterlidir¹⁴⁹. Buna göre, düşünce ve bilincin ancak kelimeler vasıtasıyla

¹⁴⁶ “Hem-bilinç(lilik)” kelimesinin eş anlamlısı olarak “hem-şuur(luluk)” kullanılabileceği gibi, “hem” kelimesi kullanılmak istenmiyorsa “bilinçtaş(lık)” ifadesi tercih edilebilir.

¹⁴⁷ Fizyolog *Rohracher* (*Helmut*) geliştirdiği ve bir bilinç kategorisi olarak sunduğu “hem bilinçlilik” ile ilgili, doğrudan yazarın kitabından kapsamlı bir alıntı yapan bkz. Otto, **AT**, § 7, kn. 11, s. 78-79.

¹⁴⁸ Bu örnekler ve *Roxin*’in yorumu için bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 12, kn. 123, s. 498.

¹⁴⁹ Bkz. Schmidhäuser, **AT**, § 10, kn. 54, s. 409-410; aynı yönde Ebert, **AT**, s. 56; Claus-Jürgen Hauf, **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, gözden geçirilmiş ikinci bası, Neuwied Kriftel, © Hermann Luchterhand Verlag, 2001, s. 24; karşı. *Roxin*, **AT-I**, § 12, kn. 124, s. 498.

ortaya çıkmasına gerek yoktur, bazı durumlarda insanlar kelimelerle düşünmeden de, bir olgunun bilincine sahip olabilir. Bu ikili ayrımı kabul eden *Jakobs* da, maddi unsurların bilgisi için kavramsal bir kavrayışa gerek olmadığını, sathî bir canlandırmanın kafi geleceğini vurguluyor¹⁵⁰.

Doktrindeki tartışmadan gözlemleyebildiğimiz kadarıyla, bilhassa süjenin niteliğinin tipik eylem açısından önemli olduğu durumlarda (örneğin görev suçları) hem-bilinçliliğin kabul edilmesi gereği ısrarla vurgulanıyor¹⁵¹. Örneğin *Kindhäuser*'e göre bu neviden suçlarda failin “tipik eylem açısından soyunması gereken rolün” veya eylemin yarattığı “ambiyansın” büyük önemi olacaktır¹⁵².

İnsanın evrim sürecinde sadece iletişim sağlamak için değil, aynı zamanda müşterek bir akıl yaratmak ve nesilden nesle geçebilen bilgi aktarımını sağlamak için dili geliştirdiği, tam da bu sebepten ötürü zihni faaliyetlerinin arttığı bilimsel bir ortak kabuldür¹⁵³. Bu sebeple düşüncenin ancak dil vasıtasıyla şekillenebildiğini kabul ediyoruz. Dolayısıyla doktrinde ortaya atılan *dile getirilmiş bilinç/ olgusal zımnî bilinç* ayrımının en azından hukuki sorumluluğu belirlemede pek de önemli bir kriter ortaya koyamayacağını tespit etmemiz gerekiyor. Pekiyi genel olarak, “hem-bilinçlilik” kavramı ile ilgili nasıl bir çözüm yolu benimsemeliyiz?

Kanaatimizce “hem-bilinçlilik” kavramı vasıtasıyla aşılacak istenen şey, failin iç dünyasının belirlenemezliğidir¹⁵⁴. Kasttan doğan ceza hukuku sorumluluğunun eylem anında aktüel bir bilinci gerektirdiği muhakkaktır, işte “hem-bilinçliliğin” taraftarları bu aktüel bilincin üzerinden sıçrayabilmek için *potansiyel* bir bilinç

¹⁵⁰ Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 12, s. 263.

¹⁵¹ Karş. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 11, s. 262-263; *Krey* ve *Kühl* bu tür durumları hem-bilinçliliğin bir alt başlığı olan “eşlik eden unsurlar” (=begleitende Umstände) olarak tanımlıyorlar. Karş. *Kühl*, **AT**, § 5, kn. 100, s. 97; *Krey*, **AT-1**, § 10, kn. 368, s. 136.

¹⁵² Bkz. *Kindhäuser*, **LPK- StGB**, § 15, kn. 16, s. 103. Kanımızca, hem-bilinçliliğin sınırlarını doktrinde tartışılardan daha da genişleten bir örnek için bkz. *Gropp*, **AT**, § 5, kn. 87, örnek olay 5/21, s. 168.

¹⁵³ Son yıllarda popüler hukuk kültüründe de yansımalarını gördüğümüz “insanın özgür iradesi var mıdır?” tartışmasının baş aktörlerinden biri olan *Roth* dahi, tüm spekülâtif çıkarımlarına rağmen anılan ilişkinin varlığını teyit ediyor. Karş. Gerhard Roth, **Fühlen, Denken, Handeln**, Frankfurt am Main, © Suhrkamp Verlag, 2003, s. 413 vd.

¹⁵⁴ Benzer bir yorum için bkz. Michael Köhler, “*Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes – Zur Kritik der Lehre vom ‘sachgedanklichen Mitbewußtsein’*”, **GA 1981**, s. 294, dn. 27.

kategorisi icat etmişlerdir. Ancak her halükarda temel sorun, eylem anında failin zihninde bir hukuksal değeri ihlal ettiğinin veya zedelediğinin anlamsal (algısal değil!) bilincine sahip olup olmadığı konusunda düğümlenir. Sadece algısal unsurlardaki bir yanılma değil, daha fazlasıyla eyleminin yarattığı anlamsal bilgi hususunda da failin bilincinin tam ve aktüel olması gerekir¹⁵⁵. Buna karşın “hem-bilinçlilik” kuramı taraftarları, aslında eylemliliğin taksirle (bilinçsizce) mi yoksa kasten (bilinçli) mi gerçekleştirildiği hususunda kesin bir sübjektif yargıya ulaşılmasına gerek kalmadan bir takım *objektif kriter*lerle failin içinde bulunduğu durumda “bilinçli” olduğunun kabul edilmesi gereğini ortaya atıyorlar. Dolayısıyla bir ispat problemi olarak ele alınması gereken, “eylem anında failin iç dünyasının tespit edilmesi” sorununu, böylelikle objektivist bir yorumla aşılma istiyorlar. Ve sonuçta *in dubio pro reo*’nun¹⁵⁶ yarattığı ispat problemlerini ceza genel teorisini deforme ederek aşmak istiyorlar¹⁵⁷. Bu sebeple hataya sevk edici, objektivist “hem-bilinçlilik” kavramının bilinçliliğin tespitinde kullanılmasına muhalif kalıyoruz. Aslında eylem anında failin içinde bulunduğu ve “hem-bilinçliliğin” bir türü olarak nitelendirilen “olgusal zımnî bilinçlilik” hallerinin çoğu da pekâlâ *aktüel* bir bilinçliliktir¹⁵⁸. Dolayısıyla “hem-bilinç” gibi ayrı bir kategoriye ihtiyaç yoktur. Formülün kafa karıştırıcı ve aşırı objektivist karakteri iddiacılarını da bazı örneklerde sınırlandırıcı yoruma itmiştir. Örneğin küçükle kurulan cinsel ilişki suçu açısından

¹⁵⁵ “Hem-bilinçliliğin” anılan yönde isabetli bir eleştirisi için bkz. Köhler, **AT**, s. 160.

¹⁵⁶ *Stratenwerth/Kuhlen*, hangi hallerde hem-bilinçliliğin hangi hallerde de *in dubio pro reo*’nun uygulanacağı hususunda ikna edici bir kriter ortaya koyamamaktadır. Karş. Stratenwerth /Kuhlen, **AT-I**, § 8, kn. 76, s. 112.

¹⁵⁷ Köhler’in; hem-bilinçlilik formülünün objektivist karakterinden dolayı somut durumda aksi ihtimali (bilinçsizliğin de olabileceğini) görmezden gelmeye ittiği ve bundan dolayı da bir kast karinesi yarattığı eleştirisi son derece yerindedir. Karş. Köhler, **GA 1981**, s. 296-299. Aynı yönde bkz. Wolfgang Frisch, “*Vorsatz und Mitbewußtsein- Strukturen des Vorsatzes*”, **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann [GS-Armin Kaufmann]**, (haz.) Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski; Köln, Berlin, Bonn, München; Carl Heymanns Verlag KG, 1989, s. 317.

¹⁵⁸ Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi’nin bu hususta isabetli bir kararına değinmek gerekiyor. Kanımızca bu karara konu olayda, failin mağdurun karnındaki çocuğu düşürmeye özgü hareketleri isabetli bir biçimde analiz edilmiş ve kastın konusuna giren “anlamsal bilinç” doğru bir biçimde tespit edilmiştir. 3. C.D. 29.11.2006 tarih ve 2006/ 2128-9059 sayılı karar. Karş. Mustafa Artuç / Çetin Akkaya, **2006 İçtihatları İle TCK CMK CGİK**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007, s. 75-76.

hem-bilinç kriterlerine baş vurulduğu takdirde (mağdurun yaşı hususunda) maddi unsurlarda hatanın ortaya çıkması nerdeyse imkansız gözüküyor¹⁵⁹.

Sonuç olarak kasten işlenen bir suçtan söz edilebilmesi için failin içinde bulunduğu durum üzerinde aktüel bir bilince sahip bulunması gerekir. Bu aktüel bilinçliliğin, o anda tamamen zihinde canlandırılmış bir müstakbel kurgu olmasına tabî ki gerek yoktur, ancak genel geçerli bir formül yaratarak bazı objektif koşulların bulunması halinde failin muhakkak aktüel bir bilinçliliğe sahip olacağı yönündeki iddiaya katılmamız mümkün değildir. Aksi halde potansiyel ile aktüel olan arasındaki sınırı muğlaklaştırmış¹⁶⁰ ve taksir sorumluluğunun sınırını kast aleyhinde genişletmiş olacağız.

Ancak “hem-bilinçlilik” kavramı üzerinde biraz daha durmak gereğini hissediyoruz. Çünkü bu kuramın yarattığı tartışmaların kast kavramının pratikte belirlenmesinde hayatî bir öneme sahip olduğuna şüphe yoktur. Konu aslında hem bilişim teorisinin, hem psikiyatrinin hem de hukuk biliminin temel konularından biri olan bilincin tanımlanması ile izah edilebilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, asla “hem-bilinçliliğin” var olamayacağından değil, hukuk uygulaması bakımından hataya sevk edici¹⁶¹, muğlak ve gereksiz bir kavram olduğundan ona karşı çıkmaktayız.

Çalışmamızın birinci bölümünde doğa yaşamının kurallarının bilincine sahip olmanın, hukuk bilinci aşamasına geçişte önemli bir uğrak olduğunu belirtmiştik. Buna göre diğer tüm hayvanlar gibi algısal bir bilince sahip olan insan da içinde

¹⁵⁹ *Kühl* de kanaatimizce hem-bilinçlilik ile aktüel bilinç kavramını birbirine karıştırıyor ve sonuç olarak küçükle cinsel ilişki kurma suçlarında (hangi gerekçe ile ortaya çıktığı muğlak kalarak) failin yaşı hususunda aktüel bir bilincin gerekliliğini arıyor. Karş. Kühl, **AT**, § 5, kn. 98-100, s. 97. *Jakobs* ise “daha evvelce öğrenilmiş ancak üzerinde düşünülmemiş olması” gereğinden hareketle daha isabetli bir hem-bilinçlilik tanımı geliştiriyor ve görüşümüze göre aslında aktüel bilinçliliği tespit ediyor. Karş. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 12, s. 263. Açık bir biçimde “mağdurun yaşı hususunda” hem-bilinçlilik kriterlerinin uygulanabileceğini savunan görüş için bkz. *Stratenwerth /Kuhlen*, **AT-I**, § 8, kn. 76, s. 112.

¹⁶⁰ Karşı çıkmakla birlikte bu noktaya temas eden bkz. *Krey*, **AT-I**, § 10, kn. 369, s. 137.

¹⁶¹ *Roxin*, hem-bilinçliliğe temkinli yaklaşılmasını savunuyor ve bazı durumlarda (bkz. dn. 259) olgusal zımnî hem-bilinçliliğin başka bir tetkike ihtiyaç duyulmadan doğrudan kastın varlığının kabul edilmesi sonucuna götüreceğini kabul ediyor. Kavramı reddetmemekle beraber, tereddüt bulunan durumlarda eylemin içeriğine göre bir yorum yapılması gereğini iddia ediyor. Karş. *Roxin*, **AT**, § 12, kn. 128, s. 500, ayrıca dn. 259. Açıkçası hangi hallerde tereddütün varlığından bahsedilebileceği sorusu cevapsız kalıyor.

bulunduğu doğanın yarattığı varlıklar üzerinde bilinçli olma yeteneğine sahiptir. Ancak insanı, anılan algısal bilinç momentinden toplumsal bilinç momentine sıçratacak olan, kavramların üzerine düşünebilen bir varlık olmasından doğan bilinçliliğidir. Düşünebilme yeteneğinden türeyen ve hukuk toplumunun bir parçası olarak sorumluluklarının bilincinde olan, yani bizzat kendi hakkında da bir bilince sahip olarak ortaya çıkan “kişi” kavramı ise, tüm bu uğraklar aşılarak varılmış bir sonuçtur. Hukuk toplumun aklî varlığı olan kişi artık kendilik bilincine (=Selbstbewusstsein) sahip bir süjedir.

Kendilik bilincine sahip olan kişinin “zaman ve mekan” ile kurduğu ilişki hem-bilinç kavramı açısından önemlidir. *Kant*’ın aşkınlık kavramı bu konunun netleşmesinde yardımcı olabilir¹⁶². *Kant*’a göre kişinin dışında yer alan dünyada bütün cisimler ve kavramlar kendinde şeylerdir (=Ding an sich)¹⁶³. Bu objektif şeylerin hepsi aslında bir kategoriye işaret eder ve kişi algıladığı şeyleri bu kategoriler vasıtasıyla tasnif eder. Ancak hiç bir kimse objektif bir kategoriye, objektif olarak idrak edemeyeceği için yine de kategoriler kişinin kendi için “sübjektif” kalmaya devam edecektir. Zaman ve mekan kategorileri için de aynı kural geçerlidir¹⁶⁴. Zaman ve mekandan bağımsız tasavvur edilebilecek bir şey, dolayısıyla bir bilinçlilik de söz konusu değildir. Zaman ve mekan da süjeden bağımsız olarak bulunmaz. Süjenin nesneleri kategorize ederken kullandığı aktüel belirlenimler olarak, bilinç durumunda karşımıza çıkarlar. Çünkü zaman ve mekan tek başlarına algının konusu değildirler, ilgili şeyle bağlantı içinde, daha doğrusu onu tasavvur edebilmek için sübjektif olarak kişinin bilincinde bulunan şartlardır.

Madem objektif kategorilerin kendisi de sübjektif bir bilincin konusudur ki, ancak böylelikle zaman ve mekan süjenin eylemine yön veren tasavvurunun ön şartı olabilirler; o halde failin içinde bulunduğu bu koşulların aktüel bilincine de sahip

¹⁶² Bilincin sentezci çıkarım metoduna işaret ederek konuyu ele alan benzer bir görüş için bkz. Köhler, **GA 1981**, s. 292-293.

¹⁶³ Yazara göre kişi her ne kadar anlama yetisini keskinleştirse de, ancak nesnelerin görünüş bilgisine sahip olabilir. Asla kendinde şeylerin bilgisine ulaşamaz. Kendinde şeylerin bilgisi kişide *a priori* bulunur. Karş. Immanuel Kant, **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten** [Ahlâk Metafizikinin Temellendirilmesi], çev. İoanna Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 69, 70.

¹⁶⁴ Sentetik *a priori* önermelerle ilgili geniş bilgi için bkz. Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, “eleştiricilik maddesi” s. 81-85.

olması gerekir¹⁶⁵. Hem-bilinçlilik için verilen yukarıdaki örnekler, bilincin aşkınlık taşıyan bu çıkarım yollarını baştan reddettiği içindir ki objektivisttir. Örneğin failin sadece bir “mağaza”da bulunması doğrudan, onun aldığı eşyanın “bir başkasına ait olduğu”nu bildiği çıkarımı yapabilmemize imkan sunmaz. Veya “savaş zamanında” bir kamu kuruluşuna sözleşme gereği ifa etmesi gereken malzemeyi eksik tedarik eden kimsenin TCK’nın 322/f.1 hükmünden dolayı mesul tutulabilmesi için zaman ile eylemi arasındaki bağlantıyı kurmuş olması lazım gelir. Aksi halde bu suçu kasten işlemiş olmasından bahsedilemez. Çünkü kast, kişiler arası hukuk münasebetinde korunan hukuksal değerinin anlamının bilinmesini şart koşar ve bu anlamda ancak objektif şartların açıkça içselleştirilmiş olması halinde “bilinçliliği” doğurur.

Hukuk doktrini açısından önem taşıyan bir mesele de, hem-bilinçlilik kavramı ile insiyakî eylemlilikler¹⁶⁶ (=affectus) arasındaki ilişkidir. Bu ilişkiyi incelemeye başlamadan evvel insiyakî eylemlilikleri iki farklı kategoriye ayırarak ele aldığımızı belirtelim. Bunlardan birincisi failin eylem anında kusur yeteneğini yitirdiği, dolayısıyla kendisine isnad edilebilir bir eylemin varlığından söz edemeyeceğimiz durumlara ilişkindir. Bu gibi hallerde TCK m. 34/f.1’de yer alan “geçici nedenlerin” varlığından bahsedilmelidir. Örneğin, fail önceden bilmediği bir sebepten ötürü kavga anında “kan tutmasına” yakalanır ve şuurunu yitirerek hedeflediği neticenin ötesinde sonuçların doğmasına neden olur. İşte bu gibi durumlarda kural olarak failin bilinçsizce eylemliliğini gerçekleştirdiği ve dolayısıyla kusur yeteneğinin bulunmadığı, buna binaen kasten gerçekleştirebileceği (en azından hukuki anlamı ayırt edebilecek bilince sahip değil) bir eylemin varlığından da söz edilemeyeceğini ifade edebiliriz. Ancak *Schewe* bu gibi durumlarda da kasten gerçekleştirilmiş bir

¹⁶⁵ *Frisch*, hem-bilinçlilik kavramının bilhassa süjenin niteliğinin suç tipinde vurgulandığı durumlarda hataya sevk edici mahiyetine işaret ediyor. Haklı olarak yazar bu türdeki suçlarda nitelendirilenin, bir fail özelliği olmaktan ziyade bir çerçeve olduğunu ve kastın ancak bu suç tipinin yarattığı kontekstin bilincinde olduğu durumlarda söz konusu olabileceğini belirtiyor. Bkz. *Frisch*, **GS-Armin Kaufmann**, s. 349.

¹⁶⁶ Buradaki “insiyak” sözcüğü, 20. Yüzyılın başında Osmanlıca’da türetilmiş bir kelimedir ve ilk kullanım itibarıyla Fransızca “instincte” (=içgüdü) kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Ancak biz burada kelimeyi içgüdüden farklı bir anlamda “itici bir güce kapılma, sürüklenme” anlamında kullanıyoruz. Bu anlamlar ve kelimenin menşei için bkz. Nişanyan, **Sözlerin Soyağacı**, “*insiyak*” maddesi, s. 190.

eylemin varlığından söz edilebileceğini iddia ediyor¹⁶⁷. Yazara göre doktrinde kabul edilen biçimiyle insiyakî eylemlerin bilinç momentinin eksikliği sebebiyle ancak taksiren işlenebileceklerinin iddia edilmesi isabetsiz olacaktır. *Schewe* bu çıkarımını taksir ile kast arasındaki temel nitelik farklılığının konu bakımından doğrudan önemli olmadığı iddiasına dayandırıyor. Buna göre kasten işlenen eylemler bir neticeyi (bir hukuki değer ihlalini) doğrudan istihdaf ederken, taksirli suçlarda bu momentin varlığını gözlemleyebilmeye imkan yoktur; ancak insiyakî suçları değerlendirirken mesele, neticenin istihdaf edilmesi sorunu değildir, bundan ziyade eylem anında kişinin kendini kontrol edip/ edemediği sorundur¹⁶⁸. Ve dolayısıyla da insiyakî eylemler, sadece isnad kabiliyeti kavramı ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca yazara göre, kasten gerçekleştirilen insiyakî eylemlerde de bir hedeflenen bir netice mevcuttur. Yani örneğin fail öldürmeyi hedefler ancak hangi şartlarda bu istemini oluşturduğu başka bir sorun olarak kalır. *Schewe* tarafından temel alınan bu ayrım, kastın belirlenmesinde “dışsal” hedeflenmiş ile failin “içsel” belirlenimleri arasındaki çelişkiye dayandığı iddiasındadır¹⁶⁹.

Hakikaten, isnad kabiliyetinin bulunmadığı durumlarda failin kasten hareket edip edemeyeceği önemli bir sorundur. Bu bakımdan yukarıda aktardığımız “hem-bilinçliliği” kabul eden görüş ile ancak “kendinde kişi” kavramı arasında bir paralellik kurabiliyoruz¹⁷⁰. Zira ister arızî isterse daimî bir sebepten doğsun isnad kabiliyetinin bulunmadığı durumlarda genel olarak failin eylemini sevk edebilecek derece “hukuki anlam ve bilgiye” sahip olmadığı kabul edilir. Ancak yine de, o anda dahi failin “kendinde bir kişi” olarak hem-bilinçli olabileceği ve bu bilinç seviyesinin de kastın varlığına delalet edebileceği iddia edilebilir mi? Kanaatimizce “kendinde bir kişi”nin bu vasfı sebebiyle objektif bir haksızlığa vücut verebilmesinde bir beis yoktur: ancak sübjektif haksızlığa vücut veremez. Peki bu sübjektif isnad edilemezlik, kusurun isnad edilemezliği midir? Yoksa eylemin isnad edilemezliği

¹⁶⁷ Bkz. Günter Schewe, **Reflexbewegung Handlung Vorsatz**, Lübeck, © Verlag Max Schmidt-Römhild, 1972, s. 101 v.d.

¹⁶⁸ Bkz. Schewe, **a.g.e.**, s.107. Aynı yönde bkz. Ünver, “*Nedeninde Serbest Hareketler Kuramı*’ ”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan** içinde, s. 872-874 ve 878-880.

¹⁶⁹ Bkz. Schewe, **a.g.e.**, s. 108-109

¹⁷⁰ Bkz. 45 numaralı dipnotta yer alan “kendinde kişi” kavramıyla ilgili açıklamalarımız.

mi? İnsiyak hallerinin birincisine örnek olarak verdiğimiz kan tutmasından yola çıktığımızda ancak failin aktüel olarak bu özelliğinin bilincinde olduğu durumlarda doğan neticenin (eyleminin) kendisine isnad edilebileceği kabul edilmelidir. Aktüel bilincin kabul edilebilmesi için ise faili eyleme sevk eden sebepler arsında, örneğin cesaret verici bir biçimde kan tutması özelliğinin farkında olduğu durumları mündemiç bir bilginin varlığı aranmalıdır. Ancak bu gibi hallerde a.l.i.c için ortaya koyduğumuz çözümle tutarlı bir sonuca ulaşabiliriz.

İnsiyak hallerine verilebilecek ikinci örnek durumlarda aslında “normal bir zihinsel faaliyete sahip” bir failin gerçekleştirdiği bir eylem söz konusudur¹⁷¹. Genellikle karşı taraftan gelen bir haksızlığa verilen bir yanıt söz konusu olacaktır. Bu gibi durumlarda da failin aniden karar verdiği söylenebilir ama bu karar bilinçsizce verilmiş bir karar değildir. Yine bu gibi durumlarda objektivist hem-bilinç kavramına gitmeden aktüel bilinçlilik dahilinde kalarak tutarlı bir sonuca ulaşabiliriz. Zira “eyleme geçmeye karar vermek” demek her halükarda somut ve anlık bir bilinçle hareket etmek demektir, üzerine düşünmenin süresinin karar verme hükmüyle doğrudan bir bağlantısı yoktur¹⁷². O halde, Türk Doktrinde haksız tahrik adı altında kümelenendirilen bu neviden insiyak hallerinde kastın varlığını etkileyecek bir bilinçsizliğin bulunmadığı kabul edilmelidir. Haksız tahrik altında işlenen eylemlere ilişkin tartışma kusurluluk bağlamında ele alınması gereken bir sorun olmalıdır¹⁷³.

¹⁷¹ Örneğin *Nau* bu gibi halleri, klinik bir akıl hastalığı görüntüsü taşımayan ancak ceza hukuku açısından önem taşıyan derecede aşırı hissî sebeplerden doğan istisnai durumlarda gerçekleşen normal-psişik insiyakî eylemler olarak adlandırıyor. Bkz. Heinz Nau, **Die Bewußtseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten: Ein Vorsatzproblem?**, Frankfurt am Main, © Peter Lang GmbH, 2001, s. 15-16. Ve asıl önemlisi, “normal psişik” durumdaki failer tarafından gerçekleştirilen insiyakî eylemlerin hem anî kararlar ile işlenen eylemler hem de refleksif veya içgüdüsel eylemlerden kategorik olarak farklı olduğunu; örneğin her insiyakî eylemliğin anî bir kararla gerçekleştiğinin iddia edilemeyeceğini savunuyor. Karş. s. 17-19.

¹⁷² Bu noktada belirtelim ki, karar verme süreci ile eylemi irade eden karar anı farklı kavramlardır. Birincisi kusurun tespitinde, ikincisi ise kastın tespitinde rol alır.

¹⁷³ Kanaatimizce, haksız tahrik nedeniyle insiyakî bir eylem gerçekleştiren failin normun genel geçerliliği karşısında verdiği ani karar, tasarlayarak gerçekleştirdiği eyleme nispetle daha az bir kusur derecesine sahip olabilir. Dolayısıyla, haksız tahrik şartları altında işlenen eyleme karşı ceza indiriminde bulunulması gereğini sadece failin norm karşısındaki sebat göstermeyen kararına dayandırmak makuldür. Aksi halde, yani failin eylemini tasarlayarak gerçekleştirdiği durumlarda, farklı sonuçlara ulaşmak gerekir. Zira, bu gibi durumlarda, kendisine veya bir başkasına karşı gerçekleştirilen bir haksızlığa karşı failin gösterdiği tepki doğrudan ve üzerinde düşünülmüş ölç alıcı

2.4.3. Normun Amacı ile Failin Tasavvuru Arasındaki Çelişkinin Norm Lehinde Çözümlendiği Durumlar; “Meslek Erbabı Olmayanlar Düzleminde Koşut Değerlendirme Ölçütü”

Kasten işlenen bir eylemin varlığından söz edilebilmek için failin maddi unsurların algısal bilgisine sahip olması ve buna ilaveten onda, bir hukuksal değeri ihlal ettiğinin de bilinci bulunmalıdır. Maddi unsurlara konu olan hukuksal değer ne ölçüde fail tarafından kavranması gerektiği, hangi hallerde kavramanın anlamsal bilginin varlığına delalet edeceği hususlarının açıklanması gerekiyor. Bu sebeple maddi unsurların anlamsal bilgisinde başvuracağımız bir kriter olan “*meslek erbabı olmayanlar düzleminde koşut değerlendirme ölçütünden*” (=Parallelwertung in der Laiensphäre) bahsedeceğiz¹⁷⁴. Failin kastından bahsedebilmemiz için öncelikle suç tipinin yarattığı kapsamın fail indinde biliniyor olması gerekir. Fail eylemini gerçekleştirirken tipte tanımlanmış hukuksal değeri konu aldığının (suçun varlığı değil!) bilincinde olmalı, tipin yarattığı kapsam ile failin belirlenimleri çakışmalıdır. Anılan kapsamın belirlenmesinde her failden hukukçu gibi anlamlandırmada bulunması beklenmeyecektir. Failin eyleminin nitelendirmesinde objektif olan hukuksal değer bileşimi ile uyum içinde bulunduğu fakat eylemin bir takım unsurlarını “önemsiz” derecede yanlış takdir ettiği durumlarda, failin hukuksal değer ihlalinin özgün konusu olan anlamı ıskalamamış olması koşuluyla kastın varlığından bahsedilebilecektir. Çünkü sadece kanunun önem atfettiği noktalarda saik veya benzeri subjektif değerlendirmeler dikkate alınabilir.

Koşut değerlendirme ölçütünün anlaşılabilmesi için *Otto*’nun sunduğu özel belgede sahtecilik örneğinden yola çıkalım: “A, B’ye borçlu olduğunu gösterir bir belge tanzim eder. B, A’nın ölümünden sonra anılan belgeyi tahrif ederek borç

bir içeriğe sahip olabilecektir. Ve aslında öç alıcı içeriğin hukuk tarafından korunmaması gerekir. Çünkü haksızlığın karşılığı kamusal cezadır, asla kişisel (özel) ceza olmamalıdır. Bu gibi durumlarda dahi haksız tahrik altında failin toplumsal rolünün bilincinde bulunması gerekir ve gerçekte de öyledir. Aksi durumlarda, yani eğer fail, eylemi üzerindeki kontrolünü tamamen yitirmişse (birinci insiyak hallerinde olduğu gibi) ortada bir kararın, bir tercih varlığından söz edilemez, yani kusura mesnet oluşturabilecek bir etmen yoktur. Tabii ki, normal psikolojik insiyakî eylemlerde karar verme süreci bundan etkilenmiş olabilir ama ortada bir karar vardır, dolayısıyla –azalmış olsa da– kusur mevcuttur.

¹⁷⁴ Bu ölçüt için ayrıntılı bilgi bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 101 vd., s. 486 vd.; Kühl, **AT**, § 5, kn. 93-94, s. 95; Puppe, **NK-StGB**, § 16, kn. 45-51, s. 533-536.

miktarını arttırır. B, bunu yaparken bunun bir belgede sahtecilik olduğu düşüncesinde değildir. Zira zannınca ‘belge’, ‘özellikle resmi damga’ ile onaylanmış bir yazılı kağıt olmalıdır.”¹⁷⁵ Bu durumda B’nin zannı bir hataya vücut verebilecek midir? Kasten gerçekleştirilmiş bir “özel belgede sahtecilik” fiilinden bahsedilebilecek midir? Bu sorunun yanıtı, failin özel belgede sahtecilik suçuyla korunması amaçlanan kişiler arası hukuki değer bilincine sahip olup olmadığı ile belirlenecektir. Özel belge, şekle tabî bir irade izharıdır ve özel belgede sahtecilik suçu ile korunan hukuksal değer, diğer kişilerin anılan irade izharının varlığına duydukları itimattır. Fail, eylemi ile anılan itimada aykırı hareket ettiğinin bilincindedir. Yani kişiler arası hukuksal değeri ihlal ettiğinin bilincindedir. O halde bu durumda failin kasten hareket ettiği hususunda şüpheye yer yoktur. İsteddiği kadar farklı nitelendirmelerle hareket etmiş olursa olsun, anlamsal içeriğin bilinciyle hareket ettiği müddetçe sair zanlarının (“hatalarının”) bir esaslılığı olamayacaktır.

Görüleceği üzere koşut değerlendirme ölçütü, kanun koyucunun hukuksal değeri yaratırken ortaya çıkardığı belirlenimlerin, failin bilinciyle yarattığı tezaadın ne dereceye kadar tolerans görebileceğinin belirlenmesi noktasını konu edinir. Mesele, hangi “hata”ların isnadiyadi etkilemeyeceğinin belirlenmesi meselesidir. Buna göre her failden kanun koyucunun belirlediği hukuksal değer ilişkisini net ve kesin bir biçimde eylemine aktarmış olması beklenmeyecektir. Önemsiz addedilen yanılgılar karşısında, eyleminin karşılığı olan anlamsal içeriğin bilincinde bulunması fail açısından yeterlidir.

Bu noktada hemen belirtelim ki, koşut değerlendirme ölçütünün normatif ve tanımlanabilir unsurlar “ayrımı” ile doğrudan bir alakası yoktur, çünkü eylemin anlamsal bilgisi, tanımlanabilir ve normatif unsurları da kapsayan bir öze sahiptir. Yukarıdaki kısımda da ifade etmeye çalıştığımız üzere, tanımlanabilir/normatif unsurlar ayrımı “normatif” unsurlar lehinde çözümlenmesi gereken bir konudur. Yani normatif unsurlar da eylemin genel değerlendirmesi içerisinde bir hukuksal değer ihlalini konu edinebilir ancak sonuç olarak failin suçun maddi unsurunda yer alan her tikel parçacığı algılamış ve daha sonra bunların eylemin yarattığı anlam içerisinde kavranmış olması gerekir.

¹⁷⁵ Örnek için bkz. Otto, AT, § 7, kn. 15, s. 80.

2.4.4. Kasten İşlenen Eylemlerin Hukuka Aykırılık Bilinci İle Sınırı ve Bilhassa Hukuka Aykırılığın Maddi Unsurlarında Hata Kavramı

2.4.4.1. Genel Olarak

Ceza hukukunun konusuna girebilen her suç tipinde kişiler arası özgürlük ilişkilerinden doğan bir hukuksal değer tanımı, yani *özel nitelikte* bir hukuksal ilişki tanımı yapılır. Bu yaklaşıma göre, her suç tipinde fail ile muhatabı olan kişinin içinde bulunduğu ilişkiyi tanımlayan bir soyut önerme mevcuttur. Suç tipi bu anlamıyla kişiler arası bir ilişkiyi tarif ettiğinden, bunun ihlal edilmesi hukukun özel geçerliliğinin ihlali anlamına gelir. Tabî ki, hukukun özel anlamda geçerlilik ihlali; genel anlamda geçerlilik ihlali demek olan kusurlu ihlalin, yani suçu meydana getiren objektif/sübjektif haksızlığın varlığına da bir belirti oluşturur: çünkü ceza normu hem özel hukuksal ilişkiyi hem de bu özel ilişkiyi de kapsayan bir *genel niteliği* bünyesinde taşır. Ancak yine de, kategorik olarak sübjektif haksızlık olan kusurlu eylem ile objektif haksızlığa vücut veren eylem, birincisinin ikincisini kapsayan içeriğiyle beraber bir farklılık taşır. Çünkü suç oluşturan (kusurlu) eylemden söz edebilmek için failin haksızlığı özgür bir biçimde tercih etmiş olması, haksızlığı istemiş olması gerekir.

Bu bağlamda ele alındığında hukuka aykırılık ve haksızlık kavramlarının da farklı özelliklere sahip olduğu gözlemlenebilir¹⁷⁶. Bu anlayışa göre, suçun yapısal unsurlarından olan hukuka aykırılık, olumlu ya da olumsuz bir belirlenime işaret ederken, haksızlık failin aktif veya pasif olarak hukuk karşısında bulunduğu konuma göre belirlenen, ancak farklı nitelik biçimleri yadsınamayan bir nitel ve nicel büyüklüktür. Bu bağlamda belirtelim ki, doktrinde yaygın bir biçimde kabul edilen hukuka aykırılığın bir “nitelik belirlenimi”, haksızlığın ise bir “niceliksel” belirlenim olduğuna dair görüş, ancak haksızlığın kategorik farklılığı, yani ceza hukuku haksızlığı ile “kendinde haksızlık” olan medeni hukuk haksızlığının ayırık

¹⁷⁶ “Tek başına tipiklik haksızlığın maddi içeriğini doldurmaya kafi gelemmez. Tipik eylem, kendine özgü değerlendirme ölçütleri içerisinde hukuk düzeninin tümü nazara alınarak belirlenmelidir. Yani ancak hukuka aykırılık kademesine gelindiğinde (tipiklik aşılarak) bir eylemin hukuka aykırı mı yoksa hukuka uygun mu olduğuna karar verilmelidir.” Karş. Wessels/ Beulke, **AT**, § 8, kn. 270, s. 101. Anılan farklılığa işaret eden bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, s. 134-135.

değerlendirmesinin ortaya koyulabilmesi şartıyla tutarlı bir sav olacaktır¹⁷⁷. Çalışmamızın birinci bölümünde ifade etmeye çalıştığımız üzere soyut hukuk, ancak iki alternatifi belirler. Buna göre bir durum ya hukuka aykırıdır, ya da hukuka uygundur: asla bir üçüncü biçimden veya niceliksel bir kıymetten (az ya da çok hukuka aykırılık gibi) söz edebilmek mümkün değildir. Haksızlık taşıyan bir eylemden bahsedebilmek için de öncelikle hukuka aykırılığın bulunması gerekir. O halde, yani haksızlığın hukuka aykırılığın bulunduğu durumlarda söz konusu olabilceğini belirttiğimize göre kasten gerçekleşen eylemin yarattığı haksızlıktan bahsedebilmek için ortada hukuka aykırılığın objektif ve sübjektif isnadına imkan sunan bir durumun varlığı ön şart olarak gereklidir.

İşte bu noktada hukuka aykırılığın salt objektif ve soyut bir kavram olması ile haksızlığın sübjektif/ objektif isnadiyadının birbirine karıştırılmaması, meselenin anlaşılabilmesi açısından epey önemli gördüğümüz bir noktadadır. Dikkat edilecek olursa birinci bölümde de ifade ettiğimiz üzere soyut hukuk sadece bir olanaklılık (izinli veya yasak eylem) belirlerken, harekete ilişkin bir belirlenim ortaya koymaz¹⁷⁸. Başka bir ifadeyle, hukukun anılan belirlenimlerini hukuka uygun veya hukuka aykırı bir eylemliğe, yani haksızlığa ve haklı eyleme dönüştürebilecek tek etmen süjenin iradesine dayalı “hareketi”dir. Aksi kabulde, iradenin yaratıcı rolünü yadsımış oluruz. Demek ki, haksızlığın kapsamında bulunan hukuka aykırılık ancak eylem ile anlam kazanır ve dolayısıyla artık haksızlığın bir parçasına dönüşür. Haksızlık da, hem objektif hem de sübjektif bir anlama sahip olduğundan, hukuka uygunluk nedenlerinin failin eyleminde objektif ve sübjektif olarak bulunması gerekir.

¹⁷⁷ Anılan kategorik farklılığı inkar eden ve cezaya “toplumu saldırılardan koruyabilecek tek araç olma” vasfı yükleyen bir görüş için bkz. Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **CHD**, S.1, Ekim 2006, s. 117. Dikkat edilirse bu ifade, hukuk toplumunun bir parçası olan failden (“kişi”den) değil, bir düşmandan bahseder gibidir.

¹⁷⁸ Mülkiyet hakkı soyut bir belirlenim ortaya koyar: “Mülkiyet edinebilirsin!”. Ancak hiçbir hak gibi bu hakkın varlığı da kişileri bu hakkını kullanmaya, yani bir harekete tazyik edemez. Hukuka aykırı veya uygun olarak bir hareket icra etmek soyut hukukun değil, sübjektivitenin konusudur.

2.4.4.2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata ile Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığında Hata

Hukuka uygunluk nedenleri, kendi varlığının şartlarını oluşturan koşullar altında kişinin hukuka aykırılık taşıyan bir eylem gerçekleştirmesine izin veren normlardır. Bu koşullar altında işlenen eylem en azından “*kendinde* hukuka aykırılık” taşıyacaktır¹⁷⁹, ancak anılan “*kendinde*” hukuka aykırılığa başka bir hukuk normu izin verir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin belirlenmesinde yer alan temel problematik, çeşitli hukuk normlarının birbirleriyle zıtlık ilişkisi içine girdiği durumlardır. İşte böylelikle, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde normlar birbiriyle çatışacaktır. Örneğin “herkesin vücut bütünlüğüne saygı göster” emri (negatif hüküm: yaralamak yasaktır) ile kendinin veya bir başkasının vücut bütünlüğüne haksız bir biçimde yönelmiş bir saldırıyı def etme hakkını veren “vücut bütünlüğünü koruma hakkı” çatışma halinde bulunacaktır. Fail bir hukuka uygunluk nedenini, yani hukuk düzeninin cevaz verdiği bir hakkını kullandığından artık eylemine hukuka aykırılık yaftası asılamayacaktır. Fakat dikkat edilecek olursa failin bu hakkını kullanabilmesi için hareket olarak nitelendirilebilecek her eylemlikte olduğu gibi, bilinçli bir tavrının bulunması gerekir.

Bu noktayı biraz açmamız gerekiyor. Yukarıda haksızlık ile hukuka aykırılığın ilişkisine değindik. Buna göre salt bir olanaklılık belirlenimi olan hukuka uygunluk/aykırılık ancak ve ancak eylem içinde bir anlam kazanabilir ve bu sebeple de sübjektif ve objektif isnadiyada imkan sunan bir biçimde haksızlığın içinde bulunmalıdır. İşte, sübjektif hukuka uygunluk unsurları¹⁸⁰ (=subjektiver Rechtfertigungstatbestand) olarak da adlandırılan kavram, aslında haksızlık ile hukuka uygunluğun bu ilişkisinden doğar. Şöyle ki; hukukun objektif ve soyut olduğundan bahsetmiştik. Buna göre hukuk, her süjenin öznel çıkarından bağımsız, soyutlanmış bir anlamı haizdir. Dolayısıyla herhangi bir süjenin öznel amacıyla bir olgunun hukuka uygun veya aykırı olarak nitelendirilebilmesine imkan yoktur, aksi

¹⁷⁹ Bkz. Köhler, AT, s. 236.

¹⁸⁰ Kavram için bkz. Kindhäuser, LPK-StGB, § 32-35 öncesi açıklamalar, kn. 12-13, s. 193. Gropp, AT, § 6, kn. 32 vd., s. 188 vd.; Wessels/Beulke, AT, § 8, kn. 275 vd. s. 102 vd.

halde hukukun soyut ve objektif karakteri inkar edilir¹⁸¹. Ancak hukuk, kişiye, “kendinde” bir hukuka aykırılığı gerçekleştirebilmesi için bir hak/yetki tanımış olabilir. İşte bu durumda artık süjenin anılan amaçsallıkla hareket etmesi¹⁸², yani hakkını kullanması halinde hukuka uygun-tipik (fakat kendinde hukuka aykırı) bir eylemin varlığından bahsedilecektir. Çünkü hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket eden süje, hukukun genel geçerliliğini de korur¹⁸³, dolayısıyla bu noktada artık öznel tercihin hukukun genel geçerliliği ile bütünleştiği bir moment söz konusu olur¹⁸⁴.

Bu açıklamalar neden, tipin negatif unsurları teorisinin de isabetli olamayacağını ortaya seriyor. Zira negatif unsurlar teorisini benimsediğimiz takdirde, ortada “kendinde hukuka aykırılık” olarak nitelendirilebilecek bir durumun varlığından söz edilemez¹⁸⁵. *Hegel* bir odunu ateşe vererek eylemini icraya başlayan

¹⁸¹ Bkz. *Hegel*, **GRP**, § 126, s. 236-237. Hiçbir şekilde sadece “benim veya bir başkasının refahını hedef almam hukuka aykırı bir harekete hukuka uygunluk vasfı katamaz.” *Hegel*, bu belirlenime örnek olarak fakirlere ayakkabı yapmak için deri çalan aziz Crispinus’u gösteriyor. Buna göre kendi sübjektif amaçsallığı içinde doğru olduğunu bildiği bir şey de yapsa Crispinus hukuka aykırılık içindedir. Karş. § 126 Zusatz (s. 239).

¹⁸² Hukuku koruma kavramından çıkan bu amaçsallık, her hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunda onun karakterine bürünür. Örneğin meşru müdafaa halinde “savunma istenci”, ızdırar halinde “kurtarma/kurtulma istenci”, tipik eyleme izin veren rızada “hukuksal değer korumasından imtina edildiğinin bilgisi” (ve kanaatimizce olumsuz önermeden hareketle muhatabın hukuk duvarını kaldırılmasına dair istenci) karş. Wessels/Beulke, **AT**, § 8, kn. 275, s. 102. İşte tüm bu belirtilen durumlarda haksızlık istencinin olumsuz kavramı olan haklılık istenci, hukuk müdafası söz konusudur.

¹⁸³ “Hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket eden failin eylemine, hakkı ihlal edilen kimsenin tahammül yükümü mevcuttur” bkz. Köhler, **AT**, s. 237. Benzer yönde Gropp, **AT**, § 6, kn. 7, s. 181.

¹⁸⁴ Rıza durumunda da aynı işlev söz konusudur. Kişiye bağlı (veya kanunun öngördüğü temsil ilişkisinin ürünü olarak) bir hak olarak rıza aslında kendi üzerinde tasarrufta bulunabilmenin sınırlarını belirler. Bu noktada belirtelim ki hakkın kendisinin amacı da süjenin refahı olduğundan, kullanımı da ancak bu refaha yönelik hareketlerce mümkün olabilir. Kendine zarar veren eylemler de bu refahın kapsamındadır. Ancak rıza kavramın objektif sınırı, aynı zamanda süjenin özerklik sınırı olduğuna göre, bu sınırı aşan durumlarda objektif refah (hukuk toplumu) ile sübjektif refahın çelişmesi söz konusu olacaktır. Sonuç olarak rıza kavramının da bir hak kullanımı olduğuna şüphe edilmemelidir. Kamusal anlamda sınırlandırılmış olmakla beraber klasik hukukun “*volenti non fit iniuria*” (“kabul edene haksızlık yapılmış olmaz”) şiarı kabul edilmelidir.

¹⁸⁵ Tipin negatif unsurları teorisi, tipikliği hukuka aykırılığın *ratio essendi*’si olarak tanımlar. (kavramla ilgili olarak krş. yukarıda dipnot: 26 ve asıl metin). Buna göre aslında hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin birer negatif parçasıdır. Bu durumda üç dereceli değil, iki dereceli suç sisteminden bahsedilecektir. Yani suç, hukuka aykırılığın bir parçası olduğu kabul edilen tipiklik ile kusurluluktan oluşacaktır. Kanaatimizce böyle bir kabullenme, hukuka uygunluk nedenlerinin aslında bir hukuk savunusu olması hususundaki temel görüşümüz ile çelişecektir. Çünkü hukuka uygunluk nedenleri belirli koşullar altında hukuk süjesine, hukuku korumak için “kendinde” hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirebilme imkanı verirler. Yani *Welzel*’in “bir sineği öldürmek ile meşru müdafaa

failin, anılan eylemine bir “cinayet” veya bir “kundaklama” [veya “taksirle öldürme”, ç.n.] vasfını yükleyebilecek tek unsurun, eylemin amaçsallığı olduğunu belirtmiştir¹⁸⁶. Aynı yönde negatif unsurlar kuramının eleştirisinde *Gallas* da benzer bir mantık yürütmesi kullanıyor: Buna göre; “suç tipi ve hukuka uygunluk sebebi sadece kendi aralarındaki bir ilişkiyi değil, üçüncü bir ölçüt –yasak olma- ile beraberce mukayeseyi gerektiren ve sonuçta ortak paydaya indirgenmeyi zorunlu kılan” bir rabıtayı ortaya koyar¹⁸⁷. Buna göre meşru savunma halinde bir başkasını öldüren fail, yasaklanmış ve haksızlığa vücut veren bir fiili (öldürme) gerçekleştirmez, ancak her halükarda ortada bir öldürme fiili mevcuttur¹⁸⁸. Başka türlü ifade edersek, kendi soyutluğu ve amaçsallığı içerisinde bir ihlal (örneğin: “cinayet”) söz konusudur ancak bu fiil hukuka uygundur, zira fail bir hakkını (hukuku savunma hakkını) kullanır. O halde, sonuçta failin bilincinin bu hukuka uygunluk nedenini de kapsamaması gerekir. Yani kullandığı hakkın bilincinde olmalıdır ki, “kendinde” hukuka aykırılık, “kendisi için” hukuka aykırılığa dönüşmesin!

Bu sistematik belirlenimlerden sonra, meselenin kast (hata) kuramı bakımından esaslı olan noktalarına temas etmemiz gerekiyor. Hukuka aykırılığın maddi koşullarının bilincinde olma ile hukuka uygunluk nedeninin kapsadığı hukuksal yetkenin bilincinde olmak ayrı kavramlardır. Her hukuka uygunluk nedeni

halinde bir insanı öldürmek arasında kavramsal bir fark olduğu” iddiası yerindedir. (bkz. Welzel, *DS*, s. 81). Aksi kabul edildiği takdirde, hukuka uygunluk nedenlerinin çekirdeğini oluşturan taarruz hakkı kavramı ile tipik olmayan netice arasındaki ayrımı silikleştirmiş oluruz. Aynı yönde bkz. Gropp, *AT*, § 6, kn. 8, s. 181-182. Ceza hukuku bakımından her iki halde de (sinek öldürme ve meşru müdafaa halinde insan öldürme) aynı cezalandırılmayan eylemliğin bulunduğu hareketle negatif unsurları savunan bkz. Freund, *AT*, § 3, kn. 24, s. 72. Kavramlar her şeyin içine tıklandığı boğçalar olmadığından, istediği kadar “ceza hukukunca” aynı sonuç bağlanmış olursa olsun, iki farklı kategorinin varlığı söz konusu olacaktır.

Yine bu noktada belirtmek gerekir ki, tam da bu sebepten ötürü “izin verilen risk” hukuka uygunluk nedenleri altında kategorize edilmemelidir. Çünkü izin verilen risk adı verilen durumlarda neticenin objektif isnadiyadı söz konusu edilir, yani “eylemin” objektif ve sübjektif isnadiyadı söz konusudur. Hukuka uygunluk nedenlerinde ise, isnadiyadın konusu fail ile hukuk düzeni arasındaki ilişki ve bu sebeple haksızlığın niteliğidir. Karşı görüş için bkz. Christian Jäger, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, Heidelberg, © C.F. Müller Verlag, 2006, s. 4-7; Öztürk/ Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, § 5, kn. 251, s. 163. Tabii ki, bu kabulümüz “izin verilen risk” kavramının objektif haksızlığın içinde sahip olduğu konuma halel getirmiyor. Aynı yönde bkz. Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 148.

¹⁸⁶ Bkz. Hegel, *GRP*, § 119, s. 223-224.

¹⁸⁷ Bkz. Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, s. 42.

¹⁸⁸ Benzer ifade için bkz. Gallas, *a.e.*; “Hukuka uygunluk nedenleri tipikliği değil, hukuka aykırılığı kaldırır” bkz. Welzel, *DS*, s. 80.

belirli maddi-fiili koşulların gerçekleşmesi şartına bağlı olarak hukuksal bir geçerliliği tanımlar. Bu anlayışa göre, anılan maddi koşulların gerçekleştiğine ilişkin faildeki yanlış ile hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin yanlış farklı alanlara aittir¹⁸⁹. Tabî ki, anlamsal bilginin varlığı halinde, yani failin bir hukuksal değeri zedelediğinin bilincinde olması durumunda, anılan bilinçlilik haksızlık bilincine *geçiş*i sağlayan bir etmen olarak karşımıza çıkacaktır¹⁹⁰. Örneğin somut gerçekliği içerisinde bir başkasının yaşam hakkını ortadan kaldıran failin aynı zamanda eyleminin, hukukun “kimseyi öldürme” emrine aykırılık teşkil ettiğinin de bilincinde olması muhakkaktır, yani bu gibi durumlarda fail eyleminin hukukun genel geçerliliğini ihlal ettiğinin bilincindedir. Fakat failin, örneğin meşru müdafaa düzenlemesinin hukuksal sınırlarına veya hukuka uygunluk nedenlerinin maddi varlığına ilişkin “hatalı” bir belirlenimde bulunduğu durumlarda anılan ilişkinin aynı biçimde ortaya çıktığını söyleyebilmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda fail, bir başkasının yaşam hakkını ortadan kaldırdığını bilmektedir: ancak o bu hukuka aykırı eylemine hukukun izin verdiği yanlışlığı içindedir. Yani bu gibi durumlarda, fail hukukun *genel geçerliliğini* ihlal etmemiştir¹⁹¹. O halde her iki durumda da fail, hukukun genel geçerliliğine sadıktır (=rechtstreu)¹⁹². Dolayısıyla ortada bir haksızlığı

¹⁸⁹ Bu ayrımı en net biçimde ortaya koyan görüş sınırlı kusur teorisidir. Ancak bu teorinin açmazı da, kastın sınırını haddinden fazla genişletmesinde yatar. Tipik eylemi gerçekleştirirken failin sahip olduğu eylem kastı (bir başkasının *özel* özgürlük alanına tecavüz etme iradesi) ile bunun haksızlık ile olan ilişkisinin konu edinildiği haksızlık istenci kavramları birbiriyle karıştırılır ve sonuçta hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata halinde, “*sübjektif* haksızlığın” –kusurun- değil, eyleme ilişkin kastın ortadan kalktığı savunulur. Dolayısıyla teori cezalandırılabilir haksızlığı, objektif haksızlığa, yani kusursuz eyleme kadar indirger. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Puppe, **NK-StGB**, § 16, kn. 124-126, s. 558-559; Stratenwerth, **AT-I**, § 10, kn. 65-66, s. 210; Roxin, **AT-I**, § 14, kn. 55-56, s. 623-624; Krey, **AT-I**, § 20, kn. 697, s. 261; Ebert, **AT**, s. 156-157. Hemen belirtelim ki, TCK’dan farklı olarak Alman Ceza Kanunu’nda (StGB) hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hususunda yanlışmayı düzenleyen ayrı bir norm yoktur, doktrindeki bu görüş § 16 StGB’in *kıyasen* hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına da uygulanmasını savunuyor. Türk doktrininde de sınırlı kusur teorisi taraftar bulmuştur. Karş. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 379; Gerekeşi belli olmamakla birlikte *Öztürk/Erdem*, hukuka uygunluk nedenlerinin hukuksal yetke alanına dair yanlışlığın “önemsiz” olduğunu vurguluyor. Bkz. *Öztürk/Erdem*, **a.g.e.**, § 5, kn. 313, s. 196.

¹⁹⁰ Bkz. Köhler, **AT**, s. 157.

¹⁹¹ “... *hukuk düzeninin, bir bütün olarak ihlal edilmesi...*” bu ifade için bkz. Welzel, **DS**, s. 80.

¹⁹² Alman Yüksek Mahkemesi 6 Haziran 1952 tarihli bir içtihadında bu kavramı kullanmıştır. Buna göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanlış içinde bulunan fail “kendinde hukuka sadıktır” (prg. 2). Mahkeme hukuksal yetke sınırları hakkında yanlış failin de davranışlarını aynı biçimde “objektif doğruya” göre ayarladığını teslim ediyor (prg. 3). Bu karar metni için bkz. BGHSt

tercih etme söz konusu değildir, yani sübjektif haksızlık yoktur! Ancak yine de anılan durumlar farklı kategorik kalıplara dahildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında veya hukuksal sınırlarında yanılan fail her halükârda bir haksızlık istenci içerisinde değildir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin hukuksal sınırlarının belirlenmesinde yanılan failin, bu hatası hukuk normu hakkındaki gerçeğe aykırı olan bilgisinden kaynaklanır ve bu sebeple haksızlık bilincini ilgilendirir. Zira kusur, failin özgür bir biçimde haksızlığı tercih etmesidir. Madem ki fail yasak normu hakkında bilgisi yoktur, o halde bunun (yani hukukun doğru bilgisi) üzerinde inşa edilebilecek bir haksızlık istencinden de bahsedilemeyecektir. Öyleyse faile isnad edilebilir bir ceza hukuku haksızlığı (kusurlu haksızlık) söz konusu değildir. Buna karşın maddi koşullarda yanılan failin hukuk bilincinde bir hata söz konusu değildir. Fail ilgili hukuka uygunluk nedeninin sahip olduğu hukuksal alanın sınırlarını tanır, fakat maddi olayda anılan normun koşullarının gerçekleştiğini zannettiğinden işlediği fiilde bu husustaki sübjektif bir belirlenimden bahsetmek mümkün olamayacaktır. O halde, bu son durumda da hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarının yanlış takdirinde olduğu gibi sadece objektif bir haksızlık söz konusu olur. İşte bu objektif haksızlık sebebiyledir ki, haklarına objektif anlamda taarruz edilen kimseler, kendilerine saldırıda bulunan hataya düşmüş bu faillere karşı hukuka uygunluk nedenleri içinde “hukuk koruması”nda bulunabilirler.

Peki bu tanımladığımız kategorik ayrımı (maddi unsur-hukuksal geçerlilik alanı) suç sistemine nasıl nakledeceğiz ve hangi sorumluluk sonuçlarına bağlayacağız? Bu sorunun ele alınmasına, “hareket” kavramı açısından benimsediğimiz görüşün irdelenmesiyle başlamamız gerekiyor. Kanaatimizce iki farklı haksızlık türü mevcuttur. Bunlardan birincisi, objektif haksızlık olarak nitelendirebileceğimiz kasten işlenen eylemlikle objektif hukuka aykırılığın müştereken var olduğu momenttir. Bu uğrağında haksızlık henüz sübjektif bir mahiyeti haiz değildir, dolayısıyla ortada “özgürce tercih edilmiş, istenmiş bir haksızlık” da yoktur. Buna bağlı olarak haksızlığın bu türüne karşı, failin eylemine kamusal bir cevap (karşılık) mahiyetinde olan cezanın uygulanmasını gerektiren

3, 105; ayrıca **Alpmann Schmidt İctihat Bankası**, BGH Urteil vom 06.06.1952 (1 StR 708/51), [çevrimiçi: 08 Nisan 2007, saat: 02:44], <http://www.alpmann-schmidt.de/>

kusurlu bir eylemden, yani suçtan bahsetmek mümkün değildir. Halbuki haksızlığın ikinci biçimi olan ve cezayı gerektiren suç ise, kusurluluğun varlığını gerektirir. Fail, objektif haksızlığa neden olan eyleminin yanında bir ceza hukuku haksızlığını da tercih ettiğinin bilincinde olmalıdır. İşte, bunun ön şartı olarak failin hukuk bilincine (negatif şekliyle: hukuka aykırılık bilincine) sahip olması gerekir. O halde, hukuk bilinci, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hakkındaki yanılmanın bağlandığı bir üst kavramdır. Ancak *doğru* bir hukuka aykırılık bilincine sahip olan fail, haksızlığı tercih edebilir veya bu norm bilgisizliğinden dolayı bir yasak/emir yanılgısı içine düşer. Bu gibi durumlarda ortada kasten gerçekleştirilmiş objektif bir haksızlığın bulunduğuna şüphe yoktur, ancak bu gibi durumları “suç” veya –tek biçimiyle– “haksızlık” olarak nitelendirmek doğru değildir. Buna mukabil hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılan failin içinde bulunduğu durumun hukuk bilinci ile doğrudan bir bağlantısı yoktur. Bu gibi durumlarda fail doğru olan bir hukuk bilincine sahiptir, hukuk sahası üzerinde bir yanılma söz konusu değildir. Fakat eylemine cevaz veren objektif hukuki-fiili şartların gerçekleştiği hususunda yanılmıştır. Ancak bu yanılgıyı maddi unsurlardaki yanılgıyla aynı biçimde çözüme kavuşturmak suç sistemi açısından doğru bir çözüm olamaz¹⁹³. Zira böyle bir çözüm yoluna gidersek, anılan durumda “kasten gerçekleştirilmiş” bir eylemin varlığından söz edemememiz icap edecektir ki, bu maddi ve hukukî kurguya tamamen aykırı bir sonuçtur. Çünkü bu gibi durumlarda fail objektif/sübjektif birliği içerisinde gerçekleştirdiği tipik neticeyi, onun anlamsal kapsamı hakkında da yanılmadan istemiştir. O halde ortada, normun genel geçerliliğini inkarı hedeflememiş ama kasten gerçekleştirilmiş bir tipik eylem söz konusudur, dolayısıyla eylemi sorumluluktan kurtaran yanılma kastı etkilememelidir. Bu gibi durumlarda da hukuka uygunluk nedenlerinin hukuksal yetke sınırlarına dair yanılmada olduğu gibi,

¹⁹³ Katı kusur teorisinin bu konudaki ayrımı gayet keskindir. Katı kusur teorisi, failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ve bunların hukuksal yetke sahasına ilişkin yanılığın arasında bir fark öngörmüyor ve her ikisinde de hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması sebebiyle failin kınanamayacağını ileri sürüyor. Buna göre kusur yargısının konusu “hukuka aykırı gelen hareket iradesidir (=Handlungswille)”. Ancak kınamanın ölçüsü, failin hareketinin hukuka aykırılığı hususundaki bilinç düzeyi veya buna dair potansiyel konumuna göre belirlenecektir. Dolayısıyla kaçınılabilirlik bir skaler büyüklük olarak ele alınacaktır. Krş. Welzel, **DS**, s. 164 vd. Kusurun temeli olarak failin özgürce haksızlığı tercih etmesini esas aldığı oranda anılan teori isabetlidir. Ancak şüphesiz teori adî taksiri de kusurun kapsamına sokabilmek için eylemlik derecesinde bulunan bir istenç momentinden bahsediyor (yuk. Handlungswille). Welzel’in neden böylesi bir çıkarıma ulaştığını ve hayat tarzı kusurluluğu kavramı ile bu anlayışın ilişkisine birinci bölümde değinmiştik.

sübjektif haksızlığı ortadan kaldıran bir sebep söz konusudur. Zira fail bir haksızlığı gerçekleştirmek istemiyordur, yani kusurlu değildir¹⁹⁴. Ancak bu yanılma yine de kategorik olarak hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin hatadan farklıdır¹⁹⁵, çünkü bu gibi hallerde yanılı norm bilgi(sizliğinden) kaynaklanmaz.

Objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı fakat fail ininde bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleştiği durumlarda ortada sübjektif bir haksızlığın bulunmadığı çünkü faile objektif/sübjektif birlik içinde isnad edilebilir bir hareketin bulunmadığını belirttik. Pekiyi aynı yanılığın tersten gerçekleştiği durumlarda nasıl bir sonuca ulaşılması gerekir? Yani hukuka uygunluk nedeninin *ex ante* objektif¹⁹⁶ olarak dahi bulunduğu fakat failin anılan h.u.n.'in varlığından bihaber olduğu durumlarda nasıl bir çözüm yolu benimsenecektir?

¹⁹⁴ İdealist ceza hukuku doktrinin günümüzdeki savunucularından olan *Köhler*, kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları ve yetke sınırları hakkında yanılma meselesinde genel sistematik belirlenimlerinde bir deformasyon yaratıyor. Görüşümüzce, yazar ikili ayrımı doğru takdir etmesine rağmen, gayri adilâne olarak kabul ettiği katı kusur teorisinin çıkarımlarına yol açmamak için sınırlı kusur teorisine taraftar olmaktadır. Her ne kadar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkin yanılmanın kastı etkilemediği, fakat kusurluluktan farklı bir kavram olarak haksızlık tipinin sübjektif yönünü kaldırdığını iddia etse de, klasik suç teorisinin sübjektif/objektif haksızlık belirlenimini zorlayan bu yoruma katılmamız mümkün değildir. Karş. Köhler, *AT*, s. 326-328 ve 122-124.

¹⁹⁵ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları ve yetke sınırları üzerindeki yanılmaya dair bir diğer görüş de “hukuksal sonuçlarda kusur teorisi”dir. Buna göre; tipik kast sadece suç tipindeki maddi unsurlara ilişkin bir kavramdır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılan kimse, kasten bir suç tipini gerçekleştirecektir ancak failin kasten işlenmiş bir haksızlıktan doğan kusurundan bahsedilemeyecektir. Öyleyse, kasttan doğan kusur (=Vorsatzschuld) ortadan kalktığı için artık faili “kasten gerçekleştirilmiş bir suçtan ötürü cezalandırabilmek mümkün olamayacaktır. Teoriye göre bu halde taksirden doğan sorumluluk hali saklıdır. Bu görüşte yazarlar için bkz. Jescheck/Weigend, *AT*, s. 464-467, Wessels/ Beulke, *AT*, § 11, kn. 470-471, s. 170-171; Türk doktrininde Erman, *a.g.e.*, s. 377-378.

Kanaatimizce, kastın hem “haksızlık biçimi” hem de bir “kusur türü” olduğuna dair geliştirilen “kastın çifte fonksiyonu” (=Doppelfunktion des Vorsatzes) kuramının temelinde gerçekliğin bir çeşit *yansıması* yatıyor. Şöyle ki: bizce sadece bilinçli eylemler ceza hukukunun konusunu oluşturabilir ve dolayısıyla kusur prensibi ile bağdaşabilir. Ancak bu şartladır ki, haksızlık istenci gibi bir kavram kişiler arası (özel) hukuk ihlalinin farklı olarak genel nitelikte (kamusal) bir karşılık bulur. O halde temel mesele haksızlığın niteliğinin belirlenmesi üzerinde düğümlenir. Eyleminin normun genel geçerliliğini inkar ettiğini ve onu ortadan kaldırdığını bilemeyen failin yaratabileceği haksızlık ancak objektif niteliktedir ve bu haliyle de bir ceza hukuku haksızlığı olma vasfını kazanamaz. Ancak genel hukuk düzeni ve normun geçerliliğini ihlal etme iradesini ortaya koyan fail, yani haksızlık bilinci ve bunun üzerinde inşa edilebilecek eylem ve haksızlık istencine sahip olabilen kimse, cezalandırılabilir bir haksızlık gerçekleştirmiştir. Bu teori ile ilgili olarak bkz. Freund, *AT*, § 7, kn. 30, s. 225; Erman, *a.g.e.*, s. 351-353.

¹⁹⁶ Alman doktrininde çoğunluk, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının *ex post* değerlendirileceği görüşü hakimdir, ancak azınlık görüşü failin yerine geçecek bir makul bir üçüncü kişinin gözleminin kafi olacağını (*ex ante*) savunuyor. Bu görüşler için bkz. Kindhäuser, *LPK-StGB*,

Hukuka uygunluk nedenleri ile sübjektif-objektif haksızlık kavramı arasında bulunan bağı yadsıyan doğalcı hareket kuramlarına göre, burada bir sorun bulunmaz. Zira hukuka aykırılık/uygunluk salt objektif bir kavramdır ve dolayısıyla failin hukuka uygunluk nedeninin varlığı hakkında bir bilince sahip olmasa bile eylem hukuka uygun addedilecektir¹⁹⁷. Ancak bu görüş kanaatimizce pek isabetli değildir. Şöyle ki; yukarıda izah etmeye çalıştığımız üzere, hukuka aykırılık bir objektif imkandır, fakat haksızlık/haklılık ancak bu imkanlılığın fail tarafından bilinçli bir biçimde eylemine aktarılmış olması halinde kabul edilebilir. Aksi halde, haksızlık ile hukuka aykırılık arasındaki sınırı muğlaklaştırmış oluruz.

Finalist öğretisinin etkisinde kalan Alman ceza hukuku doktrini de, aynı görüşten hareketle, haksızlığın sübjektif-objektif birliğine temas ederek, bu gibi durumlarda failin bilinçsiz eylemliğinin hukuka aykırılık vasfını muhafaza edeceğini belirtir. Ancak bu gibi durumlarda tamamlanmış suçtan değil de, teşebbüs düzenlemesinden hareketle bir çözüme gidilmesi gerektiğini belirten görüşler de mevcuttur¹⁹⁸. Buna gerekçe olarak yazarlar; eylem anında objektif olarak var olan hukuka uygunluk nedeninin neticenin olumsuz değerini ortadan kaldırdığı, bu sebeple sadece haksızlığın olumsuz değerinin varlığından bahsedilebileceğini iddia ediyorlar. Alman doktrininde salt hareketin olumsuz değerini konu edinen “elverişsiz teşebbüs” durumlarında cezalandırılabilir bir eylemin bulunduğu savunulduğundan, bunun makul sonucu olarak, anılan durumlarda ancak elverişsiz teşebbüsten dolayı failin cezalandırılabilmesi iddia ediliyor.

§ 32-35 öncesi açıklamalar, kn. 10-11, s. 192-193. Kanaatimizce bir hukuka uygunluk nedeninin varlığının objektif açıdan tespit edilebilmesi için *ex post* değerlendirme her halükârda کافی gelecektir, fakat örneğin tehlike gibi bir kavramın tespit edilmesinde *ex ante* değerlendirme de kabul edilebilir olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif varlığının tespitinde “müstakbel nedensel gelişim ve olasılık tahminlerine” ilişkin olarak bkz. Baumann/ Weber/ *Mitsch*, AT, § 16, kn.. 62, s. 332-333.

¹⁹⁷ Bu yönde bkz. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.II-III, s. 152; Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara, © Seçkin Yayınevi, Nisan 1995, s. 142; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara, © Yetkin Yayınları, 2007, s. 63.

¹⁹⁸ Teşebbüs hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre tipik netice gerçekleşmesine, yani “suç tamamlanmış” olmasına rağmen hukuka uygunluğun objektif varlığı neticeden doğan haksızlığı ortadan kaldırıyor ve sadece hareketin yarattığı haksızlık bâki kalıyor. Bu durumda, Alman doktrininde “elverişsiz teşebbüs” hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Karş. Jakobs, AT, § 11, kn. 23, s. 361; Jescheck/ Weigend, AT, s. 330; Roxin, AT, § 14, kn. 104-106, s. 644-645; (kıyasa gerek olmadığı iddiasıyla) Puppe, AT-I, § 25, kn. 6, s. 422-423.

Kanaatimizce, hareketin olumsuz değeri ve dolayısıyla “elverişsiz teşebbüs” üzerinden bir çözüm yolu geliştirmeye çalışmak pek isabetli değildir¹⁹⁹. Bu konunun derinleştirilebilmesi için konuyu bir örnekle açmaya çalışalım: Fail, mala zarar verme kastıyla bir başka kimsenin soğuk hava deposunun camını kırmış olsun, ancak kırılan camın etkisiyle soğuk hava deposunda hürriyeti tahdit edilmiş olan ve havasızlıktan ölme raddesine gelmiş bulunan bir kimsenin yaşamını kurtarmış olsun. Anılan örnekte failin gerçekleştirdiği eylemin (camı kırmanın) objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni vasfı taşıdığına şüphe yoktur, ancak fail bunu bilinçsiz bir biçimde gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla anılan hukuka uygunluk nedeninin kendi eylemine isnad edilebilmesine imkan yoktur²⁰⁰. Fail, bir başkasının malına zarar vermek amacıyla hareket etmiş ve sonuçta bunu gerçekleştirmiştir. Salt dışsal tesadüfle bunun bir başkasına yönelmiş bir haksızlığı durdurmuş olmasının kendi eylemine katılabilmesi mümkün değildir²⁰¹. Bu gibi durumlarda objektif hukuka uygunluluğun varlığı, failin eyleminin “kendinde” ve “kendisi için” bir hukuka aykırılık olarak yorumlanabilmesine hanel getirmez²⁰². Tekrar vurgulayalım ki, hukuka aykırılık veya uygunluk objektif bir belirlenimdir ve soyuttur. Bunun haksızlığa katılabilmesi ancak failin bu doğrultudaki bilinçli müdahalesiyle mümkün olabilir. Aksi halde tesadüfi olguların bilinçli haksızlığı ortadan kaldırdığı gerçeğini reddetmiş oluruz. Ve böylelikle neden, failin hukuka aykırı olarak gerçekleştirmek

¹⁹⁹ Ancak *Koca*, benzer durumlarda Türk Ceza Hukuku bakımından da teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğinden bahsetmektedir. Yazara göre, hukuka uygunluk nedeninin “sonradan ortaya çıkmasının” eylemin faile yüklenebilmesini engelleyeceğini iddia etmektedir. Yazarın, “sonradan ortaya çıkma” ile ne kast ettiği belirsizdir. Çünkü *Koca*, hukuka uygunluk nedenlerinin *ex post* mu yoksa *ex ante* mi belirleneceği hususunda kararsızdır (krş. s. 121 ile 123). Her halükarda yazar, hareketin olumsuz değerini esas almayan TCK’nın teşebbüs hükümlerinin anılan durumlara nasıl uygulanacağı sorusunu cevapsız bırakıyor. Krş. *Koca*, **CHD S.1**, s. 121-123. Benzer bir biçimde, TCK’daki teşebbüs düzenlemesine aykırı bir çözüm yolu için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 381.

Benzer bir şekilde teşebbüs yönünden çözüm getiren ama TCK’da “elverişsiz teşebbüs” düzenlemesinin bulunmadığından hareketle anılan durumları cezalandırılabilen eylemliklerin dışına taşıyan görüş için bkz. Erman, R. B., “*Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*” (yayımlanmamış doktora tezi), s. 393.

²⁰⁰ Aynı yönde bkz. Haft, **AT**, s. 257.

²⁰¹ Bkz. Köhler, **AT**, s. 323-324.

²⁰² *Krey*’e göre hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif yönünü kabul ettiğimiz takdirde, anılan durumlarda tamamlanmış bir suçun varlığından bahsetmek kaçınılmazdır. Krş. *Krey*, **AT-1**, § 11, kn. 423, s. 157.

istediği bir neticenin, failin bilincinde olmadığı dışsal faktörlerin müdahalesiyle farklı sonuçlar yarattığı durumlarda isnadiyadın kesildiğini açıklayabilmemizi olanaksız hale getirmiş oluruz (krş. *dolus generalis*'e ilişkin değerlendirmemiz).

2.4.4.3. Eylemin Genelini Değerlendiren Unsurlar ve “Hukuka Özel Aykırılık” Hallerinin Değerlendirilmesi

Kasten gerçekleştirilebilen bir eylemden bahsedebilmek için, failin her türlü maddi unsurun bilincine sahip olması gerekir. Ancak bu tanım bazı özgü durumların, bilhassa suç tipinde zikredilen genel nitelikteki bir hukuka aykırılık vurgusunun bulunduğu halleri izahta sıkıntı çeker. Buna göre, suç tipinde failin “bir başkasının özgürlüğüne temas ettiğinin” bilincinde olmasından öteye geçerek, tanımlanan eylemliliğin ancak hukukun aradığı bir ön şartın varlığı halinde hukuka aykırılık vasfı kazanacağı durumların tanımlanması halinde “eylemin genelini değerlendiren bir unsurun” varlığından bahsedilecektir. Dikkat edilirse, bu unsurlar artık kişiler arası bir hukuki ilişkinin anlamsal bilgisinin ötesinde bir değerlendirmeyi²⁰³, yani bir yasak veya emir altında olma ilişkisini düzenler. O halde, bu gibi durumlarda failin kasten gerçekleştirilmiş bir eyleminden bahsedebilmek için ayrıca bu şartların bilgisine sahip olmasını aramanın gereği yoktur. Çünkü mesele bir haksızlık gerçekleştirdiğinin bilincinde olma bakımından önem taşır ve bu haliyle hukuk bilincinin konusuna girer. Dolayısıyla sorun, failin normun *genel geçerliliği* karşısındaki tavrına göre çözümlenmelidir. Örneğin TCK m. 124/f.1’de yer alan “kişiler arası haberleşmenin önlenmesi” suç tipini ele alalım. Bu hükme göre, failin kişiler arası bir hukuki değeri ihlal ettiğinin bilinci, eyleminin genel olarak yasaklanmış veya izin verilmiş bir eylem olduğunun bilgisinin varlığına ihtiyaç duyulmadan söz konusu olabilir; yani kasten gerçekleştirilmiş bir netice doğabilir. Fakat failin bu eyleminin hukuken caiz görülen bir eylem olduğunu bilip/bilmemesi ise, hukuka aykırılık bilincinin, dolayısıyla kusurluluğun kapsamında değerlendirilecektir²⁰⁴. Kanun koyucunun bunu yasa metnine aktarmış olup

²⁰³ Bkz. Köhler, AT, s. 158-159.

²⁰⁴ Welzel, “hukuka özel aykırılık halleri” olarak anılan durumların objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak ele alınamayacağını, çünkü yoklukları halinde doğrudan cezalandırılabilirliğin değil eylemin hukuka aykırılığının etkilendiğini belirtiyor. Kanaatimizce, yazar bir başka önemli hususa da temas ediyor ve anılan unsurların bilinçsizliğiyle hareket eden failin eylemliliğine karşı –örneğin- meşru

olmamasının bir önemi yoktur. Zira, kavram kendini biçimsel ifadeyle değil anlamsal içeriğiyle²⁰⁵ inşa eder.

Suç tipinde tanımlanan kişiler arası özgürlük ilişkisini salt algısal unsurlar düzeyine indirgeyen ve bu sebeple de tipte tanımlanan unsurların algısal bilgisini yeterli sayan ancak kendi özgül anlamı içerisinde ceza hukukunun yasak veya emir normunun kapsamına girmeyen durumları kastın dışında değerlendirmek isteyen ve bu sebeple her tikel unsurun onu önceleyen hukuki niteliğini, hukuka aykırılık bilincinin kapsamına dahil etmek isteyen görüşler de isabetsizdir²⁰⁶. Şöyle ki, suç tipinde bir tikel unsura hukuka aykırılık vasfı yüklenmiş olması, doğrudan kavramın hukuk bilinci kapsamına gireceği sonucunu doğurmaz. Eylemin cezayı gerektiren bir haksızlık olduğu bilincinden ayrık olarak, bu gibi durumlarda fail pekala söz konusu unsurun anılan hukuka aykırılık niteliği hakkında da yanılmış olabilir²⁰⁷. Bu gibi durumlarda failin bir ceza hukuku haksızlığını tercih ettiğine dair hukuka aykırılık bilinci değil, doğrudan kasten gerçekleştirilmiş bir neticenin yokluğundan söz edilmesi gerekecektir. Örneğin bir unsurun salt medeni hukukun belirlenimlerinden doğan niteliği hususunda yanılan fail, tabiidir ki, eyleminin yarattığı anlamsal kavrayışa sahip olamayacaktır. Mesela fail mağdur ile arasındaki husumete binaen, medeni hukuk hükümlerince kendine ait olduğunu zannettiği bir eşyayı parçalarsa, mala zarar verme suçunu kasten işlediğinden bahsedilemez. Zira fail somut durumda bir başkasının malvarlığı özgürlüğüne halel getiren bir eylem icra ettiğinin, yani neticenin anlamsal kavrayışına sahip değildir²⁰⁸.

müdafaada bulunulabileceğine işaret ediyor. Bkz. Welzel, **DS**, s. 82. Bunun sebebi failin objektif bir haksızlık içinde bulunmasıdır. Hakikaten, eğer bu unsurların eksikliğinde kast ortadan kalksaydı, nasıl bir “haksız” saldırıdan bahsedebilirdik?

²⁰⁵ Örneğin *Roxin*, “hukuka aykırı” ifadesinin eylemin genelini haksızlık değerlendirmesinin altına sokan bir unsur olduğunu vurguluyor. Bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 10, kn. 47, s. 302-303.

²⁰⁶ Aynı doğrultuda: eylemin genelini değil de, belirli bir unsuru tamlayan ifadelerin “normatif unsur” olarak addedilebileceği görüşü için bkz. *Erman*, **a.g.e.**, s. 63.

²⁰⁷ Genel nitelikteki unsurların bölünebildiği oranda kast kapsamına gireceğinden hareketle vergi hukuku bakımından aynı sonuca ulaşan bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 12, kn. 107, s. 490. *Kühl*, bu durumda İmparatorluk Mahkemesinin hukuki hata/ fiili hata ayırımına doğru gelişen bir ricat tehlikesinin bulunabileceği ikazında bulunuyor. Bkz. *Kühl*, **AT**, § 5, kn. 97, s. 96.

²⁰⁸ Örnek yargı kararı için bkz. Mehmet Cemil Ozansü, “*Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı*”, **Suç Politikası** (haz.) Kayıhan İçel- Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No: 5, Ankara, © Seçkin Yay., 2006, s. 397, dn. 37. Anılan durumda koşut değerlendirme

Eylemin genelini değerlendiren unsurlar hakkındaki belirlenimlerimizle tutarlı kalırsak, öğretide savunulan “hukuka özel aykırılık” hallerinde de, eğer eylemin genelini niteleyen bir unsur söz konusu ise haksızlık bilincinin gündeme gelmesi gerektiğini belirtmeliyiz. TCK m. 21’de yer alan “suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesi” şeklindeki kast tanımının, bu açıdan pek bir önemi yoktur²⁰⁹. Zira vurguladığımız husus, suç tipinin kapsamına ilişkin sistematik bir tercihten doğar. Aksi halde, yani TCK m. 21 hükmünü lafzına sıkı bir biçimde bağlı yorumladığımızda, pekala kast teorisinin de kanuni sistem olarak benimsendiği kabul edilebilirdi²¹⁰. Ancak mesele yukarıda belirtmeye çalıştığımız, “haksızlık ve hukuka aykırılık” kavramlarının kategorik farkından kaynaklanıyor. Her ikisi de aynı yerde tasnif edilecekse, suç sisteminin de buna göre kabul edilmesi gerekir²¹¹.

ölçütüne baş vurmaya gerektiren bir durum da söz konusu değildir. Zira, fail zaten anlamsal bir yanılma içindedir.

²⁰⁹ Karş. Koca, **CHD**, **S.1**, s. 118-119. *Koca*, kastın kapsamına hukuka uygunluk nedenlerini de katmakta ve bunu yukarıda ifade edilen iddiaya dayandırmaktadır. Görüşümüzce, kastın kapsamını bu denli genişleten bir yorum pekala yazarca savunulan kusur teorisi ile de bir çelişme içerisine girebilir.

²¹⁰ Aynı haklı tespit için bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 62.

²¹¹ Örneğin kast teorisine taraftar olan *Otto*’ya göre haksızlığı tercih, kastın varlığı ile tecessüm eder. Ancak bu iddiası sırasında yazar anlamsal içerikten doğduğunu kabul ettiği haksızlık ile kanuni unsurun farklı kategoriler olacağını da teslim ediyor. Buna göre, “yasak olma kanuni unsura ait olan bir kavramdan ziyade onu içselleştiren” bir olgudur. Karş. *Otto*, **AT**, § 7, kn. 62 ve 64, s. 91,92.

3. Tipik Netice Bakımından Kast Türleri

3.1.Genel Olarak

İrade sorumluluğu, ceza hukukunun ne zamandan beri temelidir? Görüşümüzce, bu soru sadece basit bir hukuk tarihi meselesine indirgenerek cevaplanamaz. Çünkü bu soruya verilecek cevap, irade kavramının bugün kavramsallaştırdığımız şekliyle yani maddi içeriğiyle de doğrudan alakalıdır. Ancak yine de, anılan şiarı kavrayabilmek ve kavramın günümüzdeki sınırlarını belirleyebilmek için, onun tarihsel gelişimini ortaya koymamız gerekir. Zaten kanımızca, çağdaş ceza hukukunun tarihi irade sorumluluğunun tarihine koşuttur. Daha doğrusu, ceza hukuku tarihi olarak ele alınabilecek bir alt disiplin başlığı da, ancak irade kavramının doğması ile incelenebilir bir alan haline gelmiştir. Bu bağlamda kanımızca, irade sorumluluğu ancak bir meta ve “değer taşıyıcısı” olan süjenin tarih sahnesine çıkması ile sözü edilen bir kavram olmuştur. İrade ve onun taşıyıcısı süje, etkileşim içerisinde gelişmiş kavramlardır. Ortaçağın kapanması ile, yani artık bir piyasa içinde var olan kişinin ortaya çıkmasıyla beraber irade sorumluluğu da esaslı bir konuma sahip olmuştur. Bu aslında, tarihsel-hukukî gelişimin mantıkî bir sonucudur, çünkü her ne kadar hem iktisadi anlamda hem de hukuki anlamda piyasa ilişkileri emtianın karşılıklı mübadelesini gerektiriyorsa da, emtialar veya “değerler” bunları kendi başlarına yapamazlar. Bunu gerçekleştirebilmek için onları taşıyan kişinin iradesine ihtiyaçları vardır¹. İşte, irade sorumluluğunun hukuka, yani “hukuki değerler piyasası”na yansması ve eylem sorumluluğunun iradenin niteliğine göre belirlenmesi ilkeleri bu tarihsel-hukukî arka planın mahsulüdür.

¹ “Emtia kendi başına pazara ulaşır, mübadele edilemez. Bundan ötürü onların koruyucularını, yani “meta sahiplerini” incelemeliyiz. Emtia eşyadır ve bu sebeple insanlara direnemez. Eğer uyum göstermiyorlarsa onlara karşı güç kullanılabilir, başka bir ifadeyle ele geçirilebilirler. İşte, emtiayı karşılıklı olarak birbiriyle mübadeleye sokmak isteyen bu meta sahipleri; iradeleri şeylerde içkin bir biçimde ortaya çıkan kişi sıfatını takınarak karşılıklı münasebet kurmalıdırlar. Yani her meta sahibi ancak bir diğeriyle iradesini uyuşturarak, kendine yabancı olan bir metayı temellük edebilir.” *Marx* burada açık bir biçimde kişi (süje) ve irade kavramının karşılıklı doğumuna işaret ediyor. Bkz. Karl Marx, **Das Kapital**, 1872 tarihli ikinci baskıya göre hazırlanmış tıpkı bası, Paderborn, © Voltmedia, t.y., s. 77.

İradeci anlayışın zirve noktası olarak kabul edilebilecek zaman ve çağ, herhalde 18. ve 19. Yüzyıl Avrupa'sı olacaktır. Bu dönemde sadece engizisyon yargılama usulleri değil², bin yılların salt netice sorumluluğu da giderek yerini sübjektif isnadiyada dayanan bir suç teorisine bırakmaktaydı³. Hukuk dogmatığının tartıştığı konular -tarihte ilk defa- sadece bilinçli hareketin ceza sorumluluğunu yaratıcı etkisini kabul etme noktasına varacak derecede ileri bir mahiyet taşıyordu. Dolayısıyla bir hukuk dalı olarak ceza hukukunun ortaya çıkması da, bu döneme rastlar. Daha evvel, yani Ortaçağ hukukunda intikamcı anlamda ve vasalın vergilendirme aracı olarak ortaya çıkan “yaptırım (ceza) hukuku”, bu yüzyıllarda burjuva düşüncesinin aydınlanmacı ufkuyla rasyonel bir içeriğe kavuşmuştu.⁴

Ancak tam eşitlikçi serbest piyasanın çözülmesi ile beraber, süjenin irade sorumluluğuna dayanan ceza hukuku anlayışı yerini tekrardan objektivist yorumlara terk etmeye başlamıştır. Adî taksirin cezalandırılması ve “sanayi toplumunun gereklerine uygun olarak” bu tür suç tiplerinin yaygınlaştırılması 20. Yüzyılın ceza

² Öncelikle engizisyonun işkence ile ifade alma, daha doğrusu ikrar elde etme usulünden vaz geçilmiş olmasına rağmen, *in dubio pro reo*'ya ulaşmak hemen mümkün olmamıştır. Bu bakımdan belirtelim ki, Aydınlanma çağı boyunca (19. Yüzyıla kadar) ceza hukuku, ispat yükünü belirleyen *praesumptio doli* adı verilen kast karineleri kullanmaya devam etmiştir. Bkz. Klaus Märker, **Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern**, Europäische Hochschulschriften: Seri 2, C. 1685; Frankfurt am Main; © Peter Lang, 1995, s. 83-84.

³ Kusur yeteneği olmayanların, hata halinde bulunanların veya zor altında olanların (yani, meşru müdafaa, ızdırar veya emir) iradeleri eylemlerine isnad edilmiyordu. Daha ziyade *dolus malus* (kötü niyet) şeklinde ortaya çıkan temel kast sorumluluğu esas alınıyordu. Ancak bu dönemde taksirli suçlar kanun metinlerinde ayrıca belirtilmeye başlandı. Karş. Hinrich Rüping/ Günter Jeroschek, **Grundriß der Strafrechtsgeschichte**, kn. 227, s. 93.

⁴ Yakın çağ burjuva devrimlerinden çok daha evvel, - çeşitli sebeplerden ötürü devamlılık taşıyamamış olsa da- Roma Hukuku döneminde de kamusal/özel şeyler ayrımının yetkinleştiğini belirtmeliyiz. Buna göre, kamu menfaatlerini, bilhassa kasten gerçekleşen haksız fiilleri, sözleşme vasıtasıyla hukuk güvencesi kapsamı dışında bırakmanın kabul görmemesi, cezanın kamusal niteliğine geçişte önemli bir uğrak olmuştur. Karş. Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, orijinal beşinci basıdan çeviren: Ziya Umur, ikinci bası, İ.Ü. Yayınları No: 573, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959, § 23, s. 99. Kasten işlenen suçların kamusal niteliğini sönümlendiren “uzlaşma” kurumuna prensip itibarıyla karşı olduğumuzu belirtmek istiyoruz. Ayrıca, cezalandırılabilirliği reddedilmediği müddetçe, sadece öz itibarıyla medeni hukuk haksızlığı olan adi (objektif) taksirle işlenen “suç”ların uzlaşma kapsamında değerlendirilebileceğini vurgulamak istiyoruz.

Kamu hukuku / özel hukuk ayrımının bugünkü anlamda kullanılmadığı ve dolayısıyla “ceza hukuku”nu özel hukuk kurallarına tabi kılan bir hukuk rejimi de İslam Hukukudur. Bu hukuk sisteminin temel karakteristik özelliği hukuki değer ihlalini kabul etmesine rağmen onu aşan bir kavram olarak normun genel geçerliliğinin ihlalini tanımıyor olmasıdır. Bu bağlamda fail-mağdur uzlaşması ve İslam Hukukundaki “sulh” kurumu için bkz. Şâmil Dağcı, **İslam Ceza Hukuku'nda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, 2. Baskı, Ankara, © Diyanet İşleri Başkanlığı, 1999, s. 123-125.

hukuku düşüncesinin en temel özelliklerinden biri olmuştur. Sonuç olarak irade sorumluluğu üzerinde ortaya koyduğumuz bu belirlenimleri fazla derinleştirmeden konuya girmeliyiz. Ancak ceza hukukunu medeni hukukun netice sorumluluğundan ayıran ve ona sübjektivist karakterini bahşeden irade sorumluluğunun günümüzde giderek içsel bağlarından koparılmış bir irade tanımına dönüştüğü, ceza hukukunun kendisinin ise, her ne kadar hala irade sorumluluğunu esas alsada, bir çok gizli karine ile donatılmaya başlandığını gözlemleyebiliyoruz. Bu hususların ayrıntılarına ilgili başlıkları incelerken değineceğiz.

Görüldüğü üzere, çalışmamızda savunma gayreti içine girdiğimiz konumumuzun tarihsel, politiko-juridik temellerini sergilemeye ve sonuçta meseleyi salt mantık önermeleri düzleminden hukuk dogmatığı bakımından bilinçli bir tercihe doğru evriltebilmeye de çaba sarf ediyoruz. Bu bağlamda ele alındığında “isteme” olarak anılan unsur, kanaatimizce ceza hukuku sorumluluğunu yaratabilecek yegane içsel mekanizma olan kastın da en temel parçası olacaktır.

Kastın “isteme unsuru”, failin hukuksal değer ihlali veya bu hukuksal değeri tehlikeye sokması bakımından ayrıştırılarak incelenebilecek bir konudur. Ayrıca yine “isteme unsuru” bakımından, eylemin ana neticesi ve yan neticesi ayrımı üzerinden kast türleri de tanımlanabilecektir. Son olarak da, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda kast sorumluluğunun sınırları inceleme konusu yapılacaktır.

3.1.1. “İsteme Unsuru” Gerekli Midir?

Doktrinde genel kabul gören ve yaygın bir biçimde kullanılan tanıma göre kast, suç tipinde öngörülmüş maddi (objektif) unsurların bilinmesi ve istenmesidir⁵. TCK’nın ifadesine göre ise kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”. Çalışmamızın ikinci bölümünde izah etmeye çalıştığımız üzere suç tipinde belirtilen unsurlardan anlaşılması gerekenin içine hukuksal değer ihlalinin anlamsal bilgisi de dahil edilmelidir. Çünkü, ancak bu

⁵ Bkz. Kayıhan İçel / A. Hakan Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II**, yenilenmiş 4. bası, İstanbul, © Beta Yayınları, Mart 2007, s. 187; Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, s. 248; Öztürk / Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, kn. 276, s. 178; Centel / Zafer / Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 390; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II-III, s. 263; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 187.

bağlamda kastın varlığı açısından *bilinmesi* gereken şey açıklığa kavuşabilecektir. Anılan hukuksal değer ihlalinin bilinmesi ve işte ancak bundan sonradır ki *istenmesi* söz konusu edilebilir. Yani isteme momenti, bilinenler üzerinde inşa edilebilecektir. Dar veya geniş anlamda neticenin istenmesi kavramı da ancak bu tanımla bir anlam kazanabilecektir.

İsteme unsurunun varlığı üzerinden yürütülen spekülatif tartışmalara değinmeden evvel, bir noktayı daha açıklamak gerekir: Doğalcı hareket kuramının yansımalarıyla kastı sadece “maddi unsurların bilinmesi ve istenmesi” olarak tanımlamak epey indirgemeci bir çıkarım olacaktır. Zaten böyle tanımlandığı takdirde, kastın isteme unsurunun neye karşılık geldiğini tespit edebilmek de zorlaşır. Zira eğer yukarıda belirtilen anlamsal karşılık, maddi unsurların kapsamına girmiyorsa, kastın “maddi unsurlarının istenmesi”ne denk gelen bölümü absürdleşecektir⁶. O halde, kastı tipik bir neticenin bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde tarif etmek (karş. TCK m. 21) daha isabetli gözükmetedir. Tabî ki bu noktada sadece TCK’nın belirlenimleriyle sınırlı olmayan daha genel bir tartışmanın içine girmek gerekir. Çünkü ancak böylelikle - belki de- kanunda tarif edilen kast tanımının neleri kapsam içine aldığı ve neleri dışarıda bıraktığı, hatta normun nasıl yorumlanması gerektiği anlaşılabilir olacaktır. Herkesçe malum bir noktayı hatırlatalım: Aslında, ceza hukukunun en temel kavramlarından biri olan kastın bile, her devletin ceza kanununda açık bir tanımını bulabilmek mümkün değildir. Hatta çoğu durumda, milli kanun koyucular, böylesi genel bir kavram hakkında tanımlamada bulunmaktan “bilerek ve isteyerek” kaçınmış da olabiliyor⁷. Çünkü aslında kastın açık tanımını sunmak demek,

⁶ Eylem objesi, faile has özellikler veya tipte tanımlanan araçların, yani her bir tikel algısal maddi unsur parçasının “nasıl isteneceği” sorusu karşısında *Jakobs*’un tüm bu unsurların (yazar bunları durum tasviri olarak niteliyor) ancak netice bağlamında bir anlam taşıdığı yönündeki hatırlatmasına katılıyoruz. Karş. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 16, s. 267. Aksi görüşteki *Jescheck / Weigend* ise anılan unsurlar bakımından maksattan değil, ancak bilincinde olmadan bahsedilebileceğini vurguluyor. Karş. *Jescheck / Weigend*, **AT**, s. 298.

⁷ Federal Alman ceza hukuku reformu sırasında, taslak metinlerinde bulunmasına rağmen kanun koyucu bilhassa bir kast tanımı yapmaktan imtina etmiştir. Ancak (Demokratik Alman) Ceza Kanununda bir kast tanımına yer verilmişti. Bu tanıma göre, “Kanuni tipte tanımlanan eylemi gerçekleştirmeyi bilinçli olarak tercih eden kimse kasten hareket etmiştir.” (D.Alm. CK. Parg. 6, f.1). Avusturya Ceza Kanunu da bir kast tanımı vermekte ve diğer “üç” kast türünü de bu anılan kast tanımı ile bağlantılı olarak açıklamaktadır, bu tanıma göre, “Kanunda çerçevesi çizilen maddi vakayı gerçekleştirmek isteyen kimse kasten hareket eder.” (Avus. CK. Parg. 5, f. 1). Nitekim, İsviçre Ceza

beraberinde bir sistem tanımının da benimsenmesini gerektirir. Böyle temel kavramların sınırlarını *kanunen* tespit etmek, ister istemez doktrin ve uygulamadaki tartışmaların, bilhassa da sistem tartışmalarının önünü alan bir anlama tekabül eder⁸. Dolayısıyla biz burada, tanımın üstünden atlayarak, yabancı doktrin ve uygulamada – azınlık görüşü de olsa- yaygın bir biçimde tartışılan kastın isteme unsurunun gerekli olup olmadığı hususuna değineceğiz.

“Bilme ve isteme” unsurları üzerinden tanımlanan kast kavramının savunucuları bile sırf bu haliyle anılan formülün pek de anlaşılır bir mahiyeti bulunmadığına işaret etmekte ve bu sebepten ötürü tanımın yanında derhal çeşitli ek sınırlamalara ve bu iki unsurun birbiriyle ilişkisini belirten ifadelere yer vermektedir⁹. Bizim görüşümüze göre de kastı, maddi unsurlarda tanımlanan suç tipinin (netice bağlamında) bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır: ama sadece bu tanım, kavramın belirlenmesinde ve bilhassa “isteme nedir?”, “bilme neleri kapsar?” gibi özü belirleyen detay soruların cevaplanmasında pek de ufuk açıcı değildir. Bundan ötürü, kastın isteme unsurunun gerekliliğini, daha doğrusu içeriğinin ne olması gerektiğini karşıt görüşün konumlanışına getireceğimiz eleştiriler vasıtasıyla ispat etmeye çalışacağız.

Kanaatimizce, isteme unsurundan vaz geçilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin temel hareket noktası, olası kast ile maksat arasındaki olgusal farklılığı kapsayabilecek ve farklı kast türlerini yadsıyan –genel- bir kast tanımı ortaya koyabilmek amacına dayanmaktadır. Örneğin bu görüşte olan *Puppe*, açık bir biçimde kastın tanımı yapılırken devamlı surette “maksat” türü üzerinden bir kavramsallaştırma yoluna gidildiğinden ve bu sebeple olası kast ile farklılık taşıyan

Kanununda ise şöyle bir tanıma yer verilmiştir: “Her kim eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirirse, o kasten bir cürüm veya bir cünha işlemiş sayılır.” (İsv. CK. m. 18, f.2).

⁸ Bkz. Kayıhan İçel, “*Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural*”, **Suç Politikası** (haz.) Kayıhan İçel- Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No: 5, Ankara, © Seçkin Yay., s. 17.

⁹ Bu sınırlandırmalar çerçevesinde en çok karşılaşılan çıkarımlar, -genellikle- kast türleri bakımından bilme ve isteme unsurlarının içeriklerinin farklılaştığı yönündeki iddiadır. Karş. Jescheck / Weigend, **AT**, s. 293; örneğin *Krey*’e göre, farklı derecelerde de olsa, “bilme ve isteme” kastın tüm türleri bakımından geçerlidir. Bkz. *Krey*, **AT**, kn. 336, s. 124.

genel belirlenimlerin söz konusu olduğundan bahsetmektedir¹⁰. Aynı yönde düşünen *Frisch* de, günümüzde kabul gören kast anlayışının olası kast teorileri ile tanımlananlardan daha dar bir alana işaret ettiğini vurgulamaktadır¹¹. Açık bir biçimde gözlemlenebilmektedir ki, anılan görüşlerin temel amacı, kast kavramını tek bir prototipe indirgemek ve bu noktayı da olası kast üzerinde tespit etmektir. Örneğin *Schmidhäuser* bu prototipe “kastılık” adını vermekte ve “kast” kavramını reddetmektedir¹². Yazara göre, istem unsuru üzerinden geliştirilecek ayrımlar, kastı tanımlamada gereksiz sonuçlara yol açacaktır. “Kesin bilinçli” veya “tam kesin olmasa bile bilinçli” hareket eden fail “kastı” hareket etmektedir ve bunların arasında bir derece farkı vs. söz konusu değildir¹³.

Çıkarımları hariç olmak üzere, anılan yazarların bazı mesele tespitlerine katılmamak da mümkün değildir. *Schmidhäuser*’in ısrarla vurguladığı üzere, asıl mesele hukuk bilimine uygun bir kavramsallaştırma ortaya koyabilmektir. Buna göre, “doğal” bir tanım biçimi bulmaya çalışmak isabetsiz olacaktır. Zira kavramın kendi, hukukun bir ürünü olduğuna göre –*Puppe*’nin vurguladığı gibi- normatif içeriği haiz olması gayet tabiidir¹⁴. O halde mesele, “kast”, “arzu”, “isteme”, “bilinç” veya “olasılık” gibi kavramlardan ne anlaşıldığı üzerinde düşünülmektedir. Nasıl ki nedensellik bağlantısını bir doğal belirlenim olmaktan çıkarıp, onu normatif bir ilişki içinde ele alıyor ve bu sebepten ötürü objektif isnad edilemeyen eyleme ilişkin bir “arzu”ya *per definitionem* “kast” adını veremiyorsak, aynı şekilde somut koşullar

¹⁰ Hatta yazara göre, bu kavramsallaştırma problemi sadece kast için değil, bununla bağlantılı olarak teşebbüse ve iştirake ilişkin hükümler dairesinde de belirleyici olmaktadır. Bkz. *Puppe*, **AT-I**, § 15, kn. 1, s. 265.

¹¹ Bkz. Wolfgang Frisch, “*Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS- Diskussion*”, **Gedächtnisschrift für Karl Heinz Meyer**, (haz.) Klaus Geppert ve Diether Dehnicke, Berlin- New York, Walter de Gruyter, 1990, s. 536.

¹² *Schmidhäuser*’e göre, gündelik dildeki psikolojik isteme sözcüğü ile hukuki bir tanım olan “kastılık” farklı anlamlara sahiptir. Dolayısıyla, kast ve kastılık arasındaki farkı keskinleştirmek için yazar, hukuki bir kavram olarak ikincisinin tercih edilmesi gerektiğini belirtir. Karş. *Schmidhäuser*, **Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht**, s. 26.

¹³ Maksat bakımından ise yazar, Türk öğretisinde “özel kast” için geliştirilen anlayışa uygun bir çözüm yolu benimsemektedir. Yazara göre, kesin veya değil, eylem bilincine sahip olan fail, eğer kanunda tanımlanmışsa bir amaç da güdebilir. Ama -yazara göre- amaç, haksızlığın değil kusur tipi (= “Schuld tatbestand”) –ikinci bölümde değindiğimiz *Gallas*’ın *Schuldtypus* kavramına benzer bir içerikle- bağlamında değerlendirilmelidir. Karş. *Schmidhäuser*, **AT**, § 10, kn. 50, s. 406-407.

¹⁴ *Puppe*, kast ve taksir arasındaki ayrımı da bu normatif belirlenimlere dayanmaktadır. Bkz. *Puppe*, **AT-I**, § 15, kn. 4, s. 268.

altında gerçekleşme ihtimali bulunan ancak fail tarafından gerçekleşmeyeceğine dönük bir itimadın söz konusu olduğu netice olasılıklarına dair olguyu da arzudan bağımsız bir karaktere büründürmeli¹⁵ ve bu durumlarda kastın varlığını kabul etmemeliyiz. O halde, kast da normatif bir belirlenim ortaya koymalıdır¹⁶. Ancak bu olgu, sadece tehlikenin bilicinde olmak parametresi ile tespit edilmez, failin de bu ciddiye alınan olasılık karşısında ciddiye aldığı bir itimat sebebinin bulunabilir. Yani kast, failin dar veya geniş anlamda neticeye yol açan eylemliği üzerindeki bilişsel kontrolüne ve bu olasılık karşısındaki içsel tutumuna göre belirlenecektir. Sonuçları itibarıyla hukuk dışı bir kavram olan “arzu” ile yaygın kullanılan biçimde “isteme” birbirinden ayrı kategorilerdir.

Kastı, haksızlığın tercih edilmesi olarak nitelendiren teoriler bakımından, yani kötü niyet (*dolus malus*) doktrininden doğan “kast kuramı”nı benimseyen görüşler bakımından kast ile taksir arasındaki niteliksel farklılığı, normun geçerliliği üzerindeki bilinçli ihlal iradesine indirgemek pek de çelişkili bir tasarım olmayacaktır¹⁷. Ancak daha evvel de belirttiğimiz üzere, kanımızca objektif haksızlık ile, yani eylemin yarattığı haksızlık momenti ile, sübjektif haksızlığın (suçun) yarattığı haksızlık biçimleri arasında temel bir nitelik farkı mevcuttur ve eylemin gerçekleştirilmesi bağlamında, yani sadece kişiler arası hukuk ilişkisinin inkarı noktasında ortaya çıkan içsel belirlenime kast adı verilebilir. Dolayısıyla, sadece eyleminin yarattığı özel haksızlığın bilincinde olan fail kasten hareket etmiş kabul edilir¹⁸. Ayrıca ceza hukuku anlamında bir haksızlığa vücut verdiğinin bilincinde

¹⁵ Arzu edilmeyenin kasten işlenemeyeceği çıkarımı ne kadar hatalı ise, kast edilmiş olanın da muhakkak arzu ediliyor olması gerektiği yönündeki görüş de o kadar isabetsizdir. Kast adı verilen kavram daha ziyade bir normatif hükümdür. Hatta belirttiğimiz üzere yeri geldiğinde negatif bir hüküm dahi olabilir. Neticeden sakınmama iradesine normatif bir anlam yükleyen *Herzberg*’e bu noktada –ancak sadece bu noktada!- katılıyoruz. Karş. Herzberg, **JZ 1988**, s. 574. Yazarın negatif hareket kuramıyla ilgili görüşlerimiz için, birinci bölümde ilgili bahse bakınız.

¹⁶ Aynı doğrultuda: “Eylemsel haksızlığı gerçekleştirme kararı kast için varoluşsal bir sürece işaret eder.” Bkz. Winfried Hassemer, “*Kennzeichen des Vorsatzes*”, **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, (haz.) Gerhard Dornseifer v.d.; Köln v.d.; Carl Heymanns Verlag KG, 1989, s. 297.

¹⁷ Dolayısıyla *Otto*’nun *Hassemer*’e referansla kastı haksızlığın tercih edilmesi olarak tanımlaması, taraftarı olduğu kast teorisi bakımından tutarlıdır. Ancak kanaatimizce ceza hukuku haksızlığının tercih edilmesi manasına gelen kavram kast değil, kusurdur. Karş. *Otto*, **AT**, § 7, kn. 64 v.d., s. 92-94.

¹⁸ “Kastın mevcudiyeti, suç tipinde belirtilen hukuksal değeri [ihlale] dair karara dayanır.” Bkz. Frisch, **GS-Armin Kaufmann**, s. 324 v.d. Tabii, *Frisch*’in netice uğrağını kastın kapsamı dışına çıkarmasına katılmıyoruz.

olması failden beklenmez; zira bu unsur, kusurun sübjektif isnadiyadının konusudur. O halde kast ile taksir arasındaki temel nitelik farkını ortaya koyacak olan, failin karşısındaki kişiye ait olan hukuki değeri *ihlal* iradesinin bulunup bulunmadığıdır. Buna göre, dar anlamda netice suçları bakımından, yarattığı eylemin bir hukuki değeri ihlal etmeye elverişli olmadığı kanısında olan failin eylemi kastla işlenmemiş olacaktır. Hukuksal değerin ihlal edilmesi ise, dar ve geniş anlamda netice ile failin içsel belirlenimi arasındaki bağ ile ortaya çıkacaktır: İşte bu noktaya doktrinde yaygın bir biçimde verilen isim, kastın “isteme unsuru”dur. Görüleceği üzere, failin eyleminin bir hukuksal değere müdahale anlamına geldiğinin bilincinde olması ile bunu istemesi arasında temel bir nitelik farkı mevcuttur ve taksirin temelinde yatan olgu failin bu olasılığın gerçekleşebileceğinden sadece sarfınazar etmesi değil, bunu istememiş, yani dar veya geniş anlamda neticenin yarattığı negatif değeri de *üstlenmemiş* olmasıdır. Dolayısıyla “bilme istemedir, isteme de bilmedir” şeklinde formüle edilen¹⁹ görüşlere katılmamaktayız. Zira bu halde, belki bilincin çeşitli formları üzerinden geliştirilen doğru bir çıkarım söz konusu olabilse de, hukuk bilimi bakımından bilme ve istemeye yüklenen anlamların (normatif içeriğin) farklılığı sönmüş olacak ve kast sorumluluğu taksir sorumluluğunun alanına tecavüz eder bir biçimde genişleyecektir²⁰.

Kanaatimizce, kastın varlığı bakımından isteme unsurunun bulunmasına gerek olmadığını ileri süren görüşlerin bir diğer hareket noktası ise, cezalandırılabilir eylemliliği “hareketin olumsuz değeri” derekesine indirgemiş olmalarıdır. Bu hususa ikinci bölümün başlangıç kısmında değindiğimizden, burada tekrar ele almayacağız²¹.

¹⁹ Bkz. Walter Kargl, **Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie**, Frankfurt am Main, © Verlag Peter Lang GmbH, 1993, s. 71. Tabîî belirtelim ki, yazarın “bilinçli taksiri” patolojik bir vaka olarak nitelendirerek reddetmesi kendi içinde tutarlılık taşımakla beraber, kanaatimizce, normatif hukuk kurgumuzla çelişiyor. Bu konuya olası kast bahsinde tekrar değineceğiz.

²⁰ Aynı sakıncaya dikkat çeken görüş için bkz. Wessels / Beulke, **AT**, § 7, kn. 205, s. 80-81.

²¹ Bkz. İkinci bölüm dipnot: 2 ve 3.

3.1.2. Tehlike/ Zarar Suçu Ayrımı ve Tehlike/ Zarar Kastı

Bir eylemin sadece kanun koyucu tarafından “suç” vasfı verilerek kategorize edilmesi, onun maddi anlamda da suç olduğu sonucunu doğurmaz. Maddi anlamda bir suçun varlığından bahsedebilmek için haksızlığın belli bir niteliği haiz olması gerekir. Hukuksal değeri kişiler arası özgürlük ilişkisi olarak tanımladığımızda, bunun ihlal edilmesinin bir anlamsal karşılığı bulunacaktır. Ancak suç olarak nitelendirilebilecek eylem sadece bu hukuksal ilişkinin inkarını değil, bu hukuksal ilişkiyi konu edinen normun da genel geçerliliğinin inkarını gerektirir. Yani maddi anlamda suç oluşturan bir fiil, objektif ve sübjektif olarak hukukun “genelliğinin” ve “özelliliğinin” inkarı manasına gelecektir²². O halde maddi anlamda suç teşkil eden her eylem, aslında bir hukuksal değeri konu edinir ve buna bir müdahale manasına gelir. Aksi halde, sübjektif irade her ne kadar normun genel geçerliliğini ihlal etme özelliğini taşısa da ortada, kişiler arası bir özgürlük ihlali söz konusu olmadığından *cezaya* layık bir eylemin varlığından da bahsedilemez²³.

İşte, kabahat ile suç arasındaki teorik sınırın kaynağı bu ayrıma dayanıyor ve ikinci bölümde izah etmeye çalıştığımız eylemin anlamsal bilgisi kavramı da tam bu noktada bir karşılık bulabiliyor. Zira sadece normun genel geçerliliğinin inkarı demek olan kabahat fiili, suçtan farklı olarak özel bir özgürlük ihlalini konu edinmez²⁴. O halde kabahat ve suç bakımından, “kast” da farklılık gösterecektir. Çünkü birincisinde kastın “bir hukuksal değere müdahalede bulunduğu” bir içeriğe sahip olması mümkün değildir. Aynı imkansızlık, soyut tehlike suçları

²² Karş. Birinci bölümde “haksızlık türleri” ile ilgili açıklamalar.

²³ Netice sorumluluğu ve kusur sorumluluğunun birbirine zıt iki kutup olduğu tespitine katılmayan *Kölz-Ott* ile aynı kanaatteyiz. Ancak bu ikilinin tarihsel gelişim eğrisinin yazardan daha farklı bir biçimde ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Görüşümüze göre, netice sorumluluğu Aydınlanma Çağının iradeyi temel alan kusur sorumluluğu modeli ile aşılmıştır. Her aşılın kavram gibi netice sorumluluğu da artık sentezin, yani objektif/sübjektif birliği içinde manifeste edilen ceza hukukunun bir parçası olacaktır. Ancak yine her aşılın gibi, o da anti tezinin onu değiştirdiği biçimiyle bu özelliğine kavuşacaktır. Karş. Monika Kölz-Ott, *Eventualvorsatz und Versuch*, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nu: 459, Zürich, © Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974, s.25-27.

²⁴ Bu ayrım için bkz. Köhler, *AT*, s. 30-35; buna karşın, devletin fonksiyonlarını ve normun talep edilebilirliğini bir kriter olarak ele alan *Jakobs*, nitelik farklılığı vurgusundan kaçınmaktadır. Karş. *Jakobs*, *AT*, § 3, kn. 10, s. 55. *Mahmutoğlu* idari yaptırım ve adli yaptırım arasındaki temel “nitelik” farkının varlığını yadsımamasına rağmen (s. 91), son tahlilde anılan türler arasında geçişlerin bulunabildiğinden hareketle ayrımı “niceliksel” olarak tanımlıyor. Karş. Fatih Selami Mahmutoğlu, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, İstanbul, © Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1995, s. 93.

bakımından da geçerlidir. Bu durumda da failin işlediği eylemin herhangi bir hukuksal değeri “somut” olarak tehlikeye soktuğunun bilincinde olması gerekmediğinden, ortada *cezalandırılmaya* layık bir eylem bulunmayacaktır²⁵. Örnek olarak 6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun’u inceleyelim: Bu kanunda “suç” olarak nitelendirilen durumlar (4. maddeye aykırılık) aslında maddi anlamda birer kabahattir. Çünkü, yasaklanan durum bir başkasının özgürlüğünün ihlal edilmesi tehlikesini somut olarak doğurmaz, sadece normun ihlali söz konusudur. Dolayısıyla bu “suçun” işlenmesinde kast, “anlamsal içeriğinden bağımsız” bir biçimde tespit edilebilecektir²⁶. Başka bir ifade ile izah etmeye çalışırsak, failin anılan “suç tipinde” sayılan unsurları bilmesi yeterli olacaktır ve herhangi bir kişiler arası hukuksal değer ilişkisi söz konusu olamayacağı için, kastın isteme unsuruna karşılık gelebilecek normatif bir belirlenim ortaya koyabilmek de zordur.

²⁵ Özgenç, tüm somut tehlike suçları bakımından tehlikenin gerçekleşmesini salt dışsal bir faktör olarak tanımlıyor ve bunları objektif cezalandırılabilme şartları arasına almak istemektedir. Böylelikle, aslında yazar geniş anlamda netice kavramının içinde telakki ettiğimiz tehlike kavramını iradenin kapsamı dışına çıkartmaktadır ve somut tehlike suçlarını birer “soyut tehlike suçu”na dönüştürmektedir. Karş. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Eylül 2005, s. 277.

²⁶ Yargıtay’ın anılan suçun işlenmesi karşısında doktrini “zorlayan” yorumlarının temelinde aslında “suç” tipinin türünü ilgilendiren bir ayrım söz konusudur. Örnek bir karar ve Selçuk’un kendi içinde isabetli, ama görüşümüze temas etmeyen ifadeleri için bkz. Sami Selçuk, **Karşıoylarımız Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İctihatlar**, (haz.) Cengiz Otacı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s. 43-47.

Başka bir örnek karar: “Çorum, İmam-Hatip Lisesi müdürlüğünün dosya içerisindeki 25.8.1980 gün ve 234-802 sayılı yazısında: (Gece bekçisi olan sanığın, 18.000 metrekairelik bir alan üzerine yerleşmiş bulunan öğretim binaları ile cami, çamaşırhane, hamam ve bağlantılarının her türlü asayiş ve denetiminden, akşam 20 ile, sabah 06.00 saatleri arasında görevli ve sorumlu bulunduğu) bildirilmiştir. Suç tarihi, 12 Eylül 1980 tarihinden önce (Çorum Olayları) diye bilinen olayların geliştiği yer ve zamana rastlamaktadır. Sanığın, ruhsatsız olarak ateşli silah taşımakla, 6136 sayılı Yasanın 13. maddesine aykırılıkta bulunduğu kuşku yoktur. Ancak, bu silahı taşıdığı sırada, lisenin güvenliğini, asayişini ve denetiminin sağlamakta, özel olarak yükümlendirilmiş görevli ve sorumlu da gözden uzak tutulmamalıdır. Lisenin gece bekçisi olan sanığın, eğitim ve öğretim kurumunda silah taşıma kastının bu doğrultuda değerlendirilmesi zorunludur. [...sanığın kastı açısından, genel adalet ilkelerine ters düşen bir yorum sayılmalıdır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1982/245 K. 1982/327 T. 5.7.1982; **Kazancı İctihat Bankası**- 25 Mart 2007, 13:30. Yine aynı yönde bir kararında Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sarhoş olarak Atatürk büstüne küçük tuvaletini yapan failde “Atatürk’ü tahrik kastının bulunmadığı” yönünde bir karar vermiştir. Halbuki bu norm bir soyut tehlike suçudur. Bu sebeple, failde eyleminin anlamsal niteliği hakkında bilginin bulunması beklenmez. Ayrıca norm, maksat niteliğinde bir kastın varlığını gerektirmediğinden –failin kusur yeteneği üzerindeki tartışmalar bir yana- normu anılan yönde daraltıcı yorum da hatalıdır. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1983/9 K. 1983/530 T. 10.10.1983, **Kazancı İctihat Bankası**, [çevrimiçi, 12 Haziran 2007, saat: 14:20].

Maddi anlamda suç teşkil edebilen eylemleri, somut tehlike suçları ve zarar suçları olarak tasnif ettiğimiz ve kastın normatif anlamının da ancak bu yolla açığa çıkabileceğini kabul ettiğimize göre, bu iki biçim arasındaki farkları da ortaya koymalıyız²⁷. Kanımızca, zarar suçları geniş anlamda bir neticenin varlığını ve bu suçlarda kast da, anılan tipik neticenin yaratacağı anlamın “bilinmesini” ve “istenmesini” gerektirir. Somut tehlike suçlarının somut olarak nitelenebilmesi için, ortada *ex ante* etkilenmiş bir hukuki değer söz konusu olmalıdır. Yani zaten tehlikenin üzerinde somutlaştığı şey, anılan hukuki değerdir. O halde örneğin trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma (TCK m. 179) suç tipinde de sarahaten belirtildiği üzere, tehlikeye sokulan hukuki değerler “başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığıdır”. Kanun, tehlike baremini “malvarlığı” derecesinde tuttuğuna göre, aslında somut bir biçimde her türlü trafik kazası ihtimalinin belirttiği durumların cezalandırılması amaçlanmaktadır²⁸. Demek ki, bu suç tipi *tehlike kastını* yeterli görmekte²⁹, failin herhangi bir hukuki değer ihlalini eylemine katmasını, onu üstlenmesini gerekli görmemektedir. O halde, somut tehlike suçları, sadece *tehlike kastı* ile de işlenebilecektir. Tabii bu belirlenim, failin olası bir hukuki değer ihlali olasılığını dışladığı manasına gelemmez. Aksine bu ihtimalin bilinci var olmadan failin eylemini kasten işlemiş olduğundan dahi söz edilemeyecektir. Ancak eğer fail, somut olayda anılan hukuki değer ihlallerinin gerçekleşebileceğini eylemine katmışsa, artık sadece tehlike kastından değil, dar anlamda *neticeye dönük kasttan* (zarar kastı) bahsetmek gerekecektir³⁰.

²⁷ Bu ayrıma işaret eden bkz. Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s. 289-290.

²⁸ Benzer örnekten yola çıkan *Weber*, somut tehlike suçları ile dar anlamda netice suçları arasındaki farklılığa işaret ediyor. Bkz. Baumann / *Weber* / Mitsch, **AT**, § 8, kn. 42, s. 120.

²⁹ Tehlike kastıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Dönmezer / Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, kn. 942, s. 232-233. Yazarlar, tehlike kastı ile zarar kastı arasındaki farkın pozitif hukuk bakımından uygulama değeri bulunduğunu kabul ediyorlar. Ancak dipnot 123’te belirtilen bilinçli taksire dair yorumlarına iştirak etmiyoruz.

³⁰ Dar anlamda netice (zarar) kastı ile geniş anlamda netice kavramı kapsamındaki tehlike kastı ayrımını reddeden görüş için bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, s. 291. Aksi görüş için bkz. Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2005, s. 189.

Aldırmaz Kaçış- Vakası³¹: Alkollü olarak trafikte seyreden fail, kırmızı ışıkta beklerken yanına yanaşan polis arabasındaki memurların kendisini fark etmeleri ve denetime tabi tutmak için, arabasını kenara çekmesi gerektiğini söylemeleri üzerine, ehliyetini kaptırmamak için hızla uzaklaşmaya karar verir. Bunu gerçekleştirebilmek için hayatın olağan akışı ve yoğunluğu altındaki şehir içi yolda 125 km/saat hızla arabasını sürer. Hatta anılan geliş gidişli yolda sollama yapar ve karşı yolun açık olmasından istifade ederek sağdan akan trafiğe katılmadan karşıt şerit üzerinden arabasını sürmeye devam eder. Bu sırada karşı yönden gelen bir çok araba kıl payıyla bir kaza olasılığını atlatırlar. Daha sonra şeridin darlığı sebebiyle iki arabaya sürtünen failin otosu, kavşakta hiç hız kesmeden dönüşe girer ve o noktada durmakta olan mağdurun arabasına çarpar ve mağdurun olay yerinde derhal ölmesine sebep olur.

Federal Yüksek Mahkeme, bu olayda failin olası kast ile hareket ettiğini ancak bunun kastın farklı bir türü olduğunu, “trafiğe katılanların hayatı, vücut bütünlüğü ve mal varlıkları açısından” oluşabilecek bir zararı failin öngördüğünü ve bu *tehlikeyi* kabullendiğini” vurgulamaktadır. Dikkat edilecek olursa FYM, dar veya geniş anlamdaki neticenin üstlenilmesi bakımından kastın (“bilhassa bu tip vakalarda kastın farklı bir biçimde gerekçelendirilmesi gerekebilir” parg. 5) iki farklı türü arasında yani netice kastı ve tehlike kastı arasında bir nitelik farkı yaratmaktadır.

Tehlike/netice kavramları bağlamında izah edilmesi gereken bir husus da teşebbüs durumlarına ilişkindir. Teşebbüsün cezalandırılabilirliği, failin objektif olarak bir hukuki değer ihlali tehlikesi yaratmasına³² ve ayrıca bu ihlalin gerçekleşmesini “istemiş olması”na dayanmaktadır. Görüleceği üzere, salt *objektif* bakımdan teşebbüs ile somut tehlike suçları arasında bir farklılık söz konusu değildir³³. Her iki durumda da ihlal edilmiş bir hukuki değer ilişkisi, yani dar anlamda bir neticeden bahsedilemez. Ancak fail, teşebbüs halinde olası öngördüğü neticenin gerçekleşmesini eylemine aktarmış, bu neticeleri üstlenmiştir. Madem ki somut tehlike suçlarının oluşabilmesi objektif olarak bir tehlikenin varlığını gerektiriyor, o halde kural olarak tehlike suçlarına teşebbüsten bahsetmek de

³¹ BGH, Urt. v. 22. August 1996 – 4 StR 267/96, Karar metni için bkz. **Carl Heymanns Verlag İçtihat Bankası**, www.recht.com/heymanns/..., [çevrimiçi] 10 Mayıs 2007, saat 00:22. Olayda Federal Yüksek Mahkeme, faile olası kastla trafiği tehlikeye sokma ve bilinçli taksirle öldürme suçlarının fikri içtima oluşturduğunu kabulle bir ceza tayini yoluna gitmiştir.

³² Karşı görüş için bkz. Doğan Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, Ankara, © Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1994, s. (13 ve) 29-30 (tehlike kriteri, “müphemdir”), ancak elverişliliğin tespitinde “somut tehlike”yi referans alıyor (bkz. 159). Bu konuda ayrıca bkz. Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, © Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1994, s. 149 v.d.; icra hareketlerinin tespiti bakımından tehlike kriterinin detaylı değerlendirilmesi için bkz. 198-202.

³³ Karş. Baumann / Weber / Mitsch, **AT**, § 8, kn. 45-46, s. 121.

mümkün değildir³⁴. Bu tespitin olumsuz çıkarımı da, zarar kastıyla gerçekleştirilen bir eylem sonucunda artık faile gerçekleşen somut tehlikeden dolayı değil, ihlal edilmesi amaçlanan neticeye dair kasttan sorumlu tutmak gerekir, yani söz konusu zarar suçuna teşebbüsten bahsedilmelidir³⁵.

3.1.3. Ana Netice/ Yan Netice Ayrımı

Suç olsun veya olmasın her bilinçli eylemlilik “hareket”tir. Çünkü kendi olması gerekeni mucibince bir nedensel seri yaratıcısıdır. Aksi durumlarda, yani - kural olarak objektif hukuka aykırılık vasfı taşıyabilen- bilinçsiz eylemliliklerde *failin* –bu sıfatı tartışılır!- *kendinin* ortaya koyduğu bir nedensel seri söz konusu olmadığından, yani “netice” tesadüfün eseri olduğundan “suç” olarak nitelenebilecek yani sübjektif/objektif isnadiyada temel olabilecek bir durum da söz konusu değildir. Madem bilinçli eylemlilikler failine isnad edilebilir nedensel seri yaratıcısı olabilirler, o halde bu serinin *başlangıç noktasının* tespit edilmesi ve buna göre hareketin doğrultusunun belirlenmesi gerekecektir. Bu noktada doğalcı hareket kuramcılarının aksine biz, hareketin amaçsal niteliğini vurguluyor ve bu amaçsallığın nedenselliğin yegâne yaratıcısı olabileceğini belirtiyoruz. Madem nedensellik amaçsallıkla belirlenecektir, o halde hareketin kendi de amacın içeriğinden yola çıkarak tespit edilebilir³⁶. [Sübjektif Amaç (Saik vb.) ⇒ İrade ⇒ İradenin Dışsallaşması Olarak Hareket ⇒ Objektifleşmiş Amaç ile Sübjektif Amacın Bileşkesi (Haz veya Yarar veya Refah)]

Bir süjenin her hareketi kendi refahını hedef alır³⁷. Buna göre bilinçli her hareketin sübjektif amacı, yani geniş anlamda maksadı, kişinin kendi refahıdır (veya başka bir ifadeyle hazzıdır)³⁸. İradenin oluşum uğrağında sübjektif amaç olarak beliren refah, iradenin dışsallaşması olarak nitelenen hareket neticesinde artık failin

³⁴ Karşı görüş için bkz. Soyaslan, **a.g.e.**, s. 205.

³⁵ Bu konuda aynı görüşte bkz. Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 189.

³⁶ “Hedef ile yan neticeler arasındaki ayrım, hareketin hedef analizi ile görülebilir bir hal alır” Bkz. Welzel, **DS**, s. 33-37, 67.

³⁷ Karşı görüşte olmasına rağmen, sübjektif amaç ile hak bağlantısı görüşünün ayrıntılı gerekçelendirilmesi için bkz. Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s.94.

³⁸ “... öznenin hakkı, hareketinde tatmini bulabilmektir.” Bkz. Hegel, **GPR**, § 121, s. 229.

haricinde kalanlar açısından da belirlenebilen objektif bir kavrama dönüşerek objektif amaç halini alır. İşte, bir hareketin nedensel gelişimi ve yarattığı objektif amaçsallığın tespiti ancak bu saydığımız unsurların belirlenmesi ile mümkün hale gelecektir.

Eğer bir kimsenin eylemi sadece kendi amaçsallığı ile sınırlı olabilseydi, yani saiki veya sübjektif amaçsallığıyla sınırlı olabilseydi, bu durumda yan netice diye bir kavramdan da bahsetmek yersiz olacaktı. Ancak *Hegel*'in açıkça vurguladığı üzere, süje iradesini dışsallaştırdığında, bunu artık doğanın her türlü tesirine bırakmıştır ve kendinin de öngördüğü bu tesirlerin yol açtığı, gayeden farklı (yan) sonuçlar söz konusu olabilir³⁹. İşte, bu neticelerin failine isnadı ancak bunlar öngörüldüğü müddetçe mümkün kabul edilecektir.

Kısacası, bir eylemi bilinçli yapan şey onun amaçsallığıdır. Her tikel süjenin amaçsallığı da kendi sübjektif refahı (veya hazzı)dır. Ancak bu sübjektif refaha ulaşırken fail yarattığı eylemin, kendi amaçsal eylem yolu üzerine denk düşmeyen – yani amacının kapsamına girmeyen- bir takım farklı (arzu edilmeyen olsa dahi!⁴⁰) neticelerinin de olabileceğini öngörmüş olabilir. Hiç kimse geleceği bilemeyeceğinden, ancak eyleminin nelere yol açabileceğini (yan neticelerini) tahmin edebilir ve bu tecrübî tahmin sonucunda hareket eder. Bir örnekle izah edelim: Y'nin, lehdarı X olan bir hayat sigortası vardır. X bu meblağı alabilmek için Y'nin evini kundaklar ve ölmesine neden olur. Ev, orman kenarında olduğundan dokuz hektar orman arazisi de yanar. Bu örnekte X'in sübjektif amaçsallığı, yani hazza

³⁹ Karş. Hegel, **GPR**, § 119, s. 223. Hatta bu paragrafa ilişkin şerhlerinde (s. 224) *Hegel*, Müşterek Hukuk dönemi Ceza Hukuku doktrinde sıklıkla kullanılan *dolus indirectus*'un (*dolaylı kast*'ın) icadının da yukarıda anılan sebepten kaynaklandığını vurgular. Tabii ki, filozofun eserini kaleme aldığı dönemde *dolus indirectus*'a alternatif olarak icad edilen *dolus eventualis* öğretisi henüz çok yeni bir görüştü. Kanaatimizce, sübjektivite ile ilgili paragrafların bütünü dikkate alındığında, aslında paragraf 119'da kurgulanan düşünsel yapının daha ziyade *dolus eventualis* ile uyumlu olduğu tespit edilebilecektir.

⁴⁰ Alman yargı uygulamalarında kullanılan “arzu edilme” kriteri ve doktrinde buna karşı geliştirilen formüller için bkz. Stefani Mahl, **Der strafrechtliche Absichtsbegriff –Versuch einer Inhaltsbestimmung mit Hilfe psychologischer Erkenntnisse-**, Münchener Juristische Beiträge C. 49, München, © Herbert Utz Verlag GmbH, 2004, s. 10-16. Kanımızca, bu hususta temel mesele, kastın isteme unsuru olarak adlandırılan parçanın, günlük dildeki “arzu etme” ile birbirinden farklı anlamları haiz olması noktasında düğümleniyor (Bkz. Yukarıda bu konuda *Schmidhäuser*'in görüşleri).

ulaşma yolu sigorta bedeli parayı elde etmekten geer⁴¹. Ancak dikkat edilecek olursa, bu objektifleşmiş amacına *doğrudan* bağlı olan tüm eylem uğrakları da amaçsallığın kapsamındadır. O halde, failin evi ateşe vermesi, sigorta şirketini dolandırması ara hedefleriyle beraber, nihayet parayı elde etmesi eylemin ana neticesidir⁴². Son amaç olan sübjektif refahla doğrudan ilgisi olmayan “ormanın yanması” ise bir *yan netice*dir. O halde, bir şeyin yan netice veya ana netice⁴³ olduğunu belirleyebilecek tek kriter; failin sübjektif refahı (hazzı)na yönelmiş hareket ile bunu hedeflemeyen ve failce gerçekleşmesi olası öngörülen diğer neticeler arasındaki farktır.

Bu ayırım kriteri üzerinde biraz daha durmalıyız: Ana netice geniş anlamda eylemin maksadına göre belirlenince, yan netice de olası kastın konusuna girer. Ancak bu noktada örneğin *Jakobs*, ana neticeye yönelik kast ile yan neticeye yönelik kast arasında bundan doğan başkaca temel bir fark daha olduğunu vurguluyor: Buna göre ana netice suç tipinde tanımlanan neticenin veya ondan doğan diğer neticelerinin istenmesinin istenmesi iken; yan netice, suç tipinde tanımlanan neticenin gerçekleşme olanağının öngörölmesi ancak bu öngörünün istemenin konusuna dahil edilmediği durumlardır⁴⁴. Bu anlayışın tutarlı sonucu olarak *Jakobs*, kastı “neticeleriyle beraber hareketin bilinmesi” şeklinde tarif ediyor ve geleneksel anlamdaki kast tanımını (“bilme ve isteme”) reddediyor⁴⁵. Bu “geleneksel” formölde eğer kastın isteme unsuru “arzu etme” kabilinden bir anlamla kullanıyorsa, şüphesiz bu durumda *Jakobs*’un eleştirileri haklılık kazanacaktır. Ancak “isteme unsurunu” eylem sonucunda bir hukuki değer ihlalinin/ tehlikeye girmesinin gerçekleşebileceğinin bilincinde olma şeklinde kavradığımızda, yani tehlike kastı ile

⁴¹ Benzer örnek için bkz. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 15, kn. 22, s. 104.

⁴² İsaetli bir biçimde *Mahl* tüm bu durumları, ana neticenin ara hedefleri olarak tanımlamakta ve yan netice kavramı ile arasındaki temel ayrıma işaret etmektedir. Bkz. Mahl, **a.g.e.**, s. 11. Tabi ki, yazarın *condictio sine qua non* formölünden yola çıkan ana/yan netice ayrımı geliştirme çabası, kanımızca isaetli değildir (s.12 v.d.).

⁴³ Tabi amaçların iice gemişliğine de değinmek gerekir. Öyle ki, bir amacın içeriği sonrasında gelişen bir amacın aracı haline dönüşebilir. Bkz. Hegel, **GPR**, § 122, s. 229-230. Amaç-araç diyalektiğinden doğan bu çıkarım, hangi “ikinci derecede doğrudan kast” durumlarında birinci derecede doğrudan kastın varlığının kabul edilmesi gerektiğini de belirler.

⁴⁴ Yazara göre, öngörülen isteme ile bir bağ içindedir ama öngörülenin gerçekleşmesi, hareketin temel sebebi değildir. Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 7, s. 261.

⁴⁵ Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 8, s. 261.

zarar kastı arasındaki ayırımı vurgulayarak kabul ettiğimizde, artık “arzu edilmeyen” ama eyleme katılmış öğelerin de kast kapsamında olabileceğini iddia edebiliriz. Tersinden de; “arzu edilen” ama gerçekleşmesi failce mümkün görülmeyen öğelerin de kast kapsamına alınamayacağı gibi.

3.2.Kastın Netice Bakımından Türleri

Hareket, sadece suç teşkil eden eylemleri değil, hukuka uygun eylemleri de kapsamına alan bir tanıma dayanır. Yukarıda da vurguladığımız üzere hareket, bir süjenin kendi amaçsallığı dahilinde gerçekleştirdiği bilinçli eylemliliklerdir. O halde hareketin omurgasını takip edebilmek, ancak onun gayesinin tespiti ile mümkün hale gelecektir. İradenin doğumuna kadar ulaşabilmek için, dışsallaşmış amaçtan geriye doğru sırayla uğrakları tespit etmek gerekir. Bu uğrakların bir kısmı kanunda tanımlanmış suç tiplerinin neticelerini ortaya koyabilir. İster ana netice isterse yan neticeler üzerinde ortaya çıkmış olsun, bilinçli eylemin kapsamına aldığı her uğrak kast sorumluluğunun kapsamında değerlendirilecektir.

Dolayısıyla çalışmamızın bu başlığı altında ana/yan netice ayrımı bakımından kastın türlerini⁴⁶ ve bilinçli taksir ile farklarını ortaya sermeye çalışacağız: İlk önce ana netice kastı olarak tanımladığımız maksadı, daha sonra ise yan netice kastı olarak tanımladığımız olası kastı inceleyeceğiz.

3.2.1. Ana Netice Kastı: Maksat

Öncelikle, hareketin yöneldiği amaçsallıkla, yani geniş anlamda maksat ile, hukuk dogmatikğine ait olan dar anlamda maksat (=Absicht), diğer adıyla birinci derecede doğrudan kast (=I° *dolus directus*) kavramları arasındaki farka değinmeliyiz: Geniş anlamda maksat failin eylemi ile ulaşması gerektiğini düşündüğü nihai hedeftir. Dar anlamda maksat ise, geniş anlamda maksada ulaşmaya özgülünmüş eylemde failin gerçekleşmesini zorunluluk bağlantısı içinde öngördüğü *tipik neticeler* karşısındaki içsel durumudur. Yani nihai hedefe ulaşmak için, failin gerçekleştirmesi *gereken* suç tipleri söz konusu ise, bunların birinci derecede

⁴⁶ Taraftarı olduğumuz “asıl kast” / “tâli kast” ayrımını reddeden görüş için bkz. Dönmezer / Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C. II, kn. 941, s. 232-233.

doğrudan kastla (dar anlamda maksatla) gerçekleştirildiği kabul edilmelidir⁴⁷. Zira bunlar failin kurgusu gereğince, amaç ile doğrudan bir zorunluluk bağlantısı içindeki araç-amaçlardır.

Kastın genel tanımında vurguladığımız gibi, maksat bakımından da, “isteme unsurunu” “arzu etme” kavramından farklı bir anlamda ele almamız gerekir⁴⁸. Buna göre, maksadı, yan netice kastlarına (“2° *dolus directus*” ve *dolus eventualis*) nispetle isteme unsurunun ağır bastığı bir biçim olarak tanımlayan⁴⁹ ve “dolayısıyla az bilmeye karşılık, çok istemenin (veya tam tersi)⁵⁰” kast sonucunu doğuracağı yönündeki iddialar somut durumda muğlak çözümlere yol açabilecek niteliktedir. Yukarıda da -değiştirerek- andığımız, doktrinde yaygın bir biçimde sunulan sigorta şirketini dolandırmak amacıyla evini ateşe veren fail örneğine dönelim: Bu örnekte fail, evini yakmayı “istemeye istemeye” veya “hiç de hoşnut olmadan” gerçekleştirmiş olabilir⁵¹ ama bu durumda dahi onun eyleminin ana neticesi ve maksadı değişmeyecektir.

Bu noktada, amaçsal hareket ve maksat unsurunun kapsamına giren durumların analizi ve diğer kast türlerinden farklılığını ortaya koyabilmek bakımından *Puppe*’nin aktardığı bir içtihadı irdelemeyi uygun görüyoruz:

Fiyakacı Vakası⁵²: “Annesi faile doğum günü hediyesi olarak, binmesi için bir kaç günlüğüne son model bir Mercedes marka otomobil kiralar. Fail, arkadaşlarına Mercedes marka otomobilin kendine ait olduğu izlenimi verebilmek için plakadaki şehir kodlarını kendi şehrinin kodlarıyla değiştirir ve bu halde bir polis kontrolünde yakalanır”.

Yukarıda belirttiğimiz formülü uygularsak, failin amaçsal hareketinin hedef aldığı subjektif refah, arkadaşları gözünde “Mercedes sahibi birinin toplumsal

⁴⁷ Bkz. Köhler, **AT**, s. 162.

⁴⁸ Aksi görüş için bkz. Ahmet Erdoğan, “*Ceza Hukukunda Kasd*”, **Adalet Dergisi** 1948, s. 595.

⁴⁹ Bkz. Baumann / Weber / Mitsch, **AT**, § 20, kn. 41, s. 483; Kühl, **AT**, § 5, kn. 34, s. 73-74; Jescheck / Weigend, **AT**, s. 297; Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 4, s. 437.

⁵⁰ Karş. Ulrich Schroth, **Vorsatz und Irrtum**, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998, s. 4-5.

⁵¹ *Jakobs*, bu gibi durumlarda failin gönlü elvermemesine (= schweren Herzens) rağmen eylemini gerçekleştirmesinin maksadın tespiti bakımından önemli olmadığını açıkça vurguluyor. Karş. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 15, s. 267; ayrıca bkz. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 15, kn. 21, s.104.

⁵² Karar metninin özeti için bkz. *Puppe*, **AT-I**, § 18, kn. 4, s. 333.

konumuna erişebilmenin” verdiği hazdır. İşte bu, failin geniş anlamda maksadıdır ve bu amaca ulaşabilmek için buna ön gelen başka araçlar –yani başka amaçlar- söz konusu olabilir. Olayda, fail ulaşmak istediği haz noktasına tipik bir neticeyi gerçekleştirerek vasıl olmak istemektedir; yani dar anlamda maksadının kapsadığı (resmi) evrakta sahtecilik suçunu gerçekleştirmektedir. O halde bu durumda, (resmi) evrakta sahtecilik suçu, amaçsal hareket üzerindeki ana neticelerden biridir⁵³ ve dolayısıyla eğer başkaca bir karşı etken söz konusu değilse⁵⁴ failin birinci derecede doğrudan kastla –maksatla- hareket ettiğini kabul etmek gerekir.

Geniş anlamda maksadın içerisinden dar anlamda maksada ulaşırken, yani tipik netice bakımından failin ana neticeye yönelik bir hareket içinde bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi sırasında muhtemel yan neticenin gerçekleşmesinin failin olumlu karşıladığı bir durum olmasının. Hatta ona sübjektif anlamda bir yarar sağlamasının da bir önemi yoktur. Zira yukarıda “sübjektif hazza yönelmiş eylemlik” olarak nitelediğimiz hareket, bilinçli olarak süjenin kendi eyleminin soyutlamasından yola çıkan bir etkinliktir. Bu durumu *Jescheck / Weigend*’in aktardığı yargı kararına konu olmuş bir örnekle izah etmeye çalışalım⁵⁵: Batı Berlin’de polis memurluğu yapmakta olan fail, Federal Almanya’ya nakiller sırasında Demokratik Almanya topraklarının kullanılmaması, bunun yerine hava yoluyla seyahat edilmesi gerektiği yönündeki talimatı dikkate almaz ve kara yoluyla (yani DAC üzerinden) FAC’ye ulaşır. Daha sonra kendisine uçakla seyahat harcırahı olarak verilen meblağı herhangi bir disiplin soruşturmasına muhatap olamamak için sesini çıkarmadan alır. Bu somut

⁵³ *Puppe*, failin “polis veya sair trafik katılımcılarını” iğfal etmeye dönük eyleminin tesadüfe bırakılmış bir yan netice olabileceğinden hareket etmektedir ve olası kastla anılan suçun işlenememesi için makul bir sebep bulunmadığını vurgulamaktadır. Karş. *Puppe*, **AT-I**, § 18, kn. 6-7, s. 333-334. Bu noktada maksadın varlığını ortadan kaldıracabilecek bir gerekçenin bulunduğu şüpheliyiz. Zira failin amacı “aldatmaktır”! Ancak hemen belirtelim ki, Alman Ceza Kanunun belgelerde sahtecilik suçunu düzenleyen hükmü TCK’daki belgelerde sahtecilik suçları ile yapısal farklılık taşımaktadır. Zira TCK (örneğin m. 204) “...başkalarını aldatacak şekilde...” ifadesine yer vermekteyken Alm. CK. Parg 267 “... hukuk trafiğini aldatmaya matuf...” eylemlikler vurgusu yapmaktadır. Dolayısıyla Alm CK. düzenlemesinde maksat unsurunu esas alan bir düzenlemenin bulunduğu iddia edilebilir. Karşı görüş için bkz. *Puppe*, a.e.

⁵⁴ Kanımızca somut olayda, failin, suç tipinin yasakladığı kişiler arası hukuk trafiğine olan itimadın korunmasına dönük hukuksal değeri ihlal ettiğinin, yani tipin anlamsal bilgisine sahip olup olmadığının tetkik edilmesi gerekir. Eğer bu hususta bir eksikliğin bulunduğu tespit edilirse, kasttan bahsedebilmek de mümkün olamayacaktır.

⁵⁵ Bkz. *Jescheck / Weigend*, **AT**, s. 298.

olayda, failin amacı “herhangi bir disiplin takibatına uğramamak olduğundan”, hukuka aykırı olarak hesabına aktarılan harcırah ne kadar sübjektif yararına da olsa⁵⁶, eyleminin maksadı bu meblağın malvarlığına aktarılması olarak değerlendirilemeyecektir⁵⁷.

3.2.1.1. Amaç ile Saik Arasındaki Fark

Yukarıda belirtmeye çalıştığımız üzere amaç, failin iradesini dışsallaştırdığı hareketin ulaştığı (veya ulaşmayı hedef aldığı) objektif özellikleri taşıyan bir uğraktır. Saik ise, sadece failin içsel belirlenimlerini konu edinir, herhangi bir dışsallaşma söz konusu değildir. Çünkü o, aslında dışsallaşan iradeyi oluşturan etmendir⁵⁸. Yani bir fail, kanuni tipte sayılan bir suçu gerçekleştirmek için sonsuz sayıda saikler vasıtasıyla iradesini şekillendirmiş olabilir.

Bu anlamda objektif olarak tespit edilebilen amaç ise, saikten farklıdır ve kendi içinde bir amaç-araç ilişkisini taşır, yani ulaşılması hedeflenen netice olarak amaç, kendini önceleyen ve kendinden sonra gelen çeşitli amaçları da barındırabilir. Kendinden önce gelenler bakımından amaç olma vasfını koruyan kavram kendinden sonra gelen amaçlar için ise bir araca dönüşebilir. İşte bu özelliği sebebiyle, yani hareketin objektif/sübjektif birliğini sağlaması bakımından amaç unsuru cezalandırılabilir bir niteliği haizdir. Buna mukabil, salt saik suçlarının cezalandırmayı gerektiren bir içeriğe sahip olmadığı kanaatini taşımaktayız. Zira saik tamamen sübjektif bir belirlenim ortaya koymakta ve dolayısıyla hukukun değil, etiğin inceleme alanında kalmaktadır.

⁵⁶ Bu olayı, “neticeyi arzu etmemenin maksadı kaldırması” olarak tanımlayan *Gropp*’a katılmıyoruz. Karş. *Gropp*, AT, § 5, kn. 96, s. 171.

⁵⁷ Aynı doğrultuda *Jakobs*, AT, § 8, kn. 15, s. 267. Geç kaldığı derse yetişmek amacıyla uzun bir müddet alacağından çekinerek bilet alma prosedürünü es geçerek tramvaya binen failin durumu farklıdır. Burada fail, geniş anlamdaki maksadına ulaşmak için gerekli gördüğü –dar anlamda maksatlı- eylemi gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla birinci derecede kast ile gerçekleştirilmiş bir eylem söz konusu edilmelidir. Bkz. *Jakobs*, a.e. (dn. 34); karşı görüş: *Jescheck / Weigend*, a.e.

⁵⁸ Amaç ile saik arasındaki ayrıma değinen bkz. *Dönmezer / Erman*, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C.II, kn. 933, s. 224. Hemen belirtelim, ki yazarların “maksadı” “netice” olarak nitelendirmelerine katılmamaktayız. Ayrıca bu ayrım için bkz. *Önder*, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II-III, s. 280-281, *Önder*, amaçla saikin çakıştığı durumlar bulunabileceğine işaret etmektedir. Bu gibi durumlarda kanaatimizce artık, saiki aşan bir kavram olarak amaçtan söz edilebilir. Ayrım için bkz. *Selçuk*, **Karşıoylarım**, s. 45.

Müşterek Hukuk dönemi “ceza hukuku” düşüncesinde yaygın bir biçimde kullanılan “düşmanca tutum” unsuru, neredeyse her suç tipinde vurgulanan ve hatta öldürme ve yaralama gibi suç tipleri bakımından varlığı karine olarak kabul edilen ve aksini ispat mükellefiyetinin failde bulunduğu bir kavram olarak hukuk tarihinde yerini almaktaydı⁵⁹. Bu bölümün başında vurgulamaya çalıştığımız gelişmelerle, yani çağdaş burjuva hukuk toplumu düşüncesinin gelişmesiyle beraber ceza hukuku, hem salt sübjektivist anlamdaki etik (sübjektif ahlaklılık) sorumluluğunu hem de salt dışsal-objektivist netice sorumluluğunu aşarak, cezaya layık hareketi, objektif/sübjektif birliği içerisinde gelişmiş bir irade izharı mertebesine yükseltmiştir. Fakat anılan bu biçimler, bugün dahi ceza hukukunda uygulama alanı bulabilmektedir. Adî taksir adı altında, salt netice sorumluluğunu muhafaza eden hukuk, çeşitli içsel ahlak (=Gesinnung) suçları bağlamında veya *dolus generalis* (özellikle Weber Kastı gibi) gibi kavramlar vasıtasıyla etik sorumluluğuna dayanan biçimleri de barındırmaktadır.

Sonuç olarak *Welzel*’in, saik ve benzeri içsel belirlenimlerin suç tipinde yer almasının suç tipini sınırlandıran bir anlamdan ötede, aslında bir ahlak ceza hukuku yaratma tehlikesini bünyesinde barındırdığına dair haklı eleştirisine katılmaktayız⁶⁰. Bu neviden unsurların kastın kapsamında bulunmadığı, bunların kusur başlığı dahilinde değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır⁶¹. Zira bu unsurlar muhtemeldir ki, failin hukuk toplumu ve onun kuralları bağlamında geliştirdiği *inkarcı* iradesinin değerlendirilmesinde bir anlama sahip olabilecektir. O halde belirtelim ki, örneğin TCK madde 82’de yer alan “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle”, “bir suçu işlemekten dolayı duyduğu infiale”, “kan gütme saikiyle”⁶² veya “töre saikiyle”

⁵⁹ Bkz. Rudolf His, **Das Strafrecht des deutschen Mittelalters- Erster Teil**, Leipzig, Theodor Weicher, 1920, s. 74.

⁶⁰ Bkz. Welzel, **DS**, s. 80; *Yüce* de, kural olarak ceza hukukunun saikle ilgilenmemesi gereğini vurgulamaktadır. Ancak devamında, -neden değil- *nasil* bazı hallerde saikin suç tipinin bir parçası olduğunu izah ediyor. Karş. *Yüce*, **Ceza Hukuku Dersleri**, C. 1, s. 334.

⁶¹ Aynı görüş için bkz. Mahl, **a.e.**; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 79-80. Ancak TCK’daki “hukuki bir ilişkiden doğan bir alacağın tahsili amacı ile hareket edilmesi” hallerinde içsel bir belirlenim değil, dışsallaşmış bir amacın varlığından söz edilmesi gerektiği kanaatindeyiz; yani saik benzerleriyle kategorik bir farklılık söz konusu olmalıdır.

⁶² Dönmezer / Erman’ın bu saiki “özel kast” olarak nitelendirmesine katılmıyoruz. Zira saikin kastın niteliğini belirleyebilmesi mümkün değildir. Karş. Dönmezer / Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C. II, kn. 935, s. 226.

gibi kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinin *maddi anlamda* nitelikli hal⁶³ olarak tanımlanmış olmaları görüşlerimizle uyum içerisinde değildir.

3.2.1.2. “Özel Kast”ın Değerlendirilmesi

Hareketi bilinçli olarak amaca yönelmiş irade olarak tarif ettiğimize göre, suç tipinde tanımlanan neticenin failin eyleminin ana doğrultusu dahilinde gerçekleştiği her durumun birinci derecede doğrudan kastla, yani maksadla gerçekleştirileceğini de kabul etmeliyiz. Başka biçimde söylersek her suç tipi aslında maksat ile işlenebilir. Bu durumda fail, eyleminin ana neticesinin bağlı bulunduğu her uğrağı maksat türünde kastla işlemiş olacaktır, yani kanunun ayrıca “...amaçla...” veya “...için...” veya “...gayesiyle...” veya “...maksadıyla...” şeklindeki ifadelerle suç tipinde yer vermiş olup olmamasına bağlı olmaksızın, her tipik eylem maksat ile işlenebilir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kanunda tanımlanan suç tipinin konu edindiği eylem neticesinin kural olarak, fail tarafından kendi bilinçli hareketinin ana neticesi ya da yan neticesinin bir sonucu olarak tasavvur edilmiş olmasının kast sorumluluğu bakımından bir önemi yoktur. Ancak bazı suç tipleri bakımından kanun, cezalandırılabilir eylemi sadece ana neticeye özgülenmiş hareketle sınırlandırabilir. Bu durumda, failin içinde bulunduğu objektif amaçsallık cezalandırılabilir haksızlığın da sınırlarını belirleyecektir. Yani kanun koyucu bu yolla, korunan hukuksal değeri doğrudan hedef almış eylemleri cezalandırmak ve dolayısıyla failce yan netice olarak tasavvur edilen durumları kapsam dışına almak gayesini gütmüştür.

Anılan durumlarda, kanun koyucunun genel nitelikteki kast tanımından⁶⁴ farklı bir “özel kast” tanımı yaptığı şeklindeki görüşlere katılmıyoruz. Zira belirttiğimiz üzere, her suç tipi aslında maksat ile işlenebilir. Ancak bazı durumlarda kanun koyucu sadece maksat ile işlenen suçları cezalandırmak ve yan netice (örneğin olası kast) ile gerçekleştirilen neticeleri kapsam dahiline almak istemeyebilir⁶⁵. Tabii

⁶³ *Mahl*, suç tipinde tanımlanan –tip dışı unsurların- varlığının, kastı kusurun bir türü olarak kabul eden görüşten kaynaklandığını vurgulamaktadır. Bkz. *Mahl*, **Der strafrechtliche Absichtsbegriff**, s. 19.

⁶⁴ Genel nitelikteki kast tanımı sözünden anlaşılması gereken, *dolus generalis* değildir. Yani doktrinde sıkça kullanılan *dolus generalis*- *dolus specialis* ikiliği, kavramsal belirlenimler bakımından pek doğru değildir.

⁶⁵ *M. Ernst Mayer*, maksat ile kastın farklı kavramlar olarak kategorize edilmesine karşı çıkıyor ve sadece kanunun açıkça maksatlı hareketi cezalandırmak istediği durumların ayrık

ki, kural olarak bir suç tipinde tanımlanan eylemin yan netice veya ana netice olarak gerçekleştirilmesine dönük iradenin birbirinden farklılık taşıyan bir anlamı

değerlendirilebileceğine işaret ediyor. Bkz. Max Ernst Mayer, **Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts**, s. 267. Yazar haklı olarak, teknik anlamdaki maksadın salt nihai hedef konumuna indirgenmemesi halinde uygulamada bir sorun yaşanmayacağını, zira bir hareketin birden fazla maksadının bulunabileceğini vurguluyor, karş. dn. 19.

Haft'a göre, anılan türdeki suç tiplerinde kanun koyucu teknik anlamda maksat unsurunun varlığını şart koştuktan ziyade sadece olası kastla neticenin gerçekleştirilmesini kapsam dışına almak gayesini gütmüş olabilir. Bu durumlara örnek olarak yazar, Alm. CK.'nın iftira suçunu düzenleyen 164 I paragrafını gösteriyor. Bkz. Haft, **AT**, s.156-157. Alman doktrininde kabul edilen görüş uyarınca, iftira suçunun maddi unsurları parçalara ayrılarak incelenmek gerekir. Buna göre, suç tipinde sayılan maddi unsurlar bakımından failin en azından olası kastla hareket etmesi, ancak mağdurun iftira konusu eylemi işlemediğini bilmesi noktası bağlamında kati bilgisinin aranması ve sonuç olarak suç tipinde konu edilen tahkikatların gerçekleşmesi hususunda maksatlı hareket etmiş olması şartları aranır ve ikinci derecede doğrudan kastın varlığı halinde de cezalandırılabilir bir eylem söz konusudur. Karş. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 164, kn. 20, s. 484. *Welzel* de, failin hakikat rağmen hareket ettiğini kati surette bilmesi gerektiğinden hareketle bu unsur bakımından olası kastın varlığını kabul etmemekte, ancak diğer unsurlar bakımından (örneğin makam veya memur vb.) tüm kast türlerinin uygulanabileceğine işaret etmektedir. Ancak yazar ayrıca, failde “kamu mercileri nezdinde takibat icrasını başlatmaya veya başlamış olan takibatın sürdürülmesini sağlamaya” matuf maksadın da bulunmasını aramaktadır. Bkz. *Welzel*, **DS**, s. 522.

Bir örnekle durumu izah etmeye çalışalım: Örneğin bir politikacı gazetede köşesinde rakibinin toplumsal itibarını sarsmak amacıyla tahkikat icrasına imkan sunacağını tahmin ettiği bir yazı kaleme almış olsun ve rakibine isnad ettiği bu eylemin tamamen gerçeğe aykırı olduğu hususunda şüphesi bulunmasın. İftira suçu bakımından maksat türünde kastın varlığını şart kabul edersek ve failin yöneldiği ana hareket “bir tahkikat icrasını” sadece muhtemel bir yan netice olarak kabul ediyor, fakat asıl gaye olarak bunu kapsamıyorsa, bu durumda failin iftira suçunu işlediği kabul edilemeyecektir. Buna karşın yine aynı örnekte fail, gazetede yayımladığı bu yazı ile bir takibatın başlayabileceğini ve *bu sebeple de* mağdurun “toplumsal itibarının sarılacağını” kabul etmişse, işte bu durumda failin eylemi ana neticenin dahilinde değerlendirilecektir. Dolayısıyla, iftira suçunun ikinci derece doğrudan kastla işlenebileceği yönünde Alman doktrinindeki görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce *Welzel* de bu özelliğe işaret edebilmek için bilhassa “şikayet veya ihbar” yoluyla gerçekleştirilmeyen ithamlarda amacın doğru tayin edilmesi gereğine işaret ediyor (s. 523). *Krey* de doktrinindeki bu yaygın anlayışın kanunun lafzıyla tutarlı olamayacağını vurguluyor ve “...maksadıyla...” ibaresinin nasıl olur da, ikinci derecede doğrudan kast olarak anlaşılabilirliği sorusunu ortaya atıyor. Karş. *Krey*, **AT**, kn. 342, s. 126.

TCK'da yer alan iftira suçu bakımından da aynı sonuca ulaşabilmek mümkündür (Alman CK'ndan farklı olarak TCK'da sürmekte olan bir takibatın devamı sağlamak gayesiyle iftirada bulunma maddi unsurunun eksikliği bir yana). Madde metninin gerekçesinde yer alan “suçun muhtemel kastla işlenemeyeceği” yönündeki görüş, kanımızca dayanak yönünden isabetli değildir. Zira suçu olası kastla işlenebilir olmaktan çıkaran sebep, failin “hakikat rağmen hareket ettiği yönündeki kati” bilgisinin varlığının şart koşulması değil, suçun sadece maksatla işlenebilen bir suç olarak tanımlanmasından kaynaklanmaktadır. Zira “fail”de eğer “mağdurun” anılan suçu işlediği şüphesi mevcutsa, zaten bu durumda suç konusu bir eylemden değil, ihbar/shikayet hakkını kullanan bir yurttaştan bahsedilecektir.

“İkinci derecede doğrudan kastı” prensipte kabul etmesine rağmen, bilhassa iftira suçu bakımından görüşümüzle aynı doğrultuda olan *Karakehya*, bir kast tipi olan maksadı görüşümüzle uyum içerisinde ele almaktadır. Bkz. Hakan Karakehya, “*Olası Kast*”, **Ceza Hukuku Dergisi [CHD]**, S. 2, Aralık 2006, s. 37-38.

bulunmadığını kabul ettiğimizden, kanunun ihlal biçimini sınırlandırdığı⁶⁶ bu durumların açıkça kanun metninde ifade edilmesi gerekmektedir. Uygulamanın veya doktrinin bu yönde cezalandırılabilirliğin sınırlarını daraltıcı yorumlar yapması veya tersinden sadece maksat ile işlenebilen eylemleri cezalandırmanın kapsamına alması kabul edilemez⁶⁷. Sonuç olarak, “özel kast” kavramının, sadece hareketin ana neticesinin tipik netice ihlalini bünyesine almış olduğu durumlarda kullanılabileceği, yani geniş anlamda maksadın içerisinde yer alan birinci derecede doğrudan kast halleriyle sınırlı uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

3.2.1.3. “İkinci Derece Doğrudan Kast”ın Değerlendirilmesi

Doktrinde yaygın olarak kabul edilen kast türlerinden biri de ikinci “derecede doğrudan kast”tır (2° *dolus directus*). Bu yaklaşıma göre, failin birinci derecede doğrudan kastla (maksatla) gerçekleştirdiği eyleminin yöneldiği ana neticeyle beraber, sübjektif *ex ante* olarak zorunlu gördüğü bir yan neticenin de gerçekleşmesi söz konusu ise, ikinci derecede doğrudan kastla gerçekleşmiş bir eylemden söz edilecektir. Bu görüşe göre, kastın maksat türünde ağır basan unsur istem momenti olmasına karşın, ikinci derecede doğrudan kastta vurgu bilme momenti üzerinde

⁶⁶ Ebert bizim de katıldığımız bir görüşle, maksadın maddi unsur olarak kabul edilemeyeceğini, sadece “hareketin doğrultusunu ve haksızlığın özgün karakterini” ortaya koyan bir kavram olarak ele alınabileceğini işaret etmektedir. Bkz. Ebert, **AT**, s. 31-32.

⁶⁷ Bu hususta isabetli bir karar: “...Failin sonucu bilerek ve isteyerek hareketi gerçekleştirmesi suçun oluşumu için yeterlidir; saikin önemi yoktur. Dolayısıyla, izinsiz müdahalenin köylünün istifadesi için gerçekleştirilmesi suçun manevi ögesi bakımından önem taşımaz. O halde, sanığın sabit olan eylemi nedeniyle maddi ve manevi öğeleri itibarıyla oluşan bu suçtan mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi isabetsiz olup, direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir...” bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2006/11-5 K. 2006/27 T. 21.2.2006.

Mefruz rıza vb. müesseselerle somut olayı değerlendirmek yerine kastı amaca göre nitelendiren bir karar için “Sanığın, davacının oturduğu evin sahibi olduğu ve aynı çatı altında, diğer bir dairede kendisinin ikamet ettiği, müştekilerin oturduğu kısım duvarlarından rutubet dışıruya vurunca, su borularındaki patlama ihtimali ve böylece binanın tahribini önlemek için, bir defasında evde olan müdahilin muvafakatı ile, sanığın getirdiği usta ile birlikte eve giderek arıza mahiyetini öğrendikleri, tamir için ikinci defa başka bir usta ile gelince, esasen memur olan müşteki ve eşinin evde bulunmadıklarını görünce, bir başka anahtarla kapıyı açarak, aralarındaki ilişkilere ve evvelce de aynı maksatla girmesine güvenen sanığın, bu defada getirdiği bu usta ile eve girerek, yeniden arızayı görüp çıktıkları, eve girdiğini akşam öğrenen müdahilin, sanığın eşi ile bu konuda tartıştığı, ancak ertesi sabah dairesine kadar giden sanık, müdahilin eşine; eve girmeğe mecbur kaldığını izah ettiği, böylece evini tamir etmeye matuf gerçek ve özel kastının mesken masuniyetini ihlal olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, TCK.nun 45. maddesi açıklığına göre, eylemde suç kastı bulunmadığını izah eden mahkemenin, oluşa uygun olan kabul ve takdiri usule ve yasaya uygun bulunmuştur”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1975/53 K. 1975/72 T. 31.3.1975. Her iki karar: **Kazancı İçtihat Bankası**, [çevrimiçi, 25 Mart 2007, saat: 14:30].

yoğunlaşmaktadır⁶⁸ ve fail “istemiyor da olsa”⁶⁹ eğer anılan yan neticenin gerçekleşmesini bir “zorunluluk bağı” dahilinde tasavvur etmişse bu durumda ikinci derecede doğrudan kastından bahsedilecektir. Türk doktrinindeki yaygın görüş uyarınca, maksat ve ikinci derecede doğrudan kast, doğrudan kast başlığı altında müştereken tasnif edilecek ve olası kasttan ayrı bir kategori teşkil edecektir⁷⁰. Buna mukabil Alman doktrininde her ne kadar her iki doğrudan kast türünün niteliği hususunda aynı kavramsal zemine dayanılıyor olsa bile; yaygın kabule göre kast, üç ayrı alt tür başlığı altında incelenmektedir⁷¹.

Yukarıda izah etmeye çalıştığımız üzere, bir eylemin amaçsallığı dahilinde gelişen ana neticeler ile bunlara *bağlı* olarak gelişen yan neticeler arasında, kastın niteliği bakımından kategorik bir ayırım söz konusu olmalıdır. Kanımızca bu ayrımı dikkate almadan, “bilme ve isteme” unsurlarının “dereceleri” üzerinden yapılacak bir nitelendirme soyut kalmaya mahkum olacaktır. O halde öncelikle belirtmeliyiz ki, geniş anlamda maksadın kapsamına giren her ara hedef aslında ana netice zinciri üzerinde yer alacaktır ve bunlar bakımından dar anlamda maksadın varlığından bahsedilecektir. Yani ana neticenin gerçekleşmesi için fail tarafından gerekli görülen her netice, maksadın (birinci derecede doğrudan kastın) varlığının kabulünü gerektirir, ayrıca failin bu neticelerin gerçekleşmesini mutlak zorunlu addetmesine gerek yoktur; neticenin gerçekleşmesine dönük olarak failin zihninde -isnadiyadı kaldıracak kadar tesadüfe terk edilmemiş olmak kaydıyla- pek hafif bir ihtimal bile bulunsa maksattan söz edilecektir. Fakat, ana neticenin gerçekleştirilmesi için zorunlu olmayan ancak maksadın gerçekleştirilmesinin –failce- zorunlu/kesin yan neticeleri söz konusu olduğunda, durum bundan farklı değerlendirilmelidir. Bu gibi durumlarda, birincisinden farklı olarak bir yan netice kastı söz konusudur.

⁶⁸ Bkz. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 15, kn. 24, s. 104.

⁶⁹ “Bu kesinlik bilgisi, istememeyi [isteme ile] dengeye getirebilir”. Bkz. Haft, **AT**, s. 157.

⁷⁰ Örneğin bkz. İçel / Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, s. 189 v.d.; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 216 v.d.

⁷¹ Bu türler: maksat (= 1° dolus directus, Absicht), katı bilme kastı –veya T.d. yaygın ismiyle ikinci derecede doğrudan kast- (= 2° dolus directus, Wissentlichkeitsvorsatz) ve olası kasttır (= dolus eventualis, bedingter Vorsatz). Örneğin bkz. Kühl, **AT**, § 5, kn. 28 v.d., s. 71 v.d.

Şimdi, bu görüşlerimizi “bilme ve isteme” unsurları bağlamında yeniden açıklamaya çalışalım: Maksadın kapsamına giren netice uğrakları bakımından failin –isnadiyadın sınırlarını aşmayan derecedeki- tipik neticenin gerçekleşme ihtimaline dönük “öngörüsü”, “bilgisi” birinci derecede doğrudan kastın varlığı bakımından kafi gelecektir, ayrıca failin bir kesinlik yargısına sahip olması gerekmez. O halde “neticenin gerçekleşeceğinin kesin bilgisi” değil, anılan netice uğrağının “ana neticeye vasıl olma açısından taşıdığı zorunluluk bağı”, bu gibi durumları maksat (birinci derecede doğrudan kast) adı altında tasnif edebilmeye imkan sunacaktır⁷². Dolayısıyla kanımızca kritik ayrım, kesinlikle failin tipik neticenin gerçekleşmesine dönük katî bir öngörüye sahip olup olmamasına değil, anılan neticenin ana netice kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasına dayanmaktadır⁷³. Bu görüşümüzü doktrinde sıklıkla vurgulanan bir örnek ile izah etmeye çalışalım:

Thomas Vakası⁷⁴: Alexander Keitel (= Thomas), sekiz gün sonra patlamak üzere ayarlı bir fiçi dolusu dinamiti Bremen’den New York’a sevk edilmesi için kargoya verir. Buna göre fiçi, Bremen limanında bir buharlı gemiye yüklenecektir ve (T) Southhampton’dayken fiçiyi sigorta ettirecektir. Failin kurgusuna göre daha sonra fiçi Atlantik Okyanusu’ndayken infilak edecektir ve (T) fiçinin sigorta bedelini şirketten tahsil edecektir. Fakat dinamit dolu fiçi Bremen limanı rıhtımındaki istif çalışmaları sırasında işçilerin sakarlığı sebebiyle infilak eder. Neticede 83 kişi ölür ve 50 kişi yaralanır (ölenlerin 6’sı geminin güvertesindedir).

Yaygın olarak kabul edilen olay kurgusunu yorumlarsak, bu örnekte failin ana neticeye yönelik eylemi sigorta şirketini dolandırmak, -geminin batması da bir ara hedef olarak belirlenmişse- mala zarar verme (vb.)dir. Gerçekleşecek insan ölümleri ve yaralama eylemleri failin ana neticeye ulaşmada bir zorunluluk

⁷² *Stratenwerth / Kuhlen*, maksadın sınırlarını belirlerken anılan bağı doğru bir biçimde ortaya koymakta ve fakat konu ikinci derecede doğrudan kasta geldiğinde zorunlu yan neticelerin ayrı bir kategori olarak maksat altında tasnif edilmesi gereğini vurgulamaktadır. Karş. *Stratenwerth / Kuhlen*, **AT-I**, § 8, kn. 105 ile 108, s. 122-123.

⁷³ *Mahl*, savunduğumuz bu görüşün tutarlı sonucu olarak sadece maksadın “bilme ve isteme” unsurlarına sahip olduğunu ve bundan ötürü tek doğrudan kast türü olarak kabul edilebileceğini vurguluyor. Bkz. *Mahl*, **Der strafrechtliche Absichtsbegriff**, s. 22. Eğer olası kast ile doğrudan kast türleri arasında bir ayrım söz konusu olacaksa, sadece ana netice kastı olan maksadın “doğrudan kast” olarak nitelendirilebileceği iddiasını üstlenebiliriz. Ancak teknik anlamdaki “bilme ve istemenin” sadece maksat bakımından geçerli olabileceğini savunmak, öncelikle taraftarı olduğumuz hareket kuramı bakımından mümkün değildir.

⁷⁴ Olayın özeti için bkz. *Bauman / Weber / Mitsch*, **AT**, § 20, Fall c, s. 469. Görüleceği üzere, meşhur Thomas vakası, genellikle aktarıldığının aksine başta isnadiyat olmak üzere çeşitli problemli sorunlara sahiptir.

(araç/amaç) ilişkisi kurduğu uğraklar değildir⁷⁵, dolayısıyla bu neticeler bakımından failin yan netice kastıyla hareket etmiş olması gerekir⁷⁶. Doktrinde ve uygulamada yan netice kastına “olası” kast adı verilmesi teknik bir talihsizliktir⁷⁷. Kaldı ki, biz de, bu yaygın ve genel kabul görmüş adlandırma sebebiyle çalışmamızda bu terimi kullanmayı tercih ediyoruz. Ancak kanaatimizce, adı sebebiyle hataya sevk edici olan “olası kast” teriminin kavramsal karşılığının, neticeye dair olasılık öngörüsü ile bir bağlantısı yoktur. Fail tipik neticenin gerçekleşmesini subjektif *ex ante* olarak ister “kesin” isterse “olası” görsün, bu uğrak bir yan netice olarak nitelendirildiği müddetçe olası kastın varlığından bahsetmek gerekir.

Freund, bu durumu kesin bir dille ifade ediyor: “Kastî eylemin varlığından bahsedebilmek için içinde bulunulması gereken zaman diliminde [yani eylem anında], hiç kimse –Laplaceyen Weltgeist hariç olmak üzere [yazar istihza ediyor, ç.n.] - tipik neticenin *gerçekleştiğini* söyleyemez, ancak muhtemel veya muhakkak kabul ettiği müstakbel intacı *hesap edebilir*”⁷⁸. Hakikaten her karar ve bundan doğan eylem, gerçekleşecek olana ilişkin bir tahmine dayanır ve bu tahmin kişinin tecrübi

⁷⁵ *Köhler*, amaç/araç ilişkisini kabul etmesine rağmen bizim görüşümüzden farklı olarak yan netice olarak tasnif ettiği anılan durumların ikinci derecede doğrudan kastla işlenebileceğini savunmaktadır. Yazarın hareketin sadece amaç/araç bağlamına indirgenemeyeceğine dair yorumu yerindedir. Ancak kanımızca, tipik bir yan netice sorumluluğu olan ikinci derece doğrudan kastın neden ayrı bir kast türü olarak nitelendirilmesini izahta sadece bu argüman yetersizdir. Zira bizim görüşümüze göre de, ana netice ve yan netice olmak üzere hareket tüm bu sayılan uğrakları üzerinde birbirinden farklı olmayan eşit derecedeki bir hakimiyet kurgusunu (irade tasavvurunu) ortaya koyar. Karşı görüş için bkz. *Köhler*, *AT*, s. 162-163.

⁷⁶ *Stratenwerth / Kuhlen* gibi *Jakobs* da, failin bu olayda muhakkak bombanın patlayacağını değil, eğer patlarsa muhakkak insanların öleceğini bildiğinden hareketle ikinci derecede doğrudan kastı kabul ediyor. Bkz. *Jakobs*, *AT*, § 8, kn. 18, s. 268.

⁷⁷ Alman doktrininde *dolus eventualis*’e karşılık “*bedingter Vorsatz*” (= “şartlı kast”) teriminin kullanılmasının talihsiz bir adlandırma olduğuna dair görüşler mevcuttur. Zira olası kast halinde verilen eylem kararı, bir şarta tabi olarak verilmemiştir. Bkz. *Köhler*, *AT*, s. 163, dn. 86; *Welzel*, *DS*, s. 68. Aynı şekilde *Puppe* de bu adlandırmanın yanlış olduğunu ve kastın “netice şartının gerçekleşmesine bağlı olarak” tanımlanmasının olası kastla teşebbüsün mümkün olamayacağına dair isabetsiz bir görüşe zemin hazırladığını vurguluyor. Karş. *Puppe*, *AT-I*, § 16, kn. 7, s. 294.

⁷⁸ *Freund*, *AT*, § 7, kn. 41, s. 229. *Freund* da *Puppe* gibi asıl/gerçek kast kavramının olası kast olduğunu iddia ediyor. Buna olası kastla ilgili bahiste değineceğiz.

Not: *Laplace*, bir takım başlangıç şartlarının ve tabiat kaidelerinin bilinmesi halinde her türlü geçmiş ve gelecek durumlarının hesap edilebileceğini iddia ediyordu. Fakat filozof dahi, bu bilginin insanlara değil, ancak mutlak bir Weltgeist’a (evrensel tin) ait olabileceğini kabul ediyordu. Bu determinist spekülasyon bir yana, bugün dahi *Laplace*’ın ihtimal hesabı yöntemi fen bilimlerinde kullanılan bir metottur. *Laplace determinizmi* için bkz. Hançerlioğlu, *Felsefe Sözlüğü*, “*Gerekircilik*” maddesi, s. 136-138.

bilgisine göre “muhakkak”, “kuvvetle muhtemel”, “ihtimal dahilinde”, “mümkün” vs. olasılık dereceleri ile ifade edilebilir. Failin bu sübjektif belirlenimi üzerinden veya başka bir açıdan örneğin *ex post* yapılacak bir “nedensellik” değerlendirmesi ile sorumluluğunu farklı biçimlerde tespit etmenin kusur sorumluluğuyla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. *Welzel*’in haklı olarak belirttiği gibi, kastın irade unsuruyla olan alakası bir derecelendirmeye veya bir olasılığa veya bir şarta bağlı olarak nitelendirilemez⁷⁹. Kastın varlığı failin eylemini gerçekleştirmeye dönük katı iradesinin, yani bu yöndeki kararının varlığına bağlıdır. O halde, kastın türleri bakımından uygulanacak temel ceza arasında bir fark ortaya koymak ve birinin diğerinden daha fazla haksızlık özüne sahip olduğunu iddia etmek kavramın kendiyile çelişen bir anlam taşıyacaktır. Bu sebeple, TCK m. 21/f.2’de öngörülen ve olası kastın varlığı halinde temel cezanın tayininde zorunlu indirim uygulanmasını hükme bağlayan düzenleme yerinde değildir ve ceza adaleti bakımından hataya sevk edicidir⁸⁰.

“İkinci derecede doğrudan kast” ile ilgili olarak buraya kadar aktardıklarımızı toparlayacak olursak şu sonuçlara ulaşırız: Doktrinde “ikinci derecede doğrudan kast” olarak adlandırılan durumlar –genel kabulle uyum içinde-; failin ana neticeye yönelik eyleminin gerçekleşmesi muhakkak öngörülen yan sonuçlarına ilişkindir ve dolayısıyla bu bir yan netice sorumluluğudur. Failin ana netice kastında olduğu gibi, bu yan netice bakımından da teknik anlamda “isteme unsuruna” sahip olması gerekir. Bu isteme unsuru günlük dildeki “arzu etme” veya “hoşuna gitme” anlamında değildir ve neticenin gerçekleştirilmesine dönük kesin bir iradenin varlığını gerektirir, yani fail eyleminin ana ve yan neticelerinin ne olduğunun bilincinde

⁷⁹ Bkz. *Welzel*, **DS**, s. 66.

⁸⁰ Aslında varlığını gereksiz gördüğümüz “ikinci derecede doğrudan kast” hallerinde, yani failin eyleminin yan neticesini yöneldiği ana netice bakımından zorunlu bir bağ içinde kurguladığı durumlarda, TCK m. 21/f.1 hükmüne dayanarak ceza tayin etmek yerinde olmayacaktır. Ancak belirttiğimiz gibi, kanunun isabetsiz lafzı karşısında uygulama açısından elzem olan bu yorum, bizim burada ortaya koymaya çalıştığımız kast kuramıyla her halükarda uyumlu olmayacaktır.

Kanun koyucunun bu zorunlu indirim düzenlemesini, bilinçli taksir sorumluluğu alanına tecavüz eden “olası kast” tanımının kast sorumluluğunu genişleten anlamını dengelemek gayreti ile gerçekleştirmiş olabileceği yönündeki görüş için bkz. Claus Roxin / Osman Isfen, “*Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches*”, **GA 2005**, s. 234, dn. 35. Hemen belirtelim ki, bu yorum tarzı yazarların sübjektif görüş ve tahminlerine dayanmakta olup, dayanağını herhangi bir yasal veya hukuksal gerekeçeden almamaktadır.

olarak eylemini gerçekleştirmiş olmalıdır. Bilhassa fail, eyleminin bir hukuki değer ihlali mi yoksa bir hukuki değer tehlikeliliği mi olduğu hususunda bilinç sahibi olmalıdır. Bunun haricinde “ikinci derecede doğrudan kast”ın, geleneksel anlamdaki “olası kast”tan tek farkı, failin bir yan netice olarak tasavvur ettiği neticenin doğumunu “gerçekleşmesi muhtemel” bir tahmine değil, “gerçekleşmesi muhakkak” olan bir tahmine dayandırıyor olmasıdır; ama her gerçekleşmemiş şey gibi, bu da, sonuçta bir tahmine, bir gelecek kurgusuna dayanır. Bu söylediğimizi ispatlar mahiyette örneğin *Roxin* –istatistiksel bir belirlenimin nasıl ortaya koyulacağını açıklamadan olsa da-, yüzde doksan dokuzluk bir ihtimalin “muhakkak” olarak nitelenebileceğini vurguluyor⁸¹. Kanaatimizce, böylesi bir ayırım kriteri kabul edildiği takdirde, kanun koyucunun “muhtemel” ile “muhakkak” olan arasında nasıl ve neden bir sorumluluk derecesi ayırımı yapması gerektiğinin ve bunun pratik sonuçlarının ne olacağının da ispat edilmesi gerekecektir. *Puppe* haklı olarak bu noktada, “kastın varlığından bahsedilebilmesi için ne neticenin gerçekleşmesinin olasılığına ve ne de neticenin sağlanmasında fail tarafından kullanılan metodun niteliğine dair bir belirlenimin esas alınamayacağını” vurguluyor⁸². Dolayısıyla bize göre, “ikinci derecede doğrudan kast” adı verilen durumlar da, yan netice kastı anlamında ele aldığımız “olası kast” başlığı altında değerlendirilmelidir.

Bu izahatımız doğrultusunda TCK’nın ikinci kitabında yer alan bazı suç tiplerinde bulunan “...bilerek...” ifadesinin nasıl uygulanması gerektiği hususunu da açıklamamız gerekiyor. Kural olarak, bir suç tipinde tanımlanan neticenin gerçekleşmesine dönük olarak veya suç tipinde sayılan maddi unsurların varlığına ilişkin olarak failde kesinlik taşıyan bir bilginin bulunması gerekmez: fail bu unsurlar veya neticenin gerçekleşmesi hakkında isnadiyadı etkilemeyecek derecede bir ihtimal öngörüsüne sahipse anılan durumların gerçekleşmesi halinde bunların failine isnad edilebilmesi gerekir. O halde, *ex ante* objektif ve sübjektif olarak tipik neticenin gerçekleşmesi ihtimal dahilindeyse ve failde eylemini buna göre kurgulamışsa, bir problem söz konusu değildir. Ancak bazı suç tiplerinde, örneğin TCK m. 315’te yer alan “silah sağlama suçunda” silahlı örgüt niteliklerini haiz suç

⁸¹ Karş. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 20, s. 445.

⁸² Bkz. Puppe, **AT-I**, § 15, kn. 2, s. 266.

örgütlerine bu örgütlerin amaçlarını *bilerek* silah sağlama hüküm altına alındığından, faile isnad edilebilir bir eylemden bahsedebilmek için bir tikel maddi unsur üzerindeki nitelikli bilginin varlığı şart koşulmuştur. İşte bu gibi durumlarda ister ana netice kastı olan maksat (birinci derecede doğrudan kast) dahilinde olsun, isterse bizim anlamlandırdığımız manadaki yan netice kastı olan “olası kast” dahilinde olsun failin anılan maddi unsur üzerindeki nitelikli bilgiye, yani kesinlik yargısına sahip olması gerekir. Nasıl amacın suç tipinde ayrıca belirtildiği durumlarda “özel kast” gibi ayrı bir kast türünün varlığına ihtiyaç duymuyor ve anılan durumları kanunun sadece belli bir amaçsallığı cezalandırma gayesini güttüğü durumlar olarak tanımlıyorsak, bir maddi unsur üzerinde bu türde nitelikli bir bilgiyi gerekli kılan suç tiplerini de sadece “1° ve 2° doğrudan kastla” işlenebilen suçlar olarak tanımlamamalıyız. O halde “bilerek” ifadesi, sadece kanunun belirli türde bir kastla değil, belirli bir biçimleniş (modalite)⁸³ ile işlenmesi gereken eylemliklerin tanımlandığı durumlara mahsus bir uygulamayı gerektirmelidir⁸⁴.

3.2.1.4. “Tasarlama” Kavramının Değerlendirilmesi

Müşterek Hukuk döneminde başta yaralama ve öldürme suçları olmak üzere neredeyse her suç tipi açısından genel bir sübjektif unsur türü olarak “tasarlama” (= Vorbedacht) kavramının bulunması gereği kabul edilmekteydi⁸⁵. Temel sübjektif unsur kalıbı olarak ele alınan tasarlama, sıklıkla dar anlamdaki kast kavramı (= “Fürsatz”) yerine kullanılıyor ve ani öfke veya cesaretle (= “in zornigem und hitzigem Mut”) işlenen fiillerden ayrı telakki ediliyor ve her suç açısından bir ceza artırımı nedeni olarak kabul ediliyordu⁸⁶. Dolayısıyla bu dönemde, manevi unsurun kural olarak *dolus praemeditatus* (taammüd) olarak belirlendiği kabul ediliyordu.

⁸³ Yani, maddi unsurun sınırlandırıldığı suç tipleri söz konusudur. Karş. yukarıda iftira suçuna dair dn. 65.

⁸⁴ *Frisch*’in kastın tek kast türü olarak “olası kast” türünü kabul etmesinin temelinde aslında yazarın ana netice- yan netice ayrımını reddeden görüşü yatmaktadır. Ancak bu görüşün tutarlı sonucu olarak *Frisch*, bizim de burada aktardığımız değerlendirmemizle paralellik içerisinde amaç ve kesin bilme gibi unsurları, sadece birer maddi vakanın nitelik tespiti olarak adlandırmaktadır. *Frisch*, bu maddi vaka tespitlerinin içinde ‘failin hukuki değere karşı almış olduğu karar’ açısından özgün bir belirlilik olduğunu iddia etmektedir. *Frisch*’in “Vorsatz und Risiko” (s. 498 v.d.) adlı eserinden aynen nakleden Roxin, *AT-I*, § 12, dn. 28, s. 446.

⁸⁵ His, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, s. 74.

⁸⁶ *A.e.*, s. 82 v.d.

19. Yüzyıl'da, yani Avrupa'da millî hukuk birliğinin sağlandığı dönemde Müşterek Hukukun mirası olan *dolus praemeditatus*'un ayrı bir manevi unsur türü olduğu yönündeki görüşler giderek terk edilmiş ve bunun yerine kavram, kasten öldürme ve cinayet (nitelikli öldürme) suç tipleri arasındaki ayrımı sağlayan bir unsura dönüşmüştür⁸⁷. 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanununda da (parg. 211) varlığını muhafaza eden “tasarlama” unsuru, 1941 tarihli değişiklikle paragraf metninden tamamen çıkarılmıştır⁸⁸.

Türk Ceza Hukukunda ise, 765 sayılı TCK'nın 450. maddesinde (mevsuf adam öldürme) öngörülen taammüd unsuru, 5237 sayılı TCK'da sadece kasten öldürme suçlarının nitelikli hallerini düzenleyen 82. maddesi bağlamında uygulama imkanı bulan bir sınırlandırma ile varlığını korumuştur. Ancak bu hükmün muhafaza edilmesinden ziyade, kast kuramı açısından önem taşıyan mesele “taammüd / tasarlama” kavramı üzerinden yürütülen tartışmadır. Buna göre Türk doktrininde yaygın olarak savunulan bir görüşe göre kast, “ani kast” ve “düşünce kastı” olmak üzere iki biçimde ortaya çıkabilmekte ve dolayısıyla “tasarlama” bir kast türü olarak nitelendirilmektedir⁸⁹. Bu görüşün asıl karakteristik özelliği, “tasarlama” ile “ani kast” arasında bir derecelendirme yaratmasına ve birincisini kastın “yoğun bir türü” olarak nitelendirmesine dayanmaktadır. Buna göre fail, tasarlama halinde daha “yoğun” bir kastla hareket etmektedir.

Kanaatimizce, Müşterek Hukuka uygun olarak saik ile kast kavramları arasındaki ayrımı silikleştiren bu anlayış, tasarlama'yı da bir kast türü olarak nitelendirebilmektedir. Halbuki iradenin dışsallaşması olarak tarif ettiğimiz harekete mündemiç bulunan kast, iradenin oluşum sürecine denk gelen saik ve benzeri

⁸⁷ Rüping / Jerouscheck, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, kn. 229, s. 93. (örneğin: Prusya Ceza Kanunu parg. 175-176 ve Bavyera Ceza Kanunu m. 229)

⁸⁸ *A.e.*, kn. 281, s. 122. Kanundan bu unsurun çıkarılması, aslında dönemin Nazi rejiminin cinayet (Mord) suç tipini daraltma gayesi gütmekten ötürü gerçekleştirilmemiştir. Aksine aynı değişiklik kanunun birinci paragrafı rejim düşmanı fail tipolojisine uygun düşen kimselere karşı ölüm cezasının uygulanabileceğini belirtmiş ve bugün hala kullanılan ve bir çok saikle bezeli cinayet (Mord) suç tipini düzenlemiştir. Ayrıca bkz. Welzel, *DS*, s. 280. İsviçre Ceza Kanunundaki düzenleme tercih edilmiştir.

⁸⁹ Örneğin: Dönmezer /Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C.II, kn. 946, s. 234; İçel / Evik, *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Kitap, s. 193; Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 403; Öztürk / Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, § 5, kn. 289, s. 185.

unsurlardan tamamen farklılık taşır. Kast eylem anında hareketin bir parçası olarak ortaya çıkan ve *aktüellik* taşıyan bir kavramdır⁹⁰. Bu kavramın hareketi önceleyen koşullarla bir ilgisi yoktur. Yani bir kimsenin gerçekleştirmeyi irade ettiği bir haksızlığı, yirmi sene “düşünmüş” olmasının veya “beş saniyede” karar vermiş olmasının kast bakımından bir önemi yoktur. Eş zamanlılık prensibinin en doğal

⁹⁰ Bir eylem karar verme süreci ile eylem anında bunun yaratacağı olası veya muhakkak etkilerin sonuçları üzerinde hüküm kuvvetini haiz bir karara sahip olma olguları birbirinden farklı değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşırız: Kast ancak objektif bir karşılığı bulunduğu anda eylem kuvvet katabilen bir dinamik olabilir, o halde henüz hukuki değeri ihlal etme açısından somut bir tehlike yaratmayan eylemlerde –teknik anlamda- kastın varlığından bahsedilemez. Bu çıkarım, eylemin objektif/sübjektif birliği içinde oluşması prensibinin sonuçlarından biridir. Bu sebeple aşağıda aktaracağımız Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında yer alan kast nitelendirmesine iştirak edemiyoruz: “Zorla ırza geçmeye eksik derecede kalkışmak suçundan sanık Zeki'nin beraatine dair [...] özel dairece: (Sulh hakimi önünde müştekinin ırzına geçmek için evine girdiğini ikrar ederek kastını açıklamış olan sanığın olay gecesi saat 04 sıralarında yalnız başına uyumakta olan müştekinin evine bacasından girmek suretiyle kastedildiği cürmü icraya başladığı, ancak müştekinin bağırması ve ceketinden tutup mücadele girişmesi nedeniyle eylemini tamamlayamadan kaçtığı anlaşılmış ve mahkemede sanığın cürüm kastı ve eylemi bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre sanığın müştekinin zorla ırzına geçmeye eksik derecede kalkışma suçunun oluştuğu kabul edilmek gerekirken eve girmenin cürmü işlemeye yönelik bir eylem sayılamayacağı gerekçesine dayanılarak beraate karar verilmesi) isabetsizliğinden bozulmuştur. Yerel mahkemece: (ırza geçmeye yönelik icra başlangıcı sayılacak hiçbir hareketi sözkonusu olmayan sanığın sadece niyetiyle mahkumiyeti cihetine gidilmesi mümkün değildir. Olayımızda mesken masuniyetini ihlal, ırza geçmeye teşebbüs fiilinin unsuru, icrai bir hareketi ve ırza geçme fiilinin başlangıcı değildir. Her ikisi de ayrı ayrı fiillerdir. Sanığın mesken masuniyetini ihlalden ayrı olarak ırza geçmeye yönelik niyetini açığa vuran yere yatırmaya kalkışmak, şalvar veya donuna el atma gibi herhangi bir hareketi sözkonusu değildir, vs.) belirtilerek önceki hükümde direnilmiştir. Dosyaya, oluşa ve delillere göre, sanığın olay gecesi saat 04 sıralarında ırzına geçmeyi kastedildiği mağdurenin evinin bacasından yalnız başına uyumakta olduğu odasına girdiği, gürültüye uyanan ve kocasının askerde olduğunu bilen sanığın ırzına geçmek için bu koşullarda evine girdiğini anlayan mağdurenin sanıkla boğuşmaya başlamakla beraber bağırarak yakınlarından yardım istemesi üzerine icraya başlamayı kastedildiği cürmü tamamlayamadan olay yerinden kaçtığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, bir suçun meydana gelmesi için bir eylem gereklidir. Hemen ilave edilmelidir ki, bu eylem ya icrai ya da ihmali olacaktır. Eylem işlenmeden önce failde bir suç işleme fikri ortaya çıkar. Bu fikir karar haline gelince kast oluşur. Kast oluşunca bunu gerçekleştirmek için hazırlık hareketleri yapılır ve daha sonra da işlemesine yani icraya geçilir. Sonuç meydana gelmişse suç tamamlanmıştır. Doğaldır ki, failin sorumluluk derecesi icra hareketlerinde ilerlediği derecede ve sonuçlarına göre saptanacaktır. Sanık savunmasında mağdurenin ırzına geçmek için evine girdiğini ikrar, mağdure de sanığın bu kasıtlı geldiğini beyan etmişlerdir. Şu halde sanığın mağdurenin evine mesken masuniyetini ihlal amacı ile değil ırza geçmek amacı ile girdiğini, kastının ırza geçmek olduğu açıkça ortadadır. Nitekim, olayın oluş biçiminden de anlaşılacağı üzere, gecenin geç saatinde, ıssız ve تنها bir ortamda yalnız başına oturduğunu bildiği mağdurenin evinin yatak odasına girmek, Onun direnmesi ve bağırması üzerine kaçmak biçimindeki eyleminde mağdurenin ırzına geçmek cürüm kastının açığa çıktığında hiç bir kuşku bulunmadığı gibi, bu hareketlerin ırza geçmeye yönelik icrai hareketler cümlesinden olduğunda da kuşku yoktur. Sanık bu şekilde hareketi ile mağdureyi emeline ram etmeyi hedef tutmuştur. Bu nedenle özel daire bozma kararı yerinde olup uyulmak gerekirken yazılı biçimde önceki hükümde direnilmesi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden, C.Savcısının temyiz itirazının kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. Çoğunluk kararına katılmayan üyeler, yerel mahkemenin görüşünü benimseyerek usul ve yasaya uygun olan direnme hükmünün onanması gerektiği yolunda oy kullanmışlardır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1982/5-432 K. 1982/24 T. 25.1.1982; **Kazancı İçtihat Bankası**, [çevrimiçi, 25 Mart 2007, saat: 14:00].

sonucu olarak kast, ne eylem sonrasına ne de eylemden önceki bir ana denk gelen bir “arzu” vb. bir kavram değildir⁹¹. “Tasarlamayı” kastın bir türü olarak nitelendiren bu görüşün, bizim burada savunduğumuz kast kavramından farklı bir kast tanımına sahip olduğu muhakkaktır. Örneğin bu sonucu *Gözübüyük*’ün ifadelerinden çıkarabilmek mümkündür: “...tasarlama (hukuki) olmaktan çok (fiili) bir haldir...] [...(kasıt) ile (fiili icra) arasında geçecek zaman için, saat veya gün gibi bir ölçü koymak imkânsızdır.”⁹² Bu anlayışa göre, “kasıt” sanki failin eyleme zihninde karar verdiği anda ortaya çıkıyor ve seneler geçse bile o an geldiğinde fiili icraya geçiyor! İşte sorun tam da bu anlayışın kendini formüle ettiği ifade şeklinin içinde saklıdır: Kast, failin haksızlığı tercih ettiği anda var olan kararını esas almalıdır; aksi durumda yukarıda aktarılan içsel belirlenimin, ceza hukukunda kullanılan kasıt ile bir ilgisi yoktur.

Hareketin içinde saklı bir dinamik olan kastın, hukuki değer ihlaline veya bunu tehlikeye sokmaya dönük irade olduğunu kabul edersek bir yoğunluk farkının da bulunmadığını kabul etmiş oluruz. Yukarıda *dolus directus* ile *dolus eventualis* ilişkisini belirlemeye çalıştığımız bölümde ifade ettiğimiz üzere, eğer söz edilen şey “arzu” gibi hukuk dışı bir kavram değilse, kast türleri açısından bir derecelendirme yapmak, “az” ya da “çok” kasttan bahsetmek olanaksızdır. Bu sebeple, kanımızca salt sübjektivist olan “kastın yoğunluğu” kuramını kabul edemiyoruz⁹³.

Bu noktada *Maurach*’ın kusur/kast ayrımı ile ilgili kriterini belirtmek gereği hissediyoruz: “Hareketin bir parçası olarak kast değerlendirmenin objesidir ve bununla birlikte o andaki süreç dahilinde ceza hukuku açısından sahip olduğu önemi ve isnadiyadı mucibince tetkik edilecek psişik bir vakadır; yani bu incelemenin sadece nesnesidir...] [...asla bir değerlendirme vasıtası değildir.”⁹⁴ Kast, objektif

⁹¹ Eş zamanlılık prensibi ile ilgili olarak bkz. Hruschka, **Strafrecht nach logisch-analytischer Methode**, s. 55-56.

⁹² Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. IV, Ankara, Sevinç Matbaası, t.y., s. 315.

⁹³ Karşı görüş için bkz. Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C.I, Onuncu Baskı, A.Ü.H.F. Yayınları No. 335, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 484-485

⁹⁴ *Maurach*’ın savunduğu “doğal kast” kuramına katılmamakla birlikte, kusura ait olan parçaların kastın kapsamından çıkarılması gerektiğine ilişkin bakış açımızdan dolayı söz konusu alıntıyı buraya koyduk. Bkz. *Maurach*, **AT**, § 22, s. 219.

haksızlığa vücut veren eylemin bir parçasıdır ve konusu kişiler arası hukuki özgürlük ilişkisinin inkar edilmesidir, buna karşın failin normun genel geçerliliği karşısındaki tutumu (inkarı) ise, kusurun kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu açıklamalardan sonra, TCK m. 82’de yer alan “tasarlama” unsurunun ve doktrinde savunulan “ani kast” kavramının nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde durmalıyız. Failin normun genel geçerliliği karşısında takındığı tutum onun kusuruna etki edebilecek bir faktördür. Kusur failin özgürce haksızlığı tercih etmesi olduğuna göre, bu tercih sürecine tesir eden her etmen kusurun hesap edilmesinde dikkate alınabilecektir. Failin işleyeceği fiil üzerinde uzunca bir süre düşünmüş olması ve sonucunda yine de haksızlığı tercih etmesi, pekâlâ kusur bağlamında cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek bir husus olabilir. Ancak tekrar edelim ki bu sürecin, yani iradenin şekillenmesi sürecinin ve normun genel geçerliliği karşısında failin benimsediği inkarcı tutumun yoğunluğunun kast kavramıyla bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla bu kavramlar, failin ani olarak veya üzerinde düşünerek vermiş olduğu bir karara dayanan eyleminin *değerlendirilmesi* ve cezanın ferdileştirilmesi bağlamlarında ele alınabilecektir. Bu açıdan yaklaştığımızda TCK m. 61/f.1-b.f’de yer alan “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” ifadesinin de en azından kast ve kusuru birbirinden tamamen ayrı tasavvur eden görüşler bakımından (karş. örneğin Alm. CK. parag. 46) tutarlı bir yönü bulunmamaktadır.

Kanun koyucu bazen önem atfettiği ve kusura ait olan unsurları, haksızlığın şekli içeriğine dahil edebilir. Ancak bu tercih bazı durumlarda kanun uygulayıcısının elini bağlayan ve düşük kusurluluk derecelerinde de yüksek ceza uygulanmasını zorunlu kılan bir içeriği dayatmış olabilir. Şöyle ki: Eğer “tasarlama” failin normun genel geçerliliğini ihlal etmeye dönük iradesinin en yoğun şekli olarak tanımlanacaksa, bu aynı zamanda failin en yoğun derecedeki kusur ile hareket etmiş olduğuna da delalet edecektir ve bu yönüyle “tasarlamaya” yüksek ceza öngörülmüş olmasının pratik bir zaafı söz konusu olmayacaktır. Fakat örneğin “yaşamaktan dolayı cismanî eziyet çeken bir yakını tasarlایarak öldüren bir kimse”⁹⁵ söz konusu olduğunda da aynı derecede yoğun kusur sorumluluğundan bahsedilebilecek midir?

⁹⁵ Bu örnek için bkz. Michael Köhler, “Zur Abgrenzung des Mordes Erörtert am Mord Merkmal ‘Verdeckungsabsicht’”, **GA 1980**, s. 123.

Köhler bu gibi durumlarda kusurun tayininde kullanılması gereken ikinci bir uğraşın altını çiziyor. Bizim de katıldığımız bu görüş gereğince kusur, failin normun genel geçerliliğini ihlal etme iradesidir. Ancak *Köhler* kusurun bu salt hükmî içeriğini başka bir faktörle belirginleştiriyor: Bu yazara göre, failin, normun kendinde (“*an sich*”) genel geçerliliğini sadece kendisi için (“*für sich*”) inkar ettiği durumlar ile normun geçerliliğinin genel olarak inkar edildiği durumlar birbirinden farklı ihlalcî irade derecelerine sahiptir ve yukarıdaki örnekte yakınıni öldüren fail sadece bu duruma *özgü* olarak normun geçerliliğini ihlal ederken, örneğin soykırım suçunu işlemek doğrultusunda bir kimseyi öldüren failden niteliksel olarak daha az kusur içeriğine sahip hareket etmiş olacaktır⁹⁶.

Sonuç olarak, genel bir kusur yoğunluğu prensibi ortaya koyan “tasarlama” unsurunun belirttiğimiz anlamda kullanılmasının prensip itibarıyla görüşlerimizle uyumlu olacağı⁹⁷, ancak bu kavramın “kastın yoğunluğu” kuramına zemin sağlayan anlamlarından arındırılarak kullanılması gerektiği kanaatini taşımaktayız⁹⁸. Bu bağlamda haksız tahrik altında işlenen eylemlerde, eğer failin normal-psikolojik insiyakî bir eylemi söz konusu ise, kusurunda bir azalmanın olacağı kabul edilebilir⁹⁹; ancak eğer fail –haksız tahrik altında dahi- bizim anladığımız manada bir tasarlama ile hareket ediyorsa, bu durumda kanaatimizce normun geçerliliği karşısında takındığı tutumun düşük bir kusur derecesine karşılık geldiğini

⁹⁶ Normun genel geçerliliğinin ihlali ve bunun niteliksel kategorilerini tanımlayan *Köhler*’in bu örnek ve yorumu için bkz. Köhler, **GA 1980**, s. 138.

⁹⁷ Müphem addettiği unsurun kanundan çıkarılması yönünde görüş bildiren bkz. Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 192.

⁹⁸ Yargıtay’ın geleneksel içtihadı taammüdü bir kast türü olarak niteliyor. Bunun yanında “haksız tahrik indirimine” öç-almacı bir fonksiyon yüklendiğinden, bu indirim sebebinin sapma halinde uygulanamayacağına dönük kararlar veriliyor. “...Maktûlden kaynaklanan haksız bir hareket olmaması, suçun işleniş şekli ve tasarlama yaklaşan kasıt yoğunluğu gözönüne alınarak, temel cezanın asgari haddin üzerinde belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi...” Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2005/1232 K. 2005/4792 T. 27.12.2005, **Kazancı İçtihat Bankası**, [çevrimiçi, 25 Mart 2007, saat 14: 29]

⁹⁹ Alman Hukukunda haksız tahrik hükmü bulunmamaktadır. *Köhler*’e göre, bu sebeple, Alman Yüksek Mahkemesi bir çok kararında normal-psikolojik insiyakî eylemlere dair kusur yeteneğine ilişkin hükümleri kıyasen uygulama zarureti içine düştüğüne işaret etmektedir. Dolayısıyla yazar, bu gibi durumlara ilişkin olarak, Alman Ceza Kanununa yasak yanılığının düzenlendiği 17. paragrafa paralel bir hükmün sevk edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Köhler, **GA 1980**, s. 134-135.

söyleyebilmek zorlaşacaktır¹⁰⁰; zira bu halde fail “hınçla” yani “öç almacı” bir karakterle eylemine yön vermektedir ve bu aslında hukuk düzeninin geçerliliğini inkar iradesinin yoğunluğunu belirtir¹⁰¹.

3.2.2. Yan Netice Kastı: Olası Kast

Çalışmamızın bu bölümünde bir yan netice kastı olarak tanımladığımız¹⁰² olası kast kavramı hakkında geliştirilen teorileri ve bu çerçevede kendi görüşlerimizi sergilemeye çalışacağız. Amaçsal eylemin doğrultusunda ortaya çıkan ve ana netice kastı adını verdiğimiz maksat bakımından, olasılık kavramının nisbî bir rol oynadığını belirtebiliriz; zira bu halde olasılık ancak objektif isnad edilebilirlik, yani maddi unsurların sınırı bağlamında ele alınabilecektir. Ancak yan netice kastı ile bilinçli taksir arasındaki sınırın çizilmesi meselesi, olasılık kavramını tekrardan tartışmanın merkezine çekecektir. Fakat bu merkezde yer alan tartışmada değişik bir bakış açısının benimsenmesi ve “olası kast”ın sadece olasılık hesabına indirgenmemesi gereğini yukarıda belirtmiş olduğumuzu hatırlatıp tartışmadaki görüşleri aktarmaya başlayacağız.

Doktrinde gelişen olası kast tartışmalarında neredeyse her tartışmacı tarafından bir teori geliştirilmiş ve olası kastı tanımlamak için çok çeşitli formüller ortaya atılmıştır. Ancak bu teori bolluğuna rağmen tartışmaları üç temel görüş (tasavvur teorisi, normatif teori, irade teorisi) etrafında kümelendirebilmek mümkünse de, bu tasnif metodu dahi aslında pek de doğru olmayan sonuçlara da yol açabilmektedir. Kanımızca bunun sebebi, olası kast gibi temel teorik bir sorun hakkında bir teori ortaya atıldığında bunun kapsamlı bir kavramsallaştırmayı da beraberinde getirmesinin zorunlu olmasında yatmaktadır. Öyle ki, olası kasta ilişkin bir bakış açısı söz konusu olduğunda, bu doğrudan diğer görüşleri de onların

¹⁰⁰ Karş. İçel / Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, s. 195; Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, s. 227. *Erman*’ın failin plan kurmasının toplum bakımından yarattığı tehlikeyi referans alan görüşlerine de katılmıyoruz. Karş. Sahir Erman, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, © Erman Özek, Dünya Yayıncılık A.Ş., 1994, s. 42

¹⁰¹ Karşı görüş için bkz. Dönmezer / Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C. II, kn. 949, s.240. Bu anlayışımızın doğal sonucu olarak, “bizzat ihkak-ı hak suçunun” hala cezalandırılabilir bir anlamı taşıdığını vurgulamalıyız.

¹⁰² Benzer bir tespit için bkz. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 349-350.

kendilerini tanımladığından farklı bir biçimde kategorize etme sonucunu doğurabilmektedir.

3.2.2.1. Tasavvur Teorileri

İmkan teorisine göre failin olası kastla hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, onun neticeyi mümkün görmesi ve buna rağmen hareketini icra etmesi gerekir. Görülüyor ki; olası kastı bu şekliyle ele almakla imkan teorisi, diğer teorilere nispetle kavramsal farklılığını bilme unsuru üzerinde inşa etmektedir. Bu teoriye göre failin eyleminin sübjektif yönü kendini isteme unsuru üzerinde değil, bilme unsuru üzerinde –yani neticenin meydana gelme imkanının bilinmesi üzerinde- var etmektedir. Böylelikle olası kastın belirlenmesinde irade unsuru üzerinden yapılan bir tefrik usulüne ihtiyaç kalmayacak ve başka bir anlatımla, bu durumda failin neticeyi “istememiş olması savı” değerlendirilmeyecektir¹⁰³. Bu noktada belirtelim ki, bu teoriye göre olası neticenin gerçekleşmesinin fail tarafından ayrıca “ciddi” olarak mümkün öngörülmüş olmasına pek ihtiyaç yoktur. Zira eğer imkan teorisini kabul ediyor ve olası neticenin failce mümkün görülmesini kabul ediyorsak, olasılık faktörünün neticenin meydana gelmesi imkanı doğrultusunda –dikkat edilirse bu anlamıyla “imkan” “olasılığa” göre gerçekleşmesi daha kuvvetli bir durumu ifade ediyor- “ciddiyeti” de bünyesinde barındırdığını kabul etmeliyiz¹⁰⁴. Olası kast kuramı bakımından bu teorinin incelenmesi için bir olay örneğini buraya nakletmeyi ve onu çözümlemeyi uygun gördük:

Benzin-Vakası¹⁰⁵ diye nitelendirilen olayda fail (A), ölen (D) ile evvelce içinde bulundukları ilişki biçimine uygun olarak, saat dört sularında (D)’nin evine “dertleşmek ve teselli bulmak” için gelmiş ve akabinde geceyi onunla geçirmeye karar vermiştir. Saat ona geldiğinde fail (A) yakında bulunan istasyondan bir bidon benzin temin ederek maktul (D)’nin evine geri dönmüştür. Olayın devamında (A), (D)’yi kumaş parçalarıyla kendi yatağına bağlamış ve 3 litreye yakın benzini maktulün üzerine, yatağa ve halıya gelecek şekilde dökmüştür. Daha sonra -ihtimal ki müteaddit defalar olsun- fail çakmağını ateşlemiştir. Fail (A), dökülen benzin sebebiyle çakmağı ateşlemesinin evde

¹⁰³ İmkan teorisini bu şekilde yorumlayan görüş için bkz. Gropp, AT, § 5, kn. 102, s.173.

¹⁰⁴ Olası kastı “...ciddi olarak mümkün görme[k] ve bu neticeyi kabullenmek” olarak tanımlayan görüşler için bkz. Öztürk/ Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, § 5 kn. 283, s. 181. Gerçi yazarlar, tanımın devamında gelen satırlarda olası kastı, isteme ve bilme unsurlarında bir *azalma* olarak kabul ettiklerini ifade etmekte ve üstte belirtilen tanımları genişletmektedirler.

¹⁰⁵ Maddi olayın ve kararın tam metni için bkz. **HRRS İçtihat Bankası**: BGH 4 StR 162/00 - Urteil v. 20. Juni 2000 (LG Dortmund) [çevrimiçi, 11 Ocak 2006, saat 03:04]. Ayrıca özet metin için bkz. Gropp, AT, § 5, kn. 100, Beispiel 5/9, s. 172-173 ve Puppe AT-I, § 16, kn. 21, s. 303.

bir yangına sebebiyet verebileceğini ve bu tehlikenin yatağa bağlı bulunan (D)'yi ölüme götürebileceğini bilmektedir. Hadise tahmin edildiği doğrultuda gelişmiş ve maktul (D) benzinin parlamasıyla oluşan alev topu sonucu yüzlerce derecedeki sıcak havanın birkaç defa solunması suretiyle ısı şoku geçirerek ölmüştür. Fail (A)'nın kendisinin de vücut derisinin yüzde yirmisi yanmıştır.

Psikiyatrik inceleme sırasında şu bulgular tespit edilmiştir: Olay günü fail (A) beraber yaşadığı partneri tarafından şiddete maruz kalması üzerine ortak evlerinden kaçarak maktulün yanına sığınmak suretiyle onunla “dertleşmek” ve onda “teselli bulmak” istemiştir. Bu durum fail ile maktul arasında daha evvelden de var olan bir ilişki biçimidir.

Olay günü öğleden sonra maktul, fail (A)'dan kendisini yatağa bağlamasını ve çıplak sırtına bıçak aracılığıyla çizikler atmasını istemiştir. Ancak bu teklifi failin reddetmesi üzerine maktul, “benzinin kokusundan ve soğukluğundan hoşlandığını” söyleyerek üzerine benzin dökmesini fail (A)'dan istemiştir. (A) tarafından arzusunun yerine getirmesi üzerine maktul, failden bağlı olarak yattığı yatakta üzerine çıkarak çakmakla oynamasını istemiştir. Fail yukarıya doğru tuttuğu çakmağı müteaddit defalar ateşlemiştir. İlk çakıştan sonra benzinin alev almamış olması failde neticenin gerçekleşmeyeceğine dönük bir itimat hissinin uyanmasına imkan sağlamış ve her çakıştan sonra failin tehlikenin gerçekleşmeyeceğine olan itimadı daha da artmıştır. Sonuç itibarıyla fail ölüm neticesini arzu etmemektedir, netice failin saflığı ve kolay kanması yüzünden meydana gelmiştir.

İmkan teorisini kabul edersek yukarıdaki olayda derhal olası kastla hareket edildiği sonucuna ulaşabiliriz. Bu durumda fail ölüm neticesini hiç istememiş olsa dahi olası kastla hareket etmiş olacaktır. Bu çözümde kastın isteme unsurlarına ilişkin değerlendirmelere hiç girmeden –yani neticeyi “istememiş” olması savını dikkate almadan- failin mümkün gördüğü neticeyi gerçekleştirebilmeye dönük hareketi icra etmesi, bizi olası kastın varlığı sonucuna götürecektir. Bu teoriye göre; benzin dökülmüş bir yatakta çakmakla oynamasının ölümle sonuçlanabilecek bir yangına zemin hazırlayabileceğini öngören ve buna rağmen iradi olarak hareketlerini gerçekleştiren fail olası kastla ölümden dolayı sorumlu tutulacaktır. Kanımızca bu teori cephesinden meseleye bakıldığında, bilinçli taksir ile olası kast arasındaki iradeye dayalı narin sınır da anlamsız hale gelmektedir. Bu teorinin taraftarı olan *Schmidhäuser* “faile ait asıl önemli psişik durumunun, hareketin başlangıcı anında var olanla sınırlı belirlenmesi gerektiğini, failin eylemden önceki veya eylemden sonraki mülahazalarının dikkate alınamayacağını; zira ancak bu “nihai nokta”daki (yani eylem anındaki) bilincin mülahazalar sırasında ortaya çıkan tehlike bilincini bastırması olabileceğine” işaret ediyor¹⁰⁶. Kanımızca bu noktada yazarın imkan olarak

¹⁰⁶ Bkz. Schmidhäuser, AT, § 10, kn. 95, s. 439. Yazar tam da bu noktadan hareketle, “neticenin gerçekleşmeyeceğine dair güvenin” aslında neticenin gerçekleşme imkanının öngörülmemesi demek olduğunu belirtiyor.

tanımladığı durum ile salt tehlike öngörüsü arasında bir fark vardır. Yani yazar burada imkan kavramının anlamını daraltmak suretiyle aslında “güven unsurunu” yapay bir biçimde teorisine ekliyor.

Bilinçli taksir ile olası kast arasındaki sınırı muğlaklaştıran imkan teorisi bu eleştirilere¹⁰⁷ karşı, başka bir kriter geliştirerek olası kast kuramını sağlamlaştırmak istemiştir. İmkan teorisine göre, olası kastın varlığından bahsedebilmek için neticenin gerçekleşmesi imkanının *somut* bir biçime bürünmüş olması gerekmektedir¹⁰⁸. Yani fail, gerçekleştirdiği hareketinin içinde saklı bulunan riske ilişkin öngörüsünü, belirli *kavrayış noktalarını* ortaya sererek zaten hareketiyle izhar etmiş olmalıdır¹⁰⁹, tehlikeyi kavradığını göstermelidir. Kanımızca yukarıda anılan benzin olayında failin çakmağı havaya doğru tutarak çakması aslında onun mümkün gördüğü bir yangın tehlikesinden çekindiğinin bir emaresi olabilir. Bu belirti failin olası neticenin gerçekleşmesi ihtimaline uzak olmadığına bir kanıtıdır¹¹⁰. Buna göre failin tehlike imkanına yakınlığı ancak neticeyle failin hareketi arasındaki somut mesafe ile ölçülebilir. Şöyle ki; failin öngörüsü “*somutlaşmış bir nedensellik zinciri*” üzerinde şekillenmiş olmalıdır¹¹¹. Yani bir tehlikenin gerçekleşmesi imkanını öngörerek hareket eden her kişi olası kastla hareket etmiş demek değildir. Neticenin gerçekleşmesine dönük tehlike riskinin failin hareketine bir yakınlık taşıması, başka bir ifadeyle somutlaşmış olması icap etmektedir¹¹². *Schmidhäuser*’e göre *somut* tehlikenin bilincinde olmak kastın varlığı için yeterliyken; bilinçli taksir durumunda fail, davranışlarının *soyut* tehlikeliliğinin *bilincinde* olmalıdır¹¹³. Yani anılan durum muhtemel bir *tehlikelilik* değil, somut bir *tehlikenin* varlığının bilincinde olmayı

¹⁰⁷ Bu eleştiri için bkz. Jescheck / Weigend, **AT**, s. 302.

¹⁰⁸ *Wessels / Beulke*, bu durumu “...hukuksal yarar ihlalinin somut olanağının failce öngörülmüş olması...” biçiminde tarif etmektedirler. Bkz. *Wessels / Beulke*; **AT**, § 7, kn. 217, s. 84.

¹⁰⁹ Bkz. *Kindhäuser*, **LPK-StGB**, § 15, kn. 112, s. 119.

¹¹⁰ Bu noktada belirtelim ki, olası kastın varlığının kabulü için BGH bu kavrayışı yeterli görmemiş ve istemeye ilişkin başkaca olguların (örn. “uygun görme”, “kabullenme” vb.) varlığını da aramıştır. Bkz. Yukarıda anılan benzin vakasına ilişkin Yüksek Mahkemenin görüşleri, kn. 9.

¹¹¹ Bkz. *Kindhäuser*, **LPK-StGB**, § 15 kn.113, s. 119.

¹¹² *Öztürk / Erdem*, “...neticenin somut olarak gerçekleşme olanağı[ndan]...” bahsetmektedir. Bkz. *Öztürk / Erdem*; **a.g.e.**, § 5 kn. 284, s. 182.

¹¹³ Aktaran bkz. Jürgen Ambrosius, **Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung**, Neuwied am Rhein – Berlin, © Hermann Luchterhand Verlag, 1966, s. 32.

gerektirmektedir. *Kindhäuser* ise imkan teorisinin somut tehlike üzerine kurduğu düşünce kalıbını bir örnekle açıklamaktadır; buna göre¹¹⁴: “kabak lastiklerle trafikte seyir etmek her zaman bir kaza tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Ama failin bu durumunun bilincinde olması, olası bir kaza halinde onun olası kastla hareket ettiği sonucunu doğurmaz.” Sonuçta fail, belirli maddi olgulara dayalı somut tehlikenin gerçekleşmesi riskiyle karşı karşıya kalmamıştır. Buna mukabil imkan teorisi gereğince, benzin vakasında olduğu gibi failin belirli maddi olgulara dayalı somutlaşmış bir tehlikeyi öngörerek hareket etmesi yine de anılan olayda olası kastın kabulünü gerektirmektedir.

İmkan teorisi olası kastın kavranışını, iradenin oluşum anına dayandığına göre, bu durumda failin içsel dünyasına ait parçaların da anlamlandırılmış olması gerekir. Bu gereklilik karşısında *Ambrosius* haklı olarak şu soruyu sormaktadır¹¹⁵: “fail tehlikeli davranışı sırasında –kendince- belirli önlemleri almışsa veya başka ihtimaller karşısında özel nitelikli yeteneklerine dayanmaktaysa hala (somut bir) tehlikeden bahsedilebilir mi?” Kanımızca da, failin zihninde cereyan eden bu düşünceler aslında iradesinin dışsallaşması sürecine aittir ve failin kararının şekillenmesinde kesin bir etkiye sahiptir. Hakikaten meselenin temeline inildiğinde *Schmidhäuser*’in imkan teorisinin de sonuçta “mümkün görülen neticenin gerçekleşmemesine dönük itimadı” bünyesinde barındırdığını görebiliriz¹¹⁶. Zira yazara göre failin olası bir neticenin gerçekleşmeyeceğine dönük itimadı aslında onun bu neticenin gerçekleşme imkanının da bulunmadığı yönündeki bilincinden doğmaktadır. *Schmidhäuser* yukarıdaki bölümde kullandığımız aldırma sürücü vakasına benzer bir olay kurgusuyla; “bir davete yetişmek için virajlı bir yolda akşam karanlığında aşırı süratle seyreden fail” örneğini ileri sürüyor; yazara göre bu durumda her viraj dönüldüğünde veya sürüş güvenliği bakımından bir tehlikenin doğduğu her noktada aslında failin de ayağını gazdan çekerek frene basıyor olması,

¹¹⁴ Yukarıda belirttiğimiz üzere, *Kindhäuser*, teorisinin bu unsuruna “somutlaşmış nedensellik zinciri” adını vermektedir. Ama sonuç olarak, tehlikenin somut bir hal almasına dönük ileri sürdüğü örnek yerindedir. Örnek için bkz. *Kindhäuser*, a.e.

¹¹⁵ Bkz. *Ambrosius*, a.e.

¹¹⁶ Bkz. Eberhard Schmidhäuser, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“*dolus eventualis*” und “*bewußte Fahrlässigkeit*”)", *JuS* 1980, s. 244.

onun bir kaza imkanını ortadan kaldırmaya dönük hareket ettiğine delalet eder ve dolayısıyla muhtemel bir kaza halinde failin olası kastla hareket etmiş olduğu iddia edilemez¹¹⁷.

İmkan teorisi ile ilgili bir başka görüşe göre, “ikinci derecede doğrudan kast” olarak tanımlanan durumlarda, failin irade momentinin varlığı üzerinde ayrıca araştırmada bulunmaya ihtiyaç yoktur¹¹⁸. Zira bu durumda bir ihtimal belirlenimi olarak değil, bir kesinlik olarak tipe ait unsurlar hakkında failin bilgisi mevcuttur¹¹⁹. Bu durumda isteme unsurunun bilme unsurunu mündemiç olduğu mantikî bir sonuç olarak tasavvur edilmektedir. İmkan teorisi taraftarları da olası kastın belirlenmesinde de aynı ilkeyi geçerli saymaktadırlar ki, bu durum aslında olası kast ile “ikinci derecede doğrudan kast” arasındaki ayrımı ortadan kaldırmakta ve tipik neticenin kesin olarak gerçekleşmesi bilgisine vakıf olmak ile olası bir neticeyi öngörmek arasındaki farkı silikleştirmektedir. Ancak kanaatimizce daha evvel ifade ettiğimiz üzere “ikinci derecede doğrudan kast” ile olası kastı aynı biçimde ele alınmasının sebebi neticenin amaçsal niteliği üzerinden yapılacak bir ayırım ile mümkün olabilir, yoksa her iki halde de isteme unsurunun bulunmadığı yönündeki iddia isabetli değildir. *Schmidhäuser* ise bu iddialara karşı; tehlike *bilinci* kavramının olası kastı doğrudan kasttan ayıran bir kriter olarak kullanılabileceğini ve anılan bilinç durumunun yokluğu halinde de, bilinçli taksirden bahsetmenin mümkün olabileceğini savunmaktadır. Buna göre, “kim bir hukuki değer ihlali imkanının bilinciyle hareket ediyorsa, bu kimse bu vakada hukuki değere karşı gelen bir karar almıştır ve onun herhangi bir surette ihlal edilmesine razıdır”¹²⁰.

¹¹⁷ Bkz. *Ae.*, s. 245.

¹¹⁸ Bkz. Gropp, *AT*, §5, kn. 97, s. 171-172.

¹¹⁹ Doğrudan kast ile olası kast arasındaki bu yönde bir ayırım kriteri için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 302.

¹²⁰ Bkz. Schmidhäuser, *JuS* 1980, s. 249. Yazar burada kayıtsızlık teorisine yaklaşıyor.

İmkan teorisi savunucularının bu iddialarına karşı *Wessels/Beulke*¹²¹; hareketin icrasında ısrarcı olan –yani eylem kararında sabit kalan- failin içinde bulunduğu durumun, failce imkan dahilinde görülen hukuki yarar ihlaline dönük kesin kararlılığı da beraberinde getirmediğini belirtmişlerdir. Aksi halde, yani imkan teorisinin kabulü halinde, ortaya çıkan *varsayımsal zorunluluk bağı* kast kavramını bilinçli taksir alanına tecavüze zorlayacaktır. Yazarların bu iddiaları yerindedir fakat tehlike kastı ve zarar kastı arasındaki ayrıma dayanılarak kuvvetlendirilmelidir. Örnek vakalar olarak sunduğumuz “benzin vakası” ve “aldırmaz sürücü vakası”nda failler bir hukuki değer ihlaline vücut verebilecek olan bir tehlikeyi somut olarak öngörmektedirler; ama her iki durumda da failler –Yüksek Mahkemenin olaya ilişkin değerlendirmelerinde kullandığı “arzu etmemiş olma” kriterinden bağımsız olarak- muhtemel neticenin gerçekleşmeyeceğine de güvenmişlerdir¹²². Dolayısıyla vaki ölüm neticelerini eylemlerinin kapsamı dışına almışlardır, yani bu neticelerin faillerine sübjektif isnadiyadi imkanını ortadan kaldırmışlardır. Eğer *Schmidhäuser*’in geliştirdiği kastılık kavramı tanımıyla bu hadiseleri incelemiş olsaydık, “ihlal imkanının [...] her hangi bir surette gerçekleştirilmesine dönük”

¹²¹ Bkz. *Wessels/Beulke*; **AT**, § 7 kn. 217, s. 85. *Wessels/Beulke*, imkan teorisi savunucularına karşı giriştikleri polemikte şu örneği sunmaktadırlar: “İşine yetişmek için aceleyle hareket eden araba sürücüsünün iş trafiği saatinde, sisli hava koşulları altında, dar bir yolda, ağır vasıtanın birini sollaması ve karşı yönden gelen motosikletlinin ölümüne sebebiyet vermesi halinde fail tehlikenin *somut olanağını* öngörmüştür.” Yazarların öne sürdükleri örnekten imkan teorisi namına yaptıkları çıkarımlar isabetsizdir. Zira imkan teorisinin iddialarını kabul edersek, kurgusal örnekte somut olanağın saptanması fail ile olası netice arasında “somutlaşmış bir nedensellik zincirinin” varlığına bağlıdır. Sunulan örnekte ise bu somutluğun tespit edilebilmesi failin sollama esnasında karşı yönden gelen aracı görmüş olması ve bu *somut* durumda hareketinde *ısrarcı* kalmış olması hallerinde kabul edilebilecektir. Belirtelim ki, bu teoriye göre; sisli hava koşullarında gözü pek bir biçimde aracını kullanan kişi somut bir tehlike halinde değil, yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi kabak lastikleriyle trafikte seyreden bir kimsenin hareketi türünden bir eylem içindedir, yani *soyut tehlikelilik* halinde bilinçli taksirle hareket etmektedir. Tabii ki teorinin bu kurgusuna katılmıyoruz. Çünkü, tehlikenin somut olması halinde dahi fail, olası gördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenerek hareket ediyor olabilir.

Wessels/Beulke’nin imkan teorisine getirdikleri eleştiriler sırasında kullandıkları bir argümana da temas etmek istiyoruz. Yazarlar, “işine yetişmek için arabayı süratli kullanan kişi” ile “banka soygunu sonrasında takipte olan polislerden kurtulmak için arabasını süratli süren kişinin” yol açtığı neticeler ve “korunan değerler karşısındaki içsel tutumları”nı mukayese ederek bu iki durum arasında farklı sonuçların olabileceğine temas ediyorlar. Her ne kadar olay kurguları gereği yazarların ulaştıkları sonuçlar doğru olabilirse de, kişinin hukuk karşısında takındığı tavrın kastın belirlenmesinde ayrırcı bir kriter gibi lanse edilmesi son derece hatalı ve peşin hüküm dolu sonuçlara ulaştırabilir. Bu şekliyle bu argüman, “hukuk dışı zeminde bulunan eyleminin sonuçlarına katlanmalıdır” diye anılan Müşterek Hukuka ait kast karinesini çağrıştırmaktadır.

¹²² Benzer bir eleştiri için bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 42, s. 455.

kararları olduğunu kabul etmemiz dolayısıyla olası kastın varlığına hükmetmemiz gerekecekti.

Kanaatimizce imkan teorisi, imkan kavramına yüklediği anlamı daraltarak güven kavramını da bünyesine almaya çalıştığı oranda isabetlilik taşıyacaktır. Ancak sonuçta bu teori, bir hukuki değeri ihlal etmeye matuf irade ile bir hukuki değeri tehlikeye sokma iradesi arasındaki ayrımı göz ardı etmekte ve olası kast kavramını tehlike kastı derecesine indirgemektedir¹²³. Yukarıda aktardığımız somut/soyut tehlike kriterleri de bu yorumumuzu destekler bir anlamda yazarlar tarafından kullanılmıştır.

Olasılık teorisi, olası kastın *dolus directus*'tan ayrılarak belirlenmesini – imkan teorisinde olduğu gibi- sadece kastın bilme unsurunun varlığına bağlamakta, yani kastın tespitinde ayrıca irade unsurunun belirlenmesi gereğini yadsımaktadır. Olasılık teorisine göre; failin tipe uygun neticenin gerçekleşmesini muhtemel görmesi halinde olası kastın varlığından bahsedilecektir. Buna göre neticenin gerçekleşmesinin sadece imkan dahilinde öngörülmesi olası kastın varlığını kabul için yeterli olmamaktadır¹²⁴. “Olasılık” kavramını vurgulayan teori, bu durumun “mümkün görme” haline nazaran neticenin gerçekleşebilmesi yönünde daha ağır basan bir somutluğa sahip olduğu kabulünden yola çıkmaktadır¹²⁵. Öyle ki; olasılık kavramı, “mümkün” olma halinden fazla, fakat “kuvvetle muhtemel” olma halinden daha hafif bir olguya karşılık gelmektedir¹²⁶. Bu iki sınır çizgisinin belirlenmesi aslında, olası kastın alanın daraltılmasını önleyebilmek için esas alınmaktadır¹²⁷.

Tabii ki bu durumda yukarıda sayılan kriterler dairesinde olasılık kavramının sınırlarının nasıl tayin edileceği meselesi gündeme gelmektedir. Olasılık teorisine göre her failin davranış biçimi az yada çok olsun bir zarar doğması sonucunu

¹²³ Bkz. Köhler, **AT**, s. 164.

¹²⁴ Bkz. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 15, kn. 114, s.119

¹²⁵ Aktaran bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 45, s. 457.

¹²⁶ *Maurach*'a göre, olasılık, failin indinde tipe uygun neticenin gerçekleşmesinin yakın bir durumda olmasıdır. Bkz. *Maurach*, **AT**, s. 226.

¹²⁷ Aynı görüş için bkz. Gropp, **AT**, § 5 kn. 104,s. . Ayrıca yazar, teorisinin, düşüncesizlikle gerçekleşen davranışları kast sorumluluğunun dışında tutmak istediğini de belirtmektedir. Ancak belirtelim ki, “düşüncesizlik” kavramının sınırlarının belirlenmesi zaten kast ve taksir sorumluluk biçimlerinin sınırını da belirleyeceğinden, anılan çıkarım totolojiktir.

kavramaya ehildir. Her insan hayat tecrübeleriyle bu sonuçlara ulaşabilir. *Ambrosius*'un¹²⁸ verdiği bir örnek bu açıklamalarımızı somutlaştırmaya yardımcı olabilecektir. Buna göre; “hayat tecrübelerimizin oluşturduğu bilgiler vasıtasıyla bir uçağa yakıt doldurulması ile bir çakmağın doldurulması sırasında sigara içmenin, aynı eşdeğerlikte infilak (riskin gerçekleşmesi) ihtimalini taşımadığını söyleyebiliriz”. Ancak bu çıkarım dahi bizi, neticenin gerçekleşmesi olasılığının belirlenmesi sorununda kesin bir sonuca ulaştıramayacaktır. Zira her tehlike olasılığı değerlendirmesi failden faile farklılık gösterecektir. Herkes farklı hayat tecrübelerinden geçtiği için risk değerlendirmeleri de farklı olacaktır. *Mayer*'e¹²⁹ göre bu noktada tehlikenin objektif büyüklüğünün dışında kalan durumlarda failin subjektif olasılık mülahazalarının oluşumuna yön veren “akli” ve “akli olmayan” olgular, bir ayırım kriteri ortaya koyabilecektir. Yani objektif olasılığa rağmen faili – subjektif mülahazalar yoluyla- olasılığın inkarına götüren olgular akli olup olmamaları noktasında incelenecektir¹³⁰. Dikkat edilecek olursa bu teori her ne kadar bir isteme unsurunun varlığını reddeder gözüксе de, failin tehlike karşısında belirleyeceği içsel belirlenimlere önem vermek gereği hissetmektedir ve bu noktada normatif bir ayırım (aklî / aklî olmayan gibi) ortaya koymaktadır.

Frank tarafından ortaya atılan¹³¹, *Mayer* tarafından geliştirilen olasılık teorisi, *Welzel*'in ileri sürdüğü kriterler vasıtasıyla çeşitli açılardan sağlamlaştırılmıştır. İlk olarak tespit edilmesi gereken husus; olasılık teorisine göre, olası kastta *muhtemel* olan unsurun irade değil, bilme unsuru olduğudur¹³². Teori taraftarlarınca gayet yerinde bir tahlille, istem unsuru olmadan kastın varlığından bahsedilemeyeceği tespiti yapılmaktadır. Ve zaten istem unsuru üzerinden yapılacak değerlendirme, olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımı belirleyecektir. Buna göre, olası kast

¹²⁸ Bkz. *Ambrosius*, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, s. 31.

¹²⁹ Bkz. *Hellmuth Mayer*'den nakleden *Ambrosius*, a.e.

¹³⁰ Bkz. a.e.; *Mayer*'in bu kuramını aşağıda incelenen *Puppe*'nin “kast tehlikesi kuramı” ile karşılaştırınız.

¹³¹ Karş. *Maurach*, a.e. Olasılık teorisinin kurucusu olan *Frank*'ın ismine atfen geliştirilen *İkinci Frank Formülü*, “öyle yada böyle fark etmez, her halükarda ben hareket edeceğim!” diye düşünen failin kastının istem unsurunun kesin bir nitelik taşıdığı varsayımına dayanmaktadır. Bkz. *Welzel*, *DS*, s. 65 v.d.

¹³² *Welzel*'in bu görüşüne “ikinci derecede doğrudan kasta” ilişkin olan bölümde değindik.

halinde fail, mümkün gördüğü yan neticeler bakımından da *kesinlikle* –muhtemelen değil- isteyerek hareket etmektedir, fail bu durumu göze almakta ve olası neticelere tahammül etmektedir¹³³.

Welzel olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımı belirginleştirmek için “hedef tahtasındaki kadın” örneğini sunmaktadır. Şöyle ki; “girdiği iddiaya göre fail, hedefte duran kadına temas ettirmeden elinde tuttuğu cam küreyi vuracak ve düşürecektir. Ancak neticede kadının elini vurmuştur.” Olasılık teorisine göre; bu durumda fail, neticeye kendi kabiliyeti ile mani olabileceğine inanmışsa taksiren, sonucu şansa -veya tesadüfe- bırakmışsa (olası) kasten hareket etmiş sayılacaktır¹³⁴. Failin, öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi olasılığına dönük güveni, yukarıda belirtilen durum haricinde ayrıca, vukuu ihtimalinin uzak olduğunu hesap ettiği, fakat aksini de (vukuunu da) mümkün gördüğü yan neticeler bakımından, failin bu duruma etki edemeyeceğine inanmış olması halinde de var kabul edilecektir¹³⁵.

Kindhäuser’e göre¹³⁶ olasılık teorisi ve imkan teorisi, bu iki teori de somutlaşmış durumun tahmini kriterinden yola çıkarak aslında aralarındaki ayrımı terminolojik bir sorun derekesine indirgemektedirler. Ayrıca imkan teorisinde karşımıza çıkan imkanın/ihtimalin sınırının belirlenmesi meselesi, bu teori açısından da geçerlidir¹³⁷. Olasılık (ihtimal) teorisi ile imkan teorisi arasında, bilme unsuru üzerinden bir derece farkının kabul edildiği tespiti yerindedir. Ancak sırf bu sebeple anılan teorilerin aynı noktadan hareket ettiklerini ve sadece birbirlerinin versiyonları olduklarını ileri sürmek doğru değildir¹³⁸. İmkan teorisi, öngörü rağmen hareketi

¹³³ Dikkat edilecek olursa, *Welzel*’in irade teorilerine karşı çıkması, aslında bu teorilerde geçen “uygun görme vb.” ifadeleri failin his dünyasına ait kavramlar olarak reddetmesine dayanıyor. Karş. *Welzel*, **DS**, s. 69-70.

¹³⁴ *Lacmann*’ın örneğini nakleden bkz. *Welzel*, **a.e.**

¹³⁵ Bkz. *Welzel*, **DS**, s. 68. Ayrıca bkz. *Gropp*, **AT**, § 5, kn. 105, s. 174.

¹³⁶ Bkz. *Kindhäuser*, **a.e.**

¹³⁷ Aynı doğrultuda bkz. *Wessels/Beulke*, **AT**, §7, kn. 218, s. 85. Ayrıca yazarlar, olasılık teorisinde olasılık derecesinin neticeye katlanma iradesi açısından da bir karine olarak kabul edilmesini haklı olarak eleştirmektedirler.

¹³⁸ *Gropp*, olasılık teorisinin imkan teorisinin zaaflarını kapattığını ve voluntatif unsuru “neticenin gerçekleşmeyeceğine duyulan güven” formunda tekrar gün ışığına çıkardığını belirtmektedir. Ancak yazar, “*Welzel* tarafından takviye edilmiş olmasına rağmen” kuramın pratiğe dönük sıkıntıları barındırdığını ileri sürmektedir. Şöyle ki; *Gropp*’a göre olasılık teorisince kastın ispatı bir hayli

kastın varlığını ispata yeten bir olgu olarak kabul etmekte ve bu sebeple istem momentini yadsıdığı noktasındaki eleştirileri hak etmektedir. Buna mukabil olasılık teorisi, kastın bir türü olarak olası kastın da tespitinde, muhakkak istem momentinin varlığının tespit edilmesi gereğine işaret etmektedir. Ve bu surette olanak teorisinde hiç gündeme gelmemiş olan istem unsuru meselesinin çözümü için “yan neticelere *tahammül* etme”, “her *halükarda* hareket etme” kriterlerini belirlemiştir. Bilinçli taksir ile olası kast arasındaki ayrımın sadece voluntatif bir farklılık olduğu tespitiyle, imkan teorisinden farklı olarak, tehlikeli neticenin gerçekleşmemesine dair failin *güven* duyması kriterini de geliştirmiştir. Bu sayılan sebeplerle iki teori arasında sadece nüans bulunduğunu ileri sürmek isabetli değildir.

Değinilmesi gereken bir husus da, öngörme unsuruna ilişkindir. Fail ihtimal dahilinde bulunan neticenin gerçekten bilincinde olmalıdır. Olası neticeyi “hiç düşünmemiş olması” halinde kasttan bahsedemeyiz. Yukarıdaki bölümde izah ettiğimiz üzere *dolus eventualis*’ten bahsedebilmemiz için, olasılığın fail indinde kavranmış olması gerekmektedir. Teorinin sınırlarını belirginleştirmek için *Welzel* tarafından geliştirilen güven kriteri, esas olarak failin içsel belirlenimlerinden hareket etmektedir. Kanımızca, teorinin taraftarı olan *Welzel*’in görüşlerinin genel belirlenimlerini sübjektivist bir anlamda ele almak gerekir. Çünkü *Welzel*, açıkça teoriyi tasavvur teorisi başlığı altından çıkacak derecede isteme unsuruna önem atfetmektedir. Ancak bunun haricinde, teorinin omurgasını teşkil eden ve olasılık kavramı üzerinden geliştirilen formüller açıkça failin muhtemel gördüğü neticeyi “ciddiye almış” olabileceğine de işaret etmektedir ve sadece bu kriteri kullanması ile kastın ispatı bakımından hataya sevk edici özellikleri muhafaza ettiği söylenebilir¹³⁹. Teorinin güven ilkesine ilişkin olarak ortaya atılan normatif kavramlarının incelenmesini normatif teori başlığı altında ele alacağımızdan burada tekrar etmeyeceğiz.

Ancak, *Welzel*’in yukarıda sunulan hedef tahtasındaki kadın örneğinde vardığı sonuçlara katılmamaktayız. İleri sürdüğü örneğin analizinde *Welzel*, neticenin

güçleşmektedir. Fail’in her zaman “güven” savunmasında bulunabileceğine işaret etmektedir. Bkz. Gropp, *AT*, § 5, 106, s. 174.

¹³⁹ Bu görüş için bkz. Jescheck / Weigend, *a.e.*

farklı olmasına bağılı olmadan failin atış yapmaya dönük isteminin bulunduğunu ve bu sebeple bilinçli taksirden ayrılarak kesin olan isteme unsuruyla hareket ettiğini (olası kastla) kabul etmektedir. Halbuki bu durum bilinçli taksirle hareket eden fail için de geçerlidir. Pekala bilinçli taksirle hareket eden fail de “atış” hareketini gerçekleştirmek istemektedir, olası kasttan farklı olarak sadece ceza hukukunun konusuna giren (yan) neticenin gerçekleşmesini istememektedir. İşte bu şekilde ele alındığında olasılık teorisi de, zarar kastı ve tehlike kastı arasındaki ayrımı silikleştirmekte ve imkan teorisinde olduğu üzere neticenin haksızlığı kavramını hareketin haksızlığı kavramına indirgemektedir¹⁴⁰.

3.2.2.2. Normatif Teoriler

Genel bir kast tanımı sunmayı hedefleyen ve dolayısıyla kastın her iki türünü de (ana netice/ yan netice) tek bir kast tanımının altında birleştirmek isteyen görüşler¹⁴¹ bir yana; normatif teorileri, kastın bilme veya isteme unsuru üzerinden şekillenen olası kast teorilerinin kullandığı temel kavramların nasıl tespit edileceği hususlarının toplandığı bir görüşler kümesi olarak tanımlayabiliriz¹⁴². Kanımızca, normatif teorilerin önemi olası kast tartışmalarında sıklıkla kullanılan “risk”, “tehlike”, “güvenme” vb. terimlerin hukuk biliminde nasıl açıklanabileceğine dönük kavramsallaştırma çabasında ortaya çıkmaktadır.

Normatif teorilerin başında *Frisch*’in **sübjektif risk teorisi** gelmektedir. Çalışmamızın boyutu gereği burada sadece ana hatlarıyla ortaya koyabileceğimiz bu görüş kastı, “hukuk düzeninin ölçütleri gereğince yasak olan her türlü davranışı hedef alan karar”, yani hukukun belirlediği tolere edilebilir davranış düzeninden her türlü sapma olarak tanımlamaktadır¹⁴³. Kastın tek temel biçimi olarak kabul ettiği olası kast söz konusu olduğunda *Frisch*, bu konudaki tartışmalarının merkezinde yer alan “güven” ve “tesadüfe terk etme” kavramlarına ilişkin olarak geleneksel öğretilerden farklılaşan bir kriter ortaya koymaktadır: Yazara göre, “objektif tesadüf”

¹⁴⁰ Bkz. Köhler, AT, s. 165.

¹⁴¹ Örneğin: *Puppe, Frisch ve Freund*’un görüşleri. Kısmen Schmidhäuser’in “kastılık” kavramı da bu kümeye dahil edilebilir.

¹⁴² Normatif teorilerin bu özelliğine temas eden bkz. Roxin, AT-I, § 12, kn. 31, s. 450.

¹⁴³ Bkz. Frisch, GS-Karl Heinz Meyer, s. 544.

kavramı, hem kastta hem de taksirli davranışta bulunan “objektif tehlike”nin kısmî bir parçasıdır ve bu sebeple kastın tanımında ayırım sağlayan bir kriter olarak kullanılması yersizdir¹⁴⁴. O halde tek başına tesadüf kavramı da, “kastı kaldıran güven durumlarını” sınırlandırma bakımından yetersiz kalacağından bunun yerine “bilinemezlik” kavramının tercih edilmesi gerekir. Yazara göre, tipik neticenin gerçekleşmeyeceği hususunda “kendi için” (= “für sich”) bilinemezliğe sahip olan fail, kasten hareket etmiş olacaktır. Bu noktada *Frisch*’in yaklaşımının konumuz bakımından önemi; “akıl dışı güven” durumlarında da kastın kalacağını belirlemiş olmasıdır; zira yazara göre bu gibi durumlarda dahi failin –kendi bakış açısınca- hukuki değeri veya hukuk düzenini tehdit eden bir davranışının varlığından söz edilemeyeceği muhakkaktır¹⁴⁵.

Görüldüğü üzere *Frisch*’in, hukuk düzeninin koruduğu hukuksal değerler aleyhinde failin verdiği karara yüklediği anlam, irade kusurunun ilk parçası olan kasıtlı eylemin niteliğini de belirler mahiyettedir¹⁴⁶. Buna göre, *Frisch*’in kendinde tehlikenin içinde değerlendirdiği objektif tesadüf ile kendi için hareket etmenin kapsamında bulunan içkin (sübjektif) tesadüf olguları arasındaki farkı ortaya koyan teorisi, bilinçli taksir-olası kast farkı bakımından da kabul edilebilir sonuçlar ortaya koymaktadır¹⁴⁷. *Frisch*’in gerçekleşen netice kavramının hareket sonrasında -*ex post*- bir değerlendirmeye konu olabilecek bir kavram olduğu yönündeki görüşüne katıldığımızı daha evvel de belirtmiştik¹⁴⁸. Ancak hemen belirtelim ki her davranış normunda tanımlanan –dar veya geniş manda- tipik neticenin gerçekleşmiş olması şartı nedensel seri yaratıcısı failin, tecrübî kurgusal bilgisi gereğince gerçekleşir. Aksi halde, yani failin nedensel seri ihtimali üzerinde yanılmış olması halinde, kasten

¹⁴⁴ A.e., s. 543.

¹⁴⁵ A.e., s. 545. Bu durumda yazara göre, failin objektivite ile çelişen bu çıkarımı taksir kınamasının konusu oluşturabilir.

¹⁴⁶ *Frisch* ile aynı doğrultuda bkz. Michael Köhler, “*Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko*”, **JZ** 1985, s. 671.

¹⁴⁷ Teorinin bu özelliğini olumlayan görüş için bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 59, s. 462.

¹⁴⁸ *Küper*, aslında *Frisch*’in bu iddiasının doktrine pek de yabancı bir kavram olmadığını ve bugüne kadar doktrinde zaten kastın müstakbel neticeyi istihdaf etmek dışında bir anlamda kullanılmamış olduğunu altını çizmektedir. Wilfried Küper, “*Vorsatz und Risiko Zur Monographie von Wolfgang Frisch*”, **GA** 1987, s. 503.

gerçekleştirilmiş bir eylemden bahsetmek de olanaksız olacaktır; zira bu durumda “netice” salt tesadüfün eseridir.

Frisch’in teorisinde çalışmamız bakımından temel bir öneme sahip bir noktada daha vardır: Maddi unsurların niteliği meselesi. *Frisch*’in temel görüşüne göre taksirli suçlar ile kasten işlenen suçlar bakımından maddi unsur söz konusu edildiğinde bir farklılık mevcut değildir. Bu görüşe göre, taksirli suçlarda tipik neticenin nedensel bir biçimde gerçekleştirilmiş olması, taksirli suçların maddi unsurlarının tamamlanmış olması bakımından gerekli bir şart değildir; failin neticeyi gerçekleştirebilecek tarzdaki hareketinin, hukuki değere yönelmiş özen yükümlülüklerine karşı gelen bir eylem olması kafidir. Buna göre aynı çözüm kasten işlenen suçlar bakımından da geçerli olacaktır; yani genel anlamda izin verilmemiş bir riskin gerçekleştirilmesi bu bakımından da کافی kabul edilecektir¹⁴⁹. Kanımızca *Frisch*’in bu teorisi cezalandırılabilir eylemi salt “hareketin olumsuz değeri” (veya “hareketin haksızlığı”) derecesinde ele aldığından hukuki değer ihlali ile onu tehlikeye sokma eylem biçimlerinin arasındaki farkı ortadan kaldırmasından ötürü kabul edilemez ancak hemen belirtelim ki *Frisch*, teorisinin bu indirgemeci yaklaşımını “güven” ve “tesadüf” kavramları bakımından ortaya koyduğu çözüm yoluyla dengelemektedir ve böylelikle maddi unsurlar bakımından düşük bir derecede tuttuğu cezalandırılabilirliği manevi unsurlar yardımıyla sübjektif haksızlık kategorisine dahil edebilmektedir. Bu durumu *Frisch*’in analiz ettiği bir yargı kararını ele alarak izah etmeye çalışalım:

AIDS-Vakası¹⁵⁰. ABD askeri sıfatıyla F. Almanya’da görevli olarak bulunan sanık A, Şubat 1986 tarihinde kendiliğinden bir AIDS testi yaptırır ve HIV sahibi olduğunu öğrenir. Test sonuçlarını açıklayan hekim, A’yı AIDS hastalığının niteliği ve tesirleri hususunda detaylı olarak bilgilendirir. A, bu açıklamalar neticesinde, hekimin bilhassa önemle vurguladığı –homoseksüel ilişki dahil- cinsî münasebet sırasında gerekli olan korunma önlemlerinin ne olduğunu da idrak etmiştir. Ayrıca hekim A’yı kesin ve ayrıntılı bir biçimde uyararak “bundan sonraki hayatını bir bulaşıcı hastalık taşıyıcısı” olarak geçireceğini dolayısıyla oral, anal veya vajinal her türlü cinsî münasebetinde “muhakkak prezervatif” kullanmasının zorunlu olduğunu; aksi halde korunmasız cinsî münasebet gerçekleştirse partnerine “ölümcül bir hastalığa” vücut verebilen bu virüsü

¹⁴⁹ Bkz. Wolfgang Frisch, “*Risikanter Geschlechtsverkehr eines HIV- Infizierten als Straftat? – BGHSt 36, I*”, **JuS 1980**, s. 363.

¹⁵⁰ Kararın tam metnine ulaşmak için bkz. 04.11.1988 tarihli BGH (1 StR 262/88) BGHSt 36,1 **Alpmann- Schmidt İçtihat Bankası**, <http://www.alpmann-schmidt.de/>, 30.05.2007, saat: 01:44 [çevrimiçi]. Ayrıca karara konu olan maddi olayın özeti için bkz. Frisch, **JuS 1980**, s. 362.

bulaştırabileceğini ve bu durumda partnerinin içine boşalıp boşalmamasının da bir öneminin olmayacağını belirtmiştir. Tüm bu bilgilendirmeyi dikkate almaksızın ve partnerlerini kendinin HIV taşıyıcısı olduğu hususunda ikaz etmeksizin A, 1986 Ağustosunda gittiği homoseksüeller kulübünde tanımadığı bir İtalyan ile bir çok defa korunmasız cinsî münasebetler kurmuştur. Fail, anal v.d. cinsî münasebetlerine önce korunmasız bir biçimde başlamakta ve boşalacağı an yaklaşınca birleşmeye ara vererek prezervatif takmakta ve daha sonra boşalmaktadır. A, bu neviden cinsî münasebetlerin bir kısmını, boşalma tamamlanmadan gerçekleştirilen cinsî münasebetlerde tehlike riskinin düşük olduğuna dair bilgiler içeren “Safer Sex” adlı bir broşür okuduktan sonra gerçekleştirmeye başlamıştır. Ancak, bu olaydan sonra partner üzerinde yapılan testler, onun enfekte olmadığını ortaya koymuştur.

Federal Yüksek Mahkeme, bu kararında Eyalet Mahkemesi’nin faili teşebbüs halinde kalan “tehlikeli kasten yaralama” suçundan mahkum etmesini onamıştır. Mahkemeye göre “bir ağrı vb. olguların doğmuş olmasını gerekmeksizin mağdurun vücut işlevlerini olağan fonksiyonlarından mağdur aleyhinde daha ağır bir duruma sokan” tüm eylemler “kasten yaralama” olarak nitelenebilecektir¹⁵¹. Ayrıca karara göre “bir HIV taşıyıcısının korunmasız olarak cinsî münasebet kurması, partnerinin hayatını tehlikeye sokmuş olduğunu gösterir ve bu sebeple ceza kanunu mucibince ‘hayatı tehlikeye sokan hareketler’ anlamındadır”¹⁵². Mahkeme olası kastın varlığı bakımından ise şu tespitleri yapıyor: “Eğer tipik neticenin gerçekleşmesi pek uzak olmayan bir imkan dahilinde öngörülmüş ve bununla birlikte tipik neticenin gerçekleştirilmesi –failce- uygun bulunarak hesaba katılmış veya amaçlanan hedefe ulaşmak isterken en azından kabul görmüşse, intacın –failce- arzulanmış olup olmadığına dikkat edilmeksizin olası kastın varlığına hükmedilmelidir. Buna mukabil bilinçli taksir, failin mümkün gördüğü tipik neticenin gerçekleşmesi durumunu algılamamış olduğu ve ciddi olarak –müphem olarak değil- tipik neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmiş olduğu hallerde söz konusu edilecektir”¹⁵³.

Öncelikle belirtmek isteriz ki, objektif isnadiyadın sübjektif isnadiyad ile ilişkisini ortaya koymaya çalıştığımız tezimizin ikinci bölümde vurguladığımız üzere, öngörülebilir olmasına rağmen yüksek olmayan çok düşük bir riskin varlığı

¹⁵¹ Bkz. Karar metni: C.I.1.

¹⁵² Bkz. Karar metni: C.I.3. (Kasten yaralamanın nitelikli şekli)

¹⁵³ Bkz. Karar metni: C.II.1. Karar metninin devamında: “Her iki kusur türü de birbirine çok yakın sınırlara sahip olduğundan olası kastın kabulünde eylemin içsel yönünün her iki unsuru da, yani hem bilme ögesi hem de isteme ögesi, her tikel somut olayda ayrıca incelenmeli ve eyleme ait belirlenimler vasıtasıyla tespit edilmelidir. Bilhassa kastın isteme unsuru failin kişiliğine dair veriler nazara alınarak tartışılmalı ve vuku bulan eylemde önem taşıyan olgularla birlikte değerlendirilmelidir.”

maddi unsuru ortadan kaldırmaz¹⁵⁴. Aksi halde somut olaydaki failin maksadının HIV virüsünü yaymak olduğu durumlarda da cezalandırılabilir bir eylemin varlığından söz etmemek gerekirdi. Bu durumda mesele *Frisch*'in de belirttiği üzere HIV taşıyıcısının cinsî münasebet kurmasının hastalığı bulaştırma riskinin düşüklüğü veya yüksekliği değildir; mesele failin gerçekleştirdiği eylemin virüsü bulaştırma sonucunu doğurup doğurmayacağı hususundaki içsel belirlenimine odaklanmalıdır¹⁵⁵. Aslında bu durum “gerçekleşmemeye güven” kavramının nasıl belirleneceği sorusunu gündeme getirir. Yukarıda da açıkladığımız üzere *Frisch*'in bu noktada geliştirdiği formül “*kendi için bilme*”dir (= “für sich Wissen”)¹⁵⁶. Buna göre *Frisch* isabetli bir biçimde yargı kararında da mevzu bahis edilen ve “bilme” ve “isteme” kavramlarına karşılık geldiği savunulan “ciddiye almış olma” ve “kabullenme(me)” hallerinin kendiyle çelişen kavramlar olduğunu vurguluyor¹⁵⁷. Buna göre ya bir durum ciddiye alınmış ve kabullenilmiştir ya da ciddiye alınmamış olduğu onun kabullenilmemiş olduğuna da delalet eder¹⁵⁸. Aslında *Frisch*'in dikkat çekmek istediği husus şudur: “Yüzde veya binde birlik bir ihtimal aslında tipik neticenin gerçekleşmemesinin kural durum olduğuna işaret eder ve bu failin tipik neticenin gerçekleşmeyeceğine dönük güven potansiyelini itibar edilir bir hale getirir; ancak bu durumda dahi ‘kural olan durumdan’ bahsedildiğinden sözü edilen şey aslında kast değildir.”¹⁵⁹ O halde kastın tespiti bakımından yapılması gereken, failin güveninin niteliğini tartışmaktır. *Frisch* bu noktada haklı olarak, Eyalet Mahkemesinin olası kastın ispatında “failin eylemlerinde hekimin açıklamalarından ziyade görelî olarak daha az itimada şayan olması gereken broşürde yazarları esas almış olması” argümanını sunmasının, aslında failin neticenin gerçekleşmeyeceğine

¹⁵⁴ *Frisch* de aynı doğrultuda HIV virüsünün bulaşma riskinin binde bir ile yüzde bir arasındaki olmasının (HIV taşıyıcılarının ölüm riski ise yüzde ellidir!) ceza hukukunca yasaklanmış olan bir eylemliğe vücut veremeyeceği yönündeki iddiaları reddediyor ve aksi görüşün kabul halinde, ekstrem olasılık vakalarında sağlık hakkının korumasız kalacağına işaret ediyor. Bkz. *Frisch*, **JuS 1980**, s. 364.

¹⁵⁵ Bkz. **A.e.**, s. 367.

¹⁵⁶ Bkz. **A.e.**, s. 366.

¹⁵⁷ Karardan bağımsız olarak bu hususta aynı yönde bkz. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 25, s. 273.

¹⁵⁸ Bkz. *Frisch*, **JuS 1980**, s. 366.

¹⁵⁹ Bkz. **A.e.**, s. 367.

güven duymuş olabileceğine ilişkin bir kontra argüman olduğunu vurguluyor¹⁶⁰ ve sonuç olarak eğer mahkemeler kendi tutumlarıyla tutarlı kalmak istiyorlarsa ya – kasten yaralama değil- kasten öldürmeye teşebbüsten mahkumiyet ya da bu suçlardan ötürü beraat hükmü verilmesi gerektiğini belirtiyor¹⁶¹.

Frisch'in “güven” terimi dahilinde ortaya koyduğu bu çıkarımlar bizim de tezimizde savunma çabasında olduğumuz sübjektif isnadiyad kavramıyla tamamen uyuşmaktadır. Zira “nedensel seri yaratıcısı olan fail” ya kendi sonluluğu içinde eyleminin gelişim düzeyini belirlemiş ve yan neticeleri eylemine katarak onları üstlenmiştir ya da onları kapsam dışı bırakarak eyleminin sonluluğunu “bilinemez” bir dışsal tesadüfe terk etmiştir. Sonuçta eğer failin kendince cinsel birleşme sırasında gerekli önlemi aldığına güvenmiş olduğu tespit edilebilirse, olası kast ile teşebbüsten değil –gerçekleşmiş neticelere bağlı olarak- bilinçli taksirin varlığından bahsetmek gerekecektir. Zira ancak bu durumda fail sadece bir hukuki değer ihlaline somut olarak imkan sunan tehlikeli bir eylem yaptığının bilincindedir: Yani tehlike kastı ile hareket ediyordur.

Bu noktada *Frisch*'in sübjektif risk kuramına **riske alışmış olma** kriteri ile yaklaşan ama sonuçta bir yönüyle “ihtimal dışı olmama” kavramına ilişkin olarak ortaya koyduğu objektivist belirlenimlerle –bizim adlandırmamıza göre- **karma risk teorisini** benimseyen *Jakobs*'un görüşlerini de incelemek istiyoruz. *Jakobs*'un olası kast-bilinçli taksir arasındaki ayrımın ilişkin ortaya koyduğu belirlenimleri, yazarın kastın niteliği ile ilgili değerlendirmelerini inceleyerek başlayabileceğimiz görüşünü taşıyoruz.

Buna göre *Jakobs* bizim de taraftarı olduğumuz biçimiyle *Frisch*'ten farklı olarak ana netice kastı/ yan netice kastı ayrımını geçerli kabul ediyor¹⁶². Ayrıca yazar olası kast tartışmasının temelinde kast ile taksir kavramlarının neden birbirinden farklı içeriklerle donatılmış olduğu sorusunun yattığını belirterek kastı “neticeye

¹⁶⁰ A.e., s. 368.

¹⁶¹ Karş. A.e., s. 363-366. *Frisch* haklı olarak mahkemelerin failin broşürü okuduktan sonra ve broşürü okumadan evvelki cinsî birleşmeler arasında farklı davranmış olabileceğine dikkat etmemelerine işaret ediyor. A.e., s. 369.

¹⁶² “Ana netice / yan netice ayrımı sebebiyle *Frisch*'in kullandığı “neticeyle bağlantılı olmayan risk tasavvurları” kavramı yerinde değildir.” Bkz. *Jakobs*, AT, § 8, dn. 42a, s. 269.

daha *kolay* kaçınılabilir bir biçimde neden olma”, taksiri ise “neticeye daha *zor* kaçınılabilir bir biçimde neden olma” şeklinde tanımlıyor¹⁶³. Dikkat edileceği üzere bu ayrım aslında *Jakobs*’un ileri sürdüğü “negatif hareket kuramının” hareketi kaçınılabilirlik üzerinden ele alan anlayışından kaynaklanıyor. Hareket kuramlarını incelediğimiz birinci bölümde bu hususa değinmiştik¹⁶⁴. Buna göre *Jakobs*’un temel referans noktası hareketi normun anlamsal içeriğinden yola çıkarak belirlediği oranda görüşlerimizle uyum içindedir, fakat sadece cezalandırılabilir hareketi “hareket” olarak tanımlamak kanımızca isabetli değildir; zira süje sadece hukuk sahası dahilinde normatif hareket edebilir denemez. Ancak burada işlediğimiz konu bakımından *Jakobs*’un görüşlerinde asıl irdelenmesi gereken husus, yazarın gerçekliği normatif olanın üzerinde inşa etmesidir. Şöyle ki, hareketin varlığı bakımından ana kriter olarak “kaçınılabilirlik” muhafaza edildiği müddetçe aslında gerçeklik içindeki süje değil, normatif olması gereken içerisindeki süje dikkate alınacak ve eylem kastı kavramının içinde saklı olan sübjektivite göz ardı edilmiş olacaktır. Kanımızca *Jakobs*’un aşağıda ele alacağımız olası kast / bilinçli taksir tanımlarının çekirdeğinde yer alan “ihtimal dışı olmama” kriteri de, yazarın hareket tasavvuru ile bağlantılı bir kavramdır.

Öncelikle belirtelim ki, *Jakobs*’un olası kast tanımında kullandığı negatif hüküm mahiyetindeki “ihtimal dışı olmama” kavramı salt bir istatistiksel belirlenim olmaktan ziyade *Kant*’ın ikiye ayırarak incelediği hüküm kudreti kavramını çağrıştıran bir anlama sahiptir¹⁶⁵. İşte bu noktada *Jakobs*’un “failin kendine göre eylemine geçerlilik hükmü” atfetmiş olduğu durumları “ihtimal dışı olmama” (= nicht unwahrscheinlich) kavramıyla sınırlandırmaya çalıştığını, dolayısıyla da

¹⁶³ Karş. *Jakobs*, *AT*, § 8, kn. 21, s. 269.

¹⁶⁴ Karş. Birinci bölümde “negatif hareket teorisi” başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁶⁵ Açıklayıcı bilgi için bkz. **Grosses Wörterbuch Philosophie**, “Urteil” ve “Urteilstkraft” maddeleri, s. 363-364. *Kant*’a göre hüküm kudreti, ya belirli bir özellikteki kavramı genel geçerli bir norm altına almaktır –ki buna belirleyici hüküm kudreti denir- ya da bir tikel kavramdan veya özel bir durumdan genel geçerli bir norm, yani bir üst kavram yaratma iktidarındır –ki buna da üzerinde düşünebilen hüküm kudreti denir.

kuramın bu yönüyle –geleneksel- tasavvur teorileriyle aynı zemini paylaşmadığını ifade etmeliyiz¹⁶⁶.

Aslında *Jakobs*'un teorisi failin karar verme sürecini inceleyen ve olası kast/bilinçli taksir ayrımını da, bunun üzerinde inşa eden bir kuramdır. *Jakobs*'un anlatımıyla bu işleyiş şu uğraklara sahiptir: Eğer faile göre hareketi ile bunun neticesi arasındaki bağ ihtimal dışı değilse, bu durumda o, daha fazla üzerinde düşünmeden bir kaçınma saikiyle hareketini icradan vazgeçmesi zorunluluğunu tespit etmiş olmalıdır. Ancak, bu bağ kavrayamamışsa eylem anında bocalayacaktır. İşte bu nedenden ötürü bu bağ üzerinde düşünmeye zorlanmamış veya üzerinde düşünmemiş kimse gözleri önündeki olguyu görememiş olabilir¹⁶⁷. Bu görüşe göre, bunun adı: Maddi vaka körlüğüdür (= “Tatsachenblindheit”) ve bilinçli taksirin temel gerekçesidir¹⁶⁸. *Jakobs*, yukarıda *Kant*'a referansla belirttiğimiz “üzerine düşünülmüş hüküm” kavramına yaklaşan bir karşılıkla konuyu ele almaktadır. Yazara göre, “ihtimal dışı olma” kavramını belirleyecek olan; üzerine düşünme sürecinin safi bir düşünce olmayıp, harekete neden olan karar bakımından bir önem taşıyan düşünce olmasıdır. Bu görüşe göre, “her kim neticenin gerçekleşmeyeceği yönündeki beklentisi ile tehlikeyi öngörmüş olması arasında bir ayrım yapmamışsa, bu durumda neticenin ihtimal dahilinde olduğuna hükmetmiş demektir”¹⁶⁹.

İşte *Jakobs*'un teorisinin temeli, bu belirtilen eylem “kararı bakımında önem taşıma” kavramına dayanıyor. Yazar –konunun çekirdeğini oluşturan bu noktada-; karar verme süreci bakımından geçerli olacak önemliliğin, ilgili hukuki değerın ağırlığı ve söz konusu riskin yoğunluğuna göre belirleneceğini belirtiyor¹⁷⁰. Tabî bu noktada hemen şu soru gündeme geliyor: Eğer karar açısından önem taşıyan olgu hukuki değerin ağırlığı ve söz konusu tehlikenin yüksekliği ise, bu

¹⁶⁶ Bkz. Yukarıda “imkan” ve bilhassa “olasılık” teorileri. Aynı yönde *Jakobs* da kuramının bunlardan ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ve “ciddiye alma”, “kabul etme” vb. şeklinde genel formüllere sahip irade teorilerine yakın olduğunu ifade ediyor. Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 24, s. 272-273. Karşı görüş için bkz. *Roxin*, **AT-I**, § 12, kn. 62, s. 463-464.

¹⁶⁷ Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 22, s. 270-271.

¹⁶⁸ Karş. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 21, s. 270.

¹⁶⁹ Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 23, s. 271-272.

¹⁷⁰ Bkz. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 30, s. 276.

ağırlığın/yüksekliğin tespiti hangi usulle gerçekleştirilecektir? Yazara göre hem eyleme konu edilen hukuki değerin ağırlığı hem de söz konusu eylemin hukuki değer bakımından ortaya koyduğu riskin yüksekliği failin bireysel, yani sübjektif mülahazalarına göre değil, hukuki içeriklerine göre yani objektif olarak belirlenecektir. Öyleyse; eyleme konu edilen hukuki değeri failin pek hafif bir kıymette takdir etmiş olmasının veya hukuki bir hata sonucu bu değerlendirmeyi yapmış olmasının kast bakımından bir önemi olmayacaktır¹⁷¹. Bu noktada *Jakobs*’a katılıyoruz, yani failin yasak normunun esas aldığı hukuki değeri (dikkat: ihlal olgusu değil, değerin kendi!) sübjektif olarak hafife aldığı durumlar kastı etkilemeyecektir. Ancak objektif/ hukukî olarak korunan hukuksal değerler arasında bulunan farkın karar verme bağlamında taşıdığı önem vurgusu, bu noktada *Jakobs*’un fikirlerini Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin uygulamasında yaygın bir biçimde savunulan normların “ket halesine” (= “Hemmschwelle”) göre kastın değerlendirilebileceği tespitine yaklaştırmaktadır¹⁷². Bu kabul edildiği takdirde ise, örneğin yukarıdaki AIDS vakasında Mahkemece kabul edildiği üzere failin öldürücü sonuçlar doğurma riski taşıyan eylemliliğini, kasten yaralama ve kasten öldürme suç tipleri arasındaki “ket halesi” farkı nedeniyle sadece kasten yaralama biçiminde telakki etmek gibi hatalı sonuçlara ulaşılabilir¹⁷³. Oysa kanımızca, virüsün öldürücü etkisinin bilmesinin failin bu eyleminin yarattığı sonuçlardan bir takım ağır gelenlerin eylem sorumluluğunun haricinde tutmasına gerekçe teşkil edebilmesi mümkün değildir¹⁷⁴. Görüleceği üzere, normlar arasında geçişli bir ilişkinin söz konusu olduğu durumlarda objektif bir hukuki değer ağırlığı kriteri bile hatalı sonuçlara sevk edebilecek niteliktedir.

¹⁷¹ Bkz. *Jakobs*, AT, § 8, kn. 31, s. 276.

¹⁷² Türk doktrininde Alman Federal Yüksek Mahkemesinin anılan “ket halesi” kriterine yaklaşan bir çözümün savunucusu olarak *İçel*’in görüşleri örnek gösterilebilir. Yazarın olası kastı bir “istisnâî kusur türü” olarak nitelendirmesi bir yana; suçların niteliğine göre olası kastın kapsamının değişkenlik gösterebileceği yönündeki iddiası, FYM’nin anılan kriterine benzer bir yorum temeline sahiptir. Karş. İçel / Evik, *İçel Ceza Hukuku*, 2. Kitap, s. 191. Ancak biz olası kastı (TCK’daki düzenlemeden farklı olarak) bir tehlike kastı olarak nitelendirmediğimizden, yazarların bu kast türünü istisnâî bir biçim olarak ele alan görüşlerine katılmıyoruz.

¹⁷³ Bu yönden kararın eleştirisi için bkz. Frisch, *JuS* 1980, s. 367.

¹⁷⁴ Benzer bir bakışla *Roxin*, *Jakobs*’un bu iddiasının olası kastı, sadece “hayat ve vücut bütünlüğü” gibi değer yüklü normlar bakımından uygulama bulabilecek bir kast türü olarak nitelendirmesi sonucuna sevk edebileceğine işaret ediyor. Karş. *Roxin*, AT-I, § 12, kn. 64, s. 464-465.

Ayrıca yazara göre, hukuki değer ihlaline vücut verebilecek olan riskin yüksekliğinin, failin karar verme sürecindeki önemi de sübjektif olarak değil objektif olarak belirlenecektir. Ancak *Jakobs* bu belirlenimi yaptıktan sonra uzun bir parantez açıyor ve failin riske alışmış olduğu durumlarda bu alışkanlığın karar verme süreci bakımından sözü edilen karar verme süreci bakımından önemli durumları bastırabileceğine işaret ediyor¹⁷⁵. *Jakobs*'un verdiği örneğe göre; günlük trafikte arkasında seyreden aracın takip mesafesine riayet etmediğini fark ederek hayatı bakımından bir tehlikenin bulunduğuna karar veren sürücü, trafikte böylesi münasebetlere fazlaca muhatap olmaya başladıkça artık bu riskli harekete alışıyor ve kendi de dahil olmak üzere bu neviden riskli hareketler gerçekleştirildiği takdirde bunları ölüm sonucunu doğurabilecek tehlikeler olarak nitelendirmemeye başlıyor¹⁷⁶. Yazara göre bir öğrenme, daha doğru normatif olanı “unutma” süreci olan bu durum sadece failin kendi özel ve tikel anlayışı gereğince dikkate alınabilecek bir olgudur; zira hiç bir zaman fail “tehlikeli bir hayat sürmeye alışmış olduğu yönünde” bir gerekçe ortaya seremeyecektir¹⁷⁷.

Jakobs'un “ihtimal dışı tutmama” ve “karar süreci bakımından önemi haiz olan olgular” üzerinde geliştirdiği olası kast kuramı, kanımızca “(sübjektif) riske alışmış olma” kavramından sarfı nazar edilmediği müddetçe görüşlerimizle bir uyum içerisindedir. Zira failin sorumluluğunu üstlendiği, yani sübjektif isnad edilen eylem ancak bu riskler karşısında failin bir birey olarak gösterdiği tepkilerle ölçümlenebilen bir değer büyüklüğüne sahip olabilir. Fakat son tahlilde yazar, “riske alışmış olma” parametresini kural olarak objektif-hukukî dayanakların tesiri altında ele almaktadır. Bu durumun en bariz örneği genel yaygınlaşmış risk kavramı ve failin bu riski “öğrenmesi” süreciyle ilgili ortaya koyduğu belirlenimlerde gözlemleyebiliyoruz. *Jakobs*, kanımızca aslında “riske alışmış olma” parametresinin içeriğini objektif

¹⁷⁵ Bkz. *Jakobs*, AT, § 8, kn. 31, s. 277.

¹⁷⁶ A.e.

¹⁷⁷ *Jakobs*, öğrenilen riske alışma ile hayatını bu neviden riskli hareketlerle geçirmeye alışma kavramları arasındaki farkı şu somut örnekler üzerinden ayırtmaktadır: “Hız tahdidini aşarak araç kullanan veya takip mesafesine riayet etmeden araç süren fail riski bilmesine rağmen sadece soyut tehlike suçu kastıyla hareket etmektedir; fakat dar bir yolda [görüş mesafesinin olmadığı] tepe sırtına yaklaşılırken aracıyla sollama yapan veya kırmızı ışık yanmasına rağmen körce arabasını süren fail ise zarar kastıyla hareket ediyordur; zira [sonuncu örnekte sayılan] durumlar hiç de seyrek olmayacak sıklıkla endişe verici hayat tecrübeleri olarak nitelendirilirler.” Bkz. *Jakobs*, AT, § 8, kn. 32, s. 278.

normativist bir anlamda ele almakta ve dolayısıyla ilk tespitleriyle uyumluluğunu yitirmektedir. Çünkü aslında failin risk ile daha evvel karşılaşmış olması vb. göstergeler yanında aynı zamanda riskin toplumsal yaygınlığı gibi başkaca objektif parametreleri de hesaba katarak sübjektif isnadiyad aleyhinde kendi kuramını daraltıyor.

Normatif teoriler bağlamında ele alınabilecek diğer bir görüş de *Herzberg* tarafından geliştirilen ve yazarca **takyid edilmemiş tehlike** kuramı adı verilen **objektif risk teorisidir**. Bu teorinin temelinde *Herzberg*'in ortaya koyulan –ve daha sonra *Jakobs* tarafından değiştirilerek yorumlanman- “negatif hareket kuramının” önemi büyüktür. Çalışmamızın birinci bölümünde de değindiğimiz üzere, *Herzberg* genel hareket tanımının ancak ihmalî suçları esas alan bir perspektife sahip olabileceğini belirterek hareketi “garantör sorumluluğunun varlığına ve tehlikenin kaçınılabilirliğine rağmen kaçınmamış olma” şeklinde tanımlar. Bu kuramın konumuz bakımından asıl önemli olan yanı, hareketin içinde saklı bulunduğunu kabul ettiği irade kavramını, kastın varlığı bakımından inkar etmesidir. Bu bağlamda *Puppe* gibi *Herzberg* de genel nitelikteki bir kast tanımının maksat türü üzerinden ortaya koyulmasını eleştirmektedir¹⁷⁸. Buna göre, bir eylemin kasten veya taksirle gerçekleştirilmiş olmasının ayırt edici kriteri, sübjektif yüklenimlerden arındırılmış bir anlamda olmalı ve sadece ilgili normun maddi unsurları bünyesinden çıkarılabilmelidir. Zira *Herzberg*'e göre, kast kavramının içeriğine “iradî” unsurlar katılacak olursa, bu durum ister istemez kastın bir çeşit “arzu etme” şeklinde kullanılmasına yol açacaktır¹⁷⁹. Yazar bu bakış noktasından hareketle mahkemelerin, kastın varlığı açısından bu neviden bir “isteme” unsurunu şart koşmuş olmalarını aslında gündelik dildeki anlamıyla deforme bir biçime sahip olan “isteme”nin rahatlıkla “adalet duygularına”¹⁸⁰ göre hüküm verebilmelerinin önünü açtığını ve bu

¹⁷⁸ Bkz. *Herzberg*, **JZ 1988**, s. 576.

¹⁷⁹ Yazarın kast kavramının gelişim sürecinde günlük dildeki arzu etmeden yola çıkarak bugünkü anlamda riskle bağlantılı bir kavrama dönüşmüş olduğu yönündeki yorum için bkz. *Herzberg*, **JZ 1988**, s. 573.

¹⁸⁰ İsteme unsurunun bu niteliğine dair bkz. *Herzberg*, **JZ 1988**, s. 574.

amaçla mahkemelerce tercih edildiğini belirtiyor¹⁸¹. İşte *Herzberg* bu görüşünden yola çıkarak, hem teorik zemininin muğlaklığı hem de pratikte vicdani muhasebeye imkan sunan niteliği sebebiyle kastın isteme unsurunun bulunmadığını ileri sürmektedir.

Herzberg'in kast ve hareketin niteliğini bu şekilde açıl原因 görüşlerinden sonra bu kuramcının kast-taksir ayrımına dönük kriterlerini inceleyelim: *Herzberg*'e göre kast, “tipik neticenin gerçekleşmesine dönük nitelenmiş bir riskin tasavvur edilmesidir; yani –eğer genel söylem kabul edilecekse- o daha ziyade bilme unsuru ile sınırlı bir anlamı taşır”¹⁸². Pekiyi kast böyle kabul edilirse bu “bilme”nin bilhassa bilinçli taksirden farkı nasıl ortaya koyulacaktır? *Herzberg*'in ayrım kriteri şudur: Tehlikeler kendi içinde, *takyid edilmiş olanlar* ve *takyid edilmemiş olanlar* olmak üzere ikiye ayrılırlar. Buna göre ister failin kendi, ister mağdur, isterse tehlikeye müdahil olan üçüncü bir kişi söz konusu olsun, insanın dikkatliliği vasıtasıyla etkilerinden sakınabileceği tehlikeden bahsediliyorsa burada takyid edilmiş bir tehlikenin varlığından söz edilir ve bu durumda eylemliğin yarattığı tehlikenin bir *korunma rezervine* sahip olduğu kabul edilir. Bunu yazarın ortaya koyduğu somut bir örnekle izah edelim: Polis kontrolünde durmak yerine polis memurlarının üzerine aracını süren failin eylemi, gerçekleştirildiği anda dahi –bir insandan beklenecek dikkatlilik çerçevesinde- polis memurunun üzerine gelene araçtan kurtulmak için bir tarafa atlayabilir. O halde bu örnekte eylemin maddi unsurlarında saklı olan bir çeşit takyid edilmiş tehlike söz konusudur, yani bir korunma rezervi vardır¹⁸³ ve dolayısıyla bu durumdaki fail bilinçli taksirle hareket etmiştir. Buna karşın eğer eylemin somutluğu içerisinde anılan türde bir takyid söz konusu değilse, kasten gerçekleştirilmiş bir eylemden söz edilmelidir. Buna örnek olarak *Herzberg*, birbirlerine silah doğrultarak Rus ruleti oynayan kimseleri göstermektedir. Bu durumda her bir failin eyleminin maddi içeriği, herhangi bir rezerv korumasına sahip

¹⁸¹ Hem bu teorilerin hem bu teorilere dayanan yargı kararlarının eleştirisi için bkz. Rolf D. Herzberg, “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes”, *JuS* 1986, s. 250-251.

¹⁸² Bu tanım için bkz. *A.e.*, s. 253.

¹⁸³ Bkz. *A.e.*, s. 254.

değildir; eylem takyid edilmemiş tehlike içinde gerçekleşmiştir¹⁸⁴, yani failler kasten hareket etmişlerdir.

Herzberg'in geliştirdiği objektif risk kuramı bir çok yönden eleştirilebilecektir. Öncelikle şunu tespit etmeliyiz ki, *Herzberg*'in eylemin içerisinden irade unsurunu çıkarmaya çalışması ve bunu sadece –kendi kabul ettiği biçimde- hareketin içinde saklı tutmuş olması, açık bir biçimde finalist hareket kuramcıları gibi onun da cezalandırılabilir eylemi hareketin olumsuz değerine indirgemiş olduğunu gösterir. Fakat konumuz bakımından daha önemli ve temel nitelikte olan husus şudur: *Herzberg* kast ile taksir arasındaki ayrımı objektif unsurlar üzerinden açıklamak istemektedir. Buna göre takyid edilmemiş bir tehlike halinde fail hiç bir sübjektif bağıntıyı gerektirmeksizin –direkt olarak- kasten gerçekleştirilmiş bir eylemden sorumlu olacaktır; buradaki takyid sınırı ise bir “insanın dikkatliliği ile kaçınabileceği” tehlikelere göre belirlenecek ve bu niteliği taşıyan eylemler taksir sorumluluğuna dahil edilecektir. Buna göre belirli *nitelikte* tehlike yaratan hareketler ne failden faile değişecek ne de failin içsel belirlenimlerinden etkilenecektir. Çok açık ki, bu bir kast karanesidir. Mesele tersinden ele alındığında da aynı biçimde bir taksir karanesi söz konusu olacaktır. Ve hatta *Herzberg*'in açıkça belirttiği üzere maksadlı olarak ile işlenen bir eylemlik dahi eğer “takyid edilmiş bir tehlike ortaya koyuyorsa” burada kasttan değil, taksirden bahsetmek gerekecektir”¹⁸⁵.

Herzberg'in şabloncu kast tanımının zarar kastı ile tehlike kastı arasındaki ayrımı silikleştirdiğine hiçbir şüphemiz yoktur. Ancak şu noktada *Herzberg*'in haklılığını teslim etmeliyiz: Yazar, kendi kuramı gereğince taksire dahil olduğunu kabul ettiği “takyid edilmiş tehlikelilik” hallerinin aslında “somut tehlike durumları olarak da tanımlanabileceğini belirtiyor”¹⁸⁶. Karineci anlayışı bir yana *Herzberg*'in

¹⁸⁴ Bkz. A.e., s. 255.

¹⁸⁵ Karş. A.e., s. 262. *Roxin*, -yukarıdaki örnekte- polis memurunun üzerine araba süren kaçağın, (yaşam tecrübesine binaen) polis memurunun bir tarafa sıçrayarak arabanın altında kalmaktan kurtulabileceğine güvenebileceğini; ancak aksi durumda, yani failin polis memurlarını öldürmeyi amaçladığı bir durumda da kastın varlığının reddedilmesi gereğini inandırıcı bulmuyor. Karş. *Roxin*, AT-I, § 12, kn. 69, s.467.

¹⁸⁶ Bkz. *Herzberg*, JuS 1986, s. 257.

bilinçli taksir ile somut tehlike kavramları arasında kurduğu bağıntı kanımızca isabetli bir bakış açısı ortaya koyabilmektedir.

Ceza sorumluluğunu tüm içsel bağlarından koparmak isteyen *Herzberg*'in isabetli olarak nitelenebilecek bir diğer belirlenimi ise, objektif isnadiyadın ortadan kalkmasına sebep olacak derecedeki tehlike durumlarında, yani izin verilen riskler dahilinde kalmak şartıyla ister takyid edilmiş isterse takyid edilmemiş olsun tehlikelilik durumlarının eylemin failine objektif isnadiyadını ortadan kaldıracağına işaret etmesidir¹⁸⁷. Bizim de katıldığımız bu görüş *Herzberg*'in teorisi ile de uyum içerisindedir. Zira, suç tipinin maddi unsurlarının sınırını belirleyen objektif isnadiyad kavramının kendi de bizatihi objektif taksirin sınırını ortaya koyar. Bunun takyid edilmemiş tehlike kuramıyla uyuyuyor olması da, kendi içinde tutarlıdır. Çünkü aslında bu teorinin yumuşak karnı olan “bir insanın dikkatliliği” kriteri objektif (adi) taksirden başka bir anlama gelmez!

Kanımızca, bu teoriye karşı –kendi argümanını kullanarak- yöneltilebilecek bir diğer haklı eleştiri de, bazı ekstrem durumlarda yazarın “adalet mülâhazaları”yla teorisinin uygulanma alanını daraltmasıdır. Örneğin yukarıda sunduğumuz AIDS vakasına ilişkin yazarın argümanları bu iddiamızı ispatlar mahiyettedir: *Herzberg* takyid edilmemiş tehlike kuramı kullanıldığı takdirde pek tabiidir ki HIV virüsü bulaştırmanın her halükârda “kasten” gerçekleştirilmiş bir eylem (öldürme) olacağını bildiğinden, bu gibi durumlara ilişkin olarak objektif isnadiyadın alanını daraltma yoluna giderek netice ile tehlikeli hareket arasına uzun zaman fasıllarının girdiği durumlarda objektif isnadiyadın kalacağına işaret eder¹⁸⁸. Aslında bu tarz bir yorum

¹⁸⁷ Bkz. **A.e.**, s. 253 ve 256. *Herzberg*'in görüşlerinin izin verilen risk kavramı bakımından değerlendirilmesi için bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 159-161.

¹⁸⁸ AIDS vakasına dair görüşlerinde yazar bu derecede uzun bir zaman fasıllarının gerçekleşen hadiseyi “failin eseri” olmaktan çıkaracağına ve onu “mukadderatın iktidar alanına” sokacağını belirtiyor. Tabii hemen belirtelim ki, yazar kendiyse gayet tutarlı bir biçimde failin maksadlı olarak – mesela partnerini öldürmek gayesiyle- dahi ‘eylemini’ gerçekleştirmiş olduğu hallerde dahi, kasten gerçekleştirilmiş bir öldürmeye teşebbüs failinin varlığından söz edilemeyeceğini belirtiyor. Karş. Rolf Dietrich Herzberg, “*Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten –AG München, NJW 1987, 2314*”, **JuS 1987**, s. 782-783. Meseleyi bir de ispat problemi bakımından ele aldıktan sonra belirtilen görüşünü yinelediği makalesi için bkz. Rolf D. Herzberg, “*Zur Strafbarkeit des Aids- Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr*”, **NJW 1987**, s. 2283. Frisch zamansal mesafenin objektif isnadiyadı etkilememesi gereğine işaret ediyor, hatta bazı durumlarda bir buçuk yıllık bir süre zarfında bile ölümün gerçekleşebildiğini hatırlatıyor. Bkz. Frisch, **JuS 1990**, s. 366, dn. 40. Benzer yönde bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 66, dn. 129, s. 466.

Herzberg'in kuramı ile çelişiyorsa da, kanımızca yazarın temel bakış açısı, daha doğrusu gözden kaçırdığı kavram bakımından tutarlıdır; zira kanımızca bu teorinin ana kavrayışı, bir nedensel seri yaratıcı olan kişiyi ve buna bağlı olan kişi otonomisi kavramını reddetmesine dayanır. Yani yazar bir nedensel seri yaratıcı olarak kişinin amaçsallık içinde gerçekleştirdiği görmezden geldiği içindir ki, pek tabii olarak kasten öldürme olarak nitelenebilecek HIV bulaştırmayı, eylem sorumluluğunun dışına taşıyabiliyor.

Bir diğer **objektif risk kuramcısı** olan *Puppe*, olası kast üzerinde inşa edilecek ve yazarın adlandırmasına göre **görelî kast tehlikesi (dolus eventualis tehlikesi)** olarak anılacak, genel nitelikte bir kast tanımı yapılmasına taraftardır. Yazara göre, eğer bir tehlike –kendi için yapılan bir gözlemle- neticenin gerçekleşmesi bakımından elverişli bir yöntemi ortaya koyuyorsa artık *kast tehlikesinden* bahsedilir¹⁸⁹. Görüleceği üzere *Puppe*, *Herzberg*'in kuramına benzer bir biçimde eylemin konu edildiği suç tipinin içinde saklı bulunan tipik tehlikeliği referans alan bir yorumla kastın ve taksirin ayrıştırılabileceğini ifade ediyor. Ancak bu tehlike kastının kabul edilebilmesi için bir kritere daha ihtiyaç vardır: Buna göre her kim “anlık sahibi” (“müdrîke sahibi” = “vernünftiger Mensch”) bir insanın hukuki değere karşı alınmış bir karar olarak addedebileceği bir tehlikeyi bilerek gerçekleştirmişse, kasten hareket etmiş sayılacaktır. Kanımızca bu görelî kriteri, *Herzberg*'in teorisindeki “bir insanın dikkatliliği ile kaçınabileceği” tehlike kavramının; “anlık sahibi” kimsenin algılayabileceği nitelikteki bir tehlikeye dönüştürülerek tekrar ifade edilmesinden başka bir şey değildir¹⁹⁰. Buna göre kast bakımından bir isteme unsurundan veya uygun bulma gibi bir kriterden bahsetmek yersizdir¹⁹¹; kast-taksir ayrımı ancak kastın temellendirilmesinin kriteri olarak ele

¹⁸⁹ Karş. Ingeborg Puppe, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis”, *ZStW* 1991, s. 21.

¹⁹⁰ Gerçi *Puppe* de teorisinin öncüsü olarak *Herzberg*'i işaret ediyor olsa da, belirsiz bir “nitelik” / “nicelik” ayrışması üzerinden kuramının *Herzberg*'in teorisi ile tam uyuşma içerisinde olmadığını belirtiyor. Ama kanımızca, *Puppe*'nin kast-taksir ayrımı için ortaya koymaya çalıştığı niteliksel ayrım, ancak zarar kastı/ tehlike kastı üzerinden bir gerçeklik kazanabileceğinden ve yazar da bu ayrımı önsel olarak reddettiğinden her iki kuramı da değişik ifadelerle sahip versiyonlar olarak ele alabiliriz. *Puppe*'nin *Herzberg*'in teorisi ile ilgili görüşleri için bkz. *Puppe*, *ZStW* 1991, s. 18-19.

¹⁹¹ *Roxin* anılan objektivist kuramları ele aldığı çalışmasında, haklı olarak (*Herzberg* için yuk. belirttiğimiz gibi), neticenin gerçekleşme ihtimalinin düşük olduğu ancak buna rağmen maksat ile işlenmiş eylemler söz konusu olduğunda *Puppe*'nin “kast tehlikesi” kuramının bilinçli taksire dayalı bir çözüm yoluna gitmesinin gerektiğini iddia etmektedir (karş. s. 250).

alınabilecek ‘anlık sahibi’ üçüncü bir kişinin genellik taşıyan amaçsal rasyonel davranışı ile birey olarak failin davranışının mukayesesi sonucunda belirlenecektir¹⁹².

Kanaatimizce, *Puppe*’nin kuramında yer alan “anlık sahibi” kimse aslında hukuk biliminde sıkça kullanılan “üçüncü kişi soyutlamasından” başka bir şey değildir. Roma Hukuku’ndaki *bonus pater familias*, medeni hukuktaki öngörü sahibi kimse veya ticaret hukukunda yer alan basiretli işadama soyutlamalarının her biri,

Bu itiraz ile beraber *Roxin*, *Puppe*’nin objektivist “kast tehlikesi” kuramını Mahkeme kararına konu olmuş bir örnek ile eleştiriyor: Buna göre; somut olayda “fail, kendi çocuklarına karşı her zaman sevecen ve şefkatli davranan bir kimsedir ve çocuk terbiyesinde dayanın kullanılmasını da mutlak surette reddetmektedir. Kız arkadaşının bir yaşındaki oğlu ile de buna benzer bir ilişki içindedir. Olay günü fail arkadaşının oğluna gayet muntazam bir biçimde bakmıştır. Ancak besleme sırasında çocuğun bağırma başlaması üzerine fail, öfkeyle bir çok defa kafasına vurmuş ve akabinde muz ile çocuğu beslemeye devam etmiştir. Çocuk muz yedikten sonra birden bire yeniden bağırma başlayınca iyi bir karateci olan fail, çocuğun kafasının arka kısmına sert bir tokat darbesi indirmiştir. Bunun üzerine çocuk olay yerinde ölmüş ve failin çocuğu canlandırma hareketleri de sonuçsuz kalmıştır”. *Roxin*’e göre anılan olay *Puppe*’nin kast tehlikesi kuramına göre “tipik bir öldürme kastı tehlikesini” bünyesinde barındırır. Buna mukabil *Roxin*, failin bir çeşit öldürme kastıyla hareket etmemiş olabileceğini çeşitli argümanlar ortaya sürerek ispat ediyor: Buna göre, failin eyleminin tehlikeliliğini öngörmüş olması, onun olası bir zarar neticesini de kabul ettiği anlamına gelmeyecektir. O halde fail, eyleminin ölüme neden olabilecek sonuçlarını ciddiye almamış olabilir. Bunun yanında *Roxin* eylem anıyla doğrudan alakalı olmayan çeşitli argümanları da gündeme getiriyor. Mesela yazar, failin kişilik yapısından, kız arkadaşı ile kurduğu ilişkinin müstakbel seyrinin böylesi bir olayı kaldırmayacağından ve failin insiyakî bir eylemlilik ile hareket etmiş olabileceğinden yola çıkarak kastın isteme unsurunun ispat edilemeyeceğini de vurguluyor. Kanımızca *Roxin*’in olası kastı ispat amacıyla ileri sürdüğü son sayılan gerekçeler aslında yazarın, kast kavramının bir de kusur yapısına sahip olduğu görüşünden kaynaklanıyor. Dikkat edilirse, son sayılan argümanlar, failin eylem anındaki kararını betimleyen olgulardan ziyade failin norm karşısındaki konumu belirler mahiyettedir. Zaten yazar da, anılan kast-taksir ayrımı kriterini benimsediğini ilgili makalesinde açıkça (s. 248-249) belirtmektedir.

Sonuçta yazarın somut örneği yorumlarken belirttiği gibi, anılan durumda olası kasttan bahsetmek mümkün değildir. Buna karşın, *Puppe*’nin “tehlike kastı” kuramı ise, bu gibi durumlarda direkt olarak kast sorumluluğunun bulunması gerektiğini kabul ediyor. Karş. Claus Roxin, “*Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*”, **Festschrift für Hans- Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag**, (haz.) Klaus Rogall- Ingeborg Puppe- Ulrich Stein- Jürgen Wolter, Neuwied, Luchterhand Verlag, 2004, s. 246, 248, 249.

Puppe ise, anılan yargı kararına ilişkin haklı olarak, –*Roxin* gibi- mahkemenin de failin genel karakteri vs. argümanlar kullanarak kast sorumluluğunu tespit etmesini eleştirmekte ve fakat sonuçta – isabetsizce- olayda bir öldürme kastının bulunduğunu kabul ediyor. Karş. *Puppe*, **AT-I**, § 16, kn. 19-20, s. 302-303. Kanımızca da, son sayılan argümanlar ancak bir yardımcı etmen olarak kastın tespitinde rol alabilmelidir. Ve ayrıca bu rol, –mesela failin genel karakterinin veya tecrübesinin- somut olayla bağlantılarının kurularak failin eylem anında olası zarar neticesinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dönük güveninin tespiti bakımından belirlenmelidir. Yoksa “iyi” bir insan olmak veya “talihsiz neticelere” neden olmak, kastın ispatı bakımından hukuki bir belirlenim ortaya koyamaz.

¹⁹² Bkz. *Puppe*, **NK-StGB**, § 15, kn. 68-69, s. 499.

sorumluluk derecelendirilmesinde kullanılan birer kriterdir.¹⁹³ Hatta maddi unsurların belirlenmesi sırasında diğer kimseler nezdinde isnad edilebilir eylemin, yani objektif isnadiyard yardımıyla maddi unsurun sınırının belirlenmesinde de bu kritere başvurulabilir. Adî taksirin belirlenmesinde de, ister failin kendi hayat seyri içerisindeki öngörebilme yeteneği, isterse bir üçüncü kişi olarak ortalama yurttaşın davranışlarının sonuçlarını öngörebilme yeteneği esas alınsın bir üçüncü kişi soyutlamasına başvurulur. Ancak kast gibi tamamen bir içsellik taşıyan böylesi bir kavramın sınırını belirlerken de, “üçüncü kişi” soyutlaması kullanılabilir ve temel sorumluluk biçimi olan kast ile taksirin ayrımı bu kriter vasıtasıyla belirlenebilir mi?

Öncelikle bir hususu açıklayalım: *Puppe*, failin eylemine dönük içsel-sübjektif bağıntılarının hiçbir zaman kesinlikle belirlenemeyeceğini ve aslında bunların belirlenmesinin de kastın varlığı bakımından bir önem taşımadığını vurguluyor¹⁹⁴. Yazara göre, tipik neticeyi gerçekleştirmeye dönük objektif ve nitelikli bir tehlikenin varlığı, failin bu netice bakımından taşıdığı içsel yönelimin niteliğinden bağımsız olarak kastın varlığı sonucunu doğurabilecektir. Tabii ki; kastın ispatı meselesi, ceza hukukunda daima içsel belirlenimlerin katî olarak kestirilemezliğinden dolayı sorunlu bir alandır ve böyle kalmaya da devam edecektir. Yazarın bu sorunu aşmak amacıyla mı bu kuramı geliştirdiği “bilinemez” ama ortaya koyduklarının kabul edildiği takdirde bir ispat problemi yaşanamayacağı ortadadır. Zira bu durumda ispat sorunu, ispat edilecek şeyi ortadan kaldırarak aşılmış(!) olur¹⁹⁵. Ancak *Puppe*’nin görüşlerini sadece uygulamacının elini kolaylaştıracı bir yöntem (kuram) olarak değerlendirmek de indirgemecilik olur. Bu sebeple, kuramın temel dayanaklarını incelemeyiz.

¹⁹³ İhmalin kıstasları için bkz. Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumî Kısım**, Birinci Cilt, çeviren Cevat Edege, İstanbul, Yeni Matbaa, 1952, § 47, s. 406-407.

¹⁹⁴ Bkz. *Puppe*, **ZStW 1991**, s. 41.

¹⁹⁵ Bu şekilde, *Puppe*’nin görüşlerinden, yazarın şüpheden sanık yararlanır ilkesini dolanma gayesi güttüğü anlaşılmaktadır. Halbuki ispat yükünün iddia makamına ait olması ceza muhakemesi hukukunun vaz geçilmez ilkelerinden biri olmalıdır. İspat yükünü belirleyen kural ile şüpheden sanık yararlanır ilkesi arasındaki ilişkinin derinlemesine incelendiği ve Alman doktrinindeki kavrayışı eleştiren görüş için bkz. Yener Ünver, “*Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız*”, **CHD 2006**, S.2, s. 122-125.

“Anlık sahibi” kimse sözünden anlaşılması gereken nedir, *Puppe* bu sözle ne iddia etmektedir? Yazarın ifade ettiklerinden çıkarılabildiğimiz kadarıyla, “anlık sahibi kimse” bir hukuk toplumunun en küçük parçası olan ve davranışlarını kendinin de dahil olduğu bu toplumun normlarına göre sevk edendir¹⁹⁶. Buraya kadarki aktarımlara katılmaktayız ve birinci bölümde açıklamaya çalıştığımız gibi, “olması gereken” yaratıcısı olan kişi kavramı ile *Puppe*’nin görüşlerindeki paralelliği kabul edebiliriz. Fakat kanımızca *suçun* genel karakteri bakımından doğru olan bu yorumda yazarın üzerinden atladığı bir nokta var: “Anlık”, toplumun her tikel parçasının sahip olduğu ön kabulüne dayandığımız ve aslında hukuk toplumu soyutlamasını da bunun üzerinde inşa ettiğimiz bir kavramdır ve bu şekliyle bu kavram, “failin kendini anlaksız davranan bir kimse olarak nitelediği” kusurun da temelini oluşturabilir. Yani failin kişiler arası bir özgürlük ilişkisini ihlal ettiğinin bilincinde olduğu ve bu inkarcı iradesini hukukun genelliğine karşı da tevcih ettiği durumlarda kusurlu bir iradede bahsedilebilir. Fakat objektif haksızlığı oluşturacak olan kast bakımından bu kriteri kullanmak, aslında kastı kusurun içine dahil etmek olacaktır. Zira kasten hareket eden fail anlaksız (= verstandlos) bir biçimde eyleminin yarattığı sonucun pekala bir hukuki değeri ihlal etmeyebileceğine, eylem anındaki akıl yürütmesi sonucunda hükmetmiş olabilir¹⁹⁷. Dolayısıyla ideal hukuk toplumu modelinde her yurttaşın doğuştan sahip olduğu kabul edilen özgür irade kavramına dayanan bu yorum aracı, eğer *Puppe*’nin görüşleri kabul edilecek olursak anlamını yitirecektir. Zira eğer süje artık anlaksız olarak değerlendirilecekse, bu onun eyleminden sorumlu da olmamasını gerektirmelidir.

O halde *Puppe*’nin görüşlerine katılan yazarlar bakımından (örn. *Herzberg*, *Jakobs*) –eğer bu yorumlarıyla tutarlı kalmak istiyorlarsa- bir tek çıkış yolu kalmaktadır, o da *Kargl*’ın ileri sürdüğü gibi “bilinçli taksiri” reddetmektir. *Kargl*, açıkça bir kimsenin gerçekleşme ihtimalini öngördüğü fakat bu neticenin gerçekleşmesini istemeyebileceği şeklinde tanımlanan “bilinçli taksir” hallerini

¹⁹⁶ Karş. *Puppe*, **ZStW** 1991, s. 14-15.

¹⁹⁷ *Puppe*’nin geliştirdiği kriterin, kastın yarattığı haksızlığın içinde saklı bulunan kişilik zırhını kaldırdığı ve bu sebeple hareketin kişisel niteliğini yadsıdığı yönündeki isabetli eleştirilere ulaşmak için bkz. Karl Lackner / *Kristian Kühl*, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen [StGB-E]**, yeniden hazırlanmış 24. bası, München, Verlag C.H. Beck, 2001, § 15, kn. 25, s. 93-94.

patolojik birer vaka olarak tanımlamakta ve eğer somut durumda bundan söz edilecekse; eylemin sübjektif yönünün değil, doğrudan kusur yeteneğinin etkilenmesi gerektiğini kendi içinde tutarlı kalarak vurgulamaktadır¹⁹⁸.

Sonuç olarak, kanımızca fail, genel hukuksal niteliğinden ayrı olarak eylemin somutluğu ve özgünlüğü içerisinde pekâlâ olası gördüğü bir neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmiş olabilir, bu da aslında onun kendinin bir nedensel seri yaratıcısı olarak hakkıdır ve gerekçeleri süjenin otonomisi kavramına dayanır¹⁹⁹. Buna mukabil hakikaten failin eylemi “anlık sahibi” bir kimsenin kabul edemeyeceği dereceye vasil olmuşsa, artık kusur sorumluluğunun ortadan kalktığından bahsedilebilir, fakat bu raddeye ulaşmamış olan eylemlikleri sübjektif belirlenimlerden bağımsız olarak nitelendirmek sözü edilen hukuk toplumu modellemesi bakımından tutarlı olamayacaktır.

Bu noktada bir parantez açıp aslında *Puppe*’nin görüşlerinin hangi tarihsel arka plana sahip olduğunu hatırlatmak gerekir: İlk defa *Covarruvias* (1512-1577) tarafından ileri sürülen görüşlere göre “...hareketin objektif olarak tehlikeli olması halinde fail, kendinden sadır olan ve genel hayat tecrübesine göre kendine isnad edilebilir neticeleri dolaylı olarak *istemektedir (dolus indirectus)*.” İsteme unsuru için bir karine benzeri ortaya koyan bu anlayış, *Johann Samuel Friedrich von Boehmer*’in (1704-1772) *dolus indirectus*’u aşarak *dolus eventualis*’i keşfetmesiyle biçim değiştirmek zorunda kalmıştır. Zira *Boehmer*’e göre ceza sorumluluğundan bahsedebilmek için somut neticeye dönük “aktüel bir rızanın”, “istemin” varlığından bahsetmek gerekecektir²⁰⁰. O halde kendi ifadesiyle de kabul ettiği biçimiyle

¹⁹⁸ Karş. Kargl, **Der Strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie**, s. 73-74.

¹⁹⁹ *Jakobs*, sabit değişmez kişi soyutlamasını reddetmektedir. Ona göre, kişi de normatif bir kavram olduğundan statüsü değişken olmalıdır. Yazarın bu görüşlerinin tutarlı sonucu, tabiidir ki genel nitelikte geçerli olan kişi kategorisinin reddedildiği “düşman ceza hukuku” olabiliyor. Normatif bir süje kavramı yaratan *Jakobs*’un, süje otonomisi ile ilgili görüşleri için bkz. *Jakobs*, AT, § 9, kn. 5, dn. 7, s. 318.

²⁰⁰ Tüm bu tarihsel gelişim için bkz. Rüping /Jerouschek; **Grundriß der Strafrechtsgeschichte**, kn. 113-121, s. 52-55.

Puppe'nin görüşleri²⁰¹ *dolus indirectus* (dolaylı kast) öğretisinin yeniden uygulanmaya taşınması çabasından başka bir şey değildir. Halbuki *dolus eventualis*'in icadı, sübjektif sorumluluğa giden yolda bir mesafe taşıdır ve bu şekliyle muhafaza edilip yetkinleştirilmesi gerekir.

Normatif teoriler bağlamında kısaca değinmemiz gereken bir görüş de **etkin kaçınma iradesi** kavramıyla kast ile taksir arasındaki ayrımı izaha çalışan öğretidir. Bu kuram ilk defa *Armin Kaufmann* tarafından ortaya atılmıştır. Bu kurama göre, fail arzu etmediği neticenin gerçekleşebileceğini öngörür fakat bundan kaçınmak için herhangi bir araç kullanmazsa artık olası kastın varlığından bahsedilebilecektir²⁰². Ancak belirtelim ki, kaçınma iradesi teorisi taraftarları, her durumda kaçınma iradesinin aynı biçimde görünmeyebileceğini iddia ediyorlar: Buna göre eğer fail eyleminde kurguladığı kaçınma stratejisi gereğince muhtemel gördüğü yan neticenin gerçekleşmeyeceğine kesin gözüyle bakıyorsa, artık neticeyi gerçekleştirmeye dönük bir iradenin varlığından bahsedebilmek mümkün olamayacaktır: Örneğin, AIDS vakasında eğer fail prezervatif kullanmışsa bu onun kastının varlığını *içeriksel* olarak ortadan kaldıracaktır²⁰³. Kanımızca bu sonuç doğrudur. Fakat, zaten bu gibi durumlar objektif isnadiyadın bulunmadığı hallere dahil olduğundan ortada kastın kurgulanabileceği tipik bir eylemin varlığından da söz edilemeyebilir. Bir HIV taşıyıcısının diğer bir insanla kuracağı cinsel ilişki herhalde tehlikeli bir eylemlik olacaktır fakat bu durumda prezervatif kullanılması bu tehlikeyi izin verilen riskin alanına taşıyacak ve maddi unsuru ortadan kaldıracaktır.

Buna mukabil kaçınma teorisi taraftarları, failin kendi uyguladığı tedbir ölçütünün yan neticenin intacını engellemeye yetmeyebileceği hususunda tereddütte kaldığı durumlarda, eğer fail etkin bir kaçınma iradesi göstermişse yine kastının ortadan kalktığı sonucuna ulaşmak gerekeceği görüşündedirler. Örneğin bu teoriye göre, yine AIDS vakası üzerinden örnekleme yaparsak: HIV taşıyıcısı olan failin

²⁰¹ Kuramının *dolus indirectus* öğretisinin yeniden formüle edilmesi olduğunu *Puppe* de kabul ediyor. *Dolus indirectus* ile ilgili olarak yazarın görüşleri ve yukarıda anılan yazarların temel eserlerinden önemli pasajların çağdaş Almanca'ya çevirisi için bkz. *Puppe*, **ZStW 1991**, s. 23-31.

²⁰² *Kaufmann*'ın teorisini aktaran bkz. Thomas Hillenkamp, “*Dolus eventualis und Vermeidungswille*”, **GS-Armin Kaufmann**, 1989, s. 352-353. Kaçınmama iradesi kavramını kısmen kabul eden görüş için bkz. Kühl, **AT**, § 5, kn. 85, s. 92.

²⁰³ Bkz. Hillenkamp, **GS-Armin Kaufmann**, s. 362.

prezervatif kullanmamasına rağmen cinsel birleşme sırasında sert davranmamasının virüsün bulaşma riskini engelleyeceğine inanmış olması ve bu yönde hareket etmesi halinde de kastın kalkacağını kabul etmek gerekecektir²⁰⁴. Kanımızca, bu son durumda eğer etkin kaçınma iradesi kuramını katı bir biçimde uygulamaya kalkarsak, aslında kastın varlığını kabul etmek gerekecektir. Fakat dikkat edilirse kuramcılar burada “güven kuramına” dönerek daha isabetli bir çözüm yoluna ulaşıyorlar ve aslında kendi kuramlarını güven kriteri vasıtasıyla revize ediyorlar.

Aktardığımız her iki durumda da kuramcılara göre kast ortadan kalacaktır. Bunların haricinde ise, yani failin neticenin gerçekleşmesi ihtimaliyle beraber kaçınma çabasının bunu engelleyeceğine dönük öngörüsünün bulunmasına rağmen, bu yönde herhangi bir eylemliğe geçmediği durumlarda kastın varlığından bahsedilecektir²⁰⁵. Buna göre, HIV taşıyıcısı prezervatifsiz birleşmenin tipik neticeyi gerçekleştirebileceğini öngörmüş ancak bunu önlemek için kendince hiçbir eylemlikte bulunmamışsa artık “güvenin” niteliğine bakılmaksızın olası kasttan bahsedilebilecektir. Bu nokta kanımızca, kuramın somut olaya bağladığı sonuç isabetlidir. Ancak yine de “etkin kaçınma iradesinin” varlığını kastın belirlenmesinde bir kriter olarak ele almak doğru bir çözüm yolu olamayacaktır.

Şu nokta kanımızca açıktır ki; *Puppe*’nin kuramında olduğu gibi bu kuram açısından da temel hareket noktası, muhakeme sırasında kastın ispatını mümkün kılabilmek için kavramın kendine bir takım objektif kriterler ithal etmek gayretidir²⁰⁶. Aynı şekilde, bu kuramın ceza muhakemesi açısından pratik bazı sonuçlar doğurabileceğini kabul eden *Gropp*’a göre bile, kastın bu biçimdeki bir formülü aslında ispat yükünün sanık aleyhinde yer değiştirmesinden başka bir şey olamayacaktır²⁰⁷. Kanımızca da kuramın bu yönüne yapılan olumsuz eleştirel vurgu yerindedir.

²⁰⁴ Bkz. **A.e.**, s. 363-364.

²⁰⁵ Bkz. **A.e.**, s. 365-366.

²⁰⁶ *Hillenkamp*, bu teorinin ancak açıklık taşıyan durumlarda, yani kaçınma iradesinin dışsallaştığı noktada ispata yardımcı bir yönünün bulunduğunun altını çizmektedir. Karş. **A.e.**, s. 360-361.

²⁰⁷ Bkz. *Gropp*, **AT**, § 5, kn. 108, s. 175.

Ancak mesele, sadece kuramın muhakeme usulü kurallarını zorlayan içeriğinden ibaret değildir. Failden neticenin gerçekleşmesini engelleyici davranışlar ortaya koymuş olmasını beklemek her zaman failin eyleminin neticeleri üzerinde verdiği pratik hükmü doğru bir biçimde analiz etmemize imkan sunmayabilir. Örneğin *Köhler* haklı olarak, bazı somut durumlarda failin kaçınma çabasından uzak durmasının aslında onun öngördüğü tipik neticenin gerçekleşmesi ihtimalini pekâlâ hafife almış (ciddiye almamış) olabileceği sonucunu da barındırabileceğine işaret ediyor²⁰⁸. Tersinden de aynı durum söz konusu olabilir; yani failin kaçınmaya çalıştığı fakat kendi kaçınma çabalarının neticenin gerçekleşmesini ihtimal dahilinden çıkarmamış olduğu durumlarda da kastın varlığını kabul etmek gerekebilir. Örneğin kaçınma teorisi taraftarı olan *Schroth* hastanın aydınlatılmış onamının bulunmadığı ve ciddi bir ölüm riskini barındıran bir operasyonda dahi hekimin kesinlikle öldürme kastıyla hareket etmiş olabileceğinin kabul edilemeyeceğini zira bu durumda failde neticenin gerçekleşmemesine dönük çaba yanında bir kurtarma iradesinin de bulunduğunu kabul etmektedir²⁰⁹. Kanımızca böylesi bir yorum, kesinlikle kastı öğretide terk edilmiş bulunan *dolus malus*'a indirgeyen bir çözüm yoludur²¹⁰ ve kusur/kast ayrımı kriterleri bakımından kabul edilemez.

Sonuçta, kanımızca “kaçınma” hareketlerinin varlığı muhakeme sırasında failde bulunan tipik neticenin gerçekleşmeyeceğine dair güvenin ispatında bir emare olarak ele alınabilir. Ancak kast-taksir ayrımı bakımından genel bir kriter olarak kabul edilmesi mümkün değildir²¹¹.

3.2.2.3. İrade Teorileri

Adından da anlaşılacağı üzere irade teorileri klasik kast tanımı olan “tipik neticenin bilinmesi ve istenmesi” formülünü kabul etmekte ve olası kast kavramının anılan her iki unsuru da bünyesinde taşıması gerektiğine işaret etmektedir. Ancak bu

²⁰⁸ Bkz. *Köhler*, AT, s. 165. Aynı yönde bkz. *Roxin*, AT-I, § 12, kn. 54, s. 460.

²⁰⁹ Bkz. *Ulrich Schroth*, “Die Differenz von *dolus eventualis* und *bewußter Fahrlässigkeit*”, JuS 1992, s. 8.

²¹⁰ Bkz. *Jakobs*, AT, § 8, kn. 24, s. 272.

²¹¹ Aynı yönde bkz. *Roxin*, AT-I, § 12, kn. 53, s. 459.

tanımda yer alan “isteme” kavramının tam olarak neye karşılık geldiği, her bir irade kuramında farklı bir içerikle ele alınmaktadır. Bu bağlamda şunu da belirtmek isteriz ki; Türk doktrininde yaygın olarak kabul edilen olası kast tanımlamasının –genel olarak- iradeci teorilerin etkisi altında kalmıştır. Bir yan netice kastı olan olası kastın analizinde anılan teorileri incelemeğe başlamadan evvel şu hususu da hatırlatmak isteriz: Alman doktrininden farklı olarak Türk doktrininde ana netice/ yan netice üzerinden bir eylem analizi yapılmamakta ve dolayısıyla Alman hukukunda – yaygınlıkla kabul edilen- birinci derecede doğrudan kast/ ikinci derecede doğrudan kast / olası kast ayrımı farklı bir zeminde açıklanmaktadır. Kanımızca bunun temel sebebi Alman Ceza Hukukunun finalizmin etkisinde kalarak hareketi, Türk doktrinindeki “tabii nedensel eylem”den farklı olarak, “nedenselliğin yaratıcısı failin amaçsal etkinliğinin ürünü” kavramını esas alan bir biçimde tanımlamasından kaynaklanmaktadır. Ancak sonuçta –formüle edilmesine katılmamakla birlikte- Türk doktrininde yer alan “istenen netice” / “öngörülen ve dolayısıyla istenen” netice ayrımının da, ana netice / yan netice kavramlarının ismi anılmadan benimsenmesinden başka bir şey değildir.

Olası kastı açıklamaya dönük irade teorilerinden ilki, *Engisch* tarafından geliştirilen **kayıtsızlık teorisidir**. Buna göre olası kastın varlığı, failin tipik neticenin gerçekleşeceğini öngörmüş olması ve ilgili hukuki değerin ihlali sonucunu doğuran anılan intaç karşısında kayıtsızlık sergilediği durumlarda kabul edilecektir. Buna mukabil fail açısından söz konusu netice arzu edilmeyen bir sonuç olacaksa veya fail öngörüsüne rağmen tipik neticenin gerçekleşmeyeceğine dönük bir umut içindeyse, olası kasttan değil bilinçli taksirden söz etmek gerekecektir²¹².

Engisch’in geliştirdiği olası kast- bilinçli taksir ayrımını doğru bir biçimde analiz edebilmemiz için yazarın kusur kavramını nasıl nitelendirdiğinin de ortaya koymamız gerekir. Yeni tasnifçi suç teorisinin önde gelen isimlerinden olan *Engisch*, normatif kusur teorisi taraftarıdır ve bu sebeple kusurun kast-taksir kavramlarıyla beraber bir bütünsellik taşıdığı görüşündedir. Yazara göre, kast, *çifte fonksiyonu* sebebiyle her iki açıdan da, yani hem eylemsel içeriği hem de -hukuka aykırılık hariç kalmak üzere- kusur içeriği ile değerlendirilmesi gereken çift karakterli bir

²¹² Bkz. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 15, kn. 110, s. 118-119.

unsurdur²¹³. Ayrıca yazara göre, kast ile “isteme” kavramları aynı çatı altında bulunabilir kavramlar değildir ve sadece bilme unsuru üzerinden yapılacak bir ayrım da kast ile taksir arasındaki farkı ortaya koymaya yetmeyecektir, zira hem kastta hem de (bilinçli) taksirde aynı derecede öngörü kafi kabul edilir²¹⁴. Bu durumda *Engisch* açısından kast ve taksiri ayırtırmada geriye tek bir dayanak noktası kalır; bu da normun koruduğu hukuksal değer karşısında “kayıtsızlık” gösteren failin maddi anlamda kusura dahil bulunan bir kavram olan içsel belirlenimidir. İşte *Engisch*’in teorisi bakımından kritik olan nokta şudur: Fail eylemine karar verme sürecinde – kanımızca bu sadece kusurun konusu olabilir!- hangi iç motivasyonla hareket etmişse bu, onun eyleminin taksirle mi yoksa kastla mı gerçekleştirileceğini de belirleyen olguyu oluşturacaktır²¹⁵. O halde kast, kusurun bir parçası olarak ele alınacak ve iradenin oluşum sürecinde failin norm karşısındaki tutumuna göre belirlenecektir²¹⁶: Neticenin muhtemel intacı fail bakımından bu oluşum sürecinde kayıtsızlıkla karşılanmışsa olası kasttan; buna mukabil fail neticenin gerçekleşmesini değil de sadece hukuki değer tehlikeye sokulması karşısında kayıtsızlık sergilemişse artık – bilinçli taksire karşılık gelen- bir tehlike kastından bahsedilebilecektir²¹⁷.

Temelde kastın çifte fonksiyonu görüşüne dayanan kayıtsızlık teorisi kendi içinde tutarlı kalan bir biçimde kastın tespitini, “failin norm ve hukuk düzeni karşısındaki” saikine dayandırmaktadır. Ancak daha evvel hukuka aykırılığın hukuksal yetke sahasına dair açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, kanımızca kusur failin normun genel geçerliliğine karşı özgürce tevcih etmiş olduğu “haksızlığı tercih” olgusuna dayanır. Dolayısıyla, kastî eylem bu unsur hariç kaldığı müddetçe sadece kendinde (objektif) bir haksızlık gerçekleştirebilir. Kaldı ki, kastın konusuna saik ve benzeri kavramları dahil etmeme ve bunları kusurun içinde ele almak genel teori bakımından da tutarlılık taşıyacaktır.

²¹³ Bkz. Achenbach, **Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**, s. 212-213.

²¹⁴ Karş. Ambrosius, **Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung**, s. 42.

²¹⁵ Bkz. A.e., s. 43.

²¹⁶ Ayrıca *Engisch*’in olası kast ile olası haksızlık bilinci arasında kurduğu bağı irdeleyen bkz. Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 209.

²¹⁷ Bkz. Ambrosius, **Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung**, s. 44.

Sonuçta *Engisch*'in zarar kastı ve tehlike kastı üzerinden geliştirdiği ayrım, yani bilinçli taksir ile olası kastın aynı derecede tehlike öngörüsüne sahip olabileceğine dair çıkarımına katılmakla beraber, yazarın kast ve taksiri kusurun birer parçası olarak ele alan görüşleriyle aynı yönde bir kanaate sahip değiliz. Dolayısıyla, olası kastın belirlenmesinde failin eyleminin neticesini “arzu etmemiş olduğu” veya bu sonuçtan “hoşnut olmadığı” veya eylemin sonuçları itibarıyla sadece ‘belirsiz’ bir “umuda” sahip olduğu durumları, olası kast/ bilinçli taksir ayrımı bakımından geçerli bir kriter olarak değerlendirmiyoruz²¹⁸.

İrade unsuru üzerine vurgu yapan bir diğer olası kast kuramı da, **uygun bulma** veya **onaylama teorisi** olarak adlandırılan görüşlerdir. Bu kurama göre, neticenin gerçekleşmesini yakın bir ihtimal olarak değerlendiren ve bunu uygun bularak hesaba katan veya bunu kabullenen fail olası kastla hareket etmiş kabul edilecektir²¹⁹. Bu anlayışa göre, öncelikle failin neticenin gerçekleşebileceğini mümkün addetmesi gerekir. *Haft* haklı olarak bu öngörünün nitelikli bir öngörü olması gereğinin altını çiziyor ve intacın “ciddi olarak” imkan dahilinde tutulması gereğini belirtiyor²²⁰. Bu yakınlık taşıyan ihtimal öngörüsünün yanında bir de failin eylemine ilişkin içsel bir belirlenimi olmalıdır; bu da kastın isteme unsuruna karşılık gelen “uygun bulma” veya “hesaba katarak kabullenme” olacaktır²²¹.

Uygun bulma veya onaylama teorisi olarak anılan görüşler bakımından bir hususu daha belirtmemiz gerekir: Bu teori de, yukarıda izah etmeye çalıştığımız kayıtsızlık teorisi gibi, kastın kusurun içinde bulunan bir anlamı da bulunduğundan hareketle, birinci ve “ikinci” derecede doğrudan kast ile olası kast arasında isteme unsuru bakımından bir nedret sebebinin var olduğunu ve dolayısıyla olası kastın

²¹⁸ Aynı yönde bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 40, s. 454. Ancak *Gropp*, kayıtsızlık kuramının failin zihnindeki süreci tanımlayabilmek kabilinden çabalarının sırf bu şekliyle gerçekçi olamayacağını belirtmektedir. Karş. *Gropp*, **AT**, § 5, kn. 111, s. 176. Buna karşılık, *Stratenwerth / Kuhlen* ise, kayıtsızlık teorisinin bu şekliyle failin neticenin gerçekleşmesini hakikaten ciddiye mi aldığı yoksa bunu hafife mi aldığı hususunda bir belirlenim ortaya koyamadığını vurguluyor. Karş. *Stratenwerth / Kuhlen*, **AT-I**, § 8, kn. 118, s. 126.

²¹⁹ Bkz. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 15, kn. 107, s. 118.

²²⁰ Bkz. *Haft*, **AT**, s. 158.

²²¹ Bkz. Baumann / Weber / Mitsch, **AT**, § 20, kn. 53, s. 488.

diğer kast türleri bakımından daha az bir kusura karşılık geldiğini kabul ediyorlar²²². Bu görüşle ilgili olarak yukarıda kayıtsızlık teorisi bakımından belirttiğimiz bakış açımızı koruyoruz²²³.

Gerçi şunu da ifade etmeliyiz: Uygun bulma teorisi taraftarları, “uygun bulma” kriterini “failin eylem neticesinden memnun kalması” veya –aksi yönde bilinçli taksirle kurduğu sınır bakımından- dışsal “tesadüfe terk edilmiş bir soyut umut” gibi eylem anı kararından bağımsız unsurlara doğru genişletmeyi teorilerinin dışında tutma gayreti içindeler²²⁴. Bu durumda anılan teorinin “arzu etme” üzerinden yapılan bir ayırım kriterine uygun bulmayı “günlük dildeki karşılığından ziyade hukukî anlamıyla” kullanarak kapılarını kapattığı müddetçe tasvip edilebilir bir dayanağı olduğunu ve biz de kabul ediyoruz²²⁵.

İrade teorilerinden en yaygın biçimde kabul edileni **ciddiye alma teorisi** olarak anılan görüştür. Buna göre olası kast, failin bilişsel açıdan neticenin gerçekleşmesini öngördüğü ve istemsel açıdan da bu intacı ciddiye alarak kabul ettiği durumlarda söz konusu olur. Tersinden de ifade edersek, fail eyleminin sonucu olarak tipik neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir güvenle hareket etmişse artık bilinçli taksirden bahsedilecektir²²⁶. Bu teori köken olarak yukarıda andığımız uygun bulma teorisinden türemiş ve anılan teorinin kusura ait olan parçaları kastın içine dahil etme eğilimini engellemek gayesini gütmüştür. Dolayısıyla günlük dildeki “arzu etme” vb. kavramlar ile hukuki manadaki “isteme”yi ayırıştırarak kastı konumlandırmayı amaçlamıştır. Federal Alman Ceza Hukuku uygulamasında uygun bulma teorisinden ciddiye alma teorisine geçiş manasına gelen önemli bir mesafe

²²² Karş. Jürgen Baumann, **Grundbegriffe und System des Strafrechts**, gözden geçirilmiş 3. bası, Stuttgart- Berlin – Köln- Mainz, W. Kohlhammer Verlag, 1969, s. 106. *Baumann*, Alman Ceza Hukuku reformundan sonra da bu görüşünü muhafaza etmektedir. Karş. Baumann / *Weber* / Mitsch, **AT**, § 20, kn. 48, s. 486.

²²³ *Roxin* de uygun bulma teorisini aynı biçimde eleştiriyor ve faili eyleme ulaştıran saikin kast bakımından önem taşımadığını vurguluyor. Bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 37, s. 453.

²²⁴ Karş. Haft, **AT**, s. 159; Baumann / *Weber* / Mitsch, **AT**, § 20, kn. 54, s. 489.

²²⁵ *Roxin*, İkinci Dünya Savaşından sonra anılan teorinin hukuki anlamda istemeye doğru bir evrim içine girdiğini ve bu sebeple artık yaygın kabul gören olası kast teorilerinin bir versiyonu haline geldiğine işaret ediyor. Bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 39, s. 453-454.

²²⁶ Karş. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 15, kn. 109, s. 118.

atışı olan bir kararı burada aktararak anılan teorinin niteliğini ortaya sermeye çalışacağız:

Deri Kemer Vakası²²⁷: Sanıklar K ve J, müşterek tanıdıkları olan ve sıklıkla para karşılığı homoseksüel ilişki yaşadıkları işadami M’yi yağmalamaya karar verirler. Bu amaçla sanıklar, M üzerinde onu dirençsiz kılacak derecede cebir uygulamayı ve bu vasıtayla sessiz kalmasını sağladıkları M’nin evini rahatlıkla soymayı planlamışlardır.

K yöntem olarak, M’nin boğazını bir kemerle sıkmayı ve daha sonra onu bağlayarak ağzını tıkmayı önerir ve J de bunu kabul eder. Her iki sanık, böylesi bir yöntemin mağdurun bilinç kaybına neden olabileceğini ve bunun da daha ağır zararlara, örneğin ölüme neden olabileceğini öngörmüştür.

8 Şubat 1954 tarihinde mutad bir ziyaret sırasında K, J’nin de hazır bulunmasından hareketle eylemi icra etmek ister; ancak bir anda cesaretini yitirir ve deri kemeri J’ye verir. J de hiçbir şeye kalkışamaz ve o gün evden ayrılırlar.

Sanıklar deri kemerin kullanılması halinde M’nin bilincini yitirebileceği ve hatta ölebileceği tehlikesini dikkate alarak eylem planlarından vaz geçerler. Bu sebeple J başka bir plan yapar: Buna göre sanıklar deri kemer yerine küçük bir kum torbası kullanırsa darbeler sırasında küçük kum torbası kafa tasına zarar vermeyecek ve dolayısıyla ciddi yaralanmalar söz konusu olamayacak, sadece darbeler sebebiyle mağdur zihnî teşevvüşe uğrayacaktır. J ve K bu yeni eylem planı üzerinde uzlaşırlar.

15 Şubat 1954 Akşamı sanıklar M’ye ziyarete gider. J kum torbasını pantolon cebinde taşır. K ise kendi kararıyla ve J’nin bilgisi olmadan her ihtimale karşı deri kemeri de yanına almıştır. Sanıklar M’den geceyi onun evinde geçirip geçiremeyeceklerini sorduklarında, M misafirlerinin bu isteğini geri çeviremez ve K’ya kendi yatağını, J’ye ise başka bir odayı tahsis eder.

Saat sabaha karşı dörde doğru J, K ile beraber uyuyan M’nin başına gelir ve iki defa kum torbasıyla kafasına vurur. Darbeler M’nin zihnini teşevvüşe sokmaktan ziyade uyanmasına neden olur. Bir sonraki vuruştaysa kum torbası patlar. Bunun üzerine M yataktan fırlar ve J ile boğuşmaya başlar. Bu sırada K koridora yuvarlanır ve derhal deri kemeri alır. O dakikaya kadar odada K’nın varlığını sezememiş olan M’ye arkadan yanaşır ve çenesine takılan deri kemeri çekerek gerisin geri M’yi yere indirir. Bu sırada J deri kemeri fark eder ve eski plandaki gibi davranmaya başlar. Yatağa fırlattıkları M’nin J kollarını sıkıca tutarken K kemeri tekrar M’nin boynuna dolar ve sıkmaya başlar. Her ikisi de son kuvvetleriyle M’nin kolları boşa düşene ve kendini yatağa salana kadar kemere asılırlar. M’yi bağlamaya başladıkları sırada J, mağduru sırt üstü çevirir ve yatağa doğru bastırır. Bu sırada K, tekrar kemer ile sıkmaya başlar. O kadar sıkar ki, M tamamen hissizleşir ve artık ses de çıkarmamaya başlar. J bu durumu fark eder ve K’ya: “Dur artık!” diye bağırır. Sıkımayı bırakan K, J ile beraber M’yi bağladıktan sonra M’nin kıyafetlerini ve çamaşırlarını didiklemeye başlarlar. Bu arada M’nin ölüp ölmediği hususunda şüpheye kapılırlar ve bir kaç defa M’yi tekrar canlandırmak gayesiyle çeşitli denemelerde bulunurlar. Daha sonra ise, evi terk ederler.

Yukarıda anılan somut olayda faillerin mağdurun ölmesini arzu etmedikleri ortadadır ancak hukuki anlamda değerlendirilen “isteme” kavramı bakımından da aynı sonuca ulaşmak ve failleri sadece bilinçli taksirle öldürmeden sorumlu tutmak, doğru bir olası kast çözümü değildir. İşte bu sebeple anılan karar Alman hukuk

²²⁷ Karar metni için bkz. “BGH Urteil vom 22.04.1955 (5 StR 35/55); BGHSt 7, 363”; **Alpmann Schmidt İçtihat Bankası**, <http://www.alpmann-schmidt.de/> [çevrimiçi], 04.06.2007, saat: 15:54. Ayrıca maddi olay özeti için bkz. Claus Roxin, “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363”, **JuS 1964**, s. 53.

uygulaması bakımından bir dönüm noktası teşkil eder²²⁸. Buna göre FYM, kastın isteme unsurunu belirlerken; uygun görme teorisinin hukuki değer ihlalinin fail bakımından arzu edilip edilmediği bakış açısını terk ederek neticenin tamamen dışsal tesadüfe terk edildiği durumlarda kabul edilebilir bir güvenden bahsedilemeyeceğini hüküm altına almış ve böylelikle isteme unsurunun sadece hukuki bir anlamda kullanılması gereğinin altını çizmiştir²²⁹. Dolayısıyla, failin hukuki değer ihlali karşısında “kayıtsızlık” sergilememiş olmasının, kastın tespiti bakımından bir önemi olamayacaktır.

Roxin anılan yargı kararını değerlendirdiği çalışmasında olası kasta ilişkin teorileri iki ana başlık altında kümelendirerek; “failin gerçekleşen netice karşısında nasıl bir tutum takındığı” sorusu ile “failin neticenin gerçekleşmesine dönük imkanı nasıl değerlendirdiği” sorusu arasında bir nitelik farkı olduğunu ve ancak ikincisinin makul bir olası kast kuramı geliştirmeye elverişli olduğunu belirtmiştir²³⁰. Yazara göre failin neticeye dair *duygusal belirlenimleri* ile eyleminin yaratacağı nedensel gelişim üzerindeki tavrı, yani -kastı kaldıran manada- öngördüğü neticeye eyleminin ulaşmayabileceğine dair duyduğu *ciddi güven* birbirinden ayrı kavramlar olmalı ve ancak bu sonuncusu kasten işlenmiş bir suçtan dolayı mesul tutulup tutulmayı haklı gerekçelere kavuşturabilmelidir²³¹. Yukarıda daha evvel de belirttiğimiz gibi “umut etme” ve “güvenme” kavramları hukuk terimi olarak ele alındığında birbirinde ayrı değerlendirilmesi gereken olguları tanımlamaktadır; dolayısıyla bu şekliyle kavramsallaştırıldığında ciddiye alma teorisi bizim de savunduğumuz olası kast/bilinçli taksir ayrımı bakımından tutarlılık taşır. Ayrıca bu kurgusundan dolayı ciddiye alma teorisi, objektivist teorilerden farklı olarak failin eyleminin ilgili neticeye neden olmayabileceğine dair güveninin pekâlâ “anlak dışı” (= “Verstandlosigkeit”) da olabileceğinin altını çizmektedir; ancak bu durumda dahi failin “anlıksız” (= “unvernünftig”) davrandığı sonucuna ulaşılamayacağını da

²²⁸ Bkz. Roxin, **JuS 1964**, s. 54.

²²⁹ Mahkeme bu kararında açıkça uygun görme kavramının, “arzu etme”den farklı bir içerikle ele alınması gereğini belirtiyor. Bkz. karar metni: ikinci hüküm fıkrası.

²³⁰ Karş. Roxin, **JuS 1964**, s. 57.

²³¹ Karş. A.e.

belirtir²³². Hatırlanacağı üzere, örneğin *Puppe* gibi yazarlar, güven kuramına ilişkin ayrımlarını “anlık sahibi üçüncü bir kişinin hukuki değere karşı alınmış bir karar olarak addedilebileceği” durumlarda hukuken kabul edilebilir bir güvenin bulunamayacağını iddiası üzerinde inşa ediyorlar. Buna karşın ciddiye alma teorisi taraftarları, çok isabetli bir biçimde anlık/ anlık ayrımını ortaya koymakta ve failin eylemini hayata geçirirken maddi gerçeklikle çelişebilen akıl yürütmeler yapmış olabileceğini ancak iradesinin taşıdığı bu çelişkiye rağmen bu iradenin hâlâ hukuk bakımından bir önem taşıdığını kabul etmektedirler.

Ayrıca bu konuya ilişkin, ciddiye alma teorisi taraftarlarından *Roxin*; failin neticenin gerçekleşmeyeceğine dair basit bir umut içinde olduğu durumların veya failin öngördüğü neticenin gerçekleşmesinden duyduğu hoşnutsuzluğun kastı veya taksiri belirleyen bir anlamı olmadığını, bunların daha ziyade cezanın tayininde kullanılan “içsel ahlakın yarattığı olumsuz değerler” (=Gesinnungswert) bakımından uygulama alanı bulabileceğine de işaret ediyor²³³. Böylelikle uygun bulma teorisinin *Engisch* tarafından formüle edilen ilk kurgusuna karşı, ciddiye alma teorisinin kusura ait parçaları kast başlığı altından çıkarmaya dönük eğilimi, olası kastın niteliğini belirleme hususunda da anlamlı bir gelişime işaret eder. Bu teori kast ve taksir ayrımını “haksızlık tipi” –bizce objektif haksızlık- kavramı dahilinde değerlendirdiği ve dolayısıyla kast ve taksiri kusurun dışında tuttuğu müddetçe haklılık taşır²³⁴. Ancak her iki eylemlik formunun neden farklı ceza derecesi taşıdıkları sübjektif/objektif birliği içerisinde gelişen eylemin niteliğine göre belirlenir: Yani bir eylem zarar kastıyla gerçekleştirilir ve ancak somut bir tehlike doğursa (teşebbüs), sübjektif/objektif birlik sağlanabilir; bununla beraber bir eylem zarar kastıyla değil de sadece tehlike kastıyla gerçekleştirilebilir ve netice tesadüfün eseri olarak doğmuş olabilir (bilinçli taksir), işte bu durumda da aslında objektif sübjektif birliği sağlanmış olur ancak bunlar nitelik gereği birbirlerinden farklıdır²³⁵.

²³² Karş. A.e., s. 61.

²³³ Karş. A.e., s. 58; Roxin, AT-I, § 12, kn. 23, s. 446.

²³⁴ Bkz. Roxin, AT-I, § 12, kn. 25, s. 447. Ancak Roxin “hukuk düşmanlığı” gibi muğlak bir kriter kullanarak kast ile taksir arasındaki ayrımı kusur bakımından taşıdığı öneme işaret ediyor (karş. kn. 26).

²³⁵ Bkz. Köhler, AT, s. 115 v.d.

Bu nitelik ise failin eylemiyle hukuki değeri tehlikeye mi yoksa onu ihlale mi dönük hareket etmiş olmasına göre bir derece farkı yaratabilir.

Kanımızca, olası kast/bilinçli taksir arasındaki ayrımın niteliği sorunu, kast ile bilinçli taksirin neden birbirinden ayrı derecelerde ceza limitlerine sahip olduklarının temellendirilmesi meselesinde düğümleniyor. Eğer kast ve taksiri failin objektif haksızlığa yol açan eylem iradesinin bir niteliği olarak değil de kusurun birer parçası olarak ele alırsak, her iki durumda da failin eyleminin hukuki değerlendirmesine eşit oranda sahip olduğu gerçeğini görmezden gelmiş ve ayrımı haksızlık bilinci ile karıştırarak Müsterek Hukuk döneminin *dolus malus* öğretisine denk gelen bir kavramsallaştırma yapmış oluruz. Halbuki kast ve bilinçli taksir arasındaki ayrım, neticenin haksızlık derecesi ile hareketin haksızlık derecesinin eylem anında beraberce değerlendirilmelerini gerektirir, zira eylem yukarıda da tekrarladığımız üzere bir sübjektif/objektif birliğıdir. Nasıl teşebbüs halinde verilecek ceza aslında sadece “hareketin” yarattığı haksızlık değerini esas almayıp, aynı zamanda neticenin de somut olarak tesir altına alınmış olmasını gerektiriyor ve bu nedenle yani hukuki değer üzerinde yarattığı tehlikelik sebebiyle tamamlanmış suçla nispetle daha az bir cezayı gerektiriyorsa; bilinçli taksir durumunda da fail dar anlamda neticeyi eylemine katmaz fakat eyleminin söz konusu hukuki değeri somut olarak tehlikeye soktuğunun bilincinde hareket eder²³⁶. Dolayısıyla, neticenin oluşmuş olması şartıyla faile bu iradesinin sonuçları –*neticesi bakımından*- isnad edilebilir ve bu çözüm bizim savunduğumuz şekliyle eylemin bir objektif/sübjektif birliğı olması gerektiğı yönündeki görüşümüzle çelişmez.

3.2.2.4. Değerlendirme

Öncelikle belirtelim ki, olası kast olarak adlandırılan kast türü bir yan netice sorumluluğunu ifade eder. Yani failin amaçsal hareketi doğrultusunda ortaya çıkarabileceğini kesin ya da muhtemel olarak öngördüğü durumlarda “olası kasttan” bahsedilecektir. Buna göre gerçekleşme ihtimalinin kesin olarak öngörülmesi halinde dahi, amaçsal yönelim ile anılan durumlar arasında bir amaç/araç ilişkisi kurulamıyorsa bu gibi hallerde de “ikinci derecede doğrudan kast” yerine olası kastın

²³⁶ Karş. Köhler, *AT*, s. 202-203.

kabul edilmesi gereğini belirtmiştik. Failin nedensel gelişime dair kesinlik yargısı taşıyan bir hükmünün bulunduğu durumlar, hiç şüphesiz kast sorumluluğuna dahil edilebilecektir. Bu noktada tekrar edelim ki, kanaatimizce failin bir neticenin gerçekleşmesini “kesin” olarak addetmesi ile bunu “muhtemel” addedip eylemine katması arasında kastın niteliğini doğrudan etkileyebilecek bir esaslı farktan söz edilemez. Her iki durumda da fail eşit derecedeki eylem iradesi ile hareket etmiş ve eşit derecede eyleminin sorumluluğunu üstlenmiştir²³⁷. Fakat olası kast tartışmalarının düğümlendiği asıl mesele, failin eyleminin yan neticesi olarak ortaya çıkabileceğini öngördüğü, yani failce tipik neticenin gerçekleşebilmesinin ihtimal dahilinde değerlendirildiği durumlarda nasıl kast ile taksir arasında ayırım yapılabileceğidir. Bu doğrultuda görüşlerimizi sıralamaya çalışalım:

Kanımızca, bilinçli olarak hareket eden her kişi, eyleminin sonuçları üzerinde bir hüküm değerlendirmesinde bulunur. Buna göre irade dışsallaşarak harekete dönüştüğü andan itibaren failince öngörülemez, öngörülebilir veya öngörülmüş durumda bulunan sonsuz sayıda etkiye neden olabilir. Bunların içerisinden failine en azından kasten işlenmiş bir eylem sıfatıyla isnad edilebilecek olanlar, hiç şüphesizdir ki failce öngörülmüş olanlardır. Zira, sadece öngörülmüş olan bir netice dışsal tesadüfün eseri olmaktan çıkar ve failin eyleminin bir eseri olan içkin tesadüfe dönüşebilir. Buna karşın, neticenin gerçekleşebileceğine dair her yalın öngörü fail tarafından “gerçekleşecek” netice olarak kategorize edilmemiş olabilir. Yani, fail eyleminin neticeyi gerçekleştirebileceğine dair tehlikeyi öngörmüş ama bunları herhangi bir sebepten eylemine katmamış, değerlendirme dışı bırakmış ve “gerçekleşmeyecek” diye kategorize etmiş olabilir. İşte, failin eylemine dair böylesi bir olumsuz hüküm verdiği durumlarda²³⁸, olası kast değil bilinçli taksir söz konusu

²³⁷ “Olası” bir iradeden bahsedilemeyeceğinden “olası kast” ile “doğrudan kast” arasında bir derecelendirme yapmak da mümkün değildir. Bu niteliği vurgulayan görüşler için bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 24, s. 447; Stratenwerth / Kuhlen, **AT-I**, § 8, kn. 111, s. 123-124. Kanımızca zaten failin bir neticenin gerçekleşmesi ihtimaline dair “kesinlik” veya “olasılık” yargısı vererek hareket ettiği durumlar arasında bir derecelendirme söz konusu olamaz. Zira her iki halde de fail hukuki değer ihlalini eyleminin bir parçası haline getirmiştir. Karşı görüş için bkz. Jescheck / Weigend, **AT**, § 29, s. 299. Kanımızca yazarların olası kast ile maksat arasında bir derece yaratmalarının gerekçesini kastın çifte fonksiyonu bulunduğuna dair ifade ettikleri görüşlerde aramak gerekir (karş. s. 300).

²³⁸ Karş. Köhler, **AT**, s. 161 ve 200.

olur. O halde, failin *öngördüğü* tipik neticenin gerçekleşmeyeceğine dönük herhangi bir *güveni* olmadan hareket ettiği durumlarda olası kasttan bahsedilecektir.

Başka bir anlatımla: Fail eyleminin neticesini sadece kendisince bilinmeyen dışsal bir tesadüfe terk etmişse artık olası kastla hareket etmiş kabul edilmelidir. Eylemden söz edebilmek için o an verilen bir kararın varlığı gerekir ve karar veren kimse sadece eylemini değerlendirmekle kalmaz; aynı zamanda ona zihninde kabaca bir gelişim serisi de kurarak bir hüküm kuvveti kazandırır²³⁹. Fail eylem anında verdiği bu hükme göre, ya sadece hukuki değeri ihlal etmeye somut olarak elverişli tehlike yaratan bir eylem icra ettiğini zanneder ya da hukuki değeri ihlal edebileceğini öngörerek bunu kabul eder. Eğer faili kendi eyleminin nedensellik yaratıcısı olarak tanımlıyorsak, işte anılan sonsuz sayıdaki olasılıklardan ancak öngörerek üstlendiklerini, yani tesadüfü içselleştirdiği uğrakları (içkin tesadüf) onun eylemi olarak nitelendirebiliriz.

Bu noktada belirtelim ki, failin tipik neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olarak öngördüğü tehlikenin derecesi ikincil bir önemlilik arz eder²⁴⁰. Öyle ki; gerçekleşme ihtimali yüksek de olabilir alçak da olabilir, sonuçta fail sadece bir emare olarak hükmüne konu ettiği bu niceliği, bir niteliğe ancak *kendince* bu ihtimali yadsıyacak gerekçelerle kurguladığı bir *güvenle* aşabilir. O halde, fail eyleminin olası gelişimine dair verdiği hüküm anında pekâlâ yüksek derecedeki bir tehlike öngörüsünü de görmezden gelmiş, başka bir ifadeyle “ona ihtimal vermemiş” olabilir. Zaten ciddiye alma teorisinde vurgulanan “ciddiyet” ifadesi de failin risk karşısındaki sorumsuz tutumunu değil, riskin neticeyi gerçekleştirebilirliğine dair verdiği bir hükmü, yani eylemine katarak neticesini üstlendiği (sübjektif isnad edilebilir) durumları değerlendirmeyi esas alır.

Ancak fail eyleminin sonuçları hakkında, yani tipik neticenin gerçekleşmeyebileceğine dair verdiği hüküm niteliğini haiz değerlendirmesinde

²³⁹ Failin eylem anında verdiği kararı geçerlik niteliği kesbetmiş bir hüküm olarak niteleyen *Jakobs*’un görüşleri bu bağlamda isabetlilik taşıyor. Karş. *Jakobs*, **AT**, § 8, kn. 23, s. 271.

²⁴⁰ “Nitelikli bir öngörü” söz konusu olmalıdır, basit bir mümkün görme yeterli değildir. Karş. *Stratenwerth / Kuhlen*, **AT-I**, § 8, kn. 115, s. 125. *Jescheck / Weigend* de tehlikenin ciddiyeti ile kastın iradî etmeni arasındaki bağı vurgular. Bkz. *Jescheck / Weigend*, **AT**, § 29, s. 300; *Wessels / Beulke*, **AT**, § 7, kn. 226, s. 87.

yanılmış olabilir. İşte, bu gibi durumlarda failin düşüncesizce bir istihfaf (= “Leichtsinnigkeit”) içinde bulunduğundan söz edilmelidir²⁴¹. Bilinçli taksir kavramının tüm anlamı da, bu yanlış takdire dayalı istihfaf etmeden başka bir şey değildir.

Teoriler bölümünde de aktardığımız gibi, bazı objektivist görüşler bilinçli taksirin varlığı için aranan güvenin “rasyonel” bir içerikte olması gereğinden söz ediyorlar²⁴². Kanımızca zaten irrasyonel olarak nitelenebilecek bir derecedeki güveni, olası kast/ bilinçli taksir ayrımı bakımından tartışmak son derece yanlış olacaktır. Zira eğer süje eylemlerine *cidden* irrasyonellik derecesine ulaşmış bir biçimde yön veriyorsa, artık onda ceza hukuku haksızlığına vücut verebilecek bir *ratio*’nun varlığından söz edilemeyeceğinden kusur yeteneğinin bulunmadığına karar vermek gerekir. Buna mukabil, objektif teorilerin iddia ettiği gibi bir güven tanımı yaparsak –bu teorisyenlerin iddiaların aksine- ancak o zaman rasyonel bir hukuk toplumunun zeminini yitirmiş oluruz. Kısaca özetlersek, yoğun sise ve boğaz trafiğine rağmen motoruyla çalışmaya devam eden sürücünün “Allah’a emanet gidiyoruz!” demesi aslında onun eyleminin neticesini sadece dışsal tesadüfe bıraktığını değil, ya kendine ya da herhangi bir başka -yine de!- rasyonel olguya güvenerek hareket ettiğini gösterir. Fakat bu durum, faili hukuki değerler karşısında yaratmış olduğu tehlikeyi istihfaf etmiş olmasından ötürü bilinçli taksirden sorumlu tutmamızı olanaksız bırakmaz, aksine onun “izansız” değerlendirmesi doğrudan bunun gerekçesi olur.

Tipik neticenin gerçekleşmeyeceğine dönük müphem umutların veya bu neticenin doğmasından duyulabilecek hoşnutsuzluğun veya bu neticeyi arzu etmemiş olmanın kast bakımından bir önemi yoktur²⁴³. Önem taşıyan şey, failin eylem anında

²⁴¹ Karş. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 22, s. 446; Kühl, **AT**, § 5, kn. 76, s. S. 89; Köhler, **AT**, s. 165; Stratenwerth / Kuhlen, **AT-I**, § 8, kn. 110, s. 123. Türk doktrininde bilinçli taksir “hiffet” durumu olarak da adlandırılır. Karş. Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, C.I, s. 340.

²⁴² Bkz. Yukarıda *Puppe*, *Herzberg* ve kısmen *Jakobs*’un görüşleri.

²⁴³ Bkz. Gropp, **AT**, § 5, kn. 109, s. 176. Tipik neticenin gerçekleşmesine dönük olarak failin bu neticeden hoşnut olup olmadığını ortaya koyan “olası kast için failin olursa olsun demesi gerekir” şeklindeki ifade isabetli değildir. Karşı görüş için bkz. Nuri Düzgün / Şerafettin Elmacı, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast – Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 44.

eyleminin olası neticeleri hakkında verdiği hüküm niteliğini haiz karardır, bu karara onu sevk eden duygusal eğilimlerin en azından kast bakımından belirleyici bir etkisi olmamalıdır²⁴⁴. İşte, kastın “isteme unsuru” kavramından anlaşılması gereken de budur: Fail riskin yüksekliğini ardıl bir değerlendirmeye tabi tutmuş olabilir, önemli olan eylem kurgusunda bu riske yüklediği anlamdır ve eğer fail herhangi bir güvene dayanmadan eylemini tamamen dışsal tesadüfe bırakmışsa artık olası kast ile hareket ettiği kabul edilecektir.

Güven kavramı bakımından tartışılacak bir husus da, *Jakobs*’un geliştirdiği “riske alışkanlık sağlamış olma” kriteridir. Buna göre, bilhassa toplumsal yaygınlık kazanmış bazı risk taşıyan davranışlar karşısında süje artık aşinalık sergilemeye başlar ve bunları kanıksayarak hareketlerine yön verir²⁴⁵. Fail, normal şartlarda yüksek risk taşıyan bir eylem olarak kabul edeceği bu gibi durumlarda tipik neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir güvene sahip olmayı zaman içinde öğrenmiş olabilir. Kanımızca, sadece toplumsal yaygınlık taşıyan riskli davranışlar bakımından değil, failin öz yaşam serüveni içerisinde kanıksadığı sair riskli durumlarda da hem tehlike öngörüsünün etkilenebileceği ve buna bağlı olarak failin neticenin gerçekleşmemesine dönük bir güven içine girebileceği kabul edilebilir²⁴⁶. Ancak hemen belirtelim ki, bunun aksi yönünde örnekler sunulabilir. Yani failin hayatını geçirdiği koşullar içinde pekâlâ tehlikenin gerçek tahminlerini yapmada keskinleştiği durumlar da söz konusu olabilir ve böyle bir fail henüz tehlikeyle ilk defa karşılaşan bir diğerine göre daha yetkin öngörü olanağına sahip olabilir ve dolayısıyla kendi gerçekleştirdiği eylemin tehlike yüksekliğini daha *ciddiye* alan kararlar vermiş olabilir. Sonuç olarak, anılan riskli yaşam kriterinin ciddi tehlike ve güven arasındaki korelasyonun tespiti bakımından önemli bir emare olarak değerlendirilebileceğini

²⁴⁴ Bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 72, s. 468.

²⁴⁵ Bkz. Jakobs, **AT**, § 8, kn. 31, s. 277-278.

²⁴⁶ Karşı görüş için **A.e.**

belirtiyoruz²⁴⁷. Ancak her halükârda bunlar, sadece failin gerçek içsel belirleniminin hesap edilebilmesi bakımından ele alınacak kıstaslar olarak değerlendirilebilir²⁴⁸.

Görüleceği üzere, olası kast, failin bir hukuki değeri sadece tehlikeye soktuğunun bilinciyle hareket ettiği durumları değil, bir hukuki değeri ihlal etmeyi irade ettiği durumları kapsamına alır²⁴⁹. Dolayısıyla, olası kastın bir tehlike kastına indirgenmesi ve sadece öngörülebilirlik üzerinden tanımlanması kabul edilebilir değildir²⁵⁰. Failin basit bir tehlike riski öngörüsünden fazla bir biçimde hareket etmiş

²⁴⁷ Bu korelasyona dikkat geçen bkz. Georg Küpper, “*Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*”, **ZStW 1988**, s. 766-768.

²⁴⁸ Bir düğünde havaya ateş açan failin silahını yatay bir vaziyette tutmak suretiyle ölüm neticesine neden olduğu durumları direkt olası kast olarak nitelendirmek hatalı olacaktır. Zira öncelikle failin anılan yüksek risk ilgili olarak herhangi bir alışkanlık eğilimine sahip olup olmadığı araştırılmalı ve bu inceleme sonucunda elde edilecek bulgularla failin eylemi nasıl nitelendirdiği tespit edilmelidir. Bu nedenle Yargıtay Birinci Ceza Dairesi’nin benzer bir vakada varmış olduğu sonuca kastın tespiti usullerinin kullanılmamış olması sebebiyle iştirak edemiyoruz. Ayrıca dairenin kararını “failin ölüm ihtimalini öngörmesi gerektiği yönündeki” gerekçeye dayandırmış olmasını da, kastın kavramsal anlamı açısından doğru bulmuyoruz. Zira anılan gerekçe kastın değil, taksirin temel kalıplarını esas almaktadır. Bkz. 1.C.D.-27.09.2005-2282/2585; Artuç / Akkaya, **2006 İçtihatları İle TCK CMK CGİK**, s. 70.

²⁴⁹ Aynı yönde bkz. İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, s. 187.

²⁵⁰ Küpper, tasavvur teorilerinin kabul edilmesi halinde bilinçli taksir hallerinin bütünüyle olası kastın kapsamına dahil edileceğini haklı olarak belirtmektedir. Ayrıca Küpper, sadece öngörme üzerinden yapılacak bir olası kast tanımının bilhassa terk suçu bakımından çelişkili sorunlara da yol açacağını belirtiyor. Alman Ceza Kanunun 221. paragrafının 2. fıkrasında düzenlenen terk suçuna göre failin terk ettiği kimsenin “bir ölüm tehlikesi” ile karşılaşmış olması halinde suç gerçekleşmiş olacaktır. Küpper, olası kastın sadece bir tehlike öngörüsü olarak ele alındığı durumlarda anılan terk hükmünün uygulanabilirliğini yitireceğini belirtmektedir, zira böylesi bir kabulde “ölüm tehlikesinin” öngörüldüğü durumlarda direkt olarak kasten öldürmeden söz edilmesi gerekecektir. Bkz. Küpper, **ZStW 1988**, s. 758-759.

Özgenç’in iddiasına göre, “bilinçli taksir” gibi ayrı bir sübjektif unsur formuna ihtiyaç yoktur. Yazar, kastın isteme unsuruna karşılık gelen ve eylemin negatif hükmünü ortaya koyan “güvenme” kriterini reddettiğinden, yazarın aslen bir zarar kastı olan olası kastı bir tehlike kastı olarak kurgulamasını ve böyle bir sistematik yapı içerisinde bilinçli taksire de yer vermemiş olmasını da doğal karşılamak gerekir. Karş. İzzet Özgenç, “*Bilinçli Taksir*”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, s. 718-719. Ayrıca belirtmek gereği hissediyoruz ki, yazarın bilinçli taksiri bir “klasik” suç teorisi kavramı olarak nitelendirmesi de isabetli değildir (s. 722). Zira finalistler de dahil olmak üzere tüm ekoller bakımından, bilinçli taksir kabul edilen bir sübjektif unsur türüdür. Ancak -teoriler bölümünde belirttiğimiz- Kargl, Özgenç’in görüşlerinden çok farklı gerekçelerle bilinçli taksiri reddetmekte veya Eser ve Weigend gibi yazarlar bir üçüncü kusur türü yaratmak için Amerikan Hukukunun *recklessness* kavramının uygulanmasını önermektedirler. Bu üçüncü yol çözümü için bkz. Roxin, **AT-I**, § 12, kn. 74, s. 469-470.

Amerikan Ceza Hukukunda (Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan *Model Penal Code*), Kıta Avrupası sisteminden farklı olarak olası kast ve bilinçli taksir bir kusurluluk türü olarak *recklessness* (= aldırma) adı altında müştereken uygulanmaktadır. Buna göre kusur kendi içinde dört biçime ayrılır: birincisi “isteyerek gerçekleştirme” demek olan *purpose*, ikincisi “bilerek gerçekleştirme” demek olan *knowledge*, üçüncüsü “öngördüğü riske ehemmiyet vermemek” demek olan *recklessness*, dördüncüsü ise “riski hiç algılayamamış olma” manasına gelen *negligence*’tır. Özel

olması ve ihtimal dahilinde tuttuğu ihlal neticesini eylemine katmış olması, yani onu içselleştirmiş olması gerekir. Bu bakımından, TCK m. 21/ f.2’de yer alan tipik neticenin gerçekleşmesine dönük öngörme kriterinin bir zarar kastı niteliği taşıyan olası kast bakımından kabul edilebilmesi mümkün değildir²⁵¹. Kanımızca, olası kastı bir tehlike kastı derecesine indirgeyen görüşlerin temel hareket noktası, cezalandırılabilir haksızlığı hareketin olumsuz değeri üzerinde inşa eden suç teorisi kurgusundan kaynaklanmaktadır²⁵². Halbuki kanımızca, objektif haksızlığa vücut veren bir eylemin hem geniş anlamda neticeyi (objektif nitelik), hem de bu netice ile failin içinde bulunduğu iradî durumu yansıtan sübjektif niteliği müştereken bünyesinde barındırması gerekir²⁵³. Zira ceza hukuku, ne sadece failin sübjektif ahlakını cezalandıran ne de sübjektif uğraklardan bağımsız olarak doğmuş bir neticeden ötürü faili sorumlu tutan bir hukuk dalı olmalıdır. Bir eylemin sübjektif/objektif birliği içinde bulunması gereğini vurgularken tam da bunu kastetmekteyiz. Kaldı ki, Türk Hukukunun elverişsiz teşebbüsü cezalandırma kapsamı dışında tutmuş olması da, sistemimizin geniş anlamdaki -yani hem hukuki değer ihlali hem de hukuki değer somut tehlikeye sokulması anlamındaki- netice kavramını dışlamadığına dair en temel göstergelerden biridir. Aksi halde, yani örneğin finalizmin etkisindeki Alman Ceza Kanununda olduğu gibi cezalandırılabilen haksızlığın dayanağını hareketin olumsuz değerine indirgeyen bir elverişsiz teşebbüs hükmünün hukukumuz bakımından cari olması gerekirdi.

hükümler bakımından da bu ayrımın önemi büyüktür; örneğin kasten öldürme suçları arasında yapılan nitelik ayrımı *recklessness* ve diğer kast türlerine göre yapılmaktadır. Kısacası Amerikan Ceza Hukuku uygulamasında *recklessness* bir kast türü olarak tanımlandığından ayrıca bir “bilinçli taksir” kavramına ihtiyaç bulunmaz. *Recklessness* ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Markus D. Dubber, **Einführung in das US-amerikanische Strafrecht**, München, © Verlag C. H. Beck, 2005, s. 66-71.

²⁵¹ Bu bakımdan en azından hüküm gerekçesinde yer alan “kabullenme” kavramının “güven kriteri”ni de içermesi gerektiğini düşünüyoruz. Ancak, salt öngörmeye rağmen hareket etmiş olmanın kabullenme manasına geleceği görüşü ile aynı kanaatte değiliz. Karşı görüş için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 217. “İstememeye rağmen kabullenme”den söz eden *Düzgün / Elmacı* da görüşlerimizle aksi kanaattedir. Karş. *Düzgün / Elmacı*, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Olası Kast – Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, s. 118-119.

²⁵² Bkz. Çalışmamızın birinci bölümünde “finalist hareket kuramına” dair açıklamalarımız. Bu konuda ayrıca bkz. Walter Gropp, “*Subjektiver Tatbestand, Schuld und subjektive Grundlagen der Verantwortlichkeit*”, **Juridica International VIII/ 2003**, http://www.juridica.ee/index_en.php [çevrimiçi: 22 Haziran 2005, saat: 02:33], s. 18-19.

²⁵³ Finalist hareket kuramının bu yönden kapsamlı bir eleştirisi için bkz. Köhler, **AT**, s. 124-126.

Hemen belirtelim ki, olası kastı bir zarar kastı olarak tanımladığımızı göre bilinçli taksir durumlarını da, bilme unsuru açısından tam bir uyum içinde olduğu tehlike kastıyla aynı nitelikte derecelendirmemiz gerekir. Ancak eylemin sübjektif/objektif birliği prensibi gereğince bilinçli taksirle gerçekleştirilen bir eylemlikten bahsedebilmek için kanunun açıkça taksirle –yani tehlike kastıyla gerçekleştirilebilir- bir neticeyi norm kapsamına almış olması gerekecektir. Bu durumda somut tehlike suçları bakımından aranan manevi unsurun, yani –yakın ihtimal dahilinde öngörülen- tehlikeye dair kastın sübjektif anlamda bilinçli taksirle aynı muhtevaya sahip olduğunu da belirtmek gerekir²⁵⁴. Zira somut tehlike suçlarının

²⁵⁴ Alman doktrininde tehlike kastı ile bilinçli taksirin aynı nitelikte sübjektif unsurlar olup olmadığı hususu bir hayli tartışmalı bir konudur:

Alman Hukukunda bilinçli taksirin tehlike kastıyla aynı içeriğe sahip olduğunu ilk defa iddia eden yazar *Karl Engisch* olmuştur (1930). *Engisch*’e göre, failin bir hukuki değer ihlali *tehlikesi* karşısında “kayıtsızlık” sergilemiş olduğu durumlarda direkt olarak bir zarar kastından bahsedebilmek mümkün değildir. Ancak kanun koyucu bu gibi durumlarda bir tehlike suçu ihdas etmişse artık bu bakımından failin tehlike kastı ile hareket etmiş olduğu kabul edilebilecektir. Yazara göre bir zarar kastından bahsedebilmek içinse, failin hukuki değer *ihlali* karşısında kayıtsızlık sergilemiş olması, yani olası kastla hareket etmiş olması gerekir. Dolayısıyla sadece tehlikeye dönük gerçekleşen kast, nitelik olarak bilinçli taksirle aynı derecede bulunan tehlike kastı olabilecektir. Aktaran bkz. Ambrosius, **Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung**, s. 44.

Buna mukabil örneğin *Jescheck / Weigend*, bilinçli taksir ile tehlike kastının aynı içeriğe sahip olduğu yönündeki görüşleri reddetmektedir. Yazarlara göre, “bir tehlike suçunun koruduğu netice kasten gerçekleştirilebileceği gibi bilinçli taksirle de gerçekleştirilmiş olabilir. Buna göre fail, pekâlâ eyleminin bir hukuki değeri tehlikeye sokabileceğini öngörmüş ancak bu neticenin gerçekleşmeyeceğine dönük bir güvene sahip olmuş olabilir. İşte bu gibi durumlarda tehlike neticesinin kasten değil, bilinçli taksirle gerçekleştirildiğini kabul etmek gerekir.” Bkz. *Jescheck / Weigend*, **AT**, § 54, s. 568.

Küpper ise bu konuyu ele aldığı makalesinde, “tehlike” kavramının nasıl tanımlanması gerektiği noktasından hareketle bazı sonuçlara ulaşmıştır: Yazara göre tehlike, belirli bir hukuki değer objesi üzerinde bir zarar neticesinin doğmasının muhtemel görüldüğü (daha doğrusu yakın bir imkan olarak tespit edildiği) durumlarda söz konusu olabilecektir (s. 770). Tehlikenin bu tanımdan doğan sonuca göre tehlike kastı da, bir zarar neticesinin doğmasına dönük ihtimalin yakın olduğu ve zarar neticesinin doğup doğmayacağının tamamen tesadüfe terk edilmiş olduğu durumlarda söz konusu olacaktır (s. 772). Görüleceği üzere yazar tehlike kastını tanımlarken, öncelikle tehlike kavramına bir derece atfetmiş, daha sonra da bu dereceye bağlı olarak gerçekleşebilecek zarar neticesinin tesadüfe terk edildiğini belirtmiştir (s. 774). Sonuçta yazara göre; bilinçli taksir ile tehlike kastı hem zarar neticesinin tasavvur edilmesi açısından (imkan/ olasılık) hem de neticenin gerçekleşmemesine dönük beklenti açısından (güvenme /umut etme) ayrı içeriklere sahip olmalıdırlar (s.775). Karş. *Küpper*, **ZStW 1988**, s. 770-775.

Roxin ise *Jescheck / Weigend*’e benzer bir açıdan meseleyi ele almakta ama sonuçta benimsenecek görüşün tehlikeden ne anlaşılması gerektiği sorusuna verilecek yanıtı göre değişebileceğini belirtmektedir. Buna göre eğer tehlike kavramı, izin verilen riskin üstünde kalan her türlü risk öngörüsünü kapsamına alan bir anlamda ele alınıyorsa, *Roxin*’e göre, tehlike kastı ile bilinçli taksirin en azından bilme unsuru bakımından aynı niteliği haiz olduklarını tespit edebilmek mümkündür. Ancak yazar bu durumda dahi failin muhtemel gördüğü tehlikenin gerçekleşmeyebileceğine güvenmiş

konusu bir hukuki değeri ihlale somut olarak elverişli bulunan bir tehlikeyi irade etmiş olmayı gerektirir ki, bu da aslında eyleminin bir zarar neticesine neden olmayacağına dair güven duyan faille aynı sübjektif bağı işaret eder. Tabii ki buna mukabil, failin bir hukuki değeri ihlal etmeye yönelik iradesinin yarattığı eylem sadece ilgili hukuki değer bakımından *ex ante* objektif bir somut tehlike doğurmuşsa bu durumda zarar suçu bakımından gerçekleştirilmiş bir teşebbüsten bahsetmek gerekecektir.

Mesele bu kapsamda ele alındığında olası kastla teşebbüsü uygun görmeyen bir yorum da anlamını yitirecektir. Zira fail olası kast halinde sadece bir tehlikeyi irade etmekten fazlasına yani bir ihlale kast etmiştir. Elverişli teşebbüsün anlamı da, hukuki değer bakımından somut tehlike yaratan eylemler olduğuna göre, bu kurgumuzun tutarlı sonucu olarak olası kast ile teşebbüsün hukuki değeri ihlal etmeye elverişli derecede somut tehlikeye ve bunu irade eden derecede sübjektif bağıntıya sahip olduğunu belirtmeliyiz²⁵⁵. Kanımızca olası kasttan doğan

olduğu durumlarda farklılığın bulunabileceğini tespit etmektedir. Karş. Roxin, **AT-I**, § 24, kn. 72, s. 1089.

Bilinçli taksir ile tehlike kastının aynı içeriğe sahip olduğunu iddia eden diğer bir yazar da *Köhler*'dir. Yazara göre ister soyut isterse somut olsun bir tehlike öngörüsü ile hareket eden kimsenin *bilme unsuru* yönünden bilinçli taksirle aynı derecedeki bir tehlike kastıyla hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Bununla beraber yazar –Roxin'in de vurguladığı gibi- bazı soyut tehlike durumlarında failin somut tehlikenin veya zarar neticesinin gerçekleşmeyeceğine dönük bir *itimatla* da hareket etmiş olabileceğini, ancak bu gibi durumlarda bilinçli taksir-tehlike kastının ayrışabileceğini vurgulamaktadır. Karş. Köhler, **AT**, s. 200-201.

²⁵⁵ Bkz. Sözüer, **Suç Teşebbüs**, s. 165; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Cilt II, München, © Verlag C.H.Beck, 2003, § 29, kn. 71, s. 353. İsviçre ve Alman Hukukunda “elverişsiz teşebbüsün” de cezalandırılabilirliği kabul edildiğinden bazı durumlarda olası kast ile teşebbüsün kabul edilmesinin adaletsiz sonuçlara sevk edebileceği iddia ediliyor. *Kölz-Ott*, bir kimsenin 17 yaşındaki partneri ile cinsel birleşimde bulunurken partnerinin daha genç olması halinde de bu ihtimali kabul edebileceğine karar verdiği durumları örnek olarak gösteriyor ve anılan durumda “elverişsiz teşebbüs”ten dolayı ceza verilmesinin adalete aykırı olduğunu iddia ediyor. Karş. Kölz-Ott, **Eventualvorsatz und Versuch**, s. 45, dn. 72. Türk doktrininde sadece elverişli teşebbüs cezalandırılabilir kabul edildiğinden, olası kast ile teşebbüsün kabul edilmemesini gerektirir uygulamaya dönük bir sakınca da söz konusu değildir. *Kölz-Ott* da aynı yönde İsviçre Hukuku bakımından bir sonuca ulaşmakta ve sadece elverişli hareketlerle gerçekleştirilmiş tam/eksik teşebbüs halinde teşebbüsten bahsedilebileceğini vurgulamaktadır (karş. s. 146-147). Kanımızca teori bakımından önemli gördüğümüz bir hususa da değinmeliyiz: *Kölz-Ott*, olası kastın konusu bakımından ikili bir ayırımın yapılması gerektiğini savunuyor. Buna göre tipik neticenin gerçekleştirilmesine dönük olası kast ile suç tipinde yer alan herhangi bir unsura dair olası kast arasında nitelik farkı bulunmaktadır. Bu sonuncusuna örnek olarak yazar, eşyanın kendinin veya bir başkasının olduğu hususunda tereddüt yaşayan failin buna rağmen eylemi gerçekleştirdiği durumları göstermektedir. İşte bu durumda yani eşyanın hakikaten kendisine ait olduğu durumda failin (başkasına ait olması ihtimali karşısında) bir elverişsiz teşebbüs halinde bulunduğunu; zira suç tipinin tikel unsurlarının sadece ya objektif olarak varlığından ya da yokluğundan söz edilebileceğini ifade

sorumluluğun neticeye göre belirleneceği prensibini savunan görüşlerin altında yatan sistematik kurgu da, aslında olası kastı bir tehlike kastına indirgeyen anlayıştan kaynaklanmaktadır²⁵⁶. Zira olası kast, zarar kastı niteliğinden çıkarılıp bir tehlike kastına dönüşürse artık cezalandırılabilir netice de, bilinçli taksir durumlarında olduğu gibi sadece tesadüfün eseri olarak ortaya çıkmış kabul edilebilecektir. Halbuki aslında olası kast da, diğer kast türleri gibi eşit nitelikte iradeyle gerçekleştirilir. Bu bağlamda, bir defa daha TCK m. 21/f.2 hükmünde öngörülen zorunlu ceza indiriminin yerinde olmadığını ifade etmek isteriz.

3.3.Kast-Taksir Kombinasyonlarının Değerlendirilmesi:

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kast-taksir kombinasyonu suçlar olarak da anılmaktadır. Buna göre, bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için birincil olarak kasten gerçekleştirilmiş bir eylem söz konusu olmalı ve bu eylem ile bağlantılı olarak doğan netice arasında kanunun ifadesine göre en azından taksir derecesindeki bir sübjektif ilişki bulunmalıdır. Ayrıca kast-taksir kombinasyonu suçlarının yapısal mantığı gereğince neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, ağır neticenin kasten gerçekleştirilmiş olduğu durumlardan az, taksirle gerçekleştirilmiş olduğu durumlardan ise fazla bir ceza miktarını öngörmelidir²⁵⁷.

Ancak kast-taksir kombinasyonu suçlar bakımından asıl tartışılması gereken nokta, ilk eylem ile netice arasındaki sübjektif bağıntının nasıl açıklaması gerektiği

ediyor. (Karş. 53-58 ve 147-148). Kanımızca olası kastla teşebbüs hallerinde hukuki değer üzerinde somut bir tehlikeye neden olma kriteri kabul edildiği müddetçe bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

²⁵⁶ Bkz. Köhler, AT, s. 166 ve 459. Buna mukabil Türk doktrinindeki yaygın görüş, olası kastın “gerçekleşen neticeye göre belirleneceği” prensibini savunmaktadır. Kanımızca zarar neticesinin doğup doğmamasına göre değerlendirilebilecek tek sübjektif unsur bilinçli taksir olabilir. Aynı doğrultuda bkz. Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, s. 398. Olası kast ile teşebbüsü reddeden görüşler için bkz. Dönmezer/ Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C.II, kn. 930, s. 221; olası kastın bir istisnâ kusur türü olduğunu vurgulayan İçel / Evik, taksir gibi olası kastın da gerçekleşen neticeye göre cezalandırılmasının gerektiğini vurguluyor bkz. İçel / Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, s. 239. Sorumluluk alanının katlanılamayacak ölçüde genişlemesini engellemek için olası kastla teşebbüsü mümkün görmeyen görüşler için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 391; Murat Volkan Dülger, “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri – Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, S. 5 Nisan 2005, s. 89. Katî görüş bildirmeyen bkz. Centel / Zafer/ Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 458-459.

²⁵⁷ Kanundaki bu eksikliğe işaret eden bkz. Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD- S.1**, s. 56-57.

hususunda düğümlemektedir²⁵⁸. Bu bağıntının adî taksir “derecesinde” bir manevi unsuru yeterli gördüğünü kabul etmek kanımızca isabetli olamayacağı kadar sübjektif sorumluluğa dönüş anlamında ele alınması gereken TCK m.23 bakımından da anlamlı olamayacaktır²⁵⁹. Zira neticenin (*ex ante* objektif) öngörülebilir olduğu fakat somut olayda öngörülmediği durumları zaten objektif isnadiyad kuramı dahilinde çözüme kavuşturabiliriz. O halde, maddi unsurlar bünyesinde çözüme kavuşturduğumuz ve isnadiyadını kabul ettiğimiz bir neticeyi tekrardan adî taksir bakımından ele almak, üzerinden geçilmiş olan bir unsuru yeniden değerlendirmek olacaktır ki, bu durumda sübjektif bir bağıntının bulunduğundan söz edilmesi anlamsızlaşır.

Bu sebeplerle, kanımızca, kast-taksir kombinasyonu suçlar bakımından uygulanması gereken sübjektif bağıntı en azından bilinçli taksir düzeyinde kalmış bir manevi unsuru gerekli kılmalıdır. Kanımızca, fail birincil eylemini kasten tamamlamış, yani bu netice bakımından zarar kastıyla hareket etmiş olmalı, sonra gelen netice bakımından da birinci eyleminin yarattığı tehlikeyi öngörmüş ama böylesi bir neticenin doğmayacağına güvenmiş olmalı, yani bilinçli taksir (veya tehlike kastıyla) hareket etmiş olmalıdır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından bir diğer mesele de, ağırlaşmış neticelere teşebbüs edilmiş olması halinde nasıl bir çözüm yoluna gidileceğidir. Kanaatimizce, failin doğrudan ağır neticeyi hedef almış olması halinde bu neticeden dolayı sorumlu tutmak gerektiğinden, aynı biçimde ağır neticeye sadece teşebbüs etmiş olması halinde de, bu neticeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, aslında kanun koyucunun bu gibi durumlarda ayrı bir düzenleme yapması gerekirdi. Şöyle ki: neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların yapısal mantığı, anılan neticeye direkt olarak kast ile neden

²⁵⁸ Bu konudaki çeşitli görüşlere ulaşmak için bkz. Kindhäuser, **LPK-StGB**, § 18, kn. 3-7, s. 132-133.

²⁵⁹ TCK m. 23'e mehz hüküm olma niteliğini taşıyan Alm. CK. parag. 18 bakımından da aynı görüşler savunulmaktadır. Örneğin *Paeffgen* de kanun koyucunun sadece taksir ifadesini kullanmış olmasının sınırlayıcı bir anlamı olamayacağını, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tabiatı gereği failin ardıl neticeyi gerçekleştirebileceğine dönük bir öngörüü de taşımasının zorunlu olduğunu vurguluyor. Bkz. Hans Ullrich Paeffgen, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, C. 1, 2. Bası, Baden Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, § 18, kn. 44, s. 623; aynı yönde bkz. Köhler, **AT**, s. 202. Benzer bir sonuca, ilk eylemin ardıl netice açısından içinde saklı tuttuğu tehlikelilik kavramı vasıtasıyla ulaşan bir görüş için bkz. Roxin, **AT-I**, § 10, kn. 108-110, s. 331-332.

olmak ile o neticeye kast ve taksirin kombinasyonu sonucunda ulaşmış olmak arasında cezalandırma bakımından farklı bir içeriğin bulunmasını gerektirir. Zira birinde sübjektif bağ sadece neticeye dönük kast iken, diğesinde bu bağ bir ara form olan basit nitelikteki suça zarar kastını ve ardıl ağır netice bakımından da bilinçli taksiri (tehlike kastı) gerektirir²⁶⁰. Kaldı ki, örneğin kasten yaralamanın ağırlaşmış neticelerini düzenleyen 87. maddesinin 2. fıkrasının e bendinde yer alan gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olma²⁶¹ ve 4. fıkarda yer alan ölüme sebebiyet verme hükümleri de bu görüşümüzü doğrular mahiyettedir²⁶². Zira bu iki netice bakımından da kanun ayrı hükümler sevk etmiş ve bunların direkt olarak kastla işlenmesi hallerinde daha yüksek ceza aralıkları öngörmüştür.

Sonuç olarak, bu neticelere direkt olarak kast edilmesi hallerinde, uygulanacak cezanın derecelendirilmemiş olması sorunu bir yana, kural olarak ağırlaşmış netice üzerinden ceza uygulanmalıdır.

3.4.Kastın İspatı Meselesi

Kastın ceza muhakemesinde tespiti ile maddi ceza hukukunda kastın kavramsallaştırılması arasındaki farkların belirlenmesi hem uygulama hem de ceza hukuku doktrini bakımından hayati derecede önemi haiz bulunan bir husustur. Öncelikle belirtmeliyiz ki, tek başına ne doktrindeki soyut formüller kastın tespitinde yeterli olabilir ne de uygulamada kullanılan kast emareleri kastın karşılığı olması gereken haksızlık özünü ortaya çıkarabilir. O halde, bu kavramlar arasında kurulacak

²⁶⁰ Özgenç / Şahin, savundukları olası kast tanımı sebebiyle, kast-taksir kombinasyonlarında sübjektif bağıntıyı sadece adı taksire indirgeyen bir yorum yapma gereği hissetmektedir. Karş. İzzet Özgenç / Cumhuriyet Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3. bası, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. Tic. A.Ş., 2001, s. 185-193.

²⁶¹ İşaret ettiğimiz ilişkinin isabetli bir biçimde nitelendirildiği ve failin doğrudan çocuk düşürme neticesini hedef almış olması halinde “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” hükmünün uygulanamayacağına dair bir karar için bkz. 3. C.D. 29.11.2006 tarih ve 2006/ 2128-9059 sayılı karar. Artuç / Akkaya, **2006 İctihatları İle TCK CMK CGİK**, s. 75-76.

²⁶² Yargıtay Birinci Ceza Dairesi’nin aşağıda belirttiğimiz içtihadı, kast-taksir kombinasyonlarının özgü niteliğini pek isabetli bir biçimde ortaya koyamamaktadır. Zira somut olayda fail kasten bir yaralama suçu işlemiş ve bu eylemden doğan etkiler ölüm neticesini yaratmıştır. Bu durumda, kanımızca “ölüm neticesinin” bilinçli taksirle gerçekleştirmesini esas alarak sadece (bilinçli) taksirle öldürme sonucundan hüküm verilmiş olması isabetli değildir. Karş. 1. C.D. 10.05.2006 tarih ve E. 2006/ 685, 2006/ 1921 sayılı kararı) Artuç / Akkaya, **a.g.e.**, s. 74.

olan ilişkinin iyi tanımlanmış olması gerekir. Kanımızca, bu hususu tartışmaya kastın karakterini belirleyerek başlamalıyız. Kastın hem bilme hem de isteme unsurlarını taşıması gerektiğine dair doktrinde yaygınlık kazanmış görüşün haklılığı kendini en çok ispat meselesi gündeme geldiğinde belli eder. Zira, kastın bilme unsuruna karşılık gelen şey aslında bir iradenin dışsallaşması, yani objektif bir büyüklüğe sahip olması manasına gelen hareketin doğması ile anlam kazanabilir. Madem ki kast soyut bir istemeden, yani arzu etmeden farklı bir içeriğe sahiptir, o halde eylemde bulunan şekliyle kastın objektif bir karşılığı olmalıdır. Diyalektik gereği bir kavram ancak onun zıddıyla bir gerçekliğe bürünür ve görünüş şekli olmaktan çıkar. Bu durumda, kastın varlığından bahsedebilmek *objektif bir emarenin* varlığını da gerektirir. Buna mukabil –yine karşıtlık prensibi gereği- kast, başlı başına objektif bir belirlenim olamaz, o daha ziyade iradenin sübjektiflik hakkına dayanır. Yani objektif bir vakanın anlamı, iradenin ona nasıl şekil vermek *istemiş olmasına* göre değişebilen bir özü havidir. Temel teorik tanımlamamız, bu zemin üzerinde inşa ettiğimize göre, kastın belirlenmesi sırasında da bu unsurların teker teker *ayrıştırılarak* ve daha sonra tekrar *bütün içerisinde* taşıdıkları anlama göre nitelendirilerek incelenmesi gerekir.

Kast, failin eylem anında kendi eyleminin muhtemel veya kesin öngördüğü gelişim serisi ile ilgili vermiş olduğu bir hükme dayanır. Ancak bu hükmün içsel kısmının, yani kastın isteme unsuruna karşılık gelen hususların tespiti sadece objektif olgunun nitelendirilmesi ile mümkün olamayacaktır. Zira objektif olgu, sadece fail haricinde kalan diğerlerince belirlenebilen bir gözleme dayanır. Halbuki, kast, sadece bir objektif gözlemi değil, içsel bir kararı da konu edinir. Ancak muhakeme hakiminin kendi de bir objektif gözlemcidir ve bu sebeple failin içsel belirlenimini ispatı, onun için de aşılması zor bir sorundur²⁶³. İşte bunu aşabilmek için bazı pratik argümanlar kullanılır: Bunlara ise, **emare** adı verilir. Anılan niteliğinden ötürü her emare aslında hata payını da içinde barındırır. Bu sebeple, somut olay hakiminin

²⁶³ Bu noktada belirtelim ki, somut olay hakimi emarelere göre kastın varlığını veya yokluğunu tespitle mükelleftir. Kanun yolu hakimi ise, sadece anılan emarelerin somut olayda doğru uygulanıp uygulanmadığının veya eksik bir araştırmanın bulunup bulunmadığının kararını verecektir. Karş. Selçuk, **Karşıoylarım**, s. 29.

failin içsel belirlenimini tespit hususunda tereddütte kaldığı durumlarda *in dubio pro reo*'nun uygulanması elzemdir.

Kanımızca, olay anında failin vermiş olduğu eylem kararının niteliksel karakteri ile bu olgunun ispatında kullanılan argümanları birbirinden ayırıştırarak değerlendirmemiz gerekir. Mesela, “failin kişiliği” emaresi, kastın tespitinde kullanılabilir bir argüman olabilir ama bu kavram, kastın maddi içeriğine dahil olamaz. Veya failin yarattığı eylemin “yüksek tehlikesi” yine aynı biçimde bir emare olabilir ama kastın kavramsal niteliğini etkileyemez²⁶⁴. O halde, doktrinde bu ayrımı silikleştiren görüşlerin, örneğin tasavvur teorileri veya objektivist normatif teorilerin, kastın kavramsallaştırması sorununu kastın ispatı sorununa indirgediklerini rahatlıkla söyleyebiliriz. *Hassemer*'in açıkla belirttiği üzere failin içsel kararına dayalı kast sadece emareler vasıtasıyla belirli bir ispat alanında tahdid edilebilir²⁶⁵.

Bu durumda, objektif niteliği haiz emarelerin yanı sıra sübjektif niteliği ortaya koyabilecek emareler de kastın ispatında kullanılmalıdır. Bunlara örnek olarak, eylem öncesi ve sonrasındaki tavrı²⁶⁶, failin gençliği, profesyonelliği, zihni durumu, algılamada eksilikler yaşayıp yaşamadığı²⁶⁷, risk karşısındaki kişisel tavrı, mağdur ile fail arasındaki duygusal bağ vb. argümanlar sıralanabilir. Asıl önemli olan, uygulamacının bu argümanları bir kataloga dönüştürmekten ziyade onları her somut olayda yeri geldiğinde incelemiş olmasıdır. Aksi halde, Müşterek Hukuka ait olan dolaylı kast (= dolus indirectus) veya gayri-muayyen kast (= dolus indeterminatus) tanımlarına geri dönmüş olacaktır. Halbuki “olası kast” tüm sayılan bu türlerden farklı olarak kast karinelerini dışlar ve bunun yerine failin içsel belirlenimine göre bir sonuca ulaşır.

Bu bağlamda, kast-taksir ayrımına dair Türk hukuk uygulamasında sıklıkla kullanılan kast kavramının olası kast olmayıp, dolaylı kast olduğunu belirleyebiliyoruz. Zira, somut olay değerlendirmesi sırasında failin içsel temayülünü

²⁶⁴ Aynı yönde bkz. Lackner/ Kühl, **StGB-E**, § 15, kn. 25, s. 93.

²⁶⁵ Bkz. Hassemer, **GS-Armin Kaufmann**, s. 307.

²⁶⁶ Eylemlik sonrası güdülenmenin (post-aksiyonel motivasyon) her zaman eylem anındaki hükmün gerçek içeriğini ortaya koyamayabilir. Karş. Mahl, **Der Strafrechtliche Absichtsbegriff**, s. 60.

²⁶⁷ Bkz. Hassemer, **a.g.e.**, s. 308.

ortaya koyan kriterler yerine, eylemin dışsal niteliğini ifade eden argümanlar kastın ispatında tercih ediliyor²⁶⁸. Olay öncesinde, anında ve sonrasında failin içinde bulunduğu durumun değerlendirildiği kararlara da rastlanabilmektedir. Ancak bu kararlarda, emarelerin teker teker ve daha sonra da eylemin bütünselliği içinde yeniden değerlendirildiği biçimlere rastlamak zordur. Sonuçta Türk hukuk uygulamasının geleneksel olarak *dolus indirectus*'a eğilimli olduğunu²⁶⁹ ve 5237

²⁶⁸ [...]”Tanık beyanlarına göre sopanın uzunluğunun 60-70 cm. olduğunun anlaşıldığına göre öldürücü evsiftir. Müteaddit defalar vurup komaya sokması da öldürme kastını göstermektedir...”] [...] Dosya kapsamına şahadet ve rapora göre aynı otelde işçi olarak çalışan ve daha önce aralarında bir geçimsizlik ve husumet bulunmayan sanık E.Ü. ile maktul Armağan bahşiş parası yüzünden kavga etmiştir. Bu kavgada sanık inşaat artığı tahtalar arasında elde edilemeyen ve şahadete göre 60-70 santim uzunluk ve 4-4,5 santim enindeki bir tahtayı eline geçirerek maktule *müteaddit darbeye bulunmuş*, bu darbelerden *sadece bir tanesi* başa isabet etmiştir. Maktulün başında *kırk ve çatlak tevlit etmeyen bu darbe* sağ frontal lob üzerinde kanamaya neden olarak onu öldürmüştür. Maktulün vücudunun sağ omuz üst kısmı, sol dirsek, sol el sırtı ve sol bilekteki darbe izleri sadece ekimoz niteliğindedir. Sanığın yaptığı darbelerden dördü maktulün hayati olmayan bölgelerine isabet etmiş olmasına göre sanık *başı hedef almamıştır*. Başı hedef almasına bir engel bulunmadığı halde sanık bu yolu seçmeyerek sadece müessir fiil kastıyla davranmıştır. Darbelerden biri maktulün başına isabet etmiştir. O da kırık veya çatlak meydana getirecek şiddette değildir...”] Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1979/1-98 K. 1979/232 T. 21.5.1979. **Kazancı İçtihat Bankası**, [çevrimiçi 25 Mart 2007, saat: 16:00] Görüleceği üzere iki karşıt görüşün de üzerinde durduğu nokta sadece objektif büyüklüklerdir. İçsel belirlenim tespiti sadece ek argüman olarak ele alınıyor.

Görüşlerimizi destekler mahiyette Sami Selçuk’un bir CGK kararında ifade ettiği karşı oy yazısı: “...Şunu da belirtmek gerekirkî; Özel Daire, failin elinde taş olduğu halde vurmayı adam öldürmek kastının bir kanıtı olarak değerlendirmemektedir. Taş atılmışsa, kast yaralamadır. Taş elde iken vurulmuşsa, kast adam öldürmedir. diye bir kural elbette a priori olarak konulamaz. Bunu benimsemek yasamızın reddettiği kazuistik yönleme dönüşü benimsemek demektir. Yasa koyucu isteseydi, kendisi böyle bir kural getirirdi. Her olayda eylemin oluşum biçimine ve oluşa göre değerlendirilebilecek bir durumu, kural düzeyinde düşünmek, mantığa ve hukuka aykırıdır. Kazuistik yöntemi, nerede ve ne zaman kullanacağını yasa kendisi belirler. (Hazırlıkta kimi eylemlerin ağırlaştırıcı neden olması gibi). Nitekim, yasa koyucu Özel Dairenin anlayışının tersine insanı ölüme götürecek derecede, yani hayati tehlike ölçüsünde yaralanmasını bile etkili eylem olarak benimseyerek, bu anlayışa karşı çıkmıştır...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1985/270 K. 1986/28 T. 27.1.1986. **Kazancı İçtihat Bankası**, [çevrimiçi 25 Mart 2007, saat: 16:00].

²⁶⁹ Dolaylı kastın kabul edildiğine dair bir örnek karar için bkz. [...] bu savunma kabul edildiğinde dahi, sanığın dolaylı kast kuralları gereğince meydana gelen sonuçtan kasten sorumlu olacağı, zira belli bir sonucu gerçekleştirmek üzere hareket eden fail, bunun yanında başka sonuçların meydana gelmesini de *göze almış ve bu sonuçlar da gerçekleşmişse*, bu sonuçlar açısından da kasten hareket ettiğinin kabul edilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Çünkü fail, hareketinden doğacak diğer sonuçları *öngördüğü halde hareketine devam etmiş*, sonuçta büyüyen yangın sonucu 7276 m2.lik orman alanı yanıp, 146 fidan hayatini kaybetmiştir. Bu nedenle eylemi kasten orman yakma olarak nitelendiren Yerel Mahkeme direnme hükmü bu yönüyle isabetlidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2003/3-128 K. 2003/164 T. 27.5.2003, **Kazancı İçtihat Bankası**, [çevrimiçi, 20 Mart 2007, saat: 15:00].

sayılı TCK’da ilk defa tanımı verilen “olası kast”ın da bu eğilimi güçlendireceği görüşüne sahibiz²⁷⁰.

²⁷⁰ Yeni TCK döneminde karar altına alınmış ve olası kastı, adî taksir ile aynı zemine sahip “*öngörülebilirlik*” üzerinden tanımlamaya çalışan bir karar için: “...Sanığın maktul H.K.ya birden ziyade ateş ettiği sırada, maktül H. ile birlikte aynı yerde ve kalabalık meydana bulunan maktül N.Y.nin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da *ölebileceğini öngörebilir durumda olduğu*, maktül N.Y.yi olası kast kapsamında öldürdüğünün anlaşıldığı, maktül N.den gelen bir tahrik nedeni ve TCK.nun 52,79. maddelerinin uygulanması koşulları bulunmadığı halde, sanığın TCK.nun 448,59 maddeleri ile ayrıca tecziyesi gerekirken yazılı şekilde uygulama yapılması, Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2004/4562 K. 2005/4787 T. 27.12.2005. **Kazancı İçtihat Bankası** [Çevrimiçi, 04 Haziran 2007, saat: 14:00]

SONUÇ

Ceza hukukunun işlevi, “hukuksal değer” kavramı ile ifade edilen kişiler arası özgürlük ilişkisinin korunmasıdır. Buna göre maddi anlamda suç teşkil eden her davranış modelini belirleyen suç tipinin aslında bir hukuksal değerle bağlantılı olarak değerlendirilmesi ve suç teorisinin müesseselerinin de bu merkezi kavram dahilinde ele alınması gerekir. Tezimiz sırasında devamlı surette vurgulamaya çalıştığımız bu fonksiyon, cezaya layık davranışların tanımlanması ve haksızlığın sübjektif/objektif karşılığının tespit edilebilmesi bakımından da hayati bir öneme sahiptir.

Buna göre maddi anlamda suç teşkil edebilen hareket, öncelikle bir hukuksal değere müdahale anlamına gelen bir eylemin varlığını gerektirir. Bu müdahale, kişiler arası özgürlük ilişkisini tanımlayan hukuksal değer ihlal edilmesini konu alabileceği gibi, bu hukuksal değer açık ve yakın bir tehlikeye sokulmasına matuf eylemleri de konu edinmiş olabilir. Bu olguya, tezimizde hukukun görelî inkarı veya özel geçerliğinin ihlali adını verdik ve bu durumda objektif anlamda bir haksızlığın olduğu sonucuna vardık. Ancak cezaya layık bir eylemden söz edilebilmesi için salt objektif haksızlık yeterli kabul edilemez. Bu olguya ilave olarak iradenin kendini hukuk düzeni nezdinde de kusurlu hale getirmiş olması gerekir. İşte, bu son sayılan süreci birincisinden, yani objektif haksızlığa vücut veren eylemin yarattığı sorumluluktan ayırmak suretiyle buna sübjektif (kusurlu) haksızlık, bir başka deyişle ceza hukuku anlamında haksızlık adını verdik.

Mesele bu bağlamda ele alındığında eylem iradesi kendi içerisinde, bir hukuksal değere müdahale anlamına gelen “eylem kastı” ile bu uğrağın üzerinde gelişen ve haksızlığın özgürce tercih edilmesi anlamına gelen “kusur” olmak üzere iki ayrı parçaya ayrılarak incelenmiş oldu. Bu ayrımın suç teorisindeki karşılığı da, kast ile kusurun ayrı başlıklar altında ele alınması şeklinde tecessüm etti. Bu anlayıştan yola çıkarak, çalışmamız sırasında hukukun genel geçerliliğini ihlale dönük olan kusur kavramının nasıl ve nereye kadar kast kavramından ayrıştırılabileceğine de işaret etmeye çalıştık. Pratik sonuçlarına tezimizin ilgili bahislerinde değinmeye çalıştığımız bu ayrımı bir tarafa bırakıp, tekrar eylem

iradesinin ilk uğrağına karşılık gelen eylem kastına dönerek, bazı sonuçları kayıt altına almak istiyoruz.

Çalışmamızda devamlı surette cezaya layık eylemin objektif/sübjektif birliği içerisinde gelişmiş olması gerektiğı hususunun altını çizmeye çalıştık. Kanımızca bu olgu, suç kuramının bir çok müessesesini anlamlandırmada kullanılması gereken bir prensiptir. Buna göre hareket olarak tanımlanabilecek bir eylemden bahsedebilmek için öncelikle belirli niteliğı haiz objektif bir niceliğın dış dünyada gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak bu niceliğı niteliksel anlamda da bir gerçekliğe büründürebilecek tek kriter, sübjektif unsurun bu neticeyi gerçekleştirdiğinin bilincine sahip olabilmesidir. Dolayısıyla ceza hukukunun konusuna giren eylem, ne salt neticenin yarattığı olumsuz niceliğı (neticenin haksızlık derecesini) ne de salt iradenin yarattığı olumsuz niceliğı (“hareketin” haksızlık derecesini) konu edinmemelidir. Aksi halde ya özel hukuk alanında olduğu gibi yaratılan neticeden dolayı failin doğrudan sorumluluğunu kabul etmiş oluruz, ya da etik alanında olduğu gibi herhangi bir dışsal-objektif neticeye vasıl olamamış iradeyi de sorumluluk altına almış oluruz. Her halükarda bu durumlar, bizim ulaştığımız kast anlayışıyla uyumlu olamayacaktır. Zira kanaatimizce amaç bilinçli eylemlik demek olan hareket, maddi bir olanaklılığın üzerinde gelişebilen ve bu şekliyle sonuçlarından dolayı failinin cezaî anlamda sorumlu kabul edilebileceğı bir olgudur. Bu bakımdan, netice sorumluluğunun, failin iradesi dışındaki salt dışsal tesadüfe dayandığı objektif (adî) taksir kavramının, cezaya layık bir eylemlik olarak nitelenemeyeceğı kanaatine sahibiz. Aynı tespite dayanarak, bir objektif niceliğı ortaya koyamayan “elverişsiz teşebbüs” ve “işlenemez suç” durumlarında da cezalandırılabilir nitelikte bir eylemliğin varlığından söz edilemeyeceğini vurgulamamız gerekir. Bu tespitler ışığında, ele alınması gereken kast kavramına dair aşağıda sıralayacağımız şu sonuçlara ulaşmış bulunuyoruz:

Kastın bilme unsurunun kapsamında değerlendirilen maddi unsurların, “tanımlanabilir” ve “normatif” unsurlar olarak ikiye ayrılması en azından pratik bakımından bir fark yaratmayacaktır. Zira “tanımlanabilir” olarak kabul edilen her unsur, sonuç itibarıyla eylemin konu edindiğı hukuki değerin anlamsal içeriğinin

bilincinde olma kriterine baş vurulduğunda normatif bir anlamda ele alınmış olacaktır.

Bununla beraber, kastın bilme unsurunun kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husus da, failin suç tipinde tanımlanan süje niteliğinin bilincinde olduğu durumlara ilişkindir. Örneğin ihmali suçlarda fail, içinde bulunduğu garantörlük yükümünün bilincine sahip olmalıdır. Aynı şekilde mahsus suçlar bakımından da kastın varlığından söz edebilmek için failin suç tipinde konu edilen süje niteliğinin bilincinde olması şartı aranacaktır. Süjenin niteliği bağlamında ele alınması gereken bir konu da, kusur yeteneği olmayanların kasten (veya bilinçli taksirle) hareket edip edemeyeceği sorunudur. Kast veya bilinçli taksirle işlenen eylemi, suç tipinde tanımlanan haksızlık içeriğinin gerçekleştirilmesi olarak ele aldığımızı göre, bu kabulün tutarlı sonucu olarak normatif-objektif kusur yeteneği sınırının, kastın varlığı bakımından bir gereklilik şartı taşımadığı sonucuna ulaşmalıyız. Ancak aynı şekilde, kusur yeteneği tartışmasından bağımsız olarak, kusur yeteneği bulunmayan (bilhassa ekstrem derecede akıl hastalığına maruz kalmış kimselerin veya algısal düzeyi gelişmemiş yaş küçüklerin) her “kişi”nin kasten hareket edebileceğini savunmak da, kastı hukuki değere müdahale anlamına gelen eylem nitelendirmesinden uzaklaştırıp, sadece algısal bir kavram derecesine düşüreceğinden bir genelleme olarak kabul edilmesi doğru olamayacaktır. Binaenaleyh, kast kavramını sadece eylemin algısal kavranışına hapseden “doğal kast” öğretisi kadar, onu sadece normatif-objektif bir değerlendirme ile ele almak isteyen bir kusur kurgusuna da katılmamaktayız. Kanımızca kastın varlığı her somut olayda ilgili “kişi” (fail-süje) bağlamında ele alınarak, suç tipinde tanımlanan hukuki değere konu eylemin anlamsal niteliğinin bilgisine sahip olup olunmadığına göre çözümlenmelidir.

Kasten işlenen bir eylemin failine isnad edilmesi, hem nedensellik hem de kastın “bilme unsurunun” kapsamı sorunları bakımından önem taşıyan bir anlama sahiptir. Kanımızca failine isnad edilebilir bir eylemden söz edilecekse sadece tabii nedenselliğin tespiti bu ilişkiyi kurmaya yeterli kabul edilmemelidir. Zira hukuk bilimine ait bir değerlendirme olan isnadiyad ile tabiat bilimlerine ait bir değerlendirme olan “nedensellik” birbirinden ayrı zeminlere sahiptir ve salt bir

tekinin ele alınması ile sorumluluk sonuca ulaşabilmek mümkün değildir. Dolayısıyla nedenselliğin yaratıcısı olan faile dönülerek çıkarımlarda bulunmak kanımızca daha isabetli sonuçlara ulaştıracaktır. Buna göre, faile isnad edilecek bir eylem öncelikle objektif isnad edilebilirliğin varlığını gerektirir ve böylelikle suç tipinin maddi unsurlarının sınırları belirlenir. Ancak adı taksirden farklı olarak kasten işlenen (veya bilinçli taksirle işlenen) bir eylemden bahsedebilmek için failin çeşitli tesadüf ihtimallerini içkin olarak hareket etmiş olması da beklenir.

Buna göre kasten işlenmiş bir eylemden bahsedebilmek için sadece objektif öngörülebilirlik üzerinden yapılabilecek bir çıkarım yeterli olamaz, failin suç tipinde tanımlanan neticeye ve bu neticenin gerçekleştiriliş biçimlerine dair eylem anında hüküm kuvvetini haiz bir bilinç düzeyinde bulunması gerekir. Bu son saydığımız durum, kasten işlenen suçlarda bulunması gereken sübjektif isnadiyadın da temelini oluşturur. Mesele, tanımladığımız bağlamda ele alındığı takdirde, *dolus generalis* ve bilhassa Türk doktrininde yaygın kullanılan adıyla *Weber kastı* diye nitelendirilen durumlarda, tipik “neticeye” kast ile ulaşılabilirdiğini söyleyebilmek güçleşmektedir.

Kast-bilinçli taksir ayrımı bakımından da, yukarıda aktarmaya çalıştığımız prensipleri uygulamak gerektiği kannatini taşımaktayız. Buna göre fail bir eylemi kurgularken çeşitli tesadüf ihtimallerini nazara alır ve eyleminin müstakbel kurgusuna dair bir hükme ulaşır. Buna göre fail, eyleminin sonsuz sayıdaki etkisinden bir kısmını öngörmüş ve bunların gerçekleşebileceği ihtimaline yönelik hareket etmiş olabilir. İşte bu anılan durumlarda kasttan bahsedilecektir. Fakat bazı durumlarda fail öngördüğü ihtimallerin gerçekleşmeyeceğine güvenmiş olabilir. Bu durumda failin neticenin gerçekleşmesine dair olumsuz bir hüküm vermiş ve dolayısıyla bilinçli taksirle hareket etmiş olduğu sonucuna ulaşmak gerekir.

Bu bağlamda yaklaşıldığında olası kast / doğrudan kast ayrımını, olasılık ve kesinlik üzerinden açıklamaya çalışan görüşlere katılmadığımızı, meselenin daha ziyade bir ana netice/ yan netice sorunu olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek isteriz. Bu sebeple TCK m.21/f.2’de öngörülen zorunlu ceza indirimi uygulamasının kaldırılmasını savunuyoruz. Ana netice / yan netice üzerinden yapılan bir ayırmadan bahsedildiği takdirde, “ikinci derecede doğrudan kast”tan da söz etmek yersiz olacaktır. Zira bu başlık altında tanımlanan durumların bir kısmı maksadın

(birinci derecede doğrudan kast), diğerk bir kısmı da “olası” kastın altında tasnif edilebilir. Kanımızca bu ayrımın diğerk doğal bir sonucu ise, doktrin ve uygulamada sıkça başvurulanan “özel kast” nitelendirmesine yer bırakmamasıdır.

Sonuç olarak, kastın, eylem anı ile sıkı bir biçimde bağını kurmak gerekir. Kast, hukuki değere müdahale anlamına gelen eylemin içinde saklı bulunan ve anılan eyleme, bir ihlal veya bir tehlike vasfını kazandıran unsurdur. Dolayısıyla, eylem anından önce var olan ve kanımızca kusura ait bir parça olan, karar verme/ üzerinde düşünme aşamalarının kast ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu gibi kavramlar, kusurun tespiti sırasında değerlendirilebilir ama kast-taksir ayrımında teorik olarak değerlendirme dışı bırakılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Achenbach, Hans : **Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre**, Berlin, © J. Schweitzer Verlag, 1974.
- Ambrosius, Jürgen : **Untersuchungen zur Vorsatz-abgrenzung**, Neuwied am Rhein – Berlin, © Hermann Luchterhand Verlag, 1966.
- Aristoteles : **Nikomakhos’a Etik**, çeviren: Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınevi, 1998.
- Artuç, Mustafa / Akkaya, Çetin : **2006 İctihatları İle TCK CMK CGİK**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner : **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, yeniden gözden geçirilmiş 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Nisan 2006.
- Baumann, Jürgen : **Grundbegriffe und System des Strafrechts**, gözden geçirilmiş 3. bası, Stuttgart- Berlin – Köln- Mainz, W. Kohlhammer Verlag, 1969.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, yenilenmiş 11. bası, Bielefeld, © Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, 2003.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, yenilenmiş üçüncü basım, İstanbul, Beta Yayım Dağıtım A.Ş., Ekim 2005.
- Daragenli, Vesile Sonay : **“Tehlike Suçları”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, No: 8, 1999, s. 163-188.

- Dağcı, Şâmil : **İslam Ceza Hukuku'nda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, 2. Baskı, Ankara, © Diyanet İşleri Başkanlığı, 1999.
- Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, gözden geçirilmiş 4. bası, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ekim 2006.
- Doehring, Karl : **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, yeniden düzenlenmiş ikinci baskısından Türkçe'ye çeviren: Ahmet Mumcu, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2002.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I, ondüncü bası, İstanbul, Beta, Kasım 1997.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir : **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. II, yeniden gözden geçirilmiş onikinci bası, İstanbul, Beta, Ekim 1999.
- Dubber, Markus D. : **Einführung in das US-amerikanische Strafrecht**, München, © Verlag C. H. Beck, 2005.
- Dülger, Murat Volkan : , “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri – Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, S. 5 Nisan 2005, s. 65-111.
- Düzgün, Nuri / Elmacı Şerafettin : **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast – Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- Ebert, Udo : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, tamamen gözden geçirilmiş 3. bası, Heidelberg, © C.F. Müller Verlag, 2001.
- Erdoğan, Ahmet : “Ceza Hukukunda Kasd”, **Adalet Dergisi 1948**, s. 573- 596.

- Erem, Faruk : **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C.I, Onuncu Baskı, A.Ü.H.F. Yayınları No. 335, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.
- Erman, Barış : **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, birinci baskı, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Nisan 2003.
- Erman, Ragıp Barış : “*Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*” (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2006.
- Erman, Sahir : **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, © Erman - Özek, Dünya Yayıncılık A.Ş., 1994.
- Flechtheim, Ossip K. : **Hegels Strafrechtstheorie**, Schriften zur Rechtstheorie Heft: 42, ikinci bası, Berlin, © Duncker & Humboldt, 1975.
- Freund, Georg : **Strafrecht Allgemeiner Teil- Personale Straftatlehre [AT]**, Berlin Heidelberg, © Springer Verlag, 1998.
- Frisch, Wolfgang : “*Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS- Diskussion*”, **Gedächtnisschrift für Karl Heinz Meyer [GS-Karl Heinz Meyer]**, (haz.) Klaus Geppert ve Diether Dehnicke, Berlin- New York, Walter de Gruyter, 1990, s. 533- 566.
- Frisch, Wolfgang : “*Risikanter Geschlechtsverkehr eines HIV- Infizierten als Straftat? – BGHSt 36, I*”, **JuS 1980**, s. 362- 370.
- Frisch, Wolfgang : “*Vorsatz und Mitbewußtsein- Strukturen des Vorsatzes*”, **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann [GS-Armin Kaufmann]**, (haz.) Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee,

- Diethart Zielinski; Köln, Berlin, Bonn, München; Carl Heymanns Verlag KG, 1989, s. 311-350.
- Gallas, Wilhelm : **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1968.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat : **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. IV, Ankara, Sevinç Matbaası, t.y.
- Gropp, Walter : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, yeniden hazırlanmış ve genişletilmiş üçüncü bası, Berlin Heidelberg, © Springer –Verlag, 2005.
- Güngör, Devrim : **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara, © Yetkin Yayınları, 2007.
- Haft, Fritjof : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 9. bası, München, © Verlag C.H. Beck, 2004.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukuku**, 4. Bası, Ankara, ©Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Eylül 2005.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Şubat 2003.
- Hakeri, Hakan : “*Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*”, **TBBD**, S.69, Mart-Nisan 2007, s. 55-96.
- Hançerlioğlu, Orhan : **Felsefe Sözlüğü**, geliştirilmiş ve genişletilmiş 9. Basım, İstanbul, Remzi Kitabevi A.Ş., Aralık 1994.
- Hassemer, Winfried : “*Kennzeichen des Vorsatzes*”, **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, (haz.) Gerhard Dornseifer v.d.; Köln v.d.; Carl Heymanns Verlag KG, s. 289- 309.

- Hassemer, Winfried : **Tatbestand und Typus**, Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag KG, 1968.
- Hauf, Claus- Jürgen : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, gözden geçirilmiş ikinci bası, Neuwied Kriftel, © Hermann Luchterhand Verlag, 2001.
- Hruschka, Joachim : **Strafrecht nach logisch- analytischer Methode**, genişletilmiş ve gözden geçirilmiş ikinci bası, Berlin New York, © Walter de Gruyter & Co., 1988.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich : **Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I**, Toplu Eserleri C. 8, birinci bası, Frankfurt am Main, © Suhrkamp Verlag, 1986.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich : **Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III**, Toplu Eserleri C. 10, birinci bası, Frankfurt am Main, © Suhrkamp Verlag, 1986.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich : **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse [GPR]**, Toplu Eserleri C. 7, Frankfurt am Main, © Suhrkamp Verlag, birinci bası, 1986.
- Hegel, G.W.F. : **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, Çev. Cenap Karakaya, birinci basım, İstanbul, Sosyal Yayınları, Kasım 1991.
- Herzberg, Rolf Dietrich : *“Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids- Infizierten –AG München, NJW 1987, 2314”*, **JuS 1987**, s. 777- 783.
- Herzberg, Rolf Dietrich : *“Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten– Teil I”*, **JZ 1988**, s. 573-579.
- Herzberg, Rolf D. : *“Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem*

- des objektiven Tatbestandes*”, **JuS 1986**, s. 249- 262.
- Herzberg, Rolf D. : “*Zur Strafbarkeit des Aids- Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr*”, **NJW 1987**, s. 2283-2284.
- Hilav, Selahattin : **100 Soruda Felsefe**, y.y., © Koç Kültür Sanat ve Tanıtım Hizmetleri Tic. A.Ş., 2003.
- Hilgendorf, Eric : “*Yeni Medya Araçları ve Ceza Hukuku*”, çev. Mehmet Cemil Ozansü, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, (haz.) Kayıhan İçel- Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi no: 7, Ankara, © Seçkin Yay., 2007, s. 265-290.
- Hillenkamp, Thomas : “*Dolus eventualis und Vermeidungswille*”, **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann [GS-Armin Kaufmann]**, (haz.) Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski; Köln, Berlin, Bonn, München; Carl Heymanns Verlag KG, 1989, s. 351-369.
- Hirsch, Hans Joachim : “*Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu*”, çev. Yener Ünver, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya, Selçuk Üniveristesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s. 297-315.
- His, Rudolf : **Das Strafrecht des deutschen Mittelalters- Erster Teil**, Leipzig, Theodor Weicher, 1920.
- İçel, Kayıhan : **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İ.Ü. Yayınları No. 1256, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967.
- İçel, Kayıhan : “*Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural*”, **Suç Politikası**

- (haz.) Kayıhan İçel- Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No: 5, Ankara, © Seçkin Yay., s. 15-18.
- İçel, Kayıhan / Evik, A. Hakan : **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II**, yenilenmiş 4. bası, İstanbul, © Beta Yayınları, Mart 2007.
- İçel, Kayıhan / Sokullu-Akinci, Füsün / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoglu, Fatih S. / Ünver, Yener : **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, Yeniden gözden geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Beta, Ekim 2004.
- Jakobs, Günther : **Der strafrechtliche Handlungsbegriff**, München, © Beck Juristischer Verlag, 1992.
- Jakobs, Günther : **Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre [AT]**, gözden geçirilmiş ikinci bası, Berlin New York, © Walter de Gruyter & Co., 1993.
- Jäger, Christian : **Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht**, Heidelberg, © C.F. Müller Verlag, 2006.
- Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas : **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil [AT]**, tamamen gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 5. bası, Berlin, © Duncker & Humboldt GmbH, 1996.
- Kant, Immanuel : **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten [Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi]**, çev. İoanna Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Kant, Immanuel : **Grundlegung zur Methahysik der Sitten [GMS veya KpV]**, (haz.) Wilhelm Weischedel, **Immanuel Kant Kritik der praktischen Vernunft Grundlegung der Metaphysik der**

- Sitten** içinde, Toplu Eserleri C. VII., Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, birinci bası, 1974.
- Kant, Immanuel : **Ethica**, çev. Oğuz Özügül, Birinci Baskı, İstanbul, Pencere Yayınları, Ağustos 2003.
- Karakehya, Hakan : “*Olası Kast*”, **Ceza Hukuku Dergisi [CHD]**, S. 2, Aralık 2006.
- Kargl, Walter : **Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie**, Frankfurt am Main, © Verlag Peter Lang GmbH, 1993.
- Kaufmann, Armin : **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1959.
- Kindhäuser, Konrad Urs : “*Vorsatz als Zurechnungskriterium*”, **ZStW 1984**, s. 1-35.
- Kindhäuser, Urs : **Lehr- und Praxiskommentar [LPK-StGB]**, 2. bası, Baden Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.
- Koca, Mahmut : “*YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri*”, **CHD**, S.1, Ekim 2006, s. 111-143.
- Köhler, Michael : “*Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko*”, **JZ 1985**, s. 671.
- Köhler, Michael : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, Berlin v.d., © Springer Verlag, 1997.
- Köhler, Michael : “*Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes –Zur Kritik der Lehre vom ‘sachgedanklichen Mitbewußtsein’-*”, **GA 1981**, s. 285- 300.
- Köhler, Michael : “*Zur Abgrenzung des Mordes Erörtert am Mord Merkmal “Verdeckungsabsicht”*”, **GA 1980**, s. 121- 160.

- Kölz-Ott, Monika : **Eventualvorsatz und Versuch**, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nu: 459, Zürich, © Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974.
- Kunert, Karl Heinz : **Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände**, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1958.
- Kühl, Kristian : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, yeniden hazırlanmış 5. bası, München, © Verlag Franz Vahlen, 2005.
- Küper, Wilfried : *“Vorsatz und Risiko Zur Monographie von Wolfgang Frisch”*, **GA 1987**, s. 479-509.
- Küpper, Georg : *“Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit”*, **ZStW 1988**, s. 758-785.
- Krey, Volker : **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil [AT 1]**, C. 1, 2. Bası, Stuttgart, © W. Kohlhammer GmbH, 2004.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian : **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen [StGB-E]**, yeniden hazırlanmış 24. bası, München, Verlag C.H. Beck, 2001.
- Larenz, Karl : **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung**, Leipzig, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927.
- v. Liszt, Franz : **Der Zweckgedanke im Strafrecht**, orijinalinden tıpkı basıma hazırlayan: Thomas Vormbaum, Juristische Zeitgeschichte-Kleine Reihe-Klassische Texte, Baden Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- Mahl, Stefani : **Der strafrechtliche Absichtsbegriff – Versuch einer Inhaltsbestimmung mit Hilfe psychologischer Erkenntnisse**, Münchener Juristische Beiträge C. 49, München, © Herbert Utz Verlag GmbH, 2004.

- Mahmutoğlu, Fatih Selami : **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, İstanbul, © Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1995.
- Marx, Karl : **Das Kapital**, 1872 tarihli ikinci bасыya göre hazırlanmış tıpkı bası, Paderborn, © Voltmedia, t.y.
- Märker, Klaus : **Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern**, Europäische Hochschulschriften: Seri 2, C. 1685; Frankfurt am Main; © Peter Lang, 1995.
- di Marzo, Salvatore : **Roma Hukuku**, orijinal beşinci basıdan çeviren: Ziya Umur, ikinci bası, İ.Ü. Yayınları No: 573, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Mayer, Max Ernst : **Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts [AT]**, değiştirilmemiş ikinci bası, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuch-handlung, 1923.
- Mayer- Mahl, Theo : **Einführung in die Rechtswissenschaft**, Berlin-Heidelberg, © Springer Verlag 1993.
- Maurach, Reinhart : **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, 3. genişletilmiş ve gözden geçirilmiş bası, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1965.
- Menegoni, Francesca : *“Elemente zu einer Handlungslehre in der “Moralität” (§§ 104-128)”*, (haz.) Ludwig Siep **G.W.F. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts- Klassiker Auslegen**, gözden geçirilmiş 2. bası, Berlin, © Akademie Verlag GmbH, 2005, s. 125-146.
- Mohr, Georg : *“Unrecht und Strafe”*, (haz.) Ludwig Siep **G.W.F. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts- Klassiker Auslegen**, gözden geçirilmiş 2. bası,

- Berlin, © Akademie Verlag GmbH, 2005, s. 95-124.
- Nau, Heinz : **Die Bewußtseinsform bei normal-psychologischen Affekttaten: Ein Vorsatzproblem?**, Frankfurt am Main, © Peter Lang GmbH, 2001.
- Nişanyan, Sevan : **Sözlerin Soyağacı**, Adam Yayınları, gözden geçirilmiş 2. basım, Mart 2004.
- Otto, Harro : **Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre [AT]**, yeniden hazırlanmış 7. bası, Berlin, © De Gruyter Verlag, 2004.
- Ozansü, Mehmet Cemil : *“Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”*, **Suç Politikası** (haz.) Kayıhan İçel- Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No: 5, Ankara, © Seçkin Yay., 2006, s. 385-402.
- Öktem, Niyazi : **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İ.Ü. Yayınları No. 2318, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1977.
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, Beta, Nisan 1992.
- Özbek, Veli Özer : **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt I, ikinci baskı, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 2005.
- Özek, Çetin : **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1967.
- Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, © Seçkin Yayınevi, Nisan 1995.
- Özgenç, İzzet : *“Bilinçli Taksir”*, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No: 32, İstanbul, Baskı: Şen Ofset, Haziran 2004, s. 697-722.

- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Eylül 2005.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Birinci Baskı, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., Eylül 2006.
- Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhur : **Uygulamalı Ceza Hukuku**, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3. bası, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. Tic. A.Ş., 2001.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan : **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara, © Seçkin Yayıncılık Tic. A.Ş., 8. Baskı, Ankara 2005.
- Paeffgen, Hans Ullrich : **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, C. 1, 2. Bası, Baden Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, § 18, s. 613-644.
- Paschukanis, Eugen : **Allgemeine Rechtslehre und Marxismus**, 3. bası, Frankfurt, © Verlag Neue Kritik KG, 1966.
- Puppe, Ingeborg : “*Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*”, **ZStW 1991**, s. 1- 42.
- Puppe, Ingeborg : **Nomos Kommentar- Strafgesetzbuch [NK-StGB]**, C. 1, (haz.) Urs Kindhäuser v.d., 2. Bası, Baden Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, § 15-16, s. 476-571.
- Puppe, Ingeborg : **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung [AT-I]**, Cilt 1, 1. bası, Baden-Baden, © Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- Quante, Michael : “*Die Persönlichkeit des Willens*”, (haz.) Ludwig Siep **G.W.F. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts- Klassiker Auslegen**, gözden

geçirilmiş 2. bası, Berlin, © Akademie Verlag GmbH, 2005, s. 73-94.

Radbruch, Gustav

: **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, 1904 Berlin tıpkı bası (haz.) Arthur Kaufmann, Darmstadt, © Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967.

Radbruch, Gustav

: “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*”; haz.) Paulson Dreier / Stanley L. Ralf, **Gustav Radbruch Rechtsphilosophie**, 2. yenilenmiş bası, Heidelberg, © C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH & Co. KG, 2003, s. 211-219.

Radbruch, Gustav

: **Rechtsphilosophie**, Leipzig, Verlag Von Quelle & Meyer, 1932. Tıpkı bası: (haz.) Paulson Dreier / Stanley L. Ralf, **Gustav Radbruch Rechtsphilosophie**, 2. yenilenmiş bası, Heidelberg, © C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH & Co. KG, 2003.

Radbruch, Gustav

: “*Zur Systematik der Verbrechenslehre*”, **Festgabe für Reinhard von Frank. Band I**, Tübingen, J.C.B. [Paul Siebeck], 1930, s. 158-173. Tıpkı bası: (haz.) Arthur Kaufmann, Darmstadt, © Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967.

Ramb, Michael

: **Strafbegründung in den Systemen der Hegalianer**, Strafrechtliche Abhandlungen C. 162, Berlin, © Duncker & Humboldt GmbH, 2005.

Rıza Tevfik (Feylesof Rıza)

: **Felsefe Dersleri**, günümüz Türkçe’sine çeviren: M. Münir Dedeoğlu, Ankara, ÜBL Yayınları, Kasım 2001.

Roth, Gerhard

: **Fühlen, Denken, Handeln**, Frankfurt am Main, © Suhrkamp Verlag, 2003.

- Roxin, Claus / Isfen, Osman : *“Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches”*, **GA 2005**, s. 228-243.
- Roxin, Claus : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT-I]**, C.I, 4. Bası, München, © Verlag C. H. Beck oHG, 2006.
- Roxin, Claus : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Cilt II, München, © Verlag C.H.Beck oHG, 2003.
- Roxin, Claus : *“Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363”*, **JuS 1964**, s. 53-61.
- Roxin, Claus : *“Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr”*, **Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag**, (haz.) Klaus Rogall-Ingeborg Puppe- Ulrich Stein- Jürgen Wolter, Neuwied, Luchterhand Verlag, 2004, s. 243-257.
- Rüping / Jerouschek, Hinrich / Günther : **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, Schriftenreihe der Juristischen Schulung C. 73, tamamen gözden geçirilmiş 4. bası, München, © Verlag C. H. Beck oHG, 2002.
- Savran, Gülnur : **Sivil Toplum ve Ötesi: Rousseau, Hegel, Marx**, Alan Yayıncılık, birinci baskı, Haziran 1987.
- Schewe, Günter : **Reflexbewegung Handlung Vorsatz**, Lübeck, © Verlag Max Schmidt-Römhild, 1972.
- Schmidhäuser, Eberhard : *“Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“dolus eventualis” und “bewußte Fahrlässigkeit”)*”, **JuS 1980**, s. 241-252.

- Schmidhäuser, Eberhard : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, ikinci gözden geçirilmiş bası, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.
- Schmidhäuser, Eberhard : **Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968.
- Schmidt, Eberhard : **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**, 2. bası, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951.
- Schroth, Ulrich : “Die Differenz von *dolus eventualis* und bewußter Fahrlässigkeit”, **JuS** 1992, s. 1-8.
- Schroth, Ulrich : **Vorsatz und Irrtum**, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998.
- Selçuk, Sami : **Karşıoylarım Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar**, (haz.) Cengiz Otacı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001
- Skirbekk, Gunnar / Gilje, Nils : **Antik Yunan’dan Modern Döneme Felsefe Tarihi**, çev. Emrullah Akbaş / Şule Mutlu, İstanbul, © Üniversite Kitabevi Yayınları, t.y.
- Soyaslan, Doğan : **Teşebbüs Suçu**, Ankara, © Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1994.
- Sözüer, Adem : **Suç Teşebbüs**, İstanbul, © Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1994.
- Stratenwerth, Günther / Kuhlen, Lothar : **Strafrecht Allgemeiner Teil I [AT-I]**, yenilenmiş 5. bası, Köln Berlin München, © Carl Heymanns Verlag KG, 2004.
- Toroslul, Nevzat : **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2005.
- Toroslul, Nevzat : **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, Sevinç

- Matbaası, AÜHF Yayınları No. 273, 1970.
- v. Tuhr, Andreas : **Borçlar Hukukunun Umumî Kısım**, Birinci Cilt, çeviren Cevat Edege, İstanbul, Yeni Matbaa, 1952.
- Ünver, Yener : **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Mart 1998.
- Ünver, Yener : **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ocak 2003.
- Ünver, Yener : “*Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız*”, **CHD 2006**, S.2, s. 103-205.
- Ünver, Yener : “*“Nedeninde Serbest Hareketler” Kuramı*”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, İ.Ü.H.F. Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No. 8, Alfa, 1999, s. 801- 888.
- Ünver, Yener : “*YTCK’da Kusurluluk*”, **Ceza Hukuku Dergisi [CHD, S.1]**, S.1, Ankara, © Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ekim 2006, s. 37-73.
- del Vecchio, Giorgio : **Hukuk Felsefesi Dersleri**, çeviren: Sahir Erman, İstanbul, Sermet Matbaası, t.y.
- Yüce, Turhan Tûfan : **Ceza Hukuku Dersleri**, C.1, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.
- v. Weber, Hellmuth : **Grundriss des deutschen Strafrechts**, 2. düzeltilmiş bası, Bonn, Ferd. Dümmlers Verlag, Haziran 1948.
- Welzel, Hans : **Das deutsche Strafrecht [DS]**, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 11. bası, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner : **Strafrecht Allgemeiner Teil [AT]**, yeniden hazırlanmış 35. bası, Heidelberg, © C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2005.

Wolff, Ernst Amadeus : **Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen**, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1964.

Elektronik Kaynaklar:

Alpmann Schmidt İtihat Bankası : <http://www.alpmann-schmidt.de>

HRRS- İtihat Bankası : <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

Carl Heymanns Verlag İtihat Bankası : www.recht.com/heymanns/

Kazancı İtihat Bankası : www.kazanci.com.tr

Gropp, Walter : “*Subjektiver Tatbestand, Schuld und subjektive Grundlagen der Verantwortlichkeit*”, **Juridica International VIII/ 2003**, s. 16-23. http://www.juridica.ee/index_en.php;

Jakobs, Günther : “*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*“ **HRR-Strafrecht 3/2004**, s. 88-95. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

Wikipedia : <http://de.wikipedia.org/wiki/Hauptseite>