§ 1. TÜRK CEZA KANUNUNUN ESAS ALDIĞI SUÇ TEORİSİ[1]

I. SUÇ KAVRAMI

Sosyal bir varlık olması dolayısıyla insan, toplum halinde yaşar. Ancak toplum halinde yaşamanın tabii sonucu olarak, birbirinden tamamen farklı istek ve arzulara sahip fertler arasında çatışmalar çıkabilir. Tarihi süreç içerisinde bu çatışmaların önlenmesi, toplumsal hayatın barış içerisinde sürdürülmesi, insanlar tarafından uyulması gerekli bir takım kuralları ortaya çıkarmış ve zamanla bu kaideler, herkesin uyması gereken hukuken korunan davranış normları haline gelmiştir.

Bunlardan din ve ahlak kuralları kişilerin vicdanına hitap ederken, örf, adet ile hukuk kuralları insanları belirli şekilde harekete zorlar. Bilindiği gibi örf ve adet kuralları o topluluğu oluşturan insanların ortak yaşaması sonucunda oluşan yazılı olmayan prensipler iken, hukuk kuralları devlet tarafından tespit edilir.

Hukuk kuralları, kişilerin ve toplumun yetki ve görevlerini, bireylerin özgürlüklerini ve bunun sınırlarını, diğer kişilerle olan ilişkilerini düzenler. Böylece hukuk kuralları bireylere bir yandan görevler yükler, diğer yandan hak ve yetkiler verir.

Toplum yaşamıyla hukuk özdeşleşmiştir. Hukuk kuralları, toplumsal yaşamın varlık nedenidir ve bu kuralların amacı son tahlilde insanların mutlu olması, mutlu bir hayat sürmesidir.

İşte suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin bilerek ve istenerek ihlalini (kast) veya bu değerleri korumaya yönelik kurallara karşı özensizliği (taksir) ifade eden insan davranışlarıdır.

Bu sebeple suç, bir haksızlıktır. Her suç, bir haksızlık teşkil eder. Ancak, her haksızlık, suç oluşturmaz[2].

Şu halde suç, hukuki bir değerin ihlali anlamına gelir ve her suç tanımında, bir hukuki değerin korunması esas alınmıştır. Temelinde hukuki değer koruması olmayan bir suç tanımı olamaz.

---

1 Suç teorisine ilişkin açıklamalar, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK esas alınarak yapılmıştır.

2 Türk Ceza Kanununun sisteminde suç bir haksızlık olarak kabul edildiğinden, madde formülasyonları da buna göre yapılmış (örneğin, m.30/4), gerekçeler buna göre kaleme alınmıştır.

Hukuki değer, bir hukuk toplumunda kabul gören değerleri ifade eder ve dayanağını, davranış normları oluşturur. Böylece hukuki değer;

a) ceza kanununda suçların tasnifi açısından Kanun koyucuya yol gösterir;

b) uygulamacı açısından, ceza normunun yorumunda başvurulacak en önemli enstrümanı oluşturur.

II. SUÇUN UNSURLARI

Suçun unsurları başlığı altında, dış dünyada değişiklik meydana getiren fiilin ceza hukuku anlamında suç sayılması için mutlaka bulunması gereken unsurlar incelenecektir. Aşağıda açıkladığımız unsurların tamamı bir fiilde mevcut olmadığı sürece, o fiili suç olarak tavsif etmek mümkün değildir.

5237 sayılı TCK'nın esas aldığı suç teorisi göz önünde bulundurulduğunda; suçun iki unsurunun bulunduğunu söylemek mümkündür.

Bunlar; "Tipiklik ve hukuka aykırılık"tır.

Şu halde suç; "tipe uygun, hukuka aykırı bir haksızlık" olarak tanımlanabilir.

İfade edelim ki, "kusurluluk" suçun unsurlarına dâhil değildir. Kusurluluk işlediği fiil dolayısıyla kişinin kınanabilmesi, haksızlık teşkil eden eylemin ferde yüklenebilmesidir. Bu itibarla kusurluluk, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir fiilden sonra kişinin kınanabilip kınanamayacağı hususundaki yargıyı ifade etmektedir. Kusur yargısından önce, kanundaki belirli suç tariflerine uygun kasten veya taksirle işlenmiş haksızlık teşkil eden bir fiilin varlığı zorunludur. Böylece bir fiil, failine kusur izafe edemediğimiz şekilde işlense dahi, suç olma vasfını muhafaza eder. Bu nedenle biz kusurluluğu, suçun bir unsuru olarak görmüyoruz.

1. Tipiklik

Tipiklik, suç sayılan fiilin ceza normundaki soyut tasviridir.

Burada tipiklikten kastettiğimiz "genel manada ceza kanunlarının özel kısmında bulunan ve ceza yaptırımı içeren suç tipi"dir. Diğer bir anlatımla, her suçun haksızlık içeriğini tasvir eden ve böylece haksızlığı oluşturan unsurlar bu başlık altında incelenmelidir (Dar anlamda tipiklik). Bu nevi tipikliğin aksi görüşlere rağmen yapı taşlarını maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurlar oluşturur. Suçun dış görünüm şeklini gösteren maddi unsurlara karşılık, manevi unsurlar failin iç dünyasının realiteleri olarak (örneğin kast, taksir) suç tipinde yer alır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi suçun unsuru olarak kabul edilen tipiklik, ***dar anlamda tipikliktir.*** Bir suça kendi özelliğini veren ve onun haksızlık içeriğini karakterize eden unsurlar dar anlamda tipikliği oluşturur. Yasada düzenlenen her bir suç tipinin temel ve nitelikli şekline ilişkin tanımlar bu mahiyettedir.

Buna karşılık ***geniş anlamda tipiklik*** sadece bir fiilin suç teşkil etmesi bakımından aranan unsurları değil, cezalandırılabilirliğin kanuni olarak belirlenmiş tüm koşullarını kapsamaktadır. Bu itibarla suçun varlığına etki etmeyen durumlar da (örneğin, şahsi cezasızlık sebepleri, etkin pişmanlık halleri gibi) geniş anlamda tipiklik kavramının içerisinde mütalaa edilir. Zira suçun varlığına etki etmemekle birlikte, bu haller de cezanın tespit ve tayiniyle ilgili bulunduğundan, kanunilik prensibi gereğince yasayla düzenlenmelidir. Böylece ceza hukukunun güvence fonksiyonu da sağlanmış olur.

Tipikliğin objektif ve sübjektif unsurları vardır. Tipte yer alan objektif unsurlara tipikliğin maddi unsurları, sübjektif unsurlara ise tipikliğin manevi unsurları denir.

Tipikliğin maddi (objektif) unsurlarından anlaşılan, fiilin dış dünyadaki görünüş biçimidir. Diğer bir anlatımla, fail ile fiil arasındaki manevi (sübjektif) ilişkilerden veya saikten tamamen bağımsız olarak düzenlenen unsura tipikliğin maddi (objektif) unsuru denir.

Maddi (objektif) unsurlar, duyularla kavranabilen durumlar ve olgulardır, dış dünyanın realiteleridir, kısaca suçun dış görünüm şeklidir, örneğin "kimse", "mal", "alma" gibi. Tipikliğin objektif unsurlarını TCK.'nın 21 inci maddesinin gerekçesi ve aynı kanunun 30 uncu maddesinin 1 inci fıkrası, "suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar" şeklinde ifade etmektedir. Suçun objektif unsurları, deskriptif (tasviri) veya normatif unsurlar olabileceği gibi, fiil veya faile ilişkin unsurlardan da meydana gelebilir. Bu bakımdan örneğin, TCK.'nın 141 inci maddesindeki "taşınır mal", "başkasına ait" ve "alma" gibi unsurlar, tipikliğin maddi (objektif) unsurlarıdır.

Tipikliğin maddi (objektif) unsurlarının belirleyici niteliği, bunların bir taraftan somut olayda varlıklarının zorunlu olması, diğer taraftan ise, bu nevi unsurların sübjektif (manevi) açıdan failin kastı kapsamında yer almaları mecburiyeti ile ortaya çıkar. Bu bakımdan maddi (objektif) unsurlara ilişkin her hata kaçınılabilir olup olmadığına bakılmaksızın kastı ortadan kaldırır. Failin kastı, maddi (objektif) unsurları kapsamadığı takdirde, sadece taksirli ceza sorumluluğu söz konusu olabilir.

Suçun kanuni tanımında yer alan maddi (objektif) unsurları; fiil (hareket), netice, illiyet (nedensellik) bağı, fail, mağdur, konu ve suçun nitelikli halleri olarak belirlemek mümkündür. İfade edelim ki maddi unsurlardan nedensellik bağı, neticeli suçlarda işlenen fiille netice arasındaki bağlantıyı ifade etmekte olup, aynı zamanda yazılı olmayan tipiklik unsurunu da teşkil eder.

Tipikliğin manevi (sübjektif) unsurlarından; failin psişik-ruhsal alanına ve onun tasavvur dünyasına dâhil olan unsurlar anlaşılır. Diğer bir anlatımla, fail tarafından belli bir iç davranışı gerektiren unsurlara manevi (sübjektif) unsurlar denir. Kısaca suçun manevi unsurları, failin iç dünyasına ilişkindir. İç, ruhsal olguyla ilgilidir. Bu unsurlar, bütün görünüş biçimleriyle kast ve fiilin haksızlığına ilişkin diğer sübjektif unsurlardır (taksir, saik).

TCK'nın 21 inci maddesine göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır ("bir insanı kasten öldüren kişi", m. 81). Taksirli suçlar bu durumun istisnasını oluşturur (m. 22/1). Yani suçlar kural olarak kasten işlenebilirken, istisnaen kanunda bir suçun taksirle de işlenebileceğine yer verilmişse, o suç taksirle de gerçekleştirilebilir, örneğin taksirle başkasının vücuduna acı verme gibi.

Bazı suç tiplerinin temel veya nitelikli şekillerinde, kast veya taksir dışında, başka sübjektif (manevi) unsurlara da yer verildiği gözlemlenmektedir. Örneğin hırsızlık suçunun temel şeklinde (m. 141) "yarar sağlamak maksadı" sübjektif bir unsurdur. Maksat, kast yanında suçun diğer bir manevi unsurunu oluşturmaktadır. Hırsızlık suçunda failin kasten hareket etmesi yani çaldığı malın taşınabilir olduğunu, başkasına ait olduğunu ve zilyedinin rızası olmadığını bilmesi ve istemesi yeterli değildir. Suçun kanuni tanımında ayrıca failin belli bir maksatla ("yarar sağlamak maksadıyla") hareket etmesi aranmaktadır. "Yarar sağlamak maksadı" hırsızlık suçunun temel şeklinin kast yanında sübjektif diğer bir unsurudur. Aynı şekilde kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden "kan gütme saiki" (m. 82/1-j) veya "töre saiki" (m. 82/1-k), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hallerinden "cinsel amaç" (m. 109/5), kasten öldürme ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının nitelikli halleri bakımından, diğer sübjektif (manevi) unsurları oluşturur.

A. Maddi Unsurlar (Tipikliğin Objektif Unsurları)

aa. Fiil

İhmali veya icrai davranışla gerçekleştirilen fiilin varlığı suçun mevcudiyeti için aranan en önemli şartlardan biridir *(nullum crimen sine actione)*. Fiil yoksa kastın yahut taksirin veya tipe uygun eylemin mevcut bulunup bu-

lunmadığı yönündeki araştırmalar gereksizdir. Dolayısıyla dış dünyada meydana getirilen bir etkinin "fiil" olup olmadığı çözülmeden, suçun yapısı ve haksızlığın tespiti hususunda sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Fiil, suçun dinamik unsurudur. Bir insan davranışı olmaksızın dış dünyada meydana gelen hadiseler suç teorisini ilgilendirmez. Çünkü toplumsal davranış kuralları ve özellikle ceza hukuku normları sadece insana yöneliktir.

Cezai sorumluluğun temeli de, dış dünyada etki doğuran insan davranışıdır. Bu nedenledir ki, ceza hukuku insandan sadır olmayan doğal veya toplumsal etkileri, değişiklikleri fiil (hareket) olarak kabul etmez. Hayvan hareketleri, tabiat olayları "fiil" kavramına dâhil değildir.

Günümüz ceza hukuku fiil ceza hukukudur. Ceza hukukunda her incelemenin başında fiile bakılır. Bu sebeple dışarıya yansımayan salt düşünce yahut şahsın anti-sosyal kişiliği "fiil" olmadığından, ceza hukukunu ilgilendirmez. Buna karşılık düşünceyi açıklama, ifade etme, kişinin egemenlik alanından çıkmış, başkalarınca algılanabilir bir nitelik taşıdığından ceza hukukunun konusunu oluşturabilir.

Ceza hukuku bakımından insanın dış dünyada beliren iradi davranışı olarak tanımlanan fiil; iki şekilde ortaya çıkabilir: Bir şeyi yapmak (örneğin, birisini dövmek) veya yapmamak (örneğin, annenin çocuğuna süt vermemesi). Birinci halde icrai, diğerinde ise ihmali bir fiilden bahsedilir. İster icrai olsun, ister ihmali olsun fiil, bir düşüncenin dışa yansıma şeklidir. İcrai suçlarda bu, doğal bir olgu olarak fen bilimlerine göre tespit ve tayin edilebilirken, ihmali suçlarda normatiftir. İkinci halde fail, emredici hukuk kurallarına riayet etmemiş, kendisinden bekleneni yapmamıştır.

Şu halde fiil, belirli bir amaca yönelen, kişinin isteğine ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icrai yahut ihmali bir insan davranışıdır.

Sosyal bakımdan etkili bir davranışın fiil olup olmadığı, irade tarafından kontrol edilip edilmemesine bağlıdır. İster icrai ister ihmali olsun, sadece irade tarafından yönlendirilen davranışlar fiildir. Bu sebeple kusur yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, bütün gerçek kişiler ceza hukuku anlamında fiil yeteneğine sahiptir. Kişinin, reşit olup olmaması, çocuk veya akıl hastası olması önem arz etmez. Çünkü bunlar da bedeni bir aktiviteye girerek hareket edebilir. Hareket kabiliyeti ile kusur ehliyeti farklıdır. Bu kişilerin kusur yeteneğinin olup olmadığı ve bu durumlarının cezai sorumluluğa etkisi (kınanabilirlik), kusurluluk bahsinde değerlendirilir.

Ceza hukuku anlamında fiil ile fiil olmayan arasındaki sınır, insan iradesinin mutlak olarak devre dışı kalıp kalmamasıyla ilgilidir. İfade edelim ki, insan iradesini tamamen etkisiz kılan, karşı konulamaz, mutlak bir kuvvetin tesiriyle gerçekleştirilen icrai veya ihmali davranışların, ceza hukuku anlamında fiil olarak kabulü mümkün değildir. Bu bağlamda mutlak bir kuvvete (vis absoluta) maruz kalan kimsenin iradesi tamamen devre dışı kaldığından, yapılan davranış fiil niteliği taşımaz.

Kişinin iradesine yönelen bir zorlamanın varlığı halinde, durum mücbir sebep ile mutlak kuvvetten farklılık arz eder. Nitekim kişinin karar verme yahut kontrol mekanizmasına yönelik bir cebir veya tehdit söz konusuysa (vis compulsiva), zorlanmış da olsa bir irade vardır ve davranış fiil vasfını haizdir.

Mücbir sebep halinde de mutlak kuvvetin etkisi altındaki insanın iradesinden bahsedilemez. Mücbir sebepte, bir kimsenin iradesine aykırı bir davranışı yapması veya yapmaması tabiat olayından ileri gelmektedir. TCK'da mücbir sebeple ilgili bir hüküm yoktur. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kişinin hareketlerini yönlendiren mutlak bir güç olan mücbir sebepten kaynaklanan davranışlar ceza hukuku anlamında "fiil" niteliğini taşımaz. Bu itibarla ceza hukukunun alanı dışında değerlendirilir.

Refleks hareketler de fiil niteliği taşımaz. Refleks, dıştan gelen bir uyarı sonucu ortaya çıkan irade dışı sinir etkinliğidir. Burada uyarı beyne iletilmeksizin, vücut kendiliğinden reaksiyon göstermektedir. Böyle hallerde irade tamamen devre dışıdır.

Kişilerin planlamadan, şiddetli bir heyecanla veya anlık tepkilerle yaptıkları davranışlar olan "affekt hareketler" fiil vasfını haizdir. Çünkü bunlar, refleks değildir. Bu gibi hallerde irade unsuru çok büyük bir hızla oluşmakta ve davranışı yönlendirmektedir.

Refleks hareketlerden yarı otomatik hareketler de ayırt edilmelidir. Bunlar özellikle trafikte önem kazanır. Reflekste irade yoktur, ama yarı otomatik davranışlar iradidir ve ceza hukuku bakımından fiil olarak değerlendirilir.

Kişinin şuurunun tamamen kaybolduğu bir sırada gerçekleştirilen davranışlar fiil niteliği taşımaz. Derin uyku, epilepsi, sara nöbetleri, çok yüksek ateşten kaynaklanan baygınlık veya hipnotik telkin altında gerçekleştirilen davranışlar bu kapsamdadır.

İrade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde sebebiyle şuurunu tamamen kaybetmiş bir kimsenin davranışı da fiil olarak nitelendirilemez. İrade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, hareketlerini yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişinin davranışı ise, fiil niteliğini haiz-

dir, ancak kusur yeteneğinin yokluğu sebebiyle cezai sorumluluğu gündeme gelmez. Buna karşılık iradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişinin davranışları, sebebinde serbest hareketler teorisi uyarınca (actiones liberae in causa) kusur yeteneğine etki etmez (m.34).

Fiil, insandan sadır iradi bir davranış olduğundan, hayvanlardan kaynaklanan hareketler, fiil olarak nitelendirilemez. Bununla birlikte hayvanın verdiği zararlardan bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi de mümkündür. Ancak bu halde, o kişinin hayvana nezaret etme yükümlülüğünün mevcudiyeti aranır. Kişi nezaret etme yükümlülüğünün gereklerine uygun hareket etmediği için (ihmali davranış) sorumlu tutulur.

Tüzel kişilerin, fiil yeteneği mevcut değildir. Bunlar, özel hukukta olduğu gibi, ceza hukukunda da organları vasıtasıyla temsil edilirler. Nitekim TCK'nın 20 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmadığı ifade edilmiştir. Fakat özellikle ekonomik suçlarda tüzel kişi yararına kazanç elde edildiğinden, bunlar hakkında yaptırım uygulanması mümkündür. Bu yaptırımlar 60 ncı maddedeki hüküm gereğince müsadere ve iznin iptali güvenlik tedbirleri ile Kabahatler Kanunu'ndaki idari ceza ve tedbirlerdir.

Fiilin niteliğine göre suçları çeşitli ayrımlara tabi tutmak mümkündür. Bu bakımdan suçlar, hareketin sayısına *(tek hareketli, birden fazla hareketli, seçimlik hareketli ve itiyadi suçlar)*, şekline *(icrai veya ihmali suçlar, ihmal suretiyle icra suçları)*, önemine göre *(serbest, bağlı hareketli suçlar)* ve icrasının süreklilik arz edip etmemesine göre *(ani suç-mütemadi suç)* bir tasnife tabi tutulabilir.

bb. Netice

Maddi unsurlardan biri de neticedir. Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir, ancak bu değişiklik ceza normunda gösterildiği takdirde önem arz eder ve bu halde neticeli suçtan bahsedilir.

Kanaatimizce hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olan netice, suç tipinde, suçun kanundaki tanımında gösteriliyorsa, ceza hukuku bakımından bir değer taşır. Bu bakımdan, iradi insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişiklik kanuni tipte yer almıyorsa önem arz etmez. Örneğin, kasten öldürme suçunda (m. 81) netice (ölüm) cezalandırma için aranmışken hakaret (m. 125) suçunda suçun oluşması bakımından neticenin (mağdurun utanması, incinmesi, üzülmesi) gerçekleşmesi aranmamıştır. Şu halde, her suçta bir neticenin olduğu şeklindeki düşünce isabetli değildir. Nitekim aşağıda inceleyeceğimiz üzere, ceza normunda bazı suçlar sırf hareket suçları olarak düzenlenmişlerdir ve tipe uygun hareketin icrası,

ayrı bir neticenin varlığına ihtiyaç göstermeksizin suçun oluşması için yeterlidir. Bu şekilde bir değerlendirme yeni TCK'ya hakim olan suç teorisi bakımından da uygunluk arz edecektir. Nitekim, yeni TCK sisteminde, neticeyi fiilin bir alt unsuru olarak değerlendiren ve neticesiz suçun olmadığını her suçta mutlaka bir neticenin olduğunu benimseyen klasik anlayış terkedilmiştir. Bu bağlamda, yeni TCK sisteminde "neticesi hareketle bitişik suç" veya "neticesi hareketten ayrı suç" ayrımından söz edilemeyecektir.

Neticeye göre suçlar, sırf hareket suçları-neticeli suçlar ve kalkışma suçu olarak bir ayırıma tabi tutulabilir. Zarar suçu-tehlike suçu ayırımına aşağıda, suçun konusunun fiilden etkileniş şekilleri bahsi içinde yer verilecektir.

cc. İlliyet (Nedensellik) Bağı

Dış dünyada meydana gelen değişikliğin (neticenin) bir kimseye yüklenebilmesi ve dolayısıyla onun sorumlu olabilmesi, söz konusu neticenin o kimsenin hareketinden meydana gelmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle, hareket ile netice arasında bir illiyet bağı, bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Kısaca nedensellik bağı, hareket ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade etmektedir. Şayet hareket ile netice arasında böyle bir ilişki yoksa, netice hareketten meydana gelmemişse, neticenin faile yüklenebilmesi mümkün değildir.

Nedensellik bağının tespiti, sadece neticeli suçlarda önem arz eder. Tipiklikte hareketten ayrı bir neticenin de arandığı bu nev'i suçlarda, neticenin hareketi gerçekleştiren faile yüklenebilmesi, hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunmasına bağlıdır.

Neticenin aranmadığı sırf hareket suçlarında nedensellik bağlantısının araştırılması anlamsızdır. Gerçekten hareketten ayrı bir neticenin aranmadığı salt fiilin cezalandırıldığı bu nev'i suçlarda, fiilin icra edilmesi, suçun tamamlandığını ifade eder (örneğin hakaret suçu, m.125).

Çoğu kez neticenin tek bir sebebi olabilir. Bu gibi hallerde nedensellik bağının belirlenmesi zorluk taşımaz. Ancak sebeplerin çokluğu halinde bunlardan hangisiyle netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulacağı problemiyle karşılaşırız. Bu soruna, aşağıda temas edeceğimiz görüşler farklı çözüm yolları önermektedir.

İfade edelim ki, tipe uygun hukuka aykırı fiilin icrasının, failin cezalandırılması için yeterli olduğu sırf hareket suçlarında nedensellik bağının araştırılması gerekmez. Zira burada hareketten ayrı bir netice aranmadığından, fiilin gerçekleştiğinin saptanması, suçun tamamlandığının tespiti yönünden kafidir.

Yapılan bir hareketten birbirini izleyen çeşitli neticeler de meydana gelebilir. Ceza hukuku meydana gelen neticelerden hepsini değil, sadece suç tipinde yer alan neticeyi göz önüne alır ve bununla hareket arasında nedensellik bağını kurmaya çalışır.

Müellifler nedensellik bağını suç genel teorisinde değişik yerlerde incelemişlerdir. Örneğin bazıları nedensellik konusuna maddi unsurlar içinde yer verirken, bazıları hareket unsuru, daha başkaları ise tipiklik içinde yer verirler.

Nedensellik bağlantısıyla ilgili olarak doktrinde değişik teoriler ileri sürülmüştür. Bu konu hakkındaki teorileri, çeşitli tasniflere tâbi tutmak mümkündür.

Bu teorilerden birinci grubu oluşturan teori, şart teorisidir (Äquivalenztheorie). Neticeyi meydana getirmek için varlığı zorunlu her şartı, neticenin sebebi sayan bu teori, şartlar arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Neticenin herhangi bir şartını gerçekleştiren, sadece gerçekleştirdiği bu şarttan sorumludur. Diğer gruba "uygun sebep teorisi" veya "uygunluk teorisi" (Adäquanztheorie) girer. Bu teoriye göre, bir hareketin sebep olarak kabulü neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasına bağlıdır. Diğer bir anlatımla, somut neticeyi meydana getirmeye genel olarak uygun olan şart, sebeptir. Kısaca, sonuca uygun olan şart, sebep sayılır.

Bazı müelliflerin "uygun sebep teorisi" içinde inceledikleri "ferdileştirici teoriler"i (individualisierende Theorien) biz, ayrı bir grup içinde inceleyeceğiz. Şartların bazı özelliklerinin göz önüne alınması suretiyle onlara sebep niteliği vermeye çalışan ferdileştirici nedensellik teorileri, gruplara ayrılır. Bu teorilerde, neticeyi oluşturan sebebin ne olduğu araştırılır. Binding, neticeyi özellikle gerçekleştiren şartı, sebep olarak kabul etmektedir (üstünlük teorisi, übergewichtstheorie). Müellif, bıçakla öldürme fiilinde, bıçağın satın alınmasının değil, öldürme fiilinin neticenin sebebi olduğu düşüncesindedir. Diğer görüşler, etkin (örneğin Kohler), en etkin (Birkmeyer) ve son şart (Ortmann) teorilerinden oluşmaktadır. Bu teorilerden son şart teorisi, en son şartın neticeyi gerçekleştireceği düşüncesinden hareketle son şartın sebep olduğu sonucuna varırken, etkin sebep teorisi neticeye gerçekten etki eden şartı, sebep olarak kabul eder.

Aşağıda taraftarı olduğumuz objektif isnadiyet teorisi ve bu teorinin çözüm önerileri üzerinde duracağız.

Objektif isnadiyet teorisine *(die Lehre von der objektiven Zurechnung)* göre *(Richard Honig)*, uygun sebep teorisi, nedensellik bağının tespitinde yetersizdir. Çünkü nadiren gerçekleşen bir neticenin söz konusu olduğu hallerde, normal

hayat tecrübelerine dayanan bir değerlendirme ile problemin çözümü mümkün olmayacaktır. Örneğin; bir kimse çok soğuk havada evinin önündeki kaldırımda buzlanmaya karşı tedbir almaz, kaldırım buz tutar. Yoldan geçen yaya kayarak düşmekten korktuğu için kaldırımı bırakıp yoldan yürür ve bir otomobil tarafından çiğnenir. Yahut (A), (B)'yi sağlam olmayan gemiler işleten bir şirketin vapuruyla deniz yolculuğuna çıkmaya ikna eder. (B) bu nitelikte bir vapur ile limandan ayrılır ve vapur yolda batar. Böyle hallerde gerek hukuki gerek cezai sorumluluğa esas tutulacak olan sebep hangisidir? Bu hadiseler her gün karşılaşılabilecek şeyler değildir. Bu nedenle günlük hayat tecrübelerine dayanan bir imkân hükmü meseleyi halledemez. Diğer bir anlatımla uygun sebep teorisi problemin çözümünde yetersiz kalmaktadır.

Teoriye göre, neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi için, "a-hareket ile netice arasında nedensellik bağının olması, b- neticenin failin eseri olması ve failin nedensellik bağı üzerinde hakimiyetinin bulunması c-davranışın hukuken tasvip edilmeyen ve izin verilen riski aşan bir tehlike oluşturması ve bu tehlikenin neticeye yansıması ve d-neticenin de ihlal edilen normun koruma alanı içinde olması" gerekir.

dd. Fail

Ceza hukukunda belli bir gayeye yönelik irade ile hareket edebilme yeteneği, insana özgü olduğundan, eşya veya ölülerin ceza hukuku anlamında hareket yeteneği bulunmamaktadır. İşte bu nedenle ancak kusur yeteneğine yani doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme (idrak kabiliyeti) ve buna göre davranabilme yeteneğine sahip insan suç faili olabilir.

TCK.'nın 37 nci maddesi, kanuni tipteki fiili gerçekleştireni fail olarak tanımlamıştır. Kanunda tanımlanan haksızlık, birden fazla suç ortağı tarafından da, fiilin icrası üzerinde hâkimiyet kurularak müştereken gerçekleştirilebilir. "Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur" (m.37/2).

Suç tiplerinde faillerin belirtiliş şekillerine göre suçlar, genel, özgü ve bizzat işlenebilen suçlar şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir.

Kanuni tipte, herhangi bir kimse tarafından işlenebileceği belirtilen suçlara, "genel suçlar", "herkes tarafından işlenebilen suçlar" (Allgemeindelikte) denir. Ceza kanunlarında suçların çoğunluğu kural olarak herkes tarafından işlenebilir. Bu nevi suçların kanuni tanımında fail genellikle, "kişi" (örneğin, m.81, 96/1, 97/1, 98/1, 99/1, 102, 136), "kimse" (örneğin, m. 80/1, 101, 141, 232/1, 237/1), "bir kimse" (örneğin, eski TCK m.152, 193, 196, 197, 198, 298, 299) veya "her kim" (örneğin, eski TCK m. 376, 377) terimleriyle gösterilir.

Buna karşılık bazı suçlar ancak belli niteliklere haiz veya özel bir yükümlülük altında bulunan kişiler tarafından işlenebilir. Bu gibi suçlara, "belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar", "özgü suçlar" veya "mahsus suçlar" (Sonderdelikte) adı verilmektedir. Özgü suçlarda failin insan olma dışında ayrıca, bir takım objektif ve özel hususiyetlere sahip olması aranmaktadır.

ee. Mağdur

Her suçun faili olduğu gibi, mutlaka bir de mağduru vardır. Bu bakımdan mağdursuz suç olmaz. Suçun mağduru "tecavüzün zarar verdiği değerin sahibidir". "Suçla ihlal edilen varlık ya da değerin sahibi olan ve yaşayan her gerçek kişi mağdurdur". Suçun maddi unsurlarından biri olan mağdur, suçun konusunun ait olduğu kimse veya kimselerdir. Örneğin, hırsızlık suçunun konusu taşınır mal, mağduru ise bu malın sahibi veya zilyedidir. Suçun konusunu bir insanın vücudunun oluşturduğu hallerde de bu ayrımın yapılması mümkündür. Örneğin, kasten yaralama (m.86) fiilinin konusu, yaralananın vücudu, mağduru vücudu saldırıya uğrayan, yaralanan kişidir. Hakaret suçunun (m.125) konusu, hakaret edilen kişinin, toplum nezdindeki onur, şeref ve saygınlığıdır. Bu suçun mağduru ise, hakarete uğrayan kişidir.

İşlenen suç dolayısıyla kişinin mağdur olabilmesi, fiilin işlendiği sırada hayatta olmasına bağlıdır. Bu bakımdan örneğin, ölmüş bir kimsenin üzerindeki eşyanın alınması suretiyle gerçekleştirilen hırsızlıkta (m.142), suçun icra hareketlerinin gerçekleştirildiği sırada, kişi hayatta olmadığından mağdur ölen değil, mirasçılarıdır. Yaşayan kimsenin sakat veya hasta olması mağdur sıfatında bir değişiklik yaratmayacaktır.

İhlal edilen menfaatin sahibinin birden fazla olması, mağdurun da, birden fazla olması sonucunu doğurur. Örneğin, birden fazla kişiye ait konutun dokunulmazlığının ihlali (m.116).

Mağdurun birden fazla olması bazen suçun nitelikli hali sayılır. Örneğin, m.85/2, 89/4. Sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilirler. Tüzel kişiler ve kurumlar suçun mağduru değil, suçtan zarar görendir.

"Mağdur" kavramı ile "suçtan zarar gören" kavramlarının birbirlerinden ayrılması gerekir. Kural olarak mağdur, işlenen suç ona karşı bir haksızlık teşkil ettiğinden zarar gören kişidir. Örneğin, kasten yaralama suçunda (m.86) vücut bütünlüğü ihlal edilen, hem mağdur ve hem de zarar gören konumundadır. Aynı şekilde hırsızlık suçunun (m.141) mağduru, aynı zamanda bu suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören kimsedir.

Bununla beraber "suçtan zarar gören" kavramının, mağdur kavramına göre daha geniş olduğunun belirtilmesi lazımdır. Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri, hakları, doğrudan veya dolaylı ihlal edilen kimse, suçtan zarar görendir. Belirli bir suçtan onun mağdurundan başka diğer kimseler de, hukuken korunan haklarının ihlali dolayısıyla zarara uğramış olabilir. Diğer bir anlatımla, suçtan zarar gören, her zaman söz konusu suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur değildir. Kısaca bir suçta, mağdur dışında zarar gören kişi veya kişiler olabilir. Örneğin, kasten öldürme (m.81) suçunun mağduru ölen kimsedir. Ölenin mirasçısı (eş, çocuklar) veya akrabaları mağdur değillerse de, gerçekleşen suçtan, hukuken zarar gördüklerinden suçtan zarar gören olarak ceza davasına katılabilirler (CMK m.237). Aynı şekilde bir özel hukuk tüzel kişisinin parasına zilyet olan A'ya karşı cebir veya tehdit kullanılarak yağma (m.148) veya hile tatbiki suretiyle dolandırıcılık (m.157) suçu işlenmişse, suçun mağduru kendisine karşı cebir veya tehdit kullanılan ya da hileye maruz bırakılan kimsedir. Suçtan zarar gören ise, işlenen suçla malvarlığında bir azalma meydana gelen özel hukuk tüzel kişisidir.

ff. Suçun Konusu

Suçun maddi (objektif) unsurlarından birini de, suçun konusu (mevzuu) oluşturmaktadır. Konusu bulunmayan bir suçun varlığından bahsedilemez. Kanaatimizce, suçun konusu, kanuni tanımdaki hareketin yöneldiği, suçun üzerinde icra edildiği kişinin fiziki, maddi yapısı veya şeydir.

Bazen suç tipinde konunun bir nesneden oluştuğu açıkça ifade edilmektedir. Örneğin, hırsızlık (m. 141) ve yağma (m. 148) suçlarında "taşınır bir mal", mala zarar verme (m. 151) suçunda "taşınır veya taşınmaz mal", zimmet (m. 247/1) ve güveni kötüye kullanma (m. 155) suçlarında "mal", konut dokunulmazlığını ihlal (m. 116) suçunda girilen "konut, konutun eklentileri", ulaşım araçlarının kaçırılmasında (m. 223) "ulaşım aracı" ve belgede sahtecilik (m. 204,207) suçunda suçun konusu, üzerinde sahtecilik yapılan "belge"dir.

Suçun konusu, bir insanın maddi (bedeni, cismi) veya manevi (psişik, maddi olmayan) varlığı olabilir. Gerçekten insan, cismi kadar maddi olmayan varlığı ile de gerçektir. Pozitif hukuk kuralları da, bu gerçeği kabul etmiştir. Bu bakımdan örneğin kasten yaralama (m. 86) suçunda, konu, vücuduna zarar verilen kişi olduğu kadar, manevi varlığına da zarar verilen kişi olabilir. Gerçekten, yaralamaya maruz kalanın algılama yeteneğinin bozulması, insanın psişik yani maddi olmayan varlığının da suçun konusunu oluşturabileceğini göstermektedir. Aynı şekilde hakaret (m.125) suçunun konu-

sunu insanın maddi olmayan varlığı yani onur, şeref ve saygınlığı teşkil eder. Bu bakımdan insanın sadece maddi varlığının yani cisminin değil, manevi varlığının da, suçun konusunu oluşturabileceği düşüncesindeyiz.

Suçun maddi unsurlarından birini oluşturan "suçun konusu" ile "korunan hukuki değer" (Rechtsgut, Schutzobjekt) arasındaki farka değinmek gerekir. Suçun konusu yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanuni tipteki hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde belirtilmiş olan konudur (insan veya nesne).

Korunan hukuki değer, "bir ceza normu ile korunan, diğer bir ifade ile suçla ihlal olunan hak ve menfaattir", "kanunun yasak hükmü ve yaptırım ile açıkça koruduğu bir hak, başka deyimle, suçun hukuki konusu, ceza kuralı ile korunan ve bir suçun ihlal ettiği, zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı çıkar (bireysel, toplumsal, maddi veya maddi olmayan çıkar)", " kanunun koruduğu yararın suç ile ihlal edilmesi veya tehlikeye düşürülmesi", "yasa ile korunan hak ve çıkar", "suç kalıbında korunmuş hukuksal değer", "suç tipinin sevkindeki esas fikir, yani korunan yarar"dır.

Suçun işlenmesi suçun konusunu ya bir zarar tehlikesine maruz bırakır ya da bir zarara uğratır. Bu bakımdan suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun hareketten etkileniş derecesine göre suçlar "tehlike" ve "zarar" suçları olmak üzere ikiye ayrılır.

Kanuni tipteki hareketin suçun konusunu zarara uğratmasına "zarar suçu" (Verletzungdelikt) denir. Diğer bir anlatımla, suçun konusunun insan hareketiyle somut olarak zarara uğratılmasına zarar suçu denir. Bu tür suçlarda hareketin konusu gerçek bir değer kaybına maruz kalmaktadır. Bununla beraber zarar veya değer kaybını, salt parasal bir ölçüme tabi tutulan (ekonomik) bir zarar olarak anlamamak lazımdır. Zarar veya değer kaybından genel anlamda, işlenen fiilin meydana getirdiği çıkar kaybı, olumsuz, kötü sonuç ve ziyan anlaşılmalıdır. Örneğin kasten öldürme, kasten yaralama, hırsızlık, yağma, mala zarar verme suçları birer zarar suçu niteliği taşımaktadır. Bu suçların işlenmesiyle, birisi öldürüldüğünden, yaralandığından, mal faile geçtiğinden, mal tahrip edildiğinden, konu üzerinde bir zarar gerçekleştiğinden "zarar suçu"ndan bahsedilir. Zarar suçlarında failin yaptığı hareket dolayısıyla konu üzerinde objektif bir zararın meydana gelmesi ve failin hareketiyle meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunması aranmaktadır.

Zarar suçları aynı zamanda kural olarak netice suçu niteliğine de sahiptir. Ancak neticeli suçların tamamının zarar suçu olması şart değildir. Bazı hallerde neticeli suçlar, somut tehlike suçu olarak da karşımıza çıkabi-

lir. Örneğin netice suçu olarak da kabul edilen somut tehlike suçlarında tipteki netice somut bir tehlikenin ortaya çıkmasıdır (m.179).

İşlenen fiil, suçun konusunu objektif olarak zarara uğratma tehlikesiyle karşı karşıya bırakmışsa "tehlike suçu"ndan (Gefährdungsdelikt) söz edilir. Kimi fiillere daha zarar doğmadan müdahale edilmesini gerekli gören kanun koyucu, konuyu etkilemeye yönelik tehlikeyi yaptırım altına alan suç tipleri ihdas etmiştir. İşte bu suçlara "tehlike suçları" denmiştir. Kısaca, zararın önlenmesi gayesiyle, konunun tehlikeye sokulması cezalandırılmıştır. Tehlike, yöneldiği konuyu zarar suçu gibi tahrip etmez zedelemez, ona zarar vermez. Ancak onu bir zarar olasılığı karşısında bırakır. Ceza hukukunda toplum açısından önem taşıyan bazı hukuki değerlerin daha etkin bir şekilde korunmaları amacıyla, suçun konusuna sadece zarar veren fiiller değil, onu tehlikeye sokan davranışlar da cezalandırılmaktadır. Böylece cezalandırmanın sınırını genişleten kanun koyucu, kamu düzenini korumayı amaçlamıştır.

Tehlike suçları kendi aralarında somut ve soyut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.

Somut tehlike suçları; Kanuni tanımdaki hareketlerin, yöneldikleri suç konusu üzerinde gerçekten bir tehlike yaratıp yaratmadıklarının hâkim tarafından araştırıldığı suçlara "somut tehlike" suçları denir. Bu tür suçlarda korunan konu üzerinde objektif olarak bir tehlike meydana gelmiş olması şart olduğuna göre, failin eylemiyle ortaya çıkan tehlike arasında nedensellik bağı da kurulmalıdır. Örneğin, "genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması" başlıklı TCK.'nın 170 inci maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan kasten yangın çıkarma suçu tipinin failinin cezalandırılması, sadece yangının çıkartılmasına bağlı değildir.

Soyut tehlike suçlarında; tipteki hareketin, suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığı araştırılmamakta, suç tipinde tanımlanan icrai veya ihmali hareketin yapılmasıyla kanun koyucu, korumak istediği suç konusunun tehlikeye maruz bırakıldığını kabul etmekte ve eylemi ceza tehdidiyle karşılamaktadır. Diğer bir anlatımla, soyut tehlike suçlarında kanun koyucu kanuni tamındaki hareketin yapılmasıyla suçun konusu bakımından bir tehlikenin ortaya çıktığını varsaymakta ve faili cezalandırmaktadır. Kısaca, tipe uygun icrai veya ihmali hareketin gerçekleştirilmesi, suçun oluşması ve dolayısıyla failin cezalandırılması için yeterlidir. Hakim somut olayda hareketin suçun konusunu gerçekten tehlikeye düşürüp düşürmediğini araştırmamaktadır. İşte bu nedenle öğretide genel tehlike suçları olarak da adlandırılan bu suç tipleri genellikle "sırf hareket suçları"dır (schlichte Tätigkeitsdelikte). Örneğin TCK.'nın

179/3 maddesine göre, "alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan" cezalandırılmaktadır.

gg. Suçun Nitelikli Unsurları

Yukarıda Kanunumuzun sisteminde maddi unsurlar denince suç tipinde yer alan "fiil, netice, illiyet bağı, fail, mağdur ve konu"nun anlaşılması gerektiğini ve daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurların da "fiil, netice, illiyet bağı, fail, mağdur ve konu" ile ilgisi nispetinde maddi unsurlar içinde mütalaa edileceğini belirtmiştik. Şimdi maddi unsurlarla ilgili nitelikli hallerden bahsedeceğiz.

Bilindiği gibi ceza normunda öncelikle bir suçun temel şekli tanımlanır. Örneğin, kasten öldürme suçunun temel şekli 81 inci maddede, *"bir insanı kasten öldüren kişi ... cezalandırılır"* şeklinde gösterilmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin 155 inci maddede de; *"başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi...cezalandırılır"* denilerek suçun temel şekli ortaya konmuştur.

Bundan başka suç tipinde eylemin temel şekline ilaveten aranan ve onun daha ağır veya daha hafif sayılmasını sonuçlayarak, cezanın artırılması veya eksiltilmesini gerektiren hallere de yer verilmektedir.

TCK., bunları suçun nitelikli unsurları (m. 30/2, 61/4) olarak ifade etmektedir. Suçun nitelikli unsurlarından cezanın artırılmasını gerektirenlere ağırlatıcı, indirilmesini gerektirenlere ise, hafifletici sebepler ismi de verilmektedir. Nitelikli unsurlar; "fiilin işleniş şekli, zamanı, yeri, failin ve mağdurun vasfı, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu ve fiilin işlenmesinden güdülen amaç" başlıkları altında incelenebilir.

B. Manevi Unsurlar (Tipikliğin Sübjektif Unsurları)

a. Genel Açıklamalar

Suçun manevi unsuru, işlenen fiil ile kişi arasındaki maddi olmayan, manevi bir bağı ifade etmektedir. Suçun maddi unsurları başlığı altında incelenen hususların gerçekleşmesi fiilin suç teşkil etmesi için kâfi gelmez. Haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da kurulması gerekir. Bu bağ kurulmadan bir suçun varlığından söz edilemez. Bu açıdan, maddi unsurlar suçun dış cephesini, objektif boyutunu oluştururken, manevi unsurlar kişinin iç dünyasına ilişkindir ve suçun sübjektif boyutunu oluşturmaktadır.

Söz konusu manevi bağ, doktrinde "manevi unsur", "kusur" veya "kusurluluk" şeklinde isimlendirilmektedir.

Düşüncemize göre de kusurluluk ile manevi unsurlar birbirinden farklı olgulardır.

Kusurluluk, işlediği fiil dolayısıyla kişinin kınanabilmesini, haksızlık teşkil eden eylemin ferde yüklenebilmesini ifade etmektedir. Bu itibarla kusurluluk, suçun bütün unsurları ile gerçekleşmesinden yani suç oluştuktan sonra araştırılan ve işlediği fiille bağlantılı olarak kişi açısından bulunulan bir değerlendirme yargısıdır. Hâlbuki suçun manevi unsurları; suçun unsurlarına dahildir ve gerçekleşmediğinde, suçtan bahsedilemez. Şu halde kusurluluk, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir fiilden ötürü failinin kınanabilip kınanamayacağı sorunu ile ilgilidir.

Fiil yeteneği ile kusur yeteneği kavramları da birbirinden farklıdır.

Ceza hukuku anlamında bir fiilin varlığından söz edebilmek için kişinin gerçekleştirdiği davranışların irade tarafından kontrol edilmesi ve belirli bir amaca yönelik olması gerekir. İrade tarafından yönetilmeyen, insan doğası tarafından kontrol edilmeyen ve belirli bir amaca yönelik olmayan bir davranış (hareket) ceza sorumluluğu için yeterli değildir. Burada aranan irade, fiille ilgili olup, değerden yoksundur. Dolayısıyla bu iradenin, kusur yeteneğinin unsuru olan, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve buna göre davranışlarını yönlendirebilme yeteneği (kusurlu hareket edebilme yeteneği) ile ilgisi yoktur. Bu açıdan kusur yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, bütün gerçek kişiler ceza hukuku anlamında kasten veya taksirle hareket edebilme yeteneğine sahiptir. Bu kişinin, reşit olup olmaması, çocuk veya akıl hastası olması önem arz etmez. Bunlar da bedeni bir aktiviteye girdiklerinde, belirli bir amaca yönelik olarak hareket edebilirler. Bu gibi kişilerin kusur yeteneğinin olup olmadığı ve bu durumlarının cezai sorumluluğa etkisi (kınanabilirlik), bu bölümde değil, kusurluluk bahsinde değerlendirilir.

Şu halde işlenen fiilin suç teşkil etmesi ile kişinin bu suçtan dolayı kınanıp kınanamayacağı ayrı ayrı hususlardır. Örneğin, akıl hastası olan kişi, kasten başka birinin başına odunla vurarak onu yaralasa (m.32/1, 86), eylem suç (haksızlık) teşkil edecektir. Ancak burada akıl hastasının, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmaması dolayısıyla kusurundan söz edilemez. Bu ihtimalde fail hakkında kusur yeteneği olmadığı için ceza uygulanamazsa da, güvenlik tedbiri tatbik edilir (m.32/1). Ayrıca akıl hastası açısından özel hukuk sorumluluğu doğar. Aynı şekilde, nispi cebir veya tehdit altında hırsızlık veya belgede sahtecilik

fiillerini gerçekleştirmek zorunda kalan kişinin de fiil yeteneğinin bulunduğu ve kasten hareket ettiği söylenmelidir. Fakat burada kişi, içinde bulunduğu zorlayıcı şartlardan başka türlü kurtulamayacağından davranışlarını özgürce yönlendirememekte, maruz kaldığı cebir veya tehdit dolayısıyla hukuka uygun olarak tercihte bulunamamakta, gerçekte tercihi bu yönde olmasa bile suç teşkil eden fiilleri bilerek ve isteyerek yani kasten gerçekleştirmektedir. Ancak içinde bulunduğu zorlayıcı şartlar, kişinin haksızlık teşkil eden davranışları sebebiyle cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda belirleyici olmaktadır.

O halde bir fiilin ceza hukuku bakımından değerlendirilmesinde öncelikle yapılması gereken, suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, bir başka anlatımla, kasten veya taksirle işlenmiş ceza hukuku anlamında bir haksızlığın mevcut olup olmadığının belirlenmesi, daha sonra ise bu haksızlık (suç) dolayısıyla kişinin kınanıp kınanamayacağının tespiti olmalıdır. Kusurluluk değerlendirmesi ancak haksızlık oluşturan bir fiil üzerinden yapılabilir. Haksızlığın gerçekleşmediği durumlarda ise kınama yargısı (kusurluluk) konusuz kalacağından bu yönde bir değerlendirme yapmaya da gerek olmayacaktır.

Tüm bu açıklamalarımızdan ortaya çıkmaktadır ki, kast ile kusur birbirleriyle bağlantılı fakat farklı kavramlardır. Kusur, suç teşkil eden bir fiilin unsuru değil, işlediği hukuka aykırı davranış nedeniyle fail hakkında bulunulan bir kınama yargısıdır. Hâlbuki kast, değerden yoksun olup, kusuru oluşturan ölçülere göre bir değerlendirme yargısında bulunulmasını gerektirmez. Ancak kusurun işlenen haksızlıktan tamamen soyut, yalın bir değer yargısı olarak kabulü de mümkün değildir.

Kusur yargısının bağlanma noktasını tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesi oluşturmaktadır. Kusur yargısı kişinin sürdürdüğü hayat tarzını veyahut kötü karakterini değil, somut fiil bağlamında kusurunu değerlendirir. Dolayısıyla haksızlığın varlığı için kusur aranmamakla birlikte (kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin fiili de haksızlık ve suç teşkil eder), kusur yargısı için tipik ve hukuka aykırı bir haksızlığın varlığı gerekir. Böylece kusur yargısı, kasten veya taksirle işlenen bir haksızlığa dayanmaktadır. Nitekim TCK'nın 61 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (f) bendinde de, hâkimin temel cezayı belirlerken, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını göz önünde tutacağı belirtilmiştir.

Belirtmeliyiz ki 20. yüzyılın başlarından itibaren kastın kusurun bir türü olmaktan çıkarılması, kusurluluğun ise failin işlediği haksızlıktan ötürü kınanabilirliği ile ilgili değerlendirmenin konusu olarak kabul edilmesi, ceza hukuku teorisinde önemli bir gelişmedir.

Ancak kusurluluk ile kastın keskin çizgilerle birbirinden ayrılıp ayrılmadığı hususunda doktrinde bir fikir birliği sağlanamamıştır. Çünkü kusur yargısının dayanağını gerçekleştirilen fiil oluşturduğu gibi, eylemin kasıtlı ya da taksirli olmasına göre de kusurluluk farklı özellikler arz edebilir. Nitekim Alman doktrininde, kastın, kusur alanından ayrılarak haksızlığın sübjektif unsurlarından biri olarak değerlendirilmesinin, kusur alanındaki tüm fonksiyonunu kaybettiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre kastın, haksızlığın işleniş biçimi ve bir kusur türü olarak çifte fonksiyonu bulunduğu *(Doppelfunktion des Vorsatzes)* kabul edilmelidir. Buna göre kast, temel olarak haksızlığın objektif unsurlarını gerçekleştirmeye yönelen bir irade iken (*Tatbestansvorsatz*), kasten işlenebilen suçlar bakımından da bir kusur türü olarak (*Vorsatzschuld*) değerlendirilmelidir.

Kasten işlenen suçlar ile taksirli suçlar arasında bir nitelik farkı bulunmaktadır. Kasten işlenen fiillerde amaç, tipte yasaklanan neticeye yönelmiştir ve bu yönüyle de söz konusu fiiller ontolojik niteliktedir.

Taksirle işlenen fiillerde ise amaç hukuken önem arz etmeyen bir neticeye yönelmiştir. Dolayısıyla burada amacın bağlanma noktasında bir farklılık vardır. Bunun yanında, taksirle gerçekleştirilen bir fiillin varlığı için mutlaka normatif bir değerlendirme unsuruna da ihtiyaç duyulmaktadır (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık). Zira failin amaca yönelik kontrolü yeterli bir şekilde sağlayamamasının ve amaçladığının dışında tipik bir neticeyi de meydana getirmiş olmasının temelinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde hareket etmesi yatmaktadır. Bu da, taksirli fiillerin sadece ontolojik bir yaklaşımla açıklanamayacağını göstermektedir.

Kanun koyucu, özel hükümlerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla ilgili hükümde öngördüğü ceza tehdidi yönünden prensip olarak kasten işlenen suçlar ile taksirle işlenen suçlar arasında bir farklılık olduğunu kabul etmiştir. Örneğin kasten öldürme suçu (m. 81) için öngörülen temel ceza müebbet hapis iken, taksirle öldürme suçu için (m. 85) faile uygulanacak yaptırım süreli hapis olarak belirlenmiştir. Bu farklılık, yalnızca fiilin haksızlık içeriğine değil, aynı zamanda kusurun ağırlığına da dayanmaktadır. Gerçekten kasten işlenen suçlarda kusurun ağırlığı, taksirle işlenen suçlara nazaran daha fazladır.

Bu görüşe göre nasıl ki, taksirli suçlarda neticenin öngörülebilirliği yönünden yapılan objektif değerlendirmenin (*Unrechtstatbestand*) ardından, somut olayda failin, neticeyi öngörmüş olup olmadığı ile ilgili yapılan sübjektif değerlendirmede onun kişisel özellikleri dikkate alınarak kusur ile ilgili bir yargıda bulunuluyorsa (*Schuldtatbestand*), kast bakımından da aynı

durum söz konusudur. Buna göre kast, haksızlık alanında hukuki ve sosyal hareket anlayışı temelinde bir davranış türü olarak, kusur alanında ise failin zihniyetinin değersizliğine (*Gesinnungsunwert*) ilişkin bir yargı çerçevesinde kusur türü olarak kabul edilmelidir. Kastın kusur alanındaki tezahürü, failin, iradesini hukuk düzenince belirlenen kurallara aykırı olarak yönlendirmiş olmasıdır. Bu bakımdan kasten gerçekleştirilen bir davranış, failin kasta dayalı kusuru açısından da bir karine oluşturmaktadır.

Aşağıda suçun manevi unsurları kapsamında özellikle kast ve taksir kavramları üzerinde durulacaktır. Bundan başka bazı suç tanımlarında failin kastı dışında, gerek suçun temel hali bakımından gerekse de suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri bakımından belirli bir amaç veya saikle hareket etmesi aranabilmektedir. Bu gibi hallerde tipte aranan amaç veya saik, suçun manevi unsurlarından biri olduğundan ayrı bir başlık altında incelenmelidir. Keza bazı suç tanımlarında; failin fiilinin, kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesine sebep olması ile ilgili olarak ayrı hükümler getirildiği görülmektedir. "Netice sebebiyle ağırlaşmış suç" olarak isimlendirilen bu ihtimalde, failin söz konusu neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu neticeye yönelik en azından taksirinin bulunması gerekmektedir (m.23). Kast-taksir kombinasyonları olarak da ifade edilen bu husus da manevi unsurlar başlığı altında incelenmelidir.

b. Kast

TCK'nın 21 inci maddesinde; *"(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde, olası kast vardır. Bu hâlde, ağırlaşmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir"* denilmiştir.

Böylece TCK, bir suçun gerçekleşmesi bakımından esas manevi unsuru "kast" olarak belirlemiş, ardından kast ve olası kast kavramlarının tanımını yapmıştır. Kanunda suçun olası kastla işlenmesi halinde cezanın indirileceğine dair hükme de yer verilmiştir.

TCK, suçun oluşmasını, kasten gerçekleştirilen bir fiilin varlığına bağlamıştır. Davranış kasten gerçekleştirilmemişse, kural olarak, cezalandırılabilir bir davranış da söz konusu değildir. Ancak burada kast kavramının kapsamına, doğrudan kast ve olası kast olmak üzere, her iki kast türü de dâhildir. Yani kural olarak doğrudan kastla işlenebilen bütün suçlar olası kastla da işlenebilir.

Suçun oluşmasında kastın gerekliliği genel hükümler arasında düzenlenmiş olduğundan, kanunun özel hükümler kısmında yer alan suç tanımlarında veya madde başlıklarında fiilin kasten işlenmesi gerektiğine ilişkin ayrı bir ibareye yer verilmesine gerek yoktur.

aa. Kastın Unsurları

Yukarıda da belirtildiği gibi kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir. Öyleyse kast iki unsurdan oluşmaktadır: Bilme ve isteme. Bu iki unsur taksirli suçlarla kasıtlı suçlar arasındaki farklılığa ilişkin de bir ölçüt verir. Taksirli suçlarda, fail ya tipiklikteki unsurların gerçekleşeceğini bilemez *(bilinçsiz taksir)* ya da hesaba katar ancak istemez *(bilinçli taksir)*. Aşağıda bilme ve isteme unsurlarının kapsamına nelerin dahil olduğu açıklanacaktır.

aaa. Bilme Unsuru

TCK'nın 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasında *"Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir"* hükmü mevcuttur.

Kanunun 30 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında ise; *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse, kasten hareket etmiş olmaz"* ifadesine yer verilmiştir. Şu halde, kasten hareket etmiş sayılabilmesi için failin bilmesi gereken hususlar, suçun kanuni tanımında yer alan bütün maddi unsurlardır. Bu bakımdan örneğin, aldığı eşyanın başkasına ait ve taşınabilir bir mal olduğunu bilmeyen failde hırsızlık (m. 141 vd.) kastı, açtığı mektubun kendisine gönderilmiş olmadığını bilmeyen failde haberleşmenin gizliliğini ihlal (m. 132/1) kastı bulunmamaktadır. Bunun gibi, girdiği yerin konut olduğunu veya konut olduğunu bilmekle beraber başkasına ait olduğunu bilmeyen kimsede konut dokunulmazlığını ihlal (m. 116), ihbar ettiği suçun gerçekte işlenmediğini bilmeyen kimsede ise suç uydurma (m. 271) kastı bulunmamaktadır. Aynı şekilde gerek failin kendisine (örneğin, kendisini on haftadan az gebe zannederek üzerinde çocuk düşürtücü muamelelere başvuran kadın m.100'den cezalandırılmaz) gerek mağdurun kişiliğine (örneğin, mağdurun kamu görevlisi (m. 86/2-c) veyahut çocuk (m.109/3-f) olmasına ilişkin olarak suçun yasal tanımında belirtilen hususların da fail tarafından bilinmesi gerekir.

Kastın konusunu oluşturan unsurlar, esas itibariyle haksızlığın muhtevasını belirleyen olgulardır. Fiilin haksızlık muhtevasını etkileyen objektif nitelikteki unsurların fail tarafından bilinmesi kast için zorunludur. Bunlar geçmişte ya da hâlihazırda mevcut olan bir duruma ilişkin olabileceği gibi ileride meydana gelebilecek hallere ilişkin de olabilir.

Kişinin dış dünyadan algıladığı şeylerin kanuni tanımda nasıl değerlendirildiğini bilmesi zorunlu değildir. Bu bakımdan suç tipinin ya da bu unsurlardan birinin yorumunda hataya düşmesi sorumluluğu etkilemez. Örneğin, yeni doğmuş çocuğunu hilkat garibesi olması dolayısıyla öldüren annenin, söz konusu varlığın kanunda bir insan olarak kabul edilip edilmediğini bilmesi önemli değildir.

Suçun kanuni tanımında fiilin icra ediliş şekline ilişkin bir ayrıntıya yer verilmişse, bunun fail tarafından bilinmesi gerekir. Dolandırıcılık suçunun oluşması için hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılması gerekmektedir (m. 157) Kişi davranışının hileli olduğunu (örneğin ibraz ettiği belgenin sahte olduğunu) bilmiyorsa bu durumda dolandırıcılık suçu bakımından kasten hareket etmiş olmayacaktır.

Yine fiilin işlendiği yer veya zaman bakımından kanuni tipte bir belirleme yapılmışsa, bunların da bilinmesi gerekmektedir. Örneğin, imar kirliliğine neden olma suçunda, yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi cezalandırılmaktadır (m. 184/1). Ancak bunun için yapılan binanın belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde bulunması gerekmektedir. Fail, yaptığı binanın belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde bulunduğunu bilmiyorsa kasten hareket etmiş olmaz.

Suçun konusunun da fail tarafından bilinmesi gerekir.

Suçun konusundan anlaşılması gereken, tipik hareketin yöneldiği kişi veya şeydir. Suçun konusunun dış dünyaya yansıyan yönüyle bilinmesi yeterlidir. Ayrıca bunun normatif anlamının bilinmesine gerek yoktur. Örneğin, failin, kasten adam öldürme suçu bakımından kasten hareket etmiş olması için, hareketinin yaşayan bir insana yöneldiğini bilmesi, hırsızlık kastıyla hareket etmiş olması için aldığı malın başkasına ait taşınır bir mal olduğunu bilmesi gerekir ve yeterlidir. Bir hayvana ateş ettiğini düşünen veya aldığı malın kendisine ait olduğunu sanan kimse, gerçek durum farklı ise bu suçlar bakımından kasten hareket etmiş olmaz.

Neticeli suçlarda netice de bilinmelidir. Neticenin gerçekleşebileceğini bilmeyen fail kasten hareket etmiş olmaz.

Neticeli suçlarda fail, hareket ile netice arasındaki nedensellik ilişkisini de bilmelidir. Gerçekleştirdiği davranışın suç tipinde aranan neticeye vücut verebileceğini bilmeyen kimse kasten hareket etmiş olmaz. Örneğin, şeker hastası olduğunu bilmediği mağdurun içeceğine şeker koyan kimse veya herhangi bir alerjisi yahut başkaca bir hastalığı olmadığını söyleyen

hastaya iğne vuran diş hekimi, bunun sonucunda meydana gelen tipik netice bakımından kasten hareket etmiş olmaz. Yine ameliyatlı hastaya, ölüme yol açacağını bilmeden su veren refakatçinin nedensellik bağlantısı üzerindeki bu bilgisizliği, kastı ortadan kaldırır. Buna karşılık, nedensellik bağının gerçekleşme şekline ilişkin önemsiz sapmalar *(Weber kastı)* kastın varlığını etkilemez. Aşağıda bu hususa ayrıntılı olarak değineceğiz.

Failin niteliği suçun oluşması bakımından önem arz ediyorsa, fail, kendisine ait bu niteliği de bilmelidir. Örneğin, ihmal suretiyle icra suçları bakımından garantör konumunda olduğunu bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz.

Suçun kanuni tanımında mağdurun niteliği önem arz ediyorsa, mağdurun bu niteliğinin de bilinmesi gerekir. Örneğin, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için mağdurun çocuk olması gerekmektedir (m. 103). Cinsel davranışlarda bulunduğu kişinin çocuk olduğunu bilmeyen kimsenin bu bilgisizliği cinsel istismar suçu bakımından failin kastını kaldırır.

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlarının da fail tarafından bilinmesi lazımdır.

Bilinmesi gerekli olan nitelikli unsurlar şüphesiz maddi nitelikteki unsurlardır. Bunlar, suçun konusuna, faile veya mağdura ilişkin olabilir. Kastın nitelikli hali kapsamadığı durumlarda fail suçun temel halinden cezalandırılır. Örneğin, hırsızlık suçunun bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (m. 142/1). Failin bu nitelikli halden dolayı cezasında artırım yapılabilmesi için çalınan eşyanın bu niteliği bilinmelidir. Aynı şekilde, kasten öldürme suçunun üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı yahut gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi halinde faile daha fazla ceza verilir (m. 82/1). Mağdurun söz konusu niteliklerinin bilinmesi kastın varlığı için zorunludur.

Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin fail tarafından bilinmesine gerek yoktur. Varlıkları halinde fail bunlardan yararlanır.

Bir suçun niteliğinin değişmesine yani başka bir suça dönüşmesine sebep olan hususların fail tarafından bilinmesi gerekir. Örneğin herhangi bir vatandaş zannıyla devlet başkanını öldüren kimse TCK'nın 310 uncu maddesine göre değil, 81 (veya 82) inci maddesine göre cezalandırılır.

Hukuka aykırılık bilincinin kastın bilme unsuruna dâhil olup olmadığı değerlendirilmesi gereken bir başka husustur.

Hukuka aykırılık bilinci, kişinin haksızlık teşkil eden, sosyal bakımdan zararlı veya toplum tarafından caiz görülmeyen bir şey yaptığının farkında olmasıdır. Bu açıdan failin ceza kanununda yer alan belirli bir normu ihlal ettiğini bilmesi, bir başka anlatımla, davranışının belirli bir pozitif norma aykırılık teşkil ettiğini bilmesi anlamına gelmez.

Kanaatimizce, haksızlık bilinci, kural olarak, kastın bilme unsuruna dâhil değildir. Bir diğer ifadeyle, kasten hareket ettiğinden söz edebilmek için failin gerçekleştirdiği davranışın haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerekmez. Haksızlık teşkil ettiğini bilmese dahi, bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği fiilde failin kastının varlığını kabul etmek gerekir.

Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmesiyle, eylemin hukuk düzenine aykırı ve haksız olduğunun bilinmesi farklı şeylerdir. Fail, işlediği fiilin bütün unsurlarını bilmekle beraber, onun haksızlık teşkil ettiğini, meşru olmadığını bilmeyebilir. Bu ihtimalde de kasten hareket ettiğinden şüphe yoktur. Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi (haksızlık hatası), cezalandırılmaz (m. 30/4). Dolayısıyla hukuka aykırılık bilincini, kastın kapsamında değil, kusurluluk bağlamında ve haksızlık hatası (yanılgısı) çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Buna karşılık bazı suç tiplerinde, "hukuka aykırı olarak" (örneğin, m. 91/2, 109/1, 120, 124, 136), "hukuka aykırı başka bir davranışla" (örneğin, m. 112, 113, 114/2, 115/2), "hukuka aykırı yollarla" (örneğin, m. 91/5) gibi hukuka aykırılık unsuruna işaret eden ifadelere yer verildiği görülmektedir. Bu suçlarda hukuka aykırılık, tipikliğe ait bir unsur özelliği kazanmıştır. Hukuka özel aykırılık halleri olarak adlandırılan bu gibi durumlarda, failin, gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırılığını da bilmesi gerekir. Bir başka anlatımla, özel hukuka aykırılık hallerinde hukuka aykırılık bilinci, kastın bilme unsuruna dâhildir.

Ayrıca hukuka özel aykırılık hallerinde failin davranışının hukuka aykırı olduğu bilinciyle hareket etmesi gerektiğinden bu suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir. Diğer bir anlatımla bu suçların olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

bbb. İsteme Unsuru

Kastın ikinci unsuru istemedir. İstemeden söz edilebilmesi için öncelikle bir iradenin varlığı şarttır. Diğer bir anlatımla hareket iradi olmalı, mutlak kuvvetin sevki sonucu olmamalıdır. Çünkü hareketin mutlak kuvvetin etkisi altında gerçekleştiği hallerde ceza hukuku anlamında bir fiilden

de söz edilemez. Ancak kastın varlığı için aranan istemenin özgür bir iradeye dayanması zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle, kişinin iradesinin, hareketini hukuka uygun yönde sevk etme konusunda tercihte bulunabilme serbestisine sahip olması şart değildir. Zira bu anlamdaki bir irade serbestisi, kastı değil kusurluluğu ilgilendiren bir husustur. Kastın varlığı anlamında bir istemeden söz edilebilmesi için bilinçli bir hareket iradesinin varlığı yeterlidir.

İsteme ile kastedilen, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların gerçekleştirilmesinin istenmesidir. Yani kastın isteme unsuru, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların gerçekleştirilmesine yönelik bir iradeyi ifade etmektedir. Kastın isteme unsurunun kapsamını, bilme unsuru oluşturmaktadır. Nelerin bilinmesi gerekiyorsa, istenmiş olması gerekenler de bunlardır.

bb. Doğrudan Kast

Fail suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurları bilerek ve isteyerek hareket ediyorsa bu durumda doğrudan kast söz konusudur. Doğrudan kastı failin maksadına ve bilme unsurunun niteliğine göre iki başlık altında incelemek mümkündür.

Birinci Dereceden Doğrudan Kast; Doğrudan kastın bu türü, kastın en yoğun halini oluşturmaktadır. Fail, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların var olduğunu veya fiilinin sonucunda gerçekleşeceğini bilmekte, buna kesin gözüyle bakmaktadır. Ayrıca fail söz konusu maddi unsurların gerçekleştirilmesi amacıyla hareket etmektedir. Özellikle ulaşılmak istenen netice failin hedefini oluşturmaktadır.

Birinci dereceden doğrudan kastın ayırt edici özelliği, failin tipte yer alan unsurları gerçekleştirmek maksadıyla hareketini yönlendirmesidir. Örneğin, öldürmek istediği hasmına silahla ateş eden failin maksadı ölüm neticesinin meydana getirilmesidir. Ancak burada ulaşılmak istenen tipik neticenin failin nihai amacı mı yoksa başka amaçlara ulaşmada gerçekleştirilmesi gereken zorunlu bir ara amaç mı olduğunun önemi yoktur. Önemli olan tipik neticenin meydana getirilmesi maksadıyla hareket edilmiş olmasıdır. Örneğin, mirasından yararlanmak için babasını öldüren failin nihai amacı mirası elde etmektir. Fail bu nihai amacına ulaşmak için ara amaç olan ölüm neticesini meydana getirmiştir. Fail birinci dereceden doğrudan kastla hareket etmektedir. Bununla birlikte, tipik neticenin yan netice niteliğinde olmaması gerekir. Bu hallerde ikinci dereceden doğrudan kast söz konusu olacaktır.

İkinci Dereceden Doğrudan Kast; Bu kast türünde de fail, harekete başladığı anda (ex ante) suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların var olduğunu veya gerçekleşeceğini bilmekte, buna kesin gözüyle bakmaktadır. Ancak burada gerçekleşen tipik netice failin maksadına dâhil değildir. Bununla birlikte fail, maksadına ulaşmak için ona zorunlu olarak bağlı bulunan tipik neticeyi de gerçekleştirmektedir. Bu yönüyle ikinci dereceden doğrudan kastla meydana getirilen netice, yan netice niteliğindedir. Failin gerçekleştirmek maksadıyla hareket ettiği neticelere zorunlu olarak bağlı bulunan bu neticelerin hedeflenen neticelerden ayrılması mümkün olmadığından, bu neticeler bakımından da kastı doğrudan kast kapsamında değerlendirilir.

Bu yan neticeler, gerçekleştirilmek istenen asıl netice bakımından bir araç niteliğinde olabileceği gibi ikincil nitelikte de olabilir. Örneğin, aracı içinde oturmakta olan hasmını öldürmek isteyen failin, camları kapalı aracın dışından içine doğru hasmını hedef gözeterek ateş etmesi ve öldürmesi halinde, ölüm neticesi amaçlanan netice olmakla birlikte, bu neticenin gerçekleştirilmesine zorunlu olarak bağlı bulunan, söz gelimi aracın camının kırılması neticesi (mala zarar verme, m. 151) araç niteliğindeki bir yan neticedir. Failin, hasmını öldürmek maksadıyla, bindiği uçağa bomba yerleştirerek diğer yolcuların da ölümüne sebep olması halinde de diğer yolcuların ölümü ikincil nitelikte yan neticedir. Çünkü failin asıl hedefi hasmını öldürmektir. Ancak bu hedefe ulaşmak için maksadına dâhil olmamakla birlikte oluşmasına kesin gözüyle baktığı ikincil nitelikteki yan neticeleri de gerçekleştirmektedir.

Nitekim uçağın infilak etmesi dolayısıyla yolculardan bir kısmı ölse, diğer bir kısmı ise yaralı olarak kurtulsa, fail, ölen kimseler bakımından kasten öldürme, kurtulanlar açısından ise, kasten yaralama değil, kasten öldürmeye teşebbüs suçlarından sorumlu tutulmalıdır.

İkinci dereceden doğrudan kastla işlenen fiiller de doğrudan kast kapsamında değerlendirilmekle birlikte kastın ikinci dereceden olması, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı yönünden temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır (m. 61/1-f).

cc. Olası Kast

Failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmesi ve fiilinin olası sonuçlarını kabullenmesi halinde, *muhtemel ya da olası kasttan (gayri muayyen, dolayısıyla, belirli olmayan kast, dolus eventualis)* bahsedilir. Diğer bir ifadeyle hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngören failin, söz konusu hareketi yapmaktan kaçınmaması, "olursa olsun" demesi, olası kastın varlığını gösterir.

Olası kast, bilme ve isteme unsurları yönünden doğrudan kasttan ayrılmaktadır.

Gerek doğrudan kastta gerekse de olası kastta bilme unsuru bulunmaktadır. Ancak bu kast türleri arasında bilme unsurunun niteliği yönünden bir farkın bulunduğunu da söylemek gerekir. Buna göre, doğrudan kastta suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşeceği hususu mutlak niteliktedir ve fail mutlak olan bu hususlara ilişkin bir bilgiye sahiptir. Olası kastta ise söz konusu unsurların gerçekleşmesi muhtemel niteliktedir ve fail, suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi konusunda bu ihtimalin bilgisine sahiptir. Bu husus her iki kast türü arasında, kastın bilme unsuruna ilişkin yoğunluk farkı olarak da ifade edilmektedir.

Doğrudan kastta isteme unsuru aranırken, olası kastta "isteme" unsuru eksiktir. Olası kastta, fail açısından, icra ettiği fiilin amacına ulaşmak önemlidir. Fail bu amaca ulaşmak adına, muhtemel tehlikeli neticeleri göze almakta, kabullenmektedir. Diğer bir anlatımla, olası kastta fail, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunların gerçekleşmemesi yönünde bir çaba sarf etmemekte, gerçekleşmesine katlanmaktadır. Örneğin, öldürmek istediği (A)'ya ateş eden (B), (A)'nın yanındaki (C)'ye kurşunun isabet edebileceğini öngörmesine rağmen, bu durumu kabullenerek ateş etmeye devam edip (C)'nin ölümüne sebep olursa, gerçekleşen bu neticeden olası kastla sorumlu tutulacaktır. Esasen burada (B) açısından önemli olan (A)'yı öldürmektir, ancak bu amacı dışında ortaya çıkabilecek diğer neticeleri de kabullenmektedir. Keza trafikte kendisine kırmızı ışık yanmasına ve diğer araçların durup beklemesine aldırmaksızın, karşıdan karşıya geçen yayaların üzerine doğru süratle geçişine devam eden ve bir yayanın ölümüne sebebiyet veren kimse bakımından da durum bu merkezdedir.

TCK'nın 21 inci maddesinin 2 nci fıkrasında; *"Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde, olası kast vardır. Bu hâlde, ağırlaşmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir"* denilerek olası kast açıklanmıştır.

Olası kastın haksızlık içeriği doğrudan kasta göre daha azdır. Çünkü bu nevi kastla hareket eden, tehlikenin yani neticenin meydana geleceğini öngörmesine rağmen ne neticenin meydana gelmesi için gayret göstermiştir ne de neticenin meydana geleceğinden emindir. Bu sebeple TCK, olası kast halinde, kasten işlenen suçlara nazaran cezanın indirilmesini öngörmüştür.

c. Taksir

Taksire ilişkin düzenleme, TCK'nın 22 nci maddesinde yer almaktadır. Madde şöyledir:*"(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır. (2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. (4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir. (5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir. (6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir".*

Maddede taksir; *"dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle kanuni tanımda belirtilen neticenin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi"* olarak tanımlanmıştır.

TCK'nın aksine, 765 sayılı eski TCK'da genel hükümler içerisinde taksirin açık bir tanımına yer verilmemiş, kastı düzenleyen 45 inci maddede, kastın bulunmamasının cezayı kaldıracağı *"ancak kanunun suç tertip ettiği hallerde, failin bir şeyi yapma veya yapmama şeklinde sebep olduğu neticeden sorumlu olacağı"* belirtilerek dolaylı yoldan taksirli davranışlar açısından ceza sorumluluğu kabul edilmişti.

765 sayılı eski TCK'nın taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun düzenlendiği 455 inci maddesinde taksirin adeta bir tanımı da verilmiş, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar cezalandırılmıştı. Başka bir anlatımla her iki Kanun da taksiri, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış olarak kabul etmektedir. 5237 sayılı TCK'da yer verilen "objektif dikkat ve özen yükümlülüğü" terimi, 765 sayılı TCK'nın 455 inci maddesinde *"tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamat ve evamir ve talimata riayetsizlik"* şeklinde belirtilen taksir kalıpları ile aynı anlama gelmektedir.

Hukuk kurallarının öngördüğü dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali nizamlara riayetsizliği karşılarken, ortak deneyimlere dayanan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, tedbirsizlik, dikkatsizlik veya acemilik şeklinde ortaya çıkabilir.

TCK'nın 22 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında; kişinin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi durumunda, haksız-

lığın bilinçli taksirle gerçekleştirildiği kabul edilmiştir. Bilinçli taksirin özelliği, suçun maddi unsurlarının genel olarak öngörülmesine rağmen fiilin işlenmesi nedeniyle, daha ağır bir özensizlik ve buna bağlı olarak basit taksire nispetle daha yoğun bir haksızlık teşkil etmesidir. Bilinçli taksirin teşkil ettiği haksızlık, basit taksire nazaran daha ağır olduğu için, bilinçli taksir durumunda ceza altıda birinden yarısına kadar artırılmaktadır.

765 sayılı TCK'nın taksirle öldürme suçuna ilişkin 455 inci maddesinin son fıkrasında; *"yukarıdaki beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir"* hükmü yer almaktaydı. Buna göre kusur, sekize bölünerek, taraflara paylaştırılıyor, cezada da bu nispette indirim yapılıyordu. 5237 sayılı TCK ile bu uygulama terk edilmiştir.

22 nci maddenin 4 üncü fıkrasında, taksirli suçlarda cezanın failin kusuruna göre verileceği ve 5 inci fıkrada da birden fazla kişinin işlediği taksirli suçlarda, her failin kendi kusurlu hareketinden, kusuru oranında sorumlu tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Gerekçede bu husus; *"Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeyle ancak olay hakimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir"* şeklinde açıklanmıştır.

765 sayılı TCK'da, taksirli suçun sonucunda failin şahsi ve ailevi durumu bakımından uğradığı zarar göz önünde bulundurulmamış, bu durumda bir şahsi cezasızlık sebebine veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebebe ilişkin hükme yer verilmemişti. Bu hal uygulamada büyük sorun teşkil etmekteydi. TCK'nın 22 nci maddesinin 6 ncı fıkrasında eksiklik giderilerek, şahsi cezasızlık sebebine ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebe yer verilmiştir. Buna göre, taksirli suçun sonucunda failin münhasıran kişisel ve ailevi durumu itibarıyla uğradığı zarar, artık ona ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına sebep olduysa, faile ceza verilmeyecektir. Bilinçli taksir halinde ise cezada indirim yapıp yapmamak hakimin takdirine bırakılmıştır.

d. Saik (Amaç)

Bazı suç tiplerinde kastın bulunması yani suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi suçun oluşması için yeterli değildir. Buna ilaveten suç tipinde kişinin kastı dışında ayrıca belli bir saikle (amaç) hareket etmesi aranır.

Saik, amaç ya da gaye, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu, düşüncedir. Suçun işlenmesine neden olan sebep, şahsi hesaptır. Ceza normunda yasaklanan davranışın yapılması kararının alınmasındaki etkendir. Örneğin, adam öldürme suçunu kasten işlemeye karar veren kişinin saiki, "kan gütme" (m.82/1-j) olabilir.

Bir veya birkaç saike bağlanabilen her insan fiili gibi suç da çeşitli saikler altında (örneğin paraya kavuşmak, şehvet hissi, öç almak) işlenebilir.

Kural olarak saik, suçun oluşumu için aranan bir unsur değildir. Genel olarak kanun, fiilin kasten işlenmesini suçun oluşumu için yeterli görür. Ancak suçluların cezalandırılmasında kastın yeterli sayılması günümüz ceza politikası anlayışına her zaman uymamaktadır. Günümüz ceza hukuku, suçlunun ıslah ve tedavisini amaçlamaktadır. Bunun yapılabilmesi için cezanın ferdileştirilmesi esnasında suçlunun kişiliği tanınmalı; faili suça iten saikler bilinmelidir. Bu sebeplerle kanun koyucu bazı hallerde kasta ek olarak failin suçu işlenmesi anında özel bir amaç gütmesini (saik) şart koşmuştur. Bu ihtimalde saik, suçun manevi unsurlarından biri olarak karşımıza çıkar. Böyle hallerde saik veya amacın yokluğu suçun saik unsurunun yokluğu anlamına geleceğinden kanunda muayyen saikle işlenebileceği öngörülen suç oluşmayacaktır. Bu bakımdan örneğin, kasten öldürme suçu TCK m. 82/1-j'de aranan saikle işlenmemişse "kan gütme saikiyle öldürme"den değil kasten öldürmeden (m. 81) sorumluluk söz konusu olur.

Kanun koyucunun suçun tanımında, failin eylemi gerçekleştirmekteki amacına işaret eden bir unsura yer vermesi değişik sebeplere dayanabilir.

Amaç veya saik, bazen suçun temel şeklinin gerçekleşmesi açısından aranan bir unsurdur. Örneğin, insanlığa karşı suçlarda *"siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saikler"* (m. 77/1), göçmen kaçakçılığı suçu açısından, *"doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadı"* (m.79/1), cebir suçunda *"bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisine müsaade etmesi için"* (m.108), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunda *"gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla"* hareket edilmesi (m.282/1) gibi.

Bazı hallerde de amaç veya saik, suçun nitelikli şekli açısından aranan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda failin amacı veya saiki cezayı artıran bir sebep olabileceği gibi, indiren bir sebep de olabilir. Örneğin, kasten öldürme suçunun *"bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla"* veya *"kan gütme saikiyle"* ya da *"töre saikiyle"* (m.82/1-h,j,k), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun *"cinsel amaçla"* (m.109/5), mala zarar verme suçunun *"sona ermiş olsa bile, görevinden ötürü öç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak"* (m.152/1-g) işlenmesi halinde suçun temel şekline nazaran ceza artırılır.

Buna karşılık örneğin, belgede sahtecilik suçunun *"bir hukukî ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla"* (m.211), hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının *"bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil*

amacıyla" (m.144/1-b; 159) gerçekleştirilmesi durumunda suçun temel şekline nazaran ceza indirilir. Keza kişinin hukukî bir ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit ve cebir kullanması halinde, yağma değil, tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır (m. 150/1).

Kişinin muayyen bir amaç veya saikle hareket etmesinin arandığı suç tipleri kural olarak olası kastla işlenemez. Örneğin, suç örgütü kurma (m. 220) gibi.

Yukarıda belirtilenler dışında, saik veya amacın, artırma ve eksiltme sebeplerinin tatbiki sırasında cezanın bir ferdileştirme vasıtası olarak da dikkate alınması gerektiğini TCK'nın 61 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (g) bendi hükme bağlamıştır. Buna göre hâkim temel cezayı belirlerken, failin güttüğü amaç ve saiki dikkate alarak cezayı ferdileştirecektir.

e. Kast-Taksir Kombinasyonu: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Suçlar, kural olarak kasten, kanunda özel olarak cezalandırıldığı hallerde ise taksirle işlenir. Bunun yanında, kişinin suç teşkil eden fiilinin, kastedilenden daha ağır veya başka neticeye sebep olması da mümkündür. Örneğin, failin, hasmının bacağına yaralama kastıyla ateş etmesi ancak merminin atardamara isabet etmesi sebebiyle mağdurun ölmesi böyledir. Bu gibi hallerde ortaya çıkan hukuki sorunun ne şekilde çözüme kavuşturulması gerektiği hususunda değişik sistemler benimsenmiştir.

Söz konusu durum 765 sayılı eski TCK döneminde "kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar" olarak da nitelendirilmekte ve kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi sebebiyle kişinin sorumluluğu objektif sorumluluk (kusursuz sorumluluk) esasına göre belirlenmekteydi (765 s.lı TCK m. 45, 452, 456/2-3).

Objektif veya kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilen bu anlayışta kişinin gerçekleşen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, fiiliyle netice arasında nedensellik bağının varlığı yeterli görülmekteydi. Gerçekleşen ağır veya başka netice ile kişi arasında manevi bir bağın bulunup bulunmadığı önem arz etmediğinden, bu neticeler bakımından failin kasten veya taksirle hareket etmiş olup olmadığı da araştırılmamaktaydı.

Esas itibariyle kusursuz sorumluluk, kilise hukukundaki *"versari in re illicita"* prensibine dayanmaktadır. Buna göre, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kişi, bunun bütün neticelerine katlanmalıdır. Bu sistemde, kişinin, meydana gelen neticeler bakımından kusurlu olup olmadığı önemli görülmemiştir.

Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesiyle genişleyen sorumluluk alanı ise uygun illiyet teorisi ile sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Ancak bu anlayışın, günümüz ceza hukukuna hakim olan "kusursuz suç ve ceza olmaz *(nullum crimen sine culpa, nulla poena sine culpa)*" prensibine aykırılık oluşturduğu açıktır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK'nın 23 üncü maddesinde konuya ilişkin olarak, *"Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir"* hükmüne yer verilmiştir.

Düzenlemeye göre, fiilinin sonucunda kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesi halinde kişi, bu neticeler bakımından ancak en azından taksirle hareket etmesi halinde sorumlu tutulabilecektir. Şu halde, söz konusu hükümle birlikte, Türk ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından objektif sorumluluk anlayışı terk edilmiş ve kusur ilkesine bağlı kalınmıştır. Nitekim meydana gelen bu ağır veya başka neticeler dolayısıyla kişinin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi, en azından taksirli bir davranışının bulunması halinde mümkündür.

Şu halde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları, temel suç tipine ek olarak, fiilin sonucunda kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin de gerçekleştiği ve bu neticeler bakımından en azından taksirinin bulunması sebebiyle kişinin daha ağır ceza ile cezalandırılmasının gerektiği suçlar olarak tanımlamak mümkündür.

Hatırlatmak gerekir ki, ceza hukukunda hâkim olan kanunilik prensibi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından da geçerlidir. Bu nedenle, TCK'nın 23 üncü maddesi her ne kadar genel hüküm niteliğinde de olsa, kişinin gerçekleştirdiği ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin kanunda bir suç tipi ile bağlantılı bir biçimde, o suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiş olması gerekir (m. 61/10). Örneğin, kasten yaralama suçunun düzenlendiği TCK'nın 86 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında suçun temel hali, 2 nci fıkrasında suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali, 3 üncü fıkrasında ise suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. Kasten yaralama sonucunda ölümün meydana gelmesi ise, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiştir (m. 87/4). Ancak kanun koyucu, 87 nci maddenin 4 üncü fıkrasında *"Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde ..., üçüncü fıkrasına giren hallerde ise ... hapis cezasına hükmolunur"* hükmüyle, söz konusu

neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali sadece suçun basit hali ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali bakımından yaptırım altına almıştır. Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, fiilin sonucunda ölüm neticesi meydana gelse dahi söz konusu fiil bakımından kanunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal düzenlenmemiş olduğundan, kanunilik ilkesi gereğince kişi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulamaz. Bu halde fail, diğer unsurları da bulunmak kaydıyla, taksirle öldürme (m. 85) suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Kanun koyucunun, kasten yaralamanın daha az cezayı gerektiren nitelikli halini, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bağışık tutmasının sebebi, şüphesiz bu hale ilişkin fiil ile ölüm neticesi arasındaki riziko ilişkisinin zayıflığıdır.

2. Hukuka Aykırılık Unsuru

Haksızlık olarak suçun bir unsuru da hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir. Hukuka aykırılığın içeriğini o toplumda geçerli olan davranış normları belirlemektedir.

Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine diğer bir hüküm izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna varılır. Ceza normunun yasakladığı davranışa izin veren hüküm, ceza kanununda olabileceği gibi başka bir hukuk dalını ilgilendiren kanunda da yer alabilir. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala "hukuka uygunluk sebebi" denir.

Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler. Örneğin, adam öldürmek suç sayıldığı halde, ölüm cezasının geçerli olduğu bir ülkede mahkemenin verdiği kesinleşmiş hükme ve cezanın infazını düzenleyen kurallara uygun olarak ölüm cezasını infaz eden kişinin fiilinin hukuka aykırı bulunması ve suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İfade edelim ki, hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılık unsuru gerçekleştikten yani fiil hukuka aykırı bir şekilde işlendikten sonra etki yaparak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Aksine fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde ortaya çıkmasını sağlar.

Hukuka uygunluk sebepleri, hukuk düzeninin bütünü bakımından hüküm ifade eder. Bu yönüyle hukuka uygunluk sebepleri sadece huku-

kun bütünü bakımından sonuç doğurmakla kalmaz, hukuk birliğini sağlayan bir temel de oluşturur.

Bir fiilin kanunda yer alan suç tanımlarından birine uyması, bir başka anlatımla fiilin tipik olması, mutlaka onun hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz. Ancak tipe uygunluk, onun hukuka aykırı olduğu hususunda bir karine teşkil eder. Bu itibarla, fiilin tipik olması durumunda ayrıca onun hukuka aykırı olduğunun araştırılmasına gerek yoktur. Olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması halindedir ki fiilin hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşılacağından, araştırılması gereken somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığıdır.

"Hukuka aykırılık" yerine bazen "haksızlık" teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Bu bakımdan iki kavram arasındaki ilişkiyi açıklamakta yarar vardır. Hukuka aykırılık, fiilin norma aykırılığını belirtir. Ceza hukuku anlamında haksızlık ise, fiil hakkında verilmiş olan bir değer yargısıdır. Hukuka aykırılık, suç teşkil eden fiilin bir vasfıdır. Haksızlık ise, fiilin hem tipe uyması hem de hukuka aykırı bulunmasıdır. Bu bakımdan "hukuka aykırılık" terimi yerine "haksızlık" kavramının kullanılması isabetli değildir.

TCK'nın "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölümünde, "Hukuka uygunluk sebepleri" ve "Kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler" bir arada düzenlenmiştir.

TCK'da hukuka uygunluk sebebi olarak; kanun hükmünü yerine getirme (m. 24/1), hukuka uygun emrin ifası (m. 24/2), meşru savunma (m. 25/1), hakkın icrası (m. 26/1) ve ilgilinin rızası (m. 26/2) yer almaktadır.

Doktrinde bu düzenleme eleştirilmiştir. Buna göre; "Türk Ceza Yasası'nda kanunun hükmü ve amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıklı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik gibi kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmesi yerinde değildir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, ceza sorumluluğunun kalkması değil, eylemin hukuka uygun olarak meydana gelmesi sonucunu doğuran sebeplerdir. Bu sebepler, Yasa'da, kusurluluğu etkileyen hallerden ayrı başlık altında düzenlenmeliydi".

Bu eleştiri isabetsiz değildir. Gerçekten TCK'nda "ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler" başlıklı ikinci bölümde yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin sadece bir kısmı hukuka uygunluk sebebi niteliği taşımaktadır.

765 sayılı eski TCK'nın sistemi çerçevesinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen yetkili merciin emrini yerine getirme (m. 24/2) ve zorunluluk hali (m. 25/2) TCK'nda bir hukuka uygunluk sebebi olarak değil, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla TCK'nın kabul ettiği suç teorisine göre hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirme ile zorunluluk halinde işlenen fiiller, hukuka uygun değildir. Bununla birlikte böyle hallerde faile kusur yüklenemeyeceğinden bu iki kurum yeni TCK'da kusurluluğu kaldıran birer sebep olarak kabul edilmiştir.

Kanunun düzenlemesine göre, üstünden almış olduğu hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirmiş olan kişinin fiili, hukuka aykırı olmakla birlikte emri yerine getiren kişi, üstünün emrini yerine getirmek mecburiyetinde olduğundan kusurlu kabul edilememektedir. Keza zorunluluk halinde bulunan dağcı, aşağısında bulunan kişi ile birlikte tutundukları ipin kopmasını önlemek maksadıyla ipi keserken, bunun neticesinde diğer dağcının düşüp öleceğini bilmekte, buna rağmen bilerek ve isteyerek kendini kurtarmak amacıyla ipi kesmektedir. Başka bir anlatımla kasten hareket etmekte ve fiili haksızlık oluşturmaktadır. Ancak, canını kurtarmak için böyle davrandığından failin kusurlu olmadığı kabul edilmektedir. Sonuç olarak yeni TCK'nda hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ile zorunluluk halinde (çünkü bu halde fiil tüm hukuk düzenince tecviz edilmemekte, davranışı, özel hukuk anlamında haksız fiil sayılmaktadır) işlenen fiiller, hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir.

İfade edelim ki hukuka aykırılık ile kusurluluk farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, fiil ile hukuk düzeni arasında bir çelişki, bir ahenksizliktir. Kusur ise haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın işlediği fiil nedeniyle muaheze edilmesi (kınanabilmesi) gerektiği konusundaki yargıyı ifade eder.

Klasik ceza hukuku anlayışı, fiilin haksızlık içeriğinin belirlenmesinde sadece neticeyi esas almıştır. Bu sebeple bir hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmek için, hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak mevcut olması yeterli görülmüştür. TCK ile kabul edilmiş olan yeni anlayışa göre; kişi işlediği fiilin hukuka aykırılık teşkil ettiğinin bilincinde olmalıdır.

Hukuka aykırılığın kanunda açıkça dile getirilmesine gerek yoktur. Hukuka aykırılık fiilin hukuk düzeni ile çatışma halinde olması dolayısıyla zaten kendiliğinden vardır. Ancak suç tipinde, hukuka aykırılık unsuruna işaret eden, "hukuka aykırı olarak" (m. 91/2, 109/1, 120, 124, 136), "hukuka aykırı başka bir davranışla" (m. 112, 113, 114/2, 115/2),

"hukuka aykırı yolla" (m. 91/5), "haklı bir neden olmaksızın" (m. 151/2) gibi bir ifadeye yer verilmişse, hukuka aykırılık, tipikliğe ait bir unsur özelliği kazanır. Çünkü ilgili suç tipinde fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir.

Hukuka aykırılığın suç tipine ait bir unsur özelliği kazandığı bu gibi hallerde, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi aranır. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği TCK'nın 109 uncu maddesinde; *"bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir"* denilmiştir. Bu suç bakımından failin sorumlu tutulabilmesi için hürriyetten yoksun kılma fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerekir. Aynı şekilde TCK'nın 132/2 nci maddesinde; *"kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* hükmü mevcuttur. Bu suç bakımından da failin diğer hususlara ilaveten ayrıca haberleşme içeriğini hukuka aykırı olarak ifşa ettiğini bilmesi gerekmektedir.

III. KUSURLULUK, KUSURLULUĞU AZALTAN VE KALDIRAN SEBEPLER

1. Genel Bilgiler

Daha önce de belirttiğimiz gibi suçun manevi unsuru, işlenen fiil ile kişi arasındaki maddi olmayan, manevi bağı ifade etmektedir. Suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi fiilin suç teşkil etmesi için kâfi gelmez. Haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da kurulması gerekir. Bu bağ kurulmadan bir suçun varlığından söz edilemez. Bu açıdan, maddi unsurlar tipikliğin dış cephesini, objektif boyutunu oluştururken, manevi unsurlar tipikliğin sübjektif boyutunu oluşturur ve kişinin iç dünyasına ilişkidir.

Söz konusu manevi bağ, doktrinde "manevi unsur", "kusur" veya "kusurluluk" şeklinde isimlendirilmektedir.

Suçun manevi unsurlarını açıklarken de belirttiğimiz gibi manevi unsurların kusur veya kusurluluk olarak da nitelendirilmesi, sadece bir terim sorunu olmayıp bilakis suçun yapısıyla doğrudan ilgilidir.

Kast, taksir, kast-taksir kombinasyonları (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç) ile amaç-saik gibi hususlar suçun manevi unsurlarını oluşturmakta olup, kusur ise kişi hakkındaki kınama yargısından ibaret görülmektedir. Diğer bir anlatımla kusurluluk, işlediği fiil dolayısıyla kişinin kınanabilmesini, haksızlık teşkil eden eylemin ferde yüklenebilmesini ifade etmektedir.

Bu itibarla kusurluluk, suçun bütün unsurları ile gerçekleşmesinden yani suç oluştuktan sonra araştırılan ve işlediği fiille bağlantılı olarak kişi açısından bulunulan bir değerlendirme yargısıdır. Hâlbuki suçun manevi unsurları; suçun unsurlarına dahildir ve gerçekleşmediğinde, suçtan bahsedilemez. Şu halde kusurluluk, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir fiilden ötürü failinin kınanabilip kınanamayacağı sorunu ile ilgilidir.

Böylece kusurluluk, işlediği fiille ilgili olarak kişideki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite istinaden gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla failin şahsen cezalandırılması gerekip gerekmediği, diğer bir ifadeyle kınanabilirliği hususundaki yargıyı ifade etmektedir. Kusur belirli bir fiile ilişkin olarak kişi hakkında bulunulan bir yargı olduğundan, kişinin sürdürdüğü hayat tarzı itibarıyla kusurlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Günümüz ceza hukuku, kusur sorumluluğuna dayanır. Bu ilkeye göre failin cezalandırılabilmesi, onun kusurlu olmasına bağlıdır.

Kusur yargısının ifade ettiği anlamı şöyle izah etmek mümkündür: Kişi, davranış normlarının gereklerine uygun hareket etme, kurallara uygun davranışı seçme imkanı ve yeteneği varken, haksız davranışı gerçekleştirmeyi tercih etmiştir ve bu yüzden kınanmaktadır.

Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, kusur fiili gerçekleştiren failin kınanabilirliği ile ilgili bir yargı olması dolayısıyla, tipik bir fiil failinin kusuru olmadan işlense dahi, suç vasfını devam ettirecektir. Bu nedenle, işlediği fiil dolayısıyla failin kusurlu sayılıp sayılmamasının, gerçekleşen eylemin suç vasfını haiz olmasında etkisi yoktur. Örneğin, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan akıl hastası, bir kimseyi öldürse, bu bir haksızlıktır ve fiil suç teşkil eder. Ancak burada failin kusur yeteneği olmadığından, onun kusurundan ve buna bağlı olarak cezalandırılmasından bahsedilemez. İşlenen bu fiilden ötürü fail kusurlu sayılamasa da, haksızlık ve suç vasfı devam eden fiil ceza hukuku bakımından önem taşır. Burada kusuru bulunmayan fail hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz, fakat güvenlik tedbirleri tatbik edilir (m.32/1).

Modern ceza hukukunda netice sorumluluğu kabul edilmemiştir. Kasta ya da taksire dayanan kusurun mevcudiyeti araştırılmaksızın sadece illiyet bağının varlığından bahisle kişi cezalandırılamaz. Şu halde gerçekleşen suç açısından kusurun bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Kusurluluk, failin kusurlu davranabilme kabiliyetine sahip olmasına bağlıdır (kusur yeteneği). Söz konusu yeteneğe sahip olmayan kimsenin işlediği fiil dolayısıyla kusurluluğundan bahsedilemez.

Kusur yeteneği; "failin doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme (idrak kabiliyeti) ve buna göre davranabilme"yi ifade eder. Bu yetenek failde suçu işlediği anda var olmalıdır. Nitekim TCK'da kusur yeteneğini kaldıran ya da azaltan sebeplerle ilgili maddelerde, "fiili işlediği sırada" (m.31, 33), "işlediği fiille ilgili olarak" (m.32, 34) ibareleri kullanılmak suretiyle kusur yeteneğinin fiilin işlendiği anda bulunması zorunluluğuna işaret edilmiştir.

Kusurluluğun iki unsuru olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar;

a) Algılama (anlama) yeteneği,

b) İrade (isteme) yeteneğidir.

Algılama yeteneği, bir kimsenin yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve bu davranışının topluma hâkim olan düzeni korumayı amaçlayan bir hukuk kuralıyla çatışma halinde olup olmadığını anlamasıdır. Burada kişinin haksızlık teşkil eden hareketinin aynı zamanda kanuna aykırı olduğunu da bilmesi şart değildir. Diğer bir anlatımla hareketinin toplum nazarında bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olan kişinin, bunun her hangi bir pozitif hukuk metniyle cezalandırıldığını bilmesi zorunlu değildir.

İrade (isteme) yeteneği ise, kişinin fiili işlediği sırada hareketlerini serbest olarak tayin edebilme, yönlendirebilme kudretine sahip olmasıdır. Burada kişi; fiilinin hukuken meşru olmadığını, haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen tercihini bu davranışı yapmaktan yana kullanmıştır, fiili işlemekten vazgeçmemiştir. Bu sebeple de kınanmaktadır.

İfade edelim ki cebir veya tehdit etkisinde gerçekleştirilen bir davranış, fiil niteliği taşımaktadır. Ancak bu ihtimalde kişi, fiili nedeniyle kusurluluğu bulunmadığından sorumlu tutulmaz (m.28).

TCK.'da da, *"işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması"* (m.31/2), *"işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış bulunan"* (m.32) demek suretiyle kusurluluğun "algılama" ve "irade" yeteneğinden meydana geldiği vurgulanmıştır.

Kusur yeteneği fiilin işlendiği anda mevcut olmalıdır. Suçun işlenmesinden sonra kusur yeteneğinin ortadan kalkması failin bu suç dolayısıyla sorumluluğunu etkilemez. TCK.'nın 31 ve 33 üncü maddelerinde kusur yeteneğinin "fiilin işlendiği anda" aranması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Kusur yeteneği bulunan bir kimsenin bilerek ve isteyerek (kasten) ya da taksirle kendisini kusur yeteneğinden yoksun bir hale soktuktan sonra suç işlemesi durumunda, her ne kadar fiilin işlendiği anda kusur yeteneği yoksa da, kişinin ceza sorumluluğu vardır.

Doktrin ve uygulama, sorumluluktan kurtulmak için kusur yeteneğini kaldıran ve bu haldeyken suç işleyen bir kimsenin kusur yeteneğinin olup olmadığının tespiti bakımından, artık suçun işlendiği zamana değil, kişinin kendisini bu yetenekten yoksun kıldığı ana bakılacağı hususunda müttefiktir.

Kusur yeteneğinin kaybolmasına sebep olan fiil özgür irade ile yapılmış bir davranışken, bundan sonraki hareketler özgür irade ürünü değildir. Bu bakımdan kendisini bilerek kusur yeteneğinden yoksun hale getiren failin cezalandırılamayacağı sonucuna varılması adalete ve kamu yararına uygun düşmez. Her ne kadar fail suçu işlediği sırada kusur yeteneğinden yoksun ise de, kişinin kusur kabiliyetini kaldıran hareketi kusurlu olduğundan, gerçekleşen fiilden sorumlu tutulması, kusur ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Doktrinde failin kendi iradesiyle kusur yeteneğini sona erdirdikten sonra işlediği suç teşkil eden bu tür fiillere sebebinde serbest olan hareketler (*actiones liberae in causa)* denilmektedir.

2. Kusurluluğu Azaltan ve Kaldıran Sebepler

Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden davranışından ya hiç sorumlu tutulmamakta (kusurluluğu kaldıran hal) ya da sorumluluğu azalmaktadır (kusurluluğu azaltan hal). Kusurluluğu kaldıran hallerin söz konusu olduğu durumlarda soruşturma aşamasında bu husus belirtilerek "kovuşturmaya yer olmadığı kararı" (CMK.m.172), kovuşturma aşamasında ise yine aynı husus kararda belirtilerek "kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilir (CMK.m.223/3).

Kusurluluğun, kişinin haklı davranışı seçme imkanı varken haksız davranışı seçmesi sebebiyle kınanması, cezaya müstahak olmasını ifade ettiğini yukarıda açıklamıştık. Bu bağlamda, kişinin, (örneğin) tehdit veya zorunluluk halinde olduğu gibi, haklı davranışı seçme imkanı tamamen ortadan kalkabileceği gibi, haksız tahrik altında gerçekleştirilen fiillerde olduğu gibi, suç işlemekten kendini alıkoyma yani kusur yeteneği önemli ölçüde azalmış olabilir. Bu nedenle kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller olarak ikili bir ayrım yapılmaktadır.

Kusurluluğu etkileyen halleri;

1- Hukuka aykırı ve fakat, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m.24/2-4, kusurluluğu kaldıran hal),

2- Zorunluluk (zaruret) hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.25/2, kusurluluğu kaldıran hal),

3- Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (m.27/1, kusurluluğu kaldıran veya azaltan hal),

4- Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aşılması (m.27/2, kusurluluğu kaldıran hal),

5- Cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.28, kusurluluğu kaldıran hal),

6- Haksız tahrik (m.29, kusurluluğu azaltan hal),

7- Kusurluluğu etkileyen sebeplerde yanılma (m.30/3, kusurluluğu azaltan veya kaldıran hal).

8- Haksızlık yanılgısı (m.30/4, kusurluluğu kaldıran hal)

9- Yaş küçüklüğü (m.31, kusurluluğu azaltan veya kaldıran hal),

10- Akıl hastalığı (m.32, kusurluluğu azaltan veya kaldıran hal),

11- Sağır ve dilsizlik (m.33, kusurluluğu azaltan veya kaldıran hal),

12- Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34, kusurluluğu kaldıran hal), şeklinde belirtebiliriz.

IV. SUÇUN UNSURLARININ DIŞINDA KALAN DİĞER HALLER

1. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi sırasında var olan ve failin cezalandırılmasını engelleyen kişiye özgü (failde bulunan bir takım şahsi nitelikler, durumlar veya fail ile mağdur arasındaki ilişkiler) sebeplerdir.

Şahsi cezasızlık sebepleri doktrinde, suçun unsurlarının dışında kalan haller arasında incelenmektedir. Gerçekten de, bu sebepler suçun oluşumuna etki etmemekte, sadece failin cezalandırılmasına engel olmaktadır. Diğer bir ifade ile, şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığına rağmen, ortada tüm unsurları ile gerçekleşmiş bir suç bulunmaktadır. Bu itibarla, değerlendirme yaparken öncelikle, suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalı, ardından suç gerçekleşmiş ise, şahsi cezasızlık sebepleri ile ilgili değerlendirmeye geçilmelidir.

Failin şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığını bilmesine gerek yoktur. Bu sebeplerin objektif olarak somut olayda bulunması yeterlidir. Bu nedenle fail fiili gerçekleştirirken bunu bilmese dahi, bundan faydalanır.

Hangi özelliklerin, durumların veya ilişkilerin şahsi cezasızlık sebebi sayılacağı kanun koyucunun takdirindedir. Bu sebeplerin cezalandırmaya engel olabilmesi için mutlaka ceza kanununda yer alması aranmamakta ise de, yasada düzenlenmiş olması zorunludur.

5237 sayılı TCK'da ve 1982 Anayasası'nda bazı suçlar yönünden şahsi cezasızlık sebeplerine yer verilmiştir. Nitekim;

TCK.'nın 165 inci maddesinde, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu yönünden, eşyayı satan kişinin bunun elde edildiği suçu işlemiş veya bu suçun işlenişine iştirak etmiş olması,

TCK.'nın 167 nci maddesinde, malvarlığına karşı suçlar yönünden, fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi,

TCK.'nın 245/4 üncü maddesinde, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasının belli akrabalık ilişkisi içinde işlenmesi,

TCK'nın 273 üncü maddesinde, belli akrabalık ilişkisi dahilinde yalan tanıklıkta bulunulması,

1982 Anayasası'nın 83 üncü maddesinde, milletvekillerinin meclis çalışmalarındaki oy, söz ve düşüncelerinden sorumsuzluğu,

Taksirli suçlarda kişisel ve aile durum (m. 22/6) şahsi cezasızlık sebeplerine örnek teşkil etmektedir.

Kanun koyucu, failin bazı niteliklerini, özelliklerini ya da durumlarını ise, faile verilecek cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak düzenlemiştir (Örneğin, TCK m. 167/2). Bu gibi durumlarda da, ortada tüm unsurları ile gerçekleşmiş bir suç olmasına rağmen, bu sebeplerin varlığı dolayısıyla verilecek cezada indirime gidilmektedir.

Şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler kişiye bağlı olduğundan, sadece ilgili kişi bakımından sonuç doğurmaktadır. Diğer bir ifade ile, kendisinde bu nitelikler, ilişkiler bulunmayan suç ortaklarının bu düzenlemeden faydalanması mümkün değildir.

Nitekim TCK'nın 40 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasında bu husus; *"Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır"* denilmek suretiyle vurgulanmıştır.

2. Cezayı Kaldıran Veya Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık Halleri

Etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan ve kişinin cezasında indirim yapılmasını ya da kişiye hiç ceza verilmemesini gerektiren hallerdir. Suçun işlenmesi sırasında kişinin cezalandırılmasını engelleyen herhangi bir durum mevcut değildir. Ancak suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan bir takım haller dolayısıyla kişi ya hiç cezalandırılmamakta ya da cezasında indirim yapılmaktadır.

İştirak halinde işlenen suçlarda, etkin pişmanlıktan sadece pişmanlık gösteren fail yararlanacaktır.

Etkin pişmanlık haline ilişkin olarak TCK'nın 93, 168, 221, 248, 254, 269, 274 ve 293 üncü maddeleri örnek olarak gösterilebilir. Bu kapsamda TCK'nın 168 inci maddesini inceleyecek olursak;

Fail işlemiş olduğu suçtan pişman olduğunu gösterecek şekilde aldığını iade eder veya zararı tazmin ederse cezası indirilmelidir. Zararın tamamen giderilmesi veya malın aynen iadesi bakımından, mağdurun bunu kabul edip etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık kısmi iade veya kısmi tazminin etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilebilmesi için mutlaka mağdurun rıza göstermiş olması gerekir.

Burada zararın giderilmesi ya da tazminin bizzat fail tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olup olmadığı konusuna da değinmek gerekir.

TCK'nın 168 inci maddesinde, "failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek" geri verme veya tazmini gerçekleştirmesi aranmaktadır. Madde metninden anlaşıldığı üzere failin, azmettiren veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstermesi ve mağdurun uğradığı zararı aynen geri vermesi veya tazmin etmesi gerekmektedir. Buna göre kanaatimizce kanun koyucu bu maddenin ihdası ile suçu işleyenlerin bizzat pişmanlık göstermesi ve mağdurun uğradığı zararı iade veya tazmin etmesi ile birlikte verilecek cezada indirim yapılacağını belirtmiştir.

Geri verme veya tazminin kişinin serbest iradesine dayanması gerekir. Geri verme veya tazminin failin, azmettirenin veya yardım edenin elinde olmayan sebeplerle gerçekleşmesi halinde 168 inci madde uygulanmaz. Örneğin yakalanacağını anlayan kimsenin hırsızlık konusu malı bırakması, yakalanan kişinin aranması sırasında çaldığı eşyanın alınması, hırsızlık konusu malın ağır olması nedeniyle taşınamayıp bırakılması gibi. Buna karşılık çalınan eşyanın yerinin fail tarafından gösterilmesi sonucu mağdura iade edilmesi halinde 168 inci madde uygulama alanı bulacaktır.

168 inci maddede aynen geri verme veya tazmin suretiyle mağdurun zararının giderilmesinden söz edilmiştir. Kanımızca mağdurun zararının tazmin suretiyle giderilebilmesi için, aynen geri verme imkanının bulunmaması gerekir. Zira aynen geri vermenin mümkün olduğu hallerde, zararın tazmini mağdurun aleyhine olacağından bu durumda 168 inci maddenin uygulanmaması gerekir. Zararın tazmin suretiyle giderilmesi durumunda tazminat miktarının suçun işlendiği zamandaki değil, tazmin zamanındaki değere göre hesaplanması gerekir.

3. Objektif Cezalandırılabilme Şartları

Kanun koyucu suç politikası, usul ekonomisi ve fiilin meydana getirdiği sosyal zararı dikkate alarak, failin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için objektif nitelikte bazı koşulların varlığını aramakta, bu koşullar gerçekleşmediği takdirde faili cezalandırmamaktadır. Objektif cezalandırılabilme şartları kastın bilme unsuruna dâhil olmadığından somut olayda gerçekleştiğinin kişi tarafından bilinmesine gerek yoktur.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar bazı özellikler taşır. Örneğin, objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlara teşebbüs cezalandırılmaz. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar, unsurların gerçekleşmesiyle tamamlanır ve suç şartın gerçekleştiği anda değil, unsurların tamamlandığı anda ve yerde işlenmiş sayılır. Ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği müddetçe kişi eyleminden sorumlu tutulamaz.

Objektif cezalandırılabilme şartlarına aşağıdaki örnekleri vermek mümkündür: Bir kimsenin hileli iflâs veya taksirli iflâs suçlarından dolayı cezalandırılabilmesi için, somut olayda iflasa karar verilmelidir (m.161,162). Burada "iflas kararının verilmesi" objektif cezalandırılabilme koşuludur. Somut tehlike suçlarında failin cezalandırılabilmesi için, suçun kanuni tanımındaki fiilin yanı sıra, somut tehlikenin gerçekleşmesi gerekir. Örneğin, m.170, 171, 172, 173, 175, 177, 179, 216, 217, 220. TCK.'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım "Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar" başlıklı Sekizinci Bölüm altında yer alan suçlardan dolayı cezalandırma "karşılıklılık koşuluna" bağlanmıştır (m.343). Görüldüğü üzere, bu bölümde yer alan suçların tüm unsurlarının gerçekleşmesi kişinin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir. Ayrıca "mütekabiliyet şartının" varlığı aranır.

V.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1.Teşebbüs

A. Kavram, Teşebbüsün Şartları

Suç, bir süreç içinde işlenmekte olup, buna suç yolu (iter criminis) denmektedir.

Bu süreçte önce hazırlık hareketleri, daha sonra icra hareketleri gerçekleştirilmektedir. Suç tanımında ayrıca bir unsur olarak neticeye yer verilmişse, suçun tamamlanması için fiil icra edildikten sonra bu neticenin de gerçekleşmiş olması gerekir.

Bir suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketleri, ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, cezalandırılabilir hareketler değildir. Suç tanımında belirlenmiş olan fiilin icrasına başlanmış olmakla birlikte, bu fiile ilişkin icra

hareketleri tamamlanamamış olabilir. Veyahut fiil icra edilmiş olmakla birlikte; suç tanımında ayrıca bir unsur olarak belirlenmiş olan netice gerçekleşememiş olabilir. Bu durumlarda suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde de cezalandırılmasına imkân sağlayan hükümler, cezalandırılabilirliği genişleten hükümler niteliğindedir.

Teşebbüs derecesinde kalan bir suçtan söz edebilmek için işlenen fiilin bazı özelliklere sahip bulunması gerekmektedir. Teşebbüsün şartları olarak da isimlendirilen bu hususları şu şekilde sıralamak mümkündür: a-"Suç"un işlenmek istenmesi, b- Suçun kasten işlenebilen bir suç olması c- Gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde olması, d- Gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması, e- Neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması, f-suçun icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte, bu hareketlerin tamamlanamamış veya kanunî tanımdaki neticenin gerçekleşememiş olması.

Yasada; *"... kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu... tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur..."* denilmek suretiyle, kabahatlere teşebbüs cezalandırılmamıştır. Böylece niteliği itibariyle teşebbüse elverişli olsa da, kabahat teşkil eden bir fiile teşebbüsün cezalandırılması kural olarak mümkün değildir. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 13 üncü maddesinde; *"(1) Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabileceğine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır"* denilerek bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Bilindiği gibi 21 inci maddede; *"suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır"* denilmiştir. Bununla birlikte ceza kanunlarının kasten işlenmediği halde, suç sayıp cezalandırdığı fiiller de mevcuttur (m.22/1).

TCK.'nun 35 inci maddesinde *"kişi, işlemeği kastettiği bir suçu tamamlayamazsa teşebbüsten dolayı cezalandırılır"* denilmek suretiyle ancak kasten işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmiştir. Şu halde, taksirle işlenen veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara (taksir-taksir, kast-taksir veya kast-olası kast kombinasyonları yönünden) (m.23) teşebbüs olmaz. Gerçekten bu suçlarda netice istenmediğinden, istenmeyen bir neticeye yönelen icra hareketlerinden söz edilemez.

Teşebbüse elverişli olan kast doğrudan kast mıdır yoksa olası kastla (m.21/2) işlenen suçlarda da teşebbüs mümkün müdür? İfade edelim ki, teşebbüse elverişli olan kast, muayyen yani belirli bir neticeye yönelik bulunan kasttır. Olası kastla işlenen suçlarda ise, fail belirli bir neticeye yönelik

kastla hareket etmediğinden ve sorumluluk meydana gelen sonuca göre tespit edildiğinden teşebbüsten bahsedilemez.

35 inci maddede; *"kişi ... bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da"* tamamlayamazsa teşebbüsten cezalandırılır denilmek suretiyle suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi için icra hareketlerinin başlamış olması aranmıştır. Keza icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi için duraksamaya yer vermeyen objektif bir ölçüt benimsenmiş; *"doğrudan doğruya icraya başlama"* ölçütü kabul edilmiştir.

Bir suçun icrasına teşebbüsten söz edilebilmesi için, icrasına başlanılan fiilin kanuni tarifte unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu anlamda Kanunumuzda da "elverişli hareketler" kavramı kullanılmıştır.

Fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığının somut olayın durumuna göre tespit edilmesi gerekmektedir. Suçta kullanılan vasıta, fiilin elverişli olup olmadığı hususunda önem arz edebilir.

Vasıtanın elverişliliği işlenmek istenen suçun niteliğine göre de farklılık taşıyabilir. Örneğin, mekanizması arızalı bir tabanca veya boş bir tüfek adam öldürme suçu bakımından elverişli sayılmazken, tehdit (m.106) için elverişli bir vasıtadır. Vasıtanın işlenmek istenen suçta kullanılış şekli de elverişlilik bakımından önemlidir. Ağır bir metalden yapılmış oyuncak tüfek, ateşleyerek adam öldürme suçu bakımından elverişli bir araç değildir. Ancak fail suçu, silahı ateşleyerek değil de, mağdurun başına vurarak işlemek isterse, tüfek elverişli bir vasıta haline gelir.

Teşebbüs için neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun varlığı da gerekir. Bu şart teşebbüsün niteliğinden çıkmaktadır. Sırf hareket suçlarına kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Çünkü suçun oluşması için hareketin yapılmış olması yeterlidir. Örneğin, iftira (m.267). Şu halde, teşebbüs kural olarak neticeli suçlar bakımından -örneğin; kasten öldürme suçu (m.81)- söz konusudur.

Sırf hareket suçlarında, icra hareketleri kısımlara ayrılabiliyorsa bunlara da teşebbüs mümkündür. Örneğin, hakaret (m.125) sırf hareket suçudur. Ancak hakaretin mektupla yapılması ihtimalinde, icra hareketleri kısımlara ayrılabildiği için (mektubun yazılması, zarflanması, postaya verilmesi, postada el konulması, CMK. m.129) fiili teşebbüse müsait bir hale getirmektedir. Keza kaçırma ve alıkoyma suçları da (m.109 vd.) sırf hareket suçu olmakla birlikte icra hareketleri kısımlara bölünebildiğinden teşebbüs mümkündür.

TCK.'nun 35 inci maddesinde; *"kişi işlemeği kast ettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur"* denilmektedir. TCK.'nun sisteminde; eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır. Teşebbüs durumunda ceza miktarı belirlenirken, fiilin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır (m.35/2).

Belli bir neticeye yönelik teşebbüs niteliğindeki hareketler de kanunda suç olarak tanımlanmış olabilir. Bu tür suçlara, teşebbüs (kalkışma) suçu denmektedir. Örneğin, anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçu (m. 309). Bazı suçlarda ise, icra hareketlerinin belli bir aşamaya varması, suç tamamlanmış olmasa bile, tamamlanmış suç gibi cezalandırılmayı gerektirmektedir. Örneğin; Göçmen kaçakçılığı suçu (m.79/1 son cümle), Cumhurbaşkanına suikasta teşebbüs edilmesi (m. 310/1), Rüşvet suçu açısından, rüşvet konusunda anlaşmaya varılması (m. 252/3), Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satışa arzı (m. 188/3).

B.Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme 36 ncı maddede; *"fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır"* şeklinde düzenlenmiştir.

Gönüllü vazgeçme, gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra netice gerçekleşmeden, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini ifade etmektedir.

Suçun icrası tamamlanıncaya, neticenin ayrıca bir unsur oluşturduğu suçlarda ise netice gerçekleşinceye kadar gönüllü vazgeçme mümkündür.

Gönüllü vazgeçme hâlinde, kişiye icrasına başladığı suçtan dolayı ceza verilmemektedir. Ancak, gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği hareketler başka bir suç oluşturuyorsa, kişi sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır.

Teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık (faal pişmanlık, faal nedamet) ayırımı kaldırılmıştır.

Bu sistemde etkin pişmanlık, sadece suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep olarak kabul edilmiştir. Örneğin; Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (m. 110), Malvarlığına karşı suçlar (m. 168), Rüşvet suçu (m. 254), İftira suçu (m. 269).

Vazgeçmenin sadece iradi olması yetmez, aynı zamanda bu irade; hür, serbest bir ortamda tezahür etmiş olmalıdır. İcra hareketlerine başladıktan sonra kendi serbest iradesiyle değil de, harici sebeplerle artık tasavvur ettiği fiili işlemesinin mümkün olmadığını görerek fiili icradan vazgeçen failin bu vazgeçmesi ihtiyari değildir. Fail hakkında teşebbüse ait hükümler uygulanır.

Gönüllü vazgeçmenin saikleri üzerinde durmaya gerek yoktur. Çünkü 36 ncı maddede vazgeçen failin vazgeçme saikine bakılacağına dair bir sarahat yoktur. Bu bakımdan vazgeçme sebebi iyi veya kötü niyet mahsulü (pişmanlık, acıma, utanma, nefret, fiili daha müsait şartlar altında işlemek, cezaya çarptırılma korkusu) olabilir.

Gönüllü vazgeçme halinde teşebbüs yoktur ve bu nedenle fail icra hareketlerine başladığı fiilden dolayı cezalandırılmaz. Ancak vazgeçme anına kadar yapılan hareketler ayrı bir suç teşkil ediyorsa, fail bu eyleminden sorumlu tutulur (m.36). Örneğin, (B)'yi öldürmek isteyen (A), ruhsatsız tabancasını ona çevirdikten sonra, yalvarmalarına dayanamayarak hareketinden vazgeçse, icra hareketlerine kendi isteğiyle son verdiğinden, adam öldürmeğe teşebbüsten cezalandırılmayacak, sadece ruhsatsız silah taşıma ve tehdit fiilinden sorumlu olacaktır. Keza fail, mağdureyi cinsel amaçlı kaçırmak için otomobile bindirirken mağdurenin yalvarması karşısında onu serbest bırakması, gönüllü vazgeçmedir ve bu halde o zamana kadar yapılan hareketin oluşturduğu suçtan (cinsel taciz veya cinsel saldırı) ceza verilmelidir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme 41 inci maddede düzenlenmiştir. Buna göre; *"(1) İştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. (2) Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır".*

Kural olarak, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Gönüllü vazgeçme nedeniyle suçun işlenememesi halinde bir sorun yoktur. Bu durumda, diğer ortaklar teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulur. Hatta, suç, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenememiş olabilir. Gönüllü vazgeçmeye ve suçun işlenmemesi için bütün gayretine rağmen, suç diğer ortaklar tarafından işlenmiş olabilir. Bu durumlarda da gönüllü vazgeçen suç ortağı bundan yararlanabilir.

C. Teşebbüse Elverişli Olmayan Suçlar

TCK., 35 inci maddesinde "suça teşebbüs" başlığını kullanarak kabahatlerde teşebbüsün -fiilin bünyesi müsait olsa dahi- cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Bu düzenleme ile kanunkoyucu, basit fillerde teşebbüsü cezalandırmama iradesini ortaya koymuştur.

Olası kastın varlığı durumunda, gerçekleşmesi muhtemel netice, gerçekleşmişse kişi bundan sorumlu olur. Ancak fiilin muhtemelen sebebiyet vereceği netice gerçekleşmemiş ise bu gerçekleşmeyen netice açısından faili teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutmak, onun sorumluluk alanını ölçüsüz bir biçimde genişletmek anlamına gelir. Bu bakımdan biz olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kanunumuzun düzenlemesine göre taksirle işlenen suçlara da teşebbüs mümkün değildir. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar da kural olarak (taksir-taksir, kast-taksir ve kast-olası kast kombinasyonları yönünden) teşebbüse müsait değildir. Kalkışma suç tiplerinde teşebbüs veya hazırlık hareketleri müstakil ceza tehdidi altına alınmış olmaları sebebiyle teşebbüse elverişli değildir. Objektif cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suç tipleri teşebbüse müsait değildir. Saf (gerçek) ihmali suçlara da teşebbüs mümkün değildir.

D. İşlenemez Suç

"İşlenemez suç"u cezai müeyyide içeren bir hükmü ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya vasıtanın işlenmek istenen suçu karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması (boş bir tabancayla bir kimseyi öldürmeye çalışma) yahut hareketin konusunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmaya mahkûm bir davranış (ölmüş bir kimseye yaşıyor zannıyla ateş edilmesi) olarak tanımlamak mümkündür.

Bütün bu hallerde icra hareketlerinin başladığı anda failin yanıldığı bir engel yüzünden sonucun meydana gelmesi imkânsızdır. İmkânsızlık da suçun konusunun bulunmaması veya vasıtaların elverişsizliğinden ileri gelmektedir.

Mutlak imkânsızlık halinde işlenemez suçun varlığı kabul edilerek faile ceza verilmez. Mutlak imkânsızlık konuda ya da vasıtada olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir.

Öldürülmek istenenin daha önceden ölmüş olması, gebe olmayan bir kadının çocuğunun düşürtülmesi halleri konuda mutlak imkânsızlık durumuna örnektir. Boş bir tabancayla birini öldürmeye çalışma, zehir olmayan bir maddeyle zehirlemeye teşebbüs ise, vasıtada mutlak imkânsızlıktır.

Nispi imkânsızlık halinde ise, teşebbüsün varlığı kabul edilerek, faile ceza verilmesi savunulmaktadır. Nispi imkânsızlık da konuda veya vasıtada olabilir. Konuda nispi imkânsızlık halinde, konu vardır, ancak fiilin icrası sırasında failin bulunduğunu zannettiği yerde değildir. Örneğin; paranın failin elini soktuğu cepte değil başka cepte olması gibi. Vasıta bakımından nispi imkânsızlıkta ise, vasıta sadece yetersizdir. Kasten adam öldürme suçunda mağdurun bünyesinin kuvvetli olması ya da miktarının azlığı dolayısıyla zehrin etki etmemesi gibi.

TCK. işlenemez suçlar hakkında bir hüküm ihtiva etmemektedir. TCK.'nun 35 inci maddenin incelenmesinden konu ve vasıta bakımından nispi imkansızlık halinde failin teşebbüsten cezalandırılması sonucuna varılmalıdır.

2. İştirak

A. İştirake İlişkin Temel Kurallar

Esasında bir kişi tarafından işlenebilen suçlar, birden fazla kişinin iştirakiyle de işlenebilirler. Suça iştirake ilişkin hükümler, birden fazla kişinin suç teşkil eden bir fiilin icrasına iştirak etmeleri halinde, suç ortaklarının sorumluluk statülerini belirler.

İştirak şekilleri, faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılabilir.

Faillik, kanunda tanımlanan haksızlığın gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Kanunda tanımlanan haksızlığı yalnız başına gerçekleştiren kişiye "doğrudan" veya "müstakil fail" denir.

Kanunda tanımlanan haksızlık, birden fazla suç ortağı tarafından müştereken gerçekleştirilebilir. Bu durumda "müşterek faillik" söz konusudur (m.37/1).

Kişi suçu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda "dolaylı faillik" söz konusudur (m.37/1). Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, işlenişine bulunduğu katkı kanunî tanımdaki haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortakları, şerik olarak nitelendirilmektedir.

Kanunun şerikliğe ilişkin hükümleri, sorumluluk alanını genişleten hükümler niteliğini taşımaktadır. Şerikliğin, azmettirme ve yardım etme olarak iki farklı şekli vardır (m. 38, 39). Şeriklerin işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulabilmeleri, bağlılık kuralıyla mümkündür.

Fiil üzerinde hâkimiyet kuramadığı veya özel faillik vasfını taşımadığı için fail olamayan bir suç ortağı, gerçekleşen haksızlıktan bağlılık kuralı vasıtasıyla sorumlu tutulabilmektedir (m. 40/1, 2). Bağlılık kuralının söz konusu fonksiyonu ifa edebilmesi için; esas fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir (m. 40/1). İştirakten dolayı sorumluluk için, suçun

en azından teşebbüs aşamasında kalmış, yani icra hareketlerine başlanmış olmalıdır (m. 40/3).

B. Çok Failli Suçlar

Bazı suçlar, zorunlu olarak ancak birden fazla kişinin fail olarak katılımıyla gerçekleşebilir. Bu tür suçlara çok failli suçlar denilmektedir. Çok failli suçlar; 1) yakınsama suçları, 2) karşılaşma suçları, olmak üzere, iki gruba ayrılmaktadırlar.

Yakınsama suçlarında, zorunlu olarak suçun işlenişine katılımda bulunan kişiler, aynı yönden hareket etmektedirler ve aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu tür suçlara örnek olarak; Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu açısından, fail sayısının en az üç kişi (m. 220/1), Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu açısından, kamu görevlisi sayısının en az dört kişi (m.260/1), Hükümlü veya tutukluların ayaklanması suçu açısından, fail sayısının en az dört kişi (m. 296/1) olması gösterilebilir.

Karşılaşma suçlarında ise, zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar, yine aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler; fakat, farklı yönlerden hareket etmektedirler ve suçun işlenişine bulundukları katkılar da birbirlerinden farklı mahiyet arz etmektedir. Karşılaşma suçlarına; Rüşvet suçunda (m. 252), biri rüşvet veren, diğeri rüşvet alan olmak üzere, Rızaya dayalı kürtaj suçunda (m.100/2), biri çocuğu düşürten kişi, diğeri çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın olmak üzere, en az iki kişinin varlığı, örnek olarak gösterilebilir.

Birden fazla failin suç tipinde yer almasının zorunlu olduğu çok failli suçlar, suçun özel görünüş şekli değildir. Suçta birden çok failin bulunması, kanun koyucunun suç tipini ihdas ederken aradığı bir husustur. Bu bakımdan tek kişi tarafından işlenmesi mümkün olmayan çok failli suç, iştirak halinde gerçekleştirilebilir ve TCK.'nun iştirake ilişkin hükümleri bu suçlar bakımından da uygulanır. Ancak, çok failli suçlara iştirakin söz konusu olabilmesi için, bu suçlar yönünden zorunlu olan faillerin dışında bir veya daha çok kişiye ihtiyaç bulunmaktadır.

C. Müşterek Faillik

Müşterek faillik halinde, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icraî hareketleri birlikte gerçekleştirilmekte ve dolayısıyla, fiilin icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurulmaktadır.

Müşterek faillik için, fiilin icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurulmalıdır. İştirake ilişkin bu düzenleme dolayısıyla, 765 sayılı TCK.'nun 463 üncü maddesine benzer bir hükme yer verilmemiştir.

Suç işlemek için kurulmuş örgütün yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (m. 220/5).

Müşterek failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığı gereklidir. Müşterek suç işleme kararı, kast içinde mütalâa edilmelidir.

Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının farklılık arz etmesi (doğrudan, olası kast gibi), müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarını engellemez. Müştereken işlenmesi konusunda karar birliğine vardıkları suçun manevî unsurları arasında kastın haricinde amaç veya saike yer verilmiş ise; bütün müşterek faillerin, bu amaç veya saikle hareket etmesi gerekir.

Özgü suçlarda fail olabilmek için, kişinin özel faillik vasfını taşıması gerekir. Bu suçlardan bir kısmında, failin özel yükümlülük altında kişi olması yeterlidir. Örneğin, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (m. 279).

Özgü suçların bazılarında, kanunda suçu oluşturan belirli bir fiili de tanımlamaktadır. Bu suçlarda, sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, fail olarak sorumlu tutulabilmek için yeterli değildir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekir. Örneğin, Zimmet suçu (m. 247), İrtikâp suçları (m. 250).

D. Dolaylı Faillik

Suç, bir diğer kişi araç olarak kullanılmak suretiyle de işlenebilir (m. 37/2). Bu durumda, arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır. Bu hâkimiyet nedeniyle, arka plandaki kişi, dolaylı fail olarak işlenen suçtan sorumlu tutulur. Örneğin yaş küçüğü veya akıl hastası olması nedeniyle kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde, dolaylı failin cezasında artırım öngörülmüştür (m. 37/2).

E. Azmettirme

Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda hiçbir fikri olmayan bir kişiye bir başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir. Ancak kasten işlenen bir suça azmettirme mümkündür.

Belli bir kişi suç işlemeye azmettirilmelidir.

Azmettirme konusu suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Kanunda, azmettirenin, işlenen suçun cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür (m. 38/1).

Ancak üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme, çocukların suça azmettirilmesi, hallerinde, azmettirenin cezasında artırım yapılması gerekmektedir (m. 38/2).

"Kiralık katil" veya "tetikçi" kullanılan durumlarda, çoğu zaman azmettirenin kimliğinin belirlenmesinde güçlükle karşılaşılmaktadır. Kanunda, azmettirenin ortaya çıkarılmasına yönelik olarak, cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsî sebep düzenlemesine yer verilmiştir (m. 38/3).

F.Yardım Etme

Yardım etme, bir başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının kasten desteklenmesini ifade eder.

Failin suç teşkil eden fiili işlerken bir başkası tarafından desteklendiğinin, kendisine yardım edildiğinin bilincinde olmasına gerek yoktur.

Yardım etme, maddî ve manevî olmak üzere ikiye ayrılır (m. 39/2).

Manevî yardım; a) suç işlemeye teşvik etmek, b) suç işleme kararını kuvvetlendirmek, c) suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaad etmek, d) suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermektir.

Maddî yardım; a) suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin etmek, b) suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddî yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmaktır.

İcrasına yardımda bulunulan suçun tamamlanması veya en azından teşebbüs aşamasında kalması lüzumludur (m. 40/3).

Yardım eden kişiye ceza verirken, işlenen suça ilişkin kanunda öngörülen ceza esas alınmaktadır. Ancak, bu cezada indirim yapılması gerekir. Cezada indirim yapılıp yapılmayacağı konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır.

Belirli suçlar bakımından, icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur kabul edilmiştir. Örneğin; Cinsel saldırı suçunun (m. 102/3, bent d), Tehdit suçunun (m. 106/2, bent c), Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (m. 109/3, bent b), Yağma suçunun (m. 149/1, bent c).

G. İştirakte Gönüllü Vazgeçme

Kural olarak sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Gönüllü vazgeçme nedeniyle suçun işlenememesi halinde bir sorun yoktur. Bu durumda, diğer ortaklar teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulur. Hatta, suç, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenememiş olabilir. Gönüllü vazgeçmeye ve suçun işlenmemesi için bütün gayretine rağmen, suç diğer ortaklar tarafından işlenmiş olabilir. Bu durumlarda da gönüllü vazgeçen suç ortağı bundan yararlanabilir (TCK.m.41).

3. Suçların İçtimaı

Ceza hukukunda temel kural; "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır". Bu kuralın istisnaları ise,

- Bileşik suç (m. 42),
- Zincirleme suç (m. 43/1, 3),
- Aynı nev'iden fikri içtima (m. 43/2, 3),
- Farklı nev'iden fikri içtima (m. 44) halleridir.

A. Bileşik Suç

Bir suç, diğer bir suçun a) temel şekline, b) nitelikli şekline ilişkin unsuru oluşturuyorsa, bileşik suç söz konusudur (m. 42). Örneğin; yağma suçunda, kasten yaralama veya tehdit suçunun yanı sıra, hırsızlık suçu söz konusudur (bileşik suç olarak, yağma, m. 148).

Bu gibi durumlarda fail, sadece bileşik suçtan dolayı cezalandırılmaktadır, bileşik suçun unsurunu oluşturan suçtan dolayı ayrıca cezalandırılmamaktadır.

B. Zincirleme Suç

Zincirleme suç halinde, aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedir, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ mevcuttur.

Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur.

Zincirleme suçtan söz edebilmek için, aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağdurunun aynı kişi olması gerekir. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.

Toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Örneğin; Rüşvet (m. 252), Çevrenin kasten kirletilmesi (m. 181), İmar kirliliğine neden olma (m. 184), Parada sahtecilik (m. 197).

Zincirleme suç halinde, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat ceza artırılmaktadır.

Ancak, aynı kişiye karşı işlenen kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Bu suçlarda, fail işlediği suç sayısınca gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır (m. 43/3).

C. Aynı Nev'iden Fikri İçtima

Bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde, aynı nev'iden fikri içtima söz konusudur (m. 43/2).

Örneğin; Bir fiille birden fazla kişiye karşı hakaret edilmesi (m. 125), Bir şikâyet dilekçesi ile, birden fazla kişiye karşı iftirada bulunulması (m. 267), Bir fiille birden fazla kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması (m. 105).

Aynı nev'iden fikri içtima halinde, fiil tektir ve fail hakkında bir cezaya hükmolunur. Fakat, bu ceza artırılır (m. 43/1, 2).

Ancak, bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmiş olan kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında fail, mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılacaktır (m. 43/3).

TCK.'nda, bazı suçlar bağlamında özel olarak aynı nev'iden fikrî içtima hükmüne yer verilmiştir. Örneğin; Belirsiz sayıda kişilerin, sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette, radyasyona tabi tutulması halinde; radyasyon yayma suçunun temel şekline nazaran daha ağır ceza öngörülmüştür (m. 172/2).

D. Farklı Nev'iden Fikri İçtima

Farklı nev'iden fikrî içtima halinde, bir fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla suç işlenmektedir. Bu suçların her birinden ayrı ayrı cezalandırılabilme imkânı varken; kanun koyucu faile bu suçlardan en ağırının cezasının verilmesi ilkesini benimsemiştir.

Buna göre; farklı nev'iden fikrî içtimadan söz edebilmek için, a) fiilin tek olması, b) bu fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla farklı suçun işlenmesi, gerekir. Örneğin; Evi yakılarak kişinin öldürülmesi halinde, hem genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu (m. 170), hem de kasten öldürme suçunun nitelikli hali (m. 82/1, bent c) işlenmektedir. Gözlüklü bir kişinin gözüne yumruk vurularak kasten yaralama suçu (m. 86 veya 87) işlenirken, aynı zamanda mala zarar verme suçu da (m. 151) işlenmektedir.

Bazı suçlar bağlamında farklı nev'iden fikrî içtimaın varlığına rağmen, kanun koyucu en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının artırılmasını öngörmüştür. Örneğin; İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak suçu açısından (m. 297/1).

TCK.'nda hedefte sapma hali ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Hedefte sapma durumunda, farklı nev'iden fikri içtima hükmünün uygulanması gerekir. Örneğin; Bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olur. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle

hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olur. Bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olur.

Bu gibi durumlarda, kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olur ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılır.

Farklı nev'iden fikri içtima açısından genel norm – özel norm ilişkisi de önem arz eder. Örneğin; Görevi kötüye kullanma suçu (m.257/1) karşısında, zimmet (m.247), irtikâp (m.250) veya rüşvet (m.252) suçları. Görevi kötüye kullanma suçu (m. 257/2) karşısında, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu (m.279) özel norm niteliğindedir.

§ 2. OLAY VE MAHKEME KARARLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAKİP EDİLECEK METOD

I. GENEL AÇIKLAMALAR

"Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Hükümler (Pratik Çalışma Kitabı)" isimli çalışma, öğrencilerimizin sınavlarda başarı sağlayabilmeleri için yardımcı kaynak olması bakımından önemlidir. Bu sebeple pratik kurlarda olay ve mahkeme kararlarının çözümünde uygulanacak yöntem hakkında aşağıda kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

II. OLAY SORULARININ ÇÖZÜMÜ

Ceza hukuku derslerinde öğrencilere genellikle teorik bilgiler verilmektedir. Teorik bilgilerin somut olaylara uygulanması öğrenilenlerin tatbikata aktarılmasını sağladığı gibi, öğrencilerin ufkunun genişlemesine, hukukçu mantığı kazanmalarına da yardımcı olur. Karşılaştığı olayları çözümlemek zorunda kalan öğrenci, ceza hukuku derslerinde edindiği bilgileri olaya uygularken muhakeme yürütmek, çeşitli çözüm tarzları arasından birini hakim kılmak durumundadır. Bunun için de belli bir metodu takip etmek gerekir. Problem çözümünde metot, mantıki ve bilimsel bir sıranın uygulanması suretiyle somut olayla ilgili belirli hususların incelenmesidir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın suç teorisine ilişkin olarak bir ceza hukuku meselesinin çözümünde aşağıdaki sıra takip edilebilir[3]:

---

[3] Bir ceza hukuku meselesinin çözümünde takip edilecek metod ile ilgili olarak bkz: **Dönmezer, Sulhi- Şensoy Naci,** Ceza Hukukunda İçtihatlar, Kararlar ve Meseleler (Vak'alar Metodunun Tatbiki, İstanbul 1960, s.113 vd.; **Dönmezer, Sulhi- Yenisey, Feridun-Centel, Nur,** Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, İstanbul 1998, s.197-200; **Önder, Ayhan-Özek, Çetin,** Ceza Hukuku Pratik Çalışma Gereçleri, Yenilenmiş İkinci Bası, İstanbul 1987, s.465 vd.; **İçel Kayıhan-Ünver Yener,** İçel Uygulamalı Ceza Hukuku Pratik Çalışma Gereçleri, Bilirkişi Raporları, Hukuki Mütalaalar, 4. Kitap, İstanbul 2000, s.6-9; **Demirbaş, Timur – Erdem, Mustafa Ruhan,** Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları, Ankara 2001, s.303, 304; **Özgenç, İzzet - Şahin, Cumhur,** Uygulamalı Ceza Huku-

1. Hukuka uygunluk sebebi bulunması dolayısıyla suç teşkil etmeyen fiilleri de belirtmek suretiyle fail ve mağdurlarını göstererek suçların tespiti,
2. Suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlarının tespiti,
3. Suçun özel görünüş şekillerinin tesbiti,
4. Olayda ilgili kişiler bakımından kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebeplerin tespiti,
5. Şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebeplerin belirlenmesi,
6. Faillerin sorumluluklarının belirlenmesi.

1. Hukuka Uygunluk Sebebi Bulunması Dolayısıyla Suç Teşkil Etmeyen Fiilleri de Belirtmek Suretiyle Fail ve Mağdurlarını Göstererek Suçların Tespiti

Problem çözümünün bu safhasında, meselede yer alan fiillerden suç teşkil edenlerin tespiti yapılır. Bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesi, suçun unsurlarının bilinmesine bağlıdır.

5237 sayılı TCK'nın esas aldığı suç teorisi göz önünde bulundurulduğunda; suçun iki unsurunun bulunduğunu söylemek mümkündür.

Bunlar; "Tipiklik ve hukuka aykırılık" olarak isimlendirilebilir.

---

ku, Üçüncü Bası, Ankara 2001, s.469 vd.; **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan, Şentürk, Candide- Erden Tütüncü, Efser,** Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmalar, 7. Baskı, Ankara 2018, s.13, 14; **Hakeri, Hakan-Akbulut, Berrin-Aksan, Murat,** Ceza Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları, 12. Baskı, Ankara 2018, s.15 vd. Ayrıca bkz. **Jescheck, Hans-Heinrich,** Faelle und Lösungen zum Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil mit Aufbaumustern, Berlin 1978, s. 2 vd.; **Kargl, Walter,** Strafrecht, Ein Übungs- und Klausurenkurs, Heildelberg 1987, s.23 vd.; **Otto, Harro,** Übungen im Strafrecht, 2. Auflage, Berlin-New York, 1984, s.19 vd.; **Maurach Reinhart-Gössel, Karl Heinz,** Faelle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen. Strafrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1973, s.6 vd.; **Hruschka, Joachim,** Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Faelle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, Berlin-New York, 1983, s.1 vd.; **Levasseur, Georges, Doucet, Jean-Paul,** Le Droit Penal Appliqué. Droit Pénal Général, Paris 1969, s. 11 vd.

Burada tipiklikten kastettiğimiz "genel manada ceza kanunlarının özel kısmında bulunan ve ceza tehdidi altına alınmış suç tipi"dir . Diğer bir anlatımla, her suçun haksızlık içeriğini tasvir eden ve böylece haksızlık tipini oluşturan unsurlar bu başlık altında incelenmelidir (Dar anlamda tipiklik). Bu nevi tipikliğin aksi görüşlere rağmen yapı taşlarını maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurlar oluşturur. Suçun dış görünüm şeklini gösteren maddi unsurlara karşılık, manevi unsurlar failin iç dünyasının realiteleri olarak (örneğin kast, taksir) suç tipinde yer alırlar.

Şu halde suç; "tipe uygun, hukuka aykırı bir haksızlık" olarak tanımlanabilir.

Bu bakımdan suçun unsurlarından birinin bulunmaması dolayısıyla (örneğin, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin -meşru müdafaa, ilgilinin rızası, hakkın icrası vs. varlığı halinde hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyeceğinden soyut tipe uyan fiil suç teşkil etmeyecektir) suç teşkil etmeyen fiiller de bu kısımda gerekçeli olarak ifade edilmelidir.

Bir suç tipini tespit ederken diğer bir anlatımla suç teşkil eden fiille, suç teşkil etmeyen fiili birbirinden ayırırken sadece suçun basit (temel) şekli üzerinde durulmalıdır. Basit şekil üzerinde dururken de, fiilin kasten mi yoksa taksirle mi gerçekleştiği belirtilmelidir.

Daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlar ile şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi sebeplerin tespiti bu kısımda değil, ilgili diğer başlıklar altında yapılmalıdır.

2. Suçun Daha Ağır Veya Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlarının Tespiti

Suçun temel şekline ilaveten aranan ve onun daha ağır veya hafif sayılmasını sonuçlayarak cezanın artırılmasını veya eksiltilmesini gerektiren hallere nitelikli unsurlar denilmektedir. Nitelikli unsurların mevcut olmaması suçun varlığını etkilemez. Nitelikli unsurların çeşitleri ve kapsamını yukarıda açıklamıştık. Burada kısaca belirtmek gerekirse, nitelikli unsurları suçun maddi unsurlarıyla ilgili ve manevi unsuruyla ilgili nitelikli unsurlar olarak değerlendirmek mümkündür. Bu kapsamda, kişinin suçu işlemekteki amaç veya saiki, kimi hallerde suçun temel şekli açısından aranan bir manevi unsur olabileceği gibi, temel şekli kasten işlenebilen bir suçta failin belirli bir maksatla hareket etmesi cezanın artırılması

veya eksiltilmesini gerektiren nitelikli unsur olabilir. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi (m.109/5).

İfade edelim ki, kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller (örneğin; akıl hastalığı (m.32), yaş küçüklüğü (m.31), sağır-dilsizlik (m.33) ve geçici nedenler (m.34) bu başlık altında incelenemez.

3. Suçun Özel Görünüş Şekillerinin Tesbiti

Bu başlık altında teşebbüs, iştirak ve suçların içtimaı kurumlarına yönelik değerlendirmeler yapılmalıdır. Problem çözümünde suçun özel görünüş şekilleri olarak isimlendirdiğimiz teşebbüs, içtima ve iştirak halleri ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Teşebbüs başlığında sırf hareket suçlarına teşebbüs, kalkışma suçlarına teşebbüs, neticeli suçlara teşebbüs ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs değerlendirilmesi yapılmalıdır. TCK'nın 35'inci maddesine göre; *"Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur."*

İştirakte ise varsa müşterek faillik, müstakil faillik, dolaylı faillik, azmettiren ve yardım edenin tespit edilmesi gerekir.

İçtima bahsinin çözümünde, somut olay incelenerek olayın içinde varsa bileşik suç (TCK m. 42), zincirleme suç (TCK m. 43/1), aynı nevi'den fikri içtima (TCK m. 43/2), TCK'nın 43'üncü maddesinin uygulanamayacağı durumlar (TCK m. 43/3), farklı nevi'den fikri içtima (TCK m. 44) ve kanunda bazı suçlar için düzenlenen özel içtima kuralları tespit edilmelidir (Örneğin; TCK m. 212).

4. Olayda İlgili Kişiler Bakımından Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Sebeplerin Tespiti

Olay içerisinde varlığı düşünülen kusurluluğu kaldıran (örneğin, m.28) veya azaltan (örneğin, m.29) haller bu başlık altında ayrı ayrı yazılmalıdır.

Kusurluluğun olmaması durumunda fail eyleminden dolayı kınanamaz. Kusurluluğu azaltan hallerde ise faile meydana getirdiği eylemden dolayı cezası indirilerek verilir.

Olay içinde olduğu düşünülen kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller bu başlık altında incelenmelidir. TCK'da düzenlenen kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller şunlardır:

1. Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK m. 24/4, kusurluluğu kaldıran hal),
2. Zorunluluk hali (TCK m. 24/2, kusurluluğu kaldıran hal),
3. Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK m. 27/1, kusurluluğu kaldıran veya azaltan hal),
4. Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aşılması (TCK m. 27/2, kusurluluğu kaldıran hal),
5. Cebir ve şiddet veya tehdit ve korkutma (TCK m. 28, kusurluluğu kal-dıran hal),
6. Haksız tahrik (TCK m. 29, kusurluluğu azaltan hal),
7. Kusurluluğu etkileyen sebeplerde yanılma (TCK m. 30/3, kusurluluğu azaltan veya kaldıran hal),
8. Haksızlık yanılgısı (TCK m. 30/4, kusurluluğu kaldıran hal),
9. Yaş küçüklüğü (TCK m. 31, kusurluluğu azaltan veya kaldıran hal),
10. Akıl hastalığı (TCK m. 32, kusurluluğu azaltan veya kaldıran hal),
11. Sağır ve dilsizlik (TCK m. 33, kusurluluğu azaltan veya kaldıran hal),
12. Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK m. 34, kusurluluğu kaldıran hal).

Bu aşamada kusurluluğu kaldıran veya azaltan hallerin varlığı halinde, fail, mağdur ve suç tipi yazıldıktan sonra tespit edilen bu durumun da açıklanması gerekir.

5. Şahsi Cezasızlık Sebepleri İle Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebeplerin Belirlenmesi, Objektif Cezalandırılabilme Şartı İhtiva Eden Suçlar

Bu aşamada, öncelikle olayda işlenen suçlar bakımından şahsi cezasızlık sebebinin olup olmadığı araştırılır. Şahsi cezasızlık sebepleri suçun icrası sırasında mevcut bulunan belirli kişisel özellikler, durumlar veya ilişkilerin varlığı dolayısıyla haksızlık ve suç teşkil eden fiilden failin ya hiç cezalandırılmaması veyahut cezasında indirim yapılması sonucunu doğuran hallerdir (örneğin, m.167). Ayrıca cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler de bu başlık altında tespit edilmelidir. Bunlar suçun işlenmesinden sonra gerçekleşen etkin pişmanlık halleridir (örneğin, m.110,248).

Objektif cezalandırılabilme şartı, suçun işlenmesinden önce, suçun işlenmesi sırasında veya suç bütün unsurları ile gerçekleştikten sonra söz konusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır. Suç, objektif cezalandırılabilme şartı taşıyorsa bu aşamada tespit edilmelidir.

6. Verilen Bilgiler Çerçevesinde Faillerin Sorumluluklarının Belirlenmesi

Bu başlık altında suç faillerinin tek tek sorumluluk durumu incelenir. Söz konusu inceleme yapılırken olayda işlenilen suçlar ve problem metninin sonunda "bilgiler" başlığı altında yer alan failin özellikleri dikkate alınır. Bu bağlamda özellikle tekerrür, erteleme, şartla salıverme, özel infaz sistemlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konuları tartışılmalıdır. Ayrıca kamu davasını veya cezanın infazını etkileyen ve engelleyen af, şikâyetten vazgeçme, zamanaşımı gibi sebeplerin bulunup bulunmadığı, milletlerarası ceza hukuku kuralları ile ilgili meseleler (örneğin, yer itibariyle uygulama ile suçluların iadesine ilişkin sorunlar) araştırılır.

Yukarıda belirtilen hususlar, suç veya bilgilerde bulunmayabilir. Faillerin sorumlulukları sadece tespit edilen suç ve verilen bilgilerle sınırlı kalınarak tespit olunmalıdır. Belirtilmeyen bir konuda görüş açıklanması gereksizdir.

III. MAHKEME KARARLARININ TAHLİLİ

Mahkeme kararlarının sağlıklı bir biçimde tahlil edilebilmesi, öğrencinin hukuk bilgisinin yeterli seviyeye gelip gelmediğini gösteren en iyi kıstaslardan biridir. Bu suretle öğrencilerimiz, hem teorik bilgileri somut olaya nasıl uygulayacaklarının ipuçlarını elde etmekte, hem de uygulama ile doğrudan temasa geçme imkânına kavuşmaktadırlar. Bu bakımdan mahkeme kararlarının doğru tahlil edilmesi büyük bir önem arz etmektedir.

Mahkeme kararlarının tahlilinde ülkemizde klasikleşmiş olan metodun uygulanmasında fayda mülahaza edilmiştir. Buna göre kararın tahlili beş aşamada gerçekleştirilecektir: **1**-Olayın Tespiti, **2**-Çözülmesi Gereken Hukuki Problem, **3**- Mercilerin Görüşleri, **4**-Kaynaklar, **5**- Kanaat.

1. Olayın Tespiti

Bu safhada yargı merciinin kararına dayanak teşkil eden olayın doğru bir şekilde belirlenmesi gerekir. Olayın doğru bir şekilde tespit edilmemesi hukuki uyuşmazlığın çözümünü imkânsız kılar. Karara dayanak teşkil eden olayın mümkün olduğunca kısa ve özet bir şekilde belirlenmesi gerekir. Genellikle kararı veren merci ilk derece mahkemesi ise, olay geniş bir biçimde açıklanır. Buna karşılık İstinaf ve Yargıtay kararı ise, daha kısa tutulur. Sınavda verilen yargı mercilerinin karar metninin, olayın tespiti olduğu düşünülürse bunun tekrarlanarak sınav kâğıdına aynen yazılması mahkeme kararlarının çözümünde yanlış bir yöntemdir.

2. Çözülmesi Gereken Hukuki Problem

Yukarıda da belirttiğimiz gibi mahkeme kararları, soyut hukuk normlarının somut olaylara uygulanması suretiyle elde edilir. Hukuk normlarını somut olaya uygulayan yargı mercileri ise bu kuralları farklı ya da aynı yönde uygulayabilirler. İşte bu yüzden tahlili istenen kararlarda da hukuk kurallarının somut olaya uygulanması suretiyle

ortaya çıkan bir veya birden çok hukuki problem mevcut olabilir. Bu, çözülmesi gereken hukuki problem olarak nitelendirilir. İnceleme konusu olan karar farklı mercilerden geçmişse, çözülmesi gereken hukuki problemle ilgili bu mercilerin aynı ya da farklı yönde görüşleri karara yansır. Hemen belirtelim ki, sınavlarda kararda öne çıkarılmayan hukuki problemler üzerinde değil, öne çıkarılanlar üzerinde durulmalıdır.

3. Mercilerin Görüşü

Bu safhada, tespit edilen hukuki uyuşmazlığın farklı merciler tarafından nasıl çözümlendiği gösterilmelidir. Yargı mercileri şu şekilde sayılabilir: İlk Derece Mahkemesi (Asliye Ceza Mahkemesi ve Ağır Ceza Mahkemesi), İstinaf (Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri) ve son olarak Temyiz (Yargıtay Ceza Dairesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu). İnceleme konusu kararda bu mercilerin tamamı veya sadece bir kısmı görüş bildirmiş olabilir. Mercilerin görüşleri tek tek tahlil edilerek bu aşamada belirtilmelidir. Ayrıca gerektiğinde aynı doğrultuda olan görüşler gruplandırılarak tahlil edilmelidir.

4. Kaynaklar

Bu aşamada hukuki problemi çözmek için başvurulabilecek kanun maddeleri ve ilgili mevzuat tespit edilir. Hukuki uyuşmazlığın çözümünde kullanılan kanun maddeleri ve ilgili mevzuat genellikle yargı merciinin kararında kısmen de olsa gösterilir. Tahlili yapan kişi, mevzuatı derli toplu şekilde ifade etmelidir. Ayrıca kararın çözümünde mahkeme içtihatlarının ve doktrin görüşlerinin önemi varsa bunlar da kaynaklar arasında belirtilmelidir.

5. Kanaat

Bu safhada çözülmesi gereken hukuki problem konusunda kanaat açıklanacaktır. Bu kanaat, kararda belirtilen görüşlerden birisiyle aynı doğrultuda olabileceği gibi, onlardan tamamen farklı da olabilir. Burada öğrencilerimizden mutlaka bir görüşe taraftar olmaları istenmez. Önemli olan, soyut hukuk normunun gerekçeleriyle birlikte olaya tutarlı ve pozitif hukuka uygun bir şekilde tatbik edilmesidir. Bu yapılırken mercilerin görüşleri de dikkate alınmalı, doğru ve yanlış kabul edilen yönleri, gerekçeleri ile açıklanmalı ve ona göre bir sonuca varılmalıdır.