

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR
ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜ

YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA TAKSİR

DOKTORA TEZİ

YASEMİN FİLİZ
SAYGILAR

0310110007

Anabilim Dalı: Hukuk
Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı:
Prof. Dr. BAHİR ÖZTÜRK

Aralık 2011

ÖNSÖZ

İstanbul Kültür Üniversitesi'nde doktora tez çalışmama başladığım ilk yıllarda Türk Ceza Hukuku alanında yaşanan gelişmeler ve değerli hocalarımızın yoğun mesai harcayarak gerçekleştirdikleri ceza adaleti reformu sürecinde, henüz ayakları üzerinde durmaya uğraşan bir akademisyen iken, tarihsel sürece tanıklık etmiş ve tez danışmanım değerli hocam Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK'ün önerdiği "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Taksir" konusu ile meşgul oldukça üstlendiğim sorumluluğun daha da çok farkına varmışım.

Yaşam devam ettikçe daha bir çok çalışmalara kaynak olacak taksir konusunda Alman öğretisinin önemli yazarlarından Richard Honig'e ait aşağıda yer alan sözler, meselenin derinliğini ortaya koymaktadır: "*Sevgi ve taksir dünya literatürünün üzerinde en çok durulan problemlerini teşkil ederler. Her iki mesele ekseriyetle birbirine bağlı olarak vazolunur. İkisi arasında bağ teşkil eden münasebet, sevginin taksirle bulanması, taksirin sevgi ile asilleşmesidir.*

Umumen hakim olan kanaate göre sevgi ile uğraşmak hukukçuya düşmez. Zaten kanunlar da hiç ondan bahsetmezler. Hatta nişanlanma veya evlenmeye esas olmasına bile lüzum göstermezler. Bu husustaki sükutları mutlaklıdır.

Halbuki taksirde vaziyet değişir. Bu mefhumun hukuk tekamülüyle daimi bir münasebeti vardır. Taksir açıktan açığa haksızlığın unsuru olarak ne kadar önemli bir yer alırsa hukuk da o kadar kültive bir mahiyet arzeder. Çünkü o zaman devletin haksızlığa karşı reaksiyonu bir şarta, haksızlık işleyen taksirinin tesbitine bağlı tutulur"¹.

Bu noktada sadece doktora tez çalışmam ile ilgili değil, meslek yaşamımın her adımında ihtiyaç duyduğum her an desteğini hep yanımda hissettiğim, her konuda kendime örnek aldığım değerli hocam Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK'e teşekkürlerimi sunarım. Ne yaparsak yapalım kendisinin hakkını ödeyemeyiz.

Bilgi ve tecrübelerini bizlerle her zaman paylaşan çok değerli hocam Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a doktora çalışmamız süresince gösterdiği anlayış ve destek dolayısıyla ne kadar teşekkür etsem azdır.

Çalışmamın gerçekleştirilmesi bakımından büyük önem arz eden İtalyan Hükümet Bursunu kazanarak gittiğim Torino Üniversitesi'nde bana sundukları imkan dolayısıyla Torino Üniversitesi Ceza Hukuku öğretim üyesi Prof.Dr. Ivo CARACCIOLI'ye ve özellikle çalışmam süresince bana verdikleri destek ve gösterdikleri nezaket için Ceza Hukuku öğretim üyesi Dr. Gianluca RUGGIERO ile Torino Üniversitesi F. Ruffini Kütüphanesi çalışanlarına teşekkürlerimi sunarım. (Desidero esprimere la più profonda gratitudine al Prof. Ivo CARACCIOLI, il presidente del centro di diritto penale tributario e ordinario di diritto penale nell'Università di Torino, di cui sono stata ospite per dieci mesi, per avermi reso disponibile il materiale di diritto penale italiano durante la ricerca del dottorato. Uno speciale ringraziamento a Gianluca RUGGIERO e ai membri della Biblioteca F. Ruffini per l'aiuto e per la sempre squisita cordialità.) Ayrıca yardımlarından ötürü

¹ Richard Honig, "Taksir ve Ceza", Çev. Yavuz Abadan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c.4, sayı 14, 1938, s. 209.

İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü çalışanlarına da teşekkür ederim.

Doktora öğrencisi olduğum ve bu sayede kendisini yakından tanıma onuruna eriştiğim kıymetli hocam Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER'e hiçbir konuda desteğini esirgemediği için; her zaman yanımda olan değerli kürsü arkadaşım ve sevgili dostum Özge SIRMA'ya sonsuz desteği, kardeşliği ve sabrı için teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Hukukçu kişiliği ve insanlığı ile bana yol gösterici olan sevgili teyzem Av. Filiz SOYTÜRK UÇAR'a; hayatımı anlamlandırarak büyük bir sabır ve anlayışla bu zorlu süreçte yanımda olan Yrd. Doç. Dr. Emrah KIRIT'a; bugüne gelmemde maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen, sevgi ve özveri ile hep yanımda olan ailem, biricik kardeşim Ceren SAYGILAR'a, kıymetli babam Sümer SAYGILAR'a ve canım annem Füsun SAYGILAR'a en içten sevgilerimi ve sonsuz şükranlarımı sunarım.

Aralık 2011

Yasemin Filiz SAYGILAR

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii
ÖZET	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ	x

1. BÖLÜM

KUSURLULUK VE TAKSİR

I. KAVRAM.....	1
A. Kusurluluk Kavramı.....	1
1. Genel Olarak	1
2. Kusurluluk ve Kusur (İsnad) Yeteneği	7
a. Kusur Yeteneği Kavramı.....	7
b. Kusur Yeteneğinin Bulunması Gereken Zaman	10
3. Kusurluluğun Niteliği ve Kapsamı: Özellikle Psikolojik ve Normatif Görüşler	12
a. Failin Kusuru Teorisi (Colpa d'autore)	14
b. Davranışın Amaçsallığı Teorisi.....	14
c. Psikolojik Teori	15
d. Normatif Teori	18
e. Değerlendirme	21
4. Kusurluluğun Türleri.....	23
B. Taksir Kavramı	28
1. Terim	28
2. Tanım	28
II. TAKSİRİN HUKUKİ ESASI VE TAKSİRİN HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER.....	32
A. Taksirin Hukuki Esası.....	32
B. Taksirin Hukuki Esasını Açıklayan Teoriler.....	35
1. Genel Olarak	35
2. Etkin Sebep Teorisi.....	36

3. Hata Teorisi.....	39
4. Öngörebilme Teorisi	40
5. Öngörebilme Ve Önleyebilme Teorisi.....	48
6. Hareketin Tehlikeliliği Teorisi.....	49
7. Failin Tehlikeliliği Teorisi	49

2. BÖLÜM

TARİHÇE-KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAKSİR KAVRAMI - TÜRKİYE'DE TAKSİRDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK

I. TARİHÇE	50
A. Genel Olarak.....	50
B. Batıda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk.....	50
1. İlkel (İlk Zamanlar) Ceza Hukuku	50
2. Roma Hukuku	52
3. Ortaçağ Hukuku	55
4. Müşterek Ceza Hukuku.....	56
5. Aydınlanma Dönemi Ceza Hukuku	57
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAKSİR KAVRAMI	59
A. Kıta Avrupası Hukuku	59
1. İtalya.....	59
2. Almanya	71
3. Fransa	79
4. İspanya	82
5. Rusya.....	84
B. Anglo Amerikan Hukuku	85
1. Birleşik Krallık.....	85
2. Amerika Birleşik Devletleri	94
3. Kanada.....	99
III. TÜRKİYE'DE TAKSİRDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK.....	101
A. Genel olarak.....	101
B. İslamiyet Öncesi Türk Hukukunda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk	101
C. İslam Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk	102

D. Osmanlı Devleti Kanunlarında Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk	105
E. Türkiye Cumhuriyeti: 765 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksir Kavramı	108
1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksir ile İlgili Düzenlemeler	108
2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Hazırlık Çalışmalarında Taksir.....	110

3. BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER İŞİĞİNDE TAKSİRDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK

I. GENEL OLARAK.....	116
II. TAKSİRİN UNSURLARI.....	122
A. Genel Olarak.....	122
B. Kanunda Fiilin Taksirle İşlenebileceğinin Gösterilmiş Olması	125
C. Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırılık.....	126
D. Neticenin Objektif Olarak Öngörülebilir Olması	132
E. Neticenin Gerçekleşmesi	137
1. Hareketin İradi Olması	138
2. Gerçekleşen Neticenin İstenmemesi	140
3. Hareket ile Netice Arasında Nedensellik Bağının Olması	143
III. TAKSİRİN TÜRLERİ	146
A. Genel Olarak.....	146
B. (Bilinçsiz) Taksir – Bilinçli Taksir	148
C. Genel Taksir – Özel Taksir	152
D. Ağır Taksir – Hafif Taksir.....	153
E. Bilinçli Taksir-Olası Kast Ayrımı	155
IV. TAKSİRİN DERECESİ	170
V. TAKSİRLİ SUÇLARDA İŞTİRAK	173
A. Genel Olarak.....	173
B. Üçüncü Kişinin Hareketinin Taksirli Suçlara Etkisi	175
C. Mağdurun Hareketinin Taksirli Suçlara Etkisi	180
VI. TAKSİRİN SOMUT OLARAK GERÇEKLEŞME ŞEKİLLERİ.....	186

A. Genel Olarak.....	186
B. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün İhlali.....	187
VII. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEBİ VE CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLERİN TAKSİRLİ SUÇLARDAKİ ETKİLERİ.....	194
VIII. KUSURLULUĞU ORTADAN KALDIRAN NEDENLERİN TAKSİRLİ SUÇLARDAKİ ETKİLERİ	199
A. Genel Olarak.....	199
B. Cebir ve Şiddet, Korkutma, Tehdidin Taksirli Suçlardaki Etkisi.....	200
C. Yanılmanın Taksirli Suçlardaki Etkisi	201
1. Genel Olarak	201
2. Tipiklikte Yanılma	202
a. Genel Olarak.....	202
b. Suçun Konusunda Yanılma.....	205
c. Sapma (Neticede Yanılma)	206
d. Nedensellik Bağında Yanılma.....	209
e. Suçun Nitelikli Hallerinde Yanılma.....	210
3. Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Yanılma.....	210
4. Unsurlar Dışında Kalan Hususlarda Yanılma	211
5. Haksızlık Yanılması.....	212
SONUÇ.....	214
KAYNAKÇA	222
İNTERNET ADRESLERİ	233
ÖZGEÇMİŞ.....	234

KISALTMALAR

Al. CK.	: Alman Ceza Kanunu
art.	: Articolo
Arch. Pen.	: Archivio Penale
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
Cass.	: Cassazione
CD.	: Ceza Dairesi
C.E.D.	: Centro Elettronico di Documentazione
CEDAM	: Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CK.	: Ceza Kanunu
CMK	: Ceza Mühakemesi Kanunu
c.p.	: Codice Penale
Çev.	: Çeviren
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
dpt.	: Dipnot
E.	: Esas
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
f.	: Fıkra
Giust. Pen.	: Giustizia Penale
İt. CK.	: İtalyan Ceza Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MPC	: Model Penal Code
no.	: Numero, Numara
RIDP	: Rivista Italiana Di Diritto Penale
RIDPP	: Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale
R.G.	: Resmi Gazete
Pen.	: Penale
s.	: Sayfa
Sez.	: Sezione
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UTET	: Unione Tipografico Editrice Torinese
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
vs.	: Vesaire
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Yarg.	: Yargıtay

Enstitüsü : Sosyal Bilimler
Anabilim Dalı : Hukuk
Programı : Kamu Hukuku
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Bahri Öztürk
Tez Türü ve Tarihi : Doktora-Aralık 2011

KISA ÖZET

YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA TAKSİR

Yasemin Filiz Saygılar

Bu çalışmanın konusu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan taksire ilişkin düzenlemenin ayrıntılı bir şekilde incelenmesidir. Taksir konusu suç genel teorisi içerisinde son derece önemli bir yere sahiptir. Özellikle ilerlemekte olan teknoloji, endüstriyel faaliyetler ve artan insan nüfusu ile birlikte, günlük hayatta yaşanan tehlikeler de geçmişe oranla artmış, bu şekilde taksirli suçlar alanında da büyük oranda artış yaşanmıştır.

Taksirle işlenen fiiller faaliyet alanlarına göre çeşitlilik arz ederler. Buna göre, trafik kazalarından kaynaklanan taksirli suçlarla birlikte, tıp mesleğinin icrasından doğan taksirli suçlar ve iş kazalarında ortaya çıkan taksirli suçlar söz konusu olabilir. Çalışmamızda sadece suç genel teorisi çerçevesinde genel hükümlere ilişkin olmak üzere TCK m.22 incelenerek, TCK'nın özel hükümler kısmında yer alan taksirli suçlar örnek vermek suretiyle ele alınmıştır.

Çalışmamızın "kusurluluk ve taksir" başlıklı ilk bölümünde, ceza sorumluluğunun esasını oluşturan kusurluluk ele alınmış, kast ve taksirle olan ilişkisi ortaya koyulmuş ve ceza hukuku öğretisinde mevcut olan taksir hakkındaki çeşitli teoriler incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde, taksir kavramının tarihçesi ve karşılaştırmalı hukukta mevcut olan taksire ilişkin düzenlemeler ele alınmıştır. Türk Ceza Hukukunda taksire ilişkin düzenlemeler ise üçüncü bölümde yer almaktadır. Bu bölümde, 5237 sayılı TCK'da yer alan taksirle ilgili düzenleme dikkate alınmak suretiyle taksirin unsurları incelenerek, taksirin türlerine TCK m.22 ışığında yer verilmiş; taksirin derecesi, taksirli suçlarda iştirak, taksirin somut olayda gerçekleşme şekilleri, şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin taksirli suçlardaki etkileri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin taksirli suçlardaki etkileri konuları incelenmiştir. Bu şekilde çalışmamızda özellikle taksirin hukuki esası konusunda yaşanan tereddütler üzerinde durularak konu açıklanmaya çalışılmış ve sistem olarak ceza hukukunda sorumluluğun temelini oluşturan kusurluluk kavramından yola çıkılması gereği benimsenmiştir. Bununla birlikte uygulamada büyük önem taşıyan bilinçli taksir ve olası kast arasındaki farklılıklar üzerinde de durulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Kusurluluk, kusur yeteneği, ceza sorumluluğu, dikkat ve özen yükümlülüğü, bilinçli taksir, olası kast, netice, iştirak, şahsi cezasızlık sebebi.

Bilim Dalı Sayısal Kodu:

University : Istanbul Kültür University
Institute : Institute of Social Sciences
Department : Law
Programme : Public Law
Supervisor : Prof. Dr. Bahri Öztürk
Degree Awarded and Date : Phd-December 2011

ABSTRACT

NEGLIGENCE ISSUE IN THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE

Yasemin Filiz Saygılar

This thesis attempts to demonstrate the legislation regarding the negligence issue in the new Turkish Criminal Code, which constitutes a significant part of the general provisions of the criminal code. Particularly with advancements in technology, industrial activities and increasing numbers of population, risks of daily life have resulted in considerable growth in crimes committed through negligence.

Negligence varies due to different fields of activities, such as accidents in traffic, in medical practice and industrial injuries. The aim of this thesis is to examine art. 22 of the Turkish Criminal Code within the framework of the general theory of crime. Thus negligently committed crimes formulated in the part of special provisions have been studied by using examples.

This research proceeds as follows. In the first part titled "Culpability and Negligence", culpability has been studied as the basis of criminal liability, and its relation to intent and negligence has been stated. In this part it is also included different theories of negligence existing in the criminal law doctrine. In the second part, the history of the concept of negligence and regulations regarding negligence in the comparative law. Regulations about negligence related crimes in the Turkish Penal Code are examined in the third part of the thesis. Elements of crimes committed by negligence have been studied from the view point of TCK while types of negligence are brought into focus through art.22 of TCK. Degree of negligence, participation to crimes of negligence, ways of occurrence of negligence, reason for personal penal immunity and personal facts resulting in the reduction of the punishment and their affects on negligent offences through eliminating culpability have been studied. In this way we have especially focused on the controversies about the legal basis of negligence and thus we have concluded that concept of culpability should be our starting point. Furthermore, differences between conscious negligence and recklessness have been studied due to their importance in practice.

Keywords: criminal liability, recklessness, negligence, mens rea, complicity.

Science Code:

GİRİŞ

“Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Taksir” konulu doktora tez çalışmamızın temelini, ülkemizin ceza adaleti sisteminde büyük değişiklikler yaratan ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girerek, taksir konusunda yer verdiği düzenlemelerle yoğun tartışmalara zemin hazırlamış olan 5237 sayılı TCK’nın 22.maddesi oluşturmaktadır.

Uzun yıllar birçok yazar tarafından ele alınarak üzerinde çeşitli çalışmalar yapılan ve belki de ceza hukuku öğretisinde üzerinde en çok çalışılan kurumlardan biri olan taksir, suç genel teorisi içerisinde son derece önemli bir yere sahiptir. Özellikle ilerlemekte olan teknoloji, endüstriyel faaliyetler ve artan trafik ile birlikte insan nüfusunun da giderek artması, aynı oranda günlük hayatta yaşanan tehlikelerin de geçmişe göre çoğalmasına sebep olmuştur. Bu şekilde taksirli suçlar alanında büyük oranda artışlar yaşanmış, bu sayede taksirli suçlar üzerinde daha çok durulmaya başlanmıştır.

Taksirle işlenen fiiller faaliyet alanlarına göre çeşitlilik arz ederler. Buna göre, trafik kazalarından kaynaklanan taksirli suçlarla birlikte, tıp mesleğinin icrasından doğan taksirli suçlar ve iş kazalarında ortaya çıkan taksirli suçlar söz konusu olabilir. Bu şekilde son derece geniş bir alanda gerçekleşen taksirli suçların 5237 sayılı TCK’daki yansımaları, özel hükümler bölümünde yer alan; taksirle öldürme (TCK m.85), taksirle yaralama (TCK m.89), taksirli iflas (TCK m.162), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (TCK m.171), taksirle radyasyon yayma (TCK m.172/4), taksirle atom enerjisiyle patlamaya sebebiyet verme (TCK m.173/2), trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (TCK m.180), çevrenin taksirle kirlenmesi (TCK m.182), taksirle zehirli madde katma (TCK m. 185/2), taksirle çocuğun soybağını değiştirme (TCK m.231/2), taksirle askeri tesislerin tahribine neden olmak (TCK m. 307/3), savaş zamanında yükümlülükleri taksirle yerine getirmeme (TCK m.322/2), taksirle devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama (TCK m.329/3), taksirle yasaklanan bilgileri açıklama (TCK m.336/3), taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (TCK m. 338) gibi çeşitli taksirli suçlardır. Çalışmamızın amacının suç genel teorisi çerçevesinde genel hükümlere ilişkin olmak üzere TCK m.22’nin getirdiği düzenlemelerin ayrıntılı bir

biçimde incelenmesi olması bakımından, TCK'nın özel hükümler kısmında yer alan suçlar yeri geldiğinde ve ihtiyaç ölçüsünde başvuru Yargıtay kararları kapsamında ele alınmıştır.

Burada amaçlanan, Türk Ceza Hukuku öğretisinde hararetli münakaşalara neden olan taksire ilişkin düzenlemelerin açıklanması ve özellikle eleştirilerin hedefindeki bilinçli taksir tanımının irdelenmesi ile birlikte taksirin hukuki esası konusunun üzerinde durulmasıdır. Zira 5237 sayılı TCK'da bilinçli taksirin yanısıra olası kastın yer aldığı TCK'nın 21.maddesinde kavrama ilişkin olarak verilen tanım uygulamada karışıklığa yol açmıştır. Bu bakımdan Yargıtay kararlarına da mümkün olduğunca başvurularak mevcut durumun daha sağlıklı bir şekilde incelenmesi hedeflenmiştir.

Sonuç olarak çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Kusurluluk ve taksir başlıklı ilk bölümde, ceza hukukunda sorumluluğun temelini oluşturan kusurluluk ele alınarak, kast ve taksirle olan ilişkisi ortaya koyulmuş, bu kapsamda ceza hukuku öğretisinin geçmişinde yer edinen çeşitli teoriler incelenmeye çalışılmıştır. Taksir kavramının tarihçesi ve karşılaştırmalı hukuktaki yerinden bahsettiğimiz ikinci bölümde ise, İlkel Ceza Hukuku döneminden başlamak üzere Roma Hukuku, Ortaçağ Hukuku, Müşterek Ceza Hukuku ve Aydınlanma Dönemi Ceza Hukukunda taksir ile ilgili hususlar anlatılmış, daha sonra Kıta Avrupası hukuku incelenerek, son derece farklı bir sistem benimsemiş olan Anglo Amerikan Hukukunda cezai sorumluluğun temelleri ve taksir kavramı üzerinde durulmuştur. Tezimizin ana yörüngesini oluşturan Türk Ceza Hukukunda taksire ilişkin düzenlemeler ise üçüncü bölümde yer almaktadır. Bu bölümde, 5237 sayılı TCK'da yer alan taksirle ilgili düzenleme dikkate alınmak suretiyle taksirin unsurları tarafımızdan yeniden ele alınarak incelenmiş; daha sonra öğretilerde mevcut olan taksirin türlerine TCK m.22 ışığında yer verilmiş; taksirin derecesi, taksirli suçlarda iştirak, taksirin somut olayda gerçekleşme şekilleri, şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin taksirli suçlardaki etkileri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin taksirli suçlardaki etkileri konuları üzerinde durulmuştur.

1. BÖLÜM

KUSURLULUK VE TAKSİR

I. KAVRAM

A. Kusurluluk Kavramı

1. Genel Olarak

Ceza Hukukunda failin sorumluluğundan bahsedebilmek için sadece fiilin gerçekleşmiş olması yetmez, bununla birlikte suç teşkil eden hareketin iradi olarak gerçekleştirilmiş olması da gerekir². Diğer tüm koşulların gerçekleşmesiyle birlikte, failin suç teşkil eden eyleminden sorumlu tutulmasına ve dolayısıyla cezalandırılmasına neden olan fiilin iradiliği unsuru, suçun manevi unsurunu oluşturur³. Klasik suç genel teorisi çerçevesinde fail tarafından gerçekleştirilen bir

² Enrico Altavilla, *Lineamenti Di Diritto Criminale*, Seconda Edizione Completamente Rinnovata, Napoli, Morano, 1932, s. 75; Giovanni Musotto, *Colpevolezza Dolo e Colpa, Parte Prima: La Dottrina Della Colpevolezza*, F. Ciuni Libraio Editore, Palermo, 1939, s. 9; Hans Heinrich Jescheck, *Struttura e Trattamento Della Colpa Nel Mondo Moderno*, Çev.Alessandro Sigismondi, La Scuola Positiva, Rivista di Criminologia e Diritto Criminale, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, Milano, 1966, s. 369.

³ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Beta, İstanbul, 1997, s.197; Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul, 1967, s.7; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, 1. Bası, Beta, 1989, s. 251;M. Taner, *Ceza Hukuku*, Güneş Matbaası, İstanbul, 1934, s. 212; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5.Bası, Seçkin, Ankara, 2010, s.331; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s. 318; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Beta, s.345; Öztürk/Erдем, suç genel teorisi çerçevesinde teleolojik görüş doğrultusunda suçun unsurlarını üçe ayırmaktadır. Bunlar; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdur. Manevi unsura karşılık olarak ise “kusurluluk” kavramını kullanmaktadırlar. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 11.Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s. 154, 233; Artuk/Gökçen/Yenidünya, kişinin gerçekleştirdiği eylemden sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu hukuka aykırı fiil ile fail arasında bulunması gereken manevi bağı, suçun “manevi unsurlar”ı olarak

eylemın suç teşkil edebilmesi için aranan unsurlardan birisi olan manevi unsur, fail bakımından değerlendirildiğinde, failin kusurlu olması olarak ortaya çıkarken; gerçekleştirilen eylem bakımından ele alındığında ise failin kusurluluğu kavramları söz konusu olur⁴.

Kusur, failin gerçekleştirdiği haksızlık teşkil eden fiil sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için failin iradesine etki eden hususların tespit edilmesi ve failin hangi şartlarda işlendiğinin ortaya koyulması anlamına gelir⁵. Başka bir ifadeyle, kusur, “failin hukuka uygun hareket edebilme olanağına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle kınanabilmesini ifade eder”⁶.

Bir başka açıdan kusur, haksızlık teşkil eden fiili işlemi dolayısıyla fail hakkında verilecek bir değer yargısını ifade ettiği için, fiilden soyut olarak failin geçmiş yaşamı, içinde bulunduğu ekonomik durum, sosyal şartlar ya da eğitimi bu değerlendirmede gözönünde bulundurulmaz. Zira fail gerçekleştirdiği icrai ya da ihmali hareket sonucu kusurlu olarak değerlendirilecektir. Kaldı ki fail gerçekleştirdiği belirli bir fiil açısından kusurlu sayılabilecekken, başka bir fiil bakımından kusurlu kabul edilmeyebilir. Aynı şekilde fail hareketlerine ve yaşamına farklı bir yön verebilir. Ancak burada bahsedilmesi gereken husus; failin kusurluluğunun değerlendirilmesi sadece gerçekleştirdiği fiile özgü olarak yapılırken, onun geçmiş yaşamının tamamen de gözardı edilemeyeceği gerçektir. Kusur derecesinin belirlenmesinde failin geçmişi dikkate alınarak cezanın bireyselleştirilmesi söz konusu olur ve alt ve üst sınırlar arasında somut cezanın tayini, fail lehine takdiri indirim nedeninin kullanılması, hapis cezasına hükmedilmiş ise cezanın ertelenmesi, hapis cezasının seçenek cezalardan birine dönüştürülmesi ve

ifade etmektedirler. Buna göre “manevi unsurlar” kast, taksir, saik ve kast-taksir kombinasyonu (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar) kavramlarıdır. Yazarlara göre, suçun manevi unsurlarıyla kusurluluk farklı kavramlardır. Buna göre, kusurluluk failin gerçekleştirdiği zararlı netice dolayısıyla kınanabilmesini ifade ederken, manevi unsurlar suçun oluşması için fiilde bulunması gereken temel unsurları ifade eder. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, Turhan, Ankara 2009, s.313, 475; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 417.

⁴ Dönmezer, Erman, c. II, s.197.

⁵ Özgenç, s.331.

⁶ Öztürk, Erdem, s.233; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 Ders Kitabı*, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s.37.

suç karşılığında seçenек ceza öngörölmüş ise bunlardan birinin tercih edilmesi konusunda failin geçmiş yaşamı gözönünde bulundurulur⁷.

Öğretide kusur, failin iradesinin haksızlığı gerçekleştirmeye yönelik bir seçiminden ibaret olduğu şeklinde de tanımlanmıştır⁸. Ancak bu ifade şekli, kusurun kişinin meydana getirdiği haksızlığa ilişkin bir değer yargısı olduğu hususunun unutulması anlamına geleceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹.

Kusurluluk kavramı ise dar anlamda, tarihsel olarak, ceza hukukunda subjektif sorumluluğun iki türü olan kast ve taksir kavramlarından ortaya çıkmıştır. Öncelikle von Liszt, Lucas ve Merkel gibi yazarlar, kast ve taksirin ortak noktası olarak kusurluluğu tanımlamaya ve kanun koyucunun faydalanabileceği belirleyici niteliğe sahip bir üst kavram ortaya koymaya çalışmışlardır. Bunların dışında, diğerleri gibi kusurluluğun temelini isteme olduğu ilkesinden esinlenen Kohlrausch, kusurluluğun tamamen psikolojik bir kavram olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, kusurluluğun kapsamı da isteme ve fiilin fail tarafından tasavvur edilmesi gibi tamamen subjektif unsurlardan meydana gelir. Galliner de psikolojik kavramlardan hareket ederek kusurluluğu tanımlamaya çalışmıştır. Yazar, kusurluluğu daha dar anlamda ele almış ve isteme unsurunun kusurluluğun içeriğini oluşturduğunu belirtmiştir. Bu şekilde, kusurluluk, suç teşkil eden hareketin fail tarafından istenilerek gerçekleştirilmesidir¹⁰.

Kusurluluk kavramının temellerine ilişkin öğretilerde yer alan tartışmalar sırasında bazı yazarlar tarafından kusurluluğun etik kavramlardan ayrı ve bağımsız bir niteliğe sahip olduğu fikrine karşı çıkmıştır. Bu yazarlara göre, kusurluluk kavramı ceza hukukuna ait teknik bir kavram olmadığı gibi, bir teknik hukuk kavramı da değildir. Sonuç olarak hem hukuki hem de ahlaki anlamda tek bir kusurluluk kavramı olduğu savunulmuştur. Örneğin Sturm'a göre, kusurluluk etiğin bir parçasıdır ve bu bağlamda hukuk özerk bir kusurluluk kavramı ortaya çıkaramaz; çünkü kusurluluk doğal bir durumdur ve hukuk tarafından yaratılmış da değildir.

⁷ Öztürk, Erdem, s.234; Özgenç, s.214; İçel, Evik, s.168.

⁸ Mehmet Cemil Ozansü, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin, Ankara, 2007, s.32.

⁹ Özgenç, s. 331.

¹⁰ Marcello Gallo, *Il Concetto Unitario Di Colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951, s. 35-37.

Dolayısıyla sadece etik bir kavram olan kusurluluk, felsefe ve etiğe ilişkindir. Bu düşünceye karşı çıkanlardan Mezger ise, kusurluluğun etik bir anlam taşımadığını, tam aksine ceza hukukuna ait bir kavram olduğunu ileri sürmüştür. Hukukçu sadece ceza hukuku alanında var olan kusurlulukla ilgilenmelidir, ki bu da dini ve etik değerlerden tamamen bağımsız ve otonom bir kavramdır. Hold von Ferneck konuyu daha da ileri götürerek, etik anlamdaki kusurluluk ile hukuki anlamdaki kusurluluğun birbirlerine zıt olduğunu ve kabul edilen kusurluluk kavramının da subjektif olarak ele alındığını belirtmiş, bu değerlendirme sonucunda ise subjektif kusurluluğun aslında etik kusurlulukla çakıştığını ifade etmiştir. Bu şekilde etik ile hukuk arasında kalan kusurluluk kavramlarının birbirinden ayrılmasının güçlüğü ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Görülmektedir ki, kusurluluğun ceza hukuku sınırları içinde tanımlanması son derece zordur. Bu konuyla ilgilenen yazarların sayısına eş değerde kusurluluk tanımına rastlamak mümkündür¹¹.

Kusurluluk ilkesi, başka bir açıdan da, kanun koyucunun bireyleri etik değerlere aykırı bir şekilde cezalandırmasını önleyici fonksiyona sahiptir. Bu şekilde ceza kanunları, isnad yeteneğine sahip, hareketlerini kontrol edebilen ve hareketlerinin sonuçlarını algılama yeteneğine sahip kişileri, dış dünyada hukuken korunan yararları ihlal etmeleri durumunda cezalandırabilir¹².

Bir kısım yazarlara göre ceza hukukunun ahlakla bir ilişkisi yoktur. Hatta ideal ceza hukuku, etik ve ahlaki değerlerden en az seviyede etkilenen ceza hukukudur. Örneğin bu konuda en keskin ve aykırı düşüncelere sahip olan Ferri, ceza hukukuna ilişkin kavram ve kurumların oluşturulmasında etik değerleri tamamen reddetmiş ve suç ile suçlunun etik değerlerle bir ilişkisi olmadığını, bu kavramların doğal ve sosyal olgular olduğunu ileri sürmüştür. Bu şekilde Ferri'nin düşüncesindeki ceza hukuku sistemi, mutlak determinizm ve suç ve suçluya karşı gerçekleştirilmesi gereken sosyal savunma prensiplerine dayalı olarak ortaya çıkmıştır¹³. Grispigni de tamamıyla teknik kavramlardan yola çıkarak, ceza hukukunu etikten adeta kurtarmaya çalışmıştır. Yazar, modern ceza hukukunun

¹¹ Musotto, s. 16-18.

¹² Antonio Pagliaro, *Trattato di Diritto Penale Parte Generale, Il Reato*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè Editore, Milano, 2007, s.132.

¹³ Musotto, s. 22.

yerleşmesi için bu düşüncenin daha doğru olduğunu, zira teknik anlamda bir sosyal savunma aracı haline gelen modern ceza hukukunun, ahlak ve hukuk arasında kalan her türlü karmaşık unsurdan sıyrılmaya çalışarak, fiilin sosyal zararlılığı ve failin tehlikeliliğinin tespiti amacıyla sınırlı olmak üzere sadece fail ve fiili değerlendirmeye yöneldiğini ifade etmiştir¹⁴.

Öğretide kusurluluk hakkında yapılan değerlendirmelerde, hareketin psikolojik unsuru ile suçun psikolojik unsurunun bazen birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Bu görüşe göre, “bilinç ve iradenin sonuç yönünden aldığı durum” olarak ifade edilen suçun psikolojik unsuru, eylemin failin iradesi ile ve bilinçli olarak gerçekleştirilmesi anlamına gelen hareketin psikolojik unsuru bakımından bir ön koşul oluşturmaktadır. Söz konusu ayırımı göre, sadece hareketin psikolojik unsurunun gerçekleştirilmesi kusurluluğu ortaya çıkarmaz. Kusurluluğun nitelendirilebilmesi için bilinç ve iradenin sonuç açısından aldığı durum önemlidir. Örneğin bir kişi silahını eline alarak iradi bir şekilde havaya ateş ederse, bu eylem bakımından hareketin psikolojik unsuru mevcut olmakla birlikte, failin iradi olarak silahını eline alıp ateş etmesi sonucunda bir kişinin ölmesi durumunda artık suçun psikolojik unsuru ortaya çıkar ve dolayısıyla da kusurluluktan bahsetmek mümkün olur. İçel’e göre ise, söz konusu ayırımı yapmak anlamsızdır. Çünkü kusurluluk fiil bakımından yapılan bir değerlendirmedir ve fiili meydana getiren hususlar hareket ve netice olduğuna göre, fiilin kusurluluğundan bahsedebilmek için iradi bir hareketin doğal olarak sonuca yönelmesi gerekir. Dolayısıyla hareketin psikolojik unsuru suçun psikolojik unsurunun ön şartını oluşturmaktadır¹⁵.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, hukuka aykırı olarak işlenen bir fiilden dolayı bir kimsenin kusurlu olup olmadığı hususu değerlendirilirken, öncelikle failin suçun kanuni tanımına uygun bir fiil gerçekleştirip gerçekleştirmediği incelenmelidir. Eğer fiil kanunda yer alan tanıma uygun olarak gerçekleştirilmişse, suç kasten ya da taksirle işlenmiş demektir. Haksızlığın gerçekleştiriliş şekli tespit edildikten sonra, kasten ya da taksirle işlenmiş olan suçun failinin kusurluluk derecesi de belirlenebilir. Böylece failin kusuru olmasa bile, fiil suç olmaya devam edebilir. Bu

¹⁴ Filippo Grispigni, *Corso di Diritto Penale*, Vol. I, Cedam, 1932, s. 262.

¹⁵ Kayıhan İçel, Ali Hakan Evik, *Ceza Hukuku Genel Hükümler 2.Kitap*, Yenilenmiş 4.Bası, Beta, İstanbul, 2007, s.168.

şekilde kusurluluğun suçun bir unsuru olmadığı, kast ve taksirin de birer kusurluluk şekli olmadığı ortaya çıkar¹⁶.

Kusurluluğun belirlenmesinde failin normatif kurallara aykırı hareket etmesinin yanında, failin bu davranışı gerçekleştirirken içinde bulunduğu durumla hareketi arasındaki bağın da değerlendirilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, tedbirsizlik, dikkatsizlik ve kurallara aykırılık sonucu meydana gelen neticeyi failin bilinçli olarak kendi iradesi ile yönlendirip yönlendirmediği önem taşımaktadır. Zira kusurluluk kavramı, öğretide, bazen kusur prensibini ifade ederken, bazı durumlarda suçun bir unsuru, bazen de hukuka aykırılığın yoğunluğuna ilişkin bir ölçüt içerir. Suçun bir unsuru olarak değerlendirildiğinde, kusurluluk psikolojik bir kavram olarak kast ve taksiri içerirken, normatif açıdan da failin hukuku ihlal edici tavrını yansıtır¹⁷.

Bu noktada bazı koşulların varlığı da dikkate alınmalıdır. İlk olarak “eylemin objektif davranış kurallarına aykırılığının yoğunluğu” değerlendirilmelidir. Örneğin, trafikte kırmızı ışık kuralının, sarı ışıktan kırmızıya geçerken 40km hızla ihlal edilmesi ile, kırmızı ışık çok daha önce yanmışken 120 km ile ihlal edilmesi arasında bir yoğunluk farkı vardır. İkinci ölçüt, “suç failinin kişisel durumu”dur. Mesela, arkadaşına ilaç tavsiye eden bir kişi ile, bu konuda mesleki bilgiye sahip olan bir eczacının kusurluluğu arasında da fark vardır¹⁸. Bu açıdan Roxin’e göre, suç teşkil eden fiilin fail tarafından önlenebilmesinin hiçbir şekilde imkanı yoksa, artık söz konusu fiile dayanarak cezalandırmanın da bir anlamı kalmaz¹⁹.

Failin cezai sorumluluğuna yol açan kusur, kişinin gerçekleştirdiği fiil nedeniyle kınanabilmesi anlamına gelir²⁰. Bu bir değer yargısını ifade eder ve manevi unsurdan farklıdır. Kişi kusurlu olmadığı için işlediği fiilden sorumlu

¹⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.477; Özgenç, s.332.

¹⁷ Pagliaro, s.56.

¹⁸ Tullio Delogu, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi (L'importanza Del Delitto Colposo Nel Diritto Moderno)*, Çev. Yüksel Ersoy, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXXIX, Sayı 1, 1982-1987, s. 123, 124.

¹⁹ Tullio Padovani, “*Teoria Della Colpevolezza e Scopi Della Pena*”, *Osservazioni e Rilievi Sui Rapporti Fra Colpevolezza e Prevenzione Con Riferimento Al Pensiero Di Claus Roxin*, RIDPP, Nuova Serie, Anno XXX, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987, s. 804.

²⁰ Öztürk, Erdem, s. 233; Özgenç, s.213.

tutulamayacak olsa dahi, fiil suç teşkil etmeye devam edebilir. Oysa ki manevi unsurun gerçekleşmediği durumlarda fiil suç oluşturmayacaktır. Şöyle ki; işlediği fiilin hukuki sonuçlarını anlayamayacak derecede akıl hastası olan bir kişinin insan öldürmesi durumunda işlenen fiil suç olma niteliğini devam ettirmektedir, ancak fail kusurlu olarak değerlendirilemez. Elbette bu durumda faile uygulanacak olan yaptırım, kusur yeteneği olan kişilere uygulanan yaptırımlardan farklı olacaktır. Kusur yeteneği olan kişilere, haksızlık içeren fiilleri sonucu ceza yaptırımı uygulanırken, kusur yeteneğinin olmadığından bahsedilen kişilere ise güvenlik tedbirleri uygulanır. Ceza hukukunda bazı yazarlar kusur yeteneğinden yoksun kişiler tarafından gerçekleştirilen fiilleri de haksızlık içerdikleri gerekçesiyle suç olarak nitelendirmektedir²¹. Oysa ki ceza hukukunda “kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi” uyarınca bunu kabul etmek mümkün değildir. Öğretide Öztürk’e göre “*bir kimse ceza normunu anlamaz veya anlayamaz veya anlayabildiği halde ona uygun hareket edemez ise*”, bu hareketin ona isnad edilebilmesi ve bu hareket nedeniyle kınanabilmesi olanaksızdır²². Soyaslan ise, kusur yeteneği olan kişiler ile olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin suç niteliğine sahip olduğunu, bunlara karşılık olarak getirilen yaptırımların ise niteliklerinin farklılık içerdiğini ifade etmiştir. Buna göre, isnad yeteneği olan kişilere uygulanan yaptırımlar, iyileştirici nitelikte olmakla birlikte acı verici bir özelliğe de sahipken; isnad yeteneği olmayan kişilere uygulanan yaptırımlar tedavi edici ve eğitici niteliktedir²³.

2. Kusurluluk ve Kusur (İsnad) Yeteneği

a. Kusur Yeteneği Kavramı

Kusurluluğun nitelik ve kapsamından bahsetmeden önce, kusur (isnad) yeteneğinden bahsedilmesi gerekir. Zira failin, ceza hukuku anlamında sorumlu sayılması için kusurlu olması gerekir. Bunun için de kişinin kusurlu hareket etme yeteneğine sahip olması koşulu aranır. Şu halde kusur yeteneği, failin suçu işlediği sırada gerçekleştirdiği fiilin haksızlığının farkında olması, doğruyu yanlıştan

²¹ Özgenç, s.214

²² Öztürk, Erdem, s.147; Pagliaro, s. 134.

²³ Soyaslan, s. 422.

ayırabilmesi anlamına gelir²⁴. Somut olayda kusurlu hareket edilmiş olmalı ve fail açısından kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden bulunmamalıdır. Bu açıdan suçun manevi unsuru, kusur (isnad) yeteneği ve kusurluluk olarak ikiye ayrılır²⁵.

Kusur yeteneğinin niteliği konusunda öğretilerde çeşitli görüşler mevcuttur²⁶. Bazı yazarlara göre, kusur yeteneği suçun unsurları dışında kalan faile ait subjektif bir durumdur ve bu açıdan kusurluluktan ayrılmaktadır. İkinci gruba göre ise kusur yeteneği kusurluluğun bir ön şartını oluşturmaktadır. Bu görüşe katılan yazarlardan İçel'e göre, kusur yeteneği suçun bir unsuru olarak kabul edilemez ve faile ilişkin şahsi bir özelliktir. Ancak bu kavramın kusurluluktan ayrı nitelendirilmesi de olanaksızdır. Yazara göre, kusur yeteneği kusurlu olmanın adeta ön şartıdır ve birlikte araştırılması gereken bir husustur. Ancak kusur yeteneğine sahip olan bir kişi kusurlu sayılabilir ve bu şekilde işlediği fiil de kusurlu bir fiil olarak ortaya çıkar. Buna karşılık kusur yeteneğini suçun bir unsuru olarak kabul eden yazarlara göre ise, irade suçun objektif bir unsurudur ve kusur yeteneğinden farklıdır. Diğer bir kısım yazarlara göre de, kusur yeteneği kusurluluk kavramından ayrı tutulamaz. Çünkü kusur yeteneği faile ilişkin subjektif bir durumu ifade etmenin ötesinde, psikolojik unsurun bir bölümünü teşkil eder. Buna karşılık öğretilerde bazı yazarlar²⁷, kusur yeteneğinin kusurluluğun bir unsurunu ya da ön şartını oluşturmadığını, ancak faile ait bir durumu ifade ettiğini ileri sürmüşlerdir. Örneğin on yaşındaki bir çocuk bilerek ve isteyerek arkadaşını yaralayabileceği gibi, eline geçirdiği babasına ait silahla istemeyerek de bir kişiyi yaralayabilir. Sonuç olarak bu yazarlara göre, kusur yeteneği fiile ilişkin olarak değil, faile ilişkin olarak incelenmelidir. Zira kusur yeteneği, suça ilişkin bir özellik değil, faili nitelendiren bir olgudur.

İtalyan Ceza Kanunu (Codice Rocco), kusur yeteneğini kusurlulukla birlikte değil, faile ilişkin hükümler içinde düzenlemiştir (m.85 vd.). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı veya azalttığı varsayılan durumlar, İkinci Bölümün "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler"

²⁴ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.477; Demirbaş, s. 319.

²⁵ Öztürk, Erdem, s. 235.

²⁶ İçel, s.18.

²⁷ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, 16. Baskı, s.192 vd.; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, U S-A Yayıncılık, Ankara 2010, s.270.

başlığı altında sayılmıştır. Bunlar; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik ve geçici nedenler ile alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olmadır.

Yaş küçüklüğünü düzenleyen 31.maddeye göre, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ve fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar ile, on beş yaşını doldurmuş olup, on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin alacağı ceza, işledikleri fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin varlığı halinde, indirilerek hesaplanır.

Akıl hastalığını düzenleyen TCK m.32'ye göre ise akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ya da bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir. Eğer failin içinde bulunduğu akıl hastalığı durumu kişinin işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini tam olarak ortadan kaldırmamakla birlikte azaltmış ise, faile verilecek cezada maddede belirtilen indirimler uygulanır.

TCK m. 34'de "Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez" denilmektedir.

Görüldüğü gibi tüm bu düzenlemelerde ortak olan "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme" ve "fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği"dir. Buna göre, kusur yeteneği, failin gerçekleştirdiği fiilin haksızlık içeriğini anlayabilmesi ve iradesini de buna göre yönlendirebilmesi anlamına gelir.

b. Kusur Yeteneğinin Bulunması Gereken Zaman

TCK m.31, 32, 33, 34'te kusur yeteneğinin "fiilin işlendiği sırada" bulunması gerektiği ifade edilmektedir²⁸. Buna göre, hareketin gerçekleştirildiği sırada mevcut olması gereken kusur yeteneğinin neticenin gerçekleştiği sırada da bulunması aranmaz. Zira ihmali suçlarda failin neticeyi meydana getiren ihmalin gerçekleştirildiği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Ancak icrai suçlarda hareketin gerçekleştirildiği, ihmali suçlarda ise gerçekleştirilmesi gerektiği zamanda kusur yeteneğine sahip olup da bu yeteneğini sonradan kaybeden fail hakkında mahkemenin durma kararı vermesi gerekir. Çünkü burada fail akıl hastası olmadığından güvenlik tedbiri uygulanamayacağı için ceza sorumluluğu devam etmekle birlikte, söz konusu durum bir yargılama engeli oluşturmaktadır²⁹.

TCK m.31/2'de "*...işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması...*", TCK m. 32'de ise "*...işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış bulunan...*" demek suretiyle kusur yeteneğinin unsurlarının *algılama* ve *irade* olduğu açıkça belirtilmiştir. Buna göre, failin kusur yeteneğine sahip olduğunun söylenebilmesi için öncelikle gerçekleştirdiği fiilin ne gibi sonuçlar doğuracağını anlayabilmesi, davranışının dış dünyada meydana getireceği değişikliklerin toplum düzenini koruyan bazı kurallara aykırı olabileceğini algılayabilmesi gerekmektedir. Algılama yeteneği olarak da ifade edebileceğimiz bu unsurdan başka, failin irade yeteneğine de sahip olması aranır. Diğer bir ifadeyle fail, toplum düzenini koruyan hukuk kurallarıyla çatışma halinde olan fiili, hukuken meşru olmadığını bilmesine rağmen gerçekleştirmiş, iradesini bu yönde kullanmıştır. Ancak burada hareketinin bir haksızlık oluşturduğunun farkında olan kişinin, bunun kanuna da aykırı olduğunu bilmesi gerekmez³⁰.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir sorun, fiili işlediği sırada kusur yeteneği bulunmayan kimsenin daha önce bu yeteneğe sahip olması ve bu durumu

²⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.477; Demirbaş, s. 319.

²⁹ Öztürk, Erdem, s. 236.

³⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.478.

kendisinin yaratmış olmasıdır. Bu sorun 19. yüzyılda gelişen ve temelleri Kilise Hukukuna dayanan “actiones liberae in causa (sebebinde serbest olan hareket – ALIC) teorisi”nin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu teoriye göre, failin bir suç işlemek için kendisini kusurlu biçimde isnad yeteneğinden yoksun duruma sokmasıyla birlikte, icra hareketleri de başlamış sayılır. Bu şekilde suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren fail ortaya çıkan neticeden sorumlu tutulacaktır³¹. Ancak günümüzde ALIC teorisi daha farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Teoriyi kabul etmeyen bazı yazarlara göre böyle bir durumda failin kusur yeteneğinin varlığı kabul edilmelidir. Kendisini kusur yeteneğinden yoksun hale getiren failin bunu hangi amaçla yaptığının bir önemi yoktur³².

Öztürk/Erdem’e göre, failin icra hareketlerine başlamasından sonra isnad yeteneğini ortadan kaldırmış olduğu durumlarda, actiones liberae in causa teorisini uygulamaya gerek yoktur. Çünkü hareketin gerçekleştirildiği, ihmali suçlarda ise gerçekleştirilmesi gerektiği anda kusur yeteneğine sahip bulunan kişinin bu yeteneğinin neticenin ortaya çıktığı anda da bulunması gerekmemektedir. İcra suçlarda hareketin gerçekleştirildiği, ihmali suçlarda gerçekleştirilmesi gerektiği sırada kusur yeteneği bulunmayan kişinin sorumluluğu, bu durumun ortaya çıkmasındaki kusuruna göre belirlenecektir. Eğer fiili gerçekleştirdiği sırada kusur yeteneğine sahip olmamasında kusursuzsa, failin ceza sorumluluğu da ortadan kalkar. Ancak fail bu duruma kendi kusuru ile kasten sebep olmuşsa sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin (A), bir miktar alkol almış ve bu durumdayken (B)’yi öldürmüş ise; alkolü kendi isteğiyle alarak kusur yeteneğini kasten ortadan kaldırmıştır. Fail bu duruma taksirle neden olmuşsa, yine sorumluluktan kurtulamaz. Failin kusur yeteneğinin ortadan kalkmasına yol açan hareketi bilinçli veya bilinçsiz taksirli olabilir³³. Örneğin yukarıdaki örnekte sarhoş olan fail, kendi kusuru ile mevcut durumda bulunduğu için o sırada bir suç işlerse kasten sorumlu olacak, ancak bebeğini emzirirken uykuya daldığı için boğularak ölümüne sebep olan anne ise taksirinden sorumlu olacaktır³⁴.

³¹ Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 125.

³² Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s.479.

³³ Öztürk, Erdem, s. 240.

³⁴ Demirbaş, s.321.

3. Kusurluluğun Niteliği ve Kapsamı: Özellikle Psikolojik ve Normatif Görüşler

Ceza hukukunun tarihi gelişimi incelendiğinde, cezai sorumluluğun üç temel ilke ile açıklandığı görülür. Objektiflik ilkesine göre, suçun faile yüklenebilmesi için fiil ile ihlal edilen yarar arasındaki nedensellik bağının varlığı yeterli iken, subjektiflik ilkesinde suçun faile yüklenebilmesi için fiil sonucu meydana gelen neticenin fail tarafından istenmiş olması gerekir. Son olarak, karma ilkeye göre, cezai sorumluluktan bahsedebilmek için, hem nedensellik bağının tespiti hem de neticenin subjektif olarak faile yüklenebilir olması gerekmektedir.

Sorumluluğun kollektif olduğu ilkel ceza hukuku döneminde, fiilin suç sayılabilmesi için kusur aranmazken, failin gerçekleştirdiği hareket sonucu zararlı bir neticenin meydana gelmesi yeterli görülmekteydi. Roma hukukunun gelişmesiyle beraber bir fiilin suç sayılabilmesi için, fiil ile netice arasında var olması gerekli görülen nedensellik bağının dışında, failin bu hareketi kendi kusuruyla gerçekleştirmiş olmasının da gerektiği görüşü yerleşmeye başlamıştır. Ne var ki, müşterek ceza hukuku döneminde bu yaklaşımlar tersine dönmüş, suç işleme iradesini ortaya koyan her türlü fiil cezalandırılmıştır. Bu süreçte, kast ve taksir kavramları da farklı şekilde yorumlanmış, kastın çeşitli şekilleri ve bununla birlikte de taksir tartışılmaya başlanmıştır. Bütün bu değişikliklerin sonunda düşünce ve vicdan hürriyetinin önemini ön plana çıkararak tabii hukuk akımı sayesinde, “nullum crimen sine culpa (kusursuz suç olmaz)” ve “cogitationis poenam nemo patitur (kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz)” ilkeleri önem kazanmış ve bu şekilde modern ceza hukukunun temelleri de oluşmaya başlamıştır³⁵.

Bu tür olumlu gelişmeler yaşanmasına rağmen, ceza hukuku alanında kusurluluğa ilişkin prensipler dönem dönem farklı yönere gitmiştir. Bir taraftan objektif sorumluluk ilkesi gereği toplumda ortaya çıkan her türlü zararlı neticenin ceza sorumluluğunu gerektireceği düşüncesi savunulmuş, diğer taraftan ise irade ön plana çıkartılarak, suç işleme niyetinin ortaya çıkması bile ceza sorumluluğu için yeterli görülmüştür. Söz konusu yaklaşım, İkinci Dünya Savaşı sırasında

³⁵ Dönmez, Erman, s.198.

Almanya’da ortaya çıkan ve bir dönem İtalya’da da taraftar toplayan İradî Ceza Hukuku görüşüdür. Buna göre, cezai sorumluluk için failin kusurunun bir şekilde ortaya çıkması yeterlidir. Özellikle siyasi suçlarda uygulama alanı bulmuş olan bu subjektif yaklaşıma göre, failin iradesi ile meydana gelen netice arasında bir paralellik olması da gerekli değildir. Ortaya farklı bir netice çıkmış olsa dahi, failin iradesinin yönelik olduğu netice cezalandırma açısından dikkate alınır³⁶.

Kısaca, tarihi gelişim süreci içinde, subjektif sorumluluk esas olarak kabul edilene kadar, cezai sorumluluk açısından çeşitli değişiklikler yaşanmıştır. Önceleri “başkasının fiilinden sorumluluk” denen ve bir aile ya da sosyal grubun davranışlarından sorumlu olmayı ifade eden ceza sorumluluğu, modern zamanlarda insanlık tarihinin hatalı dönemlerinde kanlı hak arama yöntemleri, siyasi suç isnadı altındaki kişilerin yakınlarına uygulanan baskılar ya da toplu suçlar şeklinde tekrar ortaya çıkmıştır. Söz konusu anormal sorumluluk şekilleri 12.08.1949 tarihli (Savaş zamanı sivillerin korunmasına ilişkin) Genevre Konvansiyonu tarafından yasaklanırken, 17.12.1951 tarihinde de İtalya’da yasalaşmıştır. Buna göre, “hiç kimse kendisinin gerçekleştirmediği bir suçtan dolayı cezalandırılmaz” ve “korkutma amaçlı önlemler ve toplu cezaların verilmesi yasaktır”³⁷.

Kusurluluğun niteliği ve kapsamını açıklayan çeşitli görüşler mevcuttur. Alman öğretisinde Nazi Almanyası döneminde kabul gören “failin kusuru teorisi (colpa d’autore)³⁸” ve “davranışın amaçsallığı teorisi (teoria finalistica dell’azione)” bunlardan bazılarıdır. Kusurluluğun niteliğine ilişkin kabul gören bu teorilerin dışında, özellikle iki teori ceza hukukunda önem kazanmıştır: *psikolojik teori* ve *normatif teori*. Kusurluluk kavramının açıklanmasına yönelik çalışmalar, İtalyan öğretisinde başta Vannini olmak üzere, Delitala, Ranieri, Maggiore, Battaglini ve De Marsico tarafından ele alınmış, yaşanan büyük tartışmalara rağmen İtalyan öğretisi genel olarak kusurluluğu psikolojik görüş ile açıklamayı tercih etmiştir. Buna karşılık, Alman öğretisi kusurluluk bakımından normatif görüşe doğru yönelmiştir³⁹.

³⁶ Dönmezer, Erman, s.199.

³⁷ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale*, V. Edizione, Cedam, Padova, 2007, s.275.

³⁸ Pagliaro, s.152.

³⁹ Girolamo Bellavista, *Il Problema Della Colpevolezza*, Estratto Dagli Annali Del Seminario Giuridico Della R. Università di Palermo, 1942, s. 24, 25.

a. Failin Kusuru Teorisi (Colpa d'autore)

Kusurluluğun niteliğine ilişkin geleneksel görüşe karşı çıkararak *fail kusuru* (*theaterschuld*) ya da *yaşama tarzı dolayısıyla kusurluluk* (*colpa per la condotta della vita*) şeklindeki görüşü ortaya atanlar, von Liszt başta olmak üzere, Alman Pozitivistleri olmuştur. Bu şekilde belirli suçların (aylaklık ya da fahişelik gibi) cezalandırılması, ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenlerin uygulanması mümkün olmuştur⁴⁰.

Bu görüşe göre fail sadece fiili işlediği ana ilişkin olarak değil, o ana kadar sürdürdüğü hayat tarzı itibariyle kusurludur ya da değildir. Özellikle itiyadi suçlarda cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bu düşünceye göre, çağdaş devlet antisosyal kişiliğini açığa vuran herkesi kusurlu sayabilir. Nazi felsefesi tarafından da benimsenen bu teoride, yargıç failin geçmiş yaşamını ve genel olarak kişiliğini göz önünde tutarak o fiile özgü olarak değil, genel olarak bu şekilde yaşamış olması sebebiyle faili kusurundan ötürü cezalandıracaktır⁴¹.

Türk ceza hukukunda özellikle itiyadi suçlar hakkında uygulanan infaz rejimi ve tedbirler bakımından etkili olmuş olan “fail kusuru teorisi”, failin kendisini farklı bir psikolojik durum içerisine sokabileceği iddiasına dayanması, bu iddianın ise yargıç tarafından tespit edilmesinin çok zor olması gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira failin bu şekilde davrandığının belirlenebilmesi öncelikle fail açısından bu çeşit bir değişikliğin gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığının tespitine bağlıdır. Bununla birlikte bir hukuk devletinde, kişinin normalin dışında kötü bir karaktere sahip olduğu iddiasıyla cezalandırılması mümkün olmamalıdır⁴².

b. Davranışın Amaçsallığı Teorisi

Davranışın amaçsallığı teorisi, temelinde felsefi nitelikli olan ve özellikle kusur yeteneğinden yoksun kişiler hakkında uygulanacak cezalar ve ceza kanunlarının düzenlenmesinde ortaya çıkan değişiklikler sonucunda oluşmuştur.

⁴⁰ Pagliaro, s. 152, 153.

⁴¹ Demirbaş, s. 341; Dönmezer, Erman, s.206 vd.; Toroslu, s. 195.

⁴² Toroslu, s. 196.

Welzel tarafından ortaya atılan teoriye göre, kast kusurluluğa ait bir unsur değil, fiile ve hukuka aykırılığa ait bir unsurdur. Taksirli davranışla neden olunan netice ise, Welzel'e göre, amaçsal davranışın içinde yer almaktadır⁴³.

c. Psikolojik Teori

Psikolojik teoriye göre, kusurluluk psikolojik bir kavramdır⁴⁴. Başka bir anlatımla, failin neticeyi meydana getiren hareketi gerçekleştirirken sahip olduğu şuur ve iradedir.

Psikolojik teoriyi benimseyen yazarlar, kusurluluğu kasttan ve taksirden ibaret bir bütün olarak değerlendirmişler ve bu iki kavramı ortak bir esasa dayandırmaya çalışmışlardır. Buna göre, kast ve taksirin ortak temeli *istemedir*. Çünkü kast failin hareketi ve neticeyi istemesi iken, taksir sadece hareketin fail tarafından istenmesidir⁴⁵.

Bu teorinin taraftarlarından olan von Liszt'e göre, suç, failin kusuru ile gerçekleştirdiği ve ceza müeyyidesiyle karşılaşan kusurlu bir harekettir. Suçun tanımı bu şekilde yapılıncı kusur, suçu meydana getiren hareketin bir unsuru haline gelirken, failin kusur yeteneğine sahip olması gereği de bir ön şart olarak karşımıza çıkar⁴⁶.

Psikolojik görüşü destekleyen bazı yazarlar (Kohlrausch), taksirin kastın bir türü olduğunu ileri sürmüş, kusurluluğun esasının her zaman için kast olduğunu ifade etmişlerdir. Bu görüş savunucularına göre, kusurluluğun irade ve neticenin öngörülmesi şeklinde iki subjektif unsuru vardır. Neticenin öngörülmesi kast ile taksirin ortak noktasıdır. Zira neticenin öngörülmediği durumlarda kusurluluktan bahsetmek de olanaksızdır. Bu düşünce bilinçsiz taksiri bir kusurluluk şekli olarak görmeme sonucuna yol açar. Bilinçli taksir ise bir kusurluluk çeşidi olmakla birlikte esasen o da kastın bir şeklidir. Kast, zarar kastı ya da tehlike kastı şeklinde bulunur.

⁴³ Hafizoğulları, s.266, dipnot 96.

⁴⁴ Toroslu, s.190.

⁴⁵ Dönmezer, Erman, s.201; İçel, s.10.

⁴⁶ İçel, Evik, s.169.

Bu görüşe göre, istisnai bazı durumlarda kast zararlı neticeyi de kapsar; bazı durumlarda ise taksir şeklinde belirir ve sadece tehlikeye yöneliktir. Zarar kastı ya da tehlike kastı olarak ifade edilen bu durumlardan tehlike kastı aslında neticenin öngörülüp istenmemesi olan bilinçli taksirden başka bir şey değildir⁴⁷.

Diğer bazı yazarlara (Galliner, Vannini, Gallo) göre ise, kusurluluk, fail ile netice arasındaki manevi bir ilişkidir ve söz konusu ilişki hareketin taksirle gerçekleştirilmesi durumunda ortaya çıkmamaktadır. Bu görüşe göre, kusurlulukta iradi olan neticedir, yani fail hareketinin neticesini istemektedir. Dolayısıyla da kusurluluğun tek şekli kasttır. Sonuç olarak bu yazarlara göre, failin taksirle hareket etmesi durumunda suçun manevi unsuru gerçekleşmediği gerekçesiyle bu gibi fiiller dar anlamda suç sayılmazlar ve bunlara güvenlik tedbirleri uygulanır⁴⁸.

Vannini'ye göre, kanun tarafından suç olarak tanımlanmış bir fiilin cezalandırılabilmesi için, sadece fiili gerçekleştiren failin kusur yeteneğine sahip olması yetmez, söz konusu fiilin aynı zamanda kusurlu bir şekilde ortaya çıkmış olması gerekir. Başka bir ifadeyle, fail ile gerçekleştirdiği fiil arasında var olan maddi bağın yanısıra, manevi yani psikolojik bir bağın da mevcut olması gerekir. Bu bakımdan kusurluluk, her suç açısından geçerli olan ve fail tarafından ceza kanununa aykırılık teşkil eden fiilin isteyerek gerçekleştirilmesi anlamına gelir. Yazarın taksir konusundaki görüşleri ise öğretide yaygın olan görüşlerin tam tersi doğrudur. Buna göre taksirin ceza sorumluluğuna sebep olabilmesi için bilinçli taksirin söz konusu olması gerekir. Bazı düşünürler tarafından taksirin tek ve esas şekli olarak kabul edilen bilinçsiz taksir, tedbirli ve dikkatli olmayı öngören tehlikeye ilişkin bir normun, gerçekleşme olasılığı bulunan tehlikelerin dikkate alınmaması suretiyle fail tarafından iradi olarak ihlali anlamına geldiği takdirde, kusurluluğun temelini oluşturamaz⁴⁹.

Ranieri'ye göre de kusurluluk, fail ile fiil arasında mevcut olan ve psikolojik bir karakter taşıyan subjektif ilişkidir. Bu şekilde kast ve taksir kusurluluğun

⁴⁷ Bellavista, s. 32; Dönmezer, Erman, s.201; İçel, s.11; İçel, Evik,.169.

⁴⁸ Gallo, *Il Concetto Unitario Di Colpevolezza*, s. 37, 38; Dönmezer, Erman, s.202; İçel, s.11; İçel, Evik, s.170.

⁴⁹ Bellavista, s. 25, 26.

birbirine zıt iki şekli oluşturur. Zira taksir durumunda iradi bir fiil sonucu fail tarafından istenmeyen bir netice ortaya çıkarken, kasten işlenen suçlarda hem fiil hem de netice fail tarafından istenmektedir. Ranieri'ye göre kast ve taksirin bu özellikleri, hiçbir şekilde değişikliğe uğramayacak olan ve kanun koyucudan önce, doğa tarafından getirilmiş kurallardır. Her iki kavramı bir araya getirmeye çalışmak ya da aralarında mevcut olan doğal zıtlığı kaldırmaya çalışmak sonuçsuz kalacaktır. Genel olarak yazarın savunduğu görüşler geleneksel öğretiyile örtüşmekle birlikte, kanun koyucu tarafından açık bir ifadeyle istemenin yanında bilme unsuruna da yer verilmiş olmasının, failin kusurunun belirlenmesi için yeterli olmadığı noktasında bir farklılık içermektedir. Ranieri'ye göre, failin kusurunun doğru bir şekilde belirlenebilmesi için, fail suç teşkil eden fiili isteyerek gerçekleştirirken bunun altında yatan sebeplerin de araştırılması gerekir. Başka bir ifadeyle, kusurluluğun tespit edilebilmesi için sadece istemenin ya da iradenin varlığının tespiti yetmez, ayrıca bu istemenin oluşum sürecinin de incelenmesi lazımdır. Sonuç olarak söz konusu araştırmanın yapılması, hem failin kusurluluğunun hem de suça karşılık olarak verilecek olan cezanın miktarının kanun tarafından belirlenmiş sınırlar dahilinde tespit edilebilmesi bakımından önem taşır⁵⁰.

Alman öğretisinde kusurluluğun psikolojik bir kavram olduğunu savunan Löffler'e göre; kast, taksir ve bilinçli taksir olmak üzere üç şekli bulunan kusurluluk⁵¹, dış dünyada zarar şeklinde beliren netice ile failin içsel durumu arasındaki ilişkiler bütünüdür. Yazara göre, kusurluluğun ilk şeklini oluşturan kastta isteme olgusu açık bir şekilde ortada iken, bilinçli taksirde netice öngörülmekte ancak istenmemektedir. Taksirde ise söz konusu olan isteme ya da öngörme değil, öngörebilme ve kaçınabilmedir. Bu şekilde taksirin temeli dikkat eksikliğine dayanır. Bu yönde bir kabulün sonucu olarak uygulanacak olan yaptırım da *dikkate davet* ya da bir *uyarı* şeklinde olur. Benzer fikirler Alman öğretisinde başka yazarlar tarafından da ileri sürülmüştür. Söz konusu yazarlar ancak hiç kimsenin istemediği bir netice yüzünden cezalandırılmasının kabul edilmemesi gerektiği düşüncesiyle

⁵⁰ Bellavista, s. 28, 29.

⁵¹ Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s. 222.

taksir konusunda sadece hukuki sorumluluğun söz konusu olabileceğini belirtilmişlerdir⁵².

Psikolojik görüş çeşitli nedenlerle eleştirilmiştir. Öncelikle kusurluluk kavramının açıklanabilmesi için sadece iradeden bahsedilmesinin yeterli olmadığı, iradenin fail ile netice arasındaki manevi bir ilişkiden ibaret olduğu ifade edilmiştir. Kusurluluğun mevcut olması için, iradenin yanında failin hareketinin norm tarafından verilen emre aykırı da olması gerekir⁵³.

Ayrıca, manevi nedensellik bağı açısından kastın kusurluluğun tek şekli olarak kabul edilmesi ve taksirin göz önüne alınmaması da eleştirilen hususlardan biri olmuştur. Kast ile taksiri tek bir psikolojik temele dayandırmak, teorik anlamda taksiri kabul etmemek anlamına gelir. Mevzuatta açıkça yer alan taksir kavramı aslında failin psikolojik durumundan çok, gerçekleşen neticenin normal bir kişi tarafından öngörülebilir olup olmadığı ve failin dikkatli ve özenli davranıp davranmadığı hususlarında verilecek olan değer yargısından ibarettir⁵⁴.

Psikolojik teori bazı yazarlar tarafından taksir bakımından yetersiz görülmüş ve kusurluluğun açıklanmasında sadece psikolojik kavramla yetinilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Çünkü böyle bir düşünce, kast ve taksir kavramlarını bir arada psikolojik kavramlarla açıklama anlamına gelir ve hukuka uygun bir fiil gerçekleştiren kişilerin de kusurlu olması sonucunu doğurur. Bu da meşru savunma gibi hukuka uygunluk durumlarında dahi failerin kasten hareket ettiği sonucuna götürür⁵⁵.

d. Normatif Teori

Normatif teoriye göre kusurluluk, ceza normlarının içerdiği yasak ve emirler ile failin iradesinin birbirine uymaması anlamına gelmektedir. Kusurluluğun temeli

⁵² Gallo, *Il Concetto Unitario Di Colpevolezza*, s. 40; İçel, s.12; İçel, Evik, s.170.

⁵³ İçel, s.14; Hafizoğulları, s.267.

⁵⁴ Dönmezer, Erman, s.202.

⁵⁵ Dönmezer, Erman, s. 202.

hukuka aykırılıktır. Dolayısıyla da sadece psikolojik bir bağı ifade eden irade ile kusurluluğun açıklanması mümkün değildir. Kast ve taksirin ortak noktasını hukuka ve ödevde aykırı irade teşkil eder⁵⁶.

Normatif görüşe göre fail, ceza normunun koyduğu yasaklara ve yüklediği ödevlere rağmen hukuka aykırı hareketi gerçekleştiriyorsa kusurludur. Failde hukuka aykırı hareketi gerçekleştirmeye yönelik olan irade, yani hukuka aykırılık bilinci, kast ve taksirin ortak noktasını oluşturmaktadır. Failde var olan söz konusu kusurlu iradenin kanun hükümlerine uygun olmadığı değerlendirilmesini yapacak olan; bir görüşe göre failin kendisidir. Eğer fail kanuna aykırı hareket ettiği hususunda bilinçli ise kusurludur. Diğer bir görüşe göre ise bu değerlendirmeyi yapacak olan üçüncü bir kişi yani yargıçtır. Üçüncü kişi tarafından yapılacak olan değerlendirmenin ölçüsü ise hukukidir. Failin kusurlu sayılması için, kanuna aykırı hareket etmesi yeterli olup, bunu ayrıca kanunun koyduğu ödevde aykırı hareket etme bilinciyle gerçekleştirmiş olması koşulu aranmamaktadır. Failin kanuni iradeye aykırı hareket edip etmediğini ise yargıç değerlendirecektir⁵⁷.

İtalyan öğretisinde Delıtala tarafından da savunulan normatif teori, fail ile gerçekleştirdiği fiil arasında mevcut olan psikolojik ilişkinin yanısıra, fail ile fiili suç olarak kabul eden norm arasında mevcut olan ilişkiye dayanmaktadır. Yazara göre, hem kast hem de taksir bakımından eşit olan bu ilişki gereği, kasten gerçekleştirilen fiilin istenerek işlendiği, aynı şekilde de taksirle gerçekleştirilen fiilin istenmeyerek ya da kısmen istenilip (fiilin gerçekleştirilmesi bakımından) kısmen de istenmeyerek (neticenin meydana gelmesi bakımından) gerçekleştirildiği tek başına savunulamaz. Bu hususla birlikte, failin istemesi ile gerçekleşen kasten işlenen fiillerin esasında istenmemesi gereken fiiller olduğu; failin istemediği ancak yine de gerçekleşen taksirli hareketlerin ise aslında hiç meydana gelmemiş olmaları gerektiği ilave edilmelidir. Her iki durumda da failin bilinçli ya da bilinçsiz şekilde gerçekleştirdiği fiilin kusurluluk özelliği, kanuni düzenlemenin öngördüğü davranış şekline aykırılıktan ileri gelir⁵⁸.

⁵⁶ İçel, s.15; Toroslu, s. 190.

⁵⁷ Dönmezer, Erman, s.203.

⁵⁸ Bellavista, s. 43.

Normatif görüş de çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Dönmezer'e göre, normatif görüş, kusurluluk hakkında genel ve tamamlayıcı bir açıklama getirmekten uzaktır. Aksi bir kabul hukuka aykırılık unsurunu manevi unsur içine dahil eden görüşü kabul etmek anlamına gelir. Diğer taraftan sadece psikolojik görüşün kabulü de kast ve taksiri aynı esasta birleştirmek anlamına gelir ve bilinçli – bilinçsiz taksir ayırımında karışıklıklara yol açabilir. Zira kanun bir fiilin suç teşkil etmesi için hareketin iradiliğini aramış ve bunu kusurluluğun üç farklı durumu şeklinde ifade etmiştir. Kast, kastın aşılması ve taksir olarak tanımlanan bu üç farklı durumun ortak tek bir noktası vardır, ki o da *kusurlu iradedir*. Söz konusu iradenin incelenmesi ancak psikolojik alanda mümkün olabilir. Ancak taksir durumu ortaya çıktığında sadece psikolojik değerlendirme yapılması yetmeyebilir ve bu takdirde failin kanunun bazı normlarına gerektiği şekilde uyup uymadığının da araştırılması gerekebilir. Bu şekilde, yazara göre, kusurluluk psikolojik bir kavram olmakla birlikte, bu görüş taksirin açıklanmasında yetersiz kalmaktadır. Bu noktada her iki teorinin birbirini tamamladığı söylenebilir⁵⁹.

Vannini de normatif teoriyi eleştirerek, normativistlerin, norma aykırılık anlamına gelen taksirin esasını incelemek ve kastla birlikte içerdiği subjektif karakteri belirleyerek kusurluluğun genel yörüngesine oturmak yerine, cezanın psikolojik dinamiği ve sorumluluğun geleneksel yaklaşımları göz ardı edilerek elde edilmiş olan bir normatif taksir kavramını savunduklarını ileri sürmüştür. Taksiri sadece bilinçli taksir olarak kabul eden yazar, normatif teori tarafından ele alındığı şekliyle taksirin, bir kusurluluk türü olmadığını, bu şekilde taksire ilişkin olarak varılan sonucun da yanlış bir taksir kavramına götürdüğünü ve bu bağlamda yalnızca objektif sorumluluğun söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Suçun kasten ya da taksirle işlenmiş bir fiille ortaya çıkan kanuna karşı gelme isteği olduğunu savunan Vannini'ye karşı gelenler ise, kusurluluğun, istenmemesi gerekenin istenmesi olmadığını, ancak ortaya çıkmaması gereken bir isteme olduğunu ileri sürmüş; bununla birlikte kusurluluğun, failin söz konusu hukuka aykırılığın bilincinde olmasından bağımsız bir hukuka aykırılık bilinci olduğunu da belirtmişlerdir. Oysa ki

⁵⁹ Dönmezer, Erman, s. 205; İçel, s.16

Vannini'ye göre, kusurluluğun altında yatan sorun, ki aynı zamanda taksire de ilişkin olan sorun, hukuka aykırılık bilincine ilişkindir⁶⁰.

İçel'e göre, kusurluluğun esas şekli olan kastta, psikolojik bir inceleme kusurluluğun tespiti açısından yeterlidir. Çünkü fail hareketini gerçekleştirirken meydana gelecek olan neticeyi öngörerek ve isteyerek gerçekleştirir. Diğer ifadeyle kast açık bir şekilde belirir. Ancak taksir söz konusu olduğunda durum biraz farklıdır. Taksirli suçun faili, kendisine kanun ya da toplum tarafından yüklenen bir takım ödevleri, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek ihlal ettiği için cezalandırılır. Esasen bu şekilde bir hareketi gerçekleştirerek zararlı neticeye neden olan fail, gerekli dikkat ve özeni gösterme şeklinde iradesini kullanmamıştır. Burada önemli olan husus neticenin öngörülebilir olması gerektiğidir. İşte bu noktada taksirin psikolojik unsuru ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak taksirde, "vazifeye aykırılık" kavramından bahsetmeden kusurluluğu açıklamak mümkün değildir⁶¹.

e. Değerlendirme

Kusurluluğun niteliği ve kapsamı konusunda incelenen bütün görüşler ele alınacak olursa, hepsinde ortak olan sorunun taksir noktasında yoğunlaştığı ifade edilebilir. Hem psikolojik teori hem de normatif teori taksirin kusurluluk niteliğinin tespitinde yetersiz kalmaktadır⁶². Psikolojik görüş taraftarları kast ve taksiri aynı temele dayandırmak çabası içine girmişler, ancak taksirli suçlar söz konusu olduğunda normatif alanda kusurluluğun açıklanmasına ihtiyaç duyulduğu görülmüştür. Öte yandan normatif görüşü destekleyenler de hukuka aykırılık unsuru ile manevi unsuru bir arada görerek kastın dahi psikolojik teori ile açıklanamayacağını ileri sürmüşlerdir.

Psikolojik teoriyi savunan yazarlar ile normativistlerin kusurluluğun esasını açıklamaya yönelik olarak kullandıkları metotlar birbirinden farklıdır. Psikolojik teori taraftarları kanun koyucu tarafından kullanılmış olan somut ifadelerden yola çıkarak, ampirik temellerinden bağımsız bir kusurluluk kavramı ortaya koymaya

⁶⁰ Ottorino Vannini, "Colpa Normativa", Archivio Penale, Volume V, Parte I, 1949, s.32.

⁶¹ İçel, s.17; İçel, Evik, s.172.

⁶² Hafizoğulları, s.268.

çalışmışlardır. Buna karşılık positivistlerin öne çıkan amaçları, belirli bir kusurluluk kriterini ortaya koymak ve sonuç olarak ne zaman kusurlu olunur sorusuna cevap verebilmektir⁶³.

Kusurluluk, ceza hukukumuzda işlenmiş olan bir fiile ilişkin olarak değerlendirilmektedir. Artık neredeyse geleneksel bir görüş haline gelen kusurluluğun fiile özgü olduğu düşüncesi sonucunda, failin belirli bir fiilde kusurlu hareket etmişken, başka bir fiili kusurlu olmayan bir şekilde işlemiş olduğu söylenebilir. Bu şekilde belirli bir fiile ilişkin olarak, failin bütün hayatı, yaşam tarzı ele alınmamakta, sadece o fiile ilişkin olarak hayatının o parçası değerlendirilerek kusurlu olup olmadığı belirlenmektedir. Oysa öğretilerde, “kusurluluğun karakterolojik anlayışı” olarak ifade edilen bir düşünceye göre, kusurluluk failin karakterinde, kişisel antisosyalliğindedir. Söz konusu düşüncenin günümüzde uygulanabilir olduğunu söylemek mümkün değildir. Her ne kadar bir defa suç işleyen kişinin tekrar suç işleme ihtimali anayasa ve ceza kanunlarında suç belirlenirken göz önüne alınsa da, esas nokta hukuka aykırı fiil sonucu ortaya çıkan suçun ağırlığıdır, yoksa failin kişisel durumu değildir⁶⁴.

Toroslu'ya göre, kusurluluk bahsinde ele alınan normatif ve psikolojik anlayışlar, esasen birbirlerini tamamlayıcı niteliklere sahiptir. Psikolojik teori, failin zararlı neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradesini psikolojik yönden ele alır ve kusurluluğu, meydana gelen netice ile failin davranışı arasındaki ilişkiye dayandırması açısından yerindedir. Aynı şekilde, normatif teori de, failin uyması zorunlu olan kuralları ihlal ederek kusurluluğunu ortaya koyduğunu kabul eder. Bu şekilde kasten işlenen suçlarda kusurluluğun temelini, failin hukuka aykırı bir fiili istemesi ve bunu bilerek gerçekleştirmesi oluştururken, taksirli suçlarda failin iradesi dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline yönelir. Böylece, failin iradesinin failden beklenen davranış kurallarına aykırılığı, kusurluluğu meydana getirir⁶⁵.

TCK'nın madde gerekçelerinden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu normatif görüşü benimsemiştir. Buna göre, taksirle işlenen suçlarda failin kusurunun

⁶³ Gallo, *Il Concetto Unitario Di Colpevolezza*, s. 14, 15.

⁶⁴ Hafizoğulları, s.269.

⁶⁵ Toroslu, s.191.

değerlendirmesi yargıç tarafından yapılırken, eski düzenlemede olduğu gibi matematiksel bir değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak, normatif değerlendirmeyle yargıç tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilecektir. Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.

Bütün bu açıklamalar taksirli suçların cezalandırılmasının normatif teori ile açıklanabileceğini göstermektedir. Zira psikolojik teoriye göre, taksirle işlenen bir fiil sonucu meydana gelen neticeden failin sorumlu tutularak cezalandırılması meşru değildir. Failin iradesinin neticeye yönelik olmadığı bir durumda cezalandırmadan bahsedilmesi, objektif sorumluluğa yaklaşan bir durumdur. Oysa normatif teori dikkate alındığında, taksir, kusurluluğun dayanağını oluşturur ve failin davranış kurallarını ihlal eden hareketinden sorumluluğu gerektirmesi yönüyle subjektif bir nitelik gösterir⁶⁶.

4. Kusurluluğun Türleri

Modern ceza hukuku öğretisi haksızlık bilincini kasttan ayırmışken, pozitivizm anlayışına dayanan klasik suç teorisinde kast ve kusur aynı anlamda kullanılmış ve kast, taksirle birlikte bir kusurluluk şekli olarak kabul edilmiştir. Modern öğretiye göre, kast tipik neticenin subjektif olarak faile isnad edilebilmesinin temelidir ve bunun sonucu olarak tipikliğin subjektif bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte kast aynı zamanda bir kusurluluk türüdür. Bu şekilde kastın çifte işlevi ortaya çıkmaktadır⁶⁷. Alman öğretisinde bazı yazarlar tarafından savunulan bu fikre göre, kast haksızlığın bir işleniş biçimi olmakla birlikte, aynı zamanda da bir kusur şeklidir. Ancak bugün modern Alman öğretisinde çoğunlukla kabul edilen görüş, “kastın haksızlığın subjektif unsuru olduğu” yönündedir. Türk

⁶⁶ Demirbaş, s. 341; Toroslu, s. 211, 212.

⁶⁷ Öztürk, Erdem, s. 245; Koca, Üzülmez, s.182.

öğretisinde Özgenç'e göre, kast ve taksir, klasik suç teorisinde olduğu gibi kusurluluk şekli değil, birer haksızlık şeklidir⁶⁸. Yeni TCK'da yer alan düzenlemelerin niteliği dikkate alındığında Özgenç'e katılmamak mümkün değildir. Ancak bu görüşten ayrıldığımız hususlar da mevcuttur. Buna göre, fail tarafından gerçekleştirilen bir eylemde haksızlık muhtevasının bulunması, o eylem nedeniyle faille bir yaptırım uygulanmasını gerektirmekle birlikte, söz konusu yaptırımın türü, failin isnad yeteneğinin olması durumunda ceza, isnad yeteneğinin tespit edilememesi halinde ise bir güvenlik tedbiri olacaktır. Bu bakımdan failin işlediği suç teşkil eden bir fiil, içerdiği haksızlık muhtevasına rağmen fail tarafından kusurlu olarak gerçekleştirilmediği sürece, ortada kanun tarafından aranan tipte bir fiilin olduğu da söylenemeyecektir. Örneğin sekiz yaşında bir çocuk, ortak yaşamının gereği olarak ya da ailesinden aldığı eğitim sayesinde başkasına ait bir malın izinsiz bir şekilde alnamayacağını ya da sokakta oynarken taş atmak suretiyle bir evin camını kırmanın yasak olduğunu bilir. Buna karşın bu çocuğun cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü TCK m. 31/1'de, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun olmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, on iki yaşından küçük bir çocuğun bir fiil işlemesi halinde, bunlar hakkında ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Başka bir ifadeyle, 0 – 12 yaş grubundaki çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Kanun tarafından bu kişilerin gerçekleştirdikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve hareketlerini yönlendirme kabiliyetlerinin yeterli olgunluğa erişmediği hususu, aksi öne sürülemeyecek bir şekilde kabul edilmiştir. Sonuç olarak on iki yaşından küçük bir çocuk işlediği fiilin haksızlık muhtevasını algılayabilecek durumda olsa bile, isnad yeteneğinden bahsedilemediği için ceza sorumluluğu da söz konusu olmamaktadır.

Buna karşın öğretilerde Yargıtay tarafından verilen bir kararda on bir yaşını bitirmemiş olan failin "sanık"; fail tarafından gerçekleştirilen fiilin de "suç" olarak kabul edilmesi eleştirilmiştir. Çünkü, ceza muhakemesi hukukuna ilişkin olmak üzere teknik bir kavram olan "sanık", sadece Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen kurallar kapsamında işlenen bir suç sonucunda verilen cezanın muhatabı olan kişidir. Bu bakımdan isnad yeteneği bulunmayan kişilerin fiilleri neticesinde

⁶⁸ Özgenç, s.333.

güvenlik tedbirlerinin uygulanması gündeme geleceğinden, bu kişilerin sanık olarak nitelendirilmesi kabul edilemez⁶⁹.

Nitekim 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)⁷⁰'nin 3.maddesinde yer alan ifadeye göre, “suça sürüklenen çocuk, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder”. ÇKK'nın bu düzenleme ile amaçladığı husus, çocukların yargılanmasının, yetişkinler için öngörülen yargılama usullerinden farklı olması gereğidir. Zira hem TCK hem de ÇKK, 0 – 12 yaş grubundaki çocukların hareketlerinin anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin yeterli gelişim düzeyine ulaşmamış olduğunu kabul etmektedir⁷¹.

Suçun manevi unsurunu oluşturan kast ve taksirin birer kusurluluk türü ya da haksızlığın bir gerçekleştiriliş şekli olup olmadığına ilişkin açıklamalarımıza yukarıda yer verdikten sonra, ceza sorumluluğunun esas şeklinin kast ve istisnai durumun da taksir olduğu ifade edilmelidir. Taksir ancak kanun tarafından açıkça öngörülmüşse cezalandırılabilir. TCK m. 21/1'de “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” denilerek ceza hukukunda kastın asıl sorumluluk biçimi olduğu açıklanmıştır. Buna karşılık failin taksirli hareketinden dolayı cezalandırılabilmesi için, bunun suç tipinde ayrıca ve açıkça öngörülmüş olması gerekir. Bu durum TCK m.22' de “*Taksirle işlenen fiiller, Kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” şeklinde ifade edilmiştir. Taksirli suçlar, kasten işlenen suçlardan tamamen ayrı bir kusurluluk biçimidir. Kastın varlığının kabul edilmesi, aynı netice bakımından taksiri ortadan kaldırırken, bir fiilin kasten işlenmemiş olması, her durumda mutlaka taksirin var olduğu sonucuna götürmez⁷². Kast ve taksir birbirlerinden ayrı ceza hukuku kavramları olmalarına karşın, yine bazı noktalarda benzerlik içermektedirler. Örneğin her iki durumda da fail tarafından ortaya koyulan hareketin iradi olması aranır. Aynı şekilde hareket ile ortaya çıkan netice arasında mevcut olması gereken

⁶⁹ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin Saygılar, Esra Alan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s.776.

⁷⁰ Kabul tarihi: 03.07.2005, Yayımlandığı R.G. Tarih: 15.07.2005, Sayı: 25876.

⁷¹ Handan Yokuş Sevik, “*Suçta Sürüklenen Çocukların Muhakemesi*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör. Bahri Öztürk, Seçkin, Ankara, 2009, s. 627.

⁷² Öztürk, Erdem, s. 244; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.349.

nedensellik bağı hem kast hem de taksir bakımından geçerlidir. Bunlara ek olarak, hukuka aykırılık unsuru bakımından bir fiilin kasten işlenmiş şekli ile taksirle işlenmiş şekli arasında herhangi bir fark söz konusu değildir⁷³.

İtalyan Ceza Kanunu'nda da geleneksel hukuk görüşü benimsenmekte ve kusurluluğun esas şeklinin kast olduğu ifade edilmektedir⁷⁴. Bu durum İt.CK. m.42/2'deki düzenlemenin doğal bir sonucudur. Buna göre, kastın aşılması suretiyle ya da taksirle işlenmesi halinin kanun tarafından açıkça düzenlenmiş olması hariç, hiç kimse kanun tarafından suç olarak öngörölmüş bir fiili kasten işlemedikçe cezalandırılmaz.

Günümüz ceza hukukunda ceza sorumluluğunun esası, failin kasten hareket etmiş olması iken; kastın temel unsurları failin hareketi ve neticeyi hem bilmesi hem de istemesidir. Bilme ve isteme unsurları, tipikliğe ait objektif unsurları kapsamalıdır. Dolayısıyla failin iradesi suçu oluşturan hareket, netice, nedensellik bağı, suçun konusu, fail, mağdur gibi suçun konusunu oluşturan tüm unsurlara yöneliktir. Söz konusu irade, fail tarafından suç teşkil eden neticeye yönelik fiili gerçekleştirdiği zaman; yani icrai suçlarda, suçu meydana getiren fiili icra ettiği, ihmali suçlarda da suç teşkil eden ihmali gerçekleştirdiği sırada mevcut olmalıdır. Fail suç yolunda ilerlerken, suç işleme iradesinin bir şekilde ortadan kalkması halinde, hazırlık hareketleri aşamasında ise suç da ortadan kalkarken, icra hareketlerini gerçekleştirmeye başladıktan sonra ortadan kalkması durumunda, şartlarına göre teşebbüs ya da gönüllü vazgeçme söz konusu olur⁷⁵.

Ceza hukukunda yaşanan gelişmelerle birlikte günümüze ulaşan kast kavramı, Carrara tarafından, kanuna aykırı olduğu kabul edilmiş olan bir fiili gerçekleştirme niyeti olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanım, kanuna aykırılık bilincini yansıtarak kastı kesin bir şekilde tanımlamaya yardımcı olduğu için yerinde görölmüş, ancak

⁷³ Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s. 271.

⁷⁴ Ferrando Mantovani, "Colpa", Digesto Delle Discipline Penali, IV.Edizione, UTET 1988, s. 300.

⁷⁵ Centel, Zafer, Çakmut, s.382; Öztürk, Erdem, s. 246, 247.

kastın isteme unsurunu ve failin elde etmek istediği “kanunun ihlal edilmesi anlamına gelen amacı”nı tam olarak vurgulamadığı için de eksik bulunmuştur⁷⁶.

Taksirli suçlar kasten işlenen suçlara göre, toplum açısından daha az tehlikeli oldukları gerekçesiyle istisnai hallerde kanun tarafından düzenlenmektedir. Ancak kastla işlenen suçlarda olduğu gibi taksirli suçlarda da toplum kurallarının ihlal edilmesi söz konusudur. Bu yüzden taksirli suçların cezası, temel suça göre daha azdır. Bunun sebebi, her iki kusur şeklinde de toplum tarafından kabul edilen kurallar ihlal edilirken, fail eğer kast ile hareket ediyorsa, söz konusu kuralları bilerek ve isteyerek ihlal ediyor demektir. Oysa ki, fail taksirli bir fiil gerçekleştirmişse o halde söz konusu ihlal, dikkate ve özen yükümlülüğüne aykırılık neticesinde gerçekleşir⁷⁷. Buna karşılık İtalyan öğretisinde, taksirli suçların kasten işlenen suçlara göre daha az kusurluluk içermesinin, aslında taksirli suçların yarattıkları tehlikenin toplum açısından daha hafif olduğu anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Buna göre taksirli suçlar, trafikte yaşanan örneklerde olduğu gibi, toplum için adeta patlamaya hazır bir bomba gibidirler⁷⁸.

Normlar tarafından belirlenen davranış modellerine aykırı hareket eden failin, ne tür şartların gerçekleşmesiyle cezalandırılacağını ya da tam tersi hangi durumlarda kusurlu sayılmayacağını yine normlar gösterir. Buna göre yargıç, kanun tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde failin kusurlu olduğunu tespit ederse, yine aynı normlar sonucunda failin nasıl cezalandırılacağına da karar verir. Bunu yaparken, failin içinde bulunduğu şartları, onu suça iten motivasyonları da incelemeli, somut olayda failin kusurlu sayılmamasını gerektirecek nedenlerin varlığını araştırmalıdır⁷⁹.

⁷⁶ Enrico Ferri, *Principii Di Diritto Criminale, Delinquente e Delitto Nella Scienza, Legislazione, Giurisprudenza in Ordine al Codice Penale Vigente- Progetto 1921- Progetto 1927*, Torino, Unione Tipografico- Editrice Torinese, 1928, s. 422.

⁷⁷ Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s.348.

⁷⁸ Mantovani, s. 301; Toroslu, s.212.

⁷⁹ Zafer, 172.

B. Taksir Kavramı

1. Terim

Arapça bir terim olan taksir, kısaltma, kısma, kusurda bulunma⁸⁰ ; hukuki olarak da dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik veya düzene, buyruklara ve talimata uymazlıktan doğan kusurlu olma durumu gibi çeşitli anlamlara sahiptir⁸¹. Ceza hukuku anlamında taksir, failin öngörebileceği durumdaki neticeyi öngörmemesi şeklinde de ifade edilebilir. Bu şekildeki taksir için Türk öğretisinde “bilinçsiz (şuursuz) taksir” ya da sadece “taksir” terimi kullanılmakta iken⁸², Alman öğretisinde “unbewusste Fahrlässigkeit”, İtalyan öğretisinde ise “colpa incosciente” terimleri kullanılmaktadır. Failin neticeyi öngördüğü halde istememesi şeklinde ortaya çıkan taksire ise Türk öğretisinde “bilinçli (şuurlu) taksir”, Alman öğretisinde “bewusste Fahrlässigkeit”, İtalyan öğretisinde “colpa cosciente” ya da “colpa con previsione” denilmektedir⁸³.

Çalışmamızda bu konuya ilişkin olarak, neticenin fail tarafından öngörülebilmesi mümkün iken öngörülmemesi durumu için “taksir” terimini, öngörülebilen olan neticenin fail tarafından istenmemesine rağmen gerçekleştiği durumlar açısından da “bilinçli taksir” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

2. Tanım

20. yüzyılda trafik suçluluğundaki artış, endüstri ve tıp alanında yaşanan gelişmeler nedeniyle taksirli suçlar uygulamada büyük önem kazanmıştır. Bu dönemde kriminolojik açıdan bu suçların failleri hakkında ne gibi yaptırımların uygulanacağını belirlenmesi bir sorun teşkil ederken, hukuk tekniği açısından

⁸⁰ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Sayı 293, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1969, s. 706.

⁸¹ Ancak eski TCK'nın yürürlüğe girdiği dönemde yazılan bazı eserlerde taksir yerine *hata* teriminin kullandığı da görülmektedir. Sözlük anlamı olarak bazen aynı anlama gelmekle birlikte, hukuk terimi olarak farklı sonuçlar doğuran bu iki terim birbirine karıştırılmıştır. İçel, s.22; bkz. Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, c.I*, Yargıtay Yayınları No.3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 167.

⁸² Zafer'e göre, kanun koyucu TCK m.22'de taksir ve bilinçli taksir şeklinde ifade ettiği taksir çeşitleri ile aslında bilinçsiz ve bilinçli taksiri ifade etmek istemiştir. Yazara göre, taksir bir üst kavramdır ve düzenlemede bu şekilde kullanılmış olması alt-üst kavram ayırımı açısından doğru değildir. Zafer, s. 174.

⁸³ İçel, Evik, s.195.

karşılaşılan sorun taksirin tanımının yapılması noktasındaydı⁸⁴. Günümüzde mukayeseli hukukta ceza kanunlarının birbirinden farklı yollar izleyebildiği ve bazı ülkelerde kanun koyucu tarafından taksir hakkında bir tanım yapıldığı halde, bazı ülkelerde teorik gelişmeyi engelleyeceği endişesiyle böyle bir tanım verilmeyerek taksirin unsurları ve özelliklerinin öğretisi tarafından belirtilmeye çalışıldığı görülmektedir⁸⁵.

Taksirin tanımının yapılıp yapılmayacağına ilişkin olarak öğretide yer alan bir görüşe göre, suçun subjektif unsuru hakkında açık normatif ifadeler kullanılsa da kullanılsa da, kusurluluğun esası kasttır. Bir başka görüşe göre ise, taksirli kusurluluğun ceza kanunlarında açıkça ifade edilmesi gerekir. Her ne kadar taksir kavramının açık olarak ifade edilmesi bir gereklilik değilse de, en azından “tedbirsizlik”, “dikkatsizlik”, “meslek ve sanatta acemilik” ve “nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik” şeklinde işlenen fiiller olması gerektiği vurgulanmalıdır⁸⁶.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nda taksirin bir tanımı yapılmamakla birlikte 45.maddesinde, “*Cürümde kasdin bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır*” denilerek ceza sorumluluğunun esasının kast olduğu belirtilmiş, ancak bunun istisnası olarak kastın aşılması suretiyle ya da taksirle işlenen fiillerde de failin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. ETCK’nın çeşitli maddeleri de dikkate alınarak taksirin bir tanımını yapmak mümkün olabilir. Özellikle taksirle adam öldürmeyi düzenleyen 455. madde dikkate alındığında taksirle işlenen suçların tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik ve nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik şeklinde işlenen fiiller olduğu görülür⁸⁷.

⁸⁴ Dönmezer,Erman, s.246

⁸⁵ İçel, s.184; Koca, Üzülmüş, s. 211.

⁸⁶ Marcello Gallo, “*Colpa*”, Enciclopedia del Diritto XIII, Milano 1964, s.625.

⁸⁷ İçel’e göre, her ne kadar ceza kanunlarında taksirin tanımına yer verilmemesi yönünde bir tercih kullanılması durumunda, bu eksiklik öğretisi ve mahkeme içtihatlarıyla giderilmeye çalışılsa da modern ceza hukuku taksirin türlerinin kanun koyucu tarafından tanımlanması yönünde gelişmektedir. Bu bakımdan İçel, eseri kaleme aldığı dönemde yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na taksir ve bilinçli taksirin tanımlarının yer alacağı bir hükmün getirilmesinin son derece faydalı olacağı yönündeki görüşünü 1967 yılında ifade etmiştir. İçel, s.185.

TCK m. 21/1'e göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kanunun 22. maddesinin 1.fikrası da *"taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır"* demek suretiyle bu kuralın istisnasını düzenlemektedir. TCK m.22/2'de ise taksirin tanımı şu şekilde yapılmıştır: *"Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir"*. Bu şekilde TCK'da, ceza hukukunda kastın asıl sorumluluk biçimi olduğu görüşüne yer verilmiş, taksirle işlenen bir suçun cezalandırılabilmesi için söz konusu fiilin kanun tarafından açık bir şekilde suç olarak düzenlenmiş olması gereği vurgulanmıştır. Bununla birlikte ETCK' da yer alan tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik ve nizam, evamir ve talimata riayetsizlik şeklinde meydana gelen taksirli suçlar, yeni düzenlemeye göre sadece *"dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık"* şeklinde gerçekleştirilebilecektir. TCK'da taksire ilişkin olarak yer verilen ayrıntılı tanımla birlikte bilinçli taksirin tanımına da yer verilmiştir. Şöyle ki; kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır. Bilinçli taksir halinde işlenen fiilden dolayı verilecek ceza, temel cezanın üçte birden yarısına kadar arttırılması şeklinde hesaplanır.

Türk ceza hukuku düzenlemesinde taksirin tanımı ile ilgili bu duruma karşılık, İtalyan Ceza Kanunu'nun "suçun psikolojik unsuru" başlıklı 43. maddesinde taksirin tanımı şu şekilde yapılmıştır (art.43 comma 1 c.p.): *"netice öngörülmesi olsun ya da olmasın fail tarafından istenmediği ve tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut acemilik ya da kanun, nizam, emir ve talimatlara riayetsizlik sebebiyle gerçekleştiği takdirde, suç taksirli veya maksada aykırıdır"*⁸⁸.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 12.maddesinin 3.fikrasında, taksir failin kendisinden beklenilene aykırı olarak, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu hareketin neticesinin öngörülmemesi ya da bunun dikkate alınmaması sonucu fiili gerçekleştirdiği durum olarak tarif edilmiştir⁸⁹.

⁸⁸ Dönmezer, Erman, c. II, s.246 dipnot 3; Mantovani, s.302.

⁸⁹ <http://www.admin.ch/ch/i/rs/3/311.0.it.pdf> 26.10.2011 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Yunan Ceza Kanunu'nun 28.maddesinde de benzer bir tarif yer almaktadır. Buna göre, "Hal ve duruma göre, gösterilmesi ve alınması gereken tedbiri almayan ve bu suretle hareketin meydana getirmiş olduğu neticeyi öngörmemiş veya mümkün olduğunu görüp de meydana gelmeyeceğini düşünen kimse taksirle hareket etmiştir"⁹⁰. Yunan ceza hukuku öğretisine göre, ceza sorumluluğu bakımından isnadiyet, bir kişinin gerçekleştirdiği fiili neticesinde kınanabilmesini ve bundan doğan sorumluluğunu ifade eder. Bunun sonucu olarak fail kusurludur ya da değildir. Kusur prensibi, Yunan ceza hukukunda kabul edilmiş olan temel ilkelerden biridir. Yunan Anayasası tarafından da 2.maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre, insan haklarına saygı ve insan haklarının korunması devletin öncelikli görevidir. Bu bakımdan ceza sorumluluğunun ilk koşulu failin kusurlu olmasıdır. Sonuç olarak Yunan ceza hukuku sisteminde kusursuz sorumluluk hiçbir şekilde kabul edilmez⁹¹.

Görüldüğü gibi bazı ülkelerin ceza kanunlarında taksirin tanımına açık bir şekilde yer verilirken, bazı ceza kanunları ise taksire ilişkin bir tanım vermekten kaçınarak, böyle ayrıntılı tarifler içermemektedir. Örneğin Brezilya Ceza Kanunu'nda "fail neticeyi tedbirsizlik, dikkatsizlik veya acemilikle meydana getirmişse, suç taksirle işlenmiştir" demek suretiyle taksirli suçlar ele alınmaktadır. Brezilya ceza hukuku öğretisinde taksir, özen yükümlülüğüne aykırılık olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda 1940 tarihli Brezilya Ceza Kanunu'nun 18.maddesinde taksirin türleri pervasızlık (recklessness), taksir (negligence) ve beceri eksikliği (lack of skill) olarak belirtilmiştir. Bunların yanısıra öğretide failin neticenin meydana gelme olasılığını öngörmesine rağmen bunun gerçekleşmeyeceğini umarak hareketini gerçekleştirdiği durumlarda bilinçli taksirin söz konusu olacağı ifade edilmektedir⁹². Bununla birlikte 1975 tarihli Alman Ceza Kanunu ile 1992 tarihli Fransız Ceza Kanunu taksir kavramına ilişkin bir tanım yapmamayı tercih eden ceza kanunları arasındadır⁹³.

⁹⁰ İçel, s.25

⁹¹ Dionysios Spinellis, Calliope d. Spinellis, *Criminal Justice Systems in Europe and North America, Greece*, HEUNI, The UN European Institute For Crime Prevention and Control, Helsinki, 1999, s. 14.

⁹² Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo, *Introduction to Brazilian Law*, Edited by Fabiano Defenti, Welber Barral, Wolters Kluwer International, 2011, s. 209, 210.

⁹³ Koca, Üzülmez, s. 211.

II. TAKSİRİN HUKUKİ ESASI VE TAKSİRİN HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER

A. Taksirin Hukuki Esası

Kanun koyucu, taksirli suçları düzenlerken, belirli bir zamanda belirli bir toplumda mevcut olan ortak tecrübeleri değerlendirerek, hangi hareketlerin toplum için ağır ve zararlı sonuçlar doğurabileceğini göz önünde bulundurur. Bu hareketleri gerçekleştiren kişilerin daha basiretli ve daha dikkatli davranmalarını bekler. Aksi şekilde hareket eden kişiler bu kuralları çiğnemiş olur ve taksirli suçtan dolayı cezalandırılırlar. Bu kurallar bazı hallerde, emir ve talimatlar şeklindedir, bazen de toplumun tümünü ya da belli bir kesimini ilgilendiren kurallar bütünüdür. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda bu hususu vurgulamak amacıyla taksirli suçları, "...insanı daha basiretli..., başkalarının haklarını daha fazla koruyucu bir şekilde davranmaya zorlayan kuralların ihlali..." olarak tanımlamakta ve kanun koyucunun taksirli suçları cezalandırmasındaki temel nedenin toplum için zararlı olan hareketlerde bulunanların daha özenli, daha dikkatli davranmalarını ve toplum içinde yaşamının bir gereği olarak başkalarının haklarına saygı göstermelerini sağlamak olduğunu ifade etmiştir⁹⁴.

Öğretide, taksirin hukuki esasının sadece meydana gelen zararlı netice ile değil, faili söz konusu fiili gerçekleştirmeye yönlendiren sebeplerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Başka bir ifadeyle, ceza hukukunda taksirli sorumluluğun temelini açıklanabilmesi için kusur ne kadar gerekli ise, tehlikelilik de o kadar gereklidir. Burada tehlikelilik ile kastedilen, failin karşılaştığı ve dikkatli davranmasını gerektiren tehlike durumudur. Bu noktada, failin tahmin edemediği ve hatta öngöremediği dikkatsizlik ve tedbirsizlik durumunun, neticeyi gerçekten öngörebilmesine engel olup olmadığı sorusuna cevap aranmalıdır. Bununla

⁹⁴ YCGK 13.12.1993, 221/317, Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.350; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 43/62 sayılı ve 25.03.2008 tarihli başka bir kararında da, istisnai bir kusurluluk şekli olan taksirin, toplum hayatı ya da Devlet tarafından başkalarına verilebilecek zararların önlenmesi amacıyla getirilen tedbirlere uyulmaması sonucu ortaya çıkan ve failin cezalandırılmasını gerektiren bir sorumluluk türü olduğunu ifade etmiştir. Muharrem Özen, "TCK'da Taksir", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Prof.Dr.Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, s.115.

birlikte, bu görüşe göre, failin taksirle hareket ediyor olmasının, kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, bir önemi yoktur. Toplumda yaşayan bireylerin haklarına karşı bir tecavüz tehlikesi söz konusu olduğunda, toplumun buna karşı verdiği tepki, zarar gören hukuksal yararların tazminine yöneliktir. Toplumun söz konusu savunma mekanizmasının harekete geçmesinde failin kasten ya da taksirle hareket etmiş olmasının herhangi bir etkisi yoktur. Cezai sorumluluğun kaynağı sadece, zarar gören hukuksal yarara karşı alınan tedbirin niteliğini belirlemede dikkate alınır ve bundan sonra failin bu şekilde hareket etmeye iten sebepler araştırılır⁹⁵.

Taksirli suçlar sonucu ortaya çıkan netice bakımından failde, böyle bir tehlike ya da zararı meydana getirme istek ve iradesi bulunmamakta, ancak fail bu şekilde hareket ederek, bir haksızlık meydana getirdiğini, belirli normlara ve yükümlülüklerle aykırı hareket ettiğini bilmektedir. Bu bakımdan gerçekleştirilen fiil bakımından failin kusurlu sayılmasının ve dolayısıyla da taksirli bir suçtan sorumlu tutulmasının altında yatan esas, “niye bir insanı öldürdün?” ya da “niye bir insanı yaraladın?” sorularına değil, “bir insanın vücudunu veya malvarlığını zarara uğratmama hususundaki özen yükümlülüğüne niye riayet etmedin?” sorusuna verilecek cevapta yatmaktadır⁹⁶.

Modern ceza hukukunun kurucularından biri olan Feurbach, taksiri ve bu bağlamda tedbirsizlik kavramını subjektif ve psikolojik olarak isteme ile ilişkilendirme çabası içinde olmuştur. Yazarın bu kapsamda ortaya koyduğu bir çok tanımlamada, suçun temel unsuru olarak istemeyi kabul ettiği görülebilir. Bununla birlikte Feurbach, bu noktaya gelmeden önce isteme ile birlikte bilme unsurunu da taksirli suçların kapsamı içine sokmaya çalışmışsa da, bilinçsiz taksirin bu kalıp içinde yer alamayacağını fark etmiştir⁹⁷. Feurbach’ın görüşüne göre, taksirli suçlarda söz konusu olan hukuka aykırılık durumu, bireyin topluma karşı üstlendiği dikkatli ve özenli hareket etme yükümlülüğünden ileri gelmektedir. Dolayısıyla taksirle hareket eden kişi, dikkatli olması gerektiğini bile bile suç teşkil eden fiili gerçekleştirdiğine göre, dikkatli davranmamayı istemiştir⁹⁸.

⁹⁵ Angiolini, s.83.

⁹⁶ Özgenç, s. 238.

⁹⁷ Ugo Pioletti, *Contributo Allo Studio Del Delitto Colposo*, Cedam, Padova, 1990, s. 108.

⁹⁸ Angiolini, s.5.

Ceza hukuku öğretisinde taksirin geçmişine bakıldığında, her zaman için bir kusurluluk şekli olarak kabul edildiği görülür. Bunun anlamı taksirle hareket eden failin cezalandırılmasının sebebinin, bir hukuki yararın zedelenmesi sonucunu doğurabilecek olan hareketin önlenmesi için gereken dikkatin, fail tarafından gösterilmemiş olması olduğu ifade edilmiştir. Taksirin hukuki esasının açıklanması bakımından söz konusu olan klasik teorinin yanısıra ortaya atılan ve Almanya ile birlikte Avusturya ve İsviçre’de de taraftar toplamış olan diğer teoriye göre ise, taksir aynı zamanda haksızlığın bir şekli olarak kabul edilir. Bu şekilde taksirin esasının, hukuki düzenlemeler tarafından kabul edilmiş olan gereklere aykırı olarak hareket edilmiş olmasına dayandığı kabul edilmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir (BGH VRS 14, 30)⁹⁹. Günümüzde Türk öğretisinde de bazı yazarlar tarafından savunulan bu düşünceye göre, taksir artık kusurluluğun bir çeşidi değil, bir haksızlık şeklidir¹⁰⁰. Oysa klasik öğretide kast ve taksiri, kusurluluğun çeşitleri olarak kabul eder. Bu şekilde taksir hem haksızlığın ortaya çıkış şekli hem de kusurluluk türü olarak, çifte işleve sahiptir¹⁰¹.

Taksirin hukuki esası ve taksirle gerçekleştirilen suçların neden cezalandırılması gerektiği konusuna ilişkin olarak öğretilerde bir çok fikir ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin en önemli ortak noktası, taksirli suçların hukuki esasının toplumsal bir zorunluluktan kaynaklandığı yönündedir¹⁰². Mori’ye göre, taksirli suçların cezalandırılmasının temelinde, failin dikkatsizliğinin ve tedbirsizliğinin dolaylı olarak kınanması ve toplumun aslında dikkate almadığı benzer saldırılardan korunması amacı yatmaktadır. Carrara ise, aynı mantığı tekrar ederek, taksirli suçların cezalandırılmasına ilişkin temel politikanın kasten işlenen suçlardakine benzediğini, yani dolaysız ya da dolaylı zararların cezalandırılmasına dayandığını belirtmiş; bu şekilde bireylerin güvenlik bilincinin teminat altına alındığını ve dikkatsizlikle gerçekleştirilen zararlı hareketlerin cezalandırılarak kötü örnek olmalarının önlenmeye çalışıldığını ifade etmiştir¹⁰³.

⁹⁹ Jescheck, “*Struttura e Trattamento Della Colpa Nel Mondo Moderno*”, s.369, 370.

¹⁰⁰ Öztürk, Erdem, s. 262.

¹⁰¹ Öztürk, Erdem, s. 258.

¹⁰² Alacakaptan, s. 158.

¹⁰³ Alfredo Angiolini, *Dei Delitti Colposi, Studio Sociologico-Giuridico*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1901, s.2.

Taksirli suçlarda verilen ceza miktarı, aynı suçun kasten işlenmiş olması halinde verilecek olan cezaya göre daha hafif olmasına rağmen, bu suçun hafifletilmiş şekli değildir. Taksirli suç tamamen bağımsız olup, kasten işlenen suçtan farklı olarak, fail kanunda suç olarak düzenlenen neticeyi hedeflememektedir. Aksine taksirle hareket eden fail, iradi olarak gerçekleştirdiği fiilin sonucunda amaçladığı neticeye ulaşamamakta, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için kanun tarafından suç olarak düzenlenmiş olan neticeyi gerçekleştirmektedir¹⁰⁴. Oysa ki kasten işlenen suçlarda fail, kanunen suç olarak düzenlenmiş olan neticeye ulaşmayı hedeflemektedir. Hareketini neticeye yönelik bilerek ve isteyerek gerçekleştirir. Örneğin düşmanını öldürmek isteyen fail, arabasını hızla sürerek çarptığında meydana gelecek olan ölüm neticesini de istemektedir. Halbuki taksirle insan öldürme suçu söz konusu olduğunda, fail ya neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmekte (bilinçli taksir) ya da bu neticenin gerçekleşeceğini düşünmemektedir (bilinçsiz taksir). Olası kast durumunda ise fail hareketini, neticesini öngörerek ve bu neticeyi kabullenerek gerçekleştirmektedir. Bu anlamda olası kastla işlenen suçlarda fail neticeyi tam olarak istemediği için kast derecesinde sorumlu olmamakla birlikte, meydana gelecek olan neticeye karşı kayıtsız kalmaktadır. Sonuç olarak fail neticenin gerçekleşmesini istemiyor da değildir¹⁰⁵.

B. Taksirin Hukuki Esasını Açıklayan Teoriler

1. Genel Olarak

Taksirin hukuki esasının açıklanması sorunu uzun zamandan beri özellikle İtalyan ve Alman hukukçular tarafından ele alınmıştır. Taksirin ceza hukuku bakımından bir kusurluluk şekli olup olmadığı, kusurluluğun esasının tespiti ile açıklanmaya çalışılmış; bu şekilde bazı yazarlar psikolojik teoriyi savunarak taksirin bir kusurluluk şekli olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bugün taksirin hukuki esasının neden ibaret olduğunu açıklamak amacıyla bir çok teori mevcuttur. Bu teoriler çeşitli

¹⁰⁴ Esasen fail tarafından taksirle gerçekleştirilen fiilin temelinde, "failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili, bu kuralları ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olmasından dolayı kınanması" esası bulunmaktadır. Muharrem Özen, s.115.

¹⁰⁵ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.349.

yazarlar tarafından farklı şekillerde isimlendirilmektedir. Ancak bir çoğu ortak noktalara sahiptir. Birbirinden farklı görüşler de ileri sürülmüş olmasına rağmen, taksirin hukuki esası ile ilgili ortak olan bir görüş vardır ki o da taksirli suçların mutlaka cezalandırılmaları gereğidir¹⁰⁶.

Özellikle İtalyan öğretisinde on iki adet teorinin ortaya çıktığı görülmektedir. Bunlar öngörülebilirlik teorisi (Carrara, Pessina, Ferri, Grispigni, Battaglini, Pannain vb.), etkin sebep teorisi (Stoppato, Del Giudice, Paoli), polis ve disipline aykırı hareket teorisi (Manzini), hukuka aykırı hareket teorisi (Liszt, Massari), ödeve aykırı hareket teorisi (Hippel, Mezger, Vannini, Delitala, Antolisei, Santoro, Ranieri), hata teorisi (Alimena F.), dikkat eksikliği teorisi (Bettioli), failin tehlikeliliği teorisi (Angiolini), tehlikeli hareket teorisi (Cecchi, Corsonello), önleyebilme teorisi (Brusa), hukuki nedensellik teorisi (Mosca), temsil edilebilir insani nedensellik teorisi (Cavallo) olarak sayılabilir¹⁰⁷.

Aşağıda taksirin suç sayılması ve cezalandırılması hususunda öğretilerde ileri sürülmüş olan bir çok teori arasından öne çıkmış olan etkin sebep teorisi, hata teorisi, öngörebilme teorisi, öngörebilme ve önleyebilme teorisi, hareketin tehlikeliliği teorisi ve failin tehlikeliliği teorisi açıklanmaya çalışılacaktır.

2. Etkin Sebep Teorisi

İtalyan öğretisinde Stoppato ve Manzini tarafından ileri sürülen etkin sebep teorisi ya da objektif teori (teoria obiettiva o della causa efficiente), hareketin hukuka aykırılığı ya da hareketin göreve aykırılığı görüşünden yola çıkmaktadır. Buna göre, hareketin hukuka aykırı bir amaca yönelmesi aranmaz, zararlı neticeyi meydana getiren hareketin gerçekleştirilmesi yeterlidir¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Dönmezer, Erman, s.254.

¹⁰⁷ Orfeo Cecchi, "Recenti Teorie Sul Delitto Colposo", Arch. Pen., Volume V, Parte I, 1949, s. 261, 262.

¹⁰⁸ Enrico Altavilla, *Colpa Penale, Competenza Penale, Costringimento Fisico*, Unione Tipografica Editrice Torino, 1938, s.2; Etkin sebep teorisi, Del Giudice tarafından da savunulmaktadır. Dönmezer/Erman ve Erem ise bu teoriye "Hukuka aykırı vasıtalar kullanma teorisi" adını vermişlerdir. İçel, s.60; dpt. 22.

Stoppato'ya göre, hukuku ihlal eden her iradi hareket kastın varlığını gösterir ve sorumluluğun temelini oluşturur. Dolayısıyla kişiler iradi olarak gerçekleştirdikleri hukuka aykırılık içeren her fiilden sorumludurlar¹⁰⁹. Ancak failde hukuka aykırı hareket etme amacı olmamasına rağmen zararlı netice yine de meydana gelmekte ise, bu takdirde taksir sorumluluğu söz konusu olur. Bunun için failin hareketi kendi iradesi ile gerçekleştirmesi yeterlidir. Ayrıca zararlı neticeye yönelik kastı aranmaz. Bu şekilde açıklanan “iradi etkin sebep kavramı (volontaria causalità efficiente)” ile birlikte, etkin sebep teorisinin diğer unsuru, “hukuka aykırı araçlar kavramı”dır. Bu kavram failin, hukuka aykırı şekilde hareket etme amacı olmamasına rağmen hukuka aykırı araçlar kullandığını ifade eder. O halde, fail hukuka aykırı bir amaçla hareketi gerçekleştirirse kast, böyle bir amacı olmaksızın sadece hukuka aykırı araçlar kullanılarak fiili gerçekleştirdiğinde taksir söz konusu olacaktır¹¹⁰.

Etkin sebep teorisi, öğretilerde çeşitli nedenlerle eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin başında “causalità efficiente” ifadesinin yanlış olduğu, kaldı ki etkin olmayan bir sebebin düşünülmemeyeceği ileri sürülmüştür (Cecchi). Bu konuda Rocco bile, İtalyan Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, “etkin” sıfatının kullanılmasının gereksiz olduğu fikrini ifade etmiştir. Bundan başka ileri sürülen eleştiriye göre, kullanılan araçların hukuka aykırılığının tespiti güçtür. Zaten istemeden zararlı bir neticeye sebep olan kişi, hukuka aykırı araçlar kullanmak durumundadır ve bu husus fail tarafından öngörülebilir niteliktedir. Ancak bu eleştiri öngörülebilirlik teorisinin bu noktada etkin sebep teorisine uygulanması anlamına gelir¹¹¹.

Ancak Stoppato bu eleştirilere karşı çıkararak, hukuki ya da hukuka aykırı araçlar kullanımının hukuka aykırı neticeden çıkarıldığını ifade ederken, öngörülebilirlik teorisinde olduğu gibi *a posteriori* bir değerlendirmede bulunmaktadır. Yazara göre, her ne kadar hukuka aykırılık amacına yönelmemiş bile olsa, failin isteği doğrultusunda hukuka aykırı araçlar kullanmak suretiyle gerçekleştirilen ve

¹⁰⁹ Altavilla, s. 207; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.351.

¹¹⁰ Dönmezer, Erman, s.251; Artuk, Gökçen, Yenidünya,s.351; Centel, Zafer, Çakmut, s. 399; Florian, s. 477.

¹¹¹ İçel, s.62.

hukuka aykılık ve zarar sonucu doğuran neticeler ceza hukukunda sorumluluğa yol açar¹¹².

Etkin sebep teorisi, dayandığı temel esaslar dolayısıyla, taksiri açıklamaya yetecek bir teori değildir. Çünkü zararlı neticeye sebep olan hareketin başlangıçtaki irade ile gerçekleştirilmesiyle yetinilirse, bu durum tesadüfle taksir arasında bir fark kalmamasına neden olur. Bu da esasen taksiri inkar etmek anlamına gelir¹¹³. Bu eleştiriye de cevap olarak, taksirde kabul edilen sebebin herhangi bir sebep değil, etkin sebep olduğu ileri sürülmüş olsa da, bu durum nedensellik bağıyla taksirin hukuki esasını birbirine karıştırmak anlamına gelir¹¹⁴. Bu şekilde, etkin sebep teorisinin, aslında nedensellik bağı konusundaki etkin sebep teorisinin, taksir konusuna uygulanması olduğu sonucu ortaya çıkmış olur¹¹⁵.

Etkin sebep teorisinin savunulardan olan Manzini, Stoppato tarafından ortaya atılan görüşü biraz değiştirmiş ve “hukuka aykırı araçlar” kavramı yerine, “polise ve disipline aykırı hareket” kavramını kullanmıştır. Manzini bu şekilde teorisinin ihmalî suçlarda dahi kullanılabileceğini; çünkü yapması gereken birşeyi ihmal eden failin isteyerek polise ve disipline de karşı geldiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak değişikliğe uğramış haliyle dahi eleştirilere uğrayan etkin sebep teorisi, Manzini’nin görüşleriyle de kabul görmemiştir. Zira kast, tesadüf, medeni taksir ve objektif sorumluluk hallerinde de fail tarafından gerçekleştirilen hareketin polise ve disipline aykırı olacağı açıktır. Kaldı ki, hareketin ne zaman disipline aykırı olduğunun tespiti için öngörebilme teorisinden yararlanmaktan başka çare yoktur. Tüm bu eleştirilere rağmen, İtalyan Yargıtayı hem Zanardelli Kanunu zamanında hem de yeni Rocco Kanunu zamanında bu teoriyi benimseyen kararlar vermiştir¹¹⁶.

¹¹² Alessandro Stoppato, *L'Evento Punibile, Contributo Allo Studio Dei Delitti Colposi*, Padova, 1898, s. 211; Eugenio Florian, *Parte Generale Del Diritto Penale*, Quarta Edizione, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1934, s. 478; İçel, s.62.

¹¹³ İçel, s.62,63; Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s.352.

¹¹⁴ İçel, s.63

¹¹⁵ Dönmezer, Erman, s. 251.

¹¹⁶ Giovannangelo De Francesco, *“La Colpa Nel Codice Zanardelli”*, *Diritto Penale Dell'Ottocento, I Codici Preunitari e Il Codice Zanardelli, Studi Coordinati da Sergio Vinciguerra*, Cedam, 1993, s. 421; İçel, s.66.

3. Hata Teorisi

Taksirin hukuki esasını açıklamaya çalışan teorilerden biri de hata teorisi¹¹⁷. Söz konusu teoriye göre, taksirden bahsedebilmek için failde kaçınılabılır hata bulunmalıdır. Bu hata taksirli fiilin niteliklerinde ve iradi hareketin anlamında meydana gelen bir yanılmadır¹¹⁸. Ancak burada belirtilmesi gereken husus, bazı yazarlara (Alimena F.) göre, failin taksirli fiilinden önce kaçınılabılır bir hataya düşmüş olması gerektiğidir. Buna karşın failin kaçınılabılır bir hataya düştüğü her durumda taksirin mutlaka varolduğunu söylemek yanlış olacaktır¹¹⁹.

Öğretide İçel'e göre, hata teorisi, bu teoriyi savunanlar tarafından sadece klasik öngörebilme teorisine karşı farklı bir görüş ileri sürmek için sarfedilmiş boş bir çabadır. Bunun kanıtı da, Alimena F.'nin sonuç olarak öngörebilme teorisini kabul etmiş olmasıdır¹²⁰. Ayrıca taksirli sorumluluktan bahsedebilmek için her zaman fail tarafından bir hataya düşülmüş olması da gerekli değildir. Örneğin, fare zehirini oturma odasındaki masanın üstünde unutan kişinin bu fiili sonucu zararlı bir neticenin meydana gelmesi durumunda, failin hatası değil unutkanlığı söz konusudur¹²¹.

Hata, neticeye ve nedensellik bağına ya da diğer unsurlara ilişkin olabilir. Bilinçsiz taksir halinde fail hareketi ile gerçekleşecek olan netice hususunda hataya düşmektedir. Ancak bilinçli taksir söz konusu olduğu durumlarda bir hatadan değil yanlışlıktan ya da yanlış yorumdan bahsedilir. Fail neticeyi öngörmekte fakat o olaya ilişkin olarak gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır. Hata teorisinin temeli, failin dikkatsizliği nedeniyle kaçınabileceği bir hata sonucu neticenin gerçekleşmesidir. Fail dikkatsizliği nedeniyle hataya düşmekte, bu hatanın sonucunda da taksirli fiil gerçekleşmektedir. Örneğin, fail süratli bir şekilde araba kullanarak bir kişinin yaralanmasına neden olursa, bu durumda tehlikeli araç kullanması sonucunda bir

¹¹⁷ Hata teorisine öğretide bazı yazarlar tarafından yanılma teorisi de denilmektedir. Bkz. Dönmezer, Erman, s.253; Centel, Zafer, Çakmut, s. 399.

¹¹⁸ Dönmezer, Erman, s. 253.

¹¹⁹ İçel, s.67.

¹²⁰ İçel, s. 69.

¹²¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.358.

kişiyeye zarar verebileceği gerçeğinde hataya düşmüş, yani taksirle hareket etmiş demektir¹²².

Yukarıdaki düşüncelerin tam tersini savunan yazarlar da mevcuttur. Carrara'ya göre, taksir sorumluluğunun bulunması için hatanın kaçınılabılır olması gerekir. Ancak bu durumda taksir hatadan önce gelir ve failin taksirle hareket ediyor olması nedeniyle hataya düşmesi söz konusudur. Yazar, taksiri ikiye ayırmaktadır. Birinci durumda "kaçınılabılır hataya sebep olan taksir", ikinci durumda ise gerçek anlamda "taksir" vardır. Gerçek anlamda taksirde, fail, hareketi sonucunda meydana gelecek olan zararlı neticeyi öngörmemekteyken, kaçınılabılır hataya sebep olan taksirde ise hareketin maddi neticelerini öngördüğü ve istediği halde hukuki neticeleri öngörmemektedir. Carrara'nın bu görüşleri, hata teorisini savunanlar tarafından eleştirilmiş ve taksirli suçlarda kaçınılabılır hatanın her zaman mevcut olduğu ileri sürülmüştür¹²³.

Karşılıklı olarak ortaya atılan bu görüşlere yapılan eleştirilerin ilki İtalyan Ceza Kanunu'nun 47. ve 59. maddelerine dayanmaktadır. Hataya ilişkin hususları düzenleyen her iki madde de "taksirden kaynaklanan hata" denilmektedir. Bu ifadeye rağmen taksirin hatadan meydana geldiğini söylemek mümkün değildir. Ayrıca, nizamla riayetsizlik olarak gerçekleşen taksirli suçlarda, hareket bilinçli ve iradi olabileceği için bunun mutlaka bir hata sonucu gerçekleşmiş olduğunu söylemek doğru olmaz¹²⁴.

4. Öngörebilme Teorisi

Taksirin esasını açıklamaya yönelik ortaya atılan teorilerden en eskisi ve en çok kabul edilmiş olanı "öngörebilme teorisi (teoria soggettiva o della prevedibilità)"dir. Roma hukukundan beri bahsedilen öngörebilme teorisi, taksirin esasını, istenmeyen neticenin öngörülebilir olmasında arar. Carrara tarafından ileri sürülen teoriye göre taksir, fiilin öngörülebilir neticelerinin hesaplanmasında

¹²² İçel, s.68.

¹²³ İçel, s.68.

¹²⁴ Dönmezer, Erman, s. 253.

dikkatsiz davranmak, özen göstermemek olarak tanımlamaktadır¹²⁵. Bu şekilde taksirin üç unsurunu tespit etmek mümkündür. Buna göre; taksirin ilk unsuru hareketin iradi olmasıdır. İradi hareket sonucunda meydana gelen zararlı neticenin öngörülebilir olması, ancak somut olayda fail tarafından öngörülmemiş olması gerekir. Teorinin esasını öngörebilme unsuru oluşturur ve bu şekilde öngörebilme imkanına göre, ağır, hafif ve pek hafif olmak üzere taksirin dereceleri ortaya çıkar¹²⁶.

Öngörebilme teorisini benimseyen yazarların savunduğu ortak nokta, taksiri kaza ve tesadüften ayıran unsurun neticeyi öngörebilme imkanında bulunduğu hususudur. Nitekim Stoppato'ya göre, öngörebilme hususu taksirli suçlarda gerekli olan sınırı oluşturur. Çünkü bu sınırın ötesinde öngörülemezlik vardır, ki bu da kaza ve tesadüfün olduğunu gösterir. Öngörebilme aynı zamanda yeterli olan unsurdur. Zira yeterlilik sınırının aşıldığı durumlarda fail neticeyi zaten öngörmektedir. Bu da fiilin isteyerek yani kasten gerçekleştirildiğini gösterir¹²⁷. Bu şekilde etkin sebep teorisinin sakıncası giderilerek öngörebilme imkanının varlığı halinde failin taksirinden sorumlu tutulması mümkün olur. Ancak bu noktada öngörebilme imkanının hangi ölçüye göre tespit edileceği sorunu karşımıza çıkar. Çeşitli yazarlar tarafından neticenin öngörülebilir olup olmadığı hususunda üç farklı ölçü ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisi failin öngörmesi mümkün olan neticelerin, ikincisi orta zekada bir kişinin öngörebileceği neticelerin dikkate alınmasını gerektiğini ifade ederken (Florian, Battaglini, Maggiore), üçüncü kriter ilk ikisinin birleşiminden ortaya çıkan failin mensup olduğu sosyal gruba dahil orta zekada bir kişi tarafından öngörülebilir neticelerden bahsetmektedir (Grispigni)¹²⁸.

Fail açısından öngörebilmeyi arayan yazarlara göre, değerlendirme yapılırken, failin zeka derecesi, kültür düzeyi, yaşı, cinsiyeti, bulunduğu sosyal sınıf, akıl hastası olup olmadığı, hatta bazılarında göre içinde bulunduğu psikolojik durum, beden kusurları ve miyopi gibi hususlar dahi dikkate alınmalı ve bu şekilde failin şahsi bilgilerine göre neticenin öngörülüp görülemeyeceği belirlenmelidir. Ancak bu değerlendirme failin sadece hareketi gerçekleştirdiği andaki bilgilerine dayanılarak

¹²⁵ Altavilla, s. 207; Florian, s. 475; İçel, s.77.

¹²⁶ Dönmezer, Erman, s. 247; İçel, s.77; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.353.

¹²⁷ Stoppato, s. 128.

¹²⁸ Dönmezer, Erman, s. 248; İçel, s.85 vd.

gerçekleştirilmelidir. Öngörebilme kriterinin subjektif olması gerektiğini savunan yazarlara göre, failin dışında orta zekada bir kişinin ölçü olarak alınması taksirin bir kusurluluk şekli olduğunu inkar etmek anlamına gelir¹²⁹.

Bu şekilde ölçütler verilmiş olsa da öngörebilmenin tespiti gerçek hayatta oldukça zordur. Bu durumu bazı yazarlar (Manzini), hayatta herşeyin olabileceği, bu yüzden de herşeyin öngörülme durumunda olduğu şeklinde açıklamaktadırlar¹³⁰. Bu eleştiriye cevap olarak, hukukun bu gibi durumlarla ilgilenmeyeceği söylenmiştir. Oysa ki, normatif görüşe göre, taksir sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, öngörebilmenin bu yönde bir görevden kaynaklanması gerekir. Fail ancak öngörmesi gereken bir neticeyi öngörmemiş olması durumunda kusurlu sayılır. Bunun sonucu olarak da, kişiye belli bir toplum ya da meslek veya sanat tarafından ortak tecrübeler sonucu yüklenen ödevler, öngörebilmenin ölçüsü olarak kullanılabilir¹³¹.

Öngörebilmenin konusu da çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, netice ve nedensellik bağına ilişkin öngörebilme söz konusu olduğunda öngörebilme mümkün olabilirken, bunlar dışında kalan hareket, önşartlar, hukuka uygunluk sebepleri ve sınırları gibi hususların öngörülebilmesinden çok, bilinmeleri söz konusudur. Çünkü bunlar çoğu zaman geçmişte kalan hususlardır. Ancak bu görüş, bilginin öngörmenin adeta bir önşartı, olayın gelişmesini kuvvetlendiren ve öngörmeyi mümkün kılan bir unsur olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Öngörmenin konusunun göreve ya da hukuka aykırılık olduğunu benimseyen yazarlara göre, taksirin esasını belirleyebilmek için hareketin göreve aykırılığının öngörülebilmesinin aranması gerekir. Buna göre, göreve aykırılık hususu subjektif olarak değerlendirilebileceği gibi objektif olarak da değerlendirilerek taksirin mevcut olup olmadığı belirlenebilir. Ancak her ne şekilde olursa olsun, faaliyetin niteliğine de bakmak gerekir. Zira bazı faaliyetler nitelikleri gereği bir tehlike içerebilirler. Böyle durumlarda kişilerden beklenen, faaliyeti gerçekleştirirken gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmaktır. Bu görüşü benimseyen yazarlardan bazıları neticenin öngörülebilir olmasını da dikkate almaktadırlar¹³².

¹²⁹ İçel, s.86.

¹³⁰ Dönmezer, Erman, s. 248.

¹³¹ Dönmezer, Erman, s.256.

¹³² İçel, s.83.

Öngörebilme teorisine göre yapılan taksir tanımı, bilinçli taksir söz konusu olduğunda yetersiz kaldığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Çünkü bilinçli taksir halinde netice fail tarafından öngörülmekte ancak gerçekleşeceğine ihtimal verilmemektedir¹³³.

Tedbirsizlik ve dikkatsizlik şeklinde gerçekleşen taksirli suçlarda, öngörebilmenin aranması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği mevcutken, bazı yazarlar tarafından “nizamlara, emirlere, talimata riayetsizlik ile meslek ve sanatta acemilik” şeklinde gerçekleşen taksirli suçlarda öngörmenin bir unsur olup olmadığı konusu tartışılmıştır¹³⁴. Buna göre, eğer nizamlara riayetsizlik durumu söz konusu ise, kanun koyucu bunu zaten öngörülebilir bir netice olarak düşündüğü için bu konuda bir hüküm sevketmiştir. Dolayısıyla ayrıca neticenin öngörülebilir olup olmadığını incelemeye gerek yoktur. Ancak bu durumda neticenin öngörülebilir nitelikte olmadığını ispat yükü faile geçmektedir. Buna karşın bazı yazarlara göre, faile böyle bir ispat imkanı tanımak mümkün değildir. Zira nizamlara aykırılık halinde kanun koyucu netice öngörülebilir olduğu için böyle bir düzenleme getirerek tehlike yaratacak olan hareketi suç halinde getirmiştir¹³⁵.

Meslekte ve sanatta acemilik durumunda ise, öngörme unsurunun aranmaması gerektiğini savunan yazarlar bulunmakla birlikte, öngörebilme kriterinin genel olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Ancak burada ölçü olarak, failin mensup olduğu meslek ve sanatı icra eden orta zekada bir kişinin öngörebileceği neticeler esas alınır¹³⁶.

Türk öğretisinde de öngörebilme teorisini benimseyen yazarlar olduğunu söylemek mümkündür. Dönmezer/Erman’a göre, söz konusu teori taksirli suçların cezalandırılma nedenini açıklayabilir niteliktedir. Zira taksirli suçların failleri toplum için tehlike yaratan fiilleri gerçekleştirmekte, bu sebeple de toplumun bunlardan korunmasını gerekli kılmaktadırlar. Bu kişiler genellikle asosyal, hareketlerinin

¹³³ Hafizoğulları, s.287; Dönmezer, Erman, s. 247.

¹³⁴ İçel, s.91; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.355.

¹³⁵ Ivo Caraccioli, *Manuale Breve di Diritto Penale Parte Generale*, Cedam, 2006, s. 170.

¹³⁶ İçel, s.93.

sonucunu herkes gibi öngörmeyen ve başkalarının haklarını gözetmeyen kişilerdir. Bundan başka, taksirli suçların cezalandırılması ile toplumun savunma ve adalet düşüncelerine de cevap verilmektedir. Gerçekten de kişileri, kendileri ya da başkaları tarafından öngörülebilir nitelikte olmayan neticelerden dolayı sorumlu tutmak adalet duygusuna ters düşer¹³⁷.

Erem ise öngörebilme teorisini sonuç olarak kabul etse bile, taksirli suçların cezalandırılma sebebinin “ceza siyaseti”nin bir gereği olarak kişilerin toplum içindeki düzen ve disipline uygun davranmalarını sağlamak amacı olduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak, yazara göre, taksirli suçlardan dolayı cezai sorumluluk bir istisna teşkil etmektedir¹³⁸.

Artuk/Gökçen/Yenidünya’ya göre, taksirden doğan cezai sorumluluğun temelinde objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucunda neticenin meydana geleceğinin öngörülmemesi ya da öngörülmesine rağmen önlenememesi bulunmaktadır. Yazarlara göre öngörebilmenin ölçüsü, objektif değil subjektiftir ve “ortalama bir insan” ya da “failin mensup olduğu sosyal sınıfın ortalama insanı” değil, somut olayın özelliklerine göre, failin nitelikleri olmalıdır. Taksirle işlenen suçların esası hakkında bir değerlendirme yapılırken mutlaka normatif unsurlara da yer verilmesi gerektiğine işaret eden yazarlar, böylelikle bilinçli – bilinçsiz taksir ayırımına yer verdikleri gibi, taksirin kaza, tesadüf ve mücbir sebepten farkını da ortaya koymaktadırlar. Zira objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden failin, zararlı neticenin gerçekleşeceğini öngörmemiş olması ya da öngörmesine rağmen önlenmemiş olması durumunda bilinçli – bilinçsiz taksir ayırımı ortaya çıkarken, kaza ve tesadüfte ise fail tarafından objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması durumunda öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan bir netice sözkonusudur. Mücbir sebep durumunda ise, zararlı veya tehlikeli netice fail dışında ve karşı konulması mümkün olmayan bir sebep dolayısıyla gerçekleştiği için kişinin iradi davranışından zaten bahsedilemez¹³⁹.

¹³⁷ Dönmezer, Erman, s.255; İçel, s. 80.

¹³⁸ Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Ankara, 1973, s. 305.

¹³⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.359, 360.

Klasikler ve birçok pozitivist tarafından kabul gören öngörebilme teorisi¹⁴⁰, aslında etkin sebep teorisini kabul eden yazarlar tarafından da tabii hukuk ve adalet düşünceleriyle benimsenmiştir. Öngörebilme teorisine taraftar olan Alimena F., Cecchi, Altavilla ve Majno gibi İtalyan hukukçuların yanında, Mezger, v.Hippel, v.Listz-Schmidt, Welzel, Maurach, Kohlrausch-Lange, Wegner, Feldmann, Schönke-Schröder, Salm, Mayer gibi Alman müellifleri de bazı farklılıklar içermekle birlikte teoriyi benimsemişlerdir¹⁴¹. Nitekim Majno, zararlı neticenin öngörülebilir olması gereğinin önemini vurgularken, aksi durumun ceza sorumluluğunu gerektirmeyen kaza ve tesadüf anlamına geleceğini belirtmiştir¹⁴².

Taksir kavramı hakkında belirli görüşlerin bulunmadığı İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri ceza hukukunda taksir konusunda esas olarak hareketin göreve aykırılığı görüşünü kabul etmekle birlikte, neticenin öngörülebilir olmasını da aramaktadır. Fransız ceza hukukunda ise Vidal-Magnol, bu konuda Fransız Ceza Kanunu'nun herhangi bir kural getirmediğini, ancak taksirden doğan cezai sorumluluğun belirlenmesinde yine de öngörebilme teorisinden yararlandığını ifade etmektedir¹⁴³.

Yargıtay da birçok kararında öngörebilme teorisini dikkate alarak, taksirin varlığının tespitinde failin sosyal durumunu, eğitimini ve önceki yaşamını dikkate almaktadır. Bununla birlikte, öngörebilmenin ölçüsü olarak failin geçmiş yaşamı, eğitim düzeyi ve tecrübelerinin dışında, toplumda o anda yaygın olan tecrübelerin ortak sonucu olarak belirli bir meslek grubuna mensup kişileri de dikkate aldığı kararları vardır¹⁴⁴. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.05.2004 tarihli ve 2004/2-97 E. 2004/115 sayılı kararına konu teşkil eden olayda:

¹⁴⁰ Ferri, Florian, Frosali, Santoro gibi pozitivistler de öngörebilme teorisine taraftar olmuşlardır. Bkz. Altavilla, Cecchi. Klasiklerden de Niccolini ve Carmignani bu teoriyi benimseyerek insanın öngörebilme yeteneğine sahip olduğunu, bu sağduyusunu kullanmayan kişinin neticelerinden de sorumlu olması gerektiğini belirtmişlerdir. İçel, s.77.

¹⁴¹ İçel, s.79.

¹⁴² Luigi Majno, *Commento Al Codice Penale, Parte II, Seconda Edizione*, Donato Tedeschi e Figlio Editori, Torino, 1906, s. 332.

¹⁴³ İçel, s.80.

¹⁴⁴ Bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.355, 356, dpt. 528, 529; Türk Ceza Kanunu da öngörebilme teorisini esas almaktadır. Bunun sebebi, söz konusu teorinin taksirin esası hakkında ileri sürülen en eski ve en anlaşılır teori olmasıdır. Zafer, s. 194.

Sanık üç yaşındaki oğluyla oynarken havaya doğru attığı sırada tavanda asılı, çalışır durumdaki vantilatör kanadı oğlunun başına çarpmış ve bunun sonucunda hayati tehlike geçirecek ve yirmibeş gün iş ve gúcüne engel olacak derecede yaralanmasına neden olmuştur. Yerel mahkeme tarafından sanığın tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya neden olmak suçundan TCK'nın 459.maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmiştir. Karara konu olan olayda Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında özölmesi gereken uyuşmazlık, yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşup oluşmadığı hususundadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yerel mahkemenin taksirle yaralamaya neden olma suçunun işlendiğinin sabit olması nedeniyle verdiği mahkumiyet hükmünü aşağıdaki gerekçe ile bozmuştur.

“Cürümlerde istisnai bir kusurluluk hali olan taksir TCY'sında tarif edilmemiş, 459.maddesinde kusurluluk halleri tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik ile nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik olarak açıklanmıştır.

Yargısal kararlar ile öğretilerde ise taksirin unsurları, a- fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, diğer bir anlatımla bu hususta yasada bir açıklık bulunması, b- hareketin iradiliği, c- neticenin iradi olmaması, d- hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması, e- neticenin öngörülebilir olması şeklinde belirtilmiştir. Bu unsurlardan hareketle taksir; öngörülmesi olanaklı olup da, failce öngörülmemiş olan bir neticenin dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, kanun, nizam ve emirlere aykırılık nedenlerinden biriyle meydana gelmesi biçiminde tarif edilmiştir.

Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) ise failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkansız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüflerden söz edilebilir.

Öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran subjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre, failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zeka düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır.

Somut olayda, sanık yirmi bir yaşında, dört yıldır gayriresmi evli, okuma yazma dahi bilmeyen ve kırsal kesimde yaşayan bir ev kadınıdır. Sanığın ekonomik ve sosyal durumu, kişisel gelişim düzeyi, yaşı, öğrenim görmemiş olması ve yaşadığı çevrenin koşulları dikkate alındığında, çocuğunu sevip onunla oynayıp şakalaşırken havaya atıp tuttuğu sırada ve hareketli oldukları bir anda meydana gelen olayda açıklanan kıstaslar gereği neticenin öngörülebilir olmaması nedeniyle sanığa atfı mümkün bir kusur bulunmadığından, atılı suçun manevi unsuru oluşmamıştır. Bu itibarla, Yerel Mahkemenin önceki mahkumiyet hükmünde direnmeye ilişkin kararı isabetsiz olup bozulmasına karar verilmelidir”¹⁴⁵.

Yargıtay, dikkat ve özen yükümlülüğünün yazılı olarak gösterildiği durumlarda, öngörebilmenin ölçüsünü de buna göre belirlemektedir. Örneğin, Yarg. CGK. verdiği bir kararında,

“Yapılan hareketin neticesi ortak tecrübeye göre öngörülemiyorsa, kanunen böyle bir mükellefiyet yüklenmemişse, yani toplum o kişiden hukuken zararlı neticeyi öngörmesini istemiyorsa, öngörmenin gerekliliğinden bahsedilemez. Ancak ortak tecrübe, kanuni düzenlemeler ve kurallar belirli bir hareketi yapmayı ya da yapmamayı gerektiriyorsa; bunlara aykırı hareketler taksire karine olarak kabul edilecektir. Yani nizamlara uymamak neticenin öngörülebilir olduğunun karinesidir” demiştir¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Haydar Metiner, E. Ahsen Koç, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, I. Cilt*, Ankara 2008, s. 447-449.

¹⁴⁶ Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, Seçkin, Ankara, 2006, s.100.

İtalyan Yargıtayı da 27.02.1935 tarihinde verdiği bir kararında, öngörebilmenin orta zeka ve kültüre sahip bir kişinin belirli bir zaman ve belirli bir yerde kendi gerçekleştirdiği hareketin sonucu olan neticeyi öngörebilme imkanı anlamına geldiğini ifade etmiştir¹⁴⁷.

5. Öngörebilme Ve Önleyebilme Teorisi

Taksirin esasını, fail tarafından gerçekleştirilen neticenin öngörülebilmesinde değil, bu neticenin önlenmesinde arayan teoriye doktrinde “önleyebilme teorisi” adı verilmektedir. Brusa, von Listz, Roux tarafından ileri sürülmüş olan teoriye göre, fail, taksirli hareketi neticesinde kendisine ya da bir başkasına zarar gelmeyeceği düşüncesindedir. Buna göre taksir, “öngörülmesi ve önlenmesi mümkün, ceza hukukuna aykırı olan bir neticeyi, öngörmek ve önlemek hususunda gereken özeni isteyerek göstermemek” anlamına gelir¹⁴⁸. Örneğin, fail تنها bir sokakta hızlı bir şekilde araba kullanırken, karşısına çıkan bir kişiye çarpabileceğini öngörse bile, o anda artık bunu önleme imkanı kalmamıştır. Sonuç olarak fail taksirinden sorumlu olacaktır.

Ancak bu teoriyi eleştiren yazarlara göre, failin taksiri, araba örneğindeki yayaya çarpmasını önleyemediğinden değil, başlangıçtan itibaren failin bu durumu öngörebilecek olmasına ve önleme iradesine sahip olmasına rağmen fiilini gerçekleştirmiş olmasından kaynaklanır. Çünkü, bir olayın önlenmesi için öncelikle öngörülebilmesi gereklidir. Failin neticeyi önleme imkanına sahip olmadığı bir durumda, fiilinden sorumlu tutulması mantık dışı olur. Bu açıklama taksir ile mücbir sebep arasındaki farkı da ortaya koymaktadır. Zira mücbir sebepte fail öngörsün ya da öngörmesin, netice iradesi dışında meydana gelmektedir. Bu yüzden failin kusurundan bahsedilmesi mümkün değildir¹⁴⁹. Bununla birlikte, fail zararlı neticeyi önlemesi gerektiğini bildiği halde, yine de fiili gerçekleştirmişse, bu durumda artık taksirden değil, olası kasttan bahsetmek gerekir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Altavilla, *Colpa Penale, Competenza Penale, Costringimento Fisico*, s. 2.

¹⁴⁸ Dönmezer, Erman, s.250.

¹⁴⁹ Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s.357.

¹⁵⁰ Dönmezer, Erman, s.251.

6. Hareketin Tehlikeliliği Teorisi

Toplum tarafından tehlikeli görülen iradi bir hareketin, dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik, nizamlara riayetsizlik sonucunda zararlı bir netice meydana getirmesi halini taksir olarak nitelendiren bu teoriye göre, sadece neticenin öngörülebilir olması taksiri açıklamaya yeterli değildir. Çünkü zararlı neticenin öngörülebilmesi, onun tehlikeliliği ile ilişkili bir durumdur. Bu teori de öngörebilme teorisi dışındaki diğer teoriler gibi kast ve tesadüf ile taksir arasındaki farkı ortaya koyamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca teorinin hukuka aykırılık ve öngörebilme kavramlarını birbirine karıştırdığı ileri sürülmüştür. Bu şekilde hareketin tehlikeliliği teorsinin de taksirin hukuki esasını açıklama konusunda başarılı olmadığı ifade edilmiştir¹⁵¹.

7. Failin Tehlikeliliği Teorisi

Failin tehlikeliliği teorisine göre, taksirin esas failin toplum içindeki tehlikeli durumudur. Bu şekilde fail tarafından gerçekleştirilen fiilin sosyal düzene aykırı niteliği ve yarattığı tehlike cezanın derecesini de belirleyecektir. Bu teoriyi savunan yazarlara göre, cezanın temeli netice değil, tehlike halidir. Fail, gerçekleştirdiği fiil sonucu toplumda zararlı bir neticeye neden olmamış olsa bile, cezalandırılmalıdır¹⁵².

Bu görüşler, ceza kanunlarının amacının sadece faili değil suçun mağdurunu da dikkate aldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bazı yazarlara göre, failin tehlikeliliği teorisi, tehlike ile suç işleme yeteneğini birbirine karıştırmaktadır¹⁵³.

¹⁵¹ İçel, s.101.

¹⁵² İçel, s.102.

¹⁵³ İçel, s.103.

2. BÖLÜM

TARİHÇE-KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAKSİR KAVRAMI - TÜRKİYE'DE TAKSİRDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK

I. TARİHÇE

A. Genel Olarak

Taksirden doğan cezai sorumluluğun tarihi gelişimi, öncelikle ceza hukukunun tarihçesi dikkate alınarak, batı ülkelerinde taksir kavramının ortaya çıkışı incelenmek suretiyle ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bu şekilde günümüze kadar gelindikten sonra, ülkemizde taksir kavramının ortaya çıkışı ve ceza hukukundaki gelişimi, İslam ceza hukukundan önceki dönemde incelenmiş, daha sonra İslam ceza hukuku ile Osmanlı dönemi ele alınmış, son olarak da 1926 yılında kabul edilen ve 1 Haziran 2005 tarihine kadar uygulamada olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda taksirden doğan cezai sorumluluk açıklanmaya çalışılmıştır.

B. Batıda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk

1. İlkel (İlk Zamanlar) Ceza Hukuku

İlkel ceza hukuku döneminde, ceza hukuku da diğer hukuk dalları gibi, örf ve adet hukukundan oluşmaktaydı. Bu dönemde suç sayılan bir fiilden sorumluluk için kusur aranmazdı, sadece toplum için tehlike yaratan hareketin gerçekleştirilmiş olması ve bunun sonucunda da neticenin varlığı yeterliydi. Suçun karşılığında öç

alma¹⁵⁴ ve uyuşma (diyet)¹⁵⁵ gündeme gelirdi ve sorumluluk kolektifti. Ayrıca, cezaların “gönüllü sürgünlük” ve “suçlunun toplumdan kovulması” veya “onu mağdurun ailesine teslim etme” gibi sonuçları vardı. Savaşlar ve kavgalar sonucu toplumda bozulan düzeni yeniden sağlamak amacıyla, sosyal disiplini sağlayacak bir otorite gereği ile devlet ortaya çıkmış bu şekilde devlet ceza vermeye yetkili olmuştu¹⁵⁶.

Bazı yazarlar (Stoppato, Caiazzo) tarafından “suçun maddi görünüş safhası” olarak da adlandırılan bu dönemde cezai sorumluluk için kusur aranmadığından, zararın ortaya çıkması nedensellik bağının tespiti açısından yeterliydi. Sonuç olarak da, kast, taksir ve tesadüf arasında bir fark kalmamaktaydı¹⁵⁷.

İlk zamanlar ceza hukuku döneminin Sümerler ve Babiller gibi oldukça gelişmiş toplumları tarafından çeşitli ceza kanunları kabul edilmiş, bunlardan Hammurabi Kanunlarına göre, ilkel ceza hukuku döneminden farklı olarak, taksir, cezai sorumluluğun subjektif unsuru olarak kabul edilmiştir. Bu konuda ölçü, “orta kabiliyetli bir insanın dikkati”dir. Bu kanunlara göre, adam öldürme kastın bulunmaması halinde, fail para cezası ile cezalandırılır, yaralanma söz konusu ise tedavi masraflarını üstlenir ve hatta bazı hallerde beraat ederdi¹⁵⁸.

İbrani ceza hukukunda da failin cezalandırılabilmesi için kast aranmaktaydı. Taksir ve tesadüf durumunda ise, bunlar iradi olmayan suçlar olarak nitelendiriliyor ve örneğin taksirle adam öldürme suçunun işlenmesi halinde, fail seçilmiş olan üç

¹⁵⁴ Öç alma, zararlı netice doğuran fiile karşılık olarak gerçekleştirilen ve tepki içeren fiili ifade ederdi. Sınırsız olarak kullanılan öç alma, faile yada failin ait olduğu topluluğa karşı kullanılırdı. Kolektif sorumluluğun geçerli olduğu söz konusu dönemde, zarar görenin ait olduğu kabile ya da klan tarafından failin ait olduğu toplum öç almanın muhatabı olurdu. Zira olayın herhangi bir yargılama organı tarafından ele alınması söz konusu olmadığı gibi, zaten mülkiyet dahil her türlü değer de ortak topluma aitti. Dönmezer, Erman, c.I. s.41; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 28.

¹⁵⁵ Uyuşma, öç alma yerine uygulanan ve zarar verici fiil sonucu ortaya çıkan savaş ihtimaline son vermek amacıyla kabul edilmiş bir yöntemdi. Buna göre, öç alma hakkını kullanmak isteyen tarafa, bir miktar mal teklif edilir ve öç alma niyetinden vazgeçirilmeye çalışılırdı. Ekonomik hayatın ilerlemesi ve paranın önem kazanmaya başlamasıyla uyuşma da daha kolay uygulanır hale gelmişti. Dönmezer, Erman, c.I. s.43; Uyuşma yöntemi, zamanla ortaya çıkan Devlet tarafından da uygulanmaya başlanmış, zarar gören tarafa uyuşma istemezse, kısasa başvurabilme hakkı tanınmıştır. Uzlaşma yoluna gidilmesi halinde ise, taraflar diyet miktarını kendileri tespit edebilirdi. Zamanla diyet miktarının tespiti de Devlet tarafından yapılmaya başlandı. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 30.

¹⁵⁶ Dönmezer, Erman, c.I. s.40 vd.; Öztürk, Erdem, s. 55.

¹⁵⁷ Dönmezer, Erman, c.I. s.45; İçel, s.32.

¹⁵⁸ Dönmezer, Erman, c.I. s.46; İçel, s.33.

serbest şehirden birine giderek belli bir süre orada kalıyor ve mağdurun yakınlarının üzüntüsü geçip intikam hisleri sona erdikten sonra evine geri dönebiliyordu¹⁵⁹.

Manu kanunu da suçun subjektif unsuruna önem vermiş ve sorumluluğu kast ve taksir şeklinde belirlemiştir. Suçun kasten işlendiği sabit olmadıkça, fail taksirden dolayı sorumlu tutulur. Kaza, tesadüf ve taksir birbirinden ayrılmış, ancak yine de bazı durumlarda taksir ve tesadüf arasındaki fark tam olarak ortaya koyulamamış ve iradi olmayan suçlara tesadüf de taksir ile birlikte dahil olmuştur¹⁶⁰.

Eski Yunan ceza hukukunda da birçok fiil suç olarak kabul edilirken, şahsi intikam ilkel ceza hukuklarında olduğu gibi burada da karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, hayvan ve eşyaların da cezai sorumluluğunun olması, Yunan ceza hukukunun modern ceza hukukundan farkını göstermektedir¹⁶¹. Spor hareketlerinde rakibini, sosyal oyunlarda oyuncuları ya da savaş sırasında düşman yerine kendi silah arkadaşını öldüren kişinin cezalandırılmaması da bu dönemin bir özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca İbrani ceza hukukunda olduğu gibi, Yunan ceza hukukunda da kast olmaksızın gerçekleşen adam öldürme fiilleri sonucu ceza olarak fail sürgüne gönderilmekte; fail şerefsiz sayılmamakta ve vatandaşlıklarını kaybetmemekteydi. İradi olmayan adam öldürme fiillerinde, mağdurun ailesiyle anlaşılması da mümkün olduğu gibi, eğer fail sürgüne gönderilmişse dönüşünde yapılan bir törenle suçundan temizleniyor, siyasi ve dini ayrıcalıklarını geri kazanıyordu¹⁶².

2. Roma Hukuku

Kanun önünde eşitlik ilkesinin henüz yerleşmediği Roma Hukukunda, herhangi bir suçla fail, mağdur ya da tanık sıfatıyla ilişkisi olan kişiler, cinsiyet, yaş, sosyal sınıf, hukuki statü ya da ruhsal durumlarına ya da olayın gerçekleştiği yer, zaman ve suçun yapısına göre farklı muamelelerle karşılaşabilmekteydi. Ancak yine

¹⁵⁹ İçel, s.33.

¹⁶⁰ İçel, s.34.

¹⁶¹ İçel, s.35.

¹⁶² İçel, s.36.

de, kast, *actus reus* ya da iştirak gibi hususlarda bir takım genel düzenlemeler de mevcuttu¹⁶³.

Roma Hukukunda cezai sorumluluk çeşitli gruplandırmalara tabi tutulmaktaydı. Örneğin cezai sorumluluğun söz konusu olabilmesi için öncelikle failin, hayatta olması gerekirdi. Bununla birlikte, bazı istisnai durumlarda ölmüş kişilerin de cezai sorumluluğundan bahsedilmekteydi. Özellikle vatana ihanet (*perduellio*) suçunu işleyen kişinin ölmüş olması durumunda bile suçlanması gündeme gelirdi. Yedi yaşın altındaki küçüklerin suç işleme iradelerinin olmaması gerekçesiyle ceza sorumluluğu mevcut değilken, ergenlik çağına kadar olan çocuklar açısından da, aksi ileri sürülene kadar, lehe yaklaşım söz konusu idi. Ayrıca yaşları sebebiyle de işkenceden korunabilmeleri söz konusuydu. Akıl hastalarının da suç işleme iradeleri yoktu. Her ne kadar akıl hastalığının tespitinde tereddütler yaşansa da, kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda tutuklanabilir, hatta zincire bağlanmaları bile söz konusu olabilirdi. Kısaca ölmüş kişiler, küçükler ve akıl hastaları ceza sorumluluğuna sahip değilken, *imperium* yetkisine sahip yargıçlar da görevde buldukları süre boyunca ceza isnadından muaflardı¹⁶⁴.

Zararlı netice meydana getiren bir hareketin, suç oluşturması için suç işleme kastıyla (*mens rea – dolus*) hareket edilmesi gerekiyordu. Kaza halinde, cezai sorumluluk söz konusu olmazken, daha ağır kaza hallerinde suç işleme kastının varlığının tespiti cezai sorumluluğa yol açmaktaydı¹⁶⁵.

Roma Hukukunda, özel hukuk ilişkileri egemen olmaya devam etmekle birlikte, ceza hukuku bakımından da çok önemli adımlar atılmıştır. İlk zamanlarda, failin cezai sorumluluğu neticeye bakılarak tespit edilip, kusur aranmazken, krallık zamanında suçlar iradi ve iradi olmayan suçlar şeklinde sınıflandırılarak bazı kanunlarda yer almaya başlamıştır. Örneğin, On iki Levha Kanunu'nda bazı fiiller suç olarak düzenlenmiş¹⁶⁶, ancak bu suçların karşılığında getirilen müeyyideler

¹⁶³ O.F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 2001, s. 15.

¹⁶⁴ Robinson, s.16.

¹⁶⁵ Robinson, s. 16.

¹⁶⁶ Örneğin, başkasının topraklarında gece vakti hayvan otlatma, Oniki Levha Kanunu'nda suç olarak düzenlenmişti. Ancak kast, daha çok kundakçılık ve öldürme suçlarında aranan bir şart olarak

genelde zararın tazmini şeklinde olmuştur. Şahsi intikam ve kisas gibi yöntemler bu kanunda öngörülmekteyken, uzlaşma da bu dönemde genel kural olarak yer almaktadır¹⁶⁷.

Klasik Roma Hukukunda, önceleri kast hususunda objektif standartlar getirilmiş olsa da, daha sonraları subjektif ölçütler öngörülmüş, ancak yine de bir süre daha dikkatsizlik neticesi gerçekleştirilen hareketler cezalandırılmaya devam edilmiştir. Kişilerin kanunu bilmeleri vatandaşlık görevleri sayılır, vatandaş olmayan kişilerin kanunları bilmesi beklenmez, cezai sorumluluğun politik hususlar dışında geriye yürürlüğü kabul edilmezdi¹⁶⁸.

Kusur, kast ve taksir gibi kavramlar ancak Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru ortaya çıkmaya başlamıştır. Roma hukukunda kast (dolus), fail tarafından gerçekleştirilen hareket sonucu meydana gelecek olan zararın bilinmesi ve öngörülmesidir. Buna göre dolus, başkasına zarar verme maksadını içerir. Söz konusu zarar verme maksadı (animus), örneğin, öldürmeye yönelikse “animus occidendi”, hakaret içerikliyse “animus iniurandi”, hırsızlıkta “animus furandi” adını alıyordu. Oysa ki Roma hukukunda taksir açısından böyle bir zarar verme maksadı yoktur. Buna göre taksir, öngörülebilen neticenin öngörülmemesidir. Taksirin hukuki esası, “kimseye zarar verme! (neminem laedere)” kuralının fail tarafından ihlal edilmiş olmasıdır. Bu şekilde kast – taksir ayrımı açıkça ortaya koyulurken, taksir ile kaza ve tesadüf arasındaki fark bu derece belirgin değildir. Roma ceza hukukunun gelişmesiyle birlikte tesadüf kavramı aydınlığa kavuşmuş ve taksirin olmadığı durumlarda insan iradesi dışında meydana gelen herşeyin tesadüf kavramı içinde değerlendirileceği belirtilmiştir¹⁶⁹.

Kast ve taksir ayrımı belirgin bir şekilde ilk olarak Ortaçağ İtalyan hukukçuları tarafından ortaya atılmıştır. Roma hukukundan “dolus” kavramı alınmış ve böylece kast kavramı önce Carolina’da daha sonra da modern ceza hukuku öğretisinde yer almıştır. Kusurluluğun kast – taksir şeklindeki ikili ayrımı ortaya

öngörülmekteydi. Bu suçlarda, kastın varlığından bahsedilebilmesi için hareketin gerçekleştirilmiş olması yeterliydi. Robinson, s.16.

¹⁶⁷ Öztürk, Erdem, s. 56.

¹⁶⁸ Robinson, s.16.

¹⁶⁹ İçel, s.37; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.346.

çıkmadan önce ceza hukukunda sorumluluk için sadece neticenin meydana gelmesi yeterliydi. Örneğin Cermen Hukuku uzun zaman netice sorumluluğunu kabul etmiştir. Ancak temelleri Roma Hukukuna dayanan kast (dolus) – taksir (culpa) ayırımı ile birlikte “bilmek” ve “istemek” unsurları da kusurluluk açısından önem kazanmıştır¹⁷⁰.

Roma hukukunda kast, dolus malus ve dolus bonus olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Dolus malus, ceza hukuku bakımından suçluluk anlamına gelen ve suç teşkil eden bir kötülük yapmayı ifade ederdi. Dolus bonus ise, medeni hukuk anlamında gerçekleştirilen zararlar açısından kullanılırdı¹⁷¹.

Roma hukukunda, bazı suç tiplerinin, cezaların ve belirli bir muhakeme usulünün ortaya çıkması Cumhuriyet dönemi ile birlikte başlamıştır. İmparatorluk dönemi ile birlikte artık suçlar “kamusal suçlar”, “şahsi suçlar” ve cezanın tespitinin mahkemenin takdirine bırakıldığı suçlar olan “crima extraordinaria” olarak ayrılmıştır¹⁷².

Düşünce sonucunda suç oluşması kabul edilmez, bunun için bir hareket (*actus reus*) gerekli görülürdü. Bazen, özellikle devlete karşı işlenmiş ihanet suçlarında, kişinin kullandığı ifadeler hakaret niteliğini taşıyorsa suç teşkil etmesi söz konusu olurdu¹⁷³.

3. Ortaçağ Hukuku

Bugün var olan Ceza hukukunun oluşmasında önemli bir rol oynayan Ortaçağ Ceza Hukuku, daha çok Kilise'nin etkisi altında keyfi ve işkenceye dayalı bir görünüm sergilemektedir. Bu dönemde ceza verme yetkisi imparatorlukların zayıflaması ile birlikte bölgesel otoritelerin elindeydi. Kilise tarafından yürütülen Engizisyon Mahkemeleri'nde uygulanan insanlık dışı ceza hukuku esasları bu dönemdeki ceza hukukuna şekil vermiştir¹⁷⁴. Kilise Hukukuna göre, suç işleme

¹⁷⁰ Öztürk, Erdem, s. 245.

¹⁷¹ Ferri, s. 421.

¹⁷² Dönmezer, Erman, s.46; Öztürk, Erdem, s. 56.

¹⁷³ Robinson, s. 17.

¹⁷⁴ Öztürk, Erdem, s. 56.

düşüncesi ortaya çıkan kişi netice meydana gelmese dahi fiilinden dolayı suçlu sayılıyor ve faile verilen ceza vahşet dolu yöntemlerle infaz ediliyordu¹⁷⁵.

İlk zamanlarda benimsenen neticeye dayanan sorumluluk, zamanla iradeye dayanan sorumluluk şeklini almıştır. Bu hususta hıristiyanlık tarafından benimsenen “iradi olmayan günah yoktur ve eğer yapılan suçu karşı tarafın intikamı takip ederse, bunun iradi olduğu ortaya çıkar” düşüncesi etkili olmuştur. Buna göre, fail tarafından gerçekleştirilen hareket sonucu meydana gelen neticeden doğan zarara karşı, mağdur bir tepki gösteriyorsa, failin hareketi iradidir¹⁷⁶.

Bu şekilde Kanonik hukuk tarafından zamanla manevi unsurun önemi farkedilmiş ve kast – taksir kavramları kanunlara girmeye başlamıştır. Buna göre, kast, hukuka aykırı hareketle neticeyi meydana getirmeye yönelik iradedir. Taksir ise, çok açık olmamakla birlikte, failin iradi olmayan hareketi sonucu meydana gelen ve önlenmesi gereken hukuka aykırı netice arasındaki nedensellik ilişkisidir¹⁷⁷.

4. Müsterek Ceza Hukuku

Ceza Hukukunda Ortaçağ’ın karanlık döneminin ardından İtalyan hukukçuları tarafından Roma hukukunun yeniden ele alınmasıyla birlikte tamamen yeni bir dönem başlamıştır. Bu devirde kast, taksir ve tesadüf ayırımı açık bir şekilde ortaya konmuş; genel olarak kastın cezası taksirden daha ağır olsa da, Roma hukukunun etkisiyle bazı statülerde taksirin cezası bakımından bazen belli ölçüler yer alırken, bazı durumlarda ise cezanın belirlenmesi hakimın takdirine bırakılmıştır. Uzun süre ilkel ceza hukukunun etkisinde devam eden bu süreçte, Roma hukukunun Glossatörler ve Postglossatörlerin faaliyetleriyle gelişmesi sonucunda, kusur ve taksir kavramlarını ele alan çok önemli pozitif hukuk kaynakları ortaya çıkmıştır. Bu dönemin en büyük gelişmelerinden olan Carolina’nın 1532 yılında Regensburg İmparatorluk Meclisi tarafından kabul edilmesi, Kıta Avrupası Hukuku bakımından son derece önemlidir. Roma Hukukundan yararlanılarak yapılan ve daha çok ceza

¹⁷⁵ Öztürk, Erdem, s. 244.

¹⁷⁶ İçel, s.40.

¹⁷⁷ İçel, s.40.

muhakemesine ilişkin kurallar içeren bu kanun ceza uygulamasında keyfi muameleyi ve işkenceyi önleme amacı taşımaktaydı. Carolina, ceza muhakemesi açısından içerdiği önemin yanında kusur ilkesi, hukuka uygunluk nedenleri, teşebbüs ve suça iştirak gibi ceza hukukunun önemli kurumlarına da yer vermiş ve kusurluluğun esas şekli olarak kastı kabul etmiştir¹⁷⁸. Carolina'daki bazı düzenlemelerden ceza sorumluluğunun temelini kasttan kaynaklandığı açıkça anlaşılabilir iken, bazı düzenlemelerde ise bu husus dolaylı olarak anlaşılabilir. Taksirden doğan cezai sorumluluk açısından da "taksirle adam öldürme suçu" gibi bazı düzenlemeler yer almakta ve taksir ile tesadüfün farklı olduğu belirtilmektedir¹⁷⁹.

5. Aydınlanma Dönemi Ceza Hukuku

Rönesans ve Reform hareketleri ile Ortaçağ'ın karanlığı sona erdi ve "Aydınlanma Dönemi" olarak bilinen dönem başladı. Bu dönemde, Ortaçağ'da uygulanan işkencelere karşı çıkıldı ve kişilerin düşünceleri yüzünden cezalandırılmayacakları, din ve vicdan özgürlüğünün esas olduğu fikri yayılmaya başladı. Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Bentham gibi büyük düşünürler eserlerinde eski dönemin insanlık dışı ceza politikasını eleştirdiler ve işkenceye karşı çıktılar¹⁸⁰.

Ceza hukukunda yeni gelişmelerin görüldüğü bu devirde yaşanan felsefe hareketlerinin yanısıra, okullar mücadelesi ve özellikle de Fransız İhtilali sonucunda "kusursuz sorumluluk olmaz" ilkesi yerleşmeye başladı. Bu yöndeki görüşlerin çeşitli devletlere ait kanunlara girmeye başlamasıyla ceza hukukuna ait birçok kavramla birlikte taksirin de tarifi yapılmıştır¹⁸¹.

Bu dönemde yaşanan okullar mücadelesinde, Avrupa'da yaşanan suçluluk oranındaki artıştan Klasik okul öğretisi sorumlu tutuldu. Bunun sonucunda ortaya çıkan Pozitif okulun savunduğu görüş, irade serbestliğinin kabul edilemeyeceği ve

¹⁷⁸ Öztürk, Erdem, s. 57; İçel, s.42.

¹⁷⁹ İçel, s.43; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.347. Carolina'nın 146.maddesinde "taksirle adam öldürme" suçuna yer verilmektedir. 134.maddesinde ise, doktorların mesleklerini yerine getirirken işledikleri adam öldürme fiillerine yer verilmiştir.

¹⁸⁰ Öztürk, Erdem, s. 57.

¹⁸¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.348.

determinizmin insan hareketleri için de geçerli olduğu yönündeydi. Pozitivistler, deney ve gözlem metodunu savunurken, Klasik okul mantiki yorum metodunu benimsemiş ve manevi sorumluluğu kabul etmiştir. Buna göre, suç sayılan bir fiili gerçekleştiren kişi, ancak kusurlu ise failinden sorumlu tutulabilir. Failin fiili gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusunda verdiği karar ise serbest iradesinin varlığına bağlıdır¹⁸².

19. yüzyılın ilk yarısında yayınlanmış olan Alman kanunlarında taksirin tarifine yer verilirken, 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nda bu şekilde bir tarif bulunmamaktadır. Özellikle 1813 Bavyera (Bayern) Kanunu Feuerbach'ın büyük etkisiyle hazırlanmış ve birçok Alman kanununun yanısıra Avrupa devletleri ceza kanunlarını da etkilemiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısında taksir – tesadüf ayırımı artık yerleşmeye başlarken, bilinçli-bilinçsiz taksir kavramları ortaya çıkmış ve taksir bir irade eksikliği olarak kabul edilmiştir¹⁸³.

Adeta Ortaçağ'ı anımsatan uygulamalarıyla kusursuz insanların işkence gördüğü Hitler Almanya'sında ise fiilin kusurluluğu değil failin kusurluluğu ilkesi egemendi. Düşünmenin bile suç sayılarak cezalandırıldığı bu dönemde, hiçbir kusuru olmayan hatta herhangi bir fiil gerçekleştirmeyen kişiler, örneğin, sırf Alman olmadıkları için suçlu sayıldılar ve milyonlarca insan gaz odalarında katledildi¹⁸⁴.

Kısaca özetlediğimiz bu gelişmelerden sonra medeni dünya KUSURSUZ SUÇ ve CEZA OLMAZ ilkesine ve kusurun, faile göre değil fiile göre belirleneceği kuralına ulaştı.

¹⁸² Öztürk, Erdem, s. 59.

¹⁸³ İçel, s.44; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.348.

¹⁸⁴ Öztürk, Erdem, s. 244.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAKSİR KAVRAMI

A. Kıta Avrupası Hukuku

1. İtalya

İtalyan Anayasası'nın 27/1.maddesine¹⁸⁵ göre, ceza sorumluluğu şahsidir. Kanun koyucunun bu düzenleme ile amaçladığı husus, öncelikle başkasının fiilinden sorumluluğun kesinlikle yasaklanmasını sağlamak ve objektif sorumluluğun önüne geçmektir. Bu şekilde, kusurluluğun temeli, fail tarafından gerçekleştirilen somut fiille ilişkilendirilerek, fail dışındaki unsurların dikkate alınmamasına dayandırılır¹⁸⁶. Ceza sorumluluğunun şahsiliğine ilişkin söz konusu anayasal düzenleme ile sadece başkalarının işledikleri suçlardan cezalandırılmanın önüne geçilebilmesini sağlayacak olan cezaların şahsiliği ilkesi değil, bunun yanısıra suçların da şahsiliği ilkesi garanti altına alınmıştır¹⁸⁷.

80'li yıllarda İtalyan Anayasa Mahkemesi (Corte Costituzionale), tarihi bir karar ortaya koyarak büyük bir değişime neden olmuştur. Mahkeme, 24 Mart 1988 gün ve 364 sayılı kararıyla, İtalyan Anayasası'nın 27.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenen şahsi sorumluluğun (responsabilità personale), kişinin kendi kusuruyla işlediği bir fiilden dolayı sorumlulukla eş anlama geldiğini açıkça ifade etmiştir. Bu şekilde ceza sorumluluğunda şahsilik ilkesi tüm anayasal sisteme yansımıştır. Mahkeme öncelikle, şahsi sorumluluk kavramının, İtalyan Anayasası'nın 27.maddesinin 3.fıkrası ışığında yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Söz konusu düzenleme, cezaların insan haklarına aykırı olamayacağını ve hükümlünün uslandırılması amacına yönelik olması gerektiğini vurgular. Bu şekilde, m.27 bir bütün olarak yorumlandığında, en azından taksir düzeyinde kusurlu olmayan kişinin

¹⁸⁵ “La responsabilità penale è personale.L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte[, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra]”. Nicola D'Angelo, *Codice Penale e Leggi Complementari*, IV Edizione, Maggioli Editore, 2008, s.29.

¹⁸⁶ Mantovani, s.284, 285.

¹⁸⁷ Pagliaro, s. 132.

yeniden topluma kazandırılması arayışının çok da anlamlı olmadığı ortaya çıkacaktır¹⁸⁸.

İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile İtalyan Anayasası'nın 25.maddesinin 2.fikrasında¹⁸⁹ yer alan kanunilik ve cezaların geriye yürümezliği ilkeleri arasında kurduğu bağlantı da son derece dikkat çekicidir. Mahkeme, kanunilik ilkesinin sağladığı garanti işlevinin anayasal sistem tarafından tam olarak yerine getirilebilmesi amacıyla şahsilik ilkesini elverişli subjektif unsurlara dayandırma çabasıdır. Ceza kanunları, kişilerin her zaman hangi fiillerin suç teşkil ettiğini, nelerin yasak olduğunu ya da olmadığını açıkça ve kolaylıkla bulabilecekleri şekilde düzenlenmelidir. Bu yüzden kusur ilkesi de son derece önemlidir. Bu prensip sayesinde kişi sadece kendi kusuru ile işlediği bir fiilden dolayı cezalandırılacağını bilir. Bu şekilde, kusur ilkesi her hukuk devletinde yer alması gereken kanunilik ilkesinin diğer boyutunu oluşturur¹⁹⁰.

Köklerini Roma hukukunda bulan cezai yaptırım uygulanması prensibi, kusurluluk kavramı ile birlikte gelişerek, cezai sorumluluğun sadece zararlı bir neticenin gerçekleşmiş olması değil, bu neticenin aynı zamanda failin isteğiyle gerçekleştirilmiş olması şartına bağlanmıştır. Bu şekilde, kanun hükmüne aykırılığı içeren isteme yani kast, cezai sorumluluğun temelini oluşturmuştur. Kilise hukukunda da yansımaları sahip olan subjektif sorumluluk prensibi uyarınca, kusuru olmadan hareket eden kişinin cezalandırılması haksızlık teşkil eder. Bu şekilde hıristiyanlığın etkileri İtalyan ceza hukukunda hissedilmiştir¹⁹¹.

İtalyan Ceza Hukukunda kusurluluğun temel şekli kasttır. Bunun sebebi olarak, objektif sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçişte ilk olarak kast (il dolo) ortaya çıkmıştır. Zira geleneksel hukuk düşüncesine göre, kusurlu iradenin tek ve gerçek şekli kasttır. Ayrıca fail ile fiil arasındaki en sıkı ve vasıtasız psikolojik bağı

¹⁸⁸ Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, s.244.

¹⁸⁹ İtalyan Anayasasının 25.maddesinin 2. fıkrasına göre, hiç kimse fiili işlediği sırada yürürlükte olmayan bir kanundan ötürü cezalandırılmaz. "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso." D'Angelo, s. 29.

¹⁹⁰ Marinucci, Dolcini, s. 245.

¹⁹¹ Musotto, s. 13, 14.

temsil eder. Tüm bu sebepler yüzünden, kasttan doğan cezai sorumluluk kuraldır. Taksir (la colpa) ise istisnayı oluşturmaktadır (İt.CK. m.42/2)¹⁹².

Marinucci/Dolcini günlük hayattan bir örnek vererek, kamu vicdanına göre de kusurluluğun temel şeklinin kast olarak ortaya çıktığını ifade etmiştir. Buna göre, kişi kendisine herhangi bir şekilde zarar verene karşı tepki verirken ilk olarak, “bunu bilerek yaptın(kast)” der. Suçlamanın muhatabı savunmaya geçerek, “böyle bir amacım yoktu: bunu yapmayı hiç düşünmemiştim” diyecektir. Mağdur ise, bu defa bizi taksir kavramına ulaştıracak cevabı verir: “düşünmedin, ama daha dikkatli olabilirdin”¹⁹³.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 42.maddesinin 1.fikrasına¹⁹⁴ göre, cezai sorumluluğun doğabilmesi için kanun koyucu tarafından suç olarak öngörülmüş icrai ya da ihmali hareketin fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi gerekir. Bu şekilde suç yaratan fiilin gerçekleştirilmesi için fail ile netice arasında psikolojik bir bağ olması gereği ortaya konulmuştur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, hiç kimsenin kanun tarafından suç olarak öngörülmüş bir fiili kasten işlemedikçe cezalandırılmayacağı ifade edildikten sonra, taksirli sorumluluk halinden bahsedilmiştir¹⁹⁵.

Kasten işlenen suçlar bakımından cezai sorumluluğun doğabilmesi için, bu hususun kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiş olması gerekmez. Örneğin kasten öldürmeyi düzenleyen İt. CK. m. 575'e göre, birisinin ölümüne sebep olan kişi yirmi bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılır. Görüldüğü üzere bu düzenlemede fiilin kasten işlenmiş olması gerektiği ifade edilmemesine rağmen, öldürme suçundan sorumluluğun gerçekleşebilmesi için failin öldürme kastıyla hareket etmesi gerekmektedir. Buna karşın taksirli suçlardan cezai sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, bu hususun kanun tarafından açıkça

¹⁹² İt. CK. m.42/2 şu şekildedir: “Nessuno puo' essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge.” Mantovani, s.300.

¹⁹³ Marinucci, Dolcini, s.244; Pagliaro, s. 132, 133.

¹⁹⁴ İt. CK. m. 42/1 şu şekildedir: “Nessuno puo' essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà.” D' Angelo, s.120.

¹⁹⁵ Marcello Gallo, *Appunti di Diritto Penale, Volume II, Il Reato, Parte II L'elemento Psicologico, con la collaborazione di: Maristella Amisano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, s. 2.

öngörölmüş olması gerekir. İt. CK. m. 589'da yer alan taksirle öldürmeye ilişkin düzenlemede, failin öldürme suçunu taksirle işlemesi durumunda altı ay ile beş yıl arasında hapis cezasına çarptırılacağı hükme bağlanmıştır¹⁹⁶. Öğretide taksirden doğan sorumluluğun geçerli olabilmesi için, bu hususun kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiş olması gerekliliği vurgulanmış, ancak bunun "taksir" kavramının mutlaka kelime olarak kullanılması anlamına gelmediğini, tedbirsizlik, dikkatsizlik ya da acemilik gibi taksirin şekillerinden birinden bahsedilmesinin yeterli olacağı savunulmuştur¹⁹⁷.

İtalyan CK.'nda kastın tanımı 43.maddede yer almaktadır. Buna göre kast, failin icrai ya da ihmali şekilde gerçekleştirdiği suç teşkil eden fiili neticesinde meydana gelen zararlı ya da tehlike yaratan neticenin, fail tarafından öngörülerek ve istenilerek gerçekleştirilmesidir (İt. CK. m. 43/1). Öğretide kastın özünü açıklamaya çalışırken sadece neticeyi değil harekete ilişkin bütün unsurları kapsadığı, ancak kavramı tanımlamaya yeterli olmadığı gerekçesiyle eleştirilen bu düzenleme, İt. CK.'nun 5¹⁹⁸, 42/1, 43, 44¹⁹⁹, 47²⁰⁰ ve 59²⁰¹. maddelerinden faydalanılarak bir bütün halinde yorumlanmaya çalışılmıştır. Buna göre, kast, suç teşkil eden fiilin fail tarafından öngörülmesi ve istenmesi olarak yeniden formüle edilebilir. Bu şekilde tanım, hem hareket hem de netice suçlarını kapsarken, taksirle kast arasındaki fark da açıkça ortaya konulmuş olur. Bu durum ise Zanardelli Kanunu'nun kasta ilişkin m.45/1'de yer alan düzenlemesine doğru bir geri dönüş anlamına gelmektedir²⁰².

İtalyan ceza hukukunda taksirin geçmişi incelendiğinde, taksirle gerçekleştirilen hareketlerin karşılığında uygulanacak olan yaptırımın cezai olup

¹⁹⁶ Mantovani, s.300.

¹⁹⁷ Gallo, "Colpa", s. 625.

¹⁹⁸ İt. CK.'nun 5.maddesi uyarınca, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz. İtalyan Anayasa Mahkemesi, yukarıda da bahsettiğimiz 24.03.1988 tarih ve 364 sayılı kararıyla söz konusu maddenin anayasaya aykırılığını da ortaya koymuştur.

¹⁹⁹ İt. CK.m.44, objektif cezalandırılabilme şartına ilişkindir. Buna göre, kanun tarafından suç olarak kabul edilmiş bir fiilin cezalandırılabilmesi, bir şartın gerçekleşmesine bağlanmışsa, şartı gerçekleştiren fiil fail tarafından istenmemiş olsa bile, fail cezalandırılır.

²⁰⁰ İt. CK.'nun 47.maddesi, fiili hatayı düzenlemektedir. Buna göre, failin hataya düşmesi cezayı ortadan kaldırır. Ancak failin içine düştüğü hata taksirden kaynaklanıyor ise, fiilin taksirli şeklinin kanun tarafından öngörölmüş olması şartıyla failin cezai sorumluluğu devam eder.

²⁰¹ İt. CK. m. 59 nitelikli hallerin uygulanmasına ilişkin bir düzenlemedir. Buna göre, failin suçu ağırlaştırıcı ya da hafifletici nitelikli hallerinde hataya düşmesi taksirinden ileri gelmekteyse, kanunun taksirli suçu düzenlemiş olması şartıyla failin cezalandırılması söz konusudur.

²⁰² Mantovani, s. 301.

olmaması konusunun uzun süreler tartışılmış olduğu görülebilir. Önceleri Postglossatörler Okulu tarafından bazı çalışmalar yapılmış, taksirin kapsamı Roma hukuku zamanında uygulandığı şekliyle zararın tazmini olarak yorumlanmış, taksirin ceza hukuku alanında genel bir teori olarak yer almayıp tazminat gerektiren bir özel hukuk ihlali olduğu anlayışı, kusurluluk alanında modern çağlara kadar devam etmiştir. Doğal Hukuk Okulu ise, taksirle işlenen fiillerin suç olarak dahi kabul edilemeyeceği görüşünü ileri sürerken, Roma hukukunda kabul görmüş olan *dolus malum* zorunluluğundan hareket ederek, failin kötü niyetli hareket etmiyor olmasını, bu tür fiillerin ancak *suç benzeri* (quasi delitti) olarak tanımlanmasına gerekçe göstermiştir²⁰³.

Sanayi alanında yaşanan gelişmeler ve teknolojinin hemen her gün gelişmesi karşısında insanların karşılaştıkları tehlikeli durumlar da aynı oranda artmış, bu şekilde taksirli suçlar konusunda benimsenen yaklaşımda da değişiklikler yaşanmıştır. Kusurluluk konusunda psikolojik teorinin terkedilip, normatif teorinin benimsenmesi de, taksirli suçlar konusundaki en önemli gelişmelerden biridir. Psikolojik teorinin kabul edilmesi durumunda taksirin açıklanmasında zorluklar yaşanmaktaydı. Zira bu teori, fail ile hareketi arasında iradi bir bağ olmasını yeterli görüyor, kusurluluğun içeriğini etkileyebilecek olan failin amacı ya da isnadiyet gibi diğer bazı unsurları dikkate almıyordu. Bu teorinin pratik sonucu, failin işlediği fiilden sorumlu tutulabilmesi için hareketi en azından öngörerek gerçekleştirmiş olmasıydı, ki bu durum neticenin fail tarafından öngörülmediği bilinçsiz taksirin açıklanmasını zorlaştırmaktaydı. Normatif teorinin benimsenmesiyle birlikte, kusurluluk yargısının açıklanmasında yaşanan sorunlar da çözüm bulmaya başladı. Şöyle ki, söz konusu teorinin savunucuları, failin kasten ya da taksirle hareket ederken işlediği fiilin neticesi bakımından kusurlu kabul edilebilmesi için, söz konusu fiil karşısında kınanabilmesi gerektiğini vurguladılar²⁰⁴.

Nitekim öğretilerde de, normatif teorinin bir kişinin isteği dışında gerçekleştirdiği fiilden sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen neticenin, bir davranış kuralının çiğnenmesine bağlı olmasını gerektirdiği ifade edilmiştir. Bu

²⁰³ Delogu, s.115.

²⁰⁴ Delogu, s.118.

açından taksir, zaten normatif bir kavramdır. Zira fail taksirle hareket ederek sadece bir ceza normunu değil, bununla birlikte bir davranış kuralını da ihlal etmiş olmaktadır²⁰⁵.

Bu şekilde taksirli suçların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususundaki tartışma yakın zamanlara kadar devam etmiştir. Taksirin cezalandırılmasının meşruluğu, kusurluluğun yalnızca psikolojik bakımdan ele alınmasıyla değerlendirildiğinde, taksirin isteme unsuru ile birlikte neticenin öngörülmesinin de bulunmaması noktasında eleştirilmiş ve hatta karşı çıkmıştır. Bunun sonucunda, neticenin objektif temellere dayandırılmaya çalışılması ile birlikte taksirli suçlar objektif sorumluluk türleri arasına sokulmaya çalışılmıştır. Taksirli suçların cezalandırılması, kusurluluğun normatif görüş ile değerlendirilmesi sonucunda dayanağını bulabilmiş ve böylece subjektif sorumluluk alanına girerek kusurluluğun daha hafif bir türünü oluşturmuştur²⁰⁶.

İtalyan ceza hukukunda taksirin cezalandırılmasına ilişkin olarak değişik teoriler tartışılmıştır. Bunlardan başlıcaları şunlardır:

a) Almenden ve Tarde gibi yazarların ileri sürdüğü teoriye göre, taksirli suçlar hakkında sadece medeni hukuk uyarınca yaptırımlar uygulanmalıdır. Çünkü bir fiilin suç teşkil ederek cezai sorumluluk doğurabilmesi için, isteme unsurunun mevcut olması gerekir. Oysa ki taksirle gerçekleştirilen hareketler, aklın ve zekanın bir zayıflığı sonucu ortaya çıkarlar;

b) Carmignani taksirli suçların cezalandırılmasının sebebini, kastın bulunmamasına dayandırmıştır;

c) Ferri'ye göre ise taksirin esası, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin toplumsal tehlikeliliğidir;

d) Alimena ise taksirin cezalandırılmasının, kanun gücü ile yaratılan bir yaptırım tehdidi olduğunu ileri sürmüştür²⁰⁷.

²⁰⁵ Delogu, s.119.

²⁰⁶ Mantovani, s. 321.

²⁰⁷ Altavilla, s. 207.

1889 Zanardelli Kanunu'ndan 1930 Rocco Kanunu'na geçiş süreci içinde, İtalyan öğretisinin taksir konusundaki yaklaşımlarında da değişiklikler yaşanmıştır. Özellikle Zanardelli Kanunu zamanında yapılan kanun çalışmalarında, taksirin esasının ne olduğuna ilişkin yaşanan belirsizlik, kanun koyucunun taksirin genel bir tanımını yapmayarak, buna taksirle ilgili düzenlemeler içinde yer vermeyi tercih etmesine neden olmuştur. Nitekim taksirle öldürmeyi düzenleyen 371.maddesinde taksirin tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam ve emirlere riayetsizlik şeklinde gerçekleşen işleniş şekillerine yer verilerek, hem mahkemenin takdir yetkisinin sınırları çizilmiş, hem de henüz hiç kimse bakımından bir açıklığa sahip olmayan bu konu hakkında herhangi bir görüş benimsenmemesi sonucuna ulaşılmıştır²⁰⁸. Kanun koyucunun taksir bakımından genel bir tanımlama yapmamak yönünde bir duruş belirlemesindeki en temel gerekçe, taksirin esasına ilişkin olarak o zamana kadar benimsenmiş olan öngörülebilirlik teorisinin etkisini öğreti ve hukuk uygulamasında yitirmeye başlamış olması ve bu yüzden söz konusu tanımlamanın dayanaksız kalması gösterilmiştir. Bu şekilde kanunun yorumlanması hususunda gerçekleştirilen yoğun çalışmalar, taksirle ilgili olarak yeni bir tavır sergilenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Başta Stoppato olmak üzere, önde gelen İtalyan ceza hukukçuları tarafından öngörülebilirlik teorisinin terkedilmesiyle birlikte, hukuk uygulaması da bu düşüncede birleşmiş ve hem Stoppato hem de Manzini tarafından Rocco Kanunu zamanında dahi savunulmaya devam edilecek olan etkin sebep teorisi (teoria della causalità efficiente) savunulmaya başlanmıştır²⁰⁹.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 43.maddesinin 1.fıkrasına göre, “netice öngörülmüş olsun veya olmasın fail tarafından istenmediği ve tedbirsizlik ya da dikkatsizlik yahut acemilik ya da kanun, emir ve talimatlara riayetsizlik sebebiyle gerçekleştiği takdirde, suç taksirle işlenmiştir”²¹⁰. Buna göre, taksirli suç

²⁰⁸ De Francesco, s. 410; Donato Castonuovo, *La Colpa Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, s. 220.

²⁰⁹ De Francesco, s. 421.

²¹⁰ İt. CK. m. 43/1 şu şekildedir: “Il delitto:

è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione;

è preterintenzionale, o oltre intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente;

è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi,

gerçekleştiren failin hareketi sonucunda ortaya çıkan netice, fail tarafından istenmemiş olmalıdır. Bu durum taksirli suçlarda bulunması gereken çok önemli bir husustur. Nitekim kanun koyucu taksire ilişkin düzenlemede, bir yandan neticenin fail tarafından istenmediği hususunu açıkça ortaya koyarken, diğer yandan ise suçun failin kastine aykırı olarak gerçekleştiğini ifade etmek üzere “contro l'intenzione” ifadesini kullanmıştır²¹¹.

Eski Türk Ceza Kanunu'na da temel teşkil etmiş olan 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nun 45.maddesine göre ise, hiç kimse, kanun tarafından bir şeyi yapması ya da yapmaması sonucu meydana gelen neticeden sorumlu tutulmadığı sürece, suç teşkil eden bir fiili isteyerek gerçekleştirmemişse o fiilden dolayı cezalandırılmaz²¹². Söz konusu düzenleme ile failin gerçekleştirdiği fiil neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için isteme unsurunun gerekli olduğu ele alınmakta, bu şekilde kastın ceza sorumluluğu bakımından temel kural olduğu vurgulanmaktadır. Düzenlemenin ikinci bölümünde ise taksirli sorumluluk şekline yer verilmiş ve failin zarar verme kastı ile hareket etmemiş olmasına rağmen fiili gerçekleştirirken tedbirsiz, dikkatsiz ve acemi davranmış olması karşısında cezai sorumluluk getirilmiştir²¹³.

İtalyan ceza hukukunda bilinçli taksire ilişkin olmak üzere 43.maddede herhangi bir tanım yer almamakla birlikte, genel ağırlaştırıcı nedenlerin yer aldığı 61.maddede yer alan ifadeye göre, bilinçli taksir durumunda failin neticeyi öngörmesine rağmen eylemini gerçekleştirmiş olması söz konusudur. Buna göre, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin neticelerinin öngörülmüş olmasına rağmen hareketin işlenmiş olması, suç karşılığında verilecek olan cezanın da üçte birine kadar artırılması sonucunu doğurur. Söz konusu durum 133/1.maddenin 3.bendi uyarınca yargıç tarafından verilecek olan cezanın alt ve üst sınırlar arasında takdir edilmesi sırasında taksirin derecelerinin de dikkate alınmasını gerektirir²¹⁴.

regolamenti, ordini o discipline.” D'Angelo, s. 120, 121.

²¹¹ Caraccioli, s. 164.

²¹² Alfredo Del Vecchio, “*La Colpa e Il Delitto Colposo*”, RIDP, Annata V, 1933 (XI), CEDAM, Padova, s. 169; Majno, Ceza Kanunu Şerhi, s. 161.

²¹³ Luigi Majno, *Commento al Codice Penale Italiano*, Seconda Edizione, Donato Tedeschi e Figlio Editori, Verona, 1902, s. 109, 110.

²¹⁴ Caraccioli, s. 164.

İtalyan ceza hukuku öğretisinde de bilinçli taksir ve olası kast ayırımları konusunda zorluklar yaşanmış, bu şekilde bir çok kriter ortaya çıkmıştır. Bu kriterler neticesinde olası kastın, işlenen suç dolayısıyla ortaya çıkan neticelerin fail tarafından öngörülmesi ve buna rağmen söz konusu risk göze alınarak, hatta neredeyse neticenin ortaya çıkması hususunda provokatif bir tavır takınılarak hareket edilmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir. Buna karşın bilinçli taksir durumunda, fail eyleminin neticelerini öngörmekle beraber, kendi yeteneklerine güvenerek gerçekleşmeyeceği düşüncesindedir²¹⁵. Bu şekilde İtalyan öğretilerine göre olası kast, kastın daha hafif bir şekli olarak taksire doğru bir sınır oluştururken, bir çok durumda olası kast ile bilinçli taksir arasındaki farkın ortaya koyulabilmesi de güçlük arz etmektedir²¹⁶.

Frank'a göre, meselenin esası taksirin kavramının kapsam ve niteliğinin belirlenmesidir. Zira, olası kastın belirlenmesi hususunda bilme unsurunu öne çıkarımlar bile, failin istemediği bir neticeyi de öngörebileceği gerekçesiyle isteme unsurunun belirleyici olduğunu kabul etmişlerdir. Frank tarafından geliştirilmiş olan formüle göre, neticenin öngörülebilmesi faili eylemini gerçekleştirmekten alıkoymadığı takdirde kastın varlığı söz konusu olur. Ancak bu düşünce tarzı, failin içinde bulunduğu durumundan farklı koşullarda yapılan bir değerlendirmenin sağlıklı sonuçlara götürmeyeceği ileri sürülerek eleştirilmiştir. Bununla birlikte öğretilerde Mayer tarafından öne sürülen formül, Frank formülünden daha da yanlış sonuçlara götürebilecektir. Zira söz konusu formül, bilinçli taksirin tespit edilemediği durumlarda, olası kastın mevcut olduğu fikrini kabul etmektedir. Buna göre, fail bakımından neticenin gerçekleşmeyeceği öngörüsü, suçu işlemek adına bir gerekçe olarak ifade edilmektedir. Bu görüş yargıcın failin içinde bulunduğu durumu dikkate alarak bir değerlendirme yapmasını gerektirmesi noktasında Frank formülü ile aynı zorlukları içermekte, aynı zamanda da neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir değerlendirmenin var olup olmadığına ilişkin şüpheyi düşüldüğü durumlarda da,

²¹⁵ Caraccioli, s. 165.

²¹⁶ Stefano Riccio, "Il Dolo Eventuale", Ferrara, 1940 – XVIII, s. 47, 48.

yargıcın kastın varlığına hükmetmesini gerektirmesi bakımından tehlikeli, yanlış ve bir o kadar da garip bir sonuca götürmektedir²¹⁷.

Riccio'ya göre ise, bilinçli taksir ile olası kast ayırımı konusunda belirleyici bir kriter ortaya koymak mümkün gözükmemektedir. Zira kusurluluğun tespiti bakımından yargıç yapmak zorunda olduğu değerlendirme sırasında farklı koşulları dikkate almak suretiyle öncelikli olarak, Frank ve Mayer tarafından ileri sürülmüş olan hususları değerlendirecek; fail tarafından gerçekleştirilen eylemin neticesinin kastın sonucu olup olmadığını ve fail tarafından öngörülen neticelerin neler olduğunu tespit edecektir. Fiilin gerçekleşme koşulları ile failin kişiliği bakımından yapılan tüm değerlendirmelerin sonucunda kastın var olup olmadığı belirlenecek ve bu şekilde suçun ağırlığı, failin suçluluk derecesi de tespit edilerek somut ceza verilecektir. Bu noktada failin olası kast ile hareket ettiğinin belirlenebilmesi bakımından önem teşkil eden unsur, neticenin istenmesinin eksikliği değil, isteme unsurunun kapsamının genişlemiş olmasıdır. Buna karşılık taksirde belirleyici olan, öngörebilme unsurudur. Bu iki kavram arasındaki sınır son derece incedir ve çoğu zaman şüpheye yol açmaktadır. Ancak şüphe söz konusu olduğunda yargıcın olası kast yerine bilinçli taksirin varlığına hükmetmesi gereği, karşı çıkılması mümkün olmayan bir çözüm olacaktır²¹⁸.

Öğretide Haus tarafından yapılmış olan tanıma göre, bilinçsiz taksir ya da yazarın ifadesiyle öngörüsüz taksir, failin icrai ya da ihmali hareketi nedeniyle ortaya çıkacak olan zararlı ve öngörülebilir sonucun öngörülme zorunda olmasına rağmen fail tarafından öngörülmemiş olmasıdır. Buna karşın bilinçli taksir ise, failin öngördüğü ve hatta gerçekleşmesini muhtemel olarak kabul ettiği, ancak önlemek zorunda olduğu ve gerek icra hareketlerine son vermek suretiyle gerekse çeşitli tedbirleri alarak önleyebileceği zararlı neticeyi istememesi anlamına gelmektedir. Haus tarafından ifade edilen bu görüşler İtalyan öğretisinde oldukça kabul görmüş iken, büyük müellif Carrara tarafından bilinçli taksir kavramına ilişkin tartışmaların son derece anlamsız olduğu ifade edilmiştir²¹⁹.

²¹⁷ Riccio, s. 49, 50.

²¹⁸ Riccio, s. 51.

²¹⁹ Del Vecchio, s. 568.

Altavilla'ya göre ise, taksirle işlenen fiilleri düzenleyen normlar, ya norm tarafından önlenmeye çalışılan bir neticeyi meydana getirmeye yönelik belirli bir fiilin (icrai ya da ihmali) gerçekleştirilmesine ilişkin özel düzenlemeler ya da bir arada yaşamının gerektirdiği genel düzenlemeler şeklinde ortaya çıkar. Örneğin her bireyin elindeki sigarayı atmadan önce söndürme yükümlülüğü vardır. Aksi takdirde, özellikle yanıcı bir maddenin yakınında bulunuluyorsa yangına sebebiyet verme tehlikesi yaratılmış olur. Bununla birlikte, sadece bir annenin çocuğunu besleme ve büyütme zorunluluğu vardır. Manzini ise taksirli fiili, zarar ya da tehlike neticesi yaratan, genel ya da özel anlamda disipline ve polis kurallarına aykırılık teşkil eden ve fail tarafından isteme ile gerçekleştirilen bir fiil olarak tanımlamaktadır²²⁰.

Altavilla, taksirli suçlara ilişkin olmak üzere öngörebilme unsurunun farklı bir açıdan ele alınarak soyut öngörülebilirlik ve somut öngörülebilirlik şeklinde bir değerlendirmeye esas teşkil edebileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre öğretide pek fazla üzerinde durulmamış olan bu ayırım, esasen büyük önem taşımaktadır. Nitekin Vannini tarafından Kral'a sunulan 28 numaralı raporda bilinçli taksire ilişkin olarak verilen örnekte, kalabalık bir yolda sürat yapan kişinin birilerine çarpma ihtimalini öngörebileceği ifade edilmiştir. Bu şekilde öngörülebilirlik aslında somut bir durumken, öngörmeye ilişkin soyut bir belirleme yapılmıştır. Sosyal yaşama mensup olan herkes, nedenselliğe ilişkin kurallar konusunda bu şekilde bir takım soyut bilgilere sahiptir. Oysa ki öngörülebilirlik, belirli sükunetlerin zarar görmesi ile sonuçlanabilecek olan somut bir tehlike durumunda söz konusu olur. Örneğin, bir kuşu vurmak için ateş eden avcı, yakın bir mesafede duran küçük bir çocuğun da kurşunlara hedef olabileceğini öngörür. Bu şekilde somut bir öngörülebilirlikten bahsedilebilir. Ancak aynı örnekte failin hiç kimseyi görmüş olmamasına rağmen, ağacın arkasından birisinin geçebileceğini hesaba katarak davranmasını beklemek, avcının her koşulda bilinçli taksirle hareket edeceği sonucuna götürür, ki bu da bilinçsiz taksiri ortadan kaldıran bir çıkarım olacaktır²²¹.

Taksirli suçu gerçekleştiren kişide kusurun aranması gereken zaman, fiilin işlendiği andır. Zira davranış kuralları zamanla değişiklik geçirebilirler ve bunun

²²⁰ Altavilla, *Colpa Penale, Competenza Penale, Costringimento Fisico*, s. 1,2.

²²¹ Enrico Altavilla, "*Dolo Eventuale e Colpa Con Previsione*", RIDP, Anno X-Nuova Serie, 1957, s. 174, 175.

sonucunda da failin gerçekleştirdiği hareket nedeniyle ortaya çıkabilecek olan zararlı neticeyi öngörebilme imkanı da aynı şekilde zamanla değişikliğe uğrayabilir. Netice, hareketin gerçekleştirildiği anda öngörülebilir değilken, daha sonra (örneğin hüküm verileceği zaman) bilim ve teknolojiye yaşanan ilerlemeler sayesinde öngörülebilir duruma gelebilir. Benzer şekilde, hukuk tarafından öngörülen bir davranış kuralı hareketin gerçekleştirilmesinden sonra yürürlüğe girebilir. Bu gibi durumlarda, failin cezai sorumluluğunun taksirden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespitinde, suçlanan kişinin aleyhine geçmişe yürür bir durum yaratmamak için, hareketin fail tarafından gerçekleştirildiği zaman dikkate alınmalıdır²²².

İtalyan ceza hukuku öğretisinde, taksirle işlenen suçlarla ilgili tartışılan bir konu, kast – taksir kombinasyonu şeklinde işlenen suçlarda ortaya çıkan taksirin yapısı ile, tek başına taksirli sorumlulukla neticelenen fiillerin içerdiği taksir yapısının aynı olup olmadığı hususudur. Bu konuyu ele alan yazarların hepsi de aynı noktada birleşmişlerdir. Carrara, her türlü hukuka aykırılıktan ya da hukuka uygunluktan bağımsız bir şekilde, taksirli sorumluluk şeklinin dayanağı olan davranış kurallarının temelinde tedbirsizlik ve öngörülebilirlik kavramlarının mevcut olduğunu belirtmiştir²²³. Daha sonraları Antolisei de aynı konuyla ilgili olarak benzer düşüncelerini ifade etmiş ve kasten işlenen suçlar nedeniyle ortaya çıkan ve fail tarafından istenmemiş olan netice bakımından da taksire ilişkin genel koşulların geçerli olacağını ileri sürmüştür²²⁴.

Öğretide tartışılan bir diğer konu da, taksirli suçlarda kusurlulukla ilgili olarak geçerli olan genel kuralların, birbirinden farklı taksir şekillerinin hepsinde geçerli olup olmayacağıdır. İtalyan Yargıtayı, özellikle tıbbi faaliyetlerdeki zorluklar nedeniyle diğer taksirli suçlarda geçerli olan kuralların uygulanamayacağını ileri sürmekteyken, son zamanlarda bu görüşünü değiştirmiş ve aynı kuralların bu gibi riskli müdahalelerde de geçerli olacağını kabul etmiştir. Özellikle sportif faaliyetlerle

²²² Bu gerekliliği İtalyan Yargıtayı da bir kararında ifade etmiştir. Cass. Sez. IV, 17.05.2006, C.E.D. Cass., no. 235659, Pagliaro, s. 114.

²²³ Francesco Carrara, "Sul Caso Fortuito", *Opuscoli di Diritto Criminale*, vol. III, opera XXXI, 5. Edizione, Firenze, 1898, s.20; Basile, s. 299.

²²⁴ Francesco Antolisei, *La Colpa Per Inosservanza di Leggi e Responsabilita Obiettiva*, Giust. Pen., II, 1948, s.11; Basile, s. 299.

ilgili bazı kararlarında ise ilk görüşünü tekrar benimsemiştir²²⁵. Zira söz konusu sportif faaliyetlerin icrası sırasında, ilgili spor dalının niteliği gereği ağır ve tehlikeli sonuçlar doğurması mümkün olabilir. Bu bakımdan spor dalının bağlı olduğu federasyon tarafından getirilmiş olan kurallara uygun bir şekilde sporun icra edilmesi gerekliliğinin yanısıra, kanunilik ilkesini düzenleyen İtalyan Anayasasının 25/1. maddesiyle İt.CK.'nun 40.maddesi gereği taksire ilişkin genel kurallara da uygun davranılmış olması şarttır. Aksi durum anayasaya aykırılık teşkil edecektir²²⁶.

İtalyan ceza hukukunda, kastın aşılması suretiyle adam öldürme ve diğer kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda ya da başka bir suç sonucu ortaya çıkan ölüm ya da yaralamaya ilişkin 586.maddede²²⁷ yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin kastının dışında meydana gelen istenmemiş olan neticenin taksirle işlenmiş olması aranmaktadır²²⁸.

2. Almanya

Alman Ceza Hukuku'nda failin işlediği fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için, tipe uygun hukuka aykırı hareketi gerçekleştirmesinin yanısıra kusurlu olması da gerekmektedir. Anayasal bir ilke olarak da kabul edilen kusur prensibine göre, fiilin faile isnad edilebilmesi için hareket sonucu meydana gelen neticeye yönelik olan iradenin sakatlanmış olması, başka bir ifade ile failin kusurlu olması gerekir²²⁹.

Alman ceza hukuku öğretisi, kusur kavramını yeniden ele alarak, köklü değişiklikler ortaya koyma çabası içine girmiştir. Bu şekilde bazı yazarlar, kusur kavramına failin kınanmasını gerektiren bir değerlendirmeden öte, suç işleyen faile verilecek olan cezanın fonksiyonelliği bakımından yaklaşmaktadırlar. Buna göre, fail

²²⁵ Delogu, s.124.

²²⁶ Caraccioli, s.168.

²²⁷ İtalyan CK.'nun 586.maddesine göre, fail tarafından kasten gerçekleştirilen bir fiil neticesinde, failin isteği dışında bir ölüm ya da yaralama neticesi gerçekleşirse, 83.maddede yer alan düzenlemenin dikkate alınması, bununla birlikte 589 ve 590.maddelerde yer alan taksirle öldürme ve taksirle yaralamaya ilişkin cezaların da artırılarak verilmesi gerekir. Kanunun 83.maddesinde ise, fail tarafından gerçekleşmesi istenen neticeden başka bir neticenin meydana gelmesi durumu düzenlenmektedir.

²²⁸ Fabio Basile, *La Colpa In Attività Illecita, Un Indagine di Diritto Comparato Sul Superamento Della Responsabilità Oggettiva*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, s.277.

²²⁹ Hans-Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi*, Beta, İstanbul 2007, s. 37.

tarafından gerçekleştirilen ve zararlı bir netice ile sonuçlanan fiilin cezalandırılmasının, cezanın amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığının değerlendirilmesi gerekir. “Fonksiyonel kusur kavramı (Der funktionale Schuldbegriff)” olarak ifade edilen bu görüşe göre, fail, genel olarak hukuk bilincinin yerleşmesine ve suç işlenmesinin önlenmesine faydası olacaksa cezalandırılmalıdır²³⁰.

Alman öğretisinde yer alan bazı görüşler, kusur kavramının yapısını, normatif kusur kavramından ayırarak açıklamaya çalışmaktadırlar. Bu görüşü savunanlara göre normatif kusur, failin suç teşkil eden hukuka aykırı hareketi yüzünden kınanmasını gerektiren bir kavramdır, ancak kusur kavramının maddi içeriğini açıklamaya yetmemektedir. Bu şekilde “maddi kusur kavramı (der materielle Schuldbegriff)”nı ortaya atan bu düşüncelerin yanına, kusuru farklı şekillerde açıklamaya çalışanlar da olmuştur. Bazılarına göre, kusur klasik anlamıyla failin hukuka uygun hareket etme seçeneğine rağmen fiili işleyerek hukuka aykırılığı gerçekleştirmesi anlamına gelir. Diğer görüşe göre, kusur, kişinin karakterinden kaynaklanmaktayken, başka bir görüşü savunanlara göre, kusur failin iradesinin kınanmasıdır. Öğretide yer alan bütün bu fikirlerin yanısıra, kusur kavramını kabul etmeyen görüşlerin de mevcut olduğunun belirtilmesi gerekir²³¹.

Alman Ceza Kanunu'nun §15. maddesine göre, “*kanun taksirli hareketi açıkça cezalandırmadığı takdirde sadece kastlı hareketler cezalandırılır*”. Alm. CK. §16'ya göre ise, failin fiili gerçekleştirdiği sırada, suçun kurucu unsurlarından birinin mevcut olmaması durumunda kastın varlığı ortadan kalkar. Taksirli sorumluluk hali ise devam eder. Bununla birlikte fiilin gerçekleştirildiği sırada, failin içine düştüğü hata nedeniyle daha hafif bir cezayı gerektiren bir suçun ortaya çıkması durumunda, fail gerçekleşen daha az cezayı gerektiren suçtan dolayı sorumlu tutulur²³².

Alman CK.'nin §15.maddesi, ceza kanununun genel hükümler kısmında 1975 yılında yapılan reform ile birlikte kabul edilmiş olan bir düzenlemedir. O tarihe

²³⁰ Zafer, s. 173.

²³¹ Zafer, s. 173.

²³² Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, s. 59.

kadar, somut olayda taksirli sorumluluk şeklinin mevcut olup olmadığının tespiti mahkemenin takdirine bırakılmış durumdaydı. Mahkeme, yorum yoluyla kanunun amacının ve yapısının uygun olduğu kanaatine varırsa taksirli sorumluluğun varlığına hükmedebilirdi. §15.maddenin kabulü ile birlikte söz konusu uygulama sona ermiş oldu²³³.

Görüldüğü gibi Alman CK.'nda, kusurluluğun temel şekli kasttır. Kanun koyucu kasta ilişkin düzenlemede, kastın tanımına yer vermemeyi tercih ederek, bu görevi öğretiyeye bırakmıştır. Bu şekilde kast, failin suçun kurucu unsurlarının farkında olması olarak tanımlanabilir²³⁴. Kastın yanında istisnai sorumluluk şeklini taksir oluşturur ve taksirli sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bunun kanun tarafından açıkça öngörülmüş olması gerekir²³⁵.

Failin fiilinin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkacak olan neticeye yönelik bilgi ve isteğinin derecesine göre, Alman ceza hukuku kastı üçe ayırmıştır²³⁶:

- birinci derece doğrudan kast (maksat),
- ikinci derece doğrudan kast (dolus directus),
- olası kast (dolus eventualis).

Birinci derece doğrudan kast ile ikinci derece doğrudan kast esasında birbirlerine benzemekle birlikte, birinci derece doğrudan kast için suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesi sonucu neticenin oluşması, yani suçun failin amacı doğrultusunda tamamlanması gerekmektedir. Bu yolda failin gerçekleştirilmesi gereken başka neticeler de söz konusu ise, bunlara yönelik olarak da doğrudan kastının varlığı kabul edilir. Örneğin, fail bir camın arkasında duran (A)'yı vurmaya amaçlıyorsa, hedefini gerçekleştirebilmek için cama da zarar vermesi gerekecektir.

²³³ Bohlander, s. 59, dipnot 2.

²³⁴ Failin kusurunun belirlenebilmesi için suçun kurucu unsurlarının farkında olması gerekmektedir. Failin birlikte, bunların hukuki anlamlarının da fail tarafından biliniyor olması gerekmektedir. Failin bilgisinin, fiili gerçekleştirdiği takdirde suçun unsurlarının da ortaya çıkacağını ve neticenin de meydana geleceği yönünde olması yeterlidir. Bohlander, s. 62.

²³⁵ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 316; Bohlander, s. 59, 60.

²³⁶ Bohlander, s. 63; Volker Krey, *German Criminal Law, General Part*, Volume II, Kohlhammer, 2003, prg. 337; Alman öğretisi kastı üç alt başlık altında incelerken, Türk öğretisinde maksat ve ikinci derece doğrudan kast aynı başlık altında birarada incelenmekte, olası kast ise bunlardan ayrılmaktadır. Ozansü, s. 142.

Bununla birlikte failin amacının belirlenebilmesi için, failin neticenin gerçekleşeceğinden kesin olarak emin olması gerekmez. Başka bir ifadeyle, silah kullanmak konusunda kendisine güvenmeyen fail kendisinden üç yüz metre uzaklıkta duran (A)'yı, her ne olursa olsun vurmayı amaçlayarak ateş ettiği takdirde, failin birinci derece kastından sorumluluğu söz konusu olacaktır. İkinci derece doğrudan kast, failin amacıyla aynı derecede bir hedef gözetmeksizin, suçun unsurlarına ilişkin olarak tam bir irade içermektedir²³⁷.

Kastın bu şekilde sınıflandırılması, bu konuda ayrı bir dikkati gerektirmektedir. Zira Alman ceza hukuku öğretisinde de kastın türleri konusunda tartışmalar mevcuttur. Örneğin §242. maddede yer alan hırsızlık suçuna ilişkin düzenlemeye göre, failin taşınır malı hukuka aykırı şekilde bulunduğu yerden almaya yönelik kastının mevcut olması gerekir. Başka bir ifadeyle, failin hırsızlık yapmak hususunda birinci derece doğrudan kastı söz konusu olmalıdır. Ancak failin malı olduğu yerden almak hususunun haksızlığına yönelik olarak olası kastla hareket etmesi de kabul edilebilir. Benzer sorunlar İngiliz hukukunda da, belirli bir suç bakımından mens rea oluşumu hususunda “pervasızlık (recklessness)” olarak ifade edilen kusurluluk türünün yeterli olup olmadığı ya da doğrudan kastın gerekip gerekmediğine ilişkin olarak tartışılmaktadır. İfade edilmelidir ki, Alman hukukunda İngiliz hukukundaki kullanım şekliyle “recklessness” kavramı mevcut değildir. “Recklessness”, olası kastta söz konusu olduğu gibi failin hareketleri sonucu ortaya çıkacak olan neticeyi kapsayan bir irade içermez. Bu yüzden Alman ceza hukukunda geçerli olan olası kast ve bilinçli taksir kavramları arasında yer almaktadır²³⁸.

Alman Ceza Kanunu'nda da Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, bazı suçlara ilişkin olarak suç tipinde failin suç teşkil eden fiilini gerçekleştirirken meydana gelecek olan netice bakımından “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ifadeler kullanılarak, bu gibi suçların sadece doğrudan kastla işlenebileceği hususu belirtilmek istenmiştir. Bu şekilde kanun koyucu tarafından söz konusu suçların olası kastla işlenebilme olanağının olmadığı ifade edilmek istenmiştir. Bu düzenlemelere örnek olarak, Alman CK'nda yer alan iftira suçu (Alm. CK. §164, falsche

²³⁷ Bohlander, s. 63.

²³⁸ Bohlander, s. 63.

Verdaectigung) ya da gerçek olmayan isnadla hakaret suçu (Alm. CK. §187, Verleumdung) gösterilebilir²³⁹.

Bu noktada belirtilmelidir ki, Alman ceza hukuku, İngiliz ceza hukukunda olduğunun aksine, taksirli sorumluluk için ağır kusur aramamaktadır. Aynı şekilde Alm. CK. §15 kusursuz sorumluluk şeklinde ortaya çıkan ve kusur içermeyen sorumluluk şekillerini de kabul etmemektedir²⁴⁰.

Taksir, kusurluluğun bir türü olarak kabul edilirken, Alman ceza hukuku öğretisine göre aynı zamanda kast ile birlikte suçun kurucu unsurlarından da biridir. Fail, kanunda suç olarak tarif edilen tipe uygun hareketi gerçekleştirirken kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için, fiil hukuka aykırıdır. Aynı şekilde fail de bu nedenle kusurludur²⁴¹.

Alman öğretisinde Binding tarafından taksir, hukuka aykırı bir fiil neticesinde ortaya çıkan neticeye yönelik bilinçsiz isteme (unbewusst rechtswidrige Willen) olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanım, failin neticeyi açık bir şekilde öngörebildiği durumları da kapsar niteliktedir. Kural olarak, neticenin öngörülebilir olmadığı durumlarda taksirden söz edilemez; bu durum taksiri cezai sorumluluğun olmadığı noktadan ayırır. Burada belirleyici unsur neticenin öngörülemesliği iken, neticenin öngörülmemiş olması taksirin temel şartını oluşturur²⁴².

Alman ceza hukuku öğretisinde tartışılan, taksirin kastla birlikte kusurluluğun daha hafif bir şekli mi yoksa bundan tamamen ayrı kendine özgü bir durum (aliud) olup olmadığı hususu, bazı yazarlarca pratik öneme haiz görülmektedir. Bir örnek üzerinden söz konusu görüşü açıklamaya çalışalım. Bir kişiyi zehirlemek suretiyle öldürmek isteyen fail, verdiği miktarda zehirin kişiye öldürücü bir zarar vermeyecek olduğu hususunda hataya düşerek, öldürme suçunu tamamlamak üzere gerçekleştirmesi gerekli olan icra hareketlerine son vermiş, ancak kişi aldığı miktarın ölüm neticesini gerçekleştirmeye yeterli olması dolayısıyla zehir nedeniyle ölmüştür.

²³⁹ Özgenç, 230.

²⁴⁰ Bohlander, s. 59, 60.

²⁴¹ Hans-Heinrich Jescheck, s. 39.

²⁴² Florian, s. 476.

Bu durumda çoğunluk görüşe göre, failin §271 uyarınca öldürmeye teşebbüsten kurtulması söz konusu olmakla birlikte, yine de §227 uyarınca taksirle hareket etmiş olması neticesinde yaralamadan sorumlu tutulmasının gerekip gerekmediği de tartışılmaktadır. Oysa burada üzerinde düşünülmesi gereken nokta, failin hataya düşmesine neden olan taksirinin, ölüm neticesi ile doğrudan bir nedensellik bağı içinde olup olmadığıdır²⁴³.

Taksirle işlenen suçlarda taksirin belirlenmesinde iki kriter söz konusudur: hukuka aykırılık kriteri ve kusur kriteri²⁴⁴. Yeni ceza hukuku dogmatikğine göre, taksir öncelikle hukuka aykırılık kriteri açısından incelenir. Buna göre, öncelikle, kanunda yer alan tipe uygun hareket neticesinde meydana gelecek olan zararın öngörülebilir olması gerekir. Bu zararı meydana getiren hareket, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu gerçekleştirilmiş olmalıdır. Burada dikkat ve özen yükümlülüğünün derecesi, failin ait olduğu sosyal çevre içinde yer alan titiz ve basiretli bir insanın davranışına göre belirlenir. Taksirli suçlarda, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket sonucunda meydana gelen neticeden failin sorumlu tutulabilmesinin öncelikli koşulu, nedensellik bağının tespitidir. Bununla birlikte, neticenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu meydana gelmesi de özel olarak mevcut olmalıdır. Ancak fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmış olsaydı bile netice yine de meydana gelirdi denilebiliyorsa, bu durumda artık neticenin faile yüklenebilmesi objektif olarak mümkün değildir. Ancak şüphe durumunda, Alman ceza hukuku öğretisine ve mahkeme içtihatlarındaki yaygın olan görüşe göre, failin in dubio pro reo ilkesi gereği beraat ettirilmesi gerekir. Öğretide “riskin çoğalması teorisi” olarak ifade edilen ve azınlıkta olan diğer görüşe göre ise, failin neticeden objektif olarak sorumlu tutulabilmesi için, suçla korunan hukuki menfaatin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu meydana gelen neticeye göre önemli derecede tehlikeyle karşı karşıya kalması yeterlidir²⁴⁵.

²⁴³ Bohlander, s. 59, dipnot 4.

²⁴⁴ Taksirli suçların yapısı kasten işlenen suçlara benzerlik göstermekle birlikte, haksızlık ve kusur olmak üzere ikiye ayrılırlar. Ancak, subjektif açıdan ele aldığımızda taksirli suçlarda kusurun içeriğini failin ortaya koyduğu özensizlik belirler. Nigel G.Foster-Satish Sule, *German Legal System&Laws*, Oxford University Press, 2010, s.320.

²⁴⁵ Hans-Heinrich Jescheck, s. 50.

Taksirin belirlenmesindeki ikinci ölçü olan kusur kriterine göre, öncelikle kusurluluğa ilişkin genel şartların mevcut olması gerekir. Bunun yanında, failde bulunması gereken bazı nitelikler araştırılır. Bu nitelikler failin kişisel bilgisi, tecrübesi ve yeteneklerini içermekle birlikte, miyopluk ya da zeka zayıflığı gibi fiziksel özellikler ya da yaşlılık ile fail ile ilgisi bulunmayan bazı durumlar (frenin tutmaması gibi) failin sorumluluğunun belirlenmesinde rol oynamaz²⁴⁶.

Alman kanun koyucu birçok hükümde taksirin derecelerine yer vermiştir. Taksirin en ağır şekli olarak ortaya çıkan ağır kusur, özellikle netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda kendini gösterir. Jescheck bu hususa örnek olarak ölüm ile sonuçlanan yağma suçunu göstermektedir. Failin ağır kusuru ile gerçekleştirdiği cebir sonucu mağdurun ölmesi durumunda, failin yağma suçundan alacağı ceza ağırlaştırılarak verilecektir (Alm. CK. § 251)²⁴⁷.

Alman ceza hukukunda taksirin iki çeşidi vardır: bilinçsiz taksir ve bilinçli taksir. Bilinçli taksirde fail, neticenin meydana gelme tehlikesini öngörmekle birlikte, bu tehlikeyi dikkate almamakta, kendisinden beklenenden aksi yönde hareket etmekte ya da neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmektedir. Bilinçsiz taksirde ise fail, bu şekilde bir tehlikeyi dahi öngörmemektedir. Bilinçli – bilinçsiz taksir ayırımı, olası kast ile bilinçli taksir arasındaki farkı ortaya koyabilmek açısından önem taşır. Zira bilinçli taksirde fail, suç teşkil eden neticenin gerçekleşmeyeceği kanaatini taşımaktayken, olası kastta söz konusu neticenin gerçekleşmesi kabullenilmektedir²⁴⁸.

Bilinçli taksirin tanımına ilişkin olarak 1962 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarısı'nın §18/2.maddesi'nde yer alan ifade dikkate değer niteliktedir: "Kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini muhtemel addetmekle beraber, bu fiili gerçekleştirmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı ve muaheze edilebilir bir şekilde güven besleyen ve bu güvenle hareket eden kişi de (bilinçli) taksirle hareket etmiş olur". Görüldüğü gibi, Alman öğretisi tarafından da kabul edilen bu tanım uyarınca, bilinçli taksir içinde hareket eden fail, suç teşkil eden fiilin neticesinin gerçekleşme

²⁴⁶ Hans-Heinrich Jescheck, s. 51.

²⁴⁷ Hans-Heinrich Jescheck, s. 48.

²⁴⁸ Hans-Heinrich Jescheck, s. 48.

olasılığının farkında olmakla beraber, objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde bunun gerçekleşmeyeceğine dair bir güven duymaktadır²⁴⁹.

Öğretide olası kast ve bilinçli taksir arasındaki sınırın belirlenmesi ve her iki kavramın birbirleriyle olan farklılıklarının ortaya konması bakımından bir çok görüş ortaya çıkmıştır. Özellikle olası kastı tanımlamaya çalışan görüşlerin en önemli ortak noktası, olası kast durumunda failin gerçekleştirdiği hareket sonucu ortaya çıkacak olan neticenin bir suç teşkil edeceğinin bilincinde olması gerektiğidir. Bununla birlikte, zararlı neticenin ortaya çıkacağı hususunda failin herhangi bir sebepten içine düşeceği yanılğı, olası kastı ortadan kaldırmakla birlikte, şartlarının mevcut olması durumunda taksirli sorumluluk halinin devam etmesi söz konusu olacaktır²⁵⁰.

Alman Yargıtayı ve Alman öğretisinin olası kast konusunda birlikte savunduğu görüşe göre, olası kastın sınırlarının kesin olarak belirlenmesi gerekir. Bu bakımdan önem taşıyan husus, olası kastla hareket eden failin tipikliğin gerçekleşmesini öngörmüş olmasına rağmen, icra hareketlerine devam ederek neticeyi kabullenmiş olmasının mahkeme tarafından tespit edilmesidir. Bununla birlikte failin neticeyi önlemeye yönelik herhangi bir girişimde bulunup bulunmadığı da dikkat edilmesi gereken bir durumdur. Başka bir ifadeyle, fail suç teşkil eden fiili gerçekleştirirken neticenin meydana gelme tehlikesini kabullenerek hareket etmiş ise olası kast, tipikliğin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmiş ise bilinçli taksir söz konusu olur²⁵¹.

Alman Yargıtayı'nın olası kast ile bilinçli taksiri tartıştığı bir kararda (deri kemer olayı), soygun yapmak üzere (O)'yu etkisiz hale getirmek için deri kemerle bağlayan (A) ve (B), bu hareketin (O)'nun ölümüne neden olabileceğini düşünmüş, ancak yine de soyguna devam etmişlerdir. Alman Yargıtayı, bu olayda faillerin mağduru öldürmeye yönelik olan kastlarının, olası kast (dolus eventualis) şeklinde olduğuna karar vermiştir. Bu doğrultuda öncelikle, olası kast için failin hareketi sonucu ortaya çıkacak olan neticenin öngörülmesinin gerekli olduğunu vurgulamış, kastın bilme unsurunun bu şekilde tespiti ile birlikte, isteme unsurunun tespitinin

²⁴⁹ Koca, Üzülmez, s. 225.

²⁵⁰ Bohlander, s. 64.

²⁵¹ Koca, Üzülmez, s. 208.

olası kast ile bilinçli taksir arasındaki farkı ortaya koyacağını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, neticenin istenmesi unsurunu, kabul etme şeklinde ifade etmiş ve bu kabullenmenin fail tarafından neticenin istenmiş olacağı anlamına gelmeyeceğini, hatta olası kast durumunda neticenin fail tarafından istenmemiş dahi olabileceğini vurgulamıştır. Bu şekilde, amacına ulaşmak için zararlı neticenin meydana gelmesini kabullenen fail, aynı zamanda gerçekleşmesini istemediği bir neticeyi de kabullenmiş olmaktadır. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, istenmeyen neticenin meydana gelmeyeceğine inanarak hareket eden failin bilinçli taksirle hareket ettiğini ifade etmiştir. Davaya konu olan olayda ise, failler neticenin meydana gelebileceğini öngörerek hareket etmişler ve bu neticeyi her ne olursa olsun kabullenmişlerdir²⁵².

Son olarak Türk Ceza Kanunu'nun 22.maddesinin 6. fıkrasında yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemeye, Alman CK.'nin § 60. maddesinde yer verilmiş olduğunun da belirtilmesi gerekir. Buna göre, "*Gerçekleştirdiği fiilin, failin kendisi üzerinde doğurduğu sonuçlar, fail hakkında bir cezaya hükmedilmesini açıkça yersiz kılacak kadar ağır ise, mahkeme ceza vermekten vazgeçer*"²⁵³.

3. Fransa

Fransız ceza hukukuna göre suç; cürüm, cünha ve kabahat olmak üzere üçe ayrılır. Bu şekilde en ağırdan hafife doğru sıralanan suçun unsurları, maddi (*l'élément matériel*) ve manevi unsurdan (*l'élément moral*) oluşmaktadır. Klasik öğretiyeye göre, manevi unsur isnad ve ceza yeteneğinden ibarettir. Günümüzde ise Fransız öğretisindeki yazarlar tarafından, isnad yeteneği suçun kurucu unsurlarından görülmemekte ve manevi unsurun ceza yeteneği olduğu görüşü savunulmaktadır. Buna göre, bir suçun bütün unsurlarıyla meydana geldiği tespit edildikten sonra, failin söz konusu fiilden sorumlu tutulup tutulmayacağı değerlendirilir²⁵⁴.

²⁵² Krey, prg. 347-350.

²⁵³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 383.

²⁵⁴ Philippe Conte (Çeviren Prof.Dr. Durmuş Tezcan), "*Fransız Ceza Hukukunda Suçun Manevi Unsuru*", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008, Ankara 2009, s. 67-68.

Fransız hukukunda suçun manevi unsurunun içeriği, farklı bir özelliğe sahip görünmemektedir. Kusurun iki temel çeşidi vardır: Kast ve taksir. Bu şekilde her cürüm kasten işlenebilirken, cünhalar kasten ya da taksirle gerçekleştirilebilirler. Bunların dışında kast ile taksir arasında yer alan diğer sorumluluk şekilleri, olası kast ve bilinçli taksirdir. İlk durumda fail neticeyi öngörmüş olmakla birlikte gerçekleşmemesini istemektedir. Başka bir ifadeyle, fail neticenin gerçekleşmesini şansa bırakmakta, aksi durumda neticenin gerçekleşeceğini de bilmektedir. Bilinçli taksirde ise, fail öngördüğü neticeyi kişisel yetenekleri sayesinde engelleyebileceğine inanmaktadır²⁵⁵.

1992 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu'nun 121-1.maddesinde cezai sorumluluğa ilişkin genel kural yer almaktadır. Buna göre, herkes kendi gerçekleştirdiği fiilden sorumludur. Kanunun 121-3.maddesi²⁵⁶, ne göre ise, suç işleme kastının olmaması suçun varlığını (cürüm ya da cünha) ortadan kaldırır. Bu şekilde cürümler bakımından ceza kanunu ya da diğer suç içeren kanunlar tarafından açıkça belirtilmiş olmasa bile cürümler bakımından temel sorumluluk şeklinin kast olduğu belirlenmiştir. Bununla birlikte cünhalar bakımından ancak suç tanımında kastın varlığına açıkça bir gönderme yapılmışsa cezai sorumluluk için failin kasten hareket etmiş olması aranacaktır. Bu noktada belirtilmelidir ki Fransız Ceza Kanunu, kastın tarifini yapmayarak, bu hususun öğretisi ve uygulama tarafından ele alınması yolunu tercih etmiştir²⁵⁷.

Kast ile taksir arasında yer alan kusur türlerinin sonucunda failin sorumluluğu konusunda Fransız kanun koyucu değişik yollar benimsemiştir. Örneğin bilinçsiz taksir durumunda, failin kusuru sonucunda bir zarar meydana gelmiş olsa bile, cezai sorumluluk söz konusu değildir. Bu şekilde bazı durumlarda bilinçli taksiri, ceza sorumluluğunun bir şartı sayarken; bazen de suçun ağırlatıcı nedeni olarak öngörmüştür. Yeni Fransız Ceza Kanunu'nda ise bilinçli taksir, bu defa, tek başına bağımsız bir suç oluşturmaktadır. 1994 tarihinde getirilen yeni bir düzenleme ile, "bile bile açıkça" kanun tarafından öngörülen bir özen yükümlülüğünün ihlali

²⁵⁵ Philippe Conte (Çeviren Prof.Dr. Durmuş Tezcan), s. 70.

²⁵⁶ http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf; www.legifrance.gouv.fr; 29.09.2011 tarihinde ziyaret edilmiştir.

²⁵⁷ Catherine Elliot, *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Edited by Kevin Heller, Markus Dubber, Stanford Law Books, 2010, s. 216, 217.

sonucunda bir kimsenin ölümü ya da yaralanması tehlikesini bilinçli olarak yaratan kişi sorumlu tutulmaktadır²⁵⁸. Bu şekilde hareket eden fail, işlediği suçun taksirli şekli için öngörülen cezanın ağırlaştırılmış şekli ile sorumlu olur. Öğretide söz konusu düzenlemenin sonuç olarak kasten işlenen bir suç yarattığı görüşü ileri sürülmektedir. Her ne kadar kanun koyucu gerçekleştirdiği düzenleme ile yeni bir kusur türü yaratma çabasında görünse de, içtihatlar söz konusu kusur şeklinin kasıtlı suçtan ibaret olduğunu ortaya koymuştur²⁵⁹. Kanununun 121–3.maddesinde yer alan söz konusu düzenleme ile, o zamana kadar sadece kast ve taksirden oluşan cezai sorumluluğun türlerine bir yenisi eklenmiştir. Ancak bu şekilde fail tarafından neticenin gerçekleşmesine dair riskin öngörüldüğü ancak buna yönelik bir kastın mevcut olmadığı durumlara ilişkin olarak bir boşluk yaratılmıştır. İngiliz hukukunda “recklessness” ve Fransız ceza hukukçuları tarafından da “dol éventuel” olarak ifadesini bulan ve bizim de olası kast olarak tabir edeceğimiz bu sorumluluk şeklinin Fransız Ceza Kanunu tarafından kabul edilmesinden önce, bu şekilde hareket eden kişiler taksirden sorumlu tutulmaktaydılar²⁶⁰.

Kişilerin kasten tehlikeye düşürülmesi durumunda da, kanun tarafından öngörülen hallerde suç söz konusudur. Failin göstermesi gereken özen yükümlülüğünü, kendisine verilen görevi ihlal ederek ya da şahsi yeteneklerine aykırı olarak yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkan ve bir davranış kuralının ihmali ile sonuçlanan dikkatsizlik, tedbirsizlik ya da ihmal durumunda da cezai sorumluluk söz konusu olur. Bu gibi hallerde zararın meydana gelmesine iştirak edenler de, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığına bir kanun tarafından açıkça düzenlemesi durumunda ya da başkalarını tehlikeye sokacak bir ihlal meydana getirdiklerinde cezai olarak sorumludurlar.

Fransız Ceza Kanunu'nun 121–3. maddesinde taksire ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre, kanun tarafından öngörülen durumlarda cürümlerin dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu işlenmesi de söz konusu olabilir. Bu şekilde kanun koyucu tarafından taksirli suçlardan bahsedilmekte, ancak taksire ilişkin her hangi bir tanım verilmemektedir. Öğretide bu durum mahkemeler tarafından failin taksirle

²⁵⁸ “Mise en danger délibérée de la personne d'autrui”.

²⁵⁹ Philippe Conte (Çeviren Prof.Dr. Durmuş Tezcan), s. 71.

²⁶⁰ Elliot, s. 218.

hareket edip etmediği hususunun değerlendirilmesi sırasında kriter olarak kullanılacağı özenli ve dikkatli bir insanla failin hareketlerinin karşılaştırılması noktasında, bir eksiklik yaratabileceği için eleştirilmiş ve taksire ilişkin bir tanıma yer verilmesinin daha doğru olacağı görüşü ileri sürülmüştür²⁶¹.

Fransız Ceza Kanunu'nun hayata karşı suçlar bölümünde yer alan 221-6. maddesi taksirle insan öldürmeyi düzenlemektedir. Buna göre, acemilik, tedbirsizlik, dikkatsizlik, ihmalkarlık veya güvenlik tedbiri almayarak kanun veya nizamlar tarafından verilmiş yükümlülükleri yerine getirmemek suretiyle ölüme neden olmak cezalandırılmaktadır²⁶².

Aynı kanununun 223-1.maddesinde de farklı bir kusurluluk türü dikkati çekmektedir. "Bilerek başkasının hayatını tehlikeye sokmak" şeklinde ifade edilen bu düzenlemeye göre, kanun ya da düzenlemeler tarafından öngörülen tedbirlerin bilerek ve açık bir şekilde alınmaması neticesinde kişilerin doğrudan doğruya ölüm tehlikesi altında kalmasına, kalıcı bir sakatlık ya da uzuv kaybına neden olunması tehlikesinin yaratılmasına neden olunması durumunda fail cezalandırılır²⁶³.

4. İspanya

İspanyol ceza hukukunda kusurluluk kavramı uzun bir süre tartışılmıştır. 20. yüzyılın büyük bir bölümünde mahkemeler ve öğreti tarafından kusurluluk bakımından psikolojik teori kabul edilmiş, ancak son yıllarda kusurluluk bilme unsuru bakımından ele alınmış ve normatif teorinin benimsenmesi söz konusu olmuştur. Bu konuya ilişkin olarak İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin 23.04.1992 tarihinde verdiği karar dikkat çekicidir. Yüksek Mahkeme tarafından ele alınan olayda, failin yüzlerce kişiyi öldürme kastının var olup olmadığı tartışılmış, varılan kararda ise fail endüstriyel yağ maddesinin satışı sırasında maddenin insanlar tarafından tüketileceğini ve böyle bir riskin ortaya çıkabileceğini bildiği gerekçesiyle

²⁶¹ Elliot, s. 219.

²⁶² http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm, 29.09.2011; Dönmezer, Erman, C.II, s. 266.

²⁶³ http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm, 29.09.2011; Dönmezer, Erman, C.II, s. 266.

suçlu bulunmuştur. Ancak bu karardan çıkarılacak sonuç İspanyol ceza hukuku bakımından cezai sorumluluğun söz konusu olabilmesi için isteme unsurunun dikkate alınmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira suç işleme kastının dayanak olduğu bir çok suç türü mevcuttur²⁶⁴.

İspanyol Ceza Kanunu, 1983 yılında geçirdiği değişiklik ile kusur ilkesi bakımından önemli aşamalar kaydetmiştir. Özellikle 1. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda objektif sorumluluktan uzaklaşmak istenmiş, eski düzenlemede “*kusursuz ceza olmaz*” ifadesi yer alırken, madde şu şeklini almıştır:

“Suç ve kabahatler kanunun cezalandırdığı kasıtlı veya taksirli hareketler ve ihmallerdir.

Kast veya taksirsiz ceza olmaz.

Eğer bir suçun neden olduğu devam eden ve daha ağır neticeleri için kanun ceza öngörmüş ise, kişi bu neticeden dolayı sadece buna en azından taksirle neden olmuşsa sorumlu olur”²⁶⁵.

Yeni İspanyol Ceza Kanunu’nda objektif ceza sorumluluğunun kaldırılması amacıyla getirilen bir diğer düzenleme ise, m. 6bis b’de yer almaktadır. Buna göre, “*Eğer fiil failin kastı veya taksiri olmaksızın sadece kazaen ortaya çıkmışsa, bunlar tesadüf olarak adlandırılır ve cezalandırılmaz*”²⁶⁶.

İspanyol Ceza Kanunu’nun 5. maddesinde, “*kast veya taksir*²⁶⁷ *olmaksızın ceza verilemez*” hükmü yer almaktadır. 10. maddede ise, “*suçlar ve kabahatler kasıtlı, taksirli veya ihmali hareketlerdir ve bunlar kanun tarafından*

²⁶⁴ Carlos Gómez-Jara Díez, Luis E. Chiesa, *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Edited by Kevin Heller, Markus Dubber, Stanford Law Books, 2010, s.501.

²⁶⁵ Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.74, 75.

²⁶⁶ Doğan, s. 75.

²⁶⁷ Kanun’un yeni düzenlemesinde taksir kavramının karşılığı olarak *imprudencia* kelimesi kullanılmıştır. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.tp.html#a1 26.10.2011 tarihinde ziyaret edilmiştir.

cezalandırılmaktadır” denilmiştir. Buna göre, İspanyol Ceza Kanunu da kast kavramının tanımının ve unsurlarının belirlenmesini öğretiyeye bırakmıştır²⁶⁸.

İsp. CK. m. 12'nin ifadesine göre, *“Taksirli hareket veya ihmaller ancak Kanun'da açıkça belirtilmesi koşuluyla cezalandırılabilir”*²⁶⁹. Bu şekilde, Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi İspanyol Ceza Kanunu da, taksirli suçların ancak kanun tarafından düzenlenmesi halinde cezalandırılabilceğini kabul etmiştir.

5. Rusya

1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde kusurluluğa ilişkin olarak, *“Bir kimse eylemi kasten veya taksirle gerçekleştirmişse cezalandırılan fiilden dolayı kusurlu sayılır”* hükmü yer almaktadır. Buna göre, fail gerçekleştirdiği fiil neticesinde suçlu bulunabilmesi için kasten ya da taksirle hareket etmiş olmalıdır. Kanun koyucu taksirden bahsederken *“özensiz davranmak suretiyle”* ifadesini kullanmıştır. Kanunun 25.maddesinde ise kasta ilişkin düzenleme mevcuttur. Buna göre,

“Kasten işlenen bir suç doğrudan veya dolayısıyla kastla işlenen bir fiildir. Fail hareketinin toplum bakımından tehlikeliliğini anlamış, toplum bakımından tehlikeli sonuçların gerçekleşebileceği imkanını öngörmüş ve gerçekleşmesini istemişse doğrudan kast vardır. Fail hareketinin toplum bakımından tehlikeliliğini, tehlikeli sonuçların gerçekleşme imkanını öngörmüş ve bu sonuçları istememişse, bununla beraber bilinçli bir şekilde kabul etmişse veya onlara kayıtsız kalmışsa eylemi dolayısıyla kastla işlemiştir”.

Bu şekilde Rus ceza hukukunda kastın doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır²⁷⁰.

²⁶⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 316.

²⁶⁹ Doğan, s. 76.

²⁷⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 316; Stephen C. Thaman, *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Edited by Kevin Heller, Markus Dubber, Stanford Law Books, 2010, s. 420.

Bununla birlikte aynı kanunun 26. maddesi taksiri düzenlemektedir. Buna göre, “hareketinin toplum bakımından tehlikeli sonuçlarının gerçekleşebileceğini öngördüğü halde, kendine güvenerek kafi sebep olmaksızın bu sonuçları önlemeyi hesaplamayan kimse düşüncesizlik ve kayıtsızlığından, eyleminin yeterli bir dikkatle öngörülmesi mümkün sonuçlarını öngörmeyen, ihmalden sorumlu tutulur.”²⁷¹.

Rus ceza hukukunda taksir, kanunun ifadesiyle özensizlik, ceza kanununun özel hükümler bölümünde yer alan beş maddede öngörülmüştür. Bunların başlıcası 109.maddede düzenlenmiş bulunan “taksirle ölüme sebebiyet verme suçu”dur. Bunun dışında Rus Ceza Kanunu taksirin iki şekline yer vermiştir. Sorumluluk bakımından kasta yaklaşan taksir türü, düşüncesizlik olarak ifadesini bulmuş ve 26/2.maddede failin gerçekleştireceği fiilin sosyal bakımdan tehlike yaratma riskini öngörmesine rağmen, yeterli bir gerekçesi olmasa da bir şekilde kendine güvenerek zararlı neticeyi engelleyebileceğini düşünmesi şeklinde tarif edilmiştir. Taksirin diğer şekli ise tam anlamıyla taksir olarak ifade edilmiş ve 26/3.maddede failin gerçekleştirdiği fiilin neticesini öngöremediği ancak yeterli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı öngörebileceği durumlar olarak belirtilmiştir²⁷².

B. Anglo Amerikan Hukuku

1. Birleşik Krallık

İngiliz ceza hukukunun temel kaynağı *common law*²⁷³ olarak ifade edilen ve örf ve adetler ile içtihatlarla dayalı olarak gelişen hukuktur. Bu hukukun gelişimine mahkemeler kadar, öğretide katkıda bulunmuştur. 17. yüzyılda Coke ve Hale, 18. yüzyılda ise Hawkins, Foster ve Blackstone isimli yazarlar bunlar arasındadır. Her ne kadar 1861 yılında ceza hukuku mevzuatının bir araya toplanması amacıyla bir

²⁷¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 345.

²⁷² Thaman, s. 420.

²⁷³ “*Common law*” İngiltere Krallığı’nda mahkemelerde oluşan ve yargıçların verdikleri kararlar doğrultusunda şekillenerek gelişen hukuktur. Söz konusu hukuka göre, bir mahkeme tarafından verilen bir karar, aynı konu bakımından kendisi ve alt mahkemeler açısından bağlayıcı hükme sahiptir. Bu hususa ilişkin olan *stare decisis* doktrini (*stare decisis et non quieta movera*), mahkemelerin daha önceden verilen kararlara bağlı kalmaları ve hüküm verilmiş hususlarda değişiklik yapılmamasını ifade eder. Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, Thomson Del Mar Learning, s. 30.

çalışma yapılmış olsa da, 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Hakkında Yasa (The Offences Against The Person Act) ceza hukuku alanında uygulamada kalmıştır. İngiliz ceza hukuku halen dağınık yasalardan oluşmaktadır. Son yıllarda İngiliz Parlamentosu'nun yeni suçlar yaratma yoluna gitme çabasına rağmen, insan öldürme, yaralama, dolandırıcılık gibi suçlar yine de common law etkisi altındadır. Bununla birlikte sarhoşluk, akıl hastalığı, tehdit ya da ikrah ile birlikte kast ve taksir gibi ceza hukukundan kaynaklanan sorumluluğun temel koşulları da common law tarafından belirlenmektedir. Bu bakımdan ceza hukukunun gelişiminde yargıçların büyük bir payı bulunmaktadır. Kanunlarda yer alan suçları yorumlamak suretiyle ceza hukukunun şekillenmesinde rol oynadıkları kadar, ceza sorumluluğunun şartları ve amacının gelişimi hususunda sorumluluğa da sahiptirler²⁷⁴.

1998 tarihli İnsan Hakları Yasası (The Human Rights Act), bu noktada yargıçlara geniş yetkiler ve daha fazla görev yüklemiştir. Yasanın üçüncü bölümü, yargıçlara yasalarda yer alan ceza hükümlerini yorumlama görevini verirken, ikinci bölüm ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını dikkate alma zorunluluğunu içermektedir. Üst mahkemelerin, bir yasa hükmünün İnsan Hakları Yasası'na uygun olmadığı hususunu tespit etme yönünde mevcut yetkilerine rağmen, bu durum sıkça karşılaşılan bir uygulama değildir. İnsan Hakları Yasası, ceza hukuku alanında, ceza muhakemesinde olduğu kadar etki edememiş olsa da, Yasa'nın etkisinin hissedildiği bazı kararlar da mevcuttur²⁷⁵.

İngiliz ceza hukuku, iç hukuk kuralları bakımından uygulamada önceliğe sahip olan Avrupa Birliği Hukukunun da etkisi altındadır. Örneğin malların serbest dolaşımı konusuna ilişkin bir suçla ilgili olarak İngiliz Ceza Hukuku kurallarının Avrupa Birliği'ne ilişkin mevzuat tarafından tanınmış bir hakkı kısıtlaması durumunda, iç hukuk kuralları uygulanmaz. Avrupa Birliği hukuku, İngiliz ceza hukuku üzerinde çok geniş bir etkiye sahip olmamakla birlikte, sorumluluk kaynağı bakımından etkisi de göz ardı edilmemelidir²⁷⁶.

²⁷⁴ Andrew Ashworth, *Principles Of Criminal Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009, s.8.

²⁷⁵ Ashworth, s. 8.

²⁷⁶ Ashworth, s. 8.

İngiliz ceza hukuku ile Avrupa ülkelerinin bir çoğunda yerleşik olan ceza hukuk sistemleri arasındaki en büyük farklılık, İngiltere’de bir ceza kanunu olmamasından ileri gelir. Mevcut durumda bir ceza kanununun eksikliği, ceza hukuku uygulamasında birlik oluşumunu ve uygulanacak olan hukukun belirlenmesini güçleştirmektedir. Bu bakımdan bir ceza kanununun kabul edilmesi hususunda geniş bir görüş birliği olmasına karşın, güncel durumda nasıl bir kanun yapılması gerektiği konusunda yoğun tartışmalar mevcuttur²⁷⁷.

Ceza sorumluluğu doğuran hareketlerin ne türden olacaklarının belirlenmesi, bir ülkeden diğerine değiştiği gibi, aynı ülkede bile zaman içerisinde kimi değişiklikler geçirir. İngiltere’de son kırk yıl içinde özellikle cinsel suçlar alanında büyük değişimler yaşanmıştır. 1967 yılına kadar suç olarak kabul edilen bir takım eşcinsel birliktelikler artık suç sayılmazken, ahlak ya da edebe aykırı fotoğrafların bulundurulması ya da borsada yer alan şirketlerin finansal bilgilerine erişimi olan kişilerin gizli olan şirket bilgilerini borsada kullanması (insider trading) gibi faaliyetler artık suç olarak kabul edilmektedir²⁷⁸.

Ceza hukukunda sorumluluğun sınırları üç ana başlık altında incelenebilir: suçların sınıflandırılması, cezai sorumluluğun kapsamı ve koşulları. İngiltere ve Galler’ de ceza hukukunda yer alan suçların alanı son derece geniştir. Ölüm ve ağır yaralama dahil olmak üzere kişilere karşı suçlar, cinsel suçlar, kamu düzenine karşı işlenen suçlar, iş güvenliğine ilişkin suçlar, spor karşılaşmalarında geçerli olan güvenlik standartlarına ilişkin suçlar, ateşli silahlara ilişkin suçlar ve trafik suçları gibi. Bunların yanısıra devlet güvenliği aleyhine işlenen suçlar, genel ahlaka aykırı suçlar, idareye karşı işlenen suçlar ve vergi ödemek şeklinde kamusal yükümlülüklerle ilişkin suçlar gibi kamu yararını ilgilendiren suçlar da mevcuttur. Ayrıca çevreye karşı işlenen suçlarla birlikte, mülkiyete karşı işlenen suçlar ile mali, ticari ve endüstriyel alanda işlenen suçlar da önemli bir yer tutmaktadır²⁷⁹.

Cezai sorumluluğun kapsamı konusunda, karşımıza çıkan sorun kişinin suç teşkil eden fiili kendisi gerçekleştirmemesine rağmen hangi durumda sorumlu

²⁷⁷ Ashworth, s. 9.

²⁷⁸ Ashworth, s. 5.

²⁷⁹ Ashworth, s. 5.

tutulacağıdır. Söz konusu husus suça teşebbüs ve iştirak bakımından incelenmelidir. Öncelikle tamamlanmamış suçlar bakımından failin ceza sorumluluğunun tespiti gerekir. Ceza hukukunda sorumluluktan bahsedebilmek için bir çok suç bakımından, hukuka aykırılık teşkil eden fiilin gerçekleştirilmesi sonucu ortaya bir neticenin çıkması, başka bir ifadeyle suç tipinde yer alan ihlalin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, İngiliz ceza hukukunda belirli suçlara teşebbüsün de cezalandırıldığı durumlar mevcuttur. İştirak durumunda ise, bir kimsenin suç teşkil eden fiili kendisi bizzat gerçekleştirirse bile, suçun oluşumu bakımından ortaya konulması gerekli olan bazı hareketlere yardım etmesi söz konusudur. Bütün bu durumlar cezai sorumluluğun kapsamı dahilindedir²⁸⁰.

Cezai sorumluluk için gerekli olan koşullar ise çeşitli suçlar bakımından farklılık gösterir. Hafif kusur gerektiren suçların yanında, failin kusurlu olmasının aranmadığı kusursuz sorumluluk doğuran durumlar da vardır. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu suçların uygulandığı alanlar tüzel kişilere ilişkin suçlardan trafik suçlarına kadar çeşitlilik gösterir. Ancak İngiliz ceza hukukunda yüzyıllarından beri uygulanan common law kurallarına göre sorumluluğun temeli suça ilişkin manevi unsura (mens rea) göre belirlenir. Buna göre, kişinin suç teşkil eden fiili gerçekleştirdiği sırada kasten hareket ettiği ya da zararlı neticenin ortaya çıkmasına bilerek sebep olduğu kanıtlanmadıkça, fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz²⁸¹.

İngiliz ceza hukukuna göre mens rea, sadece gerçekleştirdiği fiilin neden ibaret olduğunun, ne gibi sonuçlar doğurabileceğinin yeterince farkında olan ve o şekilde hareket etmeyi seçtiği söylenebilecek olan kişiler bakımından uygulanmalıdır. Bu yaklaşım tarzı kişilerin kendi davranışlarını seçme özgürlüklerinin olduğu ve sadece bu seçimlerinden ötürü sorumlu tutulmaları temeline dayanır. Mens rea aynı zamanda vatandaşların sadece bilerek ve isteyerek gerçekleştirecekleri hukuka aykırı fiillerden dolayı sorumlu tutulacaklarının garantisini sağlama bakımından kanunilik ve hukuk devleti ilkelerinin de teminatını oluşturur. Mens rea kuralına göre, fiilin gerçekleştirildiği sırada fail tarafından

²⁸⁰ Ashworth, s. 6.

²⁸¹ Ashworth, s. 6.

bilinmeyen gerçek olaylar değil, failin içinde bulunduğu şartlar dikkate alınmalıdır. Bununla bağlantılı olarak kusur bakımından yapılacak olan değerlendirme de fail tarafından gerçekleştirilen fiil dikkate alınmak suretiyle yapılır²⁸².

İngiliz ceza hukukuna göre manevi unsurun türlerinden ilki kusursuz sorumluluktur (strict liability). Buna göre, failin gerçekleştirilen fiil neticesinde ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulması için diğer kusur türlerinden herhangi biriyle sorumlu tutulması gerekmez. Fail kusurlu olmasa bile cezai sorumluluğu söz konusu olur. Fail ancak gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davrandığını ispatlaması durumunda sorumluluktan kurtulur. Kusursuz sorumluluk dışında cezai sorumluluğun dört temel şekli vardır: kast (intention), olası kastı ifade etmek üzere recklessness (pervasızlık), knowledge (bilme) ve son olarak taksiri ifade eden negligence²⁸³.

Mevcut durumda kastın genel bir tanımı olmamakla birlikte, özellikle öldürme suçuna ilişkin olarak mahkemeler değişik davalarda kastı tanımlamışlardır. Bu şekilde birbirinden farklı ifadelerin ortaya çıkması sebebiyle, kasta ilişkin kesin bir hukuki tanım geliştirilememiş; bunun sonucunda Lord Lane CJ 1986 yılında temyiz mahkemesine başkanlık ettiği sırada mahkeme kararlarında birlik sağlanması amacıyla bu konuyu ele almıştır. Nedrick formülü olarak da anılan söz konusu ifadeye göre, özellikle öldürmeye ilişkin davalarda karar verecek olan jüri üyelerinin, davaya temel teşkil eden öldürme ya da yaralama fiillerinin failin gerçekleştirdiği hareketin kesin neticesi olarak ortaya çıktığından ve failin de hareketini bu hususu öngörerek gerçekleştirdiğinden emin olmadan kasten işlenmiş bir fiil yargısına varmamalarının hatırlatılması gerekir. Uzun yıllar kastın belirlenmesine ilişkin olarak temel kabul edilen bu görüş, sonraları bazı değişiklikler geçirmiştir. 1999 yılında Woolin kararında, Nedrick görüşünde bir değişiklik yapılarak benimsenmesi gereği ifade edilmiştir. Buna göre, somut olayda failin neticeyi öngörerek hareket ettiğinin belirlenmesi durumunda, Nedrick görüşüne göre mahkeme failin kasten hareket ettiği hususunda bir çıkarım yapmak durumunda iken, Woolin görüşüne göre, mahkeme somut olayda failin kasten hareket ettiğini kesin olarak tespit etmek zorundadır.

²⁸² Ashworth, s. 155.

²⁸³ Ashworth, s. 160.

Sonuç olarak mahkemelerin kasta ilişkin genel bir tanım yapma konusunda çekimser oldukları ifade edilebilir. Bunun sebebi mahkemelerin inceledikleri olaylara ilişkin karar verme sürecinde esnek olma ihtiyacı hissetmeleridir²⁸⁴.

Kusurluluğun derecelendirilmesinde kast ile, İngiliz hukukunda pervasızlık karşılığında kullanılan recklessness arasında çok ince bir çizgi bulunmaktadır. Bu hususta da mahkeme içithatları belirleyici rol oynamakla birlikte, birbirinden farklı olaylarda kullanılan tanımlamalar farklı anlamların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Örneğin insan öldürmeye ilişkin birçok olayda, fail hakkında hüküm verilebilmesi için tespiti gerekli olan failin kusurluluğunun ağırlığı recklessness kavramı ile ifade edilmiştir. 1950'li yılların sonuna doğru, mahkemeler manevi unsur kapsamında failin ortaya çıkması olası hukuka aykırı ve zararlı neticenin farkında olması durumuna özgü yeni bir kavram ortaya atmışlardır. Advertent recklessness olarak ifade edilen bu kusurluluk türünde, fail ortaya çıkacak olan zararı öngörmesine rağmen bu riski göze almakta, başka bir ifadeyle gerçekleştirdiği fiil neticesinde meydana gelecek olan zararı kabullenmektedir²⁸⁵. Bu bakımdan İngiliz ceza hukukunda advertent recklessness olarak ifade edilen durumun Kıta Avrupası hukuk sistemindeki karşılığının olası kast olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

Pervasızlık ile taksir arasındaki temel farklılık, failin yukarıda bahsi geçen zararlı neticenin meydana gelmesi riskinin farkında olup olmamasında yatmaktadır. Her iki durumda da ortada zararlı neticeye ilişkin bir risk söz konusu olmakla birlikte, fail ancak bu riskin farkındaysa yani öngörmekte ise pervasız (reckless) davrandığı kabul edilir²⁸⁶. Dolayısıyla recklessness bilinçli taksir durumuna daha yakın bir kavramdır.

1982 yılında görülen Caldwell davasında Lord Diplock tarafından, çoğunlukla cezai sorumluluk doğuran mala zarar verme suçlarında uygulanmış yeni bir pervasızlık (recklessness) tanımı getirilmiştir. Buna göre, fail gerçekleştirdiği hareketi sonucu bir mala zarar verme ya da onu tamamen tahrip etme riskini yaratıyor ve böyle bir riskin ortaya çıkacağını ya hiç öngörmüyor ya da ortada bir

²⁸⁴ Ashworth, s. 174.

²⁸⁵ Ashworth, s. 177.

²⁸⁶ Ashworth, s. 179.

risk oluşma ihtimalini farketmesine rağmen hareketine devam ediyorsa, pervasızlık derecesinde kusurlu sayılır (recklessly guilty). Bu görüş, failin riski öngörerek ve neticeyi göze alarak hareket etmesini gerektirmesi itibariyle advertent recklessness kavramını içermekle birlikte biraz daha ileri gitmiş ve pervasızlık kavramını genişleterek, zararlı neticenin meydana gelmesinin açık olduğu durumda bile bunu düşünmeyen faili de kapsamına almıştır. Bu bakımdan, gerçekleşmesi muhtemel olan neticeyi dikkate almayan hatta bunu hiç düşünmeyen failin, riski öngörüp göze alarak hareket eden failden daha az kusurlu olmadığı savunulmuştur²⁸⁷.

Bir diğer cezai sorumluluk şekli de knowledge (belief) olarak ifade edilen “bilmek”tir. Burada kastın bilme unsuru ile aynı yoğunlukta bir bilme durumu söz konusu olmakla birlikte, kasta ait olan bilme unsuru suç tipinde yer alan neticeye yönelik iken, bilme durumunda aynı unsur suç tarifinde yer alan koşullara ilişkindir. Suç tipinde bilmek unsurunun yer aldığı özel kast teşkil eden durumlara dair İngiliz ceza hukukunda birçok örnek mevcuttur. Örneğin 2003 tarihli Lisans Yasası (Licensing Act), fail tarafından bilerek gerçekleştirilmesi gereken birçok suç tipi yaratmıştır. Lisansa bağlı bir faaliyetin bilerek yetkisiz bir şekilde gerçekleştirilmesi suçtur. Bunun gibi sarhoş bir kişiye bilerek alkol satılması da suç olarak kabul edilmiştir²⁸⁸.

İngiliz ceza hukukunda taksir şeklindeki cezai sorumluluk türünü ifade etmek üzere *negligence* kelimesi kullanılır. Common law kapsamında yer alan öldürme, dikkatsiz ve tehlikeli araç kullanma gibi suçlar taksirle işlenebilen suçlardandır. Ticari ya da diğer başka faaliyet türlerini düzenleyen kanunlarda yer alan kasten işlenebilen suçlarla birlikte taksirli suçlar da mevcuttur. Bazı yazarlar taksirden doğan cezai sorumluluğa, manevi unsurun kapsamında yer alan ve kast için gerekli olan failin sorumluluğunun ortaya koyduğu davranış şeklini seçmesi ve hareketin sonuçlarını bilerek bu seçimi yapması şartını içermemesi gerekçesiyle karşı çıkmaktadırlar. Gerçekten de failin gerçekleştirdiği hareket neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçtan dolayı taksirinden sorumlu tutulabilmesi için, bu şartların hiçbirine

²⁸⁷ Ashworth, s. 180; *Elements Of Crime, Including: Mens Rea, Actus Reus, Concurrence, Reasonable Person, Intent, Criminal Negligence, Causation (law), Recklessness (law), Intention (criminal law), Vicarious Liability (criminal), Omission (criminal Law)*, Hephaestus Books, 2011, s.48.

²⁸⁸ Ashworth, s. 182.

gerek yoktur. İnsan davranışının ceza hukuku bakımından taksirli sorumluluk doğurmasının altında yatan sebep, kişilerin hareketlerini özgürce yönlendirebilmeleri ve zararlı bir neticeye neden olan kişinin başka türlü hareket edip gereken dikkat ve özeni göstermek suretiyle neticeyi engelleyebileceği gerçeğidir. Taksirli sorumluluk şekli genellikle toplu taşıma, araç kullanma, iş yeri güvenliği ya da belli bir ticari faaliyete ilişkin gerçekleştirilen davranışlar neticesinde ortaya çıkar. Bu gibi faaliyetler bakımından görevli olan kişilerin gerekli tedbirleri almaları beklenir. Dolayısıyla buna aykırı hareket eden kişilerin taksirli sorumluluğu, yükledikleri görevin gerektirdiği tedbirleri almayarak meydana getirdikleri zararlı neticelerden kaynaklanır²⁸⁹.

İngiltere’de olduğu gibi İskoçya’da da ceza hukukunun en önemli kaynağı örf ve adet hukukudur. Ancak İskoçya’da örf ve adet hukukunun ceza hukukundaki yeri İngiltere ve Galler Bölgesinde olduğundan çok daha fazladır. Bunun sonucu olarak uygulanan ceza hukuku kuralları, mahkemelerin verdikleri kararlara ve mahkemeler tarafından görüşlerine önem verilen otoritelerin düşüncelerine dayanır. Bununla birlikte yazılı hukuk kurallarına da sahip olan İskoç ceza hukuku, trafik ve çevrenin kirletilmesi gibi bazı alanlarda İngiltere ve Galler ceza hukuku kanunlarını da uygulamaktadır. Birçok Avrupa ülkesinde cezalar yazılı şekilde kanunlar tarafından tanımlanmakta iken, İskoçya’da en önemli suçlar örf ve adet hukukuna dahildir²⁹⁰. Common law yani örf ve adet hukukunun temel prensibi olan “actus non facit reum nisi mens sit rea” ya göre, suç işleme niyetiyle hareket edilmedikçe hiçbir eylem cezalandırılmaz. Başka bir ifadeyle, failin gerçekleştirdiği fiilinden sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan manevi unsur, yani failin kusurlu olması İskoç ceza hukukunda da geçerli olan bir prensiptir²⁹¹.

İskoç ceza hukukunda da suçun manevi unsuru kast (intention), pervasızlık (recklessness) ve taksir (negligence) şeklinde sınıflandırılmıştır. Kast failin gerçekleştirmeyi amaçladığı hareket ve elde etmek istediği neticeye yönelik iradeyi ifade ederken, pervasızlık yani recklessness taksir ile birlikte çoğunlukla dikkatsizlik

²⁸⁹ Ashworth, s. 186.

²⁹⁰ [http://en.jurispectia.org/index.php/Criminal_law_\(Scotland\)](http://en.jurispectia.org/index.php/Criminal_law_(Scotland))

11.11.2011 tarihinde ziyaret edilmiştir.

²⁹¹ Gerald H. Gordon, *The Criminal Law of Scotland*, The Scottish Universities Law Institute, W. Green&Son Ltd., Edinburgh, 2005, s. 193.

ve özensizlik ile bir arada ortaya çıkar. Fiilini özensiz bir şekilde gerçekleştirmiş olan fail olası kastla ya da taksirle hareket etmiş olabilir. Her ikisi arasındaki fark ilkinde failin ortaya çıkan riski öngörmesi söz konusu iken, ikincisinde böyle bir öngörü söz konusu değildir. İskoç ceza hukukunun konuya ilişkin uygulaması karışık bir nitelik arz etmekte, sonuç olarak da pervasızlık ile taksir arasındaki sınır belirli bir şekilde ortaya koyulamamaktadır. Davalar sonucunda yapılan bir tespite göre, pervasızlık taksirin en ağır şeklidir. Söz konusu ayırım Motorlu Taşıtlar Kanunu (Motor Car Act 1903)'nun 1(1) maddesinin ihlalden dolayı açılan Connell v. Mitchell davasında tartışılmış, mahkeme taksir ile pervasızlık arasında bir ayırımın mevcut olmadığı görüşünü ifade etmiştir. Buna karşın Lord Guthrie pervasızlık ile taksir arasında bir ayırımın elbette mevcut olduğunu belirtmiştir. Kıta Avrupası ceza hukuku sistemlerinde yer alan ve pervasızlık ile taksir dışında farklı bir kategori oluşturan bilinçli taksir (conscious negligence) kavramı İngiliz sistemindeki gibi İskoç ceza hukukunda da yer bulamamıştır. Bu şekilde bilinçli taksire yer vermeyen ceza hukuku sistemleri, bilinçli taksirle hareket eden failin sorumluluğunu pervasızlık olarak nitelendirmek durumunda kalırlar. Zira her iki durumda da fail zararlı bir neticenin ortaya çıkmasına dair riski öngörmektedir²⁹².

İskoç ceza hukukuna göre, taksir konusunda uygulanacak olan ölçüt makul bir insana göre objektif bir şekilde belirlenir. Ancak taksirli hareket sonucu fail bakımından söz konusu olan cezai sorumluluk tespit edilirken, failin kişisel özellikleri tamamen göz ardı edilemez. Bu bakımdan taksirli fiil, fail tarafından serbest iradeyle gerçekleştirilmiş bir hareket olmalıdır. Başka bir açıdan da failin zararlı neticeye sebep olan ve serbest iradesiyle gerçekleştirdiği hareketinin sonuçlarının öngörülebilir olup olmadığı incelenmelidir. Bu bakımdan epilepsi krizi geçirerek ya da arıların saldırısına uğrayarak bir trafik kazası gerçekleştiren failin taksirinden bahsedilemez. Ancak failin kusurunu ortadan kaldıracak bu türden bir etki mevcut olmadığı sürece cezai sorumluluğun taksirli şekli söz konusu olacaktır. İskoç öğretisinde taksirle gerçekleştirilmiş olan fiillerin cezalandırılması gerekip gerekmediği konusunda sıkça tartışmalar yapılmaktadır. Bir görüşe göre, taksirli fiillerin içerdiği kusurluluk failin cezalandırılmasını gerektirecek nitelikte değildir. Ancak karşı görüş ise, taksirin manevi olarak içerdiği kusurun kastın içerdiği

²⁹² Gordon, s. 209- 215.

kusurluluk kadar olmasa bile, taksirin cezalandırılmamasına gerekçe teşkil edemeyeceğini savunmaktadır. Hatta İskoç ceza hukukunda taksirin cezalandırılabilir bir kusurluluk derecesi olduğu hususu kabul edilmektedir. Bu durum failin gerçekleştirdiği hareket neticesinde üzerinde bulunan özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Günlük hayatta bile, kişilerin “özür dilerim, kazara oldu” şeklindeki ifadesi ile, “özür dilerim, benim hatamdı” ifadesi arasında manevi anlamda bir fark mevcuttur. Dolayısıyla bireyler bir takım davranış kurallarının kendilerine yüklediği özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettikleri takdirde cezai anlamda taksirden sorumlu olurlar. Taksirin cezalandırılması hususundaki görüşlerden bir diğeri de, failin gerçekleştirdiği hareket bakımından sergilediği kayıtsızlık karşısında, cezalandırılma korkusunun caydırıcı olamayacağını ileri sürmektedir. Buna karşılık, ceza tehdidinin bireylerin davranışlarında daha dikkatli ve özenli davranmaları konusunda etkili olduğu gerçeği ortaya koyulmuştur²⁹³.

Son olarak, İngiltere ve İskoçya’da uygulanan örf ve adet hukuku gereğince, öldürme dışındaki taksirli suçların cezalandırılması bakımından failin kusurunun, pervasızlığa (recklessness) dahil olarak değerlendirilen ağır taksir (gross negligence) şeklinde olması gerekmektedir²⁹⁴.

2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulanan ceza hukukunun çeşitli kaynakları vardır. Bunlar öncelikli olarak common law yani örf ve adet hukuku, yazılı hukuk ve diğer düzenlemelerdir. İngiltere’den doğan örf ve adet hukuku, Amerikan ceza hukukunun en eski kaynağıdır. Önceleri sadece otuz eyalet tarafından kabul edilmiş olan common law, bugün Louisiana dışında tüm eyaletlerde anayasal düzeyde geçerlidir. Eyaletlerin örf ve adet hukukunu kısmen ya da tamamen kabul ettikleri görülmekle birlikte, tartışılan konu Amerikan ceza hukukunda örf ve adet hukuku tarafından düzenlenen suçların uygulamada yer alıp almaması noktasındadır. Örf ve adet hukuku kaynaklı suçların varlığının kabul edilmesi gerektiğini düşünenler, bu

²⁹³ Gordon, s. 227- 229.

²⁹⁴ Gordon, s. 230.

durumun ceza yargıcına boşluk doldurma konusunda bir imkan sağladığını ileri sürmektedirler. Bu görüşe karşı gelenler ise, “nullum crimen sine lege (kanunsuz suç olmaz)” ve “nullum poena sine lege (kanunsuz ceza olmaz)” prensiplerini hatırlatarak, ceza hukukunda kanunilik ilkesinin önemini vurgulamaktadırlar²⁹⁵.

Amerikan ceza hukukunun yazılı kaynakları olan ceza kanunları elli iki adettir. Bununla birlikte Federal Ceza Yasası her elli eyaletin ve Columbia bölgesinin ceza yasalarının üzerinde yer alır. Amerikan Anayasasına göre, cezai sorumluluğun kaynağı, federal yararlarla sınırlı olmak üzere, eyalet yasaları tarafından belirlenir. Ceza kanunlarının bu şekilde sayıca çok fazla olması, ceza hukuku bakımından her hangi bir hususta kural belirlemeyi zorlaştırmakta ise de, birbirinden farklı eyalet ceza kanunları arasında bir paralellik de söz konusudur²⁹⁶.

Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute), 1962 yılında kanun koyucunun kanun yapım sürecini yönlendirmek ve Amerikan ceza hukukunun gelişimini sağlamak amacıyla Model Ceza Kanunu (The Model Penal Code – MPC) olarak ifade edilen ve son değişikliğini 1981 yılında geçiren bir ceza kanunu yapmıştır. Bu doğrultuda Amerika’daki ceza hukuku sistemi suçlar, müeyyideler ve yetkili organlar bakımından incelenerek, bunların en doğru şekilde biraraya getirilmesi sağlanmış ve Amerika Birleşik Devletleri ceza hukuku sisteminin belirli bir uyum ve birlik içerisinde olması yönünde önemli bir adım atılmıştır²⁹⁷.

Amerikan eyalet ceza kanunları, MPC’yi temel almaları sonucunda düzenlemeler arasında bir paralellik yakalamış olsalar da, Amerika Birleşik Devletleri Ceza Kanunu (United States Criminal Code Title 18) ulusal bir ceza kanunu olarak dağınık ve yetersiz kalmaktadır. Örneğin sadece mens rea kavramını ifade etmek üzere kanunda yetmiş dokuz farklı kelime ve cümle kullanılmıştır²⁹⁸.

MPC’nin en önemli yeniliklerinden biri, mens rea bakımından gerçekleşmiştir. Suçun manevi unsuru, Kanun tarafından ceza sorumluluğunun belirli

²⁹⁵ Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, Thomson Del Mar Learning, s.30-33.

²⁹⁶ Paul H. Robinson, Markus Dirk Dubber, “*An Introduction To The Model Penal Code*”, s.1.

²⁹⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Model_Penal_Code 04.11.2011

²⁹⁸ Hall, s. 50; Robinson, Dubber, s. 2.

bir temele dayandırılması amacıyla çeşitli derecelere ayrılmıştır. Bunlar “kast (purpose)”, “bilmek (knowing)”, “pervasızlık (recklessness)” ve “taksir (negligence)” şeklinde ifade edilmektedir. Diğer bir sorumluluk türü ise kusursuz sorumluluk halidir²⁹⁹. Görüldüğü gibi MPC, manevi unsur bakımından terminoloji olarak farklı ifadelere yer vermektedir. Kastı ifade eden *intent* yerine *purpose* kullanılmakta iken, *willfully* yerine de *knowing* kullanılmıştır. Buna göre kasten hareket eden fail belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik bir istek duymalıdır. MPC’de ifade edildiği şekliyle kast, örf ve adet hukukunda daha çok özel kast (specific intent) yerine geçmektedir. Cezai sorumluluğun ikinci türünü oluşturan knowing, gerçekleştirilen fiil sonucu failin amacı dışında ortaya başka neticelerin de çıkabileceğinin fail tarafından öngörülmesi anlamına gelir. Burada fail neticenin meydana geleceğinden neredeyse kesin olarak emin olmakla birlikte, failin fiili işlemekteki amacı söz konusu neticeyi gerçekleştirmeye yönelik değildir. Recklessness, failin meydana getirdiği hareketi bir riski göze alarak gerçekleştirmesi anlamına gelirken, negligence yani taksir durumunda fail böyle bir riski dikkate alması gerekirken, bunun farkında olmadan hareketini gerçekleştirmektedir³⁰⁰.

Taksirli sorumluluk ile kusursuz sorumluluk arasındaki fark, failin taksirle fiilini gerçekleştirdiği sırada ortaya çıkan riski göze almasının, esasen onun normal bir insanın uyması gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olmasından kaynaklanır³⁰¹.

Taksirin cezalandırılması gerektiğini düşünenler, haksız bir neticeye sebep olan failin bu hususta bilinçli bir tercih yapmış olmasa bile, söz konusu riskin farkına varma şansına sahip olmasına rağmen buna karşı gelmemesinin kusurluluğu gerektirdiğini ileri sürmektedirler. Buna karşılık olarak ileri sürülen görüşe göre ise, dünya farkında olmadığımız birçok riskle doludur. Daha doğru bir ifadeyle, risk kavramının ontik olmayan epistemik niteliği nedeniyle, epistemik açıdan daha ileri düzeyde bir kişinin tahmin edilenden daha yüksek bir riski tespit edebileceğine inanılır. Esasen bu durum bazı hallerde daha fazla bilgiye sahip olma anlamına

²⁹⁹ Larry Alexander, Kimberly Kessler Ferzan, Stephen J. Morse, *Crime And Culpability A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009, s. 23; http://en.wikipedia.org/wiki/Model_Penal_Code 04.11.2011 tarihinde ziyaret edilmiştir.

³⁰⁰ Hall, s. 62.

³⁰¹ Alexander, Ferzan, Morse, s. 69.

gelebilir. Şöyleki, bir onkolog herhangi bir bireyin şişkinlik zannettiği kitlenin kanser teşkil eden bir kitle olduğunu bilir. Aynı şekilde bir kişinin unuttuğu hususu başkası hatırlayabilir ya da birisinin farkına varamadığı bir durum başkaları tarafından farkedilebilir. Bu şekilde, bazen farkında olunmayan ya da unutilan bir husus zararlı bir neticeye sebebiyet verebilir. Sonuç olarak, farkında olunmayan riskler bakımından manevi olarak kusurlu sayılmak mümkün olmamalıdır³⁰².

MPC, taksiri §2.02(2)(d) maddesinde tanımlamaktadır. Buna göre, taksirle hareket eden kişi, gerçekleştirdiği fiil sonucunda ciddi ve haksız bir neticenin ortaya çıkabilme riskini öngören kişidir. Söz konusu risk, niteliği ve derecesi itibariyle, içinde bulunduğu şartlar dahilinde riskin farkında olmayan failin yerinde olan normal bir insanın göstereceği dikkat ve özen yükümlülüğünün ağır bir şekilde ihlali anlamına gelmelidir. Bu şekilde taksirle hareket eden failin hareketi ile kaza arasındaki fark da ortaya konulmuş olmaktadır. Zira bir kaza söz konusu olduğunda, zararlı netice ile fiil arasındaki nedensellik bağı arasına giren bağımsız bir süreç mevcuttur. Bu şekilde nedensellik bağından bir sapma ortaya çıkmakta ve failin beklentisinden çok daha farklı bir netice gerçekleşmektedir. İşte böyle bir sapmaya meydan veren hareketin failden kaynaklanmadığı durumlarda kaza söz konusu olur³⁰³.

MPC'nin §2.02(2)(c) maddesinde ise, pervasızlık (recklessness) tanımına yer verilmiştir. Buna göre, pervasızlık, failin fiili gerçekleştirmesi sonucu ortaya çıkma ihtimali olan ciddi ve haksız zararlı bir neticenin faili tarafından öngörülmesine rağmen dikkate alınmamasıdır. Söz konusu zararın ortaya çıkma riski, failin içinde bulunduğu şartlar ile hareketinin niteliği ve amacı dikkate alındığında, kanunlara uygun hareket eden normal bir insanın hareketlerinden ciddi bir sapmadan kaynaklanır. Bu şekilde MPC, pervasızlık ile taksir arasındaki farkı da ortaya koymuştur. Pervasızlık durumunda failin farkında olduğu ancak dikkate almadığı, başka bir ifadeyle görmezden geldiği bir risk söz konusu iken, taksir durumunda

³⁰² Alexander, Ferzan, Morse, s. 70, 71.

³⁰³ George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, s. 144.

failin hareketi neticesinde ortaya çıkabilecek olan zararlı neticeyi fark etme hususunda bir ihmali söz konusudur³⁰⁴.

MPC'ye göre, failin taksirinden dolayı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, bunun kanun tarafından mutlaka öngörülmüş olması gerekir. Konuya ilişkin yasal düzenlemede herhangi bir açıklık bulunmadığı takdirde, cezai sorumluluk için gerekli olan kusur en az pervasızlık recklessness derecesinde olmalıdır³⁰⁵.

Pervasızlığa (recklessness) ilişkin olarak rastlanan en iyi tanımlamalardan biri New York eyaletinde geçerli olan New York Ceza Kanunu'nun 15.5(3) numaralı kuralında yer almaktadır. Buna göre, ceza kanunlarında yer alan ve suç tanımlaması içeren kurallar bakımından pervasızlıkla hareket edildiğinin söylenebilmesi için, kişinin meydana gelecek olan neticenin farkında olması ve bunu bilerek davranış kuralını ihlal etmesi gerekir. Söz konusu ihlal, aynı durumda yer alan normal bir insanın göstermesi lazım gelen standart davranış kurallarının ihlali niteliği taşıyan ciddi bir sapmadan kaynaklanmalıdır³⁰⁶.

Amerikan öğretilerinde son yıllarda MPC'de yer alan cezai sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin başvurduğu "failin yerinde olan makul bir insan" ifadesi, feministler tarafından eleştirilere uğramıştır. Feminist yazarlara göre, söz konusu standart erkek cinsi dikkate alınarak belirlenmiştir. Hal böyle olunca, kadın fail tarafından işlenen bir suç bakımından "failin yerinde olan makul bir insan (erkek)" değerlendirmesi yerinde değildir. Bu bakımdan, söz konusu görüş makul bir kadın standardının kullanılmasını gereğini ileri sürmektedir³⁰⁷.

³⁰⁴ Fletcher, s. 115.

³⁰⁵ Fletcher, s. 116.

³⁰⁶ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, s. 168.

³⁰⁷ Fletcher, s. 117.

3. Kanada

Kanada'da ceza hukukunun kaynağını, parlamento tarafından kabul edilen yasalarla birlikte örf ve adet hukuku oluşturmaktadır. Ancak kanuni üstünlük ilkesi gereği yasalar tarafından kabul edilen kurallar, örf ve adet hukukunun yerini alabilmektedir. Bununla beraber örf ve adet hukuku, Kanada Haklar ve Özgürlükler Sözleşmesi (Canadian Charter of Rights and Freedoms)'nin yaşama hakkı, kişi güvenliği ve özgürlüğüne ilişkin 7. bölümü ile birlikte ele alındığında, bu hakları ilgilendiren bir konuda yasaların örf ve adet hukukunu çiğnemesi mümkün değildir³⁰⁸.

Kanada Ceza Kanunu (Canadian Criminal Code)'nda kusurluluğa ya da manevi unsura ilişkin olarak genel bir tanım ya da bütün suç tiplerine uygulanabilecek olan bir kural bulunmamaktadır. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme (Supreme Court) söz konusu kanuni boşluğu mahkeme kararları yoluyla doldurmaya çalışmaktadır³⁰⁹.

1978 yılında Yüksek Mahkeme şu tespiti yapmıştır: Ortaya çıkan zarar ceza hukuku bakımından bir suç teşkil etmekteyse, mahkemeler söz konusu fiile ilişkin olmak üzere manevi unsurun niteliğinin kast ya da pervasızlık ya da *willful blindness* şeklinde meydana geldiğini tespit etmelidir. Basit taksir (*mere negligence*) cezalandırma için gerekli olan manevi unsurun kapsamında değildir³¹⁰.

Common law'da yer alan subjektif kusurluluğa ilişkin kurallara ilave olarak, Yüksek Mahkeme, Kanada Haklar ve Özgürlükler Sözleşmesi (Canadian Charter of Rights and Freedoms)'nin 7. bölümünü kusurluluğa ilişkin yeni koşullar getirmek amacıyla yorumlayarak, taksir dahil olmak üzere her türlü kusurluluk çeşidinin tespitini, hapis cezasıyla sonuçlanabilecek olan bütün suçlar bakımından gerekli görmüştür. Mahkeme, taksirli sorumluluk sonucu bir özgürlüğün kısıtlanmasının söz

³⁰⁸ Kent Roach, *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Edited by Kevin Heller, Markus Dubber, Stanford Law Books, 2010, s. 100.

³⁰⁹ Roach, s. 106.

³¹⁰ Roach, s. 107.

konusu olabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğü standartlarına aykırı davranılmış olması gerektiğini de ifade etmiştir³¹¹.

Kanada'da uygulanan ceza hukuku kurallarına göre, subjektif olarak kusurluluğun çeşitleri şunlardır: kast (intent), knowledge ve willful blindness, pervasızlık (recklessness) ve taksir (negligence).

Daha çok insan öldürme gibi ağır suçlar bakımından cezai sorumluluk doğuran kast, failin ortaya çıkacak olan zararlı neticeyi bilerek (willfulness) ve bunun gerçekleşmesini isteyerek hareket etmesini gerektirir. Çoğu zaman failin amacı da suç teşkil eden söz konusu neticeyi elde etmeye yöneliktir. Knowledge ve willful blindness olarak ifade edilen kusurluluk türleri ise aslında kastın kapsamı içerisinde yer alırlar. Bu durumlarda fail zararlı ve kanun tarafından yasaklanmış olan neticenin gerçekleşeceğini bilmektedir ya da neticenin farkında olmasına rağmen bilmezden gelerek hareketine devam eder. Bu bakımdan taksirden farklı olarak, fail, bilmezden gelerek hareket etmeyi kendisi serbest olarak seçmektedir. Oysa ki, taksirli sorumluluk halinde failin, neticenin meydana gelme olasılığına ilişkin bilgi durumu dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayla ilişkilidir. Bütün bu sayılanlardan daha hafif bir sorumluluk türü, pervasızlıktır (recklessness). Bu durumda fail, ortaya çıkabilecek olan zararlı netice riskini göze alarak fiiline devam etmektedir³¹².

Kanada ceza hukukuna göre, taksirden doğan cezai sorumluluk bazı karşıt görüşlere rağmen Yüksek Mahkeme tarafından cezalandırılabilme bakımından kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme taksirli sorumluluk türleri bakımından ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki sınırları kesin bir şekilde belirlemeye çalışmakta ve failin aynı durumda bulunan normal bir insanın göstermesi gerekli olan dikkat ve özeni göstermemiş olmasını ceza hukuku bakımından taksirli sorumluluğun kaynağı olabilmesinin şartı olarak kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, taksirin belirlenmesi bakımından, normal bir insanın dikkate alınarak failin yaş, cins ya da eğitim gibi kişisel özelliklerinin hesaba katılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu gibi özellikler

³¹¹ Roach, s. 107.

³¹² Roach, s. 107, 108.

sadece failin somut olayın özelliklerini ve suç teşkil eden fiilin yapısını algılamasını etkileyebilecek ya da engelleyebilecek nitelikteyse dikkate alınacaktır³¹³.

III. Türkiye’de Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk

A. Genel olarak

Ülkemizde 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulanmaktadır. Ceza hukukunda taksirden doğan subjektif sorumluluğun ülkemizdeki tarihi gelişim süreci incelenirken karşılaşılan dört önemli devir söz konusudur. Bunlar; İslamiyet öncesi uygulanan ceza hukuku, İslam ceza hukuku, Osmanlı İmparatorluğu zamanında uygulanan ceza hukuku ve son olarak da Cumhuriyetin ilanından sonra ülkemizde uygulanan ceza hukuku devirleridir. Öncelikle İslamiyetin kabulünden önce Türk Devletlerinde uygulanan hukuktan bahsedilecek, daha sonra İslam Hukuku ile birlikte Osmanlı Ceza Hukuku açıklanmaya çalışılacak ve son olarak da Cumhuriyet döneminde 1 Temmuz 1926 tarihinden itibaren yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nu ve bu kanunu mülga eden 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu hakkında yapılmış olan hazırlık çalışmaları ve tasarılarından bahsedilecektir.

B. İslamiyet Öncesi Türk Hukukunda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk

İslamiyetin kabulünden önce kurulmuş olan Türk devletlerinde uygulanan ceza hukuku esasları hakkında yapılmış araştırmalar bulunmadığı için³¹⁴, bu dönemde geçerli olan ceza hukuku kurallarının neler olduğu, ancak İlk Zamanlar Ceza Hukuku Devri ile ilgili bilgiler ışığında belirlenebilir. İslamiyetin kabulünden sonra, diğer tüm müslüman devletlerde olduğu gibi Osmanlı Devleti’nde de İslam

³¹³ Roach, s. 109.

³¹⁴ Dönmezer, Erman, c.I, s.115.

Hukuku uygulanmış, ancak ceza hukukunun esaslarının oluşmasında kanunnamelerin de etkisi olmuştur³¹⁵.

Önceleri suç karşılığında kişisel öç, uzlaşma ve kefarete usulleri uygulanmakta, devlet bu alana müdahale etmemekteydi. Ancak zamanla bazı fiillerin, toplum düzenini bozan suçlar olarak görülmeye başlaması sonucunda, şikayet şartı aranmadan devletin kovuşturma yapması esas kabul edilmeye başlanmıştır. Moğollar, Hun İmparatorluğu ya da Göktürk Devleti gibi Türk devletlerinde ceza hukukunun devletin yetkisinde olduğu görülmektedir³¹⁶.

C. İslam Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk

İslam hukukunun kaynakları Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas'tır. Bunlardan Kur'an ve Sünnet asıldır³¹⁷.

İslam Ceza Hukukuna Ukubat denir. Buna göre suçlar üçe ayrılır³¹⁸:

a) Kullara yani bireylere karşı işlenen suçlar. İslam Ceza Hukukunda sorumluluğun esas kusurdur ve taksirden doğan cezai sorumluluğun kabul edildiği görülmektedir. Kulların haklarına karşı işlenen suçlarda (hakkı ademiye), adam öldürme ve müessir fiil suçları bakımından kastın yanında taksirli sorumluluk hali de kabul edilmiş ve adam öldürme suçu *amden katil*, *şibih amit*, *hataen katil*, *hata mecrasına cari katil*, *tesebbüben katil* olarak düzenlenmiştir³¹⁹. Kullara karşı işlenen suçların diğer bir türü olan cerh yani yaralamanın ise dört çeşidi vardır: *amden cerh*,

³¹⁵ İçel, s.45.

³¹⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.63; Bu devletlerden Moğolların kanunlarında kast ve taksir hakkında bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin adam öldürme suçları "aklı başında" iken adam öldürme ve "kızgınlıkla" adam öldürme olarak ikiye ayrılmış ve sarhoş bir şekilde ya da kavga sırasında adam öldürme suçunun işlenmesi durumunda daha az ceza verilmesi öngörülmüştür. Bununla beraber, kavga ya da oyun sırasında yanlışlıkla adam öldürülmesi de suç sayılmıştır. Av sırasında bir hayvan yerine bir insanın öldürülmesi durumunda fail ceza almamakta, sığırlar ya da ev hayvanları tarafından bir kişinin öldürülmesi durumunda ise hayvan sahibi nezaret yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle yani taksirinden dolayı sorumlu tutulmaktadır. İçel, s.46; Halil Cin, Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 2009, Sayram Yayınları, 3.Baskı, s.29.

³¹⁷ Dönmezer, Erman, c.I, s.116.

³¹⁸ Dönmezer, Erman, c.I, s.116.

³¹⁹ İçel, s.47.

hataen cerh, hata hükmünde cerh, tessebbüben cerh. Hakkı ademiye karşı işlenen suçların cezası ise *kısas ve diyet*'tir.

Taksir kavramı açısından bazı temel ilkeler belirlenmiş, ancak bazı durumlarda taksir benzer başka kavramlarla karıştırılmıştır. Mesela öldürmenin beşinci şekli olarak kabul edilmiş olan tessebbüben katil'de fail aslında öldürücü olmayan bir fiil gerçekleştirmekte, ancak bunun sonucunda ölüm neticesi meydana gelmektedir. Burada netice öngörülebilir niteliktedir ve failin diğer taksirle adam öldürme suçlarında olduğu kadar ceza alması gerekirken daha hafif bir ceza alması öngörülmüştür³²⁰.

Adam öldürmenin diğer bir şekli olan amden katil'de, fail öldürülmesi yasak olan bir kişiyi yaralayıcı bir aletle kasten öldürmektedir. Şibih amit'te ise farklı olarak kişi bir aletle değil dövülerek öldürülmektedir. Öldürmenin üçüncü şekli olan hataen katil ise, fiilin yanlışlıkla gerçekleştirilmesidir. Hata mecrasına cari katil söz konusu olduğunda da, failin elinde olmadan gerçekleşen bir fiil sonucunda ölüme neden olunmaktadır³²¹.

b) Allah'a karşı işlenen suçlar. Birçoğu Kur'an tarafından gösterilmiş olup İslam dinini terketme (irtidat), zina, bir kimseye zina isnat etmek, şarap içmek ve hırsızlık gibi suçlardır. Bu suçların karşılığında öngörülen cezalara İslam hukukunda had, hududu şer'iyeye adı verilir. Allah'ın haklarına karşı işlenen suçlar, topluma zarar verdikleri gerekçesiyle şikayete bağlı olmadan kovuşturulabilirler. Bu suçları kovuşturma yetkisi, devlete aittir. Ancak her iyi müslümanın da bu suçları haber verme görevi bulunmaktadır³²².

c) Taziren cezalandırılan fiiller. Bu fiiller İslam Hukuku kaynaklarında suç olarak gösterilmedikleri halde, topluma zarar verdikleri gerekçesiyle ülüm tarafından cezalandırılmaktaydı. Yargıçlar tarafından da takdiren tayin edilen cezalar ise onyedici kısma ayrılmakta ve en çok siyaseten katil denilen türü uygulanmaktaydı.

³²⁰ İçel, s.49.

³²¹ İçel, s.49.

³²² Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.65.

Taziren cezalandırılan fiilere karşı verilen diğer ceza türleri ise tekdir, ihtar, tevbih, darp ve cezayı nakdi gibi ceza türleriydi.

İslam Hukukunun ilk başlangıcından itibaren, suç yalnızca kişiyi ilgilendiren bir mesele olarak görülmemiş ve cezalandırma yetkisi devlete geçmiştir³²³. Her ne kadar İslam Ceza Hukukunda bir suç genel teorisi mevcut olmasa da cezada şahsilik, cezai sorumluluk için failin akıl hastalığının olmaması, kastın asıl sorumluluk türü olması, zamanaşımı, meşru savunma, bilmeme ve yanılma, kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması gibi bazı temel ceza hukuku ilkeleri uygulama alanı bulmuştur. İşkence hiçbir zaman usul hukukunda uygulanan bir yöntem olmamıştır³²⁴.

İslam Ceza Hukukunda, cezai sorumluluk açısından gerekli olan koşullar, failin temyiz kudretine sahip ve kusurlu olmasıdır. Buna göre fail, davranışlarını anlayabilecek durumda olmalı ve failin davranışlarıyla ortaya çıkan netice arasında iradi bir bağ olmalıdır. Bu şekilde, failin iradesinin hem fiile hem de meydana gelen neticeye yönelik olduğu kasten işlenen suçlar için belirlenen cezalar daha ağır iken, iradenin neticeyi kapsamadığı taksirli suçlar bakımından daha hafif cezalar öngörülmektedir³²⁵.

İslam Ceza Hukukunda kast ile birlikte ikinci sorumluluk türü olarak hata teriminin kullanıldığı ifade edilmektedir. Örneğin hataen katil ve cerh denilirken aslında kastedilen taksirle adam öldürme ve yaralama fiilleridir. Kur’anda yer alan bazı surelerde de taksirden bahsedildiği görülmektedir. Örneğin Nisa, 4/92. ayetinde,

“Yanlışlıkla olması dışında bir müminin bir mümini öldürmeye hakkı olamaz. Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir. Meğer ki ölünün ailesi o diyeti bağışlamış ola. (Bu takdirde diyet vermez). Eğer öldürülen mümin olduğu halde, size düşman olan bir toplumdan ise ailesine teslim edilecek bir diyet ve bir mümin köleyi azat etmek gerekir. Bunları bulamayan

³²³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.63.

³²⁴ Dönmezer, Erman, c. I, s.120.

³²⁵ Cin, Akyılmaz, s. 198, 199, 200.

kimsenin, Allah tarafından tevbesinin kabulü için iki ay peşpeşe oruç tutması lazımdır. Allah her şeyi bilendir, hikmet sahibidir.”³²⁶;

Ahzab Suresi'nin 33/5.ayetinde de “*Onları babalarına nisbet ederek çağırın. Allah yanında en doğrusu budur. Eğer babalarının kim olduğunu bilmiyorsanız, bu takdirde onları din kardeşleriniz ve görüp gözettiğiniz kimseler olarak kabul edin. Yanılarak yaptıklarınızda size vebal yok; fakat kalplerinizin bile bile yöneldiğinde günah vardır. Allah bağışlayandır, esirgeyendir.*”³²⁷ denilmektedir. En'am, 6/54. ayetinde ise “*Ayetlerimize inananlar sana geldiğinde onlara de ki: Selam size! Rabbiniz merhamet etmeyi kendisine yazdı. Gerçek şu ki: Sizden kim, bilmeyerek bir kötülük yapar, sonra ardından tevbe edip de kendini ıslah ederse, bilsin ki Allah çok bağışlayan, çok esirgeyendir.*” ifadeleri yer almaktadır³²⁸. Nisa 4/92. ve Ahzab 33/5. ayetlerinde geçen hata terimi, taksir anlamında kullanılmıştır. En'am 6/54. ayetinde ise “...bilmeyerek bir kötülük işleyip de...” ifadesi taksirle işlenen bir fiili kastetmektedir³²⁹.

Görüldüğü üzere, Kur'anda taksirle öldürmenin cezası olarak diyet öngörmüş ve kısas cezasına izin vermemiştir. Nisa, 4/92.ayette suçun cezası öngörülmüş olsa da diyetin miktarı ve ödenme şekli belirtilmemiştir. Hz. Peygamber, diyetin nakden ödenebileceğini buyurmuş ve bunun şekillerini de ayrıntılı olarak tespit etmiştir³³⁰.

D. Osmanlı Devleti Kanunlarında Taksirden Doğan Cezai Sorumluluk

Osmanlı Devleti'nde İslam Ceza Hukuku uygulanmıştır. Bununla birlikte padişahların yayınladıkları kanunnameler ile bazı suç ve cezaları belirledikleri ve bu şekilde ceza hukukunda keyfiliği önlemeye çalıştıkları görülmektedir³³¹. Bu şekilde Osmanlı Ceza Hukuku bir yandan İslam hukuku ilkelerine sadık kalarak şer'i hukuku uygulamış, diğer yandan ise padişahların kendi yasama faaliyetleri ile oluşan örfi

³²⁶ Ali Özek, Hayrettin Karaman, Ali Turgut, Mustafa Çağrıncı, İbrahim Kafi Dönmez, Sadrettin Gümüş, Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Meali, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları-86, Ankara, 1993, s. 92.

³²⁷ Özek, Karaman, Turgut, Çağrıncı, Dönmez, Gümüş, s. 417.

³²⁸ Özek, Karaman, Turgut, Çağrıncı, Dönmez, Gümüş, s. 133.

³²⁹ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2010, s.22.

³³⁰ Avcı, s.309.

³³¹ Dönmezer, Erman, c.I, s.121; Soyaslan, s. 53.

hukuku benimsemiştir. Gerçekten birçok ferman ve hükümlerde yer alan “Şer’ ve kanun üzere görülmesi” emri, şer’i hukukla örfi hukukun birbirini tamamladığını gösterir³³².

Bu kanunnamelerden birincisine Fatih Sultan Mehmet zamanında rastlanmaktadır. Bu kanunnamede yer alan beş fasıldan ilk üçü zina, döğüşme, sövüşme ve katil, şarap içme ve hırsızlığı düzenlemektedir. Aynı kanunnamenin 15.maddesinde “cerime” yani para cezalarının failin ekonomik durumunun dikkate alınması suretiyle belirlenmesi yer almaktadır. Fatih Kanunnamesi temel kanundur ve ondan sonra gelen diğer kanunnamelere de esas teşkil etmektedir³³³.

Gerçek anlamda sistematik olarak hükümler içeren ilk ceza kanunu Sultan Abdülmecit zamanında yayınlanan 1256 tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu”dur. Bu kanunda suç genel teorisine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Suç ve cezalar bakımından kişi özgürlüklerini güvence altına almaya yetecek düzeyde de olduğu söylenemez. Ancak suçta kanunilik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi ve cezada keyfiliğin engellenmesi gibi temel prensiplere yer vermesi açısından öneme sahiptir³³⁴. Kanunda yer alan suçlar “devlet ve memleket aleyhine işlenen fesatlar, katli nefis, efradın can ve malı hakkında gerçekleştirilen gasp, ırz ve namusa tecavüz, emvali emiriyeyi suistimal, kişilerin cerh ve darbı, zabıta emirlerine aykırılık, amirlerin emirlerine itaatsizlik”tir³³⁵.

Daha sonra 1256 tarihli kanunun eksiklerini gidermek amacıyla 1267 tarihli “Kanunu Cedit” yayınlanmıştır. Bu kanunda, 1256 Kanunu’ndaki suçlar yer almakla beraber, bunlara katilin neveleri, kız kaçırmak, sarkıntılık, sarhoşluk, kumarbazlık, sahtecilik, kalpazanlık, noksan dirhem kullanmak gibi suçlar eklenmiştir. Kısas ve diyet ceza olarak yer almaya devam etmekle birlikte “pranga, deynek, şer’i had, tazir, memuriyetten tard ve tedip” cezaları da getirilmiştir³³⁶.

³³² Avcı, s.22.

³³³ Dönmezer, Erman, c.I, s.122.

³³⁴ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.81.

³³⁵ Dönmezer, Erman, c.I, s.124.

³³⁶ Dönmezer, Erman, c.I, s.125.

Kanunu Cedit'ten sonra 1274 tarihinde kabul edilen ve 1820 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun neredeyse tamamının tercüme edilmesiyle meydana getirilmiş olan 1274 (1858) "Ceza Kanunnamei Hümayunu" kabul edilmiştir. 1274 Ceza Kanunnamei Hümayunu, 1856 Islahat Fermanı'na dayanan, 19.yüzyılın ortalarında Fransız Ceza Kanunu'nun aynen iktibas edilmesiyle her ne kadar İslam Hukuku ile birlikte uygulanmış olsa da, bir genel suç teorisi içeren ilk ceza kanunu olma özelliğindedir. Bu şekilde Osmanlı Devleti'nde uygulanan hukuk sisteminin batı hukuk sistemlerine yaklaşması sağlanmıştır. 1274 tarihli Ceza Kanunu, 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girişine kadar uygulanmıştır³³⁷.

Osmanlı Devleti zamanında İslam Hukuku hükümleriyle birlikte uygulanan çeşitli kanunnamelerde yer alan taksire ilişkin hükümler konusunda İslam Ceza Hukuku'ndan bir farklılık söz konusu değildir. Ancak 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayunu'nun taksire ilişkin olarak içerdiği hükümleri incelemek gerekmektedir. Söz konusu Kanun, taksirle ilgili olarak genel bir hüküm içermemekle birlikte, 182.maddesinde taksirle adam öldürme ve 183.maddesinde de taksirle müessir fiil suçlarını düzenlemektedir. Her iki hükümde de taksirle işlenen fiiler sonucu failin sorumluluğu belirtilmekte ancak taksir yerine hata terimi kullanılmıştır³³⁸. Her iki suçun da cezası, fiil taksirle işlendiği için kısas değil diyettir. Ayrıca devletin tazir cezası verme yetkisi de bulunmaktadır³³⁹.

Osmanlı Ceza hukukunda, taksirle işlenen fiiler için "zelle" terimi kullanılmıştır. Bu terim şu şekilde tanımlanmaktadır: "Failin meşru bir fiili tasavvur ederek ve asla isyan kastı olmadan hareket edip bu harekete nedensellik bağı ile bağlı meşru olmayan bir neticeye ulaşmasıdır. Fail bu neticeyi tasavvur ve kastetmese bile taksirinden dolayı sorumlu tutulur"³⁴⁰. Hanbeli'ye göre, "Hata dikkatsizlik ve

³³⁷ Dönmezer, Erman, c.I, s.127.

³³⁸ Fragmanter mevzuat devrini kapayan ve 1856 Islahat Fermanı'na dayanan 1274 Kanunu, batı tarzını benimsediği için o dönemde batı tarzında hukuk eserlerinin üretilmesini teşvik ettiği ve bu şekilde bazı müelliflerin de taksirin tarifini yaptıkları görülmektedir. Bu tarifler için bkz. İçel s.51; 1858 Osmanlı Ceza Kanunu'nun 182 ve 183. maddelerinde yer alan taksirle adam öldürme ve yaralama suçları için öngörülen ceza hapis cezasıdır. Avcı, s.311.

³³⁹ Avcı, s.76.

³⁴⁰ Nesefi, Ebu'l-Berekat Abdullah b.Ahmed Hafızuddin, Keşfu'l-Esrar Şerhu'l-Musannef ale'l-Menar, zikreden Avcı, s.73.

tedbirsizlik gibi taksir türlerinden azade değildir. Bu sebeple kefarete gibi kasır ceza için bir sebep teşkil eder. Yine kul hakları söz konusu ise taksir bu hakkı iskat etmez". Hudari'ye göre, taksirden doğan sorumluluğun esası, dikkatsizlik ve tedbirsizlikten kaynaklanmaktadır³⁴¹.

Tanzimat dönemine ait 1840, 1851 ve 1858 tarihlerinde olmak üzere üç adet ceza kanunnamesi çıkartılmıştır. Bunlardan 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunnamelerinde sadece tazir suç ve cezaları düzenlenmiş ve İslam Hukuku esaslarını ihlal edebilecek düzenlemelere yer verilmemiş, oysa 1858 tarihli ceza kanunnamesinde 1810 Fransız Ceza Kanunu etkisiyle daha laik hükümlere yer verilmiştir³⁴².

E. Türkiye Cumhuriyeti: 765 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksir Kavramı

1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksir ile İlgili Düzenlemeler

Cumhuriyetin ilanından sonra, o tarihe kadar yürürlükte kalmış olan 1274 tarihli "Ceza Kanunname-i Hümayunu"nun yerine yeni bir ceza kanunu yapma ihtiyacı gün geçtikçe artmıştır. Tamamen yeni bir ceza kanununun oluşturulması uzun zaman gerektireceği için, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu hükümleri tercüme edilmiş ve bu düzenlemeler esas alınarak, "Tadili Kavanin Komisyonları" adı altında kurulan altı tane komisyon ve 1925 tarihinde çalışmaya başlayan "Eskişehir Komisyonu" tarafından gerçekleştirilen çalışmalarla bir ceza kanunu tasarısı hazırlanmıştır. Adalet Komisyonu'nda geçirdiği esaslı değişiklikler sonucu, 1 Mart 1926 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen metin 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girerek uygulanmaya başlanmıştır³⁴³.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45.maddesi taksirle ilgili düzenlemeyi içermektedir. Buna göre, "*Cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir*

³⁴¹ Avcı, s.74.

³⁴² Cin, Akyılmaz, s. 463.

³⁴³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.87.

şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiille ceza tertip ettiği ahval müstesnadır. Kabahatlerde kasit sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalden mesuldür. Failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde ceza üçte bir oranında artırılır.”

Kanun ayrıca, taksir terimi yerine farklı ifadeler kullanmak suretiyle taksirli sorumluluk hallerini de düzenlemiştir. Örneğin 455.maddesinde,

“Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur. Eğer fiil birkaç kişinin ölümünü mucip olmuş veya bir kişinin ölümü ile beraber bir veya birkaç kişinin de mecruhiyetine sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456 ncı maddenin 2 nci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuş ise dört seneden on seneye kadar hapis ve 1.000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile mahkum olur. Yukardaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir.” denilmektedir.

Bu düzenlemeye göre, taksirin şekilleri tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam, ve evamir ve talimata riayetsizlik şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Aynı şekilde eski Türk Ceza Kanunu'nun 459.maddesinde de,

“Her kim tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahud meslek ve sanatta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlal edecek bir zarar iras eder yahud akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet verirse:

1. 456. maddenin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hallerde takibat icrası şikayete bağlı olmak şartile üç aya kadar hapis veya elli liraya kadar ağır para cezası,

2. 456. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki hallerde üç aydan yirmi aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

3. Bir kaç kişi cürümden mutazarrır olmuş ise bir numaralı bendde hapis cezası altı ay ve ağır para cezası iki yüz liraya kadar, iki numaralı bendde hapis altı aydan otuz aya kadar ve ağır para cezası 150 liradan aşağı olmamak üzere hükmolunur.

Yukardaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir” hükmü yer almaktadır.

2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Hazırlık Çalışmalarında Taksir

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, yürürlükte kaldığı süre boyunca sayısız değişiklik geçirmiş, bu şekilde bütünlüğünü kaybetmişti. Bu sebeple 1940 yılından itibaren Adalet Bakanlığı tarafından yeni bir ceza kanunu yapılması için çalışmalar başlatıldı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26.09.2004 tarihinde kabulüne kadar yapılan çalışmalardan birincisi 1940 tarihinde 1930 İtalyan Ceza Kanunu temel alınarak hazırlanan tasarıdır. 1940 Tasarısını 1958 Tasarısı izlemiş; ancak bu tarihten itibaren uzun bir dönem herhangi bir çalışma yapılmamıştır. Daha sonra hazırlanan ve birbirlerinin tekrarı niteliği taşıyan 1987 ve 1989 Öntasarılarını, 1997 Tasarısı takip etmiştir. 1997 Tasarısının gözden geçirilerek, sadece genel hükümler bölümünde madde numaralarında yapılan değişiklikler ve özel hükümler kısmına eklenen jenosit, insanlığa karşı suçlar ve banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması gibi bazı yeni suçların eklenmesi dışında herhangi bir farklılık içermeyen 2000 Tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu tasarı aynı şekliyle 2003 tarihinde TBMM Başkanlığı tarafından Adalet Komisyonu'na havale edilmiş, TBMM Adalet Alt Komisyonu da 28.07.2003 tarihinde bir alt komisyon oluşturmuştur. 21.10.2003 tarihinden 12.05.2004 tarihine kadar, yaklaşık altı ay kadar kısa bir sürede 2003 tarihli Hükümet Tasarısı³⁴⁴ üzerinde esaslı değişiklikler yapan Adalet Alt Komisyonu, nihai metni Adalet Komisyonu'na göndermiştir. Tasarı

³⁴⁴ Esas No. 1/593; Tasarı metni için bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110
14.07.2010 tarihinde ziyaret edilmiştir.

metni burada da bazı değişiklikler geçirmiş, ve son olarak 4 Ağustos 2004 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. Söz konusu nihai metin üzerinde TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında da değişiklik yapılmış ve 26.09.2004 tarihinde yasalaştırılarak 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girmiştir.

2003 tarihli Hükümet Tasarısı'nda taksir, 21. maddede düzenlenmektedir. Buna göre;

“Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

Dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, kanun, nizam ve emirlere uymama ve gereklerini yerine getirmeme suretiyle failin, iradi olarak bir şey yapması veya yapmaması sonucu öngörülebilir nitelikteki bir neticeye neden olması halinde fiil taksirle işlenmiş sayılır.

Failin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır.

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

TCK'nın Hükümet Tasarısında bilinçli taksir kavramına açıkça yer verilmiş olması dikkate alınarak, Komisyon çalışmaları sonucu hazırlanan tasarıda, olası kast kavramının da kanun metninde tanımlanması gerektiği vurgulanmış, bunun ceza miktarının belirlenmesinde ne ölçüde dikkate alınacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Tasarının gerekçesinde taksire ilişkin düzenleme açısından, bu konudaki teorik gelişmelerin de dikkate alındığı belirtilmiş, taksirin kast gibi haksızlığın manevi unsurunu oluşturduğu ve bu kavramların salt bir kusurluluk şekli olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, yapılan düzenlemeyle, taksire dayalı kusurluluğun

belirlenmesinde, ETCK zamanında geçerli olan matematiksel oranlar terkedilmiştir³⁴⁵.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda taksire ilişkin olarak genel düzenleme ise Kanun'un 22. maddesinde³⁴⁶ yer almaktadır. Bu maddenin 2003 Hükümet

³⁴⁵ Adalet Komisyonu Raporu, T.B.M.M. Adalet Komisyonu 03.08.2004, Esas No.1/593, Karar No.60, Gürsel Yalvaç, Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6.Baskı, Adalet, Ankara 2010, s. 51.

³⁴⁶ TCK m.22'nin gerekçesi, taksirle ilgili olarak getirilen düzenlemenin daha iyi anlaşılması açısından değişiklik yapılmadan aynen aşağıya alınmıştır:

"Madde metninde taksire ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Suçlar, kural olarak kasten işlenirler. Ancak, istisnaen taksirle işlenen belli fiiller de kanunlarda suç olarak tanımlanmaktadır.

Taksirli suçların belirgin özelliği, icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanuni tanıtımda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu öngörmemenin, "gerekli dikkat ve özen" yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir. Çünkü, gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceği öngörülmemiştir.

Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum halinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranmalarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.

Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.

Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeyle ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak, normatif değerlendirmeyle hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir.

Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder.

Hâkim, bu teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir.

Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak

Tasarısı'ndaki şekline baktığımızda bazı değişiklikler söz konusu olduğunu görürüz. Öncelikle madde numaralarındaki farklılık göze çarpmaktadır. Taksirle ilgili genel düzenleme 2003 Tasarısında 21.maddede yer almaktayken, 5237 sayılı TCK'da taksirden doğan cezai sorumluluk 22.maddede düzenlenmektedir. Bunun yanısıra, Tasarıdaki 22.maddenin 2.fıkrası, metnin kanunlaşmış şeklinden oldukça farklıdır. Burada taksirin şekilleri "dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam ve emirlere uymama ve gereklerini yerine getirme" olarak ifade edilmektedir. Oysaki, Kanunda taksirin "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık" şeklinde işlenebileceği belirtilmektedir. Ayrıca, kanunda yer alan taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan cezanın failin kusuruna göre belirleneceğine dair olan dördüncü

suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanunî tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir.

Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölümü veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işleniş açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespit diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmaz.

Maddenin üçüncü fıkrasında, bilinçli taksirin tanımı verilmiştir. Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır. Bilinçli taksir hâlinde hükmedilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Böylece bilinçli taksir, iş kazalarını, trafikte meydana gelen taksirli suçları önlemek bakımından caydırıcı etki yapacak ve suçların önlenmesinde yarar sağlayacaktır.

Örneğin ülkemizde özellikle kırsal bölgelerde rastlandığı üzere, taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibarıyla bizzat kendisinin ve aile bireylerinin ağır derecede mağduriyete uğradıkları görülmektedir. Söz gelimi, köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla, sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan küçük çocuklarına gerekli dikkati ve itina gösterememeleri sonucu, çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Aynı şekilde meydana gelen trafik kazalarında da benzer olaylara rastlanmaktadır. Bu gibi hâllerde ananın taksirli suçtan dolayı kovuşturmayla uğraması ve cezaya mahkûm edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu uğradığı ızdırabı şiddetlendirmekle kalmamakta, ayrıca, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır.

Söz konusu fıkraya göre, hâkim suçlunun durumunu takdir ile ceza vermeyebilecektir. Elbette ki hâkim bu husustaki takdirini kullanırken suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlerini, söz gelimi diğer çocukların bakımını göz önünde bulunduracak, ona göre hüküm kuracaktır. Ancak, dikkat edilmelidir ki, bu fıkranın uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi duruma ilişkin bulunmayan başka bir netice de meydana gelmişse fıkra uygulanmayacaktır. Fıkra yazılı suç bilinçli taksir halinde işlenirse ceza yarısından üçte birine kadar indirilebilir." TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664 Sıra Sayısı, s. 424.

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc> 12.07.2010 tarihinde ziyaret edilmiştir.

fıkra ile bir fiilin birden fazla kişi tarafından taksirle işlenmesi durumunu düzenleyen beşinci fıkra Tasarıda mevcut değildir.

Bunun yanısıra kanun koyucu tarafından özel hükümler içinde de taksirli sorumluluğa yer verilmiştir. Örneğin, TCK m.85'te taksirle öldürme suçu yer almaktadır. Madde metnine göre,

“(1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi üç yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

TCK m. 89'da ise taksirle yaralama suçu yer almaktadır. Buna göre,

“(1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Vücudunda kemik kırılmasına,

c) Konuşmasında sürekli zorluğa,

d) Yüzünde sabit ize,

e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hâlinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.”

Taksirle öldürme ve taksirle yaralama fiilleri dışında Kanun’da yer alan bazı suçların taksirli sorumluluk şekilleri ya ayrı bir madde olarak düzenlenmiş ya da aynı madde içinde yer almıştır. Örneğin, taksirli iflas (m.162), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (m.171), atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (m.173/2), trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (m.180), çevrenin taksirle kirletilmesi (m.182), zehirli madde katma (m.185/2), çocuğun soybağını değiştirme (m.231/2), askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma (m.307/3), savaş zamanında yükümlülüklerin yerine getirilmemesi (m.322/2), devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama (m.329/3), yasaklanan bilgileri açıklama (m.336/), taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (m.338/2) gibi düzenlemeler de özel hükümler içinde yer almaktadır.

3. BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA TAKSİR DEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK

I. Genel Olarak

Taksirin hukuki esası ile ilgili görüşler, teoriler ve mukayeseli hukuktaki durum incelendikten sonra, yeni TCK'da yer alan taksire ilişkin hususların incelenmesi gerekmektedir. Burada öncelikle öğretilerdeki görüşler de dikkate alınarak taksirin unsurları, bilinçli taksir ve bilinçsiz taksir başta olmak üzere taksirin türleri, dereceleri ve şekilleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin taksirli suçlardaki etkileri üzerinde durulacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu³⁴⁷'nin taksiri düzenleyen 22. maddesi şu şekildedir:

“(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

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

³⁴⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu; Kabul Tarihi: 26.09.2004, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 12.10.2004, Sayı: 25611

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suçla ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

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

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

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

Görüldüğü üzere TCK, ceza sorumluluğunun taksirli şekline ilişkin olarak tamamen yeni bir düzenleme kaleme almış ve bu şekilde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte seksen yılı aşkın bir süre sonunda yerleşmiş olan ceza hukukunda taksirden doğan subjektif sorumluluğa dair uygulama yeni bir boyut kazanmıştır.

Taksire ilişkin olarak Türk ceza hukuku öğretisinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Örneğin Centel/Zafer/Çakmut taksiri, “failin suç tanımına uyan hukuka aykırı fiille iradi bir harekete sebebiyet vermesi, ancak ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş (bilinçsiz taksir) ya da öngörse bile istememiş olmasıdır (bilinçli taksir)” şeklinde tanımlamaktadır³⁴⁸. Yazarlara göre, taksirin cezalandırılmasındaki temel düşünce, kişilerin toplumsal yaşam içinde dikkatli ve özenli davranmaları gereğine aykırı hareket etmek suretiyle zararlı sonuçlar meydana getirmiş olmalarının, adalet düşüncesi gereğince, sorumluluk doğurmasıdır³⁴⁹. Demirbaş ise

³⁴⁸ Centel, Zafer, Çakmut, s. 398.

³⁴⁹ Centel, Zafer, Çakmut, s. 400.

taksiri, fail tarafından öngörülebilecek olan bir neticenin öngörülmemesi şeklinde tanımlamıştır³⁵⁰.

Taksir konusunda TCK'da yer alan düzenlemeler, kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren çeşitli nedenlerle eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden biri, kanunun taksirin tanımı hususunda kendi içinde çeliştiği yönündedir³⁵¹. Bu yöndeki eleştirilerin temelini, 22.maddenin 2.fikrasında failin gerçekleştirdiği fiilin neticesini öngörmemesi durumunda taksirli bir fiilin varlığından söz edilirken, aynı maddenin 3.fikrasında bilinçli taksir söz konusu olduğunda kişinin öngördüğü neticeyi istememesi gereğinin vurgulanması oluşturmaktadır. Bu durum her ne kadar bir çelişki gibi gözükse de, kanaatimizce sadece taksir ve bilinçli taksir ayırımının ifade tarzından ileri gelmektedir. Çünkü kanun koyucu maddeyi kaleme alırken ikinci fıkrasında bilinçsiz taksir demek yerine sadece taksir kavramını kullanmıştır. Söz konusu durum, (bilinçsiz) taksir – bilinçli taksir ayırımının niteliğini esas olarak değiştirmez.

Yeni TCK'da yer alan taksire ilişkin tanım hakkında mevcut olan eleştirilerden bir diğeri de, söz konusu tanımın eksik olduğu yönündedir. Centel/Zafer/Çakmut'a göre, özellikle dikkat ve özen yükümlülüğünün içeriğinin kanunda belirtilmemiş olması, uygulamada duraksamalara yol açabilir. Zira, kanunda tanım yapmak bir bakıma söz konusu durum açısından bir sınır çizmek olduğuna göre, dikkat ve özen yükümlülüğü bakımından da kanun koyucu tarafından bir çerçeve oluşturulması yerinde olurdu. Yazarlar bu duruma örnek olarak Avusturya Ceza Kanunu'nun 6.maddesini göstermektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, dikkat ve özen yükümlülüğü gereği failin, içinde bulunduğu şartlar doğrultusunda özen yükümlülüğünün olması, failin kişisel niteliklerinin, özellikle akli ve bedeni sağlığının buna uygun olması ve somut olayda özen yükümlülüğünün kendisinden beklenebilir olması gerekir³⁵².

³⁵⁰ Demirbaş, s. 359.

³⁵¹ Hafizoğulları, s.289.

³⁵² Avusturya Ceza Kanunu m.6: "Hal ve koşullara göre yükümlü olduğu ve akli ve bedeni durumuna göre ehil olduğu ve kendisinden beklenecek özeni göstermeyen ve bu nedenle yasadaki tanıma uyan bir neticeyi gerçekleştirebileceğini öngörmeyen taksirli davranmıştır. Ayrıca, gerçekleşmesini istemese de öyle bir netice doğacağını öngören de taksirli davranmış demektir." Centel, Zafer, Çakmut, s. 398.

Bu hususa ilişkin olarak, öğretide Ünver tarafından benimsenen görüşe göre, madde metninde diğer taksir şekillerine yer verilmeyerek, sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan bahsedilmesi hatalı olmuştur. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından düzenlemede yer verilmemiş olmasına karşın, madde gerekçesinde taksirin varlığı için “objektif özen yükümlülüğü” ile “failin bu yükümlülüğü yerine getirebilecek durumda olması” koşullarının aranması doğru değildir³⁵³.

Koca/Üzülmez ise, kanuni düzenlemede dikkat ve özen yükümlülüğü ifadesinin kullanılmış olmasını isabetli bulmaktadırlar. Çünkü eski TCK'nın çeşitli maddelerinde yer alan tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik şeklinde sayılan taksirin gerçekleştiriliş şekillerine, yeni TCK'da yer verilmeyerek sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık denilmesi, taksirin kapsamı bakımından bir değişiklik yaratmamaktadır³⁵⁴.

Başka bir eleştiri ise, TCK'da yer alan taksire ilişkin tanımda “davranış” kelimesinin kullanılmasına ilişkindir. Bu şekilde, hem kanunda diğer hallerde benimsenen “fiil” terimi dikkate alınmayarak kullanım birliği bozulmuş, hem de hukuk dışı bir terim kullanılmıştır³⁵⁵.

Öğretide bilinçli taksir ve olası kasta ilişkin düzenlemeler bakımından da eleştiriler mevcuttur. Buna göre, kanun koyucu, olası kasta ilişkin düzenlemeye yer verdiği 21.maddesinin 2.fikrasında, kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kasttan sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Bununla beraber bilinçli taksirin tanımında (m.22/3), kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi durumunda bilinçli taksirin söz konusu olacağı belirtilmektedir. Her iki tanımda yer alan “rağmen” ve “karşın” kelimeleri kanun koyucu tarafından tesadüfen seçilmiş değildir. Bu şekilde, her iki sorumluluk türü arasındaki farkın ortaya koyulması amaçlanmıştır. Ne var ki, aradaki fark öğretide karışıklıklara yol açmıştır. Zira her iki cezai sorumluluk türünde de ortak unsur olan meydana gelen neticenin fail tarafından

³⁵³ Yener Ünver, “YTCK'da Kusurluluk”, CHD, Yıl:1, Sayı:1, Seçkin, Ekim, 2006, s. 57.

³⁵⁴ Koca, Üzülmez, s. 213.

³⁵⁵ Centel, Zafer, Çakmut, s. 398.

öngörülerek hareketin gerçekleştirilmesi durumu, madde metninden anlaşılıyor olsa bile, olası kast halinde failin neticenin meydana gelmesine yönelik iradesinin ne durumda olduğu anlaşılammamaktadır. Oysa ki, olası kastta failin meydana gelen neticeyi kabullenmesi, bilinçli taksirde ise neticeyi istememesi durumu vurgulanmış olmalıydı³⁵⁶. Aynı eleştirileri yapan Ünver'e göre, bilinçli taksir ile olası kast arasındaki ince çizginin madde metnine yansıtılmamış olması, uygulamada vahim yanlışların yapılmasına neden olacaktır. Örneğin, 21.maddede yapılan olası kast tanımının bilinçli taksirle aynı olması yüzünden ispat sorunu ile karşılaşılacak; bunun sonucunda da olası kast yerine bilinçli taksirden kaynaklanan sorumluluğa hükmedilecektir. Bunun yanısıra, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin taksirli şeklinin kanun tarafından öngörülmediği durumlarda, fiil cezasız kalacaktır³⁵⁷.

Taksire ilişkin olarak öğretide yapılan tartışmalarda, özellikle neticenin dikkate alınıyor olması da eleştirilerin hedefi olmuştur. Buna göre, benimsenen yöntem, taksir bakımından eksik kalmaktadır. Zira, taksirle işlenen bir fiil, suçun kanuni tanımında mevcut olan bütün maddi unsurlar bakımından irdelenebilir. Başka bir anlatımla, netice ile birlikte kanuni tanımda yer alan suça ilişkin diğer maddi unsurlar da taksirle bağlantılı olabilir. Örneğin, failin taksirli hareketi sonucu insan öldürme suçunun gerçekleşmesi halinde, meydana gelen netice bakımından olduğu kadar, suçun maddi konusu olan insan bakımından da taksir söz konusu olabilir³⁵⁸.

Kanun koyucu tarafından taksirli suçların cezai sorumluluk doğurabilmesi için, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesinin aranması dolayısıyla, öngörme unsurunun neticeye bağlanmış olması, yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu durumu eleştiren yazarlar tarafından farklı bir yönden de ele alınarak düzenlemede "öngörülebilirlik" ifadesinin kullanılmış olmasının da sakıncalı olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre, öngörülebilirlik kavramı yalnızca henüz gerçekleşmemiş olan ama ileride gerçekleşme olasılığını barındıran bir duruma ilişkin olarak söz konusu olabilir. Bu bakımdan neticeye yönelik olarak

³⁵⁶ Centel, Zafer, Çakmut, s. 408.

³⁵⁷ Ünver, s. 58.

³⁵⁸ Özgenç, s. 236; Aynı şekilde Koca, Üzülmez, s. 213. Bu açıdan yazarlar, kanun metninde 2.fıkranın, "kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşmesi" ya da "kanunda tarif edilen fiil modeline uygun bir hadisenin gerçekleşmesi" şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı görüşündedirler.

öngörülebilirlikten bahsedilmesi yerinde olmakla birlikte, taksirli suçların netice ile bağlantılı olarak değerlendirilmesini eleştiren bu görüş, öngörülebilirlik kavramı yerine de farkında olmak ya da tanımak anlamında “müşahede edilebilirlik” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını savunmaktadır³⁵⁹.

Doğan ise, TCK'nın kast ve taksir gibi ceza hukuku bakımından büyük önem taşıyan iki kavramın tanımlanmasını başlı başına eleştirmiştir. Yazar buna gerekçe olarak, ceza hukukunun ve buna bağlantılı olarak da taksirin tarifinin devamlı surette bir gelişim ve değişiklik göstermesini, bu doğrultuda da kast ve taksirin tanımı hususundaki boşluğun öğreti ve içtihatlar tarafından doldurulmasının daha yerinde olacağını ileri sürmüştür³⁶⁰.

Eğer ceza kanunumuzda bilinçli taksir ile olası kastın tanımlarına mutlaka yer verilmek ve taksirin tanımında bir bütünlük sağlanmak isteniyorsa, 22.maddenin 2.fıkrası, “neticenin öngörülmemesi ya da öngörülmüş olsa bile istenmemesi” şeklinde değiştirilmelidir. Zira 22. madde ile ilgili eleştirilerin diğer bir kısmı da 21. maddenin 2. fıkrasında yer alan olası kast tanımı ile yarattığı anlam karışıklığı noktasındadır³⁶¹. Kasta ilişkin 21.maddenin 2.fıkrasında “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır*” denilmektedir. Böylece olası kast ile bilinç taksir arasında bir fark kalmadığı söylenmekte ve her iki durumda da neticenin öngörülmesinin arandığı ifade edilmektedir. Oysa ki, olası kastla işlenen fiillerde, fail gerçekleştirdiği fiilin neticesini öngörmekte ve buna rağmen fiili işlemektedir. Yani fail, neticenin gerçekleşmesini istemiyor da değildir, ancak bu durumu adeta göze almaktadır. Buna karşılık, bilinçli taksir durumunda fail neticeyi öngörmekte ve bu neticenin gerçekleşmesini istememesine rağmen failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda netice meydana gelmektedir.

³⁵⁹ Koca, Üzülmez, s. 214.

³⁶⁰ Doğan, s.191.

³⁶¹ İçel, Evik, s.195. Yazarlara göre, kanunda olası kastla bilinçli taksirin tanımları birbirine karıştırılmış, bu şekilde bir kavram karmaşası ortaya çıkmıştır. Bu nedenden dolayı ki kanunlarda tanımlara yer verilirken dikkatli davranılması gerekmektedir. Üzerinde tartışma yaratacak tanımlar kullanılmayarak kanun hükümlerinin yorumlanması öğreti ve uygulamaya bırakılmalıdır.

II. TAKSİRİN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Öğretide taksirin unsurları hakkında mevcut olan sınıflandırmalar birbirinden farklı olabilmektedir. İçel, taksirin unsurlarını “*taksirin cezalandırılacağı konusunda kanunda hüküm bulunması, dikkat ve ihtimam vazifesinin yerine getirilmemesi, neticenin öngörülebilir nitelikte olması, hareketin bilinmesi ve istenmesi, meydana gelen neticenin istenmemiş olması ve hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunması*” olarak belirtmiştir³⁶². Dönmezer/Erman ise, taksirin unsurlarını şu şekilde tasnif etmiştir: “*fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradiliği, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması, neticenin öngörülebilmesi*”³⁶³. Öztürk/Erdem’e göre taksirin unsurları “*kanunda fiilin taksirle işlenebileceğinin gösterilmiş olması, kastın bulunmaması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, neticenin objektif olarak öngörülebilir olması, objektif isnadiyet ve failin kusurlu olması*”dır³⁶⁴. Benzer bir tasnife Demirbaş tarafından yer verilmiştir. Buna göre, fiilin taksirli bir suç oluşturabilmesi için, taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin isteyerek gerçekleştirilmesi, neticenin failin iradesine bağlı olmaması, neticenin fail tarafından öngörülebilir olması ve fiil ile netice arasında nedensellik bağının mevcut olması gerekir³⁶⁵.

Öğretide bir başka tasnif şeklini Koca/Üzülmez ortaya koymuştur. Yazarlara göre, taksirli suçların haksızlık unsurları objektif özen yükümlülüğünün ihlali, tehlike durumunun müşahade edilebilirliği ve neticeye sebebiyet vermedir. Yazarlara göre taksirle işlenen suçlarda hareketin haksızlık unsuru kasten işlenen suçlardan farklıdır. Buna göre, taksirli hareketin haksızlık unsurunu objektif özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır. Objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden faile söz konusu fiilin isnad edilip edilemeyeceği ise failin kusurluluğuna bağlıdır. Böylece taksirli suçlar, objektif açıdan haksızlık unsuru, subjektif açıdan da kusur olarak ikiye

³⁶² İçel, s.135 vd.

³⁶³ Dönmezer, Erman, C.II, s. 256.

³⁶⁴ Öztürk, Erdem, s. 259 vd.

³⁶⁵ Demirbaş, s. 362.

ayrılmaktadır. Bu şekilde yazarlar, klasik öğretinin kabul ettiği şekilde taksirin kastın yanında bir kusur şekli olduğu görüşüne karşı çıkarak, taksirin haksızlık ve kusur olmak üzere çifte fonksiyona sahip olduğu görüşünü desteklemektedirler³⁶⁶.

Zafer'e göre ise, taksirin unsurları; taksirli suçun kanunda açıkça düzenlenmiş olması, bir fiilin (davranışın) bulunması, failin fiili neticesinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın söz konusu olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile suç tanımındaki neticenin öngörülebilmesi arasında nedensellik bağının bulunması, neticenin fail tarafından öngörülmemiş ve dolayısıyla istenmemiş olması, fail tarafından öngörülebilmeyen neticenin objektif olarak öngörülebilir olması şeklinde sayılabilir³⁶⁷.

Centel/Zafer/Çakmut da taksirin unsurlarını farklı bir şekilde ortaya koymaktadırlar. Buna göre bir hareketin taksirli sorumluluk doğurabilmesi için, söz konusu fiil hakkında “*yasada açıklık bulunması*”, bu fiilin “*davranış kurallarına uymaması*”, “*hareketin istenmiş olması*”, hareket sonucu gerçekleşen “*neticenin öngörülebilir olması*”, “*öngörülebilir neticenin fail tarafından öngörülmemesi*” ve son olarak da “*hareketle netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunması*” gerekir³⁶⁸.

Toroslu ise taksirin unsurlarını, “*tipiklikte yer alan fiilin istenmemesi*”, “*hukuken korunan varlıklara zarar verilmesini önlemeye yönelik davranış kurallarına uyulmaması*” ve “*davranış kurallarına uymamanın faille isnat edilebilir olması*” şeklinde tasnif etmiştir³⁶⁹.

Özen de taksirin unsurlarının, kanunda taksirle işlenebilen bir suçun olması, gerçekleştirilen hareketin istenilmiş olması, bu hareket sonucu meydana gelen sonucun ise istenilmemesi, davranış kurallarının ihlal edilmesi, sonucun

³⁶⁶ Koca, Üzülmüş, s.226 vd.

³⁶⁷ Zafer, s. 195.

³⁶⁸ Centel, Zafer, Çakmut, s. 400.

³⁶⁹ Toroslu, s. 216.

öngörülebilir olması ve son olarak da davranış ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması şeklinde sayılabileceğini ifade etmiştir³⁷⁰.

Alman öğretisinde ise taksirin unsurları farklı açılardan ele alınmıştır. Örneğin Roxin'e göre, taksirin esası objektif isnadiyetten ibaret iken, Kühl ve Wessel/Beulke taksirin unsurlarını "neticeye sebebiyet verme, özen yükümlülüğüne aykırılık ve neticenin objektif isnad edilebilirliği" olarak ifade etmiştir. Baumann/Weber/Mitsch'e göre ise, taksir "kasti olmayan hareketin varlığı şeklinde olumsuz ve özen yükümlülüğünün ihlali, suç tipinin gerçekleşmesinin öngörülebilirliği ve kaçınılabilirliği biçiminde olumlu" iki unsurdan oluşmaktadır³⁷¹.

Kanaatimizce taksirin unsurları TCK m.22'de yer alan tanıma uygun olarak belirlenmelidir. Söz konusu hükme göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. Bu tanımdan yola çıkarak taksirin unsurları şu şekilde sıralanabilir:

1. Kanunda fiilin taksirle işlenebileceğinin gösterilmiş olması,
2. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık,
3. Neticenin objektif olarak öngörülebilir olması,
4. Neticenin gerçekleştirilmesi,
 - a. Hareketin bilinmesi ve istenmesi
 - b. Gerçekleşen neticenin istenmemesi
 - c. Hareket ile netice arasında nedensellik bağının olması.

³⁷⁰ Muharrem Özen, s.117.

³⁷¹ Koca, Üzülmöz, s. 226.

B. Kanunda Fiilin Taksirle İşlenebileceğinin Gösterilmiş Olması

Ceza hukukunda esas sorumluluk şekli kasttır. Taksirle işlenen fiillerden sorumluluk ise bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Kasten işlenen fiillerin cezalandırılması için kanunda açık bir düzenlemenin bulunması gerekmezken, taksirden doğan cezai sorumluluk için bunun mutlaka kanun tarafından düzenlenmesi gerekmektedir³⁷². Nitekim TCK m.22/1'e göre, taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

Bu durum 765 sayılı TCK'da da benzer şekilde yer almaktaydı. Kanunun 45. maddesinde, "*Cürümde kasdin bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiille ceza tertip ettiği ahval müstesnadır*" denilmek suretiyle hangi hallerde faile ceza verileceği ifade edilmiştir³⁷³.

Yeni TCK'da taksirle öldürme (TCK m.85) ve taksirle yaralama (TCK m.89) suçları dışında da bazı maddelerde taksirle işlenen suçlara yer verilmiştir. Bu suçlar;

- Taksirli iflas (TCK m.162),
- Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (TCK m.171),
- Taksirle radyasyon yayma (TCK m.172/4),
- Taksirle atom enerjisiyle patlamaya sebebiyet verme (TCK m.173/2),
- Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (TCK m.180),
- Çevrenin taksirle kirletilmesi (TCK m.182),
- Taksirle zehirli madde katma (TCK m. 185/2),
- Taksirle çocuğun soybağını değiştirme (TCK m.231/2),
- Taksirle askeri tesislerin tahribine neden olmak (TCK m. 307/3),
- Savaş zamanında yükümlülükleri taksirle yerine getirmeme (TCK m.322/2),

³⁷² Bu durum, bazı yazarların, taksiri, manevi unsur kapsamında değil, suçun özel görünüş biçimleri bakımından incelemesine yol açmıştır. Zafer, s.195; Nitekim Alman öğretisi taksirle işlenen suçları, suçun özel görünüş biçimleri arasında da incelemektedir. Koca, Üzülmez, s. 218.

³⁷³ Eski Türk Ceza Kanunu'nda yer alan taksirli suçlar şunlardı: m. 130/2, 136/5, 274/3, 303, 383, 388, 399, 455, 459, 507.

- Taksirle devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama (TCK m.329/3),
- Taksirle yasaklanan bilgileri açıklama (TCK m.336/3),
- Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (TCK m. 338) suçlarıdır.

Taksirli suçlardan dolayı cezai sorumluluğun söz konusu olmasındaki temel neden, fail tarafından neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olmasının kanun koyucu tarafından cezalandırılması gerektiği düşüncesidir³⁷⁴. Örneğin kanun koyucu hırsızlık suçunun taksirli halini düzenlememiştir. TCK m.141'de düzenlenen suçun manevi unsuru kasttır. Hatta düzenlemeye göre, genel kastın yanında ayrıca kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı şeklinde özel kast da mevcut olmalıdır. Başkasına ait olduğu fail tarafından bilinen malın, zilyedinin rızası dışında bulunduğu yerden failin kastıyla alınması gerekir. Failin malı aldığı sırada kime ait olduğunu bilmesine gerek olmadığı durumlarda fiil olası kastla işlenebilirken; failin malın kendisine ait olduğunu sanması ya da sahipsiz olduğunu düşünmesi durumunda kast ortadan kalkar³⁷⁵. Görüldüğü gibi tüm bu değerlendirmeler ışığında hırsızlık suçunun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu bazı hallerde suç tipinin niteliği sebebiyle taksirli sorumluluk şeklini benimsemekle, diğer bazı durumlarda da dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmasını kişilerden beklenemeyeceği düşüncesiyle suçun taksirli şekline yer vermemiştir³⁷⁶.

C. Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırılık

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (TCK m.22/2). O halde taksirin ikinci unsurunu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır. Eski TCK'da "tedbirsizlik", "dikkatsizlik", "meslek ve sanatta acemilik" ve "nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik" şeklinde açıklanan

³⁷⁴ İçel, s.138.

³⁷⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R.Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin, Ankara 2010, s. 533.

³⁷⁶ İçel, s.139.

taksirin türleri, yeni kanunda daha genel bir ifade kullanılarak “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık” olarak gösterilmiştir³⁷⁷.

Kanaatimizce burada dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık yerine sadece “objektif özen yükümlülüğüne aykırılık” denilmesi daha yerinde olabilirdi. Zira kanun hükmünde yer alan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği konusu objektif özen yükümlülüğünden kaynaklanan kurallara ne derece uyulduğunun tespit edilmesine bağlıdır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında, gerçekleştirilen hareket sonucu meydana gelebilecek olan zararlı neticenin fail tarafından öngörülmesine rağmen, bunu engellemek için herhangi bir davranış sergilememiş olmasını “objektif özen yükümlülüğüne” aykırılık olarak ifade etmiştir³⁷⁸.

Öğretide taksirli suçların dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık suretiyle işleneceği hususunun madde metninde bu şekilde yer almış olmasının, bu suç tiplerine ilişkin olarak bir boşluk yarattığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, dikkat ve özen yükümlülüğünün içeriğine ilişkin ayrıntıların belirli olmaması, yargıcın öncelikle bu hususu objektif olarak değerlendirerek dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamını belirlemesini, daha sonra da somut olayda failin söz konusu dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde hareket edip etmediğini tespit etmesini gerektirecektir³⁷⁹.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilebilmesi için öncelikle böyle bir yükümlülüğün bulunması gerekir. Söz konusu yükümlülüğün kaynakları çeşitlidir. Objektif özen yükümlülüğü trafik kuralları, iş yeri güvenliği, hekimlik mesleğine

³⁷⁷ Eski TCK zamanında taksirin gerçekleşme şekillerinin maddede tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik şeklinde sayılması, maddenin uygulama alanının bu şekilde kısıtlanması anlamına geldiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, maddenin “kusurlu bir hareket neticesi...” şekline dönüştürülmesi ya da “gibi” kelimesinin eklenmesi suretiyle değiştirilmesi gerekirdi. Bu şekilde ceza yargıcının kanunilik ilkesine de uygun bir şekilde failin kusuru ve bunun ağırlığı tespit edilebilirdi. Necdet Yalkut, “*Mukayeseli Hukuk Açısından Taksirle Ölüme Sebepiyet Suçu*”, Adalet Dergisi, Yıl 57, Şubat 1966, s. 153.

³⁷⁸ “...ancak şoförlük yeteneklerine, şansına ve yoldan geçen insanların kendilerini araçtan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmek suretiyle hiç istemediği neticenin meydana gelmesini engelleyecek objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmamış, bu bağlamda hızını azaltmamıştır. Bu nedenle, meydana gelen ölüm olayında sanığın bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulü gerekir.” YCGK, 24.11.2009, 9-185/273, Centel, Zafer, Çakmut, s. 408, dpt. 199.

³⁷⁹ Koca, Üzülmez, s. 228.

ilişkin olarak yazılı kurallardan meydana gelebileceği gibi, yazılı olmayan kurallardan da oluşabilir³⁸⁰. Yazılı olmayan kurallar, toplumda yaşanan değişim süreci içinde uzun zamanlar sonunda elde edilmiş tecrübelerden oluşur. Burada bahsedilen, ortalama bir insanın uyması gereken kurallardır. Söz konusu kurallar bir hukuk normuna dayanabileceği gibi, sözleşmeden, failin ait olduğu meslek grubunda uygulanan kurallardan ya da önceki bir davranıştan da ileri gelebilir. Bunun yanı sıra failin ortalama bir insanın bilgi düzeyinin üzerinde olması durumunun da dikkate alınması gerekmektedir³⁸¹. Örneğin elektrik tesisatını tamir etmeden önce sigortanın kapatılmaması tedbirsizlik, tren yolu görevlisinin tren geçerken yolu yaya ve araç trafiğine kapatmaması ise nizamlara aykırılık şeklinde gerçekleşen taksirli fiillerdir³⁸².

Objektif özen yükümlülüğünün kaynakları bakımından yapılacak bir değerlendirmede, hukuki normlar açısından, kural koyucu organ noktasında bir kesinlik söz konusu olmadığı için, özel kişiler tarafından getirilen kuralların da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık unsurunun konusunu oluşturabileceği ifade edilmektedir. Hal böyle olunca, taksirden doğan cezai sorumluluğun kaynağı sadece ceza hukuku kuralları değil, özel şahıslar tarafından getirilen kurallar, hukuk normları ve genel tecrübelerden oluşur³⁸³.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, bir şeyin yapılmasının yasaklanmasına karşı çıkılması şeklinde icrai olabileceği gibi, bir emrin yerine getirilmemesi durumunda ihmali hareketle işlenmiş bir suç şeklinde de olabilir³⁸⁴. Her iki durumda da hareketin fail tarafından istenilerek gerçekleştirilmesi yani failin iradi olarak hareket etmesi söz konusudur. Her ne kadar ihmali suçlarda failin

³⁸⁰ Objektif özen yükümlülüğü, Karayolları Trafik Kanunu ya da İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü gibi pozitif hukuk metinlerinden kaynaklanabileceği gibi, yazılı olmayan ortak yaşam sonucu elde edilmiş tecrübelerden de kaynaklanabilir. Özgeç, s. 237.

³⁸¹ Öztürk, Erdem, s. 260.

³⁸² Dönmezer, Erman, s. 268; İçel, s.141.

³⁸³ Centel, Zafer, Çakmut, s. 401; Bununla birlikte, objektif bir niteliğe sahip olmaları gereken söz konusu davranış kurallarının sadece genel tecrübeye ve ortak kazanımlara dayalı olması gerekmemektedir. Günümüzde gelişen teknoloji ve bilim dünyasının bir sonucu olarak, uygulaması ortak tecrübeler derecesinde yaygınlaşmamış olsa bile, ait oldukları alanlarda yaşanabilecek zararlı sonuçların öngörülmesine ya da önlenmesine yardımcı nitelikteki kurallar da dikkat ve özen yükümlülüğünün içeriğini oluşturabilir. Muharrem Özen, s.121; İçel, s.142.

³⁸⁴ Öztürk, Erdem, s. 261; taksirli suçlarda asloan, failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle meydana çıkan zararlı neticeyi öngörememiş olmasıdır. Zafer, s. 195.

iradesiyle hareket etmediği ileri sürülse de taksirli ihmali suçlarda, fail tarafından hareketsiz kalınarak gereken dikkat ve özen gösterilmemektedir, ki bu da failin iradesi altında olan bir durumdur³⁸⁵. Örneğin ameliyat sırasında hastanın vücudunda makas unutan doktorun hareketinin ihmali olmasına rağmen, aslında tedbirsizlik şeklinde ortaya çıkan ve dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden bir davranış olduğu ve dolayısıyla da iradi olduğu ileri sürülmüştür³⁸⁶.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulması, öngörebilme unsurunun da içeriğini oluşturmaktadır. Şöyle ki, failin neticeyi öngörmesi durumunda dikkat ve özen yükümlülüğüne de uyabilme imkanı olduğundan bahsedilebilir. Bu şekilde taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali unsuru, cezai sorumluluğun esasını teşkil etmektedir. İçel'e göre, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi imkanı neticenin öngörülebilir olmasından başka bir şey değildir. Çünkü kusurluluğun bir türü olan taksirin normatif yönünü oluşturan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın yanında bir de psikolojik yönü vardır ki o da neticeyi öngörmeye yönelik olan iradedir. Bunun için de neticenin öngörülebilir nitelikte olması şarttır³⁸⁷.

Failin neticeyi öngörebilme imkanı yoksa, dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığından da söz edilemez. Başka bir ifadeyle, somut olayda failin objektif özen yükümlülüğüne uyma imkanı bulunmalıdır. Böyle bir imkanın olup olmadığı hususu, failin şahsi özelliklerinin de dikkate alınmasıyla subjektif kriterler dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu tespitin iki farklı yüzü vardır. Şöyle ki, failin fiziksel özelliklerinin yanısıra psikolojik etkenler de dikkate alınmak suretiyle cezai sorumluluk belirlendiğinde, failin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmediği tespit edilebileceği gibi, bütün subjektif değerlendirmeler sonucunda failin yine de neticeyi öngörebileceği ve dolayısıyla sorumluluğunun mevcut olduğu da söylenebilir³⁸⁸.

³⁸⁵ İçel, s.140; Demirbaş, s.361.

³⁸⁶ Yasemin Saygılar, "Yeni TCK'da Taksirle İnsan Öldürme", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör. Bahri Öztürk, Seçkin, Ankara, 2009, s.229.

³⁸⁷ İçel, s.143.

³⁸⁸ İçel, s.141; Özgenç, s. 242.

Öğretide dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiği durumlarda, böyle bir ihlal söz konusu olmasaydı bile neticenin gerçekleşeceğinin söylenebilmesi halinde taksirli sorumluluğun devam edip etmeyeceği konusu tartışmalıdır. Yaygın olan görüşe göre, söz konusu durumlarda failin meydana gelen neticeyi önleyebilme imkanı olmaması dolayısıyla artık taksirli sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir³⁸⁹. Karşıt görüşe göre ise, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uymasına rağmen neticenin gerçekleştiği durumlarda taksirin ortadan kalkması düşüncesi sadece faraziyeyle dayanmak suretiyle yaratılan bir durumdur³⁹⁰.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından failin bu imkana sahip olması gerekliliği, taksir dışında kalan diğer durumlarda da söz konusudur. Gerçekten ihmal suretiyle icra suçlarında failin neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunması yani garantör olması zorunludur. Bu yükümlülüğün kaynağı kanun, sözleşme ya da önceki yükümlülüğü ihlal eden bir fiil şeklinde olabilir. Bu suçlar bakımından da failin neticeyi önleyebilme imkanının olması gerekir. Örneğin, şeker komasına girmiş olan bir diyabet hastasına elinde gerekli ilaçlar olmadığı için yardım edemeyen hemşirenin ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulması söz konusu olamaz. Ancak bu imkanın ortadan kalkması failden kaynaklanıyorsa, artık sebebinde serbest hareket teorisine göre fail sorumlu olacaktır³⁹¹.

Burada nitelikleri gereği tehlike arzeden fiillerden kaynaklanan taksirli suçlardan da bahsetmek gerekmektedir. Diğer unsurların da varlığına bağlı olarak tehlike içeren bazı davranışlar dış dünyada yarattıkları zarar dolayısıyla taksirden doğan cezai sorumluluğa neden olabilmektedir. Ancak bu durumun istisnasını “izin verilen risk (rischio consentito ya da rischio lecito)” kavramı oluşturmaktadır.

³⁸⁹ Nitekim Yargıtay da aynı görüşü benimseyen kararlar vermiştir. Örneğin, “belediye hudutları dahilinde geçerli olan 15 km süratle, fail riayet etmiş olsa idi dahi olayın yine de meydana gelip gelmeyeceği araştırılmalıdır.” (Yargıtay 1.CD.,20.01.1960, 3276/115 sayılı kararı) Muharrem Özen, s.121.

³⁹⁰ Özgenç’e göre, öğretilerde fail tarafından objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket edilmiş olsaydı bile neticenin gerçekleşebileceğinin kabul edildiği durumlarda taksirden söz edilemeyeceği konusundaki yaklaşım kabul edilemez. Objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile netice arasındaki nedensellik bağının tespiti durumunda artık taksirli sorumluluk da vardır. Yazar, bu hususla ilgili olarak, ülkemizde deprem sonucu meydana gelen zararlar hakkında verilen aksi yöndeki bazı bilirkişi raporlarını doğru bulmamaktadır. Özgenç, s. 240.

³⁹¹ Öztürk, Erdem, s.171.

Günümüzde bilim ve tekniğin ilerlemesi sonucunda endüstriyel faaliyetler gibi tehlike içeren durumlarda bu alanlardaki gelişmeye engel olmamak düşüncesiyle belli bir riskin göze alınması gerekir. İzin verilen risk teorisinin söz konusu olabileceği alanlar trafik, tıp, fabrikalar ve maden ocağı gibi her an bir tehlikenin mevcut olduğu yerlerdir. Böyle bir riskin göze alınmaması demek, örneğin, hiçbir şekilde otomobil kullanılmaması ya da cerrahi müdahalelerde bulunulmaması anlamına gelir³⁹².

İzin verilen risk dolayısıyla taksirden doğan cezai sorumluluktan kurtulabilmek için diğer şartların da mevcut olması gerektiği şüphesizdir. Örneğin bir uçak pilotu gerekli tüm eğitimlerini tamamlamış ve uçak kullanma konusunda yetkili bir kişi olmalıdır. Bir kazanın meydana gelmesi durumunda nedensellik bağının da tespit edilmesiyle birlikte artık izin verilen riskten bahsedilemeyecek ve fail sorumlu olacaktır. Benzer şekilde ehliyetsiz araç kullanan bir şöforün taksirli fiilinden sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen netice ile fiil arasındaki sebep sonuç ilişkisinin kesin olarak tespit edilmiş olmasına ihtiyaç vardır³⁹³.

Normatif teorinin doğal bir sonucu olan izin verilen risk kavramı, taksirle işlenen fiillerde hukuka aykırılık ve kusurluluğun birbirinden ayıramadığını ortaya koymaktadır. Zira izin verilen risk kavramının uygulandığı tehlike içeren davranışlarda bulunmanın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmemesinin altında yatan neden, aslında çoğu zaman bu gibi durumlarda özellikle hakkın icrası gibi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından ileri gelmektedir. Bu şekilde taksirin normatif yönünü oluşturan objektif özen yükümlülüğünün, hukuka uygunluk sebepleriyle olan yakın ilişkisi de ortaya çıkmaktadır³⁹⁴.

Esasen izin verilen risk kavramı, sadece endüstri alanında kaydedilen gelişmeler, trafiğin artması ya da tıp dünyasında yaşanan ilerlemeler sonucu ortaya çıkmış kabul edilmemelidir. Zira, hukuk sınırları içinde kalan her türlü faaliyette, kişilerin serbest hareket edebilmeleri ve hayatlarını normal bir şekilde sürdürebilmeleri amacıyla, çok ağır neticelere sebebiyet vermemek kaydıyla bu tür

³⁹² İçel, s.145; Pagliaro, s. 110; Koca, Üzülmöz, s. 228.

³⁹³ İçel, s.145, 146.

³⁹⁴ İçel, s.147.

tehlike yaratma ihtimali olan faaliyetlere izin verilmelidir. Özellikle çocuk ve hasta bakımı gibi geleneksel alanda kalan hususlarla, günümüz öğretisinde güven ilkesinin geçerli olduğu kabul edilen faaliyetlerle izin verilen risk kavramının kapsamı daha da genişler. Her ne kadar klasik Alman öğretisi izin verilen risk kavramını, sadece endüstriyel faaliyetlerde ve hukuka uygun hareketlerle taksirli hareketleri birbirinden ayırma hususunda belirleyici olarak kabul etse de, günümüzde Alman öğretisi, izin verilen riski ceza hukukunun bir bakıma dayanağı haline getirmiş ve suç tiplerinin hukuken koruduğu yararların kapsamını izin verilmeyen riskler oluşturmaya başlamıştır³⁹⁵.

İzin verilen risk kavramının, tipiklikle çakışmaması adına bu derece geniş kapsamlı ele alınması eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, izin verilen risk kendisini ortaya çıkaran davranış kurallarıyla aynı belirleyici ölçütlere sahiptir. Tedbirsizlik, dikkatsizlik ve acemilik bakımından, davranış kuralına aykırılığın sınırını oluştururken, aslında kendi eksikliğini değil, dayanağı olan davranış kuralının her durumda barındırdığı esnekliği yansıtmaktadır. Bununla birlikte hukuk kurallarına aykırılıktan kaynaklanan taksirli suçlarda, izin verilen riskin belirlenmesi daha büyük ölçüde hangi hareketlerin hukuki, hangilerinin hukuka aykırı olduğunu belirleyen düzenleyici kurallara dayanır³⁹⁶.

D. Neticenin Objektif Olarak Öngörülebilir Olması

Taksirli suçlarda gerçekleştirilen fiil sonucu meydana gelen neticenin, fail tarafından öngörülebilir bir netice olması gerekmektedir. Aksi takdirde meydana gelen neticeden failin sorumlu tutulması mümkün olamaz. Neticenin öngörülebilir olması, dikkat ve özen yükümlülüğünün doğal bir sonucudur. Neticenin öngörülebilirliği ortalama bir insandan beklenebilecek düzeyde olmalıdır. Bununla birlikte failin özel durumu, kişisel yetenekleri ve bilgi düzeyi de hesaba katılmalıdır³⁹⁷.

³⁹⁵ Pagliaro, s.111.

³⁹⁶ Pagliaro, s. 112.

³⁹⁷ Demirbaş, s.363.

Bir görüşe göre, neticenin fail tarafından öngörülebilir olup olmadığı hususu değerlendirilirken, failin fiilini gerçekleştirdiği sırada mevcut olan koşullar, bir bütün halinde değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, öncelikle failin ait olduğu sosyal çevre, meslek grubu, eğitim derecesi ya da yaş ve fiziksel şartları dikkate alınarak bir “model ajan (l’agente modello)” belirlenmelidir. Zira failin taksirle gerçekleştirdiği fiile ilişkin varılacak olan yargı nisbidir. Failin iradesinin yöneldiği netice, belirli bir meslek grubu ya da bilgi seviyesi için öngörülebilirken, başkaları için aynı olmayabilir. Bu bakımdan model ajanın faille aynı meslek grubu ya da şartlardan seçilmesi son derece önemlidir³⁹⁸. Model ajan tespit edilirken, dikkat edilmesi gereken husus, bu kişinin faile ya da üst seviyede deneyimli bir insan ya da ortalama seviyede bir insan olmaması gereğidir. Failin taksirli sorumluluğunun tespitinde yine failin ölçüt olarak kullanılması objektif bir sonuç doğurmayacak ve failin cezai sorumluluğunun olmadığı sonucuna varılabilecektir. Deneyimi bakımından en üst seviyeye ulaşmış bir kişinin model alınması durumunda, çoğu somut olayda failerin modelin seviyesine ulaşmaları söz konusu olamayacağı için taksirli sorumluluk neredeyse objektif sorumluluk noktasına gelecektir. Sonuncu ihtimalde ise, ortalama bir insan dikkate alındığında, ortalamanın üzerindeki kişiler imtiyazlı duruma gelebilecektir. Bu sakıncaların önüne geçilmesi bakımından bir model ajanın belirlenmesi sonucu yapılacak değerlendirmede, neticenin fail tarafından öngörülebilir olduğuna karar verilebilirse, o zaman failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle zararlı bir neticeye sebep olduğu sonucuna varılabilecektir³⁹⁹.

İzin verilen risk sınırının aşılması, neticenin öngörülebilirliği ve önlenilebilirliği ile birlikte dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik ya da davranış kurallarına aykırılık sonucu ortaya çıkan taksirin bir belirtisidir. Sonuç olarak, izin verilen riskin kapsamı düzenleyici kurallar tarafından belirlenir⁴⁰⁰.

³⁹⁸ “*Homo eiusdem conditionis et professionis*”.

³⁹⁹ İtalyan Yargıtayı da verdiği bazı kararlarında, sosyal davranış kurallarına aykırılıktan kaynaklanan taksirli hareket bağlamında izin verilen risk ölçütünün belirlenmesi amacıyla bir model ajanın temel alınmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir. (Cass. Sez. IV, 7 Mayıs 2006, C.E.D. Cass. no. 235660; Cass. Sez. IV, 21 Kasım 1996, C.E.D. Cass. no. 207873) Pagliaro, s. 112; Toroslu, s. 219.

⁴⁰⁰ Pagliaro, s. 113.

Burada öncelikle neticenin “öngörülebilir olması” ile neticenin “öngörülmesi” durumuna açıklık getirilmesi gerekmektedir. Zira öğretilerde ve mahkeme kararlarında bu iki kavramın birbiriyle karıştırıldığı görülmektedir. Öngörme, somut olayda fail tarafından neticenin gerçekleşeceğinin mümkün görülmesiyle, neticenin öngörülebilir olması daha soyut bir üst kavramdır. Yargıtay da bir kararında, öngörebilmenin fail tarafından gerçekleştirilen hareketin neticesinin, fail tarafından “tahmin edilebilme yeteneği” olduğunu belirtmiştir⁴⁰¹. İtalyan Yargıtayı da öngörebilmeyi, neticenin meydana geleceğini öngörme yeteneği olarak ifade etmiştir⁴⁰².

Fiilin meydana getireceği zararların öngörülmesi sadece neticeyi değil nedensellik bağımlı da kapsmalıdır. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus da, öngörülebilir olması gereken netice ile fiilen gerçekleşen neticenin her zaman aynı olması gerekmediğidir. Failin gerçekleştirdiği fiil sonucu meydana gelen netice, öngörülebilir nitelikteki neticenin benzerleri de olabilir. Önemli olan nokta, hareket ile netice arasındaki nedensellik ilişkisinin kesilmemiş olmasıdır⁴⁰³.

Taksirli fiilden kaynaklanan neticenin öngörülebilir nitelikte olması unsuru, uzun süreler tartışılmış, İtalyan Yargıtayı bazı eski tarihli kararlarında söz konusu unsuru kabul etmemiştir. Taksirle işlenen suçlar konusunda 1961 tarihinde gerçekleştirilen Lizbon Ceza Hukuku Kongresinde dahi konu tartışılmış, Kongrenin genel raporunda öngörebilme unsurunun sadece bilinçsiz taksir durumunda geçerli olabileceği ifade edilmiştir. Ancak İçel’e göre, öngörebilme unsurunun bilinçsiz taksir durumunda söz konusu olduğunun söylenmesi yanlıştır. Yazara göre, bu unsur bilinçli taksir halinde de mevcuttur. Çünkü, taksirden bahsedebilmek için her somut olayda neticenin gerçekleşeceğinin öngörülebilir olması gerekir. Bilinçli taksirde fail neticenin meydana gelmesini öngörmekte, fakat somut olayda bunun gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır⁴⁰⁴. Öztürk/Erdem’e göre ise, neticenin objektif

⁴⁰¹ Söz konusu kararda, neticenin fail tarafından öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesinde kullanılması gerekli olan koşullar sayılmıştır. Buna göre, failin yaşı, görgüsü, mesleği, gibi özelliklerinin yanısıra, sosyal durumu, hayat deneyimleri ve zekası da dikkate alınmalıdır. Yargıtay CGK, 11.05.2004. Muharrem Özen, s.124.

⁴⁰² İtalyan Yüksek Mahkemesinin kararları için bkz. İçel, s.152.

⁴⁰³ Demirbaş, s.365; İçel, s.153.

⁴⁰⁴ İçel, s.148.

olarak öngörülebilir nitelikte olması unsuru sadece bilinçsiz taksir durumunda bir öneme sahiptir. Bunun sebebinin bilinçli taksirde failin “tipikliğin gerçekleşmesini mümkün görmesi yani öngörmesi” olduğu, neticenin öngörülebilir olmadığı durumlarda ise failin bundan sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir⁴⁰⁵. Zira bilinçsiz taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi iken, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır. Dolayısıyla her iki taksir çeşidinde de fail tarafından öngörülebilir nitelikte olan bir netice söz konusudur. Failin bilinçli taksir durumunda neticeyi öngörmesi, neticenin “öngörülebilir” nitelikte olmasından farklı bir durumdur. Her iki taksirli sorumluluk halinde de öngörülebilir bir netice mevcuttur, ancak bilinçsiz taksirde fail neticenin meydana gelmesini öngörmezken, bilinçli taksirde netice öngörülmesine rağmen istemeyerek de olsa gerçekleştirilir.

Neticenin objektif olarak öngörülebilir nitelikte olması, taksiri kaza ve tesadüften de ayırır⁴⁰⁶. Eğer fail gereken dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermesine rağmen gerçekleştirdiği bir hareketin sonuçları öngörülebilir nitelikte değilse artık kaza ve tesadüften bahsetmek gerekecektir. Örneğin hekim A, ameliyat sırasında elektriklerin kesilmesi sonucu yaptığı ani bir hareketle hastanın ölümüne neden olursa, A'nın sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Çünkü bu durumda A gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermesine rağmen elektriklerin kesilmesi sonucu ölüm neticesi meydana gelmektedir. Esasında neticenin öngörülebilir olması unsuru, ceza hukukunda eski zamanlardan itibaren “öngörebilme teorisi” adı altında ifade edilen teori savunucuları tarafından ileri sürülmüş ve taksiri kaza ve tesadüften ayırarak bir netice sorumluluğu haline dönüşmekten uzaklaştıran çok önemli bir unsur olarak nitelendirilmiştir⁴⁰⁷.

Neticenin öngörülebilir olması unsuru, eski Türk Ceza Kanunu'nun taksirle ilgili düzenlemesinde yer almamaktaydı. Fakat kanunda taksirin şekilleri olarak ifade edilen dikkatsizlik ve tedbirsizlikten söz edebilmek için neticenin de öngörülebilir olması zorunluluğu karşısında, eski kanunumuzun da bu unsuru benimsediği

⁴⁰⁵ Öztürk, Erdem, s. 261.

⁴⁰⁶ Demirbaş, s.364.

⁴⁰⁷ İçel, s.147.

söylenbilir. 765 sayılı TCK'da durum böyle iken, mehzaz olan İtalyan Ceza Kanunu'nda da düzenleme aynı şekildeydi. Gerek eski gerekse yeni İtalyan Ceza Kanunlarında neticenin öngörülebilir olması unsurundan bahsedilmemekte, yorum yoluyla aynı sonuca varılmaktadır⁴⁰⁸.

Dikkatsizlik ve tedbirsizlik şeklinde işlenen taksirli suçlarda, neticenin öngörülebilmesi hususu fiilin işleniş şekli dolayısıyla doğal olarak ortaya çıksa da, eski ceza kanunumuzda taksirin diğer işleniş şekilleri olarak yer alan acemilik ve nizamlara riayetsizlik durumunda neticenin öngörülebilir olup olmadığı konusu öğretilerde çeşitli yazarlar tarafından tartışılmıştır. Öngörebilme teorisini benimseyen yazarlardan bir bölümü (De Marsico, Cecchi, Antolisei) acemilik ve nizamlara riayetsizlik durumunda, neticenin öngörülebilir olup olmadığını değerlendirecek olanın yargıç değil kanun koyucu olduğunu söylerler. İtalyan Yargıtayı da neticenin öngörülebilir nitelikte olmasını nizamlara riayetsizlik durumunun adeta bir önşartı olarak kabul etmekte ve taksirli bir suç teşkil eden neticenin meydana gelmesini nizamlara riayetsizlik için yeterli görmektedir⁴⁰⁹. İçel'e göre, nizamlara riayetsizlik şeklinde gerçekleşen taksirli suçlarda sadece öngörülebilir neticenin gerçekleşmesi yeterli değildir. Ayrıca bu netice ile taksirli hareket arasındaki nedensellik bağının da mevcut olması gerekir. Nitekim İtalyan Yargıtayının bu yönde kararları da bulunmaktadır⁴¹⁰.

Acemilik şeklinde işlenen taksirli suçlarda da failin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından neticenin öngörülebilir niteliğinin araştırılması bir gerekliliktir. Ancak söz konusu değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken husus, failin ait olduğu meslek grubunda yerleşmiş olan ortak tecrübelerdir. Bu şekilde neticenin öngörülebilir olduğu tespit edilirse, acemiliği dolayısıyla zararlı neticenin meydana gelmesine sebep olan failin taksirli suçtan sorumlu tutulması söz konusu olacaktır⁴¹¹.

⁴⁰⁸ İtalyan öğretilerinde bu unsurdan kanunda ayrıca bahsedilmemesinin doğru olduğu yönünde görüşler (Alimena-Majno) de mevcuttur. İçel, s.149.

⁴⁰⁹ İt. Yarg. 14 Haziran 1929, Riv. İt. Dir. Pen., Ekim 1930, İçel, s.150.

⁴¹⁰ İt. Yarg. 31 Mayıs 1949, Arch. Pen. 1949, II, 570, İçel, s.150.

⁴¹¹ İçel, s.151.

Failin birden fazla olması durumunda, ortaya çıkan neticenin öngörülebilir olup olmadığı hususunun tespiti bakımından, her bir failin durumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Özellikle tıp alanında ya da trafikte söz konusu olan bu durumlarda, her fail diğerinin söz konusu alanda geçerli olan davranış kurallarına, başka bir ifadeyle objektif özen yükümlülüğüne uygun davrandığı kanaatiyle hareket eder. Bu şartla altında, gerçekleştirdiği hareket yüzünden meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasına rağmen bunu engellemeyen fail kendi kusurundan sorumlu olacaktır⁴¹².

E. Neticenin Gerçekleşmesi

Taksirle gerçekleştirilen fiillerden failin sorumlu tutulabilmesi için neticenin mutlaka gerçekleşmesi gerekir. Neticenin gerçekleşmemesi durumunda failin sorumluluğu söz konusu olmaz. Zira taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Kanun da, 22.maddesinin 2.fıkrasında taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğünün yanısıra neticenin gerçekleşmesini cezai sorumluluk bakımından aramıştır. Bu durum öğretide bazı yazarlar tarafından taksirli suçlar bakımından bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmektedir⁴¹³.

Neticenin gerçekleşmesi unsuru, öncelikle hareketin fail tarafından bilinmesi ve istenmesine yani iradi bir şekilde gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Taksirin varlığı için hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştiren fail, meydana gelen neticeyi ise istememiş olmalıdır. Son olarak da dış dünyada değişiklik anlamında meydana gelen netice ile fail tarafından gerçekleştirilen somut hareket arasında bir sebep – sonuç ilişkisinin bulunması şarttır. Başka bir anlatımla, failin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden fiili ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Bu ilişkinin tespit edilememesi ya da neticenin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda gerçekleşmediğinin belirlenmesi durumunda artık taksirden bahsedilemeyecektir. Hareket ile netice arasında nedensellik bağının

⁴¹² Centel, Zafer, Çakmut, s. 403.

⁴¹³ Bkz. Özgenç, s. 239.

bulunması, failin sorumluluğu için yeterli değildir. Bunun yanında meydana gelen neticenin objektif olarak faile isnad edilebilmesi de gerekir⁴¹⁴.

Objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması sonucu fail tarafından zararlı bir neticenin meydana getirilmiş olması şartı aranmadan da, kanun koyucunun suç olarak düzenlediği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıklar söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, sadece bir zarar tehlikesinin ortaya çıkması suçun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. TCK m.171, buna örnek olarak gösterilebilir. Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması başlığını taşıyan düzenlemeye göre, taksirli hareketi sonucu yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel ya da taşkına neden olunması durumunda failin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması halinde failin cezalandırılacağı öngörülmektedir. Burada somut bir tehlikenin ortaya çıkması, objektif bir cezalandırılabilme şartı olarak öngörülmektedir⁴¹⁵.

1. Hareketin İradi Olması

Taksirli kusurluluk şeklinin ortaya çıkabilmesi için failin gerçekleştirdiği hareketin iradi olması gerekir. Kast ile taksirde ortak unsur olan, hareketin bilinmesi ve istenmesi hususunu açıklamadan önce hareket kavramının incelenmesi gerekmektedir. Bu konuda birbirinden farklı yaklaşımlar mevcuttur. Örneğin tabiatçı görüşe göre, hareket insan vücudunun irade doğrultusunda gerçekleştirdiği davranışlardır. Bu görüş taraftarı olan yazarlar ihmali hareketi kabul etmeyerek, irade ile gerçekleştirilen davranışların her zaman icrai olduğunu savunurlar. Buna karşılık normatif görüş ise hem icrai suçlar açısından hem de ihmali suçlar açısından normatif bir açıklama getirmektedir. Şöyle ki, icra ya da ihmal, kaynağını hukuki normlar, sözleşmeler ve daha önceki tehlikeli davranıştan alan gerçekleştirilmesi beklenen ve mümkün olan bir hareketin yapılması ya da yapılmaması yönünde bir değerlendirmeden ibarettir. Son olarak gayeli hareket teorisine göre, kast kusurluluğun bir şekli değil hareketin içinde yer alarak onun meydana gelmesini sağlayan bir unsurdur. Bununla birlikte kast ve taksirde hareketi meydana getiren

⁴¹⁴ Öztürk, Erdem, s. 261.

⁴¹⁵ Özgenç, s.239.

husus ayındır. Birbirlerinden ayrıldıkları nokta taksirli hareketlerin “gayeye yönelmiş önlenebilen sebebiyet vermeler” olmasıdır⁴¹⁶.

İçel’e göre, ister icrai ister ihmali hareket olsun, insan vücudu tarafından gerçekleştirildiği konusunda tereddüt edilmeyen davranışların cezai sorumluluğa yol açabilmesi için meydana gelen neticenin kanun koyucu tarafından suç olarak nitelendirilmiş olması gerekmektedir. Bu şekilde suçun unsurlarından olan hareketin taksirli suçlardaki görünüş şekli, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden ve kanun tarafından suç olarak düzenlenmiş davranış olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁷.

Yine İçel’e göre, hareketin bilinmesi ile “hareketin yapıldığı zamanki şartların bilinmesi” birbirinden farklı durumlardır. Hareket gerçekleştirildiği zaman mevcut olan şartların bilinmesi yani öngörülmesi, neticenin de öngörülebilmesi anlamına gelir. Buna karşılık hareketin bilinmesi ya da öngörülmesi durumunun neticenin öngörülmesi ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Kaldı ki bu noktada hareketin şimdiki zamanda gerçekleştirilmesi gerekçesine dayanarak hareketin öngörülmesi yerine “hareketin bilinmesi” kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir⁴¹⁸.

İtalyan Ceza Kanunu’nun 42.maddesinin 1.fikrasına⁴¹⁹ göre, kanun tarafından suç olarak öngörülmüş olan icrai ya da ihmali bir hareketin faili, söz konusu fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmediği sürece cezalandırılmaz. Burada bilerek ve isteyerek gerçekleştirilen icrai ya da ihmali hareketin, fiziksel davranışın gerçekleştirilmesine yönelik olması aranmaktayken, davranışın ayrıca kanuna aykırılık bilincini de kapsamaması gerekmez. Zira hareketin bilinçli olmasının kanuna aykırılık bilincine de yönelik olması durumunda, fail kanunu bilmediğini ispat ederek kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini aşabilecektir⁴²⁰.

⁴¹⁶ İçel, s.154 vd.

⁴¹⁷ İçel, s.156.

⁴¹⁸ İçel, s.158.

⁴¹⁹ İtalyan CK. m. 42/1: “Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l’ha commessa con coscienza e volontà”.

⁴²⁰ İçel, s.158.

Hareketin bilinmesi ve istenmesine verilecek anlam taksirin hukuki esası ile yakından ilişkilidir. Örneğin, taksirin hukuki esasını “hareketin tehlikeliliği teorisi”ne dayandıran yazarlara göre, hareketin bilinmesi ve istenmesi “hareketin tehlikeliliği bilinci” şeklinde anlaşılmalıdır. Buna karşın, taksirin hukuki esasını “göreve aykırılık” olarak görenler ise hareketin bilinçli olmasını “hareketin göreve aykırılığı bilinci”ne dayandırmaktadırlar. İçel’e göre, taksirle işlenen fiillerin kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmesinin sebebi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykılık olduğu için, hareketin bilinmesi ve istenmesinin de göreve aykırılık şeklinde anlaşılması gerekir. Bunun pratik olarak önemi ihmal suretiyle işlenen taksirli suçlarda kendini gösterir. Zira icrai bir hareketle işlenen taksirli suçlarda hareketin iradiliği unsurunun açıklanması sorun yaratmazken, ihmal şeklinde gerçekleştirilen taksirli hareketin iradiliğinin anlaşılmasında güçlük çekilmektedir. Burada dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan faydalanılarak ihmal suretiyle işlenen taksirli suçlarda, gerçekleştirilmesi ihmal edilen hareketin de bir iradenin ürünü olduğu kolaylıkla açıklanabilir⁴²¹. Suç işlenirken ortaya çıkan irade tam olarak da dikkatsizlik şeklinde meydana gelmektedir. Şöyle ki, fail ihmal suretiyle gerçekleştirdiği fiilden ötürü dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketi, daha doğru bir ifadeyle hareketsizliği de kendi iradesiyle gerçekleştirmiştir. Oysa ki fail, kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayı seçmiş olsaydı, söz konusu ihlal gerçekleşmezdi. Dolayısıyla failin iradesi bu şekilde davranmak yönünde olduğu için, ihmalen gerçekleşmiş olan taksirli suçlarda da hareketin iradi olarak gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür. Ancak mücbir sebep söz konusu olursa, artık ihmali hareketin iradiliğinden bahsetmenin mümkün olmadığı da son derece açıktır⁴²².

2. Gerçekleşen Neticenin İstenmemesi

Meydana gelen neticenin istenmemiş olması, taksiri kasttan ayıran unsurdur. Özellikle olası kast durumunda da irade neticeyi kapsamaktadır. Oysa ki taksirle

⁴²¹ Oysa Zafer’e göre, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık neticesinde gerçekleştirilen ihmali hareketin iradi olmadığı durumlarda ortaya çıkan zarardan failin taksirle sorumlu olup olmayacağı hususu tereddüt yaratmaktadır. Yazara göre, kanun da bu konuda bir açıklık getirmemektedir. Zafer, s. 195.

⁴²² Dönmezer, Erman, c.II, s.257; İçel, s.158-160.

işlenen suçlarda, netice fail tarafından öngörülmüş olabilir, ancak gerçekleşmesi istenmemiştir. İtalyan öğretisindeki bazı yazarlar (Carrara) tarafından taksir, öngörülebilir bir neticenin öngörülmeden gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmekte ve bunlara göre neticenin öngörülmesi halinde istemenin de mevcut olmasından yola çıkılarak kastın var olduğu savunulmaktadır⁴²³. Bu şekilde bir değerlendirme yapmak doğru değildir. Zira öngörme ve isteme kavramlarının birbirine karıştırılmaması gerekir. Bir olayda fail tarafından gerçekleşecek olan neticenin öngörülmesi mümkün olabilirken, bu neticenin gerçekleşmesinin istenmesi her zaman doğru değildir. Örneğin kalabalık bir caddede seyir halinde olan aracını hızlı kullanan şöfor, her an bu şekilde bir kazaya neden olabileceğini öngörür, ancak böyle bir neticenin gerçekleşmesini istemesi her zaman söz konusu olmayabilir. Somut olayda caddede karşıdan karşıya geçmekte olan bir yayaya çarpması halinde, fail bilinçli taksirinden sorumlu olacaktır. Burada failin kusuru, öngörme yönündeki iradesinin neticenin meydana gelmeyeceğini düşünmesine dayanmaktadır. Ancak failin bu yöndeki düşüncesi, neticenin gerçekleşmesi ihtimalinin kesin olduğu durumlarda bilinçli taksir açısından yetersiz kalmaktadır. Öyle ki neticenin fail tarafından istendiği sonucuna dahi gidilebilecektir, ki bu durumda da olası kasttan bahsetmek gerekir⁴²⁴.

Öncelikle neticeyi incelemek ve bu konudaki iki görüşten bahsetmek gerekmektedir. Bunlardan ilki “tabiatçı görüş”tür. Neticeyi taksirli hareket sonucu dış dünyada meydana gelen değişiklik olarak gören tabiatçı görüşü savunan yazarlara göre, hareket ile netice birbirinden ayrı fakat aralarında sebep sonuç ilişkisi bulunan kavramlardır. “Hukuki görüş” taraftarları ise hukuki bir kavram olan neticeyi hukuk tarafından korunan çıkarların zarar görmesi olarak tanımlamaktadırlar. Bu yazarlara göre (Delitala), netice, suç tipinde korunan menfaatin, bir zarar ya da tehlike sonucu doğuracak şekilde ihlal edilmesidir⁴²⁵.

Taksirle işlenen suçların bir unsuru olarak hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden ve kanun tarafından suç olarak öngörülmüş neticeyi meydana getiren davranış olduğuna göre, neticede “hukuki görüş”ün

⁴²³ İçel, s.165.

⁴²⁴ İçel, s.165.

⁴²⁵ İçel, s.161.

benimsenmesi gerekmektedir. Buna göre, netice, kanuni tarifte yer alan ve dış dünyada meydana gelen değişiklik olarak tanımlanmalıdır⁴²⁶.

Neticenin gerçekleşmesi taksirli suçların varlığı açısından vazgeçilmez bir unsurdur. Çünkü netice gerçekleşmediği sürece failin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu ifade bizi taksirli suçlarda teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna götürür⁴²⁷. Buna karşılık, bazı yazarlar taksirle işlenen suçlarda neticenin gerçekleşmesini bir cezalandırılabilme şartı olarak görmektedirler. Oysa ki bu şekilde işlenen suçlarda failin gerçekleştirdiği neticeden sorumlu tutulabilmesi için neticenin yanında diğer unsurların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, failin cezalandırılabilmesi için neticenin failin kusurlu hareketi sonucu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle meydana gelmiş olması gerekir. Halbuki neticenin bir cezalandırılabilme şartı olduğu kabul edilirse, fail kusurlu olmasa dahi cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır, ki bu şekilde bir değerlendirme mümkün değildir⁴²⁸.

Taksirli suçlarda neticenin meydana gelmesi bir unsur olarak kabul edilmekle birlikte, bazı yazarlar tarafından belli bir neticenin meydana gelmesi gerekmediği ifade edilmektedir. Bu düşünceye göre, sadece taksirli suç oluşturduğu icrai ya da ihmali hareketin gerçekleştirilmesi taksirin cezalandırılması için yeterlidir (Sabatini). Fakat bu durumda da ortada bir netice olduğu söylenmektedir. Çünkü somut olarak bir netice meydana gelmese dahi, kanun koyucu tarafından suç tipinde yer alan menfaatin ihlali taksirli sorumluluk için yeterlidir⁴²⁹. Örneğin daha önce de belirttiğimiz gibi, TCK'nın "genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması" başlıklı 171.maddesine göre, failin taksirli bir hareketi ile yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olması durumunda, failin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeye yaratması cezalandırılmaktadır.

⁴²⁶ İçel, s.162.

⁴²⁷ Dönmezer, Erman, c.II, s. 258.

⁴²⁸ İçel, s.163.

⁴²⁹ İçel, s.164.

3. Hareket ile Netice Arasında Nedensellik Bağının Olması

Taksirle işlenen suçlarda, failin cezai yönden sorumlu tutulabilmesi için fail tarafından gerçekleştirilen hareket ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik bağının olması mecburidir. Bu koşul, ETCK zamanında bazı maddelerde aranmaktaydı. Örneğin, 455.maddede “*tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs*” ya da 459.maddede “*her kim tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahud meslek ve sanatta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlal edecek bir zarar iras eder yahud akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet verirse*” denilmek suretiyle kanun koyucu tarafından nedensellik bağının önemi vurgulanmıştır⁴³⁰.

Taksirli suçlarda meydana gelen neticenin fail tarafından gerçekleştirilen hareketten kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti için, öncelikle söz konusu hareketin meydana gelen neticeyi gerçekleştirmeye uygun olup olmadığının değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Bu bakımdan hareketin yapıldığı zamanın göz önünde bulundurulması önemlidir. Buna göre, değerlendirmeyi yapan kişi, hareketin yapıldığı zaman mevcut olan şartları dikkate alarak, neticenin öngörülebilir olup olmadığına karar verecektir. Bunu yaparken neticenin sadece kendisi açısından öngörülebilirliğinin ötesinde, failin ait olduğu sosyal çevrede yer alan orta derecedeki bir kişiye göre öngörülebilir olup olmadığına bakmalıdır. Bu şekilde yapılacak olan objektif bir değerlendirme sonucunda, hareket gerçekleştirildiği zaman mevcut olan şartlar dahilinde neticenin gerçekleşmesi mümkün görülebiliyorsa, bu defa söz konusu değerlendirmenin fail açısından da geçerli olup olmadığına bakılması gerekir. Böylelikle subjektif kriterin de uygulanmasıyla varılacak sonuç iki türdür. Fail kişisel özellikleri itibariyle neticeyi öngörebilecek durumda olmasına rağmen neticeyi öngörmemişse, bu durumda bilinçsiz taksirin varlığından bahsetmek ve failin kusur derecesini buna göre belirlemek gerekecektir. Bununla birlikte fail neticeyi öngörmüş ve gerçekleşmesini de istemişse o halde failin kusurluluğu söz konusu olacaktır. Ancak fail neticeyi öngörmesine rağmen istememiş ise, bu

⁴³⁰ Ahmet Erdoğdu, “*Ceza Hukukunda Taksir*”, Adalet Dergisi, Yıl 42, Kasım 1951, Sayı 11, s. 1677.

durumda bilinçli taksir dediğimiz kusurluluk türü geçerli olacaktır. Bu son ihtimalde fail neticeyi öngörmekte fakat somut olayda gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır. Dolayısıyla failin şahsi durumu ve kişisel yetenekleri gözönünde tutularak yapılacak değerlendirme sonucunda neticenin gerçekleşmesinin öngörülebilir olduğu saptanırsa failin kusurluluğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁴³¹.

Yargıtay bir çok kararında, taksirle meydana getirilen suçlarda, fiil ile ortaya çıkan netice arasında bir nedensellik ilişkisinin var olup olmadığının tespitinde hassasiyet göstermiştir. Örneğin, özellikle bayram tatillerinde resmi olarak kapalı olan işyerinde işyeri sahibine haber vermeden çalıştığı sırada kaza geçirip ölen işçi bakımından, nedensellik bağının bulunmadığı gerekçesiyle iş yeri sahibi sorumlu tutulmamıştır (Yarg. CGK. 28.09.1957- İtiraz 57/56). Benzer bir Yargıtay kararında da, ofisinde misafiriyle sohbet ettiği sırada saatin geç olduğunun farkında olmadığı için kapıların kilitli kalmasıyla dışarı çıkamayan mağdurun, pencereyi kullanarak kablo teliyle dışarı çıkmaya çalışırken telin kopması yüzünden aşağı düşerek ölmesi olayında, binada çalışan kimse olup olmadığını kontrol etmeden kapıları kilitleyen sanıkların hareketi ile gerçekleşen ölüm neticesi arasında nedensellik bağı söz konusu olmadığından taksirli sorumluluklarının da söz konusu olmayacağına karar verilmiştir⁴³².

Bunun yanısıra Yargıtay, TCK m.171’de düzenlenmiş olan “genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması” suçu kapsamında gerçekleşen deprem sonucu bina çökmesine ilişkin verdiği kararlarında, depremin bina çökmesi ya da yıkılması sonucu bakımından nedensellik bağına kesici bir etkiye sahip olup olmadığı hususunda, öncelikle suç teşkil eden fiilin binanın yanlış ya da eksik malzeme kullanılması suretiyle deprem yönetmeliği tarafından getirilmiş olan kurallara aykırı inşa edilmiş olmasından kaynaklanması gereğini belirtmiştir. Bu şekilde, Yargıtay, depremi binanın çökmesi sonucuna neden olan tetikleyici bir etken olarak kabul etmektedir. Başka bir ifadeyle, suç teşkil eden netice failin kusuruna eklenen depremin etkisiyle ortaya çıkmaktadır. Depremin nedensellik bağına kesebilmesi için, binanın teknik gerekliliklere ve hukuki kurallara uygun bir şekilde inşa edilmiş

⁴³¹ İçel, s.170.

⁴³² Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt.I, 2.Bası*, Beta, 2011, s. 102.

olması gerekir. Bu şekilde hukuki ve teknik anlamda kurallara aykırılık içeren durumlarda failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle gerçekleşen taksirli fiili söz konusu olur⁴³³. Ülkemizde özellikle 17 Ağustos 1999 tarihinde yaşanmış olan deprem felaketinden sonra, Yargıtay tarafından bir çok olay incelenmiştir. Örneğin Yarg. 9. CD.'nin 26.09.2002 tarihinde verdiği 1605/1889 sayılı kararında,

“...binalara ait inşaat ruhsatı ve projeler, fotoğraflar, müdahilin bulunduğu bildirdiği video kayıtları ile sair tespitler, sanıkların savunmaları ve müdahillerin iddiaları da göz önünde tutularak, inşaat malzemesi kalitesinin standartlara uygun olup olmadığı, binaların birbirinin tahribine olan etkisi, binaların inşaat ruhsat ve projelerinin uygun olup olmadığı ve uygun olmaması durumunda bunun yıkılmaya etkisi, depremin binaların yıkılmasına olan etkisi, zemin yüzeyinin yapılaşmaya elverişli olup olmadığı, denetimlerin yeterli şekilde yapılıp yapılmadığı, hususlarını da içerecek biçimde ayrıntılı rapor alınarak; binaların yıkılması ve meydana gelen ölümlerde, konuları da dikkate alınarak kusurlu olanların belirlenmesi bakımından konularında uzman yeni bir bilirkişi heyetine, dosyanın tevdi ile raporu alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi”

demek suretiyle, TCK m. 171 uyarınca gerçekleşen failin suç teşkil edip etmeyeceği hususunda nedensellik bağının önemi vurgulanmıştır⁴³⁴.

Öğretide özellikle ETCK zamanında Yargıtay tarafından, taksirli suçlarda sorumluluğun tespiti hususunda, fail tarafından gerçekleştirilen hareket ile bunun sonucu meydana gelen netice arasındaki nedensellik bağının dikkate alınmış olması eleştirilmiştir. Oysa ki, çözülmesi gereken mesele, failin dikkat ve özen

⁴³³ Mehmet Emin Artuk, İlhan Üzülmöz, “Taksirle Tehlikeye Sebebiyet Verme Suçu (765 s. TCK m. 383) Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (5237 s. TCK m.171)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 57, Ankara, 2005, s. 202.

⁴³⁴ Filiz Saraç, “Bina Çökmesine Neden Olmak Sureti ile Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl 2008, Cilt 6, Sayı 68, s. 2653, 2654.

yükümlülüğünü ihlal eden hareketi gerçekleştirmesi dolayısıyla ortaya çıkan neticeden sorumlu olup olmadığının tespiti ile ilgilidir⁴³⁵.

III. TAKSİRİN TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Ceza kanunlarında çeşitli şekillerde ele alınan taksir kurumu, kimi zaman kanun koyucu tarafından açık bir şekilde tarif edilerek yerini bulmuş, kimi zaman da kanun koyucu tarafından bu hususta herhangi bir yaklaşım sergilenmeyerek taksir konusundaki yorumlar öğretiye ve mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır. Bu şekilde hem uygulama hem de öğreti tarafından ele alınan taksirin çeşitli şekilleri olan bilinçsiz taksir, bilinçli taksir, ağır taksir, hafif taksir, genel taksir, özel taksir gibi kavramlar ortaya çıkmıştır.

Çalışmamızın bu bölümünde suç genel teorisi çerçevesinde ele alınmış bazı taksir türlerinden bahsederken, özellikle Türk ceza hukuku açısından önemini sürdüren taksir – bilinçli taksir – olası kast – kast şeklinde yapılan dörtlü ayırım üzerinde durmayı amaçlamaktayız. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi, ceza adaleti reformunun gerçekleştirilmesi amacıyla başlatılan kanun çalışmaları kapsamında söz konusu dörtlü ayırımın ne şekilde kanuna yansması gerektiği sorun teşkil eden durumların başında gelmekteydi. Öğretide bilinçli taksire ilişkin düzenlemenin madde metninde yer alması eleştirilmiş; TCK'ya ilişkin Hükümet Tasarısında da bilinçli taksirin mevcut olmasına Özgenç tarafından karşı çıkılmış; ancak, söz konusu düzenlemenin 765 sayılı TCK'nın 45.maddesine 08.01.2003 tarihinde 4785 sayılı Kanun ile eklenmesi gerekçe gösterilerek herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Yazar, TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda yapılan çalışmalarda, kanun koyucu tarafından suçun kanuni tanımında yer verilen cezaların alt ve üst sınırlarının arasının açık tutulması gereğini vurgulamış; söz konusu düzenlemenin Eski TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde geçerli olan yerleşik

⁴³⁵ Özgenç, s.240.

uygulama neticesinde kasten ve taksirle öldürme suçları bakımından mevcut cezalar arasındaki makasın çok açık olmasının Yargıtay'ı, failin olası kasttan sorumlu olduğu fiilinden ötürü bilinçli taksirden cezalandırması yoluna sevk etmiş olması nedeniyle ortaya çıkan sakıncaların önlenmesi gayesiyle getirilmiş olduğunu ifade etmiştir. Esasen bir fiilin doğrudan kastla ya da olası kastla işlenmiş olması, kanun koyucu bakımından suç tipinin tanımlanması noktasında değil, cezaların belirlenmesi noktasında önem taşır. Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da, kasten öldürme suçu bakımından kabul edilen ağır hapis cezasının alt sınırı yirmi dört yıl iken (765 sayılı TCK m. 448), taksirle öldürme suçu açısından kabul edilmiş olan hapis cezasının üst sınır beş yıldır (765 sayılı TCK m. 455/1). Bu şekilde kanun koyucu her iki suç bakımından alt ve üst sınırlar arasında on dokuz yıllık bir fark bırakarak, somut olaya ilişkin ceza miktarını tespit eden hakime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Doğru olan bu yaklaşıma rağmen, uygulamada yaşanan aksaklıklar kanun koyucuyu alt ve üst sınırlar arasındaki farkı indirmeye yöneltmiş ve bunun sonucu olarak da önce Hükümet Tasarısında, daha sonra da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bilinçli taksire ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna karşın, Özgenç, TBMM Adalet Alt Komisyonu'ndaki çalışmalar sırasında, yeni TCK'da bilinçli taksire yer verilmesi halinde olası kasta ilişkin bir düzenlemenin de mevcut olması gereğini vurgulamıştır⁴³⁶. Nitekim yasalaşan kanun metninde de, aynı gerekçeyle olası kasta da yer verilerek, bu şekilde kusurluluk bakımından dörtlü ayırım kabul edilmiştir.

⁴³⁶ Yazara göre, 5237 sayılı TCK'daki şekliyle olası kast ve bilinçli taksir kavramları birbirine karıştırılmıştır. Örneğin, buz tutmuş yola zincirsiz çıkan sürücü, aracın kaza yapması sonucu kişilerin ölmesine ya da yaralanmasına neden olursa, aslında fail tarafından öngörülen ancak istenmemiş olan netice gerçekleştiği için, esasında bir şey olmayacağı düşüncesiyle hareket eden failin olası kasttan sorumluluğu söz konusudur. Ancak TCK'da bilinçli taksire ilişkin madde gerekçesi de dikkate alınırsa bu durumda faili bilinçli taksirden sorumlu tutmak gerekecektir. Öğretide bilinçli taksire ilişkin verilen örneklerde aslında olası kasttan bahsedilmektedir. Örneğin hava şartlarının uygun olmamasına rağmen, sefere çıkan sürücü, olumsuz bir netice meydana getirmeyeceği düşüncesiyle, "bir şey olmaz" diyerek hareket eder. Bu yüzden, ölüm ya da yaralama neticelerinin meydana gelmesi durumunda olası kasttan sorumlu tutulacaktır. Özgenç, s. 255; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, İkinci Bası, Seçkin, Ankara, 2005, s. 337.

B. (Bilinçsiz) Taksir – Bilinçli Taksir

TCK'daki tanıma göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Bununla birlikte, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir söz konusu olur. Başka bir ifadeyle, fail bilinçli taksir durumunda gerçekleştirdiği hareket sonucu oluşabilecek neticeleri öngörmekte, ancak buna rağmen fiili gerçekleştirmeye devam etmektedir. Fail bunu yaparken, neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir kanaate sahiptir. Bu düşünce tarzı, failin bilgi, kabiliyet ya da tecrübe gibi şahsi niteliklerine güvenmesinden kaynaklanabilir⁴³⁷. Nitekim Yargıtay bir kararında, "...bu yöntemle ilgili geçmiş deneyimlerinin şansla sonuçlanması gibi nedenlerle sanığın bu riski göze aldığına anlaşılması karşısında olayda bilinçli taksir halinin bulunduğu kabulü gerekir" diyerek, failin geçmiş deneyimlerine dayanarak zararlı bir neticenin meydana gelmeyeceğine inanmış olmasına rağmen normal yaşam kuralları gereği somut olayda meydana gelmiş olan neticeyi öngörmüş olduğunu kabul ederek, failin böyle bir riski göze alarak hareket etmiş olmasını bilinçli taksir olarak nitelendirmiştir⁴³⁸.

Kanun koyucu taksire yer verdiği düzenlemesinde, iki çeşit taksiri ele almaktadır. Bunlar (bilinçsiz) taksir ve bilinçli taksirdir. Başka bir ifadeyle, kanunda bilinçli taksirin yanında yer alan taksir türü "bilinçsiz taksir" olarak değil, sadece "taksir" kavramı ile ifade edilmiştir⁴³⁹.

Taksir ile bilinçli taksirin ortak noktası, her iki taksir çeşidinde de dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olmasıdır⁴⁴⁰. Buna karşın taksiri (bilinçsiz taksir), bilinçli taksirden ayıran temel unsur neticenin öngörülmemesidir. Bazı yazarlara göre, neticenin öngörülmesinin söz konusu olduğu ve bilinçli taksir olarak

⁴³⁷ Alfredo Del Vecchio, "La Previsione Dell'Evento Nel Delitto Colposo", Annali di Diritto e Procedura Penale, Anno II, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1933, XII.s. 567; Artuk, Gökcen, Yenidünya, s. 377.

⁴³⁸ YCGK, 06.10.2009, 9-189-220, Centel, Zafer, Çakmut, s. 406.

⁴³⁹ Taksir kavramıyla kastedilen bilinçsiz taksirdir. Kanun koyucu bu yolla taksirin türleri hususunda özenli davranmamıştır. Zafer, s.194.

⁴⁴⁰ Koca, Üzülmüş, s. 220.

adlandırılan taksir türü aslında kastın bir çeşididir. Bu görüşe göre, neticenin bir kere öngörülmesi demek artık olayda taksirin değil, kastın mevcut olduğunu gösterir. Zira bir neticenin gerçekleşeceğini öngören ancak bunun olmasını istemeyen kişi, söz konusu hareketi de gerçekleştirmez. Dolayısıyla bu durumda “ağır taksir kasta eşit sayılır (culpa lata dolo aequiparatur)”⁴⁴¹. Ancak bu görüş, kastın isteme unsurunu da içermesi gereğini hesaba katmaması nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁴².

Bilinçli taksirin, taksirin bir çeşidi olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Bunlardan ilk görüşe göre (Liszt- Schmidt, v. Hippel, Bettiol, Maggiore, Karanikas), neticenin fail tarafından öngörülmesine rağmen, çeşitli nedenlerle gerçekleşmeyeceğine inanılması durumunda bilinçli taksir söz konusudur. Bu görüşü savunan yazarlara göre, failin kendi şahsi özelliklerine ya da şansına güvenerek neticenin meydana gelmeyeceğini ümit etmesi yeterlidir. Ancak bu görüş, bilinçli taksirin mevcudiyetini sadece failde bulunması gereken bir ümide bağlayarak taksirin kapsamını genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira bilinçli taksirin söz konusu olabilmesi için fail tarafından öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği hususunda “kuvvetli bir kanaatin” mevcut olması gerekir⁴⁴³.

İkinci görüş (Delitala), failin elde etmek amacıyla olduğu neticenin gerçekleşmesiyle birlikte meydana gelmesi mümkün olan diğer neticeler arasındaki bağlantının bilinçli taksirin temelini oluşturduğu yönündedir. Buna göre, hedeflenen neticeye varılabilmesi, bazı yan neticelerin de gerçekleşmesine bağlıdır. Failin neticeyi meydana getirmek yönündeki iradesi, diğer ikincil neticeleri de kapsar niteliktedir. Ancak asıl netice ile ikincil neticeler birbirleriyle örtüşmüyorsa, o halde failin iradesinin söz konusu ikincil neticeleri kapsamadığı söylenebilir. İşte söz konusu neticelerin birbirlerinin karşıtı olduğu durumlarda bilinçli taksir, diğer hallerde ise olası kast mevcuttur. Bu görüş de, bilinçli taksir durumunda, gerçekleşmesi hedeflenen netice ile meydana gelmesi mümkün olan neticenin her

⁴⁴¹ Dönmezer, Erman, c. II, s. 264.

⁴⁴² “Carrara’ya göre, bilinçli taksir anlamsız bir kelime oyunundan başka bir şey değildir.” İçel, s. 186, Turgut Sengir, “Ceza Hukuku Yönünden Taksir”, Adalet Dergisi, Yıl 42, Mayıs 1951, Sayı 5, s. 706; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 377; Öngörme ve isteme birbirinden farklı unsurlardır ve bilinçli taksir durumunda neticenin sadece öngörülmüş olması kastın varlığını gerektirmez. Zira, bilinçli taksirde “öngörme, kasttan farklı olarak, neticenin iradiliği ile değil, fakat o neticenin meydana gelmeyeceği kanaati ile birlikte bulunmaktadır.” İçel, s. 187.

⁴⁴³ İçel, s.189; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 378.

zaman birbirine zıt olmasının olanaksızlığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Kaldı ki fail, gerçekleştirmeyi amaçladığı neticenin yanında meydana gelmesi mümkün olan neticeleri de öngördüğü için, bunlar da failin iradesi kapsamındadır⁴⁴⁴.

Bilinçli taksirin taksirin bir türü olduğu konusunda incelenmesi gereken üçüncü görüş (Alimena) ise, bilinçli taksiri hata teorisinden yola çıkarak açıklamaktadır. Buna göre, fail gerçekleştirdiği taksirli hareketin neticesini öngörmesine rağmen, somut olayda gerçekleşmeyeceği hususunda hataya düşmektedir. Hata teorisi açısından ileri sürülen eleştiriler, bu görüş için de ileri sürülebilirse de, bilinçli taksiri, neticenin öncelikle öngörülmesi şartına ve failin neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde sahip olduğu bir ümide değil de, bu yönde bir düşünceye dayandırması nedeniyle desteklenebilir niteliktedir⁴⁴⁵.

Öğretide, bilinçsiz taksir olarak ifade edilen sorumluluk şeklinin ceza hukuku anlamında bir sonuç doğuramayacağını, zira esas taksir şeklinin bilinçli taksir olarak ifade edilen sorumluluk şekli olduğu yönünde de görüşler mevcuttur. Bu düşünceyi savunanlara göre, fail gerçekleştirdiği fiilin neticelerini öngörmemiş ise, o halde cezai sorumluluğundan da bahsetmek mümkün olmamalıdır. Buradaki farkı oluşturan temel unsur, failin iradesinin neticeyi isteyip istemediği hususudur⁴⁴⁶.

Bunun yanısıra, taksirin hukuki esasına ilişkin teorilerden öngörebilme teorisinden hareket ederek bilinçli taksiri açıklamaya çalışanlar da olmuştur. Öngörebilme teorisine karşı çıkanlar, bilinçli taksir kavramının kendi fikirleri ile açıklanabileceğini savunurken, öngörebilme teorisini savunan yazarlar, bilinçli taksirin bu teori ile açıklanabileceğini, zira taksirin varlığı için fail tarafından neticenin öngörülebilir olmasının önemli olduğunu, bunun yanında failin neticeyi öngörmüş olup olmadığının bir önem taşımadığını ifade etmektedirler⁴⁴⁷.

İçel'e göre bilinçli taksir, neticenin öngörülmesinin neticenin gerçekleşmeyeceğine dair kanaate yönelik olması açısından kasttan ayrılır. Başka bir

⁴⁴⁴ İçel, s. 189, 190; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 379.

⁴⁴⁵ İçel, s. 191.

⁴⁴⁶ Dönmezer, Erman, s.264, 265.

⁴⁴⁷ Dönmezer, Erman, s.265.

ifadeyle, bilinçli taksirle suç işleyen fail, genel olarak neticenin meydana gelebileceğini öngörmekteyken, somut olayda çeşitli sebeplerle bunun gerçekleşmeyeceği inancıyla neticenin meydana gelmemesi için elinden geleni yapar. Bununla birlikte, her ne kadar neticenin genel olarak öngörülebilirliğinden bahsedilse de, failin taksirli hareketinden sorumlu olabilmesi için somut olay açısından da neticenin öngörülebilir olması gerekir⁴⁴⁸.

Löffler ise, bilinçli taksiri, kast ve taksirden ayrı bir üçüncü kusurluluk şekli olarak kabul etmektedir. Bu görüşün ortaya çıkmasındaki neden, öngörülen neticenin istenmemesi durumunun kast ya da taksir olarak kabul edilmesindeki güçlüktür. Bu görüşe göre, kusurluluğun ilk şekli olan kast “isteme”yi, taksir “öngörebilme ya da kaçınabilme”yi ifade ederken, bunlara sadece “bilme”yi içeren üçüncü bir kusurluluk şekli eklenmiştir. Bahsedilen üçüncü kusurluluk şekli, bilmeyi ifade ettiği için hem bilinçli taksiri hem de olası kastı birbirinden ayırma noktasında yetersiz kalması nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁴⁹.

Sonuç olarak, bilinçli taksiri bilinçsiz taksirden ayıran temel unsur, “öngörme”dir. Failin neticeyi öngörebilmesi, failin “neticeyi, hareketin yapıldığı zaman ve bu zamandaki şartlara göre tahmin edebilmesi” anlamında gelir. Failin gerçekleştirdiği hareket sonucu ortaya çıkabilecek olan neticeyi öngörmesi mümkün değilse, faili taksirli hareketinden dolayı sorumlu tutmak da mümkün olmayacaktır⁴⁵⁰. Yargıtay da bu doğrultuda kararlar vermektedir. Örneğin, 9. CD.’nin verdiği bir kararında (Yarg. 9. CD. E. 2007/1689, K. 2007/7424), Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından da benimsenen görüş doğrultusunda, karşıdan karşıya geçtiği sırada bir motosikletin kendisine çarpması sonucu motosiklet sürücüsünün hayatını kaybettiği olayda, sanık yaya bakımından motosiklet sürücüsünün “aracından düşmek suretiyle ölümü ile sonuçlanan olayda sürücünün ölebileceğinin hayatın olağan akışına göre düşünülmemeyeceği” gerekçesiyle sanığın neticeyi öngöremeyeceği belirtilerek beraatine karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Başka bir kararda (Yarg. 1 CD. 01.04.2008, E. 2007/1030, K. 2008/2511) ise, sanığın

⁴⁴⁸ İçel, s. 191, 192.

⁴⁴⁹ İçel, s.187, 188; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 378.

⁴⁵⁰ Neticenin fail tarafından öngörülebilir olup olmadığının tespitinde, failin yaşı, karakteri, şahsi özellikleri dikkate alınmalıdır. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 377.

kayınpederinin evinde yaşanan kavga sırasında kayınpederini ittirmesi ile birlikte maktülde önceden var olan ve olayın efor ve stresinin de etkisiyle aktif hale geçen kronik kalp ve damar hastalığı neticesinde meydana gelen ölüm olayında, sanığın kayınpederindeki rahatsızlığı önceden bildiği tespit edilmiş ve failin bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir⁴⁵¹.

Gerçekleşen hareket sonucu meydana gelen neticeden, failin, bilinçli taksirinden sorumluluğuna gidilebildiği durumlarda, failin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. İtalyan Ceza Kanunu'nun "genel ağırlaştırıcı nedenler" başlıklı 61.maddesinin 3. fıkrası da bilinçli taksir halinde faile verilecek cezanın ağırlaştırılacağını belirtirken⁴⁵², TCK'nın 61. maddesinin 2. fıkrasına göre, suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim ya da artırım, aynı maddenin birinci fıkrası uygulanarak belirlenecek olan ceza üzerinden yapılacaktır.

C. Genel Taksir – Özel Taksir

Özellikle İtalyan öğretisinde yer verilen bir başka taksir ayırımı genel taksir (colpa generica) ve özel taksir (colpa specifica) şeklinde karşımıza çıkar. Buna göre, genel taksir tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik şeklinde ortaya çıkarken; özel taksir kanunlara, emir ve talimatlara aykırılık olarak tanımlanmaktadır⁴⁵³.

TCK'da da yer aldığı şekliyle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden taksir durumunda, kusurluluğun kaynağı genel olarak ortak hayat tecrübeleri sonucu ortaya çıkan kuralların ihlaline neden olan tedbirsizlik, dikkatsizlik ve acemiliktir. Genel taksir olarak da ifade edilen bu durum, taksirin negatif unsuru olan "istemenin olmaması (assenza di volizione)"na karşılık taksirin pozitif unsurunu ifade eder. Öğretilerde genel taksir olarak farklı bir şekilde de sınıflandırılmış olan

⁴⁵¹ Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast, Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar*, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2009, s. 138, 160.

⁴⁵² Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s. 380.

⁴⁵³ Caraccioli, s.166; Mantovani, s. 329; Toroslu, s. 218 vd.

taksir türü kaynağını yazılı olan normlardan değil, insanların toplum içinde sürdürdükleri yaşam tecrübeleri neticesinde oluşan sosyal davranış kurallarından alır⁴⁵⁴.

Kaynağını kanunlar, emir ve talimatlardan alan özel taksir, bu yönüyle daha çok normatif bir içeriğe sahiptir. Bu şekilde tehlike ya da zarar doğuran neticelerin ortaya çıkmasının engellemeye çalışan kanun, emir ve talimatların ihlali ile birlikte özel taksir durumu söz konusu olur⁴⁵⁵.

D. Ağır Taksir – Hafif Taksir

Günümüz hukukunda da zaman zaman rastlanılan ağır taksir – hafif taksir ayırımı, esas olarak Orta Zaman Hukukçuları tarafından Roma özel hukukundan alınarak uygulanmıştır. Taksirin derecesine göre yapılan bu ayırım, ağır – hafif – pek hafif taksir şeklindedir⁴⁵⁶. Buna göre, ağır taksir (culpa lata), herkes tarafından öngörülebilir bir neticenin gerçekleşmesi halinde söz konusu olurken, hafif taksir (culpa levis), ortaya çıkan neticenin ancak dikkatli bir şekilde hareket edilmesi halinde öngörülebileceği durumları ifade eder. Meydana gelen zararın öngörülebilmesi, olağanüstü bir dikkati gerekli kılıyorsa, bu durumda da pek hafif taksir (culpa levissima) söz konusu olacaktır⁴⁵⁷. İnsafsızca gerçekleştirilen fiiller, yüksek risk içeren hareketler gibi ağır taksire örnek olarak gösterilen durumlarda, genellikle zararlı neticenin ortaya çıkmasına neden olabilecek tehlike ya da dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ön plana çıkmaktadır⁴⁵⁸.

Öğretide, ağır taksirin kasta⁴⁵⁹, pek hafif taksirin ise kaza ve tesadüfe yakın bir durum olduğunu savunan görüşler (Carrara, Vidal/Magnol), pek hafif taksirin cezalandırılmaması gerektiği yönünde de fikir beyan etmişlerdir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁴ Caraccioli, s.166; Mantovani, s. 329; İçel, 197.

⁴⁵⁵ Caraccioli, s. 167.

⁴⁵⁶ Erem, s. 308; Ferri, s. 452.

⁴⁵⁷ Vidal-Magnol, Çev. Şinasi Z. Devrin, *Ceza Hukuku, Yeni Cezaevi Matbaası*, Ankara, 1946, s.144, 145; Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s. 384.

⁴⁵⁸ Doğan, s. 211.

⁴⁵⁹ Ağır taksirin kasta yakın olarak kabul edilmesinin sebebi, failin gerçekleştirdiği fiilin ağır taksir içerdiği hususunun farkında olması gereği dolayısıyla fiilin subjektif açıdan değerlendirilmesidir. Bu bakımdan failin, vicdansız davranış şekli ağır taksir oluşturur (Hall). Doğan, s. 211.

⁴⁶⁰ Dönmezer, Erman, c.II, s. 270; Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s. 385.

Fransız ceza hukukuna göre, taksir, ağır, hafif ve pek hafif taksir olarak derecelendirilmekte ve ağır taksirle hafif taksir cezai ve hukuki yönden sorumluluk gerektirirken, pek hafif taksir sadece hukuki sorumluluğa yol açmaktadır. Benzer durum Brezilya’da da söz konusudur⁴⁶¹.

Alman Ceza Kanunu’nun bazı maddelerinde taksirin derecelerine yer verildiği görülmektedir. Örneğin ağır taksirden bahseden Alm. CK. § 74/a’ya göre, *“hüküm verildiği sırada eşyalar kendisine ait olan veya eşyaları tasarrufu altında bulunduran kişi, eşyanın suç eşyası veya suç aracı olarak kullanılmasına veya hazırlanmasına ağır taksiriyle neden olmuşsa... eşya müsadere edilir”*. Kanununun 138/3. maddesinde yer alan düzenlemede de aynı şekilde, planlanan suçu bildirmeme suçu açısından ağır taksirin varlığı gerekmektedir⁴⁶².

Alman Federal Mahkemesi ağır taksiri, taksirin daha üst derecede işlenilmiş şekli olarak ifade ederken, bazı eski kararlarında ağır taksir *“kast sınırındaki taksir”* şeklinde ifade edilmiştir. Alman öğretisinde ise ağır taksir, failin gerçekleştirmekte olduğu fiilin meydana getireceği neticeyi değerlendirebilecek ve bunun sonucunda da neticeye engel olabilecek durumda olmasına rağmen fiili gerçekleştirmesi şeklinde tanımlanmaktadır (Schroeder)⁴⁶³.

Alman öğretisinde yer alan ağır taksire ilişkin bir görüşe (Wessels/Beulke) göre, *“emredilen özeni alıılmadık şekilde yüksek bir derecede ihlal eden kişi, ağır taksirle hareket etmiş demektir. Bu kavram hem haksızlığın hem de kusurun artırılmasıyla doğrudan bağlantılı olmasıyla objektif olarak özel hukuktaki ağır taksir kavramına uymaktadır. Burada belirleyici olan kusurluluk bahsindeki failin şahsi yetenekleri veya bilgi seviyesidir”*⁴⁶⁴.

Sonuç olarak ağır taksirin basit taksire nazaran daha yoğun bir kusurluluk içerdiği ortaya çıkmaktadır. Kusurluluk bahsinde de başvurduğumuz örnekte olduğu

⁴⁶¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 385.

⁴⁶² Doğan, s. 206.

⁴⁶³ Doğan, s. 207.

⁴⁶⁴ Doğan, s. 215.

üzere, trafikte kırmızı ışık kuralının, sarı ışıktan kırmızıya geçerken 40km hızla ihlal edilmesi ile, kırmızı ışık çok daha önce yanmışken 120 km ile ihlal edilmesi arasında bir yoğunluk farkı vardır. Bu bakımdan ikinci durumda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık daha yoğun olduğu için, ağır taksir durumu ortaya çıkar. Ancak ağır taksir bilinçli taksir ile karıştırılmamalıdır. Zira bilinçli taksir söz konusu olduğunda failin gerçekleştirdiği hareket neticesinde ortaya çıkabilecek zararlı neticeyi öngörmesi gerekir. Oysa ağır şekli de olsa basit taksir durumunda failin neticeyi öngörmesi söz konusu değildir⁴⁶⁵.

Bazı yazarlar tarafından ağır taksirin bilinçli taksire denk geldiği ileri sürülmüş olsa da, failin fiilini ağır taksirle gerçekleştirmiş olması bilinçli taksirden farklı bir durumdur. Buna göre, taksirin hem basit şekli hem de bilinçli taksir durumu ağır taksirle gerçekleştirilebilir⁴⁶⁶.

E. Bilinçli Taksir-Olası Kast Ayrımı

Taksirin türlerinden bahsedilirken, bilinçli taksir ile olası kast arasındaki ayrımın da üzerinde durulması gerekir. Zira öğretilerde en çok tartışılan hususlardan biri olan bilinçli taksir – olası kast ayrımı, yeni TCK'da yer verilen ilgili düzenlemelerle Türk ceza hukuku dünyasında da şiddetli tartışmalara neden olmuştur. Biz, çalışmamızın konusunu oluşturan ceza hukukunda taksirden doğan sorumluluk ve TCK'da taksire ilişkin olan düzenlemelerden bahsederken, yeri geldiğince kast ve olası kasta değinmeye çalışmaktayız.

Ceza hukukunda kusurluluğun ve dolayısıyla da cezai sorumluluğunun temel şekli olan kast, en basit ifadeyle, gerçekleştirilen fiilin ortaya çıkarabileceği ve suç teşkil edecek olan neticenin fail tarafından bilerek ve istenerek yapılmasıdır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kastın, bilme ve isteme olmak üzere iki unsuru vardır. Bu şekilde kastın unsurlarının yoğunluğuna göre kastın çeşitli şekilleri ortaya çıkar.

⁴⁶⁵ Doğan, s. 215.

⁴⁶⁶ Doğan, s. 208.

Fail, suç teşkil eden fiili, neticesini bilerek ve bunu isteyerek gerçekleştiriyorsa, fiil kasten (doğrudan kast – birinci derecede kast – dolus directus) işlenmiş demektir. Bununla birlikte, failin gerçekleştirmeyi amaçladığı netice ile birlikte bazı yan neticeler de zorunlu olarak ortaya çıkıyor ve bu ikincil neticeler gerçekleşmeden failin hedeflediği sonuç gerçekleşmiyorsa, o halde ikincil neticeler açısından da failin kasten hareket ettiği sonucuna varmak gerekmektedir. Sonuç olarak, asıl netice ile birlikte ikincil neticeler bakımından da failin, doğrudan kastından bahsedilir (ikinci derecede doğrudan kast). Fail gerçekleştirmek istediği netice ile birlikte zorunlu olarak ortaya çıkacak olan yan neticeleri de istemiş, bunları da hesaba katarak hareket etmiştir⁴⁶⁷.

Failin gerçekleştirmeyi hedeflediği netice bakımından ortaya çıkması zorunlu olan ikincil netice, araç niteliğinde olabileceği gibi, failin uçağa bomba koyması durumunda diğer yolcuların da ölmesi şeklinde yan nitelikte ya da amaçlanan neticenin devamı olarak birbirinden farklı şekillerde ortaya çıkabilir⁴⁶⁸.

Failin işlediği fiil sonucu ortaya çıkan netice ile birlikte diğer neticelerin gerçekleşmesi zorunlu değil, ancak fail söz konusu neticelerin gerçekleşebileceğini öngörmüş olmasına rağmen fiili gerçekleştiriyor, yani ikincil neticelerin ortaya çıkmasını, adeta göze alıyorsa, o halde olası kast (gayri muayyen kast – belirli olmayan kast – olursa olsun kastı – dolus eventualis) söz konusu olur⁴⁶⁹. Bununla birlikte, olası kast sadece ikincil neticeler bakımından değil, asıl neticeler açısından da söz konusu olabilir⁴⁷⁰. Aynı şekilde, failin hareketi sonucu ortaya tek bir netice çıkması durumunda da olası kasttan bahsedilmesi mümkündür. Örneğin, havaya ateş eden bir kişi etraftaki insanların yaralanabileceklerini öngörmesine rağmen, ateş etmeye devam eder ve gerçekten birileri yaralanırsa, failin öngördüğü neticeyi göze

⁴⁶⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.324, 325; Bazı yazarlar, failin gerçekleştirdiği fiil sonucu ortaya çıkan neticelerden failin maksadı dışında kalanların gerçekleşmelerinin zorunlu olması durumunda bunların “ikinci derecede doğrudan doğruya kast” oluşturduklarını ifade etmektedirler. Dönmezer, Erman, C.II, s. 220; Centel, Zafer, Çakmut, s. 387; Demirbaş, s. 346; Özgenç, s. 224; Öztürk, Erdem, s. 251; Zafer, s. 179.

⁴⁶⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 325.

⁴⁶⁹ Centel, Zafer, Çakmut, s. 389; Kayıhan İçel, “Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli: Kast”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Özel Sayısı, Yıl 6, Sayı 12, Güz 2007/2, s.65; Öğretide bazı yazarlar tarafından olası kast yerine “yan netice kastı” ifadesi de kullanılmaktadır. Ozansü, s. 151; Özgenç, s. 225; Öztürk, Erdem, s. 252.

⁴⁷⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 326; Centel, Zafer, Çakmut, s. 392.

olarak fiilini gerçekleştirmeye devam etmesi gerekçesiyle olası kasttan sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁷¹.

Olası (dolaylı) kast, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu zamanında, asıl neticenin yanında buna zorunlu olarak eklenen yan neticeler bakımından söz konusu olan ve genellikle kastın aşılması sonucu işlenen suçlarda geçerli olan bir sorumluluk şekliydi⁴⁷².

Belirtmek gerekir ki, kanunda özel hükümler kısmında yer alan kasten suçlar hem kast ile hem de olası kast ile işlenebilirken, bunlardan bazılarında kanun koyucu suç tanımında “bilerek”, “bilmesine rağmen” ya da “bildiği halde” gibi ifadeler yer vermiştir. Bu gibi hallerde (örneğin TCK m. 154/2, 197/2-3, 199/2, 207/2, 220/7, 261, 267, 278, 279, 280, 282/2, 297/2, 315, 321) suçun olası kastla gerçekleştirilmesi mümkün değildir⁴⁷³. Maddenin gerekçesinde bu durumun örneği olarak iftira suçu ele alınmıştır. TCK m. 267’ye göre, yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hale, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnad eden kişi cezalandırılır. Görülmektedir ki, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir⁴⁷⁴. Aynı şekilde, kanun bazı maddelerde suçun hangi maksada dair işlenebileceği hususunda bir sınırlama getirmek amacıyla, “-mek amacıyla, -mek maksadıyla, -mek için” ifadelerine yer verir. Bu şekilde suçun olası kastla işlenme ihtimalini de ortadan kaldırırken, failin iradesinin neye yönelik olmasını gerektiğini belirtir⁴⁷⁵.

765 sayılı eski TCK’da da bu hususa ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı. Örneğin, 512. maddesinde yer alan suç eşyasını satın alma suçuna göre, failin suçun işlenmesine iştirak etmemesine rağmen suçtan elde edilen para veya sair eşyayı bilerek kabul etmesi, saklaması, satın alması ya da her ne suretle olursa olsun kabul etmek, saklamak ya da satmak konusunda aracılık etmesi cezalandırılmaktaydı. Görüldüğü üzere, kanun koyucu madde düzenlemesinde “bilerek” ifadesine yer

⁴⁷¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 327; Dönmezer, Erman, s. 222; Zafer, s. 180.

⁴⁷² Dönmezer, Erman, c.II, s. 233; Zafer, s. 179.

⁴⁷³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 333; Centel, Zafer, Çakmut, s. 392; Özgenç, s. 229.

⁴⁷⁴ Tezcan, Erdem, Önok, s. 931.

⁴⁷⁵ Öztürk, Erdem, s. 251.

vermiş, dolayısıyla da suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceğini kabul etmişti. Buna rağmen, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, suç eşyasını satın alma suçunun olası kastla işlenmesi halinde de failin cezalandırılması söz konusu olmaktaydı. Somut olaylara ilişkin uygulama ile kanun koyucunun iradesi arasındaki bu farklılığın ortadan kaldırılabilmesi amacıyla yeni TCK'da suçun olası kastla da işlenebileceği kabul edilmiş ve madde metninde eski düzenlemede olduğu üzere "bilerek" ifadesine yer verilmemiştir. Buna göre, yeni TCK'nın suç eşyasının satın alınması ya da kabul edilmesine ilişkin 165.maddesinde, bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hükmü yer almıştır⁴⁷⁶.

Bu noktada, doğrudan kast ve olası kastı daha iyi anlayabilmek için öğretide de çoğunlukla kullanılan örnekten faydalanmak yerinde olacaktır. Fail, (A)'yı öldürmek amacıyla ateş ettiği sırada, (B) (A)'yı korumak amacıyla önüne geçer ve vurulur. Fail, ateş etmesi halinde hedeflediği kişiyi öldürmek için zorunlu olarak diğer kişinin de vurulacağını öngörmektedir ve buna rağmen icra hareketlerine devam ederek fiilini gerçekleştirir. Bu durumda fail öngördüğü neticelerin meydana gelmesini istemiştir. Sonuç olarak doğrudan kastı söz konusudur ve failin ortaya çıkan neticeye göre kasten öldürme ya da yaralamadan sorumlu tutulması gerekecektir. Bu örnekte (A)'yı öldürme niyetiyle hareket eden fail, (B)'nin de yaralanmasına neden olursa, failin iradesinin öldürmeye yönelik olduğundan hareketle, failin fiilinin adam öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira "belirli olmayan kast netice ile belirir (dolus indeterminatus determinaturab eventu)" kuralı gereği de bu sonuca varmak doğru olur⁴⁷⁷. Bununla birlikte, öğretide Dönmezer'in bu görüşüne Özgenç tarafından karşı çıkılmıştır. Yazar, failin gerçekleştirmeyi amaçladığı netice ile birlikte ortak yaşam deneyimlerine göre öngörülebilir olan neticelerin herhangi bir nedenle gerçekleşmemesi durumunda bile, ikincil neticeler bakımından teşebbüsten sorumluluğun söz konusu olacağını ileri sürmektedir⁴⁷⁸. Oysa Dönmezer'e göre, fail bu durumda ancak gerçekleşen yan neticelerden sorumlu olmalıdır. Bu hususu yukarıdaki örnekle inceleyecek olursak, failin (A)'yı öldürmek üzere ateş ettiği

⁴⁷⁶ Özgenç, s. 230.

⁴⁷⁷ Dönmezer, Erman, s. 221.

⁴⁷⁸ Özgenç, s. 224, 225.

sırada, (B)'nin (A)'nın önüne atlaması sonucu kalbinden ya da çok yakın bir noktasından isabet alarak ölmek üzereyken yakında bulunan hastaneye yetiştirilmesiyle hayatının kurtulması ihtimalinde, Özgenç'e göre, failin öldürmeye teşebbüsten, Dönmezer'e göre ise kasten yaralamadan sorumlu tutulması gerekir.

Buna karşılık, (A)'yı öldürmek isteyen fail, o sırada (A)'nın yakınında bulunan (B)'nin de yaralanabileceğini düşünmesine rağmen, hareketi gerçekleştirirse, olası kasttan sorumluluğu söz konusu olur. Zira bu durumda fail, neticeyi öngörmekte, ancak asıl netice ile birlikte ortaya çıkma olasılığı bulunan yan neticeler bakımından da "olursa olsun" demektir⁴⁷⁹.

Olası kasta ilişkin Yargıtay kararlarında da, bilme ve isteme unsurlarının ön plana çıktığı görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 1. Ceza Dairesi' nin 04.10.1977 tarihinde verdiği bir kararında, "tabanca ile düğün yerinde topluluğa yöneltilerek yapılan atışta kurşunlardan birinin bir kişiye isabet edip öldüreceğini sanığın bilmesi gerekir. Bu nedenle, öldürme kastının varlığı kabul edilmelidir" demiştir⁴⁸⁰. Bahsedilen örnek, kanun koyucu tarafından TCK m.21'e ilişkin madde gerekçesinde de ele alınmıştır. Başka bir kararında ise, "Sanığın hedef seçtiği mağdur Yusuf'a ateş ettiği sırada olay yerinde sokakta bulunan kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek yoldan geçmekte olan mağdur Kaya'yı yaralaması eyleminde olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir" demiştir⁴⁸¹. Yargıtay bir başka kararında ise, olası kastın oluşabilmesi için fiilin belirsiz sayıda veya kını oldukları belli olmayan mağdurlara karşı yapılmış olmasının şart olmadığını ifade etmiştir⁴⁸².

Olası kast durumunda fail, neticenin ortaya çıkma ihtimalini kuvvetli görmekte ve bu neticeyi kabullenmektedir. Failin neticeye yönelik iradesi, kasta nazaran daha hafif olmakla birlikte, bilme ve isteme hususunda olası kast durumunda fail bilinçli taksire göre daha yoğun bir kusur ortaya koymaktadır. Oysa bilinçli taksir söz konusu olduğunda failin kusurluluğu, öngördüğü neticenin

⁴⁷⁹ Dönmezer, Erman, s. 220; Centel, Zafer, Çakmut, s. 387; Özgenç, s.225; Öztürk, Erdem, s. 251.

⁴⁸⁰ Centel, Zafer, Çakmut, s. 391.

⁴⁸¹ Yarg. 1. CD., 01.05.2007- 2006- 1442/ 3324, Centel, Zafer, Çakmut, s. 391.

⁴⁸² Yarg. CGK, E. 2010/1-132, K. 2010/183.

gerçekleşmeyeceğine dair dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden hareketinden ileri gelir⁴⁸³.

Failin olası kasttan sorumlu tutulması durumunda, sorumluluğun hangi esaslara göre belirleneceği öğretide farklı görüşler ortaya çıkarmıştır. Bunlardan birine göre, “belirli olmayan kast netice ile belirir” kuralı gereğince, fail gerçekleştirdiği fiil neticesinde ortaya çıkan neticelerden ötürü kasten sorumlu olacaktır. Örneğin, (A)’yı yaralamak maksadıyla ateş eden fail, (A) ile birlikte (B)’nin yaralanmasına, (C)’nin ise ölümüne neden olur. Bu arada yanlarında olan (D) ise hiçbir zarar görmezse, fail (A) ve (B) açısından kasten yaralama, (C) açısından kasten öldürmeden sorumlu olacaktır. Görüldüğü gibi, (D) bakımından ortada herhangi bir netice olmadığı için herhangi bir sorumluluk da söz konusu değildir. Bu şekilde, olası kasttan sorumluluğun var olduğu durumlarda teşebbüsün mümkün olmayacağı da son derece açıktır⁴⁸⁴.

Bir başka görüşe göre ise, fail olası kastla hareket etmiş olsa bile suçun kasten işlenmiş haline göre cezalandırılır. Bu ifadenin sonucu olarak, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün de mümkün olduğu söylenebilir. Yargıtay bir kararında olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğu sonucuna varmışken, aynı daire başka bir kararında aksi yönde karar vermiştir⁴⁸⁵.

Öğretide yer alan ve Karakehya tarafından savunulan diğer bir görüşe göre ise, doğrudan kast failin fiili sonucu neticenin bilinmesi anlamına gelir. Ancak bu sonuç fail tarafından tam bir kesinlikte irade edilmese dahi istenmiş gibi kabul olunur. Zira meydana gelecek olan bilme durumunda geçerli olan kesinlik ifadesi, failin doğrudan kast ile sorumluluğunun söz konusu olduğu her durumda mevcut olmayabilir. Bazı hallerde neticenin gerçekleşmesi fail tarafından bir ihtimal olarak da görülebilir. Bu gibi durumlarda da doğrudan kast söz konusu olmaktadır. Yazara göre, kastın, birinci dereceden doğrudan kast ve ikinci dereceden doğrudan kast olmak üzere iki türü vardır. Birinci dereceden doğrudan kastın varlığı için failin söz

⁴⁸³ Centel, Zafer, Çakmut, s. 390; Özgenç, s. 226; Öztürk, Erdem, s. 252.

⁴⁸⁴ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 329, 330. Yargıtay’ın bu hususa örnek kararları mevcuttur. Bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 330.

⁴⁸⁵ Görüşü savunan Önder, Yarg. 1.CD. 19.12.2006, 2953/5813 ve 06.07.2006, 902/2966, Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 331.

konusu neticeye yönelik iradesinin tespiti gerekir⁴⁸⁶. İkinci dereceden doğrudan kastın söz konusu olabilmesi için ise failin iradesinin yönelmiş olduğu neticenin yanında gerçekleşmesi zorunlu olan neticeyi biliyor olması yeterlidir. “Kastın isteme unsurunun gerçekleştiği hallerde, zihinsel açıdan failin neticeyi öngörmesinin veya bilmesinin herhangi bir önemi yoktur. Her ikisinde de fail birinci dereceden doğrudan kasttan sorumlu olacaktır...İstemenin söz konusu olmadığı hallerde, neticenin gerçekleşme ihtimali muhakkak veya muhakkaka yakınsa, ... fail neticeyi istemese bile istemiş gibi kabul olunur ve ikinci dereceden doğrudan doğruya kast söz konusudur”. Özgenç, Karakehya’ya ait olan görüşün, doğrudan kastla olası kast arasındaki farkı iradeye bağlayan ve bunun sonucunda da iradeyi kastın bir unsuru olarak ifade eden klasik suç teorisinin bir ürünü olduğunu savunmaktadır. Klasik suç teorisine göre doğrudan kast, failin iradesinin gerçekleşmesi mümkün görünen neticeye yönelik olmasıdır. Bu şekilde, failin amacı da kastın daha yoğun halini oluşturmaktadır. Oysa Özgenç’e göre amaç, bir kısım suç tiplerinde “kastın dışında ayrı bir manevi unsuru oluşturmaktadır”⁴⁸⁷.

Özgenç’e göre, olası kast halinde fail neticenin gerçekleşebileceğini öngörmüş olmasına rağmen olayı akışına bırakarak, söz konusu neticenin meydana gelmesini engelleyebilecek hiçbir girişimde bulunmamakta, neticenin gerçekleşmesini bir bakıma kabul etmektedir. Dolayısıyla sadece öngörme, olası kastın varlığı için yeterli değildir. Fail tarafından meydana çıkma ihtimali öngörülen neticeye yönelik kabullenme durumu da son derece önem taşımaktadır. Bu bakımdan failin, karşısındaki kişiyi öldürmek amacıyla silahını doğrulttuğu sırada elinin titremesi, neticenin gerçekleşmeyebileceği hususundaki şüphesi, failin doğrudan kastını ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda failin hedefi ıskalması halinde, failin doğrudan kastla gerçekleştirdiği hareketi sonucu neticenin meydana gelmemesinden ötürü teşebbüsü söz konusu olacaktır⁴⁸⁸.

Olası kast durumunda failin kusurluluğunun doğrudan kasta kıyasla daha az yoğun olması, zorunlu bir ceza indirimini gerektirir. Bu durum, TCK m.21/f.2’de

⁴⁸⁶ Hakan Karakehya, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 52.

⁴⁸⁷ Özgenç, s. 225, 226, dpt. 321.

⁴⁸⁸ Özgenç, s. 226.

ifade edilmiştir. Buna göre, olası kast halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir. Her ne kadar söz konusu düzenleme, öğretide eleştirilmişse de, olası kastın haksızlık içeriğinin faile verilecek cezaya yansması bakımından yerindedir⁴⁸⁹.

Buna karşın öğretide, kastın değişik çeşitleri arasında haksızlık içeriği bakımından farklılık olduğunu ileri sürmenin ve birinci derece doğrudan kast durumunda olası kasttan daha fazla bir haksızlık yoğunluğu olduğu gerekçesiyle ceza indirimi uygulamanın kast kavramının niteliği bakımından çelişkili bir durum yarattığı ifade edilmektedir. Ozansü'ye göre, ceza adaletinin gerçekleşmesi bakımından yanlış olan bu düzenleme, kanun koyucu tarafından olası kast ile bilinçli taksir arasındaki farkın iyi bir şekilde ele alınmamış olması sonucu olası kastın bilinçli taksir kavramını ortadan kaldırarak kastın kapsamını genişletmesinin bir yansması ve açıklaması niteliğindedir⁴⁹⁰.

Bir görüşe göre, olası kastla işlenen suçlarda failin zorunluluk hali içinde bulunması söz konusu olabilir. Bunun neticesinde ise, failin iradesinden söz edilemeyeceği için kusurlu bulunması da mümkün değildir. Zira böyle bir durum içinde bulunan fail, kurallara uygun davranma imkanına sahip değildir. Fiili sonucunda zararlı bir neticenin ortaya çıkacağını öngörse bile, fiili gerçekleştirmek durumunda kalan fail, davranış normlarını ihlal ederek haksızlık meydana getirir. Bu gibi durumlarda, çoğunlukla güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonlarda, bazı kişilerin kurtarılmasına yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller sonucu başkalarının da zarar görmesi olasılığında karşılaşılır. Örneğin, bir evde teröristler tarafından rehin alınan kişileri kurtarmak için gerçekleştirilen operasyon sonucu gerekli bütün önlemlerin alınmış olmasına rağmen rehin kişiler de zarar görürse, böyle bir durumda, zararlı neticeyi gerçekleştirmek bakımından zorunluluk hali içinde bulunan güvenlik görevlilerinin cezai sorumluluğundan söz etmek

⁴⁸⁹ Öztürk, Erdem, s. 253; Demirbaş, TCK m. 21/2'de yer verilen olası kast haline ilişkin olarak öngörülen cezada indirim yapılması durumunu eleştirmekte, bir kere kastın tespit edilmesinden sonra ceza indirimi öngörülmesinin doğru olmadığını ifade etmektedir. Demirbaş, s. 347.

⁴⁹⁰ Ozansü, s. 144.

mümkün değildir. Ancak başka türlü hareket etme imkanına rağmen, zararlı neticeyi engellemeye yönelik girişimde bulunulmadığı hallerde olası kastla sorumluluk söz konusu olacaktır⁴⁹¹.

Kast ve olası kast konularına ilişkin durum bu şekilde iken, bilinçli taksir ile arasındaki farklılıklar bakımından da belirtilmesi gereken noktalar mevcuttur. Bir kere fail tarafından gerçekleştirilen hareket sonucu meydana gelen ikinci derecedeki neticeler, fail tarafından öngörülmesine rağmen gerçekleşmeleri istenmiyorsa, bu durumda bilinçli taksirin varlığından söz edilir. TCK m.21/f.2'ye göre, kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bilinçli taksir ise, TCK m.22/f.3'te ifadesini bulmuştur. Buna göre, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

Her ne kadar bilinçli taksir ile olası kast birbirine yakın kavramlar olsa da, Dönmezer'e göre, bilinçli taksirin olası kastın içinde olduğunun kabulü mümkün değildir. Zira kasttan söz edebilmek için, neticenin öngörülmesiyle birlikte failin iradesinin neticeye de yönelik olması gerekir. Yazarın verdiği örneğe göre, bilinçli taksiri kastın bir çeşidi olarak görmek, Guillaume Tell'i oğlunun başının üzerinde duran elmayı hedef aldığı zaman, zararlı bir neticenin doğması ihtimalinde, oğluna zarar vermemek için gösterdiği bütün çabaya rağmen, kasten adam öldürmeden sorumlu tutmak sonucunu doğururdu⁴⁹².

Öğretide olası kast – bilinçli taksir ayrımı hususunda yararlanılan bazı teoriler mevcuttur. Olası kastın varlığını, failin neticenin gerçekleşme olanağını öngörmesine bağlayan teoriye "*olanak teorisi*", fiil sonucu suçla korunan hukuki yararın ihlali olasılığını dikkate alan teoriye "*olasılık teorisi*", son olarak failin neticeye rıza gösterdiğini kabul eden teoriye ise "*rıza teorisi*" denilmektedir. Rıza teorisine göre, olası kast durumunda fail suç teşkil eden neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olarak hareket ederken, söz konusu neticeleri göze almaktadır. Olası kastı diğerlerine

⁴⁹¹ Özgenç, s. 252, 253.

⁴⁹² Dönmezer, Erman, s. 266, 267.

nazaran daha doğru ifade eden bu teoriye göre, fail neticenin gerçekleşeceği hususunda kesin bir kaniya sahip olsaydı bile suçu yine de işlerdi denilebiliyorsa olası kasttan bahsedilir⁴⁹³. Sonuç olarak olası kastın varlığından bahsedebilmek için, failin tipiklikte yer alan tehlikenin bilincinde olması, söz konusu tehlikenin ciddi olarak gerçekleşme olasılığının farkında olması, ancak buna rağmen hareketlerine devam ederek neticeyi kabullenmesi gerekir⁴⁹⁴.

Bir yazara göre, olası kast ve bilinçli taksir arasındaki farklar tespit edilirken, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık üzerinde durmak gerekmektedir. Zira hem olası kastta hem de bilinçli taksirde, kanuni tanımda yer alan netice, her ne kadar olası kast durumunda bir kabullenme söz konusu olsa da, fail tarafından öngörülmektedir. Öğretide “olursa olsun” şeklinde ifadesini bulan neticenin meydana gelmesinin fail tarafından istenmemekte de olmaması durumu ile gerçekten istenmemiş olması arasında çok ince bir çizgi mevcuttur ve somut olayda bunun tespiti oldukça zor olabilir. Bu nedenle, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık belirleyici bir role sahiptir. Olası kast durumunda, fail suçun kanuni tanımında yer alan neticeyi öngörerek hareket etmektedir. Burada herhangi bir şekilde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık değerlendirmesi yer almamaktadır. Ancak, neticenin meydana gelmesi de bilinçli taksire göre daha büyük bir olasılık içermektedir. Bilinçli taksir halinde fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirdiği davranışın neticesini öngörmekte ancak neticenin meydana gelmeyeceğine inanmaktadır⁴⁹⁵. Bununla birlikte, neticenin meydana gelmeyeceği kanaatinde olan fail, söz konusu neticenin gerçekleşmesini istememektedir. Fail hareketini gerçekleştirirken meydana gelmesini istediği neticenin dışında, gerçekleşmesi olanak dahilinde olan neticeler de söz konusu ise failin iradesinin bu neticelere de yönelik olup olmadığı, olası kastla bilinçli taksir arasındaki sınırı belirlemektedir. Şöyle ki, eğer failin iradesinin yöneldiği neticenin gerçekleşmesi ikincil neticelerin varlığına bağlı ise, failin iradesinin ikincil neticeleri de kapsadığı ve sonuç olarak da olası kastın söz konusu olduğu kabul edilmelidir⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 329; Öztürk, Erdem, s. 253, 254.

⁴⁹⁴ Koca, Üzülmüş, s. 205.

⁴⁹⁵ Geyik s.218, 219.

⁴⁹⁶ Burada failin olası kasttan sorumlu tutulabilmesi için, neticenin meydana gelmesi gereklidir. Aksi takdirde failin teşebbüsten dolayı sorumluluğu söz konusu olamaz.

Olası kast ile bilinçli taksir ayırımına ilişkin olarak Frank formülü uygulanabilir. Buna göre, fail her halde fiili gerçekleştirdi denilebiliyorsa olası kasttan, bununla birlikte fail neticenin gerçekleşeceğini bilseydi fiili gerçekleştirmekten vazgeçerdi denilebiliyorsa bilinçli taksirden sorumluluk söz konusu olur⁴⁹⁷. Örneğin fırtınalı bir havada başka yolcular da alarak denize açılan balıkçı, kötü hava şartlarının tekneyi batırabileceğini öngörmesine rağmen tecrübe ve becerisine güvenerek yine de yola çıkar ve zararlı netice gerçekleşirse, balıkçının neticenin gerçekleşeceğini bilseydi eylemini gerçekleştirmeyeceği sonucuna varılabildiği takdirde bilinçli taksir söz konusu olur⁴⁹⁸.

Kanun, taksirin tanımını yaparken; “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir*” ifadesini kullanmaktadır. Bu durumda, taksirle işlenen suçlarda neticenin fail tarafından öngörülmemiş olması gerekmektedir. Buna karşın, bilinçli taksirde fail, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde hareket ederek gerçekleşmesini istemediği neticeyi, fiili gerçekleştirdiği sırada öngörmektedir⁴⁹⁹.

Görüldüğü gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ilk defa ceza hukuku sistemimizde yer alan olası kast bilinçli taksir gibi kavramlar, eski ceza kanunu zamanında Yargıtay kararlarında anlam bulan kast ve taksir gibi, kanun koyucu tarafından tanımlanmış, ancak söz konusu tanımlar kanun yürürlüğe girdiği zamandan itibaren çeşitli eleştirilerle karşılaşmıştır. Bu eleştiriler, her iki kavramın sınırlarının kesin olmadığı, birbirleri arasında çelişkiler içerdiği noktasında yoğunlaşmaktadır.

⁴⁹⁷ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008, s. 247; Koca, Üzülmez, s. 206; Riccio, s. 49.

⁴⁹⁸ Önder, s. 336.

⁴⁹⁹ Geyik'e göre, taksirle gerçekleştirilen davranış sonucu meydana gelecek olan neticenin fail tarafından öngörülmesi durumunda artık taksirli sorumluluğun söz konusu olmaması gerekirken, bu gibi haller için kanun tarafından “bilinçsiz taksir” ifadesinin kullanılması yerinde değildir. Bunun yerine, “bilinçsiz kast” kavramının kullanılması daha doğru görülmektedir. Zira neticenin öngörülmesi durumunda kast söz konusu olduğuna göre, neticenin fail tarafından öngörülerek ancak istenmeyerek gerçekleştirildiği zaman, olası kasttan da daha hafif bir sorumluluk ortaya çıkmaktadır. Faruk Geyik, “*Suçun Manevi Ögesi (kast-olası kast- bilinçli taksir- taksir) Ayırımı, Anlamı ve Sonuçları*”, Adalet Dergisi, Mayıs 2006, Yıl 97, Sayı 25, s.218; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 377.

Olası kast ve bilinçli taksir arasındaki temel fark, olası kast durumunda failin iradesi neticenin meydana gelmesine yönelik iken, bilinçli taksirde fail öngördüğü neticenin meydana gelmeyeceğine dair bir inanca sahip olmasıdır. Olası kast öngörme unsuru bakımından bilinçli taksire yaklaşmaktayken, bilinçli taksirde isteme söz konusu değildir⁵⁰⁰. Bilinçli taksirle gerçekleştirilen fiil bakımından, gerçekleşme ihtimali öngörülen neticenin fail tarafından istenmemiş olması durumu Avusturya Ceza Kanunu'nda açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; “*kişi, belli bir vakanın gerçekleşmesini muhtemel addetmekle beraber, bunun gerçekleşmesini arzu etmiyorsa, (bilinçli) taksirle hareket etmektedir (§ 6, f. 2)*”. Özgenç’ e göre, olası kast durumunda da fail tarafından öngörülen neticenin istenmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, olası kastla bilinçli taksir arasındaki fark belirlenirken, gerçekleşmesi öngörülen neticenin istenmemiş olması hususu bir ölçüt olarak kullanılamaz. Zira, yazar tarafından kastın bir unsuru olarak kabul edilmeyen isteme, fail tarafından ortaya konulan fiilin kusur içeriğinin tespitine yarar. Failin iradesi, kastının yönelik olduğu neticenin gerçekleşeceğini bilmesi anlamında gelir. Sonuç olarak bu görüşe göre bilinçli taksir, “kast kapsamında isteme unsuruna yer verilmiş olmasından kaynaklanan izah gücünü aşmak için ortaya atılmış olan bir kavramdır”. Klasik suç teorisi tarafından kastın unsurlarının, bilme ve isteme şeklinde ikili bir ayırma tabii tutulmasına karşı çıkan Özgenç, iradenin kastın bir unsuru olduğunu kabul etmemektedir. Buna göre kast, failin gerçekleştirdiği fiil sonucu sorumlu olacağı suçun maddi unsurlarını öngörerek hareket etmesi ve bunların gerçekleşeceğinin bilincinde olmasını ifade eder⁵⁰¹. Koca/Üzülmez’e göre de bilinçli taksir, kast kavramının kapsamını taksire doğru genişleten “uydurma bir kavram”dır. Bu açıdan yazarlar, bilinçli taksir ve olası kast kavramlarının farkını doğru bir şekilde ortaya koyacak ölçütlerin belirlenmesinin söz konusu olamayacağı görüşündedirler⁵⁰². Yazarlar bunun yanısıra, bilinçli taksir durumunda failin somut olayda ortaya çıkacak neticeleri öngörmesine rağmen, kendi yetenekleri ya da şans gibi ceza hukuku anlamında teorik niteliğe sahip olmayan ölçütlerden faydalanmak suretiyle sorumluluğunun belirlenmesinin doğru olmadığını, bu bakımdan bilinçli taksirin,

⁵⁰⁰ Demirbaş, s. 350; İçel, s. 194.

⁵⁰¹ Özgenç, s. 251-254; İzzet Özgenç, “*Bilinçli Taksir*”, Prof.Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, Haziran 2004, İstanbul, s. 722.

⁵⁰² Koca, Üzülmez, s. 206.

taksir kapsamında değil olası kast kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁰³.

Öğretiye göre, olası kast ve bilinçli taksir arasındaki fark kanun koyucu tarafından doğru ifade edilmemiştir. Bu bakımdan, olası kasta ilişkin TCK m.21/2'nin ifade ediliş şekli hatalıdır. Söz konusu tanım, olası kast bakımından öngörülen neticenin göze alınması, kabullenilmesi şartını ortaya koymamakta, bu şekilde de uygulama açısından bilinçli taksir ile karıştırılmasına yol açmaktadır⁵⁰⁴.

TCK m. 21/2'de, öngörme unsurundan bahsedilmesine rağmen, neticenin gerçekleşmesinin fail tarafından göze alınmış olmasının vurgulanmamış olması, sonuç olarak, her somut olayda olası kast ve bilinçli taksir durumunun tartışılmasına ve neticenin fail tarafından kabullenip kabullenilmediğinin ya da gerçekleşmemesine yönelik bir inançla mı hareket edildiğinin değerlendirilmesine yol açacaktır⁵⁰⁵.

Kanun koyucu tarafından madde metninde tam olarak ortaya koyulamayan olası kast ve bilinçli taksir arasındaki fark, kasta ilişkin 21.maddenin gerekçesinde örneklerden de yararlanılarak ifade edilmeye çalışılmıştır. Buna göre,

“Madde metninde doğrudan kasttan ayrı olarak olası kast da tanımlanmıştır. Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Mevzuatımıza giren yeni bir kavram olan olası kastla ilgili uygulamadan bazı örnekler vermek yararlı olacaktır.

Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin

⁵⁰³ Koca, Üzülmüş, s. 226.

⁵⁰⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s. 393; Öztürk, Erdem, s. 252.

⁵⁰⁵ Öztürk, Erdem, s. 254.

geçtiğini görmüş; fakat, buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir.

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

Verilen bu örneklerde kişinin olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir”⁵⁰⁶.

Yargıtay eski Türk Ceza Kanunu zamanında verdiği bazı kararlarında da, olası kast ve bilinçli taksir kavramlarına açıklık getirmeye çalışmış; bu kapsamda verdiği bir kararında, failin kırmızı ışığı ihlal etmesi suretiyle kavşağa geldiğinde durmayarak devam edip, kendisine yeşil ışık yanan araca çarparak sürücüsünün ölümüne sebep olduğu olayda, failin olası kastla hareket ettiğine hükmetmiş ve oldukça sık rastlanan trafik kurallarının ihlal edilmesi suretiyle sürücülerin bu gibi tehlikelere yol açtıkları ve birçok olayda olası kastla hareket edildiğini ifade etmiştir⁵⁰⁷.

Yargıtay, son zamanlarda bilinçli taksir ve olası kasta ilişkin olarak verdiği kararlarıyla yerleşik bir içtihat oluşturma çabası sergilemektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 05.10.2010 tarih ve E. 2010/1-132, K. 2010/183 sayılı kararına konu olan olayda, sanık Y.E. yanında birlikte yaşamakta olduğu S.Ö. ile birlikte aracı ile Pınarhisar İlçesi İslambeyli Köyünden Yenice Kasabasına doğru giderken, karşı yönden gelen motosiklette bulunan A.D. ve B.D. orta parmaklarını havaya kaldırmak

⁵⁰⁶ Yalvaç, s. 88.

⁵⁰⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, Madde 1-36, 1.Cilt*, Ankara, 2009, s. 437.

suretiyle işaret yapmışlar, sanık yapılan bu hareketi hakaret olarak algılamış ve tanık S.'nin itirazına rağmen gittiği yoldan geri dđnerek maktul A.'nın kullandığı motosikleti takibe başlamış, bir sđre takip ettikten sonra motosikleti sollayarak sağ şeride ۆnđne geçerek birden yavaşlamış, bunun ۆzerine A. sanığa ęarpmamak için sol şeride geçmiş, ancak sanığın da aracını sol şeride kırması ۆzerine aracını durduramayan A. sanığın aracında arkadan ęarparak şarampole yuvarlanmıştır. Bunun ۆzerine sanık, ęaęırılan ambulansı beklemeyerek yaralı olan A.'yı aracı ile hastaneye gđtđrmüş, burada yapılan ameliyata rağmen kurtarılamayarak ۆlmüşür.

Sanık Y.E.'nin, A.D.'yi haksız tahrik altında olası kastla ۆldürmekten 5237 sayılı TCK'nın 82/1e, 21/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca on beş yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin, Yerel Mahkeme tarafından verilen hđkmđn temyiz edilmesi ۆzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi yerel mahkeme tarafından verilen kararı onamıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise, sanığın eyleminin olası kastla insan ۆldürmek suçunu değil, bilinçli taksirle insan ۆldürmek suçunu oluşturduğu dđřüncesiyile verilen karara itiraz etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise yaptığı inceleme sonucunda vardığı kararda,

“...şu durumda; muhakkak gđrđnen neticenin failce bilinmesi halinde doğrudan kast, ۆngörđlen olası neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, ۆngörđlen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif ۆzen yđkümlđlđęüne aykırı hareket edilmek suretiyle neticenin meydana gelmesinin engellenemediği ahvalde bilinçli taksir, ۆngörđlebilir neticenin objektif ۆzen yđkümlđlđęüne aykırı hareket edilmiş olması nedeniyle ۆngörđlemedięi hallerde ise basit taksir sđz konusu olacaktır.

Somut olayda; kendisine kđfür edildiğini dđřđnen sanık, bunun nedenini sormak için, motosikletin peşine dđřmüş, ۆnđne geçmiş, yavaşlayarak ve işaret ederek motosikleti durdurmak istemiştir. Bu amaçla,

öncelikle sağ şeritte önlerinde yavaşlamış, sonra durmaları için işaret etmiş, buna rağmen durmayarak sol şeritten kaçmaya çalışmaları üzerine de arabasını sol şeride kırmıştır. Burada, sanığın doğrudan yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmediği açık ise de; sanık, karayolunda seyreden bir otomobil sürücüsünün yapması gereken normal davranış biçimlerini terk etmiş, adeta otomobilini maktul ve arkadaşının bulunduğu motosikleti durdurmak için bir alet olarak kullanma yolunu seçmiş, bu suretle de gerek kendisi için, gerek motosiklet için, gerekse karayolunu kullanan diğer araç ve kişiler için tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde hareketler sergilemiş, bunu yaparken de otomobilinin önünü motosikletin kaçış yönüne kırmakta bir beis görmemiştir. Dolayısıyla da, ısrarla gerçekleştirdiği eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bu hareketinin neticesini kabullenmiştir, başka bir deyişle ‘olası ölüm neticesine’ kayıtsız kalmış, ‘olursa olsun’ demiştir”⁵⁰⁸.

Bu şekilde Yargıtay, bilinçli taksir ile olası kast arasındaki farkları ortaya koymaya çalışırken, bazı durumlarda da eski içtihatları ile çelişkili kararlara da imza atmıştır. Örneğin, kırmızı ışığın ihlal edilmesi suretiyle karşıdan karşıya geçmekte olan yayanın yaralandığı bir olaya ilişkin olarak verdiği kararında, failin bilinçli taksir ile hareket ettiğine hükmetmiştir⁵⁰⁹.

IV. TAKSİRİN DERECESESİ

Kural olarak, taksirin derecesinin failin gerçekleştirdiği fiil bakımından cezai sorumluluğuna etkisi bulunmamakla birlikte, medeni hukuk alanında gerçekleştirilen fiillerde, ağır taksir – hafif taksir şeklinde bir ayırım söz konusudur⁵¹⁰. Biz burada, çalışmamızın kapsamının sadece ceza hukukunda taksir kavramı olması sebebiyle, medeni taksir konusundan bahsetmeyeceğiz.

⁵⁰⁸ Yarg. CGK. T. 05.10.2010, E. 2010/1-132, K. 2010/183. Yayınlanmamış karar.

⁵⁰⁹ Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi*, s. 439.

⁵¹⁰ İçel, s. 214.

Ceza hukukunda, taksirli suçlar bakımından yapılacak bir sınıflandırmanın, taksirin belirlenmesinde herhangi bir önemi yoktur⁵¹¹. Nitekim Türk Ceza Kanunu da taksir konusunda herhangi bir derecelendirme yoluna gitmemiştir. Bununla birlikte, failin kusurunun ağırlığı, fail hakkında verilecek olan temel cezanın, suçun kanuni tanımında belirtilmiş olan cezanın alt ve üst sınırları arasında belirlenmesinde etkilidir. Zira TCK m. 22/4' e göre, taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir. Ayrıca, TCK m. 61/1-f'ye göre, yargıç, somut olayda failin kast ya da taksire dayalı kusurunun ağırlığını dikkate alarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasındaki temel cezayı belirleyecektir. Bu şekilde, taksirin derecesi, failin kusurunun belirlenmesi açısından hesaba katılması gerekli olan bir unsur haline gelmiştir. Ancak burada tespiti gerektiren durum, failin taksiri değil, failin taksirli hareketi gerçekleştirirken zararlı neticenin meydana gelebilme ihtimalinin öngörülebilir olup olmadığına ilişkindir⁵¹².

Eski Türk Ceza Kanunu da, yeni kanunumuz gibi taksir bakımından herhangi bir derecelendirmeyi içermemekle birlikte, 501 sayılı Kanunla ETCK m. 455 ve 459'a eklenen düzenlemeyle taksirle adam öldürme ve yaralama suçları bakımından taksirin derecesi kanuni hafifletici neden olarak yer almıştı. Böylelikle yargıca, taksirin derecesini dikkate almak suretiyle verilecek cezayı sekizde bire kadar indirme hususunda takdir yetkisi tanınmaktaydı. Bu şekilde taksirin ağırlığı ya da hafifliği, sadece bu suçlar bakımından suça etki eden bir neden olarak kabul edilmişti⁵¹³. Ancak bu sistem uygulamada karışıklığa neden olduğu gerekçesiyle yeni düzenlemede yer almamıştır. Yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar açısından 765 sayılı TCK'nın failin lehine olduğu durumlarda, yine eski düzenleme uyarınca mahkemeler tarafından bilirkişiden alınacak rapor ile birlikte, failin kusuru belirlenecek ve verilecek cezadan bu oran nispetinde bir indirim yapılacaktır⁵¹⁴. Sekizde bire kadar indirim uygulamasına getirilen en büyük eleştirilerden biri, kasten işlenen suçlarda failin kusurunun verilecek olan cezanın

⁵¹¹ Dönmezer, Erman, s.270.

⁵¹² Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.385.

⁵¹³ Dönmezer, Erman, s. 270; Bazı yabancı devletlerin ceza hukukunda yer aldığı gibi pek hafif taksir durumunda faile ceza verilmemesi şeklindeki uygulama, eski ceza kanunumuz zamanında da kabul edilmemişti. Zira taksirin varlığından söz edilmesi durumunda faile ceza verilmemesi mümkün olmamalıdır. Eğer neticenin fail tarafından ne kadar az olursa olsun öngörülebilmesinden bahsedilebiliyorsa taksirin tespitinde bir şüphe olmaması gerekir. İçel, s. 215.

⁵¹⁴ Kaymaz, Gökçen, s. 118.

belirlenmesi hususunda dikkate alınmayacağı şeklinde yorumlara yol açması olmuştur (TCK Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesi Görüşü)⁵¹⁵. 5237 sayılı TCK ile getirilen yenilik ise öğretide eleştirilirken failin kusurunun belirlenmesinde objektif bir kriterin öngörülmemiş olması bir eksiklik olarak ifade edilmiş, somut olayda mağdurun ağır kusurunun failin kusuruna eklendiği durumlarda bu eksikliğin daha da fazla sorunlara yol açacağı belirtilmiştir. Bu açıdan mahkeme tarafından yapılacak değerlendirmede, objektif bir kriterin yerleştirilmesine özen gösterilmesi ve bilirkişi raporunda yer alacak kusurun ağırlığı hususundaki ifadelerin dikkate alınması önem teşkil etmektedir⁵¹⁶.

İtalyan Ceza Kanunu'nun, cezanın belirlenmesinde etkili olan ölçülerden bahseden 133.maddesinde, cezanın alt ve üst sınırları arasında kalarak taksirin derecesine göre takdir yetkisinin kullanılması ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, faili suç işlemeye iten sebeplerle birlikte suç teşkil eden fiilin özellikleri, failin aile yaşamı, bireysel ve sosyal durumu da dikkate alınacaktır⁵¹⁷.

Avusturya ve Fransa'da da taksirin derecesi, medeni hukuk alanında önem teşkil etmekte; Danimarka ve Norveç'te ise cezanın belirlenmesi bakımından taksirin derecelendirildiği görülmektedir⁵¹⁸. Genel olarak, taksirin derecelendirilmesine dair uygulama ülkemizle paralellik göstermekle birlikte, bazı devletlerin ceza kanunlarında taksirin derecelendirildiği de dikkat çekmektedir. Örneğin, Amerika ve İngiltere'de fail sadece ağır taksir hallerinde ceza almaktayken, Brezilya'da pek hafif taksir söz konusu olduğunda failin cezai sorumluluğu söz konusu olmayıp, ağır ve hafif taksir durumunda taksirli sorumluluktan bahsedilmektedir⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Centel, Zafer, Çakmut, s. 405; Demirbaş, s. 371.

⁵¹⁶ Kaymaz, Gökcan, s. 115.

⁵¹⁷ Delogu, s.123.

⁵¹⁸ İçel, s. 214.; Artuk, Gökcan, Yenidünya, s. 385.

⁵¹⁹ İçel, s. 215.

V. TAKSİRLİ SUÇLARDA İŞTİRAK

A. Genel Olarak

Teknoloji, tıp ve sanayi alanında yaşanan gelişmeler sonucu taksirle işlenen suçlarda iştirak konusu daha çok gündeme gelmeye başlamıştır. Bu bakımdan konunun çeşitli açılardan incelenmesi gerekir. Birden fazla kişinin hareketinin birleşmesi sonucu ortaya çıkan bir taksirli suç söz konusu olduğunda, fail dışındaki kişilerin sıfatı, meselenin ele alınması bakımından önem kazanır. Buna göre, failin taksirli hareketine üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği hareket eklenmiş olabileceği gibi, mağdurun hareketinin de fail tarafından gerçekleştirilen fiile katılmasıyla bir suç ortaya çıkmış olabilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 22.maddesinin 5. fıkrasında, “*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*” demek suretiyle taksirli suçlarda neticenin birden fazla kişinin hareketi ile meydana gelebileceğini kabul etmiştir. Ancak burada her failin kendi kusurundan sorumlu olacağı belirtilerek taksirli suçlarda iştirak durumunun kabul edilmediği ifade edilmek istenmiştir⁵²⁰. Maddenin gerekçesi aynen şu şekildedir:

“Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir.

Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan

⁵²⁰ Özgenç, s.243.

kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespit diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmaz”⁵²¹.

Aynı kanunun 37.maddesinin 1. fıkrasında, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur dedikten sonra m. 40/1’de ise suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığının yeterli olacağı ifade edilmiştir⁵²². Yargıtayımız da çeşitli kararlarında⁵²³, iştirakin ancak kasten işlenen suçlarda söz konusu olabileceğini ifade ederek taksirli suçlara iştiraki kabul etmemektedir⁵²⁴.

Bazı durumlarda sadece taksirli suçlarda değil, kasten işlenen bir suça, failin taksirli hareketi neticesi iştirak edip edemeyeceği üzerinde de durulmalıdır. Böyle bir durumda, yani failin kasten işlenen bir suça taksirle iştirak etmesi halinde, gerçekleştirdiği fiilin taksirli şeklinin cezalandırılması durumunda, iştiraktan sorumlu olacağı ifade edilmektedir⁵²⁵. Bu noktada izlenilmesi gereken yol, öncelikle failin taksirli fiili gerçekleştirirken dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığının tespiti olmalıdır. Bu şekilde öğretilde iki ihtimalin ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Buna göre ilk olarak, özen yükümlülüğüne aykırı davranılmış olmasının suç teşkil eden neticeye sebep olması mümkün görülmekte ve fail de bu aykırılıktan faydalanmış ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden kişiye kasten işlenmiş olan suçun cezası verilmelidir. İkinci ihtimalde ise, fail kasten işlenen bir suça, “fiil hakkında özel bilgiye sahip olması” sonucunda özen

⁵²¹ Yalvaç, s.90.

⁵²² Öztürk, Erdem, s. 327.

⁵²³ Yarg. 4 CD. 4.6.1952, 6521/6074; Yarg. 4. CD. 30.6.1956, 3816/9791.

⁵²⁴ İçel, s. 173.

⁵²⁵ Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin, Ankara, 2009, s.258.

yükümlülüğüne aykırı davranarak nedensellik katkısında bulunmaktadır. Bu durumda da fail taksirli suçun cezasından sorumlu tutulacaktır⁵²⁶.

B. Üçüncü Kişinin Hareketinin Taksirli Suçlara Etkisi

Fail tarafından gerçekleştirilen fiile etkisi olan üçüncü şahsın hareketi kusurlu olabileceği gibi kusursuz da olabilir. Söz konusu hareketin kusursuz olması durumunda, failin hareketi ile gerçekleşen netice arasında bulunması gereken nedensellik bağına herhangi bir etkisi olmaz. Failin taksirinden kaynaklanan sorumluluğu devam eder⁵²⁷. Dolayısıyla böyle bir durumda ceza sorumluluğu bakımından herhangi bir iştirak durumundan bahsetmek de mümkün değildir.

Üçüncü kişinin hareketinin kusurlu olması halinde ise, failin işlediği suçta iştirakin söz konusu olup olmadığı üçüncü kişide taksirli suçta iştirak bilincinin varlığına göre değerlendirilir. Öğretide bazı yazarlar tarafından böyle bir işbirliğinin söz konusu olamayacağı ifade edilirken, bir kısım yazarlar da taksirli suçlara iştirakin belirli koşullar altında kabul edilebileceğini savunmaktadırlar⁵²⁸.

Bu yazarlara göre, failerin arasında bir işbirliği söz konusu olmasa ve söz konusu netice istenmiyor olsa bile, birbirinden farklı ve bağımsız taksirli hareketlerin bir araya gelmesi sonucunda ortaya çıkan neticeden, failer taksirli suçta iştirak gerekçesiyle sorumlu olurlar⁵²⁹. Örneğin Frosali, taksirle işlenen suçlara iştirak konusunda, failer arasında önceye dayalı bir anlaşmanın değil, olsa olsa bir işbirliği iradesinin (volontà di cooperare) olabileceğini savunur. Bununla birlikte Ranieri, taksirli bir suçta iştirak eden kişinin fiile etkisinin ancak azmettirici sıfatıyla söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür. Ancak bu görüş, neticenin meydana gelmesinin,

⁵²⁶ Öğretide bu gibi durumlarda rücu yasağının söz konusu olduğu ve taksirle gerçekleştirilen bir fiilin, sonrasında ortaya çıkan başka bir kasıtlı ya da taksirli fiil bakımından ön şart niteliğini taşıması durumunda, önce gerçekleştirilen taksirli fiil ile sonradan meydana gelen taksirli ya da kasıtlı fiilin neticesi arasında bir nedensellik ilişkisi olduğu söylenemez. Ancak bu görüş, bir hukuk devletinde hiç kimsenin yaptığı fiilin daha sonra işlenebilecek bir suçta temel oluşturacağı korkusuyla yaşayamacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Koca, Üzülmüş, s. 236, 237.

⁵²⁷ Dönmezer, İçel, s. 258; İçel, s. 173. Örneğin elindeki fare zehirini acele ile tezgahın üzerine bırakan temizlik görevlisinin taksirli sorumluluğu söz konusudur. Zira fare zehirini un zannederek bunu kullanan aşçının, meydana gelebilecek neticeyi öngörme imkanı bulunmamaktadır.

⁵²⁸ İçel, s. 173.

⁵²⁹ Aydın, s.259.

azmettirenin faili bu hususta ikna etmesine bağlı olması gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵³⁰.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 113. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, taksirli suçların birden fazla kişinin işbirliği ile gerçekleştirilmesi durumunda, faillerden her biri taksirli suç için öngörülen cezayı alır⁵³¹. Burada İtalyan Ceza Kanunu, iştirak yerine işbirliği kavramını kullanarak, önemli olan hususun taksirli fiilin fail tarafından gerçekleştirildiği sırada üçüncü kişinin işbirliği iradesi ile hareket etmesi olduğunu vurgulamaktadır⁵³². Ancak İtalyan Yargıtayı bu hususa ilişkin verdiği bir kararında, "iştirak eden kişiler arasında psikolojik bir bağın bulunmasına gerek olmadığı"nı ifade etmiştir⁵³³.

Buna göre ilk olarak, failin işlediği taksirli suçta hareketi eklenen üçüncü kişinin, fail ile işbirliği içinde olduğunu bilmesi, bu bilince sahip olması gerekir⁵³⁴. İşbirliği içinde gerçekleştirilen hareketin de taksirli suç sonucu meydana gelen netice ile nedensellik bağına sahip olması önemli bir husustur. Bu şartın aynı anda suçta katılan tüm şerikler için mevcut olması da gerekmektedir. Sonuç olarak işbirliği bilincinin, üçüncü kişide mevcut olmaması durumunda artık taksirli suçta iştiraktan de söz etmek mümkün değildir. Örneğin, yüksek hızla seyreden iki aracın çarpışması durumunda, her iki aracın şoförünün taksirli suçta gerçekleştirilmeye yönünde bir işbirliği iradesinden bahsedilemeyeceği için, iştirak hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir. Oysa ki, fare zehirini ortada bırakan temizlik görevlisi örneğinde⁵³⁵, temizlik görevlisi bu hareketi ev sahibinin ısrarı üzerine gerçekleştirmiş olsaydı, fail ile birlikte üçüncü kişinin de iştirak halinde taksirli sorumluluğu ortaya çıkardı⁵³⁶. Esasen burada, failin taksirli hareketine eklenen üçüncü kişinin fiili kasten

⁵³⁰ Aydın, s. 259.

⁵³¹ Marinucci, Dolcini, s. 372; Cooperazione nel delitto colposo: Art.113: "Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso.

La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'art. 111 e nei numeri 3 e 4 dell'art.112", Codice Penale e Leggi Complementari, a cura di Nicola D'Angelo, s. 138.

⁵³² Aydın, s. 259; İçel, s. 174.

⁵³³ Cass. Pen., Sez.4, 10.03.2005, no.44623, Aydın, s.261.

⁵³⁴ Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 113. maddesi, "cooperazione nel delitto colposo" (taksirli suçlarda işbirliği) başlığını taşımaktadır. Bkz. İçel, s. 66.

⁵³⁵ Dpt. 523.

⁵³⁶ Dönmezer/Erman'a göre sorun, karma uygunluk kistasıyla çözümlenerek, aynı sonuçlara varılabilir.

gerçekleştirilen bir fiildir. Bu durumda bazı yazarlar tarafından, taksirli suça iştirak mümkün olmadığı için dolaylı failliğin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, taksirli suça kasten etki eden dolaylı fail, neticeyi istemekte ve faili suça bu şekilde yönlendirmektedir. Bu görüş, failin içine düştüğü hatadan yararlanma durumunda söz konusu olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira bu durumda fail, hataya düşürülmek suretiyle araç olarak kullanılmakta değildir. Sonuç olarak, failin aldatılması suretiyle gerçekleştirilen hatalı davranış sonucu, faili hataya düşüren kişinin kasten sorumluluğu mevcutken, failin de taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵³⁷.

Birden çok kişinin taksirli hareketleri sonucu ortaya çıkan netice bakımından iştirak konusu değerlendirilirken, özellikle bir arada gerçekleştirilen faaliyetlerde taksirli sorumluluğun belirlenmesi önem kazanmaktadır. Bu şekilde, taksirli suçların meydana gelebileceği alanlarda, davranışa katılan birçok kişi arasında var olduğu kabul edilen “*güven ilkesi (clausola dell'affidamento)*” önem taşımaktadır. Söz konusu ilkeye göre, davranışa katılan tüm bireylerin mevcut kurallara uygun hareket etmesi beklentisi vardır. Alman öğretisi tarafından geliştirilen bu ilke, önceleri trafik kuralları bakımından uygulanmıştır. Şöyle ki, trafikte araç kullanan kişiler, diğer sürücülerin de kendileri gibi yaya geçidinde durmaları gerektiğini düşünür ve bunu bekler. Aynı şekilde yaya geçidinden geçen yayaların da kendilerine kırmızı ışık yanarken karşıdan karşıya geçmemesi gerektiği genel ve normal bir beklentidir⁵³⁸.

Bununla birlikte bir ekibin ortak çalışmasıyla ortaya çıkan faaliyetlerde, karşılaşılan temel sorun, özellikle uzmanlık gerektiren alanlarda yaşanabilecek zararlı sonuçlar bakımından taksirli sorumluluğun belirlenmesi noktasında, taksir açısından geçerli olan neticenin öngörülebilir olup olmadığı ve fail tarafından öngörülen neticenin önlenebilirliği hususlarında yapılacak bir değerlendirmenin yetersizliğidir. Çünkü bu tür yoğun dikkat gerektiren faaliyetlerin icrası sırasında bireylerin birbirlerini kontrol etmeleri mümkün olmayabileceği gibi, kendilerinden böyle bir davranışın beklenmesi çoğu zaman kendi hareketleri hususunda

Dönmezer/Erman, C.II, s. 259; İçel, s.174.

⁵³⁷ Aydın, s. 265, 266.

⁵³⁸ Deloğu, s. 123, 124; Tuğrul Katoğlu, “*Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Ocak-Şubat 2007, s. 30.

göstermeleri gereken dikkat ve özen yükümlülüğünün azalmasına neden olabilir. Belirli bir konuda uzmanlaşmış bir ekip halinde çalışmanın gereği, ortaya koyulan faaliyetin bir işbölümü çerçevesinde gerçekleştirilmesi ve sorumluluğun da bu oranda paylaştırılmış olmasıdır. Bu şekilde kişisel sorumluluk prensibi noktasında anayasal dayanağa da sahip olan güven ilkesi sayesinde bireyler dikkat ve özen yükümlülüğünün gerektirdiği şekilde hareket edebilirler⁵³⁹.

İtalyan Yargıtayı, bu konuda özellikle trafik kuralları açısından taksirin ortadan kalkması sonucunu kabul etmezken, daha sonraki kararlarında güven ilkesinin ancak failin trafik kurallarına aykırı davranacağının öngörülebilir olduğu durumlarda ileri sürülebileceği görüşünü benimsemiştir. Alman öğretisinde ise, güven ilkesi konusunda birbirinden farklı görüşler ortaya koyulmaktadır. Bazı müellifler, özellikle tıbbi müdahalelerde, cerrahın ameliyata onunla birlikte katılan kişilere güvenebileceğini kabul ederken, diğer bazı müelliflere göre, cerrah ameliyat öncesi her türlü koşulu denetlemekle beraber, kendisine yardımcı olacak kişilerin bilgi ve tecrübe düzeyinden de emin olmakla mükelleftir⁵⁴⁰. Bununla birlikte, ekip olarak icra edilen faaliyetlerde ekip üyeleri arasında geçerli olan işbölümü sonucu ortaya çıkan sorumluluğun kapsamı her zaman açıkça belirlenemeyeceği için, her somut olay bakımından taksirin varlığı zararlı neticenin öngörülebilir olup olmaması açısından ayrıca irdelenmelidir⁵⁴¹.

Taksirle işlenen suçlara iştirakin mümkün olmadığını ileri süren yazarlara göre, taksirli suçların temel unsuru olan neticenin istenmemesi, bu gibi suçlarda iştirak müessesinin söz konusu olamayacağını gösterir. Aynı şekilde taksirli suçlarda, birden çok fail arasında neticeye yönelik olarak bir işbirliği bilinci de mevcut olamaz. Böyle bir durumda ancak “taksirli hareketin birlikte yapılması” ya da “taksirli davranışların birleşmesi”nden bahsedilebileceği bazı yazarlar (Majno, Ranieri, Demirbaş, Dassano, Bersani) tarafından ileri sürülmüştür⁵⁴². Başka bir

⁵³⁹ Katoğlu, s. 30.

⁵⁴⁰ Aydın, s. 260; Delogu, s. 123, 124; Katoğlu, s.33.

⁵⁴¹ Yargıtay da bu konuyla ilgili olarak, faaliyet sırasında denetim görevini yerine getirmeyen kişilerin sorumlu oldukları yönünde karar verdiği görülmektedir. Katoğlu, s.35, dipnot 29.

⁵⁴² Bu durum başka yazarlar (Ramacci, Nuvolone, Del Vecchio) tarafından da, “bağımsız taksirli hareketlerin birleşmesi” ya da “nedenlerin birleşmesi” olarak da ifade edilmiştir. İtalyan yargıtayı da bir kararında, “bir kişinin taksirli davranışı sonucu meydana gelen yangından belediye başkanının da gerekli tedbirleri almadığı için sorumlu olduğunu ve birbirinden habersiz bu kişilerin birbirinden

ifadeyle, böyle bir durumda birden çok fail tarafından ayrı ayrı gerçekleştirilen hareketler bir araya gelerek neticeyi oluşturduğu için, iradelerin birlikteliğinden değil, ancak davranışların birlikteliğinden söz etmek mümkün olabilir. Bu şekilde taksirle işlenen bir suçun birden çok failinden her biri, suçu tek başına işlemiş gibi değerlendirilir ve her bir fail kendi kusurundan sorumlu tutulur⁵⁴³.

Kusurlu bir şekilde hareket eden ancak faille birlikte suçu işleme konusunda işbirliği bilincine sahip olmayan üçüncü kişinin ceza sorumluluğu nedensellik bağına ilişkin genel kurallar çerçevesinde belirlenir. Başka bir ifadeyle, söz konusu üçüncü kişinin sorumluluğu kendi kusuruna göre tespit edilir⁵⁴⁴. Bu durum özellikle trafik kazalarında ya da işçi – işveren ilişkisinin devreye girdiği işyeri kazalarında önem taşımaktadır. Yaşanan birçok örnekte, işçiyle birlikte işverenin de sorumlu tutulduğu görülmektedir. Örneğin, eleman yetersizliği yüzünden fazla mesai yapmak zorunda bırakılan İETT şoförünün kaza yapması durumunda, işveren kurum yetkilileri de sorumlu tutulacaktır⁵⁴⁵. Yargıtay 9.CD.'nin 05.04.2007 tarih ve 2156/2979 sayılı kararında, “Carrefour inşaatını yapan Köyoğlu Mak.San.Ltd. şirketinin işçilerinden olan ölenin, iki katlı binanın çatısında vinçe işaret vermek için bulunurken vincin bomunun ucunun kafasına çarpması sonucu yaşamını yitirmesi şeklinde meydana gelen olayda, sanık makine mühendisi İ.ın tanık sıfatıyla verdiği ifadesinde şantiye şefi olduğunu, diğer sanık T.un ise proje müdürü olup idari işlerde görevli olduğunu ve birlikte sorumlu buldukları belirtilmiş olması karşısında, adı geçen şirkette iş bölümü yapılıp yapılmadığı araştırılarak sorumluluklarının kapsamı belirlendikten sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve tespiti gerektiği gözetilmeden, eksik soruşturma ile hüküm tesisi⁵⁴⁶” denilerek, bu gibi olaylarda işçi ve işveren arasında mevcut olan iş bölümünün araştırılarak dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

bağımsız davranışlarının birleşmesiyle meydana gelen neticeden, her birinin bağımsız olarak ve kendi kusuruna göre sorumlu olduğu”na karar vermiştir. Cass. Pen., Sez.4, 09.10.2002, Aydın, s.261.

⁵⁴³ Aydın, s. 262.

⁵⁴⁴ İçel, s.175.

⁵⁴⁵ İçel'e göre, bu gibi durumlarda, ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından nedensellik bağının tespit edilmesi gerekir. İçel, s. 176.

⁵⁴⁶ İsmail Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Birinci Cilt, Malkoç Kitabevi, 2008, s. 153.

Sonuç olarak, Türk Ceza Kanunu, söz konusu durumlarda uygulanmak üzere 22.maddenin 5. fıkrasında, birden fazla kişi tarafından meydana getirilen taksirli hareketler sonucu gerçekleşen zararlı neticeden herkesin kendi kusuruna göre sorumlu olacağını belirtmiş; her failin cezasının da kendi kusuruna göre tespit edileceğini öngörmüştür. Suça iştirakın kabul edilebilmesi için, kastın varlığının gerekli olması gerekçesiyle taksirli suçlara iştirakın kabul edilmesi mümkün olmadığından, üçüncü kişinin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı devam ettiği sürece, taksirli neticeden sorumluluk da devam edeceği gibi, üçüncü kişinin hareketinin failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağını kesmesi halinde de artık failin ceza sorumluluğundan da bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵⁴⁷.

C. Mağdurun Hareketinin Taksirli Suçlara Etkisi

Taksirli suçlarda neticenin meydana gelişinde, fail ile birlikte üçüncü kişilerin hareketinin etkisi olabileceği gibi, mağdurun da buna katkısı olabilir. Mağdurun hareketinin failin meydana getirdiği netice ile olan ilişkisinin belirlenmesinde yine nedensellik bağı irdelenmek durumundadır. Mağdurun hareketinin herhangi bir nedensellik bağı kesintisi yaratmaması için, bu hareketin fail tarafından öngörülebilir olması gerekir. Böylece failin hareketiyle netice arasındaki nedensellik zinciri kesilmemiş olacak, meydana gelen netice de fail tarafından öngörülebilir nitelikte olacaktır⁵⁴⁸.

Nedensellik bağının tespiti ile birlikte, failin hareketine eklenen mağdurun hareketinin kusurlu olup olmadığı da gözden geçirilmesi gereken ayrı bir husustur. Zira taksirli suçtan kaynaklanan zararlı neticeye sadece mağdurun kusurlu hareketi

⁵⁴⁷ Bazı yazarlar, birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen taksirli suçlarda, sadece neticeyi doğrudan doğruya meydana getirenlerin taksirli suçtan kaynaklanan cezai sorumluluğunun olabileceğini, netice ile doğrudan ilişkisi olmayan davranışların ise özel hukuk kuralları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Aydın, s. 265; Zafer, s.198.

⁵⁴⁸ İçel, bu hususta mağdurun hareketin neticeye etkisinin belirlenmesinde, mağdurun hareketinin "normal olması" yada "normal olmaması" şeklinde bir ölçüt kullanmaktadır. Buna göre, mağdurun normal hareketinin nedensellik bağına herhangi bir etkisi olmaz. Failin gerçekleştirdiği hareketin neticesi öngörülebilir niteliktedir. Örneğin, yolcu indirdiği sırada aniden hareket eden minibüs şöförünün sorumluluğuna, normal bir şekilde minibüsten inerken yaralanan yolcunun hareketinin herhangi bir etkisi olmamalıdır. Buna karşın özellikle intihar olaylarında karşılaşılan örneklerde olduğu gibi "normal olmayan" durumlarda mağdurun hareketinin neticeye etkisinin belirlenmesinde yine öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi gerekir. İçel, s. 177.

sebepl olmuřsa⁵⁴⁹, bu durumda artık failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulması beklenemeyeceği gibi, mağdur ile birlikte failin de kusurundan bahsedilebilecek durumlarda da failin sorumluluğu devam eder. Bu noktada, faille mağdurun taksirleri arasında mahsup yapılamaz⁵⁵⁰.

Mađdurun hareketinin taksirli suğuyla meydana gelen neticede etkili olması, genellikle mesleki faaliyetlerde, intihar olaylarında ortaya çıkmaktadır⁵⁵¹. Örneđin, inşaatı tamamlanan bir evin balkon korkuluklarına dayanan bir çocuk, inşaat ustasının korkuluğu sağlam monte etmemiş olması nedeniyle dūřup yaralansa ya da ölse, burada bazı yazarlara göre ustayı fail olarak sorumlu tutmak mümkün görölse de, çocuğunu kurtarmaya çalışan babanın da balkondan dūřup ölmesi durumunda artık inşaat ustasının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁵⁵². Bu şekilde, failin taksirli bir hareketi neticesinde mağdur taksirli hareketini gerçekleştirmişe, artık failin sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. Bu hususta Yargıtayımız geğuş yıllarda isabetli kararlar vermiştir. Örneđin, Yargıtay 4. Ceza Dairesi 1949 yılında verdiği bir kararında, “çamurluğa yolcu almak” hareketinin başlı başına bir tedbirsizlik ve dikkatsizlik olduğunu, bu husus dikkate alınmayarak sadece mağdurun taksirli hareketinin dikkate alınmasının yerinde olmadığını belirtmiřtir⁵⁵³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2007/9-192-2007/211 sayılı kararına konu olan olayda, Serkan Kaymak’ın Osmangazi Üniversitesi’nin açık spor tesisleri içinde yer alan basketbol sahasında ayak demirleri çürüdüğu için kısmen eğik durumda bulunan ve sanık tarafından tamir edilmesi gereken basket potasının çemberine asılarak potanın yıkılması sonucu altında kalarak başından yaralanıp ölmüştür. Eskiřehir 3.

⁵⁴⁹ Hareket halinde olan bir araçtan atlayan kişinin ölmesi halinde, aracı kullanan kişiyi sorumlu tutmak mümkün değildir. Dönmezer, Erman, C.II, s. 261.

⁵⁵⁰ Failin taksirli hareketi ile birlikte mağdurun da taksirli bir hareketinin sorumluluğu etkisi hususunda, taksirler arasında bir mahsup yapılabileceği, yani failin kusurunda mağdurun kusuru oranında belirli bir eksiltmeye gidilebileceği bazı yazarlar (Delogu) tarafından ileri sürölmüştür. Ancak İtalyan Yargıtayı da bunun söz konusu olamayacağını bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: “bir arabanın sürücüsüne yüklenen, kimseye çarpmamak ödevi, sadece dikkatli ve kendi güvenliklarını sağlayıcı biçimde hareket edenleri korumaya münhasır olmayıp, tedbirsizlik ve dikkatsizliği yüzünden kendisini tehlikeye sokan her kişiyi kapsamına almaktadır ve sürücü bu nevi çarpmaları da önlemekle yükümlüdür”. Dönmezer, Erman, c.II, s.261, 262; İçel, s. 179.

⁵⁵¹ İtalyan Yargıtayı, bu gibi durumlarda genellikle nizamlara aykırılık gerekçesiyle failleri sorumlu tutmakta, özellikle intihar olaylarına sebebiyet verebilecek olan doktor-eczacı-hasta ilişkisinde getirilen kuralların zararlı sonuçları önlemek amacını taşıdığını ifade etmektedir. İçel, s. 178.

⁵⁵² İtalyan Yargıtayı bazı kararlarında failin önceden gerçekleştirdiği taksirli hareketinin mağdurun taksirli hareketine sebep olması durumunda faili sorumlu tutmuştur.

⁵⁵³ Dönmezer, Erman, C.II, s.262.

Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkumiyet kararı verilmiş; Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin bozma kararına, sanığın tehlikeyi öngörerek gerekli tedbirleri almış olması dikkate alınarak olayda 4/8 oranında kusurlu bulunduğu gerekçesiyle ilk hükümden direnilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, olayda Serkan Kaymak'ın ölümü ile üniversite yönetiminin sözlü talebi üzerine eğik durumda bulunan basket potasının tamiratını üstlenen sanığın eylemi arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığına, dolayısıyla sanığın ölümden sorumlu olup olmadığına ilişkin görüşünü, kararında şu şekilde ifade etmiştir:

“...Taksir, görüldüğü gibi istisnai bir kusurluluk şeklidir. Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkan ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.10.2001 gün ve 181-204; 21.10.1997 gün ve 99-202; 13.12.1993 gün ve 221-317 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere, öğretide ve uygulamada taksirin unsurları;

- 1-Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması,
- 2-Hareketin iradiliği,
- 3-Neticenin iradi olmaması,
- 4-Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,
- 5-Neticenin öngörülebilir olması, şeklinde kabul edilmektedir.

Bütün suçlarda olduğu gibi, taksirli suçlarda da hareket ile sonuç arasında bir nedensellik bağının varlığı cezalandırmanın koşuludur. Taksirli suçlarda nedensellik bağının varlığının kabulü için, failin hareketinden bağımsız bir etkenin sonuca tek başına neden olmaması gerekir. Sonucun

tamamen mağdurun kusurlu hareketinden kaynaklanması halinde bir başkasını bu sonuçtan sorumlu tutma olanağı bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında dosya içeriğindeki tüm bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde;

14.04.2002 tarihinde Serkan Kaymak'ın üzerine düşerek ölümüne neden olan basket potasının Osman Gazi Üniversitesi açık spor tesisleri içindeki başka potaların da bulunduğu basketbol sahasında yer aldığı, sahanın etrafının üç metre tel örgü ile çevrili olduğu ve kapısız iki girişinin bulunduğu, ölüme neden olan potanın zemine bağlantı kısmından öne doğru kısmen eğildiği, bu nedenle zemine bağlantı yerindeki asfaltın kazıldığı ve potanın demir bir boruyla desteklendiği anlaşılmaktadır...

Polis tarafından düzenlenen tutanaktaki '...girişlerde her iki kapıda da naylon poşet içerisinde 'tadilat dolayısıyla basket sahasına girmek yasaktır' levhasının bulunduğu, naylon içindeki kağıtların düzgün olduğu, levhaya bağlayan telin yeni olduğu, kâğıtların kuru olduğu...' şeklindeki tespitin olaydan bir gün önce şiddetli yağmur yağması sonucu tamiratın yapılamadığına ilişkin savunmada yeralan beyanlar ile çelişmesi ve tanık beyanları arasındaki farklılıklar nedeniyle, olayın meydana geldiği yer ve çevresinde olaydan önce herhangi bir uyarı yazısının bulunup bulunmadığı hususu kesin olarak saptanamamakta ise de; olayın oluş şekli gözetildiğinde bunun bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü herhangi bir uyarı levhasının bulunmadığı kabul edilse bile birden fazla sağlam potanın bulunduğu bir sahada yerle bağlantı noktasındaki asfalt kazılmış ve altından demir bir boruyla desteklenmiş olan eğik durumdaki bir potanın bu mevcut tehlikeli görünüşünün asılabilecek bütün uyarı yazıları ve işaretlerinden daha uyarıcı olduğu açıktır.

Serkan Kaymak'ın, olay günü arkadaşlarıyla geldiği basketbol sahasında oynayabileceği başka sağlam potalar varken, olağan dışı bir şekilde eğik duran ve yerle bağlantı noktasındaki asfalt kazılarak kullanılamayacak

bir görüntüye kavuşturulan, bununla da yetinilmeyerek demir bir boruyla desteklenen ve devrilmeye elverişli bu durumu itibarıyla da asılmanın tehlikeliliğini her gözleyene açıkça gösteren potanın çemberine koşarak gelip asıldığı ve tümüyle kendi kusurlu hareketi sonucu potanın kendi üzerine düşmesine sebebiyet verdiği sabittir. Bu tür bir oluşta başkalarının müterafik kusurunun varlığını ve etkinliğini aramak ve ceza sorumluluğunu bu dağılımla belirlemek isabetli değildir. Ölenin bizatihi kendi kusurlu eylemiyle gerçekleşen bu olaydan dolayı sanığı cezaen sorumlu kabul etmek olanaksızdır.

Bu itibarla, olay tarihinde Serkan Kaymak'ın ölümünden dolayı sanığın sorumlu olduğunu kabul ederek mahkûmiyetine karar veren Yerel Mahkemenin direnme kararı isabetli olmadığından bozulmasına karar verilmelidir⁵⁵⁴.

Sonuç olarak, failin taksirli hareketine mağdurun taksirli hareketinin eklenmesi durumunda mağdurun hareketi kusurlu olsa dahi, failin taksirli hareketi ile meydana gelen netice arasındaki nedensellik bağı devam etmekte ve failin sorumluluğu da kendi kusuruna göre belirlenmektedir. Bu gibi durumlarda mağdurun taksirli suç neticesinden sorumluluğu söz konusu olmamakla birlikte, failin kusuruna etkisi bakımından, TCK m.61/1'e göre verilecek olan temel cezanın belirlenmesinde rol oynar⁵⁵⁵. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, suçun basit taksirle ya da bilinçli taksirle işlenmiş olmasının tespiti bakımından, mağdurun kusurunun cezanın belirlenmesine etki edeceğini, yoksa manevi unsurun varlığının belirlenmesi açısından herhangi bir değer taşımadığını ifade etmiştir⁵⁵⁶.

Eski Türk Ceza Kanunu'nun 455 ve 459.maddelerine 16.07.1964 tarihinde eklenen fıkra ile sadece taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları için verilecek

⁵⁵⁴ Kadir Gündoğan, Cihan Koç, Hasan Nuri Ünlü, *Türk Hukuk Sisteminde Kast ve Taksir, Olası Kast, Bilinçli Taksir, Taksirle İşlenen Suçlar*, Bilge, Ankara, 2010, s. 118-120.

⁵⁵⁵ Zafer, s. 199; Mağdurun ortak kusurunun failin taksirli neticeden sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaması, buna karşın verilecek cezanın belirlenmesinde sadece taksirin derecesine etki etmesinin temel gerekçesi, mağdurun hareketinin failin neticeyi öngörebilmesine etki etmemesinde saklıdır. Ancak failin artık neticeyi öngörebilmesi de söz konusu değilse bu durumda elbette artık failin sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün değildir. İçel, 181.

⁵⁵⁶ YCGK, 24.11.2009, 9-185/273, Centel, Zafer, Çakmut, s. 408. dipnot 199.

cezaların kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebileceği hükmü getirildiğini daha önce ifade etmiştik⁵⁵⁷. Böylece o tarihe kadar mağdurun kusuru sadece 59.madde bakımından takdiri hafifletici sebeplerin uygulanmasında gözönüne alınırken, yeni düzenleme ile yargıca takdir yetkisi tanınmıştır⁵⁵⁸. Ancak yargıca tanınan söz konusu geniş takdir yetkisinde, failin kusurunun oranının bir etkisi yoktur. Eski ceza kanunu zamanındaki çoğunluk uygulamaya göre, failin kusur oranı belirlendikten sonra geri kalan kusurun da mağdura ait olduğu tespit edilirdi. Yargıç ise, bu kusur oranlarıyla bağlı olmayıp, fail hakkında verilecek olan cezada daha az ya da daha çok indirim yaparak gerekirse sekizde bire kadar indirebilirdi⁵⁵⁹.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun ise taksirle öldürmeyi düzenleyen 85.maddesiyle taksirle yaralamayı düzenleyen 89.maddelerinde eski düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmemiştir. Hal böyle olunca, failin cezası belirlenirken mağdurun kusurlu hareketinin failin cezasında herhangi bir indirim sebebi teşkil edebilmesi, sadece takdiri indirim sebeplerinin dikkate alınmasıyla mümkün olabilecektir⁵⁶⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, verdiği bir kararında, “sonucun gerçekleşmesinde, mağdurun da taksirli davranışının etkisinin olması halinde, diğer taksirli davranış nedensellik bağına kesmediği sürece bu durum failin taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi taksirin niteliğini de değiştirmez, bu hal ancak 5237 sayılı TCY’nda kusur derecelendirilmesi nedeniyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından temel cezanın tayininde dikkate alınabilir.” demiştir⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ Bu düzenleme, sadece bahsi geçen iki suç bakımından geçerli olup, eski TCK’ da yer alan diğer taksirli suçlar bakımından, mağdurun kusurlu hareketinin failin kusuruna eklenmesi durumu sadece takdiri hafifletici neden olarak değerlendirilebilirdi. Ayrıca 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun’a göre, hakim hürriyeti bağlayıcı cezayı paraya çevirmede takdir yetkisini kullanırken söz konusu durumu dikkate alabilirdi. Dönmezer, Erman, c.II, s.263.

⁵⁵⁸ İçel’e göre, ETCK m.455 ve 456’da yapılan değişiklikte hakime böyle bir takdir yetkisinin tanınması adalet anlayışına uygun idiyse de, fıkrada geçen “kusurun derecesi” ifadesi ve indirimin sekizde bire kadar mümkün olması, mahkemelerin bilirkişi raporlarındaki yüzde hesaplarını dikkate almaları sonucuna sebep oldu. İçel, s. 182, 183.

⁵⁵⁹ Dönmezer, Erman, C.II, s.263.

⁵⁶⁰ Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2010, s. 236.

⁵⁶¹ Yarg. CGK., E. 2010/9-82, K. 2010/221, T. 09.11.2010.

VI. TAKSİRİN SOMUT OLARAK GERÇEKLEŞME ŞEKİLLERİ

A. Genel Olarak

Taksirin somut olarak gerçekleşme şekillerine ilişkin olarak, ceza kanunlarının farklı yöntemler benimsediği görülmektedir. Bazı ülkelerde, kanun koyucu taksirin tanımına yer verirken, bununla birlikte taksirin gerçekleşme şekillerini de belirtme yolu izlenir. Örneğin İtalyan CK.'nın 43/3.maddesinde durum bu şekildedir. Madde metninde, taksirle işlenen suçların, fail tarafından neticenin öngörülmesine rağmen istenmediği hallerde ve dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik ya da kanun, emir ve talimatlara aykırılık sonucu ortaya çıkacağı ifade edilmektedir⁵⁶². Yeni TCK da bu yolu benimsemiş, taksiri tanımlarken gerçekleşme şekillerine de madde metninde yer vermiştir. Bununla birlikte diğer bazı ülkelerde taksirin genel bir tanımına yer verilmemekle birlikte, eski TCK'da olduğu gibi, ceza kanununun içinde çeşitli maddelerde, taksirin gerçekleşme şekillerine dair ifadeler kullanılır⁵⁶³.

Türk Ceza Kanunu, 22.maddesinde taksirin tanımına yer verirken, suçun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde gerçekleştirilmesini aramıştır. Buna göre, taksirin gerçekleştirilme şekilleri yeni düzenlemeye göre, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde mümkündür. Oysa, eski Türk Ceza Kanunu'nda taksire ilişkin olmak üzere herhangi bir tanıma yer verilmezken, değişik suç tipleri altında taksirin şekillerinden bahsedildiği görülmektedir. Buna göre, 455. maddede yer aldığı şekliyle, taksirli suçlar tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam ve emirlere aykırılık suretiyle işlenebilirdi⁵⁶⁴. TCK'da ne taksirle öldürme ne de taksirle yaralamaya ilişkin düzenlemelerde, taksirin şekillerine yer verilmiş değildir. Bu yüzden 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, taksirin tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam ve emirlere

⁵⁶² İt.CK. m. 43/3: "Il delitto: ... è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente esi verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline." Codice Penale e Leggi Complementari, s. 120.

⁵⁶³ İçel, s. 197.

⁵⁶⁴ Dönmezer, Erman, s. 267; Centel, Zafer, Çakmut, s.408.

aykırılık gibi gerçekleşme şekillerini dikkat ve özen yükümlülüğü dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁵⁶⁵.

B. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün İhlali

Dikkat yükümlülüğüne aykırılık, diğer bir ifadeyle dikkatsizlik, belirli bir davranış kuralına uymamak suretiyle gerçekleştirilmesi gereken olumlu bir fiilin gerçekleştirilmemesidir. Dalgınlık, savrulmuşluk şeklinde de tanımlanabilecek olan dikkatsizlik, failin söz konusu davranış kuralına uymaması halinde neticenin ortaya çıkmayacağı durumlarda söz konusu olur. Örneğin, yanındaki arkadaşıyla araç kullanırken sohbet eden sürücünün, yola değil de arkadaşına sık sık dönerek sohbe katılması neticesinde bir kazaya sebebiyet vermesi durumunda, sürücü araç kullanma kurallarına uygun hareket ederek yola konsantre olsaydı kaza gerçekleşmezdi denilebiliyorsa dikkatsizlik söz konusudur⁵⁶⁶.

Özen yükümlülüğü, kişilerden beklenen davranış şekillerini düzenleyen kurallara uygun hareket etme anlamına gelir. Söz konusu kurallar, önleyici niteliğe sahip olan hukuk kurallarıdır. Önleyici hukuk kuralları, içerdikleri davranış normlarını açık bir şekilde düzenleyebilecekleri gibi, genel ve yol gösterici nitelikte de olabilirler. Açık düzenlemeye yer veren katı nitelikteki önleyici kuralların ihlali, aynı zamanda özen yükümlülüğüne de aykırı davranılmış olması anlamını taşır. Zira normun önlemeye çalıştığı zararlı neticenin meydana gelmemesi için uyulması gereken davranış, özenli davranış şeklidir. Genel ve yol gösterici olarak nitelendirilebilecek olan davranış normları, somut olayın özelliklerine göre nasıl hareket edilmesi gerektiğini gösterirler. Bu şekilde çerçeve niteliğinde olan söz konusu kuralların ihlal edilip edilmediğinin tespiti için, failin hareketinin ve içinde bulunduğu şartların, özen yükümlülüğü getiren davranış kuralı ile ne kadar örtüştüğü belirlenmelidir⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Demirbaş, s. 369. Yazar, TCK'nın yer verdiği şekliyle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ifadesini yeterli bulmamaktadır.

⁵⁶⁶ Demirbaş, s. 370.

⁵⁶⁷ Zafer, s.197.

Özen yükümlülüğü, çoğunlukla ihmali bir karakter içerir. Özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden fail, gerçekleştirmesi gerekli olan bir davranışı ihmal ederek, zararlı neticeye sebebiyet verir. Tedbirsizlik şeklinde ortaya çıkan özen yükümlülüğünün ihlalinde, failin gerekli önlemleri alması durumunda, suç teşkil eden netice ortaya çıkmaz. Örneğin, evden çıkarken karısının kendisinden mutfaktaki ocağı kapatmasını istemesine rağmen bunu unutan fail, karısının evde uyuyakaldığı sırada ocağın alevinin sönererek gaz zehirlenmesi sonucu ölmesi durumunda özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır⁵⁶⁸.

Dikkat ve özen yükümlülüğü, toplumda yerleşmiş olan davranış kurallarına aykırılıktan, gerçekleştirilen meslek ya da sanata ilişkin temel ilkelerin ihlalden ya da örf ve adet kurallarından ileri gelebilir. Yetkili merciler tarafından getirilmiş olan davranış kurallarına aykırı hareket etme, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir. Ancak davranış kurallarının sadece ihlal edilmiş olması bile, somut olayda zararlı bir neticeye meydan vermemiş olsa bile, bir suç oluşturabilir⁵⁶⁹.

ETCK'da taksirin işleniş şekilleri arasında yer verilen tedbirsizlik, ihmali bir fiil sonucu, zarar doğurma ihtimali olan belli durumlarda gereken önlemlerin alınmaması olarak tanımlanabilir⁵⁷⁰. Altavilla, tedbirsizliği şu şekilde tanımlamıştır: "Psikolojik bakımdan tedbirsizlik, hafızanın ve çağrışımın iyi işlememesinden ve faili yapması gereken hareket hususunda uyarmamasından ileri gelir". Tedbirsiz bir şekilde hareket eden failin, taksirinden sorumlu tutulabilmesi için, faili gerekli önlemleri alma konusunda sorumluluk altına sokan belli bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir. Söz konusu hukuki ilişkinin, pozitif bir hukuk kuralına dayanması durumunda ise, artık nizamla, emir ve talimatlara aykırı hareket edilmiş olur⁵⁷¹. Bu şekilde tedbirsizlik iki yönlü olarak ele alınabilir: Objektif bakımdan bir davranış kuralının ihlal edilmesi, subjektif bakımdan da failin belli bir durum karşısında sergilediği beceriksizlik anlamına gelir⁵⁷².

⁵⁶⁸ Demirbaş, s. 370.

⁵⁶⁹ Centel, Zafer, Çakmut, s.409.

⁵⁷⁰ Dönmezer, Erman, c.II, s. 267; İçel, s. 198.

⁵⁷¹ Dönmezer, Erman, c.II, s. 267; İçel, s. 198.

⁵⁷² Pioletti, s. 43.

Öğretide bazı yazarlar, taksirin çeşitli şekilleri olan dikkatsizlik, tedbirsizlik ve acemilik arasında herhangi bir fark olmadığını ileri sürmekteyse de, bu üç kavram birbirinden farklıdır. Şöyle ki, tedbirsizlik söz konusu olduğunda hareket ihmali olarak gerçekleştirilirken, dikkatsizlik sonucu meydana gelen bir taksirli hareket icrai olmak durumundadır. Acemilik ise genel olarak bir mesleğin ya da sanatın icrasına ilişkin olarak, ihmali ya da icrai olarak gerçekleştirilebilir⁵⁷³.

Sözlük anlamıyla dikkatsizlik; savruluk, özensizlik, dalgınlık anlamına gelir⁵⁷⁴. Fail psikolojik olarak, gerçekleştirmek üzere olduğu hareketle ilgili olarak dikkatini toparlayamamakta ve bu çerçevede fiili gerçekleştirmektedir. Başka bir ifadeyle, failin olayları değerlendirme yeteneği sağlıklı koşullar altında değildir. Şüphesiz ki failin muhakeme yeteneğinin sağlıksız olma durumu, diğer taksir şekillerinde de mevcuttur. Zira gerek dikkatsizlik, tedbirsizlik ve acemilik, gerekse kanunlara, emir ve talimatlara aykırılık durumunda fail kendisinden beklenen objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle taksirli suç teşkil eden fiili gerçekleştirmektedir⁵⁷⁵.

Dikkatsizlik durumunda, yukarıda da ifade edildiği gibi fail tarafından genel olarak icrai bir hareket ortaya koyulmaktadır. Dikkatsizlik ve tedbirsizlik, ortak yaşam tecrübelerinin ürünü olarak ortaya çıkan özen yükümlülüğüne aykırılık olarak ifade edildiği için, çoğunlukla bir arada bulunur gibi gözükse de, dikkatsizliğin icrai, tedbirsizliğin ise ihmali niteliğe sahip olması, bu iki taksir şekilini birbirinden ayırır. Acemilik durumunda ise, ortada belirli bir meslek ya da sanata ilişkin olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali olduğundan, dikkatsizlikten daha dar bir kapsama sahiptir⁵⁷⁶.

Özellikle teknolojinin ilerlemesi, trafiğin artması, mesleki çalışma şartlarında yaşanan değişiklikler, zamanla taksirli suçlarda yaşanan bir artışa neden olmuş, bu durum ise özellikle mesleki alanda taksirli suçların önemini giderek ön plana çıkarmıştır.

⁵⁷³ İçel, s. 199.

⁵⁷⁴ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 03.10.2011 tarihinde ziyaret edilmiştir.

⁵⁷⁵ İçel, s. 200.

⁵⁷⁶ İçel, s. 200.

Meslek ve sanatta acemilik, belirli bir meslek grubuna ait olan ya da bir sanat icra eden kişilerin, yaptıkları iş ile ilgili olarak sahip olmaları gereken mesleki bilginin eksikliğinden kaynaklanan bir taksir şeklidir. Failin meslek ya da sanatta acemilik şeklinde gerçekleşen taksirli suçtan dolayı cezai anlamda sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin söz konusu mesleği ya da sanatı icra etmek hususunda yetkili olması gerekir. Aksi halde gerçekleşecek olan taksirli neticeden failin sorumluluğu, acemilik değil, tedbirsizlik ya da dikkatsizlikten ileri gelir⁵⁷⁷. Bu bakımdan meslek ve sanatta acemilik neticesi gerçekleşen taksirli suçlar, aynı zamanda özgü suç olma özelliği taşırlar⁵⁷⁸.

Mesleki cesaret de, bir tür acemilik sayılır⁵⁷⁹. Belirli bir meslek ya da sanatın icrası sırasında, normal olarak uyulması gereken kuralları ve yöntemleri uygulamayarak, bir deney yapmak ya da kendi kabiliyetini göstermek amacıyla tamamen farklı bir yol izlenmesi ve bunun sonucunda zararlı bir neticeye sebep olunması durumu acemilik teşkil eder⁵⁸⁰. Ancak bu noktada, söz konusu meslek dalına ilişkin bir ilerleme kaydedilmesi amacıyla gerçekleştirilen deneyler ya da yeni bir yöntemin uygulanmasına dair girişimlerle, şahsi yeteneklerin gösterilmesi amacına dönük uygulamaların karıştırılmaması gerekir⁵⁸¹.

Failin, meslek ya da sanatın icrası sırasında gösterdiği acemilik nedeniyle taksirinden sorumlu tutulabilmesi için, elbette ki öncelikle söz konusu neticenin öngörülebilir olması gerekir. Failin sorumluluğuna ilişkin değerlendirme, aynı

⁵⁷⁷ Fail gerçekleştirdiği fiile ilişkin olarak, söz konusu meslek dalında yetkili bir kişi olsa bile, hareketi her zaman acemilikten ileri gelmeyebilir. Çünkü gerekli mesleki bilgilere sahip olduğu halde, sırf üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için zarara neden olan failin taksiri, acemilikten değil tedbirsiz ve dikkatsiz davranmaktan ileri gelir. İçel, s. 203.

⁵⁷⁸ Dönmezer, Erman, 268; İçel, s. 201.

⁵⁷⁹ Bu şekilde gerçekleştirilen suçlar için, öğretide, mesleki taksir ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. İçel, s. 202; Mesleki taksir, sadece belli bir meslek sınıfında uygulanan kurallara uyulmaması neticesinde ortaya çıkan taksirli sorumluluk şekli açısından söz konusu olur. Ancak bu ifade şekli, ceza hukukunda bu tür bir sorumluluk ayırımının olmadığı gerçekçesiyle eleştirilmiştir. Centel, Zafer, Çakmut, s. 409.

⁵⁸⁰ Dönmezer, Erman, 268; İçel, s. 202.

⁵⁸¹ Söz konusu davranışların taksirli sorumluluk bakımından değerinin tespiti, failin ait olduğu meslek grubunda bu türden davranışlara ne derecede izin verildiğine bağlıdır. İçel, s. 205, dpt. 38.

meslek ya da sanatı icra eden kişiler arasında yerleşmiş olan ortak deneyimler dikkate alınarak yapılmalıdır⁵⁸².

Tıbbi alanda yaşanan gelişmeler de, iş güvenliğinde olduğu gibi tıp alanında da mesleki taksir konusunun önem kazanmasına neden olmuştur. Esasen bir hukuka uygunluk sebebi olan hakkın icrası kapsamında değerlendirilen tıbbi müdahaleler, hakkın icrası kapsamının dışına çıkıldığı andan itibaren taksirli sorumluluğa neden olurlar. Zira tıp mesleğinin uygulanmasına ilişkin hususlarda, doktorun sorumlu tutulmamasının gerekçesi, hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde doktorun dikkat ve özen yükümlülüğüne de uygun davranmasıdır. Bu açıdan taksirin normatif yönünü ilgilendiren hakkın icrası, subjektif olarak da, tıp mesleğinin icrasının hastayı tedavi amacına yönelik olmasını gerektirir. Bu amacın ihlal edilmesi, taksirli sorumluluğa neden olur⁵⁸³.

Taksirli sorumluluk halini doğurabilecek olan tıbbi faaliyetler, ameliyatlar sırasında doktor ya da ekibi tarafından gerçekleştirilen hatalar ve tedavi konusunda yapılan yanlışlar olabilir. Doktorun ilaç adını yanlış yazması ya da ameliyat esnasında hastanın içinde bir ameliyat aletinin unutulması, örnek olarak sayılabilir⁵⁸⁴.

Eski Türk Ceza Kanunu'nda "nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik" şeklinde ifadesini bulan taksir şeklinde ise, failin hareketinin herhangi bir hukuk kuralına aykırılık teşkil etmesi gerekir. Söz konusu durumda, failin ihlal ettiği dikkat ve özen yükümlülüğü, yetkili merciler tarafından ortaya konulan kanun, emir ya da talimatlardan kaynaklanmaktadır⁵⁸⁵.

Öğretide, taksirli suçun kaynağını oluşturan hukuk normunun hangi yetkili merci tarafından kabul edilmiş olması gerektiği hususundaki görüşler, bunun bir

⁵⁸² İçel'e göre, ortak tecrübelerin de ötesinde failin özel bir yetenek hususundaki yetersizliği taksirli sorumluluk açısından dikkate alınmaz. Bu konuyla ilgili olarak, İtalyan Yargıtayı da benzer görüşte olup, 1939 yılında verdiği bir kararında meslekte ve sanatta acemilik konusunda ortak deneyimlerin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık Manzini ise, failin kendi yeteneklerini aşarak acemilik göstermesi durumunda taksirli suçtan sorumlu olacağı görüşünü savunmaktadır. İçel, s. 202.

⁵⁸³ İçel, s. 206 vd.

⁵⁸⁴ İçel, s. 209.

⁵⁸⁵ İçel, s. 210.

önem teşkil etmediği yönündedir⁵⁸⁶. Bunun yanısıra, resmi mercilerle birlikte özel mercilerin getirdikleri normlar da taksirli sorumluluk bakımından kabul edilebilir. Dolayısıyla ceza hukukuna dair kurallarla birlikte diğer alanlara ait normlar da taksirin kaynağını oluşturacaktır⁵⁸⁷.

Taksirli sorumluluğa neden olan fiil, belirli bir hukuk kuralının ihlalinden kaynaklanıyorsa, neticenin öngörülebilir olduğu kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, nizamlara aykırılık durumunun varlığı, neticenin öngörülebilirliği bakımından bir karine teşkil eder. Ancak, söz konusu netice ile kuralların ihlalinden doğmuş olan fiil arasındaki nedensellik bağı sabit olmadıkça, nizamlara aykırılık şeklinde gerçekleşen taksirli sorumluluktan da söz edilemeyecektir⁵⁸⁸. Nitekim bir Yargıtay kararında da,

“Yanında çalıştırdığı on yedi yaşını bitirmiş, ehliyetsiz diğer sanık H.A.’ya kamyonetini vererek süt toplatan sanık S.K.’nın mücerret ehliyetsiz şahsa kamyonet kullandırmaktan ibaret eylemi ile yaşı ve bir müddettir bu şekildeki kamyoneti kullandığı nazara alınarak mücerret ehliyetsiz olması, gerekli yeteneğe sahip olmadığı anlamına gelmeyen sanık H.A.’nın kusurlu hareketi sonucu ile meydana gelen netice arasında illiyet bağı bulunmadığı ve müstekar içtihatların da bu doğrultuda olduğu gözetilmeden mahkumiyet hükmü tesisi bozmayı gerektirmiştir (Yarg. 2. CD. E. 1990/8971, K. 1990/9489)”

diyerek nizamlara aykırılık söz konusu olsa bile, nedensellik bağının tespit edilememesi gerekçesiyle bozma kararı vermiştir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Bu hususta söz konusu kuralın önleyici niteliğinin olması gerektiği bazı yazarlar (Battaglini, Leone) tarafından ileri sürülmüştür. Buna karşılık olarak söz konusu durumun, kanunda yer almayan bir hususun kabul edilmesi anlamına geleceği gerekçesiyle karşı çıkanlar olmuştur. Dönmezer-Erman, c.II, s. 269; İçel, s. 211.

⁵⁸⁷ Dönmezer- Erman, c.II, s. 269; İçel, s. 210.

⁵⁸⁸ Dönmezer- Erman, c.II, s. 269; İçel, s. 211.

⁵⁸⁹ Mustafa Öztürk, Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Kazancı, İstanbul, 1995, s. 27.

Kanunlara, emirlere ya da talimatlara aykırılık, bazen münferit olarak bir suç oluşturabilir. Bu durumda, meydana gelen zararlı netice ile ayrı bir suç oluşturan nizamlara aykırılık durumu arasında gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır⁵⁹⁰.

Taksirin şekillerinden kanunlara aykırılık halinden bahsedilince, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (Ignorantia juris non excusat)*” ilkesi bakımından da bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Eski TCK’nın 44.maddesinde yer alan bu ilke, yeni Türk Ceza Kanunu’nun 4.maddesinde ifadesini bulmuştur. Buna göre, “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz”. Bu bakımdan eski düzenleme ile yeni düzenleme arasında farklılık bulunmaktadır. Zira eski kanununda, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” denilmekteydi⁵⁹¹. Her iki düzenlemenin kaleme alınışı arasındaki farklılık sonuç olarak, söz konusu ilkenin kapsamının daraltılmış olması anlamına gelmektedir. Zira eski düzenlemeye göre de, kanun deyimi ile ifade edilmek istenen, yasama faaliyeti sonucu ortaya çıkan ve ceza hükümleri içeren ceza kanunları ile ceza hükmü içeren diğer düzenlemelerdir. Bununla birlikte, özel merciler tarafından belirlenmiş kurallar bu kapsamın dışında kalır⁵⁹². Sonuç olarak, yeni TCK’da yer alan düzenlemeye göre, ceza kanunları tarafından konulmuş olan kuralların bilinmemesi gerekçesiyle, taksirli suçlardan sorumluluktan kurtulmak mümkün olamaz. Bu durumun istisnasını ise, TCK m.30/son fıkradaki düzenleme oluşturmaktadır. Bu konuyla ilgili açıklamaya çalışmamız içinde ilgili bölümde yer verilmiştir.

Taksirle gerçekleştirilen fiil neticesinde meydana gelen zararlı netice değerlendirilirken, failin hareketi dolayısıyla sahip olduğu kusurluluğun tespiti yargıç tarafından gerçekleştirilir. Ancak söz konusu değerlendirme yapılırken, matematiksel ölçütler değil normatif esaslar dikkate alınacaktır. TCK’nın 22.maddesinin gerekçesinde, uygulamada dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla bilirkişiye başvurulabileceği belirtilmektedir⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Dönmezer- Erman, c.II, s. 269; İçel, s. 212.

⁵⁹¹ Eski mehz İtalyan Ceza Kanunu’nun 5.maddesinde yer alan düzenleme, yeni TCK’ya paralel nitelik taşımaktadır. Buna göre, “hiçkimse, ceza kanununu bilmediği gerekçesiyle kendini mazur gösteremez.” Dönmezer, Erman, C.I, s.194.

⁵⁹² Dönmezer, Erman, C.I, s.197; İçel, s. 213.

⁵⁹³ Somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespiti yargıç tarafından takdir edilecek, kusur oranının tespitinde bilirkişi incelemesi teknik alanla sınırlı kalacaktır. Hasan Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I*, Ankara 2011, s.195.

VII. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEBİ ve CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLERİN TAKSİRLİ SUÇLARDAKİ ETKİLERİ

5237 sayılı TCK m. 22/f.6'ya göre, "*taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir*". Bu şekilde TCK tarafından eski kanunda yer almayan bir düzenleme ilk defa ceza hukuku sistemimizde kabul edilmiştir⁵⁹⁴. Buna göre, bir şahsi cezasızlık nedeni ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren bir kişisel neden mevcut ise faile ceza verilmeyebilir. Bu düzenleme sadece taksirli suçlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bilinçli taksir durumunda ise sadece cezadan indirim yapılması söz konusu olacaktır.

Madde gerekçesinde, söz konusu düzenlemeye ihtiyaç olduğunun görülmesinde en önemli sebebin özellikle kırsal bölgelerde yaşanan olaylar olduğuna dikkat çekilmektedir. Buna göre, ülkemizde yaşanan bazı olaylarda, köylü kadınların hayat şartları yüzünden çocuklarına gerekli dikkat ve özeni gösterememeleri sonucunda, bunun yanı sıra trafik kazalarında üzücü sonuçlarla karşılaşmıştı⁵⁹⁵. Bu şekilde sosyal bir gereklilik olduğu inancıyla getirilen düzenleme ile yargıca takdir yetkisi tanınmıştır.

⁵⁹⁴ Eski Türk Ceza Kanunu zamanında Yargıtay, aile açısından meydana gelen zarar dikkate alınmayarak hükmedilen cezanın paraya çevirilmemesi yönünde verilen mahkeme kararını bozmuş; aynı şekilde suç teşkil eden neticenin bir kaza olarak kabul edilmesinin adalet duygularına daha uygun olacağı yönünde kararlar vermiştir. Aytekin Özanlı, "*Failin Ailevi ve Kişisel Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi*", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 32, Nisan 2009, s.59.

⁵⁹⁵ Eski TCK zamanında benzer bir düzenlemenin olmaması uygulamada sorun yaratmaktaydı. Taksirli suç sonucu ortaya çıkan zararın, faile ceza verilmesi lüzumunu ortadan kaldıracak derecede ağır olduğu durumlarda, failin cezalandırılmamasını ya da daha az ceza almasını sağlayabilmek için değişik uygulamalara başvurulmakta ve böylece çoğu kez ceza hukukunun da temel ilkelerine aykırı olarak, cezaların alt sınırdan verilmesi, hapis cezasının paraya çevrilmesi ya da ertelenmesi söz konusu olmaktadır. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 381.

Takdir yetkisi kullanılırken, failin ailevi ve ekonomik durumu dikkate alınarak, özellikle failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın verilmesini gereksiz kılacak derecede bir mağduriyetin tespit edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, taksirli fiil sonucu ortaya çıkan zararın faile verdiği acı dışında, failin cezalandırılması durumunda ailesinin de ağır bir zarara uğratabileceği olması gerekmektedir. Örneğin çocuklarına tek başına bakan bir annenin yaptığı trafik kazası neticesinde bir çocuğunun ölmesi durumunda, faile verilecek ceza sonucu diğer çocuklarının bakımını gerçekleştirme imkanı ortadan kalkmakta ve böylece fail dışında ailesinin de mağduriyeti söz konusu olmaktadır. Örneği tersine çevirirsek, şiddetli geçimsizlik yüzünden boşanmak üzere olan bir çiftin arabada giderken geçirdikleri kaza sonucu eşlerden birinin ölmesi durumunda, diğer eşin derin bir keder yaşamaması ihtimal dahilinde olmakla birlikte, bunun tam tersi bir şekilde içten içe bir sevinç duyması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda artık failin kişisel cezasızlık nedeninden yararlandırılması düzenlemenin amacına aykırıdır. Bu bakımdan maddenin uygulanabilirliği fail ile mağdur arasındaki ilişkinin tespitinin ötesinde, ortada fail açısından kişisel ve ailevi anlamda bir mağduriyetin mevcudiyeti gerekmektedir⁵⁹⁶.

Bu noktada belirtilmesi gereken diğer bir husus da, kanun koyucunun, düzenlemede “münhasıran” ifadesini kullanmış olmasıdır. Bunun neticesinde, yukarıdaki örneği ele alacak olursak, failin gerçekleştirdiği trafik kazası neticesinde kendi çocuğu dışında kaza sırasında aracın çarpması neticesinde ölen bir başka kişinin de olması durumunda artık TCK m.22/6'nın uygulanması mümkün olmayacaktır⁵⁹⁷.

Düzenlemede ifadesini bulan mağduriyet manevi bir zarar olabileceği gibi maddi bir zarar da olabilir⁵⁹⁸. Başka bir ifadeyle, 22.maddenin 6. fıkrasının uygulama alanı bulabilmesi için mutlaka taksirle insan öldürme ya da taksirle yaralama suçlarının meydana gelmesi gerekmez. Örneğin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu evinde yangın çıkmasına neden olan kişi de bu düzenlemeden

⁵⁹⁶ Özgenç, 249.

⁵⁹⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 383; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet, Ankara 2011, s. 239. Yazar bu şekilde düzenlemenin uygulama alanının daraltılması yerine, bu hususun mahkemenin takdirine bırakılmasının yerinde olacağı görüşündedir.

⁵⁹⁸ Özanlı, s.63.

yararlanacaktır⁵⁹⁹. Aynı şekilde, ortaya çıkan zararlı netice, failde ağır bir manevi ızdıraba neden olmuş olabileceği gibi, failin vücuduna herhangi bir zarar gelmesi, yaralanması şeklinde de olabilir⁶⁰⁰.

Kanun koyucu taksirle işlenen fiillerde, şahsi cezasızlık ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenlerin suça etkisini düzenlerken, maddenin kapsamını fail açısından dar tutarak, failin kişisel ve ailevi durumunu, yargıcın takdirinde etkili olacak temel unsur olarak tespit etmiştir⁶⁰¹. Bu şekilde failin annesi, babası, kardeşleri, eşi, çocukları, anneannesi, babaannesi, kayınpederi, kayınvalidesi madde kapsamında yer alırken; failin teyzesi, halası, amcası, dayısı, eniştesi, nişanlısı bu kapsamda yer almayacaktır⁶⁰².

Bir ilk derece mahkemesi tarafından konuya ilişkin verilen kararda ise, “polis olan babasının silahını babasına vermek için yerinden aları ve silahın şarjörünün çıkık vaziyette ve horozunun kurulu olduğunu gören ve şarjörü yerine takıp, başparmağı ile silahın horozunu indirmek isterken tabanca ateş alarak babaannesini öldüren” genç ile ilgili olarak, TCK m.22/6 hükmü uygulanarak ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir (Beyşehir Asliye Ceza Mahkemesi, 28.07.2005, 155)⁶⁰³.

⁵⁹⁹ Özgenç, s. 249. Nitekim Yargıtay’ın da bu konuda verdiği sayısız kararlar mevcuttur.

“Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketi ile neden olduğu yangın olayında kendisine ait evin yandığı, olayda başkalarının hayatı, sağlığı ve mal varlığı bakımından somut bir zarar meydana gelmediğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı TCK’nun 22/6.maddesi hükmü de gözetilmek suretiyle sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği düşünülmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” (9.CD., 18.10.2007, 2276-7288) Yayınlanmamış Yargıtay kararı.

“Sanığa atılı 765 sayılı TCK.nun 383/1.maddesine uygun eylemin 5237 sayılı TCK’ndaki karşılığı olan 171.maddede yazılı suçun oluşabilmesi için, maddede gösterilen şekilde “başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından” somut bir tehlikenin ortaya çıkmış olmasının gerektiği, 6.1.2005 tarihli tutanak ve ekli kroki, sanık anlatımı ile tüm dosya kapsamına göre; köyde yaşayan sanığın taksirli eylemi ile neden olduğu yangında kendi tahıl ambarının kısmen yanması dışında başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin oluşmadığı gözetilerek, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7/2., 5252 sayılı Yasanın 9/3.maddeleri uyarınca yapılacak değerlendirmede 5237 sayılı TCK.nun 22/6.maddesi hükmü de nazara alınarak lehe olan yasanın tespiti ile sanığın hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi...” (9.CD., 30.01.2007, 5986-460) Yayınlanmamış Yargıtay kararı.

⁶⁰⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 383.

⁶⁰¹ Düzenlemede, failin kişisel “ve” ailevi durumu denildiğine göre, her ikisinin de bir arada mevcut olması gerekir. Özanlı, s.60. Yazara göre, getirilen yeni düzenleme ile suistimale açık bir durum yaratılmıştır.

⁶⁰² “...ölen H.A.’nın sanığın yeğeni olmasının sanık hakkında cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sonuçtan mağdur olduğunu kabule yeterli olmadığı...” (9.CD., 2007/103-2007/6477), Özanlı, s.62.

⁶⁰³ Hakeri, s. 240.

Söz konusu düzenleme, “kişisel bir cezasızlık nedeni” içermekte olduğundan, CMK m.171 uyarınca savcının kamu davası açıp açmama konusunda takdir yetkisi de söz konusu olmaktadır. Ancak bilinçli taksir durumunda sadece bir ceza indirimi olduğu için savcının kamu davasını açmada takdir yetkisi burada geçerli değildir⁶⁰⁴.

Diğer taraftan kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen TCK m.50 uyarınca kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına çevrilebilir. Aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca da taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa, diğer koşulların varlığı halinde, adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz. Hapis cezasının bir yıla kadar olması durumunda bu cezanın adli para cezasına ya da diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi yoluna gidilebilir⁶⁰⁵. Bu şekilde 647 sayılı mülga Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 4.maddesinin 4.fıkrasında yer alan düzenleme ile benzerlik taşıyan bir hüküm kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hürriyeti bağlayıcı ceza uzun süreli de olsa fail hakkında bu maddenin ilk fıkrasının birinci bendi hükmü uygulanabilir. Düzenlemeye 08.01.2003 tarihinde 4785 sayılı Kanun’un 2.maddesiyle eklenen cümleye göre ise, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz⁶⁰⁶.

TCK m.22/f.6 ile yerinde bir düzenleme getirilerek kamu vicdanı da rahatlatılmaya çalışılmıştır⁶⁰⁷. Ancak bu noktada, taksirli suç sonucu meydana gelen zarar ile ailevi mağduriyet arasındaki denge konusunda mahkemelerin hassas davranması gereği belirtilmesi lazım gelen önemli bir husustur⁶⁰⁸. Nitekim Yargıtayımız da bu düzenlemeyi dikkate alarak isabetli kararlar vermiştir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ Öztürk, Erdem, s.263.

⁶⁰⁵ Öztürk, Erdem, s.263.

⁶⁰⁶ Demirbaş, s. 372.

⁶⁰⁷ Doktrinde de çeşitli yazarlar tarafından, söz konusu düzenlemenin getirilmesi doğru bulunmaktadır. Bkz. Centel, Zafer, Çakmut, s. 406; Demirbaş, s. 372.

⁶⁰⁸ Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta, 2007, s.36.

⁶⁰⁹ “Şanığın taksirli hareketi sonucu çıkan yangında kendisine ait evin yandığı başkalarının hayatı, sağlığı ve mal varlığı bakımından doğrudan somut bir zararın meydana gelmediğinin anlaşılmış

Düzenlemenin öğreti tarafından olumlu karşılanmasının yanısıra, bazı yazarlar tarafından eleştirilen noktaları da mevcuttur. Örneğin, taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmeyeceği şeklindeki hükmün, hakime takdir yetkisi tanımaması eleştirilmiştir. Buna göre, hakime şahsi nedenin tespiti halinde fail hakkında ceza vermek ya da vermemek ya da hükmedilecek cezada belli bir oranda indirim yapmak hususunda takdir yetkisinin verilmiş olması daha doğru olurdu⁶¹⁰. Kanun koyucu bahsedilen takdir yetkisini, sadece bilinçli taksir ile gerçekleştirilen fiiller bakımından, cezada belirli bir oranda indirim yapılması hususunda öngörmüştür.

Bir başka eleştiri de, failin gerçekleştirdiği hareket sonucu meydana gelen zarardan kaynaklanan mağduriyetin, “münhasıran” failin kişisel ve ailevi durumu bakımından değerlendirilmesi konusundadır. Zira faille birlikte suçta etkilenen kişi bakımından söz konusu olan zararın, failinkinden daha hafif olduğu durumlar olabileceği gibi, örneğin üçüncü kişinin hafif yaralandığı bir kazada failin ağır yaralanması da söz konusu olabilir. Böyle bir netice ile karşılaşıldığı zaman da failin şahsi cezasızlık nedeninden yararlanamaması doğru olmayacaktır⁶¹¹.

Ünver ise, TCK m.22/6'nın kanun koyucu tarafından iyi niyetle ve sosyal gereksinim gerekçe gösterilerek getirilmiş bir düzenleme olmakla birlikte, hatalı bir şekilde kaleme alınarak kötüye kullanılması ihtimali yaratılmıştır. Öncelikle failin bilinçli taksir ya da bilinçsiz taksir ile gerçekleştirilmesi arasında verilecek sonuç ceza bakımından bir farklılık yaratılması yanlıştır. Bunun yanısıra, failin kişisel ve ailevi durumunun dikkate alınarak karar verilecek olması hukuka aykırı neticelere sebebiyet verebileceği gibi, eşitlik ilkesine de aykırı uygulamaları doğuracaktır. Bu şekilde çok çocuklu, zengin ya da fakir aileler şeklinde bir sınıflandırma yapılması

olması karşısında, 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılıp değerlendirilerek sonucuna göre lehe yasanın tespiti ile uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, (9.CD., 13.06.2007, 8041-5252)” Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin, Ankara, 2008, s.428.

⁶¹⁰ Özgenç, s. 249. Özgenç, bu hususta Yarsuvat/Bayraktar ve Özbek'in de aynı görüşte olduğunu belirtiyor.

⁶¹¹ Özgenç, s. 250.

gerekecek, bu durum ise ceza hukukunun temel ilkelerinin ihlaline neden olacaktır⁶¹².

VIII. KUSURLULUĞU ORTADAN KALDIRAN NEDENLERİN TAKSİRLİ SUÇLARDAKİ ETKİLERİ

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nda kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler, cebir ve şiddet, korkutma ya da tehdit ve hata olarak sayılmıştır. TCK m.28'e göre, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.

TCK m. 30'a göre, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. 30.maddeye 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı kanunun 4.maddesi ile eklenen dördüncü fıkra hükmüne göre ise, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.

Kasten işlenen suçlarda kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler, taksirli suçlar için de geçerlidir. Bu bakımdan, cebir, şiddet, korkutma ve tehdit etkisiyle taksirli bir suç işleyen kişinin cezalandırılması mümkün değildir. Her ne kadar, TCK m.28'de kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler düzenlenirken, ETCK'da yer alan mücbir sebep, kaza ve tesadüfe yer verilmemişse de, bu durum önemli bir sorun teşkil etmemektedir. Zira kaza ve tesadüf durumunda failin artık, taksirli hareketi sonucu

⁶¹² Ünver, s. 59.

meydana gelebilecek olan zararlı neticeyi öngörebilme imkanı ortadan kalkmış olacağı için, hareketin iradiliğinden de bahsetmek mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, mücbir sebep durumunda da, meydana gelen netice failin iradesi dışında gerçekleştiği için, cezai bir sorumluluk neticesi doğurması olanak dışıdır⁶¹³. Failin içinde bulunduğu psikolojik durum da, özen yükümlülüğünün yerine getirilebilmesini etkilediği ölçüde, kusurluluğu azaltıcı ya da tamamen ortadan kaldıracı bir etki gösterebilir (Gropp)⁶¹⁴.

B. Cebir ve Şiddet, Korkutma, Tehdidin Taksirli Suçlardaki Etkisi

Cebir, bir kişinin belli bir şekilde davranması için fiilen zorlanması durumudur. TCK m. 28'deki düzenlemesinde kusurluluğu etkileyen neden olarak öngördüğü cebir ile birlikte şiddetten de ayrıca bahsetmiş olsa da, yapısı itibariyle her şiddet içeren fiil cebiri de içinde barındıracaktır. Cebir ve şiddet durumunda, failin vücuduna yönelik olarak gerçekleştirilen ve kendisinde zorlama etkisi yaratarak direncini kıran bir fiil söz konusudur⁶¹⁵.

Korkutma ve tehdit durumlarında ise, fail kendisine ya da bir başkasına gelebilecek ve korkutmada bulunan kişi tarafından gerçekleştirilecek olan bir zarardan kurtulmak amacıyla bir suç işlemektedir⁶¹⁶. Örneğin, polis tarafından takip edilen (A) arabasına bindiği (B)'yi elinde bulunan silahıyla hızlı bir şekilde oradan kaçmaya ve karşısına kim çıkarsa çıksın arabayı kullanmaya zorlasa; bu şekilde cebir altında araç kullanırken karşısına çıkan yayaya çarpan (A)'nın taksirinden bahsedilemeyecektir.

Cebir, korkutma ve tehdit durumlarında fail belirli bir şekilde hareket etmeye zorlandığı için taksirden bahsedilmesi mümkün değildir⁶¹⁷. Zira failin iradesi kendisine cebir, şiddet, korkutma ve tehdit yoluyla bir suç işlettirmeye çalışan üçüncü kişinin etkisi altında olduğu için, failin kusurluluğundan bahsedilemez. Bu

⁶¹³ İçel, s. 231, 232; Öztürk, Erdem, s.269; Zafer, s. 199.

⁶¹⁴ Zafer, s. 200.

⁶¹⁵ Öztürk, Erdem, s.269, 270.

⁶¹⁶ Öztürk, Erdem, s. 270.

⁶¹⁷ İçel, s. 233.

bakımdan iradesi etkilenen failin işlediği suçtan dolayı, faili etki altına alan kişi dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır. Ancak böyle bir durumda failin kusurunun ortadan kalkarak cezalandırılmaması için, failin gerçekleştirdiği suç ile korunacak yarar arasındaki orantıya dikkat etmek gerekmektedir. Bu orantının makul sınırları aşması halinde artık failin kusuru dikkate alınarak cezalandırılması söz konusu olur⁶¹⁸.

Öğretide cebir, şiddet, korkutma ve tehdit durumlarında failin iradesinin etki altında olması nedeniyle serbest hareket edememesine rağmen sonuç olarak gerçekleşen netice bakımından fiilin istenerek işlendiği, bu bakımdan seyrek de olsa taksirli sorumluluk durumunun söz konusu olabileceği de savunulmaktadır. Verilen örnekte, cebir ve tehdit etkisi altında bir hedefe doğru ateş edilmeye zorlanan failin silahından çıkan kurşunun sekerek o sırada yoldan geçmekte olan bir kişiye isabet etmesi durumunda, meydana gelebilecek olan ölüm ya da yaralama neticesi bakımından failin taksirli sorumluluk şeklinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Bu olayda fail, cebir ve tehdit altında ateş ederken hedef aldığı mala yönelik olarak kastı söz konusu olsa bile, hem mala zarar verme hem de taksirle öldürme ya da yaralama suçlarından sorumlu tutulamayacağı da belirtilmektedir⁶¹⁹.

C. Yanılmanın Taksirli Suçlardaki Etkisi

1. Genel Olarak

Yanılma, kelime anlamıyla, gerçek durum ile düşünülen durumun aynı olmamasını ifade eder⁶²⁰. Başka bir ifadeyle yanılma ya da hata, yanlış olanı doğru olarak kabul etme ya da tersi anlamına gelir⁶²¹. Taksirle işlenen suçlarda yanılma konusu tipiklikte yanılma, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerde yanılma, haksızlık yanılması ve unsurlar dışında kalan hususlarda yanılma şeklinde incelenmelidir.

⁶¹⁸ Öztürk, Erdem, s. 270.

⁶¹⁹ Kaymaz, Gökcan, s. 129.

⁶²⁰ Centel, Zafer, Çekmut, s. 417.

⁶²¹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

Taksirli suçlarda yanılma konusunda öğretilerde birbirinden farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, taksirin esasları zaten hataya dayanır. Bu şekilde taksir, failin yanılması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk açısından herhangi bir özellik arzetmez⁶²². Başka bir görüşe göre ise, hata taksirli suçlarda da suça etki eden bir faktördür. Fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmasına rağmen hataya düşmüşse artık taksirden bahsetmek mümkün değildir⁶²³.

Mukayeseli hukukta taksirle işlenen suçlara ilişkin olarak yanılma konusunda yaygın olan görüş, yanılmanın taksirden kaynaklandığı ve gerçekleştirilen fiil neticesinde ortaya çıkan suçun taksirli şeklinin kanunda yer alması halinde, failin taksirli sorumluluğunun söz konusu olacağı şeklindedir. Bu durum bazı ülkelerde kanun koyucu tarafından ceza kanununda düzenlenmiş, bazı ülkelerde ise konunun ele alınması öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu'nun "fiili hata" başlığını taşıyan 47.maddesinin 1. fıkrasında, fiili hata halinde failin cezalandırılmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte, failin içinde bulunduğu yanılma taksirden kaynaklanmakta ve söz konusu suçun taksirli şekli kanun tarafından düzenlenmekte ise, o halde failin taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶²⁴. Bu hükmün Bakanlık gerekçesinde, failin yanılmasının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından kaynaklanması durumunda taksirli sorumluluğun söz konusu olacağı, aksi halde tesadüfün eseri olarak ortaya çıkan yanılmanın failin sorumluluğunu gerektirmeyeceği vurgulanmıştır⁶²⁵.

2. Tipiklikte Yanılma

a. Genel Olarak

TCK m. 30/1'e göre, "*failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli*

⁶²² Taksirin esasını açıklarken yer verdiğimiz hata teorisinde, taksirin her zaman bir yanılmadan kaynaklanmayacağını ifade etmiştik.

⁶²³ İçel, s. 222; Zafer, s.200. Yazara göre, son durumda zaten kaza, tesadüf ya da mücbir neden söz konusu olmaktadır.

⁶²⁴ Mantovani, s. 326; Yüksel Ersoy, *Ignoranza ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara Üniversitesi Basımevi, No. 267, 1968, s. 118.

⁶²⁵ İçel, s. 224.

sorumluluk hali saklıdır". Buna göre tipiklikte yanılma, başka bir ifadeyle fiili hata, failin suç teşkil eden fiili gerçekleştirdiği sırada, suçun maddi konusuna ilişkin içinde bulunduğu yanılma durumu ifade eder ve tipiklik kapsamında suçun maddi konusuna, harekete, neticeye, mağdura ya da nedensellik bağına ilişkin olabilir⁶²⁶.

Tipikliğin kurucu unsurlarına ilişkin olan yanılma kastı ortadan kaldırırken, taksirli sorumluluk bakımından gerekli olan şartların var olması ve suçun taksirli şeklinin de kanunda yer alması durumunda failin taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶²⁷. Bu açıdan failin suçu işlerken içinde bulunduğu yanılma durumuna kendi taksirli hareketiyle neden olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Failin hataya düşme hususunda herhangi bir taksirinin bulunmadığı belirlenirse, sorumluluk şartı gerçekleşmiş olmaz. Ancak bazı durumlarda fail objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmış olmakla birlikte yine de yanılma düşmüş olabilir. Bu gibi durumlarda da failin söz konusu yanılma düşmesinin kaçınılmaz olup olmamasına göre sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir⁶²⁸.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, TCK m.30/1'de sadece hatanın kasta olan etkisi üzerinde durulmuş, söz konusu hüküm taksire ilişkin herhangi bir açıklığa yer vermemiştir⁶²⁹. Oysa ki, kastı ortadan kaldıran hata durumunda, failin cezai sorumluluğunun da ortadan kalkacağı belirtildikten sonra, taksire ilişkin duruma da yer verildiği son derece açıktır.

Madde gerekçesi⁶³⁰'nin incelenmesi, konunun değerlendirilmesi bakımından yardımcı rol oynayacaktır:

“Birinci fıkrada suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddi unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi

⁶²⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 559; Demirbaş, s. 393; Öztürk, Erdem, s. 271.

⁶²⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 560; Özgenç, s. 395.

⁶²⁸ Demirbaş, s.397.

⁶²⁹ Zafer, s. 200.

⁶³⁰ TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664 Sıra Sayısı, s. 434.

vestiyerden kendisinin zannederek başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata halinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir.

Fıkırada ayrıca, maddi unsurlarda hata halinde, taksirle sorumluluğa ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabilir; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanılığında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.

Kastın varlığına engel olan hata, suçun sadece temel şekline ilişkin unsurlar hakkında değil, aynı zamanda failin daha ağır veya hafif ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli unsurları bakımından da ortaya çıkabilir. İkinci fıkra ile kişinin, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatasından yaralanması öngörülmüştür.

Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 52 nci maddesinde düzenlemeye paralel olarak şahısta hata ve hedefte sapma hali düzenlenmiştir.

‘Şahısta hata’ aslında bir ve ikinci fıkra hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür.

Keza, hedefte sapma hali ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma halinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimaı hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimaı ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır.

Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkra veya bendinde düzenlenen ‘hukuka uygunluk nedenlerinde hata’ ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki ‘hukuka uygunluk nedenleri’ yerine, ‘ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler’ ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır⁶³¹.

b. Suçun Konusunda Yanılma

Tipikliğe ilişkin olarak, failin suçun konusu hakkındaki yanılışı, hukuki yararı korunan ve suçun konusunu oluşturan olgunun failin düşündüğünden farklı olması anlamına gelir. Tipiklikte yanılma kastı ortadan kaldırır. Failin düşündüğü maddi konu ile gerçekte yer alan maddi konuların niteliği aynı ise, failin cezai sorumluluğu bakımından herhangi bir etki doğurmaz. Ancak her iki maddi konu değer bakımından birbirinden farklı ise, bu durumda failin düşündüğü maddi konuya

⁶³¹ Yalvaç, s. 98.

yönelik olarak kast ortadan kalkacağından, şartlarının mevcut olması halinde meydana gelen netice bakımından taksirli sorumluluk söz konusu olur⁶³².

Örneğin evinin bahçesindeki gölgeyi bir hayvan zannederek taş atan fail, bu sırada evini ziyarete gelen komşusunu yaralarsa, içinde bulunduğu yanılığın kastını ortadan kaldıracak ancak sorumluluğun şekli taksirli hale dönüşecektir⁶³³.

Yargıtayın bir kararına konu olan olayda, sanık annesinden teyzesine gitmek için izin istemiş, annesi izin vermeyince duvardaki tüfeği eline alarak şaka yoluyla ve gülerek “sen bana izin vermezsen seni vururum” demiş, olay sırasında yanlarında bulunan kardeşi ve annesiyle birlikte gülüşmüşlerdir. Sanık tüfeği eline alırken içinin boş olduğunu zannettiği için kontrol etmemiştir. Annesine tüfeği yönelttiği sırada tüfeğin ateş alması neticesinde annesi ölmüştür. Sanığın eylemi ilk derece mahkemesi tarafından olası kastla öldürme olarak nitelendirilmiş, Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise, sanığın eyleminin bilinçli taksirle insan öldürme suçunu oluşturduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir⁶³⁴. Karara konu olan olayda, fail öldürme kastıyla hareket etmemekle birlikte, tüfeğin içinin boş olduğu hususunda bir yanılma içindedir. Sanığın kastının bu şekilde ortadan kalkmasıyla birlikte, tehlikeli bir hareket içine girişen failin silahı eline almaması ya da en azından kontrol ederek güvenliğinden emin olması gerekirken, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde hareket ederek lazım olan tedbirleri almayı taksirli sorumluluğunun oluşması için yeterlidir.

c. Sapma (Neticede Yanılma)

Failin gerçekleştirdiği hareket sonucu meydana gelen zararlı netice, failin istediği konu üzerinde değil, başka bir konu üzerinde gerçekleşirse sapma söz konusu olur. Bu durum failin kullandığı araçların elverişsizliğinden kaynaklanabileceği gibi, failin araçları doğru kullanmamış olmasından ya da herhangi başka bir sebepten ileri

⁶³² Öztürk, Erdem, s. 273.

⁶³³ Centel, Zafer, Çakmut, s. 425.

⁶³⁴ Yarg. 1. CD., E. 2007/933, K. 2008/2182; Cengiz Apaydın, *En Son Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları*, s. 614.

gelebilir. Hedefte sapma durumunda, failin gerçekleştirmeyi amaçladığı netice failin yöneldiği maddi konu üzerinde değil, başka bir maddi konu üzerinde gerçekleşmektedir. Bu noktada suçun konusunda yanılma durumundan ayrılan hedefte sapma halinde, failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından TCK bir düzenleme içermemekle birlikte, madde gerekçesinden suçların içtima kuralları çerçevesinde hareket edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Türk öğretisinde tek neticeli sapma olarak da ifade edilen söz konusu durumda sorunun iki açıdan ele alınması gerekmektedir. İlk olarak fail tarafından zarara uğratılan suçun konusu ile failin zarar vermeyi amaçladığı konunun birbirinden farklı olması durumunda, fail amaçladığı netice bakımından teşebbüsünden sorumlu iken, gerçekleştirdiği netice bakımından kanunda düzenlenmiş olması koşuluyla taksirinden ayrı ayrı sorumlu olacaktır. Ancak gerçekleşen neticenin konusu ile failin hedeflediği konunun aynı olması durumunda, teşebbüs aşamasında kalmış kasıtlı bir suçtan ve tamamlanmış ancak taksirli bir suçtan sorumluluk söz konusu olacak ve fikri içtima kuralları uygulanarak hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa o suçtan sorumlu tutulacaktır⁶³⁵.

Failin gerçekleştirmeyi amaçladığı suçun konusu dışında, başka bir konu daha zarar görmüşse, çok neticeli sapma olarak ifade edilen bu durumda failin sorumluluğunun belirlenmesi hususunda öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Çok neticeli sapma halinde fikri içtima kurallarının uygulanmasının her zaman söz konusu olamayabileceğini ileri süren görüşe göre, bu durumda kast ve taksir hakkında geçerli olan genel kuralların uygulanmasıyla bir sonuca varmak mümkün olabilecektir⁶³⁶. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, çok neticeli sapma halinde failin hareketi sonucunda birden fazla suç ortaya çıkmış olacağından fikri içtima kurallarının uygulanarak, failin daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı sorumlu tutulması yerinde olan çözümdür⁶³⁷.

⁶³⁵ Öztürk, Erdem, s. 273, 274; Yargıtay'a göre, olayda olası kastın söz konusu olduğu durumlarda fikri içtima ya da hedefte sapma hükümleri uygulanamayacaktır. Konuya ilişkin verdiği bir kararında, "Sanığın attığı çok sayıda merminin biri ile hedef seçtiği maktülün yanında olduğunu gördüğü mağdur Ahmet'in de yaralanmasının, eylemin öngörülür olma özelliği itibarıyla TCY'nin 52 ve 79.maddeleri kapsamında değerlendirilemeyeceği Dairemizin ve Ceza Genel Kurulunun süreklilik kazanan içtihatları cümlesinden olduğu halde, aksi yorumla, yasanın 52 ve 79.maddelerince değerlendirilmesi isabetsiz ise de aleyhe temyiz olmadığından keyfiyet bozma nedeni yapılmamıştır" diyerek yerleşik içtihadının da bu şekilde olduğunu belirtmiştir. Erhan Günay, *Teori ve Uygulamada Olası Kast-Bilinçli Taksir Öldürme ve Yaralama Kastı*, Derleme, Seçkin, Ankara, 2005, s. 34.

⁶³⁶ Centel, Zafer, Çakmut, s. 429.

⁶³⁷ Öztürk, Erdem, s. 274.

Yargıtay, konuya ilişkin görüşünü yansıtan bir kararında,

“Farklı neviden fikri içtima 5237 sayılı Yasanın 44. maddesinde; “(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” biçiminde düzenlenmiştir. Bu kuralın uygulanabilmesi için işlenen bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerekir. Burada suçun temel ve nitelikli şekilleri de “farklı suç” değil aynı suç olarak değerlendirilmelidir. Tek bir fiille aynı hükmün birden fazla ihlali halinde TCY’nın 44.maddesinin uygulanması söz konusu olmayıp bu gibi hallerde gerçek içtima veya zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşulları düşünülmelidir.

Sanığın olay tarihinde kahvehanenin içindeki ocak bölümünde aralarında çıkan boğuşmada öldürme kastıyla mağdur Murat’a ateş etmek istediği sırada 3 metre mesafede ve farklı bir yönde olan Erdoğan’ın ölümüne neden olması eyleminde, olayın birçok kişinin bulunduğu kahvehanenin içinde meydana gelmesi, sanığın mağdurla boğuşması nedeniyle eline her an bir müdahalenin yapıldığı bir anda öldürücü özelliği herkes tarafından bilinen tabancasıyla ateş etmesi göz önüne alındığında sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir. Sanık ateş ettiği sırada merminin mağdur Murat’tan bir başkasına isabet edebileceğini öngörmesine karşın meydana gelebilecek neticeyi kabullenerek ateş etmiştir. Bu oluş karşısında sanığın taksirle ölüme sebebiyet verdiğinin kabulü olanaklı değildir. Bu nedenle olayda farklı neviden fikri içtima kurallarının uygulanma yeri bulunmamakta ve gerçek içtima kurallarına göre sanığın eylemi 5237 sayılı TCY’nda mağdur Murat’ı kasten öldürmeye teşebbüs ve maktul Erdoğan’ı olası kastla öldürme suçunu oluşturmaktadır”⁶³⁸ demiştir.

⁶³⁸ Yarg. CGK. 08.07.2008 tarih, 99/185 sayı; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I*, Adalet, Ankara, 2010, s. 828, 829.

d. Nedensellik Bağında Yanılma

Failin gerçekleştirmeyi amaçladığı suç bakımından nedensellik bağında meydana gelen sapmanın önemsiz olması durumunda failin sorumluluğu açısından bir değişiklik söz konusu olmayacaktır. Örneğin hırsızlık yapan failin ev sahibini yüksek balkondan aşağı atması durumunda, ev sahibi yere düşmeden önce korkudan kalp krizi geçirerek ölürse nedensellik bağında sapma meydana gelmiş olsa bile netice bakımından önem taşımadığı için fail kasten öldürmeden sorumlu tutulacaktır. Ancak nedensellik bağında meydana gelen önemli sapmalar söz konusu olduğunda, artık neticeden dolayı failin sorumlu tutulması objektif olarak mümkün olamayacaktır. Zira fail tarafından öngörülemeyen bir durumun nedensellik bağına etkilemesi durumunda artık failin iradesi dışında bir netice meydana gelecektir ve failin bu durumu yönlendirme imkanı da bulunmamaktadır. Az önce verdiğimiz örnekte, ev sahibi düşme sonucunda yaralanarak hastaneye kaldırıldığı sırada ambulansın kaza geçirmesi nedeniyle hayatını kaybetmiş olsa, bu durumda artık failin kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerekecektir⁶³⁹.

Ancak öğretilerde bazı görüşler (Bettioli), yukarıda verdiğimiz ilk örnek bakımından, nedensellik bağına etki eden bir yanılmanın failin sorumluluğunu etkileyeceği ve kasttan sorumluluğu taksirli sorumluluk haline getireceğini savunmuşlardır. Bunun için, failin nedensellik bağında meydana gelen yanılmayı öngörseydi suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Böylece failin kastı söz konusu olamayacağı için, taksirli sorumluluğun ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür. Buna karşılık olarak, failin fiili gerçekleştirdiği sırada mevcut olan kastının, nedensellik bağına etki eden bir yanılma sonucunda taksirli sorumluluk haline dönüşmeyeceği ifade edilerek, söz konusu görüş reddedilmiştir⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Öztürk, Erdem, s. 275.

⁶⁴⁰ İçel, s. 229, 230.

e. Suçun Nitelikli Hallerinde Yanılma

TCK m.30/2'ye göre, suçun daha çok ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Netice bakımından cezanın arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal söz konusu ise, fail netice bakımından taksir düzeyinde sorumlu tutulabilir. Cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren diğer nitelikli hallerin varlığında yanılma söz konusu olduğunda ise, fail bu hatasından yararlanır. Eğer failin yanılması, daha az cezalandırılmasını gerektiren nitelikli hallere ilişkin ise, fail tarafından mevcut olmayan bir nitelikli halin var olduğu ya da mevcut olan bir nitelikli halin olmadığı zannedilse bile, fail her iki durumda da hatasından yararlanır⁶⁴¹.

3. Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Yanılma

TCK m. 30/3 uyarınca, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Maddenin kapsamını, oluşturan ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan haller oluşturmaktadır. Burada önem taşıyan mesele, söz konusu nedenler hususunda failin düştüğü hatanın kaçınılmaz bir niteliğe sahip olması gerektiğidir. Aksi halde fail gerçekleştirdiği fiil sonucu meydana gelen neticeden kasten sorumlu olacaktır⁶⁴².

Örneğin fail, ceza sorumluluğunu kaldıran bir durum olarak ilgilinin rızasının somut olayda var olduğu fikriyle hareket eder ya da zorunluluk halinin koşullarında bir hataya düşerse, söz konusu hatanın fail bakımından kaçınılmaz olması durumunda, kişi hatasından yararlanır. Aynı şekilde, fail fiili haksız tahrikin etkisi altında gerçekleştirmiş olmasına rağmen, somut olayda esasen haksız tahrikin şartları

⁶⁴¹ Öztürk, Erdem, s. 276.

⁶⁴² Öztürk, Erdem, s. 276.

gerçekleşmemiş olabilir. Failin bu yanılığını kaçınılmaz olması durumunda, cezasında belli bir oranda indirim yapılacaktır⁶⁴³.

TCK m.30/3 ile getirilen düzenleme, öğretilerde sınırlı kusur teorisinin kanuna yansımaları olarak yorumlanmıştır. Özellikle Alman öğretisi ve uygulamasında tartışılmış olan bu teoriye göre, haksızlık bilinci ile kast birbirinden ayrı bir şekilde değerlendirilemez. Bunun sonucu olarak, hukuka aykırılığa ilişkin yanılma durumunda, haksızlık yanılması yerine, belirli hallerde tipiklikte yanılmanın da geçerli olabileceği savunulmuştur. Örneğin somut olayda, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin var olduğunu zannederek hareket eden failin, fiili kasten işlediği söylenemez. Böyle bir durumda yanılmanın etkisi kusurluluğun değil, kastın ortadan kalkması şeklinde ortaya çıkar. Sonuç olarak kasten hareket etmemiş olan failin, taksirinden sorumlu olduğu söylenebilecektir. Bütün bu açıklamalar ışığında, Türk öğretisinde TCK m.30/3'te yer alan düzenlemenin özellikle failin taksirinin bulunması durumunda ne şekilde bir uygulama yapılması gerektiği noktasında yetersiz ve gereksiz olduğu yorumlarının da mevcut olduğunun belirtilmesi gerekir. Buna göre kanun koyucu, maddede taksirli sorumluluk halini saklı tutmadığı için failin taksirle hareket etmesi durumunda cezalandırılması mümkün olmayacaktır⁶⁴⁴.

4. Unsurlar Dışında Kalan Hususlarda Yanılma

Failin unsurlar dışında kalan objektif cezalandırılabilme şartları, kovuşturma şartları ve kişisel cezasızlık nedenlerinde yanılmasının cezai sorumluluğuna bir etkisi yoktur. Çünkü failin kusurluluğunun tespiti bakımından kastının bahsi geçen hususları da kapsamaması gerekmez. Unsurlar dışında kalan hususlar objektif olarak var olması gereken hususlardır⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Özgenç, s. 403.

⁶⁴⁴ Öztürk, Erdem, s. 246.

⁶⁴⁵ Öztürk, Erdem, s. 279.

5. Haksızlık Yanılması

TCK m. 30'un son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz. Burada da önem arz eden husus failin içine düştüğü hatanın kaçınılmaz olmasıdır. Tipiklikte yanılmadan farklı olarak, haksızlık yanılması kusurluluğu ortadan kaldırır. Zira fail gerçekleştirdiği fiilin bir haksızlık teşkil ettiği konusunda bir yanılma içindedir. Başka bir ifadeyle fail, fiilin hukuk tarafından yasaklanmış olduğunu bilmemekte ya da bazı nedenlerle fiilin hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Failin kusurundan bahsedebilmek için, gerçekleştirilen haksızlığın tüm içeriğinin fail tarafından bilinmesine de gerek bulunmamaktadır. Failin kusurlu olabilmesi için haksızlık bilincinin varlığı yeterlidir⁶⁴⁶.

TCK m.30'a 5377 sayılı kanunla eklenen son fıkraya ilişkin değişiklik gerekçesinde⁶⁴⁷, söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak şu açıklamalar yer almaktadır:

“30 uncu maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen bu hükümlerle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir.

Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

⁶⁴⁶ Özgenç, s. 403; Öztürk, Erdem, s. 277.

⁶⁴⁷ TBMM, 22.Dönem, 3. Yasama Yılı, 901 Sıra Sayısı, s. 2.

Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır”⁶⁴⁸.

Haksızlık yanılmasına ilişkin olarak TCK m.30/4’de yer alan düzenleme ile birlikte TCK m.4’de yer alan düzenlemenin de dikkate alınması gereklidir. Çünkü ceza kanunları tarafından suç olarak kabul edilmiş fiillerin bu niteliklerinin bilinmemesi durumu olan hukuki hataya ilişkin söz konusu maddeye göre, “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz”. Madde metninde önceden yer alan, “Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz” şeklindeki düzenleme, zararlı sonuçlara neden olabileceği gerekçesiyle 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanun ile maddeden çıkartılmıştır. Bu şekilde ceza normu tarafından yasaklanan bir fiilin suç teşkil ettiğini bilmeyen bir kişi sorumlu tutulamayacak ise de, TCK m.30/4 ile birlikte yapılacak bir değerlendirme neticesinde, söz konusu bilgisizliğin kaçınılabılır niteliğe sahip olması durumunda cezalandırılması gündeme gelecektir. Öğretide kanunda yapılan değişiklikler sonucunda esasen TCK m.4’ün uygulaması bakımından önemini yitirdiği ifade edilmektedir⁶⁴⁹.

Öğretiye göre failin gerçekleştirdiği fiilin bir haksızlık teşkil ettiği hususunda içinde bulunduğu yanılmanın kaçınılabılır nitelikte olup olmadığı, taksirli fiillerde kusurun tespitinde olduğu gibi belirlenmelidir. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme neticesinde failin hatadan kaçınabileceği tespit edilirse, failin kusuru da buna oranla belirlenecektir. Faile verilecek temel cezanın belirlenmesi de bu çerçevede mümkün olacaktır⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Yalvaç, s. 99.

⁶⁴⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 574; Demirbaş, s. 392.

⁶⁵⁰ Demirbaş, s. 392; Özgenç, s. 406.

SONUÇ

Çalışmamızın sonunda yapılması gereken değerlendirmeler dört başlık altında incelenebilir. İlk olarak 5237 sayılı TCK'da yer alan düzenlemeler ışığında, taksirin hukuki esasının açıklanması ve bu kapsamda taksirin bir kusurluluk türü mü, yoksa haksızlığın gerçekleştiriliş şekli mi olduğunun üzerinde durulması gerekir. Daha sonra yeni TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, üzerinde durulan konuların başında gelen bilinçli taksir ve olası kast ayırımı ile bu kavramların tanımlarının ceza kanunlarında yer almasının gerekliliği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu bakımdan kanunda yer alan tanımların yerindeliği ve TCK tarafından kabul edilen yeni sistem ortaya koyulmaya çalışılacak ve bununla bağlantılı olarak taksire ilişkin TCK m.22'de yer verilen düzenlemenin genel bir değerlendirmesi yapılacaktır. Son olarak karşılaştırmalı hukuk kapsamında, Anglo Amerikan hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi arasında yer alan kusurluluğa ilişkin temel farklılıklara yer verilecektir.

1. Taksirin hukuki esasının belirlenebilmesi için öncelikle kusur ve kusurluluk kavramlarının incelenmesi gerekir. Ceza hukuku bakımından sorumluluğun kaynağını teşkil eden kusur ilkesi, failin gerçekleştirdiği eylem neticesinde kınanabilmesini ifade eder. Bu bakımdan kusur, failin hukuka aykırı hareket etmesi nedeniyle, kendisi hakkında yargıç tarafından yapılacak bir değerlendirme olup; yargıç failin kişisel niteliklerini, ekonomik durumunu, yaşadığı sosyal ortamı dikkate almadan, sadece somut olayda söz konusu olan fiil bakımından bir kanaate varacak; bu şekilde fiilin haksızlık muhtevasını tespit ettikten sonra, failin somut eylem bakımından kusurluluğunu belirleyecektir.

Failin kusurluluğunun belirlenmesi bakımından öncelikle, isnad yeteneğinin tespit edilmesi gerekir. Bu açıdan failin ortaya koyduğu eylemin haksızlık içeriğinin farkında olması, hareketinin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek ve davranışlarını yönlendirebilecek durumda bulunması lazımdır. Bu şekilde ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlerden TCK'da sayılan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler ile alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma

hallerinden birisi mevcut değilse, bu takdirde failin isnad yeteneğinin varlığı sabit olacak ve failin kusurlu olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Failde kusur yeteneğinin bulunması gereken zaman, fiilin işlendiği zamandır. Başka bir ifadeyle, icrai suçlarda eylemin fail tarafından gerçekleştirildiği, ihmali suçlarda ise failin hukuken kendisinden beklenen hareketi gerçekleştirmeyi ihmal ettiği anda kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Aksi takdirde failin kusurundan bahsedilemeyecektir. Bu şekilde sebebinde serbest hareket teorisi (actiones liberae in causa – ALIC) bakımından, bir suç işlemek amacıyla kendisinde bulunan kusur yeteneğini bilerek ve isteyerek ortadan kaldıran failin kusurunun mevcut olmaya devam edeceği de belirtilmelidir. Ancak failin isnad yeteneğinin ortadan kalkmasında herhangi bir kusuru yoksa, o takdirde genel kurallar çerçevesinde failin cezai sorumluluğu tespit edilecektir.

Bu şekilde failin kusurluluğunun belirlenmesi neticesinde varılacak olan sonuç, failin kusurunun kast ya da taksir şeklinde ortaya çıktığı yönünde olacaktır. Bu noktada taksirin hukuki esasının belirlenmesi açısından öğretide yer alan farklı görüşler, meselenin çözümü bakımından önem teşkil etmektedir. Klasik suç teorisi bakımından kusurluluğun şekilleri olarak kabul edilmiş olan kast ve taksir kavramları, modern ceza hukuku öğretisi tarafından haksızlığın gerçekleştiriliş şekilleri olarak karşımıza çıkar. Bu şekilde taksir, yalnızca bir kusurluluk şekli değil, tipiklik bağlamında bir haksızlık türü olarak çifte işleve sahiptir. 5237 sayılı TCK'nın hareket noktası dikkate alındığında, modern görüşe katılmak gerekirse de, kanaatimizce, kusurluluğun belirlenebilmesi için öncelikle fiilin haksızlık içeriğinin objektif dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde tespiti yapıldıktan sonra, subjektif bakımdan da failin isnad yeteneğinin olup olmadığına bakılması gerekir. İsnad yeteneği olan fail tarafından gerçekleştirilen fiilin haksızlık muhtevasına sahip olduğunun da ortaya koyulması ile birlikte artık kusurluluğunun türünün taksir olup olmadığı yargısına ulaşılabilecektir.

2. Geçen yüzyılda kat edilen gelişmeler neticesinde sosyal yaşamın farklı alanlarında taksirli suçlarda meydana gelen artış, kanun koyucunun bu konuda ayrı bir hassasiyet göstermesine neden olmuştur. Bu kapsamda gerçekleştirilen kanun

çalışmalarında, taksirli suçların tanımı konusunda farklı görüşler benimsenmiştir. Bu şekilde karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, bazı ülkelerde kast, taksir, bilinçli taksir ve olası kasta ilişkin tanımlamalara kanun metninde yer verildiği görülmekteyken, bazı ülkelerde ise taksirin unsurlarının ve özelliklerinin belirtilmesi öğreti ve içtihatlar yoluyla sağlanmaya çalışılmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu ile birlikte kabul edilen sisteme göre, kanunda bilinçli taksir ile birlikte olası kasta ilişkin tanıma da yer verilmiştir. Bu şekilde kanun koyucu kusurluluğa ilişkin olmak üzere dörtlü bir sistem benimseyerek, mahkemeler tarafından verilecek olan cezalarda alt sınır ile üst sınır arasındaki geniş makas aralığının kapanmasını arzulamıştır. Zira TCK'da yer alan bilinçli taksire ilişkin düzenleme, mahkemeler tarafından verilen cezaların ağırlığı neticesinde, başka bir ifadeyle uygulamada yapılan hatalar bakımından kamuoyunu da tatmin edecek bir çözüm bulunması ihtiyacı yüzünden kanuna girmiştir.

Türk ceza hukuku öğretisinde olası kast ve bilinçli taksire ilişkin mevcut düzenlemeler, kanun henüz yürürlüğe girmeden eleştirilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda olası kast ile bilinçli taksir arasındaki temel farklılığı oluşturan, olası kast bakımından failin neticeyi kabullenmesi ile bilinçli taksir bakımından fail tarafından öngörülen neticenin istenmemesi hususunun yeterince anlaşılmadığı ifade edilmiştir. TCK'da, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kastın söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bir fiilin bilinçli taksir şeklinde ortaya çıkabilmesi için ise, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi gerekmektedir. Her iki düzenleme bir arada incelendiğinde, bilinçli taksirde bulunması gereken “neticenin öngörülmesi” ve “neticenin istenmemesi” unsurlarının açıkça ortaya koyulmuş olduğu görülür. Olası kasta ilişkin düzenlemede ise, “kanuni tanımda yer alan unsurların öngörülmesi” hususu açıkça yer almakla birlikte, gerçekleşme olasılığı fail tarafından öngörülen zararlı neticenin kabullenilmiş olması durumu yeterince vurgulanmamıştır.

Savunduğumuz görüşe göre, bilinçli taksir ve olası kast kavramlarının kanun koyucu tarafından tanımlanmayarak, bu hususun öğretiye ve yargıya bırakılması

daha doğrudur. Öğretide yer alan tartışmalara ve uygulamada yaşandığı ileri sürülen karışıklığa son verilmesi amacıyla yapılması lazım gelen; öncelikle mahkemelerin bu konuya gereken önemi göstermesi ve teoride yaşanan sıkıntılara doğru içtihatlarla yön verilmesidir.

3. 5237 sayılı TCK'da yer alan taksire ilişkin düzenlemelerin genel bir değerlendirmesinin de yapılması gerekir. Bu doğrultuda öncelikle taksirin unsurları TCK'da yer alan ifadeler de dikkate alınarak şu şekilde tespit edilmiştir: Kanunda fiilin taksirle işlenebileceğinin gösterilmiş olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, neticenin objektif olarak öngörülebilir olması, neticenin gerçekleştirilmesi (hareketin bilinmesi ve istenmesi, gerçekleşen neticenin istenmemesi, hareket ile netice arasında nedensellik bağının olması).

Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. TCK'da yer alan taksirli bir suçtan kaynaklanan cezai sorumluluğun doğabilmesi için, failin suçun kanuni tanımında belirtilen neticesini öngörmeyerek hareket etmesi şarttır. Failin bu davranışının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucunda ortaya çıkması da aranılan diğer bir koşuldur. Bu şekilde, TCK'da yer verilen düzenlemeye göre, taksirli suçların gerçekleştirilme şekilleri, ETCK'da yer aldığı gibi tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, kanun, emir ve talimatlara aykırılık değil; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Dikkat ve özen yükümlülüğü, bir toplumda yerleşmiş olan davranış kurallarının ihlalinden, gerçekleştirilen meslek ya da sanata ilişkin temel ilkelere aykırılıktan ya da örf ve adet kurallarından ileri gelebilir. Bu bakımdan dikkate alınması gereken, objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket edilmesi gereğidir.

TCK m. 22/4'e göre, taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenir. Ayrıca TCK m.61/1-f'ye göre, yargıç, somut olayda failin kast ya da taksire dayalı kusurunun ağırlığını dikkate alarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasındaki temel cezayı belirleyecektir. Bu şekilde cezai sorumluluk bakımından herhangi bir etkisi bulunmayan taksirin derecesi, failin kusurunun belirlenmesi noktasında hesaba katılmaktadır. Kanun koyucu bu şekilde, ETCK döneminde taksirle adam öldürme ve taksirle yaralama

suçlarını düzenleyen m.455 ve m.459 gereği, cezanın sekizde bire kadar indirilmesi şeklindeki uygulamaya da son vermiş ve yeni bir sistem getirmiştir. Bu şekilde, her ne kadar öğreti tarafından objektif bir kriter içermemesi noktasında eleştirilse de, söz konusu sisteme göre, mahkemeler tarafından verilecek cezalar özellikle bilirkişi raporlarında belirtilen kusurun ağırlığına göre tespit edilecektir.

TCK m.22/5'e göre, birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca TCK m.37/1 uyarınca suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Bunun yanısıra TCK'da suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığının yeterli olacağı kabul edilmiştir. Bu açıklamalar sonucunda öğretiye göre, taksirli suçlarda iştirak söz konusu olamaz. Bununla birlikte fail tarafından gerçekleştirilen eyleme etkisi olan üçüncü kişinin hareketinin kusurlu olması durumunda, üçüncü kişinin işbirliği bilinciyle hareket etmesi şartıyla taksirli suçlarda iştirakın mümkün olabileceği de kabul edilmelidir. Taksirli suçlarda neticenin meydana gelişinde, fail ile birlikte mağdurun da katkısı olabilir. Bu hususta fail ve mağdurun kusur miktarının belirlenebilmesi için öncelikle nedensellik ilişkisinin tespiti gerekir. Nedensellik bağının tespiti ile birlikte, failin hareketine eklenen mağdurun hareketi kusurlu ise, artık failin ortaya çıkan neticeden sorumlu tutulması da beklenemeyecektir. Ancak mağdur ile birlikte failin de sorumluluğunun söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır. Bu takdirde fail ile mağdurun taksirleri arasında mahsup yapılamaz. Ancak bu durum TCK m.61/1'e göre verilecek olan temel cezanın belirlenmesinde etkili olur.

Şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin taksirli suçlardaki etkileri konusunda TCK m.22/6'da yer verilmiş olan düzenlemeye göre, taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez. Bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir. Bu hükümle kanun koyucu eski kanunda yer almayan bir düzenlemeyi ilk defa ceza hukuku sistemimiz içine dahil ederek olumlu bir adım atmıştır. Sosyal bir gereklilik olarak kırsal bölgelerde

yaşanan olaylar neticesinde ihtiyaç duyulan bu düzenleme ile yargıca takdir yetkisi tanınmıştır. Yargıç takdir yetkisini kullanırken, failin ailevi ve ekonomik durumunu dikkate alarak, özellikle failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede bir mağduriyetin var olduğuna inanmalıdır. Bu şekilde, taksirli fiil sonucu ortaya çıkan zararın faile büyük bir acı vermesi dışında, fail hakkında bir cezaya hükmedilmesi durumunda ailesinin de büyük miktarda zarar görmesi söz konusu olmalıdır. Ancak kanun koyucu bu hususta düzenlemenin uygulanmasını, fail bakımından daraltmıştır. Böylece failin annesi, babası, kardeşleri, eşi, çocukları, anneannesi, babaannesi, kayınpederi, kayınvalidesi madde kapsamında yer alırken; failin teyzesi, halası, amcası, dayısı, eniştesi, nişanlısı bakımından düzenlemenin uygulanması mümkün olamayacaktır.

TCK m.22/6'nın uygulama alanı sadece taksirli suçlar açısından mümkün olmaktadır; fail ile mağdur arasındaki ilişkinin tespiti büyük önem taşır. Zira maddede münhasıran ifadesi kullanılarak, failin ailesi dışında başkalarının da fiil neticesinde zarar görmesi durumunda maddenin uygulanmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bununla birlikte ortaya çıkacak olan mağduriyetin mutlaka manevi olması da gerekmez. Bu şekilde fail tarafından gerçekleştirilen suç neticesinde uğranılan maddi zararlar ya da yaralanma gibi vücut bütünlüğüne yönelik fiziksel zararlar da madde kapsamındadır.

TCK m.22/6 kişisel cezasızlık nedeni içermekte olduğu için, sadece taksirli suçlar bakımından CMK m.171 gereğince savcının kamu davası açma hususunda takdir yetkisinin kapsamında yer almaktadır.

Çalışmamızda TCK'da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler olarak sayılan cebir, şiddet, korkutma, tehdit ve yanılmanın taksirli suçlar bakımından etkisi üzerinde de durulmuştur. Kasten işlenen suçlarda kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler, taksirli suçlar bakımından da geçerlidir. Bu açıdan cebir, şiddet, korkutma ve tehdit etkisiyle taksirli bir suç işleyen kişinin cezalandırılması mümkün değildir. ETCK'da yer alan mücbir sebep, kaza ve tesadüfe, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler düzenlenirken yer verilmemiştir. Ancak bu önemli bir eksiklik değildir. Çünkü, kaza ve tesadüf ya da mücbir sebep söz konusu olduğunda, failin artık taksirli

failin neticesini öngörmesi mümkün olmadığından, hareketinin iradi olarak gerçekleştirildiği de söylenemeyecektir. İradesi etkilenen failin işlediği suç neticesinde, failin iradesini yönlendiren kişi dolaylı fail olarak cezalandırılır.

TCK m.30/1'e göre, failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. Bu şekilde tipikliğin kurucu unsurlarına ilişkin yanılma bakımından failin kusurluluğunun taksir şeklinde gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için, genel kurallar dikkate alınarak taksirli sorumluluğun belirlenmesi gerekir. Failin yanılması taksirinden kaynaklanmıyorsa, sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Objektif özen yükümlülüğüne uyulmasına karşın, fail tarafından hataya düşülmüş olması durumunda ise, failin söz konusu hatadan kaçınabilme imkanı değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Her halde taksirli sorumluluğun geçerli olabilmesi için, neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir.

TCK m.30/2'ye göre, suçun daha çok ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Netice bakımından cezanın arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal söz konusu ise, fail netice bakımından taksir düzeyinde sorumlu tutulabilir.

Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, TCK m. 30/3 uyarınca, bu hatasından yararlanır. Hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenler konusunda failin düştüğü hatanın kaçınılmaz bir niteliğe sahip olması gerekir. Aksi halde fail gerçekleştirdiği fiil sonucu meydana gelen neticeden kasten sorumlu olacaktır. Failin kastının belirlenemediği durumlarda, taksirli sorumluluğundan bahsedilmesi konusunda ise, maddede taksirli sorumluluk hali saklı tutulmadığı için failin taksirle hareket etmesi durumunda cezalandırılmasının mümkün olmayacağı söylenmelidir.

TCK m.30'un son fıkrasına göre ise, işlediği failin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz. Burada önemli olan

failin içine düştüğü hatanın kaçınılmaz olmasıdır. Bu hususa ilişkin yapılacak olan değerlendirme, taksirli fiillerde kusurun tespitinde olduğu gibidir. Sonuç olarak, failin içine düştüğü hatadan kaçınabilmesinin mümkün olduğu düşüncesine varılırsa, failin kusuru da buna göre belirlenecektir.

4. Taksire ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki durum incelendiğinde, Kıta Avrupası hukuku ile Anglo Amerikan hukuku arasında büyük bir mantık ve sistem farkı olduğu görülebilir. Söz konusu temel farklılıkların ortaya koyulması, çalışmamızda yer verdiğimiz her iki hukuk sisteminde yer alan uygulamaların anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Örf ve adet hukukunun oluşmasının temelinde mahkeme içtihatları vardır. Mahkemeler tarafından verilen kararların aynı konu bakımından diğer mahkemeler için bağlayıcı bir etkisi bulunmaktadır. Bu şekilde daha çok common law yani örf ve adet hukukuna dayalı olan ve öğreti ile yargıçlar tarafından şekillendirilen bir hukuk sistemini benimseyen Anglo Amerikan hukukundan örnek olarak Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada ceza hukukları incelenmiştir. Birbirinden ayrılan noktalar olmakla birlikte, her üç örneğin ortak özelliği, kusurluluk ve manevi unsurun ele alınmasında Kıta Avrupası ülkelerinden farklı noktalar içermeleridir. Çalışmamızda örnek olarak incelediğimiz Kıta Avrupası ülkelerinden İtalya, Almanya, İspanya, Fransa ve Rusya'da kusurluluğa ilişkin olarak kast, olası kast, bilinçli taksir ve taksir şeklinde dörtlü bir sistem benimsenmiştir. Buna karşılık Anglo Amerikan sisteminde ise, kusurluluğun en ağır derecesi kasttır. Bu şekilde isnad yeteneğine sahip olan failin eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi durumunda kasten işlenmiş bir suç söz konusu olur. Olası kast şeklindeki sorumluluğa karşılık olarak kullanılan advertent recklessness durumunda ise fail, gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiil neticesinde ortaya çıkacak olan zararlı neticenin farkındadır. Daha doğru bir ifadeyle fail bu riski göze almaktadır. Bu tür sorumluluk şeklinin daha hafif türü ise pervasızlık olarak tabir ettiğimiz recklessness'dır. Bu durumda fail, taksirden (negligence) farklı olarak, eyleminin zararlı neticelerini öngörmektedir. Buna rağmen fail hareketini gerçekleştirmeye devam ederek, bir bakıma pervasızca hareket etmektedir. Taksir şeklindeki kusurluluk türü ise, Kıta Avrupasında geçerli olan kurallara benzerlik göstermekte, bu kapsamda taksirli sorumluluk kişilerin uymaları gereken objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan ileri gelmektedir.

KAYNAKÇA

- Alexander Larry, Ferzan Kimberly Kessler, Morse Stephen J., *Crime And Culpability A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009.
- Altavilla Enrico, *Lineamenti Di Diritto Criminale*, Seconda Edizione Completamente Rinnovata, Napoli, Morano, 1932.
- Altavilla Enrico, *Colpa Penale, Competenza Penale, Costringimento Fisico*, Unione Tipografico Editrice Torino, 1938.
- Altavilla Enrico, “*Dolo Eventuale e Colpa Con Previsione*”, RIDP, Anno X-Nuova Serie, 1957.
- Angiolini Alfredo, *Dei Delitti Colposi, Studio Sociologico-Giuridico*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1901.
- Antolisei Francesco, *La Colpa Per Inosservanza di Leggi e Responsabilita Obiettiva*, Giustizia Penale, II, 1948.
- Apaydın Cengiz, *En Son Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları*.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, Turhan, Ankara 2009.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Ahmet Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, Madde 1-36, 1.Cilt*, Ankara, 2009.
- Artuk Mehmet Emin, Üzülmüş İlhan, “*Taksirle Tehlikeye Sebebiyet Verme Suçu (765 sayılı TCK m. 383) Genel Güvenliği Taksirle Tehlikeye Sokulması (5237 sayılı TCK m. 171)*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Ankara, 2005.

- Ashworth Andrew, *Principles of Criminal Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009.
- Avcı Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2010.
- Aydın Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin, Ankara, 2009.
- Basile Fabio, *La Colpa In Attività Illecita, Un Indagine di Diritto Comparato Sul Superamento Della Responsabilità Oggettiva*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- Bellavista Girolamo, “*Il Problema Della Colpevolezza*”, Estratto Dagli Annali Del Seminario Giuridico Della R. Università di Palermo, 1942.
- Bohlander Michael, *Principles of German Criminal Law*, Hart Publishing, 2009.
- Caraccioli Ivo, *Manuale Breve di Diritto Penale Parte Generale*, Cedam, 2006.
- Carrara Francesco, “*Sul Caso Fortuito*”, *Opuscoli di Diritto Criminale*, vol. III, opera XXXI, 5. Edizione, Firenze, 1898.
- Cassese Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.
- Castronuovo Donato, *La Colpa Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- Cecchi Orfeo, “*Recenti Teorie Sul Delitto Colposo*”, *Archivio Penale*, Volume V, Parte I, 1949.

- Centel Nur, Zafer Hamide, Yenerer Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Yenerer Çakmut Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt. I*, 2. Bası, Beta, 2011.
- Cin Halil, Akyılmaz Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 2009, Sayram Yayınları, 3.Baskı.
- Conte Philippe (Çeviren Prof.Dr. Durmuş Tezcan), “*Fransız Ceza Hukukunda Suçun Manevi Unsuru*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008, Ankara 2009.
- D’Angelo Nicola, *Codice Penale e Leggi Complementari*, IV Edizione, Maggioli Editore, 2008.
- De Francesco Giovannangelo, “*La Colpa Nel Codice Zanardelli*”, *Diritto Penale Dell’Ottocento, I Codici Preunitari e Il Codice Zanardelli, Studi Coordinati da Sergio Vinciguerra*, Cedam, 1993.
- Delogu Tullio, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi (L’importanza Del Delitto Colposo Nel Diritto Moderno)*, Çeviren: Yüksel Ersoy, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXXIX, Sayı 1, 1982-1987.
- Del Vecchio Alfredo, “*La Previsione Dell’Evento Nel Delitto Colposo*”, *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Anno II, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1933, XII.
- Del Vecchio Alfredo, “*La Colpa e Il Delitto Colposo*”, RIDP, Annata V, 1933 (XI), CEDAM, Padova.

- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.
- Doğan Koray, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Beta, İstanbul, 1997.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Beta, İstanbul, 1997.
- Düzgün Nuri, Elmacı Şerafettin, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast, Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar*, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2009.
- *Elements Of Crime, Including: Mens Rea, Actus Reus, Concurrence, Reasonable Person, Intent, Criminal Negligence, Causation (law), Recklessness (law), Intention (criminal law), Vicarious Liability (criminal), Omission (criminal Law)*, Hephaestus Books, 2011.
- Elliot Catherine, *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Edited by Kevin Heller, Markus Dubber, Stanford Law Books, 2010.
- Erdoğan Ahmet, “*Ceza Hukukunda Taksir*”, Adalet Dergisi, Yıl 42, Kasım 1951, Sayı 11.
- Erem Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Ankara, 1973.
- Ersoy Yüksel, *Ignoranza ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara Üniversitesi Basımevi, No. 267, 1968.

- Ferri Enrico, *Principii Di Diritto Criminale, Delinquente e Delitto Nella Scienza, Legislazione, Giurisprudenza in Ordine al Codice Penale Vigente- Progetto 1921- Progetto 1927*, Torino, Unione Tipografico- Editrice Torinese, 1928.
- Fletcher George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998.
- Florian Eugenio, *Parte Generale Del Diritto Penale*, Quarta Edizione, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1934.
- Foster Nigel G., Sule Satish, *German Legal System&Laws*, Oxford University Press, 4th Edition, 2010.
- Gallo Marcello, *Il Concetto Unitario Di Colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951.
- Gallo Marcello, “*La Colpa Penale*”, Enciclopedia del Diritto VII, Giuffrè Editore.
- Gallo Marcello, “*Colpa*”, Enciclopedia del Diritto XIII, Milano 1964.
- Gallo Marcello, *Appunti di Diritto Penale, Volume II, Il Reato, Parte II L'elemento Psicologico, con la collaborazione di: Maristella Amisano, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.*
- Gerçeker Hasan, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I*, Ankara 2011.
- Geyik Faruk, “*Suçun Manevi Ögesi (kast-olası kast- bilinçli taksir- taksir) Ayırımı, Anlamı ve Sonuçları*”, Adalet Dergisi, Mayıs 2006, Yıl 97, Sayı 25.
- Gómez Carlos, Díez Jara, Chiesa Luis E., *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Edited by Kevin Heller, Markus Dubber, Stanford Law Books, 2010.

- Gordon Gerald H., *The Criminal Law of Scotland*, The Scottish Universities Law Institute, W. Green&Son Ltd., Edinburgh, 2005.
- Grispigni Filippo, *Corso di Diritto Penale*, Vol. I, Cedam, 1932.
- Günay Erhan, *Teori ve Uygulamada Olası Kast-Bilinçli Taksir Öldürme ve Yaralama Kastı*, Derleme, Seçkin, Ankara, 2005.
- Gündoğan Kadir, Koç Cihan, Ünlü Hasan Nuri, *Türk Hukuk Sisteminde Kast ve Taksir, Olası Kast, Bilinçli Taksir, Taksirle İşlenen Suçlar*, Bilge, Ankara, 2010.
- Hafizoğulları Zeki, Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, U S-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet, Ankara 2011.
- Hall Daniel E., *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, Thomson Del Mar Learning.
- Heaton Russell, *Criminal Law Textbook*, Oxford University Press, Second Edition, 2006.
- Heller Kevin, Dubber Markus, *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford Law books, 2010.
- Honig Richard, Çev. Yavuz Abadan, “*Taksir ve Ceza*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c.4, Sayı 14, 1938.
- İçel Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul 1967.

- İçel Kayıhan, “*eza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast*”, Hukuk zel Sayısı, Yıl 6, Sayı 12, 2007.
- İçel Kayıhan, Evik Ali Hakan, *eza Hukuku Genel Hükümler 2.Kitap*, Yenilenmiş 4.Bası, Beta, İstanbul, 2007.
- Jescheck Hans Heinrich, “*Struttura e Trattamento Della Colpa Nel Mondo Moderno*”, ev./Alessandro Sigismondi, La Scuola Positiva, Rivista di Criminologia e Diritto Criminale, Casa Editrice Dott. A. Giuffr, Milano, 1966.
- Jescheck Hans Heinrich, *Alman eza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi*, Beta, İstanbul 2007.
- Karakehya Hakan, *İradilik Unsuru Bağlamında eza Hukukunda Kast*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010.
- Katoğlu Tuğrul, “*Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve eza Sorumluluğu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Ocak-Şubat 2007.
- Kaymaz Seydi, Gökcan Hasan Tahsin, *5237 Sayılı Türk eza Kanununda Taksirle Adam ldrme ve Yaralama Suçları*, Seçkin, Ankara, 2006.
- Koca Mahmut, zlmez İlhan, *Türk eza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.
- Krey Volker, *German Criminal Law, General Part, Volume II*, Kohlhammer, 2003.
- Majno Luigi, *eza Kanunu Şerhi, C.I*, Yargıtay Yayınları No.3, Sevin Matbaası, Ankara, 1977.
- Majno Luigi, *Commento al Codice Penale Italiano*, Seconda Edizione, Donato Tedeschi e Figlio Editori, Verona, 1902.

- Majno Luigi, *Commento Al Codice Penale, Parte II*, Seconda Edizione, Donato Tedeschi e Figlio Editori, Torino, 1906.
- Malkoç İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Birinci Cilt, Malkoç Kitabevi, 2008.
- Mantovani Ferrando, “*Colpa*”, *Digesto Delle Discipline Penali*, IV.Edizione, UTET 1988.
- Mantovani Ferrando, *Diritto Penale Parte Generale*, V. Edizione, Cedam, Padova, 2007.
- Marinucci Giorgio, Dolcini Emilio, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- Metiner Haydar, Koç E. Ahsen, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, I. Cilt*, Ankara 2008.
- Musotto Giovanni, *Colpevolezza Dolo e Colpa, Parte Prima: La Dottrina Della Colpevolezza*, F. Ciuni Libraio Editore, Palermo, 1939.
- Ozansü Mehmet Cemil, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin, Ankara, 2007.
- Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, 1. Bası, Beta, 1989.
- Özanlı Aytekin, “*Failin Ailevi ve Kişisel Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi*”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 4, Sayı 32, Nisan 2009.
- Özbek Veli Özer, Kanbur Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2010.

- Özen Muharrem, “TCK’da Taksir”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5.Bası, Seçkin, Ankara, 2010.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, İkinci Bası, Seçkin, Ankara, 2005.
- Özgenç İzzet, “*Bilinçli Taksir*”, Prof.Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, Haziran 2004, İstanbul.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Yeni TCK’ya Göre Yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 11.Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.
- Öztürk Mustafa, *Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk*, Kazancı, İstanbul, 1995.
- Padovani Tullio, “*Teoria Della Colpevolezza e Scopi Della Pena*”, *Osservazioni e Rilievi sui rapporti Fra Colpevolezza e Prevenzione Con Riferimento Al Pensiero Di Claus Roxin*, RIDPP, Nuova Serie, Anno XXX, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987.
- Pagliaro Antonio, *Trattato di Diritto Penale Parte Generale, Il Reato*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
- Parlar Ali, Hatipoğlu Muzaffer, *Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin, Ankara, 2008.

- Pioletti Ugo, *Contributo Allo Studio Del Delitto Colposo*, Cedam, Padova, 1990.
- Riccio Stefano, “*Il Dolo Eventuale*”, Ferrara, 1940 – XVIII.
- Roach Kent, *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Edited by Kevin Heller, Markus Dubber, Stanford Law Books, 2010.
- Robinson O.F., *The Criminal Law of Ancient Rome*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 2001.
- Saraç Filiz, “*Bina Çökmesine Neden Olmak Sureti ile Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması Suçu*”, Legal Hukuk Dergisi, yıl 2008, Cilt 6, Sayı 68.
- Saygılar Yasemin, “*Yeni TCK’da Taksirle İnsan Öldürme*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör. Bahri Öztürk, Seçkin, Ankara, 2009.
- Sengir Turgut, “*Ceza Hukuku Yönünden Taksir*”, Adalet Dergisi, Yıl 42, Mayıs 1951, Sayı 5.
- Sevik Handan Yokuş, “*Suçta Sürüklenen Çocukların Muhakemesi*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör. Bahri Öztürk, Seçkin, Ankara, 2009.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Spinellis Dionysios, Spinellis Calliope d., *Criminal Justice Systems in Europe and North America, Greece*”, HEUNI, The UN European Institute For Crime Prevention and Control, Helsinki, 1999.
- Stoppato Alessandro, *L’Evento Punibile, Contributo Allo Studio Dei Delitti Colposi*, Padova, 1898.

- Taner M., *Ceza Hukuku*, Güneş Matbaası, İstanbul, 1934.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok R.Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş 7.Baskı, Seçkin, Ankara 2010.
- Thaman Stephen C., *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Edited by Kevin Heller, Markus Dubber, Stanford Law Books, 2010.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011.
- Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Sayı 293, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1969.
- Ünver Yener, “*YTCK’da Kusurluluk*”, CHD, Yıl:1, Sayı:1, Seçkin, Ekim, 2006.
- Vannini Ottorino, “*Colpa Normativa*”, Archivio Penale, Volume V, Parte I, 1949.
- Vidal-Magnol, Çev. Şinasi Z. Devrin, *Ceza Hukuku*, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1946.
- Yalkut Necdet, “*Mukayeseli Hukuk Açısından Taksirle Ölüme Sebebiyet Suçu*”, Adalet Dergisi, Yıl 57, Şubat 1966.
- Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin, Artuç Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I*, Adalet, Ankara, 2010.
- Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 Ders Kitabı*, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2010.

İNTERNET ADRESLERİ

- <http://www.admin.ch/ch/i/rs/3/311.0.it.pdf> erişim tarihi: 26.10.2011
- http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf erişim tarihi: 29.09.2011
- http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm
erişim tarihi: 29.09.2011
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.tp.html#a1
erişim tarihi: 26.10.2011
- [http://en.jurispedia.org/index.php/Criminal_law_\(Scotland\)](http://en.jurispedia.org/index.php/Criminal_law_(Scotland)) erişim tarihi:
11.11.2011
- http://en.wikipedia.org/wiki/Model_Penal_Code erişim tarihi: 04.11.2011
- http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110 erişim tarihi: 14.07.2010
- <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>
erişim tarihi: 12.07.2010
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/> erişim tarihi: 03.10.2011

ÖZGEÇMİŞ

12 Aralık 1977 tarihinde İstanbul'da doğan Yasemin Filiz Saygılar, lise öğrenimini İtalyan Lisesi'nde başarı ile tamamladıktan sonra, 2002 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 2004 yılında İstanbul Barosu'nda Avukatlık Stajını tamamladı. 2005 yılından itibaren İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Ceza ve Ceza Usul Hukuku ana bilim dalında araştırma görevlisi olarak akademik faaliyetini sürdürmekte olan SAYGILAR, 2007-2008 yıllarında birincilikle kazandığı İtalyan Hükümet bursu ile İtalya'nın Torino Üniversitesi'nde doktora tez araştırmasını yaptı ve Aralık 2011'de oybirliği ile kabul edilen "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Taksir" isimli doktora tezi ile kamu hukuku doktoru unvanı kazandı. Çok iyi derecede İtalyanca ve İngilizce bilen Yasemin Filiz Saygılar'ın ceza ve ceza usul hukuku alanlarında çok sayıda bilimsel çalışması bulunmaktadır.